



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE BORÇLARIN İNTİKALİ

HAKAN KARAKUŞ

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE

İSTANBUL-2021



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL
ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER
ENSTİTÜSÜ YÜKSEK LİSANS TEZİ

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE BORÇLARIN İNTİKALİ

HAKAN KARAKUŞ

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE

İSTANBUL-2021

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar tüm safhalarda etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki tüm bilgileri akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışması ile elde edilmeyen bütün bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynaklar listesi içerisine aldığımı, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

Hakan KARAKUŞ



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	İİ
KISALTMALAR.....	VI
ÖZET.....	İX
ABSTRACT	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

I. TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN TANIMI	3
II. TİCARİ İŞLETMENİN UNSURLARI	6
A. Gelir Sağlamayı Hedef Tutma	10
B. Devamlılık	11
C. Bağımsızlık.....	13
D. Esnaf İşletmesi İçin Öngörülen Sınırı Aşma	14
III. TİCARİ İŞLETMENİN YAPISI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	21
A. Ticari İşletmenin Yapısı	21
B. Ticari İşletmenin Hukuki Niteliği.....	22
IV. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ	24
A. Devir Sözleşmesi	24
1. Sözleşmenin Tarafları	24
2. Sözleşmenin Şekli	27

3. Sözleşmenin Konusu.....	31
4. Sözleşmenin Hukuki Niteliği.....	33
5. Sözleşmenin Kapsamı.....	36
a. Aktifler.....	36
(1). Duran Malvarlığı.....	37
(2). Dönen Malvarlığı.....	39
(3). İşletme Değeri.....	39
(4). Fikri Mülkiyet Hakları.....	43
i. Ticaret Unvanı.....	43
ii. Diğer Fikri Mülkiyet Hakları.....	46
(5). Kiracılık Hakkı.....	47
(6). Şube.....	51
b. Pasifler.....	52
c. Sözleşmeler.....	54
B. Rekabet Kurumundan İzin Alınması.....	57
C. Ticaret Siciline Tescil.....	60
D. İlan.....	63

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDEN ÖNCEKİ BORÇLARIN DURUMU

I. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE BORÇLARIN İNTİKALİNE İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEME.....	66
-----------------------------------------------------------------------------------------	-----------

II. TBK M. 202 KAPSAMINDA DEVRİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	69
III. TBK M. 202' NİN UYGULAMA ALANI.....	71
IV. BORÇLARIN DEVRİN KAPSAMI DIŞINDA BIRAKILIP BIRAKILAMAYACAĞI SORUNU.....	73
A. Doktrindeki Görüşler.....	75
1. Teminat Teorisi Görüşü	75
2. İrade Serbestisi Teorisi.....	79
3. Yargıtay Uygulaması	83
4. Görüşümüz	84

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLARIN DEVRİNİN ETKİLERİ

I. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI VE TEMİNAT VEREN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER BAKIMINDAN	92
A. Devreden Bakımından	92
B. Devralan Bakımından.....	93
C. Devreden Ve Devralan Arasındaki Rücu İlişkisi Bakımından	95
D. Teminat Veren Üçüncü Kişiler Bakımından	98
II. ALACAKLILAR BAKIMINDAN.....	101
A. Ticari İşletme Devri Kapsamında Devredilen Borç Bakımından Alacaklı Koruması	101
B. Devredenin Ticari İşletme Devri Kapsamında Olmayan Borçları Bakımından Alacaklı Koruması	102

1. Muvazaa Sebebiyle Devrin Geçersizliği ve Alacaklı Koruması.....	103
2. Alacaklı Tarafından Tasarrufun İptali Davası Açılması	105
C. İİK M. 44 Hükmüne (Ticareti Terke) Aykırı Devirde Alacaklıların Korunması	108
1. Ticareti Terk ile Ticari İşletmenin Devri İlişkisi	108
2. Ticaret Ortaklıklarının Ticari İşletmelerini Devrinin Ticareti Terk Sayılmaması	110
3. Devredenin Ticareti Terkten Doğan Yükümlülükleri	113
4. Ticareti Terkin Devreden Bakımından Sonuçları	115
a. Terk Durumunun İlan Edilmesi	115
b. Bir Yıl Süre ile İflasa Tabi Olması	116
c. Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması	117
5. Ticaretin Terki Kurallarına Uyulmamasının Sonuçları.....	119
a. Devir İşleminin Geçerliliği Bakımından.....	119
b. TBK m. 202 ve İİK m. 280/4 Hükümleri ile Birlikte Uygulanması Bakımından	122
c. Cezai Yaptırım Bakımından.....	125
SONUÇ	127
KAYNAKÇA	133

KISALTMALAR

BGK : Büyük Genel Kurulu

bkz. : Bakınız

c. : Cümle

CGK : Ceza Genel Kurulu

dn. : Dipnot

E. : Esas

EBK : 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

eTST : Eski Ticaret Sicil Tüzüğü

ETTK : 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

HD. : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

İBGK : İctihadı Birleştirme Genel Kurulu

İİK : 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu

K. : Karar

m. : Madde

N. : Numara

örn. : Örnek

RG : Resmi Gazete

RKHK : 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

s. : Sayfa

T. : Tarih

TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TİRK : 1447 Sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu

TİTRK : 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu

TMK : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

TST : Ticaret Sicil Tüzüğü

TSY : Ticaret Sicil Yönetmeliği

TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

TTSG : Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi

vd. : Ve devamı

VUK : 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu



ÖZET

Ticari işletmenin devri kurumu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunuyla birlikte değişikliğe uğramıştır. TTK m. 11/3'de, ticari işletmenin malvarlığının ayrı ayrı tasarruf işlemine ihtiyaç olmaksızın devir sözleşmesiyle bir bütün halinde devredilebilmesi imkanı getirilmiştir. Ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi halinde ise işletmenin borçlarının durumu TBK' nın 202. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda ticari işletmenin devrinde borçların intikali incelenmiştir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için ticari işletme ve ticari işletmenin devri kurumu da ayrıntılarıyla açıklanmıştır. Yine çalışmada, ticari işletmenin devri halinde, işletmeye dahil borçların tarafların iradesiyle kapsam dışında bırakılıp bırakılmayacağı ve ticari işletmenin devriyle birlikte borçların devrinin etkileri de ortaya konulmuştur.

Anahtar Sözcükler: Ticari işletme, ticari işletmenin devri, ticari işletmenin devri sözleşmesi, ticari işletmenin devrinde borçların intikali.

ABSTRACT

The notion of transfer of the commercial enterprise has been changed with the Turkish Commercial Code No. 6102. TCC Art. in 11/3 enabled that the property of a commercial enterprise without the need for separate act of disposal can be transferred as a whole with the transfer contract. In case the commercial enterprise is transferred together with its assets and liabilities, the status of the enterprise's debts is regulated in Article 202 of the TCO. In our study, it is examined the transition of debts in the transfer of a commercial enterprise. For a better understanding of the subject, the commercial enterprise and the notion of transfer of a commercial enterprise are also explained in detail. Again in the study, in case of transfer of the commercial enterprise it has been revealed whether the debts included in the enterprise can be excluded from the scope by parties' will and legal consequences of the transition of debts in the transfer of a commercial enterprise.

Key Words: Commercial enterprise, transfer of commercial enterprise, contract of commercial enterprise transfer, transition of debts in the transfer of a commercial enterprise.

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'yla birlikte ticari işletmenin devri kurumunda düzenlemeler yapılarak önemli değişiklikler ortaya konulmuştur. TTK m. 11/3 uyarınca, ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle birlikte, işletmenin aktifini oluşturan malvarlıkları, tek tek tasarruf işlemine ihtiyaç olmaksızın devralana geçmiş olacaktır. Buna, kısmi külli halefiyet denilmekle birlikte, burada ticari işletmenin aktifini oluşturan malvarlığının bir bütün halinde devralana geçişi sağlanmaktadır.

Böylece, TTK m. 11/3 ile birlikte işletmenin aktifini oluşturan malvarlığının devrine ilişkin özel bir devir sistemi belirlenmiş, EBK m.179 ile getirilen borçların devri sistemi ise büyük oranda korunmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 202'de "*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.*" ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme EBK m. 179 düzenlemesi ile benzer olmakla birlikte alacaklılara yapılacak ilan bakımından bazı farklı düzenlemeler içermektedir.

TBK m. 196'ya göre, asıl borçlunun yerini yeni bir borçlunun alması ve asıl borçlunun borcunun sona ermesi, borcu üstlenen yeni borçlu ile alacaklının aralarında yapacakları sözleşmeyle mümkündür. Ancak, TBK m. 202'de, ticari işletmenin aktifleri ve pasifleriyle devredilmesi durumunda alacaklıların rızasına ihtiyaç duyulmadan borçların devralana geçeceği ve devralanın borçlardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtilen hususları dikkate alarak çalışmamızın birinci bölümünde ticari işletme ve tanımı, ticari işletmenin unsurları, ticari işletmenin yapısı ve hukuki niteliği incelenecektir. Bu bölümde, çalışmamızla da bağlantılı olarak, bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilebilmesi için gerekli hususlar açıklanmıştır. Yine aynı

bölümde, ticari işletmenin devri kurumu açıklanacak, ticari işletmenin devrolunabilmesi için gerekli olan işlemler ortaya konulacaktır. Önemli olarak, ticari işletmenin devri sözleşmesinin kapsamına girebilecek unsurlar belirtilecek ve bu unsurların ticari işletmenin devrine etkisi ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise ticari işletmenin devrinden önceki borçların durumu ayrıntılı olarak incelenecektir. Burada ticari işletmenin devrinde hangi borçların devir kapsamında olabileceğine ilişkin doktrinde yer alan görüşlere yer verilecek ve neticesinde de kendi görüşümüz ortaya konulacaktır.

Tezimizin üçüncü ve son bölümünde ise, ticari işletmenin devrinde borçların devredilmesinin etkileri incelenecektir. Söz konusu borçların devrinin, devralana, devredene, teminat vermiş üçüncü kişilere ve alacaklılara olan etkilerine değinerek çalışmamızı sonlandıracağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

I. TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN TANIMI

Ticaret hukukuna ilişkin düzenlemelerin oluşturulmasında ve buna bağlı olarak ticaret hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde dört sistemden yola çıkılmıştır¹. Bunlar sübjektif sistem, objektif sistem, modern sistem ve karma sistemdir.

Sübjektif sistemde tacir kavramı ön planda tutulmakta ve bu kavramdan yola çıkılmaktadır. Tacir tarafından gerçekleştirilmiş olan işlerin ticari iş olduğu kabul edilmektedir. Ticaret hukukunun ayrı bir hukuk dalı olarak ortaya çıktığı Orta Çağ Avrupa'sında tacirler ayrı bir zümre olarak kabul edilmiş, bu sebeple de bu kişileri temel alan sübjektif sistem ortaya çıkarılmış².

Objektif sistemde, belirli iş ve işlemler ticari iş olarak kabul edilmektedir. Fransız Devrimi sonucunda hak, adalet gibi belirli kavramlar ortaya çıkmış ve bunun neticesinde belirli zümreye tanınmış olan ayrıcalıklar ortadan kalkmıştır. Bu nedenle tacir kavramının temel alınmasından uzaklaşarak artık belirli iş ve işlemler ticari iş olarak kabul edilmeye başlanmıştır³. Ticari işletme sisteminde ise ticari işletme ile ilgili olan işler, ticari iş olarak kabul edilmiştir. Sanayi devriminden sonra fabrikaların kurulması, büyük işletmelerin ortaya çıkması ve ticari hayatın bunlar üzerinde yoğunlaşması sonucu işletme kavramı büyük önem kazanmıştır⁴.

Ticaret hukukunun uygulama alanının tespit edilmesinde, kronolojik olarak da daha sonra ortaya çıkması sebebiyle “modern sistem” olarak adlandırılan sistem; ticaret hukukunun uygulama alanının tespit edilmesinde tacir ve ticari işlem

¹ Dinç, Serhan, “Ticaret Hukukunun Düzenlenmesinde Benimsenen Sistemler ve Sistemlerin Etkilediği Kanuni Düzenlemeler”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, Mayıs 2018, s. 178.

² Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 23. bs., Ankara 2017, s. 5.

³ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 5 vd.; Ülgen, Hüseyin ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, 5. bs., İstanbul 2015, N. 72.

⁴ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 5 vd.; Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 73.

kavramlarının yetersiz kaldığını, ticaretin bir organizasyon içerisinde icra edilecek olmasından dolayı ticaret hukukunun uygulama alanının tespitinde ticari işletmenin esas alınması gerektiğini belirtmektedir⁵.

Karma sistem objektif, sübjektif ve modern sistemin karışımıdır. Bu sistem bazen tacirlere bazen de ticari işlemlere ağırlık vermektedir⁶. 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nun karma sistemi benimsediği ileri sürülmüştür⁷. Karma sistemde tacir, ticari işlem ve ticari işletme sistemleri belli ölçüde bağdaştırılmıştır⁸.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlenmesinde asıl olarak ticari işletme esasından yola çıkılmış olmakla birlikte kanunumuz tacir ya da ticari işlemler ölçütünü de tamamen reddetmeyerek karma sistemi benimsemiştir⁹. Ancak bu duruma rağmen kanunda tacir, ticari iş, ticari hüküm ve ticaret unvanı açıklanırken genellikle ticari işletme kavramından yola çıkılmıştır¹⁰. TTK m. 12/1'e göre "*Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir*". TTK m. 3'e göre "*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir*". TTK m. 1/1-c. 2'ye göre "*Bu Kanundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir*". TTK m. 39/1'e göre "*Her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır*". Belirtilen kanun maddelerindeki kavramlar açıklanırken ticari işletme kavramından hareket edildiği görülecektir. Özellikle ticaret unvanına ilişkin TTK m. 39 incelendiğinde, ticaret unvanına tacirlerin sahip olabileceği ve tacirin bu unvanı *ticari işletmesine* dair yaptığı işlemlerde kullanmasının zorunlu olduğu görülecektir¹¹. Bununla birlikte, maddede sadece tacir

⁵ Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin / Özdamar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 13. bs., Ankara 2020, s. 4; Dinç, s. 184.

⁶ Dinç, s. 187.

⁷ Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 5. bs., Bursa 2014, s. 5.

⁸ Dinç, s. 187.

⁹ Ayhan, Rıza / Özdamar, Mehmet / Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, 8. bs., Ankara 2015, s. 114.

¹⁰ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 25; Dinç, s. 187.

¹¹ Kuşuoğlu, Dilşad, "Ticaret Unvanı ve Korunması", <http://denizasiri.net/wp-content/uploads/2018/01/Ticaret-Unvan%C4%B1-ve-Korunmas%C4%B1-Dils%CC%A7ad-Kug%CC%86uog%CC%86lu.pdf>, (17.07.2021), s. 2.

ibaresinin kullanılması aynı zamanda TTK m. 15'te esnaflar açısından ticaret unvanı kurallarına atıf yapılmaması nedeniyle esnafların ticaret unvanı kullanması mümkün olmayacaktır¹². Belirtilen hususlardan yola çıkıldığında ticaret unvanının, bir *ticari işletmeyi* kısmen de olsa kendi adına işleten gerçek kişi tacir ile tüzel kişi tacir¹³ tarafından *ticari işletmelerine* ilişkin işlemlerinde kullanacağı ad olduğu ve ticari işletme kavramı temelinden yola çıkarak ifade edildiği görülecektir. Bunun gibi birçok ticaret hukuku kavramı açıklanırken ticari işletme kavramından hareket edilmesi, ticari işletme kavramına büyük önem kazandırmakta ve ticaret hukukunun merkez kavramı haline gelmektedir¹⁴.

ETTK' da ticari işletmenin tanımı yapılmamıştı. ETTK m. 11/1'de(sınırlı sayıda olmamakla birlikte) ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin, ticari işletme olarak sayıldığıının belirtilmesiyle yetinilmişti¹⁵. Oysaki ticari işletme TTK' nın olduğu gibi, ETTK' nın da merkez kavramı idi. Kanunun temelini oluşturan bir kavramın tanımının (mülga) Ticaret Sicili Tüzüğü m. 14/f. 2'ye (eTST)¹⁶ bırakılması doktrinde eleştiri konusu olmuştu¹⁷.

Bir kavramın yerleşmesinde ve içeriğinin belirlenmesinde en önemli etkenlerin başında belirli bir tanımının yapılması gelmektedir¹⁸. Başarılı bir tanımdan söz edebilmek için ise, tanımı yapılan hususun, unsurlarını tamamen içermesi gerekir.

¹² Kuşuoğlu, s. 2, dn. 6.

¹³ TTK m. 16/1'e göre "*Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.*"

¹⁴ Ticari işletme kavramının 'merkez kavram olma özelliği' 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin gerekçesinde '*...Çünkü ticari işletme kanununun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticari işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür...*' şeklinde açıklanmıştır.

¹⁵ Kayar, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, 10. bs., Ankara 2015, s. 44.

¹⁶ eTST m. 14/2, ticari işletmenin tanımını yaparken mehz İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü'nden esinlenmişti. Hangi işletmelerin ticari işletme sayılamayacağına ilişkin olumsuz bir tanım yapan bu hüküm; "*Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz*" ifadeleriyle düzenlenmişti.

¹⁷ Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 18; Kanunun tümüne egemen ve diğer kavramlar ile ilişkisi olan temel bir kavramın, Ticaret Sicil Tüzüğü'ne bırakılamayacağı, TTK m. 11/1' in gerekçesinde belirtilmiştir.

¹⁸ Tekinalp, Ünal, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, Sayı 3, Haziran 2008, s. 16; Şener, Oruç Hami / Uzunallı, Sevilay, Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 3. bs., Ankara 2012, s. 1.

Ticaret Kanunu bakımından önem arz eden ticari işletme kavramı, nihayet TTK m. 11/1 ile tanımlanmıştır¹⁹. Kanundaki tanıma göre “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*”. Görüleceği üzere bir işletmenin ticari işletme olarak kabul edilmesi için, belirli bir düzeyde ekonomik kazanç elde etme amacıyla, bağımsız bir şekilde sürdürülen faaliyetlerin süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte esnaf işletmesi de özünde bir işletme olmakla birlikte, istisnai hükümler hariç olmak kaydıyla TTK’ nın uygulama alanı içerisinde kalan işletme vasfında değildir²⁰.

II. TİCARİ İŞLETMENİN UNSURLARI

Ticari işletmenin unsurlarının belirlenmesinde TTK’ daki tanımından yola çıkılabilecektir. TTK m. 11/1’e göre “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*” Kanundaki tanımdan hareket edildiğinde ticari işletmenin dört unsuru bulunduğu söylenebilecektir. Bunlar; gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık, bağımsızlık, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşmadır.

Önceki paragrafta yer alan görüşümüz dışında ticari işletmenin unsurlarına ilişkin farklı görüşler de doktrinde yer almaktadır. Bir görüş, ticari işletmede aleniyet unsurunun aranması gerektiğini belirtmiştir²¹. Aynı zamanda başka bir görüş, örgüt(organizasyon) unsurunun da yer alması gerektiğini ifade etmiştir²². Diğer bir görüşe göre ise, ticari işletmenin üç unsuru bulunmaktadır. İlk unsur ticari işletmenin bulunmasıdır; bu unsurla, soyut faaliyetlerin ticari işletme olarak kabul edilmesi engellenecektir. İkinci unsurun ise gelir elde edilmesinin hedeflenmesi olduğu ve böylece kazanç elde edilmesinin gerekli olmadığını belirtmiştir. En son olarak esnaf

¹⁹ Demirkapı, Ertan, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 378.

²⁰ Evirgen, Betül, “Ticari İşletmelerin Devri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 3-4.

²¹ Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3.bs., Ankara, 1968, s. 160; Baştuğ, İrfan / Erdem, Ercüment, Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Ankara 1993, s. 20.

²² Baştuğ / Erdem, s. 20; Erem, Turgut S., Ticaret Hukuku Prensipleri, İstanbul 1973, s. 50.

faaliyeti sınırının aşılmasının hedeflenmesi gerektiğini ifade etmiştir²³. Son görüş ise uç unsur üzerinde durmaktadır, bunlar; bağımsızlık, devamlılık ve esnaf sınırını aşacak düzeyde gelir sağlamayı hedeflemedir²⁴.

Ticari işletmenin unsurları konusunda ifade edilen görüşler incelendiğinde, tarafımızca kabul edilen unsurlara göre iki önemli farklılık göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki “bir işletme” bulunması gerektiği şeklinde ifade edilen unsurdur. İkincisi ise “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşacak düzeyde gelir sağlama hedefi” şeklinde ifade edilen unsurdur.

Bir işletme bulunmasına ilişkin belirtilen unsurun açıklanması noktasında “yapının somutlaştırılması²⁵” ve “soyut faaliyet²⁶” ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Burada yapının somutlaştırılması ifadesi ile kastedilen, işletmenin faaliyetlerini bir organizasyon kurarak gerçekleştirmesidir, soyut faaliyet ise tam tersi olarak bir organizasyon kapsamında gerçekleştirilmeyen faaliyetleri ifade etmektedir²⁷. Kişinin devamlı bir şekilde borsada oynaması veya forward işlemleri yapması, bir öğretmenin ders vermesi gibi örneklerin tümünde bir organizasyon kapsamında faaliyet gerçekleştirilmediğinden dolayı ticari işletme olarak kabul edilmesinin mümkün olmayacağı belirtilmektedir²⁸.

Kanaatimizce bir organizasyon kapsamında faaliyetlerin sürdürülmesi ticari işletmenin ayırt edici özelliği değil, iktisadi işletmenin özelliğidir. Yani, organizasyon, bir ticari işletmeyi diğer işletmelerden ayırt edecek bir unsur değildir. Aynı zamanda TTK m. 11/1 gerekçesinde “... Ticarî işletme “işletme”nin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticarî işletmenin bir “işletme” olduğu özellikle vurgulanmıştır...” şeklinde ifade yer almaktadır. Gerekçeden de

²³ Tekinalp, Yeniden Düşünmek, s. 9-10.

²⁴ Bahtiyar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 18. bs., İstanbul 2017, s. 18. Unsurları bu şekilde tespit eden karar için bkz. Yargıtay HGK., T 29.11.2017, E 2017/19-1658, K 2017/1464 (<https://www.kazanci.com.tr> (08.06.2020)).

²⁵ Bu yönde bkz. Tekinalp, Yeniden Düşünmek, s. 9.

²⁶ Bu yönde bkz. Tekinalp, Yeniden Düşünmek, s. 9.

²⁷ Demirkapı, s. 381.

²⁸ Şener / Uzunallı, s. 1-2.

anlaşılacağı üzere işletmenin bulunması, ticari işletme bakımından belirleyici bir unsur değildir.

Ticari işletmenin tanımının yapıldığı TTK m. 11/1’de gelir sağlama hedefi ve esnaf işletmesi sınırlarını aşmaya dair özelliklerin bir bütün olarak kaleme alındığı görülmektedir. İfadenin bu şekilde kaleme alınmış olması neticesinde bu iki unsurun bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak kanunda yer alan “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşacak düzeyde gelir sağlama hedefi” ifadesindeki anahtar kavram “gelir” kavramıdır²⁹. Söz konusu kavram sadece TTK m. 11’ de kullanılmayıp aynı zamanda TTK m. 15’de yer alan esnaf tanımının içerisinde de yer almıştır. Türk Dil Kurumu çevrimiçi sözlüğüne göre gelir kavramı, bir kimseye veya topluluğa belli zamanlarda, belli yerlerden gelen para, varidat şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı kurum tarafından basılı olarak sunulan sözlükte bu açıklamanın yanında, bir ekonomik birimin belli bir süre içinde kazandığı para (ücret, aylık, kira vb.), varidat, irat şeklinde nitelendirildiği görülmektedir³⁰.

Bu açıdan gelir kavramının kazanç kavramından farklı olduğu anlaşılmaktadır. Gelir, elde edilen faydalar toplamıdır. Kazanç ise bu faydalardan maliyetlerin çıkartılması yoluyla bulunur. Dolayısıyla bir işletmenin gelir sağlamayı hedeflemesi, mutlaka faaliyetleri sonucu kâr elde etmeyi amaçladığı şeklinde yorumlanmayacaktır³¹. Buna karşın faaliyet sonucunda belirli bir miktarda menfaat elde edilmiş olması gerekmektedir. Elde edilen menfaatin, maliyetlerin altında kalması hali zarar oluştursa bile, belirli ölçünün üzerinde faaliyet geliri oluşması esnaf sınırının aşması için yeterli olmalıdır³².

²⁹ “Gelir iktisadi bir kavramdır. Bu açıdan gelir kavramının açıklayan iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan “kaynak teorisi”ne göre kişinin sahip olduğu üretim faktörlerinin (emek, sermaye, tabii unsurları veya teşebbüs) bir veya birden fazlasını üretime katmaları karşılığında sürekli olarak elde ettikleri (ücret, faiz, rant veya kar) gibi değerlerdir. Bu görüşte iki temel bulunmaktadır. Bunlar gelirin üretim faktörlerinin kullanımı sonucu elde edilmesi ve sürekli olmalarıdır. Bu konuda ikinci görüş “net artış teorisi” olarak isimlendirilmektedir. Buna göre servette meydana gelen her tür artışı gelir olarak kabul eder.” bkz. Demirkapı, s. 385, dn. 49.

³⁰ Demirkapı, s. 386.

³¹ Demirkapı, s. 386.

³² Demirkapı, s. 386.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının hazırlanması sırasında kazanç sağlama amacının bulunmadığının vurgulanması amacıyla üzerinde durulan gelir hedefinin, esnaf faaliyeti sınırları ile bağlantısı bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Burada esnaf faaliyeti sınırının aşılması ve gelir sağlama hedefinin bulunması şeklinde iki ayrı unsurun bulunduğu kabulü gerekmektedir³³. Bu sebeple ifadede eksik olanı tamamlamak üzere “düzeyde” kelimesinden sonra “ve” bağlacının konulması ve burada iki ayrı özellik bulunduğu vurgulanması gerekirdi. Hükmün düzelmiş hali “Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde ve gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir”. Ancak bu husus düzeltilmese dahi, hükmün belirttiğimiz şekilde yorumlanması gerekmektedir³⁴.

Bizce başlığın ilk paragrafında da belirtildiği üzere, TTK m. 11 hükmünün içeriğinden hareket edildiğinde dört temel unsurun bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun üzerine, herhangi bir işletmenin ticari işletme olarak belirlenebilmesi, işletmenin gelir sağlamayı hedef tutması, devamlılık arz etmesi, bağımsız olması ve esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşmasına bağlıdır³⁵. TTK m. 11/1’den yola çıkarak belirlenebilen bu unsurlar ticari işletmenin vazgeçilmezleri olarak kabul görürken, bu unsurların her birinin aynı anda bulunması işletmeye ticari işletme niteliğini kendiliğinden kazandıracak olup bu unsurlardan herhangi birinin bir işletmede bulunmaması durumu da ticari işletme sıfatının kendiliğinden kaybına neden olacaktır³⁶. Bununla birlikte, bir işletmenin ticari işletme niteliğini kazanabilmesi veya bu niteliğinin kaybı gibi bir durumun oluşması için ayrıca ticaret siciline tescil veya terkin gibi işlemlerin yapılmasına gerek yoktur³⁷.

³³ Demirkapı, s. 386.

³⁴ Demirkapı, s. 386.

³⁵ Kayar, s. 44.

³⁶ Kayar, s. 44; Ticari işletme niteliğinin kazanılması için unsurların bir arada bulunmasının yanında işletmenin fiilen işletilmeye başlanması veya işletilmeye başlanmış sayılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Aker, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 73.

³⁷ Karahan, Sami, “Ticari İşletme ve Tacir Kavramları ile İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Mayıs 2012, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/798664> (son erişim tarihi: 18.02.2021), s. 5.

A. Gelir Sağlamayı Hedef Tutma

Ticari işletmenin kurulmasındaki amaç gelir elde etmektir. Bu sebeple TTK m. 11/1 'de de belirtildiği üzere, bir ticari işletmenin faaliyetlerini sürdürürken öncelikli olarak gelir sağlama amacıyla hareket etmesi gerekmektedir³⁸.

Burada “gelir” ile kastedilen tüm giderler düşüldükten sonra elde kalan net gelir yani kâr olmayıp faaliyetin sonucunda elde edilen gayrisafi hâsıladır³⁹. Bu sebeple faaliyetin sonucunda zarar edilmiş olması bu unsurun varlığına engel değildir⁴⁰. Bu durum ticari işletmenin kanuni tanımında “kazanç” yerine “gelir” sözcüğünün kullanılmasından anlaşılabilir⁴¹. Zira gelir, elde edilmiş olan bütün faydaların toplamı iken kazanç, elde edilmiş olan bütün faydalardan maliyetin çıkartılması ile bulunan değerdir⁴².

Malvarlığında bir artış sağlamayan ancak malvarlığındaki muhtemel bir azalmayı önlemeye yönelik faaliyetlerin bu unsur kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, malvarlığındaki muhtemel bir azalmayı önlemeye yönelik faaliyetler de bu unsurun varlığı için yeterlidir. Bu durumda üyelerine daha ucuz tüketim maddesi temini amacıyla kurulmuş tüketim kooperatiflerinin işletmelerinin bu unsuru sağlayacağı kabul edilmektedir⁴³. Diğer görüş ise, malvarlığının eksilmemesini sağlayıcı faaliyetlerin ekonomik değer taşıdığını ancak ticari işletmenin gelir sağlama unsurunun ekonomik menfaat sağlama ile aynı anlamda olmayıp ondan daha dar kapsamlı olduğunu belirtmektedir⁴⁴.

³⁸ Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 18.

³⁹ Demirkapı, s. 388.

⁴⁰ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 27.

⁴¹ Kanunda “gelir” kelimesinin “kazanç” yerine bilinçli olarak tercih edildiğine ilişkin açıklama için bkz. Tekinalp, Yeniden Düşünmek, s. 9.

⁴² Demirkapı, s. 386.

⁴³ Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 19; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 28.

⁴⁴ Bozer, Ali / Göle, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 4. bs., Ankara 2017, s. 8. Bu görüşe göre, şayet kanun koyucu ticari işletme için gelir sağlama yerine ekonomik menfaat unsurunu esas alsaydı, anonim şirketin her türlü ekonomik amaç için kurulabileceğine ilişkin TK 331 hükmüne gerek kalmazdı (Bozer / Göle, s. 9).

Gelir sağlama hedefi bulunmamasına rağmen fiilen gelirin elde edildiği hallerde ticari işletmenin varlığından bahsedilemeyecektir⁴⁵. Örneğin belediyelerin fakir ailelere yemek dağıtılması için kurduğu aşevleri veya bir derneğin ihtiyaç sahipleri için kullanılmış olan giysileri toplayıp bunları dağıtması gibi faaliyetler gelir sağlamak amacıyla gerçekleştirilmediği için söz konusu haller ticari işletme faaliyeti olarak kabul edilemeyecektir⁴⁶.

Elde edilen gelirin ne şekilde sarf edildiğinin (yatırım, kamu hizmeti, ideal amaçlar için kullanılmasının veya işletenin kişisel malvarlığına aktarılmasının) ticari işletme niteliğinin tespiti açısından bir önemi bulunmamaktadır⁴⁷.

İşletme kapsamında yürütülen faaliyet suç teşkil etmemeli ve ahlaka aykırı olmamalıdır. Böylece kamu düzeninin sağlanması için hukukun yasakladığı bir faaliyete ticari işletme adı altında geçerlilik de tanınmamış olacaktır⁴⁸.

B. Devamlılık

Ticari işletme niteliği için aranan ikinci unsur, işletmenin faaliyetinin devamlılık arz etmesi gereğidir. Devamlılık unsurunun temelinde işletmenin devamlı olarak faaliyette bulunma niyetinin bulunması yatmaktadır. Dolayısıyla, devamlılık niyeti bulunduğu halde elde olmayan nedenlerle faaliyetin kısa bir süre devam etmesi işletmeye diğer şartların da varlığı halinde ticari işletme niteliği kazandırabilecektir⁴⁹.

⁴⁵ İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 13. bs., İstanbul 2005, s. 8; Demirkapı, s. 389.

⁴⁶ Demirkapı, s. 389.

⁴⁷ Bozer / Göle, s. 8.

⁴⁸ Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 284

⁴⁹ Domaniç, Hayri / Ulusoy, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları TTK Tasarısı ve Gerekçeleriyle Birlikte, 5. bs., İstanbul 2007, s. 146.

Bir faaliyetin ne zaman devamlılık arz ettiği hususu çok açık değildir. Doktrinde işletmenin devamlı olduğunun kabulü için belirli bir işin değil, faaliyet konusu içerisindeki belirsiz sayıda işin yapılmasının gerektiği belirtilmektedir⁵⁰.

Devamlılık kavramı faaliyetin ne kadar sürdüğünden farklı bir kavramdır. Bu nedenle kısa süre devam eden bir faaliyet bile belirli bir planlama ile sürekli olarak icra edilecek ise devamlılık unsurunu içermektedir. Diğer yandan arızı bir faaliyet uzun bir süreye yayılmış olsa dahi devamlılık arz etmeyecektir⁵¹.

İşletmenin faaliyetin niteliği gereği kesintiye uğraması veya sadece belirli dönemlerde faaliyetin yapılabilmesi durumlarında da devamlılık unsurunun varlığı kabul edilmektedir⁵². Bu hususta neredeyse bütün kaynaklarda yaz aylarında faaliyet gösteren turizm işletmeleri örnek verilmektedir. Yine, eğitim ve öğretime ara verildiği dönemde faaliyet göstermeyen kantin işletmeleri de devamlılık unsuruna sahiptir.

Bir faaliyetin, bir kereliğine yapılması planlanmışken daha sonrasında bir faaliyetin sürekli hale gelmesi durumunda devamlılık unsurunun bulunduğunu kabul edilmelidir. Örneğin tek bir seferliğine tur düzenleyen bir kişinin daha sonradan bunu sürekli olarak yapması gibi bir durum oluşabilir. Böyle bir durumda başlangıçta bulunmayan devamlılık unsuru sonradan ortaya çıkacaktır. Bu şekilde devamlılık unsurunun sonradan oluştuğu durumlarda, ticari işletmenin varlığı anını devamlılık unsurunun ortaya çıktığı an olarak kabul etmek uygun olacaktır⁵³.

Son olarak, devamlılık unsuru bakımından önemli olan faaliyetin sürekli olması kast ve niyeti olduğunu tekrarlayarak bir defalık veya birkaç defalık

⁵⁰ Aker, s.50.

⁵¹ Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 23. bs., Konya 2012, s. 20. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bazı faaliyetler kanun gereği başka bir şart aranmaksızın ticari işletme sayılmaktadır. (örn. TTK m. 851 uyarınca eşya ve yük taşıma işleri). Bu işlerin arızı nitelikte dahi olsa ticari işletme niteliğinde olması faaliyetin kanun gereği devamlı olduğu anlamına gelmez. Bkz. Aker, s. 52.

⁵² Ülgen, Hüseyin ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, 3. bs., İstanbul 2009, s. 150.

⁵³ Çelikboya, Kerem, Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2017, s. 55.

faaliyetlerin süreklilik unsurunun varlığı bakımından yeterli olmayacağını söylememiz gerekmektedir⁵⁴.

C. Bağımsızlık

Ticari işletmenin varlığı ve tespiti yönünden TTK' da yer alan unsurlardan üçüncüsü bağımsızlık unsurudur. Bir ticari işletmenin bağımsız şekilde yürütülmesi gerekmektedir.

Ticari işletmenin bağımsızlığından kasıt işletmenin kendi iç ilişkisinde ve dış ilişkisinde bağımsız hareket edebilme yetki ve hürriyetini ifade etmektedir⁵⁵. İç ilişki bakımından işletmenin kendi organizasyonu, faaliyeti, çalışma şekil ve prensiplerini işletme politikasını belirleyebilmesi ve hareket etmesini⁵⁶ ifade ederken dış ilişkide bağımsızlık üçüncü kişiler ile herhangi bir talimat ve yetkilendirmeye bağlı olmaksızın işlem yapabilme hüviyetine sahip olmayı⁵⁷ ifade etmektedir.

Ticari işletmenin bağımsızlık unsurunun varlığı, şubelerin -her ne kadar TTK'de açık bir şekilde tanımlanmasa da⁵⁸ öğretilde kabul edilen "iç ilişkide merkeze bağımlı olma" unsuruna sahip olması sebebiyle- ticari işletme niteliğinde olmasına engeldir⁵⁹. Gerçekten şubenin kâr ve zararının merkeze ait olması, merkezden ayrı bir malvarlığının olmaması, merkezin tespit ettiği işletme politikasına uygun hareket etmesi, personelinin tayini, terfi ve azli gibi organizasyona ilişkin hususlarının

⁵⁴ Ülgen ve Diğerleri, Ticari, s.151.

⁵⁵ Zeytinci, Merve, "Ticari İşletmenin Devredilmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2016, s. 14.

⁵⁶ "İşletme Politikası" kavramının detaylı açıklaması için bkz. Domaniç / Ulusoy, s. 148.

⁵⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 58.

⁵⁸ Şube kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm IV-A-5-a-(6) Şube; Dağınık bir şekilde birçok kanunda tanımlanmaya çalışılan şube kavramına, TTK' nın Ticari İşletme kitabının Tacir başlıklı birinci kısmının "A) Ticari İşletme" başlığı altında yer verilebileceği yönündeki Kanun sistematığına yönelik eleştiri için bkz. Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. bs., İstanbul 2016, s. 61.

⁵⁹ Baştuğ / Erdem, s. 20.

merkezin yetkisinde olması, ticari işletmenin bağımsızlık unsurunun şubeler bakımından bulunmadığının göstergesidir⁶⁰.

Buna karşılık acente, komisyoncu, simsar ve tek satıcıya ait olan işletmelerde yürütülen faaliyet, ticari işletmenin bağımsızlık unsurunu sağlamaktadır⁶¹.

D. Esnaf İşletmesi İçin Öngörülen Sınırı Aşma

Herhangi bir işletmenin, ticari işletme niteliğini kazanabilmesinin en mühim şartlarından bir tanesi de söz konusu işletmenin faaliyetlerinin esnaf faaliyeti sınırını aşmasıdır. Belirtmek gerekir ki, yukarıda ticari işletmenin unsurlarından gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık ve bağımsızlık unsurları esnaf işletmelerinde de bulunan özelliklerdendir⁶². Bu sebeple, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşma unsuru, işletmeye ticari olma vasfını kazandıracak en mühim unsurdur⁶³.

Kanun koyucu tarafından ticari işletmelerin esnaf işletmelerinden ayrı tutulmasının sebeplerinden birisi, belirli büyüklüğün altındaki işletmeleri işleten kişilerin tacir sıfatını kazanmasını ve tacir sıfatının kazanılması sonucu kanun tarafından tacir olmaya bağlanan ağır sonuçlardan etkilenilmesini engellemektir. Böylece, TTK tarafından tacir ve esnaflar aynı hükümlere tabi tutulmamış, küçük işletmeleri işleten kişilerin tacir olmanın getirdiği sorumluluklardan ve ağır hükümlerden korunması sağlanmıştır⁶⁴.

Ticari işletmenin tespitinde, esnaf işletmesi sınırının aşılmasının tespiti için hiç şüphesiz esnaf işletmesinin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Ticari işletme TTK m. 11’de tanımlanırken açıkça “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde” ibaresi kullanılmasına ve TTK’ da işletmeler temel olarak ticari işletme-

⁶⁰ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 38

⁶¹ Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 10. bs., Ankara 2017, s. 95.

⁶² Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 20-21.

⁶³ Akçaal, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014, s. 39.

⁶⁴ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 39.

esnaf işletmesi ayırımına dayanmasına⁶⁵ rağmen, kanunda esnaf işletmesinin tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık esnafın tanımı, TTK m. 15'te "*İster gezici olsun ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır.*" şeklinde belirlenmiştir⁶⁶.

TTK ile, ETTK m. 17 de yer verilen ve doktrin tarafından tamamen belirsiz bir unsur olduğu için eleştirilen⁶⁷ "kazancının ancak geçimini sağlamaya yetecek kadar az olması" ilişkin düzenleme ve şartın çıkartıldığını bunun yerine "geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan" eklendiği görülmektedir⁶⁸. Ancak ilgili düzenlemenin ETTK m. 1463 hükmünden alındığı düşünüldüğünde tamamen yeni bir ifade de sayılmamaktadır. Ayrıca maddeye "sanat veya ticaret ile uğraşan kişi" ibaresi eklenmiştir. Lakin bu unsur da esnafın belirlenmesinde yahut ayrılmasında bir ölçüt oluşturmamaktadır⁶⁹.

⁶⁵ Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 6. bs., Bursa 2016, s. 21.

⁶⁶ TTK da esnaf işletmesinin değil de esnafın tanımlanmış olması sebebiyle kanunun esnaf temelli bir yaklaşım sergilediği ve esnaf işletmesinin de esnaf tarafından işletilen işletme olarak belirtilmesi yoluna gidildiği yönünde görüş için bkz. Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme, s. 21. TTK 11/2 hükmü ile ticari-esnaf işletmesi ayırımının Cumhurbaşkanlığı kararı (700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname öncesi "Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılacak kararname") ile belirleneceğinin düzenlenmesinin ilgili kararın yardımcı kriter değil doğrudan ayırımın dayanağına ilişkin esas kriter olması nedeni ile eleştirileri hakkında bkz. Aydın, Alihan, "Ticari İşletme Kavramı, Unsurları Ve Hukuki İşlemlere Konu Olması", Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, 25-26 Kasım 2011, İstanbul, s. 13.

⁶⁷ "Kazancının ancak geçimini sağlamaya yetecek kadar az olması" düzenlemesinin kişiye, zamana ve hatta yere göre değişkenlik göstereceği ve yeknesak olarak uygulanmayı mümkün kılmayacağı, belirsizlik yaratacağı sebebi ile yöneltilen eleştiriler için bkz. Arıcı, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 19.

⁶⁸ İlgili sınırın belirlenmesinde yetkinin Bakanlar Kurulu'na bırakılmış olmasının değişen şartlara hızlı uyum sağlanabilmesi açısından olumlu ve yerinde bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 293.

⁶⁹ Demirkapı, s. 403; Benzer yönde belirlenen meslekler içerisinde yer alan bir faaliyet belirlenen nakdi sınırları aşması ve belirli bir gelir düzeyinin üstüne yükselmesi halinde ticari işletme olacağından ticari-esnaf işletmesi ayırımında meslek kolunun etkili olmadığı yönünde bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 21; Karşı görüş olarak; özellikle 2007 tarihli Kararda belirtilen Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından yayımlanan esnaf ve sanatkarlar kollarından birisinde faaliyette bulunma şartının TTK 15 hükmündeki sanat veya ticaret dalları olduğunu bu yönü ile düzenlemenin gerekçesi ve diğer düzenlemeler ile uyumlu olduğu yönünde bkz. Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 296.

Her iki kanunda da ortak olarak yer alan “*ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanma şartı*” ise doktrinde de haklı olarak; bedeni çalışmanın değerinin tespit edilmesinin zorluğu⁷⁰, güncel meslek kollarında bedensel çalışma kadar zihinsel çalışmaların aktif olduğu iş kollarının yer alması⁷¹ gibi nedenlerden ötürü eleştirildiği üzere tespit edilmesi zor ve objektif bir şart değildir⁷². Ancak kanunun bütünü ve amacı nazara alındığında buradaki tek ve temel kıstasın kararname ile belirlenecek sınırın altında gelir elde edilip edilmediği olduğu, bu sınırın üstünde gelir elde edilmemesi halinde artık işletmenin bedeni faaliyete dayandığı yahut bedeni faaliyetin ön planda olduğu bir işletme olduğunun kabulü gerekecektir⁷³. Bu nedenle de kararname ile belirtilen sınırın altında gelir elde edilmesi halinde ayrıca “ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanma” şartı aranmayacak, bu husus esnaf-ticari işletme ayrımında yahut esnaf sıfatının varlığının tespitinde ölçüt olarak kabul edilmeyecektir⁷⁴.

Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki ayrımın belirlenmesi yönünde TTK 11/2 hükmü gereğince yayımlanan bir Cumhurbaşkanlığı kararı yahut 700 Sayılı KHK'nın 192. Maddesi öncesinde Bakanlar Kurulu Kararı bulunmadığından Yürürlük

⁷⁰ Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 292.

⁷¹ Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme, s. 22.

⁷² Bozer / Göle, s. 9.

⁷³ Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 294; Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme, s. 22-23.

⁷⁴ Kırca, İsmail, “Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2007, s. 298; Kanun içi boşluk olarak değerlendirilmesi ve nazara alınmaması gerektiği yönünde bkz. Demirkapı, s. 407; Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme, s. 23.

Kanunu m. 10 hükmü gereğince ETTK 1463/2’de ki yetkiye dayanılarak çıkartılan 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı⁷⁵ uygulanmaya devam etmektedir⁷⁶.

Kararname gereğince, bir işletmenin esnaf işletmesi olarak kabul edilebilmesi için Koordinasyon Kurulunca belirlenmiş olan meslek faaliyetlerinden birinin yapılıyor olması gerekmektedir. Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenmiş olan meslek faaliyetleri dışındaki bir faaliyetin yapılması durumunda ise işletmenin kazancı ve işlem miktarı ne olursa olsun esnaf işletmesi olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir⁷⁷.

Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenmiş olan esnaf ve sanatkar iş kolunda bir faaliyetin yürütülmesi halinde ise, söz konusu işletmenin esnaf işletmesi olarak kabul görmesi için, Kararnamede belirtilen kazanç miktarı ve vergi mükellefiyeti hususlarında aranan ölçütlerden birinin sağlanması gerekir.

Bu ölçütlerin belirtilmesi gerekir ise ilk olarak, Vergi Usul Kanunu m. 177’ye göre basit usulde vergilendirilenler ve gelir vergisinden muaf tutulan kişilerin kazançları tacir olarak kabul edilmelerini gerektiremeyecek kadar az olmasından

⁷⁵ “5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu’nun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 63 üncü maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 12. ve 17. maddelerinin uygulaması bakımından;

a) Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmi Gazetede yayımlanacak esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 177. maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkar sayılmaları ile esnaf ve sanatkar siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri,

Ancak, esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkar sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkar sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkar sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması,

(b) 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin bünyesindeki odalara kaydedilmeleri, kararlaştırılmıştır.”

⁷⁶ Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 20; Bozer / Göle, s. 10.

⁷⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 44.

dolayı başka herhangi bir koşula tabi olmaksızın esnaf olarak kabul edilecek, bu kişilerin işletmeleri de esnaf işletmesi olacaktır⁷⁸.

Bununla birlikte, basit usulde vergilendirilmeyen ve gelir vergisinden muaf tutulmayan kişiler tarafından işletilen işletmeler, Kararnamede VUK hşkşmlerine atıf yapılan sınırları aşmıyor ise bu tarz işletmeler de esnaf işletmesi olarak kabul gōrecektir⁷⁹. Buna karşılık VUK 'a gōre birinci sınıf tacir sayılanlar ve bilanço esasına gōre defter tutanlar ya da işletme esasına gōre defter tutmakla birlikte ōngōrřlen sınırlamaları aşan işletmeleri işleten kişiler tacir sayılacaktır. Bu nedenle VUK 177 de belirtilen sınırlar geçilmese dahi kendi isteği ile bilanço esasına gōre defter tutanlar tacir olacaktır⁸⁰.

Nitekim sōz konusu Bakanlar Kurulu kararında ilgili sınırların belirlenmesinde VUK hşkşmlerine atıf yapılmışsa da vergi mşkellefiyetine ilişkin dşenlemeler ile ticaret hukuku arasında gerekli uyum bulunmadığından birtakım problemlere yol açmaktadır⁸¹. Bunlardan birisi de işletme esasına gōre defter tutan kişiye ait birden fazla işletme bulunması yahut aynı işletmenin birden fazla kişi tarafından adi ortaklık olarak işletilmesi halinde ticari-esnaf işletmesi ayırımında ilgili nakdi sınırları geçip geçmediği hususunda yapılacak tespittir. Nitekim vergi mevzuatı mşkellefin şahsından hareket etmektedir. Bu nedenle bir kişinin birden fazla işletmesi olması halinde o kişinin tşm geliri vergi mşfredatı için bir olduğu gibi birden fazla kişinin aynı işletmeyi adi ortaklık olarak yşrştmeleri halinde de bu kişilerin vergisel yşkşmlşlşkleri ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bizim de katıldığımız gōrřře gōre, bu noktada ilgili nakdi limitlerin aşılıp aşılmamasında işletme esaslı olarak dşşnşlmesi ve dikkate alınması gerekmektedir⁸². Bu sebeple bir kişinin birden fazla işletme işletmesi

⁷⁸ Akçaal, İşletmenin Devri, s. 47; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 29; Kırca, İ., s.297-299.

⁷⁹ elikboya, Ticari İşletme, s. 45-46.

⁸⁰ Akbulak, Yavuz, "Ticari İşletme Rehni", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 2016/3, Mayıs-Haziran 2016, s. 338.

⁸¹ Őlgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 301-305; Ayrıca karar ile VUK arasında gerekli uyumun sağlanamadığı eleştirisi ve konuda kararda 171/1 hşkmşnşn 2. Fıkrasındaki sınırı aşmayan kişinin esnaf olarak nitelendirilmesine rağmen VUK' da ikinci sınıf tacir olarak (m.178/1) adlandırıldığı yōnřndeki tespiti dile getiren yazarlar için bkz. Bozer / Gōle, s. 11; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 30.

⁸² Őlgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 301; elikboya, kararın lafzından her ne kadar tacirin elde ettiği gelirin dikkate alınması gerektiği gibi anlam çıkarılsa da kararın amacının ticari-esnaf işletmesinin açıklamak olması ve TTK sisteminin ticari işletme üzerine kurulu olduğunun nazara alındığında ilgili

halinde her bir işletmenin kendi faaliyeti içerisinde nakdi limitleri geçip geçmediği ayrıca değerlendirilecektir⁸³. Yine bir işletmenin birden fazla kişi tarafından adi ortaklık hükümlerince işletilmesi halinde her bir ortağın elde ettiği gelir üzerinden ayrı ayrı olarak değil işletme faaliyeti kapsamındaki toplam gelirin ilgili nakdi limitlerin aşım aşmadığına bakılacaktır⁸⁴.

Bunlarla birlikte, bir işletmenin kurulmasından itibaren henüz bir yılını tamamlamamış olduğu dönemde esnaf işletmesi mi yoksa ticari işletme mi olarak kabul edileceği oluşan sorunlardan en önemlisidir⁸⁵. Doktrinde yeni kurulan ve henüz bir yılını doldurmamış olan işletmelerin esnaf işletmesi mi yoksa ticari işletme mi olarak kabul edileceği hususunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, bir işletmenin ticari işletme olup olmadığının tespit edilebilmesi için işletmenin kurulmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmesi ile birlikte kararnamede belirtilen gelir seviyesine ulaşmasının beklenmesine gerek bulunmamaktadır. Bu görüşünün temelini TTK m. 11 de “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan*” cümlesi oluşturmaktadır. Eğer kurulan işletmenin yer aldığı faaliyet, bu işletme için belirlenen sermaye, işletmenin malvarlığı gibi hususlar bir arada değerlendirildiğinde aynı tür işletmelerin aynı faaliyetleri gerçekleştirmesi neticesinde ticari işletme olarak nitelendirilebileceği sonucuna varılırsa, yeni kurulmuş olan işletmenin de buradan yola çıkarak ticari işletme olarak kabulü gerekecektir⁸⁶.

Başka bir görüş ise, bir işletmenin esnaf işletmesi sınırını aşım aşmadığının tespit edilebilmesi için bir yıllık sürenin beklenmesi gerektiğini, ancak bir yılın sonunda bunun belirlenebileceğini belirtmiştir. Bu görüş, ticari işletmenin varlığı için kararname tarafından sınırı belirlenmiş olan ve yine kararname tarafından atıf yapılan VUK hükümlerindeki sınırların aşım aşılmadığının tespit edilmesi gerektiğini, bu sınırın tespit edilebilmesi için ise bir yıllık sürenin geçmesinin gerektiği belirtilmiş, bu

sınırların ticari işletme için öngörüldüğünün kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. bkz. Çelikboya, Ticari İşletme s. 46.

⁸³ Demirkapı, s. 432.

⁸⁴ Aker, s. 68, dn. 190.

⁸⁵ Akçaal, İşletmenin Devri, s. 41; Aydın, s. 14; Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 22; Bozer / Göle, s. 10.

⁸⁶ Aydın, s. 14-15.

nedenle de kurulmasından itibaren bir yıllık süre geçmeyen işletmelerin ticari işletme olarak nitelendirilemeyeceği, yine o işletmeyi işleten gerçek kişinin de tacir sıfatına haiz olmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁸⁷.

Değirmek istediğimiz son görüş ise, TTK m. 11/1 de “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetler” ifadesinin, işletmesini açan gerçek kişinin esnaf sınırını aşan düzeyde geliri hedeflemesinin teorik olarak yeterli olduğunu, buna rağmen işletmenin zarar etme ihtimalinin bulunduğunu, bu nedenle işletme sahibi gerçek kişinin iradesine öncelik tanınması gerektiği hususuna dikkat çekmiştir. Görüşe göre, işletme sahibinin tacir olarak kabul edilebilmesi için ilk yıl kararnamede belirtilen geliri sağlamasının zorunlu olmadığı söylenebilir. Görüş, ilk yılda işletme sahibinin işletmesini sicile tescil ettirmesi, işletmenin faaliyet şekli ve organizasyonu gibi hususların esnaf işletmesini aşan düzeyde gelirin hedeflendiğini gösterebileceğini, daha sonraki yıllarda ise fiilen ulaşılan gelirin kararnamede belirtilen seviyeye ulaştığını kanıtlayarak esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlandığının belirlenebileceğini belirtmiştir⁸⁸.

Ticaret Kanununda ticari işletme belirlenirken, Kararnamede belirlenecek gelirin elde edilmesinin hedeflenmesinin yeterli görülmesi, esnaf kavramı belirlenirken ise Kararnamede gösterilen gelirin fiilen aşılması gerektiğinin belirtilmesi, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere birtakım sorunları ve doktrinde farklı görüşleri ortaya çıkarmıştır. Eski TST m. 15/2’de ise bu belirsizliği ortadan kaldıracak bir düzenleme yer almaktadır. Madde şu şekildedir; “*Kararnamenin mer’iyete girdiği tarihte henüz bir yıllık olmayan işletmelerin o tarihe kadar elde ettikleri gayrisafi gelirin miktarı esas tutulur. Bir yılın geçmesinden önce kararnamede gösterilen miktardan fazla gayrisafi gelir elde edilirse tescil mükellefiyeti başlar.*” Görüleceği üzere, işletmenin önce esnaf işletmesi olarak kabul edileceği ancak bir yıl dolmadan esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir elde edilmesi

⁸⁷ Yıldız, Şükrü, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Gerçek Kişilerde Tacir Sıfatının Kazanılması, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu, 25-26 Kasım 2011, İstanbul, s. 30-31.

⁸⁸ Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 23.

halinde işletmenin ticari bir işletme olacağı ve ticaret siciline tescil edilmesinin gerekeceği belirtilmiştir.

III. TİCARİ İŞLETMENİN YAPISI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Ticari İşletmenin Yapısı

Bütün işletmelerde görüleceği gibi ticari işletmede de kişi unsuru ve mal unsuru bir arada bulunmaktadır⁸⁹. Bir taraftan tacir olmadan, diğer taraftan da ekonomik faaliyet ve onun gerektirdiği malvarlığı olmadan ticari işletmeden bahsetmek mümkün değildir⁹⁰. Ticari işletmenin kişi unsuru, işletmeyi kendi adında işleten taciri ifade etmektedir⁹¹. TTK m. 12/1’de ifade edildiği üzere “*Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir*”. Ticari işletme, tacir tarafından, işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarından faydalanarak bir mal veya hizmet üretmek, satmak veya farklı şekillerde değerlendirerek ekonomik faaliyetlerini sürdürmektedir⁹².

Ticari işletmenin malvarlığı, işletmeye sürekli bir şekilde tahsis edilen unsurlardan oluşan bütündür⁹³. Söz konusu malvarlığını oluşturan unsurların her biri farklı amaç ve niteliklere sahip olmakla birlikte ortak özellikleri, ticari işletmeye sürekli olarak özgülendirmeleridir⁹⁴.

⁸⁹ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 31.

⁹⁰ Erkanan Coşkunsu, Sümeyye, “Bütününe Etki Eden Hukuki İşlemler Bakımından Ticari İşletmeye Özgülünen Malvarlığı”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s.10.

⁹¹ Erkanan Coşkunsu, s.10.

⁹² Erkanan Coşkunsu, s.10.

⁹³ Tekinalp, Ünal, “Ticari İşletmenin TK m.11(3)’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, (Derl. Gürel, Murat ve Diğerleri), Ankara 2015, s. 5.

⁹⁴ Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008, s. 48-49.

B. Ticari İşletmenin Hukuki Niteliği

Ticari işletme, kendisini oluşturan malvarlığı unsurları, sahip olduğu müşteri çevresi, pazarı, know-how ve tedarik ağı ile maddi ve maddi olmayan farklı unsurlardan oluşan bir yapıya sahiptir.

Ticari işletmenin kendisini işleten gerçek kişi tacir veya tüzel kişiden ayrı bir hukuki kişiliği bulunmamaktadır⁹⁵. Bir varlığın kişi olarak vasıflandırılabilmesi için hukuk düzeninin bu varlığı kişi olarak kabul etmesi gerekir. Zira, tüzel kişiler sınırlı sayıda belirtilme ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir⁹⁶. O halde bir şeyin tüzel kişi olabilmesi için, kanunlarda açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ticari işletmelerin tüzel kişi olduğuna dair herhangi bir maddi hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu nedenlerle ticari işletmelerin hukuki kişiliği söz konusu değildir⁹⁷. Ayrıca, ticari işletme, kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir örgütlenmeye sahip değildir. Hemen belirtelim, örgütlenmeden kastımız, hak süjesi olarak tüzel kişinin iradesini açıklayacak yapıdır⁹⁸.

Bunlarla birlikte ticari işletmeyi hukuken nitelendirebilmek adına, işletmenin girdiği sözleşme ilişkilerinde vasfının ortaya konulması gerekmektedir. Ticari işletmenin girdiği sözleşme ilişkilerinde hukuki süje tacirdir⁹⁹. Ticari işletmenin hukuki kişiliği bulunmadığından herhangi bir sözleşmeye taraf olamayacak, dolayısıyla sözleşme gereği hak sahibi olamayacak ve borç altına giremeyecektir. Haklar ve borçlar, ticari işletmeyi işleten gerçek ve/veya tüzel kişi tacir üzerinde doğacaktır. Hukuki kaynaklarda ticari işletmenin alacaklarından ve borçlarından

⁹⁵ Ülgen ve Diğerleri, Ticari, s. 179.

⁹⁶ Serozan, Rona, Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, 2.bs., İstanbul 1994, s. 29 vd..

⁹⁷ Cengil, M. Fatih, "Ticari İşletmenin Devri", Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana 2016, s. 18.

⁹⁸ Dural, Mustafa / Öğüt, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 14. bs., İstanbul 2013, s. 211.

⁹⁹ Demir, Koray, "Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 17, Sayı 2, 2013, s. 107.

bahsediliyor olması, işletmenin hukuki kişiliği olmasından kaynaklanmamakta, muhasebesel olarak bir varlığı olmasından ileri gelmektedir¹⁰⁰.

Ticari işletmenin bir bütün olarak devrini konu edinen sözleşmelerde, ticari işletmenin sözleşmesel vasfını irdelediğimizde, ticari işletme kendisini oluşturan bütün unsurlarla beraber bir bütün olarak sözleşmeye mevzu edilebildiğinden, ticari işletmeye sözleşme ilişkisinde hukuki obje niteliği verilmesi doğru olacaktır¹⁰¹.

Bir şeyin eşya hukuku anlamında eşya olarak nitelendirilebilmesi için; cismani olması, sınırlandırılmış olması, fiili ve hukuki hakimiyet kurmaya elverişli olması gerekmektedir¹⁰². Ticari işletme, bünyesinde maddi unsurlar ihtiva etmesine karşın, bizatihi, cismani şey olarak değerlendirilemez. O halde, ticari işletme eşya hukuku anlamında bir eşya olarak nitelendirilemez¹⁰³. Ticari işletme, eşya hukuku anlamında eşya ile birlikte, diğer hak konularını (ticari sırları, deneyimleri, müşteri çevresini vs) da içinde barındırır.

Bir görüşe göre ticari işletme, hukuki bir birlik olup bu hukuki birlik birçok haktan meydana gelen bir malvarlığını oluşturmaktadır¹⁰⁴. Bizce de ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı hukuki bir birlik olarak dile getirilebilir. Ticari işletmenin sahip olduğu malvarlığının hukuki bir birlik olmasından kasıt, işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının tacir tarafından işletme faaliyeti çerçevesinde istenerek bir araya getirilmesi ve bu gaye ile sınırlı olmak üzere bütünlük teşkil ediyor olmasıdır. Hukuki birlik nedeniyle, ticari işletmeye özgülenmiş olan malvarlığı tacirin genel malvarlığı içerisinde bulunmakta olup tacirin kişisel alacaklıları ticari işletmeyi oluşturan malvarlığına başvurabileceği gibi tacirin diğer malvarlıklarına başvurarak da alacağını tahsil edebilecektir¹⁰⁵. Bu yönüyle ticari işletmenin malvarlığı tacirin malvarlığına

¹⁰⁰ Karayağçın, Yaşar, Muhasebe Hukuku Kavramlar-İlkeler-Başlıca Sorunlar-Yeni Gelişmeler, 2. bs., Ankara 1988, s. 36.

¹⁰¹ Ülgen ve Diğerleri, Ticari, s. 180.

¹⁰² Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, 2. bs., Ankara 2014, s. 6 vd.

¹⁰³ Hirsch, E. Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri Cilt I, İstanbul 1939, s. 210; Ticari işletme eşya olarak nitelendirilemeyeceği için, eşya türleri bakımından değerlendirilmeye tabi tutulamaz.

¹⁰⁴ Hirsch, s. 167.

¹⁰⁵ Ülgen ve Diğerleri, Ticari, s. 180; Sertoğlu, Burak, "Ticari İşletme Devri", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 11; Akgöl, İzel, "Ticari İşletmenin

dâhil olmakla özel malvarlığı oluşturmeyen bir bütünlüktür¹⁰⁶. Ticari işletmenin malvarlığı tacirin malvarlığının ayrılmaz bir parçasıdır.

IV. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

A. Devir Sözleşmesi

1. Sözleşmenin Tarafları

Ticari işletmenin devrinde devrin konusu “ticari işletme” olup, söz konusu ticari işletmenin bir kişiliği bulunmadığından devrin devreden veya devralan tarafları gerçek kişiler de olabilir tüzel kişiler de olabilir¹⁰⁷. Bu devir işlemini gerçekleştirecek olanların gerçek kişi veya tüzel kişi olması herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Anonim Şirketler, Limited Şirketler gibi ticaret şirketleri, gerçek kişiler ve bir ticari işletmeyi işleten vakıflar veya dernekler ticari işletmenin devri sözleşmesine taraf olabileceklerdir¹⁰⁸. Bir adi ortaklık kurulmasıyla birlikte ticari işletmenin adi ortaklık tarafından işletilmesi durumunda ise devir işleminin ortaklar tarafından birlikte yapılması gerekmektedir¹⁰⁹.

Malik dışındaki bir kişi tarafından da ticari işletmenin işletilmesi mümkündür. Özellikle ticari işletmenin kiraya verilmiş olması halinde böyle bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu durumda, ticari işletmeyi işletmeden doğan tacir sıfatı ile ticari işletmenin maliki sıfatı farklı kişiler üzerinde bulunacaktır¹¹⁰. Böyle bir halde, tacir

Devri”, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 26-27.

¹⁰⁶ Ülgen ve Diğerleri, Ticari, s. 181.

¹⁰⁷ Bilgili, Fatih / Cengil, M. Fatih, “Ticari İşletmenin Devri ve Bilhassa Ticari İşletmenin Devri Düzenlemesinden Kaynaklanan Sorunlar”, Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu, 08-10 Kasım 2017, Ankara, s. 47.

¹⁰⁸ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 147.

¹⁰⁹ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 149.

¹¹⁰ Aker, s.290 vd.; Ticari işletmenin kiraya verilmesi halinde kiracının tacir sıfatı kazanacağı konusunda bir tartışma yoksa da kiraya verenin tacir sıfatının devam edip etmeyeceği konusundaki farklı görüşler vardır. Bu görüşler için Aker, s. 290 vd.

sifatını taşıyan ancak ticari işletmenin maliki olmadığı için tasarruf yetkisi bulunmayan kişinin, ticari işletmeyi devretmesi mümkün değildir.

Ancak bu noktada bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Ticari işletmeyi işleten ancak ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının maliki olmayan kişi, faaliyetleri sırasında kendisine ait bazı malvarlığı unsurlarını ticari işletmeye dahil etmiş olabilir¹¹¹. Örneğin bir ticari işletme kirası ile ticari işletmeyi işletmeye başlayan gerçek kişi tacir, bir araç satın alarak bu aracı ticari işletmenin faaliyetlerinde kullanmaya başlamış olabilir. Bu durumda yapılacak bir ticari işletme devri sözleşmesi, ticari işletmeyi işleten kişiye ait malvarlığı unsurlarını kapsamayacaktır. Eğer bu malvarlığı unsurlarının da devir kapsamında olması isteniyorsa o takdirde gerek ticari işletmenin maliki gerekse ticari işletmeyi işleten kişi ile birlikte bir sözleşme yapılması gerekecektir¹¹².

Tasarruf yetkisi olmayan bir kimsenin ise ticari işletmeyi devretmesi mümkün değildir. Ancak doktrinde tartışmalı olmakla beraber kanaatimizce ticari işletme devri sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem olduğu için sözleşmenin kurulması sırasında tasarruf yetkisi aranmayacaktır¹¹³. Bu nedenle malik dışındaki bir kişi de devir borcu doğuran sözleşme yaptığı takdirde bu sözleşme geçerli olacaktır. Ne var ki, devir sözleşmesinin tescili bir tasarruf işlemi olacağı için devreden tescil anında tasarruf yetkisi bulunması gerekmektedir¹¹⁴.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin devralan tarafında gerçek veya tüzel kişi olarak birden fazla kişi bulunabilir. Böyle bir durumun oluşması halinde ne olacağına ilişkin kanunda bir açıklık yoktur. Ticari işletmenin bu şekilde birden fazla kişi tarafından devralınması durumunda işletmeye ait mallar üzerinde birlikte mülkiyet oluşur. Birlikte mülkiyet halinde aksi bir durum söz konusu değil ise paylı mülkiyet

¹¹¹ Çelikboya, Kerem, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 103.

¹¹² Çelikboya, Yüksek Lisans Tezi, s. 103.

¹¹³ Ticari işletmenin devri sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm IV-A-4 Sözleşmenin Hukuki Niteliği.

¹¹⁴ Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 11. bs., İstanbul 2013, s.112.

hükümleri uygulanacaktır¹¹⁵. Ne var ki, bir ticari işletmeyi devralanlar arasında bir adi ortaklık ilişkisi bulunması ihtimali oldukça yüksektir. TBK m. 638 uyarınca adi ortaklıkta ortaklık için edinilen mallar üzerinde elbirliği yoluyla mülkiyet söz konusu olmaktadır. Buna göre devralanlar arasında adi ortaklık ilişkisi bulunması ve adi ortaklık hükümleri uyarınca devralanların elbirliği şeklinde malik olması uygulamada çoğunlukla karşılaşılabilecek durumdur¹¹⁶.

Ticari işletmenin devri sözleşmesi devreden ve devralan ile yapılabileceği gibi söz konusu sözleşmenin tarafların yetkili temsilcileri tarafından yapılması da mümkündür. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin devreden ve devralanın yetkili temsilcileri tarafından yapılabilmesi için, tarafların bu işlem için temsilcilere özel bir yetki vermesi gerekmektedir¹¹⁷. Bunun nedeni ise TBK m. 547/1’de belirtildiği üzere ticari temsilci, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında işletme sahibini temsil etmek üzere yetkilendirilir¹¹⁸. Bu sebeple ticari işletme sahibi tarafından TBK m. 547/1’e göre yetkilendirilmiş olan temsilcinin yetkisi ticari işletmenin devri işlemini yapabilmesi için yeterli değildir¹¹⁹.

Yine TBK’ nın 12. bölümünde, ticari temsilci ana başlığının altında yer alan temsil yetkisinin kapsamı adlı alt başlığında, ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı belirlenmiştir. Söz konusu kapsamın belirlendiği TBK’ nın 548. maddesinin birinci fıkrasına göre; “*Ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır*”. Maddenin ikinci fıkrasında ise ticari temsilcinin yerine getiremeyeceği işlemler belirtilmiştir. Buna göre ticari temsilci açıkça yetkili kılınmamış ise işletmenin mal varlığında bulunan taşınmazları devredemeyecek veya başkasına tanınacak olan bir hak ile sınırlandıramayacaktır.

¹¹⁵ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 149.

¹¹⁶ Akçaal, İşletmenin Devri, s.84; Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme), İstanbul 2004, s. 104.

¹¹⁷ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 180; Bilgili / Cengil, s. 48.

¹¹⁸ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 180.

¹¹⁹ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 180; Ayhan / Özdamar / Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, s. 159; Kayar, s. 70.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere kanaatimizce, ticari temsilciye açıkça yetki verilmeden belirli işlemleri yapamayacağına ilişkin TBK m. 548/2 hükmüne göre, temsilcinin ticari işletmenin devri işlemini yapabilmesi için ticari işletmenin sahibi tarafından özel yetki verilmelidir. Bunu destekleyen bir görüş de, ticari işletmenin sahibi tarafından temsilci için özel yetki verilmediği müddetçe, temsilcinin ticari işletmenin sonra ermesine neden olacak ve işletmenin taşınmaz malvarlığı üzerinde sınırlamalar yaratacak işlemleri yapabilmesinin, aynı zamanda ticari işletmenin devri sözleşmesini de gerçekleştirmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir¹²⁰.

2. Sözleşmenin Şekli

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının gerektiği TTK' nın 11'inci maddesinin 3' üncü fıkrası ve TSY' nin 133'üncü maddesinde belirlenmiştir. Her ne kadar bu şekil şartının, geçerlilik şekli olduğu açıkça belirtilmemiş olsa da, TBK m. 12/2 "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*" düzenlemesi karşısında, bu şeklin geçerlilik şekli olduğu sonucuna varılır¹²¹.

Bir sözleşmenin geçerliliğinin resmi şekle bağlı olabilmesi için bunun kanunda ifade edilmesi ve bu sözleşmeye resmiyet verecek makam veya memurun

¹²⁰ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 186.

¹²¹ TBK' nın 202' nci maddesi çerçevesinde, bir malvarlığının veya işletmenin devri sözleşmesi, borcun dış üstlenilmesinde olduğu gibi herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır. Bkz. Kahraman, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), İstanbul 2013, s. 216; Tekinay, Selahattin Sulhi ve Diğerleri, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul 1993, s. 274; Ticari işletmenin devri sözleşmesi kanunda öngörülen şekilde yapılmaz ise geçersiz olacaktır. Doktrindeki ve uygulamadaki hakim görüşe göre geçersizliğin türü kesin hükümsüzlük olacaktır. Buna göre şekil şartına aykırı bir şekilde gerçekleştirilmiş olan ticari işletmenin devri sözleşmesi baştan itibaren hak veya borç doğurmayacak, taraflarca verilen şeylerin iadesi ise somut duruma göre sebepsiz zenginleşme ya da istihkak davası yoluyla istenebilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki, devir sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen bilerek ve isteyerek ifa edilen şeylerin geri istenilmesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Bkz. Akçaal, Mehmet, "İşletmenin Devri", Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2013, s. 140-141.

belirlenmesi gerekir. TTK m. 11/3' de bu hususta düzenleme bulunmadığından, söz konusu şeklin resmi yazılı şekil olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹²².

Kanun koyucu, akdin yazılı şekle tabi olduğunu belirtmekten başka, yazılı sözleşmenin içeriğine dair şart da getirmiş olabilir¹²³. Bu halde nitelikli (mevsuf) yazılı şekilden bahsedilir. TTK m. 11/3' de ticari işletmenin devri sözleşmesinin içeriğine ilişkin herhangi bir şart getirilmemesine karşın, TSY' nin 133'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında devir sözleşmesinin hangi hususları ihtiva etmesi gerektiği belirlenmiş olduğundan, artık bu yazılı şeklin nitelikli (mevsuf) yazılı şekil olarak anlaşılması gerekir¹²⁴.

Eski ticaret kanunu ve eski borçlar kanunu döneminde ticari işletmenin aktiflerinin devrinde herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir¹²⁵. Burada ticari işletmenin sözleşmelere bir bütün olarak konu olması kendine özgü bir yapı arz ederdi¹²⁶. Sadece devir sözleşmesinin yapılması ile aktifler devralana geçmemekte, ticari işletmenin malvarlığını oluşturan aktiflerin her biri için cüzi intikal söz konusu olmaktaydı¹²⁷. Farklı bir ifadeyle sözleşmeden doğan edimlerin ifası bir bütün halinde değil, örnek olarak taşınmazlar için tapuda devir ile, taşınırlar için zilyetliğin devriyle, markalar için yazılı olarak yapılan sözleşmenin noterde onaylanması ve marka siciline tescil edilmesi şeklinde gerçekleşmekteydi¹²⁸.

¹²² Ayhan / Çağlar / Özdamar, Ticari İşletme, s. 140.

¹²³ Ayhan / Çağlar / Özdamar, Ticari İşletme, s. 141.

¹²⁴ Ayhan / Çağlar / Özdamar, Ticari İşletme, s. 141; Aynı zamanda Ayhan / Çağlar / Özdamar, TTK'nın 11. maddesinin 3. fıkrasındaki ifadede "adi yazılı şekil" anlaşılmasına rağmen TSY m. 133/2 hükmü ile nitelikli (mevsuf) yazılı şeklin benimsenmiş olması normlar hiyerarşisi bakımından eleştiriye açık olduğunu belirtmiştir. Bkz. Ayhan / Çağlar / Özdamar, Ticari İşletme, s. 141, dn. 229; Ancak belirtmeliyiz ki, burada olduğu gibi tezin bazı kısımlarında tarafımızca, kanun hükümlerinde yer almayan ve Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde düzenlenmiş olan bazı hususların kanun hükümlerine aykırı olmaması, kanunun lafzına ve ruhuna uygun olarak oluşturulması sebebiyle, kanun hükümlerine aykırı olmayan bu yönetmelik hükümleri doğrultusunda açıklamalarda bulunulmuştur.

¹²⁵ Erdem, H. Ercüment, "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Prof. Dr. Aydın Zevkililere Armağan Özel Sayısı, 2013, s. 996.

¹²⁶ Erdem, s. 996.

¹²⁷ Erdem, s. 996.

¹²⁸ Erdem, s. 996.

TTK 11/3 hükmü ile birlikte esaslı bir değişiklik yapılarak, ticari işletmenin içerdiği malvarlığının devrine ilişkin şekil kurallarına tabi olmaksızın tüm aktifler, yazılı şekilde yapılacak olan ticari işletme devri sözleşmesi ile devredilecektir¹²⁹.

Bir görüşe göre, bu düzenleme mülkiyetle ilgili olarak birçok sorunun doğmasına neden olabilir. Görüşe göre, örneğin, TTK m. 11/3 uyarınca yazılı devir sözleşmesinin tescili ile birlikte taşınmazın mülkiyetinin devralana geçtiği kabul edilirse, tapuda malik olarak görünen eski malikin yaptığı devir işlemi sonucunda devralan iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunacaktır. Bu bağlamda taşınmazın mülkiyetini kaybeden devralan kişinin hukuki güvenliğinin sağlanması sorunu ortaya çıkmaktadır. Ancak görüş, TSY m. 135/5'in öngördüğü diğer sicillere eş zamanlı bildirim hükmü karşısında bu olasılığın teorikte kalacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte, bu hususta TTK m. 36/3 hükmünün¹³⁰ de dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Böylece, ticari işletme devrinin TTSG' de ilan edilmesi ile beraber üçüncü kişilerin bu devri ve taşınmazın tapu sicili dışında malik değiştirdiğini bilmediklerinin ileri sürülemeyeceği, üçüncü kişinin iyiniyetli kazanımının ilandan sonra korunmayacağı belirtilmiştir¹³¹.

Başka bir görüşe göre ise, kanun koyucunun ticari işletmenin devri işlemi kolaylaştırmak amacıyla tescilsiz kazanımı öngörmesi ve ticari işletmenin devrinde yer alan aktiflerin devri için genel hükümlerde yer alan kurucu işlemlerin yapılmasına gerek olmaksızın devrin gerçekleşeceğini düzenlemesi sicile güven ilkesinin korunması prensibi ile çelişmektedir¹³². Örneğin ticari işletmenin devri sözleşmesinde yer alan taşınmazın devri resmi şekilde tapuda tescil ile değil, yazılı olarak yapılacak bir ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile gerçekleşecektir. Bu şekilde gerçekleşecek bir devir tapu siciline tescil olmadan gerçekleşeceğinden, tapu siciline güvenerek taşınmazı devralan iyiniyetli üçüncü

¹²⁹ Akay, M. Hasanali, "Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 sayılı TTK m. 11/3 kapsamında)", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Bahar 2014, s. 170-171; Erdem, s. 996.

¹³⁰ TTK m. 36/3' e göre "üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiası dinlenemez".

¹³¹ Erdem, s. 997-998.

¹³² Aydın, Sema ve Diğerleri, "Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 236.

kişinin bu kazanımının korunup korunmayacağı problemi ortaya çıkacaktır. Görüşe göre, üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunacağı kabul edilirse ticari işletmenin aktifinde yer alan taşınmazın devri sağlanamayacak, böyle bir durumda eğer taşınmazın devri olmadan ticari işletmenin devrinin de mümkün olmaması durumunda ticari işletmenin devri sözleşmesi hükümsüz olacaktır. Ancak tapuda yer alan kayda güvenerek hak iktisap eden kişinin, ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilan edilip edilmediğini de takip etmesinin beklenmesi durumunda, tapu siciline güven ilkesine ticari işletmenin devri için kanun tarafından bir istisna getirildiği söylenebilecektir. Görüş, bu düzenlemenin yeni bir tescilsiz kazanım öngördüğünü, ayrıca sicile güvenin korunması ilkesi ile çelişen bu düzenlemenin tapu sicili, trafik, marka ve patent sicilleri yönünden uygulamada tereddütlere ve sakıncalara neden olabileceği belirtilmiştir¹³³.

Kanaatimizce, ticari işletmenin içeriğinde yer alan taşınmaz, motorlu taşıt vs. gibi resmi şekil kurallarına tabi olan aktif malvarlıkları TTK m.11/3 uyarınca ticari işletme sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve sicile tescil edilmesiyle devirleri gerçekleşmiş olacaktır. Belirtmek gerekir ki kanun, ticari hayatın daha hızlı sürdürülebilmesi amacıyla bu hükmü getirerek istisnai bir durum oluşturmuştur. Ticari işletmenin devri sözleşmesiyle devredilen aktif malvarlığını devir işleminden sonra iyiniyetli üçüncü kişilerin sicillere güvenerek iktisap edebilmelerini önlemek amacıyla TSY m. 135/5 düzenlemesi getirilmiştir. TSY m. 135/5 “*Ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığına dahil olan tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece, ticari işletmenin devrinin tescil edilmesiyle eş zamanlı olarak ticari işletmenin devri sözleşmesinin içeriğinde yer alan malvarlığına göre ilgili sicillere eş zamanlı olarak bildirim yapılacak, bunun neticesinde üçüncü kişilerin iyiniyetli olarak söz konusu malvarlığını iktisap etmeleri önlenebilecektir.

¹³³ Aydın ve Diğerleri, s. 236-237.

Bunun dışında bir diğer hususta ticari işletmenin rehne konu olması durumudur. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu döneminde birçok yazar, ticari işletmenin rehnedilmesini düzenleyen TİRK'in 4. maddesinde söz konusu rehin sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılacağı belirtilmişken, ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerin TTK m. 11/3 hükmünde yazılı şekilde yapılacağına belirtilmesinin hükümler arasında çelişki oluşturduğunu ifade etmişlerdir¹³⁴. 21/7/1971 tarihli ve 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkraları ise “(2) *Rehin sözleşmesi elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenir.* (3) *Elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır.* (4) *Yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için tarafların imzalarının noterce onaylanması veya sözleşmenin Sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması şarttır.*” şeklindedir. Görüleceği üzere söz konusu yeni düzenleme de aradaki çelişkiyi giderir nitelikte değildir. TTK m. 11/3'deki düzenlemenin hem kapsam olarak daha geniş hem de şekil olarak daha basit olması, bu hükmeye göre kurulacak ticari işletme rehninin, TİTRK'a tabi olarak kurulacak rehmin yerine tercih edilmesine neden olabilir¹³⁵.

3. Sözleşmenin Konusu

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin konusunu, bir ticari işletmenin mülkiyetinin devralana bir bütün halinde geçirilmesi oluşturmaktadır¹³⁶. Ticari işletme devir sözleşmesinin konusunu yalnızca aktifler ve pasifler kümesi olarak tanımlamak yerinde değildir. Ticari işletme devrinin konusu, bir ticari işletmenin işlevsel bir birliktelik olan bütününün, yani organizasyonun devredilmesidir¹³⁷.

¹³⁴ Murat, “Ticari İşletme Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 2012, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/798685> (son erişim tarihi: 29.04.2021), s. 49; Akay, s. 171; Aydın ve Diğerleri, s. 234.

¹³⁵ Erdem, s. 1000.

¹³⁶ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 67.

¹³⁷ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 68.

Ticari işletmenin organizasyon olarak devri için, işletmeye özgülenen maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının devredilmesi gerekmektedir. Bu açıdan ticari işletme devri, ticari işletmenin malvarlığı cephesini teşkil eden malvarlığının devrini gerektirmektedir¹³⁸. Hangi malvarlığı unsurlarının devredilmesinin organizasyonun devri için gerekli sayılacağı somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir. Bunun için ticari ihtiyaçlar ve teamüller uyarınca iktisadi bir değerlendirme yapılacaktır¹³⁹.

Ticari işletmenin devrinde asli edimin yalnızca işletmeye tahsis edilmiş olan malvarlığı unsurları ile sınırlı olduğundan bahsedilemez. Bu unsurlar dışında ticari işletmenin müşteri çevresinin ve ticari itibarının da devralana geçirilmesi gerekmektedir. Hatta buna benzer unsurların devredilmesi ticari işletme devir sözleşmesinin karakteristik edimidir. Diğer bir ifade ile anlatmak gerekir ise, ticari işletmenin devri sadece maddi malvarlığı veya pasiflerin devredilmesinden ibaret değildir. İşletmenin devri sözleşmesinin temelini maddi malvarlığı oluşturmuş olsa da asıl amaç, bir organizasyon olarak ticari işletmenin devrinin sağlanmasıdır¹⁴⁰.

Bunlarla birlikte, bir ticari işletme devri yapılabilmesi için öncelikle bir ticari işletmenin bulunması zorunluluğu vardır¹⁴¹. TTK m. 11/3 hükmünde açıkça ticari işletmeden bahsedilmiş olmasından dolayı, esnaf işletmeleri dâhil diğer işletme türlerinin Türk Ticaret Kanununun 11. maddesinin 3. fıkrası kapsamında devri mümkün değildir¹⁴².

Ticari işletmenin geçici olarak faaliyetlerine ara vermesi veya tasfiye aşamasında olması ise, ticari işletmenin bütünlüğü korunduğu sürece ticari işletme devrinin varlığına engel teşkil etmez¹⁴³. Yine, bir ticari işletme henüz faaliyete geçmese bile faaliyete başlamaya hazır durumda ise yine ticari işletme devrine konu

¹³⁸ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 110.

¹³⁹ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 68.

¹⁴⁰ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 110; Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 67.

¹⁴¹ Akçaal, İşletmenin Devri, s. 52.

¹⁴² Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 378.

¹⁴³ Akçaal, İşletmenin Devri, s. 52. Ancak tasfiye, ticari işletmeyi işleten bir kişi hakkında verilen bir iflas kararına dayanıyorsa, ticari işletme devri müflis tarafından değil, iflas masası tarafından gerçekleştirilebilir. Bkz. Akçaal, İşletmenin Devri, s. 53.

olabilir¹⁴⁴. Fakat, tescili yapılmamış olan ticari işletmenin devir sözleşmesine konu olması halinde ise, Türk Ticaret Kanununun 11. maddesinin 3. fıkrasının uygulanamayacağı ve işletmeye dahil unsurların kısmi külli halefiyet ile devredilemeyeceği belirtilmektedir¹⁴⁵.

4. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Bir ticari işletmenin TTK m. 11/3 uyarınca devredilmesi halinde, devir konusu işletmenin malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı devredilmesine gerek olmayıp bu malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde devri sağlanacaktır. Ticari işletme devri işlemi ile birlikte malvarlığı unsurlarının tamamı devralana geçmektedir. Bu düzenleme karşısında, ticari işletme devri sözleşmesinin malvarlığına yaptığı etki bakımından sözleşmenin niteliğinin tespit edilmesi önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştır¹⁴⁶.

Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi temelinde hukuki işlem olması nedeniyle tarafların irade beyanına uygun olarak hukuki sonuçlar meydana gelmektedir¹⁴⁷. Borçlandırıcı işlem, bir kişinin malvarlığının pasif kısmını arttıran ve taraflar arasında asli edim yükümlülükleri doğuran işlemlerdir. Tasarruf işlemi ise bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan etkileyen, diğer tarafa nakleden, değiştiren, sınırlayan veya varlığını sona erdiren, işlem yapan kişinin malvarlığının aktifini azaltan işlemlerdir¹⁴⁸.

Tasarruf işlemlerinde “belirlilik ilkesi” önem taşımaktadır. Bir tasarruf işlemi yapılacak ise bu tasarruf işlemine konu olacak şeyin belirlenmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Söz konusu belirleme ile birlikte “aleniyet ilkesi” de önem taşımaktadır. Taşınır

¹⁴⁴ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 111-112.

¹⁴⁵ Aydın, s. 16.

¹⁴⁶ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 114.

¹⁴⁷ Sertoğlu, s. 53.

¹⁴⁸ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. bs., Ankara 2017, s. 171-173.

¹⁴⁹ Ayhan / Özdamar / Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, s. 139.

malların zilyetliğinin devrinin teslimle sağlanması, taşınmaz mallarda ise tapu siciline tescilin yapılması ile aleni bir şekilde tasarruf işlemi gerçekleştirilmiş olacaktır¹⁵⁰.

Fakat, Türk Ticaret Kanununun 11. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği üzere, ticari işletmenin devrinde sözleşmeye konu olan işletmenin malvarlığı unsurlarının her birinin tek tek devredilmesine ihtiyaç olmaksızın bir bütün halinde devrin sağlanabileceği belirtilmiş olup aleniyet ilkesi göz önünde bulundurulmamıştır. Bu nedenle ticari işletmenin devri sözleşmesinin kanunda belirtilen hüküm neticesinde malvarlığına yaptığı etki dikkate alındığında, doktrinde bu işlemin bir tasarruf işlemi mi yoksa bir borçlandırıcı işlem mi olduğu hususunda tartışmalar ortaya çıkmıştır¹⁵¹.

Doktrindeki bir görüşe göre, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yapılması tasarruf işlemi niteliğindedir¹⁵². Bu görüş uyarınca, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yapılması neticesinde sözleşme konusu işletme bir bütün halinde devralana geçmiş olacaktır¹⁵³. Ayrıca bu durumun, ticaret şirketlerinin kuruluşunun tamamlanması neticesinde sermaye olarak şirkete getirilecek malvarlığının geçişine benzerlik gösterdiğini belirtilmiştir¹⁵⁴.

Bu görüş doktrinde eleştiriler ile karşılaşmıştır. Başka bir görüşe göre, ticari işletme devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi olarak kabul edilirse, bu tasarruf işleminin temelinde yatan borçlandırıcı işlem bakımından bir şekil sorunu ortaya çıkacaktır¹⁵⁵. Şöyle ki, bu durumda TTK m. 11/3'te getirilen şekil şartı yalnızca tasarruf işlemi bakımından kabul edilmiş olacaktır. Eğer ticari işletme devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi olarak kabul edilirse, bu tasarruf işlemine temel teşkil edecek bir borçlandırıcı işlemin şekli konusunda kanunda bir hüküm yer almamış olacaktır. Bu durumda ise genel hükümler uyarınca borçlandırıcı işlemin şekli, ETTK döneminde olduğu gibi

¹⁵⁰ Akgöl, s. 96.

¹⁵¹ Akgöl, s. 96; Bilgili / Cengil, s. 49.

¹⁵² Tekinalp, Yeniden Düşünmek, s. 12; Tekinalp, TTK m.11/3, s. 6; Akçaal, İşletmenin Devri, s. 90.

¹⁵³ Akçaal, İşletmenin Devri, s. 90.

¹⁵⁴ Tekinalp, TTK m. 11/3, s. 7.

¹⁵⁵ Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 14. bs., İstanbul 2016, s. 113.

devir kapsamındaki malvarlığı unsurlarına göre tespit edilecektir¹⁵⁶. Bu ise TTK' nın ticari işletme devrini kolaylaştırma amacı ile bağdaşmayacaktır¹⁵⁷.

Bazı yazarlar ise borçlar hukukunda belirlenmiş olan klasik ayrımı esas alarak ticari işletmenin devri sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olduğunu, bu işlemin tasarruf işlemi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Buna göre, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yapılması, ticari işletmenin devrini üstlenen devreden aktif malvarlığının doğrudan devralana geçişini sağlamamakta, yalnızca her iki tarafa da sözleşme neticesinde ifasını üstlendikleri edimleri yerine getirme borcu yüklemektedir. Bu sebeple ticari işletmenin devri sözleşmesi kişiyi ticaret siciline başvurarak devir işlemini gerçekleştirme yükümlülüğü altına sokan bir borçlandırıcı işlem olup bu tescil işleminin yapılması ise tasarruf işlemi niteliğinde olacaktır¹⁵⁸.

