

T.C
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

İCRA VE İFLAS HUKUKU AÇISINDAN
MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

Öğrencinin Adı-Soyadı: Okay DURMAN

Öğrencinin Numarası : 2502020151

Tez Danışmanı : Prof.Dr. Şener AKYOL

İstanbul
2008

ÖZ

Borçluların alacaklılarına zarar vermek kastıyla malvarlığını veya işletmesini devretmesi ile mücadeleye yönelik icra hukuku hükümlerinin incelendiği bu çalışmada üç ana bölüm yer almaktadır. İlk bölümde konunun kapsamını oluşturan malvarlığı, özel malvarlığı, işletme ve ticari işletme kavramları detaylı olarak tarif edilmektedir.

İkinci bölümde maddi hukuk açısından, üçüncü bölümde değinilen İcra Hukuku hükümlerinin uygulanmasında önem taşıyan malvarlığı veya işletmenin devrinde devreden ve devralanın sorumluluğu açısından düzenleme getiren BK m. 179 hükmü, kaynak İsviçre ve Alman Hukukları'ndaki hükümler ile birlikte değerlendirilmektedir.

Malvarlığı veya işletmesini alacaklılarına zarar vermek kastıyla devreden borçlularla mücadele olanaklarına sadece İcra Hukuku hükümlerinde yer verilmiş olması nedeniyle çalışmamızın asıl konusunu oluşturan üçüncü bölümde ise, İİK m. 280/III ve m. 44 uygulamasının olumlu ve olumsuz yanları, yargı kararları eşliğinde belirtilmektedir.

ABSTRACT

There are three chapters in this work which deals with the regulations related to combating with the debtors who transfer their assets or businesses in order to harm their creditors. In the first chapter the asset, separate property, enterprise and businesses that are forming the scope of work are defined in details.

In the second chapter, the Turkish Obligation Code Art. 179 that regulates the obligation of the debtors transferring their assets or businesses in order to harm their lenders is considered in light of the source law of Swiss and German regulations.

For the reason that the only regulations for combating with the debtors who transfer their assets and businesses in order to harm their creditors are arranged within the Turkish Execution and Insolvency Code, in the third and the main chapter, the related articles of 280/III and 44 are considered in light of the Supreme Court decisions with their positive and negative effects.

ÖNSÖZ

Ülkemizde çok sayıda uyuşmazlığa yol açan borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla işletmesini veya malvarlığını devretmesi ile ilgili uyuşmazlıkları çözmek üzere başvuru alan BK m. 179, İİK m. 280/III ve İİK m. 44 hükümlerinin değerlendirilmesi ve öneriler getirilmesi bu konudaki uyuşmazlıklarının çözümüne katkıda bulunabileceği için, bu çalışmada doktora tez konusu olarak ele alınmıştır.

Bu açıdan bakıldığında, Türk hukuk uygulamasında alacaklıları zarara uğratmak kastıyla hareket ederek malvarlığını veya işletmesini devreden borçlularla mücadele açısından özellikle İİK m. 280/III ve İİK m. 44 düzenlemeleri, beraber uygulandıkları BK m. 179 ve bu hükmün kaynak İsviçre Hukukundaki karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 181 ve onun uygulamasını büyük ölçüde sona erdiren İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu hükümleri ile beraber ele alınarak açıklamalar, Yargıtay kararları ve kararlarla ilgili değerlendirmeler eşliğinde sunulmaktadır.

Bu çalışmayı doktora tez konusu olarak incelememi öneren ve tezin hazırlanması sırasında da yardımlarını ve değerlendirmelerini esirgemeyerek bu çalışmanın oluşmasına katkıda bulunan tez danışmanım ve hocam Prof. Dr. Sayın Şener AKYOL'a, tüm tez çalışmalarım boyunca maddi ve manevi ilgisini ve desteğini esirgemeyen, zaman ayırıp doktora tezimi okuyup, bilgisinden ve eleştirilerinden yararlanma olanağı veren hocam Prof. Dr. Sayın Ali Cem BUDAK'a minnet ve şükranlarımı arz ederim.

Tez İzleme Komitesi üyesi olmayı memnuniyetle kabul eden değerli hocam Doç. Dr. Sayın Halil AKKANAT'a, ayrıca doktora tez jürisi üyesi olmayı kabul eden değerli hocalarım Doç. Dr. Sayın İlhan HELVACI ve Doç Dr. Sayın N. Fusun NOMER ERTAN'a teşekkürü bir borç bilirim.

Ayrıca Heidelberg Üniversitesi'ndeki çalışmalarım sırasında ve döndükten sonra da maddi ve manevi yardımlarını esirgemeyen sevgili meslektaşım Efe DİRENİSA'ya çok teşekkür ederim.

Tez çalışmalarım sırasında, kendisi de aynı zorlu dönemde olmasına rağmen, en zor zamanlarımda bana destek olan ve en rahat çalışma ortamını hazırlayan eşim Deniz'e sabrı ve anlayışı için sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ-ABSTRACT	III
ÖNSÖZ.....	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR CETVELİ.....	VIII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL KAVRAMLAR

I. MALVARLIĞI KAVRAMI	6
II. ÖZEL MALVARLIĞI.....	7
A) İflas Masası	10
B) Miras Hukukunda Özel Malvarlığı	12
C) Sermaye Piyasası Hukukunda Özel Malvarlığı.....	16
D) Aile Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi	21
III. İŞLETME KAVRAMI.....	23
IV. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI.....	27
A) Ticari İşletmenin Unsurları.....	34
1) Gelir Sağlamayı Hedef Tutma	35
2) Devamlılık.....	37
3) Bağımsızlık.....	39
4) Örgüt	41
5) Açıklık (Aleniyet)	42
6) Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma	43
B) Ticari İşletmenin Kapsamı	45
1) Ticarethane.....	46
2) Fabrika.....	51
3) Ticari Şekilde İşletilen Diğer Kuruluşlar	52
C) Ticari İşletmenin Malvarlığı	55

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ HUKUK AÇISINDAN MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

I. ROMA HUKUKUNDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVİRİ	65
II. İSVİÇRE HUKUKUNDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVİRİ	67
A) Konunun İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki Düzenlemesi	67

B) Borç Devrinin Niteliği	68
C) Borç Devrinin Koşulları	69
D) Malvarlığı Sözleşmelerinin Şekli	73
E) Malvarlığı Devrinin Kapsamı	74
F) İsviçre Birleşme Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesi ve İBK m. 181'in Değişikliğe Uğraması.....	79
1) Genel Olarak İsviçre Birleşme Kanunu.....	79
a) Birleşme Kanunundan Önceki Düzenleme	79
b) Kanunun Hazırlık Çalışmaları.....	80
c) Kanunun Amacı	80
d) Kanunun Yapısı	81
i) Birleşme (Fusion)	82
ii) Bölünme (Spaltung)	82
iii) Tür Değiştirme (Umwandlung)	82
iv) Malvarlığının Devri (Vermögensübertragung).....	82
2) Birleşme Kanunu'na Göre Malvarlığının Devri	85
3) Birleşme Kanunu'na Göre Malvarlığının Devrinin İBK m. 181 ile İlişkisi.....	94
II. ALMAN HUKUKUNDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVİRİ	96
A) Yürürlükten Kaldırılan BGB m. 419	96
B) HGB m. 25.....	107
III. TÜRK HUKUKUNDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVİRİ	113
A) Tanım ve Kavram	113
B) Devrin Unsurları	119
1) Devir Sözleşmesi.....	119
2) İhbar veya İlan	124
3) Genel Olarak Devrin Hüküm ve Sonuçları	129
4) Tarafların Sorumlulukları	136
5) BK m. 179'a İlişkin Değerlendirme.....	145
6) İsviçre Birleşme Kanunu ile TTK Tasarısı ve BK m. 179 İlişkisi	147
7) Borcun Nakline İlişkin Kuralların Uygulanması.....	149
8) Markanın Devri İle Ticari İşletmenin Devri Arasındaki İlişki	152

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İCRA VE İFLAS HUKUKU AÇISINDAN MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

I. İPTAL DAVALARININ TARİHİ GELİŞİMİ	155
A) Roma Hukukunda.....	155
B) Alman Hukukunda.....	156
C) İsviçre ve Türk Hukukunda.....	164
II. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN İPTAL DAVASI.....	170
A) İptal Davasının Hukuki Niteliği.....	170
B) İptal Davası ile Muvazaa Davası ve Butlana Tabi Tasarruflar Arasındaki İlişki	172
C) İptal İsteminin İleri Sürülmesi.....	179
D) İptal Davalarında Görev	180
E) İptal Davalarında Yetki.....	181
F) İptal Davasında Davacı	182
G) İptal Davasında Davalı	185
H) İptal Davası Açma Süresi	186
I) İptal Davasında Yargılama Usulü.....	187
III. İPTAL DAVASINA KONU İŞLEMLER.....	188
IV. İPTAL DAVASINA KONU TASARRUFLAR ve ÖZELLİKLE ZARAR VERME KASTINDAN DOLAYI İPTAL.....	193
V. BORÇLUNUN TİCARİ İŞLETMESİNİ veya İŞYERİNDEKİ MALLARINI DEVRETMESİ.....	196
VI. İİK m. 44 ve İİK m. 280/III UYGULAMASI	205
VII. 6183 SAYILI KANUNDAN KAYNAKLANAN TASARRUFUN İPTALİ DAVALARI	215
SONUÇ	220
BİBLİYOGRAFYA.....	228

KISALTMALAR CETVELİ

AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
a.g.e.	: adı geçen eser
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
AnfG	: Alman İptal Kanunu
AO	: Abgabenordnung (Alman Vergi Kanunu)
Art.	: (Artikel) madde
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBl.	: Bundesblatt (Alman Resmi Gazetesi)
BGB	: (Bürgerliches Gesetzbuch) Alman Medeni Kanunu
BGH	: Bundesgerichtshof- Alman Federal Temyiz Mahkemesi
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnotu
DStR	: Deutsches Steuerrecht Wochenschrift
ETK	: Eski Ticaret Kanunu
FusG	: (Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung) İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu
GmbHG	: (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) Alman Limited Şirketler Kanunu

HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HGB	: (Handelsgesetzbuch) Alman Ticaret Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İçBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İİİK	: İsviçre İcra İflas Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
InsO	: Alman İflas Kanunu
İStR	: Internationales Steuerrecht
JW	: Juristische Wochenschrift
Karş.	: Karşılaştırmalı
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KO	: Eski Alman İflas Kanunu
KOBİ	: Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
m.	: madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MK	: Türk Medeni Kanunu
N.	: Numara

NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NZI	: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG	: Reichsgericht (Alman İmparatorluk Mahkemesi)
s.	: sayfa
SchKG	: (Bundesgesetz über Schuldbetreibungs und Konkurs) İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SZW	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TST	: Ticaret Sicili Tüzüğü
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yasa ve Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

GİRİŞ

Malvarlığı veya işletmenin devri, ticaret hayatında şartların ortaya çıkardığı bir gerekliliktir. Kurulu bir işletmeyi devralan kişi, devredenın oluşturduğu hazır bir müşteri portföyünü de devralmaktadır. Devreden de çeşitli yararlar sağlamakta, örneğin yeni ve daha büyük bir iş kurmanın getireceğı nakit ihtiyacını karşılamak için işletmesini devrederek bu ihtiyacını gidermektedir.

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işletmeciler, kendilerini ağır borç yükü altında bulmakta ve bu yükü hafifletmek için yasal veya yasal olmayan yollara başvurmaktadırlar. Bu yollardan biri de, malvarlığı veya işletmenin devredilmesi ve böylece alacaklılara karşı borçtan tamamen kurtulmaya veya zaman kazanılmaya çalışılmasıdır. Bu yollarla borçtan kurtulmaya çalışılan hallerde, icra müdürü haciz işlemi için borçlu işletmenin adresine gittiğinde, karşısında borçlu yerine yeni bir işletme bulmaktadır. Oysa olayların çoğunluğunda borçlu işletmenin ortakları ile yeni kurulmuş bulunan işletmenin ortakları ya aynı olmakta veya birbirlerini tanıyan kişilerden oluşmaktadır. İşte bu gibi durumlarda, hukuk düzeni alacaklıları koruyucu hangi hükümlere yer vermiştir? BK m. 179 hükmü veya İİK m. 277 vd. da özellikle İİK m. 280/III’de düzenlenen iptal davası ya da İİK m.44’te düzenlenen ticareti terk eden tacire ilişkin hükümler bu çeşit olaylara ne şekilde uygulanacaktır?

Malvarlığı veya işletmenin devrinin maddi hukuk hükmü olarak düzenlendiğı BK m. 179 hükmü doktrinde az işlenmiş bir hükümdür. Bu konuyu ağırlıklı olarak Borçlar Hukuku yönünden inceleyen 1971 yılında Acemoğlu tarafından yazılan doçentlik tezi ve ağırlıklı olarak Ticaret Hukuku boyutu açısından inceleyen 1988 yılında Akıncı ve 1996 yılında Atasoy tarafından yazılmış iki yüksek lisans tezi ve bu yıl Arıcı tarafından yazılmış bir doktora tezinden başka monografi bulunmamaktadır. Borçlar Hukuku veya Ticaret Hukuku ders kitaplarında konu, sınırlı bir kapsamda işlenmektedir. Bu konuda yayımlanmış Yargıtay kararlarının sayısı da fazla değildir. Son on yıllık Hukuk Genel Kurulu kararlarına bakıldığında konuya ilişkin birkaç Genel Kurul kararı yayımlanmış olduğu görülmektedir.

Oysa Avrupa Birliği Komisyonu’nun 11.03.2006 tarihli “İşletmelerin Devri Hakkındaki Komisyon Raporu”na göre¹, örneğin Almanya’da gelecek beş yılda toplam 354.000 işletmenin devrinin gerçekleşeceği öngörülmektedir. Fransa’da gelecek on yılda bu rakam 600.000 olarak öngörülmekte, İtalya’da gelecek on yılda halihazır işletmelerin %40’ının, Avusturya’da ise %23’ünün devrinin söz konusu olacağı düşünülmektedir. Türkiye için benzer bir tahmin yapılmamış olmakla birlikte, Avrupa ekonomisi ile gittikçe daha fazla bütünleşen Türk ekonomisinde de işletmenin devri konusunun öneminin artarak devam edeceği öngörülebilir.

Mevzuatımızda, bir işletmenin tamamının ya da önemli bir kısmının (örneğin makine parkı ve stoklarının) devralınması halinde uygulanan özel hükümler mevcuttur. Bu hükümler, işletmeyi veya işletmenin önemli bir kısmını devralanı (işletmenin yeni sahibini) belirli şartlarla, işletmenin eski sahibinin borçlarından sorumlu tutmaktadır. Bu sorumluluğu “işletmenin eski sahibinin borçlarından olan sorumluluk” olarak isimlendirebiliriz. İşletmenin eski sahibinin borçlarından olan sorumluluk, özel hukuk alanında, üçüncü kişilere karşı geçerli olduğu gibi (BK m. 179, İİK m. 280/III, 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/3²; Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 8³); kamu hukuku alanında, vergi dairesine ve sosyal güvenlik kurumlarına karşı olan borçlar bakımından da geçerlidir. (Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında

¹ http://ec.europa.eu/comm/enterprise/entrepreneurship/supportmeasures/transfer_business (21.06.2007)

² Anılan Kanun, 25.08.1971 tarihinde kabul edilerek, 01.09.1971 tarihli ve 13943 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiş; 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 120. maddesiyle, bu Kanunun 14. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan hükme göre: “İşyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.”

³ İlgili hükme göre: “Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın feshi veya infisalı yahut faaliyetten menedilmiş olması veya yetkiyi kaybetmiş olması veya toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez.”

Kanun m. 30; Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 89⁴).

İşletmenin eski sahibinin alacaklıları, işletmenin veya işletmenin önemli kısmını oluşturan malların devri hiç gerçekleşmemiş gibi, bu malların haczedilmesini ve satılmasını talep edebilecekler (İİK m. 280/III; Amme Alacakların Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 30) ya da işletmenin veya işletmenin önemli kısmını devralan aleyhine dava ve takip yoluna başvurarak, devralanın diğer mallarını haciz yoluyla da takip edebilirler (BK m. 179, 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/3, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 36; Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 8).

Bu bakımdan Türk hukuku açısından malvarlığı veya işletmenin devri konusu, iş hukuku boyutu dışında özellikle üç hukuk dalıyla birden ilgilidir. Öncelikle İcra ve İflas Hukuku açısından bakılacak olunursa, malvarlığı veya işletmenin devri, alacaklı-borçlu ilişkisinde borçlunun, alacaklılarından kurtulmak için başvurduğu yollardan biri olması yönüyle önemlidir. Yukarıda vurgulandığı üzere borçlular veya borçlu vekilleri, bu hükmü kendi lehlerine uygulama yollarını geliştirerek, kendilerinin veya işletmenin düştüğü zor durumdan bazen yasal olmayan şekilde çıkmaya çalışabilmektedirler. Zaten Yargıtay da bu anlamda BK m. 179’u borçluların, alacaklılarından mal kaçırmasına hizmet eden bir hüküm olarak algılamaktadır. İİK m. 280/III’e göre, bir ticari işletmenin veya işletmede bulunan malvarlığının devri halinde, eğer devralan kişi, borçlunun alacaklılarını zarara sokma kastını bilebilecek durumda ise, borçlunun da zarara sokma kastıyla hareket ettiği varsayılır. Bu bir yasal karinedir ve ancak devirden itibaren en az üç ay önce yazılı

⁴ Bu Kanun, 31.05.2006 tarihinde kabul edilerek, 16.06.2006 tarihli ve 26200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan hükme göre: “Sigortalıların çalıştırıldığı işyeri aktif ve pasif değerleri ile birlikte başka bir işyeri ile birleşir, devredilir veya intikal ederse, eski işverenin Kuruma olan sigorta primi ile gecikme cezası ve gecikme zammı ve faiz dahil tüm borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu hükme aykırı sözleşme hükümleri Kuruma karşı geçersizdir.”

olarak alacaklılara bildirilmek suretiyle veya ilan yoluyla çürütülebilir.

Benzer şekilde Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 30 gereği, borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde amme alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline olanak bırakmamak amacıyla borçlu tarafından yapılan tek taraflı işlemlerle borçlunun amacını bilen veya bilmesi gereken kimselerle yapılan bütün işlemler tarihleri ne olursa olsun hükümsüzdür.

Ayrıca BK m. 179 gereği işletmesini devreden tacir açısından, ticareti terk etmiş sayılma sonucu ortaya çıkacağı için, İİK m. 44 gereği ticari işletmesini devreden tacir 15 gün içinde bu durumu kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmelidir. Bu durum ilan edilir ve tacir bu ilandan itibaren 1 yıl süreyle daha iflas yoluyla takip edilebilir. İcra ve İflas Hukuku yönünden incelememin konusu oluşturan mevzuat hükümlerinden biri de İİK m. 44 olacaktır.

Borçlar Hukuku yönünden öncelikle değinilmesi gereken, malvarlığı veya işletmenin devrine ilişkin pozitif hukuk hükmünün BK’nda düzenlenmiş olmasıdır. Borcun üstlenilmesi kavramının özel hali olarak düzenlenen bu hüküm, bu konudaki düzenlemelerin temelini oluşturmaktadır. Her ne kadar BK m. 179 anlamında “işletme” doktrindeki baskın görüşe göre, ticari işletme de dahil tüm işletmeler olarak yorumlansa da, tezin kapsamı açısından, BK m. 179’un İİK m. 280/III ve İİK m. 44 çerçevesindeki uygulamasına değindiğimizden ve İİK hükümlerinde “ticari işletme” esas alındığından özelde ticari işletmenin devri incelenmiştir.

İleride açıklanacağı üzere, BK m. 179’un konuluş amacı, malvarlığı veya işletmenin devrinde borçların ve borç ilişkilerinin devrini kolaylaştırmak, devirden itibaren belli bir süre daha devredene başvurulabilme olanağı sağlamak suretiyle alacaklıları korumaktır. Ayrıca BK m. 179 devir ilişkisinin tarafları olan devredene malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte bir bütün olarak devretme ve devralana da bunları bir bütün olarak devralma olanağı tanımaktadır. Borçlar Hukuku açısından devir sözleşmesinin özelliklerine de tezde değinilmektedir.

BK m. 179 ve tezin kapsamı anlamında malvarlığı veya işletmenin devri, devir

sözleşmesine dayalı iradi devirleri kapsadığından, miras yoluyla veya cebri icra yoluyla gerçekleşen devirler tezin kapsamı dışındadır.

Ayrıca BK m. 179'un kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki emsali olan İBK m. 181'in 2003 öncesi ve 2003 yılında yürürlüğe giren kısaca Birleşme Kanunu (FusG) diye bilinen Kanun sonrası uygulaması hakkında bilgiler de verilmektedir. Benzer şekilde Alman Hukuku'nda malvarlığının devrini düzenleyen ve 1999'da yürürlükten kaldırılan eski BGB m. 419 hükmü ve ticari işletmenin devrine ilişkin HGB m. 25 hükmü de tezde işlenmektedir.

Ticaret Hukuku açısından öncelikle değinilmesi gereken konu, tezin temel ögesi olan ticari işletmenin unsurlarının TTK'nda düzenlenmiş oluşudur. İçerik açısından ticari işletme iki unsurdan oluşur: Bu unsurlardan ilki olan maddi unsur, tacirin ticari işletmeye tahsis ettiği eşya ve haklardan oluşur. Bunlar yatırım malvarlığı (kasa, masa, demirbaş, v.b.) ve döner malvarlığıdır (hammadde, mamul, yarı mamul v.b.). Diğer unsur olan maddi olmayan unsur ise, müşteri çevresi, ticari sırları, ticaret unvanı, işletme adı, örgütü, itibarı, marka gibi unsurlardır. Devrin kapsamına bu unsurlardan hangilerinin girdiği, devir halinde, alacaklıların alacağını elde etmek için hangi unsurlara başvurabileceğinin bilinmesi açısından önemlidir.

Bu çalışmada daha çok malvarlığı veya işletmenin devrinin İcra ve İflas Hukuku açısından doğurduğu sonuçlar incelenmiş olmakla beraber, diğer ilgili hukuk dallarına da değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM-GENEL KAVRAMLAR

I. MALVARLIĞI KAVRAMI

Malvarlığı karmaşık bir yapıya ve hukuki, ekonomik, sosyal olmak çeşitli cephelere sahip olduğu için, hukuk metinlerinde hiç tarif edilmemiştir.⁵ Ancak her gerçek ve tüzel kişinin bir malvarlığı mutlaka vardır.⁶ Bir kişinin hukuki bir bütünlük oluşturmak üzere sahip veya sorumlu olabileceği, para ile ölçülebilen mal, hak ve borçların tamamına malvarlığı denir.⁷ Yani malvarlığı hukuki bir kavramdır ve bir kimsenin maddi değer taşıyan mallar üzerindeki haklarından meydana gelir.⁸ Malvarlığı bir hukuki bütündür⁹ ve bütünlükle kastedilen, malvarlığının kendisini oluşturan unsurlardan soyut bir tüm olmasıdır. Bu unsurların eksilmesi, yok olması veya artması malvarlığının bütünlüğüne etki etmez. Malvarlığı kişinin hayatı boyunca vardır ve hukuki niteliği değişmez.¹⁰

Alacaklı açısından malvarlığı, kendisini tatmin edeceği bir haklar topluluğudur ve bu malvarlığı borçlunun sorumluluğunun konusunu oluşturur. Bu duruma borçlunun

⁵ Kevork ACEMOĞLU, **Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970, s.9.

⁶ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.10. Bu çalışmada malvarlığı terimi genel kabul gören ve ACEMOĞLU tarafından tanımlanan anlamıyla kullanılacaktır.

⁷ Tanım için bkz. **Türk Hukuk Lugatı**, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, malvarlığı maddesi s.218.

⁸ Nuşin AYİTER, **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s.9.

⁹ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.10. Ancak AYİTER'e göre, bütün değil, yığındır. Yani hak ve borçların aynı kişiye ait olması nedeniyle tüm algılanması isabetli değildir. Bkz. AYİTER, **Mamelek**, s.27. Yine aynı yönde bkz. Mehmet Fatih ARICI, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.164-165. ARICI Türk-İsviçre Hukukları açısından malvarlığının aktif ve pasiflerden oluşan bir bütün olduğu şeklindeki tespitin isabetli olmadığını, BK m. 162 (alacakların borçlardan bağımsız temliki) ve BK m. 173 (borçların alacaklardan bağımsız temliki) hükümlerinin mevzuatımızdaki varlığı nedeniyle aynı borç ilişkisinden kaynaklanan alacaklar ve borçlar arasında bile ayrılmaz bağ olmadığını ileri sürmektedir.

¹⁰ AYİTER, **Mamelek**, s.22.

sınırsız kişisel sorumluluğu denir ve bu açıdan borçların bir kişinin malvarlığına dahil sayılması veya sayılmaması alacaklı açısından herhangi bir anlam ifade etmez.¹¹ Kural olarak malvarlığı ile sorumluluk esastır; ancak alacaklı açısından malvarlığı üzerinde doğrudan bir hak doğmaz. Alacaklı ancak malvarlığı üzerinde haciz uygulattığı takdirde ve tek tek o mallar üzerinde hak sahibi olur.¹²

Malvarlığı, ona sahip olan kişinin haklarının toplamıdır ve aktif ile pasiflerin toplamından oluşur.¹³ Malvarlığına mülkiyet, diğer sınırlı ayni haklar, alacak hakları, yenilik doğuran haklar, borç ilişkileri de dahildir. Sadece haklar malvarlığının konusunu oluşturur; fiili durumlar ve ilişkiler malvarlığına konu oluşturmaz. Bu açıdan zilyetlik, malvarlığına dahil değildir.¹⁴

II. ÖZEL MALVARLIĞI

Bir şahsın malvarlığı içinde ayrı bir hukuki düzene tabi, malvarlığı içinde daha dar ve özel bir şekilde sınırlandırılmış, kendi başına ekonomik gelişme olanağına sahip bir haklar bütünü varsa, buna özel malvarlığı denir.¹⁵ Özel malvarlığından bahsedebilmek için iki önemli şart gerekir. Malvarlığının ayrılmış bir kısmı olmalı ve

¹¹ AYİTER, **Mamelek**, s.95.

¹² AYİTER, **Mamelek**, s.135.

¹³ Karşı görüş için bkz. AYİTER, **Mamelek**, s.4. AYİTER'e göre, her şahsın mameleki (malvarlığı kavramının da yanlış olduğunu ileri sürüyor) yoktur; her şahsın mamelek edinme ehliyeti vardır. Mamelek ehliyeti, hak ehliyetinin bir parçası olduğu için de, kişiliğe ve kişiliğin devamına bağlıdır. Ayrıca yine AYİTER'e göre, "mamelek" kavramının Almanca karşılığı olan "Vermögen" kelimesinin Türkçe'de "muktedir olmak, yapabilmek" anlamına gelmesi de, mamelek kavramının bir ehliyet olduğu görüşünü haklı kılmaktadır. Mamelek, haklardan, mallardan meydana gelmiş bir bütün değildir, aktif ve pasif edinme ehliyetidir. Bu haliyle mamelek parçalanamaz bir bütündür. Bkz. AYİTER, **Mamelek**, s.20. BK Tasarısının, yürürlükteki 179. maddeyi karşılayan 194. madde hükmünün başlığı, 179. maddenin başlığı olan "Bir mamelekin veya bir işletmenin devralınması" yerine "Malvarlığının veya işletmenin devralınması" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca Tasarının gerek bu maddeye ilişkin düzenlemesinde gerekse diğer hükümlerinde "malvarlığı" kavramı kullanılmaktadır.

¹⁴ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.14. Karşı görüş için bkz. AYİTER, **Mamelek**, s.112.

¹⁵ AYİTER, **Mamelek**, s.29.

bu kısım, geri kalan malvarlığı kısmına göre daha özel bir statüye tabi tutulmalıdır. Bu özel statüye tabi olma durumu, bizzat kanun tarafından düzenlenmiş olmalıdır.¹⁶

Ancak malvarlığının bir kısmının ayrı bir hukuki statüye tabi tutulması her zaman özel malvarlığı olduğu anlamına gelmez. Örneğin kişinin malvarlığı değerlerinden bazıları haczedilirse, haczedilen kısım bir bütünlük oluşturmadığı ve her bir malvarlığı değeri üzerinde birbirinden bağımsız şekilde haciz işlemi yürütüldüğü için, kişinin malvarlığının bir kısmının haczedilmesi durumunda, haczedilen kısım özel malvarlığı değildir.¹⁷

Özel malvarlığı üzerinde tek bir tasarruf işlemi ile aynı hak tesisi olanaklı değildir, özel malvarlığına dahil unsurlar tek tek ve kendilerine özgü tasarruf işlemleri ile devredilir.¹⁸ Türk Hukuku açısından özel malvarlığı oluşturan başlıca haller, İflas Hukuku'nda iflas masası, Eşya Hukuku'nda inançlı temlikte inanılan kişide kalan mallar¹⁹, Sermaye Piyasası Hukuku'nda yatırım fonu ve yatırım ortaklığının malvarlığı, Aile Hukuku'nda şahsi mallar ve çocuğun anne babasının kullanımına tahsis edilen malları, Miras Hukuku'nda ön mirasçının elindeki mallar ve terekenin kendisini yönetecek organa kavuştuğu durumlardır. (Bkz. aşağıda s.10-23)²⁰

Bu çalışmanın konusu açısından belirtilmesi gereken husus, ticari işletmenin de bir özel malvarlığı olduğudur. Bir görüşe göre BK m. 179 hükmü özel malvarlığı devirlerine değil, sadece “bütün” malvarlığı devirlerine ve istisnaen kendisi de bir

¹⁶ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.11. Bir hakkın kişinin hangi malvarlığına girmiş olduğu kanun tarafından bizzat belirlenmemiş olduğundan, kişi tek taraflı iradesiyle bunu değiştirebilir.

¹⁷ AYİTER, **Mamelek**, s.30.

¹⁸ AYİTER, **Mamelek**, s.30.

¹⁹ Bu örneğin diğer özel malvarlığı türlerinden farklılık gösteren yanı, inançlı temlike konu olan malvarlığının çoğunlukla bir veya birkaç parça malvarlığı değerinden oluşmasıdır. Oysa diğer özel malvarlığı örneklerine bakılacak olunursa, hepsinin bir yığın teşkil ettiği görülür. Bu yönüyle inanılan kişinin elindeki inançlı temlik konusu malın bir özel malvarlığı oluşturduğu kanaatimce tam olarak iddia edilemez.

²⁰ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.11; AYİTER, **Mamelek**, s.33.

özel malvarlığı olan ticari işletmenin devrine uygulanacak bir hükümdür. Zira kanunkoyucu madde başlığında özel malvarlığı olan ticari işletmeyi özel olarak belirtmiş ve bu yönüyle BK m. 179'un genel malvarlığı ve özel olarak özel malvarlığı olan ticari işletmenin devrine uygulanacağını düzenlemiştir. Ancak yazarlara göre, bir kişinin genel malvarlığının önemli bir kısmının kendi içinde bir bütünlük oluşturması durumunda BK m. 179 uyarınca devri olanaklıdır. Yine ticari işletme, kişinin malvarlığının ne kadarlık kısmını oluştursa oluştursun, özel olarak kanun hükmünde düzenlendiği için devri olanaklıdır.²¹ Oysa kanaatimce kanunkoyucu gerek madde başlığında gerekse maddenin içeriğinde genel-özel malvarlığı ayırımına ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır. İşletmenin özel olarak düzenlenmiş olması, özel malvarlığı devri açısından en sık rastlanacak durumun işletme devri olmasındandır. Örnek olarak sayılan özel malvarlığı durumlarında zaten olağan olan bunların tümünden devredilmesinin söz konusu olmaması veya devirlerine özel hükümlerin uygulanmasıdır. Yoksa devre ilişkin özel düzenlemelerin olmadığı özel malvarlığı devirlerine de BK m. 179'un uygulanması olanaklı olmalıdır.²²

Örneğin iflas masasına dahil malvarlığı değerlerinin devrinin nasıl gerçekleştirileceği, masanın tasfiyesi İİK m. 208 vd.da özel olarak düzenlenmiştir. Yine yatırım fonlarının devrinde ilgili Tebliğ'in 52. maddesine göre, fon kurucusunun iflası veya tasfiyesi halinde Sermaye Piyasası Kurulu, fonu uygun

²¹ Oya AKINCI, **Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1988, s.33; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.28.

²² Ayrıca bkz ileride s.123 dn.179'da da belirtildiği üzere, ticari işletmenin kendi içinde bağımsız bütün oluşturan işyerlerinin devrine de BK m. 179'un uygulanmasının olanaklı olduğu yolunda ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.34 ve orada dn. 137'deki yazarlar. Kaldı ki karşı görüşte olan ACEMOĞLU da BK m. 179'un sadece genel malvarlığı devirlerine ve istisnaen özel malvarlığı devirlerine uygulanması gerektiğine ilişkin düşüncesinin, özel malvarlığı olarak sadece ticari işletmeyi kabul edenlere karşı geçerli olacağını ileri sürmektedir. Bkz. ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.28 dn.13a. Oysa ileride s.10 vd.da açıklandığı üzere özel malvarlığı türleri sadece ticari işletmeden ibaret değildir.

göreceği başka bir kuruluşa tasfiye amacıyla devreder. Saklayıcı kurumun iflası halinde, fon kurucusu fon varlığını Kurul’ca uygun görülecek başka bir kuruluşa devreder. 54/f maddesi hükmüne göre de, sona eren fonun bütün malvarlığı, birleşme tarihinde bünyesinde birleşilen fona devredilir. Ayrıca terekeyi de bir bütün olarak özel malvarlığı kabul eden görüşün esas alınması durumunda, MK m. 677 gereği tek mirasçının bulunduğu terekeye ilişkin miras payının devri durumunda bir özel malvarlığı olan terekenin devri söz konusu olup, BK m. 179 hükümleri uygulanacaktır.²³

Ayrıca TTK Tasarısında da özel malvarlığı kavramına değinilmektedir. TTK m. 338/I ile anonim şirketlerde asgari kurucu sayısı beşten bire düşürüldüğü için, Tasarının m. 335’e ilişkin gerekçesine göre: “*Ön-anonim şirket bir adı şirket ve dernek olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön-şirketin ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımazlar. Anonim şirketin tescili ile ön-şirket tasfiyesiz sona erer. Tek kişi anonim şirketinde ise ön-şirket tek kurucunun özel malvarlığı niteliğini taşır.*”

A) İflas Masası

İflasın açılması ile birlikte, müflisin haczedilebilen bütün mal ve hakları, iflasın kapatılmasına kadar bir masa oluşturur ve buna iflas masası denir. İflas masası kavramında yer alan masa tabiri, maddi anlamda bir eşya olan masa anlamında değil, topluluk anlamında kullanılmaktadır.²⁴

İflas masası, iflasın açılması anında müflisin malvarlığına dahil bulunan ve haczedilebilen tüm mal ve haklarından oluşur ve bu malların bir araya getirilmesi

²³ Aynı yönde bkz. Zahit İMRE, **Türk Miras Hukuku**, 2.Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968, s.785.

²⁴ Baki KURU, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2006, s.1007.

gerekli değildir; mallar, müflisin malvarlığına ait bulunmak kaydıyla, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, masaya dahil sayılırlar.(İİK m. 184/I) İflasın açılması kararının ticaret mahkemesince verilmesi ile birlikte, açılma anı itibariyle iflas masasına dahil sayılan mallar kendiliğinden iflas masasını oluşturur. Bu açıdan, iflasın açılması anında müflisin haczedilebilen tüm mal ve hakları bir çeşit özel malvarlığı haline gelmektedir.²⁵ Bu anlamda özel malvarlığını açıklayan iki görüşten,²⁶ özel malvarlığını, tüzel kişi olmamakla beraber, tüzel kişiye yaklaştıran tüzel kişilik görüşü, iflas masasının ve dolayısıyla iflas idaresinin hukuki niteliğini açıklamak bakımından daha isabetlidir.²⁷

İflas masasına dahil malvarlığı üzerinde tüm tasarruf yetkisi iflas idaresine aittir. İİK iflas masasına adeta bir tüzel kişilik vermekte (İİK m. 226/I) ve iflas idaresini masanın kanuni temsilcisi saymaktadır.²⁸ Bu açıdan iflas masası her ne kadar tüzel kişi sayılmasa da, hukuken tanınan bir sujedir ve bazı özellikleri bulunan, kendine özgü bir varlıktır ve iflas idaresi de bu varlığın organıdır.²⁹

İflas masasına dahil mallar, iflasın açılması ile bir özel malvarlığı halini aldığı için, müflis, her ne kadar mallar üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmese de, kısıtlı bir tasarruf yetkisine, sanki bir çıplak mülkiyet hakkına sahiptir.³⁰

İflas masasına İİK m. 184/I gereği, iflasın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar da girer. Bu mallardan kasıt, müflisin kendi emeğine dayanmayan

²⁵ Ejder YILMAZ, **İflas İdaresi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976, s.49; KURU, **İcra ve İflas Hukuku**, s.1008; AYİTER, **Mamelek**, s.45

²⁶ Bkz. AYİTER, **Mamelek**, s.30 vd.

²⁷ YILMAZ, **İflas İdaresi**, s.49. Diğer görüşe göre, özel malvarlığını oluşturan o hakların tahsis edildiği gayedir ve buna gaye görüşü denir. Bkz. AYİTER, **Mamelek**, s.32.

²⁸ YILMAZ, **İflas İdaresi**, s.49-50'de yazar, iflas masasının bir tüzel kişilik olmamakla beraber, tüzel kişiliğe oldukça yaklaştığını örneklerle açıklamaktadır.

²⁹ YILMAZ, **İflas İdaresi**, s.50-51.

³⁰ YILMAZ, **İflas İdaresi**, s.51.

kazanımlarıdır. (piyango, miras vs.)³¹ Buna karşılık, müflisin iflasın açılması anından sonra kendi emeği ile, kendi çalışması sonucunda elde ettiği gelir, iflas masasına girmez, gelirin tamamı müflise aittir; çünkü borçlu alacaklılarına karşı sadece malvarlığı ile sorumludur, emeği ile sorumlu değildir.³²

B) Miras Hukukunda Özel Malvarlığı

Tereke, mirasbırakanın ölümü ile mirasçılara geçen hukuki ilişkilerin tümüdür.³³ Terekenin kendilerine intikal ettiği mirasçılar tereke üzerinde elbirliği ile ortaklırlar ve kollektif şekilde maliktirler. İşte bu kollektif kişi birliği bakımından tereke özel malvarlığı değildir; tereke üzerindeki hakları, her bir mirasçı için kendi malvarlıkları içinde yer alır. Ancak terekeye bir temsilci (MK m. 640/III) veya vasiyeti yerine getirme görevlisi (MK m. 550) atanması durumlarında veya terekenin resmi tasfiyesinde (MK m. 632) tereke kendisini yönetecek organa kavuştuğu için, terekenin mirasçılarının malvarlığından ayrılması belirgindir ve bu organ terekeyi mirasçılardan bağımsız olarak yönetir. İşte bu durumlarda tereke mirasçılarının malvarlığından ayrı özel malvarlığı halindedir, yani tereke bu durumlarda mirasçılarının malvarlıklarına karşı sınırlandırılmaktadır.³⁴

Bilindiği üzere miras ortaklığının tüzel kişiliği ve organı olmadığı için, iştirak halinde hak sahipliği ilişkisinin doğurduğu birlikte hareket zorunluluğunun

³¹ KURU, **İcra ve İflas Hukuku**, s.1008.

³² KURU, **İcra ve İflas Hukuku**, s.1009.

³³ Zahit İMRE/Hasan ERMAN, **Miras Hukuku**, 5.Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s.9-11; Ali Naim İNAN/Şeref ERTAŞ/Hakan ALBAŞ, **İnan Türk Medeni Hukuku-Miras Hukuku**, 6.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.63.

³⁴ AYİTER, **Mamelek**, s.42. AYİTER'e göre, MK mirasın intikali hükümlerini mirasbırakanın sadece tek bir mirasçısı olduğu varsayımı üzerine düzenlemiş görünmektedir ve bu durumda özel malvarlığı söz konusu olmaz; fakat mirasbırakanın malvarlığının mirasçının malvarlığı ile karışması ve tek malvarlığı şekline gelmesi söz konusudur. Diğer bir görüşe göre ise, mirasbırakanın ölümü ile her durumda, yani yukarıda belirtilen sınırlı durumlarla sınırlı olmamak üzere, tereke mirasçılar bakımından özel malvarlığı oluşturur. Karşı görüş için bkz. ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.11 dn.18.

zorluklarını aşmak için, mirasçılar topluluğu adına ve hesabına hareket ederek hukuki işlem yapmak üzere miras ortaklığına bir temsilci atanabilir.³⁵

Mirasçılar birlikte bu temsilciyi seçebilirler; ya da talep üzerine MK m. 640/III'e göre, mirasçılar tereke mallarının idaresi, kullanılması, semerelendirilmesi konularında veya tereke ile ilgili bir davada taraf teşkili konusunda oybirliği sağlayamazlarsa, terekeye temsilci atanmasını mahkemeden isteyebilirler. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin olması veya terekenin resmi tasfiyesi hallerinde tereke temsilcisi atanması gerekli değildir.(MK m. 592, 632)

Temsilcinin yetkileri MK m. 640/III'te düzenlenmemişse de, tereke temsilcisi tereke mallarını idareye ve mallarla ilgili hukuki işlemler yapmaya yetkilidir; ancak bu yetkileri mirasçılar veya mahkeme tarafından sınırlandırılabilir.³⁶ Temsilci bir veya birkaç mirasçının kararı ile bağlı olmasa da, tüm mirasçıların aldığı bir karara uymakla yükümlüdür.³⁷ Tereke temsilcisi sınırlı yetkiye sahiptir ve tereke üzerinde tasarruf yetkisi, aksi tüm mirasçılarca tanınmadıkça, yoktur.³⁸ Temsilci hem mahkemeye hem de mirasçılara hesap vermekle, özellikle mirasın taksimi sonunda bir rapor düzenleyerek hesap vermekle yükümlüdür.³⁹

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, MK m. 550'ye göre, mirasbırakan tarafından belirli mal bırakma vasiyetinin hükümlerini yerine getirmek için atanır. İlgililere karşı MK m. 556 gereği vekil gibi sorumlu olduğundan, ölümden sonraya etkili bir iş görme ilişkisi vardır.⁴⁰ Vasiyeti yerine getirme görevlisi, MK m. 552 gereği, yönetilmeye ihtiyaç olan tereke değerlerinin yönetilmesi yetkisine sahip bulunduğu, mirasçıların yasal olarak mülkiyet haklarına sahip oldukları terekeye dahil malvarlığı

³⁵ İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.427.

³⁶ İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.428.

³⁷ İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.428.

³⁸ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **Miras Hukuku**, s.542; İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.429.

³⁹ İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.4230.

⁴⁰ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **Miras Hukuku**, s.247.

değerleri üzerinde, mülkiyet hakkının mirasçılara tanıdığı yetkiler, mirasbırakanın bu tasarrufu nedeniyle sınırlanmış olmaktadır.⁴¹ MK m. 552/II, 2'ye göre, vasiyeti yerine getirme görevlisi, hem tereke mallarını yönetmek yetkisine, hem de bu malların zilyetliğine sahiptir. Bu kişinin tereke malvarlığı üzerindeki hakkı ikinci derecede bir haktır; malvarlığı hakları mirasçılara aittir.⁴²

MK m. 553 gereği, olağan tereke giderleri dışındaki giderleri karşılamak amacıyla görevli, sulh hakiminin yetkilendirmesi ile, terekeye dahil malları devredebilir veya onlar üzerinde sınırlı ayni hak tesis edebilir.

MK m. 632 veya 633'teki şartların varlığı durumunda her mirasçı veya mirasbırakanın alacaklıları terekenin resmi tasfiyesini mahkemeden isteyebilirler ve resmi tasfiye ile mirasçıların kişisel sorumlulukları sona erer. Bu nedenle mirasçıların mirasbırakanın borçlarının tamamından sorumlu olacağına ilişkin külli halefiyet ilkesinin istisnalarından biri olan miras yoluyla edinilen değerlerle sınırlı sorumluluk durumlarından biri de resmi tasfiye halinde mirasçıların sorumluluğudur.⁴³

Terekenin resmi tasfiyesi, mirasçının kişisel malvarlığı ile terekenin birleşmesini önlemektedir⁴⁴ ve tereke borçları terekeye dahil malvarlığı değerlerinden karşılanmaktadır.⁴⁵ Resmi tasfiyede tereke malları alacaklıların tatmini amacına tahsis edilmiş özel bir malvarlığı oluşturur.⁴⁶ İster olağan (MK m. 635), ister iflas usulüyle (MK m. 636) tasfiye gerçekleştirilsin, resmi tasfiye istemi durumunda,

⁴¹ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **Miras Hukuku**, s.251.

⁴² İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.162.

⁴³ Bkz. Cem BAYGIN, **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.63.

⁴⁴ Bu durum alacaklıların da lehine olduğu MK m. 633'teki şartlarda alacaklılar da resmi tasfiye isteyebilir.

⁴⁵ İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.376; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **Miras Hukuku**, s.519.

⁴⁶ İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.387.

mirasçılar ancak tereke borçları ödendikten sonra geriye kalan kısımda hak talep edebilirler; mirasbırakanın alacaklıları da sadece resmi tasfiyeye tutulan malvarlığından alacaklarını talep edebilirler.⁴⁷

Mirasçı, örneğin borç ve alacakların arasındaki oranın kolaylıkla anlaşılamadığı durumlarda resmi tasfiye talep edebilirler ve bir mirasçının talebine diğer tüm mirasçıların da katılması veya en azından diğerlerinin mirası reddetmesi gereklidir.⁴⁸ MK m. 632/II'ye göre, mirasçılardan biri mirası kabul ederse, resmi tasfiye istemi kabul edilemez.

Ayrıca MK m. 521 vd.nda düzenlenen artmirasçı atamaya ilişkin hükümlere göre, mirasbırakan, önmirasçı adı verilen atanmış mirasçıya, kendisinin ölümünden sonra veya belirli bir süre sonra, mirasını veya vasiyet ettiği malları artmirasçı atanana devretme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu atama ya mirasbırakanın iradesinden doğar, ya da MK'da sayılan hallerin doğması durumunda yasal olarak zorunlu bulunur.⁴⁹

Atanmış mirasçı mirası ve vasiyet edilen malları art mirasçıya devir ile yükümlüdür

⁴⁷ İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.376. Bu yönüyle mirasın resmi tasfiyesi hem mirasın kabulünden hem de mirasın reddinden özellikler taşıyan karma bir hukuki niteliği sahiptir. Bkz. **a.g.e.**, s.376. Ancak tasfiye bittikten sonra da mirasbırakanın alacaklılarına bakiye malvarlığı değerlerini almış mirasçılara sadece bu malvarlığı değerleri ile sınırlı müracaat olanağı tanınmalıdır. Bkz. **a.g.e.**, s.387. Bu anlamda sorumluluğun, miktar itibarıyla değil, konu ile (yalnız resmi tasfiye sonrası terekeden geçen malvarlığı değerleriyle sınırlı) sınırlı sorumluluk olduğu yolunda bkz. BAYGIN, **Mirasta Alacaklıların Korunması**, s.63 ve dn.67'deki yazarlar.

⁴⁸ İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.377.

⁴⁹ Artmirasçı atamanın yasal olarak zorunlu bulunduğu üç durum söz konusudur. Mirasbırakan MK m. 515 gereği geciktirici şarta bağlı bir ölüme bağlı tasarruf yapmışsa, geciktirici şart gerçekleşince atanmış mirasçı, mirasçı olur. Ayrıca MK m. 583 gereği, mirasçılar arasında cenin varsa, ceninin sağ ve tam doğmuş olup mirasçılık sıfatı kazanması anına kadar diğer mirasçılar atanmış mirasçılardır. Son olarak, MK m. 101 gereği, ölüm bağlı tasarrufla kurulmuş bulunan vakıflarda, vakıf tüzel kişilik kazanıncaya kadar, yasal mirasçılarla vakıf arasında atanmış mirasçılığa ilişkin hükümler uygulanır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **Miras Hukuku**, s.236-237.

ve bu malvarlığı değeri, ön mirasçının malvarlığında bir özel malvarlığı oluşturur.⁵⁰ Art mirasçı atamada hem ön mirasçının hem de art mirasçının mirasçılık sıfatı şarta bağlıdır. Ön mirasçı açısından bir bozucu şart söz konusu iken, art mirasçı açısından bir geciktirici şart söz konusudur.⁵¹

Atanmış mirasçılar da, yasal mirasçılar gibi mirasbırakanının borçlarından sınırsız ve kişisel olarak sorumludurlar.⁵² Ancak mirasbırakan, mirasçı atadığı kişiye sağlığında tüm malvarlığını devretmişse, devralan atanmış mirasçı BK m. 179 gereği, malvarlığını devralan olarak borçlardan sorumlu olur.⁵³ Mirasbırakanın atanmış mirasçıya sağlığında malvarlığının tamamını değil, bir kısmını devrettiği durumlarda, devralınan kısım için BK m. 179'a göre, devralınmayan ve mirasın açılmasıyla geçen kısım için ise MK m. 521'deki hüküm gereği sorumlu olunur.⁵⁴

C) Sermaye Piyasası Hukukunda Özel Malvarlığı

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri:VI No:4 Sayılı "Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği"nin⁵⁵ 3. maddesine göre, yatırım ortaklıkları, sermaye piyasası araçları ile ulusal ve uluslararası borsalarda veya borsa dışı organize piyasalarda işlem gören altın ve diğer kıymetli madenler portföyü işletmek üzere anonim ortaklık şeklinde ve kayıtlı sermaye esasına göre kurulan sermaye piyasası kurumlarıdır. Daha dar çerçeveli bir tanım ise 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 35'te yer almaktadır. İlgili tanıma göre, yatırım ortaklıkları sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföylerini işletmek amacıyla

⁵⁰ Kemal OĞUZMAN, **Miras Hukuku**, 5.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s.177 dn.333a.

⁵¹ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, **Miras Hukuku**, s.239.

⁵² İMRE/ERMAN, **Miras Hukuku**, s.114; BAYGIN, **Mirasta Alacaklıların Korunması**, s.54.

⁵³ BAYGIN, **Mirasta Alacaklıların Korunması**, s.55.

⁵⁴ BAYGIN, **Mirasta Alacaklıların Korunması**, s.55 ve orada dn.28.

⁵⁵ Anılan Tebliğ, 31.07.1992 tarihli ve 21301 sayılı mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

kurulan anonim ortaklıklardır.

Yatırım ortaklığı kavramı, halktan topladığı sermaye ile bir portföy oluşturarak, riskin dağıtılması esaslarına göre çeşitli yatırım araçlarına yatırım yapan şirketlerdir. Bu açıdan diğer şirketlerden tek farkı, faaliyet alanı, yani işletme konusudur.⁵⁶ Kural olarak, halktan topladığı sermaye ile portföy oluşturan ve bu portföyü riskin dağıtılması ilkesine uygun şekilde işletmek amacıyla kurulan her şirket aslında bir yatırım ortaklığıdır.⁵⁷

Yatırım ortaklığının işletme amacını oluşturan portföy, yatırım ortaklığının malvarlığının içinde ayrı bir kalemi oluşturmaktadır.⁵⁸ Yatırım ortaklığı malvarlığının bir kısmı ile portföy oluşturmakta ve bunun içine SPK ve yatırım ortaklıkları ile ilgili tebliğlerde belirtilen yatırım araçlarını (İMKB’de işlem gören şirketlerin hisse senetleri, fon, bono, vadeli işlem sözleşmeleri, tahvil, kar zarar ortaklığı belgeleri, katılma intifa senetleri, gayrimenkul ve girişim sermayesi yatırım ortaklıkları için İMKB’de işlem görmeyen şirketlerin hisse senetleri) almaktadır. Yatırım ortaklığının malvarlığı ile portföyünün ayrı ayrı kalemler olduğunun bir delili de, SPK ve ilgili tebliğlerde “portföy”ün ayrı olarak düzenlenmiş ve özel hükümlere tabi kılınmış oluşudur.⁵⁹

SPK m. 37’ye göre, halktan katılma belgeleri karşılığında toplanan paralarla, belge sahipleri hesabına, riskin dağıtılması ilkesi ve inançlı mülkiyet esaslarına göre sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföyü işletmek amacıyla kurulan malvarlığına yatırım fonu adı verilir. Yatırım fonlarının kurulmasının temel amacı, küçük tasarruf sahiplerine tasarruf sahiplerine

⁵⁶ N. Füsun NOMER, **Yatırım Ortaklıkları**, 2.Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2003, s.17.
⁵⁷ NOMER, **Yatırım Ortaklıkları**, s.17.
⁵⁸ NOMER, **Yatırım Ortaklıkları**, s.66.
⁵⁹ Ünal TEKİNALP, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1982, s.101-102.

tasarruflarını değerlendirmek olanağı tanımak ve büyük sermayeye sahip olmanın avantajlarını sağlamaktır.⁶⁰ Bu amaca ulaşmanın yolu, yatırımların riskin dağıtılması esasına göre büyük sermaye sahiplerinin istihdam edebileceği uzman kişilerce yönlendirilmesidir.⁶¹

Yatırım fonları da, yatırım ortaklıkları gibi yatırımcıların tasarruflarını toplayarak, modern portföy yönetim kurallarına göre verimli şekilde işletmek amacıyla faaliyette bulunurlar.⁶² Her ikisi açısından da riskin dağıtılması esastır. Yani malvarlığı tek bir yatırım aracı yerine, geniş sermaye piyasası araçları paletinde bulunan çeşitli yatırım araçlarına yatırılmaktadır.⁶³

Ancak yatırım fonlarıyla yatırım ortaklıkları arasındaki en önemli farklılık olarak, fonun tüzel kişiliğinin bulunmamasının aksine, yatırım ortaklığının bir tüzel kişiliği haiz oluşu ileri sürülebilir; yani hukuki yapı farklılığı söz konusudur. Bu açıdan bakıldığında, yatırım ortaklıklarında yatırımcı aynı zamanda şirket ortağı iken, fon yatırımcısının sermayesi tüzel kişiliği olmayan bir özel malvarlığına dahil olur.⁶⁴

Fonun malvarlığı kurucunun malvarlığından ayrıdır. Yatırım fonlarında tasarruf sahiplerinin birikimleri ile oluşan fonun malvarlığını kurucu yönetir. Kurucu yatırım fonunu kuran, temsil eden ve yöneten kurumdur.⁶⁵ Ancak ne yatırımcıların kendi

⁶⁰ N. Füsün NOMER, “Yatırım Fonlarında Katılma Belgesi Sahibi ile Kurucu Arasındaki Hukuki İlişki ve Katılma Belgesi Sahibinin Hukuki Konumu”, **Ömer Teoman’a 55. Yaşgünü Armağanı**, C.1, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2002, s.595-622, s.596 dn.3.

⁶¹ NOMER, **Yatırım Fonları**, s.596.

⁶² Reha TANÖR, **Türk Sermaye Piyasası**, C.1, 2. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999, s.217; TEKİNALP, **Sermaye Piyasası**, s.81. Ayrıca bkz. Sermaye Piyasası Kurulu’nun Seri:VII No:10 Sayılı “Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği”ne (19/12/1996 tarihli ve 22852 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. İlgili Tebliğ m. 5’te sayılan tüm yatırım fonları (onyedi adet) bu Tebliğ hükümlerince yatırım fonudur.)

⁶³ TANÖR, **Sermaye Piyasası**, s.194.

⁶⁴ NOMER, **Yatırım Ortaklıkları**, s.21.

⁶⁵ NOMER, **Yatırım Fonları**, s.599. Ancak SPK m.37 ve Seri VII No:10 Tebliği m.7 fonun temsilinden, yönetiminden, malvarlığının korunması ve saklanması kurucuyu sorumlu

aralarında bir ilişki bulunur, ne de kendisi bizatihi bir malvarlığı olan fonun müşterek organları bulunur.⁶⁶

Yatırım fonlarında, yatırım ortaklığında hisse senedi benzeri fonksiyona sahip diyebileceğimiz katılım belgesini alan ve sermayesi ile fona katılan yatırımcı ile kurucu arasında müşterek⁶⁷ yatırım sözleşmesi kurulur⁶⁸ ve bu sözleşme sürekli ve iltihaki bir sözleşmedir.⁶⁹ Kurucu, fonu, yatırım fonu katılma belgesi sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde temsil eder, yönetir veya yönetimini denetler. Fon varlığının korunması ve saklanması kurucu sorumludur. Kurucu ile katılma belgesi sahipleri arasındaki ilişkilere SPK m. 37 gereği, SPK ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde BK'nun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır.⁷⁰

SPK m. 37 ve Tebliğ m. 7 gereği yatırım fonunun malvarlığının mülkiyeti ve dolayısıyla tasarruf yetkisi inançlı temlik ilkesi gereğince kurucuya aittir. İnançlı temlikte, bir şahıstan bir hak iktisap eden kimse, hakkı devreden kişi ile arasındaki ilişkide kararlaştırıldığı şekilde amaca uygun olarak hakkı kullanır ve devraldığı hakkı gerektiğinde devredene veya üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt eder ve devreden de bu taahhüde güvenerek hakkı devretmektedir.⁷¹ Fonun malvarlığı

(dn.65'in devamı) tutsa da esasen kurucu da yönetme işi fon yöneticisine, saklama işini de bir saklama kuruluşuna akdedilen sözleşmeler çerçevesinde devreder. Bkz **a.g.e.**, s.600.

⁶⁶ TEKİNALP, **Sermaye Piyasası**, s.108 dn.2.

⁶⁷ Birden fazla katılımcının oluşturduğu müşterek portföyün işletilmesi sebebiyle müşterek yatırım sözleşmesinin yerinde olacağı yolunda bkz. NOMER, **Yatırım Fonları**, s.602-603.

⁶⁸ TEKİNALP, **Sermaye Piyasası**, s.109'da sözleşme "kollektif" bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir.

⁶⁹ NOMER, **Yatırım Fonları**, s.603, 606.

⁷⁰ Her ne kadar Kanun hükmünde bu ifade yer alsa da, bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek sui generis bir sözleşme olduğu yolunda bkz. NOMER, **Yatırım Fonları**, s.604-606. Yazara göre, kurucuya bir iş görme edimi yüklenmekte, sözleşmeyi feshetme hakkı kurucuya tanınmamış, kurucu yatırımcının talimatına uymak zorunda değildir; aksine yatırımcının kurucuya hiçbir şekilde talimat verme hakkı ve olanağı söz konusu değildir ve bu hüküm BK m. 386/II ile de uyumludur.

⁷¹ Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, Gözden

üzerinde kurucunun tasarruf yetkisi Tebliğ'deki çeşitli hükümlerle (m. 4, 8, 40, 52) sınırlanmıştır. Bu yolla yatırımcının mağdur edilmesi önlenmeye çalışılmaktadır.⁷²

Ayrıca yakın tarihte yürürlüğe giren 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁷³ ile SPK'na eklenen 38/B maddesi ile kurulan konut finansmanı fonu ve 38/C maddesi ile kurulan varlık finansmanı fonu da, aynen yatırım fonlarında olduğu gibi özel malvarlığı durumlarıdır.

İlgili düzenlemelere göre, konut finansmanı fonu, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, ipoteğe dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan malvarlığıdır. Fonun tüzel kişiliği yoktur, ancak malvarlığı kurucunun malvarlığından ayrıdır. Fon malvarlığı, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez, ihtiyatî tedbir kararı verilemez ve iflâs masasına dahil edilemez. Kurucu, fon kurulu ve ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahipleri arasındaki ilişkilere bu Kanunda ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde BK'nun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır.

Varlık finansmanı fonu ise, ihraç edilen varlığa dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, varlığa dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan malvarlığıdır ve konut finansmanı fonuna ilişkin

(dn.71'in devamı) Geçirilmiş Onbirinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s.304.

⁷² Bu tedbirlerin sebebi, kurucunun halktan topladığı paralarla kurduğu fonun malvarlığını korunmasının, fonun kuruluş amacına uygun işletilmesine hizmet edilmesinin, kurucunun çıkarlarına hizmet etmesinin engellemesinin sağlanmasıdır. Bkz. NOMER, **Yatırım Fonları**, s.612-616. Kısaca fonun malvarlığının özel malvarlığı olarak düzenlenmesi yoluyla, bu amaç doğrultusunda kurucunun genel malvarlığı ve fonun özel malvarlığı birbirinden soyutlanmaktadır.

⁷³ Anılan Kanun 21.02.2007 tarihinde kabul edilerek 06.03.2007 tarihli ve 26454 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

hükümler aynen varlık finansmanı fonuna da uygulanır.

D) Aile Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi

Aile Hukuku'nda MK m. 202 gereği yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşler kendi malvarlıklarına sahiptir ve evlilik birliğine özgülenmiş bir malvarlığı söz konusu değildir.⁷⁴ Bu rejimde her eş açısından iki tür malvarlığı bulunmaktadır; eşlerin hem şahsi malları vardır, hem de edinilmiş malları bulunur. MK m. 219'da beş bent halinde edinilmiş malların neler olduğu sınırlı olmamak üzere sayılmıştır ve bunların hepsinin en önemli ortak özelliği mal rejiminin devamı süresince bir karşılık (bu karşılık maddi olabileceği gibi emek şeklinde de olabilir) elde edilmiş olmalarıdır.⁷⁵

Edinilmiş malda bir birlikte veya elbirliği ile mülkiyet durumu söz konusu değildir. Aksine edinen eşin kendi kişisel mülkiyeti söz konusudur, ancak diğer eşin artık değer üzerinde alacak hakkı söz konusudur.⁷⁶ Yani evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerden her biri hem kişisel hem de adına kayıtlı edinilmiş mallar üzerinde mülkiyet hakkını korur ve tasfiye sırasında kendi mülkiyetinde; ancak diğer eşin zilyetliğinde bulunan malları geri alır.⁷⁷ Ayrıca, MK m. 223 gereği, eşlerin edinilmiş malları yasal sınırlar içinde diledikleri gibi kullanma ve tüketme hakları bulunmaktadır.

⁷⁴ Zafer ZEYTİN, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, Seçkin Yayıncılık, 2005, Ankara, s.89.

⁷⁵ Burhan HAYRAN, **Mal Rejimleri Şerhi**, Adil Yayınları, Ankara, 2004, s.92; Ahmet KILIÇOĞLU, **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.193. "Davacı kişisel eşyalarını ve gönderdiği para ile alınan altınların mevcutsa aynen, değilse bedellerinin yasal faiziyle davalıdan tahsilini istemiştir. **01.01.2002 tarihinden sonra gönderilen para ile alınan altınlar varsa bu altınların edinilmiş mal olduğu açıktır. O halde mahkemece yapılacak iş kişisel eşyalarla, edinilmiş malları tanık beyanları ve alınma tarihlerine göre belirlemek, kanıtlanan kişisel eşyaları yönünden davayı kabul etmek**, dava konusu edinilmiş mallar varsa bu mallar ile ilgili açılan boşanma davası sonucunu beklemek, buna göre bir karar vermekten ibarettir." 2.HD. 27.06.2005 7671/10010 **YKD**, 2006, Sayı:3, s.123-124.

⁷⁶ HAYRAN, **Mal Rejimleri**, s. 93; KILIÇOĞLU, **Yenilikler**, s. 197.

⁷⁷ HAYRAN, **Mal Rejimleri**, s. 93; KILIÇOĞLU, **Yenilikler**, s. 197.

Edinilmiş malın yanı sıra bir de kişisel mallar bulunmaktadır. Kişisel mal ise, edinilmiş malın dışında kalan malvarlığı değerlerini anlatmak için kullanılır. Edinilmiş mallardan olmayan malvarlığı değerlerini ifade etmek için kullanılan bu terim, MK m. 223’de yer almaktadır ve “eşler şahsi mallarında malik olmaya devam ederler” şeklinde bir düzenleme getirmektedir. Ayrıca kişisel mallar dört bent halinde sınırlı olarak sayılmış olup, kişisel mal olarak nitelendirilemeyen malvarlığı değerleri edinilmiş mal sayılmalıdır.⁷⁸ Bunların dışında MK m. 221 gereği de, sözleşme ile bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti dolayısıyla edinilmiş mallarla dahil olması gereken mal, kişisel mal sayılabilir. Ancak şahsi malların, edinilmiş mallar haline getirilmesi olanaklı değildir.⁷⁹

MK m. 229/I,1’e göre, eşlerden birinin mal rejiminin son ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan yaptığı karşılıksız kazandırmalar ve MK m. 229/I, 2’ye göre, karşılık alınsın alınmasın bir eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı her türlü devirler, edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Yani işlem geçerlidir; ancak işleme konu malın dava tarihindeki değerleri edinilmiş mallara eklenecektir. Ancak bu kazandırma konusu malvarlığı değerinin kural olarak edinilmiş mallardan olması gerekir; kişisel mallardan yapılan kazandırmalarda bu madde hükmü uygulanmaz.⁸⁰ Katılma alacağı doğduktan sonra borçlu eş malvarlığı değerlerini muvazaalı temliklerle elden çıkarmışsa, alacaklı eş ya bu devir işleminin muvazaalı olduğunu ispat ederek iptal ettirdikten sonra borçlu eşe dönmesini sağlayarak alacağını maldan elde edebilir veya şartları varsa İİK m. 277 vd.

⁷⁸ ZEYTİN, **Edinilmiş Mallar**, s.90; HAYRAN, **Mal Rejimleri**, s.93; KILIÇOĞLU, **Yenilikler**, s. 224.

⁷⁹ ZEYTİN, **Edinilmiş Mallar**, s.90; HAYRAN, **Mal Rejimleri**, s. 93; KILIÇOĞLU, **Yenilikler**, s. 224.

⁸⁰ ZEYTİN, **Edinilmiş Mallar**, s.157. “Davacı, davalıya ait kişisel malın edinilmesi sırasında ziynetlerini bozarak ve babasından aldığı parayı koyarak katkıda bulunduğunu, katkısının, malın o tarihteki rayiç değerinin üçte biri oranında olduğunu ileri sürdüğüne göre, istek, Türk Medeni Kanunu’nun 227. maddesine dayanmaktadır. Bu madde ise Aile Mahkemelerinin görevine girmektedir.” 2.HD. 07.02.2006 05-16726/1095 **YKD**, 2007, Sayı:3, s.134-135.

hükümleri gereği iptal davası yoluyla alacağına kavuşabilir.

Çocuk malları açısından bakılacak olunursa, çocuğun giderleri MK m. 327 gereği kural olarak anne babaya aittir; ancak anılan maddenin II. fıkrasındaki şartların varlığı durumunda, hakimden izin alınmak kaydıyla anne baba çocuğun malvarlığına başvurma hakkına sahiptir. Anne baba çocuğun mallarına sadece çocuğun ihtiyaçlarını gidermek amacıyla başvurabilir; kendi ihtiyaçları için başvuramazlar.⁸¹ Eski MK m. 280, anne babaya çocuğun mallarından yararlanma hakkı tanımışken, MK m. 354 gereği sadece kullanma hakkı tanınmıştır.

III. İŞLETME KAVRAMI

“İşletme” kavramı, sözlükte “tarım, sanayi, ticaret, bankacılık vb. iş alanlarında, kar amacıyla bir sermaye yatırılarak kurulan kurum” olarak tanımlanmıştır.⁸²

İktisat bilimi açısından “işletme”, emek, sermaye, doğal kaynakları ve tekniği, sisteme ve amaca yönelik olarak planlı ve uyumlu biçimde bir araya getirip, ekonomik mal veya hizmet üretmek üzere işleyen birimdir.⁸³ Bu açıdan bakıldığında işletmenin özellikleri arasında, ekonomik olması, bir kuruluş olması, dinamik olması, bağımsız olması, sosyal ve açık olması göze çarpar. İşletmenin ekonomik yönü, üretim faktörlerinin (sermaye, emek ve doğal kaynak) bir araya getirilerek mal ve hizmet ürününün ortaya konulmasıdır. İşletmenin dinamik yönü, üretim sürecinin gerçekleşerek ortaya mal veya hizmetin konulduğu yer oluşudur. Bağımsız yönü, finansal ve yönetsel özerkliğe sahip olması; sosyal yönü, topluma, toplumun

⁸¹ KILIÇOĞLU, **Yenilikler**, s. 150. İstisnaen MK m. 355 gereği çocuk mallarının gelirleri maddede sayılan durumlarda hakkaniyet gereği çocuk mallarının çocuğun giderleri için sarfından sonra artan kısım varsa, hakkaniyet gereği bu artan kısım ailenin giderleri için kullanılabilir.

⁸² Bkz. www.tdk.gov.tr (22.12.2007)

⁸³ İsmet MUCUK, **Temel İşletme**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2005, s.18; Zeyyat HATİBOĞLU/Tuncer TOKAL, **İşletme**, Ezgi Kitabevi, Bursa, 2001, s.12; Rıdvan KARALAR, **Genel İşletme**, Yorum Matbaası, Eskişehir, 2005, s.34.

ihtiyaçlarını tatmin amacıyla mal ve hizmet üretilmesi iken, açık olması da toplumla, tüketicilerle ve diğer kişi ve kuruluşlarla sürekli ilişkiler içinde olmasıdır.⁸⁴

Ayrıca işletme ile hukuk arasındaki ilişki de süreklilik taşır. İşletmenin devlete, özel kişi ve kuruluşlara karşı yasaklayıcı, düzenleyici, özendirici kural ve önlemlerden bilgi sahibi olması ve yasalara uygun hareket etmesi, hukuk yolu ile sağlanır.⁸⁵ Bir ekonomik birimin sürekli veya geçici olması, büyüklüğü, dar veya geniş bir çevrenin ihtiyaçlarının karşılanması, mülkiyetinin devlete veya özel kişilere ait olması, sahibinin bir veya birden fazla kişi olması işletme sayılma açısından önemli değildir; önemli olan bir ekonomik birimin yarar yaratmasıdır.⁸⁶

İşletme bilimi ile ilgili eserlerde işletme ve teşebbüs (girişim) kavramları arasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Ancak işletme sözcüğünün teşebbüs yerine veya her iki sözcüğün eşanlamli terimler olarak kullanıldığı da görülmektedir. Genel olarak teşebbüs, başkalarının ihtiyaçlarını sürekli olarak karşılamak üzere, pazarı olan ve pazarda fiyatı oluşan ekonomik mal ve hizmetleri ortaya koymak ve sahibine kar sağlamak amacını güden bir işletme olarak tanımlanmaktadır.⁸⁷ Böylece teşebbüsün, işletmeye göre daha geniş boyutu olduğu ortaya konulmaktadır; yani işletme teşebbüsten daha dar ve teknik bir kavramdır. Teşebbüs iktisadi-hukuki, işletme ise teknik-iktisadi bir bütün olduğundan, bir teşebbüs içinde birkaç işletmenin bulunması olanaklıdır.⁸⁸ Her teşebbüs bir işletme iken; her işletme bir teşebbüs değildir.⁸⁹ Teşebbüsün temel amacı kar sağlamak olduğu için, ev işi, devlet işi, birer işletmedir; ancak pazarı ve fiyatı olan bir mal ve hizmet üretilmediği için, teşebbüs sayılmazlar.

⁸⁴ HATİBOĞLU/TOKAL, **İşletme**, s.12-13.

⁸⁵ MUCUK, **Temel İşletme**, s.24; HATİBOĞLU/TOKAL, **İşletme**, s.18.

⁸⁶ KARALAR, **Genel İşletme**, s.34.

⁸⁷ MUCUK, **Temel İşletme**, s.19; KARALAR, **Genel İşletme**, s.36.

⁸⁸ Bkz. Yaşar KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, C.1, 3.Bası, Ankara, 1968, s. 156.

⁸⁹ KARALAR, **Genel İşletme**, s.36.

Oysa Kamu İktisadi Teşekkülleri (KİT) bu açıdan teşebbüs sayılırlar.⁹⁰ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 3'e göre, bu kanunun uygulanmasında teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade etmektedir. Bu tanımda ekonomik bağımsızlık ön planda iken, Ticaret Hukuku bakımından işletmede hukuki bakımdan bağımsızlık ön plandadır; yani Rekabet Hukuku açısından bağımsız karar alma mekanizmasına sahip ve bütünlük oluşturan teşebbüsler birden fazla olsalar dahi bir tek teşebbüs olarak kabul edileceklerdir.⁹¹

Sonuç olarak denilebilir ki, işletme kavramının üzerinde uzlaşılan bir tanımlı olmamakla beraber⁹² “işletme” kavramı açısından yapılan tanımlamaların ortak yönü, işletmenin mutlaka “ekonomik” yönü olduğudur.

İngilizcede teşebbüs anlamında kullanılan “enterprise” kavramı, “bir veya birden

⁹⁰ KARALAR, **Genel İşletme**, s.36. Bu iki kavramın çoğu zaman birbirine karıştırıldığı veya farklı olarak tanımlandığı görülmektedir. Bu paragrafta yer verilen tanımların hepsi, “işletme” ve “teşebbüs” kavramlarını işletme bilimi açısından tanımlayan eserlerden alınmış tanımlardır. Oysa Ticaret Hukuku eserlerindeki “teşebbüs” tanımı, işletme biliminin “işletme” tanımına yakınlık arz etmektedir. Yani teşebbüs kavramının karşılığı olarak Türk hukuk doktrininde işletme kavramının kullanıldığı söylenebilir. Örneğin TÜRK'e göre, “teşebbüs”, insan gereksinimlerini mal ve hizmet üretimi ile karşılamak üzere üretim faktörlerinin, yani emek, doğa ve sermayenin bir girişimci eliyle bir araya getirildiği sürekli ve bağımsız ekonomik birimdir. Bu açıdan bakıldığında, “teşebbüs”, işletme biliminin “işletme” tanımı ile hemen hemen aynı biçimde tanımlanmaktadır. Bkz. Hikmet Sami TÜRK, **Ticaret Ortaklarının Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s.8; KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.155; ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.10. Her iki bilim dalı açısından, “girişimci-müştebbis”, gerek Ticaret Hukuku anlamındaki “teşebbüs”te, gerekse işletme bilimi anlamındaki “işletme”de, emek, sermaye ve doğal kaynaklar unsurlarını bir araya getiren kişi unsuru olarak ele alınmakta ve “teşebbüs” ve “işletme” kavramları da birbirinden ayrı unsurlar olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Mahmut Tevfik BİRSEL, **Ticari İşletme Hukuku**, C.1, Ticaret Matbaacılık, İzmir, 1970, s.97; MUCUK, **Temel İşletme**, s.19; TÜRK, **Birleşme**, s.9; KARALAR, **Genel İşletme**, s.36, KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.155.

⁹¹ Yılmaz ASLAN/Doğan ŞENYÜZ/Mevci ERGÜN, **İşletme Hukuku**, 2.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2005, s.4; ayrıca bkz. aşağıda s.39'da “Bağımsızlık” maddesi altındaki açıklamalar.

⁹² BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.68.

fazla kişi veya kurumun, bağlantılı faaliyetlere veya birleşmiş işlemlere ya da ortak kontrole sahip olması hali” şeklinde tanımlanmış; diğer bir tanımlamaya göre ise, “genellikle ticari amaç güden kurum veya girişim” denilmiştir.⁹³ İngilizce’de işletme anlamında kullanılan “establishment” kavramı ise, kuruluş veya ticaret yeri anlamına gelecek şekilde tanımlanmıştır.⁹⁴

Ayrıca pozitif hukuk açısından küçük ve orta bklkteki işletmeler ile bu işletmelerin tanımlarına, niteliklerine ve sınıflandırılmasına ilişkin uygulama usul ve esaslarının belirlenmesine yönelik Küçük ve Orta Bklkteki Işletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Ynetmelik⁹⁵ m. 2’ye göre ise, KOBİ’leri ilgilendiren mevzuatın uygulanmasında bu Yönetmelik hükümleri esas alınır. Yönetmelik m. 4’e göre işletme, yasal statüsü ne olursa olsun, bir veya birden çok gerçek veya tüzel kişiye ait olup, bir ekonomik faaliyette bulunan birimleri ifade etmektedir. Bu açıdan bakıldığında işletmeye ilişkin en önemli belirleme, ekonomik faaliyette bulunmaktır. Buradaki ekonomik faaliyeti geniş ölçekte değerlendirmek ve Yönetmelik’in uygulama amacını ve Yönetmelik’in Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanmasını da göz önüne alacak olursak, bu işletmenin çalışan sayısı ve cirosu önem taşımamaktadır; önemli olan ekonomik niteliğe sahip olmasıdır. Nitekim Yönetmelik m. 5’te yapılan sınıflandırmaya göre, mikro işletmede 10 kişiden az çalışan bulunmaktadır ve yıllık cirosu 1 milyon YTL’nin aşağısındadır. Küçük işletme ise, 50 kişiden az çalışanın bulunduğu ve yıllık cironun 5 milyon YTL’den az olduğu işletme sınıfıdır.

⁹³ **Black’s Law Dictionary**, “enterprise” maddesi, 8.Bası, 2005, Thomson/West, New York.

⁹⁴ **Black’s Law Dictionary**, “establishment” maddesi.

⁹⁵ Anılan Yönetmelik’in yürürlüğe konulması, 19.10.2005 tarihli ve 2005/9617 sayılı Bakanlar Kurulu kararına dayanmaktadır. Söz konusu Bakanlar Kurulu kararının dayanağı ise, 3624 sayılı Küçük ve Orta lekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun’un 3. maddesidir. İlgili madde hükmüne göre, anılan Kanunun İkinci Maddesinde tanımlı yapılan işletmelerin bklk ve mahiyetlerini, günün ekonomik ve sosyal şartlarına göre Bakanlar Kurulu değiştirmeye yetkilidir. Söz konusu Kanun, 20.04.1990 tarihli ve 20498 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

KOBİ diye adlandırılan bu tür işletmeler Türk ekonomisinde önemli bir yere sahip bulunmakta, bu nedenle ticari işletmenin devri denilince öncelikle akla bu işletmelerin devri gelmektedir.

IV. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI

Türk Ticaret Kanunu'nun gerekçesine bakılacak olunursa' ticari işletme, kanunun temel iskeleti olarak nitelendirilmektedir. TTK m. 11'e göre, ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır. Hangi müesseselerin ticarethane sayılacağı ve fabrika kavramından ne anlaşılması gerektiği TTK m. 12'de gösterilmiştir. Ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ile neyin kastedildiği de TTK m. 13'te belirtilmiştir.

Ticari işletme kavramı çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Öncelikle “ticari” kavramının ne anlama geldiğine bakacak olursak, “ticaret ve tüccarla alakalı” şeklinde bir tanıma rastlamaktayız.⁹⁶ Yukarıda yapılan “işletme” kavramı tanımını da “ticari” kavramı ile birleştirecek olursak, ticari işletmeyi, “ticaret yapmak için emek, sermaye, doğal kaynakları ve tekniği, sisteme ve amaca yönelik olarak planlı ve uyumlu biçimde bir araya getirip, ekonomik mal veya hizmet üretmek üzere işleyen birim” diye tanımlayabiliriz.⁹⁷

TTK'ndaki düzenlemeleri de esas alarak ticari işletme açısından benzer tanımlamalara doktrinde de yer verilmiştir. Örneğin Birsal'e göre ticari işletme, esnaf sınırını aşacak surette ticarethane veya fabrikacılık sayılabilecek faaliyetleri devamlı olarak yapan veya ticarethane ve fabrika kavramlarının kapsamı dışında kalsa bile, ticari muhasebenin tutulmasını gerekli kılacak büyüklükte bir örgüte sahip bağımsız

⁹⁶ Bkz. **Hayat Büyük Türk Sözlüğü**, Hayat Yayınları, “Ticari” Maddesi; aynı yönde bkz. www.tdk.gov.tr (22.12.2007)

⁹⁷ İşletme tanımı için bkz. yukarıda s.23 dn.83.

işletmedir.⁹⁸ Hirsch’e göre ticari işletme, herhangi bir iktisadi faaliyetle uğraşan bir teşekkülün (“müesseses”) ticarete has olan organizasyon, metod ve zihniyetle işletildiğini ifade eder.⁹⁹ Arslanlı’ya göre ticari işletme, devam niyeti ile ticari metod ve organizasyonla çalışmayı gerektiren hacim ve önemde iktisadi faaliyeti konu olarak gören müessesedir.¹⁰⁰ Acemoğlu’na göre ticari işletme, “her şeyden önce, sermaye, emek ve girişim unsurları birliğinin, belirli bir organizasyon şeklinde faaliyet gösterdiği iktisadi bir kavramdır.”¹⁰¹

Oysa TTK’nda ticari işletme kavramı tanımlanmamış, sadece hangi müesseselerin ticari işletme sayılacağı ve ticari işletme sayılan müesseselerin tanımları belirtilmiştir.¹⁰² (Bkz. TTK m. 11, 12 ve 13) Buna karşılık TTK m.28’e dayanılarak çıkarılmış olan Ticaret Sicili Tüzüğü’nde (TST)¹⁰³, ticari işletmeyi dolaylı olarak tanımlayan bir hükme yer verilmiştir.

Ancak TTK bakımından büyük öneme sahip ticari işletme kavramının, doğrudan Kanun’da tanımlanmayarak, Tüzük’te tanımlanmış olması doktrinde eleştirilmiştir.¹⁰⁴ Yine doktrinde, “ticari işletme” terimi de eleştirilmiş ve bunun

⁹⁸ BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.75.

⁹⁹ Ernst HIRSCH, **Ticaret Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 1948, s.103.

¹⁰⁰ Halil ARSLANLI, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri-Umumi Hükümler**, 2.Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s.21.

¹⁰¹ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.16. Gerçi ACEMOĞLU bu tanımı “işletme” kavramı için yapmıştır, ancak anılan eserin s.16 dn.2’de atıf yaptığı eseri ve yazarı referans göstererek burada “işletme” ile kastedilenin “ticari işletme” olduğunu vurgulamıştır.

¹⁰² Kanun koyucunun ticari işletmeye ilişkin yaptığı genel tanımında BK m. 449’dan esinlendiği ve iki düzenleme arasında uyum sağlanmasının amaçlandığı; ancak bunda da başarılı olamadığının TTK m.1 ve 3 ve BK m. 449 ve 453’teki kavram kargaşasından da anlaşılabilceği yolunda bkz. Hüseyin ÜLGEN/Ömer TEOMAN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA/N. Füsün NOMER ERTAN, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.130 N.388.

¹⁰³ Bu Tüzük, 08.02.1957 tarihli ve 9530 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ticaret Sicili Nizamnamesinde 1998 yılında bazı değişiklikler yapılmış ve bu arada Nizamnamenin adı ‘Ticaret Sicili Tüzüğü’ olarak değiştirilmiştir. Bu hususta bkz. Resmi Gazete Tarih: 28.8.1998, Sayı: 23447.

¹⁰⁴ Reha POROY/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 10.Baskı, İstanbul, 2004, s.32;

yerine “teşebbüs” teriminin kullanılmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir¹⁰⁵. Hatta “teşebbüs” terimi yerine, TTK öncesi de doktrinde “işletme” kelimesinin kullanıldığı olmuştur.¹⁰⁶ İşletme ve teşebbüs terimleri arasındaki farkın ve teşebbüs veya işletme terimlerinin anlamı daha doğru yansıttığı üzerinde durmak yerine, kanuni terim olarak kullanılan “ticari işletme” terimini, ticari işletmenin malvarlığı yönünü de kapsar şekilde kullanmanın daha doğru olduğu da belirtilmiştir.¹⁰⁷

TTK tasarısı hükmünde ise mevcut düzenlemelerden farklı bir düzenleme getirilmektedir. İlgili hükümlere göre:¹⁰⁸

“Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.”¹⁰⁹

dn.104’ün devamı) KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.130 N.388. Yine TTK Tasarı m. 11’e ilişkin madde gerekçesinde de bu durum eleştirilmiştir. Madde gerekçesine göre: “Ticari işletme 6762 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bunun yerine, ticarethanenin, fabrikanın ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin ticari işletme oldukları belirtilmiştir. Anılan Kanun bir taraftan ticari işletmenin tanımlanması, diğer taraftan da ticari işletme sayılan ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerekliliğine uygun olarak düzenlenmiştir. **Çünkü, ticari işletme kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır. Bu sebeple Tasarı’da ticari işletmenin tanımlanması şarttır. Tasarının sistemini oluşturan temel bir kavramın tanımı Ticaret Sicili Tüzüğüne bırakılamaz.**”

¹⁰⁵ Bir görüşe göre, teşebbüs kavramı, işletmenin çevreyle olan ilişkisini esas almaktadır, dolayısıyla TTK da, ticari teşebbüsün kanunudur. Bkz. Ali BOZER, “Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme”, **Batider**, 1962, C.1, Sayı:3, 369-370. Bir diğer görüşe göre ise, teşebbüs, işletmeden daha dar kapsamlı bir kuruluştur ve devamlılık, sermaye, sürüm ve tesisat itibarıyla belli bir düzeye ulaşmış işletmedir. Bkz. ARSLANLI, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, s. 16-17.

¹⁰⁶ Bkz. KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.156 dn.3.

¹⁰⁷ POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.26; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.17.

¹⁰⁸ Adalet Komisyonunca kabul edilen bu metin, TBMM’ye sevk edilen Hükümet Tasarısı’nda da aynı şekilde yer almaktaydı. 1/1138 Esas No.lu ve 123 Karar No.lu Adalet Komisyonu metni için bkz. www.kgm.adalet.gov.tr (01.05.2008) TBMM’ne sevk edilen 09.11.2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve gerekçeleri için bkz. www.tbmm.gov.tr (01.05.2008)

¹⁰⁹ Yukarıda s.28 dn.98-101 arasında yer verilen çeşitli ticari işletme tanımları yerine, TTK Tasarı m. 11/I hükmünün, ticari işletmeye ilişkin tüm unsurları barındırması nedeniyle (tezimizde yer verdiğimiz ticari işletmenin unsurlarından “açıklık” unsuru hükümde belirtilmemiş olsa da) bir tanımlama yapmak yerine anılan hükme yollama yapmanın isabetli

Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir.”

Öncelikle, taslaktaki madde başlığından da anlaşıldığı üzere ticari işletmenin bütünlük arz eden bir değer olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca aşağıda s.34 “ticari işletmenin unsurları” başlıklı paragrafta yer verdiğimiz ticari işletmenin unsurlarından gelir sağlamayı hedef alma, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşma unsurlarının¹¹⁰ da ticari işletmenin belirlenmesinde temel alınan unsurlar olduğu madde metninde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Ayrıca TTK m. 1463/II’de yer alan hüküm (bkz. aşağıda s.43), bütünlük arz etmesi açısından TTK Tasarı m. 12’nin içine alınmaktadır. Bir diğer farklı yön ise, Tasarı m.12’de yer alan düzenlemeye paralel olarak, ticarethane (TTK m. 12/I) veya fabrika (TTK m. 12/II) veya ticari şekilde işletilen diğer müesseseler (TTK m. 13) ile ilgili hükümlere Tasarı’da yer verilmemesidir. Böylelikle TTK açısından ticari işletmenin alt başlıklarını oluşturan müessese türleri açısından yapılan belirlemeler ortadan kalkmakta ve ticari işletmeyi belirlemeye yönelik en önemli kıstas, esnaf işletmesi sınırını geçmek olarak belirlenmektedir.

Tasarı hükmündeki düzenleme hakkında göze çarpan belirgin özellik, aşağıda çeşitli bölümlerde değinilen ticari işletmeye ilişkin ve TTK’nda farklı maddelerde düzenlenmiş öğelerin tek bir madde içinde derli toplu şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Bu açıdan ticari işletmenin doktrinde oybirliğiyle kabul gören unsurlarının (açıklık bazı yazarlarca ticari işletmenin unsuru sayılmadığından bkz. s.34 dn.126) Tasarıda

(dn.109’un devamı) olacağı yolunda bkz. KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.131 N.394.

¹¹⁰ TTK Tasarı m.11/II’nin gerekçesinden: “6762 sayılı Kanunun ilk yürürlüğe girdiği günlerde öğretinin, esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki sınırı çizme konusunda, 6762 sayılı Kanunun 17 nci maddesinden çıkarmaya çalıştığı kriterler uygulamada etkili olmamıştır. Uygulamada sınır Bakanlar Kurulu kararnameleriyle belirlendiği için, bu uygulama kanunlaştırılmıştır.”

yer verilmiş olması olumlu yönüdür.¹¹¹

Ticari işletme ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen müesseseler olmak üzere üç müesseseyi ifade eden bir üst kavram olması yönüyle, TTK'da sayılan ticarethane (sayma yöntemi bazı tehlikeleri beraberinde getirir, örneğin gelişen dünyada ortaya çıkan yeni kavramların Kanunda yer almaması, bazı noktaların düzenlemesinin unutulmuş olması), fabrika¹¹² ve ticari şekilde işletilen müesseseler ayrımının kaldırılması da kanaatimce yerinde olmuştur.

TTK hükümlerini esas alarak denilebilir ki, her ticari işletme özde bir işletme olmak durumunda ise de, her işletme bir ticari işletme değildir.¹¹³ Bu anlamda, esnaf işletmesi de (ekonomik anlamda) bir işletme olmakla birlikte, ticari işletme sayılamaz; dolayısıyla TTK hükümleri, kural olarak esnaf işletmeleri ve esnafilar hakkında uygulanamaz. (istisnalar için bkz. TTK m. 17) Bu nedenle bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için, TTK'nun kabul ettiği ticari işletme türlerinden birine girmesi zorunludur.

Ticari işletme öncelikle uygulamanın ortaya çıkardığı bir kavram olduğu için, ticaret kanunlarında ticari işletme düzenlenmemiş ülkelerde dahi ticari işletme, kendi kendine büyük ve önemli bir alan oluşturmuştur.¹¹⁴ Bu yüzden her ne kadar Alman, İsviçre, Fransız ve Türk Ticaret Kanunlarında "ticari işletme" tanımlanmamış olsa

¹¹¹ Ayrıca bkz. yukarıda s.28 dn.104.

¹¹² Fabrikanın bir ticari işletme değil, üretim birimi olduğu yolunda TTK Tasarı m.11 gerekçe için aşağıda s.45 dn.169.

¹¹³ Hayri DOMANIÇ/Erol ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5.Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s.140; Sabih ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 8.Baskı, Ankara, 2005, s.21; BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.75. TTK Tasarı m. 11'in madde gerekçesinden: "Ticari işletme TSTüz 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasından esinlenilerek olumlu bir cümle ile tanımlanmıştır. Ticari işletme "işletme"nin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticari işletmenin bir "işletme" olduğu özellikle vurgulanmıştır. Böylece ticari işletme, iktisat biliminin ve işletme iktisadının "işletme"sinden, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun "teşebbüs"ünden ayrılmıştır."

¹¹⁴ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.17.

da, ticaret hukukunun önemli kurumları ve TTK'nun çeşitli hükümleri ticari işletme kavramı ile bağlantı kurularak düzenlenmiştir. Örneğin, gerçek kişi tacirle ilgili TTK m. 14'e göre, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse gerçek kişi tacir olarak tanımlanmıştır.¹¹⁵

Ticari işletme kavramının TTK anlamındaki kullanımına nasıl ulaştığına bakılacak olunursa, öncelikle denilebilir ki, ticaret hayatının geliştiği XIX. yüzyılın ikinci yarısında ve XX. yüzyılın başlarında kıta Avrupası devletlerinde, ticaret hukukunu medeni hukuktan ayırmak için ticari muamele (objektif sistem) ya da tacir (subjektif sistem) kavramları esas alınmıştır.¹¹⁶ 865 sayılı eski Ticaret Kanunu ise bir orta yol izlemiş ve ticaret hukukunu sübjektif ve objektif görüşlerin karması bir sisteme dayanarak düzenlemiştir.¹¹⁷ O dönemlerde tacir ya da ticari muamele kavramlarının ticaret hukukunun temel taşı sayılıp sayılamayacakları sorunu, ticaret hukukçuları arasında tartışma konusu olduğu için, doktrinde, “teşebbüs” (“tacir”) ve “müteşebbis” (“ticari işletme”) kavramlarını birbirinden ayırma bir çözüm yolu olarak benimsenmiş ve “ticaret hukuku”, ticari muamele ve tacir kavramları dışında “işletmeler hukuku” olarak tanımlanmaya çalışılmıştır.¹¹⁸ Bu açıdan bakıldığında modern ticaret hukukunun asıl konusunu tacirler değil, büyük iktisadi teşebbüsler, yani ticari işletmeler oluşturmaya başlamıştır.¹¹⁹

Hirsch başkanlığında yürütülen TTK'nun hazırlık aşamasında da modernleşme saikiyle hareket edilerek temel kavram olarak ticari işletme kabul edilmiş ve kanunun

¹¹⁵ “Ticaret karinesi” başlıklı TTK m.21'e göre, kural olarak ticari işletme ile ilgili olmayan borçların adi borç olması asıldır. Yine “ücret istemek hakkı” başlıklı TTK m. 22'ye göre, ticari işletmesi ile ilgili bir iş veya hizmet görmüş tacir uygun bir ücret isteyebilir. TTK m. 153 ve 243'e göre, kollektif ve komandit şirketler ancak bir ticari işletmeyi işletmek üzere kurulabilir. Bu örnekleri çoğaltmak olanaklıdır. TTK m. 15, 18, 20, 23 vd.

¹¹⁶ BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.67.

¹¹⁷ ARKAN, *Ticari İşletme*, s.7.

¹¹⁸ BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.68.

¹¹⁹ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, s.156.

sistematığı bu kavram üzerine inşa edilmiştir.¹²⁰ TTK’nda yer verilen “ticari işletme” kavramı, iktisadi anlamdaki teşebbüs kavramını karşılamak amacıyla kullanılmıştır. Ticari teşebbüse “ticarethane” adını veren ETK m. 46 ve 49’dan farklı olarak TTK’nda “teşebbüs” kavramı yerine işletme kavramı kullanılmış, böylelikle “ticari teşebbüs” kavramının yerini, “ticari işletme” kavramı almıştır.

Bir kişinin bir malvarlığı olmasına karşın, bir kişinin birden fazla ticari işletmesi bulunabilir veya bir ticari işletmenin birden fazla sahibi bulunabilir; çünkü ticari işletme bir özel malvarlıktır ve malvarlığının tekliği ilkesi ticari işletmeler için söz konusu değildir.¹²¹ Eğer ticari işletme, bir tüzel kişiye aitse, bu defa tüzel kişinin malvarlığı ile ticari işletmesi aynı şey olur.¹²²

1477 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu¹²³ m. 1’de esnaf ve sanatkarlar sicilinde kayıtlı ticari işletmeden bahsedilmiş, yani esnaf işletmesi üzerinde de Ticari İşletme Rehni Kanunu çerçevesinde rehin kurulabileceği söylenmiş; ayrıca Ticaret Hukuku sistemine aykırı bir şekilde ek maddede, söz konusu Kanun’un uygulanmasında esnaf veya sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeylerin de, ticari işletme

¹²⁰ Bkz. ARKAN, **Ticari İşletme**, s.19; BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.67; TÜRK, **Birleşme**, s.11. Burada TTK’nun “ticari işletme” kavramı üzerine inşa edilmesinin bir diğer sebebinin de ticari işletme kavramını 52 vd. maddelerinde düzenleyen 7 Haziran 1937 tarihli İsviçre Ticaret Sicili Nizamnamesi olduğu yolunda bkz. BOZER, **“Ticari İşletme Üzerinde İnceleme”**, s. 366. Ancak bu hükümlere bakıldığında anılan hükümler ticari işletmenin ticaret siciline düzenlenmesine ilişkindi ve İsviçre Ticaret Hukuku açısından ticari işletme kavramının önemi bununla sınırlı idi. Yine ticari işletme kavramı, TTK’nun yürürlüğe girmesinden önce de Türk Hukuku’nda bilinmekteydi. Örneğin BK m.449’da ticari vekil düzenlenirken, “ticari işletme” esas alınmıştır.

¹²¹ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.20-21. Aksi görüş olarak KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.149 N.452-454’e göre, tacirin sorumluluğu işletmesine ait malvarlığı ile sınırlı olmadığından, ticari işletme tacirin genel malvarlığından ayrı düşünülmemelidir; çünkü ayrı bir rejime tabi değildir. Ticari işletmenin özel malvarlığı olup olmadığı tartışmasının temelinde gerçek kişi tacirlerin sorumluluğunun sadece işletmeye tahsis olunan malvarlığı ile sınırlandırılmamış olması yatmaktadır; zira ticaret şirketlerinde ayrı tahsisat zaten söz konusu olmayacağı için, özel malvarlığı kavramı da gündeme gelmez.

¹²² ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.20.

¹²³ Anılan Kanun, 21.07.1971 tarihinde kabul edilerek, 28.07.1971 tarihli ve 13909 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinden altı ay sonra (28.01.1972) yürürlüğe girmiştir.

kavramının içeriğine dahil olduğu düzenlenmiştir.¹²⁴

A) Ticari İşletmenin Unsurları

TST'nin, İsviçre Ticaret Sicili Nizamnamesi'nin 52/III maddesi hükmünden yararlanılarak hazırlanan 14/II maddesine göre, “*bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17 nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz*”. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere ticari işletmeyi diğer iktisadi işletmelerden ayırmak, diğer bir deyimle bir işletmenin ticari işletme olup olmadığını anlamak için birkaç unsur gereklidir. Bu unsurların sayısı açısından doktrinde bir birliktelik söz konusu değildir. Doktrinde oybirliğiyle kabul edilen unsurlar, Tüzük tanımını da dikkate alarak, bağımsızlık, gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık ve esnaf faaliyetini aşmak olarak göze çarpmaktadır.¹²⁵ Bunun dışında açıklık ilkesi bazı yazarlarca aranmayan bir unsur olmakta¹²⁶; yine “örgüt” unsuru da bazı yazarlarca gerekli

¹²⁴ Bu kavramların hatalı kullanımı yönündeki eleştiriler için bkz. Ali ERTEN, **Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s.2; Şaban KAYIHAN, **Ticari İşletme Rehni**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s.6 vd; ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.46.

¹²⁵ ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.4, POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.34; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.18; KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.156-158; KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.136 N.408 vd. (gelir sağlamanın yerine daha genel ifadeyle “iktisadi yarar sağlama”); ARKAN, **Ticari İşletme**, s.19; BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.69 (Gerçi BİRSEL bu özellikleri iktisadi işletmenin tespiti için gerekli unsurlar olarak belirtmekteyse de, iktisadi işletmenin bir türü olan ticari işletmede de bu unsurların bulunması gerektiğini söylemektedir.) Ayrıca DOMANIÇ/ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, s.148 vd.da “esnaf faaliyetini aşmak” unsuru anlamında “işletmenin ticari muhasebeyi gerektirecek hacimde olması” tabirini kullanmakta ise de, unsura ilişkin açıklamalarda kastedilenin esnaf işletmesi ve ticari işletme arasındaki farkın kazanca göre değişen muhasebe tutmak olduğu anlaşılmaktadır. ARSLANLI ise, ticari işletmenin “maddi” ve “gayri maddi” olmak üzere iki unsuru olduğunu, maddi unsurun tacirin işletmeye özgülediği maddi ve gayri maddi mallar üzerindeki hakları olduğunu, gayri maddi unsurun da işletmenin oluşturduğu müşteri çevresi, itibar ve işyerinin yarattığı iş değerinden oluştuğunu belirtmektedir. ARSLANLI, **Kara Ticareti Hukuku**, s.113-114.

¹²⁶ Örneğin POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, ARKAN, **Ticari İşletme**; DOMANIÇ/ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları** adlı eserlerde “açıklık” unsuru sayılmamıştır.

unsurlar arasında görülmektedir.¹²⁷ Bir görüşe göre de, ticari işletme, iktisadi işletmenin konusuna giren emek ve sermayenin teşkilatlanmasından meydana geldiğine göre, emek sahibi bir veya birden fazla kişinin, yani insan gücünün bulunması gerekir.¹²⁸

Aşağıda belirtilen unsurları da gözönüne alacak olursak, bir işletme, ticarethane (TTK m. 12/I) veya fabrika (TTK m. 12/II) veya ticari şekilde işletilen diğer müesseseler (TTK m. 13) arasında sayılabilecek nitelikte olup, iktisadi faaliyeti esnaf sınırlarını aşıyorsa ticari işletme sayılacaktır; yani gelir sağlamak amacıyla devamlı ve bağımsız şekilde açıkça faaliyet gösteren bir işletmenin ticari işletme sayılması, işletme içinde yürütülen faaliyetin esnaf faaliyeti düzeyini aşması halinde olanaklı olacaktır.

1) Gelir Sağlamayı Hedef Tutma

Tüm işletmelerde olduğu gibi ticari işletmelerde de, ekonomik yarar sağlama, daha açık bir anlatımla, gelir elde etme amacının bulunması şarttır.¹²⁹ Ticaret Sicili Nizamnamesi'nin 14. maddesinin ikinci fıkrasında bu unsura yer verilmiştir. İlgili hükme göre: “Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz”.

Gelir sağlamak unsuru geniş düşünülmelidir. Önemli olan gelir sağlama amacının bulunmasıdır; bu amacın fiilen gerçekleşip gerçekleşmediği ticari işletme niteliğinin

¹²⁷ BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.72. Gerçi sadece BİRSEL “örgüt” unsurunu açıkça saymış olsa da, diğer yazarlar açısından bu unsurun, sayılmamış olmasına rağmen dolaylı yollardan şart koşulduğu anlaşılmaktadır. KARAYALÇIN, bir iktisadi işletmenin ticari şekilde işletilen bir müessese olmasını aramaktadır. Bkz. KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.160.

¹²⁸ Bkz. DOMANIÇ/ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, s.122; TÜRK, **Birleşme**, s.68; BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.97.

¹²⁹ POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.34; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.18; KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.158; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.21; BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.69; DOMANIÇ/ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, s.147, ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.4; KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.136 N.408.

kazanılması açısından önemli değildir.¹³⁰ Ticari faaliyete girilirken, gelir elde etmek amacının varlığı asıldır. Faaliyetin devamı sırasında gelir de elde edilebilir, zarar da edilebilir. Tüm bunlar ticaret hayatının getirdikleri arasında bulunmaktadır. Ancak ne kadar zarar doğarsa doğsun, en baştan beri var olan gelir elde etme amacıyla kurulma unsuru değişmez; çünkü zararın içinde dahi kar elde etme unsuru olabilir. Örneğin işletme, daha önceki yıllarda oluşan zarar miktarını azaltmış ve fakat bilançosuna göre hala zarardaysa, yine de gelir elde etmeye başlamış sayılabilir.

Gelir sağlama amacıyla işletmenin çalışma alanının genişlemesi, yeni makine ve teçhizata sahip olması, müşterilerinin artması, büyüme ve gelişme arzusu da gizlidir.¹³¹ Yani salt gelir sağlamak değil, sağlanan gelirler sayesinde ekonomik olarak gelişmek arzusunun da varlığı kabul edilir.

Elde edilen gelirin ne şekilde harcandığının, ticari işletme sayılma açısından herhangi bir önemi yoktur.¹³² Sağlanan gelirin, tamamen yardımseverlik niteliği olan amaçlara yönlendirilmesi halinde dahi işletmeden söz edilebilir. Bu anlamda, yardım amaçlı bir derneğin her gün açık olan kermes sergisi, bir işletmedir; çünkü yardım amaçlı derneğe gelir elde etmek amacıyla kurulu bulunmaktadır. Ayrıca elde edilen gelire bağlı olarak, örneğin kermes sergisinin ürün çeşidi ve kurulu bulunduğu alan olarak büyütülmeye çalışılması amacı da varsayılır. Buna karşılık bir yardım derneğince, sadece kimsesizlere ve tamamen parasız yemek dağıtmak amacıyla kurulan bir lokanta, gelir elde etmek amacıyla kurulmamış olduğundan ticari işletme sayılmaz.

İşletmeyi işleten kişinin hukuki statüsü de, işletme kavramının tayininde önem

¹³⁰ KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.158; POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.34; DOMANIÇ/ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, s.147; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.18; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.21.

¹³¹ BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.70.

¹³² KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.158, ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.5; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.21.

taşımaz.¹³³ İşletmeyi işleten, devlet, belediye gibi bir kamu tüzel kişisi veya dernek ve vakıf¹³⁴ gibi özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi, doktor, mühendis gibi serbest meslek erbabı da olabilir.

Gelir sağlama unsuru, sadece malvarlığında bir artış meydana getiren faaliyetler şeklinde değil, malvarlığında muhtemel bir eksilmeyi önlemeye yönelik organizasyonları da kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır¹³⁵. Bu açıdan, üyelerinin çeşitli ihtiyaçlarını piyasa rayicine göre daha ucuz karşılamak amacıyla kurulan müesseselerin de bir işletmesi vardır.¹³⁶

2) Devamlılık

Ticari işletmedeki devamlılık unsurunu olumsuz şekilde tanımlayan TST m. 14/II'ye göre, devamlı olmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz. TST m. 14/II, maddesinde sözü edilen devamlılık unsuru, ticari işletme içinde yürütülen faaliyetle ilgilidir. Bu anlamda devamlılık, sadece tek sefere özgü, geçici nitelikteki faaliyetlerin, bir ticari işletmeden bahsetmek için yeterli olmayacağını göstermektedir.¹³⁷ Örneğin, tek sefere mahsus olmak üzere buğday alım satımına aracılık yapılması, buğday aracısının faaliyetlerini yürüttüğü işyerinde kurulu bulunan bir işletmenin varlığını göstermez.

¹³³ ARKAN, **Ticari İşletme**, s.21.

¹³⁴ Bkz. Fuat PEMBEÇİÇEK, **Türk Hukuku'nda Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 1999.

¹³⁵ KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.158-159; ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.4.

¹³⁶ Örneğin, Eskişehir'de kurulu bulunan S.S. Üniversiteliler Üretim Kooperatifi, Anadolu Üniversitesi çalışanlarına ucuz tüketim maddeleri sağlayan bir işletme işletmektedir. Bkz. <http://www.unkoop.com> (21.01.2007).

¹³⁷ POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.34; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.18; KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.159; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.21; BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.71; DOMANIÇ/ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, s.146; KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.137 N.409.

Devamlılık unsurunun belirlenmesinde en önemli ölçüt, devam niyeti ve amacıdır¹³⁸. Ticari işletmede yürütülen faaliyetin niteliği gereği zaman zaman kesintiye uğraması, devamlılık unsurunun bulunmadığı anlamına gelmez. Devamlılık açısından işletmenin yıl boyunca her zaman açık olması şart değildir; önemli olan yılın herhangi bir döneminde açık olsa dahi bu faaliyetin gelecek zamanlarda tekrarlanması niyeti ve amacıdır. Örneğin sadece kış sezonunda açık bulunan bir kayak merkezi işletmesinde devamlılık unsuru mevcuttur; çünkü her yeni kış sezonunda yeniden işletilme niyeti ve amacı vardır.

Devamlılık unsuru, aynı zamanda faaliyetin örgüt haline getirilmesini de gerektirir; yani örgüt, faaliyetin devamlı olmasının bir sonucudur.¹³⁹ Kazanç sağlama amacı olmasa dahi işletmenin konusunun ve faaliyetinin, her türlü mal ve hizmet satışı ya da bunlara benzer şekillerde olması ve devamlı olması durumlarında dernek veya vakıflara ait iktisadi işletme olduğu kabul edilecektir.¹⁴⁰ Her ne kadar TTK m.

¹³⁸ ARSLANLI, **Kara Ticaret Hukuku**, s. 20; DOMANIÇ/ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, s.146; KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.159; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.21, ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.5.

¹³⁹ KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.159.

¹⁴⁰ Bkz. PEMBEÇİÇEK, **Ticari İşletme İşleten Vakıflar**, s.71 vd.da vakıfların ticari işletme işletmelerinde hukuki bir engel bulunmadığını; aksine yürürlükteki düzenlemelerin, vakıfların kuruluş amaçlarını gerçekleştirmeleri açısından yararlı görüldüğü için vakıfların ticari işletme işletmelerini olağan karşıladığı, teşvik ettiği ve buna çeşitli sonuçlar bağladığını ifade etmektedir.

Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 5520 sayılı Yeni Kurumlar Vergisi Yasası'nın uygulanmasına yönelik açıklamaları içeren Seri No:1 Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Resmi Gazete Yayın Tarihi: 03.04.2007 Sayı:26482) m. 2.4'te ifade edildiği üzere: "dernek veya vakıflara bağlı olup, faaliyetleri devamlı bulunan ticari, sınai ve zirai işletmeler ile benzer nitelikteki yabancı işletmeler, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletme sayılmakta ve kurumlar vergisi mükellefiyeti tesis edilmektedir. Dernek veya vakıfların eğitim ve sağlık gibi hizmetleri, bir bedel karşılığı olmaksızın yerine getirmeleri halinde, bu faaliyetler dernek veya vakfa bağlı iktisadi işletme olarak nitelendirilmeyecektir. Ancak, sözü edilen hizmetlerin yerine getirilmesi için yapılan masrafların hizmet verilenlerden tahsil edilmesi ya da bu kişilerden veya ailelerinden bağış adı altında bir bedel alınması durumlarında, bu faaliyetler, dernek veya vakfa ait iktisadi işletme sayılacaklardır." Söz konusu tebliğ ile özellikle dernek veya vakıflara ait iktisadi işletme kavramına vergisel açıdan farklı bir görüntü getirilmekte, bu tür kuruluşların vergilendirilmesinde geçerli sayılan özelliklerin yorum yolu çerçeve olarak genişletilmesi öngörülmektedir. Bu bağlamda tebliğde de ifade edildiği üzere *yapılan faaliyetin her türlü mal ve hizmet satışı ya da bunlara benzer*

18’de ticari işletme işleten vakıfların ve derneklerin tacir sayılıp sayılmayacağı açıklığa kavuşturulmamış olsa da, TTK m. 46/I’de tacir sayılan diğer hükmü şahıslardan kastedilenlerden ikisi dernek ve vakıftır.¹⁴¹ Ancak bir vakıf veya dernek sırf ticari işletme işletmek amacıyla kurulamaz.¹⁴²

İktisadi işletme tanımı içinde yer alan ve devamlı olarak yapılan ticari, sınai veya zirai faaliyetten söz edebilmek için bu işletmenin tedavül ekonomisine katılması, başka bir ifadeyle işletmede üretilen malların veya verilen hizmetin bir bedel karşılığı satılmış olması gerekmektedir.

3) Bağımsızlık

Her ne kadar TST m. 14/II’de açıkça düzenlenmemiş olsa da, İsviçre TST m. 52/III’den esinlenen Türk doktrini, bir işletmeden söz edilebilmesi için aranacak unsurlar arasına faaliyetin bağımsız şekilde yürütülmesini de eklemiştir.¹⁴³ Nasıl ki işletmenin içinde ve işletmeciye bağlı, devamlı olarak faaliyette bulunan kimseler (ticari mümessil, ticari vekil, işçi vs.) hukuken işletmeci sayılmazlar ise, bağımsız olmayan bir organizasyonun da hukuki yönden işletme sayılması olanaksızdır; bu tür organizasyon sadece teknik bir bütün veya iktisadi işletmenin sınırlı temsil yetkisine sahip bir parçası sayılır.¹⁴⁴

Bu anlamda işletmenin şubesi bağımsız şekilde faaliyette bulunmayıp, işletmenin

(dn.140’ın devamı) *şekillerde olması ve devamlılık arz etmesi halinde dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmenin oluştuğu kabul edilecektir.*

¹⁴¹ Vakıflar yönünden bu tespit için bkz. PEMBEÇİÇEK, *Ticari İşletme İşleten Vakıflar*, s.73. Ayrıca TST m. 20/I’de vakıflar için açık hüküm vardır.

¹⁴² BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.128.

¹⁴³ POROY/YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s.34; ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.18; KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, s.160; ARKAN, *Ticari İşletme*, s.22; BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.74; ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, *İşletme Hukuku*, s.5; KENDİGELEN, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, s.137 N.409.

¹⁴⁴ POROY/YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s.34; KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, s.160; BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.74.

merkez birimine tabi olmasına rağmen, kanaatimce bu anlamda bir değerin devrinde de BK m. 179 uygulanmalıdır.¹⁴⁵ Özellikle imalat şirketlerinde herhangi bir fabrikanın, birbirinden bağımsız her bir imalat tesisinin devrinde BK m. 179'un uygulanması da olanaklı olmalıdır. Bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kişiler (örneğin bir sigorta acentesi) tarafından yürütülen faaliyet, bağımsız nitelik arz ettiğinden, TTK m. 12/II gereği acentelik faaliyetiyle ilgili olarak açılan müesseseler de (ticari) işletme sayılır.¹⁴⁶

Buna karşılık bir kimsenin faaliyet alanları birbirinden ayrı iki veya daha çok ticari işletmesi, her ne kadar işletmecisi aynı kişi olsa da, birbirinden bağımsız faaliyet yürüttükleri için ticaret siciline ayrı ayrı tescil olunur (TST m. 22).¹⁴⁷ Örneğin kişi bir süpermarket işletirken, yanındaki dükkanda da bir ayakkabıcı açarsa, her iki işletme birbirinden bağımsız şekilde gelir elde etme amacına yönelip faaliyette bulunduğundan ayrı iki işletme olarak değerlendirilir. Ticaret Hukuku bakımından işletmenin hukuki bağımsızlığı ön plandadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3.maddesinde tanımlanan "teşebbüs" kavramı içinde bağımsızlık unsuruna yer verilmiş olsa da, burada karar alma mekanizmasının bağımsızlığından ve dolayısıyla iktisadi bir bağımsızlıktan söz edilmektedir.¹⁴⁸ Bir işletme açısından iktisadi yönden bir başka işletmeye bağımlılık varsa, hukuki yönden bir bağımsızlık olsa dahi, her iki işletmenin sermayesinin tamamı bir kişiye aitse, Rekabet Hukuku açısından bu iki işletme bir birlik teşkil

¹⁴⁵ Ayrıca bkz. aşağıda s.123 dn.178.

¹⁴⁶ ARKAN, **Ticari İşletme**, s.22; POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.34; KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.160.

¹⁴⁷ BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.74.

¹⁴⁸ ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.6.

eder.¹⁴⁹

4) Örgüt

İşletmede örgüt (organizasyon) birinci derecede önemli bir unsurdur. Günümüzde örgütsüz bir işletmenin üretimde bulunması veya üretimin tüketiciye ulaşmasında yardımcı olma faaliyeti hemen hemen bir değer taşımamaktadır. Ekonomiye katkıda bulunabilecek güçte ve ölçüde belli bir ekonomik amaca ulaşma, ancak örgütlenme ile gerçekleşebilmektedir. Serbest meslek alanında, meslek sahibinin kişiliği ön planda olduğu için, meslek ile onu yapan kişi, deyim yerinde ise yapışmış gibidir. Ticari işletmede ise, bu durumun aksine işletmeciden ayrılma eğilimi vardır. Örneğin müşteriler işletmeciden çok işletmeye bağlı olduklarından, işletmenin devrinde ayrı bir değer olarak değerlendirilmektedir.¹⁵⁰

Ana kural olarak öngörülen ekonomik faaliyetin yapılmasını sağlayacak bir örgüte sahip olmaksızın işletmenin varlığını kabule olanak yoktur. TTK sistemi içinde ticari işletme türleri dışında kalan işletmeler de “işlerin hacim ve önemi itibarıyla ticari muhasebeyi gerektirecek şekilde” örgütlendikleri zaman, ticari işletme niteliğini kazanacaklardır (TTK m. 13).

Ticaret şirketlerinin konuları ne olursa olsun şeklen, yani ticaret şirketi oldukları için tacir sayılmalarının (TTK m. 18) gerçek nedenini bu türlü bir şirket kavramı içinde ticari örgütlenmenin var olmasında aramak gerekir. Bu açıdan esnaf işletmeleri, yeterli örgütten yoksun oldukları için ticari işletme sayılmamışlardır (TTK m. 17).¹⁵¹

¹⁴⁹ ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, *İşletme Hukuku*, s.6.

¹⁵⁰ BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.72.

¹⁵¹ BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.72.

5) Açıklık (Aleniyet)

Ekonomik bir yarar elde etmek için bağımsız bir örgüt içinde devamlı olarak yapılan faaliyetin gizli olmaması asıldır. Bu anlamda açıklık, gizliliğin karşıt kavramı olarak anlaşılmalıdır.¹⁵² Ticari işletme, üçüncü kişilerden gizlenmeden açıkça hukuk düzenine uygun iktisadi faaliyette bulunmalıdır.¹⁵³ Sadece açık olmak yeterli değildir; ayrıca hukuka uygun kurulup hukuka aykırı olmayan bir alanda faaliyet gösteriliyor olması da gereklidir.¹⁵⁴

TTK üçüncü kişileri koruma düşüncesiyle dış görünüşe büyük önem vermiştir. Devamlı iktisadi faaliyette bulunmak bir örgüt oluşumunu ifade eder ve bu örgütün de dış ilişkilerinin olması asıldır.¹⁵⁵ Kanun koyucu tarafından kuruluşların ve ticari işletmelerin ticaret sicillerine tescillerinin ve tescilin ilanının zorunlu kılınmasının altında yatan amaç açıklığın sağlanmasıdır.¹⁵⁶ TTK m. 14/II'ye göre, bir ticari işletmeyi kurup açtığını sirküler, gazete, radyo vs. ilan vasıtalarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline kaydettirerek keyfiyeti ilan etmiş olan kimsenin, fiilen o ticari işletmeyi işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılması da, kanun koyucunun açıklığa ve dolayısıyla dış görünüşe verdiği önemi ortaya koymaktadır.¹⁵⁷

¹⁵² ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.19; KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.160; BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.74.

¹⁵³ Örneğin, bir halka açık şirket yöneticisinin planlı ve devamlı olsa da gizlice borsada hisse senetleri alıp satması, açıklık unsurunun bulunmayışı dolayısıyla işletme sayılamaz. Bkz. BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.74 dn.23; KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.160 dn.11.

¹⁵⁴ Bu açıdan bakıldığında, yasak olmasına rağmen horoz dövüşü yaptırıp bunun üzerine bahis oynatan bir işletme, diğer tüm unsurları bünyesinde barındırsa dahi, hukuka aykırı bir faaliyette bulunmak amacıyla kurulu bulunduğundan TTK anlamında bir ticari işletme sayılamaz.

¹⁵⁵ KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.160.

¹⁵⁶ BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.74.

¹⁵⁷ BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.74.

6) Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma¹⁵⁸

TTK m. 17’de düzenlenen esnafa, tacire uygulanan hükümler üç istisna dışında uygulanmaz. Yani kanun koyucu, esnafı, tacir sıfatına sahip olmanın getirdiği ağır sorumluluk ve yükümlülüklerden korumak istemiştir. TTK m. 17’de esnaf sayılmak için öngörülen iki şart (iktisadi faaliyetin nakdi sermayeden daha çok bedeni çalışmaya dayanması ve kazancının geçimini sağlamaya yetecek kadar az olması) çok belirli olmadığı ve uygulamada güçlükler yarattığı için, TTK m. 1463 hükmü ile esnafı yıllık gelire göre miktar bakımından tespit etmek uygun görülmüştür.¹⁵⁹

Yukarıda sayılan tüm unsurlara sahip bir işletmenin, ticari işletme sayılabilmesi için, o işletme içinde yürütülen faaliyetin, her yıl Bakanlar Kurulunca yeniden belirlenen ve rakamsal değer taşıyan miktardaki esnaf faaliyeti sınırını aşması gerekir.¹⁶⁰ TTK m. 1463/II ile Bakanlar Kurulu’na esnafın belirlenmesinde esas alınmak üzere yıllık gayrisafi gelir miktarını bir kararname ile saptama yetkisi tanınmıştır. Bakanlar Kurulu da 25.01.1986 tarihinde kabul ettiği 86/10313 sayılı Kararname¹⁶¹ ile esnaf

¹⁵⁸ Bu başlık doktrinde bazı yazarlarca ticari işletmenin kıstasları arasında görülmekte iken, (örneğin bkz. POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.34 vd; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.19; KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.137 N.410); bazı yazarlarca da ticari işletme sayılmanın olumsuz şartı olarak görülmektedir. Yani bu yazarlara göre, ticari işletme sayılmanın olumlu ve olumsuz şartları vardır. Olumlu şart iktisadi işletmenin TTK m. 12’de yazılı işleri görmek amacıyla kurulmuş olması veya TTK m. 13’e göre bu işletmenin ticari şekilde işletilen bir müessese olarak vasıflandırılabilmesidir. Olumsuz şart ise, TTK m. 17 gereği, ticari işletmenin esnaf sayılan bir kişi tarafından işletilmemesidir. Bu görüş sahipleri için bkz. KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.160; BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.75. Biz tezin kapsamı açısından bütünlüğü bozmamak ve doktrinde ele alınan tüm farklı ticari işletme unsurlarını tek başlık altında toplamış olmak adına, bu unsura da ticari işletmenin unsurları arasında yer vermeyi uygun bulduk.

¹⁵⁹ POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.35. Ayrıca TTK Tasarı m. 11/II’nin madde gerekçesi için bkz. s.45 dn.169.

¹⁶⁰ Maliye Bakanlığı’nın 17.11.2007 tarihli ve 26703 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 378 No.lu Tebliği ile 01.01.2008 tarihinden itibaren, satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 107.000 YTL’yi aşmayan veya satışlarının tutarı 150.000 YTL’yi aşmayanlar; belirtilenler dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 60.000 YTL’yi aşmayanlar esnaf sayılırlar.

¹⁶¹ Anılan Kararname için bkz. Resmi Gazete Tarih: 19.02.1986, Sayı:19024.

ve küçük sanatkarlar için ile tacir ve sanayici ayırımına dair esasları tespit etmiştir.

Anılan Kararname'nin eki Esasların 1. maddesi ile getirilen düzenlemeye göre, bir kişinin esnaf ve işletmesinin de esnaf işletmesi sayılabilmesi için ön koşul, bu kişinin faaliyet alanının, Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenen esnaf ve küçük sanatkar kollarından birine dahil olmasıdır.¹⁶² Belirlenen bu kollardan birinde faaliyet gösteren kişilerden, gelir vergisinden muaf olanlar (Bkz. Gelir Vergisi Kanunu m. 9), başkaca hiç bir koşul aranmadan esnaf ya da yerine göre küçük sanatkar sayılacaktır. Vergi Usul Kanunu m.176 gereği işletme hesabına göre defter tuttukları için 2. sınıf tacir sayılanlar bakımından ise, iktisadî faaliyetin nakdî sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanıp dayanmadığı ve elde edilen kazancın ancak geçimi sağlamaya yetecek derecede az olup olmadığı üzerinde durulacak ve bu hususun belirlenebilmesi için de, yürütülen faaliyetin sonuçlarının, Vergi Usul Kanunu'nun 177/I. maddesinin 1 ve 3 numaralı bentlerindeki limitlerin yarısını ya da yerine göre 2. bentteki limitin tamamını aşp aşmadığına bakılacaktır.¹⁶³ Buna göre iş hacmi, gösterilen limitleri aşan kişiler, tacir ve bu kişilere ait işletmeler de ticarî işletme sayılacaktır.

Kararnameyle getirilen düzenlemede eleştiri konusu yapılabilecek bazı hususlar bulunmaktadır. Her şeyden önce Kararname'de gereksiz şekilde “iktisadî faaliyetin nakdî sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanması ve kazancın geçimi sağlamaya yetecek derecede az olması”ndan da söz edilmesi, TTK m. 17'deki belirsizliğin, bir ölçüde de olsa, Kararname'ye yansıtılmasına neden olmuştur.¹⁶⁴ Diğer yandan, Kararname ile Vergi Usul Kanunu hükümleri arasında gerekli uyum da kurulamamıştır¹⁶⁵. Bu husus, şöyle bir örnekle açıklanabilir: Vergi Usul Kanunu'nun

¹⁶² Koordinasyon Kurulu'na belirlenen esnaf ve küçük sanatkâr kollarına ilişkin liste için bkz. Resmi Gazete Tarih: 16.12.1987, Sayı:19666.

¹⁶³ 2008 yılı limitleri için bkz. s.43 dn.160.

¹⁶⁴ ARKAN, **Ticari İşletme**, s.25.

¹⁶⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Celal GÖLE, “Tacir-Esnaf Ayırımı”, **Batider**, 1985, C.

177/I. maddesinin 2. bendindeki limitin tamamını aşmadığı için Kararname'ye göre esnaf sayılan kişi, Vergi Usul Kanunu'nun defter tutmaya ilişkin hükümleri açısından ikinci sınıf tacir (bkz. m. 178/1) konumunda olacaktır. Bütün bu eleştirilere rağmen, Kararname ile getirilen düzenlemenin, ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın çizilmesinde kolaylık sağladığı açıktır.¹⁶⁶

B) Ticari İşletmenin Kapsamı

Bir iktisadi işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için, TTK m. 12'de yazılı işleri görmek üzere kurulmuş ve TTK m. 13 gereği ticari şekilde işletilen bir müessese olmalı ve TTK m. 17 gereği esnaf işletmesi sayılan işletmelerden olmaması gerekir.¹⁶⁷

TTK m. 12'de düzenlenen ticarethane ve fabrikacılık işletmeleri, ticari işletmenin yukarıda sayılan unsurlarını (bkz. yukarıda s.34 vd.) barındırmaları kaydıyla doğrudan doğruya ticari işletme sayılmışlardır. Bunların dışında kalan müesseseler ise, ticari işletmenin unsurlarının yanı sıra TTK m. 13'te belirtilen kıstasları yerine getirmek şartıyla ticari işletme olarak nitelendirilebileceklerdir.¹⁶⁸

Ticari işletme ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen müesseseler olmak üzere üç müesseseyi ifade eden bir üst kavramdır ve aşağıda bu üç müessese detaylı olarak açıklanacaktır. Ancak yukarıda s.29-30'da belirtildiği üzere, ticari işletmenin alt başlığını oluşturan bu müessese türlerine TTK Tasarısında yer verilmemiştir.¹⁶⁹

(dn.165'in devamı) 13, Sayı:2, s.53-66; DOMANIÇ/ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, s.148-155.

¹⁶⁶ ARKAN, **Ticari İşletme**, s.25.

¹⁶⁷ KARAYALÇIN, **Ticari İşletme**, s.160; KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.132 N.396.

¹⁶⁸ POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.32.

¹⁶⁹ “TTK Tasarı m. 11/I'in madde gerekçesinden: “Diğer taraftan, ticarî işletme tanımlandıktan sonra ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin

1) Ticarethane

TTK m. 12/I'de oniki bentte çeşitli iş konuları sıralanmış ve bunlarla veya nitelikleri yönünden bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler ticarethane sayılır denilmiştir.¹⁷⁰ Maddedeki “işlerle uğraşmak” deyimiyle, ticari işletmede yürütülen faaliyetin devamlılığının gerekliliği vurgulanmaktadır.¹⁷¹ Bu maddede sayılan faaliyetler, ticaret şirketleri tarafından yürütüldüğünde, kanunen zaten ticaret şirketlerinin işletmeleri ticari işletme sayıldıkları için anlam taşımaz; ancak bu faaliyetlerin ticaret şirketi dışında bir gerek veya tüzel kişi tarafından yürütülmesi durumunda bu işletmenin ticari işletme sayılıp sayılmaması açısından önem

(dn.169'un devamı) tanımlanmalarına gerek yoktur. Bunlar ticarî işletmenin -biraz da eskimiş- görünüş şekilleridir; başlıca türleri değildir. Tür öğretisinin ilkeleri bunları tür olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Sadece anılanların tanımlanması da ayrıca yanlış anlamalara yol açacak, ticarî işletmenin bu üç birime özgü olduğu zannını uyandıracak niteliktedir. Öte yandan, ticarethane ile fabrikanın 6762 sayılı Kanunda düzenleniş ve tanımlanış şekli tereddütleri ve tartışmaları davet etmiştir. Çünkü, 6762 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde sayılan faaliyetlerle uğraşan ve fabrikacılık tanımına uyan "müesseseler"in, ticarî işletmenin tanım unsurlarını taşımasalar bile per se ticarî işletme sayılıp sayılmayacakları görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tartışma tatmin edici bir sonuca da ulaşmamıştır. 6762 sayılı Kanunun 13 üncü maddesindeki "ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler" ibaresi ile hangi müesseselerin kastedildiği de kesin olarak belirlenemiyordu. Bundan başka "diğer müesseseler" ibaresi ve bu ibarenin 6762 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin kenar başlığında yer alması, 6762 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde düzenlenen ticarethane ile fabrikanın "müessese" olduğu izlenimini vermektedir. Oysa, her iki birim "müessese" değil "ticarî işletme" dir. 6762 sayılı Kanundan böylece ticarî işletmenin müessese olduğu gibi bir sonuç çıkıyordu. 6762 sayılı Kanunun elli yılı aşan uygulamasında ticarethaneye, fabrikaya ve bu tür müesseselere ilişkin birikim oluşturan bir uygulamaya da rastlanmamıştır. Nihayet, **"ticarethane" sözcüğü dar ve eski bir terim olarak 19. yüzyılda kalmış bir ticaret anlayışını yansıtmaktadır.** Başka bir söyleyişle, günümüzde "ticaret" sözcüğü "mal alışverişi" anlamını çok gerilerde bırakan, hizmet, iletişim ve bilişimi de içeren yeni bir boyut ve içerik kazanmıştır. Nitekim "e-ticaret" kavramı da bu yeni anlamın en çarpıcı örneğidir. Fakat ticarethane mal ticaretini ifade ettiği için hizmet sunan, iletişim ve bilişimi kendisine konu alan işletmeleri kapsamıyordu. **Fabrika ise ticarî işletme olmayıp bir üretim birimidir. Bu gerekçelerle 6762 sayılı Kanunun 12 nci ve 13 üncü maddeleri Tasarıya alınmayarak ticarî işletmeye gelişmelere açık geniş ve çağdaş bir boyut verilmiştir."**

¹⁷⁰ “Ticaret” teriminin dar ve eski bir terim olduğu yolundaki TTK Tasarısının 11.madde gerekçesi için bkz. yukarıda s.45 dn.169.

¹⁷¹ ARSLANLI, **Kara Ticareti Hukuku**, s.21.

kazanır.¹⁷²

Bu maddede oniki bent halinde belirtilen işler, sınırlayıcı değildir. Kanunkoyucu, ticarethane sayılacak faaliyet konularını teker teker belirtip sınırlamak yoluna gitmemiş, aksine bu konuda ilk bakışta gözönüne alınması gereken örnek ticarethane tiplerini saymıştır.¹⁷³ Kanunun metnindeki deyimle “bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler” de ticarethane sayılacaktır.¹⁷⁴

TTK m. 12/I’de oniki bent halinde belli edilen ticarethane tiplerini tespiti yarayan faaliyet kolları şunlardır:

1. Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekle sokularak satılması yahut kiraya verilmesi (BK m.184, 218, 248). Tüm marketlerin ve bakkalların, otomobil kiralama firmalarının faaliyetleri bu bent kapsamına girmektedir. Ticarethane, sağladığı taşınır malı aynen veya başka bir şekle sokarak satabilir veya kiraya verebilir; bu durumda başka bir şekle sokma işi hem bu bent kapsamında değerlendirilebilir hem de fabrikacılık veya imalat faaliyeti sayılabilir.¹⁷⁵

2. Kıymetli evrakın satılmak üzere tedariki ve bunların satılması (TTK m. 557 vd.) Aracı kurumların hisse senedi, tahvil ve bono piyasalarındaki faaliyetleri bu bent kapsamına girmektedir. (Sermaye Piyasası Kurulu’nun Seri:V, No:46 Aracılık

¹⁷² KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.133 N.398. Hatta bazı kanunlarda bizzat bu maddede sayılan faaliyetlerin ticaret şirketlerince yürütüleceği düzenlenmiştir ve bu hallerde faaliyetlerin ticaret şirketlerince değil de, ticaret şirketleri dışındaki gerçek veya tüzel kişiler tarafından yürütülmesi halinde de, cezai ve idari yaptırımlar saklı kalmakla, bu işletmeler de ticari işletme sayılmalıdırlar. KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.133 N.399.

¹⁷³ KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.132 N.396.

¹⁷⁴ KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.160; ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.8; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.28, , BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.77; KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.133 N.397.

¹⁷⁵ KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.162.

Faaliyetleri ve Aracı Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği ve hisse senedi, tahvil, fon piyasaları ile ilgili tebliğleri)

3. Her çeşit imal ve inşa (BK m. 355). İmalat yapmak, TTK m. 12/II’de tanımlanan fabrikacılık faaliyetleri dışında kalan bir faaliyet değildir. Bu nedenle burada bir çeşit tekrar söz konusudur.¹⁷⁶ İnşaat ise, yeni bir binanın inşa edilmesi kadar eski bir binanın tamir edilmesi, bir inşaatın sadece boya, kartonpiyer veya başka kısmi işleri gibi inşaatçılıkla ilgili her türlü işi kapsar.

4. Madencilik (3213 sayılı Maden Kanunu’na¹⁷⁷ göre maden sayılan maddelerin aranması, çıkarılması ve işlenmesine ilişkin işler bu bent kapsamına girmektedir. Maden Kanunu m.2’de nelerin maden sayılacağı düzenlenmiş ve madde kapsamına girip girmediği tartışmalı olan maden cevherlerinin de bu Kanun kapsamına tabi tutulabilmesi konusunda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yetkili kılınmıştır.)

5. Matbaacılık, gazetecilik ve kitapçılık, yayın, ilan ve istihbarat (Burada istihbarat kavramı, ticari istihbarat yapmayı kendisine iş edinmiş olan firmaların faaliyetlerini ifade etmektedir. Örneğin Türkiye’de henüz sadece bir tane kurulu bulunan¹⁷⁸, ancak uluslararası alanda etkin şekilde faaliyet gösteren kredi derecelendirme kuruluşları (Standard&Poors, Moody’s, Fitch vs.) gerek ülkelerin gerekse büyük şirketlerin kredi talebi sırasında dikkate alınan kredi notlarını takdir etmek, yani ticari istihbarat alanında faaliyette bulunmaktadır.¹⁷⁹

¹⁷⁶ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, s.162; ARKAN, *Ticari İşletme*, s.28.

¹⁷⁷ Anılan Kanun, 04.06.1985 tarihinde kabul edilerek 15.06.1985 tarihli ve 18785 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁸ Ticari istihbarat alanında Türkiye’de faaliyette bulunmak üzere Sermaye Piyasası Kurulu’ndan kurumsal yönetim ilkelerine uyum derecelendirme lisansını 14 Aralık 2006 tarihinde alan Saha Kurumsal Yönetim ve Kredi Derecelendirme A.Ş. Türkiye’nin ilk yerli derecelendirme şirkettir. Şirket, "Kurumsal yönetim ilkelerine uyum" derecelendirme lisansını müteakiben "kredi" derecelendirme lisansına da hak kazanan ilk yerli kuruluştur. Bkz. www.saharating.com. (21.01.2008) SPK’nun 21.09.2007 tarihli ve 34/966 sayılı kararı.

¹⁷⁹ Sermaye Piyasası Kurulu’nun Seri:VIII, No:40 sayılı “Sermaye Piyasasında Derecelendirme

6. Tiyatro, sinema, otel, han ve lokanta gibi umumi mahaller, hususi mektep (bkz. 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu¹⁸⁰) ve hastane (bkz. Özel Hastaneler Yönetmeliği¹⁸¹) ve açık satış yerlerinin işletilmesi (BK m. 478). “Gibi umumi yerler” ifadesi bent kapsamını genişletmektedir; yani sauna, yüzme havuzu ve spor tesisleri işletmek de bu bent kapsamına girer. Bendin son kısmında yer alan “açık satış yerleri” ifadesi ya 1. bent kapsamına girecektir ya da TTK m. 17 kapsamında bir esnaf faaliyeti olacaktır.

7. Umumi mağazalar ve sair depo ve ambarların işletilmesi (TTK m. 744; BK m. 463, 473). Umumi mağaza işletmek Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın iznine tabi bir faaliyettir. Umumi mağazalar vedia olarak teslim aldıkları malları temsilen makbuz senedi ve varant adı verilen kıymetli evrak düzenleme yetkisine sahiptirler.¹⁸² Bu belgelerden makbuz senedi mal üzerinde mülkiyet hakkının devri fonksiyonunu

(dn.179’un devamı) Faaliyeti ve Derecelendirme Kuruluşlarına İlişkin Esaslar Tebliği” 04/12/2003 tarih ve 25306 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tebliğ uyarınca, derecelendirme faaliyeti; kredi derecelendirmesi ve Kurumsal Yönetim İlkelerine uyum derecelendirmesi faaliyetlerini kapsamaktadır. Tebliğ’de kredi derecelendirmesi “ortaklıkların ve sermaye piyasası kurumlarının risk durumları ve ödeyebilirliklerinin veya borçluluğu temsil eden sermaye piyasası araçlarının anapara, faiz ve benzeri yükümlülüklerinin vadelerinde karşılanabilme riskinin, derecelendirme kuruluşları tarafından bağımsız, tarafsız ve adil olarak değerlendirilmesi ve sınıflandırılması faaliyeti”; Kurumsal Yönetim İlkelerine uyum derecelendirmesi ise, “ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumlarının Kurulca yayımlanan Kurumsal Yönetim İlkelerine uyumun derecelendirme kuruluşları tarafından bağımsız, tarafsız ve adil olarak değerlendirilmesi ve sınıflandırılması faaliyeti” olarak tanımlanmıştır.

Bu Tebliğin yayımından önce Türkiye’de kurulan ve Kurulca yetkilendirilen derecelendirme kuruluşu (Fitch Ratings Finansal Derecelendirme Hizmetleri A.Ş.) ile Türkiye’de derecelendirme faaliyetinde bulunması Kurulca kabul edilen uluslararası derecelendirme kuruluşlarının (Standards and Poor’s Corp., Moody’s Investor Service Inc. ve Fitch Ratings Ltd.) kredi derecelendirme faaliyetine yönelik yetkileri devam edecektir. Ancak, Türkiye’de kurulan ve Kurulca yetkilendirilen derecelendirme kuruluşunun Tebliğin yayımını takip eden 2 yıl içinde faaliyetlerini ve organizasyon yapısını bu Tebliğe uygun hale getirmesi gerekmektedir.

¹⁸⁰ Anılan Kanun, 08.02.2007 tarihinde kabul edilerek, 14.02.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁸¹ Anılan Yönetmelik, 27.03.2002 tarihli ve 24708 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁸² KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.164.

görürken, varant ise malın rehnedilmesini sağlar. Böylece mal depoda dururken mal sahibi mal üzerinde hukuki işlemler yapabilme olanağına kavuşmuş olmaktadır. Bu şekilde kıymetli evrak düzenleme yetkisi olmasa da diğer depo ve ambarlar da, örneğin soğuk hava depoları, emanetçi antrepoları, ticarethane sayılmıştır.¹⁸³ Örneğin; bir garajda yolcuların eşyalarını emanete alan yerler de ticarethane sayılacaktır.