TSY m.133/4, ticari işletme devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğini teyit eder niteliktedir¹⁵⁹. Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 133/4'te, ticari işletme devir vaa dinin tescil edilemeyeceği kabul edilmiş ve böylece, ticari işletme devri sözleşmesinin borçlandırıcı sözleşme olduğu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, ticari işletme devri vaadi sözleşmesinin yapılmasının mümkün olduğu TSY ile kabul edilerek, ön sözleşme/asıl sözleşme teorisinden hareket edildiğinde, ön sözleşmenin konusunun, her zaman borçlandırıcı işlem olmasının zorunlu olduğu gerçeği karşısında, ticari işletmenin devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu söylenebilecektir¹⁶⁰. Kanun koyucunun, kanun ile değil de yönetmelik ile bu hususu düzenlemiş olması önemli bir eksikliktir. Kanun koyucunun getirmiş olduğu düzenlemelerin bir bütün olarak değerlendirilerek amaca uygun olarak yorumlanması

¹⁵⁶ Öz, TBK m. 29/2' ye göre ön sözleşmenin asıl sözleşmenin şekline tabi olması şartının yalnızca borçlandırıcı işlemler bakımından geçerli olduğunu, tasarruf işlemler bakımından getirilen şekil şartının borçlandırıcı işlem bakımından uygulanamayacağını belirtmektedir. Bkz. Öz, s. 113.

¹⁵⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 115.

¹⁵⁸ Ayhan / Özdamar / Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, s. 139-141; Bilgili / Cengil, s. 50.

¹⁵⁹ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 116.

¹⁶⁰ Sertoğlu, s. 54.

neticesinde ticari işletmenin devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu kabul edilmelidir¹⁶¹.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olduğunun kabulü durumunda, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı bir şekilde yapılmasıyla borçlandırıcı işlem gerçekleştirilmiş olacak, bu borçlandırıcı işlem sonrasında ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle birlikte de tasarruf işlemi gerçekleşmiş olacaktır¹⁶². Dolayısıyla tescil işlemi gerçekleşmeden malvarlığı unsurları devralana geçmeyecektir¹⁶³. Devir sözleşmesinin yapılması, devralana devredeni ticaret sicilinde tescil talebinde bulunmaya zorlayacak bir alacak hakkı tesis edecektir¹⁶⁴.

5. Sözleşmenin Kapsamı

a. Aktifler

TTK m. 11/3'de ticari işletmenin devri sözleşmesinin hangi malvarlığı unsurlarını içerdiği, sınırlı olmamak üzere örnekler halinde sayılmıştır. TTK m. 11/3'e göre "*Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur*" denilmektedir. Yani, aksi açıkça öngörülmediği müddetçe taraflar arasında yapılmış olan ticari işletmenin devri sözleşmesi kanun maddesinde belirtilmiş olan malvarlığı unsurlarını içerecektir. Bununla birlikte, ticari işletmenin şubesi de işletmeden bağımsız olarak

¹⁶¹ Sertoğlu, s. 54.

¹⁶² Öz, s. 112; Topuz, Murat, "Ticari İşletme Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 2012, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/798685> (son erişim tarihi: 29.04.2021), s. 63; Tasarruf yetkisinin varlığı tescil anında aranacaktır. Bkz. Öz, s. 112.

¹⁶³ Topuz, s. 63.

¹⁶⁴ Topuz, s. 64.

kabul edilemeyeceğinden, taraflar arasında aksi kararlaştırılmadığı müddetçe devir sözleşmesinin kapsamında olacaktır¹⁶⁵.

Diğer taraftan TTK da sınırlı olmamak üzere sayılmış olan unsurlar arasında yer almamasına rağmen, ticari işletmede yapılan üretimde kullanılan ham madde vs. gibi dönen malvarlığı unsurları ve ticari işletmeye sürekli olarak özgülenmiş olduğu tespit edilebilen diğer malvarlığı unsurları da taraflarca aksi belirtilmediği sürece ticari işletmenin devri sözleşmesinin kapsamında değerlendirilmelidir¹⁶⁶. Yukarıdaki paragrafta da belirtmiş olduğumuz üzere TTK m. 11/3'te belirtilmiş olan unsurlar sınırlı olarak sayılmamıştır. Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 133. maddesinde de ticari işletmenin devri sözleşmesinin kapsamı belirlenirken "*Ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları*" denilerek, sözleşmeye dahil olan malvarlığı unsurları yerine, sözleşmeye dahil edilmeyecek malvarlığı unsurlarının belirtilmesi istenmiştir¹⁶⁷. Ayrıca TTK m. 11/3'te sayılan unsurlar her bir devrideki somut duruma göre farklılık gösterebilir¹⁶⁸.

(1). Duran Malvarlığı

Duran malvarlığı, TTK' nın 11. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen unsurlardan ilki olup bu unsur, ETTK' nın 11. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiş olan "tesisat" ifadesi yerine kullanılmıştır¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Akgöl, s. 66.

¹⁶⁶ Al, Dursun, "Ticari İşletme Devrinin Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi Açısından Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 92, Sayı 2018/1, Ocak-Şubat 2018, s. 281.

¹⁶⁷ Akgöl, s. 66-67.

¹⁶⁸ Cengil, s. 148.

¹⁶⁹ Ayhan / Özdamar / Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, s. 123; Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 27; TTK m.11/3 gerekçesinde 6102 sayılı TTK' da "tesisat" kavramının kullanılmaması; "6762 sayılı Kanun gibi, Tasarının da devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurları, bir ticari işletmeyi 'bütün' bakımından, yani malvarlıksal yönden tanımlar. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran malvarlığını, tartışmalara ve tereddütlere yol açan 'tesisat' sözcüğü ile ifade etmişti." şeklinde açıklanmıştır. Bkz. Doğrusöz, A. Bumin / Tunçel Töralp, Funda / Onat, Öznur, "Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu", Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Cilt 1, Temmuz 2011, https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf, (son erişim tarihi: 23.07.2020), s. 109.

Bir ticari işletmenin gerçekleştireceği faaliyetler için devamlı olarak o şirkete ayrılan maddi unsurlara, duran malvarlığı denir¹⁷⁰. Elle tutulan, gözle görülen yani somut varlığı olan değerler, maddi unsurları ifade etmektedir¹⁷¹. Duran malvarlığının işletmenin faaliyetine sürekli olarak özgülünmüş olmasının zorunlu olması sebebiyle, geçici olarak ticari işletme faaliyetine özgülünen malvarlıkları ise duran malvarlığı kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁷².

Ticari işletmeye devamlı olarak tahsis edilen taşınırlar, taşınmazlar (TMK m. 704), bunların bütünleyici parçaları (TMK m. 684) ile eklentileri (TMK m. 686) bu kavram içinde yer alır. Başka bir ifadeyle, duran malvarlığı, işletmenin faaliyetlerinde sürekli olarak yararlandığı, mevcudiyetlerini kullanılmaları ile kaybetmeyen, işletme sahibine ait olan şeylerdir¹⁷³.

Duran malvarlığına örnek olarak, ticari işletmenin faaliyetine ayrılan bir taşınmaz, yine bu faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi için alınan taşınırlar, bilgisayarlar, mobilyalar vs. gösterilebilir¹⁷⁴.

Ticari işletmenin devri sözleşmesiyle birlikte duran malvarlığının her biri devralana geçecektir. Taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilirler. Yani taraflar ticari işletmenin bünyesinde bulunan duran malvarlığının bazılarını veya tümünü devir sözleşmesine dahil etmezler ise, sözleşmeye dahil edilmeyen bu unsurlar devrin kapsamı dışında kalacaktır¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Akgöl, s. 67.

¹⁷¹ Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 26.

¹⁷² Sertoğlu, s. 64.

¹⁷³ Cengil, s. 148.

¹⁷⁴ Gürbüz Usluel, Aslı, “Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 71, Sayı 2, 2013, s. 150-151; Kayar, s. 53; Yargıtay 15. HD., T 06.03.1995, E 1995/1063, K 1995/1252 kararında, “...Dava konusu eşyalar lokantanın demirbaşları ile ilgilidir. Davalı 3 üncü kişi bu eşyaları dava dışı borçludan devraldığını iddia ederek 27.05.1995 tarihli devir senedi ile gene bu eşyaları borçludan aldığına dair faturalar ibraz etmiştir. Bu şekilde yapılan devir ve temlik ticari işletmenin devri niteliğinde olduğundan...” (Akçaal, İşletmenin Devri, s. 106, 15. dn.)

¹⁷⁵ Akgöl, s. 67.

(2). Dönen Malvarlığı

Dönen malvarlığı, TTK m. 11/3'te ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında açıkça belirtilmemiş olsa da ayrı bir unsur olarak açıklanması gerekmektedir. Dönen malvarlığı, ticari işletmenin faaliyetlerine özgülenen, işletme faaliyetlerinin gerçekleşebilmesinin bir parçası olan; hammadde, yarı mamul ya da mamul mallardır ve bunlar ticari işletmenin bir parçası olarak değerlendirilmelidir¹⁷⁶.

Doktrinde, ticari işletmenin malvarlığı belirtilirken duran malvarlığı dışındakiler “dönen malvarlığı” olarak dile getirilmektedir¹⁷⁷. Bunlar, kurulmuş bir ticari işletme organizasyonunun varlık dayanağı olan ve işlerliğini sağlayan malvarlığı unsurlarıdır¹⁷⁸.

Dönen malvarlığı, ticari işletmenin duran malvarlığı içerisinde yer almayan, ticari işletmenin üretimi için gerekli olabilecek ham maddelerin işletmeye geldiği haliyle kalmayıp işlenmesi ile yeni bir ürün olarak ortaya çıkarılmasını sağlayan maddeler olarak ifade edilebilir¹⁷⁹. Örneğin, çikolata imal eden bir ticari işletmede bulunan ve üretilecek çikolataların hammaddesi olan kakaonun, ticari işletmenin dönen malvarlığı kapsamında yer alması gerekir. O halde, bu unsurlar da aksi kararlaştırılmadıkça, ticari işletmenin devri kapsamında yer almalıdır¹⁸⁰.

(3). İşletme Değeri

ETTK' da bulunmayan “işletme değeri” ifadesi, TTK m. 11/3'te, aksi öngörülmediği müddetçe devir sözleşmesinde yer alması gereken bir unsur olarak belirtilmiştir. İşletme değeri TTK m. 11/3'ün gerekçesinde “*işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri*” olarak açıklanmıştır.

¹⁷⁶Aslan, Yılmaz / Şenyüz, Doğan, İşletme Hukuku, 4. bs., Bursa 2012, s. 10.

¹⁷⁷ Akçaal, İşletmenin Devri, s. 106.

¹⁷⁸ Cengil, s. 149.

¹⁷⁹ Akgöl, s. 68.

¹⁸⁰ Cengil, s. 149; Akçaal, İşletmenin Devri, s. 106.

İşletme değeri, işletmenin bulunduğu yerin merkezi, kurumsal yapısı, etkin bir organizasyona sahip olması, mal veya hizmetin kalitesi, sahip olduğu müşteri çevresi, sosyal medya hesapları gibi unsurlardan meydana gelmekte olup işletmenin maddi/somut malvarlığı değerine ek olarak işletmeye değer katmaktadır¹⁸¹.

Yukarıdaki paragrafta işletme değerini artıran durumlar arasında bahsetmiş olduğumuz müşteri çevresi, işletme değerini artıran en önemli etmendir. Ancak doktrinde, ticari işletmenin devrine dahil olan işletme değerinin içeriğine müşteri çevresinin dahil olmadığını belirten görüşler ortaya çıkmış olup bu durum devrin kapsamında yer alan işletme değerinin müşteri çevresini kapsayıp kapsamayacağına ilişkin tartışmalara neden olmuştur¹⁸². Ticari işletmelerin faaliyetini sürdürmüş olduğu yerde bir süre sonra kemikleşmiş bir müşteri çevresi oluşmaktadır. İşletmenin bulunduğu bölgede belirli bir süre sonra oluşacak olan bu müşteri çevresi ticari işletmenin değerini artıracaktır¹⁸³. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 11/3'ün gerekçesinde ticari işletmenin değerinin müşteri çevresini de kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. Bir işletmeden sürekli olarak hizmet alan veya ürün satın alan kişilerin ise müşteri çevresini oluşturduğu söylenebilecektir¹⁸⁴.

Ticari işletmenin, devirden itibaren faaliyetlerine devam edebilmesi için söz konusu müşteri çevresini muhafaza etmesi gerekmektedir¹⁸⁵. Fakat, ticari işletmenin müşteri çevresini, yukarıda da belirttiğimiz gibi kişiler oluşturmakta olup müşteri çevresini oluşturan bu kişiler hukuki olarak işletmeye bağlı değildirler. Bu sebeple,

¹⁸¹ Sertoğlu, s. 65.

¹⁸² Müşterilerin sözleşmeye konu olamayacakları ve hukuki anlamda devrinin söz konusu olamayacağına ilişkin bkz. Atasoy, Abdurrahman, "Ticari İşletmenin Devri ve Devrin Kapsamı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1996, s. 65.

¹⁸³ Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 31; Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 30; Ayhan / Özdamar / Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, s. 124; Bozer / Göle, s. 21.

¹⁸⁴ Akçaal, İşletmenin Devri, s. 107, dn. 22.

¹⁸⁵ Ticari işletmeler müşterileriyle yaşar. Müşteriler temel kavramdır ve diğer unsurlar, müşterileri bir arada tutmak konusundaki fonksiyonları oranında önem kazanırlar. Ticari işletme devredilirken doğal olarak müşteri çevresi de devredilir; müşterilerin tek başına veya müşterilerden arınmış olarak ticari işletmenin devri eşyanın doğasına aykırıdır, Topuz, s. 39, dn. 87.

ticari işletmenin müşteri çevresini oluşturan kişilerin hukuken ticari işletmenin devri sözleşmesiyle birlikte devredilebilmesi mümkün değildir¹⁸⁶.

Yukarıda açıklamış olduğumuz TTK m. 11/3'ün gerekçesinde her ne kadar işletme değerinin müşteri çevresini kapsadığı belirtilmiş olsa da, müşteri çevresini oluşturan kişilerin hukuken devrinin mümkün olmaması sebebiyle ticari işletmenin devri sözleşmesinin kapsamına müşteri çevresinin dahil olup olmayacağı tartışması doğmuştur. Gerçekten, bir taşınır malın veya bir taşınmaz malın devredilmesindeki gibi müşteri çevresinin de tek bir hukuki işlem ile devredilebilmesi mümkün değildir¹⁸⁷. Ayrıca doktrinde, müşterilerin istedikleri ticari işletmeden mal veya hizmet satın alma özgürlüklerinin bulunması sebebiyle müşteri çevresinin ticari işletmenin devri kapsamında yer almayacağını belirten görüşler ortaya çıkmıştır¹⁸⁸.

Öğretide, ticari işletmenin devrinde işletme değerinin kapsamı içerisinde müşteri çevresinin de yer alacağını dile getiren karşı görüşteki yazarlar da mevcuttur¹⁸⁹. Bu görüşteki yazarlar, işletme değerinin TTK m. 11/3'ün gerekçesinde de ifade edildiği gibi müşteri çevresini kapsayan bir üst kavram olması nedeniyle, bir bölgede belirli bir süre boyunca faaliyetlerini sürdüren ticari işletmenin, bu faaliyetleri neticesinde bir müşteri çevresinin oluşacağını, oluşan bu müşteri çevresinin ticari işletmenin soyut/maddi olmayan malvarlığı unsuru içerisinde yer alacağını ve bu nedenle müşteri çevresinin ticari işletmenin devrinde işletme değerinin içerisinde yer alacağını söylemiştir¹⁹⁰.

Bununla birlikte, ticari işletmenin sabit bir müşteri çevresinin bulunması o işletmeye artı bir değer katacak, işletmenin faaliyetlerinin sürekli bir şekilde devam etmesini sağlayacak ve maddi anlamda da işletmeye faydalı olacaktır¹⁹¹. Ticari işletmenin, uzun yıllar belirli bir alanda ve belirli bir yerde faaliyetini sürdürmesi

¹⁸⁶ Akgöl, s. 70.

¹⁸⁷ Demir, s. 111; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 211.

¹⁸⁸ Atasoy, s. 65.

¹⁸⁹ Aydın ve Diğerleri, s. 240; Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 29-30; Bozer / Göle, s. 24-25.

¹⁹⁰ Aydın ve Diğerleri, s. 240.

¹⁹¹ Akgöl, s. 71.

neticesinde edindiği müşteri çevresi, o işletmenin somut olarak gözükmeyen ancak, ekonomik değere sahip bir unsurdur¹⁹². Devreden, işletme değerinin korunması için sözleşmenin imzalanmasından devrin ifasına kadar, işletmenin değer kaybetmemesi için işletmenin olağan faaliyetlerini devam ettirmeli ve faaliyetin devamı için gerekli her türlü işlemi yerine getirmelidir. Aksi halde işletmenin değer kaybetmesine neden olunacak ve bu durum devreden işletme değerini koruma borcunu ihlal etmesi anlamına gelecektir¹⁹³.

İşletme değeri, yukarıda açıklandığı üzere ticari işletmenin kapsamında yer alan gayri maddi unsurlardan meydana gelmektedir¹⁹⁴. Ticari işletme kapsamında işletme değerinin devredilmesi, devredene yapma veya yapmama borcu yüklenmesi ile anlam kazanabilir. Bu doğrultuda, işletme değerinin içerisinde yer alan müşteri çevresinin soyut bir unsur olması sebebiyle ancak yapmama şeklinde, rekabet yasağı ile birlikte değerlendirilmesi halinde anlam kazanacaktır. Nitekim taraflar devir sözleşmesinde rekabet yasağı öngörmemiş olsalar dahi devreden devrettiği ticari işletme ile TMK m. 2' den vücut bulan zımnî rekabet etmeme borcu vardır¹⁹⁵. Ancak bu halde devre konu işletmenin sahip olduğu işletme değerinin devralan bakımından gerçek değerini ifade etmesi ve ticari işletmenin sahip olduğu müşteri çevresinden faydalanabilmesi mümkün olabilecektir. Ayrıca taraflar devir sözleşmesi ile devredene işletme değeri ile ilgili bir takım yapma borçları da yükleyebilirler. Devreden bu kapsamda sahip olduğu müşteri çevresine ait telefon bilgilerini paylaşma, varsa işletmenin sosyal medya hesaplarını devretme yolu ile devralanın bu çevreye kolaylıkla ulaşma imkânı elde etmesi ve devredene müşterileri devir konusunda bilgilendirme gibi yapma borçları yüklenebilir. İşletme değeri içerisinde müşteri çevresinin olması, ticari işletmenin müşterilerinin de devredildiği anlamına

¹⁹² Aydın ve Diğerleri, s. 240.

¹⁹³ Sertoğlu, s. 65.

¹⁹⁴ Acemoğlu, Kevork, Borçlar Kanununun 179. maddesine göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 84.

¹⁹⁵ Acemoğlu, s. 85; Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 82; Akçaal, İşletmenin Devri, s. 158.

gelmemekte olup, burada kastedilen devralanın ticari işletmenin müşteri çevresinden faydalanabilme imkânına sahip olmasıdır¹⁹⁶.

(4). Fikri Mülkiyet Hakları

i. Ticaret Unvanı

TTK m. 39/1'e göre "*Her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükmün anlamını açıklamak gerekir ise, bütün tacirlerin ticari işletmesini ilgilendiren iş ve işlemleri yaparken, ticari hayatta kullanacağı bir ismi olmalıdır¹⁹⁷. Yani ticaret unvanı¹⁹⁸, tacirin ticari hayattaki ismi olacaktır¹⁹⁹. Böylece tacir, bu unvan/ad ile ticari hayatta tanınır ve diğer tacirlerden ayrılır²⁰⁰. Ticaret unvanı tacir olmayan kişiler, örneğin esnaflar tarafından kullanılamaz, sadece tacirler tarafından kullanılabilir²⁰¹.

Ticaret unvanının taciri tanıtmakla birlikte ticari işletmeyi de tanıtmayı ve tacirin işletmesine de etki etmesi sebebiyle kanun koyucu tarafından ticaret unvanının devredilebileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. TTK m. 11/3 ve TTK m. 49 hükümlerinde aksi kararlaştırılmamışsa ticari işletmenin devri sözleşmesiyle birlikte ticaret unvanının da devrolunacağı düzenlenmiştir²⁰².

TTK m. 11/3 hükmünde açıkça belirtildiği üzere taraflarca aksi öngörülmemiş ise ticaret unvanının, ticari işletmenin devri sözleşmesinin kapsamında yer alacağı

¹⁹⁶ Sertoğlu, s. 65-66.

¹⁹⁷ Cengil, s. 152.

¹⁹⁸ Ticari hayatta, ticaret unvanı yerine, "firma" kelimesi de kullanılmaktadır. Ancak "firma" kelimesi uygulamada iki manayı ihtiva eder. Bir bakımdan, firma kelimesi, başlı başına ticari işletmenin kendisini karşılar. Bir diğer manada firma, tacirin ticari işlemlerde kullandığı addır. Ticaret hukukunda ticaret unvanı, bu ikinci manadadır. Bkz. Arslanlı, Halil, Kara Ticareti Hukuku Umumi Hükümler, 3. bs., İstanbul 1960, s. 77.

¹⁹⁹ Ticari hayatta, ticaret unvanı, tacirin gerçek adının yerini alır. Bkz. Bilgişin, Şevket Memedali, Ticaret Hukuku Prensipleri Cilt I, 2. bs., İstanbul 1948, s. 159.

²⁰⁰ Ticaret unvanı, ticari işletme sahibini, tanıtmaya aracıdır. Bkz. Arslanlı, s. 77.

²⁰¹ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 271.

²⁰² Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 16. bs., İstanbul 2017, s. 40; Bozer / Böle, s. 27; Kayar, s. 67.

belirtilmiştir²⁰³. Maddede “aksi öngörülmemişse” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, taraflar dilerse ticari işletmenin devri sözleşmesinde belirterek, ticaret unvanının devrin kapsamı dışında tutulmasını kararlaştırabilirler. Eğer taraflar devir sözleşmesinde ticaret unvanını kapsam dışında bırakmazlar ise, ticaret unvanı, ticari işletmenin devri kapsamına girecek olup ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle birlikte devralana intikal edecektir²⁰⁴.

TTK m. 49/1 uyarınca ticaret unvanı sadece ticari işletmenin devriyle birlikte devrolunabilecektir²⁰⁵. Ticaret unvanının işletmeden bağımsız bir şekilde devrine izin verilmemesinin sebebi, ticaret unvanının, bağlı olduğu işletmenin faaliyetleri neticesinde değer kazanması ile ticari işletmeye değer katan ticaret unvanının, işletmeden bağımsız olarak devredilmesinin müşteriler nezdinde eski işletmenin faaliyette bulunduğu izlenimine neden olacak olmasındandır²⁰⁶.

Bir görüş, TTK m. 49 gereğince ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceğini, ancak TTK m. 11/3’ün söz konusu düzenlemeye istisna getirerek ticari işletmenin devri sözleşmesinin imkan vermesi ya da taraflar arasında rekabet yasağı anlaşmasının olmaması durumunda işletme sahibinin bu unvanı yeni bir işletmede kullanabileceğini, TSY m. 135/4’te ticaret unvanının devre konu olup olmadığına göre tescil açısından getirilen detaylı düzenlemenin de görüşlerini desteklediğini belirtmiştir²⁰⁷. Başka bir görüş ise, önceki cümlede ifade edilen görüşün yorumuna katılmanın mümkün olmadığını, TTK m. 11/3’ün TTK m. 49’un istisnası olmadığı, TTK m. 49 hükmünde ticari işletmenin devrinden ayrı bir şekilde ticaret unvanının devrinin mümkün olmadığı ancak işletmenin unvandan ayrı olarak devredilme imkanının kabul edildiğini, TSY m. 135/4’te ise tescilin nasıl

²⁰³ Akgöl, s. 79; Bozer / Böle, s. 27; Kayar, s. 67.

²⁰⁴ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 206-207.

²⁰⁵ Akçaal, İşletmenin Devri, s. 114.

²⁰⁶ Yalmankülâh, Zehra, “Ticaret Unvanı ve Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale 2014, s. 80; Akgöl, s. 79.

²⁰⁷ Erdem, s. 1011.

yapılacağı belirtildiği ve maddede ticaret unvanının devredilmesi ve devredilmemesi ihtimallerinin ayrı ayrı düzenlendiğini belirtmiştir²⁰⁸.

TTK m. 49/2 gereğince, ticari işletmeyle birlikte ticaret unvanını da devralan kişi, devralmış olduğu ticaret unvanını aynen kullanma hakkına sahip olacaktır. Aynı zamanda, ticari işletmesinin devriyle birlikte ticaret unvanını da devreden kimse, bu devir işleminden sonra yeni bir işletme kurması halinde, bu yeni işletmesinde tasarrufta bulunmuş olduğu ve artık mülkiyet hakkına sahip olmadığı ticaret unvanını kullanamayacaktır²⁰⁹. Devrenden ancak devretmiş olduğu bu unvana ayırt edici bir ek eklemek suretiyle kullanılabilir²¹⁰. Bununla birlikte birden fazla ticari işletmesi bulunan tacirin bir ticari işletmesini devretmesi halinde ticaret unvanının devrinin nasıl olacağı konusuna da değinmek gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki bir tacirin birden fazla ticari işletmesinin bulunması durumunda, ilk tescil ettirdiği ticaret unvanından sonra tescil ettirmiş olduğu ticaret unvanları için ayırt edici ek alma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı durumu tartışmalıdır²¹¹. Buna göre ekin üçüncü kişilerin aldanmasını engellemek amacıyla konulduğu, her bir ticari işletme için ayrı bir ticaret unvanı kullanılması gerektiği, bunun da unvanın ek kısmının değiştirilerek sağlanabileceği ifade edilebilir²¹². Bunun dışında aynı ticaret unvanının tacirin bütün işletmelerinde kullanılmasının herhangi bir aldanmaya neden olmayacağını, sonuç olarak ticaret unvanının tacirin tanıtılmasını sağladığı ve tacirin farklı ticari işletmelerde de olsa kendi yapmış olduğu iş neticesinde aynı unvanı kullanmasının yanıltıcı olmayacağı da söylenebilir²¹³. Kanaatimizce, ilk düşünce kabul edildiğinde, ticari işletmenin devrinde devreden tacir her ticari işletmesinin ticaret unvanı için farklı bir ek belirlemiş olduğundan artık ticari işletmenin devrine konu olan işletmenin ticaret

²⁰⁸ Sertoğlu, s.70.

²⁰⁹ Yalmankülâh, s. 92.

²¹⁰ Ayhan / Özdamar / Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, s. 205.

²¹¹ Ülgen, Hüseyin ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, 6. bs., İstanbul 2019, s. 414-415; Özbey, Can, "Ticaret Ünvanı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013, s. 67; TSY m. 44/3' de "*Gerçek kişi tacirlerin faaliyet konuları birbirinden farklı olan birden çok ticari işletmesinin bulunması halinde, ticaret unvanına her işletme dolayısıyla ayırt edici ilaveler yapılarak tescil olunur.*" şeklinde ifade edilmiş olmasına rağmen, kanun koyucunun böyle bir yükümlülüğü açıkça öngörmediği, söz konusu düzenlemenin kurallar sıralaması içinde bir yönetmelik hükmü olması nedeniyle, esas alınamayacağına ilişkin görüş için bkz. Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, s. 415.

²¹² Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, s. 415; Özbey, s. 67;

²¹³ Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, s. 415; Özbey, s. 67.

unvanını kullanamayacaktır. Devre konu ticari işletmenin ticaret unvanını devralan aynen kullanabilecektir. İkinci görüş kabul edildiğinde ise, hem devreden tacirin diğer işletmelerinin unvanı hem de devralan kişinin ticaret unvanı aynı olacağından TTK m. 45²¹⁴ hükmüne aykırı durum oluşacaktır. Bu durumun oluşmasını engellemek için ticari işletmesini devreden tacirin diğer ticari işletmelerinde belirlemiş olduğu unvana ayırt edici ek getirmesi gerekecektir. Bunun nedeni ise TTK m. 49/2 gereğince, ticari işletmeyle birlikte ticaret unvanını da devralan kişinin, devralmış olduğu ticaret unvanını aynen kullanma hakkına sahip olmasıdır.

ii. Diğer Fikri Mülkiyet Hakları

Kanunun koyucu TTK m. 11/3'te ticaret unvanı dışında diğer fikri mülkiyet haklarını tek tek saymak yerine "*diğer fikri mülkiyet hakları*" şeklinde hepsini kapsama alacak genel bir ifade kullanmıştır. Diğer fikri mülkiyet hakları için, ne TTK m. 11/3 ne de diğer kanun maddelerinde ticari işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir²¹⁵. Bu sebeple ticaret unvanından farklı olarak, ticari işletmeye ait olan diğer fikri mülkiyet hakları ticari işletmeden ayrı olarak devredilebilecektir. Bununla birlikte, aksi öngörülmediği müddetçe ticari işletmenin devri içerisinde yer alan diğer fikri mülkiyet hakları, taraflarca ticari işletmenin devri kapsamında çıkarılmak isteniyor ise bunun açıkça sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir²¹⁶.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun hukuki işlemler başlıklı 148. maddesinde sınai mülkiyet haklarının hukuki işlemlere konu olması halinde uygulanacak esaslar belirlenmiştir. Madde ile getirilen düzenlemede sınai mülkiyet haklarının devrinin mümkün olduğu, bu devir sözleşmesinin ise yazılı olarak yapılması ve noter tarafından onaylanmasına ilişkin şekil şartı getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise söz

²¹⁴ TTK m. 45'e göre "*Bir ticaret unvanına Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde, ek yapılır.*"

²¹⁵ Akgöl, s. 83.

²¹⁶ Kayar, s. 67; Akgöl, s. 83.

konusu sınai mülkiyet haklarının işletmeden ayrı olarak da devredilebileceği kabul edilmiştir²¹⁷.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 148. maddesi ile getirilen düzenlemenin ticari işletmenin devrinde nasıl uygulanacağına değinmek gerekir ise, TTK m. 11/3 ile getirilen özel düzenleme gereği, ticari işletme devri sözleşmesiyle birlikte işletmeye ait olan diğer fikri mülkiyet haklarının (marka, patent, coğrafi işaret, tasarım, faydalı model) da taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe devrolunacağı belirtilmiştir. Söz konusu hakların ticari işletme ile birlikte devri için yazılı şekil şartı yeterlidir. Ancak bu sınai mülkiyet haklarının ticari işletmeden ayrı olarak devredilmesi halinde yazılı şekil şartının yanında noter onayının da bulunması gerekmektedir (Sınai Mülkiyet Kanunu m. 148/4)²¹⁸.

(5). Kiracılık Hakkı

Kiracılık hakkı, ticari işletmenin kendi mülkiyetinde olmayan başka bir taşınmazda faaliyetlerini sürdürmesi durumunda, o taşınmazı kiralayan ve kiracı konumunda olan ticari işletmenin sahibi tacirin hakkını ifade etmektedir²¹⁹. Söz konusu kiracılık hakkı, ticari işletmenin kendi taşınmazında değil de başka bir taşınmazda kiracı sıfatıyla faaliyetlerini sürdürmesiyle birlikte işletmenin devre konu olması durumunda söz konusu olacaktır²²⁰. Ticari işletmeyi işleten tacir, faaliyette bulunduğu taşınmazın sahibi ise bu durumda kiracılık sıfatı bulunmayacağından ticari işletmenin kiracılık hakkından bahsetmekte yersiz olacaktır²²¹. Böyle bir durumda, ticari işletmenin devredilmesi halinde taraflarca aksi kararlaştırılmaz ise, işletmenin faaliyet gösterdiği taşınmaz da ticari işletmenin devri sözleşmesi ile devralana geçecektir.

²¹⁷ Sertoğlu, s. 71.

²¹⁸ Sertoğlu, s. 71-72.

²¹⁹ Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 30; Bozer / Göle, s. 21.

²²⁰ Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 28; Aydın ve Diğerleri, s. 240.

²²¹ Akçaal, İşletmenin Devri, 108.

Kiracılık hakkı bakımından en büyük sorun teşkil eden hal, bir ticari işletmenin faaliyetlerini kiralanmış bir taşınmazda yürütmesi durumunda ticari işletmenin devrinde bu kiracılık hakkının devrin kapsamında olup olmadığıdır²²².

TTK m. 11/3' ün "*Aksi öngörülmemişse devir sözleşmesinin... kiracılık hakkını... içerdiği kabul olunur.*" anlatımından hareket edildiğinde kiracılık hakkı, kiraya verenin yazılı rızasına ihtiyaç duyulmadan ticari işletmenin devriyle birlikte kendiliğinden devralana geçecektir²²³. İşletmenin malvarlığına dahil olduğu belirtilen kiracılık hakkının TTK m. 11/3'te belirtilmesinin nedeni, söz konusu ticari işletmenin belirli bir yerde faaliyetlerini sürdürmesi neticesinde işletmenin müşterilerinin o yere alışması, bu durumun işletmenin faaliyetini yürüttüğü yerin değerini artırıyor olması ve tüm bunlar neticesinde kiracılık hakkıyla birlikte ticari işletmenin de daha yüksek bir değer taşımasına neden olmasıdır²²⁴. TBK m. 323 ise iş yeri kiralarında, devreden kiracının haklı bir sebebinin bulunması halinde dahi kiraya verenin yazılı rızasının alınması gerektiği şeklinde düzenlenmiştir²²⁵. Belirtmek gerekir ki, 6217 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesiyle²²⁶, TBK m. 323'ün uygulanması, kiracının TTK' da tacir olarak sayılan kişilerden olması halinde 01.07.2020 tarihine kadar ertelenmiştir. Kanun maddesinde, 01.07.2020 tarihine kadar TBK m. 323'ün yerine kira sözleşmesi hükümlerinin, sözleşmede hüküm yer almaması halinde EBK hükümlerinin

²²² Çakıroğlu, Buğra Kaan, Kira Sözleşmesinin Kiracı Tarafından Devri (TBK m. 323), İstanbul 2020, s. 110-114; Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 28.

²²³ Aydın ve Diğerleri, s. 240; Ticari işletmenin devrinin bir kısmı külli halefiyet doğuran bir işlem olduğu kabul edildiğinde, ticari işletmenin devrinin kira ilişkisini de kapsayacağı yönündeki görüşler için bkz. Çakıroğlu, s. 111, dn. 344.

²²⁴ Türkmen, Ahmet, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1, 2015, s. 343; Akgöl, s. 72; Cengil, s. 151.

²²⁵ Akgöl, s. 72-73; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 323 şu şekildedir;

"Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermektan kaçınamaz.

Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur.

İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur."

²²⁶ 6217 sayılı Kanun GEÇİCİ MADDE 2;

"Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır."

uygulanacağı belirtilmiştir. Bunun neticesinde 01.07.2020 tarihine kadar uygulamanın nasıl olacağına ilişkin açıklama yapmakta fayda vardır. EBK ‘da kiracılık ilişkisini düzenleyen 259. madde incelendiğinde, kiracılık hakkının üçüncü bir kişiye devredilebileceği açıkça kaleme alındığından TTK m. 11/3 ile aralarında bir uyumsuzluk söz konusu olmayacaktır²²⁷. Kafalarda soru işareti bırakabilecek husus, geçici 2. maddede kira sözleşmesi hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacak olması ve eğer kira sözleşmesinde kiracılık hakkının devrinin yasaklandığına ilişkin bir maddenin yer alması halinde nasıl bir yol izleneceği durumudur²²⁸. Böyle bir durumda, ticari işletmenin devrine ilişkin TTK m. 11/3 de yer alan “aksi öngörülmemişse” ifadesine dayanarak, kira sözleşmesinde belirlenen devir yasağının bu madde kapsamında getirilmiş olacağı akıllara gelebilir. Ancak burada belirtilen “aksi öngörülmemişse” ifadesi devrin taraflarının ticari işletmenin aktiflerinin bazılarını devrin kapsamı dışında bırakılabileceğine ilişkindir. Kira sözleşmesine söz konusu bir devir yasağının getirilmesi kira sözleşmesinin taraflarını bağlayacaktır²²⁹.

01.07.2020 tarihinden sonraki uygulamanın nasıl olacağına ilişkin olarak, ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının kapsam dahilinde bulunup bulunmadığı ve devir halinde kiraya verenin rızasının gerekip gerekmediği hususlarının TTK ve TBK’ da birbirlerine uyumlu şekilde düzenlenmemiş olması nedeniyle doktrindeki tartışmalar günümüze kadar süregelmiştir²³⁰.

Öğretideki bir görüş, TTK m. 11/3’ün TBK m. 323’e göre özel hüküm niteliğinde olması sebebiyle TTK m. 11/3’ ün uygulanması gerektiğini, yani ticari işletmenin devri sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde kiracılık hakkının da devir sözleşmesiyle birlikte kiraya verenin yazılı rızasına ihtiyaç duyulmadan devralana geçeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte görüşe göre, ticari işletmenin

²²⁷ Yasan, Mustafa, “Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Kapsamına Kiracılık Hakkının Dahil Olması Sorunu (6102 sayılı TTK ve 6098 sayılı TBK Çerçevesinde Bir İnceleme)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 29, Sayı 3, Eylül 2013, s. 176.

²²⁸ Yasan, s. 176-177.

²²⁹ Yasan, s. 177.

²³⁰ İnal, H. Tamer, Ticari İşletme Hukuku, 2. bs., Ankara 2015, s. 236; Kahveci, Nalan, “6098 Sayılı TBK’ nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayı, 2017, s. 705.

devredilmesi durumunda işletmeyi devralan kiracı tarafından kaynaklanan bir sebeple kira ilişkisinin kiraya veren için çekilmez bir hale gelmesi durumunda kiraya veren kira akdini feshedebilecektir²³¹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 08.03.2017 Tarih, 2016/2081 Esas, 2017/1355 Karar sayılı ilamı ile yukarıdaki görüşleri destekler şekilde; “...*Taraflar arasında düzenlenen 22.03.2012 tarihli sözleşmenin, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı için, akdedildiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi çerçevesinde, ticari işletmeye dâhil tüm unsurların, bu arada, işletmeye dâhil taşınır nitelikteki demirbaşlar ile müşteri çevresi ve hatta kiracılık hakkının da devrini içeren nitelikte bir işletme devir sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır...*” şeklindeki kararıyla ticari işletmenin devredilmesi halinde kiracılık hakkının da kapsam dahilinde olacağı belirtilmiştir²³².

Doktrindeki bazı yazarlar ise, ticari işletmenin devri halinde kiracılık hakkının da kapsam dahilinde olabilmesi için kiraya verenin yazılı rızasının alınması gerektiğini savunmaktadırlar²³³. Bu görüşlerinin dayanağı ise TTK m. 11/3'ün gerekçesindeki “...*ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluluğunu ifade eder*” açıklaması olup buna göre, ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının da devrin kapsamında olabilmesi için kiraya verenin rızasının olması gerektiğini belirtmektedirler²³⁴.

Başka bir yazar ise, ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının devredilmesi için TBK m. 323'e göre kiraya verenin yazılı rızasının alınması gerektiğini, ancak kiraya verenin bir takım haklı olmayan gerekçelerle hem taciri hem de ticari işletmeyi

²³¹ Kahveci, s. 705-706; Kahraman, Zafer, “Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 145, Eylül 2016, s. 626, dn. 203.

²³² Sertoğlu, s. 67-68.

²³³ Topuz, Seçkin / Canbolat, Ferhat, “Kira İlişkisinin Devri - (Yeni) Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-“, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 95, Temmuz-Ağustos 2011, s. 127-128; Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 30.

²³⁴ Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 27. bs., Konya 2015, s. 32; Ancak *Yasan'a* göre, TTK m. 11/3'ün gerekçesinden hareket ederek maddenin yorumlanması yanlıştır. Çünkü Adalet Komisyonu tarafından metnin son halinin değiştirilmesiyle birlikte, hükmün son hali ve gerekçesi arasında bazı uyumsuzluklar ortaya çıkmıştır. Bu nedenle yalnızca gerekçeden hareketle neticeye ulaşmaya çalışmak kanunun amacına aykırı bir sonucun doğmasına sebebiyet verebilecektir. Bkz. *Yasan*, s. 177.

devralmak isteyen kişiyi zor durumda bırakabileceği, bu nedenle böyle bir durumda çözüm olarak hem kiracının hem de ticari işletmeyi devralmak isteyen kişinin tespit ve eda davası açabileceği görüşündedir²³⁵.

Kanaatimizce ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının devralana geçmesi için kiraya verenin rızasına ihtiyaç olmadığını savunan görüş yerindedir. Çünkü öncelikli olarak TTK m. 11/3, TBK m. 323'e göre özel hüküm niteliğindedir. Ayrıca kiraya verenin rızasına ihtiyaç duyulması ticari hayatın yavaşlamasına ve ticari işletmenin devrinden beklenen amaca uygun düşmeyecektir. Bizim görüşümüz ticari işletmenin devri sözleşmesinin kurulması halinde kiracılık hakkının da devralana geçeceği'dir. Ancak bu devir, ticari işletmenin faaliyetini sürdürdüğü taşınmazın kiraya vereni için çekilmez birtakım durumlar oluşturuyor ise, kiraya veren söz konusu kira sözleşmesini feshedebilmeli ve devralanın kiracılık hakkını sonlandırabilmelidir.

(6). Şube

Ticari işletme kapsamında devam eden faaliyetlerin artması ve yayılması neticesinde tacirin bütün işlerini sadece merkezden yönetme ve yürütmesi zor olabilir. Bu nedenle tacir, faaliyetlerini sadece merkezden yönetmeyip, açacağı şubelerle iş yükünü azaltmak ve o işleri mahallinde yürütmek ihtiyacı duyabilir²³⁶.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda şube ile alakalı birçok kanun maddesi yer almasına karşın herhangi bir tanım yer almamaktadır. Ancak, Ticaret Sicil Yönetmeliğinde şube kavramını açıklayan veya en azından şubenin unsurlarının saptanmasına yardımcı olabilecek bir hüküm bulunmaktadır²³⁷.

TSY' nin 118. maddesinin 1. fıkrasına göre şube; *“Bir ticari işletmeye bağlı olup ister merkezinin bulunduğu sicil çevresi içerisinde isterse başka bir sicil çevresi içinde olsun, bağımsız sermayesi veya muhasebesi bulunup bulunmadığına*

²³⁵ Topçuoğlu, Metin, “Yeni TTK'nın ve Yeni TBK'nın Ticari İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 81, 2013, s. 22-23.

²³⁶ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 35.

²³⁷ Bozer / Böle, s. 15; Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 31-32.

bakılmaksızın kendi başına sınıai veya ticari faaliyetin yürütüldüğü yerler ve satış mağazaları şubedir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde ise şube kavramı; *“Ticari işletmenin adına ve hesabına işlemlerde bulunan, iç ilişkilerinde merkeze bağlı dış ilişkilerinde ise bağımsız hareket edebilen, bağlı oluşu merkezin ticaret unvanı altında, aynı faaliyet çerçevesinde ve aynı tacirlere yönelik işlem yapan, bunlarla birlikte söz konusu ticari işletmeden ayrı bir hukuki kişiliği bulunmayan örgütlenme biçimidir.”* şeklinde tanımlanmaktadır²³⁸.

Bağımsız bir ticari işletme olmayan şubeler, merkez ticari işletmeye bağlı olarak faaliyetlerini sürdürürler ve bu nedenle merkezin tabi olduğu birtakım yükümlülöklere onlar da tabidirler²³⁹. Bu sebeple şubeler merkezin ticaret unvanını kullanmalı²⁴⁰, ticaret siciline tescil edilmeli ve odalara kaydı yaptırılmalıdır²⁴¹.

Yukarıda şube ile ilgili verilmiş olan bilgiler neticesinde şubeler, ticari işletmeyi konu alan sözleşmelerin kapsamında yer almaktadır. Şubeler, ticari işletmenin malvarlığı kapsamında olacağından, ticari işletmeyi tümüyle konu edinen sözleşmelerin kapsamına girecek olup, özellikle ticari işletmenin devri sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe işletmenin devri sözleşmesiyle birlikte devralana geçecektir²⁴².

b. Pasifler

Türk Hukukuna göre ticari işletmenin bir kişiliği bulunmadığından, ticari işletmenin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan borçlar ticari işletmenin değil, onu işleyen tacirindir²⁴³. Tacirin, ticari işletmesi dolayısıyla giriştiği sözleşmeler

²³⁸ Bozkurt, Tamer, Ticari İşletme Hukuku: Ticaret Hukuku Cilt I, 7. bs., İstanbul 2012, s. 14; Bozer / Göle, s. 16; Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 32.

²³⁹ Karahan, Ticari İşletme, s. 26.

²⁴⁰ Kayıhan, Şaban / Yasan, Mustafa, Ticari İşletme Hukuku, 3. bs., Ankara 2015, s. 51; Kayar, s. 62.

²⁴¹ Aslan, Yılmaz, Ticaret Hukuku Dersleri, 11. bs, Bursa 2017, s. 14; Berzek, Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 11. bs., İstanbul 2016, s. 12.