8. Borsa ve kambiyo işleri, sarraflık, bankacılık. (Borsa tacirlerin veya onlar adına hareket eden kişilerin, emtia ya da menkul kıymetleri alıp satmak, bunların fiyatlarını belirlemek veya ilan etmek amacıyla düzenli aralıklarla toplandıkları yerlerdir. Borsalar, ticaret (emtia) borsaları, (bkz. 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu¹⁸⁴) kambiyo (döviz) borsaları (Bkz. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ¹⁸⁵) ve menkul kıymetler borsaları (Bkz. Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁸⁶) olmak üzere üçe ayrılır. Kambiyo işleri para değiştirmeyi; sarraflık altın alım satımını ve her türlü altın para üzerine iş yapmayı, bankacılık ise 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na¹⁸⁷ göre bankacılık yapmak üzere kurulmuş işletmeleri ifade eder.)

9. İctimai sigortalar hariç¹⁸⁸ olmak üzere sigortacılık (TTK m. 1263 vd; 5384 sayılı

¹⁸³ ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.10.

¹⁸⁴ Anılan Kanun, 18.05.2004 tarihinde kabul edilerek, 01.06.2004 tarihli ve 25479 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁸⁵ Anılan Tebliğ, 22.09.2006 tarihli ve 26297 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁸⁶ Anılan Kararname, 06.10.1983 tarihli ve 18183 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁸⁷ Anılan Kanun, 19.10.2005 tarihinde kabul edilmiş ve 01.11.2005 tarihli ve 25983 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, 90, 91 ve 168. madde dışındaki maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'da "mevduat bankacılığı", "kalkınma ve yatırım bankacılığı" ve "katılım bankacılığı" olmak üzere üç tür bankacılık faaliyeti düzenlenmiştir.

¹⁸⁸ Başlıca ictimai sigorta kurumu olarak; Sosyal Sigortalar Kurumu, Emekli Sandığı ile Bağ-Kur Kurumu'nu sayabiliriz. Bu üç kurumun tek bir çatı altında toplanmasını öngören 5502

Sigortacılık Kanunu¹⁸⁹).

10. Kara, deniz, hava, nehir ve göllerde yolcu ve eşya taşımak (Bu durumda devlete ait demiryolu işletmeciliği, belediyelerin ulaşım alanında faaliyette bulunan işletmeleri de ticarethane olarak kabul edilecektir.¹⁹⁰)

11. Su, gaz ve elektrik dağıtma, telefon ve radyo ile haberleşme ve yayın. Yukarıda beşinci bentte de “yayın”dan bahsedilmektedir. Orada bahsedilen yayının yazılı yayıncılık, yani yazılı basın yayın işletmelerini; bu bent anlamında yayıncılığın ise radyo ve televizyon yayıncılığını, yani görsel ve işitsel yayın yapan işletmeleri ifade ettiğinin kabulü uygun olacaktır.¹⁹¹ Ayrıca son zamanlarda enerji kaynaklarının (özellikle elektrik ve doğalgaz) dağıtım işleri devletin tekelinden çıkartılıp özel sektör işletmelerine devredilmektedir. Bu açıdan gerek devletin elindeki gerekse özel sektörün elindeki enerji işletmeleri bu bent kapsamında değerlendirilmelidir.

12. Acentelik, tellallık, komisyonculuk ve sair bütün tavassut işleri (TTK m.100, 116 vd.; BK m. 416 vd).

2) Fabrika

TTK m. 12/II’de fabrikacılık; “*hammadde veya diğer malların makine yahut sair teknik vasıtalarla işlenerek yeni veya değerli mahsuller vücuda getirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Bu düzenleme ile sınai müessese diye niteleyebileceğimiz fabrikalar

(dn.188’in devamı) sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, 16.05.2006 tarihine kabul edilerek 20.05.2006 tarihli ve 26173 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu, ticarethane sayılmamakla birlikte TTK m. 18’e göre özel hukuk hükümlerine göre işletilmek üzere kurulmuş olan kamu kurumları da tacir sayılırlar. Kurumun işletmesi, özel hukuk hükümlerine tabi olacaktır. Yani kurum ticarethane sayılmayacak, ancak tacir olacaktır.

¹⁸⁹ Anılan Kanun 03.06.2007 tarihinde kabul edilerek 14.06.2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁰ KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku**, s.165; ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.10.

¹⁹¹ ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.6.

ile ticari müessese olarak niteleyebileceğimiz ticarethaneler açıkça birbirinden ayrılmıştır. Bir işletme fabrikacılık tanımına giriyor ve ticari işletmenin unsurlarına sahipse, ticari işletme sayılacaktır.¹⁹²

Kanun koyucu ticari işletme ve ticarethanenin aksine, fabrikacılığı tanımlamış ve böylece ticari müesseseler ile sınai müesseseleri birbirinden ayırmıştır; ancak her ikisini de ticari işletmenin bir türü olarak değerlendirdiği için bu ayırımın pratik bir önemi yoktur.¹⁹³ Kural olarak fabrikacılık esnaf faaliyeti sınırlarını aşmaktadır.¹⁹⁴

3) Ticari Şekilde İşletilen Diğer Kuruluşlar

TTK'nun 12. maddesindeki ticarethane ve fabrika kapsamı dışında kalmakla beraber, iktisadi faaliyet içinde yer alan diğer işletmelerin de, eğer belli birtakım niteliklere sahip iseler, ticari işletme sayılmalarını sağlamak için TTK'nda 13. madde hükmüne yer verilmiştir.¹⁹⁵ Böylece Ticaret Hukuku'nun uygulama alanı genişletilerek iktisat bilimine yaklaştırılmış olmaktadır.¹⁹⁶ TTK m. 13'deki açık düzenleme nedeniyle bu hüküm, TTK m. 12 gereği ticarethane veya fabrika olarak nitelendirilemeyen tüm müesseseler hakkında uygulanacaktır.

¹⁹² Ancak TTK Tasarısı m.11'in madde gerekçesine göre bu niteleme tartışmalıdır. "Ticarethane ile fabrikanın 6762 sayılı Kanunda düzenleniş ve tanımlanış şekli tereddütleri ve tartışmaları davet etmiştir. Çünkü, 6762 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde sayılan faaliyetlerle uğraşan ve fabrikacılık tanımına uyan "müesseseler"in, ticarî işletmenin tanım unsurlarını taşımasalar bile per se ticarî işletme sayılıp sayılmayacakları görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tartışma tatmin edici bir sonuca da ulaşmamıştır. Oysa, her iki birim "müessese" değil "ticarî işletme"dir. 6762 sayılı Kanunun elli yılı aşan uygulamasında *ticarethaneye, fabrikaya ve bu tür müesseselere ilişkin birikim oluşturan bir uygulamaya da rastlanmamıştır... Fabrika ise ticarî işletme olmayıp bir üretim birimidir. Bu gerekçelerle 6762 sayılı Kanunun 12 inci ve 13 üncü maddeleri Tasarıya alınmayarak ticarî işletmeye gelişmelere açık geniş ve çağdaş bir boyut verilmiştir.*" Bkz. yukarıda s.45 dn.169.

¹⁹³ KENDİGELEN, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, s.134 N.401.

¹⁹⁴ ARKAN, *Ticari İşletme*, s.31.

¹⁹⁵ TTK Tasarı m. 11 gerekçesinden: "6762 sayılı Kanunun 13 üncü maddesindeki "ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler" ibaresi ile hangi müesseselerin kastedildiği de kesin olarak belirlenemiyordu." Bkz. yukarıda s.45 dn.169.

¹⁹⁶ BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.80.

Ticarethane veya fabrika sayılmayan bir iktisadi işletmenin, ticari işletme sayılabilmesi için; TTK'nun 13. maddesinde işletme ile ilgili olan işlerin genişlik ve öneminin ticari muhasebeyi gerekli kılması ve işletmeye ticari ve sınai bir müessese şekil ve niteliğini vermesi gerekeceği belirtilmiştir. O halde, 12. madde gereğince ticarethane veya fabrika olarak nitelendirilmeyen işletmelerdeki işlerin kapsam ve önemi ticari muhasebeyi gerektirdiği ve ona ticari veya sınai bir işletme şekil ve niteliğini verdiği takdirde, bu işletmeler de ticari işletme sayılacaktır.

TTK m. 13'te sayılan işletmeler, zirai ve güzel sanatlarla ilgili eserlere ilişkin işletmelerdir. Özellikle çiftliklerin, resim atölyelerinin, proje bürolarının bu hükmün uygulama alanına girdiğine şüphe yoktur.¹⁹⁷ Tarım işletmesi olan bir çiftçinin ürününü olduğu gibi satması veya resim atölyesi sahibi olan bir ressamın gerek kendi emeğiyle gerekse teknolojik aletler (örneğin bilgisayar) yardımıyla resim yapıp satması halinde TTK m. 13 anlamında ticari şekilde işletilen diğer müessese türlerinin tipik örnekleri arasında sayılabilir. Eğer bu tür faaliyetlerle uğraşanlar işlerinin kapsam ve önemi gerekli kıldığı için ticari muhasebeyi uygulamak zorunda kalıyor ve bu durum zirai işletmeye veya güzel sanat erbabının işletmesine ve hatta daha önce esnaf işletmesi olarak nitelendirilmiş alan bir işletmeye ticari ve sınai bir kuruluş niteliği veriyorsa, bu kuruluşlar da ticari işletme sayılacaktır.¹⁹⁸

Bu maddede yer alan ticari muhasebe ölçütlerini, esnaf faaliyetlerinin aşılması olarak anlamak, ticari işletme ölçütlerinin tüm işletmeler açısından yeknesak hale gelmesi anlamına gelecektir.¹⁹⁹ Kanun koyucu, ticari işletmenin alt ve üst sınırlarını belli etmek bakımından işletme genişliğine birinci derecede değer vermiştir. İşletme hacim itibarıyla küçük ise Kanun'un 12. maddesinde sayılan işlerle uğraşsa da, esnaf işletmesi sayılacaktır. (TTK m.17). Eğer işletme ticari muhasebe tutulmasını gerekli

¹⁹⁷ KARAYALÇIN, *Ticari İşletme*, s.168.

¹⁹⁸ BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.81.

¹⁹⁹ ARKAN, *Ticari İşletme*, s.30.

kılacak kadar büyük ise, faaliyeti salt ticari faaliyet dışında kalsa bile kendisi ticari işletme niteliğini kazanacaktır (TTK m. 13).

TTK m. 13 genel nitelikte bir hükümdür. Maddenin son fıkrasında “*Bu hüküm, işlerinin mahiyetine göre, 12. madde gereğince ticarethane veya fabrika olarak vasıflandırılmayan diğer müesseseler hakkında da uygulanır*” denilmesi de bu yargıyı doğrulamaktadır.²⁰⁰

TTK m. 13’ün önemi kendisini iki durumda göstermektedir. TTK m. 12 gereği ticari işletme sayılmayan bir işletme, TTK m. 13’e göre ticari işletme sayılırsa, tescili zorunlu hale gelir veya böyle bir işletmeyi işleten kişinin tacir sayılması ve işletmeyi sicile tescil ettirmese dahi tacir olmanın doğurduğu tüm hükümlere tabi olması gerekir.²⁰¹ Ancak her işletme açısından bu külfete katlanması beklenemeyeceği için, bir görüşe göre, bu hükmün uygulanmasını istisnai ve açıkça belli olan durumlara özgülemek ve pratik olarak da TTK m. 1463 hükümleri gereğince Bakanlar Kurulu’na verilen yetkinin gereği esnaf işletmesinin sınırlarının belirlenmesinde kullanılan parasal sınırların bu durumlarda da uygulanmasına yarayan yeni bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.²⁰²

TTK m. 13/II’de iki bent halinde gösterilen ziraat işleri ile esnaf ve güzel sanat erbabının faaliyetleri esas itibarıyla ticari değildir. Bu işletmelerin ticari işletme niteliğini kazandığını ileri süren kimse, bu hususu ispat etmek durumundadır.²⁰³ Bu gibi kuruluşların ticari işletme niteliğine sahip olup olmadıklarını tayin konusunda ölçütler çeşitlidir. Örneğin işletmenin depolarının bulunması, tacir yardımcılarının istifade edilmesi, ticaret unvanı kullanılması gibi hususlar o işletmenin ticari ve sınai

²⁰⁰ BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.81.

²⁰¹ BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.83; KARAYALÇIN, *Ticari İşletme*, s.169.

²⁰² KARAYALÇIN, *Ticari İşletme*, s.169 dn.30.

²⁰³ BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.82.

niteliğe sahip olduğunun birer göstergesidir.²⁰⁴

TTK m. 13/son hükmüne göre, ticarethane veya fabrika olarak vasıflandırılmayan diğer işletmeler de işlerinin kapsam ve önemi ticari muhasebeyi gerektiriyor ve ona ticari veya sınai bir kuruluş niteliğini veriyorsa ticari işletme sayılacaktır. Balık çiftlikleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

C) Ticari İşletmenin Malvarlığı

Bir ticari işletme, tacirin, çeşitli üretim unsurlarını biraraya getiren, onları işletilmeye olanak tanıyan bir malvarlığı haline getirmesi ve onu işletmesiyle oluşmaktadır. Bu nedenle her işletmenin olduğu gibi, ticari işletmenin de çeşitli malları, hakları, yani malvarlığı cephesi vardır.²⁰⁵ Ancak belirtmek gerekir ki, “ticari işletme” ve “ticari işletmenin malvarlığı” kavramları aynı şeyler değildir. Ticari işletmenin malvarlığı, maddi ve maddi olmayan malları kapsar. Oysa ticari işletmenin içinde malvarlığına bağlı bir kişi (tacir, girişimci, işçi, memur v.b.) unsuru da vardır.

Gerçekte her biri birbirinden bağımsız ve özellikle devir açısından birbirinden farklı hükümlere tabi olan bu unsurlar, ticari işletme altında bir bütün oluşturmakta ve bu yeni oluşan bütün de bazı hukuki işlemlere konu olduğu için, bu hüküm her ticari işletmenin özel malvarlığının bulunduğu ve bu malvarlığı değerlerinin hukuki bir bütün oluşturduğunu doğrulayan bir hükümdür.²⁰⁶ Ticari işletmenin malvarlığının esnaf ölçülerini aşması, yani işletmenin faaliyetinin tacirin emeğinden çok, bir

²⁰⁴ Bkz. BOZER, “Ticari İşletme Üzerinde İnceleme” s.369. BOZER, ticari muhasebe unsurunun müessesenin niteliğini belirlemede esaslı bir ölçüt olamayacağı kanaatindedir. Ona göre, bir müessesenin ticari muhasebeye sahip olması sadece o müessesenin ticari veya sınai niteliği hakkında bir karine teşkil eder.

²⁰⁵ KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.148 N.447.

²⁰⁶ BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.106. Ayrıca TTK Tasarı m. 11/III’ün madde gerekçesi için bkz. yukarıda s.45 dn.169. Aksi görüş için bkz. KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.150 N.452-454.

malvarlığına dayanması da gerekir.²⁰⁷

TTK m. 11/II'ye göre, “*tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm olmadıkça ticari işletmeye dahil sayılır*”. Burada işletmeye dahil unsurlardan bazıları örnek olarak sayılmıştır.

TTK m. 11 hükmünden çıkan en önemli sonuç ticari işletmenin, bütünlük arzeden bir kavram olduğudur.²⁰⁸ Bu açıdan devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, ticari işletmeye dahil tüm malvarlığı unsurları (“daimi unsurlar”) devralana geçer.²⁰⁹

TTK Tasarısında da ticari işletmenin bütünlük yönü gerek madde gerekçesinde, gerek madde başlığında, gerekse metnin içeriğinde vurgulanmaktadır.²¹⁰ Bu bütünlük

²⁰⁷ DOMANIÇ/ULUSOY, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, s.144.

²⁰⁸ POROY/YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s.38; ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.21; KARAYALÇIN, *Ticari İşletme*, s.173; BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.87; KENDİGELEN, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, s.148 N.447.

²⁰⁹ Ayrıca ticaret unvanı açısından özel düzenleme olan TTK m. 51/II'ye göre, ticaret unvanı, devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, ticari işletmenin devriyle devralana geçer.

²¹⁰ “6762 sayılı Kanun gibi, Tasarının da devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurları, bir ticarî 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. İkinci önemli unsur, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir. Buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denilmektedir. Tasarı işletme değerinin yanında, parantez içinde ticaret ve ticaret hukuku tarihimizden gelen ve kavramı çok iyi ifade eden peştemaliye sözcüğünü de kullanmıştır. (Not: “*peştemaliye*” kavramın parantez içinde kullanılması, *Adalet Komisyonunda kabul edilen düzenlemede yer almamaktadır*.) Bütünün bir diğer vazgeçilmez önemde unsuru ticaret unvanıdır. Ticaret unvanı haiz olduğu işlev sebebiyle, dahil olduğu kategoriden, yani fikrî mülkiyet haklarından ayrı olarak kanunda zikredilmiştir. Nihayet, “kiracılık hakkı” da işletme için malvarlıksal bir değer olarak önem taşıdığından bütün içinde yerini almıştır. Ancak “kiracılık hakkı”nın günümüzde önemini yitirdiğini, bir işletmenin bulunduğu adres ile tanınmasının dünyamızda sadece tarihsel bir anlam taşıdığını da unutmamak gerekir. Kiracılık hakkı bir işletmenin, meselâ, dondurmacının, ayakkabıcının, perûkçunun, şapkacının, şekercinin, ticaretini yaptığı mahal (adres) ile tanınması, ancak o mahalde de kiracı olması halinde, ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluluğunu ifade eder.

içinde, bir ticari işletmede bina, mağaza, depo gibi taşınmazlar ve bunların eklentisini veya bütünleyici parçalarını oluşturan makine parkı, tesisler, ham maddeler ve nakit paralar yanında, para alacakları, ipotek ve rehin hakları, ticari senetler üzerindeki haklar, işletmenin iştirakleri varsa bu iştirakler dolayısıyla sahip olunan haklar ve fikri haklar gibi maddi olmayan unsurlar da işletmenin bütünlüğüne dahildir. Madde metninde belirtilen unsurların ticari işletmeye dahil sayılmaları için, ticari işletmenin faaliyetine devamlı şekilde özgülendiği olmaları gerekmektedir.²¹¹

Ayrıca madde metninde yer verilen “mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça” ifadesinde değinilen “mukavele” kavramı ile, işletmenin bir bütün olarak devir, rehin, kiralama gibi işlemlere konu oluşturabileceği ve aksi ilgili sözleşmede kararlaştırılmadıkça, madde metninde sayılan işletme unsurlarının da işletmeye dahil sayılacağı belirtilmektedir.²¹² Burada belirtilen sözleşme, işletmenin malvarlığı ile konu edildiği sözleşmedir; yani işletmenin bizzat kendisinin herhangi bir hukuki işleme konu olduğu sözleşmedir; yoksa işletmeyi kuran sözleşme anlamında sözleşme değildir.²¹³

Kaldı ki TTK Tasarı m. 11’de açıkça ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebileceği ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceği söylenmektedir. İlgili hükme göre:

“Ticarî işletme, içerdiği malvarlığın unsurlarının devri için zorunlu tasarruf

(dn.210’un devamı) Bütünü tanımlayan bu malvarlığı unsurları, bütünün doğal parçalarıdır. Devir ile devralana geçerler. Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları ismen veya hiçbir zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur. Ancak, taraflar bu unsurlardan bazılarını devrin dışında tutabilirler. Aynı ilke 1447 sayılı Kanuna da hakim olduğu için ticarî işletmenin bir hukukî işleme bütün halinde konu olduğu hallerde de kıyas yoluyla uygulanır.” TTK Tasarı m. 11/III’e ilişkin madde gerekçesinden.

²¹¹ KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.149 N.450.

²¹² POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.38. Ancak bu hüküm aynı zamanda işletmenin malvarlığına dahil tüm unsurların işletme ile beraber hukuki işleme konu edilmesini de zorunlu kılmaz. Bkz. KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.148 N.451.

²¹³ ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.11.

işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukukî işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fıkri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilân edilir.”

Tasarı hükmü açısından bir çelişkiye dikkat çekmek gerekir. TBMM’ye sevk edilen metinde yer almayıp da Adalet Komisyonu’nca TBMM Genel Kurulu’na sevk edilen metinde yer alan düzenlemeye göre, devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilân edilir.²¹⁴ Bu açıdan devir sözleşmesi dışında da ticari işletmenin bir bütün olarak konu oluşturabileceği sözleşme çeşitleri (örneğin kiralama, rehin vb.) olabileceğine açıkça değinilmiş, ancak bu sözleşmelerin hepsinin yazılı olması ve sözleşmelerin ticaret siciline tescil edilip ilân edilmesi gerekliliği öngörülmüştür.

Bu açıdan doktrinde ticari işletmenin malvarlığı değerlerinin her biri açısından kendine özgü tasarruf işlemleri çerçevesinde devrini öngören baskın görüş çerçevesinde (bkz. ileride s.132 dn.216) ticaret siciline tescil ile ticari işletmeye dahil malvarlığı değerlerinin her biri için ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek kalmaksızın devralana geçeceği ileri sürülebilir.²¹⁵ Ancak özellikle taşınmazlar açısından dikkatli olmak gerekir. Zira ticari işletmenin tamamını devralmaksızın ticari işletmenin önemli bir kısmını oluşturan taşınmazını devralan, bu devri ticaret siciline işletmeksizin tapu kütüğünde gerekli kaydı yaptırırsa veya marka devrini marka siciline tescil ettirip ticaret siciline tescil ettirmezse, sırf ticaret siciline işletmemesi

²¹⁴ Adalet Komisyonundan TBMM Genel Kuruluna sevk edilen Tasarı metnine ilişkin olarak Komisyon herhangi bir rapor yayımlamamış olduğundan, bu düzenlemenin TTK Tasarısına eklenmesinin gerekçesi tespit edilememiştir.

²¹⁵ Bu açıdan münferit malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu olarak her biri için ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılmasını öngören genel kuralların yerine Tasarı hükmünün ikame olduğu ve ticari işletmenin aktiflerinin devrini kolaylaştırdığı yolunda bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.214.

yönüyle bu devri geçersiz kılmak işlem güvenliğini zedeleyeceği için, ticaret siciline tescilli bir düzen hükmü sayıp ticaret siciline tescilin yaptırılmamasını, örneğin parasal yaptırıma tabi kılmak yerinde olacaktır.

Düzenleme gereğince devir sözleşmesi dışındaki sözleşmeler açısından bazı sakıncalar söz konusudur. Örneğin kira sözleşmesi açısından BK'nun kira sözleşmesine ilişkin 248. maddesi hükmüne göre herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş iken, ticari işletmenin bir bütün olarak kira sözleşmesine konu olması durumunda yazılılık şartı aranması çelişiklere ve tereddütlere yol açacaktır. Aynı şekilde kira sözleşmesinin kuvvetlendirilmiş şahsi hak tanınması amacıyla tapu siciline şerh verilmesine olanak tanıyan MK m. 1009 hükmü karşısında, ticari işletmenin bütününe konu alan kira sözleşmesinin ticaret siciline kaydedilmesinin aynı kuvvetlendirilmiş şahsi etkiyi yaratmayacağı düşünülebilir.

Öte yandan gerek devir sözleşmesinin gerekse ticari işletmenin konusunu oluşturacağı diğer sözleşmelerin ticaret sicilinde kayıt altına alınmasına ilişkin düzenleme, bütün bu işlemlerin kayıt altına alınarak takip edilmesi açısından yerinde olmuştur. Burada eleştiri konusu olabilecek yön, tescil ve ilan işlemlerinin giderlerinin yüksek olması nedeniyle küçük ve orta ölçekli işletmeler açısından bu durumun sıkıntı yaratabileceğidir.

Bir de bu düzenlemeler açısından Ticari İşletme Rehni Kanunu hükümlerinin göz ardı edilmiş olduğu göze çarpmaktadır. Zira ticari işletme rehni sözleşmesi açısından noterde yapılma bir kurucu unsurdur (m. 4) ve ayrı bir sicile (Ticari İşletme Rehni Sicili) kayıt da kurucu unsurdur.(m. 5/I) Oysa ticari işletmenin bir bütün olarak rehin sözleşmesine konu edilmesi halinde TTK Tasarı m.11 hükmü ile Ticari İşletme Rehni Kanunu arasındaki bahsi geçen bu çelişkilerin nasıl giderileceğine ilişkin

herhangi bir düzenleme Tasarı'da yer almamaktadır.²¹⁶

Ayrıca yazılı şekil karşısında, devrin taşınmazı kapsamı durumlarında uygulanması da tartışmalara yol açabilecektir.²¹⁷

TTK m. 11/II, ticari işletmenin malvarlığı cephesiyle ilgili olmak üzere sadece işletmeye dahil unsurları gösteren bir hükümdür. İşletmelerin devri BK m. 179'da, işletmenin şekil değiştirmesi ve diğerleriyle birleşmesi ise BK m. 180'de düzenlenmiştir. Bu iki madde Ticaret Kanunu'nun Tatbiki Hakkında Kanun²¹⁸ m. 41/II d,e ile değiştirilmiş ve hükümler eklenmiş ve böylece madde hükümleri bugünkü şeklini almıştır. Tatbikat Kanunu m. 41/II,d,e'de "işletme" kavramı açıkça kullanıldığı ve ticari işletme denilmediği için, esas itibariyle ticari işletmeler göz önüne alınmış olmakla beraber esnaf işletmesi de anılan hükümlerin kapsamına girecektir.²¹⁹

Ticari işletmenin malvarlığını oluşturan unsurlar doktrinde maddi ve maddi olmayan unsurlar olarak ayırma tabi tutulmaktadır.²²⁰ Bina, mağaza, depo gibi taşınmazlar ve bunların bütünleyici parçasını veya eklentisini oluşturan makineler, tesisler v.s.(taşınmaz işletme tesisatı), ham - mamul maddeler, nakit para (taşınır işletme tesisatı) maddi unsurlar arasında iken; para alacakları, ipotek, rehin hakkı; kıymetli evrak üzerindeki haklar; firma, marka, ihtira üzerindeki haklar (sınai haklar), eser üzerindeki fikri haklar, işletmenin iştirakleri varsa iştirakler dolayısıyla sahip olunan haklar (örneğin işletmenin başka bir müesseseye ortak olması halinde ortaklıktan

²¹⁶ Aynı yönde bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.214 dn.456.

²¹⁷ KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.170 N.517; ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.214'te devrin hükümlerinin taşınmazlara ilişkin resmi şekil şartı açısından saklı tutulmasını önermektedirler.

²¹⁸ Anılan Kanun, 29.6.1956 tarihinde kabul edilerek 09.07.1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²¹⁹ POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.27.

²²⁰ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.21; KARAYALÇIN, **Ticari İşletme**, s.173; BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.88.

doğan haklar), know-how²²¹, alan adı (domain name) maddi olmayan unsurlar arasında sayılmaktadır.²²² Hangi unsurların maddi hangi unsurların maddi olmayan unsurlara dahil olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır.²²³ Maddi unsurların bulunmasına rağmen maddi olmayan unsurların bulunmaması durumunda, bir mal yığını söz konusudur. Yani öncelikle maddi unsurlar bir organizasyona bağlanmış şekilde bulunmalı ve bu organizasyon maddi olmayan unsurlardan da bazılarını mutlaka sahip olmalıdır.²²⁴

Ticari işletmenin malvarlığına dahil unsurlar iki bakımdan önemlidir. Öncelikle bu unsurların üçüncü şahıslara karşı korunması önem taşır. Korumaya ilişkin hükümler taşınır ve taşınmaz işletme tesisatı için MK’nda, ticaret unvanı ve işletme adı için TTK’nda ve bazı unsurlar için kendi özel mevzuatında (örneğin 551 sayılı KHK patent haklarının korunmasında, 554 Sayılı KHK markanın korunmasında) düzenlemeler vardır. Ayrıca miras sebebiyle intikal ettiği veya sözleşmeyle devredildiği veya kiraya verildiği zaman bu unsurların durumunun belirlenmesi de önemlidir.²²⁵

Ticari işletmenin malvarlığı yukarıda sayılan unsurların tamamından veya bir kısmından meydana gelen bir bütün olsa da, her bir unsur hukuken bağımsızdır.²²⁶ İşletmenin malvarlığı içinde yer alan her mal ve hak, kendi statüsüne tabidir.²²⁷ İşletmenin devri durumunda, her mal ve hak, kendi tabi olduğu statüye uygun şekilde

²²¹ KENDİGELEN, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, s.153 N.465.

²²² ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.21; KARAYALÇIN, *Ticari İşletme*, s.173; BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.88; POROY/YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s.38; KENDİGELEN, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, s.151-155 N.458-469.

²²³ İleri sürülen farklı görüşler ve görüş sahipleri için bkz. ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.22 dn.46 vd.

²²⁴ ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.22.

²²⁵ KARAYALÇIN, *Ticari İşletme*, s.174.

²²⁶ KARAYALÇIN, *Ticari İşletme*, s.174; ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.22; BİRSEL, *Ticari İşletme*, s.88.

²²⁷ KENDİGELEN, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, s.151 N.457.

devredilir. Ancak istisnaen ticaret unvanı işletmeye bağlıdır ve TTK m. 51 gereği, aksi devir sözleşmesinde öngörülmedikçe, işletmeden ayrı olarak devredilemez.²²⁸

TTK m. 11’de belirtilen anlamda tesisat, ticari işletme faaliyetinin yürütülmesine sürekli bir şekilde tahsis edilmiş olan taşınır, taşınmazlar ve bunların bütünleyici parçası veya eklentisidir. Bir işletmenin fabrikasının kurulu olduğu taşınmaz, fabrikası içinde bulunan makineleri, aletleri ve taşıt araçları vb. işletme tesisatı sayılır. Fabrikanın işletilmesi için tahsis edilmiş olan nakdi sermaye, hammadde, bitmiş ürünler de ticari işletmeye dahildir.

Her ne kadar, TTK m. 11/II’de ticari işletmeye dahil unsurlar arasında kiracılık hakkı düzenlenmiş olsa da, kiracılık hakkının işletmeye ait unsurlar arasında sayılması bazı sorunlar yaratabilecek niteliktedir. Çünkü 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’a göre sözleşmede kiracıya, kiralananı devir hakkı açıkça verilmemişse, kiracının kiralananı devretmesi olanaklı değildir.²²⁹ Bu nedenle işletmenin kiracılık hakkının devrinin özel bir düzenlemeye tabi tutulması önerilmektedir. Aksi durumda, ticari işletmeyi devreden kiracı tacirin, kiralayanla anlaşarak kira hakkını da işletmeyi devralana devretmesi gerekir.²³⁰

²²⁸ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.83’de TTK m. 11/II’de yer alan “bir işletmenin devrinin, aksi öngörülmedikçe ticaret unvanının da devrini gerektireceği” şeklindeki hükmün, sadece borçlandırıci işlem açısından anlaşılması gerektiğini, bu durumun hem TTK hem BK sistemine uygun düşeceğini; çünkü borçlandırıci devir sözleşmesinin yapılmasıyla ticaret unvanını kullanma hakkının doğmayacağını, en azından ticari işletmenin asli unsurlarının da devredilmiş olması gerektiğini ileri sürmektedir.

²²⁹ Anılan hükmün, borç ilişkisinin devrinin genel ilkesi olan karşı tarafın rızası bulunmadıkça borç ilişkisinin devredilemeyeceği ilkesinin kira sözleşmesine uygulanmış şekli olmaktan öte bir anlamı olmadığı yolunda ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.81. ACEMOĞLU’na göre, bu ilkeye rağmen BK m.179’un niteliği gereği borçlar kül olarak geçmektedir ve bu yüzden karşı tarafın rızası, kira sözleşmesinin devri de dahil hiçbir borç devrinde aranmamalıdır.

²³⁰ Aksi görüş için bkz. ARKAN, **Ticari İşletme**, s.42’de TTK m. 11/II’nin 6570 sayılı Kanun m.12’ye göre daha özel bir hüküm olması ve yeni tarihli genel kanunun (TTK), özel kanunun önüne geçeceğini savunarak, ticari işletmenin devrinde, kira sözleşmesinde açıklık olmasa da kiracılık hakkının da devrin kapsamında olduğunu ileri sürmektedir.

Gerçekten bazı hallerde işletme, içinde bulunduğu taşınmazın değerini kendi faaliyetleri neticesinde arttırmış olabilir. Ayrıca tacirin belirli bir yerde ve uzun süreden beri ticari faaliyette bulunması nedeniyle müşteriler de o yere alışmış olabilirler. Bu durumda o yerde bulunmanın işletme tarafından oluşturulmuş bir değeri bulunmaktadır. Bu değer de işletmeye dahil olması gerekmektedir. Aksi durumda, işletmenin bulunduğu taşınmazın maliki, taciri tahliye edip tacirin emeği ile değeri artmış bulunan taşınmazını rayicinden daha yüksek bir bedelle kiraya verecek olursa, malik, tacirin emeği ve gayreti ile oluşturduğu fazla değerden sebepsiz olarak faydalanmış olacaktır.²³¹

Uygulamada, hasılat kirası ile ticari işletmenin kiralanması durumunda, kiracıya işletme hakkını üçüncü kişilere devretme hakkı tanındığı için, ticari işletmenin devrinden bahsedilemez. Devrin konusunu, kiracıya hasılat kirası ile tanınan sözleşmesel hak oluşturmaktadır.²³²

Ticari işletmede bir de müşteri boyutu vardır. Ticari işletmeler müşterileriyle yaşar. Müşteriler temel kavramdır ve diğer unsurlar, müşterileri bir arada tutmak konusundaki fonksiyonları oranında önem kazanırlar.²³³ Ticari işletme devredilirken doğal olarak müşteriler de devredilir²³⁴; müşterilerin tek başına veya müşterilerden arınmış olarak ticari işletmenin devri eşyanın doğasına aykırıdır.²³⁵

İşletmenin unsurları demek, işletmenin müşterilerini birarada tutan unsurlar demektir. İşletmenin devri demek, müşterileri bir arada tutan esas unsurların devri demektir. İşletmenin devrinde devreden tacir işletmenin devralınmasıyla kazanılan

²³¹ KARAYALÇIN, **Ticari İşletme**, s.175.

²³² POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.43.

²³³ POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.40.

²³⁴ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.83’de müşterilerin değil, bu konudaki olanak ve ilişkilerin devrinin söz konusu olduğunu belirtmektedir. DOMANIÇ/ULUSOY, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, s.145’te, müşterilerin sözleşmeye konu oluşturmayacağı ve hukuki anlamda işletmeden bağımsız devredilemeyeceği görüşündedir.

²³⁵ BİRSEL, **Ticari İşletme**, s.88; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.24.

tüm unsurları da garanti eder. Ancak devreden işletme sahibinin, devrettiği işletmenin müşterilerini sonradan elde etmek amacıyla o işletmeye yakın bir yerde aynı alanda faaliyette bulunan bir başka işletme kurması, bu garanti yükümlülüğüne aykırı davranış oluşturur.²³⁶ Bu yükümlülüğün kaynağını MK m.2'deki dürüstlük kuralı oluşturur.²³⁷ Taraflar devir sözleşmesinde bir rekabet yasağı koymasalar bile, devreden devrettiği işletme ile rekabet etmeme borcu bulunmaktadır.²³⁸

Müşterilerin bir unsur olup olmadığı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, müşterileri ticari işletmenin unsuru kabul etmemek doğru değildir, müşteriler ticari işletmenin bütün unsurlarının toplam değerinin üstünde bir değere sahiptir ve işletmenin devrinde de işletmenin değerine olumlu bir değer katar.²³⁹

²³⁶ KARAYALÇIN, *Ticari İşletme*, s.175.

²³⁷ Dürüstlük kuralı için bkz. Şener AKYOL, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006; ayrıca ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.85-86; ARSLANLI, *Kara Ticareti Hukuku*, s.125.

²³⁸ ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.85; ARICI, *Ticari İşletmenin Devri*, s.83. Ancak bir devir sözleşmesi olmaksızın, kapanan işletmenin yerine aynı alanda faaliyet gösteren bir başka işletmenin açılması durumunda, yeni işletmenin, eski işletmenin müşteri çevresinden yararlanması, BK m. 179 anlamında eski işletmenin borçlarından sorumlu olmasını gerektirmez. Bkz. ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.85 dn. 69.

²³⁹ ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.22; KARAYALÇIN, *Ticari İşletme*, s.174; KENDİGELEN, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, s.155 N.468-469.

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ HUKUK AÇISINDAN MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

I. ROMA HUKUKUNDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

Roma Hukuku'nda ortak bir iktisadi amaca hizmet eden ve fiziki olarak topluca bir arada bulunan taşınır malların “bir mal topluluğu” teşkil ettikleri kabul edilmekteydi. *Universitas*¹ olarak anılan böyle bir mal topluluğu, (örneğin bir sürü içinde bulunan hayvanlar, bir depo içinde bulunan mallar veya bir kütüphane teşkil eden kitaplar) topluca hukuki işlemlere konu olababilirlerdi. Böyle bir mal topluluğu hakkında istihkak davası dahi açılabilirdi; fakat bu sadece usuli bir olanak olarak öngörülmüş idi. Mal topluluğu üzerinde tek bir mülkiyet hakkı veya zilyetlik durumu söz konusu olmayıp, topluluğun içinde her bir taşınır malın ayrı ayrı mülkiyet veya zilyetlik konusu olduğu kabul edilirdi. Bu nedenle örneğin, bir mal topluluğunun kazandırıcı zamanaşımıyla iktisabı mümkün değildi.

Daha sonraki devirlerde Roma Hukuku'ndaki bu mal topluluğu (*universitas*) kavramının bir benzeri olarak birbirlerine iktisadi amaç ve fiziki yakınlık dolayısıyla değil, fakat hukuki bir ilişki sebebiyle bağlı oldukları kabul edilen mal topluluklarına da hukuki bir değer izafe edilmiştir. Türk hukuk dilinde “malvarlığı” veya “mamelek” olarak adlandırılan bu kavramı, Roma Hukuku'ndaki, mal topluluğu kavramından ayırmak için *universitas iuris*² terimi kullanılmış olup, Roma Hukuku'na ait olan mal topluluğu kavramı da *universitas facti*³ diye anılmıştır.

¹ Bkz. Ziya UMUR, **Roma Hukuku Lugatı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975, *universitas* maddesi, s.213.

² Bkz. UMUR, **Roma Hukuku Lugatı**, *universitas iuris* maddesi, s.213-214.

³ Bkz. UMUR, **Roma Hukuku Lugatı**, *universitas facti* maddesi, s.213-214.

Universitas iuris Roma hukukçularının kullanmış olduğu bir terim olmamakla birlikte bu türlü malvarlığı örneklerine Roma Hukuku'nda da rastlanmaktaydı. Örneğin kadının evlilik birliğine getirdiği malları topluca ifade etmek için kullanılan *dos* (cihaz), kölelerin iktisadi bir faaliyette bulunmaları için kendilerine bırakılan malları ifade eden *peculium* ve tereke (*hereditas*) böyle idi. Bu örneklerde hukuki bir ilişki dolayısıyla bir topluluk teşkil ettiği farz edilen malların çoğalması, eksilmesi veya değişmesi mal topluluğunun devamlılığına etki etmemekteydi. Böyle bir malvarlığının toplu şekilde bir ayni davaya konu olması da mümkündü.

İşte modern hukuktaki malvarlığı kavramının ve özellikle Alman hukukundaki ticari malvarlığı (*Handelsvermögen*) ve donatana ait deniz serveti (*Schiffsvermögen*)⁴ kavramlarının tarihi kökeni Roma Hukuku'ndaki *universitas iuris*'e dayanmaktadır.⁵

Roma'da ticari işletmenin veya malvarlığının devri müessesesi bulunmamaktaydı. Çünkü Roma'da ticari işletme ve onun malvarlığı kavramı bilinmemekteydi. Roma Hukuku'na göre borç ilişkisi alacaklı ile borçlusu arasında kişisel bir bağ tesis ettiğinden, yani alacaklı belirli bir hareket tarzını yalnız borçlusundan istemek yetkisine sahip olduğundan, borçlu da alacaklısına karşı o şekilde hareket etmekle yükümlü olduğundan, taraflar borç ilişkisinin esaslı unsurlarından sayılıyor ve borç ilişkisi zedelenmeden de tarafların değişebileceği fikri Romalılarca düşünüleliyordu. Bu sebeple Roma'da borç ilişkisi uzun zaman nakledilemez bir

⁴ Türk hukuku açısından deniz serveti, donatanın sınırlı ayni sorumluluğunun bütününi oluşturan gemi ve navlundan oluşmaktadır. Bunlar ayrı ayrı kişilere de ait olabilir. Örneğin gemi, işletme müteahhidi tarafından işletilmekte ise, navlun müteahhidi; gemi ise donatana aittir. Ayrıca deniz servetine dahil gemi, takip konusu alacağın doğmasına sebep olan gemidir. Bkz. Tahir ÇAĞA/Rayegan KENDER, **Deniz Ticareti Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2004, s.151.

⁵ Bu başlık altında değinilen Roma Hukuku'ndaki malvarlığına ilişkin tüm bilgiler için bkz. Ed. HEILFRON, **Römische Rechtsgeschichte und System des Römischen Privatrechts**, 6. Bası, Speyer&Peters, Berlin, 1908, s.211-213.

karakter taşımıştır.⁶

Ancak eski borç ilişkisinin yerine bir yenisini tesis etmek suretiyle, yani, yeni bir borçluyu tediye borcu altına sokan ve bu durumda *expromissio* ismini alan bir yenileme ile olanaklıydı. Borcun nakli için bugünkü hukukumuzda olduğu gibi (BK m. 173) Roma Hukuku'nda da alacaklının rızası gerekir. Alacaklı kabul etmedikçe eski borçlunun yerine yeni bir borçlu geçemez.

Bir tek külli halefiyette (*successio*) külli halef, örneğin mirasçı veya *bonorum emptor* (yani icra yoluyla *bonorum venditio* şeklinde satılan bir borçlu malvarlığını toptan satın alan) durumunda olan kimse, alacaklının veya borçlunun yerine geçebiliyordu. Esasen bu halde de taraflardan birinin değişmesi kanun icabı (*ex lege*), yani tarafların iradesi dışında meydana gelmiş oluyordu.

II. İSVİÇRE HUKUKU'NDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

A) Konunun İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki Düzenlemesi

Türk Hukukunda malvarlığı veya işletmenin devrini düzenleyen BK m. 179 hükmünün kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı İBK m. 181'dir. 1 Temmuz 2004'te yürürlüğe giren 3 Ekim 2003 tarihli İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu (Fusionsgesetz-“FusG”) öncesinde İBK m. 181 hükmü, üç paragraftan oluşan ve neredeyse BK m. 179'un Almanca tercümesi olan bir hükümdü. 2003 yılında yürürlüğe giren FusG sonrası İBK m. 181'e dördüncü fıkra eklendi ve ticaret siciline kayıtlı, özel hukuka göre hak sahibi olanların malvarlıklarını ya da ticari işletmelerini devretmeleri durumunda, hak sahiplerinin hukuki statülerine bakılmaksızın, zorunlu olarak FusG hükümlerinin

⁶ Türkan RADO, **Roma Borçlar** Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1989, s.274.

uygulanacağı düzenlendi. (Bkz. ileride s.94)

İBK m.181 ve onu iktibas eden Türk Borçlar Hukuku, aynen Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, malvarlığı veya işletmenin devrinde kanuni bir borç naklini öngörmektedir.⁷ Burada sorumluluğun kaynağı ticari işletme veya malvarlığının kazanılmasıdır.

B) Borç Devrinin Niteliği

İBK m. 181 gereği malvarlığının aktif ve pasifiyle devralındığının bildirimi alacaklılara ulaştığı an, eski borçlunun derhal borçtan kurtulması söz konusu değildir. Üç yıl boyunca her iki borçlu alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu kalmaya devam ederler. Yani kümülatif borç nakliyle özdeş bir durum ortaya çıkar. Ancak İBK m. 181'e göre gerçekleşen borç devri, borca dahil olmadan öte, tarafların isteği doğrultusunda asıl borçlunun kurtarılmasıdır; yani devralan kimse devredene karşı bir taahhüt altına girmiş ve devredeni malvarlığı veya işletmeye dahil borçlardan kurtarmaya mecburdur⁸ ki bu etki üç yıllık sürenin dolmasının ardından tam anlamıyla ortaya çıkmaktadır. Fakat tarafların aralarında bu üç yıllık süre boyunca kümülatif bir borç nakli üzerinde anlaştıkları şeklinde bir durum mevcuttur.⁹

Bu tür borç devri için Almanya'da en çok "borca dahil olma" terimi kullanılmaktadır.¹⁰

Diğer bir tanıma göre kümülatif borç nakli "müteselsil borçlu olarak borca dahil

⁷ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.2-3. Aynı yönde bkz. BGB m. 419, HGB m. 25.

⁸ Andreas VON TUHR, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, C:1-2, (Çeviren:Cevat EDEGE), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s.900.

⁹ Albin BÜHLER, **Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht**, Dissertation, Buchdruckerei Oberland Interlaken, Luzern, 1947, s.38.

¹⁰ Franz LEONHARD, **Allgemeines Schuldrecht des BGB**, C.1, Duncker&Humblot, Münih-Leipzig, 1929, s.698.

olmak” şeklindedir.¹¹ Bu tanımlamayla borcun dış yüklenilmesi (nakledici, yenileyici veya borçtan kurtarıcı borç yüklenilmesi de denir) ile olan fark vurgulanmaktadır.

Borcun dış yüklenilmesi müşterek borçluluğa dahil olmayı gerektirmez, aksine borcu devralan tek başına borçlu olmuş olur ve asıl borçlunun yerine geçmiş olur. Önceki borçlu borcun dış yüklenilmesinin hüküm ifade etmesiyle derhal borç yükümlülüğünden kurtulmuş olur. Borcun dış yüklenilmesi alacaklının hakkında bir değişiklik meydana getirir ve bu yönüyle tasarrufi işlemdir. Ayrıca borcu yüklenen de borç altına girdiği için, onun açısından bir borçlandırıcı işlemdir. Böylece çift etkili bir işlem olarak nitelenen borcun dış yüklenilmesi, sebepten de soyuttur. Yine borcun bünyesinde bir etkiye yol açmadığı için, borç, tüm borca bağlı haklarla birlikte varlığını sürdürür.¹²

Kümülatif borç naklinde borçların asıl devri gerçekleşmez; bilakis mevcut bulunan borç ilişkisinin yanına bir yenisi daha eklenir.¹³ Ancak kümülatif borç nakli yalnızca bir sorumluluk devri değildir. Borcu üstlenen gerçek borçlu olmaktadır; tabii geçici olarak sadece müşterek borçludur, ancak bu şekilde de müteselsilen sorumlu olur. Bazı durumlarda tek başına borçlu da olabilir. Bu ise borcun dış yüklenilmesi nedeniyle borçlunun sorumluluktan kurtulmasıyla veya eski borçlunun İBK m.181’de olduğu gibi sürenin geçmesiyle kanunen borçtan muaf tutulduğu durumlarda olabilir.¹⁴

C) Borç Devrinin Koşulları

İBK m. 181 alacaklının etkisi dışında kanunen ortaya çıkan borçlu değişimi, yani aktif ve pasiflerin devri için birden fazla koşulu bir arada aramaktadır: Malvarlığı

¹¹ H. REICHEL, *Die Schuldmitübernahme*, 1909, s.1.

¹² Hermann BECKER, *Gmürs Kommentar zum OR (Berner Kommentar zum schweiz)*, Art.176, N.2.

¹³ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.38.

¹⁴ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.38.

veya işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınmasına ilişkin malvarlığını veya işletmeyi devralanla devreden arasında bir devir sözleşmesinin akdedilmesi ve buna ilişkin olarak alacaklıların bilgilendirilmesi (ilan veya ihbar) gereklidir.¹⁵

Bu madde öncelikle bir malvarlığının devrini gerekli kılmaktadır. Devreden bazı malları devrin dışında tutup kendisi için alıkoyarsa, yani devir sözleşmesi tüm malvarlığını değil de, malvarlığı unsurlarının en önemlilerini kapsarsa veya sözleşme malvarlığının bir kısmını içerse de bu kısım fiilen veya hukuken bağımsız bir kısım oluşturursa, malvarlığının devri yine bulunmaktadır; yani aktiflerin tamamen devri zorunlu değildir.¹⁶

Burada alacaklının fikri sorulmadan ve borç naklinin ruhuna aykırı olarak alacaklının rızası alınmaksızın bir borç nakli gerçekleştiği için, yararlar dengesi açısından devreden borcundan belli bir süre (yeni düzenleme gereği üç yıl¹⁷, eski hüküm gereği iki yıl) daha borçlu kalmaya devam etmektedir. Ayrıca dikkat edilmelidir ki, alacaklının alacağının güvencesi olan malvarlığı değerleri veya ticari işletme de devralana geçip varlığını sürdürmeye devam ettiği, devralan devraldığı malvarlığı değerine ilaveten kendi malvarlığı ile¹⁸ ve borç talep edilebildiği sürece¹⁹ ve fakat sadece ihbar sırasında mevcut borçlarla sınırlı olarak²⁰ sorumlu olmaya devam ettiği ve devreden borçlu da devir karşılığı elde ettiği malvarlığı değerleri de dahil olmak üzere belli bir süre daha borçtan sorumlu kalmaya devam ettiği ve böylece alacaklı hakları için bir tehlike söz konusu olmadığı içindir ki, alacaklının rızasının

¹⁵ VON TUHR, **Borçlar Hukuku**, s.900-901.

¹⁶ VON TUHR, **Borçlar Hukuku**, s.899-900.

¹⁷ Yeni düzenleme için aşağıda s.85 Birleşme Kanunu'na Göre Malvarlığının Devri.

¹⁸ Rene DES GOUTTES, **Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce, en droit suisse et en droit compare**, Imprimerie Atar S.A, Cenevre, 1938, s.87-88; Guido BUCHLI, **Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschaeftes nach Art.181 OR**, Zürich, 1953, s.80; VON TUHR, **Borçlar Hukuku**, s.900.

¹⁹ DES GOUTTES, **Cession**, s.88.

²⁰ VON TUHR, **Borçlar Hukuku**, s.903; DES GOUTTES, **Cession**, s.88.

aranmamasının gerekliliğinin gerekçesi ortaya çıkmaktadır.²¹

Bu açık düzenlemeye rağmen, malvarlığının “devralınması” (Almanca: *Übernahme*)²² adı altında yalnızca malvarlığının devrinin mi kastedildiği, yoksa intifa hakkı, kira sözleşmesi veya idare sebebiyle devrin alacaklılara duyurulduğu hallerde de İBK m.181’in hükümlerini doğurup doğurmayacağı konusunda görüş ayrılıkları çıkmıştır. Kanun koyucunun oldukça geniş kapsamlı “devralma” sözcüğünü seçmesi nedeniyle, borçların devrinin sadece mülkiyet devri halleriyle sınırlandırılmak istenmediğinin amaçlandığı şeklinde yorumlanmaktadır.²³

İMK m. 766 intifa hakkı sahibinin yalnızca ana para borçlarının faizlerini karşılamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Yani asıl borçlar genelde mülkiyet sahibine aittir. Ancak bu düzenleme mülkiyet hakkı ve intifa hakkı sahipleri arasında bir anlaşmanın olamayacağını belirtmemiştir. Eğer malvarlığı büyük ölçüde kıymetli evraktan oluşuyorsa, malvarlığı devrinden önce alacaklıların tüm borçlarını karşılamak bir sorun teşkil etmeyecektir. Fakat malvarlığı tarımsal bir işletme, bir ticarethane veya bir müessese ise, tüm işletme borçlarının karşılanması, işletme bütünlüğünün büyük bir bölümünün tasfiyesini gerektirecektir²⁴; ki işletmenin intifa hakkı sahibinin elinde de bir bütün olarak kalması gerekmektedir. Bu şekildeki bir tasfiyeyi önlemek için, taraflar intifa hakkı sahibinin işletmeyi hisse senetleri ve pasifleriyle devralması konusunda anlaşabileceklerdir. Bu amaçla kendi aralarında İBK m. 175’e göre bir borç nakli anlaşması akdedebilirler. Eğer bu durumu alacaklılara bildirirlerse, İBK

²¹ DES GOUTTES, *Cession*, s.36.

²² Her ne kadar “Übernahme” kelimesinin anlamı “devir” değil “nakil” olsa da, BK m. 179’un amacı açısından daha geniş anlama sahip “nakil” yerine “devir” kavramının kullanılması daha uygundur. Aynı yönde ayrıntılı açıklama için bkz. ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.2-3.

²³ L. KLINGLER, *Die Unternehmungspact*, Dissertation, Zürih, 1943, s.77; Rudolf ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, Dissertation, Berlin, 1910, s.140; DES GOUTTES, *Cession*, s.36, s. 146.

²⁴ Hans LEEMANN, *Kommentar zum Sachenrecht in Gmüers Berner Kommentar zum ZGB*, C.IV, 1920-1925, Art. 766, N.34.

m. 181'e göre intifa hakkı sahibi ve alıcı arasında özel bir borç nakli sözleşmesinin akdedilmesi gerekmeksizin, intifa hakkı konusu eşyanın sahibinin üç yıllık sürenin dolmasıyla borçlardan sorumluluğu sona erecektir.²⁵ Eğer taraflar bazı münferit borçları devrin dışında bırakmak isterlerse, ya istisnaları kesin bir şekilde ilanda göstermek suretiyle ya da daha pratik olarak ilgili alacaklılara tek tek bildirimde bulunmak suretiyle özel ilanlarla gerçekleştirmelidirler.²⁶

Yukarıdaki esaslar bir işletme veya müessesenin kiralanması durumları için de geçerlidir. Eğer işletme sahibi kendisini işletme yüzünden ortaya çıkan borçlardan kurtarmak istiyorsa, kiracıyla özel bir borç nakli konusunda anlaşabilir. Bu şekilde bir borç nakli gerçekleşir ve alacaklılara da bildirilirse, bildirme tarihinden itibaren İBK m. 181'in hukuki sonuçları meydana gelir. Kiracının işletmeyi aktif ve pasifleriyle devraldığı bilgisi alacaklılara hiçbir sınırlama olmadan ulaştırılırsa, kiracı tüm işletme borçlarından sorumludur.²⁷ Yani özel borç nakli nedeniyle devralınmayanlar da buna dahildir. Tarafların ilan sırasında açıkça işletme sahibinin hangi borçlardan sorumlu olduğunu belirtmesi gerekmektedir.

Malvarlığı devrinin zamanla kısıtlanmış olduğu durumlarda İBK m. 181'deki avantajları bu çeşit işlemlerde de uygulamak doğrudur. Bu durumlarda da alacaklıların yararları korunmaktadır ve alacaklıların yararı üzerine olumsuz bir etki göstermemektedir. Bu sebeple haklı olarak hem teoride hem pratikte, İBK m. 181'in bir işletmenin ve malvarlığının kiralanmasında da, eğer aktif ve pasifleriyle birlikte devir işlemi alacaklılara bildirilmişse, uygulanabileceği görüşü savunulmuştur.²⁸

²⁵ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.21.

²⁶ F. KELLERHALS, *Die Nutznießung am Handelsgeschäft in der Z.f.s.R.n.F.*, C:31, 1912, s.323.

²⁷ KLINGLER, *Die Unternehmungspact*, s.78; aynı yönde DES GOUTTES, *Cession*, s. 149.

²⁸ George P. TREADWELL, *Die Geshäftsübernahme*, Selbst, Zürich, 1913, s.68; LEEMANN, *Kommentar zum Sachenrecht*, Art. 766, N.34; DES GOUTTES, *Cession*, s.147; KLINGLER, *Die Unternehmungspact*, s.77 vd.; EBG 47 II 416 vd.

D) Malvarlığı Devri Sözleşmelerinin Şekli:

İsviçre Hukukuna göre malvarlığının devri sözleşmesinin²⁹ bulunması, Alman Hukukunda olduğu gibi, devralana borçların devredilmesi konusunda zorunlu bir şart değildir. Ancak zorunlu olarak bir devir borcu doğuran işlemin bulunması gereklidir.

Malvarlığının devri bir yasa hükmü tarafından da meydana gelmiş olabilir, örneğin: evlilik yoluyla kadının kendisinin işletmediği şirketin, eşinin yönetimine geçtiği durumlarda böyledir. Malvarlığı devri sözleşmesinin bulunduğu durumlarda, sözleşme şekle tabi değildir³⁰ ve münferit devir işlemleri için İBK çerçevesinde ortak bir hukuki işlem oluşturur.³¹ Malvarlığı devri sözleşmesi ile devralan malvarlığını devralma yükümlülüğü altına girmiş, devreden de malvarlığı değerlerinin devrinden sorumlu duruma gelmiştir. Sözleşmenin resmi şekilde yapılması, malvarlığı değerleri içerisinde taşınmaz bulunması durumunda gereklidir. Birçok durumda bir sözleşmenin yapılması bir envantere bağlanacaktır. Bu da hukuk güvenliğinin korunmasına hizmet etmektedir. Böylelikle bu durum hem hakime tarafların arzusunu şüphesiz bir şekilde gösterecek, hem de tarafların kendisi için sağlam bir temel oluşturacaktır. Envanter düzenlenmesi işletmenin belirli bir süre sonunda devredilmesi durumlarında özellikle tavsiye edilmektedir.³²

Malvarlığı devri sözleşmesi bir satım, takas veya bağışlama sözleşmesi, bir ölünceye kadar bakma veya malvarlığının devrinin zamanla sınırlanmış olmasıyla ilgili bir sözleşme (kira, rehin vb.) olabilir. Malvarlığının tümünün devrine ilişkin olan sözleşmeyle özel malvarlığı değerlerinin devriyle ilgili olan arasında esas anlamda

²⁹ VON TUHR, **Borçlar Hukuku**, s.900: “Malvarlığı veya işletmenin devri *vaadi* hiçbir şekle tabi değildir.”

³⁰ Hugo OSER, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweiz, Obligationenrecht II, Kommentar zu Artikel 181 OR**, N.6, Zürih, 1936; BUCHLI, **Die Übernahme**, s.25; DES GOUTTES, **Cession**, s.27.

³¹ BÜHLER, **Die Vermögens**, s.23.

³² TREADWELL, **Die Geschäftsübernahme**, s.28.

bir farklılık yoktur.³³ Tüm malvarlığı veya belli bir malvarlığı bütünü oluşturulan malvarlığı bölümlerinin devri için tek tek sözleşmeler de yapılabilir. Tek bir sözleşme de olanaklıdır, ancak farklı malvarlığı bölümleri üzerinde tek bir tasarrufi işlemle tasarruf edilemez.³⁴

E) Malvarlığı Devrinin Kapsamı

Malvarlığını pasifleriyle devralmanın unsurları tarafların malvarlığı devrini borcun iç yüklenilmesi sözleşmeleriyle bağdaştırmaları durumunda meydana gelir ki, buna göre devralan aktiflerin yanı sıra, devredilen malvarlığı değerleriyle özel bir bağlantısı olan pasifleri de devralmalıdır. Bu borcun iç yüklenilmesi işlemi, alacaklılar bilgilendirilir bilgilendirmez alacaklılara karşı geçerlidir. Alacaklılara karşı bu yükümlülük kanundan dolayı ortaya çıkmaktadır ve ayrıca alacaklıların ne açık ne de zımni bir onayına ihtiyaç duyulmaktadır. Yani alacaklıların herhangi bir şekilde bu borç devrine itiraz etme hakları yoktur.³⁵ Alacaklıların haklarına yönelik yapılan bu kapsamlı müdahaleye karşılık üç yıllık bir süre boyunca malvarlığını devreden ve devralan alacaklılara karşı müteselsilen sorumluluk altındadır. Bu anlamda devralan kişiden devralanlar açısından da ayrı ayrı müteselsil sorumluluk süresi her yeni devrin ilanından itibaren işlemeye başlar.

Alacaklıların haklarının kısıtlanmasının sebebi, borçlunun devre konu olan malvarlığı haklarının, normal olarak, devredilen malvarlığına dahil olan borçları ödemeye olanak verecek değerde olması ve malvarlığı değerlerini devralanın, borç yükümlülüklerini de sorumluluk altına almasının hakkaniyet icabı olmasıdır diye izah edilebilir.³⁶ Borçlunun mevcut aktifleri, alacaklı için bir güvencedir; aktiflerin devredilmesi pasiflerin de aynı zamanda devredilmemesi durumunda alacaklıya zarar

³³ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.23.

³⁴ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.24.

³⁵ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.25.

³⁶ OSER, *Zürcher Kommentar*, Art.181, N.2.

verebilir, örneğin mülkiyetin devredilmesinin karşılıksız olması veya tarafların muvazaalı bir fiyatta anlaşmaları durumunda böyledir.³⁷ Ancak icra hukuku çerçevesinde açılacak olan iptal davaları dolayısıyla alacaklı borçlunun bu şekildeki yolsuz işlemlerinden korunmuştur. Bu sebeple İBK “kanunen belirtilmiş, her mülkiyet devrinde ortaya çıkan, borçların devralana devri ile alacaklıların yararlarını korumayı” gerekli görmemiştir.³⁸ Taraflar malvarlığının devrinde pasiflerin kısmen veya tamamen devredende kalacağını kararlaştırırlarsa, borcun nakli gerçekleşmez; malvarlığı veya işletmenin devir sözleşmesi açıkça hem aktiflerin hem de pasiflerin devrini içermelidir.³⁹ Bu gibi durumlarda devreden, kendinin sorumlu olduğu borçları ifa etmekten yoksun ise, alacaklıları zarara uğratma kastıyla yapılan bir devir söz konusudur ve İİK m.285 vd. hükümleri gereği iptale tabidir.⁴⁰ Ancak devralanın –tasarrufun iptali davasına konu olmak ihtimali saklı kalmak kaydıyla–yalnızca belirli pasifleri üzerine alması mümkün olmalıdır.⁴¹

Taraflar devir sözleşmesinde borçların devrini belirlemiş olsalar bile, oluşan malvarlığı devrine rağmen gerekli ilanı yapmayarak alacaklılara karşı bu anlaşmanın etkisinin ortaya çıkmasını engelleyebilirler.⁴² Tüm mevcut malvarlığı borçları, ki devir sözleşmesinde değinilmeyen ve devralanın bilgisi dahilinde olmayanlar da buna dahildir, yeni borçluya geçecek olsa, bu malvarlığı veya işletme devrinin malvarlığının pasif tarafında bir çeşit genel halefiyete sebep olacağı anlamına gelir. Yani İBK m. 181 gereği malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde pasiflerin devri

³⁷ Georg HASLER, *Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischem Recht*, Zürich, 1911, s.130.

³⁸ HASLER, *Die Schuldübernahme*, s.130.

³⁹ VON TUHR, *Borçlar Hukuku*, s.900 ve orada dn.122’de BECKER. Karşı görüşte OSER, *Zürcher Kommentar*, Art.181, N.3. Karşı görüş taraftarlarına göre BGB m. 419’a dayanan ve pasiflerin devrini engelleyen kayıtların İBK m. 181 çerçevesinde hükümsüzlüğünü kabul eden görüş, İBK’nın da amacına uygundur ve pasiflerin devri tarafların iradesiyle değil kanun gereğidir.

⁴⁰ VON TUHR, *Borçlar Hukuku*, s.900.

⁴¹ BECKER, *Gmürs Kommentar zum OR* Art.181 N.2.

⁴² BÜHLER, *Die Vermögens*, s.26.

cüzi halefiyet durumudur.⁴³ Devralan yalnızca özel borç devri sırasında devraldığı borçlardan sorumludur.⁴⁴ Yine aktifler de *uno acto* geçmez; her bir malvarlığı değeri açısından malvarlığı değerinin niteliğine uygun tasarruf işlemi yapılmalıdır.⁴⁵

İBK m. 181’de belirtilen “bununla bağlantılı olan borçlardan” sözleri ile yalnızca hukuki bir bağlantı kastedilmiş olabilir. Taraflar sözleşmede hangi borçların kendi kanaatlerine göre devredilen malvarlığı bölümüyle gerçek anlamda bir bağlantıda bulunup bulunmadığını kendileri belirleyebilirler. Ancak tarafların bilgisi dışında olan ve malvarlığı devrinde belirtilmeyen borçlar, yalnızca borçlunun kişiliğiyle hukuki bir bağlantıdadırlar ve borçlu bunlara karşı hala tek başına sorumludur.⁴⁶

İBK m. 181’in uygulanabilmesi için devredilmek istenen malvarlığı veya işletme kendi içinde bir bütün oluşturmalıdır. Sadece bazı malvarlığı değerlerinin devredilmek istendiği durumlarda İBK m. 181 uygulanamaz.⁴⁷ Buna karşın malvarlığı veya ticari işletmenin aktifini oluşturan unsurlardan bazı değerler devredende bırakılsa dahi, İBK m. 181 uygulanır, yeter ki malvarlığının tamamına yakını veya ticari işletmenin temel unsurları devredilmiş olsun.⁴⁸

⁴³ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.55; BUCHLI, *Die Übernahme*, s.60; DES GOUTTES, *Cession*, s.26.

⁴⁴ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.28’den naklen: “Bu düşünceler doğrultusunda Von Tuhr’un düşüncesinin yanlış olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır ki, işletmeyi devralan, devir sözleşmesinde devreden sorumluluğunda bırakılan borçlar için de alacaklılara yapılan bildirimde bir sınırlama olmaması durumunda, alacaklılara karşı sorumluluk altına girmiştir. VON TUHR, *Borçlar Hukuku*, s.903; HASLER, *Die Schuldübernahme*, s.134.” VON TUHR’a göre, kural olarak borcun nakli malvarlığı veya işletmenin devri anında muaccel tüm borçlara etkilidir ve devralana nakledilmeyen borçlar, sadece devreden tarafından ifası gereken borçlar ile “devralanın ihbarda reddolunmuş gösterdiği borçlardır ve hatta devreden tarafından ifası gereken borçlar, ihbarda sınırlandırılmamışsa, bunların da devralana geçtiği iddia olunur. VON TUHR, *Borçlar Hukuku*, s.903. Bu açıdan VON TUHR’a göre, borçların devrinin ilan veya ihbarda belirtilmek kaydıyla sınırlandırılması olanaklıdır.

⁴⁵ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.56.

⁴⁶ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.27.

⁴⁷ BUCHLI, *Die Übernahme*, s.9; DES GOUTTES, *Cession*, s.11; VON TUHR, *Borçlar Hukuku*, s.900; OSER, *Zürcher Kommentar*, Art.181, N.5.

⁴⁸ BUCHLI, *Die Übernahme*, s.25; DES GOUTTES, *Cession*, s.31; VON TUHR, *Borçlar*

Her iki gerekliliğin de,-sözleşme ve duyuru⁴⁹-, İBK m. 181'e göre borç devrinde bulunması şartı olduğu için, hatta bunlar sorumluluğun asli şartları olduğu için, şu önemli sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

Devralan alacaklılara karşı yalnızca malvarlığı veya işletme devri geçerli olarak gerçekleşmişse sorumludur. İrade bozukluğu hallerinden veya herhangi başka bir sebepten dolayı devir sözleşmesi hükümsüzse, alacaklı devralana karşı herhangi bir talepte bulunamaz, çünkü kanuni borç nakli gerçekleşmemiştir. Bu anlamda borcun nakli sebebe bağlıdır.⁵⁰ İBK m. 179/III'de yer alan devralanın borç devri sebebiyle borçluya karşı öne sürebileceği itirazlarını, alacaklıya karşı öne süremeyeceği kuralı burada uygulanmaz. İBK m. 181 açıkça borç devrinin tüm genel düzenlemelerinin kanunen yalnızca "bundan başka" yani İBK m. 181'in özel bir düzenleme getirmemesi durumunda, geçerli olduğunu belirtmiştir. Ancak hukuken geçerli bir malvarlığı devrinin varlığı devralanın sorumluluğu için zorunlu bir koşul oluşturduğundan, alacaklıların malvarlığı devri sözleşmesinin herhangi bir sebepten dolayı geçersiz olduğu yönündeki itirazları başarılı olabilir.⁵¹ Bu durumda alacaklı eski borçluya bağlı kalmalıdır. Devreden eski borçluya teminatları iade etmişse, alacaklı tazminat talep edebilir.

Kanuni borç naklinin temel düşüncesi, alacaklılar için alacaklarının güvencesini verenin sorumluluğu alacağa dairdir. Ancak kanun koyucu malvarlığı ve işletmelerin tasfiyesiz devrini mümkün kılarak, alacaklıların güvenceden mahrum bırakılmalarına karşı bir koruma sağlamamıştır. Aslında iptal davalarının alacaklıyı borçlunun hileli

(dn.48'in devamı) **Hukuku**, s.901; OSER, **Zürcher Kommentar**, Art.181, N.5.

⁴⁹ İhbarın olmadığı hallerde alacaklı devralana karşı hiçbir hakkı haiz değildir. VON TUHR, **Borçlar Hukuku**, s.901.

⁵⁰ VON TUHR, **Borçlar Hukuku**, s.902. Kaldı ki olayların büyük çoğunluğunda borçlandırıci işlem ve tasarrufi işlem aynı anda yapıldığı için sebebe bağlılık pratik anlamda önem taşımaz.

⁵¹ Karşılaştırma için bkz. Fritz FICK, "Von der einschränkenden Auskündigung bei Übernahme eines Vermögens mit Aktiven und Passiven," **SJZ**, C:XX, 1924, Sayı:15, s.221 vd., s.226.

işlemlerine karşı yeterince koruyup, başka türlü koruma hükümlerini gereksiz bıraktığı ileri sürülebilir. Ancak diğer taraftan her malvarlığı devrinde borçların devralana devrini gerektirecek kanuni bir düzenleme, yapılacak işlemi zorlaştırır nitelikte olurdu. İşletmelerin devredilebilirliği bu şekilde engellenmiş olur. Malvarlığını devralan için devraldığı malvarlığı veya işletmenin tüm borçlarını sorumluluğu altına alması çok riskli olurdu. Çok nadir durumlarda devralan kendi bilgisi dışında herhangi bir borcun bulunmadığını tahmin edebilir. Kanun koyucu pasiflerin devrini yalnızca malvarlığı devriyle zorunlu tutmak isteseydi, devralanın sorumluluğunu malvarlığının mevcudiyetiyle sınırlandırması gerekirdi.⁵²

Alacaklılara yapılan ilan veya bildirim hukuki niteliği itibariyle İBK m.181'e göre borcun nakli sonucunu tek başına doğurmamaktadır. Alacaklılara yapılmış olan bu ilan ya da bildirim, borcun nakli konusunda yapılmış bir icap veya borç doğuran bir irade beyanı meydana getirmez. Çünkü İBK m. 181, HGB m. 25/III'ün aksine ticari teamüllere uygun şekilde yapılmış ilan dolayısıyla ortaya çıkmış bir sorumluluk ortaya çıkarmamaktadır.⁵³ İşletmenin aktif ve pasifleriyle devrinde taraflar, devredenin olabildiğince çabuk bir şekilde borçlardan kurtulabilmesi için, borçları bir şekilde işletmeyi devralana devretmeyi amaçlarlar. Hiçbir şekilde üçüncü bir kişinin borca dahil olması istenmez. İBK m. 181'e göre eski borçlu üç yıllık sürenin dolmasından sonra sorumluluktan kurtulur ve alacaklı borçluya yapacağı bildirimle bu kanuni etkiyi engelleyemez. Bu sebeple İBK m. 181'in, alacaklının kendisine bildirilen borç devrini zımnen kabul ettiği şeklinde bir kanuni karine düzenlediği de söylenemez. Daha çok, alacaklının da iradesine karşı meydana gelen bu borç devrinin kanuni bir sonuç olduğu söylenebilir. Duyuru alacaklılara kanuni açıdan bir borç devrinin gerçekleştirildiğini bildirmeyi ve işletmeyi devralanın sorumluluğunun

⁵² BÜHLER, *Die Vermögens*, s.29.

⁵³ Devralanın sorumluluğunun başlaması için sözleşmenin ve bildirimin yapılmasının yeterli olduğu ve tasarrufi işlemin yapılmasının gerekli olmadığı yolunda bkz. DES GOUTTES, *Cession*, s.47; VON TUHR, *Borçlar Hukuku*, s.903; OSER, *Zürcher Kommentar*, Art.181, N.10 ve 18.

başladığı tarihi tespit etmeyi amaçlar.⁵⁴

F) İsviçre Birleşme Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesi ve İBK m. 181’in Değişikliğe Uğraması

1) Genel Olarak İsviçre Birleşme Kanunu Üzerine

a) Birleşme Kanunu’ndan Önceki Düzenleme⁵⁵

2003 yasama yılında, İsviçre Parlamentosu yeni “Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu”nu (FusG) kabul etti. Yeni Kanun birleşme, bölünme, tür değiştirme ve malvarlığının devri konularında her tür ortaklıklar açısından çok geniş bir yasal düzenleme çerçevesi sağlamaktadır. Kanun ayrıca resmi kurumlara uygulanan hükümler de içermektedir.

Yeni kanun öncesi sadece anonim ve komandit şirketlere ve kooperatiflere yönelik birleşme hükümleri bulunmaktaydı. Ayrıca tür değiştirme açısından, anonim şirketin limited şirkete dönüşmesine ilişkin hükümler dışında tür değiştirmeye ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu değildi. Birleşme konusundaki yasal boşluğa rağmen, İsviçre Federal Mahkemesi dernek veya vakıfların birleşmesine olanak tanıyan kararlar vermektedir. Ticaret sicili yetkililerinin başvurdukları uygulamalar, istisnai koşulların varlığı halinde değişik ortaklıkların birleşmesine veya bir ortaklığın tür değiştirmesine olanak tanır şekildeydi. Federal Mahkeme de bir limited şirketin bir anonim şirkete dönüşmesine cevaz veren içtihadında bunu teyit etmişti.

⁵⁴ BÜHLER, *Die Vermögens*, s.30.

⁵⁵ Bu bölümdeki bilgiler için bkz. **Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung**, (bundan sonra “Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung”) Açıklamalı Kanun Metni ve İngilizce Tercümesi, KPMG, Zürih, 2003, s.12.

Ancak geniş ölçekli düzenlemelere ihtiyaç olduğu bir gerçektir.⁵⁶

b) Kanunun Hazırlık Çalışmaları⁵⁷

1993 yılında Federal Hükümet tarafından atanan Uzmanlar Komitesi, yürürlükteki hükümlerin ortaklıkların yapısal değişimlerini düzenleme açısından eksik, esneklikten uzak ve bölük pörçük olduğu sonucuna vardı. Bu konularda geniş düzenlemeler içeren bir taslak 1997’de sunuldu. Bu taslak aynı zamanda vergi hukukuna ilişkin uyum hükümleri de içermektedir. Ortaya çıkan taslak, yapılan eleştiriler çerçevesinde gözden geçirilip değiştirildi. Haziran 2000’de taslak metin hükümete sunuldu. Federal Parlamentonun iki kanadı arasındaki görüş ayrılıklarının İsviçre Hukukuna özgü uzlaşma usulü ile giderilmesinden sonra, Federal parlamento 3 Ekim 2003’te anılan Federal Kanunu kabul etti.

c) Kanunun Amacı

Kanunun temel hedefi, belirli ölçüde esneklik sağlanması ile şirketlerin yapısal değişimlerini daha kolay gerçekleştirebilmeleri ve değişen ticari hayata uyum sağlayabilmelerini olanaklı hale getirmektir.⁵⁸ Ayrıca bu amaç doğrultusunda vergi hukukundan⁵⁹ kaynaklanan engeller kaldırılmış ve uluslararası düzlemde hızla yaşanan uyumlaştırma sürecine paralel olarak devletler özel hukuku açısından da gerekli uygunluk sağlanmıştır. Ayrıca bu kapsamlı ve ayrıntılı yeni düzenleme ile şirketlerin yapısal uyumluluğunun sağlanması bakımından, önceki düzenlemelerin boşlukları giderilerek, hukuk güvenliği de sağlanmıştır (FusG m. 1/II). Şirketlerin

⁵⁶ Bkz. **Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung**, s.11.

⁵⁷ Bkz. **Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung**, s.12.

⁵⁸ **Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG) vom 13 Juni 2000**, (Bundan sonra “BOTSCHAFT”) BBl, 22.08.2000, Sayı:33, s.4354.

⁵⁹ Vergi hukukuna ilişkin sonuçların değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. Petrus GEHRIGER, “Schweiz: Einführung des neuen Fusionsgesetzes aus steuerlicher Sicht”, **IStR**, 2004, Sayı:3, s. 83 vd.

yapısal değişimleri sırasındaki şeffaflık arttırılarak, özellikle hukuki yararları korunması gereken ortaklar, alacaklılar ve işçiler için çeşitli etkin koruma mekanizmaları getirilmiş, böylece alacaklılar, çalışanlar ve azınlık hissedarları korunmaya çalışılmıştır.

Gerek İMK'nda yer alan, gerekse İBK'nda düzenlenmiş olan şirketlerin birleşme, bölünme, tür değiştirme ve malvarlığının devri hususları açısından yapısal uyumluluğun sağlanması amacı gözetilerek bu yeni Kanun yürürlüğe girmiştir (FusG m. 1/I). Yeknesak bir düzenleme oluşturulmaya çalışılmıştır. Kanun her çeşit ticaret ortaklıkları, kooperatifler, dernekler ve vakıfların birleşmesi de dahil olmak üzere tüm birleşmeler, bölünmeler ve devralmalar hakkında düzenlemeler getirmektedir.⁶⁰

d) Kanunun Yapısı

Kanun on bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm Kanunun konusunu ve amacını belirtmekte ve tanımları göstermektedir. Diğer bölümler sıra ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve malvarlığı devirlerinin gerekli koşullarını düzenlemektedir. Kendine özgü durumları ve özellikleri nedeniyle, vakıflar ve emeklilik fonları ayrı bölümlerde düzenlenmektedir. Ayrıca ayrı bir bölümde kamu hukuku kurumlarının birleşmesi de düzenlenmektedir. Son iki bölüm ise ortak hükümler ve son hükümlerdir.

Kanun, düzenlemelerini içerdği tasarruf işlemi şekillerini sınırlı sayı prensibi doğrultusunda saymış ve geçerlilik şartlarını belirlemiş, dört ayrı tasarruf işleminin (birleşme, bölünme, tür değiştirme ve malvarlığı devri) şekilleri açısından düzenlemeler getirmiştir.

⁶⁰

Bkz. *Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung*, s.13.

i) Birleşme (Fusion)

FusG m. 3-28 hükümleri arasında düzenlenmiştir. İki veya daha fazla şirketin birleşmesi durumunu düzenlemektedir. Tasfiye durumu söz konusu olmayan bir şirketin tüm aktif ve pasiflerinin külli halefiyet yolu ile devralan şirkete intikal etmesini ifade etmektedir. Devrolunan şirketin pay sahipleri, yeni şirket bakımından da konumlarını aynen sürdüreceklidir.

ii) Bölünme (Spaltung)

FusG m. 29-52 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Burada bir şirketin aktif ve pasifleri tamamen ya da kısmen bir başka şirkete ya da şirketlere devredilmektedir. Eski şirketin ortakları kural olarak devralan şirkette pay sahibi olmaktadır.

iii) Tür Değiştirme (Umwandlung)

FusG m. 53-68 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bununla bir şirket hukuki şeklini değiştirmektedir. Önceki şirket, sadece şimdiye kadarki malvarlığına ve ortaklık haklarına ilişkin hususlar dolayısıyla hak sahibi olarak varlığını sürdürecektir.

iv) Malvarlığının Devri (Vermögensübertragung)⁶¹

FusG m. 69-77 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Ticaret siciline kayıtlı şirket aktif ve pasiflerini, kısmen ya da tamamen tek bir işlem ile bir başka hak sahibine devredebilmektedir. Devir karşılığı alınan edim, sadece devri gerçekleştiren devreden hak sahibine ifa edilmekte olup, onun ortaklarına ifa edilmemektedir. Taşınır ve taşınmaz mallar dışında ayrıca alacak hakları, borçlar ve diğer tüm hukuki ilişkiler (örneğin üçüncü kişiler ile olan sözleşmeler), üçüncü kişinin bu husustaki

⁶¹ Bu kısımdaki bilgiler için bkz. **Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung**, s.14-15.

onayı alınmadan devredilebilmektedir. Malvarlığının devrine ilişkin bölüm malvarlığı haklarına ilişkin düzenlemelerden oluştuğu için, ortaklık haklarına ilişkin düzenlemeler içermemektedir.

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin her üçü için ortak prosedür, Kanun'un bölümlerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Her üç işlemde bir ara bilanço düzenlenmeli, bir anlaşma veya plan (tür değiştirme planı) düzenlenmeli, idare heyeti bu işlemin gerekliliği ve hukuka uygunluğu açısından bir rapor düzenlemeli, ortaklık hakları korunmalı, özel yetkili denetçi tarafından hazırlanan bir denetim raporu sağlanmalı, ortaklara bildirimde bulunulmalı ve onların denetimine (30 gün veya duruma göre 2 aylık süreler dahilinde) olanak tanınmalı, ayrıca işyeri temsilcileriyle (bulunmaması halinde çalışanlarla) müzakere yapılmalı (yapılmaması halinde işyeri temsilcilerinin işlemin ticaret siciline tescilini engellemek için mahkemeye başvuru hakları bulunmaktadır), genel kurul onayı alınmalı ve işlem ticaret siciline tescil edilmelidir (tüm işlemler açısından kurucu unsur). Bunlardan sadece anlaşma akdedilmesi, işyeri temsilcileri ile müzakere yapılması, genel kurul onayının alınması ve ticaret siciline tescil edilmesi, malvarlığı devirleri için zorunlu unsurdur. Ayrıca tür değiştirme dışındaki tüm işlemlerde Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan ve alacaklılara haklarını ileri sürmek için sürenin başlatılması zorunludur. Alacaklılar alacakları için teminat isteme hakkına sahiptirler. Ancak anılan işlemin alacaklıların zararına olmadığına ispatı halinde, teminat gösterme yükümlülüğü kaldırılabilir.

Ayrıca devredilen malvarlığı değerleri, devreden son yıl mali tablolarına göre toplam malvarlığı değerlerinin %5'ini aşıyorsa, bu halde yine devreden ortaklarına bildirimde bulunulması ve onların denetimine olanak tanınması gereklidir.

FusG küçük ve orta ölçekli işletmeler açısından daha basit bir usul öngörmüştür. Yukarıda sayılan ortak zorunlu şartlardan yönetim kurulu raporu, denetçi raporu ve denetim hakkı tanınması koşullarının bu tür işletmeler açısından aranması gerekli değildir.

Kanun'un temel amacı yeniden yapılandırmayı kolaylaştırmak olduğu için, malvarlığı devirlerinde sözleşmelerin de, sözleşmenin karşı tarafının onayı

olmaksızın devredenden devralana geçişini olanaklı kılması gerektiği ileri sürülmektedir. Kanun gereği zaten hizmet sözleşmeleri, kira sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri devralana geçmektedir. Ancak bu sözleşmelerin dışındaki sözleşmelerin de devir sözleşmesinin akdedilmesiyle beraber devredene geçmesi gerekliliği ileri sürülmektedir. Ancak devre konu sözleşmelerin içinde, devir halinde sözleşmenin karşı tarafına sözleşmeyi feshetme hakkı verilmesine ilişkin hükümler saklıdır.

Taşınmazların devrinde devrin resmi şekilde olması zorunludur. Devir sözleşmesinin sadece taşınmazlar açısından resmi şekilde yapılması şeklinde akdedilmesi olanaklıdır. Eğer devri söz konusu olan taşınmazlar farklı kantonlarda ise, devredenın merkezının bulunduğu yer tapusunda resmi senedin düzenlenmesi yeterli ve gereklidir.

Ayrıca İsviçre Federal Kartel ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Kanunu'nun kapsamına giren hallerde, işlemler Rekabet Kuruluna bildirim koşullarına tabidir. Eğer bu yapılmazsa, birleşme özel hukuk açısından hükümsüzdür ve Rekabet Kurumunun tespiti halinde idari yaptırımlar uygulanır. Bunun dışında Birleşmeler Kanunu'nun yanında uygulanan diğer Kanunlar ise, Menkul Kıymetlerin Tedavülü ve Menkul Kıymet İşlemleri Federal Kanunu (SESTA), Federal Bankacılık Kanunu (BA) ve Yabancıların Taşınmaz Edinmeleri Hakkında Kanundur (BewG). Örneğin, Menkul Kıymetler Borsasında kote edilen şirket hisselerinin temlik halinde, zorunlu çağrı söz konusu olur. (SESTA m. 32)

Kanun ortakların korunmasını, FusG m. 7'de yer alan ortaklıkların sürdürülmesi temel ilkesi ile benimsemiştir. İstisna olarak malvarlığının devri durumunda, her tasarruf işlemi açısından ortakların belirli çoğunluğunun onayını aramıştır (örneğin FusG m. 18). Yine ortakların korunması amacına hizmet eden denetleme davası (FusG m. 105), itiraz davası (FusG m. 106-107) ve sorumluluk davası (FusG m. 108) hukuki olanakları getirilmiştir.

Alacaklıların korunması konusunda da ileri düzenlemeler içeren Kanun, çeşitli olanaklar öngörmüştür. Teminat talebi, ortakların bireysel sorumluluklarının devamı ile tasarruf işlemine katılan tarafların müteselsil sorumluluğu ve belirli şartlarda

mümkün olan sorumluluk davası (FusG m. 108), alacaklılar bakımından koruyucu nitelikteki olanaklardır.

Alacaklıların korunması ile ilgili hükümler, Kanun'da öngörülen dört ayrı tasarruf işlemi bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir (birleşme için: FusG m. 25-26; bölünme için: FusG m. 45-48; tür değiştirme: FusG m. 68/1; malvarlığının devri: FusG m. 75).

2) Birleşme Kanunu'na Göre Malvarlığının Devri

Bu Kanun öncesi ortaklıkların malvarlığını devretmeleri sadece belirli durumlarda birleşme hükümleri gereği veya yapılacak devir anlaşması çerçevesinde her bir malvarlığı değerinin aktif ve pasifiyle teker teker devredilmesi durumunda olanaklı idi. Malvarlığının devri sözleşmesinin ifası, malvarlığına dahil olan her bir mal açısından özel hukukun temlik hükümlerine uyulma zorunluluğu nedeniyle karmaşıklık arz etmekteydi. Ayrıca devredenin ortaklarının bu anlaşmaları basından duymaları veya bilançonun ya da kar zarar hesabının incelenmesiyle anlaşılması da bu anlaşmaların olumsuz yönlerinden biriydi.

Malvarlığının devri, bir malvarlığı topluluğunun tüm aktif ve pasifiyle bir diğer kişiye devrine olanak tanıyan bir araçtır. Fakat, devredilecek malvarlığının pasiflerinin aktiflerini aşmaması, yani malvarlığının borca batık olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle, kanundaki malvarlığının devri usulü, borca batık bir işletmenin yeniden yapılandırılması için kullanılamaz.⁶²

⁶² Karş. İİK m. 309n, bent 5. “Asliye ticaret mahkemesine sunulacak yeniden yapılandırma projesi, aşağıdaki hususları içerir: “**Borçlunun işletmesinin kısmen ya da tamamen devri**, diğer bir şirket veya şirketlerle birleşmesi, sermaye yapısının veya ana sözleşmesinin değiştirilmesi, borçlu işletmenin yönetiminde yer alacak kişilerin belirlenmesi, borçların vadelerinin uzatılması, faiz oranlarının değiştirilmesi, menkul kıymet ihracı **gibi projenin uygulanabilirliğini sağlayabilecek yöntemler**.” Bu açıdan İİK’ndaki düzenleme gereği, FusG’nin aksine ticari işletmenin kısmen veya tamamen devri, borca batık bir işletmenin yeniden yapılandırılmasına hizmet edecek yeniden yapılandırma projesinde yer verilebilecek yöntemlerden biridir.

Malvarlığının devrinin sonucu, ticaret siciline bu devrin tescili ile birlikte bir kısmı külli halefiyet (*partiel Universalsukzession*) durumunun doğmasındadır. Kısmidir, çünkü devreden genellikle malvarlığının belli bir kısmını devretmektedir. Malvarlığının devri sözleşmesi, İBK m.184'te düzenlenen satım sözleşmesinde olduğu gibi devir borcu doğuran bir sözleşmedir. Aslında çoğu kez malvarlığının devri bir satım sözleşmesi şeklindedir. Ancak malvarlığı devrinde esas itibariyle çok sayıda aktif ve pasif devrinin gerçekleşmesi olanağı söz konusudur.⁶³

Malvarlığını devralan isterse devredene bunun karşı edimi olarak bir ifada bulunabilir, ki bu karşı edim para, eşya ya da hizmet karşılığı olabilmektedir.⁶⁴ Kanunun ifadesine göre de bu karşı edimin defaten ifa edilmesi şeklinde herhangi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu karşı edim, devredene ifa edilmelidir.

Uygulama açısından özellikle önem arz eden bir durum da İsviçre Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde⁶⁵ yer almaktadır. Bu Yönetmelik'in 111. maddesine göre, ticaret sicili memuru devir işlemi tamamlanıp, ticaret siciline kayıt yapıldığı takdirde karşı edimin, edime nazaran uygun sayılıp sayılamayacağını belirlemek amacı ile en azından iki değer matematikselsel açıdan hesaplamasını yapabilecektir.

Birleşme Kanunu'na göre malvarlığının devri olanağı aslında şirketler hukuku değil, borçlar hukukuna ilişkindir.⁶⁶ Devir halinde devralan taraf herhangi bir ortaklık hakkı veya hisse edinmez. Eğer yeni bir ortaklık ortaya çıkarsa, bu işlem bölünme ile ilgili hükümlere tabi olur.

⁶³ Ulysses VON SALIS-LÜTOLF, **Fusionsgesetz**, Nomos, Zürich, 2004, s.389.

⁶⁴ Piera BERETTA, "Vermögensübertragung im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes", **SJZ**, 2002, C.10, Sayı:98, s.249-256, s.249; Nicholas TURIN, **Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion**, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2003, s.110.

⁶⁵ Handelsregisterverordnung, 7. Haziran 1937 ("HRegV").

⁶⁶ Karş. Hans Peter KLÄY/Nicholas TURIN, "Der Entwurf zum Fusionsgesetz", **REPRAX**, 2001, Sayı:1, s.1-39, s.32.

Birleşme Kanunu, ticaret siciline kayıtlı şirketlerin, devreden sıfatı ile bu hukuki yola başvurabileceklerini öngörmüştür. Diğer taraftan, devralan sıfatına özel hukuk bakımından herhangi bir kişinin sahip olabileceğini öngörmüş; diğer bir ifade ile devralan açısından ticaret siciline kayıt durumunu aramamıştır.

Malvarlığı devirlerinde ortakların işlemlerde herhangi bir dahlinin olmaması, bu işlemi Kanunun kapsamına giren diğer işlemler olan birleşme, bölünme ve tür değiştirmeden ayırt eden en önemli özelliklerden biridir. Malvarlığının devri devredenin amaçlarının kapsamını daraltmadıkça veya tasfiyesine sebep olmadıkça genel kurul kararı alınmasını zorunlu kılmaz. Yine devralan açısından şirketin amaç ve konusunu değiştirmedikçe veya yeni yönetim organlarının atanmasını gerektirmedikçe genel kurul kararı alınmasını gerektirmez.

Birleşme, devralma ve tür değiştirmede olduğunun aksine, yeni kanunun malvarlığının devrine ilişkin hükümleri malvarlığının devrinin bütün şart ve sonuçlarını düzenlememekte; yeni hükümlerin büyük ölçüde sermayenin korunması ve tasfiye hakkındaki genel hükümlerle tamamlanması gerekmektedir.

Malvarlığının devri usulü, Birleşme Kanunu'nda yer alan diğer tasarruf işlemi şekilleri dikkate alındığında, daha kolay ve basit bir biçimde düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, diğer tasarruf işlemleri ile aynı ekonomik sonucu elde etme amacı gözetildiğinden, malvarlığının devri usulünün daha basit olması nedeniyle daha çekici ve kötüye kullanmaya açık olduğu bu bağlamda ileriye sürülebilir.⁶⁷

Diğer tasarruf işlemi şekillerinden farklı olarak, şirketlerin büyük veya küçük olması hususunun devri de kolaylaştırabileceği konusunda herhangi bir ayırım içermemektedir. Başka bir deyişle, gerek küçük, gerekse büyük şirketler, her durumda malvarlığının devrini gerçekleştirebilmek için aynı şartları yerine

⁶⁷ VON SALIS, *Fusionsgesetz*, s. 399.

getirmelidirler. Bunun nedeni, diğer hukuki olanakların aksine, malvarlığının devri sürecindeki bilgilendirme usulünün oldukça basit olmasının yanında, bu süreçte denetleme yükümlülüğü ve inceleme aşamasının bulunmamasıdır.⁶⁸

Devreden şirkete ait bir işletmenin sadece aktif ve pasifleri değil, tüm hukuki ilişkileri, özellikle de üçüncü kişiler ile olan sözleşmelerinin devri olanaklı kılınmıştır. Külli halefiyet sonucu tek işlem ile tüm malvarlığı değerleri devredilebilmektedir. Bu hususta devirleri açısından özel kanunlar ile cüzi halefiyet ilkesi öngörülmüş olan malvarlığı değerleri bakımından artık bu özel kanunlar dikkate alınmayacaktır.⁶⁹

Bazı aktif ve pasiflerin, cüz'i halefiyet yolu ile devrini, Birleşme Kanunu engellememektedir.⁷⁰ Ancak sadece pasiflerin külli halefiyet yolu ile devri ile ilgili tek olanak Birleşme Kanunu'nun öngördüğü malvarlığının devridir.⁷¹ Aktiflerin devri ise her durumda cüz'i halefiyet yolu ile sağlanabilir.⁷² Bazı aktiflerin cüz'i halefiyet yolu ile devri ve pasiflerin külli halefiyet ile devredilmesi aynı anda gerçekleştirilebilir. Böylece ekonomik açıdan yarar sağlamasının yanında, bazı aktiflerin ticari gizlilik sebeplerinden dolayı malvarlığının devri işlemine konu edilemedikleri durumlarda, cüz'i halefiyet ile devir olanağı söz konusu olacaktır.⁷³

⁶⁸ VON SALIS, **Fusionsgesetz**, s.401, 402.

⁶⁹ Piera BERETTA, **Zürcher Kommentar**, Schultess, Zürich, 2004, M.69-77, N:34N, s.72; Raffael BUCHI, **Spin-off**, Stämpfli, Bern, 2001, s.118-121; Hans Caspar VON DER CRONE/Andreas GERSBACH/Franz J. KESSLER/Martin DIETRICH/Katja BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2004, N.809; **BOTSCHAFT**, s.4492.

⁷⁰ Joachim FRICK, **Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz**, Stämpfli, Bern, 2003, Art. 69-77 N.5; Michael PFEIFER/Andreas L. MEIER, "Ausschliesslichkeit der Regelung des FusG für Strukturanpassungen, insbesondere für Spaltungen", **AJP**, 2004, s.833-838, s.835; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.813.

⁷¹ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.812.

⁷² VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.812.

⁷³ VON SALIS, **Fusionsgesetz**, s. 392.

Malvarlığının devri bir şirketin tasfiyesi sonucunu doğuruyorsa, diğer kanunlarda yer alan şirket tasfiyesine ilişkin hükümler de uygulama alanı bulabileceklerdir.

FusG m. 70'e göre tüzel kişiliklerin yönetim organları tarafından yapılan devir sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir; ancak taşınmazın devrine ilişkin sözleşmeler yazılı ve resmi şekilde yapılmalıdır. Ayrıca sözleşmede devre konu aktif ve pasifler ve varsa karşı edim belirtilmelidir. Devir bedeli parasal değerle ifade edilebileceği gibi, hisse veya malvarlığı olarak da belirtilebilir.

FusG m. 71'e göre, aynen bölünmede olduğu gibi, envanter hazırlanması malvarlığı devrinin en temel unsurudur. Devre konu malvarlığı değerleri açıkça, ayırt edilebilecek şekilde belirtilmelidir. Oluşturulacak envanter yapılacak devre temel oluşturacak ve devrin kapsamını belirleyecektir.⁷⁴ Ayrıca malvarlığı devrinin gerçekleşebilmesi için devralan açısından envanterde mutlaka aktif bir değer yer alması zorunludur. Aksi halde devir geçerli değildir. Bu hükmün amacı, devralanın alacaklılarını devir işlemine karşı korumaktır. Ancak bu hüküm, karşı edimin makul olup olmadığı hususunda herhangi bir düzenleme getirmediğinden eleştirilmiştir.⁷⁵

Taşınmazlar, hisse senetleri ve maddi olmayan malvarlığı değerleri mutlaka listelenmelidir.

FusG m. 72'ye göre, envanterde devredileceği belirtilmeyen tüm malvarlığı değerleri, sorumluklar ve borçların devredende kalması asıldır.

FusG m. 73 gereği ticaret siciline tescil malvarlığı devrinin kurucu unsurudur.⁷⁶ Tescil gerçekleşmedikçe devir hüküm ifade etmez. Ticaret siciline kayıt ile devir

⁷⁴ Karş. Peter BÖCKLI, **Schweizer Aktienrecht**, 3.Basım, Schultess, Zürich, 2004, N.307.

⁷⁵ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.934.

⁷⁶ Michael PFEIFER/Andreas L. MEIER, **Zürcher Kommentar zum FusG**, Schultess, Zürich, 2004, Art.37 N.9; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.832; **BOTSCHAFT** s.4462.

işlemi hukuki olarak geçerlilik kazanmaktadır. Ancak ticaret siciline kayıtlı bulunan bir hak sahibi, malvarlığını devredilebilecektir; devralan açısından ise bu zorunlu değildir. Böylece devir hususunda aleniyet ve şeffaflık sağlanmış olacaktır.⁷⁷ Yine, alacaklılar da böylelikle gerek devir sözleşmesini, gerekse devir sözleşmesinin dayanağını teşkil eden envanteri görebileceklerdir.⁷⁸

Ticaret siciline kayıt, devreden tarafından yapılacaktır. Kayıt ile beraber devir için hazırlanan envanterde yer alan aktif ve pasifler hiçbir işleme gerek olmaksızın devralana geçer. Kanunen zorunlu olarak devralana geçeceği belirtilen hukuki ilişkilerin dışında devreden taraf olduğu ilişkilerin de devralana geçip geçmeyeceği konusu Birleşme Kanunu'nda düzenlenmemiştir.

FusG m. 74 gereği devredilen malvarlığı değerleri, devreden son yıl mali tablolarına göre toplam malvarlığı değerlerinin %5'ini aşıyorsa, bu halde yine devreden ortaklarına mali tabloda yer verilecek dipnotlarla açıklamada bulunulması gereklidir. Ancak şirketin malvarlığının tümünü devrettiği durumlarda, şirketin amacı ortadan kalkıyorsa, (bu durum şirketin amacının değişmesi sonucu da doğurduğundan) genel kurulun onayını almak zorunludur.⁷⁹ Bu durum dışında, ortakların devir kararına karşı başvurabilecekleri yollar, kısa bir hak düşürücü süreye bağlı olan ve Birleşme Kanunu'nun hükümlerine aykırılık bulunduğu gerekçesiyle açılabilir olan itiraz davası ile her durumda devri gerçekleştiren organa karşı açılabilir olan sorumluluk davasıdır.

Diğer işlemlerde olduğu gibi, malvarlığı devrinin mali ve hukuki yönden haklılığını ve gerekliliğini açıklayıcı bir rapor düzenlenmesi zorunludur. Kanun raporun içermesi gereken unsurları düzenlemektedir. Mali tablolarda bu yönde bir açıklamaya yer verilmemesi hukuka aykırılık oluşturur ve denetçiler bu durumu

⁷⁷ Rudolf TSCHÄNI, "Der Fusionsvertrag", **SZW**, 2004, s.197–202, s.201.

⁷⁸ Bkz. İBK m. 930.

⁷⁹ VON SALIS, **Fusionsgesetz**, s.410.

denetim raporlarında belirtmek zorundadırlar.

Devreden şirketin ortakları devir işleminden etkilenmezler. Devreden şirketteki konumlarını sürdürürler. Devralan şirketin ortağı haline gelmezler. Devir işlemi ve şartları konusunda şirket ortaklarının, şirketin genel kurul toplantısında ya da yıllık bilanço'ya ek olarak bilgilendirilmesi zorunludur.

FusG m. 75'deki düzenleme nedeniyle, İBK m. 181 hükmü değişikliğe uğramış şekliyle burada da uygulanmaktadır. 3 yıl süreyle devirden önce doğmuş olan borçlar için halihazır borçlu, devralanla birlikte müteselsilen sorumlu kalmaktadır. Üç yıllık sürenin başlangıcı devrin ilanı veya müccel borçlarda muacceliyet tarihidir. (Bu Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte İBK m.181'deki iki yıllık süre de üç yıla çıkartılmıştır.) Ne var ki, devreden şirketin ya da devralanın, bu devir işlemi dışındaki (devredilen malvarlığına bağlı olmayan) borçlarından dolayı, alacaklıları koruyucu herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, malvarlığının devrine konu olmayan; devredende kalan borçlar bakımından böyle bir sorumluluk söz konusu değildir.⁸⁰ Buradaki müteselsil sorumluluk, devir öncesinde muaccel olan ya da olmayan bütün borçları kapsamaktadır.

FusG m. 75/II hükmüne göre, iş hukukundan doğan, işçilerin alacak hakları bakımından da devreden müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Burada devirden sonraki bir tarihte muaccel olan işçi alacakları dahi, belirli bir kapsamda müteselsil sorumluluğa konu olmaktadır.

⁸⁰ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.934; karşı. Peter LOSER-KROGH "Die Vermögensübertragung, Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes", **AJP**, 2000, Sayı:9, s.1095 vd.

Buradaki teselsül, İBK m. 143 (BK m. 141) anlamında tam teselsüldür.⁸¹ Alacaklı, ödeme kabiliyetini, devralan ya da devredenden hangisinde daha yüksek görür ise, ona başvurabilir.⁸² Devredenin bu ağır sorumluluğu doktrinde adeta gizli bir ipotek hakkına benzetilmiştir.⁸³

Müteselsil sorumluluk, temel alacağın zamanaşımına uğraması ya da üç yıllık sürenin dolması ile sona ermektedir.⁸⁴ Üç yıllık süre, devir işleminin ticaret siciline kaydı ile başlamaktadır. Devre konu bir alacak, devirden sonraki bir dönemde muaccel oluyor ise, bu alacak açısından üç yıllık süre, muacceliyet ile başlamaktadır. Üç yıllık sürenin dolması ile alacaklıya karşı sadece devralan sorumlu olmaya devam eder. Birleşme Kanunu'ndaki üç yıllık süre kesinlikle değiştirilemez.⁸⁵ Üç yıllık süre, hak düşürücü süre olmayıp, zamanaşımı süresidir.⁸⁶

FusG m. 75/III hükmüne göre üç yıllık müteselsil sorumluluk dönemi sona ermeden devrin taraflarının müteselsil sorumlulukların sona ermesi durumu ortaya çıkarsa (örneğin iflas veya şirketin feshi nedeniyle tasfiye⁸⁷) veya alacaklılar müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamadığını ilk bakışta anlaşılan delillerle ortaya koyarlarsa, alacaklıların taleplerine karşı teminat gösterilmesi mecburidir.

⁸¹ Roland RUEDIN, “La protection des créanciers dans le projet de loi sur la fusion, in: von der Crone”, Hans Caspar/Weber, Rolf/Zäch, Roger/Zobl, Dieter (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, **Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag**, Zürich, 2003, s.687–703, s.700; BERETTA, **Zürcher Kommentar**, Art. 75 N.5; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.919; TURIN, **Le Transfert**, s.210; **BOTSCHAFT** s.4467.

⁸² Bkz. İBK m.144.

⁸³ Bu konudaki eleştiri için bkz.VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.919.

⁸⁴ Karş. FusG m. 75/II ve İBK m. 181.

⁸⁵ Karş. BERETTA, **Zürcher Kommentar**, m.75 N.13.

⁸⁶ Markus AFFENTRANGER: **Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz**, Stämpfli, Bern, 2003, Art. 75 N.5; BERETTA, **Zürcher Kommentar**, M.75 N.8, s.210; LOSER-KROGH, **Die Vermögensübertragung**, s.1105.

⁸⁷ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.922; TURIN, **Le transfert**, s.212.

İnandırıcılığın sağlanması hususunda, alacaklının kesin deliller sunması gerekli olmayıp, hukuki koruma ihtiyacını temellendirerek anlatması yeterli sayılmaktadır.⁸⁸ Örneğin devrin karşı ediminin oldukça düşük olması, bu inandırıcılık kapsamında sayılabilir.⁸⁹ Her iddia karşısında devre katılanlar da karşı iddiada bulunup deliller sunabilmektedirler. Eğer teminat talebinin şartları mevcut ise, alacaklı devre katılanların müteselsil sorumlulukları yanında teminat da talep edebilecektir.

Teminat gösteren devreden ya da devralan, alacaklıya karşı dış ilişkide diğerini bu yükümlülükten kurtarmış olur.⁹⁰

FusG m. 75/IV hükmüne göre istisnaen teminat sağlanması talebi üzerine, devrin taraflarından biri, talepte bulunan alacaklıya ifada bulunabilir. Ancak bu ifanın yerine getirilmesi açısından, ifa edilebilirlik şartlarının somut olayda oluşması gerekmektedir.⁹¹

Gerek müteselsil sorumluluk, gerekse teminat talebi durumlarında Kanunda herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Bu husus doktrinde eleştirilmektedir.⁹² Zira alacak haklarının tehlikeye düşmediği durumlarda, bazı istisnalara ye verilmesi, menfaatler dengesine daha uygun düşerdi.⁹³

FusG m. 86'ya göre, vakıflar ticaret siciline kayıtlı olmaları halinde malvarlıklarını bu kanun gereğince kısmen veya tamamen devredebilirler. Ticaret siciline kayıtlı olmadıkça bu kanun hükümlerine tabi şekilde malvarlığı devri yapamazlar.

⁸⁸ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/ BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.923; AFFENTRANGER, **Fusionsgesets**, Art.75 N.7.

⁸⁹ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.923; LOSER-KROGH, **Die Vermögensübertragung**, s.1105.

⁹⁰ BERETTA, **Zürcher Kommentar**, m.75 N.19.

⁹¹ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, N.929; BERETTA, **Zürcher Kommentar**, m.75 N.24.

⁹² VON SALIS, **Fusionsgesetz**, s.447.

⁹³ VON SALIS, **Fusionsgesetz**, s.447.

FusG m. 96'ya göre, emeklilik fonları ticaret sicilinde kayıtlı olmaları halinde malvarlıklarını bu kanun gereğince kısmen veya tamamen devredebilirler. Ticaret siciline kayıtlı olmadıkça bu kanun hükümlerine tabi şekilde malvarlığı devri yapamazlar.

FusG'ye göre, kamu hukuku kuruluşları ticaret sicilinde kayıtlı olmaları halinde malvarlıklarını bu kanun gereğince kısmen veya tamamen devredebilirler. Ticaret siciline kayıtlı olmadıkça bu kanun hükümlerine tabi şekilde malvarlığı devri yapamazlar. Kamu hukuku kuruluşları, tüzel kişiliği olup olmamalarına bakılmaksızın federasyonun, kantonların veya belediyelerin kamu hukuku kurallarına göre bağımsız şekilde kurulmuş bulunan kuruluşlarıdır ve ticaret siciline tescil edilmişlerdir. Bu kuruluşlar çeşitlidir. (Örneğin kamu hizmeti gören tüzel kişilikler; örneğin İsviçre Otel Kredi Şirketi, İsviçre Buğday ve Yem Üreticileri Şirketi, Nidwalden Kanton Elektrik Kooperatifi vs.)⁹⁴

Devir işlemine katılan tarafların yükümlülüklerine aykırı davranışları sebebi ile zarar gören alacaklılar, belirli şartların oluşması halinde FusG m. 108'de düzenlenmiş sorumluluk davası açmak yoluna başvurabilirler. Yükümlülüklerin ihlaline örnek olarak; devralınan değerlere karşılık, makul olmayan bir karşı edimin borçlanılmış olması gösterilebilir.

3) Birleşme Kanunu'na Göre Malvarlığı Devrinin İBK m. 181 ile İlişkisi

Birleşme Kanunu'nun getirdiği malvarlığının devri olanağı nedeniyle, İBK m. 181 hükümlerine göre malvarlığının ve ticari işletmenin devrinin uygulama alanı oldukça daralmış, İBK m. 181 ticaret siciline kayıtlı işletmelerin devrinde artık uygulanmaz

⁹⁴

Bu paragraf ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung**, s.60 vd.

hale gelmiştir.

İBK m. 181'e yeni eklenen dördüncü fıkra hükmü ile, ticaret siciline kayıtlı, özel hukuka göre hak sahibi olanların malvarlıklarını ya da ticari işletmelerini devretmeleri durumunda, hak sahiplerinin hukuki statülerine bakılmaksızın, zorunlu olarak Birleşme Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁹⁵ Doktrine göre de FusG'nin malvarlığının devrine ilişkin düzenlemeleri, İBK m. 181'e göre özel hükümlerdir ve bu düzenlemeler emredici olarak uygulanır.⁹⁶ Bu nedenle İBK m. 181 hükmü sadece ticaret siciline kaydedilmeyen derneklerin, şahıs şirketlerinin ya da adi ortaklıkların malvarlıklarını devretmeleri durumunda uygulanabilmektedir.

Birleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar malvarlığının ya da ticari işletmenin devri sadece İBK m. 181 hükmünde düzenlenmekteydi.⁹⁷ İBK m. 181 hükmü, devredilen malvarlığı ya da işletmenin içerdiği aktiflerin devri hususunda bir düzenleme getirmiyordu. Devredenin ticaret siciline kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın, her bir aktifin devredilebilmesi için, ilgili aktifin devri konusunda öngörülmüş olan özel düzenlemelere göre hareket edilmesi gerekiyordu. Örneğin devredilen değerler arasında bir taşınmaz mevcutsa, devir işlemi ancak resmi senet ile yapılırsa geçerli oluyor⁹⁸ ve mülkiyet ancak tapu siciline kayıt ile geçiyordu.⁹⁹ Yeni düzenlemenin, eski düzenlemeye nazaran getirdiği en büyük yenilik, pasiflerin yanında, aktiflerin de toplu olarak devredilebilir hale gelmesidir.¹⁰⁰

⁹⁵ İlgili hükme göre: "*Ticaret şirketlerinin, kooperatiflerin, derneklerin, vakıfların ve gerçek kişi tacirlerin malvarlıklarının veya ticaret siciline kayıtlı işletmelerinin devri 3 Ekim 2003 tarihli Birleşmeler Kanunu hükümlerine tabidir.*"

⁹⁶ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/BERLINGER, **Das Fusionsgesetz**, s.301-302; VON SALIS, **Fusionsgesetz**, s.392.

⁹⁷ Bu hükmün emredici olmadığı yolunda bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.145 dn.141-142; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.34-35.

⁹⁸ Bkz. İMK m. 657.

⁹⁹ Bkz. İMK m. 656/I.

¹⁰⁰ Bkz. yukarıda TTK Tasarısı'nın 11. maddesi hükmü ile ilgili s.58 dn.215'e.

Yukarıda incelendiği üzere İBK m. 181'e göre, devrin alacaklılara bildirilmesinden itibaren, devreden, devralan ile birlikte iki yıl boyunca müteselsil sorumlu olmaktadır ki, bu durum alacaklıların korunmasını amaçlayan tek düzenlemeydi. Birleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, halen İBK m. 181'in uygulama alanı bulduğu tüm durumlarda bu süre üç yıla çıkartılmıştır.

Borcun naklinin özel bir durumu olan İBK m. 181 hükmü, şirketler hukukuna ilişkin bir düzenleme değildir. Bu nedenle de bir şirketin ya da kooperatifin tasfiye dışında tüm malvarlığını devrettiği durumlarda bu hüküm yetersiz kalmaktaydı.

Aynı hüküm, devir sözleşmesinde kararlaştırılmış olan karşı edimin uygun olup olmadığının denetlenmesi konusunda da herhangi bir yükümlülük içermediği gibi, diğer ortakların devir ile ilgili olarak bilgilendirilmeleri hususunda da herhangi bir yükümlülük öngörmemekteydi. Bu nedenle ortakların devir işleminden ve devir işleminin şartlarından (özellikle de karşı edimin miktarı) haberdar olmaları zordu.¹⁰¹

II. ALMAN HUKUKUNDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

Malvarlığını devralanın işletmeye ait yükümlülükler için sorumluluğu Alman hukukunda üç farklı sebebe dayandırılabilir: Malvarlığının devralınması dolayısıyla sorumluluk (mülga BGB m. 419), ticaret unvanının devamından dolayı sorumluluk (HGB m. 25/I) ve ticari duyuru dolayısıyla sorumluluk (HGB m. 25/III).

A) Yürürlükten Kaldırılan BGB m.419

1999 yılında yürürlükten kaldırılan (mülga) BGB m. 419 hükmüne göre:

“Her kim bir başkasının malvarlığını sözleşme ile devralırsa, bu sözleşmenin

¹⁰¹ VON SALIS, *Fusionsgesetz*, s.418.

kurulduğu tarihten itibaren onun (devreden kişinin) alacaklıları, şimdiye kadarki borçlunun sorumluluğunun devam etmesine hanel gelmemek üzere, haklarını devralana karşı da ileri sürebilirler.

Devralan kişinin sorumluluğu devralınan malvarlığına dahil olan mallar ve malvarlığı lehine mevcut olan sözleşmeden doğan alacaklar ile sınırlıdır. Devralan kişi sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere dayandığı takdirde, mirasçılarının sorumluluğuna ilişkin m. 1990, 1991 hükümleri kıyasen uygulanır.

Devralan kişinin sorumluluğu, devralan kişi ve şimdiye kadarki borçlu arasında yapılacak bir anlaşma ile ortadan kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz.”

1 Ocak 1999’da iflas hukukunun yeniden düzenlenmesi bağlamında kanun koyucu 100’den fazla kanunda değişiklik yaptı. Değişikliklerden büyük çoğunluğu sadece iflas kanununa uyuma ilişkindi. BGB m. 419 hükmü de 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe giren İflas Kanunu’nun Yürürlüğü Hakkında Kanun’un¹⁰² 33. madde 16. bent hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır. BGB m. 419 hükmü, yerine aynı yönde herhangi bir düzenleme getirilmeksizin, yani yeni bir hüküm konmaksızın kaldırılmıştır. Ancak değişiklik yapan Kanun’un m. 223a hükmü çerçevesinde, 1.1.1999 tarihinden önceki olaylar bakımından ilgili hüküm hala geçerliliğini korumaktadır.¹⁰³

BGB m. 419 hükmünde yer alan düzenleme, her ne kadar borcun nakli hükümleri arasında düzenlenmiş olsa da, bu hükümler anlamında bir borcun nakli olarak nitelendirilmesi doğru değildi. Anılan hüküm malvarlığının devrinde sorumluluğa ilişkindi.¹⁰⁴ Kaldı ki borcun nakli sonucunun doğması için İBK m. 181 ve BK m.

¹⁰² Yeni Alman İflas Kanunu hakkında genel olarak bkz. Dieter EICKMANN/Axel FLESSNER/Friedrich IRSCHLINGER/Hans-Peter KIRCHHOF/Gerhart KREFT/Hans-Georg LANDFERMANN/Wolfgang MAROTZKE/Guido STEPHAN: **Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung**, 4. Bası, CF Müller, Münih, 2006.

¹⁰³ Ayrıca bkz. Otto PALANDT/Christian GRÜNEBERG, **Kommentar zum BGB**, 66.Bası, C.H.Beck, Münih, 2007, § 419 BGB.

¹⁰⁴ Kurt REBMANN/F.J. SÄCKER/Roland RIXECKER, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, C.2: Schuldrecht Allg. Teil (§§ 241-432), 4.Bası, C.H.Beck, Münih, 2001, RdNr.7-25; ayrıca bkz. Hans Christoph GRIGOLEIT/Carsten HERRESTHAL,

179'un aksine, BGB m. 419 alacaklılara ihbar şartını aramamaktaydı.

Yürürlükten kaldırılan BGB m. 419 hükmüne göre bir malvarlığını devralan üçüncü kişi, devreden borçlarından dolayı sorumlu olmaya devam ediyordu; ancak bu sorumluluk devralınan malvarlığı değerinin miktarı ile sınırlı olarak ve fakat herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın, alacak talep edilebildiği sürece devam ediyordu. Devralanla eski borçlu, aralarında yapacakları bir anlaşma ile devralanın sorumluluğunu kısıtlayamaz veya ortadan kaldıramazlardı.

BGB m. 419'un kapsamı şöyle açıklanabilir:

1. Yalnızca ticari işletmeye dahil olan mallardan ödenmesi gereken, parasal değeri olan alacaklar kapsam içindeydi.¹⁰⁵ Aşağıdakilerden devralan sorumlu değildi:

a) Devreden iflası durumunda masadan çıkarılması olanaklı mallar. Örneğin mülkiyet hakkına dayanan iade talepleri (BGB m. 985). Bu talepler zilyedin talep konusu olan (ve kendi malvarlığına dahil olmayan) malı teslim etmesiyle yerine getirilirdi.

b) Devreden tarafından şahsen yerine getirilmesi gereken yapma veya yapmama borçları. Örneğin sanatsal veya bilimsel bir eserin üretimine, bilgilendirme verilmesine, hesap verme, rekabet işlemlerinin durdurulmasına, ismin veya şirketin kullanılmasına vs. yönelik yapılacak talepler buna örnektir. Bu taleplerin malvarlığının devriyle ilgisi bulunmamaktadır. Bu tür talepler cebri icra aşamasında borçlunun malvarlığına karşı değil şahsına yönelik gerçekleştirilirdi. (ZPO m. 888/I, 890) Talebin bir değerinin olup olmadığı önemli değildi.

Her iki durumda da bu çeşit talepler devreden malvarlığından giderilemezdi; bu

¹⁰⁵ (dn.104'ün devamı) "Die Schuldübernahme", **Jura Heft**, 2002, Sayı:6, s.393-401.
Ernst JAEGER, **Kommentar zur Konkursordnung**, Berlin-Leipzig, 1931, § 3 Anm.8.

sebeple devralan bunların yerine getirilmesini garanti etmek zorunda değildi.¹⁰⁶

2. Eksik borçlar için de devralanın garanti vermesi gerekmemekteydi. Bunların yerine getirilmesi devredenin takdirine bağlıydı ve malvarlığıyla bunlara karşı sorumlu değildi. Bu sebeple bu talepler BGB m. 419'un sağladığı korumanın kapsamına dahil değildi. Eğer malvarlığını devralan hataen bu tür talepleri yerine getirir ise, ifa edileni sebepsiz zenginleşme davası açarak talep edebilirdi (BGB m. 812).

Hakim görüşe göre malvarlığını devralanın sorumluluğu malvarlığının devrine ilişkin borçlandırıcı işlemin yapıldığı tarihten itibaren başlardı. Bu tarih aynı zamanda devralanın sorumlu olacağı borçların sınırını da belirlemekteydi. Devralan, sözleşmeden sonraki herhangi bir tarihte muaccel olmuş talepler için sorumlu tutulamazdı. Önceleri doktrinde oybirliğiyle kabul gören bu fikre¹⁰⁷, Alman İmparatorluk Mahkemesi (RG) karşı çıkmıştır.¹⁰⁸ Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1930 tarihli içtihadından beri, devralanın devir sözleşmesinin akdedilmesi ile malvarlığının büyük kısmının devredilmiş olarak sayılacağı tarih arasında ortaya çıkan taleplerden de sorumlu olduğu kabul edilmiştir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi'ne göre "borçlandırıcı sözleşmenin akdedilmesi tarihi hem sorumluluğun başladığı tarih, hem de dikkate alınacak olan alacaklı taleplerinin tabi olduğu süre sınırı olarak esas alınmalıydı ve hakkaniyet devir sözleşmenin akdinden sonra, ancak malvarlığı devrinden önce talep hakkı doğan alacaklıların BGB m. 419'a göre korunmasını öngörmekteydi. Aksi halde

¹⁰⁶ Heinrich SIBER, *Schuldrecht*, Weicher, Leipzig, 1931, s.85.

¹⁰⁷ Ebke WERNER, *Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bem.II*, Münih-Berlin-Leipzig, 1926, 2; Otto WARNEYER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bem.1*, Mohr, Tübingen, 1930; Heinrich SIBER, *Plancks Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch zu § 419*, C.2, Berlin-Leipzig, 1914; Hubert SILLER, *Das Vermögen als Kreditunterlage, Gruchot Beiträge zu Erläuterung des deutschen rechts*, C.71, 1930, s.179 vd.

¹⁰⁸ RGZ. 130, 34 vd, JW 1931, Sayı:8, s.40.

malvarlığına ilişkin talep hakları kendi iradesi dışında yapılan bir sözleşmeden önce veya sonra doğanlar arasında haksız bir şekilde farklı hukuki durumlar yaratılmış olunurdu.”¹⁰⁹

Yani devredenin alacaklısı yalnızca borçlandırıcı (*obligatorisch*) sözleşmenin tamamlandığı tarihte doğmuş talebini devralana karşı ileri sürebilirdi. Ayrıca bizatihi malvarlığının devri dolayısıyla ortaya çıkan talepleri karşılamalıydı. Kanun yalnızca “sözleşmenin kurulduğu tarihte mevcut taleplerden” söz etmekteydi. Doktrine göre şarta veya vadeye bağlı talepler de sözleşmenin kurulduğu andan önce doğmuş bulunması kaydıyla devralana karşı ileri sürülebilecek talepler arasındaydı.¹¹⁰

Malvarlığını devralan kimseye karşı ileri sürülebilecek talebin geçerliliğinin hukuki işleminden veya kanundan kaynaklanan bir şarta tabi olmasının bir önemi yoktu. Örneğin alacağının doğumu kanuni temsilcinin izin veya icazetine muhtaç bir kişi ile yapılan bir sözleşmeye dayanan bir alacaklı kanuni temsilcinin icazetini beyan etmesi üzerine geçerlilik kazanan alacağının devralandan talep edebilecek olup, bu izin veya icazetin malvarlığının devrine ilişkin sözleşmenin akdedilmesinden sonra verilmiş olması bir önem taşımazdı.¹¹¹

Aynı şekilde, talebin devirden önce gerçekleştiği, ancak devredenin herhangi başka

¹⁰⁹ Karşı görüş için bkz. Gisela BLAUNER, **Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme nach § 419 BGB**, Druck von Albert Teicher, Leipzig, 1934. BLAUNER’e göre devralan yalnızca, alacaklıların taleplerinin herhangi bir olay sebebiyle tehlikede olması durumunda sorumluluğa dahil olmalıydı. Ancak böyle bir durumda alacaklının alacağının tehlikeye düşüren olayın gerçekleşmesinden sonra alacaklı durumuna gelenler istisna edilmeliydi, zira onların bu olayda herhangi bir mağduriyeti yoktu. Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından kararın gerekçesinde belirtilen sebepler, kanunun açık metninden ayrılmak için yeterli değildi. Aynı görüş için bkz. Otto von BRANDIS, “Haftung aus Vermögensübernahme und Konkurs”, **Juristische Rundschau**, 1932, s.1 vd.

¹¹⁰ WERNER, **Staudingers Kommentar**, Bem.II, 2a; WARNEYER, **Kommentar**, Bem.28 zu § 419; RG 69, 416, JW, 1909, s.11.

¹¹¹ Paul OERTMANN, **Die Rechtsbedingung (conditio iuris). Untersuchungen zum bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre**, Wrappers, Leipzig-Erlangen, 1924, s.55.

bir sebepten ötürü daha önce yapılan bir ön sözleşme ile bu talebe karşı sorumluluk aldığı durumlarda da BGB m. 419 uygulanmalıydı.¹¹²

3. Sürekli borç ilişkilerinde veya periyodik ifaların olduğu borç ilişkilerinde de genelde talepler borç ilişkisinin tamamlanmasıyla ortaya çıkardı. Örneğin kiraya veren, belli bir zaman dilimi için belirlenmiş bir kira sözleşmesinin bulunması durumunda, devralanı devir sözleşmesi tamamlandıktan sonra ortaya çıkan talepler için de sorumlu tutabilirdi.¹¹³

BGB m. 419'daki hükme göre devreden alacaklıları yalnızca korunmalıydı, olduklarından daha iyi bir duruma getirilmemeliydi. Devralanın sorumluluğu yalnızca devredenden iktisap ettiği mallarla ve malların halihazır durumuyla sınırlıydı.¹¹⁴ Eğer devreden kendine ait olmayan bir şeyi devretmiş, ancak iktisap eden iyiniyetli iktisap durumlarından birinin gerçekleşmesi nedeniyle bunlar üzerinde mülkiyet hakkını elde etmişse, devralan bu eşyayı alacaklıların tasarrufuna bırakmak zorunda değildi, aksi takdirde alacaklılar olması gerekenden daha elverişli bir duruma kavuşmuş olacaktı. Aynı sebeple alacaklılar devirden önce borçlunun bazı mallarını haczi kabil olmadığı için haczettiremeyecek durumdaydı ise, devirden sonra da bu malları haczettiremeyeceklerdi.¹¹⁵

Eğer devralan aynı zamanda devreden borçlusu durumundaysa, malvarlığının devri çerçevesinde alacağın temliki ve alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi sebebiyle borç sona erecekti. Fakat bu durum malvarlığını devreden alacaklısı durumundaki üçüncü kişilerin aleyhinedir. Çünkü bu kişiler malvarlığını devreden kişinin malvarlığını devralan kişiden olan alacağını haczettirmek suretiyle alacaklarını tahsil etmek olanağından yoksun kalmış olacaktı. Bu olumsuz durumu önlemek için

¹¹² BLAUNER, *Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme*, s.40.

¹¹³ BLAUNER, *Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme*, s.40.

¹¹⁴ BLAUNER, *Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme*, s.42.

¹¹⁵ SILLER, *Das Vermögen als Kreditunterlage*, s.195.

kanun, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi sebebiyle borcun sona ermesi sonucunun malvarlığını devreden alacaklıları ile malvarlığını devralan arasındaki ilişki bakımından geçersiz olduğunu öngörmekteydi. (BGB m. 419 atfıyla BGB m. 1991/II). Buna karşılık üçüncü kişi hukuki ilişkinin sona ermesinden doğrudan doğruya etkileniyor ise, bu sonuç (alacaklı borçlu sıfatının birleşmesi sonucu borcun sona ermesi) ortaya çıkacaktı. Örneğin üçüncü kişi malvarlığını devralanın borcu için kefil olmuş veya kendisine ait malları rehnetmiş ise, bu kefalet veya rehin hakkı artık sona erecekti.¹¹⁶

2. Malvarlığını devralan, alacaklıların cebri icra yoluyla tatmin olabilmeleri için devraldığı malları vermek zorundaydı. Kanun malların belirli bir alacaklıya teslimi için icrası kabil bir ilam veya ilam mahiyetinde bir belge dahi aramamaktaydı. Ancak bu durumda da malvarlığını devralan kişi böyle bir belge olmadan bir malı münferit bir alacaklıya teslim edecek olursa, diğer alacaklılar tatmin edilen alacaklıya, alacağından fazla bir kazandırmada bulunduğunu ileri sürerek devralana karşı bir talepte bulunabileceklerdi.¹¹⁷

Çok önceden, BGB m. 419'daki düzenlemenin, borçlunun son malvarlığını devretmesi ve bunların ticari anlamda değersiz olmaları durumunda uygulanmayacağı konusunda doktrinde birlik sağlanmıştı.¹¹⁸ Alman Federal Mahkemesi de bu yönde görüş bildirmişti.¹¹⁹

Yürürlükten kalkan BGB m. 419'un anlam ve amacı, alacaklıya borçlunun malvarlığını cebri icranın konusu (*Vollstreckungsobjekt*) olarak tahsis etmeyi sağlamaktır. Bu sebeple BGB m. 419'dan doğan sorumluluğun konusunu yalnızca

¹¹⁶ GREIFF, **Plancks Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin, 1914, B.3 § 2377.

¹¹⁷ BLAUNER, **Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme**, s.43.

¹¹⁸ Karş. Gert COMMANDEUR, **Betriebs-und Firmenübernahme**, 1.Baskı, C.H.Beck, Münih, 1990, s.192.

¹¹⁹ BGH 5.11.1992, NJW 1993, 921=BGH MDR 1993, 687.

haczedilebilir mallar oluştururdu.¹²⁰ Yani devralan sadece haczedilemez malvarlığı değerlerini devralmışsa devralan açısından bir sorumluluk doğmaz; ancak devreden borçlardan sorumluluğu aynen devam ederdi.¹²¹

Federal Mahkeme ticari bir yaklaşımla, borçlunun malvarlığını devretmesi sırasında elinde yalnızca haczedilemez eşyaları muhafaza etmesi durumunda da, BGB m. 419'un uygulanabileceğini belirtmişti.¹²²

Malvarlığının devrinde malvarlığının önemli kısmının devredilip devredilmediğinin tespiti açısından devreden elinde kalan mallarla devralanın edindiği malvarlığı değerlerinin kıyaslanmasında, haczedilemez malvarlığı değerleri hesaba katılmazdı, zira cebri icra açısından bunlar bir değer oluşturmamaktaydı.¹²³ Bununla beraber işletme değeri göz önünde bulundurulmalıydı, ancak işletme sahibinin elde ettiği ivaz (*Gegenleistung*) dikkate alınmazdı¹²⁴.

Malvarlığının kısmi devrindeki sınır, küçük çaptaki malvarlıklarında %15; büyük çaptaki malvarlıklarında ise %10 olarak belirtilmişti.¹²⁵ Bu oranları aşan malvarlığı devirlerinde BGB m. 419 uygulanır, bu orana varmayanlar kısmi devir sayılmazdı.

BGB m. 419 esasen özel malvarlığının (*Sondervermögen*) devredilmesinde uygulanamazdı.¹²⁶ Doktrinde bu düşünce özel mallar dışında başka özel malvarlığı değerlerinin de bulunma ihtimalinden yola çıkılarak savunulmuştu. Örneğin bir adi komandit şirketin devralınmasında BGB m. 419 yalnızca, komanditenin adi

¹²⁰ Gert COMMANDEUR/Wolfgang KLEINEBRINK, **Betriebs-und Firmenübernahme**, 2. Baskı, C.H.Beck, Münih, 2002, s.423.

¹²¹ BGH NJW 1995, 597=MDR 1995, 272.

¹²² Bkz. yukarıda s.102 119 nolu dipnotundaki karar, aynı yönde MÖSCHEL, **Münchener Kommentar**, § 419 Rdn.5.

¹²³ BGH NJW 1993, 921, 923; MÖSCHEL, **Münchener Kommentar**, § 419 Rdn.13.

¹²⁴ BGHZ 93,135,139 Otto PALANDT/Helmut HEINRICHS, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 57. Baskı, C.H. Beck, Münih, § 419 Rdn.6,

¹²⁵ BVerwG NJW 199, 591; BGH NJW 1991, 1739.

¹²⁶ BGH NJW 1992,113.

komandit şirketi hissesi dışında belirtebileceği kayda değer herhangi başka bir özel malvarlığı bulunmaması durumunda uygulanabilirdi.¹²⁷

Malvarlığının bir sözleşmeyle devralınmasıyla ilgili tipiklik unsuru açısından borçlar hukuku alanında bir sözleşmenin gerekli olmayabileceği, hatta bu şekildeki bir sözleşmenin bulunmaması durumunda bile malvarlığı devrinin geçerli olacağı belirtilmiştir. Federal Mahkeme de aynı yönde karar vermiştir.¹²⁸ Aynı zamanda bu şekilde bir birleşmenin sonuç itibarıyla, devralanın BGB m. 419'a göre devreden borçlarını da yüklediği şeklindeki "malvarlığının sonuçlarıyla devri" olarak adlandırılmayacağına da karar vermiştir.¹²⁹

Bir kişinin birçok, hatta birbiri ardına yapılan sözleşmelerle devreden tüm malvarlığını devralması durumunda, devreden ve devralanın kendi aralarında ardı ardına yapılan tüm işlemleri "kalan malvarlığının devralınması" olarak gösterdiği durumlarda, devreden alacaklılarının ilk devir işleminde bulunmayan alacaklılarının da devralan tarafından üslenildiği karara bağlanmıştı.¹³⁰ Yani zaman itibarıyla ve ticari anlamda bir bağlantının olup olmadığı belirleyici unsurdu.¹³¹

BGB m. 419 açısından malvarlığını devralanın müteselsil sorumluluğu haksız sonuçlar doğurmaktaydı. Malvarlığını devralan, bizzat kendisi kredi vermediği halde, malvarlığının devri sonucunda ortaya çıkabilecek borçlunun iflas riskini taşımak zorundaydı. Bu nedenle BGB m. 419 yeni bir işletmeciye devir suretiyle işletmenin mahkeme dışı ve serbestçe yeniden yapılandırılmasına olanak vermemekteydi. Devredilen bir işletmenin yeniden yapılandırılması sadece iflasın açılmasından sonra

¹²⁷ BGH NJW 1991, 2564=MDR 1992, 140; PALANDT/HEINRICHS, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 57. Baskı § 419 Rdn.8; MÖSCHEL, **Münchener Kommentar**, § 419 Rdn.22.

¹²⁸ BGH NJW 1995, 596.

¹²⁹ BGH NJW 1996, 659.

¹³⁰ BGH NJW 1992, 2150.

¹³¹ BGH NJW 1993, 922=MDR 1993, 687=ZIP 1992, 930; PALANDT/HEINRICHS, **Münchener Kommentar**, 57.Baskı, § 419 Rdn.11; MÖSCHEL, **Münchener Kommentar**, § 419 Rdn.43.

gerçekleşebilmektedir.

BGB m. 419 açısından hükmün hareket noktası alacaklılardı.¹³² Zira alacaklılar bakımından malvarlığı devredilmiş de olsa, alacakların tahsili açısından her zaman bu malvarlığına başvurma şansının var olması gerekmektedir.¹³³ Yine Alman hukukunda yer alan “borçlar da borçlunun malvarlığına dahildir” temel görüşü bahsedilen sorumluluğu desteklemektedir.¹³⁴ Aynı anlayış HGB m. 25 (ticari işletmeyi devralanın sorumluluğu), BGB m. 2382 (miras hissesinin devrinde devralanın miras alacaklılarına karşı sorumluluğu), BGB m. 613a hükmüne göre işletmenin devri (iş hukuku açısından) ve BGB m. 566 hükmüne göre kiralananın devri durumlarının hepsinde geçerlidir.

Yürürlükten kaldırılan BGB m. 419 hükmü, bir hukuki işlem ile devralanan malvarlığı için devralan açısından zorlayıcı ve içerik olarak kısıtlanmış, devreden ile birlikte müteselsil bir sorumluluğu öngörmektedir. Bu hükmün amacı, devir ile birlikte sorumluluk temelini ortadan kalkması tehlikesine karşı, alacaklıları korumaktır.¹³⁵

BGB m. 419 ivaz karşılığı devirler ile taşınmaz malların devri bakımından geniş uygulama alanı bulmaktaydı.¹³⁶ Bu durumlarda, devralanın devreden ile birlikte

¹³² Peter SCHLECHTRIEM/Martin SCHMIDT-KESSEL, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 2.Bası, Mohr Siebeck, Münih, 1994, s. 375.

¹³³ Ayrıca devralan, devreden alacaklılarına karşı, devreden sahip olduğu tüm itiraz ve def’ileri de kullanabilme olanağına sahipti, BGH 1976, 111, 112.

¹³⁴ Bu görüş için bkz. Knut Wolfgang NÖRR/Robert SCHEYHING, in: **Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, C.II, 1. Bası, 1983, s. 320; karşı görüş için bkz. Hans EISEMANN, “Die Haftung aus Vermögensübernahme – Bundesrepublik, Frankreich, England, Schweiz und Österreich”, **AcP**, 1976, Sayı:176, s.487-517.

¹³⁵ Othmar JAUERNIG, **BGB Kommentar**, 12. Bası, C.H.Beck, Münih, 2007, s. 504.

¹³⁶ “Taşınmazları kapsayan malvarlığının devredilmesi durumunda, devralan BGB m. 419 hükmüne göre devir talebinden ya da Tapu Dairesi’ndeki ferağdan men şerhinin koyulmasına ilişkin talepten önce ortaya çıkmış olan borçlardan dolayı sorumludur. Ayrıca devir işlemi ile birlikte, devralan bakımından vergi borcu da doğmaktadır.” (BFH (BundesFinanzHof), Urteil vom 13.10.1983-I R 155/79; FG Baden-Württemberg Lexetius.com/1983, 299)

sorumluluğu adaletsiz sonuçlar doğurmaktaydı. Devir bedelini dahi kapsayacak şekilde genişleyen sorumluluk, adeta alacaklılar için bir “armağan” durumuna bürünmüştü. Devralan, kendi sorumluluğunun dışında devreden iflas etme tehlikesini de göz önünde bulundurmamak zorunda idi.

Ayrıca bu hüküm günlük hayatın gerçeklerinden de oldukça uzaktı. Gerçekte bir işletmenin devredilebilir olmasının, başka bir deyişle devralan tarafından mali açıdan tekrar yapılandırılabilir durumda bulunmasının ve bu amaca aykırı düşecek düzenlemelerin kanunlardan çıkarılarak devralan tarafından işletmenin yeniden yapılandırılmasının olanaklı bulunması önem taşıırken, BGB m. 419 hükmünün esas malvarlığının devriydi; işletmenin tekrar kazanılması esasına göre düzenlenmemiştir.

Alman hukukunda tasarrufi işlemler sebebe bağlı olmadığı için, borçlandırıcı işlemin olmadığı durumlarda dahi bir malvarlığı veya ticari işletmenin bütün aktifleri devralana geçer ve BGB m. 419 hükmü bu durumlarda da devralanı devredenle birlikte sorumlu kılmaya devam ederdi.¹³⁷

BGB m. 419 hükmü, ayrıca bir işletmenin devredilmesi yolu ile (mahkemeye başvurulmadan) mali durumunun düzeltilmesi, yeniden yapılandırılması olanağını çok zorlaştırıyordu. Zira sorumluluk, devredilen malvarlığının tamamını kapsıyordu. Bu nedenle devir yolu ile gerçekleştirilebilecek bir mali durumun düzeltilmesi (yeniden yapılandırma), ancak iflasın açılmasından sonra gerçekleştirilebilecekti. Bunun nedeni iflas masasının yaptığı devirlerde ve taşınmazların cebri ihale ile satışında BGB m. 419 hükmünün uygulanmamasıydı.

Kanun koyucu, sıkça öne sürülen eleştirilerin doğrultusunda hareket ederek bu hükmün kaldırılmasına karar vermiştir. Böylece BGB m. 419 hükmünün yürürlükten kaldırılması sonucu mahkeme dışı mali durumun düzeltilmesi (yeniden

¹³⁷ Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, C.1, C.H.Beck, Münih, 1968, s.368.

yapılandırma) ve mali güçlük içinde bulunanların taşınmazlarının serbestçe devri olanakları işler duruma getirilmiştir.