²⁴² Şener, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2016, s. 16; Akgöl, s. 86-87.2

²⁴³ Ayhan / Çağlar / Özdamar, Ticari İşletme, s. 133.

neticesinde oluşan borçları ticari işletmenin pasiflerini oluşturmaktadır²⁴⁴. Burada ticari işletmenin pasifini oluşturan borçlar ticari işletmeyi işleten tacirin tüm borçları değil işletmesiyle bağlantılı olan borçlarıdır²⁴⁵. Ticari işletmeyle bağlantılı borçların tespit edilmesinde ticari iş²⁴⁶ ve ticari iş karinesinden²⁴⁷ yola çıkılabilir²⁴⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, tacir açısından ticari iş olarak kabul edilecek her işin ticari işletmesinden kaynaklandığını ve ticari işletmesinin pasiflerinde yer alacağını söylemek mümkün olmayacaktır. Örneğin, tacirin ticari işletmesi ile ilgili olmayan bir sözleşme akdettiği ve bu durumu karşı tarafa da açıkça bildirdiği sözleşmeler karşı taraf için ticari nitelikte olabilir. Bunun neticesinde söz konusu sözleşme TTK m. 19/2 uyarınca, anılan tacir açısından ticari iş niteliğinde olacaktır. Ancak söz konusu sözleşme, belirtilen tacirin ticari işletmesi ile ilgili olmadığından bu tür bir ticari borç, tacirin ticari işletmesi kapsamında yer alan borç olarak kabul edilemeyecek ve pasiflerine dahil olmayacaktır²⁴⁹.

Tüzel kişilerin ise adi borç alanı bulunmamakta olup yapmış olduğu bütün işlemler pasiflerine dahildir. Netice itibariyle, ticari işletmenin devri sözleşmesiyle birlikte işletmeyi devralan, işletmeyle bağlantılı borçlardan sorumlu olacak olup devredenin adi borçlarından sorumlu olmayacaktır²⁵⁰. Aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe ticari işletmeye ait devredilebilir nitelikteki bütün borçlar ticari işletmenin devri kapsamında yer alacaktır²⁵¹.

²⁴⁴ Sertoğlu, s. 76.

²⁴⁵ Ayhan / Çağlar / Özdamar, Ticari İşletme, s. 133.

²⁴⁶ TTK m. 3'de ticari iş “*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*” şeklinde açıklanmıştır.

²⁴⁷ Ticari iş karinesi ise TTK'nın 19. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında “(1) *Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır. (2) Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.*” olarak ifade edilmiştir.

²⁴⁸ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 39.

²⁴⁹ Arıcı, Mehmet Fatih, “Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, s. 44, dn. 154.

²⁵⁰ Sertoğlu, s. 76-77.

²⁵¹ Cengil, s. 156.

Bu başlıkla ilgili açıklamalarımız ve tezimizin konusunu oluşturan “*Ticari İşletmenin Devrinde Pasiflerin İntikali*” hususuna ilişkin ayrıntılı açıklamalarımız ikinci ve üçüncü bölümde ifade edilecektir.

c. Sözleşmeler

Sözleşmenin devri ilk kez, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. Sözleşmenin devri kavramı Türk Borçlar Kanunu’nun 205. maddesinin birinci fıkrasında “*sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır*” ifadesiyle açıklanmıştır²⁵².

Sözleşmenin devri, yukarıda belirtilen kanun hükmünün açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, geniş anlamda borç ilişkisinin bir tarafını oluşturan kişinin bu sıfatını sözleşmeyle başka bir kişiye devretmesidir. Yine sözleşmenin devrinde, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden bir kişi çıkarak onun yerine üçüncü bir şahsın gelmesi ve gelen bu kişinin ilişkiden çıkanın bütün hak ve borçlarını devralması durumudur²⁵³. TBK’ nın sözleşmenin devrine ilişkin yapmış olduğu bu düzenlemesinde sözleşmenin tarafları arasında, sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan yer almaktadır²⁵⁴.

Ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin geçişi bakımından ortaya çıkan sorunlardan biri de, ticari işletmenin devriyle birlikte sözleşmelerin de işletmeyle birlikte devralana geçip geçmeyeceğidir. Yani, ticari işletmenin devriyle birlikte

²⁵² Öztürk, Berna, “Sözleşmenin Devri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 125, Temmuz-Ağustos 2016, s. 263; “Sözleşmenin devri” başlıklı TBK m. 205 şu şekildedir, “

(1) *Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.*

(2) *Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.*

(3) *Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.*

(4) *Kamundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.*”

²⁵³ Topuz, s. 68-69.

²⁵⁴ Ayhan / Özdamar / Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, s. 153; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. bs., Ankara 2017, s. 1038.

sözleşmede kalan tarafın onayı olmadan devralanın sözleşmenin tarafı olup olmayacağıdır²⁵⁵.

Ticari işletmenin devrinin kapsamına ilişkin düzenlemenin yer aldığı TTK m. 11/3 fıkrasında sözleşmelerin geçişi ile alakalı olarak herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle ticari işletmenin devrinin sözleşmelerin devrine nasıl bir etkisi olacağı saptanamamaktadır. Ancak bilinmelidir ki, ticari işletmenin devri sözleşmesiyle birlikte sözleşmelerin devri işleminin kendiliğinden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, söz konusu devir halinde devralan tarafın, sözleşmede kalan tarafın rızasını almadan sözleşmenin tarafı halinde gelip gelmeyeceği durumu önem teşkil etmektedir²⁵⁶.

Bir görüşe göre, ticari işletmenin devrinde sözleşmesel ilişkilerin devrolunması gerekmektedir. Görüş, ticari işletmenin devrinde işletmeyle beraber sözleşmelerinde devrolunması için sözleşmede kalan tarafın onayının aranmasının uygulanması zor bir yol olduğunu bu nedenle sözleşmede kalan tarafın onayına ihtiyaç olmadan sözleşmenin devrolunacağını belirtmiştir. Ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin kanun gereği devredildiğini belirtmektedir²⁵⁷.

Başka bir görüşe göre, ticari işletmenin devri düzenlemesi, sözleşmede kalan tarafın onayının alınmasına ihtiyaç duyulmadan devrin gerçekleşeceği şeklinde yorumlanabilir. Ticari işletmenin devrinde amaç sadece malvarlığını devretmek değildir. Ticari işletmenin devriyle birlikte taraflar bir organizasyonun devri konusunda anlaşmaya varmaktadır. Bu nedenle ticari işletmenin devri kurumunun, organizasyonun devrini sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Sözleşmelerin devredilmesi için sözleşmede kalan tarafın rızasına gerek duyulan sistemde, ticari işletmenin bir bütün halinde devralana intikalini sağlamak mümkün olmayacaktır. Ayrıca TTK m. 11/3'ün düzenlenme sebebinin ticari hayata kolaylık getirmek ve ticari işletmelerin devrinin hızlı bir şekilde yapılmasını sağlamak olduğu

²⁵⁵ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 372.

²⁵⁶ Akgöl, s. 93; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 367.

²⁵⁷ Acemoğlu, s. 79.

düşünüldüğünde, sözleşmelerin devrini sözleşmede kalan tarafın onayına bağlamak hem belirsizliğe yol açacak hem de devir süresinin uzamasına sebep olacak olup kanunun düzenlenme amacı yerine getirilemeyecektir. Gerçekten de kanun koyucu, pasiflerin intikali açısından TBK' nın 202. maddesiyle getirmiş olduğu düzenlemeyle bu düşünceyi onaylamaktadır. Hem EBK m. 179 hem de TBK m. 202 ile ticari işletmenin devrinde pasiflerin intikalinde alacaklının rızasına ihtiyaç olmadığı belirtilmiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemesinin altında yatan neden, ticari işletmenin devrinde işletmenin faaliyetleri dolayısıyla işletme ile ilişki içerisinde olan herkesin rızasının aranması ticari işletmenin devrini imkansız hale getirecektir. Bu durumda pasiflerin devri bakımından alacaklıların herhangi bir onayına gerek olmadığına ilişkin düzenleme yapan kanunun ticari işletmenin devri halinde sözleşmelerin geçişi bakımından sözleşmede kalan tarafın rızasını arayacak olması tutarsız bir durum oluşturacaktır²⁵⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, TBK m. 205'ten hareketle ticari işletmenin devri halinde devralan kişinin sözleşmenin tarafı olabilmesi için sözleşmede kalan tarafın onayının alınması gerekmekte olup aksine bir yaklaşım sözleşme serbestisi ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle görüş, ticari işletmenin devri işleminin sözleşmelere etki etmeyeceğini, işletmesini devreden tarafın hala sözleşmenin tarafı olacağını savunmaktadır²⁵⁹.

Bizce, ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin geçişi için sözleşmede kalan tarafının onayına ihtiyaç duymayan görüşe üstünlük tanınmalıdır. Kanun koyucu tarafından ticari işletmenin devri kurumunun düzenlenmesinin amacı da salt malvarlığı olarak düşünülmeyen ve bir organizasyon olarak kabul edilen ticari işletmenin, ticari hayatı sekteye uğratmadan hızlı bir şekilde devrinin gerçekleştirilmesidir²⁶⁰. Zaten bu kurumun düzenlenmiş olduğu TTK m. 11 başlığı (bütünlük ilkesi) da taraflarca aksi öngörülmediği müddetçe ticari işletmenin bir bütün halinde devrolunacağını belirtmektedir. Ayrıca, TBK m. 205/4'de "*Kanundan doğan*

²⁵⁸ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 380.

²⁵⁹ Topuz, s. 70-71.

²⁶⁰ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 380.

halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır.” şeklinde kabul edildiğinden, ticari işletmenin devrinin sözleşmelerin devrini sağlamasının TBK m. 205 hükmüne aykırı olacağını söylemek doğru olmayacaktır²⁶¹.

B. Rekabet Kurumundan İzin Alınması

Ticari işletmenin devrinde, özel kanunlarda düzenlenmiş olan bazı koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir²⁶². Bunlardan bir tanesi 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenmiş olan özel hükümlerdir²⁶³. RKHK uyarınca, aynı sektörde yer alan işletmelerin birleşmesi veya bir işletmenin diğer bir işletmeyi devralması gibi hallerde yapılmasına izin verilmeyen fiiller söz konusu olacaktır²⁶⁴. Söz konusu yasaklı fiillerin getirilmesinin sebebi sektörde tekelleşimin oluşumunu kontrol etmek ve denetimi sağlamaktır. Çünkü söz konusu birleşme ve devralmalar neticesinde belirli bir faaliyet alanında tekelleşme ve kartelleşme durumunun ortaya çıkmasıyla birlikte rekabet ortamının zedelenmesine neden olunabilecektir²⁶⁵.

Yapılmasına izin verilmeyen fiiller RKHK m. 7’de *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”* şeklinde belirlenmiştir²⁶⁶.

²⁶¹ Sertoğlu, s. 84.

²⁶² Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 38.

²⁶³ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 07.12.1994, Resmi Gazete Yayımlanma Tarihi: 13.12.1994, Sayı: 22140.

²⁶⁴ Al, s. 281; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 43; Kayar, s. 69.

²⁶⁵ Bedük, Koray, “Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 2016/5, Eylül-Ekim 2016, s. 259.

²⁶⁶ Akgöl, s. 98.

Bütün birleşme ve devralmalar Rekabet Kurulunun onayına bağlı olmayıp RKHK m. 7/2 düzenlemesine göre “*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.*” şeklinde belirlenmiştir²⁶⁷. Bu madde neticesinde, TTK m. 11/3 hükmüne dayanarak yapılan ticari işletme devir işlemlerinin bazılarında, söz konusu devrin geçerliliğinin sağlanabilmesi amacıyla Rekabet Kurulu’ndan onay alınması gerekecektir²⁶⁸.

Nitekim RKHK m. 7/2 hükmünün verdiği yetkiyle Rekabet Kurulu tarafından 2010/4 sayılı tebliğ yayınlanmıştır²⁶⁹. 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 7.maddesinin 1. fıkrasına göre; “(1) *Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;*

a) *İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL’yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL’yi veya*

b) *Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL’yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL’yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.*”

Tebliğde belirlenen sınırlar aşılmadığı takdirde, Rekabet Kurulundan izin alınması gerekmemektedir. Birleşme ve devralmaların izin için bildirilmesinin ne şekilde olacağı ilgili tebliğin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Tebliğin 10. maddesi “*Bildirim, taraflarca birlikte ya da taraflardan herhangi biri veya bunların yetkili temsilcileri tarafından yapılabilir. Bildirimde bulunan, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmek zorundadır.*” şeklindedir. Bu kapsamda, birleşme veya devralma işlemlerinin Rekabet Kurulu’nun onayına bağlı olması için yukarıda belirtilmiş olan

²⁶⁷ Erdem, s. 1006-1007; Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 40.

²⁶⁸ Bilgili / Cengil, s. 59-60.

²⁶⁹ Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101007-18.htm>, 25.05.2020.

ciro sınırlarından herhangi birisinin geçilmesi yeterlidir²⁷⁰. Bu belirlenen sınırları geçen ticari işletmelerin devralınması veya birleşmeleri durumunda sektörde hakim bir durum oluşabilecek veya mevcut olan hakim durum daha da sağlam bir hale gelebilecek ve bu durum rekabetin büyük oranda azalmasına neden olabilecektir²⁷¹. Ticari işletmelerin belirlenen sınırları geçmemesi halinde ise ticari işletmelerin birleşmesi veya ticari işletmenin devri işlemlerini yapabilmek için Rekabet Kurulu'ndan onay alınmasına ihtiyaç bulunmamaktadır²⁷². Rekabet Kurulundan alınacak onay için yapılacak başvurunun, ticari işletmenin devri işlemlerinin tamamlanmasından, yani sicile yapılacak tescil işleminden belirli bir süre önce yapılmalıdır. İfade edilen süre öğretide otuz gün olarak belirtilmiştir²⁷³.

Kuruldan izin alınmamasının yaptırımı ise RKHK 'nın 11.maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“Bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonucunda;*

a) *Birleşme veya devralmanın 7 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular.*

b) *Birleşme veya devralmanın 7 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek*

²⁷⁰ Gürkaynak, Gönenç ve Diğerleri, “2010/4 Sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmaların Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi”, Rekabet Dergisi, Cilt 13, Sayı 4, Ekim 2012, s. 110.

²⁷¹ Bedük, s. 261.

²⁷² Erdem, s. 1007; Aydın ve Diğerleri, s. 238.

²⁷³ Akgöl, s. 100; RKHK'nın “Anlaşma, Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi” başlıklı 10. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir;

“Kurulun, süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanır.”

şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir”²⁷⁴.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Rekabet Kurulu, bir birleşme ve devralma işlemini, bildirim, ihbar, şikayet üzerine veya resen öğrenir²⁷⁵. Haberdar olunan birleşmeler ve devralmalar neticesinde Kurul incelemelerini yapacak olup yapmış olduğu incelemeler neticesinde söz konusu birleşme ve devralmaların ülke genelinde veya ülkenin bir kısmındaki rekabeti engelleyecek nitelikte olduğu anlaşılır ise bu birleşme ve devralmalara onay vermeyecek, böylece devir sözleşmesi hüküm doğurmayacaktır²⁷⁶.

C. Ticaret Siciline Tescil

TTK m. 11/3’te ticari işletmeleri bir bütün halinde konu alan sözleşmelerin yazılı şekle tabi tutulmasının yanında sözleşmelerin ticaret siciline tescil edilmesinin zorunlu olduğu da düzenlenmektedir²⁷⁷. TSY m. 133/3 gereğince de sözleşmenin bütününe tescil edilmesi zorunludur²⁷⁸. Bir görüş ise, sözleşmenin bütününe tescil edilmesi durumunun bilhassa alacaklıların korunmasını sağladığını ifade etmektedir²⁷⁹.

Tescille alakalı olarak cevaplandırılması gereken en önemli sorulardan bir tanesi de ticari işletmenin devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi işleminin işletmeye ait malvarlığı unsurlarının devri bakımından kurucu nitelikte mi yoksa açıklayıcı nitelikte mi olduğudur²⁸⁰. Ticari işletmenin TTK m. 11/3’e göre devrinde

²⁷⁴ Sertoğlu, s. 115.

²⁷⁵ Bedük, s. 265.

²⁷⁶ Akgöl, s. 100.

²⁷⁷ Şener, Ticari İşletme, s. 20.

²⁷⁸ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 160-161.

²⁷⁹ Erdem, s. 1001.

²⁸⁰ Poroy / Yasaman, s. 43.

kanunda belirtilen tescilin kurucu nitelikte olduğu, devir sözleşmesinin etkilerini ticaret siciline tescil ile göstereceği ağırlıkta olan görüştür²⁸¹. Tescilin kurucu etkisinin kanundan açıkça anlaşılmasına karşın, doktrinde TSY m. 133/3 hükmüne dayanarak tescilin kurucu nitelikte olduğunu ifade eden görüş de bulunmaktadır²⁸². Belirtmek gerekir ki TTK m. 11/3’de ticari işletmenin devri sözleşmesinin veya ticari işletmeyi bir bütün halinde konu edinen sözleşmelerin tescil edilmesinin yanında bu tescilin kurucu nitelikte olduğuna dair bir ifadenin yer almaması önemli bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır²⁸³.

Kanaatimizce de, doktrinde bazı yazarların da ifade ettiği üzere ticari işletmenin devrinde tescili kurucu şart olarak kabul edebilmemiz için, bunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak ticari işletmenin içeriğinde yer alan malvarlığı unsurlarının tasarruf şekillerinin farklılık oluşturması nedeniyle belirliliğin sağlanması gerekmektedir²⁸⁴. Bu bağlamda borçlar ve eşya hukuku ile öngörülen bu koşulların ne olacağının belirlenmemiş oluşu uygulamada problemlere yol açmaktadır²⁸⁵. Kanundaki eksiklik olarak belirtebileceğimiz söz konusu halin giderilmesi amacıyla TSY m. 133/3 ve m. 135/5 hükmü ile belirlenmiş olan sicile dair düzenlemeler, yönetmeliğin amaç ve fonksiyonunu aştığı gerekçesiyle doktrinde eleştiriye uğramıştır²⁸⁶.

Kural olarak ticaret sicil müdürünün resen tescil işlemi yapması mümkün değildir. Ticaret siciline tescil işlemi ilgililerin talebi üzerine yapılır (TTK m. 27). İlgililerin ticari işletmenin tescili talebi üzerine sicil müdürlükleri, taraflarca sunulan ticari işletmenin devri sözleşmesinde TTK ve TSY’ de tescil için aranan gerekli kriterlerin bulunup bulunmadığına bakmakla yükümlüdür. Ancak, ticaret sicili müdürü

²⁸¹ Tekinalp, Yeniden Düşünmek, s. 13.

²⁸² Ayhan / Çağlar / Özdamar, Ticari İşletme, s. 142.

²⁸³ Bahtiyar, Mehmet, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 109, Ekim 2011, s. 3898; Erkalın Coşkun, s.42.

²⁸⁴ Erkalın Coşkun, s.42-43.

²⁸⁵ Erkalın Coşkun, s.43.

²⁸⁶ Erkalın Coşkun, s.43.

tarafından yapılacak olan bu inceleme yalnızca şeklen hukuka aykırılıkla sınırlı olacaktır²⁸⁷.

Ticari işletme devri özelinde, sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi talebinde bulunacak kişinin devreden olduğu ortadadır. Zira ticari işletmenin maliki hala devreden olacak ve tasarruf yetkisi de bu sebeple devredende bulunacaktır. Bu nedenle sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi talebinde bulunabilecek olan kişi de devreden olacaktır²⁸⁸. Ayrıca TSY m. 22/2 de ticari işletmenin tescilini, işletmeyi devreden isteyeceği düzenlenmektedir²⁸⁹. Ancak tescil talebinin devreden tarafından yapılabilecek olması devralanın aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Bu sebeple, devreden, yazılı devir sözleşmesi yapıldıktan sonra tescil talebinde bulunmaması durumunda, devralanın aynen ifa davası açarak bu davadan alacağı karar ile tescili gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir²⁹⁰.

Ticari işletmenin devri kapsamında özel sicile kayıtlı olan unsurlar bulunmakta ise, TSY 135/5 hükmü uyarınca, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile eş zamanlı olarak bu özel sicillere, devralan adına tescil işleminin yapılması amacıyla ticaret sicili müdürlüğü tarafından bildirimde bulunulacaktır²⁹¹. Bu bildirim usul ve esaslarına ilişkin olarak Ticaret Bakanlığı tarafından “Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ²⁹²” yayımlanmıştır. Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ m. 6/1’de “*Müdürlüklerin bildirimini alan ilgili sicili tutan kurum tarafından, kendi kayıtlarında resen işlem yapılabilmesine imkan tanıyan durumlarda mal ve haklar yeni sahipleri adına tescil edilir. Resen tescilin mümkün*

²⁸⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 166.

²⁸⁸ Bilgili / Cengil, s. 63.

²⁸⁹ Ayhan / Özdamar / Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, s. 164.

²⁹⁰ Öz, Turgut, “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, (Ed. Ulusoy, Erol), Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan içinde, İstanbul 2013, s. 112.

²⁹¹ Devir sözleşmesinin içeriğinde devre dahil unsurlar açıkça gösterilmediğinden, ticaret sicili memurunun bildirimini hangi sicillere yapması gerektiğini sözleşmeden anlamasının imkansız olduğu, bu sebeple ticari işletmenin devri bakımından da ticari işletme ile ilgili birleşmenin tescilini düzenleyen TSY 132/2-(b)’nin kıyasen uygulanabileceği ya da ikinci bir çözüm olarak TSY 133/2’ye yeni bir bent eklenerek devrin kapsamındaki özel sicillere kayıtlı malvarlığı unsurlarının gösterilmesi zorunluluğunun getirilmesi gerektiği yönünde bkz. Erdem, s. 1003-1004.

²⁹² RG 31.10.2012 / 28453.

olmadığı durumlarda ise; ilgili sicil memurluğunca bildirim alındığı anda kendi kayıtlarına, mal ve hakların geçişinin dayanağı olan işlemin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh konulur ve ilgililerin başvurusu üzerine gerekli harç ve giderler alındıktan sonra, mal ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılır.” denilmektedir. Öğretide şerh konulmasına ilişkin Tebliğ m. 6/1 hükmü, tapu sicili bakımından şerh verilecek hususların kanunda açıkça öngörülmesi gerekliliği (TMK m. 1010) sebebiyle eleştirilmiştir²⁹³. Son olarak Tebliğ m. 6/2’de bildirim yapıldığı zamandan itibaren eski hak sahiplerinin (devredenin), yeni hak sahipleri (devralan) aleyhine sonuç doğuracak taleplerine ilişkin işlem yapılmayacağı da belirtilmiştir²⁹⁴.

D. İlan

TTK m. 11/3 hükmüyle, ticari işletme devri sözleşmesinin Ticaret Siciline tesciliyle birlikte sözleşmenin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi’nde ilan olunması zorunluluğu da getirilmiştir. Kanun koyucu tarafından ticari işletme devri sözleşmesinin tescilinin yanında ilan zorunluğunun getirilmesiyle üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi amaçlanmıştır. TBK m. 202 hükmünde ise “*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.*” denilmektedir²⁹⁵.

Ticaret sicilinin aleniyeti, TTK’ nın 35. maddesinin getirdiği düzenleme ile tescil edilen hususların ilan edilmesi zorunluluğunun getirilmesiyle sağlanmıştır. Diğer taraftan “Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisi” kenar başlıklı TTK’ nın 36.

²⁹³ Söz konusu tebliğ hükmünün düzenlemesinin kurallar kademelenmesi ilkesine aykırı olduğunu ifade eden Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 403; şerhin, kanunda düzenlenmesinin daha isabetli olacağından söz eden Akçaal, İşletmenin Devri, s. 98.

²⁹⁴ Güncan, Atahan, “Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 63.

²⁹⁵ TBK m. 202 hükmünün gerekçesinde, borçların geçişini sağlayacak ilanın TTSG’ nde yapılması zorunluluğunun getirilmesi ilgili olarak; “*devralanın bu devri tirajı düşük veya yerel bir basım organında ilan etmek suretiyle, alacaklıların zarara uğramasının önlenmesi amaçlanmıştır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Çelikboya, Ticari İşletme, s. 177.

maddesine göre “Ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan edildiği; ilanın tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur”²⁹⁶.

Söz konusu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi ve bu hükümlerin sonuçları, birbirlerine olan uyumları konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre, ticaret siciline tescilin bildirici bir etkisinin olduğu, ticari işletmenin devrinin, devir sözleşmesi ile gerçekleştiği sonucuna varılabileceği, bununla birlikte TSY m. 133/3 karşısında ise tescilin kurucu nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiği, bu kabule göre de ticari işletmenin devir sözleşmesinin kurucu işlem olan tescil ve ilan ile tamamlanmış olacağı, aktif ve pasiflerin tescil ve ilanla devralana geçmiş olacağı belirtilmiştir²⁹⁷. Görüşe göre, ilanın yapılmamış olması, ticari işletmenin devrine etkili değildir; yapılmamasından doğan zararlar, tescil ve ilanı yapmakla yükümlü olanlardan talep edilebilir²⁹⁸. Başka bir görüşe göre, TTK m. 11/3’ün ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri için ticaret siciline tescil ve takiben TTSG’ de ilanı zorunlu kıldığı, bu açıdan TTK m. 11/3 uyarınca yapılacak bir devir işleminin kendiliğinden TBK m. 202 uyarınca aranacak ilan şartını da yerine getirmiş olacağından iki hüküm arasındaki uyumun belirli ölçüde sağlandığını belirtmiştir²⁹⁹. Son olarak ifade etmek istediğimiz görüşe göre, TBK ile TTK arasında uyum sağlanamamıştır³⁰⁰. Görüşe göre ticari işletme bir bütün olarak ele alınmalı, dolayısıyla ticari işletmenin devrine yalnızca borcun devri çerçevesinde yaklaşılmalıdır³⁰¹. Bununla birlikte TTK’ da borçların devri hususunda bir düzenleme yer alamamakta olup aktiflerin devri TTK’ da pasiflerin devri ise TBK’ da düzenlenmiştir³⁰². Halbuki ticari işletmenin devri TTK’ da düzenlendiğinden pasiflerin devrine dair hükümlerinde TTK’ da yer alması gerekmektedir³⁰³. TTK ve TBK’ da ayrı düzenlemelerin yer almasının neticesinde ticari işletmenin devrinde

²⁹⁶ Topuz, s. 55.

²⁹⁷ Ayhan / Çağlar / Özdamar, Ticari İşletme, s. 142.

²⁹⁸ Ayhan / Çağlar / Özdamar, Ticari İşletme, s. 142.

²⁹⁹ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 117.

³⁰⁰ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 212 vd.; Erdem, s. 992.

³⁰¹ Erdem, s. 992.

³⁰² Erdem, s. 992.

³⁰³ Erdem, s. 992-993.

aktiflerin geçişi TTK m. 11/3 uyarınca devrin ticaret siciline tescil edilmesi ile gerçekleşecek iken, pasiflerin devri TBK m.202 hkmine göre gerekleřecektir³⁰⁴.

Kanaatimizce, son grrte belirtildiği gibi ticari işletmenin devrinde aktiflerin geçişi TTK m.11/3 doğrultusunda ticari işletmenin devri sözleşmesinin tescil edilmesiyle olacak iken pasiflerin geçişi TBK m. 202 doğrultusunda olacaktır. Ticari işletmeyi devralanın, alacaklılara ihbarda bulunması veya ticari işletmenin devrinin TTSG' nde ilanının yapılması devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından kurucu bir etkiye sahip olmayıp borçlardan sorumluluk bakımından önem taşıyacak, nc kişiler açısından hukuki sonuçlarını bu ihbar veya ilandan itibaren dođuracaktır³⁰⁵.

Devralan, ihbar ve ilan yükümlülüğünü yerine getirmediği müddetçe alacaklılara karşı devir sözleşmesinin borçlarından sorumlu olmayacaktır. şayet devralanın böyle bir davranışta bulunması halinde devreden söz konusu ihbar ve ilanın yapılması için devralanı zorlayabilecektir³⁰⁶.

³⁰⁴ Erdem, s. 993.

³⁰⁵ Kayıhan / Yasan, s. 55; Doğrusöz / Tunçel Töralp / Onat, s. 136.

³⁰⁶ Akgül, s. 104.

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDEN ÖNCEKİ BORÇLARIN DURUMU

I. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE BORÇLARIN İNTİKALİNE İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEME

Bir ticari işletme yalnızca aktif malvarlığından oluşmamakta, ticari işletmenin malvarlığına tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetleri neticesinde oluşan borçları da dahil edilmektedir. Söz konusu borçların ticari işletmenin aktifleri ile birlikte devredilmesi, ticari işletmenin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır³⁰⁷.

Ticari işletmenin devrinde devrin kapsamında yer alan borçlardan³⁰⁸ devreden ve devralanın sorumluluğu TBK m. 202’de düzenlenmiştir³⁰⁹. Kanun maddesi ticari işletmenin devrini yalnızca borçlar açısından hükme bağlamaktadır³¹⁰. Farklı bir ifadeyle, TBK m. 202 ticari işletmeyi oluşturan aktiflerin geçişini değil, sadece pasiflerin(borçların) devrini düzenlemektedir³¹¹. Söz konusu hüküm Kanunun “Borcun Üstlenilmesi” ayrımında ele alınmıştır³¹². Ancak, borcun üstlenilmesinden farklı olarak alacaklıların ayrı ayrı rızası aranmaksızın borçlar bir bütün olarak devralana geçmektedir³¹³.

³⁰⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 237.

³⁰⁸ Ticari işletmenin sadece borçları, TTK 11/3 ve TBK 202’ye göre devredilemeyeceğinden (Öz, s. 113-114), her bir borç için ayrı ayrı TBK’ nin borcun üstlenilmesi hükümlerine uyulması gerekecektir (Ülgen ve Diğerleri, Ticari İşletme, N. 390).

³⁰⁹ TBK 202’nin (EBK m. 179’un) “*Malvarlığının veya işletmenin devralınması*” kenar başlığının, hükmün devir işlemlerini sadece borçlar bakımından ele alması sebebiyle yanıtıcı olduğu yönünde bkz. Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 138.

³¹⁰ Paket, Sabure, Borcun Dış Üstlenilmesi, Ankara 2014, s. 29; Kılıç, Mehmet, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Ankara 2013, s. 207.

³¹¹ Paket, s. 29; Kılıç, s. 207.

³¹² Güncan, s. 69.

³¹³ Alacaklıların ayrı ayrı rızalarının aranmaması devir işlemini kolaylaştırmaktadır (Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 37; Erdem, s. 991, dn. 12; Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, N. 1796.); Burada alacaklıların değil önceki borçlunun (devreden) lehine bir sadeleştirme vardır (Kahraman, Borcun Nakli, s. 147); “...*kural olarak borcun naklinin alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi, Borçlar Kanununun 173 ve 174. maddeleri gereğince,*

Türk Hukuku'nda borçların devri TBK m. 195 vd. maddelerde düzenlenmiştir. TBK m. 195, borçlu ile borcu yüklenecek kişi arasındaki ilişkiyi (“iç üstlenme”) düzenlerken TBK m. 196, borcu devralacak kişi ile alacaklı arasındaki ilişkiyi (“dış üstlenme”) düzenler. İç üstlenmenin gerçekleştirilmesi tek başına borcun nakledilmesi sonucunu doğurmaz. Borcun borçludan devralana geçirilmesi, ancak dış üstlenme işleminin tamamlanması ile birlikte gerçekleşir. Bu nedenle borcun devri kavramı ile aslen dış üstlenme ifade edilmektedir³¹⁴.

Alacağın devri işleminden farklı olarak borcun devri işleminde sözleşmenin tarafı olan alacaklının söz konusu borcun devredilmesine izin vermesi gerekir (TBK m.196). Bu durum, birden çok borç ilişkisini içinde barındıran ve bu sebeple birden fazla alacaklıyı ilgilendiren bir malvarlığı bütünü olan ticari işletmenin devrini zorlaştırmaktadır. Zira, her bir borç için her bir alacaklının onayını almak ticari işletmenin devri sürecini uzatacak ve bu durum devrin taraflarının devirden beklenen menfaatlerini olumsuz yönde etkileyecektir³¹⁵.

Ticari işletmenin devri durumunda borçların intikalinde her bir alacaklının onayının alınmasının zorluğundan dolayı kanun koyucu, bir malvarlığının veya bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesi durumunda bu malvarlığı veya işletmedeki borçların devrine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir³¹⁶. TBK m. 202 de düzenlenmiş olan bu özel devir rejimine göre borçlar, ticari işletmenin devrolunduğunun kanun maddesinde belirtilen şekilde alacaklılara duyurulması halinde, alacaklıların onayına gerek kalmaksızın devredilebilecektir³¹⁷. Böylece borcun geçmesi için, ticari işletmeyi devralan ile alacaklı arasında borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin yapılmasına ihtiyaç olmayacaktır³¹⁸. Ancak TBK m. 202

alacaklının muvafakatine bağlıdır. Ancak, aynı Kanununun 179. maddesi bu genel kaideye bir istisna getirmektedir. Buna göre, bir işletmenin aktif ve pasifi ile devrinde alacaklının rızasına hacet kalmaksızın borç, yeni malike intikal eder. ...” Yargıtay 11. HD., T 20.02.1975, E 1974/3626, K 1975/1217, (Paket, s. 30, dn. 51.).

³¹⁴ Öte yandan iç üstlenme sözleşmesi ile üstlenen taraf, borcu üstlenmek yerine doğrudan borcu ödeyerek de iç üstlenme sözleşmesi ile doğan edimini yerine getirebilir. Bu nedenle her iç üstlenme sözleşmesini takiben dış üstlenme işleminin yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

³¹⁵ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 237.

³¹⁶ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 139; Erdem, s. 991 dn. 12.

³¹⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 238.

³¹⁸ Paket, s. 31-32.

uyarınca ticari işletmenin devredilmesinde, alacaklıların onayı olmadan borçlunun değişmesi, yani kanuni borç nakli sonucu ortaya çıkan adaletsizliği gidermek için, devreden devralanla birlikte 2 yıl boyunca müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir³¹⁹. Böylece alacaklı her ne kadar borçlu sıfatının değişmesine engel olamasa da TBK m. 202 ile getirilen müteselsil sorumluluğa dayanarak 2 yıl boyunca devredene de başvurabilecektir. Madde düzenlemesiyle hem ticari işletmenin devrinde alacaklının onayına gerek kalmaksızın borçların bir bütün olarak devralana intikali sağlanabilmekte hem de devreden 2 yıl boyunca borçlardan müteselsil olarak sorumlu olacağı düzenlenerek alacaklıların menfaatleri korunmaktadır.

Bilinmelidir ki, borçların bir bütün halinde ve alacaklının rızasına ihtiyaç olmadan devredilebilmesi hali TBK'ya özgü bir durum olmayıp aynı imkan bazı usuli farklılıklarla birlikte EBK döneminde de tanınmaktaydı (EBK m. 179)³²⁰. Benzer düzenlemeler İsviçre Hukuku'nda da bulunmaktadır. Nitekim EBK m.179, İsviçre Borçlar Kanunu m. 181'i esas alan bir düzenlemeydi³²¹. İsviçre Birleşmeler Kanunu da İsviçre Borçlar Kanunu tarafından benimsenen sistemi büyük oranda devam ettirerek belirli borçların³²², alacaklıların rızası aranmaksızın ticaret siciline yapılacak tescil ile devredilmesine imkan tanıyan bir düzenleme getirmiştir (İsviçre Birleşmeler Kanunu m.75)³²³.

³¹⁹ Akay, s. 175.

³²⁰ “Ne var ki, EBK-ETTK döneminde ticari işletmeye dahil olan aktif malvarlığı unsurlarının devri cüz'i halefiyet yoluyla gerçekleştirildiğinden, aktiflerin devri ile pasiflerin devri farklı şekillerde gerçekleşmekteydi. Bu durumu “aktiflerde cüz'i-pasiflerde külli halefiyet” olarak tanımlamak mümkündür. Ancak TTK sisteminde aktiflerin de bütün olarak devredilmesi karşısında artık aktiflerin devri ile pasiflerin devri bakımından bir uyum sağlandığı söylenebilir.” bkz. Çelikboya, Ticari İşletme, s. 238 dn. 879.

³²¹ Yalnız belirtmek gerekir ki, İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun kabul edilmesi ile birlikte maddede belirtilen müteselsil sorumluluk süresi iki yıldan üç yıla çıkartılmıştır. Bu husus EBK m.179 ile İsviçre Borçlar Kanunu m.181 arasındaki tek farkı teşkil etmekteydi.

³²² İsviçre Birleşmeler Kanunu kapsamında gerçekleşecek malvarlığı devri işlemlerinde devredilecek borçların devre eklenecek envantere belirtilmesi yeterli olup, bir ticari işletme ile ilgili olması zorunlu değildir.

³²³ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 238-239.

II. TBK m. 202 KAPSAMINDA DEVRİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde borcun üstlenilmesi kavramı, borcun yoksun bırakıcı üstlenilmesi ve borca katılma olarak iki alt grupta incelenmektedir³²⁴. Dar anlamda borcun üstlenilmesi olarak ifade edeceğimiz, borcun yoksun bırakıcı üstlenilmesinde borcu devralan, devredenine yerine geçmekte, diğer bir ifade ile borçluyu ikame etmektedir. Borca katılma halinde ise, asıl borçlu bu sıfatını muhafaza ederken, borcu üstlenen kişi de söz konusu borcu üstlenmektedir³²⁵.

Doktrindeki çalışmalarda TBK m. 202 için “*borcun üstlenilmesi*”³²⁶ ifadesi kullanılmış olsa da söz konusu madde düzenlemesinin dar anlamda bir borcun üstlenilmesi işlemi olmadığı belirtilmektedir³²⁷. Borcun üstlenilmesi işleminde borcu devredenine sorumluluğu tamamen sora ererken, TBK m. 202 ile borcu devredenine sorumluluğu devralanla birlikte müteselsilen 2 yıl boyunca devam edecek olup bu durum TBK m. 202 ile getirilen düzenlemeyi TBK m. 196 vd. ile düzenlenen dar anlamda borcun üstlenilmesi işleminden ayırmaktadır³²⁸.

TBK m. 202 düzenlemesinin bir kanuni borca katılma hali olduğu doktrindeki bazı yazarlarca belirtilmektedir³²⁹. Borca katılma işlemi, bir borç ilişkisinde bir kişinin, asıl borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olması hususunda alacaklı ile anlaşması olarak tanımlanmaktadır³³⁰. Vurgulamak gerekir ki, borca katılma işleminde borca katılan (ticari işletmeyi devralan) asıl borçlu niteliğini kazanacağından, başkasının

³²⁴ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 544-545.

³²⁵ Borcun üstlenilmesinin iki türü hakkında açıklama için bkz. Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 545.

³²⁶ EBK döneminde “üstlenme” yerine “devir” kelimesi kullanılmaktaydı. Üstlenme ve devir kavramları arasında bir farklılık olmaması ve doktrindeki eserlerde iki kavrama da yer verilmesi sebebiyle bu çalışmada her iki kavramın da eş anlamlı olacak şekilde kullanılması tercih edilmiştir.

³²⁷ Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 623; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 240.

³²⁸ Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 623; Kılıç, s. 208.

³²⁹ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 193; *Acemoğlu* da sonucu kabul etmekle beraber borca katılma yerine İsviçre Hukuku’nda kullanılan “*kümülatif borç nakli*” terimini tercih etmektedir. *Acemoğlu*, s. 104.

³³⁰ Özcan, Didem, Borcun Üstlenilmesi, Aralık 2017, s. 25-26; Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay, Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, İstanbul 2021, s. 23; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 241; Borca katılma konusunda kapsamlı açıklama için bkz. Kapancı, Berk, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2015, s. 62 vd..

borcuna katılan niteliğinde değildir³³¹. Bununla birlikte borca katılanın borçtan sorumluluğu kefil gibi fer'i nitelikte olmayacaktır³³².

TBK m. 202 uyarınca gerçekleşen bir devirde devreden ve devralanın borçlardan 2 yıl boyunca müteselsil sorumluluğunun bulunması, burada bir borca katılma durumunun olduğunun kabulünü gerektirir³³³. Bu durumda, TBK m. 202'ye göre devirde, devirde devreden sorumluluğunun devam ettiği iki yıllık süre boyunca, devralan bakımından bir borca katılma söz konusu olacak, ancak iki yıllık sürenin geçmesi ile birlikte dar anlamda dış üstlenme gerçekleşecektir³³⁴.

Bu nitelendirmenin taraflar arasındaki rücu ilişkisi bakımından etkisine de değinmek gerekmektedir. Müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkide, eğer kanunda özel bir düzenleme yoksa, taraflar arasındaki ilişkinin niteliği dikkate alınır. Bu sonuç, borca katılma işlemi bakımından da geçerlidir³³⁵. Örneğin, teminat amaçlı borca katılma işlemlerinde, borca nihai olarak katlanması gereken ilk borçlu olacaktır. Öte yandan borca katılma, katılanın asıl borçluyu borçtan kurtarması amacıyla yapılmışsa, bu durumda borca nihai olarak katılanın katlanması gerekecektir³³⁶.

Halbuki, ticari işletme devrinde taraflar arasındaki ilişkinin niteliği farklı bir sonucun kabulünü gerektirecektir. Tarafların kapsam dışında bırakmadıkları bir borç, ticari işletmeyi devralana geçeceğinden, iç ilişkide de borca nihai olarak katılanın ticari işletmeyi devralan olması gerekmektedir. Bu durumda ise, taraflar arasındaki iç ilişkinin niteliği, çoğunlukla teminat amaçlı kullanılan borca katılma işleminden ayrılarak, borcun iç üstlenilmesi işlemine yaklaşmaktadır. Bu nedenle de TBK m. 202

³³¹ Acemoğlu, s. 106; Özcan, s. 26.

³³² Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 620; Borca katılanın sorumluluğunun kaynağı bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. *Acemoğlu*'na göre borca katılma işlemi yeni bir borç doğumuna sebep olmadığı gibi borcun dayandığı hukuki sebebi de değiştirmeyecektir. Bkz. Acemoğlu, s. 106; Diğer taraftan *Oğuzman / Öz* 'e göre, borca katılanın borcu asıl borca değil, bizzat kendisinin yaptığı borca katılma sözleşmesine dayandığından borca katılan bakımından borcun sebebi değişmiş olacaktır. Bkz. Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 620.

³³³ Ozanemre Yayla, s. 34-35; Kılıç, s. 208.

³³⁴ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 193; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 241; Ozanemre Yayla, s. 35; Kılıç, s. 208.

³³⁵ Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 621.

³³⁶ Kapancı, s. 69-70.

hükmü, her ne kadar borca katılma işlemi niteliğinde olsa da taraflar arasındaki sonucu borcun üstlenilmesine benzer bir görüntü ortaya çıkarmaktadır³³⁷.

Bu açıklamalar ışığında TBK m. 202 hükmünün niteliği gereği bir borca katılma şekli olduğunu, ancak gerek taraflar arasındaki ilişkinin niteliği gerekse kanunun atfı nedeniyle³³⁸ hükmün düzenlemediği hususlarda borcun devri hükümlerinin uygulanacağını belirtmek mümkündür. Bu nedenle TBK m. 202 ile benimsenen sistemin “kendine has bir borca katılma” işlemi olarak tanımlamak yerinde olacaktır³³⁹.

Ticari işletmenin devrinde borçların TBK m. 202 uyarınca intikalinde hem borcun iç üstlenilmesi hem de borcun dış üstlenilmesi aşamalarının bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda, ticari işletme devir sözleşmesinin yapılması iç üstlenme aşamasını, ticari işletmenin devrinin alacaklılara ihbar edilmesi veya Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edilmesi durumu da borcun dış üstlenilmesi aşamasını oluşturmaktadır³⁴⁰. TBK m. 202 uyarınca yapılacak dış üstlenme, TBK m. 196 vd. hükümlerinde belirtildiği gibi alacaklı ile borcu devralan arasındaki bir sözleşmeye dayanmaz. TBK m. 202 uyarınca borçların intikali, ticari işletmenin devrinin ilan edilmesinin kanuni bir sonucu olarak kabul edilmektedir³⁴¹.

III. TBK m. 202’ NİN UYGULAMA ALANI

ETTK-EBK döneminde, EBK m. 179 hükmünün uygulama alanının belirlenmesi konusunda tartışmalar yaşanmakta idi. Özellikle TBK m. 202’ nin yerini aldığı EBK m. 179’ un esnaf işletmelerine de uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktaydı.

³³⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 242.

³³⁸ TBK m. 202/3’ e göre “*Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeşdir*”.

³³⁹ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 242.

³⁴⁰ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 242-243.

³⁴¹ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 180.

Bir görüşe göre, EBK m. 179’da yer alan “işletme” ifadesinden sadece ticari işletmeler anlaşılmalı, bir esnaf işletmesinin devri durumunda pasiflerin bir bütün halinde devralana geçmesi mümkün olmamalıdır³⁴². Ayrıca, borçlardan sorumluluk bakımından devreden ve devralanın müteselsil sorumlu olacağı bir durum da bulunmamaktadır³⁴³.