Bu hususta alacaklıların korunmaları ise gerek iflas öncesi (iflasın açılmasın sonraya etkili olmak üzere), gerekse iflastan sonraki süreç için yeniden daha sert düzenlenerek getirilen itiraz hakları ile garanti altına alınmıştır. BGB m. 419 kaldırıldıktan sonra alacaklının korunması için, İptal Davası Kanunu (Anfechtungsgesetzes-“AnfG”) çerçevesinde iptal davası (*Anfechtungstatbestände*) unsurlarının artırılması ve InsO çerçevesinde iptal davası hükümlerinin (*Anfechtungsbestimmungen*) artırılması öngörülmüştür.

B) HGB m. 25

Ticari işletmenin devri açısından HGB m. 25 hükmü büyük önemi haizdir. İlgili hükme göre:

“Bir ticari işletme, sağlararası hukuki işlem yoluyla devralındığında, devralan aynı ticaret unvanı ile veya bu unvana devri gösteren herhangi bir ek ibare ile faaliyetlerine devam ettiği takdirde, devreden bu işletmenin önceki faaliyetlerinden kaynaklanan tüm borçlarından sorumludur. Şayet devreden veya mirasçıları ticaret unvanının devam etmesine razı olurlarsa, ticari işletmenin faaliyetlerinden kaynaklanan tüm alacaklar borçlulara karşı, devralana intikal etmiş şekilde hüküm ifade eder.

Aksine bir anlaşma, şayet Ticaret Siciline kayıt edilmiş ve ilan edilmiş ya da devralan veya devreden tarafından üçüncü kişiye bildirilmiş ise bir üçüncü kişiye karşı hüküm ifade eder.

Ticaret unvanı devam ettirilmiyor ise, bir ticari işletmeyi devralan, ticari işletmenin geçmişteki borçlarından ancak özel bir borç sebebi ile, özellikle de devralınan borçların devralan tarafından üstlenildiğinin ticari örf ve adete uygun olarak ilan edildiği durumda sorumlu olur.”

Bu hüküm, ticaret şirketlerinin devredilmesi ve aynı ticaret unvanının devam ettirilmesi durumunda devralanın sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu hüküm iflas

masasının yaptığı malvarlığı devirlerinde uygulanmamaktadır.¹³⁸ İflas dışı devirler bakımından da, aynı hükmün ikinci fıkrası gereğince, taraflarca devralanın sorumluluğunu bertaraf edebilecek bir anlaşma yapılması geçerlidir. Bu nedenle iflas dışında mali durumun devir ile düzeltilmesi (yeniden yapılandırma) açısından devralanın sorumlu tutulması engeli ortadan kalkmaktadır. Devralan sadece Alman Vergi Kanunu'nun (*Abgabenordnung*-“AO”) 75. maddesi bakımından devralanan malvarlığı oranında vergi borçlarından sorumlu tutulmaktadır ki, AO m. 75 hükmü de, iflas söz konusu olduğunda uygulanmamaktadır. İş Hukuku bakımından ise, devralanın hem iflas içi hem de iflas dışı sorumluluğu BGB m. 613a hükmü uyarınca devam etmektedir.

Bir işletmenin mali kriz içerisine girmesi sonucunda bu işletmenin devredilmesi, hem devreden hem de devralan açısından olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Devreden borçlarını ödeyebilme olanağına kavuşurken, devralan da mali açıdan ıslahı mümkün olan bir işletmeyi, piyasa rayicinden düşük bir bedel ile devralmaktadır. Ancak başta HGB m. 25 ve AO m. 75 hükümleri olmak üzere, devralan bakımından yine de çeşitli tehlikeler söz konusu olabilmektedir.

Alman hukukunda mali açıdan zorluk yaşayan bir işletmenin devredilerek ıslah edilmesi ilkesi (*übertragende Sanierung*) doktrinde özellikle Karsten Schmidt

138

Gerrit HÖLZLE, “Sanierende Übertragung – Besonderheiten des Unternehmenkaufs in Krise und Insolvenz”, *DStR*, 2004, Sayı:32, s.1434. Aynı yönde bkz. BGH Urteil vom 28.11.2005-II ZR 355/03, OLG Hamm (Lexetius com./2005, 3357) Federal Mahkeme de bu kararında iflas sonucu devredilen ticari işletmeyi devralan açısından HGB m. 25/I hükmünün uygulanmayacağını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca bu madde ile ilgili başka değerlendirmelerde de bulunmuştur: Her şeyden önce ticari işletmenin devri durumunda ticaret unvanının devam ettirilmesi halinde, dışarıdan bakıldığında aynı işletme faaliyetlerine devam ettiği için HGB m. 25/I hükmünün öngördüğü biçimde eski borçlardan doğan sorumluluklar devralana intikal eder. Ayrıca ticari hayata katılan kişiler açısından ticari işletme büyük ölçüde devam ettiriliyor ise, ilgili hükme göre ticari işletmenin devam ettiği kabul edilir. Keza devam ettirilen ticaret unvanı, yine ticari hayata katılanların gözünde eski ticaret unvanı ile aynı kabul edilebiliyor ve devralan da aynı şekilde unvanı sürdürüyorsa, eski unvanın önemli ve hükmün gerektirdiği kısmının yeni unvanı da mevcut olduğu kabul edilir. Ayrıca HGB m. 25/I hükmünün öngördüğü sorumluluk, devralanan işletmenin, eski borçlarına yetecek değerde olması ya da olmaması olgusundan tamamen bağımsızdır.

tarafından ayrıntılı biçimde tartışılmıştır.¹³⁹ Bu kavram, “iyileştirme, ıslah” anlamına gelen “*Sanierung*” teriminden farklıdır. *Sanierung* ile mevcut işletmenin iflas sürecinde devredilmeden, alacaklıların onayı ile hazırlanacak bir plan çerçevesinde ıslahı hedeflenirken, *übertragende Sanierung* ile iflasta işletmenin yine alacaklıların onayı ile mevcut ya da yeni kurulacak bir işletmeye devredilmesi ve sağlanacak karşılığın alacaklılar arasında paylaştırılması öngörülmüştür. (Bkz. InsO m. 160) *Übertragende Sanierung* olanağının iflasın açılmasından önce (mahkeme dışı) yapılması da mümkündür ki, bu halde InsO hükümleri işlemez, ancak bu çeşit bir uygulama ile iflastakiyle aynı amaç güdülmektedir.

BGB m. 419 hükmü, yürürlükten kaldırılmadan önce de, HGB m. 25 hükmü gibi, iflas masasının yaptığı devirlerde uygulanmıyordu. Bu konuda doktrinde ve uygulamada görüş birliği mevcuttu.¹⁴⁰ Ancak, ilgili hüküm yürürlükten kaldırılmış olsa da, devir yolu ile işletmenin mali durumunun düzeltilmesi (*übertragende Sanierung*) olanağının iflas öncesi dönemde uygulanabilmesi yine de olanaklı görülmemektedir. Bunun temel nedeni HGB m. 25 ve AO m. 75 hükümlerinin getirdiği sorumlulukların yanında, Alman Ceza Kanunu m. 283c ve 283d hükümlerine göre borçluyu ya da alacaklıyı kayırma suçlarının oluşabilmesi tehlikesinin mevcut olmasıdır.

Yine devirden sonra iflasın açılması durumunda, iflas idaresi bu devre karşı InsO 103. maddesi çerçevesinde itiraz edebilecektir. Bu durumda devralan alacağını, iflas sıra cetveline bir tazminat alacağı şeklinde yazdırabilecektir. Ayrıca satım işlemi tamamlanmış olsa dahi, iflas idaresinin her zaman bu hukuki işleme karşı iptal davası açma hakkı mevcut bulunacaktır.

¹³⁹ Karsten SCHMIDT, “Vom Konkursrecht der Gesellschaften zum Insolvenzrecht der Unternehmen”, **ZIP**, 1980, Sayı:7, s.328-336.

¹⁴⁰ Karl JAFFÉ, **Bork/Koschmieder, Fachanwaltshandbuch Insolvenzrecht**, 4.Bası, RSW, Münih, 2004, Rz. 31.6; BGH 11.4.1988, II ZR 313/87, BGHZ, 104, 151, 153.

BGB m. 419 ve HGB m. 25 hükümlerinin karşılaştırılmaları büyük önemi haizdir. Her şeyden önce, bu iki hüküm benzer düzenlemeleri içeriyor gibi gözükseler de önemli farklılıklar taşımaktadırlar. HGB m. 25 hükmü, Alman Hukuku'nda sadece tacirler açısından uygulanabilmektedir. Esnaflar ya da tacir olmayanlar bakımından uygulama alanı bulamamaktadır. Ancak BGB m. 419 hükmü açısından böyle bir sınırlama söz konusu değildi; hüküm herkes için uygulanabilmekteydi.

Ayrıca HGB m. 25 hükmü şahsi sorumluluğu öngörürken, BGB m. 419 hükmü devredilen malvarlığı ile sınırlı sorumluluğu öngörmekteydi.

Yine Alman Sorumluluk Hukuku'na oldukça aykırı düşen HGB m. 25 hükmü ile sorumluluk tarafların varacağı anlaşma sonucunda ortadan kaldırılabilir. Bu nedenle Schmidt haklı olarak bazı hususlara açıklık getirilmesini, henüz BGB m. 419 yürürlükten kaldırılmadan önce dile getirmiş ve işletmenin devri yolu ile mali durumunun ıslah edilmesi olanağının yasal hale getirilmesi bakımından, alacaklıların da bu hususta, iflasta olduğu gibi söz sahibi olmaları gerekliliğine işaret etmiştir.¹⁴¹ Bu nedenle yazar HGB m. 25 hükmünün sadece tacirler bakımından değil, herkes için uygulanacak şekilde değiştirilmesini, aynı hükmün sorumluluğu kaldırmaya olanak veren ikinci fıkrasının yürürlükten kaldırılmasını önermiştir.¹⁴²

Ancak getirilen kanun değişiklikleri ile her ne kadar BGB m. 419 hükmü yürürlükten kaldırılmış olsa da, HGB m. 25 hükmü herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. İflasın açılması ile birlikte bu hüküm zaten uygulama alanı bulamamaktadır. Sorumluluk artık iflas idaresine geçecektir. Ne var ki, iflasın açılması öncesi, işletmenin mali durumunun ıslahı amacıyla yapılmış olan devirler açısından, eğer devreden tacir ise, HGB m. 25 hükmü, henüz iflas açılmamışsa uygulama alanı bulabilecektir. Tacir

¹⁴¹ Karsten SCHMIDT, "Was wird aus der Haftung nach § 419 BGB – zugleich ein Aufruf zur Besinnung auf das Modell der Haftungskontinuität bei § 25 HGB", *ZIP*, 1989, Sayı:16, s.1025 vd.

¹⁴² SCHMIDT, *Haftung nach § 419 BGB*, s.1028.

olmayanlar için ise BGB m. 419'un yerine getirilen, kapsamı genişletilmiş itiraz olanakları söz konusu olacaktır. Ancak bu itiraz olanakları iflasın açılmış olması durumunda söz konusu olacaktır. İflasın açılmadığı durumlarda ise, tacir olmayanlar için, borçlunun malvarlığının devri durumunda BGB m. 419 hükmünün ya da HGB m. 25 hükmünün öngördüğü biçimdeki devralanın sorumluluğu gibi bir sorumluluk durumu yeni düzenlemelerde artık yer almamaktadır. Bu durumun, devir yolu ile hedeflenen mali ıslaha, iflasın söz konusu olmadığı durumlarda (mahkeme dışı ıslah) yapacağı katkı ortadadır. Ancak Schmidt'e göre bu hususta alacaklıların (iflastaki durumun aksine) söz sahibi olamamaları, devir yolu ile mali ıslahı meşruluktan uzaklaştıracaktır.¹⁴³

HGB m. 25'in iflas tasfiyesinde uygulanamayacağı konusunda genel bir görüş birliği oluşmuştur.¹⁴⁴

HGB m. 25/I'de bahsi geçen devir objesi, nesnel ve gayri maddi araçlarla belli bir ticari amacın gerçekleştirilmesi için devredilen ticaret unvanıdır. HGB m. 25'te

¹⁴³ Manfred LIEB, "Zufallgeschenke, Haftungsfallen, Unternehmensvernichtungen und Sanierungshindernisse – Einige Gedanken zur Reichweite der Haftung gemäß § 25 HGB", **Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am 6. November 1995**; ayrıca bkz. SCHMIDT, **Haftung nach § 419 BGB**, s.1029.

¹⁴⁴ Davada, davacı mesleki eğitim ücretini HGB m.25/I hükmüne dayanarak davalıdan talep etmektedir. Davacı bu talebini iflasın açılmasından önce yapmıştır. Ancak davacı talebini, iflas söz konusu olduğunda HGB m. 25 hükmüne dayandıramaz. Zira iflas ile bu hükmün öngördüğü sorumluluk, ticari işletmeyi devralan açısından kalkmış olur. İflasın açılması ile davacı iflas alacaklısı haline gelmiştir. İflas idaresi ticari işletmeyi devredince, artık iflas alacaklısı konumuna gelen olaydaki davacı, HGB m.25/I hükmüne dayanamaz. Bu uygulama doktrinde de farklı gerekçeler ile hem yeni İflas Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, hem de sonra kabul görmüştür. Bu nedenle iflas durumunda devredilen ticari işletme bakımından, bu işletmeyi devralan açısından HGB m. 25/I hükmü uygulanmaz. Aksi bir uygulama söz konusu olsaydı, iflas masasına dahil olan bir işletmeyi devralanı HGB m. 25 veya yürürlükten kaldırılan BGB m. 419 hükümlerine göre işletmenin borçlarından sorumlu tutmak, iflasın amacına aykırılık teşkil ederdi. Bir iflas alacaklısını HGB m. 25/I hükmü ile ayrıcalıklı duruma getirmek, tüm iflas alacaklılarının aynı oranda tatmin edilmesini öngören temel ilkeye de aykırılık doğururdu. Ayrıca HGB m. 25 hükmünün uygulanması, ticari işletmenin hem aktifleri hem de pasifleri ile birlikte devri durumunu gerekli kılmaktadır. Ancak iflas idaresi sadece aktifleri devretmektedir. BAG, Urteil vom 20.9.2006-6 AZR 215/06 (Lexetius.com/2006, 3773)

temelde malvarlığının, daha doğrusu devredilmesi gereken değerlerin, yaşayan bir işletmeye bağlı olup olmadıkları bir rol oynamamaktadır. Ancak diğer yönden temelli kapatılmış işletmelerin, daha doğrusu faal olmayan işletmelerin ticaret unvanlarının da HGB m. 25'e göre devirlerinin gerçekleşmesi olanaklı değildir.¹⁴⁵

İşletmenin, ticarethanenin veya müessesenin tamamen, kül olarak devredilmesi mecburi olmasa da, HGB m. 25 açısından işletmenin esaslı unsurlarının devredilmesi ve bu şekilde ticaret unvanının sürdürülmesi şarttır.¹⁴⁶ Bu açıdan ticaret unvanının devri sonrası işletmenin temelli bir kapatma veya tam anlamıyla bir parçalanmaya maruz kalması olanaklı bulunmamaktadır.

HGB m. 25 işletmeyi işleten kişinin (*Inhaber*) değişmesini şart koşturmaktadır. Malvarlığı değerlerinin devredilmesi bu durumda gerekli değildir, tek başına işletme veya ticarethaneye hizmet eden maddi araçların devredilmesi devrin unsurlarının gerçekleşmesini sağlamaktadır. Devir sayesinde, ticaret unvanını devralanın, işletmeyi tam anlamıyla devam ettirme olanağını da elde etmesi gerekmektedir. Bunun ötesinde yalnızca işletmeyi devam ettirebilme ihtimali yeterli değildir. İşletmenin benliğinin, ayniyetinin korunması kaydıyla (*Identitätswahrung*) devamı gereklidir. HGB m. 25'te kanun metninde devralınan ticari işlerin ticaret unvanı ile devamı zorunluluğu belirtilmiştir.

HGB m. 25'in uygulanması açısından da bir hukuki işlem gerekli olup, hasılat kirası ve kira şeklindeki devirler de yeterlidir. Ancak Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşmenin devir işleminin temelini oluşturması zorunlu bulunmamaktadır. Sonuç olarak burada yalın, fiili devir önemsenmiştir. Ayrıca devirde eski ticaret unvanı sahibinin de taraf olarak bulunması zorunludur.

HGB m. 25 ticari işletmedeki tüm yükümlülükler için devralanın borçlara dahil

¹⁴⁵ COMMANDEUR/KLEINEBRINK, **Betriebs-und Firmenübernahme**, 2. Baskı, s.429.

¹⁴⁶ COMMANDEUR/KLEINEBRINK, **Betriebs-und Firmenübernahme**, 2. Baskı, s.429.

olmasını öngörmektedir. Madde hükmünde bahsi geçen ticari borçlara muhtemel iş hukukuyla ilgili borçlar da dahildir. HGB m. 25/I'nin tipiklik unsurunun gerçekleştirilebilmesi çerçevesinde, maaş ve tazminat taleplerini karşılayabilmek için HGB m. 25/I'e başvurulabilir. HGB m. 25'te işletmeden ayrılmış çalışanlar ve emekliye ayrılanlarla aktif çalışanlar arasında ayırım yapılmaktadır.

HGB m. 25'te işletmenin devamı önem taşıdığından, eski ve yeni borçlar arasında bir sınırlama yaparken işletmenin devamına başlanılan tarih dikkate alınmalıdır. Borçlar Hukuku çerçevesinde yapılan bir sözleşmenin tarihi önemli değildir.

Devralanın bütün malvarlığını kapsayan sorumluluk HGB m. 25/II nedeniyle ayrı bir sözleşmeyle engellenebilir. Ancak akdedilen sözleşmenin derhal bildirilmesi gereklidir. Fakat HGB m. 25/III'e göre bir sorumluluk sebebi ortaya çıkarsa, sorumluluğun ortadan kaldırılması olanaklı değildir. İşletmeyi devralanın sorumluluğu sınırsızdır ve devralınan ticari işletmedeki tüm ticari borçları kapsamaktadır. Bu sebeple hüküm vergi konusunda, ayrıca işçiler açısından ve özellikle de işten ayrılan eski çalışanlar ve emekliler açısından anlam kazanmaktadır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

A) Tanım ve Kavram

Ticari işletme maddi veya maddi olmayan unsurların bir araya gelmesiyle oluşan bir bütün olmakla beraber, her tür hukuki işleme konu olabilir. Ticari işletme bir kişiye devredilebilir, kiralanabilir, bir diğer şirkete sermaye olarak konulabilir veya rehnedilebilir. Çalışmanın konusu açısından önem taşıyan ticari işletmenin konu olduğu aktif ve pasifi ile devri, ticari hayatta ortaya çıkan pratik ihtiyaçların giderilmesi amacına hizmet etmektedir.

Ticari işletmenin devri aktif ve pasifiyle yapıldığı takdirde, bütün tarafların yararına hizmet eder. Bu durum sadece malikin ya da ticari işletmenin ortaklarının değil, müesseselerin devamını sağlamak suretiyle o işletmenin çalışanlarının, hatta müşterilerinin de yararlarıdır; çünkü ticari işletmenin devri, bünyesindeki aktif

ve pasiflerin devri yoluyla ticari işletme faaliyetinin el değiştirmesidir.

Ayrıca malvarlığı veya ticari işletmeyi devralana zaman kazandırır ve yeni bir ticari işletmenin kuruluşunun doğuracağı ağır risklerden ve zaman alan işlemlerden devralanı korur, aynı zamanda borçlular tarafından bir konkordato veya iflasın getireceği ödeme sınırlamalarını ve yasaklarını önler, alacaklılara da muhtemel bir tasfiye sonrasında edinilebilecek maddi değerlerden çok daha fazlasını elde edebilme olanağı tanır.

Malvarlığı veya işletmenin devri, devir konusu malvarlığı veya işletmenin borçlarından sorumluluk açısından BK m. 179’da, borcun nakline ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir.

Doktrindeki hakim görüşe göre, ticari işletmeler de dahil her tür işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri, BK m. 179’da düzenlenmiştir.¹⁴⁷ BK m.180’de, bir işletmenin diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi düzenlenmiş ve bu halin esas itibariyle BK’nun 179. maddesi hükmüne tabi olacağı belirtilmiştir. Gerek işletmenin devriyle ilgili BK m.179’da gerek işletmelerin birleşmesiyle ilgili BK m.180’de, işletmeler düzeyinde kalan malvarlığı birleşmeleri düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, işletmenin devri ya da birleşmesi, işletmeyi işleten şirketleri ve onların ortaklarını, kısacası şahıs unsurunu

147

ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.31 ve orada dn.119’da sayılan yazarlar. Aksi görüşe göre, BK m. 179’da anlamında devre konu işletmeler sadece ticari işletmelerdir. Bkz. Selahattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.280; Safa REİSOĞLU, **Borçlar Hukuku**, 19.Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006, s.420; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.16; AKINCI, **Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, s.33. Yargıtay’a göre de BK m.179 açısından işletme, ticari işletme ile sınırlı değildir. “*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.” HGK 26.12.2001 11-1155/1165 www.ajanstuba.com.tr.

etkilememekte, ilgili şirketler ve ortaklar ayrı kalmakta devam etmektedirler.¹⁴⁸ Ancak bizatihi işletmenin sahibi BK m. 179 anlamında değişirken, BK m. 180’de işletmelerin birleşmesi halinde en azından birleşen işletmelerden birisinin sahibi doğrudan veya dolaylı olarak işletmenin sahibi kalmaya devam eder.

BK m. 180’nin, BK m. 179’un sonuçlarına bağlanmasına ilişkin açık hükme rağmen, BK m. 179’daki şartların BK m. 180 açısından aranacağına ilişkin açık bir düzenleme olmadığı için, doktrindeki hakim görüşe göre, BK m. 180 anlamında birleşmeden dolayı borçlardan sorumluluk için BK m. 179’un aksine burada ilan/ihbar şartı aranmaz.¹⁴⁹

TTK’nda ise, ticaret şirketlerinin birleşmesi, daha açık bir anlatımla, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmaları veya bir ya da daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine katılması (devralma) düzenlenmiştir (bkz. TTK m. 146-151, 451-452, Kooperatifler Kanunu m. 84). Ticaret şirketlerinin birleşmelerine ilişkin bu hükümlerde, ticaret şirketlerine ait işletmelerin devri ya da birleşmesinin yanı sıra, her iki şirketin ortaklarının da tek bir ortaklık çatısı altında toplanmaları söz konusudur¹⁵⁰. Dolayısıyla konuya ilişkin BK hükümleri ile TTK hükümlerinin uygulama alanları birbirinden tamamen farklıdır. Bir anonim şirketin, bir başka anonim şirketin sadece işletmesini devralması BK m. 179’a; buna karşılık bir anonim şirketin, bir başka anonim şirketçe devralınması yoluyla sona erdirilmesi ve sona eren şirket pay sahiplerine diğer anonim şirketin paylarının verilmesi hali ise TTK m. 451’e tabidir. Aynı şekilde, bir gerçek kişiye ya da derneğe ait ticari işletmenin ticaret şirketine devri de, BK m.

¹⁴⁸ ARKAN, **Ticari İşletme**, s.3.

¹⁴⁹ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.70 dn.10. Karşı görüşe göre, sonuçları açısından BK m.180, BK m.179’a bağlı kılındığına göre, şartları açısından ayrı bir uygulamaya tabi kılınmış olunamaz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.45 ve orada dn.185.

¹⁵⁰ TÜRK, **Birleşme**, s.78.

179’a tabidir.¹⁵¹

Bir anonim veya limited şirketin, diğer bir anonim veya limited şirkete devrinde, BK m. 179’un uygulanmasına olanak yoktur; çünkü BK m. 179 gereği devreden alacaklılarına devir hiç gerçekleşmemişçesine alacaklarını elde etme olanağı tanınması karşısında, ticaret şirketlerinin malvarlığı ile borçlarından sorumluluğu nedeniyle ticaret şirketlerinin hisselerinin tamamını veya bir kısmını kim alırsa alsın şirketin malvarlığı ile sınırlı bir borçtan sorumluluk söz konusu olacağı için, ticaret şirketlerinin devri açısından BK m. 179’u uygulamanın anlamı yoktur.¹⁵² Meğer ki tasfiye sürecindeki bir şirketin malvarlığının devri söz konusu olsun.

Kaldı ki TTK m. 451 vd.da da ticaret şirketlerinin bir başka ticaret şirketine devrine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.¹⁵³ Bu açıdan ticari işletmelerin devrinde BK m. 179 hükmünün uygulanabilmesi için, TTK’nda bu konuyu düzenleyen özel hüküm bulunmamalıdır.

Bir şahıs şirketi tarafından işletilen bir işletmenin gerçek kişi tarafından devralınmasında BK m. 179 uygulanabilir iken, külli intikalin söz konusu olduğu malvarlığı devirlerinde ise BK m. 179 uygulanamaz.¹⁵⁴

“Ticarî işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme” başlıklı TTK Tasarı m. 194 hükmüne göre:

“Bir ticarî işletme, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebilir. Bu hâlde devralan ticaret şirketinin türüne göre 138 ilâ 140, 142 ilâ 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ilâ 193 üncü maddeler hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

¹⁵¹ ARKAN, *Ticari İşletme*, s.39; KENDİGELEN, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, s.168 N.514.

¹⁵² ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.70-71.

¹⁵³ ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.72 dn.15’te başka bir şirketin bir anonim şirket tarafından devralınmasında da BK m. 179’un uygulanabileceğini ileri sürmektedir.

¹⁵⁴ ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.72.

Bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi hâlinde 182 ilâ 193 üncü maddeler kıyas yoluyla uygulanabilir.

Bir ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüşebilmesi için ticaret şirketinin tüm payları ticari işletmeyi işletecek kişi veya kişiler tarafından devralınmalı ve ticari işletme bu kişi veya kişiler adına tescil edilmelidir. Bu hâlde, türüne dönüşülen ticaret şirketi bir kollektif veya komandit şirket ise, ticaret şirketinin borçlarından ticari işletmeyi işletecek kişi veya kişiler yanında, ticaret şirketinin eski ortakları da sıfatlarına göre sorumlu olurlar. Söz konusu dönüşüme bu Kanunun 264 ilâ 266 ncı maddeleri de uygulanır.

182 nci maddenin üçüncü fıkrası hükmü saklıdır.”

TTK Tasarı m. 194 hükmü yeni bir düzenlemedir ve ticari işletmenin bir ticaret şirketi tarafından devralınmasını açıkça düzenlemektedir. Bu açıdan yukarıda s.116 dn.151’de belirtilen bu durumlarda BK m. 179’un uygulanacağına dair görüş, Tasarı’nın yürürlüğe girmesiyle uygulanamaz hale gelecektir. Çünkü yukarıda s.116’da belirtildiği üzere ticari işletmelerin devrinde BK m. 179 hükmünün uygulanabilmesi için, TTK’nda bu konuyu düzenleyen özel hüküm bulunmamalıdır.

Düzenleme açısından eleştiri konusu olacak bir yön, ticari işletmenin ticaret şirketi tarafından devralınarak birleşmesi durumunda ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtilmesine rağmen, bu atfın ticari işletmeler için de geçerli olup olmayacağını belirsizliğidir. Örneğin TTK Tasarı m. 150 hükmüne göre, şirketin yönetim organı birleşme kararını şirketin genel kuruluna sunar ve maddede ayrı ayrı her şirket türü açısından düzenlenen oy oranı ile birleşme kararının şirketin genel kurulunda kabul edilmesi zorunludur. Bu hükmün ticari işletme açısından uygulanması nasıl olacaktır sorusu cevapsızdır. Zira ticari işletmenin yönetim organının birleşme kararını genel kurula götürüp genel kurulda birleşmenin kabulü kararının alınmasının söz konusu olmayacağı tabiidir. Bu açıdan düzenlemenin daha belirli hale getirilerek ticari işletmenin, ticaret şirketiyle devralınma suretiyle birleşmesi durumlarında ticaret şirketlerinin birleşmeye ilişkin hükümlerine tabi olup olmayacağı ve tabi olacaksa ne şekilde tabi olacağı açıkça belirtilmelidir.

Tasarı düzenlemesinde olumlu sayılacak yön, devralmak suretiyle birleşme halinde

ticari işletmenin aktif ve pasif malvarlığı değerlerinin devrinde TTK Tasarı m. 151 hükmü gereğince, birleşmenin tescili anında ticari işletmenin tüm aktif ve pasiflerin devralan şirkete geçecek olmasıdır. Bu açıdan ileride s.145'te belirttiğim görüş çerçevesinde BK m. 179 hükmünün emredici olması ve ticari işletmenin devrinde tüm aktif ve pasiflerin devralana geçmesinin zorunlu olması yönündeki düşüncemize, benzer bir düzenleme ile yasal dayanak da bulmuş olmaktadır.¹⁵⁵

Ayrıca devrolunan şirketin ortaklarının sorumluluklarının, şirketin borçlarının birleşme kararının ilanından önce doğmuş olması veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş bulunması şartıyla, birleşmeden sonra da devam edeceğine ilişkin 158. madde hükmü gereğince, ticari işletmeyi işleten devreden, ticaret şirketi tarafından devralınmak suretiyle birleşme durumunda BK Tasarı m. 201 hükmünden bağımsız olarak 158. madde hükmü gereğince sorumlu kalmaya devam edecektir.

Vergi hukuku açısından 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun¹⁵⁶ 19. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası, birleşmenin özel bir türünü "devir" olarak tanımlamakta, tam mükellef kurumlar¹⁵⁷ arasında kayıtlı değerler üzerinden ve kül halinde devralma suretiyle gerçekleştirilen işlemler devir olarak nitelendirilmektedir.

Ticari işletmenin veya malvarlığının devri müessesesi, farklı hukuk sistemlerinde farklı kanunlarda düzenleme alanı bulmuştur. Esas itibarıyla bir "borç nakli" müessesesi olarak hukuk sistemlerinde yer alan malvarlığının veya ticari işletmenin

¹⁵⁵ Ayrıca bkz. yukarıda s.3 dn.4'te belirtilen Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 89 hükmüne göre işyeri aktif ve pasif değerleri ile birlikte devredilirse, eski işverenin Kuruma olan sigorta primi ile gecikme cezası ve gecikme zammı ve faiz dahil tüm borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur.

¹⁵⁶ Anılan Kanun 13.06.2006 tarihinde kabul edilerek, 21.06.2006 tarihli ve 26205 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁵⁷ Anılan Kanun'un 3. maddesine göre tam mükellef kurumlar, Kanun'un 1.maddesinde kurumlar vergisine tabi olacağı düzenlenen sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarından kanuni veya iş merkezi Türkiye'de bulunanlardır.

devri müessesesini, alacağın temlikinden ve borcun naklinden¹⁵⁸ farklı olarak, gerek Alman (Alman Medeni Kanunu) gerekse de İsviçre-Türk (İsviçre-Türk Borçlar Kanunu) Hukuku, taraflar arasındaki borçlandırııcı sözleşme olarak tanımlamışlardır.¹⁵⁹ Ancak müessesenin sadece bu niteliği üzerinde durulmamış, devir müessesesi, ayrıca devir sözleşmesinden doğan borçların ifası, devrin alacaklılara ihbarı ve sonuçta malvarlığı veya ticari işletmenin devri ile borçların bir kül halinde intikalini sağlayan işlemler demeti olarak düzenlenmiştir.¹⁶⁰

B) Devrin Unsurları

1) Devir Sözleşmesi

BK'nun 179. maddesi anlamında bir malvarlığı veya ticari işletme devrinden bahsedebilmek için öncelikli şart, devreden ile devralan arasında akdedilmiş geçerli bir devir sözleşmesinin¹⁶¹ bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, BK'nun 179. maddesinin uygulanması için bir devir borcu doğuran bir işlemin varlığı şarttır.¹⁶²

Devir borçlandırııcı işlem (değişik sözleşme biçiminde, özellikle satım sözleşmesi şeklinde) ve bu işlemin ifası aşamalarından oluşan iki aşamalı bir durumdur. Devir sözleşmesinin konusu malvarlığının veya işletmenin devri taahhüdüdür ve bu taahhüt ile işletme veya malvarlığının bir bütün olarak devralanın hakimiyetine sokulması

¹⁵⁸ Borcun naklinin hem borçlandırııcı hem de tasarrufi bir sözleşme olduğu yolunda Kemal OĞUZMAN/ Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s.960; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.44 dn.88.

¹⁵⁹ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.44.

¹⁶⁰ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.2.

¹⁶¹ “Borcun iç yüklenilmesi” terimi yerine, “devir sözleşmesi” teriminin isabetli olarak doktrinde kabul edildiği yolunda bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.179 ve orada dn.276’da belirtilen yazarlar.

¹⁶² Tartışmalı olmakla beraber devir sözleşmesinde ayrıca borçların yüklenilmesi de aranır. Bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.178 dn.272.

üstlenilir.¹⁶³

Devir sözleşmesinin iki işlevi vardır. İlki BK m. 179'un uygulanmasının tek şartı olma, diğeri ise devredenle devralan arasındaki ilişkiyi düzenlemedir.¹⁶⁴

BK m. 179 sağlararası iradi devirlere özgü bir hüküm olduğundan, ticari işletmenin veya malvarlığının devrinin başkaca özel bir kanun hükmünden doğduğu veya miras yoluyla mirasçılara intikalin söz konusu olduğđ durumlarında BK m. 179 hükmü uygulanmaz.¹⁶⁵

Genel olarak, BK m. 179'un kanuni ve kümülatif bir borç naklini¹⁶⁶ düzenlediği kabul olunmaktadır. Kümülatif olması, bir başkasının borcu için müteselsil olarak onunla birlikte sorumlu olmasına yol açmasındadır.¹⁶⁷ Kümülatif olma, borç doğumu anlamında değil, borca girişı sağlama anlamındadır. Borç nakli sadece borç ilişkisinin tarafının değişmesidir; yoksa borcu doğuran sebepte herhangi bir değişiklik söz konusu değildir.

BK açısından, (ticari) işletmenin devri için tek bir sözleşme yapılması yeterlidir. Bu sözleşme, kural olarak herhangi bir şekilde bağlanmamıştır (BK m. 11/I).¹⁶⁸ Devir

¹⁶³ ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.67.

¹⁶⁴ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.68.

¹⁶⁵ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.72 dn.19.

¹⁶⁶ Ayrıca bkz. yukarıda s.68 vd.da İsviçre Hukuku açısından kümülatif borç nakline ilişkin açıklamalara.

¹⁶⁷ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.104-105.

¹⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.973; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.40; AYİTER, **Mamelek**, s.48. ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.51'de malvarlığı veya ticari işletmenin devri sonucunu doğuran sözleşmenin, en az taşınmazın devri sonucunu doğuran sözleşme kadar önemli olduğđunu belirtmekte ve devredeni şeklin korumasından yararlandırmanın yerinde olacağını ileri sürmektedir. Sözleşmenin şekle bağlı olmasının zorunlu olduğđ durumlar (sözleşmenin bağışlama olması, devrin konusunun taşınmaz olması, devir sözleşmesi ölünceye kadar bakma sözleşmesi niteliğinde olması halleri) için bkz. **a.g.e.**, s.51 vd. KENDİGELEN'e göre "BK m. 179 hükmü, işletmenin devir şekline ilişkin bir kural içermemektedir. BK m. 179 anlamında bir ticari işletmenin devri işlemleri bakımından genel hükümler uygulama alanı bulur. Borçlandırıcı işlem-tasarrufi işlem ayırımı burada da geçerlidir ve devir borcu altına girilmesi (borçlandırıcı işlem) ve borcun ifası (tasarrufi işlem)

sözleşmesi ile devralan, malvarlığını kararlaştırılan koşullar altında devralma, devreden de o malvarlığını devretme borcunu yüklenir. Sözleşmenin tarafları sadece devreden ile devralandır. Alacaklı sözleşmeye taraf olmadığı için sözleşmenin kurulmasında alacaklının iradesi aranmaz ve hatta alacaklının aksi yöndeki iradesine rağmen devir sözleşmesinin yapılması olanaklıdır.¹⁶⁹

Devir sözleşmesinin BK m. 179'a tabi olması açısından, sözleşmede ivaz kararlaştırılmış olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır.¹⁷⁰ Sözleşmenin akdinde tarafların ehliyeti açısından genel hükümler uygulanır.

BK'nun 179. maddesi anlamında devrin gerçekleşmesi için, ticari işletmenin ve malvarlığının aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak devri gereklidir. Bu açıdan işletmenin devri, faaliyet olarak devredilmesidir ve faaliyetine geçici olarak ara vermiş, tasfiye aşamasına başlanmış veya faaliyetine başlamamış, ancak bu anlamda faaliyete başlamaya yönelik hazırlıklarını tamamlamış işletmeler dahi devre konu olabilir.¹⁷¹ Devralan açısından da işletmeyi devraldıktan sonra devraldığı durumda faaliyetleri sürdürmesi zorunlu değildir; çünkü bu durum BK m. 179 anlamında bir

(dn.168'in devamı) yapılması gerekir. Borçlandırıcı işlem şekle tabi değildir." Abuzer KENDİGELEN, "**Ticari İşletmenin Devri**", Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C.IV, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s.4-13, s.10.

169 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.281. ARSEBÜK'e göre, Alman Medeni Kanunu borcun nakli hükümlerinde iki düşünceyi dikkate almaktadır. İlkine göre, borcun nakli borcu üstlenenle alacaklı arasında yapılan, ancak borçlu lehine sonuç doğuran bir sözleşmedir. İkinci düşünceye göre, eski borçlu ile yeni borçlu arasında yapılan ve alacaklının rızasına ihtiyaç göstermeyen bir sözleşmedir. Bu açıdan BK m. 179 hükmü ikinci düşünceyi benimsemiş gözükmektedir. Bkz. Esat ARSEBÜK, "**Alacağın Temliki ve Borcun Nakli**", AÜHFD, C.11, 1954, Sayı:1-2, s.4-14, s.11.

170 ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.42. Ancak ACEMOĞLU bu konuda dikkatli davranılması ve karşı edimin önem taşımayacağı şeklindeki kuralın dikkatli uygulanması gerektiğini; aksi takdirde BK m.179 tarafından alacaklılara tanınmış olanakların aşılmaya çalışılacağını ileri sürmektedir. Karşı görüşe göre, devir sözleşmesi mutlaka karşılıklı bir akitir. Bkz. AKINCI, **Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri** s.31.

171 ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.44.

şart olarak düzenlenmiş değildir.¹⁷²

Devir sözleşmesinin malvarlığının bütününe konu edinmiş olması gerektiği yolundaki temel ilke, malvarlığına dahil hakların hepsinin devir sözleşmesi ile devredilmesini gerekli kılmaz.¹⁷³ Bu açıdan BK'nun 179. maddesi, devreden ile devralan arasında akdedilen sözleşme gereğince, bir malvarlığı veya ticari işletmenin “aktif ve pasifi ile birlikte” devrini düzenlemektedir. Başka bir ifadeyle, malvarlığı veya ticari işletmenin aktiflerinin bir kısmının devredende kalması halinde de, BK'nun. 179. maddesi anlamında geçerli bir devirden bahsedilebilir.

Ticari işletmenin devri kapsamındaki aktif ve pasifler ticari işletmenin faaliyetine özgülenmiş olan aktif ve pasiflerdir ve devirden veya devrin ilanından veya ihbarından önce işletme kapsamında bulunmalıdırlar.¹⁷⁴

Devre konu bir malvarlığı ise tamamına yakın değerde aktiflerin, devre konu bir ticari işletme ise ticari işletmeye ait asli malvarlığı değerlerinin devredilmiş olması yeterlidir. Sadece bazı unsurlar devredilmemiş olsa bile BK m. 179 yine uygulanır; yeter ki devrolunan unsurlarla ticari işletmenin işletme olarak devamı olanaklı olsun.¹⁷⁵ Devir sözleşmesinin kapsamı dışında tutulan parçalar sayıca çok fazla ise veya bunların önemi fazla ise, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinden bahsetmek

¹⁷² ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.34.

¹⁷³ REİSOĞLU, **Borçlar Hukuku**, s.420; AYİTER, **Mamelek**, s.48; KENDİGELEN, **Ticari İşletmenin Devri**, s.10; ARSLANLI, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, s.115; POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s.40; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.31.

¹⁷⁴ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.129; ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.38.

¹⁷⁵ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.31; KENDİGELEN, **Ticari İşletmenin Devri**, s.10; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.40; ARSLANLI, **Kara Ticareti Hukuku**, s.124; AYİTER, **Mamelek**, s.48. Maliye Bakanlığı'nca çıkarılan 1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin (Resmi Gazete Tarih:03.04.2007 Sayı:26482) 19.2.2.1. maddesine göre, üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur.

olanaklı değildir ve bu durum BK m. 179'un kapsamı dışındadır.¹⁷⁶ Yine devredilen sadece pasiften ibaretse, bu durumda BK m. 179 uygulanmaz, BK m. 174'te düzenlenen borcun nakline ilişkin hükümler uygulanır.¹⁷⁷

BK m. 179 anlamında devir açısından ticari işletmenin kendi içinde bağımsız bölümlerinin, örneğin işletme birimlerinin, işyerlerinin, hatta şubelerinin¹⁷⁸ aktif ve pasifi ile devri olanaklıdır.¹⁷⁹ BK m. 179 anlamında malvarlığı değerlerinin devrinin söz konusu olması devredilen malvarlığının kendi içinde işlevsel bir bütün olması gereklidir. Bu durumda özel malvarlığının devri söz konusudur. Örneğin devren satılık ibareli bir satışta, devredilen işletme değil, işletmenin içinde işlevsel bütünlük arz eden menkul tesisat, araç ve gereçten oluşan malvarlığıdır.¹⁸⁰

Ayrıca devreden işin niteliği gerektiriyorsa, işletmenin faaliyetlerine ilişkin hesaplarını ve bilançoyu vermeli ve müşterilerinin bir listesini hazırlamalıdır.¹⁸¹ BK m.179'da düzenlenmediği için devir bilançosu ticari işletmenin devri açısından bir geçerlilik şartı olmasa da, hayatın olağan akışına uygun olan, devreden açısından bir yan edim yükümlülüğü oluşturan bir devir bilançosu düzenlenmesi ve tüm aktif ve

¹⁷⁶ AYİTER, **Mamelek**, s.48; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.31.

¹⁷⁷ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.24.

¹⁷⁸ Tek başına salt şube olarak devrin olanaklı olmadığı, BK m.179'un malvarlığı devirlerine uygulanmasının olanaklı olması karşısında, şubenin malvarlığı değerlerinin, aktif ve pasiflerinin bir bütünlük oluşturması nedeniyle şube malvarlığı şeklinde devredilmesinin olanaklı olduğu yolunda ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.35 ve orada dn.139'da belirtilen yazar. Ancak kanaatimce şubenin muhasebesinin ayrı tutulması ve merkezden bağımsız olarak ticaret siciline kaydedilebilmesi sebebiyle, merkezden kolaylıkla ayrılacak malvarlığına sahip olup, bir ticari işletme olarak şubenin devri olanaklıdır. Bkz ileride s.201dn.123.

¹⁷⁹ ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.34 ve orada dn.137'de belirtilen yazarlar. Karşı görüşe göre, kendi içinde iktisadi bütünlük arz eden özel malvarlığının devrine BK m. 179 hükümleri uygulanmaz; BK m. 179 anlamında devirlere konu malvarlığı bir kişiye ait tüm genel malvarlığıdır. Bkz. ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.27-28; AKINCI, **Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri** s.32-33. Ancak bu görüş kanaatimce doğru değildir; bkz. yukarıda s.9 dn.22

¹⁸⁰ ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.36.

¹⁸¹ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.84; KENDİGELEN, **Ticari İşletmenin Devri**, s.12.

pasiflerin yer aldığı bu bilançoya dayalı bir devir sözleşmesi yapılmasıdır.¹⁸² Aynı zamanda bilanço, devir konusu işlemin devreden tarafından taahhüt edilen şekilde olmaması durumunda, devreden sorumluğuna gidilmesi açısından da önemlidir.¹⁸³

Tarafların aralarında akdettikleri malvarlığı veya ticari işletmenin devri sözleşmesinde, nakledilecek borçları ayrı ayrı göstermelerine gerek yoktur. Sadece, malvarlığı veya ticari işletmenin devri konusunda devreden ile devralanın anlaşması, malvarlığındaki veya işletmedeki bütün borçların nakli hususunda yeterlidir.¹⁸⁴

2) İhbar veya İlan

BK'nun 179. maddesi, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde borçların devralana geçmesi açısından devrin alacaklılara ihbarını şart koşturmuştur.¹⁸⁵ Devralanın devir sözleşmesini ihbar borcu, kanuni bir borçtur.¹⁸⁶ İhbar şartı gerçekleşmedikçe, tek başına devir sözleşmesi, malvarlığı veya ticari işletmeyi devreden borçlarını intikal ettirmez ve devralanın sorumluluğu doğmaz.¹⁸⁷ Ayrıca diğer şartlar gerçekleşmedikçe, tek başına ilan veya ihbarın yapılması da borcun nakli sonucunu doğurmaz.

BK Tasarısında da bu düzenleme BK m. 179'a (BK Tasarı m. 201) bir dördüncü fıkra olarak eklenmektedir ve ilgili düzenlemeye göre:

“Bildirme veya ilânla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine

¹⁸² KENDİGELEN, **Ticari İşletmenin Devri**, s.12-13.

¹⁸³ KENDİGELEN, **Ticari İşletmenin Devri**, s.12.

¹⁸⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.281; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975.

¹⁸⁵ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.45-46. ACEMOĞLU, İsviçre-Türk Hukuku'nda baskın olan bu görüşe karşılık, devralanın sorumluluğunun başlamasını devir sözleşmesinin bizatihi kendisinin ihbarına değil, sözleşmenin ifasının ihbarına bağlanmasını önermektedir.

¹⁸⁶ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.101.

¹⁸⁷ AYİTER, **Mamelek**, s.52.

getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz.”

Devralan tarafından ilan veya ihbar edilen sözleşmenin geçersiz olduğunun anlaşılması halinde, devralan borçları yüklenmiş olmaz; ancak bu yüzden zarara uğrayan alacaklıların zararlarından sorumlu tutulabilir.¹⁸⁸

İhbar şartı, bir malvarlığının veya ticari işletmenin devri karşısında, alacaklıların yararlarının korunması amacıyla tesis edilmiştir. Ancak, Kanun’da sadece alacaklıların yararı için söz konusu şartın düzenlendiğini ifade etmek pek doğru olmayacaktır. Şöyle ki: İhbar ile alacaklı, haklarının teminatı olan aktiflerin kime devredildiğini öğrenecek, bundan sonra alacakları için kendi yararı doğrultusunda devreden veya devralana başvuracaktır. Devreden ise, iki yıllık müteselsil sorumluluğunun başlayabilmesi için ihbarın yapılmasında yarar sahibidir. Devralan, kanundan doğan devir sözleşmesini ihbar borcunu yerine getirmezse, devralana karşı BK m. 96 vd. hükümleri gereğince borca aykırılık hükümleri uygulanabilir.¹⁸⁹ Bu konuda mahkeme hükmü devralanın iradesi yerine geçer ve hükmün ilanı halinde kanuni borç nakli gerçekleşir.¹⁹⁰

İhbar her bir alacaklıya ayrı ayrı yapılması gereken bildirimdir ve şekle bağlı değildir.¹⁹¹ Borcun naklinden farklı olarak yeni borçlu ile alacaklı arasında bir akdi bağ meydana getirmeyen, sadece devralanın sorumluluğuna kaynak oluşturan bir hukuki işlemdir. İcap sayılmaz; çünkü alacaklı borcun nakline karşı herhangi bir etkide bulunmamaktadır.¹⁹² İhbar bir tasavvur açıklamasıdır, varma anında sonuç doğurur ve öğrenilmesi şart olmayıp, doğum ve geçerlilik şartları bakımından genel

¹⁸⁸ OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975.

¹⁸⁹ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.101, 122-123

¹⁹⁰ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.123.

¹⁹¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.282; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975.

¹⁹² AYİTER, **Mamelek**, s.52.

hükümlere tabidir.¹⁹³ Devir sözleşmesi hükümsüz ise, ihbar da sonuç doğurmaz.¹⁹⁴

İhbar, ilan yoluyla veya bütün alacaklılara tek tek yapılacak bildirim ile gerçekleştirilir. Devralan, ilanın yapılması hususunda devir sözleşmesinde aksine bir hüküm kararlaştırılmamışsa, seçimlik hakka sahiptir. Malvarlığı veya işletmenin devrinin ilanla mı ihbarla mı duyurulacağı devralanın tercihinin bırakılmışsa da, ilan yolu daha avantajlıdır; çünkü ilan anı itibariyle bütün borçlar devralanca üstlenilmiş olur.¹⁹⁵ Bir genel yerde panoya ilan asılması, afişler yapıştırılması, hatta alacaklıların devri üçüncü kişilerden başka yollarla öğrenmiş olduklarının ortaya konulması ve bunun kanıtlanması halinde de ihbar yapılmış sayılır.¹⁹⁶ Kendisine ihbarda bulunulan alacaklılar açısından devir gerçekleşmiş sayılırken; kendisine ihbarda bulunulmayan alacaklılar açısından devir hüküm ifade etmeyecektir.¹⁹⁷

Eğer ihbar ilan yolu ile yapılacaksa, ilan BK m. 179 gereği gazetelerle yapılmalıdır. Örneğin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi ya da ulusal veya mahalli bir gazete aracılığıyla yapılabilir. İhbarın kanunun açık ifadesi ile ilan suretiyle yapılması durumunda, ihbarın alacaklılardan her birine ulaşp ulaşmadığını, ne zaman ulaştığını aramaya gerek yoktur. Ancak gazetelerle yapılan ilan, MK m. 2'deki dürüstlük kuralının sınırları içinde gerçekleştirilmelidir.¹⁹⁸

BK Tasarısı hükümlerinde de “Malvarlığının veya işletmenin devralınması” başlıklı m.201’de bu husus belirtilmiştir. İlgili düzenlemeye göre:

“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticarî işletmeler için Ticaret Sicili

¹⁹³ ARSEBÜK, **Borcun Nakli**, s.12; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.109.

¹⁹⁴ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.110.

¹⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975.

¹⁹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.282; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.113-114.

¹⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.976.

¹⁹⁸ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.113.

Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilânla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.”

Tasarı hükmü de ilan veya ihbar şartını bir kanuni zorunluluk olarak korumuş ve ilanın yapılması usulüne ilişkin de düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, devralan ilan yolunu seçmiş ve devre konu olan bir ticari işletme ise, ticari işletmenin devrinin ilanı Ticaret Sicili Gazetesi’nde yapılmalıdır. Ticaret Sicili Gazetesi’nin yanı sıra, diğer gazetelerde de ilan olanaklıdır; yeter ki öncelikle ve zorunlu olarak Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan yükümlülüğü yerine getirilmiş olsun.

Ticari işletmelerin dışında da işletmelerin devirlerine bu hükmün uygulanması artık olanaklı bulunduğu¹⁹⁹, işletme veya malvarlığı devirlerinde devralan ilan yoluyla devri duyurmayı seçmişse, Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde veya isteğine göre birden fazlasında, fakat en az birinde ilan ederek bu yükümlülüğü yerine getirebilir.

İhbar ister ilan yolu ile ister alacaklılara tek tek bildirmek yoluyla yapılsın, geçerliliği için mutlaka alacaklıların hepsine ya da en azından önemli bir kısmına yöneltilmiş olması gereklidir. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, alacaklıların hepsine ihbarın yapılmış olması şartını katı bir şekilde aramak, devralanın, devreden bütün alacaklılarını bilmesinin çok zor olması sebebiyle pratik yaşamın akışına uygun düşmemektedir.²⁰⁰

İhbar yapılmadan alacaklıların devri öğrenmiş bulunması şartıyla, devralanın müteselsil sorumluluğuna ilişkin iki yıllık sürenin başlaması, ne doktrin ne de

¹⁹⁹ Tasarı metni lafzi yorum kuralıyla yorumlanacak olunursa, “ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilânla” hükmünde “diğerleri” kavramı ile kastedilen, ticari işletmeler dışındaki tüm işletmelerdir. Ayrıca düzenlemede esnaf işletmelerini kapsam dışında tutan herhangi bir ifade tarzı da bulunmamaktadır.

²⁰⁰ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.114.

mahkeme içtihatlarında kabul edilmiştir. Çünkü kanun malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde, ihbar şartını açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Söz konusu ihbarın yapılması kanuni borç naklinin gerçekleşmesi sonucunu doğurur. Devralanın müteselsil sorumluluğu, ihbar ile derhal ve kanun gereğince başlar.²⁰¹

Devralanın sorumluluğunun başlangıcı ancak bizzat kendisi tarafından yapılacak ihbara bağlandığı için, devralanın sorumlu olması kendi iradesine bırakılmış olunmaktadır ve bu açıdan aktiflerin devredilip ihbarın yapılmaması durumunda alacaklıların elindeki tek olanak iptal davası açmaktır; çünkü devralanın sorumluluğu başlamamış, devreden de elinde bir şey kalmamış olur.²⁰² İİK m. 280/III devralana, alacaklıların açacağı bir iptal davasından kurtarmak için devir konularının ihbarını şart koşturmuş ve böylece alacaklıların durumunu güçlendirmiştir.

İhbarın en önemli işlevi devrin kapsamını belirlemektir. Çünkü taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinde borçlara ilişkin kayıtlar ve sınırlamalar sadece taraflar arasındaki iç ilişkide hüküm ve sonuç doğurur. Sadece ihbar ile belirtilen sınırlamalar, alacaklılara karşı hüküm ifade eder.²⁰³ Ancak, devralanın borçlardan sınırlı sorumluluğu ile ilgili konu hakkında önemle belirtilmesi gereken bir husus da, tüm borçların devralana intikalini engelleyen ve sınırlandıran sözleşmelerin, ihbarda bu

²⁰¹ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.116; ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.184; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.282.

²⁰² ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.107. ACEMOĞLU BK m. 179'da ihbarın ancak devralan tarafından yapılmasının düzenlenmiş olması nedeniyle, ihbarın yapılmaması durumunda, BK m. 96 vd.na kıyasen devredene devralanı ihbarı yapmaya zorlama hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Hakimin iradesi devralanın iradesi yerine geçmeli ve kararın gazetede ilanı ile devralanın sorumluluğu başlamalıdır. Bkz. **a.g.e.** s.123. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.281'de ise akdin müspet ihlali durumlarında BK m. 96'ya doğrudan doğruya başvurulabileceği ileri sürülmektedir. İİK'nda tanınan iptal davasının uzun bir süreç olması nedeniyle esas itibarıyla yeterli bir koruma sağlamasa da, İİK m. 280/III gereği devreden zarar verme kastıyla hareket ettiği ve devralanın da bunu bildiği karinesi nedeniyle alacaklıların korunması söz konusudur. Bu yönde bkz. KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.175 N.532.

²⁰³ Kanaatimce ilan veya ihbarda belirtilmiş olsa da bu sınırlama alacaklılara karşı hüküm ifade etmemelidir. Bkz. ileride s.145.

sınırlamalara yer verilmiş olsa bile alacaklılara karşı ileri sürülmesinin olanaklı olmamasıdır.²⁰⁴

İhbarda sadece devrin ihbarı yeterlidir; ancak ihbarda borçtan hiç söz edilmemişse, devralanın bütün borçları devralmış olduğunun kabulü doğru olur; çünkü sorumluluğun sınırı ihbarda çizilmektedir.²⁰⁵ Sınırın varlığını, bundan faydalanan olan devralan ispatlamalıdır.²⁰⁶

İhbarın diğer önemli işlevi de devredilen aktiflerin çeşitlerinin belirlenmesini sağlamaktır. İhbar sayesinde haklarının ve alacaklarının güvencesi olan aktif değerlerin kime geçtiği alacaklılar tarafından bilinebilir hale gelir.

İhbarda devralanın borcu üstlendiğinin bildirilmesi zorunlu değildir; bir malvarlığı veya işletmeyi devralan kişinin borçlardan sorumlu tutulması için, alacaklılara işletmenin başına geçilmiş olduğunun ve eski borçlunun yerinin alınmış olduğunun bildirilmesi yeterlidir.²⁰⁷

3) Genel Olarak Devrin Hüküm ve Sonuçları

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, bir malvarlığının veya ticari işletmenin devrinin vazgeçilmez unsurlarından biri, devre taraf olan kimselerin iç ilişkilerinin düzenlendiği devir sözleşmesidir. BK 179. maddesinde, malvarlığı veya ticari işletme devrinin sonuçlarının düzenlenmesiyle yetinilmiş, devrin temelini teşkil eden devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarına değinilmemiştir. Oysa ki, kanunun metninde yer alan sonuçların kaynağı olan, örneğin devre konu aktiflerin nelerden

²⁰⁴ ARSEBÜK, **Borcun Nakli**, s.12; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.117.

²⁰⁵ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.116; ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.184 dn.304'te ihbarın güven ilkesi çerçevesinde yorumunun bu sonuca varılmasını gerektirdiğini ileri sürmektedir.

²⁰⁶ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.118.

²⁰⁷ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.116.

oluştugu, devrin kapsamı, devrin karşılıklı edimlerinin belirlenmesi gibi hususlar devir sözleşmesi ile belirlenmektedir.

İsviçre-Türk Hukuku'nda devir sözleşmesinin geçersizliği durumunda, aktifler devredilmiş olsa bile, kanuni borç naklinin gerçekleşmiş olmayacağı ve sebebe bağlı olan tasarruf işlemleri (taşınmazlar) açısından mülkiyetin hala devredende kalacağı, sebebe bağlı olmayan tasarruflarda ise alacaklıların İİK'nda düzenlenen iptal davası açma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁸

BK, devredenle devralan arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen kurallar koymamıştır. Bu yüzden taraflar arasındaki iç ilişkiyi, devir sözleşmesinde kararlaştırılan esaslara göre hükme bağlamak gerekir.²⁰⁹ Devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça, devralan iç ilişki bakımından borçları üstlenmiş sayılır.²¹⁰

Taraflar aralarında düzenleyecekleri bir dökümle, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde sadece dökümde gösterilen borçlarla sınırlı bir borç nakli konusunda anlaşabilirler; ancak bu sınırlı nakil, üçüncü kişilere (alacaklılara) yapılan ilanda

²⁰⁸ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.64; ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.179 dn.279.

²⁰⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.282; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.113-114. “Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan 20.03.1995 tarihli devir sözleşmesinde aynen bugüne kadar olan ve bugünden sonra olacak her türlü vergi, sigorta, çek, senet, ceza ve mükellefiyetlerinin devir alana ait olacağı) kararlaştırılmıştır. Davacı ödediği ve bu davaya konu yaptığı verginin ortaklığa ait olduğunu ve devir sözleşmesine göre davalının bunu ödemekle yükümlü bulunduğunu ileri sürmüştür. Gerek taraflar arasında cereyan eden Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 29.02.1996 gün 1995/578 Esas, 1996/78 Karar sayılı dosyasına ve gerek bu dosyaya davacının ibraz ettiği Maltepe Vergi Dairesinin 12.04.1996 tarihli yazısına göre davacı adına 4350037555 sicil numarasıyla kayıtlı bulunan vergi kaydının davacının bu ortaklıktan elde ettiği kazançlarla ilgili bulunduğu ve kendisinin başkaca bir ticari faaliyeti olmadığı belirtilmiştir. Bu durumda *davacının ödediğini ileri sürdüğü vergi parasının devir sözleşmesine göre hangi tarafın yükümlülüğü altında bulunduğu saptanması bu davada uyumsuzluğun esasını teşkil etmektedir. Öyleyse mahkemece bu işten anlayan uzman bilirkişi aracılığı ile gerektiğinde ortaklığın ve Maltepe Vergi Dairesinin kayıtları üzerinde de inceleme yaptırılmak suretiyle davacının ödediği verginin devir sözleşmesine göre davalının yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığının saptanması* ve ortaya çıkacak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” HGK, 04.03.1998, 13-151/202, **YKD**, 1999, Sayı:7, s.1085-1086.

²¹⁰ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.101.

açıklanmış değilse, sadece iç ilişkide etkilidir. Aksi takdirde borcun nakli, bütün borçlara, hatta devralanın varlığından haberdar olmadığı borçlara da etkilidir. Aynı yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre, bazı borçları sözleşme dışında tutan sözleşme yapılabilmesi sınırlamanın ilan veya ihbarda belirtilmesi koşuluyla olanaklıdır ve bu halde devir sözleşmesindeki sınırlama kapsamındaki borçlar devralana geçmemektedir.²¹¹

Devredenin esas borcu, malvarlığının veya ticari işletmenin devri sözleşmesi hükümleri çerçevesinde aktiflerini devretme borcudur. Türk ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunları'nda bu anlamda bir malvarlığı veya ticari işletmenin devri bir cüzi intikal şekli olarak düzenlenmiştir.²¹² Daha açık bir ifadeyle, devrin gerçekleşmesi için taraflar arasında borçlandırıci nitelikteki devir sözleşmesinin yapılması yeterli olmamakta, ayrıca devrin konusunu oluşturan her bir aktif unsur için aktifler ile ilgili düzenlenmiş devir usullerine uygun tasarruf işlemlerinin de yapılması gerekmektedir. Malvarlığı veya ticari işletme tek bir hak sujesi olmadığından, karşı tarafa geçirilmesi veya üzerinde karşı taraf lehine aynı bir hak tesisi tek bir tasarruf işlemi ile olamaz.²¹³

Bir malvarlığının veya ticari işletmenin devrinde aktiflerin devri açısından külli

²¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975 dn.230'da yer verilen bu kararda, İsviçre Federal Mahkemesi böyle bir sınırlamanın ilan veya ihbarda belirtilmemiş olması durumunda, malvarlığını devralanın, devir dışı tutulan borçlardan alacaklılara karşı sorumlu olacağını ifade etmiştir. Ancak ve ancak ilan veya ihbarda belirtilirse, devir sözleşmesindeki sınırlamalar kapsamında borçlar, malvarlığını devralana geçmez. Ancak kanaatimce ilan veya ihbarda sınırlamalar belirtilmiş olsa da devralan malvarlığı ve işletmenin devrinden doğan tüm borçlardan sorumlu olmalıdır. Bkz ileride s.145.

²¹² Bu devrin külli intikal olduğu yolunda bkz. ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.68 dn.1'de belirtilen yazarlar. Oysa BK m. 179 külli intikal durumlarında uygulanmayan bir hükümdür. Bkz. **a.g.e.**, s.72. Aynı yönde KENDİGELEN, **Ticari İşletmenin Devri**, s.13.

²¹³ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.68-69; AYİTER, **Mamelek**, s.51; ARSEBÜK, **Borcun Nakli**, s.12; ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.181. Karşı görüşe göre devir sözleşmesinin akdedilmesi ve ilanı veya ihbarı yeterlidir. Bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.180 dn.283'te belirtilen yazarlar.

halefiyet değil, cüzi halefiyet söz konusudur.²¹⁴ Çünkü BK'nun 179. maddesi anlamında devirde devralan, devredenin bütün hukuki ilişkilerinde onun yerine geçmez; devralan sadece devir sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu ölçüde ve kapsamda onun haklarına sahip ve borçlarını üstlenmiş olur.²¹⁵ Zaten, BK'nun 179. maddesi anlamındaki devirde gerçek anlamda bir sahip değişikliği söz konusu değildir. Daha açık bir ifadeyle, devralanın yerine devreden geçmemekte, onunla birlikte iki yıl süre ile sınırlı sorumluluğu devam etmektedir.

Aktiflerin devri kapsamında, devredilecek değerlerin hepsi için kendilerine özgü tasarruf işlemlerinin yapılması gereklidir.²¹⁶ Daha açık bir ifadeyle, devre konu taşınırın devralana intikali için zilyetliğin devrine, devredilecek taşınmazlar için tapu memuru önünde tescilden önce yapılan resmi sözleşmeye dayanan²¹⁷ tescil

²¹⁴ Kenan TUNÇOMAĞ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6.Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s.1142; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.68-69; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.283; AYİTER, **Mamelek**, s.47; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.973; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.41; ARSLANLI, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, s.112; POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme**, s.41; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.973; REİSOĞLU, **Borçlar Hukuku**, s.420.

²¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.283; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.41; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.41. Bu anlamda devralan, devredenın yerine geçmeyeceğı için pasiflerin devri açısından da külli halefiyetin söz konusu olamayacağı yolunda bkz. TUNÇOMAĞ, **Türk Borçlar Hukuku**, s.1142.

²¹⁶ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.41; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.281; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.41; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.974; AYİTER, **Mamelek**, s.51.

²¹⁷ Taşınmaz satışına yönelik sözleşmede şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının MK m. 2 yardımıyla giderilmesi hakkında bkz. Halil AKKANAT, “Şekle Aykırılığın Sonuçlarının MK m.2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.1655-1668. Aynı yönde Türk ve İsviçre Hukuku açısından şekle aykırılığın yaptırımının, çeşitli görüşler değerlendirildikten sonra, butlan olduğu ve şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda, bu iddianın dinlenmeyeceğı ve şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin hükümlerini doğuracağı ve edimlerin ifasının istenebileceğı hakkında bkz. N. Fusun NOMER, “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK m.2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000, s.595-624. Yine şekil eksikliği sebebiyle geçersiz sözleşmenin ifasının talep edilemeyeceğı; ancak Yargıtay’ın bunu aşan içtihadı için bkz. AKYOL, **Dürüstlük Kuralı**, s.74.

işlemine, alacakların devri için temlike ve özellik arz eden mal ve hakların intikallerinde ise, bunlara özgü tasarruf işlemlerine ihtiyaç söz konusudur.²¹⁸ Devir kapsamında ne kadar ayrı hak objesi varsa, o kadar tasarruf işlemi vardır ve her biri yasal rejimine tabidir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, devir işlemi için şekil gerekmemesi veya gerektiği durumlarda geçerlilik şekline uyulması kaydıyla borçlandırııcı işlemle ile (devir sözleşmesi) tasarrufî işlemin aynı anda gerçekleştirilmesine engel yoktur. Doktrinde, malvarlığının devrinin ölünceye kadar bakma alacağı karşılığında yapılması durumunda, BK m. 512'deki şekle uyulması gerektiği ileri sürülmektedir.²¹⁹

Bir malvarlığının ve özellikle de bir ticari işletmenin devrinde, sadece aktiflerin devredilmesi BK'nun 179. maddesi uyarınca olanaklı değildir. Çünkü kanun hükmü açıkça aktif ve pasifin birlikte devrini düzenlemiştir. Doktrinde hakim olan ve kanaatimce doğru olan görüşe göre de, malvarlığının veya ticari işletmenin bağlı bulunduğu borç ilişkilerinin de devredilmesi gereklidir, bir malvarlığı veya ticari işletmenin sadece aktiflerinin devri olanaklı değildir; yani devrin aktif kalemlerin yanı sıra pasifleri de kapsamayı, alacaklıların korunması amacıyla kabul edilmiş emredici bir ilkedir.²²⁰ Pasifleri tamamen devrin dışında bırakarak sadece aktiflerin

²¹⁸ Bu düzenlemenin BK m. 179'un uygulamasını zorlaştırdığı için aktiflerin de pasifler gibi *uno acto* devrine olanak bir yasal düzenlemenin uygun olacağı ve İsviçre Birleşme Kanunu hükümlerinin dikkate alınarak ticaret siciline tescile de kurucu işlev yüklenmesi yolunda bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.208.

²¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.973 dn. 223'de belirtilen yazarlar.

²²⁰ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.41; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.281; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.42 dn.3; POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme**, s.42; ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN, **İşletme Hukuku**, s.15 dn.17. Devralanın borçlardan sorumluluğunun emredici olmadığı yolunda bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.144-156. Bu anlamda ARICI'ya göre, BK m. 179 hükmü ticari işletmenin borçlarından dolayı devralana emredici bir sorumluluk yüklememektedir; devir sözleşmesinin taraflarına borçların tamamen üstlenilmesi ve nakli olanağı sağlamaktadır. BK m. 179, BK m. 173'teki borcun nakli hükümlerine dayanarak ticari işletmenin sadece aktiflerinin veya aktifleri ile birlikte bazı pasiflerinin nakli olanağını ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca ARICI'ya göre, ACEMOĞLU, s.41'de ACEMOĞLU, sadece aktiflerin devrinin olanaklı olmadığını **ileri sürmemektedir**.

devrini öngören bir sözleşme, BK'nun 179. maddesi hükmü karşısında geçersizdir ve bu durum BK m. 179'un alacaklıya tanımak istediği olanakları dolanmak anlamını taşır, bu durumda BK m. 179'a dayalı olarak borçların nakli de gerçekleşmez.²²¹

BK m.179'un düzenleniş amacının saptanmasında ağırlıklı olarak aktiflerin pasiflerin teminatı olduğu dayanağından yola çıkan yaklaşıma teminat teorisi denilmektedir.²²²

²²¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.281 dn.2; AYİTER, **Mamelek**, s.49; POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme**, s.42; ARKAN, **Ticari İşletme**, s.42 dn.3; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975 dn.229. Ancak ACEMOĞLU'na göre, bu görüşün kabulü alacaklılar açısından büyük tehlike oluşturmaktadır ve OSER/SCHÖNENBERG tarafından ileri sürülen çözüme katılmakta ve pasifin devrini bertaraf eden anlaşma batıl sayılmalı ve alacaklı ister devredenden ister devralandan alabilmesini önermektedir. Görüşüne dayanak olarak s.38 dn.56'da atıfta bulunduğu bir Yargıtay kararını belirtmektedir. Çoğunluk görüşü ise bu durumda zarar gören alacaklılar açısından sadece İİK m.277 vd.da düzenlenen iptal davası açma hakkının tanınmasının uygun olacağını belirtmektedirler. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.281; ARSEBÜK, **Borcun Nakli**, s.12; AYİTER, **Mamelek**, s.49. Örneğin malvarlığı veya ticari işletmenin devri ivazsız yapılmışsa İİK m. 278'e, devir fili haciz veya iflastan bir yıl önce yapılmışsa İİK m. 279'a dayanan iptal davası açma hakkı söz konusudur. Bkz. ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.36 dn.49. Oysa ACEMOĞLU'na göre bu durumda İİK m. 277 vd.da düzenlenen iptal davasına başvurulması, alacaklının durumunu kötüleştirir; zira alacaklı bu durumda ilgili hükümlerde düzenlenen şartları (aciz vesikası, takip yapma vb.) yerine getirmekle yükümlü olacaktır. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.77'de bu görüşün aksini savunmaktadır. ARICI'ya göre, teminat teorisi taraftarlarınca savunulan bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Zira BK m. 179 aktiflerin devrine ilişkin özel bir düzenleme getirmediği için, kanunun lafzı açısından aktiflerin devri hükümsüz sayılamaz. Ayrıca BK m.179'un pasiflerin devri açısından emredici bir düzenleme olduğunun ileri sürülmesine rağmen, pasiflerin devrini ortadan kaldıran devirlerde, devralanın sorumluluğunu ortadan kaldırmak alacaklıların korunmasına hizmet etmeyeceği için çelişkilidir. Son olarak burada sadece pasiflerin devrini geçersiz kılan hükümler açısından kısmi hükümsüzlük söz konusudur ve bu durum BK m. 20/II gereği tüm devir sözleşmesinin hükümsüz olmasını gerekli kılmaz. Bu açıdan ARICI'ya göre, pasiflerin devrini tamamen devre dışı bırakan, sadece aktiflerin devrini veya aktiflerle beraber bir kısım pasiflerin devrini içeren devir sözleşmesi de geçerlidir. Bu durum ilan/ihbarda belirtilmek kaydıyla alacaklılara karşı da ileri sürülebilir. Bkz. **a.g.e.** s.79 ve özellikle 144-146. Ayrıca ARICI'ya göre, ekonomik bütün olmakla beraber ticari işletme düzeyine varmayan malvarlığının borçlarının tamamından veya önemli bir kısmından bağımsız olarak devri olanaklıdır. Bkz. **a.g.e.** s.165.

²²² Tanımlama ve ayrıntılı açıklama için bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.140. Bu teori ilk defa ACEMOĞLU tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.35 vd. Bu teori Türk Hukuku açısından, kaynak İBK m.181'den tamamen farklı yönde gelişmiştir. Yargıtay da bu görüşler doğrultusunda BK m. 179 ve onunla bağlantılı olarak İİK m. 280/III ve İİK m. 44 uygulamasında teminat teorisini benimsemiştir.

Türk Borçlar Hukuku'ndaki genel prensip itibarıyla, bir sözleşme ilişkisinin devri, diğer bir ifade ile taraf değişikliği, kanun dolayısıyla veya taraf iradeleriyle meydana gelebilir.²²³ Sözleşmenin kanun gereği yüklenilmesinde, kural olarak, sözleşmeyi devreden taraf ile onu devralan tarafın iradeleri söz konusudur. Daha açık bir ifadeyle, temel kural borç ilişkilerinin devrinde, ilişkinin karşı tarafının rızasının aranmasıdır. Ancak, bu temel kuralın uygulanması BK'nun 179. maddesi anlamındaki devrin niteliği göz önüne alındığında ciddi sorunları beraberinde getirecektir. Bu sebeple, kanun hükmünü iyi yorumlamak gerekir. Şöyle ki: BK'nun 179. maddesi, bir malvarlığı veya ticari işletmenin aktiflerinin devralana teker teker yapılacak tasarruf işlemi ile geçişini düzenlemekte iken, pasiflerin bir kül halinde devrini düzenlemiştir. Bu bakımdan, bir malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde her borç ilişkisinin devralana geçişinde ilişkinin karşı tarafının devre ilişkin onayını aramak gerekmecektir.

Diğer taraftan, devreden BK'nun 179. maddesi kapsamındaki yükümlülükleri karşısında, devralan taraf (veya taraflar), eğer devir bir ivaz karşılığı gerçekleştiriliyorsa, öncelikle devir sözleşmesinde tarafların kararlaştırdıkları devir bedelini ödeme, ilgili kanun hükmünün esaslı şart olarak aradığı ihbarda bulunma ve devraldığı aktif ve pasifleri üstlenme yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü olacaktır.

Devrolunan işletmedeki bazı unsurlar (örneğin makineler) üçüncü bir kişiye ait ise,

(dn.222'nin devamı) Buna karşılık teminat teorisi karşıtlarına göre, BK m. 179 emredici hüküm değildir ve BK m. 179 bir olanak olarak malvarlığı veya işletmenin devrinde pasiflerin devralana geçirilmesini öngörmektedir; pasifler nakledilmeden aktiflerin devrinde BK m. 179 uygulanmaz ve mal kaçırma amaçlı devirlere karşı İİK m. 277 vd. uyarınca iptal davası açma hakkı saklıdır. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.143 ve orada dn.128-134 arasındaki yazarlara.

²²³ Özellikle sözleşmenin kanun gereği devri iki şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak, doğrudan doğruya bir kanun hükmü ile taraf değişikliği gerçekleşebilir ya da sözleşmede kalan tarafın rızası alınmaksızın taraf değişikliği gerçekleşir. Bkz. Hasan AYRANCI, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.39.

iyiniyetli devralan, MK m. 901'e göre bunlar üzerinde de mülkiyet hakkını kazanır. Ayrıca ticari işletmenin devri genellikle bir satış sözleşmesine dayanacağından, bu sözleşmeyle ilgili ayıp ve zapta karşı tekeffül hükümleri (BK m. 194, 189 vd.) burada da uygulanır.²²⁴

4) Tarafların Sorumlulukları

BK m. 179 ticari işletmenin ve malvarlığının devrinde pasiflerin devri açısından cüzi halefiyet ilkesini değil, aksine bir çeşit²²⁵ külli halefiyet ilkesini kabul etmiştir. İhbarın yapılması sonucu ticari işletme ve malvarlığına ilişkin borçlar kanunen, başka hiçbir işlem yapılmasına gerek olmaksızın tamamen devralana geçer.²²⁶

BK m. 179'a göre yapılan devirlerde, alacaklıların iradesi dışında kendiliğinden bir borcun nakli doğmaktadır. Bu anlamda borçların kanunen nakli, devredenle devralan arasında akdedilen devir sözleşmesine (hukuki işlem) ve bu sözleşmenin alacaklılara ihbarına dayalı bir nakildir. Devralan öncelikle borca katılır ve kanunda belirtilen müteselsil sorumluluğa ilişkin iki yıllık sürenin dolmasıyla beraber borç devralana naklolur.²²⁷ Bu durum alacaklıların haklarını ve yararlarını ihlal edebileceği için, BK m. 179/I gereği, bu sakıncalı durumu gidermek için, yapılacak ilan veya ihbardan itibaren iki yıl süre ile devralan ve devreden-ki devreden devir ile aktifleri elinden fiilen çıkarmış olmasına rağmen- kanun gereği alacaklılara karşı birlikte sorumlu tutulmaktadır. Tek bir borcun nakli söz konusu ise, müteselsil borçluluk durumu

²²⁴ ARKAN, *Ticari İşletme*, s.42; ARICI, *Ticari İşletmenin Devri*, s.84.

²²⁵ ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.132. Bir çeşit külli halefiyettir, çünkü diğer külli halefiyet durumlarının (MK m. 599) aksine, tüm aktif ve pasiflerin, hak ve ilişkilerin devri söz konusu değildir; aksine sadece pasiflerin tamamen devri söz konusudur. Ayrıca diğer külli halefiyet hallerinin aksine herhangi bir şart gerçekleşmeksizin değil, tam tersine BK m. 179'da düzenlenen tüm şartların gerçekleşmesinden sonra intikal olacaktır.

²²⁶ ACEMOĞLU, *Ticari İşletmenin Devri*, s.132; ARKAN, *Ticari İşletme*, s.45; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s.283.

²²⁷ ARICI, *Ticari İşletmenin Devri*, s.29.

söz konusu değildir.²²⁸

Devralanın borçlardan sorumluluğunun devir sözleşmesinde sınırlandırılması yeterli değildir; bu durumun ayrıca ihbarda belirtilmesi gerekir; çünkü devir sözleşmesi sadece iç ilişki açısından önemlidir, oysa ihbar tüm alacaklılara karşı hüküm ifade eder.²²⁹

BK m. 179’da açıkça aktif ve pasiflerin birlikte nakli düzenlenmiş olduğundan, devir sözleşmesinde, BK m. 173 anlamında borcun iç yüklenilmesi anlaşması niteliğinde olan pasiflerin devri de düzenlenmiş olmalıdır. Devir sözleşmesinde pasiflerin devri açıkça belirtilebileceği gibi, zımnen de belirtilmiş olabilir.²³⁰ Ancak devir sözleşmesinde borçların devrinin kararlaştırılmamış olduğu kesinlikle anlaşılıyorsa, BK m. 179 anlamında devrin unsurlarından birisi eksik demektir.²³¹

Devir sözleşmesinde sadece pasiflerin devri söz konusu ise, bu durumda BK m. 179 uygulanmaz, BK m. 176’da yer alan tek bir borç nakline ilişkin hükümler uygulanır.²³²

Devreden ile devralan arasındaki sorumluluğun niteliği, kanun tarafından birlikte sorumluluk şeklinde, yani teselsül sorumluluğu olarak belirlenmiştir. Söz konusu sorumluluk, ancak kanun hükmünde belirtilen iki yılın sona ermesi, devreden alacaklı tarafından ibra edilmesi ya da borçtan kurtulma sözleşmesi yapılması hallerinde sona ermektedir. Yoksa devrin tarafları olan devreden ile devralan arasındaki bir anlaşma ile devreden sorumluluğunun bertaraf edilmesi kanaatimce de olanaklı değildir.²³³ Bu açıdan ileride görüleceği üzere, İİK’nun 44. maddesine

²²⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku**, s. 282.

²²⁹ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.132. Kanaatim aksi yöndedir.

²³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975.

²³¹ ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.75 ve orada dn.60.

²³² ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.34.

²³³ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.142 vd. “Dava konusu taşınır mallar 06.11.2003

göre ticareti terk etmek ve işyerine devretmek, gerek İİK m. 44 (bkz. ileride s.206) gerekse BK m. 179 anlamında belli koşullara bağlı olup, ticari işletmenin devri alacaklıların haklarını etkileyemez.²³⁴

Devredenin sorumluluğunun başlangıcı da, vadesi gelmiş (muaccel) ve vadesi henüz gelmemiş olan (müeccel) borçlar için ayrı ayrı kanun tarafından açıkça belirlenmiştir. Şöyle ki: Devir sırasında vadesi gelmiş borçlar bakımından sorumluluğun başlayacağı iki yıllık süre, ihbarın yapıldığı tarihten itibaren, vadesi gelmemiş borçlar içinse vade tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. İhbar, gazete aracılığıyla yapılmışsa ilan tarihinden itibaren, birden fazla ve farklı gazetelerde ilan yapılması halinde ise, süre ilk ilan tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.²³⁵ Aynı

(dn.233'ün devamı) tarihinde; G. Mezarlık Yanı K. Sanayi Sitesi adresinde haczedilmiştir. *Haciz sırasında borçlu şirketin eskiden müdürü olan V.'nin hazır olduğu, haciz mahallinde borçlu şirkete ait bir kısım belgelerin bulunduğu ve 06.02.2004 tarihli muhafaza tutanağında işyerinin 6-7 ay önce borçlu A.'dan devir alındığına ilişkin açıklamaların yer aldığı anlaşılmaktadır.* İİK.nun 8. maddesi gereğince icra tutanakları aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge niteliğindedir.

Öte yandan icra dosyasında borçlu adresinin tespiti için yaptırılan zabıta araştırmasına ilişkin 10.02.2004 tarihli yazıdan; borçlu şirketin haciz adresinde faaliyette iken davacı şirkete devir ederek ayrıldığı belirtilmiştir.

Bu bilgi ve belgeler karşısında; borçlu şirketin haciz adresinde faaliyette iken; davacı şirkete işyerini devrettiğinin kabulü gerekir. **BK.nun 179. maddesi gereğince, devir alan şahıs, devreden borçlarından sorumlu olacağından, alacaklıların haklarının etkilenmeyeceği açıktır.**" 21.HD. 28.06.2005 4695/6845 www.ajanstuba.com.tr

234

"28.12.1999 tarihinde uygulanan haciz sırasında haciz mahalline gelen borçlu haciz adresiyle bir ilgisinin bulunmadığını bildirmiştir. Bu durumda davalı 3. kişi ile borçlu arasındaki ilişki borcun doğumundan hatta takipten sonra gerçekleştirilen örtülü ticari işletme devri niteliğindedir. **İİK.nun 44. maddesine göre ticareti terk etmek ve işyerine devretmek belli koşullara bağlı olup bu hususların yerine getirildiği davalı yanca iddia ve isbat olunmamıştır. Devir alacaklıların haklarını etkilemeyeceği gibi devir alan davalı da BK.nun 179. maddesi gereği işletmenin borçlarından sorumlu bulunduğundan** davanın kabulü gerekirken reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." 21.HD. 01.03.2005 1077/1752 www.ajanstuba.com.tr. Aynı yönde 21.HD. 26.09.2005 2921/8294, **YKD**, 2006, Sayı:3, s.125-126.

235

"Davacı ile dava dışı İGDAŞ arasında davacıya ait ticari işletme için 10.04.1995 tarihinde doğalgaz satışı abonman sözleşmesi yapılmış, *davacı ticari işletmesini 14.12.1995 tarihinde devir sözleşmesi ile davalıya devretmiş devir tarihinden sonraki işletme borçlarının devralana ait olduğu kararlaştırılmış (devreden) davacı İGDAŞ Tarifeler Yönetmeliği'nin 57. maddesi hükmü gereğince doğalgaz abonman sözleşmesinin feshi işlemlerini yapmadığından devirden sonraki doğalgaz faturaları da adına tahakkuk ettirilmiş,*

hüküm BK tasarısında da yer almaktadır. Tasarı BK m. 201/II'ye göre iki yıllık süre, muaccel borçlar için bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise muacceliyet tarihinden işlemeye başlar. Bu açıdan devir tarihinden sonra doğmuş bulunan devralanın sorumlu olduğu borçlardan devredenin sorumluluğu söz konusu olmaz.²³⁶

Doktrinde, iki yıllık sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu hususu tartışmalı olmakla birlikte, bu iki yıllık sürenin zamanaşımı süresinin ispat zorluğu, sürenin kısalığı ve devir müessesesinin niteliği ve özellikleri göz önüne alındığı takdirde, hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi kanaati baskındır.²³⁷

(dn235'in devamı) 249.848.000 TL borcun ödenmemesi üzerine İGDAŞ tarafından icra takibi yapılmış, davacı (borçlu) işletmeyi devrettiği gerekçesiyle icra takibine itiraz etmiş ise de, İGDAŞ'ın açtığı dava sonucu itirazın iptaline karar verildiğinden davacı, idareye fer'ileri ile birlikte toplam 1.382.000.000 TL ödemiştir.

Görülmekte olan bu davada davacı, davalının kullandığı doğalgaz tüketim borcundan dolayı ödediği miktarın rücu tahsilini talep etmiştir. Mahkeme, devirden sonra işletme giderlerini davalı yüklediğinden BK.nun 173/1. maddesine göre borçtan sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiş ise de, **davacı ticari işletmesini devrettiğinden uyumsuzluğun çözümünde BK.nun 173/1. maddesi değil, BK.nun 179. maddesi uygulanmalıdır.** Alacağın temliki ve borcun naklinde kural olarak bir tek alacak ve borcun nakli söz konusu olup, bir mamelekin veya işletmenin devrinde bu mamelekin veya işletmenin bütün aktif ve pasifiyle devri söz konusu olduğundan alacaklı ile borcun nakli sözleşmesi yapmaya ve devir için alacaklının rızasını almaya gerek bulunmamaktadır. **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.**” HGK 26.12.2001 11-1155/1165 www.ajanstuba.com.tr.

236

“Dosya içerisinde özellikle Maliye Bakanlığı görevlilerince işyerinde düzenlenen yoklama fişinden davacının ilk kez davalılardan ... Tarım Ürünleri Ltd. Şirketinde çalışmaya başladığı **işyerinin 15.11.1996 tarihinde davalı ...A.Ş.'ne devir edildiği ve bu tarihten sonra aktin feshedildiği, 15.07.1999 tarihine kadar ... A.Ş.'de çalıştığı ve hizmet aktinin AŞ tarafından feshedildiği anlaşılmıştır. Akti fesheden Ltd. şirket değildir. Bu nedenle davalı Ltd. şirketin diğer davalı ile birlikte ihbar tazminatından sorumlu tutulması hatalıdır.** Davalı Ltd. şirketin fazla çalışma ve hafta tatili ücret alacaklarından sorumluluğu Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi gereğince iki yıl süre ile devam eder.” 9. HD 17.03.2004 15364/5271 www.ajanstuba.com.tr.

237

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku**, s.283; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.142; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975;

BK m. 179 gereği, devralan sadece devraldığı malvarlığı değerlerinin toplam değeri ile sınırlı olarak değil, tüm malvarlığı ile sorumludur. Ayrıca, devreden sorumluluğu bir hak düşürücü süreye bağlı olduğu halde, devralanın sorumluluğu anılan borçların zamanaşımı süresine bağlıdır.

Devredenin dış ilişkideki sorumluluğu karşısında, devralan taraf da devraldığı malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından kanun gereğince sorumludur. Bu sebeple, malvarlığı veya ticari işletmeye bağlı borçların naklinde, alacaklıların devre açık veya zımni icazet vermeleri gerekmediği gibi, tarafların da borçların devrini istemiş bulunmaları gerekli değildir.²³⁸

Devralanın sorumluluğu kanun gereğince, devreden ile birlikte iki yıl süre ile müteselsil bir sorumluluktur. Bu süre içinde alacaklı eski borçluya karşı dava açmaz veya icra takibinde bulunmazsa, eski borçlu borcundan kurtulur. Yargıtay buradaki sorumluluğun başlangıç anını devir anı olarak ele almaktadır.²³⁹

(dn.237'in devamı) ARSEBÜK, **Borcun Nakli**, s.12.

238 ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.124 vd.

239 "233 sayılı KHK 4/2 hükmünde düzenlenen "özel hukuk kurallarının uygulanması kuralı yanında İktisadi Devlet Teşekküllerinin taraf olduğu devir, dönüşüm ve benzeri intikal hallerinde BK. 179-180 hükmünün uygulanması yargı inançları ve öğretilerde benimsenmiştir (Bkz. Karayalçın, Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme, Ankara 1985, s. 68, Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968 s. 57 vd.; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993 s. 114 vd.). Şu durum karşısındaki İktisadi Devlet Teşekküllerinin taraf olduğu devir, birleşme ve diğer intikal hallerinde BK. m. 179-180 hükümleri uyarınca "Devre konu pasifler yönünden" sorumluluğun doğacağından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Diğer bir anlatımla devir ve tüzel kişiliğin teşekkül etmesi ile devralan taraf kanun uyarınca pasiften sorumlu olacaktır. **BK. m. 179-180 hükümleri buyurucu nitelikte oldukları için sorumluluk kaydı, sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla hiç bir şekilde etkisiz ve uygulama dışı bırakılamaz.** Bunun tamamen etkisiz bırakılması veya sınırlandırılması ancak bir yasayla mümkün olabilir. Gerçekten 179. madde içinde müteselsil bir borç vardır. Devir alan şirket devir eden şirketin borçlarından ötürü müteselsil olarak sorumludur. Borçlar Kanununun müteselsil borçlara ilişkin 141. maddesine göre teşekkülün kanun hükmünden doğduğu hallerde kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür (Dr. H. Oser/ W. Schönerberger, Borçlar Hukuku, Ankara 1950, S. 905-906). O nedenle **bu müteselsil borç anılan 179. maddesinden eş söyleyişle kanun hükmünden doğduğu çok açıktır.** Öyleyse az yukarda açıklandığı üzere teselsülünden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Yeri

Bundan sonra sadece devralanın sorumluluğu sürer. Buradaki sorumluluk kanundan doğduğundan, devir tarafları kendi iradeleri ile bu sorumluluğu ortadan kaldıramazlar. Devralanın sorumluluğunun doğması için ne iradesi ne bilgisi gereklidir.²⁴⁰ Yeter ki devrin unsurları tamamlanmış olsun.²⁴¹

Bu sorumluluk çerçevesinde, devralan kural olarak devredilen malvarlığı veya ticari işletmenin tüm borçlarından, işçi alacakları dahil olmak üzere²⁴² (ancak devir

(dn.239'un devamı) gelmişken hemen vurgulayalım ki, *buradaki sorumluluğun zamanı "Devir anıdır". Devrin fiilen gerçekleştiği tarihte doğmuş ve nedeni vücut bulmuş borçlar sorumluluğun kapsamında kalır. İşletmenin devirden önceki borcunun nakli kural olarak alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi Borçlar Kanununun 173 ve 174. maddeleri gereğince alacaklının onamına bağlı ise de 179. madde bu kurala bir istisna getirmiş, alacaklının rızasına gerek görülmeksizin borç devir alana intikal ettiği kabul edilmiştir.* Açıklanan yasal kurallar olayımızdaki maddi olgulara uygulandığında; dosyadaki bilgi ve belgelerden davacıların miras bırakanları D.'nin, TEK Ordu/Aybastı-Kabataş İşletmesi işyerinde hizmet aktiyle çalışırken 01.08.1992 tarihinde uğradığı işkazası sonucu öldüğü, TEK.nin aktif ve pasiflerinin 26.04.1994 tarihi itibarıyla TEDAŞ'a devir olduğu görülmektedir. Hal böyle olunca, BK.nun 179. maddesi hükmüne göre müteselsil bir borcun varlığı söz konusudur ve devir alan TEDAŞ Şirketi devir eden davalı şirketin aktif ve pasif tüm borçlarından sorumludur. O halde davacıların hakları az yukarda açıklanan devir konusunun pasif alanında kaldığının kabulü zorunludur. Davanın devamı sırasında TEDAŞ'a devir işlemleri meydana gelmiştir. O nedenle davacı HUMK.nun 186. maddesince TEDAŞ'ı hasım göstererek davasını yürütmek hakkına sahiptir." 13.HD. 08.12.1994 9457/11059, **YKD**, 1995, Sayı:7, s.1083-1084.

²⁴⁰ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.133.

²⁴¹ "Davacının dava dışı olan Y. İmam Hatip Lisesi Yaptırma Derneği tarafından inşa edilen okul inşaatında çalıştığı, inşaat bitimini müteakip Dernek Tüzüğü gereği derneğin son genel kurulunda feshedilerek davacının inşaatında çalıştığı okulun davalı Milli Eğitim Bakanlığına devredildiği, bu şekilde *fiilen işyeri devrinin gerçekleştiği* anlaşıldığından bu hususlar kesinleşen hizmet tesbit davası ile de belirlendiğinden Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi gereğince işyerini devralan Milli Eğitim Bakanlığı dava konusu alacaklardan sorumludur. Buna rağmen işin esasına girilerek hüküm kurulması gerekirken Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine açılan davanın reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." 9.HD. 30.09.2004 5530/21060, **YKD**, 2005, Sayı:1, s.44-45.

²⁴² "Davacı, dava dışı T Ltd. Şti.'de çalışırken 23.1.2001 tarihinde hizmet sözleşmesini haklı olarak feshettiğini, açtığı dava sonucu hükmen kesinleşen kıdem tazminatı ve ücret alacakları için giriştiği icra takibi sırasında, adı geçen işveren adına çıkartılan tebligatların dava sırasındaki adresine tebliğ edildiğini ve bir itiraz ve iade olmadığını ancak, haciz aşamasında aynı adreste davalı şirketin karşısına çıktığını ve istihkak iddiasında bulunduğunu; *gerçekte, davalının, önceki işverenin işyerini tüm işçilerle birlikte devralmış ve paravan olarak kurulmuş bir şirket olduğunu*, bu nedenle söz konusu alacakların davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Dosyada mevcut belgelerden, davalı şirketin 29.6.2001 tarihinde işletmeye açıldığı ve

tarihindeki ücretle sınırlı olarak)²⁴³ sorumludur.²⁴⁴

İç ilişkide bazı borçların sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ve bunun alacaklılara karşı hüküm ifade edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iç ilişkide bazı borçların devri sınırlandırılabilir, ancak bu durum ilan veya ihbar edilse bile alacaklılara karşı hüküm ifade etmez.²⁴⁵ Doktrinde baskın olan diğer görüşe göre ise,

(dn.242'in devamı) 4.7.2001 tarihli ticaret sicil gazetesindeki ilana göre dava dışı önceki işveren T. Şirketinin adresinde faaliyete başladığı 3.8.2001 tarihinde de işyerinin bulunduğu taşınmazı satın aldığı anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, *davalı, davacının T Ltd aleyhine işçilik hakları için açtığı dava süresinde işyerinde faaliyete geçmiş ve ara vermeksizin faaliyeti sürdürmüştür.*

Ayrıca, dosyada mevcut SSK kayıtları ve davacı tanıklarının beyanlarından, davalının önceki işverenin işçileri ile işe devam ettiği de açıktır.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davalının Borçlar Kanunu 179 m. anlamında davalı işyerini devraldığı anlaşılmaktadır. Buna göre, davacının alacaklarından devralan işveren olarak sorumludur. Buna göre davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olduğundan, hükmün bozulması gerekmiştir.” 9.HD. 05.10.2006 4720/25950 www.ajanstuba.com.tr.

243

“Davacının davalılardan S. Tuğla AŞ.ne ait işyerinde çalışır iken 1998 yılında işyerinin S. İnşaat Ltd. Şirketine devir edildiği ve hizmet aktinin Ltd. şirket tarafından sona erdirildiği anlaşıldığından S. Tuğla AŞ.nin ihbar tazminatından sorumlu tutulması hatalıdır. Kıdem tazminatından ise AŞ.nin sorumluluğu 1475 sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi gereğince işyerinin devrinden önceki süre ve devir tarihindeki ücret nazara alınarak belirlenecek miktarla sınırlıdır. Tüm çalışma süresi nazara alınarak hesaplanan kıdem tazminatından S. Tuğla AŞ.nin sorumlu tutulması da bozma nedenidir.

Davalılardan S. Tuğla AŞ.nin devirden sonra doğan hafta tatili, genel tatil ve ücret alacaklarından da sorumlu tutulması mümkün değildir. *Devirden önce hak kazanılan hafta tatili, genel tatil ve ücret alacaklarından ise sorumluluğu Borçlar Kanunu'nun 179/1. maddesindeki Koşulların mevcudiyeti halinde mümkündür.* Mahkemece bu konuda gerekli araştırma yapılmadan tüm çalışma süresinden doğan ücret, hafta tatili, genel tatil alacaklarından davalı S. Tuğla AŞ.nin sorumlu tutulması da bozma nedenidir.” 9.HD. 21.04.2004 03-18970/9000 www.ajanstuba.com.tr.

244

Kamu hukukundan doğan borçların nakledilebilir nitelikte olmadığı yolunda bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.196 vd. Ancak Yargıtay aksi görüştedir. Bkz. yukarıda s.130 dn.206'daki HGK kararına. “*Bu durumda davacının ödediğini ileri sürdüğü vergi parasının devir sözleşmesine göre hangi tarafın yükümlülüğü altında bulunduğu saptanması bu davada uyumsuzluğun esasında teşkil etmektedir.*”

245

ARKAN, **Ticari İşletme**, s.45; KENDİGELEN, **Ülgen Ticari İşletme Hukuku**, s.176 N.536. Kanaatimce OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.973 ve 975'teki ifadeler nedeniyle yazarlar da sınırlamanın mümkün olmayacağını düşünmektedirler. Örneğin “Bir malvarlığının veya işletmenin devrinden maksat yapılan bir sözleşme ile bir malvarlığının veya işletmenin aktifinde yer alan hakların ve pasifinde yer alan borçların *tümünün* bir kişiden diğer bir kişiye devredilmesi hususunda tarafların anlaşması ve bu sözleşme uyarınca hakları ve borçları nakletmeleridir.” “Sadece, malvarlığı veya ticari işletmenin devri

devir sözleşmesinde bazı borçlar açıkça gösterilmek suretiyle sınırlandırılabilir ve ilan veya ihbarda da açıkça bu sınırlama belirtilirse, alacaklılara karşı da ileri sürülebilir.²⁴⁶

Burada önemli olan bir devrin zorunlu olmasıdır. Örneğin Yargıtay’a göre, işletme devralınmaksızın salt bir kira sözleşmesi akdedilmesi durumunda, bunun dışında devreden ve devralan arasındaki bağın devam ettiğine dair başka herhangi bir unsur ileri sürülemeyeceği durumda, BK m. 179 hükümleri uygulanmaz.²⁴⁷

Yargıtay gerek ticari işletmenin gerekse malvarlığının devrinin muvazaalı olması halinde de devrin alacaklının haklarını etkilemeyeceğini belirterek, BK m. 179 hükümlerinin olaya uygulanıp uygulanmayacağını belirlerken muvazaalı işlemleri de

(dn.245’in devamı) konusunda devreden ile devralanın anlaşması, malvarlığındaki veya işletmedeki **bütün** borçların nakli hususunda yeterlidir.”

²⁴⁶ REİSOĞLU, **Borçlar Hukuku**, s.420; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku**, s.281; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.40, 117. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.81 ve orada dn.79’da, BK m.179’ın emredici olduğunu ve bu hükme esas olan teminat teorisini kabul etmediği için, her ne kadar devir sözleşmesinde bazı borçların açıkça gösterilmek suretiyle sınırlandırılabileceğini ve ilan veya ihbarda da açıkça bu sınırlama belirtilirse, alacaklılara karşı da ileri sürülebileceğini kabul etse de, devir sözleşmesinde borçların tamamının veya tamamına yakın bir kısmının devrin dışında bırakılması halinde devir sözleşmesinin geçerli olacağını; ancak BK m. 179’un uygulanmayacağı görüşünü ileri sürmektedir. Ayrıca ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.79 dn.76’da “devir sözleşmesinde bazı borçlar açıkça gösterilmek suretiyle sınırlandırılabilir ve ilan veya ihbarda da açıkça bu sınırlama belirtilirse, alacaklılara karşı da ileri sürülebilir” görüşünün taraftarı olarak yer verilen OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.975 dn.230’da yazarlar bu görüşü savunduklarını belirtmemektedirler. Sadece bu görüşü kabul eden bir İsviçre Federal Mahkemesi kararına atıfta bulunmakta ve Federal Mahkemenin bu yönde düşündüğünü belirtmektedirler. Oysa TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku**, s.281 dn.3’te aynı karara yer vermekte ve bu karara katıldıklarını da söylemektedirler.

²⁴⁷ “Dosya içerisinde mevcut kira sözleşmesinde Yeni Konya Televizyonu ve Gazetesi adına işyerini Endüstri Holding A.Ş.’den 01.06.2002 tarihinden itibaren 15 yıl süreyle kiralanmış olduğu açıktır. **Anılan kira sözleşmesinden BK.nun 179. maddesi uyarınca işletmenin devrinin söz konusu olduğu sonucuna varılamaz.** Kural olarak elektrik borcu abone sözleşmesi kimin adına ise tüketim bedelini onun ödemesi gerektiği şeklindedir. Davacıdan önceki abonenin elektrik borcunun istenmesi doğru değildir. Davacının elektriğin kesilmemesi ve kendisinin abone olabilmesi için yapmış olduğu işlemler onun borcu üstlendiğini göstermez.” www.ajanstuba.com.tr.

bu değerlendirmeye dahil etmiştir.²⁴⁸

Ayrıca, BK'nun 179. maddesi için söz konusu borçların hangi kaynaktan veya hukuki sebepten doğmuş bulunduklarının bir önemi bulunmamaktadır.²⁴⁹ Şarta veya vadeye bağlı borçlar da devre dahildir.²⁵⁰ Hatta borçların ne zaman doğduğunun ve devir esnasında taraflarca bilinip bilinmemesinin dahi bir önemi yoktur.²⁵¹ Bu açıdan alacak davası devam ederken yapılan devirde de BK m. 179 hükümleri uygulanabilir.²⁵²

248

“Borçlu şirket olan ... Deri ve Tekstil San. Ltd. Şti. fesih ve tasfiyeye ilişkin kararı yeni adres ve unvanı 11.12.2002 tarihinde Ticaret Siciline tescil edilmiştir. Davacı şirketin şube açmasına karar verdiği tarihte haciz yapılan adresi kiralamıştır. Dinlenen tanık beyanları da borçlu şirketin yetkilisinin halen 3. şahıs şirkette çalıştığını beyan etmeleri ve borçlu şirketin adres değişikliği yapmadan davacı 3. şahıs şirketi haciz mahallini kiralamış olduğu açıktır. Bu durumda davalı borçlu şirketi alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla haciz mahallindeki işyerini örtülü ve muvazaalı olarak davalı şirkete devrettiği ortada bulunduğundan bu devir alacaklının haklarını etkileyemeyecektir. BK 179. maddesi gereğince de işletmenin borçlarından devir alan davacının sorumlu olduğu gözardı edilmesi de yasaya aykırı olduğundan..” 21.HD. 04.10.2004 6745/7920 www.ajanstuba.com.tr.

Aynı yönde “Haciz sırasında; davalı 3. kişi adına beyanda bulunan A. borçlu şirketin daha önce haciz adresinde çalıştığını, ancak makinaları kendilerine sattığını ve adresten ayrıldığını ifade etmiştir. Davalı tarafından delil olarak sunulan 03.04.2002 tarihli fatura ile de borçlu şirketin 38 adet demirbaş niteliğindeki eşyayı davalı 3. kişiye sattığı belirtilmiştir.

Borç doğumundan sonra, borçlu şirket ortaklarının yakın akrabaları tarafından kurulan, **3. kişi şirkete tüm demirbaş eşyaların satımı alacaklılardan mal kaçırma amacına yönelik danışıklı işlemlerdir.** Hukuken geçersiz olan bu işlemler 3. kişileri bağlayıcı niteliğe sahip değildir.

Öte yandan; *davalılar arasındaki ticari ilişkinin danışıklı olmadığı kabul edilse dahi; yapılan işlemler ticari işletmenin devri niteliğinde bulunduğundan İİK.nun 44. ve BK.nun 179. maddelerinin uygulanması gerektiği açıktır.* Anılan maddelerde öngörülen koşulların yerine getirildiği iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda; devir alacaklının haklarını etkilemeyeceği gibi devralan davacı da BK.nun 179. maddesi gereği işletmenin borçlarından sorumludur.” 21.HD. 14.09.2004 6582/6965 www.ajanstuba.com.tr.

249

ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.127.

250

ARSEBÜK, **Borcun Nakli**, s.12.

251

POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme**, s.42.

252

Bkz. yukarıda s.140 dn.239’da yer verilen Yargıtay kararından: “Davanın devamı sırasında TEDAŞ’a devir işlemleri meydana gelmiştir. O nedenle davacı HUMK.nun 186. maddesince TEDAŞ’ı hasım göstererek davasını yürütmek hakkına sahiptir. Müddeabihi, devir alan TEDAŞ’a karşı yeni bir dava açmasına da gerek yoktur. Davasını TEDAŞ’a teşmil edebilir. Bu durum mahkemece doğrudan gözetilir.” 13.HD. 08.12.1994 9457/11059, **YKD**, 1995, Sayı:7, s.1083-1084.

Ancak devralanın, devir sözleşmesinde belirtilmemesi halinde tüm borçlardan sorumlu olacağı şeklindeki kuralı da sınırlandırmak zorunludur. Bu açıdan işletme kapsamındaki borçların nakli için, borçların nakledilebilir olması zorunludur. Sadece devreden tarafından ifası olanaklı borçlardan devralanı sorumlu tutmanın pratik yararı söz konusu değildir. Özellikle şahsen ifası gereken borçlar ve rekabet etme yasağı için bu ileri sürülebilir.²⁵³

Devralan ancak ihbar sırasında doğmuş bulunan borçlardan sorumludur, ihbardan sonra doğan borçlardan sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir ve borçların muaccel olup olmaması önem taşımaz.²⁵⁴

Ayrıca devralan, malvarlığının veya ticari işletmenin borçlarının bağlı olduğu ferilerden de devir ile sorumlu hale gelecektir. Şöyle ki: Devralan kendi sorumluluğu kapsamındaki borçlar ile birlikte bu borçları genişleten ferî haklardan da sorumludur. Örneğin devreden malvarlığı veya ticari işletmesine bağlı muaccel hale gelmiş cezai şartlardan, işlemiş faizlerden, rüçhan haklarından ve kefaletlerden²⁵⁵ de sorumlu olacaktır.²⁵⁶

5) BK m. 179' a İlişkin Değerlendirme

Kanaatimce BK m.179 gereği malvarlığı veya ticari işletmenin devrine ilişkin devir

²⁵³ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.130-131; ARSEBÜK, **Borcun Nakli**, s.12'de, nitelikleri itibarıyla devreden tarafından ödenmesi gereken borçların devrin kapsamı dışında olduğunu belirtmektedirler.

²⁵⁴ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.128. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.76'da, devir sözleşmesinde hangi borçların devralana ait olacağının açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda, güven ilkesine göre yorum yapılarak, devir sırasında muaccel borçlardan veya gizlenmiş borçlardan devralanın sorumlu tutulmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak ARICI'ya göre yine de doğru olan, devir sözleşmesinde eski borçların açıkça üstlenilip üstlenilmediğinin düzenlenmesidir.

²⁵⁵ BK m. 176/II gereği istisnaen 3. kişiler tarafından verilmiş kefaletlerde ve rehinlerde bunların devamı ve yeni borçluya geçişi için kefilin veya rehin veren 3. kişinin borç nakline rızası gereklidir.

²⁵⁶ ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.133.

sözleşmesinde bazı aktiflerin devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılması olanaklıdır. Bu durumda devralan devraldığı aktiflere ilişkin borçlarla sınırlı olarak sorumludur. Ancak burada hangi borçların devredilen değerlere ilişkin olduğunun ayrıştırılması zorluk arz edebilir. Bunun sağlanması için ya devir sırasında devredilen aktiflerin mutlaka envanterde gösterilerek devredilmesi, ayrıca devralana da borçları önceden bilip devralması açısından devreden varsa defterlerini ve muhasebe kayıtlarını inceleyip, sonra devralması olanağının tanınması zorunludur.

Kanaatimce “teminat teorisi” gereğince BK m. 179 emredici bir düzenlemedir ve sadece pasiflerin veya sadece aktiflerin devrine ilişkin bir devir sözleşmesi bu madde uyarınca hükümsüzdür.²⁵⁷ Devir sözleşmesinde hem aktifler hem de pasiflerin devri yer almalıdır.

Son olarak taraflar iç ilişki açısından bazı pasiflerin devralana geçmeyeceğini kararlaştırsalar ve hatta bunu ilan veya ihbarda belirtseler dahi, alacaklılara karşı ileri sürülemez.²⁵⁸ BK m. 179’a dayanan bir devir sözleşmesinde devre konu aktiflere ilişkin bütün borçların hiçbir sınırlama yapılmaksızın devralana geçmesi (istisna sadece devreden tarafından şahsen ifası gereken borçlar) gerekir ve bu borçlardan iki yıl boyunca hem devreden hem de devralan müteselsilen sorumludur.

BK m. 179 devralanın sorumluluğuna ilişkin bir özel düzenleme olup, tamamen alacaklıların korunması amacına yönelik emredici bir düzenleme olduğundan, aksinin kabulü halinde hem alacaklılar bazı alacakları açısından (devir dışı bırakılmış) sadece devredene karşı müracaat olanağına sahip olacakları için

²⁵⁷ Aynı yönde bkz. yukarıda s.140 dn.239 ve s.144 dn.252’de yer verilen Yargıtay kararlarına: “BK. m. 179-180 hükümleri buyurucu nitelikte oldukları için sorumluluk kaydı, sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla hiç bir şekilde etkisiz ve uygulama dışı bırakılamaz.”

²⁵⁸ Ancak Yargıtay’ın aksi yöndeki kararı için bkz. yukarıda s.130 dn.209’da yer verilen Yargıtay kararına: “Öyleyse mahkemece bu işten anlayan uzman bilirkişi aracılığı ile gerektiğinde ortaklığın ve Maltepe Vergi Dairesinin kayıtları üzerinde de inceleme yaptırılmak suretiyle *davacının ödediği verginin devir sözleşmesine göre davalının yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığının saptanması..*”

aleyhlerine bir durum doğabileceği gibi, aynı işletmenin bazı alacaklıları arasında da (devredene intikal eden borçların alacaklıları ile intikal etmeyen borçların alacaklıları) farklılık ve eşitsizlik yaratılmış olacaktır.²⁵⁹ Bu durum da, devre ilişkin herhangi bir şekilde dahli ve rızası aranmayan alacaklıların korunmasız bırakılmasını amaçlamayan kanun koyucunun hükmün konuluş amacına aykırı hareket edilmesi demek olacaktır.

6) İsviçre Birleşme Kanunu ile TTK Tasarısı ve BK m. 179 Arasındaki İlişki

TTK tasarısında 134 ile 194. maddelerde öngörülen birleşme, bölünme ve devralmaya ilişkin hükümler, İsviçre Birleşme Kanunu-FusG'den²⁶⁰ yararlanılarak kaleme alınmıştır. Ancak, Tasarı, FusG'den birçok noktada ayrılmaktadır.

Bu ayrılma noktalarından en önemlisi FusG m. 69-77 arasında düzenlenmiş olan malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin TTK Tasarısı hükümleri arasında yer almamasıdır.

Bunun gerekçesi Tasarının Genel Gerekçesinde açıklanmamış, sadece FusG'ye parlamentodaki müzakereler sırasında eklenen malvarlığı devrine ve milletlerarası özel hukuka ilişkin hükümlerin Tasarı hükümleri arasına alınmadığı belirtilmiştir.

Yeniden yapılandırma kurumlarını detaylı şekilde düzenleyen FusG hükümlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerinin detaylı şekilde, hatta neredeyse aynen TTK Tasarı hükümlerine alınmasına karşın, malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin alınmamasının nedeni belirsizdir.

Kanun koyucunun bu yöntemi, şirketlerin yeniden yapılandırılmasına ilişkin

²⁵⁹ Aynı yönde bkz. KENDİGELEN, *Ülgen Ticari İşletme Hukuku*, s.176 N.536.

²⁶⁰ Bkz. yukarıda s.79 vd.

yöntemler arasına almamış olması, başlıca iki nedene dayandırılabilir.

Kanun koyucu malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin TTK’nda yer almaması gerektiğini düşünmekte olabilir. Oysa bu durumda BK Tasarısı hükümlerinde yer alması gerekliydi, ancak BK tasarısında da söz konusu düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu gerekçe yerinde değildir.

Diğer bir neden Almanya’da malvarlığının devri hükümlerini düzenleyen BGB m. 419 hükmünün 1999 yılında yürürlükten kaldırılması ve 1994’te yürürlüğe giren Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kanunu (*Umwandlungsgesetz*) hükümlerinde malvarlığının devrine ilişkin düzenlemelerin bulunmaması olabilir. Alman hukukunda malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin artık mevzuatta yer almamasının örnek alınması da FusG’nin malvarlığının devrine ilişkin hükümlerine TTK tasarısında yer verilmemesinin gerekçesi olabilir.

Her ne kadar TTK Tasarısının Genel Gerekçesinin 134-194. madde hükümlerine ilişkin bölümünde şirketlerin birleşmeleri, bölünmeleri ve tür değiştirmelerine ilişkin hükümlerin ayrıntılı bir şekilde ve AT yönergelerine de uygun olarak düzenlendiği belirtilmişse de, AB direktifleri de birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin düzenlemeler içerirken malvarlığın devrini de bu üç yeniden yapılandırma yönteminin yanında dördüncü bir yöntem olarak düzenlemiştir.²⁶¹

Dolayısıyla olması gereken hukuk açısından malvarlığının devrine ilişkin TTK tasarısı hükümlerinde yer alması kanaatimce gereklidir. Böylelikle yeniden yapılandırma düzenlemeleri açısından kaynak Kanunla en azından yöntemler açısından yeknesaklık sağlanacaktır.

²⁶¹ Örneğin 23 Temmuz 1990 tarihli “AT Üye Ülke Şirketlerinde Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme, Malvarlığının Devri ve Hisse Devrine Uygulanacak Genel Vergi Hükümleri Direktifi”.

7) Borcun Nakline İlişkin Kuralların Uygulanması

Malvarlığı veya işletmenin devri, aslen bir borcun nakli işlemine dayanmaktadır.²⁶² Ancak her iki işlem birbirinden içerik olarak farklıdır. Özellikle BK m. 177/son'da düzenlenen durum, yani borcun nakline ilişkin iç ilişkiden kaynaklanan savunmaların alacaklılara karşı ileri sürülememesi, bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, BK m. 179 hükümleri gereğince, uygulanmaz.

Malvarlığı veya işletmenin devri, tek bir borcun nakli işleminden bazı yönleriyle farklıdır. Kanunkoyucu bir malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde, tek borcun nakli hükümlerden farklı olarak, alacaklılar lehine daha elverişli bir durum düzenlemiş ve burada alacaklıya borçlusunun değişmesinde söz hakkı vermemesinden doğacak sakıncaları gidermeye çalışmıştır.²⁶³

Tek bir borcun naklinde alacaklı ile devralan arasında bir sözleşme akdedilmesi gerekli olduğu halde, bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, alacaklının rızasına gerek olmadığından devreden ile devralan arasında akdedilen sözleşme, kanunen borcun nakli için yeterlidir. Yani BK'nun 179. maddesinin uygulandığı devirlerde, borcun nakli, alacaklıların iradesi dışında, kendiliğinden meydana gelmektedir.²⁶⁴ Tek bir borcun nakli işleminde, eski borçlu borcundan tamamen kurtulmakta iken, malvarlığının veya ticari işletmenin devrinde, devreden, devralan ile birlikte devirden

²⁶² İpotekli taşınmazın yeni malikinin, ipotekle teminat altına alınan borcu BK'nun borcun nakline ilişkin hükümleri çerçevesinde ipotekli alacaklıyla yapacağı borcun nakli sözleşmesi üstlenmesi hakkında bkz. İlhan HELVACI, **Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.325 vd.

²⁶³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.281; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.124.

²⁶⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.281; ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.124.

sonra iki yıl süre ile müteselsilen sorumlu olmaktadır.²⁶⁵

Bu bağlamda, malvarlığının veya ticari işletmenin devrinde geçerli olan borcun nakli hükümlerinin, tek bir borcun nakli işleminden ayrılması niteliği itibariyle kaçınılmazdır. Tek bir borcun naklinde münferit borçların nakli söz konusu iken, BK m. 179 anlamındaki devirlerde borçların kül olarak devri söz konusudur.

Tek bir borcun nakli hükümleri ile BK'nun 179. maddesi anlamındaki devir müessesesinin arasındaki en önemli fark, BK m. 179'da alacaklının devir ile ilgili rızasının aranmayışdır. Bu durum aslında borcun nakli müessesesine temelde aykırıdır. Borcun naklinin temel kuralı alacaklının, borçlusunun şahsı üzerinde söz hakkı bulunması, onun rızası bulunmadan borçlunun şahsının değişmemesidir. Alacaklının rızasının aranması gerekliliği, yeni borçlunun, yani devralanın ödeme gücünün alacaklı tarafından kontrol edilmesi gerekliliğine dayanır. Oysa ki, BK'nun 179. maddesi anlamındaki devirde, borcun karşılığını teşkil eden aktif unsurların devralana geçmiş olması, devralanın da hiç değilse elde ettiği malvarlığı ile sorumlu olması borcun naklinin mutlak olarak alacaklının onayına bağlı tutulması zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır.

Bir diğer fark da borcun naklinin niteliği itibariyle sadece pasiflerin devrine ilişkin olmasına rağmen, malvarlığı veya işletmenin devrinde sadece pasiflerin devri olanaklı değildir, aktif ve pasiflerin beraber devri zorunludur.²⁶⁶

Ayrıca BK m. 177/III'e göre, borcun naklinde eski ve yeni borçlular arasında iç ilişkiden doğan savunmaları ileri sürme hakkından yeni borçlu yararlanamaz. Bu hüküm borcun nakli kurumunun bünyesine uygundur; çünkü yeni borçlu eski borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiye yabancısıdır.²⁶⁷ Ancak BK m. 179 gereği ilan veya ihbar

²⁶⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.282.

²⁶⁶ ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.42.

²⁶⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.283.

yapılması ve devredenle devralan arasındaki anlaşmanın sonucu bir borcun nakli gerçekleştiği için, akdin geçersizliği hallerinde alacaklılar devralana karşı hak sahibi olamazlar. Bu yüzden devralan, devredenle arasındaki iç ilişkiden doğan savunmaları alacaklılara karşı ileri sürebilmelidir.²⁶⁸ Devralan borcun doğmamış bulunduğunu veya sona ermiş bulunduğunu, borca ilişkin defileri, yenilik doğuran hakları, irade bozukluklarından ötürü sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini, temerrüt veya satılandaki bozukluktan dolayı sözleşmeden döndüğü savunmalarını alacaklılara karşı ileri sürebilir.²⁶⁹

Borcun nakline ilişkin genel kurallara göre, yeni borçlu borcu devraldığı anda eski borçlu borcundan kurtulmaktadır. Oysa ticari işletme veya malvarlığının devrinde, ihbar veya ilanla beraber borç nakledilmekte; ancak devreden, devralanla birlikte iki yıl daha müteselsil sorumlu olarak kalmaya devam etmektedir. Kanunkoyucu, ticari işletme veya malvarlığının devrinde alacaklının söz hakkının olmamasından doğacak sakıncaları her iki borçluyu da belli bir süre için müteselsil borçlu olarak sorumlu tutmakla gidermeye çalışmıştır. Ancak devredilen bir borç, ilan veya ihbar tarihinden sonra muaccel olacaksa, iki yıllık süre muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar.²⁷⁰

Alacaklıların kefillere karşı olan haklarını korumaları, kefillerin devreden ile devralan arasındaki iki yıllık zamanaşımı süresi içinde rızada bulunmalarına bağlıdır.²⁷¹

²⁶⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku**, s.283 ve orada dn.9'da belirtilen İsviçre Federal Mahkemesi kararı; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 975.

²⁶⁹ Detaylı savunma örnekleri için bkz. ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.141-142.

²⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 976 dn.233.

²⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 976 dn.240.

8) Markanın Devri İle Ticari İşletmenin Devri Arasındaki İlişki

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname²⁷² m. 16/II'ye göre, bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa, işletmeye ait markaların da devrini kapsar. Bu hüküm işletmenin devrine, sözleşmeden doğan sorumluluk halinde uygulanır.

Markanın devri, devreden tarafından sahip bulunan marka üzerinde tekel halinde tasarruf etme hakkının devralana geçirilmesidir.²⁷³ Hukukumuzda 556 sayılı KHK m. 16/II gereği markanın ticari işletmeyle birlikte veya anılan KHK m. 15/I gereği ticari işletmeden bağımsız devri söz konusudur.

KHK m. 16/I gereği, marka temsil ettiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceği için, marka sahibi, markanın temsil ettiği mal ve hizmetlerin bazıları üzerindeki haklarını koruyarak, markanın temsil ettiği diğer mal ve hizmetler üzerindeki haklarını devredebilir. Bu anlamda devreden ve devralan aynı markayı farklı mal ve hizmetler için kullanmaya devam edebilir.²⁷⁴ Kural olarak devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça markanın devri, temsil ettiği mal ve hizmetlerin tamamı için geçerlidir.²⁷⁵ Ayrıca tasarrufi bir işlem olan markanın devrinin yanı sıra, sadece borçlandırıcı işlem olan markanın devri taahhüdünde bulunulması da, yazılı olması kaydıyla, olanaklıdır.²⁷⁶

Markanın devri, yazılı şekil şartına tabidir ve sicile kaydedilip yayınlanır. (KHK m.

²⁷² Anılan Kanun Hükmünde Kararname, 08.06.1995 tarihli ve 4113 sayılı Yetki Kanunu'na dayanarak 24.06.1995 tarihinde çıkarılmış ve 27.06.1995 tarihli ve 22326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁷³ Hamdi YASAMAN, **Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi**, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s.679-680; Arslan KAYA, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s.214; Sabih ARKAN, **Marka Hukuku**, C.II; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s.184.

²⁷⁴ KAYA, **Marka Hukuku**, s.209; YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.681.

²⁷⁵ YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.681.

²⁷⁶ KAYA, **Marka Hukuku**, s.210.

16/III, VI) Marka devri sözleşmesinde devredilen marka ayırt edici şekilde mutlaka belirtilmelidir.²⁷⁷ Devrin tescili kurucu unsur olmamasına rağmen (istisnaen KHK m. 69 gereği, garanti markası ve ortak markanın devrinin geçerliliği, sicile tescile bağlıdır), hukuk güvenliği açısından devralanın haklarını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi açısından tek ispat aracıdır.²⁷⁸

Markanın ticari işletmeyle birlikte devri durumunda, hangi markaların devirle birlikte devredildiği ayrıca ve açıkça düzenlenmedikçe, ticari işletmenin malvarlığına dahil tüm markaların devredildiği kabul edilir.²⁷⁹ Yargıtay'a göre, markanın sahibi olan şirketin ortakların hisselerinin tamamının devri de bu kapsamdadır.²⁸⁰ Aynı şekilde devirde markanın devredilip devredilmediği konusunda bir şüphe varsa, ticari işletmenin devrinin markanın devrini kapsadığı genel kuralı karşısında, ticari işletmenin devrinin ticari işletmenin malvarlığına dahil tüm markaları kapsadığı kabul olunmalıdır.²⁸¹ Ayrıca taraflar ticari işletmenin devrinde markanın kısmen devredildiğini de kararlaştırabilirler.

Bilindiği üzere, ticari işletmenin malvarlığına dahil her aktif değer, ticari işletmenin devredilmesinde kendi devir hükümlerine uygun şekilde devredilmek zorundadır.

²⁷⁷ YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.684.

²⁷⁸ Bu açıdan çıkabilecek olumsuzlukların önlenmesi açısından KHK m. 16/VII'da iyiniyetten söz edilmemeliydi ve KHK'da markanın tescilinden doğan hakkın sicilde malik olarak gözüken kişiye ait olacağına dair açık bir hüküm olmalıdır. Bkz. ARKAN, **Marka Hukuku**, s.186.

²⁷⁹ "İlke olarak marka devir sözleşmesinin yazılı yapılması sözleşmenin geçerliliği için şart ise de, marka sahibinin içinde bu hakkın da yer aldığı işletmesini bir bütün olarak devretmesi de mümkündür. 556 sayılı KHK'nın 16/II. Maddesi uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrolunması (BK m. 179, 180) aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye dahil bir unsur olan markanın da devrini kapsar. (TTK m. 11/II) Somut olayda ...'nin kurduğu ve %95 oranında pay sahibi bulunduğu şirkete, önceki ticari işletmesini aktif ve pasif ile devrettiği anlaşıldığından markasını da devrettiği sonucuna varılmalıdır." 11.HD 14.09.1999 1896/6794 YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.693-695.

²⁸⁰ "Davacıların marka üzerindeki hakları saklı tutmadan hisselerini davalıya devrettikleri, devrin işletmenin aktifinin bir parçası olan marka hakkını da kapsadığı..." 11. HD 29.04.204 03-10578/4686, KAYA, **Marka Hukuku**, s.213 dn.35. Ancak KAYA'ya göre, bir tüzel kişiliğin hisselerinin devri, tüzel kişi adına tescilli markanın sahibinin değişikliği sonucunu doğurmaz. Bu durum KHK m. 16 kapsamında değerlendirilemez.

²⁸¹ YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.687.

Ancak KHK m. 16/III hükmü gereğince, markanın devrinin ticari işletmenin devri kapsamında olduğu durumlarda, markanın devri yazılı şekilde yapılmak zorunda değildir.²⁸² KHK m. 16/III hükmü olmasaydı, herhangi bir şekil kuralına tabi olmayan devir sözleşmesinin akdedilmesine bağlı olarak, marka hakkının devredene geçmesi için markanın devrinin yazılı olması geçerlilik şartı olacaktı.²⁸³

Yine bilindiği üzere, ticari işletmenin pasifleri devredilmeksizin sadece aktiflerinin devredilmesi durumunda, ticari işletmenin devri ve dolayısıyla devredenle devralanın müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayacağı için, ticari işletmenin pasifleri devredilmeyerek sadece ticari işletmenin malvarlığına dahil markalar da dahil olmak üzere tüm aktiflerinin devri, BK m. 179 karşısında geçersizdir.²⁸⁴ Ancak bu durum pasifler devredilmeksizin, aktiflerin tamamının devredilmemesi kaydıyla markanın ticari işletmeden bağımsız devredilebilmesi olanağını ortadan kaldırmaz.²⁸⁵

²⁸² YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.688; KAYA, **Marka Hukuku**, s.214.

²⁸³ Bir görüşe göre, markanın ticari işletmenin devri işlemi çerçevesinde devralana geçebilmesi için, KHK m.16 hükmünde yapılacak bir düzenlemeyle ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlanmalıdır. Bu durumda dahi, de lege ferenda marka üzerindeki hakkın devralana geçmesi için, sözleşmede markanın da ticari işletmenin devri kapsamında olduğu belirtilmelidir; aksi takdirde yazılı şekil şartı yerine getirilmemiş olur. YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.688 dn.35.

²⁸⁴ “.... markayı değil, sadece işletmeyi ve sadece aktifleriyle birlikte Abdullah’a devrettiği, 556 Sayılı KHK’nın 16/2. madde koşullarının oluşmaması nedeniyle markanın işletme ile birlikte davalının selefi Abdullah’a geçmediği, markanın aynı kişiler tarafından davacıya devredilmesi nedeniyle davacının markaya sahip bulunduğu..” 11.HD. 25.11.2002 6575/10964 KAYA, **Marka Hukuku**, s.212 dn.34.

²⁸⁵ YASAMAN, **Marka Hukuku**, s.688 dn.37. YASAMAN’a göre, borca batık bir işletmenin en önemli malvarlığı unsurunun sahip olduğu marka değeri olduğu durumda dahi marka, bağımsız olarak devredilebilir; zira bu durumda marka dışında kalan malvarlığı değerlerinin düşük değerli olması veya işletmenin pasiflerini karşılayamayacak durumda olması nedeniyle markanın devrinin bu anlamda tüm aktiflerin devri sayılacağı gerekçesi, markanın bağımsız devrine engel olmak için yeterli bir gerekçe değildir. Ancak kanaatimce bu durumda dahi BK m. 179 gereği devredilen aktiflerle birlikte devredilen aktiflerden doğan tüm borçlar da devredilmek zorundadır. Borca batık bir işletmenin en önemli değerinin marka olduğu durumda, bir de sadece o markanın devre konu edilmesinin, işletmenin alacaklılarının korunmasına hizmet etmeyeceği açıktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İCRA VE İFLAS HUKUKU AÇISINDAN MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

Türk hukuk uygulamasında alacaklıları zarara uğratmak kastıyla hareket ederek malvarlığını veya işletmesini devreden borçlularla mücadele açısından iptal davası olanağı tanındığı için, iptal davası ve İİK’nda iptal davasına ilişkin hükümler arasında yer İİK m. 280/III hükmü ve Yargıtay tarafından İİK m. 280/III hükmü ile beraber ele alınarak uygulanan İİK m. 44 ve BK m. 179 hükümlerinin uygulaması ve 6183 sayılı Kanun’da düzenlenen ve kamu alacaklısını zarara uğratmayı amaçlayarak malvarlığını veya ticari işletmesini devredenlerle mücadele etme olanağı tanıyan iptal davasına ilişkin hükümler aşağıda incelenecektir.

I. İPTAL DAVALARININ TARİHİ GELİŞİMİ

A) Roma Hukukunda

Klasik Roma Hukuku’nda alacaklıyı borçlunun hileli işlemlerine karşı koruyan iki olanak vardı. Praetor beyannamesi ile tanınan bu iki vasıttan biri, alacaklılara tanınan ve üçüncü kişilere kazandıklarını geri verme yükümlülüğü yükleyen *interdictum fraudatorium* (hile yapanların *interdictum*’u); diğeri de *curator bonorum*’a (malların kayyımı) tanınan bir *in integrum restitutio* (eski hale iade) idi.¹ Iustinianus hukukunda bu iki olanak birleştirildi ve alacaklının alacağına kavuşmasını engelleyen borçlu tasarruflarının olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak için *Actio Pauliana* ikame edildi.² Davaya Pauliana adının verilmiş olmasının

¹ Bilge UMAR, **Türk İcra-İflas Hukukunda İptal Davası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s.4 dn.5-6’daki yazarlar; M.Kamil YILDIRIM, **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s.2-3 dn.19; ayrıca başka bazıolanakların da tanınmış olduğunu düşünen yazarlar için bkz. YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.2-3 dn.5-17’deki yazarlar.

² YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.1 dn.3; UMAR, **İptal Davası**, s.4 dn.5-6. *Actio Pauliana*’nın

nedeni, Paulus adlı bir preator tarafından tanınmış olmasından ileri gelmektedir.³

Roma Hukuku'nda iptal davası şahsi bir davadır.⁴ Davacı sadece iptale konu tasarrufun gerçekleşmesinden önce alacak hakkı doğmuş bulunan alacaklı olabilirdi.⁵ *Actio Pauliana* davasının açılması için borçlunun bir hileli tasarrufla malvarlığını azaltarak alacaklıyı zarara uğratmış olması gerekirdi.⁶ Davalı ise hem borçlu hem de tasarrufun lehdarı olan üçüncü kişi olabilirdi.⁷ Üçüncü kişiye karşı dava açılması için borçlunun zarar verme kastını bilmesi, kendisinin de aynı kastı taşıması ve bu yolla borçlunun hilesine iştirak etmesi şarttı.⁸

İptal davası sonucunda hakim davalıya, dava konusu malı elinden çıkartmış olsa dahi, davadan önceki duruma getirme yükümlülüğü; yapmazsa tazminat ödeme yükümlülüğü yüklerdi.⁹ Mirasçılar da miras payları oranında yükümlülüklerle katlanırlardı. Dava süresi malın satımından itibaren bir yıldır ve bu süre içinde dava açılmaması dava hakkını düşürmezdi; ancak bir yıldan sonra açılan davalarda davalının yükümlülüğü zenginleşme miktarı ile sınırlıydı.¹⁰

B) Alman Hukukunda

İptal davası Alman Hukuku'nda bağımsız olarak ilk kez XIX. yüzyılda düzenlenmiştir. Prusya İflas Kanunu, ki Alman İptal Kanunu'nun (*Anfechtungsgesetz*) temelini oluşturur, iptal davalarını iflas takibi sırasında veya iflas takibi olmayan

(dn.2'nin devamı) yeknesak olma sebepleri için bkz. YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.6 dn.38.

³ UMAR, *İptal Davası*, s.4 dn.9; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.1 dn.4.

⁴ UMAR, *İptal Davası*, s.5 dn.13; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.4 dn.19; ancak aynı dava olarak düzenlendiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır, bkz. UMAR, *İptal Davası*, s.4 dn.15; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.6 dn.40.

⁵ UMAR, *İptal Davası*, s.5 dn.16.

⁶ UMAR, *İptal Davası*, s.5-6.

⁷ YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.5 dn.39.

⁸ YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.6; UMAR, *İptal Davası*, s.6.

⁹ UMAR, *İptal Davası*, s.6.

¹⁰ UMAR, *İptal Davası*, s.7 dn.29-30.

hallerde olmak üzere iki şekilde ele alarak düzenlemiştir. Adi takipte iptal hakkı sadece aciz halindeki borçlunun kaydı hayat şartıyla irat tesisine karşı kullanılabilirdi. İflas takibinde ise iptal hakkı sadece iflas davasından bir yıl önceye kadar yapılmış bulunan bağışlamalara karşı kullanılabilirdi. İptal davası borçlar hukukuna ilişkin bir geri alma hakkı tanımaktaydı.

1835 tarihli Kanun ile iflas davasında tanınan iptal olanağı, iflas dışı takipler için de düzenlenmiştir. Ancak bu durumda borçlunun malvarlığının borcu karşılamaya yetersiz olduğunun anlaşılmış olması gerekmektedir. Ayrıca aile içi tasarrufları iptale tabi sayan karineler de ilk kez bu dönemde kanunda düzenlenmiştir.

1855 tarihli “İflas Dışı Takipte Ödeme Gücünü Yitirmiş Borçlunun İptale Tabi Tasarrufları Üzerinde Alacaklının Yetkileri Hakkındaki Kanun” ile tasarruf işleminin tarafı olan üçüncü kişinin de bilmesi şartıyla borçlunun alacaklılardan mal kaçırma kastıyla yapmış olduğu tasarruflar, bağışlamalar, aile bireyleri ile yapılan tasarrufi işlemler ve kaydı hayat şartıyla irat hakkı tesisleri iptale tabi kılınmıştır.

1877 tarihli İmparatorluk İflas Kanunu ve 1879 tarihli “İflas Dışı Takipte Borçlunun İflasa Tabi Tasarrufları Hakkında Kanun” hükümleri de İptal Kanunu’ndaki düzenlemeler temel alınarak hazırlanmış ve iptal hakkının kullanım sınırlarını kesin olarak belirleyerek bu sınırlar içerisindeki tasarrufları alacaklının takibine olanaklı kılmaya yönelmiştir. Borçlunun yükümlülüğünün iade yükümlülüğü olduğu da açıkça düzenlenmiştir.¹¹

Yürürlükten kaldırılan 1877 tarihli İflas Kanunu’na (*Konkursordnung*-KO) göre iptal davası, iflasın bu kanuna uygun olarak açılmasından sonra gerçekleşmekteydi. Ancak iflas dışındaki iptal davaları açısından KO değil, İptal Kanunu (*Anfechtungsgesetz*-AnfG) uygulanmaktaydı. KO m. 31 ve 32, AnfG m. 3 ile neredeyse tamamen

¹¹ Başlıktan bu dipnotuna kadar bkz. YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.14-18.

aynıdır. AnfG’de yer alan iptale ilişkin hükümler, KO’dan farklı olarak kast temeline dayanan iptal (AnfG m. 3/1,2) ile başlamaktaydı. Temel kural olarak bu iptal türü kabul edilmekle beraber, bağışlamalara ilişkin hükümler (AnfG m. 3/3,4) istisnai nitelik taşımaktaydı.¹² Buna karşılık KO’un iptale ilişkin hükümleri iflasta iptal davasına ilişkin genel düzenleme olan KO m. 30 ile başlamakta ve bu hükmü kast temeline dayanan iptal (KO m. 31) ile bağışlamaya ilişkin düzenlemeler (KO m. 32) izlemekteydi.

KO m. 30’da iflasta iptal davası düzenlenmekteydi. Bu hüküm üç farklı durum için düzenlemeler öngörmüştür. Bu üç farklı durumda ortak yön, iptali söz konusu edilen hukuki tasarrufun ya iflasın açılmasından veya ödemelerin durdurulmasından sonra ya da bunlardan hemen önce yapılmış olmasıdır. Eğer üçüncü kişinin iflasın açılması veya ödemelerin durdurulması hususunda bir bilgisi var ise, alacaklıların haklarına zarar veren hukuki tasarruf iptale tabidir. Burada ispat yükü iptal davasını açacak olan alacaklıdadır.

“Talep üzerine yapılan” veya “talep olmadan yapılan” kazandırmalar da (*kongruente oder inkongruente Deckungshandlung*) iflasın açılması ya da ödemelerin durdurulmasının üçüncü kişi tarafından biliniyor olması durumunda iptale tabiydi. Burada talep üzerine yapılan veya talep olmadan yapılan kazandırma kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Talep üzerine yapılan kazandırmalar ifadesi ile (*kongruente Deckung*) herhangi bir iflas alacaklısına bir teminat sağlanmakta ya da alacağı ödenmektedir. Alacaklının bu kazandırma hususunda geçerli bir talebi mevcuttur.

Talep olmadan yapılan kazandırma (*inkongruente Deckung*) durumunda ise ileride iflas alacaklısı olacak bir kimseye verilen teminat ya da yapılan bir ödeme söz

¹² Önceki dn.dan bu dn.na kadar bkz. Franz MENTZEL/Georg KUHN/Wilhelm UHLENBRUCK, **Konkursordnung**, 11.Bası, Franz Vahlen, Münih, 1994, N.1 zu § 33.

konusudur. Bu tür kazandırmalarda, kazandırmada bulunulan kimsenin bu kazandırma açısından herhangi bir talep hakkı bulunmamakla beraber ileride kendisi iflas alacaklısı durumuna gelecektir. Talep olmadan yapılan kazandırmalar iflasın açılmasını veya ödemelerin durdurulmasını takiben on gün içinde ya da iflasın açılmasından veya ödemelerin durdurulmasından önce on gün içinde yapılmış ise iptal edilebilir. İspat yükü yine iptal davasını açan taraftadır.

Bu iki tür kazandırmanın belirli şartlar altında iptale tabi olmasındaki temel sebep, iflas alacaklılarının eşit muameleye tabi olmalarının sağlanmasıdır.

Kasıt temeline dayanan iptal (KO m. 30, AnfG m. 3/1, 2) durumunda, üçüncü kişi, borçlunun yaptığı hukuki tasarrufları iflas alacaklılarının haklarına zarar vermek amacı ile yaptığını bilmektedir ve bu tasarruflar da iptale tabidir. İflasın açılmasından önce geriye doğru bir yıl içinde belirli bir yakınlığa kadar olan akrabalar ile yapılan ivazlı sözleşmeler, şayet alacaklıların haklarına zarar vermekte ise iptale tabidir.