Öğretide yer alan bir başka görüşe göre ise, EBK m. 179’un kapsamına sadece ticari işletmeler değil, esnaf işletmesi gibi her türlü işletme girmektedir³⁴⁴. Eski Borçlar Kanunu’nun hazırlık aşamasında 179. maddede ticari işletme ifadesi yer almaktaydı, TBMM Adalet komisyonu tarafından bu maddede yer alması düşünülen “ticari” ifadesi çıkarılarak söz konusu sınırlamanın kaldırılmasının hedeflendiği belirtilmektedir³⁴⁵.

Bununla birlikte, bir görüşe göre, ticari işletme dışında yer alan işletmelerin birçoğunun pasifleri ile birlikte devri mümkün olmadığından, EBK m. 179 hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır³⁴⁶. Özellikle serbest meslek işletmesinde ortaya çıkan pasifler, işletmenin özelliği gereği vekalet ve istisna sözleşmesinden kaynaklandığından kişiye sıkı sıkıya bağlı borç niteliğindedirler³⁴⁷. Bu durum esnaf işletmesi bakımından da söz konusu olabilecektir. Belirtilen sebeple, işletmenin pasiflerinin tamamının veya belirli kısmının devrini sağlayan EBK m.179 hükmü uygulanamayacaktır³⁴⁸.

TBK düzenlemesi ile söz konusu hükmün hangi işletmelere uygulanacağı netlik kazanmıştır. TBK m. 202, “*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden*

³⁴² Acemoğlu, s. 16; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 243.

³⁴³ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 243.

³⁴⁴ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 31.

³⁴⁵ Türk, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, Ankara 1986, s. 144.

³⁴⁶ Arıcı, Doktora Tezi, s. s.36.

³⁴⁷ Arıcı, Doktora Tezi, s. s.36.

³⁴⁸ Arıcı, Doktora Tezi, s. s.36.

birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur” demektir. Düzenlenmiş olan madde metninden de anlaşılacağı üzere, söz konusu madde metni sadece ticari işletmeler bakımından değil, tüm işletmeler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Ancak, ticari işletmenin devri işleminde borçların bir bütün halinde devralana geçebilmesi için Ticaret Sicil Gazetesinde ilan zorunluluğu, diğer işletmelerin devri halinde ise Türkiye genelinde dağıtım yapan herhangi bir gazetede ilan yapılması öngörülmüştür³⁴⁹.

Bununla birlikte, TBK m. 202'nin uygulama alanı sadece TTK m. 11/3 hükmü uyarınca yapılacak ticari işleme devirleri ile sınırlı değildir. Bilinmelidir ki bir ticari işletmenin aktiflerinin TTK m. 11/3 uyarınca kısmi külli halefiyet hükümlerine göre devredilmesi zorunlu değildir. Bu unsurlar, EBK-ETTK döneminde olduğu gibi cüz'i halefiyet hükümleri uyarınca da devredilebilir. Böyle bir durumda devir işlemi, TTK m. 11/3 kapsamına girmese de borçların TBK m. 202 uyarınca geçmesi mümkündür. O yüzden ticari işletme devrinin TTK m. 11/3 uyarınca gerçekleştirilmediği durumlarda dahi TBK m. 202 hükmü uyarınca borçların devredilmesi mümkündür³⁵⁰. Ayrıca bir esnaf işletmesinin veya kendi içinde bütünlük arz etmekle beraber işletme niteliğinde olmayan malvarlığı bölümünün (örneğin bir şubenin) devrinde de yine TTK m. 11/3 hükümleri uygulanmasa da borçların TBK m. 202 uyarınca devredilmesi imkanı bulunmaktadır³⁵¹.

IV. BORÇLARIN DEVRİN KAPSAMI DIŞINDA BIRAKILIP BIRAKILAMAYACAĞI SORUNU

Ticari işletmenin devrinde, borçların devrin kapsamı dışında bırakılıp bırakılamayacağına ilişkin problemin çözümünde tarafların iradelerinin etkisinin ne

³⁴⁹ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 244-245.

³⁵⁰ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 245.

³⁵¹ Eski BK m. 179 ve TBK m. 202 kapsamına her türlü işletmenin devrinin gireceğine dair bkz. Erdem, s. 994.

olacağı ve eğer tarafların iradelerine değer verilecek ise bunun sınırının nereye kadar olacağını belirlenmesi gerekmektedir³⁵².

Ticari işletmenin devrinde borçların devrin kapsamı dışında bırakılıp bırakılmayacağı hususu ile ilgili olarak, tarafların iradelerinin göz önünde bulundurulacağı veya bu iradenin sınırı ile alakalı olarak İsviçre hukukunda bulunan bir düzenlemeye benzer bir düzenleme Türk Hukuku'nda yer almamaktadır. Bu nedenle, devredilen malvarlığında borçların(pasiflerin) değerinin aktiflerden fazla olması durumunda devrin alacaklılara zarar verme kastı ile yapıp yapılmadığının daha dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekmektedir³⁵³.

Ticari işletmeyi devralanın, devir neticesinde işletmenin malvarlığıyla birlikte ticari işletmeden kaynaklanmış olan borçları da üzerine aldığı kabul edilmektedir³⁵⁴. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin içeriğinde aksine herhangi bir hüküm bulunmadığında devirle birlikte işletmenin borçlarının da devralana geçeceğine ilişkin herhangi bir problem söz konusu değildir. Tartışmanın ortaya çıktığı husus şudur; eğer ticari işletmenin devri sözleşmesine işletmenin pasiflerinin tamamının veya bir kısmının devre dahil edilmediğine ilişkin bir madde konulur ise bunun dikkate alınıp alınmayacağıdır³⁵⁵.

Türk doktrininde söz konusu tartışma ile ilgili olarak birden fazla görüş bulunmaktadır. Ancak bilinmelidir ki, Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü temel ilke olarak belirlenmiştir. Buna göre sözleşmeyi kurmak için bir araya gelen taraflar, sözleşmenin içeriğini kendi özgür iradelerine göre belirleyebileceklerdir³⁵⁶.

³⁵² Kocabey, Doğan, “Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin İntikali”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 67, Sayı 3, Eylül 2018, s. 609.

³⁵³ Öz, s. 114.

³⁵⁴ Kocabey, s. 611.

³⁵⁵ Kocabey, s. 611.

³⁵⁶ Eren, s. 300.

A. Doktrindeki Görüşler

1. Teminat Teorisi Görüşü

Türk doktrininde yaygın görüşe göre, ticari işletmenin devri işleminde tüm borçların³⁵⁷ kapsam dışında bırakılarak sadece aktiflerin devredilebilmesi mümkün değildir³⁵⁸. Bu görüşe göre, ticari işletmenin aktifleri, işletmenin borçlarının doğal teminatını³⁵⁹ oluşturmakta olup ticari işletmenin aktiflerini oluşturan malvarlığı, işletmenin borçlarına karşı alacaklıları koruyacaktır³⁶⁰. Türk Hukuku'nda hakim görüş olarak kabul edilen bu düşünce “teminat teorisi” olarak ifade edilmektedir.

Teminat teorisi görüşünü savunan yazarlara göre, TBK m. 202 hükmü gereği devreden ve devralanın kanundan doğan müteselsil sorumluluğu bulunmakta olup söz konusu hüküm emredici niteliktedir³⁶¹. Bu görüşe göre, ticari işletmenin devriyle birlikte borçların devralana intikali ve devreden devralanla birlikte müteselsil sorumluluğu, taraf iradeleri bu yönde olmasa dahi kanun tarafından işletmenin devrine bağlanan bir sonuç olacaktır. Bu nedenle, TBK m. 202 uyarınca ticari işletmenin devriyle birlikte borçların intikali zorunlu olacağından, ticari işletme devri sözleşmesinin taraflarının pasiflerin(borçların) devrin kapsamına dahil olmayacağı yönündeki anlaşmaları geçerli olmayacaktır³⁶².

Görüş uyarınca, ticari işletmenin borçlarının devri kanundan doğan bir netice sonucu devralana geçeceğinden, tarafların iradesi devir kapsamı açısından belirleyici değildir. Bu nedenle ticari işletmenin devrinde borçların intikali taraf iradelerinden

³⁵⁷ Teminat teorisini kabul eden yazarlar arasında bazı borçların kapsam dışında bırakılıp bırakılmayacağı hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu hususa başlık altında değinilecektir.

³⁵⁸ Acemoğlu, s.35 vd.; Karahan, Ticari İşletme, s. 31; Erdem, s. 1014; Akçaal, İşletmenin Devri, s. 57; Bilgili / Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 25; Öz, s. 114; *Aydın ve Diğerleri*, ticari işletme devrinde borçların kapsam dışında bırakılmaması için alacaklılara teminat gösterilmesi gerektiğini, aksi takdirde borçların kapsam dışında bırakılmayacağını belirtmektedirler. Bkz. *Aydın ve Diğerleri*, s. 232.

³⁵⁹ Öz, burada söylenildiği gibi teknik anlamda bir teminatın bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. Öz, s. 114.

³⁶⁰ Karahan, Ticari İşletme, s. 31.

³⁶¹ Acemoğlu, s. 39 vd. Teminat teorisini kabul eden yazarların hepsi, söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğunu kabul etmektedirler.

³⁶² Acemoğlu, s. 39.

bağımsız bir şekilde devralana geçecektir³⁶³. Ticari işletmeye dahil olan ancak taraflarca bilinmeyen borçlar dahi intikal edecek ve devralan sorumlu olacaktır³⁶⁴.

Bir görüşe göre, EBK m. 179’ da (TBK m. 202) yer alan “*bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile devralan*” ifadesinden ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün halinde devrinin kastedildiği ve bu şekilde devrin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Görüş, aktif ve pasifleri bulunmayan bir işletmenin ticari işletme olamayacağını, ticari işletmenin devrinde pasiflerin de aktiflerle birlikte devredilmesinin zorunlu olduğunu söylemektedir. Yani, “pasifleri içeren-pasifleri içermeyen” ya da “pasifleri de içeren” gibi ayırım ve sınırlamanın mümkün olmadığını belirtmektedir³⁶⁵.

Teoriyi kabul eden yazarlara göre, ticari işletmenin devrinde alacaklılar açısından büyük riskler bulunmaktadır. Bu nedenle alacaklıların korunabilmesi için ticari işletmenin devriyle birlikte borçların devralana intikalinin zorunlu olduğunu belirtmişlerdir. Özellikle, ticari işletmenin devri işleminin karşılıksız bir şekilde ya da çok düşük bir karşılıkla yapılması halinde ticari işletmesini devreden malvarlığı azalacak olup alacaklıların durumu da riskli hale gelecektir. Böyle bir durumda alacaklıların başvurabilecekleri tek yol olarak İİK m. 280³⁶⁶ hükmü gösterilmiştir ve bu yolun alacaklıların korunması bakımından yeterli olmadığı iddia edilmektedir. Alacaklıların, İİK m. 280 hükmüne göre tasarrufun iptali davası açmaları halinde mevcut durumlarından daha da zor duruma düşecekleri, ayrıca bu yola başvurabilmek için önce borçluya karşı takip başlatılması ve bunun neticesinde aciz vesikasının

³⁶³ Acemoğlu, s. 124. Devir kapsamının taraflar iradesinden bağımsız olduğu düşüncesi mutlak değildir. Başlık altında farklı görüşlerde belirtilecektir.

³⁶⁴ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 248.; Yargıtay 11. HD., T 13.07.2006, E 2005/7563, K. 2006/8396 “...BK.nun 179. maddesi hükmüne göre bir işletmeyi aktif ve pasifiyle birlikte devralan kimse o işletmenin borçlarından sorumlu olur. Bu sorumluluk kanun hükmünden kaynaklanmakta olduğundan, devralan kendisi tarafından bilinmeyen borçlardan dolayı dahi sorumludur...” (<https://www.kazanci.com.tr> (10.06.2020)).

³⁶⁵ Acemoğlu, s. 39.

³⁶⁶ İİK m. 280/1 uyarınca, “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır.” Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise, “Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hâllerde ızzar kasdiyle hareket ettiği kabul olunur.”

alınmasının zorunlu olduğu, bu durumun alacaklıların korunmasını hedefleyen TBK m. 202 ile bağdaşmayacağını ifade etmektedirler³⁶⁷. Ayrıca, ticari işletmenin devrinde borçların devrin kapsamı dışında bırakılmasının amacının, kanunu dolanarak alacaklıların TBK m. 202 maddesinden faydalanmasını engellemek olduğu ileri sürülmüştür³⁶⁸.

Bir görüş, ticari işletmenin devriyle borçların devralana intikal edeceğinin kabul edilmesi halinde devralanın işlemde beklediği menfaati elde edememe durumunun olduğunu ifade etmekle birlikte, bu durumda devralanın saik hatası ve hile hükümlerine başvurarak ticari işletmenin devri sözleşmesini iptal edebilme imkanının bulunduğunu belirtmiştir³⁶⁹.

Teminat teorisini kabul eden yazarlara göre, devreden ve devralan arasında ticari işletmenin borçlarından sorumlu olunmayacağı veya belirli borçlardan sorumlu olunacağına ilişkin yapılan anlaşma ilan veya ihbar edilmiş olsa dahi, alacaklıların menfaatini etkileyeceğinden onlara karşı etkili olmayacak, yalnızca iç ilişkide geçerliliğini koruyacaktır³⁷⁰. Aksinin kabul edilmesi halinde bazı alacaklılar TBK m. 202 korumasından yararlanacak ve diğer alacaklılara göre avantajlı bir konumda olacaktır ve bu durum alacaklılar arasında eşitsizliğe yol açacaktır³⁷¹.

Bunlarla birlikte teminat teorisini kabul eden bazı yazarlara göre ticari işletmenin devrinde bir kısım borçların devrin kapsamı dışında bırakılabilmesi mümkündür. Ancak, yine mutlak bir şekilde bütün borçların devrin kapsamı dışında bırakılmasını kabul etmemektedirler. Bu görüşü savunan yazarlara göre, ticari işletmenin devrinde devralan bir kısım borçların, TBK m. 202'ye (EBK m. 179) göre

³⁶⁷ Acemoğlu, s. 35-36.

³⁶⁸ Acemoğlu, s. 41.

³⁶⁹ Acemoğlu, s. 125 dn. 12; *Arıcı* ise bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin de uygulanması durumunun bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. *Arıcı*, *Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri*, s. 149.

³⁷⁰ Akçaal, *İşletmenin Devri*, s. 57; Aydın ve Diğerleri, s. 244.

³⁷¹ Durman, Okay, *İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*, İstanbul 2009, s. 134.

alacaklılara yapılacak olan ihbar veya Ticaret Sicil Gazetesinde yapılacak olan ilanda belirtilmesi suretiyle kapsam dışı bırakabilecektir³⁷².

Teminat teorisini kabul eden yazarlara göre, ticari işletmenin devrinde işletmeye dahil borçların devir kapsamı dışında bırakılmasına dair bir anlaşma hukuka aykırı olacaktır. Ancak bu hukuka aykırılığın yaptırımının ne olacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, ticari işletmenin devrinde borçların kapsam dışında bırakılması emredici hüküm olan TBK m. 202 ye aykırı olacağından bu anlaşma üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecek olup TBK m. 202 doğrultusunda borçlar bir bütün halinde devralana geçecek ve alacaklılar İİK m. 280'e göre tasarrufun iptali açmaya gerek duymadan devralana başvurabileceklerdir³⁷³. Başka bir görüş ise, *“sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşme, BK'nın 202. maddesi hükmü karşısında geçersizdir”* şeklinde ifade etmiştir³⁷⁴. Bu ifadeyle görüşün, geçersizliği sadece borçların kapsam dışında bırakılması yönünden değil, aktiflerin devrine ilişkin anlaşmanın da geçersiz olacağı, yani ticari işletme devri sözleşmesinin tümden geçersizliğini kabul ettiği sonucuna varılabilir³⁷⁵.

Başka bir yazara göre, TBK m. 202'de belirtilen şekilde bir devir işleminden bahsedebilmek için, ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte bir bütün olarak devrinin kararlaştırılması gerekir. Aksi halde sözleşmede sadece aktiflerin devrolunacağını kararlaştırılması sözleşmenin hükümsüz olmasına neden olur³⁷⁶.

³⁷² Tekinay, Selahattin Sulhi ve Diğerleri, s. 281; Erdem, s. 1014.

³⁷³ Acemoğlu, s. 38-40; Çelikboya'ya göre, bu durumda taraflar arasındaki anlaşmayı kesin hükümsüz olarak nitelendirmek yerinde değildir. Zira kesin hükümsüz bir işlem, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemediği gibi işlemin tarafları arasında da sonuç doğurmayacaktır. Halbuki, ticari işletme devrinde borçları devir kapsamı dışında bırakan bir hüküm, devreden ve devralan arasındaki rücu ilişkisinin belirlenmesi bakımından sonuç doğuracaktır. Bkz. Çelikboya, Ticari İşletme, s. 248-249 dn. 934.

³⁷⁴ Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 21. bs., Ankara 2015, s.42.

³⁷⁵ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 251.

³⁷⁶ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler, 6. bs., İstanbul 1976, s. 1138.

2. İrade Serbestisi Teorisi

İrade serbestisi teorisi, teminat teorisine karşı görüş olarak ortaya çıkmış olup Türk doktrininde en kapsamlı eleştiriler *Arıcı* tarafından dile getirilmiştir³⁷⁷. Görüş, temelde teminat teorisine katılmamakta, itiraz etmektedir.

Bu görüşteki yazarlar, TBK m. 202 (EBK m. 179) düzenlenmesinin nedenini ifade etmeye çalışan, hem doktrin hem de uygulamada kabul edilmiş olan teminat teorisinin eleştirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Zira sadece yasanın söylemine bakarak söz konusu teorinin tereddüt edilmeden kabul edilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu herhangi bir hukuki ilişkiyi düzenlerken, bu ilişkideki menfaatler arası dengeyi sağlamaya çalışır. Bu dengenin adaletli bir şekilde sağlanmasını, bazı durumlarda menfaatlerden bir tarafı daha fazla koruyarak gerçekleştirir³⁷⁸. Kanunun sözünün tam olarak anlaşılmadığı, farklı anlamların çıkarılabildiği durumda, söz konusu hükmün getiriliş nedenine ve sağlanması gereken menfaat dengesine uygun bir şekilde yorum yapılması gerekmektedir. Tartıcı ve eleştirici bakış açısını esas alan gai yorum³⁷⁹ metodu bunu emreder³⁸⁰.

İrade Serbestisi Teorisini savunana yazarlara göre, TBK m. 202 (EBK m. 179) hem sözü hem de kanunda bulunan yeri itibarıyla hakim görüş olan teminat teorisini destekler nitelikte değildir³⁸¹. Söz konusu madde “*Borcun Üstlenilmesi*” başlığı altında düzenlenen İkinci Kısım’da, 196. maddede yer verilen temel kuralın istisnası şeklinde

³⁷⁷ EBK m. 179-TBK m. 202 hükmü bağlamında bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. Demir, s. 110; Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 592.

³⁷⁸ Akıntürk, Turgut, Yeni Türk Medeni Kanunu’na Uyarlanmış Medeni Hukuk, 9. bs., İstanbul 2003, s. 73 vd.

³⁷⁹ Yargıtay İBGK., T 22.02.1997, E 1996/1, K 1997/1 “...Kanunun yorumu, kanun metninin anlamıdır ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna, gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanunun 1. maddesine uygun düşmez...” (Kırca, Çiğdem, “Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri”, https://www.academia.edu/13988025/KANUNLARIN_YORUMUNDA_YORUM_Y%C3%96NTEMLER%C4%B0, (09.02.2021), s. 3 dn. 9).

³⁸⁰ Kocabey, s. 616.

³⁸¹ Lafzi yorum ve sistematik açısından bkz. ve krş. Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 144-147.

düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, kural olarak, bir borcun devri için alacaklının rızasının alınması gerekirken, bir malvarlığı veya ticari işletmenin devrini öngören sözleşmede aktiflerin ve pasiflerin bir bütün halinde devredileceğine ilişkin bir anlaşma varsa, bu durumda alacaklıların rızasının alınmasına gerek duyulmadan ihbar veya ilandan itibaren borçların devralana intikal ettiği kabul edilecektir. Madde hükmünün zıt ifadesinden yalnızca aktiflerin devralınması durumunda artık TBK m. 202 sisteminin uygulanmayacağı sonucuna varılabilir³⁸². Bu yönüyle hüküm, ticari işletmenin devrine her zaman değil, işletmenin aktiflerinin ve pasiflerinin bir bütün olarak devredilmesi halinde alacaklıların rızası aranmaksızın devredilebileceğine ilişkindir³⁸³. Söz konusu madde, alacağın devrine ilişkin genel kuralda belirtilen alacaklının rızasının alınmasına ilişkin zorunluluğun ticari işletmenin devrinde bütün alacaklılara uygulanmasının zorluğundan dolayı getirilmiştir³⁸⁴. Devreden ihbar, ilan veya muacceliyet tarihinden itibaren devralanla birlikte iki yıl boyunca sorumlu kalmaya devam etmesi de tam olarak bu noktada önem arz etmektedir. Böylece, borcun devri için rızası alınmamış olan alacaklı, iki yıllık süre içerisinde eski borçlusuna yani, işletmeyi borçları ile birlikte devreden kişiye de başvurabilmek imkanına sahiptir³⁸⁵. Diğer bir ifade ile madde, alacaklının rızası olmadan borcun devrinde müteselsil sorumluluk getirmeyi hedeflemektedir, yoksa ticari işletme devrine devralanın rızası hilafına borcu üstlenmesi sonucunu bağlamamaktadır³⁸⁶.

TBK m. 202, ticari işletmenin veya bir malvarlığının devrinde mutlak bir şekilde aktiflerle birlikte pasiflerinde devredilmesini, onların hiçbir şekilde birbirinden ayrılmayacak şekilde devredilmesini sağlamak amacıyla düzenlenmemiştir. TBK m. 202 yalnızca taraflara, bir işletme veya malvarlığının aktiflerinin ve pasiflerinin bir bütün halinde devredilebilmesi imkanını tanımıştır³⁸⁷.

Teminat teorisi görüşünü savunanların dayandığı noktalardan birisi olan, ticari işletmenin aktiflerinin işletmenin pasiflerinin teminatı olduğu, bu nedenle devirle

³⁸² Çelikboya, Ticari İşletme, s. 252.

³⁸³ Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri, s. 3892.

³⁸⁴ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 147.

³⁸⁵ Demir, s. 109.

³⁸⁶ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 252-253.

³⁸⁷ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 147.

birlikte alacaklıların haklarının korunabilmesi için ticari işletmenin pasifleriyle birlikte devrinin zorunlu olduğu gerekçesi, irade serbestisi teorisi taraftarlarınca yeterli görülmemiştir. İrade serbestisini savunan görüşe göre, ticari işletmenin devri işlemiyle birlikte devreden zaten devir karşılığında bir menfaat elde etmiş olacak ve alacaklılar bunlara başvurabileceklerdir. Bunun dışında ekstra bir koruma getirerek alacaklıları devir öncesinden daha avantajlı bir konuma getirmek doğru olmayacak, bu durum alacaklıların korunması amacını aşmış olacaktır. Söz konusu durum menfaatler dengesini alacaklı lehine artıracakken, devralan bu durumda daha dezavantajlı duruma düşmüş olacaktır³⁸⁸.

Teminat teorisi, ticari işletmenin devriyle birlikte borçların devrin kapsamı dışında bırakılmayacağını ifade ederek borçları ticari işletmeye ayrılmaz şekilde bağlamaktadır. İrade serbestisi teorisini savunan yazarlar, teminat teorisinin bu yaklaşımının yanlış olduğunu, söz konusu durumun borçlar hukukunda yer alan borçların nispiyeti ilkesine aykırı bir durum oluşturduğunu belirtmişlerdir. Ayrıca bu durum kişiler hukuku ve sorumluluk hukukuna da aykırılık teşkil etmektedir. Bakıldığında, ticari işletme teminat teorisine göre hukuk süjesi olarak kabul edilmektedir, ancak ticari işletme bir hukuk süjesi değildir³⁸⁹.

Teminat teorisi ile ticari işletmenin devrine ilişkin düzenleme içeren İİK m. 280 arasında uyumsuzluklar bulunmaktadır. İİK m. 280'e göre tasarrufun iptali davasının kabulü neticesinde alacaklı yalnızca devralanın ticari işletmedeki yer alan aktiflerine başvurabilecektir. Buna karşılık TBK m. 202 hükmüne dayanarak devralanın ticari işletmenin tüm borçlarını devralmasını zorunlu tutan teminat teorisinde, alacaklı devralanın bütün malvarlığına başvurabilecektir. Aynı zamanda, bir görüşe göre, teminat teorisi bütün devir işlemlerinde uygulanmakta iken İİK m. 280 yalnızca alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan devirlerde uygulanmakta olup teminat teorisinin daha ağır neticelere sebep olması adaletli olmayacaktır³⁹⁰.

³⁸⁸ Arıç, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 150-151.

³⁸⁹ Arıç, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 153.

³⁹⁰ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 253.

İrade serbestisi teorisinin savunucularına göre ticari işletme devrinin bir sözleşmeye dayandığı unutulmamalıdır. Bu sebeptendir ki söz konusu sözleşmenin oluşturulmasında tarafların iradeleri göz önünde bulundurulmalı, irade serbestisi ilkesine uyulmalıdır³⁹¹. Belirtilen ilke ticari işletmenin devrine uygulandığında, tarafların sözleşmenin içeriğini istedikleri gibi belirleme konusunda haklarının ve yetkilerinin bulunacağı ortadadır³⁹². Teminat teorisi görüşünü savunanlar TBK' nın 202. maddesini emredici hüküm olarak kabul ederek, tarafların ticari işletmenin devri sözleşmesinde pasifleri kapsam dışında bırakması durumunda sözleşmenin geçersiz olacağını kabul etmektedirler. İrade teorisi ise bu durumun ticari işletmenin devri kurumunu büyük ölçüde kısıtlayacağını belirtmektedirler. Teminat teorisinin savunduğu gibi pasiflerin ticari işletmenin devri sözleşmesiyle kapsam dışında bırakılmaması ve her halükarda devirle birlikte pasiflerin devralana geçeceğine ilişkin bir zorunluluğun oluşturulması, ticari işletmeyi devralan için büyük zararlara uğrama ihtimalini ortaya çıkaracaktır. Böyle bir durum, ticari işletmelerin bilançolarında bile yer almayan veya başka şekilde de tespit edilemeyen borçlarla devralanın karşılaşmasına neden olabilir ve devralanın ticari işletmeden beklediği faydayı sağlamak bir yana dursun, telafisi olmayan zararlara uğramasına sebebiyet verebilir³⁹³.

İrade serbestisi teorisini savunan görüşe göre, TBK m. 202 ticari işletmenin devrinde pasiflerin devralana geçişini düzenlemekte olup bir emredici hüküm niteliğinde değildir. Ticari işletmenin devri sözleşmesiyle pasiflerin kısmen veya tamamen devrin kapsamı dışında bırakılması sözleşmenin geçersiz olduğu sonucunu veya bu belirlemeye rağmen devralanın eski borçlardan sorumluluğunu doğurmayacaktır. Bunun neticesinde, hukukumuzda TBK m. 202'ye dayanarak ticari işletmenin devri sözleşmesiyle pasiflerin devralana geçeceği zorunluluğunu kabul eden ve devralanın eski borçlardan sorumlu olacağını kabul eden teminat teorisi görüşünden vazgeçilmelidir³⁹⁴.

³⁹¹ Kocabey, s. 618.

³⁹² Arıç, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 148; Kocabey, s. 618-619.

³⁹³ Arıç, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 149.

³⁹⁴ Arıç, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 156.

3. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay, yerleşik içtihatlarında teminat teorisini kabul ederek, bu görüş doğrultusunda kararlar vermektedir. Yargıtay, içtihatlarından birinde, Eski Borçlar Kanunundaki müteselsil borçlular arasında teselsülün şartları başlıklı 141. maddeye atıf yaparak “*teselsülün kanun hükmünden doğduğu hallerde, kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılmasını hükümsüz*” şeklinde karar vermiştir ve kararda ayrıca net bir şekilde “*teminat*” ifadesini de belirtmiştir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme kararında, EBK m. 179’un emredici hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay yerleşik uygulamasında, ticari işletmenin devriyle birlikte devreden ve devralanın işletmenin borçlarından iki yıl boyunca müteselsil olarak sorumlu olduklarını, aralarında yapacakları söz konusu borçlardan sorumlu olunmadığına ilişkin anlaşmaların üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir³⁹⁵.

³⁹⁵ Bkz. Yargıtay HGK., T 19.06.2013, E 2012/10-1616, K. 2013/854 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (13.06.2020)). “...Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) “Malvarlığının veya işletmenin devralınması” başlıklı 179.maddesi; “Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki, iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır.” düzenlemesini içermektedir. Bu maddenin içinde; “müteselsil bir borç” ilişkisi vardır. Devir alan şirket, devir eden şirketin borçlarından ötürü sorumlu olduğu gibi, iki yıl müddetle evvelki borçlu (devreden) dahi, yenisi (devralan) ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçlara ilişkin 141. maddesine göre, teselsülün kanun hükmünden doğduğu hallerde, kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür (H. Öser/W. Scöhenenberger Borçlar Hukuku, Ankara, 1950, s. 905-906). Bu nedenle söz konusu müteselsil borç kanun hükmünden (BK m. 179'dan) doğduğundan, teselsülden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Bu durum karşısında iktisadi devlet teşekküllerinin taraf olduğu devir, birleştirme ve diğer intikal hallerinde BK'nun 179-180.maddeleri hükmü uyarınca “devre konu pasifler yönünden” sorumluluk doğacağından kuşku ve duraksama etmemek gerekir. Borçlar Kanunu'nun 179-180.madde hükümleri buyurucu nitelikte olduğundan, sorumluluk kaydı, sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla hiçbir şekilde etkisiz ve uygulama dışı bırakılamaz. Bunun tamamen etkisiz bırakılması veya sınırlandırılması, ancak bir kanunla mümkündür... İşletmenin devrinde teminat unsuru, eski borçlunun iki yıl daha sorumluluğunun devam etmesi durumuyla sağlanmak istenmiştir. Bu iki yıllık süre muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden, daha sonra muaccel olan borçlar için muacceliyet kazandıkları tarihten işlemeye başlar (Turgut Uygur, Borçlar Kanunu Genel Hükümler 1990, II.Cilt sh.865)... B.K.nun 179.maddesinin buyurucu hükmüne göre iki yıl süre ile işletmenin borçlarından üçüncü kişilere karşı devreden ile birlikte müteselsilen sorumlu olup, şirketlerin kendi aralarındaki sorumsuzluk anlaşmaları üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez...”.

4. Görüşümüz

Yukarıdaki açıklamalarda, ticari işletmenin devrinde borçların ticari işletmenin devrine dahil olup olmayacağı ile alakalı olarak hem teminat teorisini savunan görüşe ilişkin hem de irade serbestisi teorisini savunan görüşe ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Belirtmek isteriz ki, ticari işletmenin devrinde borçların kapsam dışında bırakabileceği görüşü hem ticari işletmenin devri kurumunun yapısına uygun olacağından hem de bütün taraflar bakımından daha hakkaniyetli olacağından tezimizde kabul ettiğimiz görüştür.

Öncelikle TBK m. 202 ifadesinden ticari işletmenin devrinde borçların intikalinin zorunlu olacağı şeklinde bir anlam çıkmamaktadır. Madde, aktif ve pasiflerin birlikte devrolunması durumunda söz konusu borçların alacaklının rızasına ihtiyaç olmadan devralana geçeceği ve devreden bu borçlardan sorumluluğunun devam edeceğini düzenlemektedir. Eğer, aktifler ile pasiflerin birlikte devredilmesi zorunlu olsaydı, maddede yalnızca “*ticari işletmenin*” devrinden bahsetmekle yetinmek mümkün olurdu. Maddenin bunun ötesinde “*ticari işletmenin aktif ve pasifi*” ile devredilmesinin düzenlenmesi, ticari işletmeye dahil pasifler devredilmeden aktiflerin devredilmesinin mümkün olduğuna işaret etmektedir³⁹⁶.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 202 hükmünün emredici niteliği konusundaki tartışmalara da değinmek gerekmektedir. Bir görüşe göre, ticari işletmeye ait borçların devrinin alacaklıların rızası alınmadan gerçekleştirilebilmesi için devralanın müteselsil sorumluluğu üstlenmesi gerekmekte olup TBK m. 202 hükmü önemini burada göstermektedir³⁹⁷. Bu görüşe göre, TBK m. 202 hükmü emredici niteliğini kaybetmemektedir³⁹⁸. Hükmün emredici niteliği, alacaklıların rızası olmadan gerçekleştirilen ticari işletmenin borçlarının devrinde, devreden de iki yıl boyunca müteselsil sorumluluğunun devam edeceğine ilişkindir³⁹⁹. Aynı görüşe göre, ticari

³⁹⁶ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 144; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 256.

³⁹⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 257.

³⁹⁸ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 258.

³⁹⁹ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 258.

işletmenin borcunu devreden ve devralan, bir anlaşma ile devredenin müteselsil sorumluluğunu alacaklının rızası olmadan kaldıramayacaktır⁴⁰⁰.

Bir başka görüş ise, TBK m. 202(EBK m. 179) hükmünün emredici nitelikte olmadığını, bu sebeple ticari işletmenin devri sözleşmesinde bazı borçların devrin kapsamı dışında bırakılarak sınırlandırma yapılabileceğini, söz konusu sınırlandırmaların TBK m. 202(EBK m. 179) 'ye göre ilan edilmesiyle alacaklılar bakımından da hüküm ifade edeceğini belirtmiştir⁴⁰¹. Fakat görüş, ticari işletmenin devrinde borçların tamamının veya büyük bir kısmının devrin kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin anlaşmanın geçerli olacağını, ancak kanuni düzenlemenin borçların topyekün devrine ilişkin olduğundan bu durumda TBK m. 202 (EBK m.179) hükmünün uygulanamayacağını belirtmiştir⁴⁰². Bununla birlikte görüşe göre, ticari işletmenin borçlarının tamamının veya önemli bir kısmının devri yerine bazı borçların devrinin gerçekleştirilmesi isteniyor ise bu durumda borcun devrine ilişkin genel kurallara başvurmak gerekecektir (TBK m.195 vd. (EBK m.173 vd.))⁴⁰³.

Kanaatimizce, ilk görüşte de ifade edildiği gibi, hükmün emredici niteliği müteselsil sorumluluğa ilişkindir. Yani tarafların aralarında anlaşarak borçların devrini kararlaştırmaları halinde devreden devralanla birlikte söz konusu borçlardan iki yıl boyunca müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edecek, ayrıca, taraflar alacaklının rızasını almadan müteselsil sorumluluğu ortadan kaldıramayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki hükmün, devredilecek borçların kapsamı bakımından bir zorunluluk getirdiğini kabul etmek doğru olmayacaktır. Kanun, maddede belirtildiği gibi devralanın bütün borçlardan sorumlu tutulabilmesi için, tarafların aktif ve pasiflerin birlikte devredileceğine ilişkin iradelerini bir ön koşul olarak kabul etmekte olup, buradan kanun maddesinin aktif ve pasifleri ayrılmaz bir şekilde birbirine bağladığı anlamı çıkarılamayacaktır. Farklı bir anlatımla, kanun maddesi, işletmenin veya malvarlığının devri sözleşmesinin taraflarının, devirle birlikte borçların da geçeceğine ilişkin iradelerini ortaya koymasına neticesinde, devralanın, ilan veya

⁴⁰⁰ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 258.

⁴⁰¹ Arıcı, Doktora Tezi, s. s.92.

⁴⁰² Arıcı, Doktora Tezi, s. s.92.

⁴⁰³ Arıcı, Doktora Tezi, s. s.92.

ihbardan itibaren işletmenin veya malvarlığın borçlarından sorumlu olacağını belirtmektedir⁴⁰⁴. Kanaatimizce de madde metni, bu maddenin yalnızca tarafların devir iradesinin aktifler ile birlikte pasifleri de devretmeye yönelik olduğu hallerde uygulanacağını işaret edecek şekilde kaleme alınmıştır.

Ticari işletme, niteliği itibarıyla bir hak birliği olup tüzel kişiliği haiz olmadığından ticari işletmenin hak ve borç ehliyeti bulunmamaktadır⁴⁰⁵. Bu bağlamda “ticari işletmenin borcu” ifadesi, teknik anlamda isabetli değildir, zira ticari işletmeye dahil olan haklar ve borçlar ticari işletmenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişiye aittir. Ticari işletmenin devredilmesi, ticari işletmeye dahil aktif ve pasiflere sahip olan kişinin söz konusu malvarlığı unsurlarını devretmesinden ibarettir⁴⁰⁶.

Bu bağlamda devir konusu olan borçlar, ticari işletmenin borcu değil, ticari işletmeyi işleten gerçek veya tüzel kişinin borcudur. Teminat teorisi, ticari işletmenin devredilmesi halinde, ticari işletmeye ait borçların da zorunlu olarak devredileceği sonucuna varmaktadır. Böyle bir sonuç, ticari işletmeyi borçların ve hakların “sahibi” konumuna yaklaştırmaktadır. Halbuki, ticari işletmeye dahil olan haklar da borçlar da ticari işletmeyi işleten kişinin malvarlığına dahildir. İrade serbestisini kabul ederek, bir kişinin malvarlığında bulunan farklı malvarlığı unsurları üzerinde ayrı ayrı tasarrufta bulunabilmesine imkan tanımak, hukuk süjesi-hukuk objesi ayrımı bakımından daha tutarlı bir sonuç vermektedir⁴⁰⁷.

Teminat teorisine göre, ticari işletmenin aktif malvarlığı ile pasif malvarlığı arasında bir bağ bulunduğu belirtilmektedir. Bir görüşe göre de ticari işletmedeki pasiflerin aktiflerin bütünleyici parçası (mütemmim cüz-ü) olduğu kabul edilmelidir⁴⁰⁸. Ancak, ticari işletme bağlamında pasif malvarlığı unsurlarının aktifler ile bu şekilde bir bağının olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Hukuk sistemimizde hak veya borç kural olarak hukuk kişisine ait olup bir başka malvarlığı unsuruna bağlı

⁴⁰⁴ Demir, s.109.

⁴⁰⁵ Tekinalp, TTK m.11/3, s. 6.

⁴⁰⁶ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 258-259.

⁴⁰⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 259.

⁴⁰⁸ Acemoğlu, s. 39.

değildir. Yani, aralarında iktisadi veya fiili bir bağlantı bulunsa bile, aktif bir malvarlığı unsurunun devredilmesi durumu kural olarak bir borcun da devri sonucunu doğurmayacaktır. Örneğin, bir kişinin, aracını kullanırken çarptığı kişiye karşı olan haksız fiil sorumluluğu, aracını başkasına devretmesi halinde devralana kendiliğinden devrolmayacaktır. Bu nedenle, pasiflerin aktiflerin bütünleyici parçası olduğu şeklinde bir sonuca varmak mümkün değildir⁴⁰⁹.

Belirtmek gerekir ki, bir malvarlığı üzerindeki hak sahipliğine veya zilyetlik durumuna göre borçluluk sıfatı değişebilecektir. Diğer bir ifade ile borçlunun kim olduğu malvarlığı üzerindeki hak sahipliğine göre tespit edilebilir. Burada “eşyaya bağlı borç” söz konusu olacaktır⁴¹⁰. Ancak, bir borcun veya hakkın belirli bir eşyaya bağlı olması ve bir malvarlığı unsurunun el değiştirmesi sonucunda bir borç bakımından borçlu sıfatının da kendiliğinden değişmesi istisnai niteliktedir. Doktrinde de belirtildiği gibi eşyaya bağlı borçlar sınırlı sayı (numerus clauses) ilkesine tabidir⁴¹¹. Bu nedenle de eşyaya bağlı borçlar yalnızca kanunda öngörülenler ile sınırlıdır. Esas olan, borcun bir kişiye bağlı olması ve bir eşyanın devrinin bu eşya ile bağlantılı borcun devri sonucunu doğurmamasıdır. Eğer kanun aksine bir düzenleme getiriyor ise, bu konuda açık bir hüküm bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde, borcun aktif bir malvarlığı unsurunu takip etmemesi ve borç ilişkisinin tarafı olanın mülkiyetinde kalması gerekmektedir⁴¹².

Kanaatimizce, TBK m. 202'nin lafzı ve sistematigi, ticari işletmenin aktifleri ve borçlar arasında böyle bir bağlantı kurmamaktadır. Ayrıca, bir görüşe göre de TBK m. 202, aktif malvarlığı unsurları ile pasifler arasında bir bağ kurulduğunu gösteren bir düzenleme getirmemektedir⁴¹³. Buna rağmen teminat teorisi, sırf alacağın tahsilini kolaylaştırdığı için, ticari işletmenin aktif malvarlığı unsurlarının devredilmesi sebebiyle ticari işletmeye ait borçların da devredildiği sonucuna varmaktadır. Diğer bir ifade ile ticari işletmeye dahil borçları ticari işletmenin aktiflerine bağlayarak yeni

⁴⁰⁹ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 259-260.

⁴¹⁰ Sirmen, s. 32.

⁴¹¹ Erel, Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 9.

⁴¹² Çelikboya, Ticari İşletme, s. 260-261.

⁴¹³ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s.147.

bir “eşyaya bağlı borç” türü oluşturmaktadır. Bir görüşün de ifade ettiği üzere, sırf alacağı tahsil kabiliyeti sağladığı için aktif malvarlığı unsuru ile pasifler arasında kanunda öngörülmeleyen bir bağ kurulması, hakkın kişiye bağlı olması ilkesine uygun düşmemektedir⁴¹⁴.

Hukukumuz, ticari işletme devrine özellikli sonuçlar bağlarken, bu sonuçların doğması için ticari işletmenin bütünlüğünün korunması şartını aramıştır. Bu nedenle ticari işletmenin bütünlüğünün korunmadığı bir devir işlemi, ticari işletme devri olarak nitelendirilemeyecek ve bu devre ticari işletme devrine yönelik özel hükümler uygulanmayacaktır. İşte bu noktada borçların devir kapsamı dışında bırakılmasının ticari işletmenin bütünlüğünü ortadan kaldırıp kaldırmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır⁴¹⁵.

İşletme bütünlüğü kavramı konusunda açık bir tanım bulunmasa da devredilen malvarlığı unsurlarının ticari işletme faaliyetlerinin devam etmesine imkan tanınması halinde, ticari işletmenin bütünlüğünün korunduğu kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile devir kapsamı dışında bırakılan unsurlar, ticari işletmenin faaliyetlerini sürdürmesine engel teşkil etmiyorsa, devredilen unsurlar ile işletme bütünlüğünün muhafaza edildiği sonucuna varılacaktır. Bu açıdan bakıldığı zaman, ticari işletme ile bağlantılı borçların söz konusu işletmenin bütünlüğü bakımından önem taşımadığı sonucuna varılabilir. Zira bir işletme ile bağlantılı pasifler, işletmenin faaliyetlerinin sürdürülmesi bakımından önem taşımamaktadır⁴¹⁶. İşletmenin bütünlüğü işletmeye dahil aktifler tarafından sağlanmaktadır. Sonuç olarak, ticari işletmenin bütünlüğü ile ticari işletmenin faaliyetlerini sürdürme becerisi anlaşılıyorsa, pasiflerin ticari işletmenin bütünlüğü üzerinde bir etkisi olmadığı söylenebilecektir⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 263.

⁴¹⁵ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 263.

⁴¹⁶ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 264; Öz de pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasının işletme bütünlüğüne zarar vermeyeceğini, hatta tersine fayda sağlayacağını belirtmektedir. Bkz. Öz, s. 114. (Çelikboya ‘dan aynen, bkz. Çelikboya, Ticari İşletme, s. 264 dn. 978.)

⁴¹⁷ TTK m. 11/3 gerekçesinde “*Borçlar Kanunu’nun 179 uncu maddesi ticari işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiş, bütünü yaratan unsurlarla uğraşmamıştır*” denilerek, borçların ticari işletmenin bütünü oluşturmayan unsurlardan olmadığını belirtmiştir.

Ancak şunu da belirtmek gerekmektedir; ticari işletmenin devrinin kapsamı dışında bırakılmış olan bir borç devredenin borcu olarak kalmaya devam edecektir. Devredenin bu borcu ifa etmemesi durumunda alacaklılar devredenin malvarlığına gidecek ve alacağını tahsil etmeye çalışacaktır. Devredenin hacze kabil malı bulunmaması veya borcu karşılayacak kadar malvarlığının bulunmaması durumunda alacaklı aciz vesikası alarak tasarrufun iptali yoluna gidebilecektir. Bu durumda, eğer İİK 277 vd. hükümlerinde yer alan tasarrufun iptali koşulları oluşmuş ise alacaklı devredilmiş olan ticari işletmenin bütünlüğünü oluşturan malvarlığını haczedebilecek ve satışını sağlayabilecektir. Bu durumda devralan, ticari işletmesinin bütünlüğünün bozulması ve işletmesinin faaliyetlerini sürdüremeyecek hale gelmesi riskiyle karşı karşıya kalabilecektir.

Ticari işletmenin aktifleri ve pasifleri, tacirin aktifleri ve pasifleri olacağından, tacir, işletme nedeniyle edindiği borçlardan, ticari işletmesini pasifleri(borçları) kapsam dışında bırakarak devredecek olsa bile, işletme değeriyle sınırlı olmadan tüm malvarlığı ile alacaklılara karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Bu nedenle ticari işletmenin devredilmesiyle birlikte devredenin malvarlığına karşı bir edim (para) gireceğinden alacaklıların buna başvurması mümkün olacaktır. Bu durumda borçlunun malvarlığından ticari işletme çıkmasına rağmen yerine denk değerde bir edim geleceğinden alacaklıların menfaatlerinin zarara uğrayacağı bir durum söz konusu olmayacaktır⁴¹⁸.

Teminat teorisi, ticari işletmenin devrinde alacaklıların korunmasını öncelikli konuma getirerek, işletmenin devredilmesinin önünde birtakım engeller getirmektedir. İlk olarak, ticari işletmeyi devralan yükleneceği borç miktarını ve ticari riskini sınırlama imkanına sahip olmayacaktır. Bununla birlikte ticari işletmeye dahil tüm borçların devirle birlikte devralana geçeceği kabul edilirse, devralan bilmediği

⁴¹⁸ Demir, s.110.

borçlardan dahi sorumlu olacaktır⁴¹⁹. Devralan, maruz kalacağı bu hukuki belirsizlik karşısında devir işlemi yapmaya kolay kolay yanaşmayacaktır.

Teminat teorisi ikinci olarak ise ticari işletmeyi devralacak olan kişinin devreden ticari kararları ile bağlı olmasına neden olmaktadır. Özellikle devreden devirden önce akdettiği tedarik, satım, kira, finansal kiralama ve kredi sözleşmesi gibi tarafları uzun süre bağlayacak sözleşmelerden doğan borçlarından sorumlu olması halinde, devralanın devraldığı işletmeyi istediği gibi idare etmesi imkanı sınırlanmaktadır. Böylece ticari işletmeyi devralan, devreden vermiş olduğu ticari kararlardan etkilenmektedir⁴²⁰.

Teminat teorisi, devralanı ticari işletme ile bağlantılı tüm borçlardan sorumlu tuttuğu için, devralanın ticari takdir yetkisini ortadan kaldırmakta ve “ya hep ya hiç” yaklaşımı ile tüm borçların devrini zorunlu kılmaktadır. Halbuki tarafların irade serbestisi teorisine göre kendi menfaatleri uyarınca devir kapsamını belirlemesi bu problemleri ortadan kaldıracak ve ideal çözüme ulaşılmasını daha da kolaylaştıracaktır⁴²¹.

Teminat teorisinin eleştirilebileceği ve adaletsiz bir durum ortaya çıkarabileceği noktalardan birisi de, alacaklıların korunmasının ticari işletmenin devrinden önceki döneme göre daha kapsamlı hale getirilmesidir. Gerçekten de devir öncesinde yalnızca devreden malvarlığına başvurabilme imkanı bulunan alacaklılar, devirden sonra hem devreden hem de devralanın tüm malvarlığına başvurma imkanına sahip olacaklardır. Böylece ticari işletmenin devriyle birlikte işletme kapsamında olan tüm borçlar için alacaklının lehine bir durum ortaya çıkmaktadır⁴²².

⁴¹⁹ Arıcı, bu gibi borçları “sürpriz borçlar” olarak tanımlamaktadır ve sürpriz borçların devralan bakımından yıkıcı etkileri olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 149.

⁴²⁰ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 276.

⁴²¹ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 150.

⁴²² Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 151.

Ancak, teminat teorisi uyarınca alacaklıların korunmasının artırılması devralan bakımından hukuki belirsizlikleri artırırken devreden de ticari işletmesini devretmesini zorlaştıracaktır. Bu durumda alacaklıların durumu devir öncesi döneme göre daha iyi hale gelirken devreden ve devralanın menfaatleri olumsuz bir şekilde etkilenecek, devreden ve devralan bu durumdan zarar göreceklerdir. Bu nedenle, alacaklı korumasının devir öncesi döneme göre artırılması tek başına yerinde bir hedef olsa da devreden ve devralanın durumu karşısında adaletsiz bir durum ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, savunmuş olduğumuz irade serbestisi teorisinde, mevcut koruma hükümlerinin alacaklıları koruyucu etkisi dikkate alındığında, teminat teorisinin kabul edilmesi ve müteselsil sorumluluğun benimsenmesi, taraflar arasındaki menfaat dengesini bozacaktır⁴²³.

Yukarıda belirtilen açıklamalar neticesinde kanun değişikliğine gidilerek, tarafların devredilecek borçların kapsamını belirlemesinin mümkün olduğu, ancak kapsam dışında bırakmadığı sürece borçların da devre dahil olacağını belirten açık bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır. Bu şekilde bir yandan taraflara borçları kapsam dışında bırakma imkanı tanınırken bir yandan da tarafların hangi borçların devredildiğini belirtmedikleri müddetçe oluşturdukları görüntüden dolayı sorumlu olacakları açıklığa kavuşturulmuş olur.

⁴²³ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 282.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLARIN DEVRİNİN ETKİLERİ

I. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI VE TEMİNAT VEREN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER BAKIMINDAN

A. Devreden Bakımından

İhbar veya ilan ile birlikte ticari işletmeyi devreden kişinin, ticari işletmeye ait borçların sorumluluğundan derhal kurtulması söz konusu olmaz. Devreden, iki yıl boyunca devralanın yanında, söz konusu borçlardan müteselsilen sorumlu kalmaya devam eder ve bu sürenin dolmasıyla birlikte sorumluluktan kurtulur⁴²⁴. Bu durumda, ticari işletme devri öncelikle borca katılmaya benzer şekilde müteselsil sorumluluk yaratır⁴²⁵. İki yıllık sürenin sonunda devreden sorumluluktan kurtulması kendiliğinden meydana gelir, ayrıca bir işleme ihtiyaç duyulmaz⁴²⁶. Bu süre bir hak düşürücü süredir⁴²⁷.

TBK m. 202/2' ye göre “... iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.” Eğer alacağın muacceliyeti ihbara tabi ise, ihbarın yapılabileceği tarihten itibaren süre işleyecektir. “Bildirme veya duyuru tarihi” ile kastedilen, ihbarın varması veya ilanın yayımlanması anıdır. İlanın, ne zaman münferit alacaklı tarafından görüldüğü yahut öğrenildiği önemli değildir⁴²⁸.

Belirtmek gerekir ki, ticari işletmenin devri karşılığında devralanın ödemeyi borçlandığı karşı edimin ifasının gerçekleşip gerçekleşmediği, devreden

⁴²⁴ Karahan, Ticari İşletme, s. 36.

⁴²⁵ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 138.

⁴²⁶ Durman, s. 123.

⁴²⁷ Aydın ve Diğerleri, s. 246.

⁴²⁸ Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 617-618.

sorumluluktan kurtulma anının tespitinde dikkate alınmaz. Ayrıca, iki yıllık sürenin akışında devralanın herhangi bir faaliyete girişmiş olması; örneğin, işletmeyi işletmeye fiilen başlamış olması da gerekli değildir⁴²⁹.

B. Devralan Bakımından

TBK m. 202/3 uyarınca, ticari işletme devrinde borcun intikalinin hukuki sonuçları, münferit bir borcun üstlenilmesi sözleşmesinin sonuçlarıyla özdeştir. Buna göre ticari işletmeyi devralan, artık ticari işletmeye ait borçların yeni borçlusu konumuna gelmiştir. Borcun devredilmesi işlemi yalnızca borçlunun kimliğini değiştirmekte olup borcun içeriğine etki etmez⁴³⁰. Bu borç, ticari işletmeyi devreden açısından ne durumda ise, devralan için de, kanundaki istisnalar haricinde aynı içerik ve kapsamda, kısaca aynı durumda varlığını devam ettirir⁴³¹.

Kural olarak, borcun fer'ileri de borcun kendisiyle birlikte intikal eder (TBK m. 198/1). Bu sebeple, intikal eden borcun alacaklısı, alacağına bağlı olan fer'i hakları ticari işletmeyi devralan yeni borçluya karşı da ileri sürebilecektir⁴³². Ancak alacaklı, devreden kişinin kişiliğine bağlı olan hakları, devralana karşı ileri süremeyecektir (TBK m.198/1). Bu haklar kişiye o kadar sıkı bağlıdır ki zaten ondan ayrılamazlar. Bu haklar, bağlı oldukları kişiden başka kimseye naklolmaz, önceki borçlunun borcundan kurtulmasıyla yok olurlar⁴³³.

Rüçhan haklarının ve imtiyazların akıbeti de fer'i haklar gibidir. Diğer bir deyişle, ticari işletme devri öncesinde alacaklının sahip olduğu rüçhan hakları ve imtiyazlar, aynen varlığını sürdürmelidir⁴³⁴.

⁴²⁹ Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 618.

⁴³⁰ Acemoğlu, s. 141; Bu durum borcun devrinde “özdeşlik prensibi” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 548.

⁴³¹ Tunçomağ, s. 1132 vd.

⁴³² Fezyioğlu, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 2. bs., İstanbul 1977, s. 680.

⁴³³ Fezyioğlu, s. 681.

⁴³⁴ Aynı yönde bkz. Acemoğlu, s. 135.

Borcun intikalinden önce işlemiş ve muaccel hale gelmiş faizlerin, gerçekleşmiş olan cezai şart dolayısıyla ortaya çıkan sözleşme cezasının ve sözleşmenin ihlalinden doğan tazminat taleplerinin asıl borçla birlikte ticari işletmeyi devralana naklolup olmayacağı tartışmalıdır⁴³⁵. Bir görüşe göre, ticari işletmeyi devralırken, pasiflerin varlığına ve içeriğine ilişkin bilgi almak ve üstlendiği borcun kendisini ne gibi sorumluluklar altına sokacağını araştırmak devralanın sorumluluğundadır. Bu durumda, ticari işletmeyi devralması halinde muhtemelen karşı karşıya kalacağı riskleri bertaraf etmek onun işidir. Devir öncesinde muaccel olan sözleşme cezasından, faizlerden ve doğmuş tazminatlardan sorumluluğunu ayırık tutmak, yani kapsam dışında bırakmak devralana kalmıştır. Bu nedenle, bu iradeyi göstermeyen devralanın, ticari işletmeyi tüm pasifleriyle devralmayı hedef tuttuğu ve dolayısıyla muaccel sözleşme cezalarının ve faizlerin de intikal ettiğinin kabulü gereklidir⁴³⁶.

Öte yandan, kural olarak dar anlamda borç ilişkisine dair savunmalar da ticari işletmeyi devralana naklolur (TBK m. 199/1). Dolayısıyla, ticari işletmeyi devralan, devreden borcun intikali anında alacaklıya karşı sahip olduğu itiraz ve def'ileri⁴³⁷ alacaklının talebine karşı ileri sürebilecektir⁴³⁸. Ancak, devralan alacaklıya karşı önceki borçlunun ileri sürebileceği kişisel, yani kendi şahsi hal veya ilişkisinden doğan savunmalarda bulunamaz (TBK. m.199/2).

Ticari işletme devri suretiyle borçların intikalinin, borcun dış üstlenilmesinden farklı olduğu bir nokta da, devralanın devredenele arasında yaptığı sözleşmeye ilişkin tüm itiraz ve def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilmesidir⁴³⁹. Buna karşın, bildiğimiz

⁴³⁵ Bu borçların da asıl borçla birlikte naklolunduğu kabul eden görüş için bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi ve Diğerleri, s. 276-277; Tunçomağ, s. 1133.

⁴³⁶ Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 620.

⁴³⁷ Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda EBK. m.177 hükmü, sadece “def’i” sözcüğünü kullanmış olsa da öğreti ve içtihatlarla bundan “def’i ve itirazların” anlaşılması gerektiği genel olarak kabul edilmiştir. Bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi ve Diğerleri, s. 277 vd.

⁴³⁸ Bkz. Feyzioğlu, s. 686.

⁴³⁹ Tekinay, Selahattin Sulhi ve Diğerleri, s. 283; Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 621; *Çelikbaya*’ya göre bu noktada ticari işletmenin devri sözleşmesinde borçların devrin kapsamı dışında bırakılması hususu ile devrin tarafları olan devreden ve devralanın sözleşmeden kaynaklanan diğer savunmalarını birbirinden ayrı tutmak gerekmektedir. Taraflar devir sözleşmesinde işletmeye ait borçların bir kısmını veya tamamını devrin kapsamı dışında bırakmış ise devralan kapsam dışında olan borçları üstlenmemiş olacaktır. Böyle bir durumda borç hiçbir şekilde devredilmemiş

gibi, borcun dış üstlenilmesinde durum farklıdır. Borcun dış üstlenilmesinde, eski borçluyla yeni borçlu arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmalar, sözleşmenin tarafı olmayan alacaklıya karşı ileri sürülemezler (TBK m. 199/3).

Ancak, belirtmek gerekir ki, ticari işletmeyi devralan, devredene karşı sahip olduğu, aralarındaki devir sözleşmesinden kaynaklanan ödemelik def'ini alacaklıya karşı kullanamaz. Diğer bir deyişle, devreden devir sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını ifa etmemiş dahi olsa, devralanın buna dayanarak alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınması mümkün değildir⁴⁴⁰.

C. Devreden Ve Devralan Arasındaki Rücu İlişkisi Bakımından

Ticari işletmenin devrinde borçların TBK m. 202' ye göre devredilmesi neticesinde devreden ve devralanın borçlardan müteselsil olarak sorumluluğu doğacaktır⁴⁴¹. Buna göre alacaklı, ticari işletmeyi devralan ve asıl borçlu olan kişiye, aynı zamanda TBK m. 202 uyarınca muaccel borçlar için devir anından, müeccel borçlar için ise muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl boyunca müteselsil olarak sorumlu olacak olan devredene karşı talepte bulunabilecektir⁴⁴². Burada önemli olan nokta, borçlardan müteselsil olarak sorumlu olan devreden ve devralan arasındaki rücu ilişkisinin nasıl olacağıdır.

Belirtmek gerekir ki, alacaklıya karşı ifa yerine getirildikten sonra borçlular arasındaki rücu ilişkisi TBK m. 167' de belirlenmiştir. TBK m. 167/1 "*Aksi*

olacağından devralanın kapsam dışında bırakılmış olan borçlardan dolayı herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Fakat, ticari işletmenin devrinin kapsamı dışına çıkarılması kararlaştırılmayan, yani devirle birlikte devralana geçecek olan borçlara ilişkin sözleşmeyle bir savunma kararlaştırılır ise bu durum alacaklıları etkilemeyecektir. Bu şekilde getirilmiş olan bir savunma ancak devrin tarafları arasında hüküm ifade edecek ve taraflar arasındaki rücu ilişkilerinde etkili olacaktır. Bkz. Çelikboya, Ticari İşletme, s. 312.

⁴⁴⁰ Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 620; Aksi görüş için bkz. Acemoğlu, s. 140-141.

⁴⁴¹ Cengil, s. 71; Akgöl, s. 121; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 321.

⁴⁴² Zeytinci, s. 110; Sevinçler, Nazım, "TTK, TBK ve İİK Işığında Ticari İşletme Devri", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 112; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 321.

kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere müteselsil sorumlulukta kural, borçluların her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olması, kendi aralarındaki ilişkide ise borca eşit olarak katlanmalarıdır⁴⁴³.

Ancak ifade etmek gerekir ki, ticari işletmenin devrinde devralanın devirle birlikte devredene ait olan borçları üstlenmeyi taahhüt etmesi neticesinde, TBK m. 202 uyarınca gerçekleşecek olan bu devre müteselsil sorumluluğa ilişkin genel hükümlerin uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır⁴⁴⁴. Bu nedenle TBK m. 167/1 hükmünde yer alan “hukuki ilişkinin niteliği” ifadesi gereğince ticari işletmenin devrinde farklı bir uygulama gerçekleşecektir. Ticari işletmenin devrinde, devreden, alacaklıya ticari işletmenin borçları sebebiyle ifada bulunur ise, bu yapmış olduğu ödemenin tamamını devralana rücu edebilecektir⁴⁴⁵. Burada devredenin sorumluluğu ticari işletmenin devri işleminin ilanı veya bildiriminden önceki borçlar için olup devriden sonra ortaya çıkacak olan borçlardan devredenin herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır⁴⁴⁶. Bununla birlikte devralan ise alacaklıya yapmış olduğu ifa nedeniyle devredene karşı kural olarak rücu talebinde bulunamayacaktır. Fakat tarafların aralarında aksine bir düzenleme belirlemeleri mümkündür⁴⁴⁷.

⁴⁴³ Çelikboya, Ticari İşletme, s.321.

⁴⁴⁴ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 321-322; Acemoğlu, s. 152.

⁴⁴⁵ Acemoğlu, s. 152; Zeytinci, s. 110; Evirgen, s. 77; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 322.

⁴⁴⁶ Akgöl, s. 122.

⁴⁴⁷ “Devralan, üstlenilen borçlar bakımından bildirim veya ilânın kapsamını, devir sözleşmesinden daha geniş tutabilir. Buna göre, devir sözleşmesinde devralanın bazı borçlardan sorumlu olmayacağı kararlaştırılmış ve devralan bunu bildirim veya ilânda belirtmemiş olabilir. Böyle bir durumda devralan, bildirim veya ilân kapsamında üstlendiği borçları ifa etmelidir. Zira, alacaklıların devreden ve devralan arasındaki ilişkiyi bilme veya araştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sözleşme gereğince devralanın da, devredene rücu hakkı konusu olmalıdır. Aksi durum, yani üstlenilen borçlar bakımından bildirim veya ilânın kapsamının, devir sözleşmesinden daha dar olması da mümkündür. Yani devir sözleşmesinde üstlenilmiş olan bazı borçların, bildirim veya ilânda üstlenilmedikleri de açıklanabilir. Böyle bir bildirim veya ilândaki sınırlandırmalar, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Ancak devralan, devredene karşı devir sözleşmesi gereğince sorumlu olmaya devam eder.” bkz. Akçaal, Yüksek Lisans Tezi, s. 52, dn. 169; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 322.

TBK m. 168/1 hükmü⁴⁴⁸ gereğince, devreden, alacaklıya ifada bulunması durumunda, eğer rücu hakkını ortadan kaldıran bir sebep de bulunmuyorsa, ödediği miktar için alacaklıya halef olacak ve borcun ifası için verilmiş olan teminatlara da başvurabilecektir⁴⁴⁹. Ödeme yapmış olan devreden, ticari işletmenin gerçekten var olan borçları için rücu hakkına sahip olup alacaklılara fazladan ödeme yapması durumunda bu miktar için rücu hakkına sahip olmayacaktır⁴⁵⁰.

Bununla birlikte, her ne kadar ticari işletmenin devrinin niteliği gereği borçlardan sorumlu olacak kişinin devralan olacağı söylenebilse de, taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile devrin kapsamında olan borçların belirli kısmından veya tamamından devreden sorumluluğunu kararlaştırabilirler⁴⁵¹. Böylece borcu ifa eden devralan, devreden sorumlu olduğu kısım için yapmış olduğu ödemeyi rücu edebilecektir⁴⁵². Diğer bir ifadeyle, devreden veya devralanın, borcun tamamını veya kendi anlaşmalarının dışında kalan kısmı alacaklılara ödemeleri durumunda diğer şartları da sağlamak kaydı ile fazla ödediği bedeli diğer tarafa rücu edebilir⁴⁵³.

Rücu hakkının kullanılabilmesi için bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Örneğin rücu talebinde bulunacak olan kişi, alacaklıya karşı müteselsil borçluların ortak savunmalarını ileri sürmesi gerekmekte olup aksi halde rücu hakkını kullanamayacaktır⁴⁵⁴. Bununla birlikte alacaklıya ödeme yapan rücu hakkı sahibi, ödeme yaptığını diğer müteselsil borçluya söylemez ve diğer borçlu da alacaklıya karşı ödeme yapar ise, bu durumda rücu hakkını kaybedecektir⁴⁵⁵.

⁴⁴⁸ TBK m. 168/1' e göre “*Diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur*”.

⁴⁴⁹ Acemoğlu, s. 153; Sertoğlu, s. 137; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 322.

⁴⁵⁰ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 323; “...*davalı devir aldığı işletmenin gerçek borç durumundan sorumlu olacaktır. Başka bir anlatımla, davacı, ancak davalıya devir edilen işletmenin sorumlu olduğu gerçek borç tutarında rücu edebilecektir. Şayet fazladan ödemesi mevcut ise, bu yön davalıyı bağlamayacaktır...*” Yargıtay 11. HD., T 17.01.2011, E 2009/7066, K 2011/125 (Çelikboya, Ticari İşletme, s. 323, dn. 1164.).

⁴⁵¹ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 323; Acemoğlu, s. 153.

⁴⁵² Çelikboya, Ticari İşletme, s. 323.

⁴⁵³ Sevinçler, s. 112.

⁴⁵⁴ Kapancı, s. 565; Acemoğlu, s. 154; Akçaal, Yüksek Lisans Tezi, s. 166; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 324.

⁴⁵⁵ Acemoğlu, s. 154; Cengil, s. 70-71; Çelikboya, Ticari İşletme, s. 324.

Son olarak, sorumlu olduğu kısımdan fazla bir ödemede bulunan müteselsil borçlunun bu kısım için rücu hakkını kullanabileceği zamanaşımı süresinin belirlenmesi gerekmektedir. Burada alacaklıya ödeme yapan tarafın rücu hakkı, halefiyet durumundan ayrı olarak, alacaklının hakkından bağımsız olarak yeni bir hak olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁵⁶. Rücu hakkına ilişkin zamanaşımı süresi, müteselsil borçlular arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre belirlenecektir⁴⁵⁷. Rücu alacağı sözleşmesel bir ilişkiye dayandırıldığı takdirde TBK m. 146 da yer alan genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır. TBK m. 146'ya göre “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir*”⁴⁵⁸. Kanaatimizce, ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi neticesinde müteselsil olarak sorumlu olacak olan borçluların kendi sorumlu oldukları kısımdan fazla ifade bulunmaları halinde, bu fazla kısım için genel zamanaşımı süresi içerisinde diğer borçluya rücu edebileceklerdir. Ancak ifade etmek gerekir ki, halefiyete dayalı rücu alacağının bağlı olduğu zamanaşımı süresi, asıl borcun bağlı olduğu zamanaşımı süresi ile aynıdır⁴⁵⁹.

D. Teminat Veren Üçüncü Kişiler Bakımından

Ticari işletme devrinde, devreden iki yıl boyunca ticari işletmenin alacaklılarına karşı söz konusu borca ilişkin sorumluluğundan kurtulmuş olmadığından, devreden için kefil olan veya rehin veren de bu süre zarfında teminat yüklerinden kurtulamayacaktır⁴⁶⁰. Zira bu durumda, borca katılmaya benzer bir durum ortaya çıkacak, kefilin durumu ağırlaşmayıp aksine devreden sorumluluğu yanında devralan borcu üstlenmiş olacağından iyileşecektir⁴⁶¹. Ancak, iki yıllık hak düşürücü sürenin sona ermesinde, kanun gereği asıl borçlu sorumluluktan kurtulurken, tıpkı borcun üstlenilmesinde olduğu gibi üçüncü kişiler tarafından verilmiş kefalet ve rehin de kural olarak sona erecektir. Ancak elbette ki; teminat verenler, borcun

⁴⁵⁶ Koçano Rodoslu, Emine, “Rücu Alacağı”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014, s. 262.

⁴⁵⁷ Koçano Rodoslu, s. 262.

⁴⁵⁸ Koçano Rodoslu, s. 263.

⁴⁵⁹ Ayan, Serkan, “Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, 2020, s. 43.

⁴⁶⁰ Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 626.

⁴⁶¹ Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 622.

üstlenilmesine yazılı rıza göstererek kanunun bu korumasından feragat edebilirler (TBK m. 198/2). O halde, teminatın sona ermesine engel olmak için, rehin veren veya kefilin borçlunun değişmesine rıza vermek istemeleri halinde bu rızanın iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi dolmadan, yani en geç devreden asıl borçlunun sorumluluktan kurtulması anında verilmesi gerekir⁴⁶². Belirtmek gerekir ki, bu kişilerin borcun nakline rıza göstermemeleri sadece kendileri açısından sonuç doğuracaktır. Diğer bir deyişle, onların rızası, borcun naklinin geçerliliği için değil, kendi sorumluluklarının devamı için aranır⁴⁶³.

EBK döneminde rızanın verilmesinin bir şekil şartına bağlı olup olmadığı yönünde bir tartışma bulunmaktaydı. Bir görüşe göre, onay verilmesi, yeni bir sözleşme kurulması niteliğinde olmadığı için özel bir şekle tabi değildi⁴⁶⁴. Ne var ki, doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre teminat veren tarafından tesis edilen rehin haklarının geçişi için bir şekil şartı aranmasa da kefalet sözleşmesi hükümlerinin amacından hareketle kefaletin geçişi için kefilin rızasının yazılı olması gerekmektedir⁴⁶⁵. TBK m. 198 ise hem kefil hem de rehin veren bakımından rızanın yazılı verilmesi şartını açıkça belirterek tartışmaya son vermiştir. Teminat verenin rızası bakımından yazılı şekil geçerlilik şartıdır⁴⁶⁶.

TBK m. 198/2 hükmü, fark edileceği üzere, sadece içerik ve varlıkları bakımından alacağa bağlı olan fer'i teminatlar için öngörülmüştür. Hükmün amacı, fer'i teminat veren üçüncü kişileri borçlunun değişiminin yaratacağı olumsuz etkilerden korumaktır. Zira, fer'i teminat verenler, yeni borçluya değil; asıl borçlu lehine, asıl borçlunun kişiliğine, ödeme gücüne ve ödeme niyetine itimat ederek ve onu korumak amacıyla teminat vermişlerdir. Üstlendikleri riziko; borçlunun

⁴⁶² Aydın ve Diğerleri, s. 245.

⁴⁶³ Makaracı Başak, Aslı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 200 vd.

⁴⁶⁴ Acemoğlu, s. 134.

⁴⁶⁵ Engin, Baki İlkay, "Alacağın Temliki ve Borcun Nakli", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, (Derl. İncoğlu, M. Murat), İstanbul 2012, s.165.

⁴⁶⁶ Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 612.

kimliğiyle, güvenilirliğiyle ve ödeme gücüyle bağlantılıdır. Borçlunun değişmesi, teminat verenlerin üstlendikleri rizikoyu da değiştirir⁴⁶⁷.

Ancak, teminat verenin kim olduğuna bakılmaksızın teminatların toptan sona ermesini savunmak, normun koruma amacıyla tam olarak bağdaşmayabilir. Bu yüzden, hâkim görüş taraftarlarının ileri sürdüğü üzere, bazı teminatların, teminat verenin rızasına bakılmaksızın devam etmesi gerektiği düşünülebilir⁴⁶⁸. Örneğin, ticari işletmeyi devralan yeni borçlunun tesis etmiş olduğu bir rehnin sona ermesi anlamsızdır, zira devralan, tanımadığı bir kişi lehine teminatını sürdürmek zorunda kalmamakta, kendi lehine teminatını sürdürmektedir. Bunun için ayrıca rıza vermesi aranmayacaktır⁴⁶⁹. Burada ifade etmek gerekir ki, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi olması neticesinde, yazılı olarak yapılacak işletmenin devri sözleşmesinin teminat veren devralanın rızasını kapsadığını söylemek mümkün olacaktır.

Bundan başka, öğretideki hâkim görüş uyarınca, kanuni rehinler ve hapis hakkı borcun üstlenilmesiyle sona ermezler⁴⁷⁰. Zira alacaklı bu hakları kişinin rızası aranmaksızın kanun gereği kazanmıştır ve yine teminat verenin rızası aranmaksızın bu teminatlar varlığını sürdürmelidir⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 622.

⁴⁶⁸ Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 623; Öğretide, sadece asıl borç ilişkisine yabancı, üçüncü kişilerin tesis ettiği rehin veya kefaletin borcun naklinde sona ereceği, ancak teminat verenin asıl borçlunun kendisi veya yeni borçlu olması halinde bu teminatın sona ermeyeceği ileri sürülmektedir. Bkz. Feyzioğlu, s. 683.

⁴⁶⁹ Kahraman, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, s. 623.

⁴⁷⁰ Kanuni hapis hakları (örneğin, TMK m. 950; TBK m.336, 337, 338, 443 ve 541) ve kanuni rehin hakları (örneğin, TMK m. 893).

⁴⁷¹ Feyzioğlu, s. 683.

II. ALACAKLILAR BAKIMINDAN

A. Ticari İşletme Devri Kapsamında Devredilen Borç Bakımından Alacaklı Koruması

Tezimizde ayrıntılı olarak da incelendiği üzere, TBK m. 202 uyarınca ticari işletmenin devriyle birlikte devreden ve devralan devirden önce doğmuş olan borçlardan iki yıl boyunca müteselsil olarak sorumludurlar. Bu müteselsil sorumluluk sebebiyle borcun devri kural olarak alacaklının menfaatlerine zarar vermez. Zira alacaklı taleplerini asli ve fer'i nitelik ayrımı olmaksızın hem ticari işletmeyi devralana hem de müteselsil sorumluluğu devam ettiği sürece devredene karşı ileri sürebilecektir⁴⁷².

Ticari işletmenin devri alacaklının menfaatlerini olumsuz yönde etkilememekte, aksine alacaklılar için daha geniş bir koruma imkanı getirmektedir. Ticari işletmenin devri işlemi sonrası alacaklı hem devralana hem de devredene başvurma imkanına sahip olacağından söz konusu devir işlemi alacaklıların lehine sonuç doğuracak niteliktedir. Ticari işletmenin devrinin alacaklıların menfaatine zarar verebileceği tek durum, alacaklının TBK m. 202'de belirtilen süre içerisinde hareket etmemesi sonucunda devralanın tek başına sorumlu olması ve devralanın malvarlığının bu borç için yeterli bir teminat teşkil etmemesi ihtimalidir⁴⁷³.

TBK m. 202 ile birlikte devralan bakımından getirilen bu sorumluluk alacaklıyı devir öncesi duruma göre daha avantajlı hale getirecektir. Hatta alacaklı, ticari işletmeyi devredene karşı takibe başlamışsa takip ticari işletmenin devrinden etkilenmeyecek, alacaklı takip işlemlerine devam edebilecektir⁴⁷⁴.

Ancak bu noktada, devredilen borç için alacaklı tarafından devredene başlatılmış olan takibin devralana karşı sürdürülüp sürdürülemeyeceği hususuna da

⁴⁷² Çelikboya, Ticari İşletme, s. 327-328.

⁴⁷³ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 328.

⁴⁷⁴ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 328.

değirmek gerekmektedir. Özellikle, borcun devri halinde, ticari işletmeyi devralana takip başlatılmadan, devredene başlatılmış olan takip üzerinden, ticari işletmenin devriyle birlikte devralana geçmiş olan aktifler üzerinde haciz işleminin talep edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, böyle bir durumda ticari işletmeyi devralana karşı da takip başlatılması zorunludur, aksi halde devralanın hukuki dinlenilme hakkı elinden alınmış olacaktır⁴⁷⁵. Diğer görüşe göre ise, alacaklının yeni bir takip başlatmadan mevcut takip üzerinden alacağını tahsil edebilmesi mümkündür⁴⁷⁶.

Kanaatimizce, devralanın her ne kadar ticari işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devraldığını ilan veya ihbar etmesiyle birlikte ticari işletmenin borçlarından sorumluluğu doğmuş olsa da, kendisine karşı yeni bir takip yapılmadan, kendisine bir ödeme emri gönderilmeden, devredene karşı başlatılmış olan takibe dahil etmek, devralanın savunma yapmasını engelleyecek ve hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır. Aynı zamanda devirle birlikte devralanın malvarlığına geçmiş olan ticari işletmenin aktiflerine, devredene başlatılmış olan icra takibi üzerinden haciz işleminin uygulanması da mümkün olmayacaktır.

B. Devredenin Ticari İşletme Devri Kapsamında Olmayan Borçları Bakımından Alacaklı Koruması

Ticari işletme devri kapsamında devredilmiş olan borçlar ticari işletmeyi devreden tüm borçlarını kapsamayabilir. Bu durum, borcun ticari işletmeden kaynaklı borç olmamasından ya da ticari işletmenin devrinde tarafların bazı borçları devrin kapsamı dışında bırakması halinde gerçekleşebilir. Ticari işletmenin devri kapsamında olmayan, devredende kalan borçlar bakımından özel bir koruma hükmü düzenlenmemiştir⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Erişir, Evrim, "Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, 2008, s. 289.

⁴⁷⁶ Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. bs., Ankara 2013, s. 169.

⁴⁷⁷ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 329; TBK m. 202 hükmüyle devreden malvarlığında bulunan ve devir kapsamında yer almayan borçlar bakımından özel bir koruma sağlanmaması eleştirilmektedir. Bkz.

Alacağı ticari işletme devri kapsamında bulunmayan alacaklının bu şekilde ticari işletme devri sebebiyle alacağını tahsil edememesi halinde, alacaklı eğer şartları varsa ticari işletmenin devrinin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğunu iddia edebilir ya da yine genel hükümler uyarınca tasarrufun iptali davası açarak devredilen malvarlığı unsurları üzerinde cebri icra imkanı talep edebilir⁴⁷⁸.

1. Muvazaa Sebebiyle Devrin Geçersizliği ve Alacaklı Koruması

Ticari işletmenin devri işleminin alacaklılardan mal kaçırmak amacı ile yapılması halinde muvazaalı bir işlem söz konusu olacaktır. Bu amaçla yapılan bir ticari işletmenin devri işlemi kesin hükümsüz olacaktır. Bunun neticesinde ticari işletmenin aktif ve pasifleri devralana geçmeyecektir. Dolayısıyla muvazaa iddiası yalnızca ticari işletmenin devri kapsamı dışında bırakılan borçlar bakımından değil, aynı zamanda devreden ve devralanın tüm borçları bakımından önem taşımaktadır. Bilinmelidir ki, ticari işletmenin kapsamında yer alan borçlar bakımından müteselsil sorumluluk benimsendiğinden, muvazaa iddiası ticari işletmenin devri kapsamında yer almayan borçlar bakımından daha fazla önem arz edecektir⁴⁷⁹.

Yukarıdaki paragrafta da belirtildiği üzere muvazaalı devir işlemi sonucunda aktifler ve pasifler devralana geçmeyecek, devreden malvarlığında kalmaya devam edecektir. Böyle bir durumda maddi hukuk bakımından alacaklılar görünürde devralana geçmiş ancak hukuken hala devredene ait olan aktif malvarlığı unsurlarını paraya çevirebileceklerdir. Ancak, takip hukuku bakımından özellik arz eden bir durum bulunmaktadır. Alacaklının, devredene karşı icra takibi başlatması ve bunun neticesinde devralanın zilyetliğinde bulunan malları haczettirmesi, devralanın ise söz konusu mallar üzerinde mülkiyet iddiası bulunması halinde, ticari işletmenin devri işleminin muvazaalı olduğunu değerlendirme yetkisi bulunmayan icra memuru, alacaklı tarafından haczi talep edilen malları tutanağa geçirerek haczedecek ve

Ülgen, Hüseyin / Arıcı, Fatih, “İsviçre Hukuku’nda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, (Ed. Engin, Baki İlkay), Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt 2 içinde, İstanbul, 2010, s. 1796 dn. 140.

⁴⁷⁸ Erişir, s. 288.

⁴⁷⁹ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 330.

yediemin sıfatıyla devralana bırakacak olup alacaklıya⁴⁸⁰ da istihkak davası açması için süre verecektir⁴⁸¹. Alacaklı ise istihkak davası sonucunda haczedilmiş olan malları paraya çevirme imkanına sahip olacaktır.

Muvazaanın tespitine ilişkin yargılamada alacaklı üçüncü kişi konumunda olduğundan, muvazaayı serbestçe ispat edebilecek ve emareler ile ispat imkanına sahip olacaktır. İşletmenin aynı adreste faaliyete devam etmesi, devreden ve devralan arasında yakın akrabalık, devredenın işletmede çalışmaya devam etmesi gibi hususların muvazaanın varlığına emare teşkil ettiği belirtilmektedir⁴⁸².

Bunun dışında ticari işletmenin devrinde bedelde muvazaa söz konusu olduğu durumlarda, bu durumun ticari işletmenin devri işlemine etkisinin ne olacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bu hususla alakalı olarak iki farklı görüş yer almaktadır. İlk görüşe göre görünüşteki işlemde yer alan bedel, gizli işlemde yer alan bedelden farklı olduğu ve gizli işlemde ticari işletmenin devri sözleşmesinin geçerlilik şartı olan yazılılık şekline uyulmadığından ticari işletmenin devri sözleşmesi geçersiz olacaktır⁴⁸³. Fakat, şekle aykırılık hali hakkın kötüye kullanılması olarak ileri sürülüyor ise bu durumda sözleşme ayakta tutularak geçerli sayılabilecektir⁴⁸⁴. Diğer görüş ise, tarafların asıl işlemde bedeli farklı göstermelerinin sebebinin harçları ödemekten imtina etmek istemeleri olduğunu ancak, vergi mevzuatında eksik olan harcın tamamlanabiliyor olması nedeniyle ticari işletmenin devri sözleşmesinin bedelde muvazaa nedeniyle hükümsüz olmayacağını belirtmiştir⁴⁸⁵. Yargıtay da bu şekilde bedelde muvazaalı işlemlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ *Erişir*, bazı durumlarda istihkak davasının malı elinde bulunduran ticari işletmeyi devralan tarafından açıldığını, ancak bunun kanuna uygun olmadığını belirtmektedir. Bkz. *Erişir*, s. 293.

⁴⁸¹ Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 583.

⁴⁸² Çelikboya, *Ticari İşletme*, s. 331.

⁴⁸³ Sertoğlu, s. 105.

⁴⁸⁴ Sertoğlu, s. 105.

⁴⁸⁵ Tekinay, *Selahattin Sulhi ve Diğerleri*, s. 412.

⁴⁸⁶ Akçaal, *Yüksek Lisans Tezi*, s. 127-128.

Son olarak Yargıtay⁴⁸⁷, “*danışıklı işyeri devri*”⁴⁸⁸ kavramını kullanarak muvazaalı kabul ettiği işletme devri işlemini ise yok hükmünde saymakta ancak buna rağmen sanki geçerli bir devir işlemi varmış gibi devralanı tabiri caizse cezalandırmakta ve devrolunan işletmenin borçlarından onu sorumlu tutmaktadır. Yargıtay böylece TBK m. 202 ile İİK m. 44 hükümlerini bir arada kullanarak karar vermektedir⁴⁸⁹. Buradan yola çıkarsak Yargıtay İİK m. 44’ü maddi hukuka ilişkin bir hüküm gibi, TBK m. 202’yi ise alacaklılardan mal kaçırılmasını önlemeye yönelik bir icra iflas hükmü⁴⁹⁰ gibi uygulamaktadır. Yargıtay, muvazaalı olduğunu kabul ettiği veya İİK m. 44 ‘teki usule uygun olmadan gerçekleştirilmiş olan işletmenin devri işleminin alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyeceğini belirtmesine rağmen⁴⁹¹, sanki geçerli olan bir devir işlemi varmış gibi devralanın işletmenin borçlarından sorumlu olacağını ifade etmektedir⁴⁹².

2. Alacaklı Tarafından Tasarrufun İptali Davası Açılması

Bir kişinin kendi malvarlığı üzerinde yapmış olduğu tasarruf işlemleri kural olarak tasarruf işlemi yapanın alacaklıları tarafından engellenemez veya iptal edilemez⁴⁹³. Bu işlem her ne kadar işlemi yapanın alacaklılarının alacaklarını tahsil

⁴⁸⁷ Bkz. Yargıtay 21. HD., T 26.02.2008, E 2007/6046, K 2008/3071 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (13.06.2020)) “*Dosya içerisinde mevcut belgelerden borçlu şirketin 02.08.2001 tarihinde haciz adresine taşındığı, 31.03.2003 tarihli kredi sözleşmesinin düzenlendiği tarihte bu adreste bulunduğu halde henüz borçlu bu adreste iken davacılar H. 'ın 27.10.2003 tarihinde yine aynı adreste kurulduğu ,borcun doğumundan sonra borçlu şirkete ait malların davacı K.D.Tic.şirketine devir niteliğinde satış yapıldığı ve hemen sonra 28.10.2003 tarihinde bu şirket tarafından H.Amb.S.T.Ltd şirketine kiralandığı anlaşılmaktadır.Yapılan tüm bu işler danışıklı işyeri devri niteliğinde olup alacaklının haklarını etkilemeyeceği açıktır. Bir an için işyeri devrinin danışıklı olmadığı düşünülse dahi borçlu ile davacı arasındaki ilişki ticari işletme devri niteliğinde bulunduğundan İİK'nun 44. ve BK'nun 179.maddelerinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. Anılan maddelerde öngörülen koşulların yerine getirildiği iddia ve ispat edilmemiştir. Gerçekten borçlunun devri kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiği ilişkin dosyada hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda, devir alacaklının haklarını etkilemeyeceği gibi, devralan davacıda B.K'nun 179.maddesi gereği işletmenin borçlarından sorumludur.”*

⁴⁸⁸ Güneren, Ali, İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları, Ankara 2008, s. 896 vd.

⁴⁸⁹ Güneren, İstihkak Davaları, s. 897.

⁴⁹⁰ Akçaal, İşletmenin Devri, s. 190 vd.

⁴⁹¹ Yargıtay HGK., T 10.05.2000, E 2000/4-849, K 2000/881 (<https://www.kazanci.com.tr> (13.06.2020)).

⁴⁹² Akçaal, İşletmenin Devri, s. 190; İİK m. 44 hükmüne aykırı olarak gerçekleştirilen ticari işletmenin devrine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm II-C-5 Ticaretin Terki Kurallarına Uyulmamasının Sonuçları.

⁴⁹³ Pekcanitez, Hakan ve Diğerleri, İcra ve İflas Hukuku, 11. bs., İstanbul 2013, s. 857.

etmesini zorlaştırırsa da, tasarruf işlemi mülkiyet hakkının kapsamında olduğundan alacaklıların bu duruma katlanması gerekecektir. İfade etmek gerekir ki kanunda aksine bir düzenleme olmayan hallerde, borçlunun malvarlığının azalması alacaklıların katlanmak durumunda olduğu bir risktir.

Belirtmek gerekir ki, bazı hallerde kanun, borçlu tarafından yapılmış olan geçerli bir tasarruf işlemi bulunmasına rağmen alacaklıların bu malvarlığı unsuruna başvurmalarına imkan tanımaktadır. Tasarrufun iptali davası ile bu yola başvurabilecek olan alacaklılar, borçlunun geçerli bir işlemle malvarlığından çıkarmış olduğu malları belli şartların varlığı halinde paraya çevirebileceklerdir⁴⁹⁴.

Ticari işletmenin devrinin varlığı halinde, ticari işletmenin devri kapsamında devredilmeyen borçların alacaklıları açacakları bir tasarrufun iptali davası ile, alacaklılarının tahsilini sağlamak amacıyla ticari işletmenin devriyle birlikte devralana geçen malvarlığı unsurlarını paraya çevirebileceklerdir⁴⁹⁵. Bilinmelidir ki, ticari işletmenin devri kapsamında devredilmiş olan borçlar bakımından alacaklıların tasarrufun iptali davası açmasına gerek yoktur. Çünkü, TBK m. 202 uyarınca ticari işletmeyi devralan asıl borçlu konumunda olacağından, tüm malvarlığı ile alacaklılara karşı sorumlu olacaktır. Belirtilen nedenle alacaklıların, devralanın mülkiyetinde yer alan malvarlığını tasarrufun iptali davası açarak para çevirme yoluna başvurmasına gerek olmadığı gibi, böyle bir davayı açmakta hukuki yararları da bulunmamaktadır⁴⁹⁶.

Tasarrufun iptali davasının konusu tasarruf etkili işlemler olduğundan, tasarrufun iptaline yönelik alacaklı tarafından dava açılabilmesi için sadece borçlandırıcı işlemin yapılması yeterli olmayıp aynı zamanda tasarruf işleminin de yapılması gerekmektedir⁴⁹⁷. Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin yapılması yeterli olmayıp bu işlemin ticaret siciline tescil edilmesi neticesinde tasarrufun iptali

⁴⁹⁴ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 332.

⁴⁹⁵ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 220.

⁴⁹⁶ Durman, TBK m. 202 uyarınca devralanın borçtan tüm malvarlığı ile sorumlu olduğunu, fakat tasarrufun iptali davasında sadece devir konusu ile sınırlı bir sorumluluk olduğunu belirterek, menfaat eksikliğini işaret etmektedir. Bkz. Durman, s. 201.

⁴⁹⁷ Muşul, Timuçin, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2015, s. 29.

davası açılacaktır. Alacaklılar, ticaret siciline tescil işlemi gerçekleşmeden tasarrufun iptali davası açamayacaklardır⁴⁹⁸.