Bağışlamaların iptali KO m. 32 ve AnfG m. 3/3, 4'te düzenlenmiştir. İflasın açılmasından önce geriye doğru iki yıl içinde borçlunun eşine yaptığı bağışlamalar ile iflasın açılmasından önce geriye doğru bir yıl içinde herhangi bir kişiye yapılan bağışlamalar iptale tabidir.

Teminatların iptali KO m. 32a ve AnfG m. 3b'de düzenlenmiştir ve limited şirketlerde özsermaye yerine gecen miktarda ödücün teminat gösterilmesi veya bu ödücün daha sonra itfa edilmesi, iflasın açılmasından önce geriye doğru bir yıl içinde olmuşsa iptale tabidir.

5.10.1994 tarihli İflas Kanunu (InsO) doktrindeki hakim teorinin etkisi altında kalarak iptal davasının Borçlar Hukukuna ilişkin bir iade talebi olduğunu düzenlemiştir. Gerçi Kanunun yürürlüğe girmesi öncesinde doktrinde iptal hakkının inşai bir hak, iptal davasının da inşai bir dava olduğu ileri sürülmüştür; ancak doktrindeki hakim fikir doğrultusunda iptal hakkının Borçlar Hukukuna ilişkin iade yükümlülüğü yükleyen bir hak olduğu düzenlenmiştir.

InsO çerçevesinde alacaklıların eşit olarak tatmin edilmesi ilk olarak ve doğrudan

iflas sürecinde kendini göstermektedir. Bu sebeple borçlunun ya da alacaklıların bu temel ilkeyi zedeleyen herhangi bir tedbiri ya da işlemi, iflasın açılması ile birlikte kesinlikle geçersizdir (InsO m. 80, 81, 82, 89, 91, 96/I,1,2). İflas masasının maddi açıdan korunması amacına hizmet eden bu ilke InsO m. 21 uyarınca iflasın açılması talebini içeren dilekçenin mahkemeye verildiği andan itibaren uygulanır.¹³

Daha henüz iflasın açılması talebi ile ilgili dilekçenin mahkemeye verilmesinden çok önceleri bazı alacaklılar borçlu ile yakın ilişkiler kurmaktadır. Bu alacaklılar, borçlunun ekonomik durumu ile ilgili ayrıntılı bilgi sahibi oldukları gibi, kendi alacaklarını diğer alacaklılardan çok daha önce ya tam olarak ya da büyük ölçüde borçludan temin edebilmektedirler.¹⁴ Borçlu ile bu alacaklılar kadar yakın ilişkiler kuramamış olan alacaklılar bakımından ise çoğu zaman iflas sürecinde bile herhangi bir tatmin söz konusu olamamaktadır. İşte ortaya çıkması muhtemel bu adaletsizliği ortadan kaldırmak, alacaklıların hepsini aynı şartlara tabi kılıp, yararlar dengesini kurmak bakımından hukuki tasarrufların iptali olanağı getirilmiştir.¹⁵

InsO m. 129 vd. hükümleri ile borçlunun malvarlığında meydana getirilen azalmalar eski haline getirilebilmektedir.¹⁶ İptal aynı zamanda iflas masasının zenginleşmesi sonucunu doğurduğundan, iflas sürecinin amacına ulaşmasını da desteklemektedir.

Her hak sahibi iptal hükümlerine başvurabilir. Kanun koyucu iptal hükümlerini düzenlerken, iyi niyetle iktisap, sözleşme serbestisi, hukuk güvenliği ve tarafların yararlarını ayrıntılı biçimde gözetmiştir. Aksi takdirde özellikle kredi temini zorlaşır ve hukuki istikrarın bozulması gibi önemli olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilirdi.¹⁷

¹³ Mark ZEUNER, **Die Anfechtung in der Insolvenz**, C.H.Beck, Münih, 1999, s. 1.

¹⁴ Hans-Peter KIRCHHOF, **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**, 2.Bası, C.H.Beck, Münih, 2008, § 129, Rn 2.

¹⁵ Dirk ANDRES/Rolf LEITHAUS, **Insolvenzordnung**, C.H.Beck, Münih, 2006, § 129 Rn 1.

¹⁶ Eberhard BRAUN, **Insolvenzordnung**, 3.Bası, C.H.Beck, Münih, 2007, § 129 Rn 1.

¹⁷ Claus-Wilhelm CANARIS, “Aktuelle insolvenzrechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs

İptal hükümleri amacı gereği emredici nitelikte hükümler olup aksine sözleşme yapılamaz.¹⁸

InsO açısından hukuki tasarrufların iptal sebeplerine ilişkin temel kural m. 129'da yer almaktadır. Bu hüküm çerçevesinde iflasın açılmasından önce yapılan ve iflas alacaklısının haklarına zarar veren bir hukuki tasarruf, iflas idaresi tarafından InsO m. 130-146 hükümleri uyarınca iptal edilebilir. Bu hususta alacaklının sadece haklarının zarara uğramış olması çoğu zaman iptal için yeterli olmamaktadır ve bu nedenle InsO m. 130 vd. hükümlerinde öngörülen iptal sebeplerinin şartları oluşmalıdır. Ayrıca bu hükümlere göre iptal, iflasın açılmasından geriye doğru belirli bir zamanı kapsayan hukuki tasarruflar bakımından söz konusudur.

Zarar verme kastından dolayı iptal (*Vorsatzanfechtung*) InsO m. 133'de düzenlenmiştir ve iflas talebinden sonra veya iflasın açılmasından önce geriye doğru on yıl içinde daha sonraki iflas alacaklılarının haklarına zarar vermek kastı ile yapılmış bulunan hukuki tasarruflar, kendisine menfaat sağlayan alacaklının, borçlunun bu hukuki tasarruf açısından kasıtlı hareket ettiğini bilmesi durumunda, iptale tabidir. Eğer borçluya yakın bulunan (InsO m. 138) bir kimse ile yapılan ivazlı bir sözleşme ile alacaklıların hakları zarara uğratılmış ise, iptal daha kolay gerçekleşecektir (InsO m. 133/II,1).

İvazsız tasarruf işlemlerinin iptali (*Schenkungsanfechtung*) InsO m.134'te düzenlenmiştir ve iflasın açılmasına ilişkin talebi içeren dilekçenin mahkemeye verilmesinden dört yıl önceye kadar olan borçlunun ivazsız kazandırmaları iptale tabidir. Ancak düşük değerde ve mutad hediye sayılabilen bağışlamalar iptale tabi değildir.

(dn.17'nin devamı) und des Effektenwesens", **Festschrift zum 100-jährigen Bestehen der Konkursordnung**, 1997, s.73-109, s.78.

18

KIRCHHOF, **Münchener Kommentar**, § 129, Rn 4.

Alacaklılar arasındaki eşitliği bozan kazandırmaların (*kongruente oder inkongruente Deckungshandlung*) iptali sadece iflas talebinden sonraki iptal olanakları olarak düzenlenmektedir. Bu nedenle bunlara özel iptal sebepleri de denmektedir.¹⁹

Talep üzerine yapılan kazandırmalar, ilgili hukuki tasarruf iflasın açılması için mahkemeye verilen dilekçeden geriye doğru üç ay önce yapılmış ve borçlu bu işlemin yapıldığı zamanda ödeme güçlüğü içinde ise ve alacaklı da bu durumu biliyor ise iptale tabidir. (InsO m. 131/I,2) Kazandırma iflasın açılmasından sonra meydana geldiği takdirde alacaklının, borçlunun içinde bulunduğu ödeme güçlüğüne bildiği kabul edilir (InsO m. 131/I, 2).

Talep olmadan yapılan kazandırmalar bakımından durum daha farklıdır. Burada ileride iflas alacaklısı olacak bir kimseye sağlanan teminat ya da borçlarının itfası veya bu çeşit bir kazandırma söz konusudur. Bu hukuki tasarrufun, iflasın açılması için mahkemeye verilen dilekçeden belirli bir zaman önce ya da iflastan sonra yapılmış olması gerekir. Burada önemi haiz olan, talep üzerine yapılan kazandırmadan farklı olarak alacaklının elde ettiği menfaat karşılığında herhangi bir talep hakkının bulunmamasıdır. Oysa talep üzerine yapılan kazandırmalarda alacaklının yapılan kazandırma karşısında bir talep hakkı mevcuttur.²⁰ Bu nedenle talep olmadan yapılan kazandırmalar bakımından borçlunun malvarlığını daha sonra kurulacak olan iflas masası aleyhine kaçırdığı hususunda güçlü bir şüphe söz konusudur. Yani talep olmadan yapılan kazandırmanın iptali için aranan kanuni şartlar, talep üzerine yapılan kazandırmanın iptali şartlarına göre daha esnektir.

Doğrudan doğruya zarar veren işlemler hakkında iptal sebepleri (*Unmittelbarkeitsanfechtung*) InsO m. 132’de yer almaktadır ve iflasın açılması için

¹⁹ Othmar JAUERNIG/Christian BERGER, **Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht**, 22.Bası, C.H.Beck, Münih, 2007, s.194.

²⁰ Ulrich FOERSTE, “Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung”, **NZI**, 2006, Sayı:1, s. 6-7.

mahkemeye verilen dilekçeden önce geriye doğru üç ay içinde yapılmış olan ve ilerideki iflas alacaklılarının haklarını doğrudan zarara uğratan bir hukuki işlem borçlu tarafından hukuki işlemin yapıldığı sırada borçlu ödeme güçlüğü içinde ise ve bu durum işlemin karşı tarafınca biliniyor ise iptale tabidir (InsO m.132/I, 1). Söz konusu hukuki işlem iflasın açılması için mahkemeye verilen dilekçeden sonra yapılmış ise, alacaklının sadece bu dilekçeden haberdar olması iptal için yeterlidir (InsO m.132/I, 2). Buradaki hukuki işlem tek taraflı olarak (örneğin fesih beyanı) ya da birden fazla taraf arasında yapılmış olabilir. Burada InsO m. 133'ten farklı olarak zarar verme kastı aranmamaktadır.

Sermayenin korunması amacıyla bir tasarrufun iptali (*Kapitalerhaltende Anfechtung*) InsO m.135 ve 136'da düzenlenmektedir. InsO m.135 hükmü, şirketler hukukunda sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerin tamamlayıcısı durumundadır. Alman Limited Şirketler Kanunu'nun (GmbHG) 13. maddesine göre ortaklar, şirketin borçlarından dolayı şahsi malvarlıkları ile sorumlu değildirler. Bu temel kural yararlar dengesine uygun olarak sermayenin korunması hükümleri ile dengelenmiştir. Örneğin GmbHG m. 30 hükmüne göre esas sermayeyi karşılayan oranda şirket malvarlığı kesinlikle ortaklara verilemez. Bu hükme aykırı davranan ortak, kendisine yapılan ödemeyi geri vermekle yükümlüdür (GmbHG m. 31/I). Ayrıca bir ortak, ödeme güçlüğü çeken şirkete ek sermaye getirmek yerine bir ödünç vermiş ise, bu ödünç bakımından iflas açılması halinde, sadece diğer alacaklılar tatmin edildikten sonra bu hakkını talep edebilecektir (GmbHG m. 32a/I). Bu ödünç, herhangi bir şirket ortağının gösterdiği teminat karşılığı olarak bir üçüncü kişi dahi vermiş olsa, iflas alacaklısı konumundaki ortak, bunu ancak diğer alacaklılar tatmin edildikten sonra talep edebilir (GmbHG m.32a/III). Ödünç veren üçüncü kişi ise bu hakkını, kendisine gösterilen teminat kullanılabilir durumda olmadığı zaman, iflas alacaklısı olarak talep edebilir (GmbHG m. 32a/II). Ödünce istinaden yapılan geri ödemeler ise

belirli şartlar dahilinde GmbHG m. 32b hükmüne dayanılarak iptal edilebilir.²¹

İşte bu şirket sermayesini korumaya yönelik hükümler InsO m. 135 tarafından tamamlanmaktadır. Bu noktada şirket özsermayesini ortadan kaldıran, ödücün geri ödenmesi talebine istinaden yapılmış olan hukuki tasarruflar (veya özsermayenin ortadan kalkması sonucunu doğuran herhangi bir talep karşılığı yapılan hukuki tasarruflar) iptale tabidir. Bu hususta iflasın açılması için mahkemeye verilen dilekçeden geriye doğru bir yıl içinde (veya iflastan sonra) borcun itfası şeklinde yapılan hukuki tasarruflar ile geriye doğru on yıl içinde verilmiş olan teminatlar iptale tabidir. Bu hüküm Alman Hukuku'nda büyük önemi haizdir.²²

InsO m.136/I hükmüne göre ise ya bir ortağa, ortaklığa getirdiği başlangıç sermayesi kısmen veya tamamen geri verilirse ya da bir ortak kendine düşen zarar payından kurtarılırsa (yani şirket zararından payına düşen borcu ibra edilirse) ve bu hukuki tasarruflar iflasın açılması için mahkemeye verilen dilekçeden geriye doğru bir yıl içinde (veya iflastan sonra) gerçekleşmiş ise iptale tabidir.

C) İsviçre ve Türk Hukukunda

İsviçre'de de borçlunun yükümlülüğünün iade yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir. Örneğin Zürih Medeni Kanunu'nda üçüncü kişinin de bilmesi kaydıyla, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tasarrufların iptali ve iadesi istenebilirdi. Aynı şekilde iflası beli olmasına rağmen borçlunun tüm bağışlamaları, bağışlananın iyiniyetli olmasına bakılmaksızın iptal edilirdi.

Yine örneğin Cenevre İflas Kanunu'nda iflastan önceki son on gün içinde yapılmış bağışlamalar ve diğer her türlü ödeme iptale tabiydi.

²¹ Heinz-Dieter STODOLKOWITZ, **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**, 2. Bası, C.H.Beck, Münih, 2008, § 135, Rn 104 vd.

²² Wilhelm UHLENBRUCK/Herbert HIRTE, **Insolvenzordnung**, 12.Bası, Franz Vahlen, 2002, § 135 Rn. 2.

Türk Hukukunda Cumhuriyet dönemi'nde ilk olarak yürürlüğe giren 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu'ndaki²³ iptal davası hükümleri, diğer tüm hükümler gibi, İsviçre İcra İflas Kanunu'nun tercümesinden oluşmaktaydı. Ancak Kanun doğrudan tercüme edilerek ve İsviçre doktriniyle desteklenmeksizin uygulanmaya çalışıldığı için anlaşılammış ve uzun ömürlü olmamıştır.²⁴

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda²⁵ iptal davası hükümleri açısından esasen 1424 sayılı İİK'nun iptal davası hükümleri yer almıştır. Ancak bazı noktalarda İİK'ndan ayrılmıştır. Örneğin iptal davası 1 yıl önceki (bu tür işlemler batıl sayılmaktaydı-İİK m.279) veya bazı hallerde 2 yıl önceki tasarruflara (bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar açısından) uygulanabilmekteydi (mehazda süre 6 ay), dava basit usule tabiydi (mehazda yazılı usul) ve dava açma hakkı tasarruf tarihinden itibaren 3 yıl sonunda (mehazda 5 yıl) düşmekteydi.²⁶

3890 sayılı Kanun²⁷ ile 2004 sayılı İİK hükümleri kısmen değişikliğe uğramış ve İİK m.281 gereği hakime olayı serbestçe değerlendirme olanağı tanınmıştır. İptal davası hükümlerine getirilen en kapsamlı değişiklik 538 sayılı Kanun²⁸ ile olmuştur. Bu değişiklikler ile iptal davası halleri çok genişletilmiş ve kolaylaştırılmıştır. Örneğin dava zamanaşımı 3 yıldan 5 yıla (mehaza uygun olarak) çıkartılmış, yakın akraba kavramı genişletilmiş (İİK m.278/III) ve m.280'e getirilen ticari işletmenin devri halinde devralanın kötünietli olmadığını ispatı daha da zorlaşmıştır. Ayrıca İİK m.281/II ile iptal davası sırasında ihtiyati haciz yoluyla dava konusu malların dava

²³ Anılan Kanun 24.03.1929'da kabul edilerek 04.05.1929 tarihli ve 1183 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 04.09.1929 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁴ Başlıktan buraya kadar olan açıklamalar için bkz. YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.20.

²⁵ Anılan Kanun 09.06.1932 tarihinde kabul edilerek 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 04.09.1932 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁶ YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.20.

²⁷ Anılan Kanun 03.07.1940 tarihinde kabul edilerek 11.07.1940 tarihli ve 4558 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 09.09.1940 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁸ Anılan Kanun 18.02.1965 tarihinde kabul edilerek 06.03.1965 tarihli ve 11946 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 06.06.1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

süresince de haczi olanaklı kılınmıştır. İİK m.282 ile davalılardan herhangi birinin davacıya yapacağı ödeme ile davanın reddi olanağı getirilmiş ve borçlu da İİK m.282 hükmü ile davalı durumuna sokulmuştur. Ayrıca İİK m.283'e üç fıkra (İİK m.283/IV, V ve VI) eklenmiştir.

İptal davası hükümlerine getirilen bir diğer değişiklik 3494 sayılı Kanun²⁹ ile olmuş ve bankaların da dayatmasıyla ve kredi olarak verdikleri paraların geri dönmesini sağlamak amacıyla iptal hükümlerinde bazı değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Örneğin İİK m.279'a dördüncü bent eklenmiş ve kişisel hakların kuvvetlendirilmesi amacıyla tapuya verilen şerhler de acizden dolayı bulan hallerine dahil olmuş, ivazsız tasarruflarda akrabalar arası tasarrufların iptal davasına konu olmasının sınırının genişletilmesi açısından neseben ve sıhren 3.derece akrabalar arasındaki tasarruflar da butlan hallerine ilave edilmiştir.

En son değişiklik ise İİK m.280'de 4949 sayılı Kanun³⁰ ile yapılan düzenleme ile İİK m.280/II yürürlükten kaldırılmıştır.³¹ Ayrıca madde başlığı "zarar verme kastından dolayı iptal" olarak değiştirilmiş ve maddenin düzenleme amacını daha iyi yansıtan "alacaklılara zarar verme kastı" ifadesi metne işlenmiştir.

İsviçre ve Türk İcra İflas Kanunları'nın iptal davasına ilişkin düzenlemeleri benzer hükümler içermektedir.

İİK m. 282-295 arasında iptal hükümleri düzenlenmiştir. Madde 291 hariç tüm düzenlemeler 16 Aralık 1994'te kabul edilip 1 Ocak 1997'de yürürlüğe giren

²⁹ Anılan Kanun 09.11.1988 tarihinde kabul edilerek 25.11.1988 tarihli ve 20000 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁰ Anılan Kanun 17.07.2003 tarihinde kabul edilerek 30.07.2003 tarihli ve 25184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak Kanunun her maddesi için geçici m.5 ile getirilen düzenleme doğrultusunda ayrı ayrı belirlenen tarihlerde yürürlüğe girmiştir.

³¹ İlgili hükme göre "Borçlunun birinci fıkradaki tasarrufu, alacaklıları ızzar kastıyla yapması ve bu kasta üçüncü şahsın vukufu halinde, tasarruf tarihi ne olursa olsun batıldır."

Kanunla değiştirilmişlerdir.

İİK’nda iptal davasının düzenlendiği 10. bölümün başlığı “iptal davası” iken, “iptal” olarak değiştirilmiştir; bu nedenle bu değişiklik sonrası alacaklının iptal talebini yalnızca “dava yolu” ile değil, itiraz yolu ile de ileri sürebilmesi olanaklıdır.³²

İİK’daki düzenlemeler açısından da aynen İİK gibi, işlemin maddi hukuk bakımından geçerliliğine dokunulmaz, iptal edilebilir işlemlerde iptal koşullarından biri varsa, mal borçluya aitmiş gibi kabul edilir.³³

Öncelikle İİK m. 285’e bakacak olursak, bu hüküm, İİK m. 277’ye karşılık gelmektedir. Her iki maddenin metni çok benzerdir. Farklılık açısından, madde başlığı İİK m. 277’de “İptal Davası ve Davacılar” iken, İİK m. 285’te “Aktif Husumet Ehliyeti”dir. Ayrıca iptal davasının sonucu İİK m. 277’de “butlana hükmettirmek” olarak düzenlenmişken, İİK m. 285’te müessesenin niteliğine daha uygun olarak “cebri icraya tabi tutulmak” şeklinde düzenlenmiştir.

İİK m. 278’in kaynak Kanundaki karşılığı İİK m. 286’dır ve bu maddenin başlığı “Bağışlamaların İptali” iken, İİK m. 278’inki “İvazsız Tasarrufların İptali”dir. İptale tabi tasarrufun yapılmış olduğu tarihin başlangıcı açısından İİK m. 286’da sadece “haciz veya iflasın açılması” esas alınmış iken, İİK m.278 bunu daha geniş düzenlemiş ve “hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan” şeklinde hükme bağlamıştır. Ayrıca süre İİK m. 286’da bir yıl iken, İİK m. 278’de geriye doğru iki yıldır.

³² Carl JAEGER/Hans Ulrich WALDER/Thomas M. KULL/Martin KOTTMANN, **Bundesgesetz über Schuldbetreibung Und Konkurs**, C.2, 4.Bası, Schultess, Zürich, 1999, s.639.

³³ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, **Schuldbetreibung**, s.641.

İİK m. 286’da bağışlama sayılan tasarruflar iki bentte düzenlenmiş olup, İİK m. 278/III, 1 hükmü kaynak madde 286’da yer almamaktadır. İlgili hükme göre:

“Karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlathık arasında yapılan ivazlı tasarruflar, bağışlama gibidir.”

Aynı şekilde İİK m. 278/III,3’de belirtilen iptale tabi tasarruflar arasında sayılan “ölünceye kadar bakma vaadi” kaynak hükümde yer almamakta; buna karşılık İİK m. 286/II,2’de belirtilen “ölünceye kadar bakma, intifa ve sükna hakkı” da İİK m. 278’de yer almamaktadır.

İİK m. 287 neredeyse İİK m. 279 ile benzerdir; sadece İİK m. 279/I’e eklenen 4. bent, ki ilgili hükme göre kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler de maddedeki şartların varlığı durumunda iptale tabi bir tasarruf olarak değerlendirilir, İİK m. 287’de düzenlenmemiştir.

İİK m. 288 ek bir fıkra da genel olarak kasıttan dolayı iptali düzenlemişken, karşılık İİK m. 280 hükmü üç fıkra olarak düzenleme getirmektedir. İİK m. 288’e göre:

“Borçlunun haciz ve iflasın açılmasından önceki son beş yıl içinde işlemin diğer tarafınca bilinen bir kasıt ile alacaklılarını ızzar etmek yahut münferit alacaklıları diğerlerinin aleyhine kayırmak için yaptığı tüm hukuki tasarruflar kesin olarak batıldır.”

Oysa İİK m. 280’in sadece ilk fıkrası İİK m.288’e benzerdir; onun dışında İİK m. 280/II ve III. fıkralarına İİK’nda hiç yer verilmemiştir.

“Süre Hesabı” başlıklı ve alacaklıları koruma amaçlı İİK m. 288a’da, İİK’nda olmayan bir düzenleme yer almaktadır. İlgili hükme göre:

“Madde 286’dan 288’e kadar olan maddelerdeki sürelerin hesabında aşağıdaki hususlar dikkate alınmaz:

1.Konkordato prosedürünün devam ettiği süre

2. (İsviçre) Borçlar Hukukunun 725a,764,817 ya da 903. maddeleri uyarınca bir iflasın ertelenmesi için alınan süre

3. Mirasın iflas yoluyla tasfiyesi işleminde ölüm günü ile tasfiye kararı

arasındaki süre

4. Tamamlanan icra takibinde geçen süre”

Yukarıdaki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, sürelerin hesabında dikkate alınmayacağı belirtilen durumlarda, alacaklıların söz hakkı ve müdahale etme olanağı yoktur ve bu yüzden alacaklının müdahale olanağı olmayan bu sürelerin alacaklının lehine olarak iptal sebeplerine ilişkin sürelerin hesabında dikkate alınmayacağını düzenlemektedir.

İptal davasında yetkiye ilişkin hükmün yer aldığı İİK m. 289’a göre, iptal davası davalının ikamet ettiği yerde, şayet davalı İsviçre’de ikamet etmiyorsa, haczin uygulandığı ya da iflasın açıldığı yerde açılır. Oysa İİK m. 281, iptal davasında yetkiye ilişkin hiçbir hüküm getirmemekte; aksine yargılama usulüne ilişkin (ihtiyati haciz talebi, delillerin serbestçe takdiri, basit muhakeme usulü, davalının ödemesi üzerine davanın reddi vb. bkz. aşağıda s.187) düzenlemeler getirmektedir.

“Pasif Husumet” başlıklı İİK m. 290’da iptal davasının davalıları belirtilmiş ve davalılar olarak, borçlu ile batıl hukuki tasarruflara girmiş kişiler veya borçlu tarafından zarar verme kastıyla kayırılan kişiler ve yine aynı şekilde onların mirasçı veya diğer tüm halefleri ve kötü niyetli üçüncü kişiler sayılmıştır. Açılan iptal davası nedeniyle iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarına dokunulmaz. Görüldüğü üzere madde metninde borçlu davalılar arasında sayılmamıştır ve İsviçre ve Alman hukukunda borçlu davalı olarak gösterilmemektedir.³⁴ “Davalı” başlıklı İİK m. 282 hükmünde doğru biçimde davalılar arasında borçlu da yer almaktadır. Ayrıca İİK’nda davalı olarak tüm halefler belirtilmişken, İİK’nda sadece külli halefler belirtilmiştir.

İadenin kapsamına ilişkin “Hükümleri” başlıklı İİK m. 291’de iptalde iadenin kapsamı İİK m. 283 ile benzerlik gösterir şekilde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre:

³⁴

JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, *Schuldbetreibung*, s.690.

“Her kim batıl hukuki tasarrufla borçludan kazandırma iktisap etmişse, bunu aynen iadeyle mükelleftir. İvaz henüz borçlunun malvarlığında bulundukça yahut borçlu bu ivazla zenginleşmişse ivaza onay verilir. Bunun dışında borçluya karşı yapılacak bir talep yalnızca alacak talebi olarak geçerli kılınabilir.

Eğer batıl hukuki tasarruf alacağın ifasından ibaret ise, alınmış olanın iadesi gerekir.

Bir bağışlamanın iyi niyet sahibi kazananı, yalnızca kazanç tutarı kadar bir miktarı geriye iadeyle mükelleftir.”

Bu açıdan “İadenin şümulü” başlıklı İİK m. 283 ile İİİK m. 291 hükmü sadece son fıkra açısından aynıdır. Diğer düzenlemeler ise farklılıklar içermektedir.

Hak düşürücü süreye ilişkin İİİK m. 292 hükmünde iptalin ileri sürülmesi gereken süre açıkça bir hak düşürücü süre olarak ve iki yıl olarak belirlenmiş ve sürenin hesabında iflasın açılması veya aciz vesikasının tebliği tarihi başlangıç anı olarak düzenlenmiştir. Oysa İİK m. 284’e göre hak düşürücü süre beş yıldır ve batıl tasarrufun gerçekleşmesi tarihinden başlar.

II. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN İPTAL DAVASI

A) İptal Davasının Hukuki Niteliği

Borçlunun borcunu ödememek için alacaklılarından mal kaçırmaya çalışması günlük hayatta sık rastlanan durumlardandır; çünkü borçlunun malvarlığı değerlerinin takibe uğramasından önce borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması söz konusu değildir ve takibe uğrayacağını anlayan borçlu takip öncesi devrede mallarını hacizden veya iflas masasından kurtarmak adına malları geçerli bir şekilde değerinden düşük şekilde ve hatta bedelsiz olarak dahi devredebilir.

Borçlunun bu tasarruflarından alacaklılarının zarar görmesi muhakkaktır; çünkü

takibe geçildiğinde borçlunun borca yeter derecede malının veya hiç malının bulunmaması söz konusu olacaktır. İşte bu nedenledir ki, kanun koyucu İİK m. 277 vd. hükümleri ile hacizde alacaklarını alamamış alacaklıları, iflasta ise tüm iflas alacaklılarını korumak için alacaklılara veya onlar adına iflas idaresine³⁵ iptal davası açma hakkını tanımıştır.

İptal davaları ile alacaklı, borçlunun hacizden veya iflastan önce ve aslen geçerli şekilde yapılmış bulunan tasarruflarına konu olan malvarlığı değerleri üzerinde, söz konusu mallar borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi bu malları takibe konu edebilir.³⁶ İptal davası aslında geçmişte gerçekleşmiş ve geçerli tasarrufların³⁷ doğmuş bulunan zararlı sonuçlarını gidermek amaçlıdır. Davacının bu davadaki amacı, icra takibi içinde elde edemediği alacağını tahsil edebilmek için geçmişte yapılmış hukuki işlemin kendisi yönünden geçersizliğini sağlamaktır. Takibe geçildikten sonra borçlunun gelecekte yapacağı tasarrufların oluşturacağı

³⁵ “İİK.nun 277. maddesi uyarınca borçlunun iflas etmesi durumunda tasarrufun iptali davası açma hakkı iflas idaresine aittir. Aynı Kanunun 245. maddesi uyarınca dava hakkının isteyen alacaklılara devri mümkün ise de iflas dairesi alacaklıya bu hakkı vermediğinden davanın iflas idaresi tarafından takip edildiği gözetilerek sonuçlandırılması ve kararın da iflas idaresi lehine verilmesi gerekir.” 15.HD. 26.02.2007 242/1157 www.ajanstuba.com.tr.

³⁶ Baki KURU, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, İkinci Tıpkı Basım, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2006, s.1196; Talih UYAR, **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, İzmir, 1992, s.2; Hakan PEKCANİTEZ/Oğuz ATALAY/Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN/Muhammet ÖZEKES, **İcra ve İflas Hukuku**, 5.Bası, Yetkin Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2007, s.581; Ali GÜNEREN, **İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları**, Ankara, 2004, s.1013; Tolga AKKAYA, “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, **Legal Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Dergisi**, 2006, Sayı:3, s.661-684, s.663; Saim ÜSTÜNDAĞ, **İflas Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7.Bası, Avcıol Matbaası, İstanbul, 2006, s.281; UMAR, **İptal Davası**, s.98 vd.; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.112. “*Yeri gelmişken belirtmekte yarar vardır ki, bu davada amaçlanan butlan maddi hukuk anlamında bir butlan değildir. Burada sözü edilen tasarruf, geçerli bir tasarruftur. Açılan dava kanıtlandığı takdirde tasarruf tamamen iptal edilmez ve sadece dava konusu mal borçlunun mal varlığından hiç çıkmamış gibi alacaklı bu malı haczettirip sattırır ve satış bedelinden alacağını elde eder. Satış bedelinden geriye para artarsa bu borçluya değil, kendisine karşı dava açılan üçüncü kişiye verilir.*” HGK 02.02.2005 04-15-666/1

³⁷ İptale tabi tasarrufların aslında geçerli olmadığı yönünde bkz. Cengiz KOSTAKOĞLU, “Takip Hukukunda İptal Davaları”, **YHD**, 1989, Sayı:8, s.1037-1057 s.1039-1040.

zararlardan, yani geleceğe yönelik bir koruma sağlamak amacıyla ihtiyati haciz istenebilir. (İptal davası açısından ihtiyati haciz istemi için bkz. İİK m. 281/II).³⁸

Ancak iptal davası ile iptaline karar verilmiş tasarruf konusu malvarlığı değerinin mülkiyetinin el değiştirmesi söz konusu değildir, ki bu yönüyle butlan hükümlerinden ayrılır, alacaklıya alacağını tahsil olanağı tanıyan kanundan doğan nispi bir eda davasıdır.³⁹ Yani bu dava ile malın mülkiyetinin davalı üçüncü kişiden alınarak borçluya ait olduğuna karar verilmez; aksine davacı alacaklı malın satış bedelinden kişisel hakkını, alacağını almak yetkisini elde eder.⁴⁰

B) İptal Davası ile Muvazaa Davası ve Butlana Tabi Tasarruflar Arasındaki İlişki

İİK m. 278-280’de yazılı olan borçlunun iptal davası konusu olan tasarrufi işlemleri, hukuken geçerli ve fakat alacaklıları zarara sokan işlemlerdir. İptale tabi tasarruf konusu malvarlığı değeri, borçlunun malvarlığından çıkmış, üçüncü kişinin

³⁸ “İcra ve İflas Kanunu’nun 281/II nci maddesi, tasarrufun iptali davası içinde davacı tarafından talep edilmek koşuluyla, iptale tabi tasarrufa konu mal üzerine ihtiyaten haciz konulabileceğini kabul etmiştir. *Burada düzenlenen ihtiyati haciz, İİK’nun 257 vd. maddelerindeki ihtiyati hacizden farklıdır.* Özellikle davacı yanın açtığı tasarrufun iptali davasının aynı Yasa’nın 264 üncü maddesindeki alacak davası niteliğinde olmadığı da düşünülerek, davacı yanın 281/II nci maddesi kapsamındaki ihtiyati haczinin dayanağı olan ilamın bir aylık süre içinde ibrazı konusunda bir yükümlülük altında bırakılması doğru değildir.” 19.HD. 17.02.2005 04-4602/1453 www.ajanstuba.com.tr.

³⁹ KURU, *El Kitabı*, s.1196; UYAR, *İptal Davaları*, s.5 vd.; ÜSTÜNDAĞ, *İflas Hukuku*, s.288; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, *İcra ve İflas Hukuku*, s.581; GÜNEREN, *Tasarruf İptal Davaları*, s.1015; UMAR, *İptal Davası*, s.19-20; AKKAYA, *İptal Davası Sorunu*, s.663; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.215. Ayrıca bu davanın inşai dava olduğu yolundaki görüşler için bkz. YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.215; UMAR, *İptal Davası*, s.20 dn.99 ve s.32 dn.56’dan naklen Von Tuhr, *Obligationenrecht*. Von Tuhr’a göre iptal hakkı dava yolu ile ileri sürülebilen bozucu yenilik doğurucu bir haktır; bu açıdan iptal davası da inşai bir davadır. Bu durumda davacı hukuki durumu değiştiren bir talepte bulunmaktadır.

⁴⁰ “Bu haliyle davada tasarrufun iptaline ilişkin şartların oluştuğu anlaşılmakla, mahkemece 56 adet taşınmazdaki davalı borçluların hisselerinin devrine ilişkin *tasarrufun takip konusu alacak ve fer’ileriyle sınırlı olmak üzere iptaline karar verilmesi gerekirken...*” 15.HD. 11.04.2007 555/2563 www.ajanstuba.com.tr.

malvarlığına girmiştir. İptal davası ile o mal veya hakkın, tekrar borçlunun malvarlığına geçmesi istenmez; davacı mal veya hak üzerinde, o mal veya hak sanki borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi, borçlunun malvarlığında kalsa idi nasıl takibe maruz kalacak idiyse, cebri icra yoluyla hakkını aramak yetkisi elde eder.

Oysa muvazaalı veya batıl işlemlerde, işlem konusu mal veya hak borçlunun malvarlığı dışına çıkmaz; çünkü muvazaalı veya batıl işlem hükümsüzdür ve bu tür işlemlerin İİK m. 277 vd.'nda yer alan iptal davasına konu oluşturmaları olanaklı değildir.⁴¹ Yani maddi hukuk veya takip hukuku bakımından geçersiz olan işlemler aleyhine iptal davası açılmasına gerek yoktur, zira hükümsüz işlem sonuç doğurmaz ki iptal ile gidermek gereksin.⁴²

Bu açıdan muvazaa iddiası ile iptal davasının bir arada bulunması olanaklı değildir; ancak istihkak davalarında muvazaa iddiası ve iptal istemi terditli olarak ileri sürülebilir ve muvazaanın sabit görülmesi durumunda, İİK m. 277 vd. şartlarının sağlanması kaydıyla tasarrufun iptaline karar verilebilir.⁴³

İİK m. 277 vd. hükümlerinde her ne kadar devamlı “butlan” (hükümsüzlük) kavramı kullanılmaktaysa da, bu düzenlemelerde kastedilen maddi hukuk anlamındaki kesin veya nispi hükümsüzlük değildir.⁴⁴ İptal davasının amacı, cebri icra hukuku

⁴¹ KURU, **El Kitabı**, s.1198; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **İcra ve İflas Hukuku**, s.582; ÜSTÜNDAĞ, **İflas Hukuku**, s.286; UMAR, **İptal Davası**, s.16-17.

⁴² Karşı görüşe göre, borçlunun tasarruflarının muvazaalı olduğunu öğrenen alacaklı, iptal davası veya muvazaa davası açabilmelidir. Çünkü bu anlayış uygulamada ortaya çıkan sorunlara gidermeye yöneliktir. Çünkü muvazaanın ispatı için yazılı delil veya en azından tanık beyanı gerekli iken, iptal davasında tasarrufun İİK m. 278-280'deki şartları taşıdığı ve belirli kimseler arasında belirli sürelerde yapıldığının ispatı yeterli olacağından muvazaa davası açma hakkı tanınmayacak olunursa, alacaklılar zarara uğrayacaklar. Bu yönüyle muvazaalı bir işlem aleyhine İİK anlamında iptal davası açılmasında bir maddi zorunluluk vardır. Karşı görüş için bkz. UYAR, **İptal Davaları**, s.27 vd.; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.142.

⁴³ Kudret ASLAN, **Hacizde İstihkak Davası**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s.493.

⁴⁴ UMAR, **İptal Davası**, s.8; ÜSTÜNDAĞ, **İflas Hukuku**, s.288. “*Yeri gelmişken belirtmekte*

açısından malvarlığı değeri sanki borçlunun malvarlığından çıkmamışçasına alacaklının takip hakkına konu oluşturmasını sağlamak olduğu için, iptal hakkı bu anlamda bir yenilik doğurucu hak değildir; kuruluşunda geçerli bir işlemi cebri icra hukuku alanında kalmak koşuluyla tasfiye etmeye yönelik bir nispi talep hakkıdır.⁴⁵

Muvazaalı işlemler, istihkak davasına konu oluştururlar. Çünkü muvazaalı veya batıl işleme konu olan malvarlığı değeri borçlunun elindeyken haczedilir veya iflasın açılması nedeniyle iflas masasına dahil edilirse, lehine muvazaalı veya batıl işlem yapılan üçüncü kişi İİK m. 97 vd. (veya iflas için İİK m. 228)’da düzenlenen istihkak davası yoluyla hakkını ileri sürer ve davalı alacaklı (veya iflas idaresi) savunma olarak muvazaa veya butlan iddiasını ileri sürüp ispatlayarak işlemin geçersizliğine hükmedilmesini sağlayabilir ve mal borçlunun (veya iflas masasının) malvarlığı içinde kalmaya devam eder.⁴⁶

Aynı şekilde muvazaalı veya batıl işlemin konusunu oluşturan malvarlığı değeri, üçüncü kişinin elindeyken haczedilir veya iflas idaresi tarafından iflas masasına dahil olduğu iddia edilirse, bunu ileri sürmenin yolu İİK m. 99 gereği alacaklı (veya iflas idaresi) tarafından açılacak olan istihkak davasıdır ve bu dava sonucunda işlemin muvazaalı veya batıl olduğunun ispat edilerek hükümsüz sayılması ile, malvarlığı değeri borçlunun (veya iflas masasının) malvarlığına katılır.⁴⁷ Bu nedenledir ki muvazaalı veya batıl işlemlere konu olan malvarlığı değerleri olması durumunda, bu malvarlığı değerleri hakkında İİK m. 277 vd.da düzenlenen iptal davası açılmasına

(dn.44’ün devamı) *yarar vardır ki, bu davada amaçlanan butlan maddi hukuk anlamında bir butlan değildir. Burada sözü edilen tasarruf, geçerli bir tasarruftur.*” HGK 02.02.2005 04-15-666/1 www.ajanstuba.com.tr.

⁴⁵ Rona SEROZAN, **Sözleşmeden Dönme**, Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.153 dn.66.

⁴⁶ KURU, **El Kitabı**, s.1198; ÜSTÜNDAĞ, **İflas Hukuku**, s.288.

⁴⁷ KURU, **El Kitabı**, s.1198.

gerek yoktur.⁴⁸

Ancak uygulamada İİK m. 278-280'deki işlemler de muvazaalı veya batıl işlemler olarak nitelendirilmekte ve iptal davasına konu oluşturmaktadırlar.⁴⁹ Yani Yargıtay'a göre, takip hukuku alanında borçlunun gerek özünde geçerli tasarrufları (İİK m. 278-280), gerekse hukuken geçerli sayılmayan muvazaalı işlemleri için ayırım gözetmeden tasarrufun iptali kuralları (İİK m. 277 vd.) uygulanmalıdır.⁵⁰ Ancak, Yargıtay "alacaklılara zarar verme kastı" kavramını "muvazaa" olarak değerlendirmekte ve bu nedenle "muvazaa" kavramını kararların gerekçelerinde bu anlamda kullanmaktadır. (Örneğin bkz. ileride s.177 dn.53, s.210 dn.146).

Oysa muvazaa, tarafların, yaptıkları akdin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki akitten başka bir akdin hükümlerini doğurması konusundaki anlaşmalarıdır ve taraflar üçüncü kişilere karşı gerçekte olmayan beyanlarıyla oluşan akitle görünmeyi;

⁴⁸ KURU, *El Kitabı*, s.1198; ÜSTÜNDAĞ, *İflas Hukuku*, s.288 dn.238c.

⁴⁹ "Kanun koyucu ilke olarak borçlunun alacaklısından mal kaçırmak amacı ile yaptığı işlemleri ne muvazaa nedeniyle ne de BK'nun 20.maddesi gereğince hükümsüz olduğunu kabul etmemiştir. Zira kanun, mal kaçırmak suretiyle alacaklılara zarar verilmesini, ahlak ve adaba aykırı saymamış, sadece bu tip devirleri bazı özel hükümlere tabi kılmakla yetinmiştir. Bu tür işlemlerin muvazaalı olarak değil, fakat inançlı olarak kabulü gerekir. Çünkü cebri icra tehlikesinden kurtulmak, ancak mülkiyetin devrini ciddi olarak istemekle kabildir. (Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımları*, s.276) Somut olayda uygulanacak kanun hükmünü genel nitelikteki Borçlar Kanunu'nda değil (BK m.18), maddi olguya uygun ve daha özel nitelikteki icra hukukunda aramak gerekir. Nitekim icra hukuku, alacaklının devlet kuvveti yardımı ile alacağına nasıl kavuşacağını ilişkin esasları düzenleyen bir hukuk dalıdır. Dava dilekçesindeki nitelendirmeye bakılmaksızın bu davanın İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası olduğu kuşku ve duraksamadan uzaktır." HGK 14.04.2004 15-182/220, *YKD*, 2004, Sayı:9, s.1345-1348. Kararın detaylı eleştirisi için bkz. AKKAYA, *İptal Davası Sorunu*, s.665 vd. Ayrıca alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan işlemlerin muvazaalı mı inançlı mı olduğu yolundaki doktrin görüşleri ve Yargıtay'ın muvazaalı işlemler hakkındaki uygulamaları hakkında bkz. Nihat YAVUZ, "Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulamasından Örnekler", *YD*, 1999, s.217-241; sadece doktrin görüşleri açısından bkz. Ergun ÖZSUNAY, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968, s.213-218.

⁵⁰ YAVUZ, "Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulaması", s.224 ve oradaki Yargıtay kararları.

ancak gerçekte yaptıkları akdin hiçbir sonuç doğurmamasını veya başka bir aktin hükümlerini meydana getirmesini istemekte ve bu konuda anlaşılmaktadırlar.⁵¹ Muvazaa gerekçesinin kullanıldığı konumuz ile ilgili Yargıtay kararlarına bakıldığında ise, yapılan ticari işletme veya malvarlığı devirlerinin muvazaa amaçlı değil, alacaklıları zarar verme kastıyla, tarafların gerçek iradesinin işletmenin veya malvarlığının bir an önce devredilmesini, yani devir işlemin hüküm doğurarak yapılmasını amaçlayan bir sözleşme kurmak şeklinde olduğu kolayca anlaşılmaktadır.

Yargıtay’a göre, icra takibine konu edilen ve takip hukuku kapsamına giren bir alacağın tahsili için borçlunun malvarlığını alacaklı açısından koruyucu bir düzenleme olan iptal davası hükümlerinin, özünde geçerli tasarruflar için uygulanmasına rağmen, borçlu ile danışıklı hareket edip alacaklıdan mal kaçırmasına yardımcı olan üçüncü kişilerle yapılan muvazaalı tasarruflara uygulanmaması hukuk anlayışına ve kanunun amacına ters düşer.⁵²

Örneğin: “***Dava, Borçlar Yasası’nın 18. maddesinde düzenlenmiş bulunan danışık (muvazaa) iddiasına dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir.*** Kural olarak üçüncü kişiler, danışıklı işlem (muvazaalı muamele) nedeniyle hakları zarara uğratıldığı takdirde tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. Çünkü danışıklı bir hukuki işlem ile üçüncü kişilere zarar verilmesi, onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir. Ancak, üçüncü kişilerin danışıklı işlem ile haklarının nazara uğratıldığının benimsenebilmesi için, onların, danışıklı işlemde bulunandan alacakları bulunmalı ve danışıklı işlem o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış olmalıdır.

⁵¹ Turhan ESENER, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1956, s.7; OĞUZMAN/ÖZ, **Borçlar Hukuku**, s.108 vd.

⁵² YAVUZ, “**Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulaması**”, s.225.

Davacı, davalılardan H.'ın hükmedilecek tazminatı ödememek amacıyla dava konusu edilen taşınmazların danışıklı olarak davalıya devredildiği iddiası ile eldeki bu davayı açmıştır. Davacının bu davayı açmaktaki amacı, açtığı dava sonucu hak kazanacağı alacağını alabilmeye yönelik olarak, danışıklı olduğunu ileri sürdükleri hukuki işlemlerin kendisi yönünden geçersizliğini sağlamaktır. ***Yargılama sonunda davaya konu edilen satışın danışıklı olduğunun kanıtlanması halinde davacı, satışa konu edilen maldan da alacağın tahsili için yararlanabilecektir. Ancak, davacının bu hakkı aynı değil şahsi sonuç doğuracağından, danışıklı işlemin kanıtlanması durumunda tapunun iptaline değil, İcra ve İflas Yasası'nın 283/1. maddesi gereğince, iptal ve tescile gerek olmaksızın taşınmazın haciz ve satışına karar verilecektir.*** Bu davada güdülen amaç da bu olduğundan, davacının karşılanması gereken bir alacağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.”⁵³

Oysa muvazaa davası, iptal davasına göre daha kapsamlıdır. Muvazaa nedeniyle malvarlığı değerleri borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış olur. Bu yüzden muvazaa davası aynı dava iken, iptal davası şahsi bir davadır.

Muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğün tespiti için muvazaanın gerçekleşmesi ve ispatı gerekirken, tasarrufun iptali davaları açısından İİK m. 278-280'deki şartların varlığının ispatı yeterlidir, bu anlamda iptal davalarında muvazaanın varlığı veya yokluğu tasarrufun iptali açısından önem taşımaz.⁵⁴

Hukuksal yararı ihlal edilen herkes muvazaa davasını açabilir; ancak iptal davasını elinde aciz vesikası olan alacaklı açabilir. Keza muvazaa davası her türlü tasarrufa karşı açılabilirken, iptal davası sadece İİK m. 278-280'de sınırlı sayılan tasarruflara karşı açılabilir. Davalılar açısından da muvazaa davası sadece işlemin taraflarına karşı açılabilirken, iptal davası davalıları borçlu ve borçlu ile işlem yapan kişilerdir.

⁵³ 4.HD. 14.07.2005 8923/8209, **YKD**, 2006, Sayı:11, s.1725-1726.

⁵⁴ AKKAYA, “İptal Davası Sorunu”, s.674.

Süre açısından muvazaa davası bir zamanaşımı veya hak düşürücü tabi değilken, İİK m. 284 gereği iptal davasında beş yıllık bir hak düşürücü süre vardır.

Yargıtay bir kararında muvazaa davası ile tasarrufun iptali davasının birbirinden farklı olduğunu doğru olarak kararının gerekçesinde de belirtmesine rağmen, hüküm kısmında hataen muvazaa nedeniyle açılan davada da tasarrufun iptali hükümlerinin uygulanıp dava konusu malvarlığı üzerinde davacının alacağını tahsil amacıyla haciz uygulanıp satışına olanak tanınmasına hükmetmiştir.⁵⁵

Bu açıdan alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik işlemlerin sınıflandırılması konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, bunlar ahlaka

55

“Dava hukuksal nitelikçe BK m.18’in özüne ve sözüne uygun muvazaaya dayanmaktadır. Bu bağlamda, İİK.nun 277 ve ardından gelen maddelerinde düzenlenen iptal davaları ile BK. md. 18'deki muvazaaya dayanan butlan davaları arasındaki ayrıcalıkların belirtilmesinde yarar vardır.

İİK.nun 277 md.sinde sözü edilen iptal davaları, borçlu tarafından ciddi ve geçerli olarak yapılmış bazı tasarruf işlemlerin hükümsüz kılınması için açılır. Oysa, muvazaa davası, alacaklı ve borçlunun yaptığı tasarrufi işlemin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmeyi amaçlar, o nedenle bu iki dava arasındaki fark iptal davasının geçerli muamelelere karşı açılmasına karşın, muvazaa davasının görünürdeki (zahiri) işlemlere karşı açılmasında kendini gösterir.

Şu durum karşısında her iki davanın gerek nitelik ve koşulları, gerek hüküm ve sonuçları bakımından birbirinden farklı olduğu açıktır. Bu nedenlerle önümüzdeki dava İİK. 277 ve ardından gelen maddeleri anlamında bir iptal davası olarak benimsenemez. Bu dava diğer bir hukuki yönüyle aynı dava olmayıp; şahsi davadır. Farklı bir anlatımla dava; taşınır mala veya taşınmaz mala ilişkin bulunsu dahi, bu malların aynı ile ilgili bir davadan söz edilemez.

O nedenle, dava borçlunun hukuki işlemlerini yok edici nitelikte bir hukuki sonuç yaratmaz ve iktisap edenin borçludan kazandığı iktisaba etkisi yoktur. Eş söyleyişle; bu nitelikteki dava sonunda taşınır ya da taşınmaz mülkiyeti el değiştirmiş olmaz, davadan önceki malik şeyin mülkiyetini korur ve mülkiyet ne davacıya ne de borçluya döner. Bu durum karşısında; davalı iktisap eden; borcu ödeyerek, davadan kurtulma olanağına ve davaya son verme yetki ve hakkına sahiptir. Denilebilir ki; bu tür dava alacaklı davacıya, alacağını tahsil olanağını sağlayan nisbi nitelikte bir davadır. Kaldı ki, davacının istemindeki açıklamalar da alacağın tahsilini sağlamaya yönelik bulunmaktadır. Az yukarıda açıklanan hukuki ilkeler ile birlikte ve en önemlisi davanın muvazaaya dayanan niteliği gözden kaçırılmadığında; davalı borçlu ile diğer davalı arasındaki satış işleminin hükümsüzlüğü ile borçlu üzerindeki kaydın düzeltilmesine yer olmadan; davacının alacağını tahsil edebilmesini sağlar şekilde dava konusu taşınmazların haciz ve satışını isteme yetkisi davacıya tanınarak uyuşmazlığın çözülmesi ve hüküm kurulması gerekir.” HGK 03.05.2000 4-823/851 www.ajanstuba.com.tr

ve adaba aykırı değildir, bunlar muvazaalı değil, inançlıdır.⁵⁶ Bir görüşe göre, bu işlemler muvazaalıdır.⁵⁷ Oysa kanaatimce haklı olan görüşe göre, bu tarz işlemleri her somut olay açısından ayrı ayrı ele almak gereklidir. Çoğu kez bu işlemler muvazaa karinesi doğurur; ancak karineyi genelleştirmemek gerekir. Eğer bu çeşit işlemde mülkiyete ait idare ve tasarruf yetkilerinin borçluda kaldığı anlaşılıyorsa, muvazaa söz konusudur. (Ancak bu halde “alacaklının muvazaanın tespiti için menfi tespit davası açması gerekir” şeklindeki görüş kabul edilemez; zira tespit hükmü icrai nitelik taşımaz. Oysa muvazaa nedeniyle işlemin hükümsüzlüğüne yönelik dava açılırsa, eda hükmü elde edilir ve işlemin hükümsüzlüğüne karar verilip mal borçlunun malvarlığına geri döner.) Taraflar arasındaki kazandırmanın bir muvazaa olmaması ve devrin ciddi olarak istenmesi durumlarında ise bu işleme karşı iptal davası ile karşı koymaktan başka yol yoktur.⁵⁸

C) İptal İsteminin İleri Sürülmesi

İİK sistemi açısından iptal istemi sadece dava yoluyla ileri sürülebilir, dava dışında bu istemin ileri sürülmesi olanaklı değildir.⁵⁹ Borçlunun tasarrufu kendiliğinden geçersiz hale gelmeyeceğinden kanuni şartlara uygun bir dava yoluyla iptali istenmelidir. Aynı şekilde 6183 sayılı Kanun m. 24 gereği, kamu alacaklarının tahsiline yönelik takiplerde, m. 27-30’da sayılan durumların gerçekleşmesi üzerine (İİK m. 277 vd. hükümlerine paralel hükümler) bu işlemlerin iptali için genel mahkemelerde tasarrufun iptali davası açılabilir.

İptal davası ya ayrı bir dava olarak açılır (İİK m. 277 vd.-alacaklı veya iflas

⁵⁶ ÖZSUNAY, **İnançlı Muameleler**, s.213 dn.1’de belirtilen VON TUHR.

⁵⁷ ÖZSUNAY, **İnançlı Muameleler**, s.213 dn.5-8’de belirtilen yazarlar (POSTACIOĞLU, ESENER, REYMOND, YUNG).

⁵⁸ ÖZSUNAY, **İnançlı Muameleler**, s.214.

⁵⁹ UMAR, **İptal Davası**, s.89; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.215.

idaresince), ya açılan bir istihkak davasında alacaklı İİK m. 97 gereği⁶⁰ üçüncü kişi tarafından haczedilen mallar üzerinde aynı hak iddiası üzerine karşılık dava olarak iptal davası açabilir veya iflas yoluyla takipte İİK m. 97/XVII veya m. 228/III gereği, açılan istihkak davasına veya alacaklının açacağı sıra cetveline itiraz davasına karşı (İİK m. 235) karşılık dava şeklinde açılabilir ya da son olarak üçüncü kişinin açtığı istihkak davalarında “defi yoluyla” ileri sürülebilir.⁶¹ İstihkak davalarında basit yargılama usulü uygulandığından, savunmaların en geç ilk celsede ileri sürülmesi gerekir.

D) İptal Davalarında Görev

Görevli mahkeme iflas dışı iptal davasında aciz vesikasındaki alacak miktarına, davacının alacağı malın değerinden daha fazla ise malın değerine göre belirlenecek genel mahkemedir.⁶² İflas içi iptal davası açısından görevli mahkeme tasarrufun

⁶⁰ UMAR, **İptal Davası**, s.94’te İİK m.99 uyarınca alacaklı tarafından açılan istihkak davasına karşı üçüncü kişinin cevap dilekçesi ile aynı hak iddiasında bulunması üzerine cevaba cevap dilekçesi ile karşı dava olarak iptal davası açabileceğini ileri sürmektedir. Ayrıca İsviçre ve Almanya’da da bu düşünceyi ileri süren yazarlar için bkz. UMAR, **a.g.e.**, s.94 dn.15

⁶¹ UMAR, **İptal Davası**, s.93’te İİK m.97 veya 99 gereği açılan istihkak davalarında iptal iddiasını defi yoluyla ileri sürebilir demektir. Aynı yönde bkz. UMAR, **a.g.e.** s.93 dn.10’da atfen İlhan POSTACIOĞLU, “**İçtihat Tahlili (Kronik)**” İHFD, 1954, Sayı:1-4, s.309 vd. s.312-313. Yine aynı yönde YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.238 ve s.237 dn.112’deki yazarlar. Karşı yönde Saim ÜSTÜNDAĞ, **İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967, s.104 dn.177a.

⁶² Dava; alacaklı banka tarafından borçlu/kredi alan şirketler ile üçüncü şahıs aleyhine, İcra ve İflas Kanunu’nun 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış olup, tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

Davacı Türkiye ... Bankası A.Ş., dava ve inceleme tarihleri itibariyle fon bankası ya da yönetimi fona devredilen bankalardan değildir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 4672 sayılı Kanun ile değişik 14. maddesinin 5. fıkrasının (d) bendinde (14/5-d) yer alan hükmün, uyuşmazlığın niteliği ve bankanın durumu ne olursa olsun bankaların taraf olduğu tüm davalar yönünden uygulanıp uygulanmayacağı, noktasında toplanmaktadır.

Yasa koyucunun amacı; tarafı banka olan ve Bankalar Kanunu’nun uygulanmasından doğan hukuki uyuşmazlıkların çözüm yerinin İstanbul 1 ve 2. nolu Asliye Ticaret Mahkemeleri olarak belirlenmesi ve bu yolla ihtisaslaşma sağlanarak hükümlerde doğruluk ve yargılamaya hız kazandırılmasıdır.

Somut olayda ise; davanın hukuksal dayanağı İcra ve İflas Kanunu 277 vd. maddeleri olup,

tamamının değerine göre belirlenir. Dava istihkak davasına karşılık dava olarak açılmışsa, icra mahkemesi görevlidir. (İİK m. 97/XVI)⁶³ Keza iflasta bir alacaklı sıra cetveline kabul edilmiş bir diğer alacaklının alacağının hükümsüz bir tasarrufa dayandığı iddiasına dayanan iptal davasını iflasın açılmasına karar veren yerdeki ticaret mahkemesinde açabilir.⁶⁴

E) İptal Davalarında Yetki

İİK’nda iptal davalarına ilişkin özel bir yetki hükmü bulunmadığı için, HUMK’un genel yetki hükümleri uygulanır ve öncelikle İİK m. 282 gereği en az iki davalı bulunduğu için (borçlu ve borçlu ile işlem yapan kimse veya onun mirasçıları ve hatta üçüncü bir davalı olarak kötünietli üçüncü kişiler) İİK m. 9/II gereği herhangi bir davalının oturma yeri mahkemesi yetkilidir.⁶⁵ İflasta sıra cetveline itiraz davasına

(dn.62’nin devamı) hukuki uyumsuzluğun Bankalar Kanunu’ndan kaynaklanmadığı açıktır. Şu durumda, yukarıda açıklanan gerekçeler karşısında mahkemenin, uyumsuzluk Bankalar Kanunu’ndan kaynaklanmamasına karşın, bankanın taraf olmasını yeterli kabul edip, önceki kararında direnerek görevsizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar vermesi usul ve yasaya aykırıdır.” HGK 13.10.2004 15-481/525 www.ajanstuba.com.tr. Aynı yönde 15.HD. 08.11.2004 3302/5688 www.ajanstuba.com.tr.

⁶³ KURU, *El Kitabı*, s.1218; UYAR, *İptal Davaları*, s.165; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.231; ÜSTÜNDAĞ, *İflas Hukuku*, s.298; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, *İcra ve İflas Hukuku*, s.593; GÜNEREN, *Tasarruf İptal Davaları*, s.1030. “Somut olayımızda; davacı alacaklı tarafından tasarrufun iptali davası; karşılık dava niteliğinde olmayıp; doğrudan açılmış dava özelliğindedir. Bu şekilde açılan iptal davalarının İcra Mahkemesinde görülemeyeceği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 24.02.1954 gün ve E.2., K.7 sayılı kararı gereğidir.” 21.HD. 09.03.2004 759/2173 www.ajanstuba.com.tr.

⁶⁴ KURU, *El Kitabı*, s.1215; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.231; UYAR, *İptal Davası*, s.45. Ayrıca bkz. aşağıda s.182 dn.66’daki karara.

⁶⁵ KURU, *El Kitabı*, s.1218; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.232; ÜSTÜNDAĞ, *İflas Hukuku*, s.299; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, *İcra ve İflas Hukuku*, s.592; UYAR, *İptal Davaları*, s.157; GÜNEREN, *Tasarruf İptal Davaları*, s.1035. Yargıtay’a göre de: “Dava, İİK.nun 277 ve devamı maddelerine göre açılan tasarrufun iptaline ilişkin olup, anılan maddelerde yetkiye ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığından davada HUMK.nun 9. maddesindeki genel yetki kurallarının uygulanması gerekir. Diğer bir ifadeyle *bu tür davalarda yetki kamu düzenine ilişkin olmadığından dikkate alınabilmesi için yasal 10 günlük esasa cevap süresi içinde yetki itirazında bulunulması gerekir*. Somut olayda süresinde yetki itirazında bulunulmamıştır. O halde mahkemece işin esasına girilip tarafların delillerinin toplanmasından sonra hasıl olacak sonuç

ilişkin yetki kuralları (İİK m. 235), tasarrufun iptali davalarında uygulanmaz.⁶⁶

Davanın kişisel dava olması dolayısıyla iptal davası konusu mallar arasında taşınmaz olsa bile HUMK m. 13 uygulanmaz.⁶⁷ Ayrıca haksız fiile dayanan bir sorumluluk söz konusu olmadığı için HUMK m. 21 hükümleri de uygulanmaz.

F) İptal Davasında Davacı

İİK m. 277’de sınırlı olarak sayıldığı üzere, İİK m. 277/I gereği icra takibi sırasında açılacak iptal davasında davacı, elinde geçici veya kesin aciz vesikası olan alacaklıdır.⁶⁸ İstisnaen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁶⁹ m. 109/III gereği, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankanın hâkim ortakları ve tüzel kişi ortaklarının sermayesinin yüzde onundan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarları ve yöneticilerinin işlemlerine karşı açılacak tasarrufun iptali

(dn.65’in devamı) dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde dava dilekçesinin (re’sen) yetki nedeniyle reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” 15.HD. 14.06.2005 1090/3566 www.ajanstuba.com.tr.

⁶⁶ “14.06.2001 tarihinde açılan davadan sonra borçlu şirketin 26.03.2002 tarihinde iflasına karar verilmiş, dava iflas idaresine ihbar olunarak, iflas idaresi tarafından takip edilmiştir. **Yerel mahkemece iflas idaresinin İstanbul’da bulunması nedeniyle İİK.nun 235. maddesi uyarınca davanın iflasın açıldığı yer mahkemesinde görüleceği gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiş ise de, İİK.nun 235. maddesi sıra cetveline itiraz ve neticelerini düzenlediğinden, İİK 277 ve devamı maddeleri hükümlerine göre açılan iş bu dava yönünden uygulanması mümkün değildir.**” 15.HD. 13.12.2004 4138/6456, YKD, 2008, Sayı:3, s.123-124.

⁶⁷ “Dava, İİK.nun 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptaline ilişkindir. Bu davalar taşınmazın aynına ilişkin olmayıp davanın kabulü halinde alacaklıya davaya konu mal üzerinde haciz ve satış isteme yetkisi tanınır. Davaya konu taşınmazın tapu kaydı iptal edilmez (İİK m. 283). Hal böyle iken **dava taşınmazın aynına ilişkinmiş gibi ve davalıların yetki itirazları da bulunmadığı halde re’sen yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamıştır.**” 15.HD. 11.02.2004 03-6560/629 www.ajanstuba.com.tr.

⁶⁸ Veya alacaklının külli veya cüzi halefleri. Bkz. KURU, **El Kitabı**, s.1211.

⁶⁹ Anılan Kanun 19.10.2005 tarihinde kabul edilerek 01.11.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak 90, 91 ve 168. maddeleri dışındaki maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

davalarında Fonun aciz vesikasına sahip olması şartı aranmaz.⁷⁰

Kesin aciz belgesi icra takibinde paraların paylaştırılması aşaması sonrasında, icra takibinin sonunda düzenlenir. (İİK m. 143) Ayrıca borçlunun haczedilebilir hiçbir malı olmadığını gösterir haciz tutanağı da İİK m. 105/I gereği kesin aciz belgesi hükmündedir. Aciz belgesinin alınmış sayılması için, İİK’nda düzenlenmiş tüm aşamaların geçilmesi gerekmektedir.⁷¹

Geçici aciz belgesi ise, borçlunun haczedilen mallarının haciz tutanağında takdir edilen değerine göre takip konusu alacağa yetmeyeceğini gösterir belgedir. (İİK m. 105) Alacaklı rehin açığı belgesine –çünkü rehinli malvarlığı değeri dışında borçlunun başka hacze tabi malvarlığı değeri olabilir- veya ihtiyati haczin uygulaması sırasında düzenlenen haciz tutanağına dayanarak –çünkü ihtiyati haczin kesin hacze dönüşüp dönüşmeyeceği bu aşamada belli değildir- iptal davası açamaz.⁷² Haciz tutanağının geçici aciz belgesi niteliğinde olup olmadığının takdiri hakime aittir.⁷³

Aciz belgesi, iptal davası için bir özel dava şartıdır. Mahkeme resen dava şartlarını araştırmak zorunda olduğundan, davacının elinde aciz belgesi olmadan dava açması durumunda mahkemenin davayı baştan reddedip reddetmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, davacı aciz belgesi sunmadan iptal davası açarsa, mahkeme davacıya kesin bir süre vermelidir ve bu süre içinde aciz belgesi sunulması durumunda dava

⁷⁰ “5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun geçici 13.maddesi uyarınca kamu bankaları aciz belgesi olmadan iptal davası açabilir.” 17.HD. 19.07.2007 1079/2553 www.ajanstuba.com.tr.

⁷¹ “İcra dosyasının incelenmesinde; borçlunun maaşının haczi için çalıştığı kuruma yazı yazıldığı haciz için başkaca işlem yapılmadığı anlaşılmaktadır. O halde dava koşulu gerçekleşmediğinden açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken...” 15.HD. 11.06.2003 2290/3145 www.ajanstuba.com.tr.

⁷² KURU, **El Kitabı**, s.1212; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.252.

⁷³ “Yapılan hacizde borcu karşılayacak malın bulunmadığının tespit edilmesi halinde" bu haciz tutanağı geçici aciz belgesi olarak kabul edilmektedir. Haciz tutanağının geçici aciz belgesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin takdiri ise icra müdürüne değil, davaya bakan hakime aittir.” 15.HD. 02.10.1995 2300/5157 **YKD**, 1996, Sayı:11, s.1763-1764.

şartı ortadan kalkmış olacağından davayı esastan görüp karara bağlaması, bu süre sonunda hala aciz belgesi sunulmaması durumunda ise dava şartı yokluğundan davayı usulden reddetmelidir.⁷⁴

Bir diğer görüşe göre dava şartları, davanın başlangıcında tamam olmalıdır ve dava açılırken davacı aciz belgesi sunmaz ise, mahkeme davayı daha baştan usulden reddetmelidir.⁷⁵

Yargıtay’a göre, “Kararlılık kazanan dairemiz uygulaması uyarınca aciz belgesi yargılamanın her aşamasında ve hatta somut olayda olduğu gibi hükmün Yargıtay’ca bozulmasından sonra da verilebilir.”⁷⁶

Bir borçlunun aciz belgesine sahip birden fazla alacaklısı, dava sebebi tasarruf aynı tasarruf olduğundan, belli bir tasarrufun iptali için birlikte dava açabilirler.

Bir istihkak davasında İİK m. 97/XVII gereğince davalı-alacaklı tarafından karşılık dava şeklinde açılan tasarrufun iptali davası açısından alacaklı-karşılık davacının aciz belgesi sunması istenemez.⁷⁷

İflas takibi sırasında açılacak iptal davasında davacı kural olarak iflas idaresidir. İflas idaresinin aciz belgesi sunmasına gerek yoktur.⁷⁸ İflas idaresi kural olarak iptal davasını ikinci alacaklılar toplantısından sonra açar; ancak acele durumlarda (örneğin zamanaşımı doluyorsa veya ihtiyati haciz isteminin zorunlu ve gerekli olduğu

⁷⁴ KURU, *El Kitabı*, s.1212; UYAR, *İptal Davaları*, s.157; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.252.

⁷⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, *İcra ve İflas Hukuku*, s.594; UYAR, *İptal Davası*, s.37; ÜSTÜNDAĞ, *İflas Hukuku*, s.283.

⁷⁶ 15.HD. 15.06.2004 2776/3342, www.ajanstuba.com.tr; aynı yönde “Dairemizin yerleşik uygulamalarında dava sonuçlanıncaya kadar (karar düzeltme aşamasında da olabilir) aciz belgesi ibrazı mümkündür.” 15.HD. 20.09.2004 4272/4377 www.ajanstuba.com.tr.

⁷⁷ KURU, *El Kitabı*, s.1214; UYAR, *İptal Davaları*, s.212; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.251; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, *İcra ve İflas Hukuku*, s.594.

⁷⁸ KURU, *El Kitabı*, s.1214; UYAR, *İptal Davaları*, s.218; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.255.

durumlarda) birinci alacaklılar toplantısında da iptal davası açılmasına karar verilebilir.

İİK m. 245 gereği iflas idaresi davayı takip etme yetkisini dava açmak isteyen alacaklıya devredebilir. Bu anlamda devir, borçlar hukuku anlamındaki alacağın devrinden farklı olup, dava takip yetkisine ilişkin bir devirdir. İflas masasına ait iptal isteminde bulunma hakkı alacaklılara devredilmektedir; yani bir çeşit davayı takip yetkisi tanınır. Alacaklı devraldığı hakkın sahibi değildir; çünkü bu dava sonucunda alacaklının elde ettiği yine iflas masasına girer; alacaklının tek yararı alacağını iflas masasına girenden öncelikle tahsil etmektir.⁷⁹ Devir iflas kapanmadan veya yeni bir mal bulunması kaydıyla (İİK m. 255) iflasın kapanmasından sonra dahi yapılabilir. İflasın kapanmasına rağmen devralan alacaklı açtığı davaya devam edebilir.⁸⁰

G) İptal Davasında Davalı

İİK m. 282 gereği iptal davası, icra takibinde borçluya ve borçlu ile hukuki işlemde bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödemede bulunan kimselere, bunların külli haleflerine ve kötüniyetli⁸¹ (tasarruf anında tasarrufun iptale tabi olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan) kişilere karşı dava açılır. Borçlu ve lehine tasarrufta bulunulan kişi ve kötüniyetli tasarruf lehdarı arasında şekli bakımdan mecburi dava

⁷⁹ Bkz. UMAR, **İptal Davası**, s.46 ve YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.255-256'da devrin niteliğine ve devrin olanaklı olup olmadığına ilişkin farklı görüşlere.