İİK iptal edilebilecek tasarruf işlemlerini üç ayrı başlıkta düzenlemiştir. Buna göre iptal edilebilecek tasarruflar, ivazsız veya denk olmayan bir ivazın kararlaştırıldığı tasarruflar (İİK m. 278), borçlunun aciz halindeyken yaptığı ve alacaklıların menfaatlerini etkileyen tasarruflar (İİK m. 279) ve alacaklıya zarar verme kastı ile yapılan tasarruflar (İİK m. 280) olarak üçe ayrılabilir. Ticari işletmenin devri, somut olayda bu üç tür işlemde birini oluşturabilir⁴⁹⁹.

Genel kural dairesinde tasarrufun iptali davası açan alacaklı davacı tarafından borçlunun borca batık halde olduğunu ve zarar verme kastı ile tasarruf işlemi gerçekleştirdiğini ve ayrıca işlemin diğer tarafının da borçlunun borca batık hali ile zarar verme kastını bildiği yahut bilmesi gerektiğini ispatlaması gerekmektedir (İİK m. 280/1)⁵⁰⁰. İspat bakımından yaklaşık ispatın yeterli sayılması gerektiği ve emareler yoluyla ispatın sağlanabileceği belirtilmektedir⁵⁰¹.

Bu noktada, İİK m. 280/3 düzenlemesinde ispat bakımından önem taşıyan bir düzenleme bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. İİK m. 280/3'e göre "*Ticari işletmenin veya iş yerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kastıyla hareket ettiği kabul olunur.*" şeklindedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu durumda artık kural olarak, borçlunun alacaklılarını zarara sokma amacıyla

⁴⁹⁸ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 334.

⁴⁹⁹ Çelikboya'ya göre, kuramsal olarak ticari işletme devri her üç maddenin kapsamına girebilecek olsa da uygulamada çoğunlukla İİK m. 280 uyarınca alacaklılara zarar verme amacıyla ticari işletme devrine başvurulduğu görülmektedir. Ayrıca İİK m. 280/3 hükmünde ticari işletme devrine yönelik özel bir düzenleme de sevk edilmiştir. Bu hüküm ispat bakımından davacıya önemli bir kolaylık getirmektedir. Tüm bu nedenlerle ticari işletme devrine karşı iptal davası bakımından fiilen asıl önemli olan hüküm İİK m. 280 düzenlemesidir. Bkz. Çelikboya, Ticari İşletme, s. 334, dn. 1203.

⁵⁰⁰ Sevinçler, s. 134.

⁵⁰¹ Börü, Levent, "İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK m. 280)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, Sayı 3, Eylül 2009, s. 522.

davrandığı ve borçlu ile işlem yapan kişinin de bu durumu bildiği kabul edilecektir⁵⁰². Doktrinde belirtildiği üzere, bu karine iki taraflı bir karinedir. Bu karinenin kabulü ile bir yandan ticari işletmeyi devreden tarafında zarar verme kastı bulunduğu, diğer yandan ise devralanın bu zarar verme kastını bildiği kabul edilmektedir⁵⁰³.

İİK m. 280/3 söz konusu karinenin aksinin nasıl ispat edileceğini de düzenlemektedir. İİK m. 280/3 uyarınca “*Bu karine, ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların itilaini temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir*”⁵⁰⁴. Görüleceği üzere, borçlu ve borçlu ile işlem yapan kişi, zarar verme kastı bulunmadığını, yalnızca kanunda belirtilen şekilde ispat edebileceklerdir⁵⁰⁵.

C. İİK M. 44 Hükümüne (Ticareti Terke) Aykırı Devirde Alacaklıların Korunması

1. Ticareti Terk ile Ticari İşletmenin Devri İlişkisi

İİK m. 44’te “ticareti terk edenler” başlığı altında, ticareti terk eden tacirin yerine getirmesi gereken birtakım yükümlülükler ve ticaretin terkinin sonuçlarından bazıları⁵⁰⁶ düzenlenmiştir. Getirilen yükümlülükler, bağlanan sonuçlar ve hükümde 1965 yılında yapılan değişikliğin gerekçesi de incelendiğinde, söz konusu kanun

⁵⁰² Çelikboya, Ticari İşletme, s. 336; Bu düzenlemenin muvazaanın ispatının zorluğu dikkate alınarak tasarrufun iptalinin kolaylaştırılması amacıyla getirildiği yönünde bkz. Yıldırım, M. Kamil, “Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2013, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/809883> (son erişim tarihi: 15.01.2021), s. 481.

⁵⁰³ Durman, s. 182.

⁵⁰⁴ Çelikboya, Ticari İşletme, s. 336.

⁵⁰⁵ Durman, s. 182.

⁵⁰⁶ İİK 44’teki yükümlülükler aykırılığın cezai yaptırımını ise İİK 337/a hükmünde düzenlenmiştir.

hükümünün ticareti terk edenin alacaklılarını korumak amacıyla öngörüldüğü açık bir şekilde görülebilecektir⁵⁰⁷.

İİK m. 44'te "ticareti terk" in ne anlama geldiği, diğer bir ifadeyle hangi fiillerin ticareti terk sayılacağı açıkça belirtilmemiştir. Öğretide, ticareti terk "*ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek veya ticari işletmeyi kapatmak, dağıtmak*" olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁸. Ayrıca öğretide, ticareti terk tüm olarak ve kısmen terk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tacirin ticari işletmesini veya birden çok ticari işletmesi varsa tamamını kendi adına işletmekten vazgeçmesi, kapatması ya da dağıtması, tüm olarak terk iken⁵⁰⁹, ticari işletmesinin bir kısmını başkasına devretmesi veya birden çok ticari işletmesinden en az birini ya da onun bir kısmını kendi adına işletmeye devam ederek diğerlerini kendi adına işletmekten vazgeçmesi, kapatması ya da dağıtması da kısmen terk olarak ifade edilmektedir⁵¹⁰. Bu ayrımın önemi, İİK m. 44 hükümünün tüm olarak ve kısmen terkteki uygulaması ile ilgili olup, tüm olarak terkte İİK m. 44 hükmü tüm fıkralarıyla birlikte uygulanacak iken⁵¹¹, kısmen terkte ancak bazı fıkraları uygulama alanı bulabilecektir⁵¹².

⁵⁰⁷ Gerekeçedeki "*Ticareti terk etmek suretiyle alacaklılarının takibinden kurtulmak isteyen kimselerle mücadele etmek kaçınılmaz bir zaruret halini almıştır. Bilhassa son senelerde ticareti terk eden kötüniyetli borçluların işyerlerini terk ettikleri ve ellerindeki malları başkalarına devrederek alacaklılarını zarara uğrattıkları sık sık görülen hakikatlerdendir. Ticareti terk ederek alacaklılarının takibinden kurtulmak isteyen kimselerle tesirli bir şekilde mücadeleyi temin için İcra ve İflas Kanunu sistemi içinde madde 44 tadil edilmiş, ayrıca bu maddeye muhalefet 337a maddesiyle cezalandırılmıştır*" bkz. Oskay, Mustafa ve Diğerleri, İİK Şerhi Madde 1-67 1. Cilt, Ankara 2007, s. 843.

⁵⁰⁸ Karayalçın, Ticaret Hukuku, s. 212; Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayyavaz, Sema, İcra ve İflas Hukuku, 3. bs., Ankara 2017, s. 439.

⁵⁰⁹ Kuru, Baki, "Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Sayı 1-2, 1970, s. 110.

⁵¹⁰ Karahan, Ticari İşletme, s. 96, dn. 1; Buna karşılık tacir sıfatı devam edeceğinden ticaretin kısmen terkini mümkün olmaması gerektiği yönünde bkz. Durman, s. 204; Yargıtay 21. HD., T 09.03.2004, E 2003/11520, K 2003/2193 sayılı kararında "... Bundan başka, borçlu tarafından 3. kişiye devredilen malın, ticari işletmenin büyük bir kısmını oluşturması sebebiyle, olayda İİK'nun 44. maddesinin uygulanması gerektiğinin kabulü de yasal bir zorunluluktur. Tacirin işini terkden maksat, sadece işyerini kapatması değildir. İş yerini kapatmak için, işini tasfiye etmeden, işyerinin önemli unsurunu oluşturan mallarını elden çıkartması da ticareti terk anlamındadır..." denilerek işletmenin bir unsurunun devri de İİK m. 44 kapsamında değerlendirilmiştir.

⁵¹¹ Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 110.

⁵¹² Günçan, s. 104-105; Kısmen terk de İİK 44'ün uygulanmayacağı yönünde bkz. Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayyavaz, s. 439.

Tacirin, ticari işletmesini devretmesi de ticareti terk halidir ve bu durumda İİK m. 44 hükmü devreden tacire uygulanır⁵¹³. Ticaretin tüm olarak terkinin yanı sıra kısmen terki de ticari işletmenin devrinde uygulama alanı bulabilecektir⁵¹⁴. İİK m. 44 hükmünün amacı tacirin alacaklılarını korumak olduğuna göre, ticari işletmesini devreden tacirin alacaklılarının korunmasında da bu hüküm, alacaklıları koruyan diğer hükümler ile birlikte uygulanacaktır. Ancak belirtmeliyiz ki İİK m. 44 hükmü, tıpkı tasarrufun iptali davasında olduğu gibi, tacirin sadece ticari işletmesine dahil borçlarının alacaklılarını değil, tüm alacaklılarını korumaya yönelik bir düzenlemedir⁵¹⁵.

Bu arada hemen belirtelim ki, ticari işletme işleten dernekler ve vakıfların ticari işletmelerini devretmeleri halinde, İİK m. 44'ün uygulaması gerçek kişi tacirlerinki ile aynı olacaktır⁵¹⁶.

2. Ticaret Ortaklıklarının Ticari İşletmelerini Devrinin Ticareti Terk Sayılmaması

Ticaret ortaklıkları, ticari işletmelerini devrettiklerinde, ticareti terk etmiş olurlar mı? TTK m. 545'e, 6728 sayılı kanun⁵¹⁷ ile ikinci fıkra olarak eklenen ve 09.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren hükme göre, TTK' ya göre tasfiye olunan ortaklıklarda İİK m. 44 ve 337/a hükümleri uygulanmayacaktır⁵¹⁸.

TTK m. 545/2'nin yürürlüğe girmesinden önce öğretide, İİK m. 44/2'deki ilandan itibaren bir yıl boyunca iflas yoluyla takip edilebilme kuralının, ticaret

⁵¹³ Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 41; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 137, dn. 5.

⁵¹⁴ Ülkü, Murat Fatih / Karaaslan, Erol, "Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: B.Y. m. 179", Manisa Barosu Dergisi, Sayı 70, 1999, s. 60.

⁵¹⁵ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 220.

⁵¹⁶ Önder, Mehmet Fahrettin, "Tüzel Kişi Tacirlerin Ticareti Terk Etmelerinin Anlamı ve Sonuçlarının Yargıtay Kararları Açısından Değerlendirilmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2011, s. 88-89; Dernek ve vakıflara İİK m. 44'ün uygulanabilmesi için, ticari işletme faaliyetlerine son vermelerine rağmen tüzel kişiliklerinin devam etmesi gerektiği, tüzel kişilikleri sona ererek tacir sıfatlarını kaybetmişlerse İİK m. 44/2'nin uygulama olanağının kalmayacağı yönünde bkz. Şener, Ticari İşletme, s. 185.

⁵¹⁷ Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

⁵¹⁸ Güncan, s. 106.

ortaklıkları bakımından uygulanamayacağı, zira ticaret ortaklıklarının ticareti terk edince tasfiye sürecine girecekleri ve tasfiyenin sonunda şirketin ticaret sicilinden silinmesiyle birlikte tüzel kişiliği -ve dolayısıyla taraf ehliyeti- son bulacağından iflas yoluyla takip edilebilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmişti⁵¹⁹. Ayrıca ticaret ortaklıklarının zaten tasfiye aşamasında bütün mallarının tasfiye edilmesi sebebiyle, bir yıl boyunca iflasa tabi olmalarına gerek olmadığı da bir diğer gerekçe olarak sunulmuştu⁵²⁰. TTK m. 545/2'den önceki dönemde İİK m. 44'ün 2. fıkrası dışındaki diğer fıkralarının ise ticari işletmesini devreden ticaret ortaklıkları bakımından uygulanması gerektiği yönünde bir görüş ifade edilmiş ve bu görüş gerekçe olarak İİK m. 44'ün uygulanmasının temel şartının "işletmenin kapatılması veya devri" olduğunu ileri sürmüştü⁵²¹.

TTK m. 529'da yer alan sonra erme sebepleri incelendiğinde, burada yer alan sebeplerin oluşması neticesinde sona eren bir ortaklık tasfiye sürecine girecek olup sürecin tamamlanmasıyla birlikte ticaret sicilinden terkin edilecektir. TTK' da yer alan usule uygun bir şekilde tasfiye olunan ortaklıkla ilgili olarak İİK m. 44 ve İİK m. 337/a hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin olarak bir kararında Yargıtay, sermaye şirketlerinin İİK m. 44'de belirtilen mal beyanında bulunma zorunluluğu bulunmadığını, sermaye şirketinin ticareti terk etmesinin ticaret unvanının ticaret sicilinden terkin edilmesiyle gerçekleşeceğini, bu terkin işleminden önce şirketin tasfiye sürecine gireceğini ve aktif malvarlığının satılarak şirketin borçlarının ödeneceğini, kalan bir meblağ olursa bunun ortaklara hissesi oranında dağıtılacağını, buna ilişkin bilançoyla birlikte şirketin ticaret sicilinde terkin işleminin gerçekleştirileceğini belirtmiş, ticaret unvanı sicilden terkin edilen şirketin TTK uyarınca tasfiye sürecini tamamlamış olacağından aktif ve pasif malvarlığını

⁵¹⁹ Bilge, Mehmet Emin, "Tacir Sifatının Sona Ermesi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I, (Derl. Kolektif), İstanbul 2002, s. 190; Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 115; Uyar, Talih / Uyar, Alper / Uyar, Cüneyt, İcra ve İflas Kanunu Şerhi El Kitabı (İİK 1-134) Cilt I, 2. bs., Ankara 2012, s. 561.

⁵²⁰ Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 116.

⁵²¹ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 221, dn. 8; *Ülkü / Karaaslan* da tasfiye sürecine giren tüzel kişi tacirin ticareti terk ettiğinde kuşku olmadığını, ayrıca tasfiye sürecine girmemiş ancak etkinliğini fiilen sona erdirmiş ve kendisiyle ilgili herhangi bir işlem yapma olanağı da bulunmayan tüzel kişi tacirin (şirketin) de ticareti terk etmiş sayılması gerektiğini ifade etmekteydi, bkz. *Ülkü / Karaaslan*, s. 60.

bildirmesinin mümkün olmadığı ve bu sebeple mal beyanında bulunmadığına dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir⁵²².

TTK m. 545/2 bakımından ise şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Söz konusu fıkrayı getiren 6728 sayılı kanunun 69. maddesinin gerekçesindeki açıklamalardan İİK m. 44 ve m. 337/a'ya yönelik bu istisnai düzenlemenin -hükmün lafzında bir ayırım yapılmamasına rağmen- tüm ticaret ortaklıkları bakımından değil de sadece sermaye ortaklıkları bakımından getirildiği izlenimi uyanmaktadır⁵²³. Hükmün, “*ticaret şirketleri*” kitabının “*genel hükümler*” başlıklı birinci kısmı yerine “*anonim şirket*” başlıklı dördüncü kısmına getirilmesi ve TTK m. 643 hükmünün yaptığı yollama sebebiyle limited ortaklık bakımından da uygulanacak olması karşısında, şahıs ortaklıklarının tasfiyesinde İİK m. 44 ve m. 337/a hükümleri uygulanacak mıdır sorusu sorulabilecektir. Kanaatimizce TTK m. 545/2'deki “*Bu kanun hükümlerine göre tasfiye olunan şirketlerde...*” ifadesine bağlı kalınmalı ve bu fıkra sermaye ortaklıklarının yanı sıra şahıs ortaklıkları bakımından da uygulama alanı bulmalıdır⁵²⁴. Sonuç olarak ticaret ortaklıklarında İİK m. 44 ve m. 337/a hükümleri hiçbir suretle uygulanmamalıdır.

Şahıs ortaklıklarının ortakları bakımından İİK m. 44 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili olarak ise öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre şahıs ortaklıklarının borçlarından ortaklarının da sorumlulukları sebebiyle, mal beyanı verme yükümlülüğü bu ortaklar için aranacaktır⁵²⁵. Diğer görüş ise kolektif ortaklık ortaklarının iflasa tabi tutulmalarının tacir sıfatına değil ortak

⁵²² “...sermaye şirketlerinin İİK 44. maddesinde belirtilen mal beyanında bulunma zorunluluğunun olmadığı, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, ticareti terk, sermaye şirketinin ticaret unvanının ticaret sicili kayıtlarından silinmesi anlamına gelmekte olup, kaydın silinmesinden önce tasfiye sürecinin başlaması gerekmekte, bu kapsamda şirketin aktif ve pasifleri belirlenmekte, varsa mal varlığının değeri saptanmakta, aktif mal varlığı satılarak borçları ödenmekte, kalan bir para olduğu takdirde hissesi oranında ortaklarına dağıtılmakta, buna ilişkin hazırlanan bilanço ile birlikte ticaret sicili müdürlüğüne başvurularak şirketin kayıtlardan silinmesi (terkini) sağlanmaktadır. Ticaret unvanı ticaret sicilinden silinen bir sermaye şirketi, 6102 sayılı Kanun uyarınca tasfiye sürecini tamamladığından, artık bundan sonra aktif ve pasifini gösteren bir mal beyanını vermesi fiilen mümkün olamayacağından, mal beyanında bulunmadığından bahisle mahkumiyetine karar verilmesi Kanuna aykırı olacaktır.” Yargıtay 12. HD., T 25.05.2021, E 2021/3353, K. 2021/5306 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (31.07.2021)).

⁵²³ Bozer / Göle, s. 81.

⁵²⁴ Aynı yönde bkz. Güncan, s. 107-108.

⁵²⁵ Bozer / Göle, s. 81.

sifatına sahip olmalarının bir sonucu olduğunu, böylece ortakların ticareti terk eden tacir sayılmayacaklarını sonuçta, İİK m. 44'ün bu ortaklar bakımından da uygulama alanı bulmayacağını belirtmektedir.⁵²⁶

3. Devredenin Ticareti Terkten Doğan Yükümlülükleri

İİK' nın 44. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre “*Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur*”⁵²⁷. Tacirin bildirim ve mal beyanı verme yükümlülüğünün ticari işletmenin devredilmesinden önce yerine getirilmesi gerektiğini belirten⁵²⁸ yazarlar olduğu gibi; söz konusu yükümlülüklerin, devrin TTK m. 11/3'e göre ticaret siciline tescilinden itibaren 15 gün içinde yerine getirilmesi gerektiğini, zira buradaki sürenin ticareti terk anından itibaren başlamakta olduğunu belirten⁵²⁹ yazarlarda bulunmaktadır.

Devir sözleşmesi TTK m. 11/3'e göre ticaret siciline tescil edilince, İİK m. 44/1'deki “bildirim” yükümlülüğü de yerine getirilmiş sayılmalıdır. Zira İİK m. 44/1'deki bildirim muhatabı da ticaret sicili müdürlüğüdür⁵³⁰.

İİK m. 44/1'deki mal beyanının içeriği ile ilgili olarak, uygulamada ticaret siciline verilen mal beyanlarında aktif ve pasif kalemlerin tek tek değil, bir bütün olarak belirtildiği ifade edilmekte ve bir görüşe göre aktif ve pasiflerin bir bütün halinde gösterildiği mal beyanları, ayrıntılı bilgilerin ticari defterlerden saptanabildiği hallerde, İİK m. 44'e uygun kabul edilmektedir. Böylece söz konusu görüşe göre, bu

⁵²⁶ Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. bs., Ankara 2017, s. 245-246.

⁵²⁷ Tacirin ölümü halinde ise mirasçılarının İİK 44/1'deki yükümlülüklerine tabi olmayacağı yönünde bkz. İpekçi, Nizam, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulama Örneklili İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh) 1-370, 7 bs., İstanbul 2007, s. 162; Mirasçıların mirasın ticaretine devam etmek istememeleri halinde, bunun İİK 44 anlamında ticareti terk sayılacağı ve bu durumda mirasçıların birinci fıkradaki yükümlülüklerinin doğacağı yönünde bkz. Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 110-111.

⁵²⁸ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 224.

⁵²⁹ Güncan, s. 108.

⁵³⁰ Güncan, s. 108.

içerikte bir mal beyanının verilmiş olması sebebiyle İİK m. 44'ün ihlaline ilişkin yaptırımlar uygulanmayacaktır⁵³¹. Diğer görüşe göre tacirin ticari defterlerinin kamuya açık ve aleni olmaması, alacaklıların bu defterlerden bilgi alma hakkının bulunmaması ve aktif ve pasifleri içeren mal beyanının verilmesinin kanunda açıkça kabul edilmiş olması karşısında, ilk görüşün benimsenebilmesi mümkün olmayacaktır⁵³². Ancak bu görüş, aktif ve pasiflerin tek tek belirtilmediği hallerde İİK m. 44'ün ihlal edilip edilmediği bakımından “alacaklılara zarar vermeme” ölçütünü kullanmakta ve aktif ve pasiflerdeki münferit eksiklikler alacaklılara zarar vermeyecek nitelikte ise İİK m. 44'ün ihlal edilmemiş sayılacağını kabul etmektedir⁵³³. Ticareti terk eden tacirin mal beyanının içeriğinde kendi kanaatine göre haczi caiz olmayan malları göstermemesinin İİK m. 44'ü ihlal edip etmeyeceği hususunda da, öğretide - mal beyanının içeriği ile ilgili önceki tartışmada benimsenen ikinci görüşteki gibi- alacaklılara zarar vermeme ölçütünden hareket edilmiş ve şayet mal beyanında gösterilmeyen mal, gerçekten haczi caiz olmayan bir mal ise alacaklılar bundan bir zarar görmüş olmayacağından İİK m. 44'ün ihlalinin söz konusu olmayacağı kabul edilmiştir⁵³⁴.

Mal beyanı, gerek İİK m. 44/1'de gerekse TSY m. 51/4'te açıkça belirtildiği üzere ticaret sicili müdürlüğüne verilecek ve mal beyanını alan müdürlük durumu İİK m. 44/5 uyarınca tapu veya⁵³⁵ gemi sicilleri ile Türk Patent Enstitüsü'ne⁵³⁶ ve Türkiye Bankalar Birliği'ne bildirecek ve bu bildirim üzerine sicillere devir hakkının 2 aylık süreyle sınırlandırıldığı şerhi verilecektir⁵³⁷.

⁵³¹ Ülkü / Karaaslan, s. 60.

⁵³² Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 221.

⁵³³ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 222; Günçan, s. 108.

⁵³⁴ Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 111.

⁵³⁵ Buradaki “veya” bağlacı ile sicillerden birine yapılan bildirim yeterli olduğu izlenimi yaratıldığı, bu sebeple söz konusu bağlacın “ve” olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Şener, Ticari İşletme, s. 181; Ayhan / Çağlar, s. 227, dn. 316.

⁵³⁶ SMK 190 hükmü uyarınca Türk Patent Enstitüsüne yapılmış olan bu atıf Türk Patent ve Marka Kurumuna yapılmış sayılacaktır.

⁵³⁷ Günçan, s. 110; Ayrıca, bu hükümdeki bildirim yapılacak sicillere ilişkin sayımın daha geniş olması gerektiği yönünde bkz. Ayhan / Çağlar, s. 227, dn. 316; mülga TİRK 7 ile İİK 44/5'i kıyaslayarak bu sonuca varan Şener, Ticari İşletme, s. 182.

Tacirin birden çok ticari işletmesinden, en az bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmeye devam ederek, diğerlerini devretmesi ya da tek bir ticari işletmesi olan tacirin bu işletmesinin bir kısmını devretmesi yani işletmesini başka kişi veya kişiler ile adi ortaklık şeklinde işletmeye devam etmesi halinde de İİK m. 44/1 hükmünün uygulanması gerektiği öğretide kabul edilmektedir⁵³⁸.

4. Ticareti Terkin Devreden Bakımından Sonuçları

a. Terk Durumunun İlan Edilmesi

Ticareti terk bildirimini ve mal beyanını alan ticaret sicili müdürlüğü, durumu TTSG' de ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutad ve münasip vasıtalarla ilan edecektir (İİK m. 44/1-c. 2). Öğretide bu ilanda, sadece terk bildirimini değil aynı zamanda mal beyanının içeriğinin de yer alması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³⁹. Ancak, uygulamada yapılan ilanlarda sadece ticareti terk olgusunun ilan edildiği belirtilmektedir⁵⁴⁰. Bir görüşe göre, her ne kadar hükümde “keyfiyetin” ilanından söz edilmişse de mal beyanında tacirin aktif ve pasiflerinin gösterilmesinin sebebi, alacaklıların tacirin malvarlığı durumunu öğrenerek, takibe başlayıp başlamamaya karar vermelerini sağlamak olduğundan, ilanda mal beyanının içeriğinin de gösterilmesi gerekmektedir⁵⁴¹.

İİK' nın 44. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre, ilan masraflarının tacir tarafından ödenmesi gerekmektedir ve masrafları ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılacaktır. İİK m. 44/1 hükmünde, ilanların ticaret sicili müdürlüğü tarafından yapılması gerektiği açıkça emredildiğinden, bu ilanların ilgili tacir tarafından yapılması mümkün olmayacaktır⁵⁴². İlanı ticaret sicili müdürlüğü

⁵³⁸ Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 117; Durman, s. 204.

⁵³⁹ Uyar / Uyar / Uyar, s. 559.

⁵⁴⁰ Ülkü / Karaaslan, s. 60.

⁵⁴¹ Güncan, s. 111.

⁵⁴² Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 112.

yapacağı için, öğretide haklı olarak ilandaki eksikliklerden taciri sorumlu tutmanın hakkaniyet gereği mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁵⁴³.

İİK m. 44/1 hükmünde ilanların hem TTSG' de hem de alacaklıların bulunduğu yerlerde mutata ve münasip vasıtalarla yapılması gerektiği emredilmesine rağmen, uygulamada yaygın olarak sadece TTSG' nin kullanıldığı belirtilmektedir⁵⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki, ticaretin kısmen terki halinde de bildirim ve mal beyanı verilmesi zorunluluğu olduğuna göre, ilanların yapılması bakımından kısmen terkin, tamamen terkten herhangi bir farkı bulunmamaktadır⁵⁴⁵.

b. Bir Yıl Süre ile İflasa Tabi Olması

Ticareti terk eden tacir, ticaret sicili müdürlüğünün yaptığı ilan tarihinden itibaren bir yıl daha iflas yoluyla takip edilebilecektir. Öğretide buradaki ilan tarihi ile alacaklıların bulunduğu yerlerde yapılan ilan değil, TTSG' de yapılan ilanın tarihi kastedildiği ifade edilmektedir⁵⁴⁶. Buradaki bir yıllık süre hak düşürücü nitelikte olduğundan durması ya da kesilmesi söz konusu değildir⁵⁴⁷. Ticareti terk eden tacirin bir yıl süre ile iflas takibine konu olacak borçların, ilan tarihine kadar olan borçlar olduğu, ilan tarihinden sonraki bir yıllık süre içerisindeki borçlardan dolayı ise iflas yoluyla takip yapılamayacağı öğretide belirtilmektedir⁵⁴⁸.

Ticareti terk olgusu ilan edilmediği sürece, o kişi -bir yıl süre ile sınırlı olmaksızın- her zaman iflas yoluyla takip edilebilecektir (İİK m. 43, TTK m. 18)⁵⁴⁹.

⁵⁴³ Ülkü / Karaaslan, s. 60; Buna karşın ticareti terk eden tacirin, ilan prosedürünü izlemesi ve ilanın eksiksiz olarak tamamlanmasını sağlaması gerektiği yönünde bkz. Altay, Sümer, Türk İflas Hukuku, İstanbul 2004, s. 42.

⁵⁴⁴ Güncan, s. 111; Ülkü / Karaaslan, s. 60.

⁵⁴⁵ Güncan, s. 111.

⁵⁴⁶ Kendigelen, Abuzer, Ticaret Hukuku Kürsüsünde On beş Yıl (1986- 2001) Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt III Ticari İşletme-Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku, 3. bs., İstanbul 2006, s. 12-13.

⁵⁴⁷ Birsnel, Mahmut Tefik, Ticari İşletme Hukuku Cilt I, İzmir 1970, s. 149.

⁵⁴⁸ Domaniç / Ulusoy, s. 178.

⁵⁴⁹ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasif ile Devri, s. 225; Şener, Ticari İşletme, s. 182; Terk edenin ticareti terke ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda "iyiniyetli" üçüncü kişilere karşı

Bir yıllık süre dolduktan sonra, devredene karşı TBK m. 202'deki iki yıllık sorumluluk süresinin geri kalan kısmında sadece haciz yolu ile takip yapılabilecektir⁵⁵⁰. Devrin kapsamı dışında bırakılan borçlar bakımından da bir yıllık süre dolduktan sonra, her bir borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi içinde sadece haciz yoluyla takip mümkün olacaktır⁵⁵¹.

Tacir, ticareti kısmen terk ettiğinde, en azından bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmeye devam ettiğinden, tacir sıfatını kaybetmiş olmayacaktır. Bu sebeple de ticareti kısmen terk eden tacir, bir yıl süre ile sınırlı olmaksızın iflasa tabi olmaya devam edecektir (İİK m. 43, TTK m. 18)⁵⁵².

c. Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması

İİK m. 44/3 hükmüne göre, ticareti terk eden tacir, mal beyanını ticaret sicili müdürlüğüne verdiği tarihten başlayarak iki ay süre ile haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemeyecektir. Söz konusu hüküm sayesinde alacaklılar, taciri cebri icra yoluyla takip edebilmek için yeterince zamana sahip olacaklardır⁵⁵³. Bununla birlikte, İİK m. 44/4 “Üçüncü şahısların zilyedlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyi niyetle elde ettiği haklar saklıdır. Ancak karı ve koca ile usul ve fîru, neseben veya shren ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlar, evlat edinilenle evlatlık arasındaki iktisaplarda iyi niyet iddiasında bulunulamaz” şeklinde düzenlenmiştir.

Tasarruf yetkisi kısıtlamasına karşı üçüncü kişilerin iyiniyetli iktisaplarını önlemek için, mal beyanını alan ticaret sicili müdürlüğünün keyfiyeti, tapu ve gemi sicilleri ile Türk Patent Enstitüsüne bildirmesi üzerine söz konusu sicillere devir hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu şerhi verilecektir (İİK m. 44/5). İki

tacir sıfatını kaybettiğini ileri süremeyeceğinden söz eden bkz. Bozkurt, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2017, s. 82; “... İİK 44. maddesine göre ticareti terk eden ancak maddede belirtilen işlemleri yerine getirmeyen davalının iflasa tabi olduğunun kabulü ile...” Yargıtay 19. HD., T 30.05.2002 ve 403/4144 sayılı kararı (Günca, s. 112, dn. 201).

⁵⁵⁰ Domaniç / Ulusoy, s. 179; Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 42; Şener, Ticari İşletme, s. 183.

⁵⁵¹ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 47; Günca, s. 112.

⁵⁵² Akçaal, İşletmenin Devri, s. 192; Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 223.

⁵⁵³ Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 113.

aylık süre ile tasarruf yetkisi kısıtlandığı için bazı malların bozulabilmesi mümkün, muhafazası külfetli veya değerinin düşmesi ihtimalleri olabilir. Bu sebeplerden birinin varlığında, tacirin talebi üzerine, mahkeme kararıyla ve icra memuru aracılığıyla bu mallar satılarak bedelleri İİK m. 9’da yazılı bankaya depo edilebilecektir (İİK m. 44/6). Öğretide, tacirin kasten bu yönde bir talepte bulunmaması halinde, bundan zarar gören alacaklıların da söz konusu malların satışını ve bu satış bedellerinin bankaya depo edilmesini isteyebilecekleri kabul edilmektedir⁵⁵⁴. Bankaya depo edilen satış bedelleri üzerinde, tıpkı diğer malvarlığı unsurlarında olduğu gibi tacirin iki aylık süre ile tasarruf yetkisi kısıtlaması olacaktır⁵⁵⁵.

Öğretide İİK m. 44/3’ün ticari işletmenin devrindeki uygulaması bakımından, tasarruf yetkisinin kısıtlandığı iki aylık sürenin beklenmesi ve bu sürenin sonunda devrin gerçekleştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁵⁶. Bizce, ticareti terk bildirimi ve mal beyanı verme yükümlülüğü, terkten -dolayısıyla devrin ticaret siciline tescilinden itibaren 15 gün içerisinde yapılacağından, İİK m. 44/3’teki tasarruf yetkisi kısıtlaması devri hiçbir şekilde engellemeyecektir.

Son olarak, ticaretin kısmen terkinde İİK’ nın 44. maddesinin 3. ve 6. fıkralarının uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁵⁵⁷. Zira söz konusu hükümler ticari işletmenin tasfiyesi suretiyle terki varsayılarak kaleme alındığından, tasfiye dışındaki kısmen terk hallerine ancak niteliklerine uygun düştüğü ölçüde tamamen terke ilişkin

⁵⁵⁴ Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 113, dn. 12.

⁵⁵⁵ Güncan, s. 113; Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 114.

⁵⁵⁶ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 224; Durman, s. 194; Ancak bu görüş, devreden, devir tarihine kadar işletme faaliyetine devam etmesi sebebiyle İİK m. 44/3’teki mal beyanını verdiği tarihten itibaren iki aylık sürede tasarruf yetkisi kısıtlamasına tabi olmasını eleştirmiş ve söz konusu hükmün iki aylık süre sona ermeden işletmenin devir ve tasfiye edilemeyeceği şeklinde değiştirilmesi gerektiğini, böylece bu süre zarfında işletmeye dahil döner malvarlığı üzerindeki tasarrufların yapılabilmesi imkanın doğacağını ifade etmiştir (Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 224-225); *Erişir* ise hem ticari işletmenin faaliyetlerini durduracağı hem de devralanın bu iki aylık sürede ticari işletmenin unsurlarına el konulmasını göze alamayacağı ve bu sebeple işletmeyi devralacak alıcı bulmanın neredeyse imkansızlaşacağı gerekçeleriyle m. İİK 44/3’ün devir işlemlerine uygun olmadığı eleştirisini yapmaktadır, ancak bu durumda hüküm değişikliği önerisi yerine, İİK m. 44/3’ün niteliği gereği uygulanmaması gerektiği görüşündedir (Erişir, s. 286).

⁵⁵⁷ Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 117; Kısmen terkin mümkün olmaması sebebiyle İİK m. 44/3’ün bu halde uygulanmayacağı yönünde bkz. Durman, s. 204; Buna karşılık kısmen terk halinde tacir sıfatı devam ettiği için İİK m. 44 hükümlerine gidilemeyeceği ancak 3. fıkra hükmünün kısmen terk halinde de uygulanacağı yönünde bkz. Karahan, Ticari İşletme, s. 96, dn. 1.

kurallar uygulanmalıdır⁵⁵⁸. Bu durumda tacir en azından bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmeye devam ettiğinden, diğer bir deyişle ticari faaliyetleri sürmekte olduğundan, iki aylık tasarruf yetkisi kısıtlamasına tabi olmaması gerekir⁵⁵⁹.

5. Ticaretin Terki Kurallarına Uyulmamasının Sonuçları

a. Devir İşleminin Geçerliliği Bakımından

Ticareti terk eden tacirin İİK m. 44/1'deki terk bildirimini ve mal beyanı verme yükümlülüklerini yerine getirmemesinin, devir işleminin geçerliliğine etkisi öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu yükümlülükler yerine getirilmeden yapılan devir işlemi, alacaklılara karşı ileri sürülemeyecektir⁵⁶⁰.

Bu görüşü savunanlar, İİK m. 44/1'e uyulmadan yapılan bir devirde, devralanın ticari işletmeyi "bir bütün olarak" iyiniyetle iktisabının mümkün olup olmadığı hususunda kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadırlar. Bir görüşe göre işletmeyi devralan, İİK m. 44/4-c. 2'de belirtilen yakınlıklara sahip kişilerden iyiniyetli iktisap iddiasında bulunamayacak ve böylece alacaklılar haciz işleminin gerçekleştirilmesini sağlatıp, icra memurunun İİK m. 99'a göre kendilerine verecekleri yedi günlük süre içerisinde devralana karşı istihkak davası açıp, devrin İİK m. 44'e aykırı olması sebebiyle geçersiz olduğunu ileri sürebileceklerdir. Yine bu görüşe göre devralan, İİK m. 44/4'te sayılan yakınlıklara sahip kişilerden değilse, ticari işletmeyi iyiniyetle iktisap edebilecek ve bu durumda alacaklılar İİK m. 280'e göre tasarrufun iptali davası açacaklar ve buradaki kendi lehlerine konulmuş karineden (İİK m. 280/4) yararlanacaklardır⁵⁶¹. Diğer görüş ise devralanın, devredenin İİK m. 44'teki yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiği hususunu devirden önce araştırması gerektiğini ve devralanın İİK m. 44/4-c. 2'de belirtilen kişilerden olmasa dahi ticari

⁵⁵⁸ Erişir, s. 285.

⁵⁵⁹ Güncan, s. 114.

⁵⁶⁰ Uyar, Talih, "«Alacaklılara Zarar Vermek Kasdı İle Yapılan (Hileli) Tasarruflardan Dolayı» İptal (İİK. Mad. 280)", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2017, s. 348; Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 225; Güneren, Ali, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 3. bs., Ankara 2012, s. 920.

⁵⁶¹ Ülkü / Karaaslan, s. 62; Uyar, s. 350

işletmeyi iyiniyetle devralmasının mümkün olmadığını, iyiniyetli iktisaba ilişkin İİK m. 44/4-c. 1 hükmünün ise sadece ticari işletmeye dahil münferit malvarlığı unsurlarının devrinde mümkün olabileceğini savunmaktadır⁵⁶².

İkinci görüşe göre ise, İİK m. 44' te -haciz ve iflasta olduğu gibi (İİK m. 86/3 ve m. 191/1)- tasarruf işleminin alacaklılara karşı hüküm ifade etmemesi şeklinde bir yaptırım düzenlenmiş değildir⁵⁶³. Ayrıca bu görüşe göre İİK m. 280/4'teki karine de devrin alacaklılara karşı geçerli olduğu esastan hareketle düzenlenmiştir, şayet İİK m. 44'e aykırı devirler geçersiz sayılsa idi bu hükümdeki karinenin bir işlevi kalmazdı⁵⁶⁴. Yine bu görüşe göre İİK m. 44'e aykırılıkta borçlar hukukuna özgü olan geçersizlik yaptırımı da düzenlenmiş değildir, zira takip hukuku bu nitelikte bir yaptırımı düzenlemez, sadece takibin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine özgü -İİK m. 86/3 ve m. 191/1'de olduğu gibi- düzenlemeler içerebilir⁵⁶⁵. Sonuçta ikinci görüşe göre, İİK m. 44'e aykırılığın özel hukuk anlamında düzenlenmiş bir yaptırımı bulunmamaktadır ve hükme aykırılığın tek yaptırımı İİK m. 337/a'da düzenlenen cezai yaptırımdır⁵⁶⁶.

Yargıtay'ın 8. HD.⁵⁶⁷, nin, 15. HD.⁵⁶⁸, nin ve 21. HD.⁵⁶⁹, nin önceki tarihli kararlarında⁵⁷⁰, yukarıda yer verdiğimiz öğretideki birinci görüş benimsenmiş ve İİK

⁵⁶² Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 226.

⁵⁶³ Erişir, s. 284-285; Durman, s. 196.

⁵⁶⁴ Durman, s. 198.

⁵⁶⁵ Erişir, s. 284.

⁵⁶⁶ Güncan, s. 115.

⁵⁶⁷ "...Yargıtay'ın ve Dairemizin istikrar kazanan uygulamasına göre borcun doğum tarihinden sonra yapılan iş yeri devrinin alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik danişıklı işlem niteliğinde bulunduğunun kabulü gerekir. Diğer yandan devir gerçek kabul edilse bile İİK'nun 44. ve TBK'nun 202. maddesindeki gereklerin yerine getirildiği iddia ve ispat edilemediğine göre iş yeri devrinin alacaklıya karşı ileri sürülmesi mümkün olamayacak, iş yerini devralan üçüncü kişi 6098 Sayılı TBK'nun 202. (BK'nun 179.) maddesi uyarınca borçlu ile birlikte işletmenin borçlarından zincirleme olarak sorumlu olacaktır. ..." Yargıtay 8. HD., T 10.6.2013, E 2013/5235, K 2013/8749 (<http://www.kazanci.com.tr> (13.03.2021)).

⁵⁶⁸ "...Gerek İİK. 44 ve gerek BK. 179. maddesi uyarınca bu devir işlemi alacaklının haklarını etkilemeyeceğinden merci hakimliğince sabit olmayan davanın reddi yerine kabulünde isabet görülmemiş, kararın bozulması gerekmektedir." Yargıtay 15. HD., T 28.2.1996, E 1996/618, K. 1996/986, (<http://www.kazanci.com.tr> (13.03.2021)).

⁵⁶⁹ "...Gerçekten borçlunun devri kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiğine ilişkin dosyada hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda devir alacaklıların haklarını etkilemeyeceği gibi..." Yargıtay 21. HD., T 10.4.2007, E 2006/12344, K 2007/6279, (<http://www.kazanci.com.tr> (13.03.2021)).

⁵⁷⁰ Bu uyuşmazlıkların Yargıtay'ın farklı dairelerinin kararlarına konu olmasının sebebi bir yandan İİK'deki istihkak ve tasarrufun iptali davalarına konu olabilmeleri diğer yandan TTK m. 11/3 ve TBK

44/1'deki yükümlülüklerle uyulmadan yapılan devirlerin alacaklıların haklarını etkilemeyeceği ya da bu devirlerin alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. 17. HD. ise İİK m. 44'teki yükümlülüklerle uyulmadan yapılan devirlerin - diğer daire kararlarındaki gibi- açıkça alacaklıların haklarını etkilemeyeceğinden söz etmese de, bu dairenin de uyuşmazlığın konu olduğu istihkak davasında alacaklı lehine karar vermesi⁵⁷¹, İİK m. 44'e aykırı bir devrin alacaklılar bakımından geçersizlik olduğunu kabul ettiğini göstermektedir⁵⁷².

Daha yakın tarihli kararlara baktığımızda ise, 2016 yılında Yargıtay 8. HD., İİK m. 44'e aykırılık bakımından önceki tarihli kararlarını devam ettirmiş ve devrin alacaklıların haklarını etkilemeyeceğini tekrarlamıştır⁵⁷³. Ancak aynı dairenin 2017 yılında verdiği kararlarda İİK m. 44'teki yükümlülüklerle uyulmamasının sadece İİK m. 337/a'daki cezai yaptırıma bağlandığı ve devir işleminin geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilerek önceki tarihli kararlarından dönülmüş ve böylece bu kararlarla birlikte öğretideki ikinci görüş ile uyum sağlanmıştır⁵⁷⁴.

Bizce, İİK m. 44/1 hükmündeki bildirimde bulunma ve mal beyanı verme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi, gerek kesin hükümsüzlük yaptırımının açıkça

m. 202 ile olan bağlantılarıdır. Örneğin daireler arasındaki 2017 yılı iş bölümünde İİK'den doğan istihkak davalarının 8. HD.' de, tasarrufun iptali davalarının 17. HD.' de, TTK m. 11/3 ve TBK m. 202 ile ilgili uyuşmazlıkların ise 11. HD.' de görülmesi kararlaştırılmıştır, bkz. Yargıtay BGK., T 20.01.2017 ve 1 sayılı kararı (RG 27.01.2017 / 29961).

⁵⁷¹ "...Mahkemece davacı 3.kişi ve borçlunun aynı adreste faaliyet gösterdikleri, dava konusu mahcuzların borçlu tarafından davacıya gösterdikleri, dava konusu mahcuzların borçlu tarafından davacıya satıldığı, haciz tutanağında, işletmenin davacıya devredildiğine dair borçlu şirket yetkilisinin beyanlarının bulunduğu, İİK 44.ve BK 179.maddelerindeki koşulların yerine getirildiğinin iddia ve ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı 3.kişi vekilince temyiz edilmiştir..." Yargıtay 17. HD., T 20.02.2014, E 2013/6615, K 2014/2149 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (13.03.2021)).

⁵⁷² Güncan, s. 116.

⁵⁷³ "...danışıklı işyeri devri alacaklıların haklarını etkilemeyecektir. Bir an için işyeri devrinin danışıklı olmadığı düşünülse dahi, bu devrin İİK'nun 44.madde koşullarına uygun olarak yapıldığı iddia ve ispat edilmediğinden alacaklıların hakları yine etkilenmeyeceğinden davacı alacaklının davasının kabulüne, aksi halde, yani devir borcun doğumundan önce yapılmış ise alacaklının açtığı davanın reddine karar verilmesi gerekir..." Yargıtay 8. HD., T 03.03.2016, E 2014/8716, K 2016/3853 (<http://www.kazanci.com.tr> (14.03.2021)).

⁵⁷⁴ "...Ayrıca, İİK'nun 44.maddesinde yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi işletmenin devrini sakatlamaz. Anılan hükmün yalnız cezai yaptırımı vardır. (İİK 337/a md) Aktiflerin devreden malvarlığından çıkmamış kabul edilmesini, yani haczedilmesini sağlayacak tek yol, muvazaanın iddia ve ispat edilmesidir..." Yargıtay 8. HD., T 03.04.2017, E 2016/9691, K 2017/4877 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (14.03.2021)).

öngörülmemiş olması⁵⁷⁵ gerekse -ikinci görüşün ileri sürdüğü- İİK m. 280/4 ile uyumunun sağlanması gerekçeleriyle sadece İİK m. 337/a'daki cezai yaptırıma tabidir. Bu durumda terk bildiriminde bulunmama veya mal beyanı vermemenin devir işleminin geçerliliğine herhangi bir etkisi olmayacaktır.

b. TBK m. 202 ve İİK m. 280/4 Hükümleri ile Birlikte Uygulanması Bakımından

Devir işlemleri TBK m. 202'deki bildirim/duyuru ve İİK m. 44'teki terk bildirimini ve mal beyanında bulunulması yükümlülükleri yerine getirilmeden gerçekleştirilmişse, işletmeye dahil borçların alacaklıları, devredilen işletmenin malvarlığını nasıl cebri icra takibine konu edebileceklerdir? İİK m. 44'teki yükümlülükler uyulmadan yapılan devrin alacaklıları etkilemediği yönündeki -bir önceki başlıkta yer verdiğimiz- birinci görüş benimsendiğinde, alacaklıların devralanın malvarlığındaki işletme aktiflerini haczedebilmesi ve istihkak davasını da kazandıklarında bu aktifleri paraya çevirebilmesi mümkün olacaktır⁵⁷⁶. İİK m. 44'e aykırılık bakımından birinci görüş doğrultusunda verilen Yargıtay kararlarında da istihkak davaları alacaklı lehine sonuçlandırılabilmesi için İİK m. 44 ve TBK m. 202 hükümleri birlikte uygulanmıştır⁵⁷⁷.

Doktrinde, Yargıtay'ın bu yöndeki kararları, TBK m. 202'ye göre devralanın borçlardan sorumluluğu için bildirim/duyuru şartının yerine getirilmesini dikkate

⁵⁷⁵ Her yasaklayıcı hukuk normuna aykırılığın mutlaka ve herhalde kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmayacağı, kesin hükümsüzlüğün ya kanun hükmünde açıkça yer alması ya da bu durumun yasaklama getiren hükmün anlam ve sonucundan tereddütsüz çıkarılabilmesi gerektiği hususunda bkz. Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 23. bs., İstanbul 2017, N. 752.

⁵⁷⁶ Ülkü / Karaaslan, s. 62.

⁵⁷⁷ "...borçlu ile davacı arasındaki ilişki ticari işletme devri niteliğinde bulunduğu ve takibe dayanak borç işletme devrinden önce doğduğundan, İİK'nun 44. ve 6098 Sayılı TBK'nun 202. maddelerinin uygulanması gerekecektir. İşletmeyi devralan kişi, devraldığı işletmenin borçlarından sorumludur. Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olmuştur..." Yargıtay 8. HD., T 23.02.2015, E 2015/359, K 2015/4829 (<http://www.kazanci.com.tr> (14.03.2021)); "...Yapılan işlemin bir an için danişıklı olmadığı düşünülse, dahi borçlu ve 3.kişi arasındaki ilişki işyeri devri niteliğinde olup devir İİK'nun 44.madde koşullarına uygun yapıldığı iddia ve ispat edilmediği gibi BK'nun 179. (TBK'nun202.) maddesine göre işyerini devir alan davacı devir aldığı işletmenin borçlarından sorumlu olacaktır...." Yargıtay 17. HD., T 27.11.2013, E 2013/17180, K 2013/16626, (<http://www.kazanci.com.tr> (14.03.2021)).

almadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁷⁸. Bazı yazarlar, bu Yargıtay kararlarının, bildirim/duyuru şartı yerine getirilmemesine rağmen TBK m. 202'deki sorumluluk kabul edildiği için devralana yönelik genel mahkemelerde alacak davası açılabilmesinin önünü açtığını ve bu durumda devralanın tüm malvarlığı ile sorumlu olduğu ağır bir sonucun doğacağını belirtmektedirler⁵⁷⁹. TBK m. 202'deki bildirim/duyuru şartı yerine getirildiği takdirde ise devralanın devredenine yerine ya da onunla birlikte takip edilebilmesinin takip hukuku kurallarına aykırı olacağını, zira ödeme emri devralana tebliğ edilmediği için devredenine yerine takip edilebilmesinin hukuki dinlenilme hakkını ihlal edeceğini ve devreden ile birlikte takip edilebilmesinin de icra takibinde sonradan sübjektif dava yığılması gerçekleşmeyeceği için mümkün olmadığını ifade etmektedirler⁵⁸⁰. Bunlarla birlikte, İİK m. 44'e aykırılığın varlığı için bildirim/duyuru yapılmaması yönünde olumsuz şart aranırken, TBK m. 202'ye göre devralanın sorumluluğu için bildirim/duyuru yapılması yani olumlu bir şartın aranması da iki hükmün birlikte uygulamasını imkansız kılacaktır⁵⁸¹. Son olarak İİK m. 44'e aykırılık sebebiyle devredilen işletme malvarlığının haczedilebilmesi ve istihkak davasında tartışılmasının, tasarrufun iptali davasının uygulama alanını kaldıracağı, zira bu durumda tasarrufun iptalini istemede hukuki yararın ortadan kalkacağı da söz konusu Yargıtay kararlarına yönelik diğer bir eleştiridir⁵⁸².

Yargıtay'ın İİK m. 44'ü, İİK m. 280/4 hükmü ile birlikte uyguladığı kararları da bulunmaktadır⁵⁸³. Bu kararlar da öğretide İİK m. 280/4'teki karineye göre devrin iptal edilebilmesi için alacaklılara bildirim/duyuru şartının yerine getirilmemiş olması

⁵⁷⁸ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 233; Durman, s. 199-200; Akçaal, İşletmenin Devri, s. 191.

⁵⁷⁹ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 234; Günçan, s. 118, dn. 228.

⁵⁸⁰ Erişir, s. 287-292.

⁵⁸¹ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 233-234; Günçan, s. 118.

⁵⁸² Erişir, s. 293-294; Durman, s. 199.

⁵⁸³ Bu kararlara örnek olarak bir tanesi bkz. "... Diğer taraftan İİK'nun 44. maddesi hükmüne göre ticareti terk eden tacir durumu 15 gün içinde ticaret siciline bildirmeye, tüm aktif ve pasifiyle alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Ticareti terk eden tacir mal beyanında bulunduğu tarihten itibaren 2 ay süre ile haczedilebilir nitelikteki malları üzerinde tasarruf edemez. Davalı tarafından bu koşulların yerine getirildiği iddia ve ispat edilememiştir. Bu durumda İİK'nun 280. maddesi gereği borçlunun malvarlığının tamamına yakın kısmını satın alan davalı 3. kişi durumundaki şirketin borçlunun alacaklılarını zarara sokmak kasdını bildiği ve borçlunun da aynı kasılla hareket ettiğinin kabulü zorunludur..." Yargıtay 21. HD., T 19.10.1999, E 1999/5089, K 1999/7117 (Günçan, s. 118, dn. 231).

yönündeki olumsuz şartın, TBK m. 202'deki olumlu şart ile birlikte uygulanabilmesinin mümkün olmaması gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁸⁴.

Yargıtay 8. HD.'nin bir önceki başlıkta yer verdiğimiz İİK m. 44'e aykırılığın yalnızca cezai yaptırımını bulunduğu yönünde -2017 yılında- vermeye başladığı kararlarında, İİK m. 44'ün TBK m. 202 karşısındaki durumu bakımından da eski tarihli kararlarına nazaran farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki bu kararlara konu uyuşmazlıklarda yerel mahkemeler, İİK m. 44 ile TBK m. 202 hükümlerini birlikte uygulayarak devralanı borçlardan sorumlu tutmuşlar, böylece devralanın istihkak davalarını reddetmişlerdir. Ancak 8. HD. ise devir işleminde muvazaanın varlığı ispatlanmadıkça devredilen işletme malvarlığının haczedilemeyeceğini belirtmiş ve yerel mahkemenin İİK m. 44 ile TBK m. 202 hükmünü birlikte uygulayarak devralanı borçtan sorumlu tutan kararını bozmuş ve devralanın istihkak davasının kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca daire, alacaklıların tasarrufun iptali ve TTK ile TBK hükümlerine göre dava açma haklarının bulunduğunu da gerekçesinde belirtmiştir⁵⁸⁵.

Kanaatimizce de doktrinde yapılan eleştiriler doğru olup, İİK m. 44'ün ihlali ile TBK m. 202 ve İİK m. 280/4 hükümlerinin birlikte uygulanabilmesi mümkün değildir. Şayet TTK m. 11/3'e uygun geçerli devir işlemleri yapılmış, ancak TBK m. 202'deki bildirim/duyuru şartı ve İİK m. 44/1'deki yükümlülükler yerine getirilmemişse, alacaklılar sadece devredenden borcun ödenmesi talebinde bulunabileceklerdir. Ayrıca alacaklılar, -8. HD.'nin yukarıdaki kararının gerekçesinde de belirttiği üzere- tasarrufun iptalinin şartları bulunmakta ise İİK m. 277 ve devamı hükümlerine göre devir işleminin iptalini sağlayıp, devredilen unsurları cebri icraya konu edebileceklerdir. İİK m. 44'teki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle de devredenin İİK 337/a uyarınca cezai sorumluluğu doğacaktır.

⁵⁸⁴ Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, s. 233-234; Buna karşılık İİK m. 44 ile İİK m. 280/4 arasında uyumluluk olduğu yönünde bkz. Ülkü / Karaaslan, s. 64.

⁵⁸⁵ Yargıtay 8. HD., T 03.04.2017, E 2016/9691, K 2017/4877 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.03.2021)).

c. Cezai Yaptırım Bakımından

İİK m. 44'teki yükümlülüklerle aykırılığın cezai yaptırımını İİK m. 337/a'da gösterilmiştir. İİK m. 337/a'ya göre “44 üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan⁵⁸⁶ veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu (ticareti terk eden tacir⁵⁸⁷), bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Maddede belirtilmiş olan fiillerden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmeyecektir (İİK m. 337/a/2). Ticareti terk eden tacirin, borcun faiz ve masraflarıyla birlikte ödendiğini ispat etmesi hali bu fıkraya örnektir⁵⁸⁸. Ayrıca ticareti terk eden tacirin haczi kabil hiçbir malı bulunmuyorsa, mal beyanı vermesi alacaklıların haklarına kavuşması bakımından herhangi bir sonuç doğurmayacağından, burada da mal beyanında bulunmaması, borçlunun cezalandırılmasını gerektirmeyecektir⁵⁸⁹.

Ticaretin kısmen terkinde de İİK m. 44/1'deki yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiğinden, buradaki yükümlülüklerle uymayan kısmen terk eden tacir hakkında da İİK m. 337/a hükmü uygulanacaktır⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Mal beyanında bulunmasına rağmen ilan masraflarını ödemeyen (İİK m. 44/1) borçlunun da cezai sorumluluğunun doğması hakkında eleştiri için bkz. Pazarcıkcı, Nusret Alper, “Ticareti Terk Yükümlülüğüne Aykırılık Suçunun Hukuk Düzenindeki Yeri”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 7, Sayı 65, Ocak 2012, s. 16, dn. 28.

⁵⁸⁷ Buradaki yükümlülükleri yerine getirmesi gereken tacirin ticaret siciline kayıtlı olması gerektiği, sicile kayıtlı olmayanlar hakkında İİK m. 44 ve İİK m. 337/a'nın uygulanmayacağı yönünde bkz. Güleç, Nuri, “Ticaret Şirketleri İçin Ticareti Terk Mümkün Müdür?”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 10, Temmuz 2012, s. 7-8; Ancak gerek tacir sıfatının kazanılmasında sicile kaydın zorunlu olmaması gerekse İİK m. 44 ve m. 337/a'da sicile kayıtlı olmanın şart olarak getirilmemesi sebebiyle söz konusu hükümlerin uygulanmasında sicile kayıtlı olan ve olmayan tacir ayrımı yapılmaması gerektiğine ilişkin bkz. Güncan, s. 120, dn. 236.

⁵⁸⁸ Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 114.

⁵⁸⁹ Güncan, s. 120.

⁵⁹⁰ Kuru, Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, s. 117-118; Buna karşılık, kısmen terk halinde İİK 337/a değil, İİK 331'in uygulanması gerektiği yönünde bkz. Güleç, s. 9.

Son olarak TTK m. 545/2'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, doktrinde⁵⁹¹ ve Yargıtay 16. HD.'nin 2009 yılı sonrası kararlarında⁵⁹² İİK m. 337/a hükmünün ticaret ortaklıkları bakımından uygulanmaması gerektiği belirtilmişse de, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun⁵⁹³ İİK m. 44'teki "ticareti terk eden tacirler" ifadesinin sadece gerçek kişi tacirleri kapsayan sınırlayıcı bir ifade olmadığına, bu sebeple ticaret ortakları bakımından da İİK m. 337/a'daki cezai sorumluluğun bulunduğu karar vermiştir. Ancak TTK m. 545/2 hükmünde tasfiye olunan ortaklıklara İİK m. 337/a'nın uygulanmayacağı açıkça belirtildiğinden, tasfiye olan ortaklıkların kanuni temsilcilerinin ticareti terke aykırılıktan ötürü cezai sorumlulukları da olmayacaktır⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Pazarcıkçı, s. 17, dn. 39; Güleç, s. 25-27.

⁵⁹² Yargıtay 16. HD., T 28.12.2009, E 2009/5504, K 2009/9066 (<http://www.kazanci.com.tr> (17.03.2021)).

⁵⁹³ "...İİK'nun 44. maddesinde "ticareti terk eden tacir" ifadesi kullanılmış olup, bu ifadenin yalnızca gerçek kişi tacirleri kapsadığına ilişkin herhangi bir kısıtlayıcı hüküm konulmamıştır. O halde, tacir sayılan limited şirketleri temsil ve idareye yetkili müdürlerinin, şirketin ticareti terk etmeleri halinde aynı maddedeki yükümlülükleri yerine getirmeyeceklerine ilişkin istisna getirilmediğine göre, tıpkı gerçek kişi tacirler gibi aynı kanunun 337/a maddesi gereğince cezalandırılmalarına engel bulunmamaktadır..." Yargıtay CGK., T 29.09.2015, E 2015/63, K 2015/297 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (17.03.2021)).

⁵⁹⁴ Güncan, s. 121.

SONUÇ

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun düzenlenmesinde, asıl olarak *ticari işletme* esasından yola çıkılmakla beraber kanunumuz, karma sistemi benimsemiş, tacir veya ticari işlemler kriterini bütünüyle reddetmemiştir. Ancak, buna rağmen kanunda genellikle tacir veya ticari işlerin tanımlanmasında ticari işletme kavramından yola çıkmıştır.

Ticari işletmenin, kendisini işleten gerçek kişi tacir veya tüzel kişiden ayrı bir hukuki kişiliği bulunmamaktadır. Bir şeyin, hukuki kişilik kazanabilmesi için, ona ilişkin maddi hukuk düzenlemesi olması gerekmektedir. Zira, tüzel kişiler sınırlı sayıda belirtilme ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir. O halde bir şeyin tüzel kişi olabilmesi için, kanunlarda açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ticari işletmelerin tüzel kişi olduğuna dair herhangi bir maddi hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu nedenlerle ticari işletmelerin hukuki kişiliği söz konusu değildir. Ayrıca, ticari işletme, kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir örgütlenmeye sahip değildir. Hemen belirtelim, örgütlenmeden kastedilen, hak süjesi olarak tüzel kişinin iradesini açıklayacak yapıdır.

Ticari işletme devri sözleşmesinin konusu, bir ticari işletmenin bütün olarak devralanın hakimiyetine geçirilmesidir. Ticari işletme devir sözleşmesinin konusunu yalnızca aktifler ve pasifler kümesi olarak tanımlamak yerinde değildir. Ticari işletme devrinin konusu, bir ticari işletmenin işlevsel bir birliktelik olan bütününe, yani organizasyonun devredilmesidir.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin şekline, kapsamına, devir halinde her bir malvarlığı unsuru için tasarruf işlemlerinin yapılmasının gerekip gerekmediğine ve tesciline dair konular TTK m.11/3'te belirtilmiş olup işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesi halinde tarafların sorumluluklarına ilişkin hususlar ise TBK m. 202'de düzenlenmiştir.

Öğretide bazı yazarlarca benzer ilişkiden kaynaklanmış olan konuların bu şekilde değişik kanunlarda ele alınması eleştirilmiş, ticari işletmenin devrine ilişkin bütün hususların söz konusu iki kanundan birinde veya ayrı bir kanunda düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanaatimizce de söz konusu yasal düzenlemelerin birbirleriyle uyumlu hale getirilebilmesi için TBK m. 202'deki ticari işletmenin devrinde tarafların sorumluluklarına ilişkin hususların TTK'ya aktarılması ve TTK m. 11 düzenlemesine uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

Ticari işletmenin bir organizasyon olarak devri için ticari işletmeye tahsis edilmiş maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının devredilmesi gerekmektedir. Bu açıdan ticari işletme devri, ticari işletmenin malvarlığı cephesini teşkil eden malvarlığının devrini gerektirmektedir. Hangi malvarlığı unsurlarının devredilmesinin organizasyonunun devri için gerekli sayılacağı somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir. Bunun için ticari ihtiyaçlar ve teamüller uyarınca iktisadi bir değerlendirme yapılacaktır.

Ne var ki, ticari işletme devrinin asli edimi yalnızca ticari işletmeye tahsis edilmiş malvarlığı unsurlarının devredilmesi ile sınırlı değildir. Ticari işletmenin müşteri çevresi ve ticari itibar gibi unsurlarının da devralana geçirilmesi gerekmektedir. Hatta bu gibi unsurların devredilmesi, ticari işletmenin devri sözleşmesinin karakterisik edimidir. Diğer bir ifade ile işletmenin devri sadece aktiflerin ve pasiflerin devrine indirgenemez. Her ne kadar aktifler ile pasiflerin devri ticari işletmenin devri işleminin temelini oluştursa da, aktiflerin ve pasiflerin devri ile amaçlanan müşteri çevresi ve organizasyonun devridir.

Bir ticari işletme yalnızca aktif malvarlığından oluşmakta olmayıp aynı zamanda ticari işletmenin faaliyetleri neticesinde ticari işletmeyi işleten tacirin malvarlığında ortaya çıkan borçlarda ticari işletmeye dahildir. Söz konusu borçların aktiflerle birlikte devredilmesi ticari işletmenin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

Ticari işletmenin devrinde, devrin kapsamında yer alan borçlardan devreden ve devralanın sorumluluğu TBK m. 202'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm

Kanunun “Borcun Üstlenilmesi” ayrımında ele alınmıştır ancak borcun üstlenilmesinden farklı olarak alacaklıların ayrı ayrı rızası aranmaksızın borçlar bir bütün olarak devralana geçmektedir.

Türk Hukuku’nda borçların devri TBK m. 195 vd. maddelerde düzenlenmiştir. TBK m. 195, borçlu ile borcu yüklenecek kişi arasındaki ilişkiyi (“iç üstlenme”) düzenlerken TBK m. 196, borcu devralacak kişi ile alacaklı arasındaki ilişkiyi (“dış üstlenme”) düzenler. İç üstlenmenin gerçekleştirilmesi tek başına borcun nakledilmesi sonucunu doğurmaz. Borcun borçludan devralana geçirilmesi, ancak dış üstlenme işleminin tamamlanması ile birlikte gerçekleşir. Bu nedenle borcun devri kavramı ile aslen dış üstlenme ifade edilmektedir.

Alacağın devri işleminden farklı olarak borcun devri işleminin gerçekleştirilmesi için alacaklının onayına ihtiyaç vardır (TBK m. 196). Bu durum birden çok borç ilişkisini içinde barındıran ve bu sebeple birden fazla alacaklıyı ilgilendiren bir malvarlığı bütünü olan ticari işletmenin devrini zorlaştırmakta, hatta imkansız hale getirmektedir. Zira her bir borç için her bir alacaklının onayını almak fiilen mümkün olmayacaktır.

Ticari işletmenin devrinde, işletmenin borçlarının intikali için her bir alacaklının onayının alınmasının zorluğundan dolayı Kanun Koyucu, bir malvarlığı veya bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte bir bütün olarak devredilmesi halinde borçların yani pasiflerin devri bakımından özel bir rejime tabi olmasına imkan tanımıştır. TBK m. 202 de düzenlenmiş olan bu özel devir rejimine göre borçlar, ticari işletmenin devrolunduğunun kanun maddesinde belirtilen şekilde alacaklılara duyurulması halinde, alacaklıların onayına gerek kalmaksızın devredilebilecektir. Ancak alacaklıların onayı olmadan borçlunun değişmesi durumu alacaklılar açısından sakınca oluşturabilir. Bu nedenle Kanun Koyucu TBK m. 202 ile devredenin devralanla birlikte 2 yıl boyunca borçlardan müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemiştir. Böylece alacaklı her ne kadar borçlu sıfatının değişmesine engel olamasa da TBK m. 202 ile getirilen müteselsil sorumluluğa dayanarak 2 yıl boyunca devredene de başvurabilecektir. Madde düzenlemesiyle hem ticari işletmenin devrinde

alacaklının onayına gerek kalmaksızın borçların bir bütün olarak devralana intikali sağlanabilmekte hem de devredenin 2 yıl boyunca borçlardan müteselsil olarak sorumlu olacağı düzenlenerek alacaklıların menfaatleri korunmaktadır.

Ticari işletmenin devrinde, işletmenin borçlarının devrin kapsamına dahil edilip edilmeyeceğine ilişkin probleminin sonuca ulaştırılabilmesi için öncelikle bu hususta tarafların iradelerine değer verilecek mi o belirlenmeli, daha sonra ise eğer tarafların iradelerine değer verilecek ise bunun sınırının ne olacağının tespiti gereklidir.

Türk hukukunda ticari işletmenin devriyle birlikte devralanın işletmenin malvarlığına dahil olan borçları(pasifleri) da üstlendiği kabul edilir. Belirtmek gerekir ki, ticari işletmenin devri sözleşmesinde taraflarca aksine bir hüküm belirlenmemiş ise, işletmenin borçlarının devralana geçeceği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Anlaşmazlık bulunan husus, devrin taraflarının ticari işletmenin devri sözleşmesine pasiflerin bir kısmının veya tamamının devre dahil olamayacağına ilişkin bir hüküm koymasının sonucunun ne olacağıdır.

Türk hukukunda, sözleşme serbestisi temel ilke olarak kabul edilmiştir. Buna göre kişiler, irade özgürlüğüne sahip olduklarından hukuki ilişkilerini ve borç ilişkilerini serbestçe düzenleyebileceklerdir.

Tezimizde, ticari işletmenin devrinde borçların ticari işletmenin devrine dahil olup olmayacağı ile alakalı olarak hem teminat teorisini savunan görüşe ilişkin hem de irade serbestisi teorisini savunan görüşe ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Belirtmek isteriz ki ticari işletmenin devrinde borçların kapsam dışında bırakabileceği görüşü hem ticari işletmenin devri kurumunun yapısında hem de bütün taraflar bakımından daha hakkaniyetli olacağından tezimizde kabul ettiğimiz görüştür.

TBK m. 202 ifadesinden ticari işletmenin devrinde borçların intikalinin zorunlu olacağı şeklinde bir anlam çıkmamaktadır. Belirtilmelidir ki madde, aktif ve

pasiflerin birlikte devrolunması durumunda söz konusu borçların alacaklının rızasına ihtiyaç olmadan devralana geçeceği ve devreden bu borçlardan sorumluluğunun devam edeceğini düzenlemektedir. Eğer, aktifler ile pasiflerin birlikte devredilmesi zorunlu olsaydı, maddede yalnızca “*ticari işletmenin*” devrinden bahsetmekle yetinmek mümkün olurdu. Maddenin bunun ötesinde “*ticari işletmenin aktif ve pasifi*” ile devredilmesinin düzenlenmesi, ticari işletmeye dahil pasifler devredilmeden aktiflerin devredilmesinin mümkün olduğuna işaret etmektedir.

Teminat teorisine göre ise, ticari işletmenin aktif malvarlığı ile pasif malvarlığı arasında bir bağ bulunduğu belirtilmektedir. Burada, ticari işletmedeki pasiflerin aktiflerin bütünleyici parçası (mütemmim cüz-ü) olduğu kabul edilmektedir. Ancak, ticari işletme bağlamında pasif malvarlığı unsurlarının aktifler ile bu şekilde bir bağının olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Hukuk sistemimizde hak veya borç kural olarak hukuk kişisine ait olup bir başka malvarlığı unsuruna bağlı değildir. Yani, aralarında iktisadi veya fiili bir bağlantı bulunsa bile, aktif bir malvarlığı unsurunun devredilmesi durumu kural olarak bir borcun da devri sonucunu doğurmayacaktır. Örneğin, bir kişinin, aracını kullanırken çarptığı kişiye karşı olan haksız fiil sorumluluğu, aracını başkasına devretmesi halinde devralana kendiliğinden devrolmayacaktır. Bu nedenle, pasiflerin aktiflerin bütünleyici parçası olduğu şeklinde bir sonuca varmak mümkün değildir.

Ticari işletmenin aktifleri ve pasifleri, tacirin aktifleri ve pasifleri olacağından, devreden, işletme nedeniyle edindiği borçlardan, ticari işletmesini, pasifleri(borçları) kapsam dışında bırakarak devredecek olsa bile, işletme değeriyle sınırlı olmadan tüm malvarlığı ile alacaklılara karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Bu nedenle ticari işletmenin devredilmesiyle birlikte devreden malvarlığına karşı bir edim (para) gireceğinden alacaklıların buna başvurması mümkün olacaktır. Bu durumda borçlunun malvarlığından ticari işletme çıkmasına rağmen yerine denk değerde bir edim geleceğinden alacaklıların menfaatlerinin zarara uğrayacağı bir durum söz konusu olmayacaktır.

Teminat teorisi, ticari işletmenin devrinde alacaklıların korunmasını öncelikli konuma getirerek, işletmenin devredilmesinin önünde birtakım engeller getirmektedir. İlk olarak, ticari işletmeyi devralan yükleneceği borç miktarını ve ticari riskini sınırlama imkanına sahip olmayacaktır. Bununla birlikte ticari işletmeye dahil tüm borçların devirle birlikte devralana geçeceği kabul edilirse, devralan bilmediği borçlardan dahi sorumlu olacaktır. Devralan, maruz kalacağı bu hukuki belirsizlik karşısında devir işlemi yapmaya kolay kolay yanaşmayacaktır.

Açıklamalar neticesinde kanun değişikliğine gidilerek, tarafların devredilecek borçların kapsamını belirlemesinin mümkün olduğu, ancak kapsam dışında bırakmadığı sürece borçların da devre dahil olacağını belirten açık bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır. Bu şekilde bir yandan taraflara borçları kapsam dışında bırakma imkanı tanınırken bir yandan da tarafların hangi borçların devredildiğini belirtmedikleri müddetçe oluşturdukları görüntüden dolayı sorumlu olacakları açıklığa kavuşturulmuş olur.

KAYNAKÇA

Acemoğlu, Kevork, Borçlar Kanununun 179. maddesine göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.

Akay, M. Hasanali, “Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 sayılı TTK m. 11/3 kapsamında)”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Bahar 2014, s. 163-178.

Akbulak, Yavuz, “Ticari İşletme Rehni”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 2016/3, Mayıs-Haziran 2016, s. 337-349.

Akçaal, Mehmet, “İşletmenin Devri”, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2013. (*Anılış: Yüksek Lisans Tezi*)

Akçaal, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014. (*Anılış: İşletmenin Devri*)

Aker, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.

Akgöl, İzel, “Ticari İşletmenin Devri”, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.

Akıntürk, Turgut, Yeni Türk Medeni Kanunu’na Uyarlanmış Medeni Hukuk, 9. bs., İstanbul 2003.

Al, Dursun, “Ticari İşletme Devrinin Alacağın Devri ve Borcun Üstlenilmesi Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 92, Sayı 2018/1, Ocak-Şubat 2018, s. 265-285.

Altay, Sümer, Türk İflas Hukuku, İstanbul 2004.

Arıcı, Mehmet Fatih, “Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007. (*Anılış: Doktora Tezi*)

Arıcı, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008. (*Anılış: Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri*)

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 21. bs., Ankara 2015.

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 23. bs., Ankara 2017. (*Anılış: Ticari İşletme Hukuku*)

Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema, İcra ve İflas Hukuku, 3. bs., Ankara 2017.

Arslanlı, Halil, Kara Ticareti Hukuku Umumi Hükümler, 3. bs., İstanbul 1960.

Aslan, Yılmaz / Şenyüz, Doğan, İşletme Hukuku, 4. bs., Bursa 2012.

Aslan, Yılmaz, Ticaret Hukuku Dersleri, 11. bs, Bursa 2017.

Atasoy, Abdurrahman, “Ticari İşletmenin Devri ve Devrin Kapsamı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1996.

Ayan, Serkan, “Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, 2020, s. 3-59.

Aydın, Alihan, “Ticari İşletme Kavramı, Unsurları Ve Hukuki İşlemlere Konu Olması”, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, 25-26 Kasım 2011, İstanbul, s.9-20.

Aydın, Sema ve Diğerleri, “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 229-260.

Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin / Özdamar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 13. bs., Ankara 2020. (Anılış: *Ticari İşletme*)

Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 10. bs., Ankara 2017.

Ayhan, Rıza / Özdamar, Mehmet / Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, 8. bs., Ankara 2015. (Anılış: *Ticari İşletme Hukuku*)

Bahtiyar, Mehmet, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 109, Ekim 2011, s. 3889-3910. (Anılış: *Ticari İşletmenin Devri*)

Bahtiyar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 18. bs., İstanbul 2017. (Anılış: *Ticari İşletme*)

Baştuğ, İrfan / Erdem, Ercüment, Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Ankara 1993.

Bedük, Koray, “Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 2016/5, Eylül-Ekim 2016, s. 259-269.

Berzek, Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 11. bs., İstanbul 2016.

Bilge, Mehmet Emin, “Tacir Sıfatının Sona Ermesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I, (Derl. Kolektif), İstanbul 2002, s. 175-196.

Bilgili, Fatih / Cengil, M. Fatih, “Ticari İşletmenin Devri ve Bilhassa Ticari İşletmenin Devri Düzenlemesinden Kaynaklanan Sorunlar”, Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu, 08-10 Kasım 2017, Ankara, s. 41-83.

Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 5. bs., Bursa 2014. (*Anılış: Ticari İşletme Hukuku*)

Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 6. bs., Bursa 2016. (*Anılış: Ticari İşletme*)

Bilgişin, Şevket Memedali, Ticaret Hukuku Prensipleri Cilt I, 2. bs., İstanbul 1948.

Birsel, Mahmut Tevfik, Ticari İşletme Hukuku Cilt I, İzmir 1970.

Bozer, Ali / Göle, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 4. bs., Ankara 2017.

Bozkurt, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2017.

Bozkurt, Tamer, Ticari İşletme Hukuku: Ticaret Hukuku Cilt I, 7. bs., İstanbul 2012.

Börü, Levent, “İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK m. 280)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, Sayı 3, Eylül 2009, s. 481-538.

Cengil, M. Fatih, “Ticari İşletmenin Devri”, Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana 2016.

Çakıroğlu, Buğra Kaan, Kira Sözleşmesinin Kiracı Tarafından Devri (TBK m. 323), İstanbul 2020.

Çelikboya, Kerem, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014. (Anılış: *Yüksek Lisans Tezi*)

Çelikboya, Kerem, Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2017. (Anılış: *Ticari İşletme*)

Demir, Koray, “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 17, Sayı 2, 2013, s. 103-120.

Demirkapı, Ertan, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s. 371-441.

Dinç, Serhan, “Ticaret Hukukunun Düzenlenmesinde Benimsenen Sistemler ve Sistemlerin Etkilediği Kanuni Düzenlemeler”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, Mayıs 2018, s. 177-195.

Doğrusöz, A. Bumin / Tunçel Töralp, Funda / Onat, Öznur, “Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu”, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Cilt 1, Temmuz 2011, https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf, (son erişim tarihi: 23.07.2020), s. 3-997.

Domaniç, Hayri / Ulusoy, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları TTK Tasarısı ve Gerekçeleriyle Birlikte, 5. bs., İstanbul 2007.

Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 14. bs., İstanbul 2013.

Durman, Okay, İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009.

Engin, Baki İlkay, “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, (Derl. İnceoğlu, M. Murat), İstanbul 2012, s. 159-167.

Erdem, H. Ercüment, “Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Prof. Dr. Aydın Zevklilere Armağan Özel Sayısı, 2013, s. 987-1017.

Erel, Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

Erem, Turgut S., Ticaret Hukuku Prensipleri, İstanbul 1973.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. bs., Ankara 2017.

Erişir, Evrim, “Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, 2008, s. 271-301.

Erkalan Coşkunsu, Sümeyye, “Bütününe Etki Eden Hukuki İşlemler Bakımından Ticari İşletmeye Özgülenen Malvarlığı”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020.

Evirgen, Betül, “Ticari İşletmelerin Devri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 2. bs., İstanbul 1977.

Güleç, Nuri, “Ticaret Şirketleri İçin Ticareti Terk Mümkün Müdür?”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 10, Temmuz 2012, s. 1-34.

Güncan, Atahan, “Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.

Güneren, Ali, İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları, Ankara 2008. (*Anılış: İstihkak Davaları*)

Güneren, Ali, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 3. bs., Ankara 2012.

Gürbüz Usluel, Aslı, “Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Aynı Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 71, Sayı 2, 2013, s. 145-164.

Gürkaynak, Gönenç ve Diğerleri, “2010/4 Sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmaların Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi”, Rekabet Dergisi, Cilt 13, Sayı 4, Ekim 2012, s. 97-155.

Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme), İstanbul 2004.

Hirsch, E. Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri Cilt I, İstanbul 1939.

İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 13. bs., İstanbul 2005.

İnal, H. Tamer, Ticari İşletme Hukuku, 2. bs., Ankara 2015.

İpekçi, Nizam, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulama Örnekli İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh) 1-370, 7 bs., İstanbul 2007.

Kahraman, Zafer, “Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 145, Eylül 2016, s. 587-630
(*Anılış: Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali*)

Kahraman, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), İstanbul 2013. (*Anılış: Borcun Nakli*)

Kahveci, Nalan, “6098 Sayılı TBK’ nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayı, 2017, s. 695-728.

Kapancı, Berk, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2015.

Karahan, Sami, “Ticari İşletme ve Tacir Kavramları ile İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Mayıs 2012, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/798664> (son erişim tarihi: 18.02.2021), s. 3-10.

Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 23. bs., Konya 2012.

Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 27. bs., Konya 2015. (*Anılış: Ticari İşletme*)

Karayağın, Yaşar, Muhasebe Hukuku Kavramlar-İlkeler-Başlıca Sorunlar-Yeni Gelişmeler, 2. bs., Ankara 1988.

Karayağın, Yaşar, Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3.bs., Ankara, 1968. (*Anılış: Ticaret Hukuku*)

Kayar, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, 10. bs., Ankara 2015.

Kayıhan, Şaban / Yasan, Mustafa, Ticari İşletme Hukuku, 3. bs., Ankara 2015.

Kendigelen, Abuzer, Ticaret Hukuku Kürsüsünde On beş Yıl (1986- 2001) Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt III Ticari İşletme-Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku, 3. bs., İstanbul 2006.

Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. bs., İstanbul 2016.

Kılıç, Mehmet, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Ankara 2013.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. bs., Ankara 2017.

Kırca, Çiğdem, “Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri”, https://www.academia.edu/13988025/KANUNLARIN_YORUMUNDA_YORUM_Y%C3%96NTEMLER%C4%B0, (06.12.2020).

Kırca, İsmail, “Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2007, s. 295-304.

Kocabey, Doğan, “Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin İntikali”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 67, Sayı 3, Eylül 2018, s. 605-633.

Koçano Rodoslu, Emine, “Rücu Alacağı”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014.

Kuğuoğlu, Dilşad, “Ticaret Unvanı ve Korunması”, <http://denizasiri.net/wp-content/uploads/2018/01/Ticaret-Unvan%C4%B1-ve-Korunmas%C4%B1-Dils%CC%A7ad-Kug%CC%86uog%CC%86lu.pdf>, (17.07.2021)

Kuru, Baki, “Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Sayı 1-2, 1970, s. 109-118. (*Anılış: Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler*)

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. bs., Ankara 2013. (*Anılış: İcra ve İflas Hukuku*)

Makaracı Başak, Aslı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014.

Muşul, Timuçin, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2015.

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 23. bs., İstanbul 2017.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 11. bs., İstanbul 2013.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 14. bs., İstanbul 2016. (*Anılış: Borçlar Hukuku Genel Hükümler*)

Oskay, Mustafa ve Diğerleri, İİK Şerhi Madde 1-67 1. Cilt, Ankara 2007.

Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay, Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, İstanbul 2021.

Önder, Mehmet Fahrettin, “Tüzel Kişi Tacirlerin Ticareti Terk Etmelerinin Anlamı ve Sonuçlarının Yargıtay Kararları Açısından Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2011, s. 71-104.

Öz, Turgut, “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, (Ed. Ulusoy, Erol), Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan içinde, İstanbul 2013, s. 95-120.

Özbey, Can, “Ticaret Ünvanı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013.

Özcan, Didem, Borcun Üstlenilmesi, Aralık 2017.

Öztürk, Berna, “Sözleşmenin Devri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 125, Temmuz-Ağustos 2016, s. 263-296.

Paket, Sabure, Borcun Dış Üstlenilmesi, Ankara 2014.

Pazarcıkcı, Nusret Alper, “Ticareti Terk Yükümlülüğüne Aykırılık Suçunun Hukuk Düzenindeki Yeri”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 7, Sayı 65, Ocak 2012, s. 14-23.

Pekcanitez, Hakan ve Diğerleri, İcra ve İflas Hukuku, 11. bs., İstanbul 2013.

Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 16. bs., İstanbul 2017.

Serozan, Rona, Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, 2.bs., İstanbul 1994.

Sertoğlu, Burak, “Ticari İşletme Devri”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.

Sevinçler, Nazım, “TTK, TBK ve İİK Işığında Ticari İşletme Devri”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, 2. bs., Ankara 2014.

Şener, Oruç Hami / Uzunallı, Sevilay, Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 3. bs., Ankara 2012.

Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. bs., Ankara 2017.

Şener, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2016. (*Anılış: Ticari İşletme*)

Tekinalp, Ünal, “Ticari İşletmenin TK m.11(3)’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, (Derl. Gürel, Murat ve Diğerleri), Ankara 2015, s. 3-17. (*Anılış: TTK m.11/3*)

Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 24, Sayı 3, Haziran 2008, s. 5-16. (*Anılış: Yeniden Düşünmek*)

Tekinay, Selahattin Sulhi ve Diğerleri, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul 1993.

Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

Topçuoğlu, Metin, “Yeni TTK’nın ve Yeni TBK’nın Ticari İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 81, 2013, s. 14-26.

Topuz, Murat, “Ticari İşletme Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 2012, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/798685> (son erişim tarihi: 29.04.2021), s.19-80.

Topuz, Seçkin / Canbolat, Ferhat, “Kira İlişkisinin Devri - (Yeni) Türk Borçlar Kanunu’nun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-“, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 95, Temmuz-Ağustos 2011, s.97-134.

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler, 6. bs., İstanbul 1976.

Türk, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, Ankara 1986.

Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008.

Türkmen, Ahmet, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 1, 2015, s. 341-368.

Uyar, Talih / Uyar, Alper / Uyar, Cüneyt, İcra ve İflas Kanunu Şerhi El Kitabı (İİK 1-134) Cilt I, 2. bs., Ankara 2012.

Uyar, Talih, “«Alacaklılara Zarar Vermek Kasdı İle Yapılan (Hileli) Tasarruflardan Dolayı» İptal (İİK. Mad. 280)”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2017, s. 307-364.

Ülgen, Hüseyin / Arıcı, Fatih, “İsviçre Hukuku’nda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, (Ed. Engin, Baki İlkay), Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt 2 içinde, İstanbul, 2010, s. 1767-1805.

Ülgen, Hüseyin ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, 3. bs., İstanbul 2009. (*Anılış: Ticari*)

Ülgen, Hüseyin ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, 5. bs., İstanbul 2015. (*Anılış: Ticari İşletme*)

Ülgen, Hüseyin ve Diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, 6. bs., İstanbul 2019. (*Anılış: Ticari İşletme Hukuku*)

Ülkü, Murat Fatih / Karaaslan, Erol, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: B.Y. m. 179”, Manisa Barosu Dergisi, Sayı 70, 1999, s. 47-67.

Yalmankülâh, Zehra, “Ticaret Unvanı ve Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale 2014.

Yargıtay 11. HD., T 13.07.2006, E 2005/7563, K. 2006/8396 (<https://www.kazanci.com.tr> (10.06.2020)).

Yargıtay 11. HD., T 17.01.2011, E 2009/7066, K 2011/125 (Çelikboya, Ticari İşletme, s. 323, dn. 1164).

Yargıtay 11. HD., T 20.02.1975, E 1974/3626, K 1975/1217, (Paket, s. 30, dn. 51.)

Yargıtay 12. HD., T 25.05.2021, E 2021/3353, K. 2021/5306 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (31.07.2021)).

Yargıtay 15. HD., T 06.03.1995, E 1995/1063, K 1995/1252 (Akçaal, İşletmenin Devri, s. 106, 15. dn.).

Yargıtay 15. HD., T 28.2.1996, E 1996/618, K. 1996/986, (<http://www.kazanci.com.tr> (13.03.2021)).

Yargıtay 16. HD., T 28.12.2009, E 2009/5504, K 2009/9066 (<http://www.kazanci.com.tr> (17.03.2021)).

Yargıtay 17. HD., T 20.02.2014, E 2013/6615, K 2014/2149
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (13.03.2021)).

Yargıtay 17. HD., T 27.11.2013, E 2013/17180, K 2013/16626,
(<http://www.kazanci.com.tr> (14.03.2021)).

Yargıtay 19. HD., T 30.05.2002 ve 403/4144 sayılı kararı (Güncan, s. 112, dn. 201).

Yargıtay 21. HD., T 10.4.2007, E 2006/12344, K 2007/6279,
(<http://www.kazanci.com.tr> (13.03.2021)).

Yargıtay 21. HD., T 19.10.1999, E 1999/5089, K 1999/7117 (Güncan, s. 118, dn. 231).

Yargıtay 21. HD., T 26.02.2008, E 2007/6046, K 2008/3071
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (13.06.2020)).

Yargıtay 8. HD., T 03.03.2016, E 2014/8716, K 2016/3853
(<http://www.kazanci.com.tr> (14.03.2021)).

Yargıtay 8. HD., T 03.04.2017, E 2016/9691, K 2017/4877
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (14.03.2021)).

Yargıtay 8. HD., T 03.04.2017, E 2016/9691, K 2017/4877
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (15.03.2021)).

Yargıtay 8. HD., T 10.6.2013, E 2013/5235, K 2013/8749 (<http://www.kazanci.com.tr>
(13.03.2021)).

Yargıtay 8. HD., T 23.02.2015, E 2015/359, K 2015/4829 (<http://www.kazanci.com.tr>
(14.03.2021)).

Yargıtay BGK., T 20.01.2017 ve 1 sayılı kararı (RG 27.01.2017 / 29961).

Yargıtay CGK., T 29.09.2015, E 2015/63, K 2015/297
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (17.03.2021)).

Yargıtay HGK., T 10.05.2000, E 2000/4-849, K 2000/881
(<https://www.kazanci.com.tr> (13.06.2020)).

Yargıtay HGK., T 19.06.2013, E 2012/10-1616, K. 2013/854
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (13.06.2020)).

Yargıtay HGK., T 29.11.2017, E 2017/19-1658, K 2017/1464
(<https://www.kazanci.com.tr> (08.06.2020)).

Yargıtay İBGK., T 22.02.1997, E 1996/1, K 1997/1 (Kırca, Çiğdem, “Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri”,
https://www.academia.edu/13988025/KANUNLARIN_YORUMUNDA_YORUM_Y%C3%96NTEMLER%C4%B0, (09.02.2021), s. 3 dn. 9).

Yasan, Mustafa, “Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Kapsamına Kiracılık Hakkının Dahil Olması Sorunu (6102 sayılı TTK ve 6098 sayılı TBK Çerçevesinde Bir İnceleme)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 29, Sayı 3, Eylül 2013, s. 159-185.

Yıldırım, M. Kamil, “Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2013, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/809883> (son erişim tarihi: 15.01.2021), s. 471-482.

Yıldız, Şükrü, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Gerçek Kişilerde Tacir Sıfatının Kazanılması, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku

Alanında Getirdiği Yenilikler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Sempozyumu, 25-26 Kasım 2011, İstanbul, s. 21-32.

Zeytinci, Merve, “Ticari İşletmenin Devredilmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2016.