⁸⁰ UMAR, **İptal Davası**, s.47; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.259.

⁸¹ “Olayda *davalı İ.*, *iptale konu tasarrufun taraflarına nazaran dördüncü kişi konumundadır. Onun hakkındaki davanın kabulü, "kötüniyet sahibi" üçüncü şahıs olduğunun ispatı şartına bağlıdır. Zira iptal davası iyiniyetli üçüncü şahısların haklarını ihlal etmez. Davacı tarafından davalı İ.'in kötüniyet sahibi olduğu kanıtlanmış değildir. Taşınmaz borçludan satın almadığından 278. maddesinin uygulanma olanağı da yoktur. Oysa taşınmaz borçludan satın alan G., borçlunun eşinin kız kardeşi olup, 278/II. maddesince aralarındaki tasarruf iptale tabidir. Ne var ki taşınmazı elden çıkardığından 283. madde uyarınca bedelle sorumludur. O halde mahkemece yapılması gereken iş, taşınmazın elden çıkarıldığı tarihteki gerçek bedelinin (alacak ve fer'ilerini geçmemek üzere) G.'den tahsiline, davalı İ. hakkındaki davanın reddine karar vermekten ibarettir.” 15.HD. 03.02.2005 04-7361/485 www.ajanstuba.com.tr.*

arkadaşlığı söz konusudur.⁸²

Mirasçılarının kötünietli olup olmaması önem taşımaz. Tüm davalıların külli mirasçılarına karşı dava açılabilir; çünkü iptale tabi borç terekeye dahil bir borç olduğu için mirasçılar müteselsilen sorumludur.⁸³ İptal sebebinin mirasın geçmesinden önce veya sonra doğmuş olması önemli değildir.⁸⁴

Bu anlamda borçlunun müştereken sözleşme akdettiği kişi, ifayı kabul eden, lehine sözleşme yapılmış olan, borçlunun borçlusu, rücu hakkını kullanmış kefil veya alacağın temlik alan kişiler, iptal davasının davalısı olabilir.⁸⁵

İflastaki iptal davasında borçluya karşı iptal davası açılmasına gerek yoktur.⁸⁶

H) İptal Davası Açma Süresi

İİK m. 284 gereği, iptal davası açma hakkı iptale tabi tasarruf işlemin yapıldığı tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşer. İİK m. 278-280 gereği borçlandırııcı işlemler değil, sadece tasarrufi işlemler iptale tabi olduğundan, süre tasarruf işleminin tamamlanması anından itibaren işlemeye başlar.

İİK m. 284'ün kenar başlığına bakılacak olunursa, bu sürenin hak düşürücü süre

⁸² KURU, **El Kitabı**, s.1215; UYAR, **İptal Davaları**, s.218. “İptal davalarında borçlu ile onunla hukuki muamelede bulunan ve borçlu tarafından ödeme yapılan kimseler ile mirasçıları arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Bunların davada taraf olup olmadığı görevi gereği mahkemece kendiliğinden gözetilir. Somut olayda borçlu ile hukuki muamelede bulunan R. davada taraf olarak gösterilmemiş, borçlu ile kötünietli olduğu ileri sürülen 3. şahıs hakkında dava açılmıştır. Bu durumda, mahkemece borçlu ile hukuki muamelede bulunan dava dışı R.'ye dava dilekçesi ile duruşma tarih ve saati tebliğ edilmek suretiyle taraf teşkili sağlanıp bildirilmesi halinde delilleri de toplandıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken” 15.HD. 19.02.2007 06-6667/1004 www.ajanstuba.com.tr; aynı yönde 15.HD. 10.03.2005 04-2644/1363 www.ajanstuba.com.tr.

⁸³ YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.267.

⁸⁴ UYAR, **İptal Davası**, s.50.

⁸⁵ YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.259; UYAR, **İptal Davası**, s.48-49.

⁸⁶ KURU, **El Kitabı**, s.1215; UYAR, **İptal Davaları**, s.221.

olduğu kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun anlamı, hakimın bu hak düşürücü süreyi resen gözönüne alması zorunluluğudur.⁸⁷

Ayrıca istihkak davasına karşılık dava olarak açılan iptal davası açısından da, iptal davasında uygulanan basit yargılama usulünün gereği olarak yazılı usulde olduğunun aksine dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on gün içinde cevap verme zorunluluğu olmadığı için ilk celsede davayı açabilir.

D) İptal Davasında Yargılama Usulü

İptal davası, basit yargılama usulüne göre karara bağlanır.⁸⁸ Mahkeme iptal davalarına ilişkin uyuşmazlıkları hal ve şartları göz önünde tutarak serbestçe takdir eder ve hükme bağlar. Kanun koyucu, davacı alacaklının davalılar arasındaki ilişkiye taraf olmamasından dolayı yaşayacağı olası ispat zorluğunu göz önüne alarak iptal davaları için hakime ispat konusunda geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.⁸⁹ Bu açıdan hakim her türlü delili serbestçe değerlendirir ve usul hukukuna ilişkin genel ispat kurallarının istisnası bu davada uygulanır.

Bu hüküm doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır. Bir düşünceye göre, bu düzenleme anlamsızdır ve hakim yine senetle ispat kuralına bağlıdır; yani hakim genel usul hukuku kurallarını uygular.⁹⁰ Baskın görüşe göre ise, senetle ispat kuralı bu düzenleme gereği iptal davalarında uygulama olanağına sahip değildir.⁹¹

⁸⁷ 15.HD. 11.11.2003 5210/5372 **YKD**, 2004, Sayı:4, s.574-576; 15.HD. 09.11.2005 645/5927 www.ajanstuba.com.tr.

⁸⁸ HGK 09.02.2005 04-15-721/27 www.ajanstuba.com.tr.

⁸⁹ Hakime takdir yetkisi tanınan bir diğer düzenleme de, kadastro yargılamasında kadastro hakimine tanınan yetkidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Okay DURMAN, **Yargıtay Kararları Işığında Kadaastro Mahkemelerinde Yargılama**, Beta Basım, İstanbul, 2002, s.94 vd.

⁹⁰ UMAR, **İptal Davası**, s.96-97.

⁹¹ KURU, **El Kitabı**, s.1196; UYAR, **İptal Davaları**, s.210; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.166; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **İcra ve İflas**

Bu açıdan hakim, iptal davasının niteliği gereği dava konusu tasarrufun iptale tabi olup olmadığını her türlü delile, özellikle de tanık deliline dayanarak karar verebilir. Hatta İİK’nda düzenlenen şartların varlığının ispatı durumunda, başkaca hiçbir delil ileri sürmeye gerek kalmadan davacı davasını ispat edebilir. (İİK m. 278’deki iki yıl, m. 279’daki bir yıl, İİK m. 278/II veya 280/II’de sayılan kişilerden birinin işlemin tarafı olduğu)

İİK m. 281/II gereği, istem halinde hakim, kendi takdirine göre ve genel hükümlerin aksine teminat aramaksızın, iptal davası konusu malvarlığı değerine yönelik ihtiyati hacze karar verebilir. Ancak davanın, elden çıkarılmış mallar yerine geçen değere ilişkin olması durumunda, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemez.

III. İPTAL DAVASINA KONU İŞLEMLER

İİK m. 277 vd. anlamında iptal davasına konu tasarruflar, tasarrufi işlemlerdir; borçlandırıcı işlemler aleyhine iptal davası açılmaz.⁹² İstisnaen 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun m. 30 gereğince kamu alacağının tahsilini engelleyen borçlandırıcı işlemler aleyhine iptal davası açılabilir.⁹³ Borçlandırıcı işlemi tamamlayan tasarrufi işlem gerçekleşmedikçe (örneğin alım-satım sözleşmesinde teslim gerçekleşmedikçe) malvarlığı değeri borçlunun malvarlığından çıkmayacağı için, alacaklı söz konusu malı haczettirebilir veya mal iflas masasına dahil edilir; dolayısıyla sadece borçlandırıcı işlem varsa, borçlandırıcı işlemin ifa yükümlüsü borçlunun alacaklısının borçlandırıcı işlemin iptalini

(dn.91’in devamı) **Hukuku**, s.598.

⁹² PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **İcra ve İflas Hukuku**, s.582-583; KURU, **El Kitabı**, s.1197; UMAR, **İptal Davası**, s.56; UYAR, **İptal Davaları**, s.29.

⁹³ Bkz. aşağıda s.215 vd.

istemesinde hukuki yararı yoktur.⁹⁴

Alman-İsviçre Hukukunda tasarrufun iptali davasının konusu her zaman bir hukuki fiildir. Sadece hukuki fiillerin meydana getirdiği etkiler ortadan kaldırılabilir. Maddi fiil (*realis actus*) ya da doğa olayı bakımından iptal söz konusu olamaz. İptale tabi fiiller ayrıca hukuki fiilin içeriği bakımından da herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Ancak hukuki fiilin ortaya çıkardığı etkiler açısından sınırlama söz konusudur. Hukuki fiilin alacaklının haklarına zarar vermelidir. Bu sebeple hukuki fiil aktiflerin paraya çevrilmesi ya da değer biçilmesi aşamalarında mutlaka alacaklılar bakımından olumsuz bir sonuç doğurmalı, durumlarını kötüleştirmelidir.⁹⁵

Hukuki fiil (*Rechtshandlung*) ile hukuki işlem (*Rechtsgeschäft*) arasında Kanunlar ayırım yapmaktadırlar. Hukuki işlem kavramı, hukuki fiil kavramına göre daha dardır. Bir hukuki işlem aynı zamanda bir hukuki fiildir. Hukuki fiil, hukuki sonuç bağlanabilen her eylemi; örneğin alacağın temlikini veya haksız fiili de içine alan üst kavramdır.⁹⁶ Hukuki işlem, özel hukuka ilişkin bir irade açıklamasıdır ve bu açıklanan iradeye ya doğrudan ya da belirli kanuni unsurlar çerçevesinde bir hukuki sonuç bağlanır.⁹⁷ Hukuki işlemler, bir hukuki ilişki kurmaya yönelmiş iken, hukuki fiiler bakımından hukuki etki doğuran her türlü insan davranışı dikkate alınmaktadır.

Her iki ülke hukukunda da hukuki fiillerin iptali ile ilgili hükümlere bakıldığında, hukuki fiil kavramının bir üst kavram olduğu yine anlaşılmaktadır. Kanunlarda hukuki fiillerin iptaline ilişkin genel düzenlemelerde hukuki fiil terimi kullanılmakta olup, iptale ilişkin özel düzenlemelerde hukuki işlemler, sözleşmeler ya da

⁹⁴ KURU, *El Kitabı*, s.1197.

⁹⁵ Carl JAEGER/Marta DAENIKER, *Schuldbetreibung und Konkurspraxis*, C.I, Polygraphischer, Zürich, 1947, s. 479.

⁹⁶ Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP/Peter JÄGGI, *Allgemeiner Teil des Obligationenrechts*, 7.Bası, Zürich, 1998, N.111 ve 112; Andreas DIEM, *Die Voraussetzungen der Glaubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht*, Schultess Polygraphischer, Zürich, 1987, s.51.

⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, *Obligationenrechts*, N.111 ve 112.

temliklerden bahsedilmektedir.⁹⁸

Türk Hukuku'nda hukuki işlem terimi İsviçre-Alman Hukuku'ndaki anlamı ile aynı şekilde kullanılmaktadır. Terim karışıklığını önlemek bakımından burada İsviçre-Alman Hukuku'ndaki *Rechtshandlung* terimi için “hukuki fiil” terimi kullanılmıştır. Tasarruf işlemi (*Verfügungsgeschäft*) ise tamamen farklı bir kavramdır ve borçlar hukukuna ilişkindir. Bu terimler birbirleri ile karıştırılmamalıdır.⁹⁹

Alman-İsviçre Hukuklarında kanunlar iptale tabi çeşitli hukuki fiilleri açık olarak saymaktadırlar. Örneğin ivazsız devirler (bağışlamalar) ve borçların itfası bunların en önemlilerindendir. Bunun yanında yine kanunlarda bazı genel düzenlemeler (örneğin SchKG m. 288) yer almaktadır ki, bunlara göre her türlü hukuki fiil, alacaklıların haklarına zarar verme durumu söz konusu ise, iptale tabi olmaktadır. Bu anlamda aslında anılan kanunlarda düzenlenmiş sadece bir iptal sebebi söz konusudur; bu da alacaklıların haklarına zarar veren hukuki fiillerin iptalidir. Kanunlar bu genel düzenlemeyi benzer şekillerde ve temelde aynı prensibe dayanarak öngörmüşlerdir.

İsviçre ve Almanya İflas Kanunlarının iptale tabi hukuki fiiller ile ilgili olarak içerdikleri genel düzenlemeler benzerdir. Her iki hukuktaki düzenlemelerde de alacaklıların zarar görmesinin kasıt temeline dayanması ve genel düzenlemelerin yanında özel iptal sebeplerine de yer verilmesi, ilgili Kanunların ne kadar büyük benzerlik gösterdiklerini ortaya koymaktadır.

Gerek İsviçre gerekse Alman Kanunları'nın aslında bu kadar benzer olmalarının nedeni, Roma Hukuku etkisinin bu ülkelerin Kanunlarında belirgin biçimde mevcut olmasıdır. İki ülkenin Kanunları arasındaki farklılıklar ise büyük ölçüde usuli bakımdandır. Kast temeline dayanan hukuki tasarrufların iptalinin, aslında Roma Hukuku'nda yer alan *Actio Pauliana*'ya dayandığı kabul edilmekle beraber

⁹⁸ Ernst JAEGER/Friedrich LENT, *Konkursordnung*, C. I, 8. Bası, 1958, § 29 Anm. 11.

⁹⁹ UMAR, *İptal Davası*, s.68; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.166.

bağışlama ve aşırı borçlanmanın iptali durumları ise kendine özgü iptal nedenleri olarak görülmektedir.¹⁰⁰

İİK’nda çoğunlukla “tasarruf” kavramı kullanılmış,¹⁰¹ doktrinde de hukuki işlem ve tasarruf kavramları kullanılmaktadır.¹⁰² İİK m. 277 anlamında iptal edilebilen tasarrufların sadece tasarrufi işlemlerden ibaret olmadığı, daha geniş anlamda tasarrufi işlemleri de içine alan hukuki fiiller olduğu da ileri sürülmektedir.¹⁰³ Bu anlamda borçlunun alacaklıyı tatmin edecek olan malvarlığı değerlerine doğrudan veya dolaylı etki ederek alacaklının hakkını bu değerler üzerinden almasına engel olan veya alacaklının cebri icra yürütme olanağını güçleştiren ve alacaklının zararına sebep olan hukuki fiiller iptale tabidir.¹⁰⁴ Bu özellikleri tek başına yeterli değildir; ancak bu fiillerin aynı zamanda İİK m. 278, 279 veya 280’de sayılan diğer şartları da taşıması gereklidir. Ayrıca bu hukuki fiillerin bizzat borçlu veya temsilcisi tarafından yapılmış olması gereklidir,¹⁰⁵ borçlunun vekaleten yaptığı tasarruflar iptal edilemez.¹⁰⁶

Bu anlamda batıl veya muvazaalı işlemler¹⁰⁷, haczedilemeyen bir malın devri, kazanç olanağının değerlendirilmemesi, malvarlığına etki etmediğinden iptale tabi

¹⁰⁰ Ernst BRAND, “Anfechtungsklage”, **Schweizerischen juristischen kartothek**, 1944, N.742, s.7.

¹⁰¹ Örneğin İİK m. 277, 278, 279. İstisnaen İİK m. 280/I’de eski düzenlemede “tasarruf” kavramı kullanılmışken, 2003 değişikliği sonrası “işlem” kavramı olarak değiştirilmiştir.

¹⁰² Bkz. YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.142 dn.10.

¹⁰³ UMAR, **İptal Davası**, s.55; ÜSTÜNDAĞ, **İflas Hukuku**, s.294. Örneğin icra hukukunda borçlunun ödeme emrine itirazdan kaçınması, usul hukukunda borçlunun davada hak kaybını engelleyecek bazı usuli işlemleri yapmaktan kaçınması da iptale tabidir; bkz. ÜSTÜNDAĞ, **İflas Hukuku**, s.294; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.144.

¹⁰⁴ UMAR, **İptal Davası**, s.55. Ancak bu fiillerin aynı zamanda İİK m.278, 279 veya 280’de sayılan diğer şartları da taşıması gereklidir.

¹⁰⁵ UMAR, **İptal Davası**, s.55; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.152.

¹⁰⁶ UYAR, **İptal Davaları**, s.31 dn.68; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.153.

¹⁰⁷ BK m.18 gereği muvazaanın ispatı zor olacağından muvazaalı işlem aleyhinde de İİK anlamında iptal davası açılabilceği yolunda bkz. YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.142; UYAR, **İptal Davaları**, s.27.

değildir.¹⁰⁸

Burada özellik arz eden durum müşteri çevresinin devrine ilişkin sözleşmelerin iptal edilip edilemeyeceğidir. Bir görüşe göre müşteri çevresinin satışını veya devrini doğuran sözleşmelerde hukuki nitelik açısından gerçek anlamda bir hak devri veya mülkiyetin nakli söz konusu değildir; her ne kadar devredenın işiyle ilgili defter, liste vs. nin devri söz konusu olsa da, sözleşmenin asıl konusu bu değildir. Dolayısıyla bu sözleşmelerin iptali söz konusu olmaz.¹⁰⁹ Diğer görüşe göre, müşteri çevresinin devri bir sözleşmenin asıl unsurunu oluşturabilir ve devri kabil bir hak olup, müşteri çevresinin devrini hedef tutan sözleşmelerin iptali de olanaklıdır.¹¹⁰

Kişi haklarının kullanımına ilişkin hukuki fiiller de (evlenme, boşanma, tanıma vs.) İİK anlamında iptale tabi değildir.¹¹¹ Ancak mirasın reddi veya vasiyetin reddi iptale tabidir.¹¹²

İcra Hukuku açısından sadece borçlunun hukuki fiilleri iptale tabi olduğundan, bu özellikte olmayan bir icra işlemi olan borçlunun aleyhine icra takibi yürütülmesi, cebri artırma sonucu mülkiyet iktisabı iptale tabi değildir.¹¹³

Bu bölümde son olarak değinilmesi gereken husus, icra takibine konu borcun doğumunun, iptale tabi tasarruftan önce doğmuş olması gerekliliğidir.¹¹⁴

¹⁰⁸ UMAR, **İptal Davası**, s.56-59.

¹⁰⁹ UMAR, **İptal Davası**, s.57-59.

¹¹⁰ YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.160.

¹¹¹ UMAR, **İptal Davası**, s.61-62; YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.145-146; UYAR, **İptal Davaları**, s.30.

¹¹² YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.147.

¹¹³ YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.148-150. Ancak YILDIRIM’a göre, ihalenin, iptal davacısı olan alacaklı yönünden geçersiz kılınmasına ilişkin bir iptal davası açılabilir.

¹¹⁴ “Öncelikle belirtmekte yarar vardır ki, tasarrufun iptali davasının ön koşullarından birisi borcun doğumunun tasarruf tarihinden önce olmasıdır. Bazı durumlarda, *özellikle de kambyo senetlerine dayalı alacaklarda borcun daha önce doğmasına karşın senetlerin*

IV. İPTAL DAVASINA KONU TASARRUFLAR ve ÖZELLİKLE ZARAR VERME KASTINDAN DOLAYI İPTAL

Kanun koyucu m. 278-280 arası hükümler ile borçlunun iptale tabi tasarruflarını üç grupta toplamaktadır. Bu maddelerde iptale tabi bütün tasarruflar sınırlı şekilde sayılmamış, aksine her madde açısından genel bir tanımlama yapılarak İİK m. 281/I'e göre, hakime hal ve şartları göz önünde tutmak suretiyle karar vermek yönünde bir takdir hakkı tanınmıştır.

“İvazsız tasarrufların butlanı” başlıklı İİK m. 278/I'deki genel düzenlemeye göre, alışılmış hediyeler istisna olmak üzere, hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan müddet içinde yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar batıldır. Ancak, bu müddet haciz veya aciz yahut iflastan evvelki iki seneyi geçemez. İİK m. 278/III'de davacıya ispat kolaylığı sağlayıcı bir düzenleme ile, üç bent altında karine olarak hangi tasarrufların ivazsız tasarruf sayıldığı da düzenlenmiştir.

“Acizden dolayı butlan” başlıklı İİK m. 279/I'deki düzenlemeye göre, aşağıda üç bentte sayılan tasarruflar, borcunu ödemeyen bir borçlu tarafından hacizden veya mal bulunmaması sebebiyle hacizden yahut iflasın açılmasından evvelki bir sene içinde yapılmışsa yine batıldır.

“Zarar verme kastından dolayı iptal” başlıklı İİK m. 280'de aciz halindeki borçlunun

(dn.114'ün devamı) *daha sonraki bir tarihte düzenlendiği ya da düzenleme tarihinden sonraki bir tarihin yazıldığı uygulamada sıkça görülen bir husustur. Eğer bu şekilde borcun vade veya takip tarihinden dolayısıyla da tasarruf tarihinden önce doğduğu iddia edilmişse bunun araştırılması gerekir.* Bu yön dava şartı olup, temyiz edenin sıfatına bakılmaksızın incelenmelidir.” HGK 18.02.2004 15-18/82 **YKD**, 2004, Sayı:6, s.839-842.

kötüniyetle ya da alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı hileli tasarruflarının iptale tabi olması durumu düzenlenmiştir. Madde başlığı “diğer butlan halleri” iken, 4949 sayılı Kanun ile madde başlığı değiştirilmiş ve maddenin II. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

Maddede yapılan değişikliklere ilişkin gerekçeye göre:

“Uygulamada, özellikle ekonomik kriz zamanlarında, borçlarını ödemek için mallarını paraya çevirmek isteyen borçluların çok sayıda olması sebebiyle, malların normal değerlerinden daha aşağı fiyatlarda satıldığı herkesçe bilinen bir gerçektir. Bu gibi durumlarda, "iyiniyetli bir şahıstan veya basiretli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudun eksiltilmesi" şeklinde ifade edilen ölçütün objektiflikten uzak olması birçok alıcının mağdur olmasına yol açmaktadır. Kaynak İsviçre Kanununda da ifadesini bulan "alacaklılara zarar verme kastı" ise, maddenin gerçek amacını daha iyi ifade ettiğinden, 280 inci maddenin birinci fıkrası bu amaca uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.”¹¹⁵

Bir görüşe göre, her ne kadar İİK m. 280’in metninde veya kenar başlığında “hileli tasarruflar” deyimine yer verilmemiş olsa da, İİK m. 280’in içeriğinden bu maddenin konusu tasarrufların borçlunun geniş anlamda hileli tasarrufları olduğu sonucuna varılır.¹¹⁶

İİK m. 280/I’e göre:

“Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali 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.” (Değişiklik öncesi süre iki yıl idi ve eski İİK m. 280/II gereği borçlunun alacaklısına zarar verme

¹¹⁵ Eski İİK m.280 hükmünün kanun koyucunun kavramlara hakim olamaması ve mehzaz hükmün İİK m. 288’deki düzenlemelerden uzaklaşılması nedeniyle karmaşık ve başarısız bir düzenleme olduğu yolunda bkz. YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.169-172.

¹¹⁶ KURU, **El Kitabı**, s.1205.

kastıyla yaptığı tüm işlemler süresi ne olursa olsun iptale tabi idi.)

Borçlunun bir üçüncü kişi ile anlaşarak tüm veya bazı alacaklılarına zarar vermesi veya bazı alacaklıları ile anlaşarak diğer alacaklılarına zarar vermesi halinde bu hükmün uygulanması söz konusu olur.¹¹⁷ Bu hükmün borçlunun tasarrufi işlemine uygulanıp anılan işlemin bu madde hükmünce iptal edilebilmesi için, hem borçlunun hileli tasarruflarını alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığının hem de işlemin tarafı olan üçüncü kişinin bu kastı bildiğinin ispatlanması gerekir. Burada borçlunun borca batıklığının ve zarar verme kastının ispatında yaklaşık ispat ölçüsü geçerlidir; tam ispat aranmaz. Özellikle işlem lehine olan tarafın takip borçlusunun mali durumunu ve kastını bildiği veya bilmesi gerektiği olgusu, emareler yoluyla dolaylı olarak ispatlanabilecek bir durumdur.¹¹⁸ Burada kanun koyucu alacaklıya İİK m. 281 ile bu durumları her türlü delille ispatlama olanağı tanıdığı gibi, alacaklı lehine İİK m. 280/II ve 280/III’de iki tane kanuni karine getirmiştir.¹¹⁹

İİK m. 280/II’ye göre, üçüncü kişi, borçlunun karı veya kocası, usul veya furuu ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, evlat edineni veya

¹¹⁷ Eski İİK m. 280/I’e göre: “*Tediye kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybetmiş veya hakkında 178. maddenin 3üncü fıkrasındaki şartlar tahakkuk etmiş olan borçlunun, iyi niyetli bir şahıstan veya basiretli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksilttiği ve üçüncü şahsın bu durumu ve muamelesinin mahiyetini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde yapılmış olan tasarrufları batıldır. Şu kadar ki tasarrufun vukuu tarihinden itibaren alacaklı iki sene içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas takibinde bulunmuş olsun.*” Bu hükme dayanarak alacaklının iptal davası açabilmesi için ayrıca borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla veya mal kaçırmak kastıyla hareket etmiş olması aranmamaktaydı. YILDIRIM’a göre, bu hükümde tediye kabiliyetini kaybetmiş, aciz haline düşmüş veya aktif yetersiz hale gelmiş borçlular aynı statüde sayılmaktaydı; oysa burada esas alınacak durum aktifin yetersizliği hali olmalıydı; çünkü diğer durumlar, özellikle aciz halinin esas alınması iptal davasının uygulama alanını daraltmaktaydı. Bkz. YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.171. Kaynak kanun hükmü olan İİK m. 288 hükmü ile o zamanki İİK m. 280 arasındaki farklılıklar için bkz. UMAR, **İptal Davası**, s.80-81.

¹¹⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **İcra ve İflas Hukuku**, s.599.

¹¹⁹ KURU, **El Kitabı**, s.1205; UYAR, **İptal Davaları**, s.112; ÜSTÜNDAĞ, **İflas Hukuku**, s.295; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, **İcra ve İflas Hukuku**, s.588.

evlatlığı ise borçlunun birinci fıkrada beyan olunan durumunu bildiği varsayılır. Bunun aksini üçüncü kişi, ancak 279. maddenin son fıkrasına göre ispat edebilir.

İİK m. 280/I açısından beş yıllık sürenin başlangıcı haciz veya iflasın açılması tarihi değil, haciz veya iflas yoluyla takibe geçildiği tarihtir. Konumuz açısından esas ele alınacak hüküm İİK m. 280/III olacağından, tez kapsamında İİK m. 280/I ve II ile ilgili daha detaylı bilgi verilmemiştir.

V. BORÇLUNUN TİCARİ İŞLETMESİNİ veya İŞYERİNDEKİ MALLARINI DEVRETMESİ

İİK m. 280/III'e göre:

“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 hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği kabul olunur. 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 itilamını temin edecek şekilde munasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir.”

Ticari işletmesini veya ticari işletmesindeki malvarlığı değerlerinin önemli bir kısmını alacaklılarına zarar verme kastıyla devreden borçlularla İcra Hukuku hükümleri çerçevesinde mücadele etmek olanağı tanıyan İİK m. 280/III hükmü ve hükmün içeriğinde getirilen karineler, yalnızca iptal davası yönünden getirilmiştir.

İİK m. 280/III'deki düzenleme gereği iki taraflı karine söz konusudur.¹²⁰ Borçlunun ticari işletmesini veya işletmesindeki ticari mallarının tamamını veya büyük bir

¹²⁰ KURU, *El Kitabı*, s.1207; UYAR, *İptal Davaları*, s.114; YILDIRIM, *İptal Davaları*, s.169-173.

kısmını¹²¹ devralan ya da mallarının bir kısmını devralmakla beraber işyerini sonradan işgal eden üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiği varsayılır. Aynı şekilde bu sayılan hallerde borçlunun da alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiği varsayılır.¹²² Bu karinelerin aksi ancak maddede sayıldığı şekilde, yani iki şekilde, ya iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay önceden durumun yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; olmazsa bütün alacaklıların öğrenmelerini sağlayacak şekilde uygun araçlarla ilan edildiğini ispat ederek çürütülebilir.¹²³

¹²¹ “Davalılardan İ.E. ve borçlu Y.S.'ye T.T. Gıda Turz. Tic. Ltd. Şti.'nin ortakları olup bu şirketin aynı zamanda T... Ltd. Şti. ile organik bağ içinde olduğu davalı İ., K. A.Ş., ... Ltd. Şti. ile Y... Boya Ltd. Şti.'nin borçludan alacaklı olup alacaklarının teminatı olarak söz konusu satış işlemlerini gerçekleştirdikleri, ayrıca K. A.Ş.'nin ticari defterlerinde işlemin satış olmadığı hususunda kayıt bulunduğu, *iptali istenen Yalova 26 nolu parsel ve Erzurum 38 nolu parsel üzerinde ticari işletme niteliğinde et kombinaları ve tesislerin mevcut olduğu, alıcının İİK.nun 280/4. maddesi uyarınca ticari işletmenin devri için gerekli ilanları yaptığına dair delil ibraz edilmediği anlaşılmaktadır.*” 15.HD. 06.10.2003 3783/4539 www.ajanstuba.com.tr.

¹²² “*Ticari işletme niteliğindeki fabrikanın borcun dayanağı olan 20.11.1998 tanzim tarihli senedin tanziminden sonra 19.03.1999 tarihinde davalı üçüncü kişi Y. Tül Tekstil Örne Sanayi Limited Şirketi'ne devredildiği sabittir. İİK.nun 280. maddesinin 4. fıkrası uyarınca ticari işletmenin ya da işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamının veya önemli bir kısmının devri halinde satın alan kişinin borçlunun alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini bildiği kabul olunur. Yasa koyucu bu hüküm ile alacaklı yararına iki yanlı bir karine getirmiş olup, bir taraftan borçlunun alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini diğer taraftan da üçüncü kişinin bu kastı bildiğini kabul ederek alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmıştır.* Bu yasal karinenin aksi ise, ancak; davacı alacaklıya devir tarihinden en az üç ay önce keyfiyetin yazılı olarak bildirildiği ya da ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhalar asılmakla birlikte ticaret sicil gazetesi ile veya olmazsa bütün alacaklıların haberdar olmaları sağlanarak münasip vasıtalarla ilan olunduğu kanıtlanarak çürütülebilir. Davalı borçlu tarafından diğer davalı Y. Tül Tekstil Örne Sanayi Limited Şirketi'ne yapılan ticari işletme devrinde yukarıda açıklandığı üzere yasal karinenin aksini kanıtlayacak işlemlerin yapıldığı iddia ve ispat edilmediğinden mahkemece davalı borçlu S.Tekstil A.Ş. ile diğer davalı Y. Tül Tekstil Şirketi arasındaki tasarruf işleminin borçlu şirketin aciz halinin de gerçekleştiği gözetilerek iptaline karar verilmesi yerine, somut olaya uygulanacak yasa hükmünün hatalı belirlenmesi sonucu davanın reddolunması doğru olduğundan..” 15.HD. 02.12.2003 5803/5683 **YKD**, 2004, Sayı:7, s.1080-1081.

¹²³ “Yasa koyucu, anılan maddenin 4. fıkrası ile alacaklı yararına iki yönlü bir karine getirmiş, bir taraftan borçlunun alacaklıların ızzar kasdı ile hareket ettiğini ve diğer taraftan da üçüncü kişinin bu kasdı bildiğini kabul etmek suretiyle alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmıştır. Bu

İİK m. 280/III hükmünün uygulanması için işleme konu oluşturan değer, bir işletme¹²⁴ veya işletmenin malvarlığı değeri açısından en önemli unsur olması gereklidir.¹²⁵ Yargıtay kararlarına göre, ticari işletme devirleri açısından özellikle bir üretim tesisi olan fabrikanın veya benzeri üretim tesislerinin devri¹²⁶, işletmenin en önemli malvarlığı değeri açısından ise taşınmazlarının devri¹²⁷ uyuşmazlıklara konu

(dn.123'ün devamı) yasal karinenin aksi, ancak davacı alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden enaz üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiği veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicil Gazetesiyle, bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların itilaini temin edecek şekilde münasip, vasıtalarla ilan olduğu kanıtlanmak suretiyle çürütülebilir. **O halde, işyeri devri ile ilgili olarak aralarında akrabalık bağı da bulunan davalı borçlu ile diğer davalı üçüncü kişinin İİK'nun 280. maddesinin 4. fıkrasına uygun şekilde işlem yapılmadığından tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekirken...** 15.HD. 04.02.1997 257/598, YKD, 1997, Sayı:4, s.555-556.

124 “Davada, davalı A. T.'ye diğer davalı A. tarafından devredilen ve tapuda Gülyağı imalathanesi olarak kayıtlı bulunan taşınmaza ilişkin tasarrufun iptali istenmiş, mahkemece davalı A. yönünden davanın reddine karar verilmiştir. Oysa bu yerin İİK'nun 280. maddesinde sayılan ticari işletme olarak tavsif olunup olunamayacağı dosyadaki belgelerden anlaşılamamaktadır.

Söz konusu yer ticari işletme niteliğini taşıyorsa İİK'nun 280. maddesinde belirtilen ilanların yapılmaması halinde devir alan şahsın sorumlu olacağı ortadadır. Bu nedenle mahkemece Gülyağı imalathanesinin Ticaret Kanunu'nun 11. ve devamı maddelerinde belirtilen ticari işletme olarak kabul edilip edilemeyeceği gerektiğinde bilirkişiden görüş alınarak ve ticaret sicil memurluğundan sorulmak suretiyle belirlenip ticari işletme sayıldığı takdirde bu yer ile ilgili tasarruf işleminin de iptaline karar verilmesi gerekirken... 15.HD. 21.02.2005 04-4033/869 www.ajanstuba.com.tr.

125 “Ayrıca 280/IV. fıkrasında da ticari işletmenin veya işyerindeki ticari emtianın tamamının ve mühim bir kısmının devrindeki durum düzenlenmiştir. Mahkemece bu konularda gerekli araştırma yapılmamıştır. **Dava konusu vincin devir tarihindeki gerçek bedeli araştırılmadığı gibi, vincin ticari işletmedeki durumu belirlenmemiş,** İİK'nun 280/IV.fıkrası hiç değerlendirilmemiştir.” 15.HD. 30.06.2004 1477/3653 www.ajanstuba.com.tr.

126 “**Ticari işletme niteliğindeki fabrikanın borcun dayanağı olan 20.11.1998 tanzim tarihli senedin tanziminden sonra 19.03.1999 tarihinde davalı üçüncü kişi Y. Tül Tekstil Örme Sanayi Limited Şirketi'ne devredildiği sabittir. İİK'nun 280. maddesinin 4. fıkrası uyarınca ticari işletmenin ya da işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamının veya önemli bir kısmının devri halinde satın alan kişinin borçlunun alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini bildiği kabul olunur.**” 15.HD. 02.12.2003 5803/ 5683 YKD, 2004, Sayı:7, s.1080-1081. “**İptali istenen Yalova 26 nolu parsel ve Erzurum 38 nolu parsel üzerinde ticari işletme niteliğinde et kombinaları ve tesislerin mevcut olduğu, alıcının İİK'nun 280/4. maddesi uyarınca ticari işletmenin devri için gerekli ilanları yaptığına dair delil ibraz edilmediği anlaşılmaktadır.**” 15.HD. 06.10.2003 3783/4539 www.ajanstuba.com.tr.

127 “Bir Yatırım şirketi olan borçlu şirket; **ticari işletmesine dahil unsurlardan olan taşınmazlarının önemli bir kısmını devri halinde bunu Kanun'da belirtilen usul ve yollarla alacaklısına bildirmek ve onu bu durumdan haberdar etmek yükümündedir.** Bu yükümü

oluşturmaktadır.

Bu anlamda markanın devri, 556 sayılı KHK m. 16 gereği, ticari işletmenin devri ile birlikte yapılırsa, bu devrin iptali söz konusu olduğunda İİK m.280/III hükümleri uygulanabilir.¹²⁸

BK m. 179 Borçlar Hukuku'na ilişkin genel bir maddi hukuk düzenlemesidir ve mal kaçırma amacına yönelik koruyucu bir hüküm değildir. Mal kaçırma kastıyla yapılan ticari işletme veya malvarlığının devirlerine ilişkin yaptırım İcra Hukuku alanında düzenlenmiştir.

Gerek Alman gerekse İsviçre Hukuklarında doğrudan İİK m. 280/III benzeri bir hüküm yoktur. İsviçre'de SchKG m.288 hükmü uyarınca iflasın açılmasından önce geriye doğru beş yıl içinde yapılmış olan tüm hukuki tasarruflar, borçlu alacaklılarının haklarına zarar verme kastı ile hareket etmiş ve bu kast diğer tarafça anlaşılabilir durumda ise iptale tabidir. Borçlu bu hareketi ile ya alacaklılarının haklarını zarara uğratmakta, ya da bir veya birkaç alacaklıya, diğer alacaklıların aleyhine bir yarar sağlamaktadır. SchKG m. 288 bakımından alacaklının dolaylı kastı

(dn.127'nin devamı) yerine getirmemesi onu ve onun lehine tasarrufta bulunduğu şirketi yukarıda ayrıntısı açıklanan "kötüniyet karinesi" ile karşı karşıya bırakacaktır.

Yukarıda yasal düzenlemelere ilişkin açıklamalarda ayrıntısı yer aldığı üzere; yatırım şirketi olduğu belirgin ve iş alanı itibariyle satış tasarrufuna konu taşınmazların mal varlığına ve ticari işletmesine dahil olduğu açık olan davalı borçlu şirketin, icra dosyalarına yansıyan durumu itibariyle de *tasarrufa konu bu taşınmazların ticari emtiasının önemli bir bölümünü teşkil ettiğinde; bu nedenle de, iptali istenen tasarruflarının İcra ve İflas Kanunu'nun 280. maddesinin 4. (4949 s.y. ile değişik haliyle 3.) fıkrası kapsamında olduğunda kuşku bulunmamaktadır.*" HGK 02.02.2005 04-15-666/1 www.ajanstuba.com.tr.

128

“Somut olayda, *borçlunun 3. kişiyle yaptığı markaların devrine ilişkin sözleşmeler İİY'nin 280. maddesinde belirtileri ticari işletmenin devri mahiyetindedir.* Aynı madde uyarınca ticari işletmenin devri halinde devralan kişi borçlunun alacaklılarını zarara sokmak kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde zarar vermek kastı ile hareket ettiği kabul olunur ve bu şartlarda yapılan sözleşmeler de batıl sayılmaktadır.” 17.HD. 09.07.2007 2474/2410 www.ajanstuba.com.tr.

dahi yeterlidir.¹²⁹

Alman Hukuku bakımından InsO m. 133 hükmüne göre iflasın açılmasından sonra veya açılmasından önce geriye doğru on yıl içinde daha sonraki iflas alacaklılarının haklarına zarar vermek kastı ile yapılmış bulunan hukuki tasarruflar, kendisine menfaat sağlanan alacaklının, borçlunun bu tasarruf açısından kasıtlı hareket ettiğini bilmesi halinde iptale tabidir.

Her ne kadar Alman Hukuku'nda, örneğin GmbHG m. 30 gibi esas sermayenin korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiş olsa da, bunların tamamlayıcısı olarak InsO m. 135 ve 136 hükümleri de sevk edilmiştir. (Bkz. yukarıda s.163) Bu hükümler şirketin sermayesini korumaya yönelik olduklarından, İİK m. 280/III hükmünün koruduğu hukuki yarara paralel düzenlemelerdir. Ancak kast unsuru açısından bakıldığında, düzenlemelerin farklı oldukları kolayca görülebilmektedir.

İİK m.280/III hükmü, İsviçre SchKG m. 288 ve Alman InsO m. 133, 135 ve 136 hükümlerinden bazı unsurları taşıyan ve onların özel bir halini düzenleyen bir maddedir. Amacı ticari işletmenin borçlu tarafından adeta içinin boşaltılmasının önüne geçmektir.

Ancak belirtmek gerekir ki bu hüküm olmasa da İİK m.280/I hükmü ile ticari işletmenin veya işyerinin ve işyerindeki malvarlığı değerlerinin devrinin iptal davasına konu oluşturması olanaklı kılınabilir. İİK m. 280/I hükmü, SchKG m. 288 ve InsO m. 133 hükümlerine çok benzeyen bir düzenlemedir. İİK m. 280/III'ün korumak istediği hukuki yarar, Alman ve İsviçre'de bu benzer maddeler ile gözetilmiştir.

Kanaatimce gerek Almanya'da, gerekse İsviçre'de iptal ile ilgili düzenlemelerin

¹²⁹

Kurt AMONN/Fridolin WALTHER, **Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts**, 7.Bası, Bern, 2003, s. 429.

kanuni unsurlarının birbirlerine yakın olduğu ve bu sebeple karışıklılıklara, duraksamalara ve yanlış anlaşılmalara sebebiyet verdikleri göz önüne alındığında, *de lege ferenda* İİK m. 280/III hükmünün gereksiz bir düzenleme olduğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır. Bu hükmün düzenlediğı hukuk alanı İİK m. 280/I temel hükmünün amaca göre yorumlanarak uygulanması ile rahatlıkla doldurulabilir.

Burada iddia olunan bir çelişkiye daha değinmekte yarar vardır. BK m. 179'un şartlarını yerine getiren devralan ve devreden, BK m. 179'un emredici bir hüküm olması karşısında iki yıllık süre boyunca müteselsilen malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarından sorumlu olmaya devam etmekte; iki yıllık sürenin bitimiyle beraber bu sefer münferiden devralan tüm malvarlığı ile sınırsız bir şekilde malvarlığı veya işletmenin borçlarından sorumlu olmaktadır.

Oysa İİK m. 280/III'deki düzenleme gereğı, borçlunun ticari işletmesini veya işletmesindeki ticari mallarının tamamını veya büyük bir kısmını devralan ya da mallarının bir kısmını devralmakla beraber işyerini sonradan işgal eden üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiğı varsayılır. Bu karinelerin aksi maddenin devamındaki yollardan herhangi biriyle çürütülemezse, devir işlemi iptal edilir ve iptal davasının davacısı alacaklı devredilen malvarlığı değeri üzerinde alacağını oranında cebri icra uygulatıp alacağına kavuşma olanağına sahiptir.

Bu açıdan bakıldığında ilk anda, İİK m. 280/III gereğı yapılan devirlere kıyasen, devralanın sorumluluğunun BK m. 179 gereğı daha ağır olduğu sonucuna varılabilir. Zira BK m.179 anlamında usulüne ve kanunun gösterdiği şartlara uygun yapılan bir devrin sonucunda, devralan tüm malvarlığı ile sınırsız sorumlu iken, aynı devrin alacaklılara zarar verme kastıyla yapıldığının varsayıldığı bir durumda devralanın katlanması gereken yük daha hafif olmakta ve devralan, davacı alacaklının takip konusu alacağı ile sınırlı olarak ve yine devir konusu malvarlığı değeri veya ticari işletme ile sınırlı olarak bunların üzerinde cebri icraya devam edip alacağını elde etmesine katlanmakla yükümlü olacaktır. Bu açıdan bakıldığında yasal yükümlülüklerini yerine getirerek usulüne uygun şekilde malvarlığı veya işletmeyi devralan, alacaklılara zarar verme kastıyla yapılan bir devre katılmak suretiyle

malvarlığı veya işletmeyi devralana nazaran deyim yerindeyse sınırsız sorumluluk hükümlerine tabi tutulmak suretiyle cezalandırılmış olmaktadır.¹³⁰

Ancak kanaatimce her iki hükmün düzenleme amacı ele alındığında farklılıklar ortaya çıkacaktır. Bir kere BK m. 179 anlamında tüm şartları yerine getirmiş devralanın ticari işletmenin aktiflerini ve pasiflerini devralmak amacıyla hareket etmediği asla ileri sürülemez; çünkü şartları yerine getirdiğine ve bu anlamda hukuka uygun bir işlem yaparak işletmeyi veya malvarlığını tamamen hukuka uygun bir amaçla ve bu şekilde devraldığına göre zaten sonuçlarını bilerek hareket etmiş ve şartları yerine getirdiğinde nasıl bir sorumluluk hükmüne tabi olacağını bilmektedir.

Oysa İİK m. 280/III'ün uygulama alanına giren devirlerde zaten devralan, tamamen devredenle ortak hareket etmekte ve hiçbir şekilde borçlardan sorumlu olma amacı gütmeksizin, aksine alacaklıları zarar uğratmak kastıyla hareket ettiği karine olarak madde metninde bizzat düzenlenmektedir ve böyle bir durumun, madde başlığı ile söylenecek olursa borçlunun hileli işlemlerinin sonucunda ticari işletme veya malvarlığının devrinin iptaliyle sonuçlanacağını; yani deyim yerindeyse hukuka uygun olmayan bir amaçla ve hukuka aykırı bir şekilde devraldığı içindir ki bu devir iptal edilir.

Dolayısıyla her iki hukuk kuralı arasında kanaatimce bu anlamda bir uyumsuzluk olduğu ileri sürülemez. Denilebilir ki her ikisinin de düzenleme amacı alacaklıların korunmasıdır. Ancak bu gerekçe de her iki hüküm arasında bir ilişki kurulup bir

¹³⁰

Bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.153-155'te doktrindeki baskın görüş olan BK m. 179 için teminat teorisine katılmama gerekçelerinden biri olarak BK m. 179 ile İİK m. 280/III arasında bir uyumsuzluk olduğuna ve bu uyumsuzluğa hiçbir teminat teorisi taraftarınca değinilmediğine işaret etmektedir. Ancak ARICI bu uyumsuzluğa değinmekle beraber ilerleyen sayfalarda bu uyumsuzluğun giderilmesi için bir çözüm önerisi getirmemiş ve BK m. 179 açısından teminat teorisinin terk edilerek bu hüküm emredici yorumlanmaması gerektiğini, BK m. 179'un **pasiflerin** devralana geçişini düzenlediğini, ancak sadece bir imkan getirdiğini ileri sürmektedir. Bu açıdan s.156 dn.185'te, sadece aktiflerin devredildiği bir devir sözleşmesinin dahi geçerli olduğunu ve aktiflerin devralana geçeceğini belirtmektedir. Bkz. ARICI, **Ticari İşletmenin Devri**, s.156 dn.179-185.

uyumsuzluk olduğunun haklı gerekçesi olamaz. Çünkü BK m. 179 alacaklıların korunmasını farklı bir şekilde sağlamaktadır. Şöyle ki: BK m. 179’da alacaklıların korunması anlamında tanınan olanak, devredenin de devralanla birlikte (sadece) iki yıl daha müteselsilen sorumlu olmaya devam etmesidir. Oysa bu anlamda bir koruma çok da anlamlı olmasa gerek. Çünkü bir an için müteselsil sorumluluk hükümlerinin madde metninde düzenlenmediğini düşünürsek, bu durumda zaten devralan devraldığı malvarlığı veya işletme de dahil tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumlu kalmaya devam edecektir.

Oysa İİK m. 280/III anlamında alacaklıların korunması daha farklı olmakta ve İİK m. 280/III’ün uygulama alanına giren zarara uğratma kastıyla yapılan devirlerin iptali yoluyla alacaklı deyim yerindeyse BK m. 179’a nazaran daha etkili ve daha farklı bir açıdan ve daha farklı bir şekilde bir şekilde korunmaktadır.

Kaldı ki ticaret hayatında işletmenin veya malvarlığının devralınması işlemlerinin pek çoğunda zaten BK m. 179’un gerekleri yerine getirilmemektedir; istisnaen çok büyük işletmelerin devrinde bu şartlar yerine getirilmektedir.¹³¹ Bu açıdan da BK m. 179’un alacaklıların korunmasına hizmet etme gerekçesi, ticaret hayatının gerçekleriyle de bağdaşmamaktadır.

Burada iki aşamalı bir çözüm ileri sürülebilir. Öncelikli çözüm İİK m. 280/III’ün yürürlükten kaldırılması denilebilir. Bu açıdan İİK m. 280/III hükmü yürürlükten kalktığında, ticari işletme veya malvarlığının devrinde alacaklılara zarara sokma

¹³¹ Örneğin: “Bankamızın da içinde bulunduğu Unicredit Group bünyesinde yer alan Banca di Roma S.P.A.’in sahibi olduğu Banca di Roma S.P.A. Merkezi Roma İstanbul Şubesi’nin ticari işletmesinin, Borçlar Kanunu’nun 179. maddesi çerçevesinde, işletmeye daimi şekilde tahsis olunan aktif ve pasif malvarlığı, nazım hesaplar kapsamındaki tüm unsurları ile birlikte (özkaynakları, ticaret ünvanı ve faaliyeti ile ilgili lisanslar ve izinler ile devir tarihine kadar tahakkuk eden Banca di Roma S.P.A. Merkezi Roma İstanbul Şubesi’ne ait vergi, resim, harç, prim, ceza ve sair yasal yükümlülükler hariç olmak üzere) ticari işletmenin devri yoluyla, Bankamız tarafından devralınmasına ilişkin “Ticari İşletme Devri Sözleşmesi” 07.12.2007 tarihinde taraflarca, Noter huzurunda imzalanmıştır.” İMKB Bülteni 07.12.2007.

kastı olsun olmasın, BK m. 179 şartlarının yerine getirildiği devirlerde devreden ve devralan müteselsilen iki yıl boyunca, ayrıca iki yıldan sonra da sadece devralan alacakların tabi olduğu zamanaşımı boyunca ticari işletme veya malvarlığına bağlı borçlardan tüm malvarlığı ile sınırsız sorumlu olacaktır. Bu açıdan alacaklıların lehine bir durum yaratılmış olduğu iddia edilebilir.

Bu öneri açısından sorun, devralanın BK m. 179 şartlarını yerine getirmemesi durumunda bu sorumluluğa ilişkin hükümlerin hiç uygulanamaması tehlikesi olmasıdır. İşte bu durumda sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşmenin, BK'nun 179. maddesi hükmü karşısında geçersiz olduğuna ve bu durumda İİK m. 277 vd.da düzenlenen iptal davasına başvurulmasının alacaklılar açısından alacaklarını elde etmek için tek yol olduğunun ve de bu yolun alacaklının durumu kötüleştirip zorlaştırdığına ilişkin düşünce¹³² haklı görülebilir.

Bu durumda kanaatimce, bu tarz alacaklıları zarar verme kastıyla sadece aktiflerin devrini hedef tutarak yapılan ticari işletmenin veya işletmedeki malvarlığının devri işlemlerinin İİK m. 280/III hükmüne tabi kılarak iptal davasına konu edilmesi durumunda, bu duruma özgü olarak, aciz vesikasının davanın açıldığı anda aranmaması ve mahkemenin, aciz vesikası alınmasını bekletici mesele yaparak, ilk duruşma gününü ileri bir tarihe vermesi uygun bir çözüm olabilir. Çünkü, aciz vesikasının davacının elinde olması zorunluluğu, iptal davasının açılmasının önündeki en büyük engel olup; Yargıtay kararları, aciz vesikasının davanın devam ettiği sırada alınmış olmasını da bu dava şartının yerine getirilmiş sayılması için yeterli saymaktadır.

Buna uygun olarak, kanımca, alacaklıları zarar verme kastıyla sadece aktiflerin devrini hedef tutarak yapılan ticari işletmenin veya işletmedeki malvarlığının devri işlemlerinin iptali için açılan davalarda, aciz vesikası aranmaksızın ihtiyati hacze

¹³² Bkz. ACEMOĞLU, **Ticari İşletmenin Devri**, s.36. Ayrıca yukarıda s.134 dn.221.

karar verilebilmesi de gerekir. Ancak ihtiyati hacze karar verirken de hakim dikkatli davranması gerekir. Çünkü bazı devirler alacaklılara zarar vermek amacıyla değil, gerçekten alacaklılara yarar sağlamak için yapılmış da olabilir. Örneğin ödeme sıkıntısı başlayan¹³³ tacirin ticari işletmesini, piyasa koşulları gereğince (işletmenin rayiç değerinde veya rayiç değerine yakın bir fiyatla) ve işletmenin devri sonucunda elde edilecek geliri iyi değerlendirip alacaklıların borçlarını zamanında ödeyebileceği amacıyla devretmesi, ancak devre rağmen ödeme dengesinin genel piyasa koşullarının ağırlaşması nedeniyle giderek bozulması ve devirden elde edilen geliri umut edildiği şekilde değerlendirememesi durumunda, ticari işletmeyi devralanı, olası bir iptal davasında daha baştan ihtiyati haciz uygulaması ile karşı karşıya bırakmak da hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Bu nedenle hakim, aciz vesikası aramamalı, ancak iptal davasını aciz vesikası olmamasına rağmen görmekte iken davacının ihtiyati haciz talebini de her somut olay açısından dikkatlice değerlendirip karara bağlamalıdır.

VI. İİK m. 44 ve İİK m. 280/III UYGULAMASI

“Ticareti terk edenler” başlıklı İİK m. 44’e 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.”¹³⁴ Keyfiyet ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutat ve münasip vasıtalarla ilan

¹³³ Bir işletmenin ödeme aczi içinde olması demek, o işletmenin borçlarını vadesinde ödemeyecek bir duruma düşmesi demektir. Bkz Ali Cem BUDAK, “Ödeme Güçlüğü veya Ödem Aczi içindeki İşletmelerin Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku”, **Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu**, Yayına Hazırlayan: Ali Cem Budak, 1993, İstanbul, s.70 dn.2. Ayrıca ödeme güçlüğü’nün sebepleri hakkında detaylı bilgi için bkz **a.g.e.** s.71 vd.

¹³⁴ Bildirim yükümlülüğü ticareti terkten önce veya en geç ticareti terk anına kadar yerine getirilmiş olunmalıdır. UYAR, **İptal Davaları**, s.118.

olunur. İlan masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır.

Bu ilan tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabilir.

*Ticareti terk eden tacir, mal beyanının tevdii tarihinden itibaren iki ay müddetle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemez.*¹³⁵

Üçüncü şahısların zilyedlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyi niyetle elde ettiği haklar saklıdır. Ancak karı ve koca ile usul ve fîru, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenele evlatlık arasındaki iktisaplarda iyi niyet iddiasında bulunulamaz.

Mal beyanını alan merci, keyfiyeti tapu veya gemi sicil daireleri ile Türk Patent Enstitüsüne bildirir. Bu bildiri üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu şerhi verilir. Keyfiyet ayrıca Türkiye Bankalar Birliğine de bildirilir.

Bozulmaya maruz veya muhafazası külfetli olan veya tayin edilen kanuni müddet içinde değerinin düşmesi kuvvetle muhtemel bulunan mallar hakkında, tacirin talebi üzerine, mahkemece icra memuru marifetiyle ve bu kanun hükümleri dairesinde bu malların satılmasına ve bedelinin 9. maddede yazılı bir bankaya depo edilmesine karar verilebilir.”

Ticareti terk ederek alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kişilerle etkili bir mücadele için değiştirilerek yürürlükteki haline getirilen İİK m. 44’te, ticareti terk eden tacire bazı yükümlülükleri yerine getirme zorunluluğu getirilmiş, böylelikle her isteyen tacirin alacaklılarına zarar vermek kastıyla hareket edip dilediğince davranıp ticareti terk etmek suretiyle borçlarından kurtulması engellenmeye çalışılmıştır.

Ticareti terk etmek, ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek veya ticari işletmeyi kapatmak ya da dağıtmaktır.¹³⁶ Tacir, ticari işletmesini veya birden fazla ticari işletmesi varsa, hepsini bir başkasına tüm olarak devrederse veya ticari

¹³⁵ Bu fıkra hükmünün sadece gerçek kişi tacirler için söz konusu olduğu ticaret şirketleri hakkında uygulanamayacağı yolunda bkz. Baki KURU, “Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler”, *AÜHFD*, 1971, C.27, Sayı:1-2, s:109-118, s.115-116.

¹³⁶ KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, s.212.

işletmesini veya işletmelerinin hepsini kapatır veya dağıtırsa, ticareti terk etmiş ve tacir sıfatını kaybetmiş olacağından, böyle bir tacir hakkında İİK m. 44 hükümleri tüm olarak uygulanır.¹³⁷ Bu anlamda İİK m. 44'te ticari işletmenin devri durumu da hükmün uygulama alanına dahilken, İİK m. 280/III açısından uygulama sadece devirle sınırlıdır; ticaretin terki, örneğin işletmenin devredilmeksizin işletmedeki tüm faaliyetin durdurulması, işletmenin kapatılması durumunda, İİK m. 280/III uygulanmaz.

Maddedeki düzenlemelere göre, yükümlülükleri tam anlamıyla yerine getirmeyen eski tacirin ticaretini terk etmiş olduğu iddiası alacaklılarına karşı hükümsüzdür.¹³⁸ Alacaklılar bu durumda dahi, ticareti terk etmiş, işyerini devretmiş olan eski tacirin borçlarından dolayı devre konu işyerine giderek eski tacirin borcundan dolayı haciz uygulatabilir. Meğer ki, İİK m. 44/IV gereği, üçüncü şahıslar zilyedlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyi niyetle haklar elde etmiş olsunlar. Böyle bir durumda MK m. 3 gereği iyiniyet asıl olduğundan, yine aynı fıkra hükmünde sayılan kişiler haricindeki kişiler tarafından kazanılan haklar korunur ve alacaklılar, hak kazananların kötünüyetini ispatlamak yoluyla devrin hükümsüzlüğüne karar verilmesini sağlayarak alacaklarını tahsil ettirebilirler.

Bir görüşe göre, üçüncü kişilerin iyiniyetini tespit için İİK m. 280/III'deki ticari işletmenin tamamını veya önemli bir kısmını devralındığı durumlarda alacaklıların zararına hareket edildiği karinesi bu madde açısından da uygulanabilir ve üçüncü kişiler karinenin aksini ancak İİK m. 280/II'deki yollarla (ilan vs.) çürütebilirler.¹³⁹

Bir tacirin ölümü üzerine mirasçılar açısından sadece ölüm üzerine İİK m. 44'ün

¹³⁷ KURU, **Ticareti Terk Eden Tacirler**, s.109.

¹³⁸ “Öte yandan İİK'nun 44. maddesindeki koşullara uyulmadan yapılan işyeri devirlerinin alacaklılara karşı geçerli olamayacağı Dairemizin yerleşmiş ve oturmuş görüşlerindendir.” 21.HD. 12.03.1998 1618/1756 www.ajanstuba.com.tr

¹³⁹ Talih UYAR, **Gerekçeli İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, C.3, Ankara, 2005, s.3521.

yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğu yoktur; ancak mirasçılar tacirin ölümü sonrası tacirin işletmelerini veya işletmelerinin tamamını tasfiye etmek isterlerse, mirasçılar da İİK m. 44'ün gereklerinin yerine getirmekle yükümlüdürler.¹⁴⁰

Tacirin ticaretini terk ettiği hakkındaki bildirisini ve mal beyanını alan ticaret sicili memuru, durumu ticaret sicili ilanlarının yayınlandığı gazetede (Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi) ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de olağan ve uygun araçlarla ilan eder (İİK m. 44/I). Bu ilanda, sadece tacirin ticaretini terk ettiğinin bildirilmesi yeterli değildir; ayrıca mal beyanının içeriğinin, özellikle tacirin alacaklılarının isim ve adreslerinin de ilanda gösterilmesi gerekir.¹⁴¹

İİK m. 44/III gereği, ticareti terk eden tacir mal beyanını verdiği tarihten itibaren iki ay süreyle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemeyeceği için, eski tacirden alacaklı olan kimseler, eski tacirin tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olduğu bu iki aylık dönemde, onu haciz veya iflâs yolu ile takip etmek için düşünmek ve gereken teşebbüslere girişebilmek için yeteri kadar zamana sahip bulunmaktadır.¹⁴²

Burada İİK m. 44 ile İİK m. 280/III arasındaki ilişki açısından iki farklı görüş ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, İİK m. 280/III'de ticari işletmenin devri düzenlenmiştir; oysa İİK m. 44'te tacirin ticareti terk etmesi durumu düzenlenmiştir. Ayrıca İİK m. 44'ün amacı ticareti terk eden tacirin maddedeki düzenleme gereği yükümlü bulunduğu mal beyanını verdikten sonra, iki ay boyunca mal beyanında bildirdiği haczi kabil malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunmasını engellemek iken, İİK m. 280/III gereği, tacirin ticari işletmesini devri halinde bizzat bu devir işleminin iptali olanaklı kılınmaktadır. Dolayısıyla her iki hüküm birbirinden bağımsız ve

¹⁴⁰ KURU, “**Ticareti Terk Eden Tacirler**”, s.110-111.

¹⁴¹ KURU, “**Ticareti Terk Eden Tacirler**”, s.111 dn.8'deki Yargıtay İcra ve İflas Dairesi kararına.

¹⁴² KURU, “**Ticareti Terk Eden Tacirler**”, s.113.

farklı konuları düzenlemekte ve birbirleriyle çelişmemektedir.¹⁴³

Bir diğer görüşe göre, vakıa ve karinelerden kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak kişiler de (borçlunun iş ortağı veya çalışanı) iyiniyet iddiasında bulunamazlar.¹⁴⁴ Bu açıdan İİK m. 44 ile İİK m. 280/III'ün içeriği ve uygulama şartları farklıdır ve ticareti terk eden tacirin alacaklısı tarafından işyerine gelinerek yapılan haciz sırasında İİK m. 44'deki gerekliliklere uymaksızın işyerini terk eden tacirin işyerini devralan kişinin, ticareti terk eden kişinin yakını veya çalışanı olduğunun anlaşılması durumunda, alacaklının haciz talebi uygulanmalı ve alacaklı, işyerini devralan üçüncü kişiye karşı İİK m. 99'a dayanan istihkak davası açmalıdır. Açılacak istihkak davasında da İİK m. 44'e uyulmadan yapılan işyerinin devrinin hükümsüzlüğü ileri sürülmelidir.

Nitekim Yargıtay'a göre de: "Dava İİK.nun 99. maddesine göre alacaklı tarafından açılan 3. şahsın istihkak iddiasının reddine ilişkindir. Dava konusu mallar 10.02.1996 tarihinde gıda marketinde borçlunun eşi T. ile 3. şahıs L.'nin nezdinde haczedilmiştir. 3. şahıs mahcuz malları 29.01.1996 tarihinden borçludan satın aldığını beyanla, bu hususta işyeri ve işyerindeki malların devir ve satışına ilişkin Erdemli Noterliğinde düzenlenen (Menkul Eşya Devir Senedini) ibraz etmiştir. Borçlunun malları 3. şahsa sattığı tarihte icra takibine konu borç doğmuş ve muacceldir. ***Tarafsız davacı tanıklarının birbirini doğrulayan ve tamamlayan anlatımlarına göre bu malları satın alabilecek, ekonomik bir güce sahip olmayan 3. şahıs, işyeri devrinden önce borçlunun işçisi olup borçlu ile birlikte yaşamaktadır.*** Bu durumda hacizden kısa

¹⁴³ Burhan GÜRDOĞAN, "İptal Davaları", Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsünün Düzenlediği İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963, s.157-168, s.162.

¹⁴⁴ UYAR, **İptal Davaları**, s.117 dn.26'da atıf yapılan 14.2.1951 tarihli ve 17/1 sayılı İçBK (Resmi Gazete, 11.4.1951 tarihli ve 7782 sayılı)'na göre, vakıa ve karinelerden olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumda olanlar, örneğin ticareti terk eden tacirin işyerini ortağına, işçisine devretmesi halinde, bu kişiler de iyiniyetli olduklarını ileri süremezler. Karşı görüş için bkz. YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.174-175.

bir süre önce yapılan işyeri devrinin muvazaalı olduğunun kabulü gerekir.

Öte yandan İİK'nun 44. maddesine göre ticareti terk eden kişi maddede belirtilen işlemleri yerine getirmediği takdirde alacaklısına karşı sorumlu olup, işyerini devralan ve iyiniyetli bulunmayan üçüncü kişi alacaklının haklarını etkilediği oranda sorumludur.”¹⁴⁵

Yine aynı yöndeki bir karara göre, “Uyuşmazlık alacaklının İİK'nun 99. maddesine dayalı olarak açtığı istihkak iddiasının reddine ilişkindir.

Haciz sırasında davalı 3. kişi işyerini borçludan devren satın aldığını açıkça beyan ettiği haciz mahallinin önceden borçluya ait iken borcun doğumundan sonra davalı 3. kişinin 01.04.2002 tarihinde faaliyete başladığı ve **davalı 3. kişinin borçlunun dayısının torunu olduğu celp edilen belgelerle sabittir**. Bu itibarla somut olayda üstü örtülü ve danişıklı bir işyeri devri söz konusu olduğu açıktır. Yapılan (danişıklı) işyeri devri alacaklının haklarını etkilemez. Bir an için işyeri devrinin danişıklı olmadığı düşünülse dahi bu durumda da İİK'nun 44. madde koşullarına uygun işyeri devrinin yapıldığı iddia ve ispat edilemediği gibi BK'nun 179. maddesi gereğince devir alan 3. şahıs devralan borçlunun borçlarından sorumludur.”¹⁴⁶

Ancak haciz sırasında işyerini işleten üçüncü şahsın, ticareti terk eden tacirle hiçbir yakınlığının olmadığı anlaşıldığı durumlarda, alacaklının yapabileceği tek şey İİK m. 280/III'e dayanan iptal davası açarak orada düzenlenmiş bulunan karinelere, yani işyeri devrinin kendisinden mal kaçırmak kastıyla yapıldığını ve devralanın da bu kastı bildiği karinesine dayanmasıdır. Bu durumda ispat yükü davalılara düşer ve onlar da işyeri devrini İİK m. 44 gereği üç ay önce olağan araçlarla veya bütün alacaklıların öğrenmesini sağlayacak uygun yollarla duyurduklarını ispatlayamazlarsa, devir alacaklılar açısından hüküm ifade etmeyeceği için, iptal

¹⁴⁵ 21.HD. 08.07.1997 4561/4792 **YKD**, 2000, Sayı:4, s.592-593.

¹⁴⁶ 21.HD. 19.04.2005 3657/4032 www.ajanstuba.com.tr.

davası alacaklı lehine sonuçlanır.¹⁴⁷

Yargıtay, sadece istihkaka davasına karşı dava olarak açılan tasarrufun iptali davası açısından İİK m. 44 ve İİK m. 280/III'ü birlikte ele alarak, eski tacirin İİK m. 44'teki gereklere uymaksızın yaptığı işyeri devrinde İİK m. 97/XVI'ya dayanan tasarrufun iptali davasını kabul etmektedir.¹⁴⁸

Ancak karşı görüşe göre¹⁴⁹, İİK m. 44'ün 658 sayılı Kanunla değiştirilmeden¹⁵⁰ önceki ilk haline göre verilmiş İçBK (bkz. yukarıda s.209 dn.144), yeni düzenleme ile bertaraf edilmiştir. Kaldı ki bir İçBK'nın hüküm fıkrası diğer davalar üzerinde etkilidir ve anılan İçBK'nın hüküm fıkrasının İİK m. 44 ile ilgisi bulunmamaktadır.¹⁵¹

¹⁴⁷ UYAR, **İptal Davaları**, s.118-119.

¹⁴⁸ “Davalı-karşı davacı alacaklı, borçlu F. hakkındaki icra takibini 15.06.1991, 15.07.1991, 15.08.1991 ve 15.09.1991 keşide tarihli çeklere dayandırmıştır. Davacı-karşı davalı ise, işyerini borçludan 07.10.1991 tarihli senetle devraldığını (BK. md. 179) bildirerek istihkak davası açmıştır. *İşyeri devrinin borcun doğumundan sonraki bir tarihte yapıldığı açıktır. Bu durumda, işyeri devri nedeniyle uyumsuzlukta, İİK.nun 44. maddesinin uygulanması zorunludur. Borçlu tarafından işyeri devrinin kayıtlı bulunduğu öne sürülmediğine, dosyada da bu yönde bir delil bulunmadığına göre, işyeri devrinin alacaklının haklarını etkilemeyeceği kabul edilmelidir. Bu açıklamalar karşısında Mercii Hakimliği'nce "istihkak davasının reddine" ve "karşı dava olarak açılan -İİK. md. 97/17- tasarrufun iptali davasının kabulüne" karar verilmesi gerekirken, değişik düşüncelerle aksine hüküm oluşturulması yerinde görülmemiş, temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulması gerekmiştir” 15.HD. 93-3796/1128 YKD, 1995, Sayı:5, s.768-769.*

¹⁴⁹ YILDIRIM, **İptal Davaları**, s.175.

¹⁵⁰ “Ticareti terk etmek suretiyle alacaklılarının takibinden kurtulmak isteyen kimselerle mücadele etmek kaçınılmazı imkânsız bir zaruret halini almıştır. Bilhassa son senelerde ticareti terkederek kötü niyetli borçluların iş yerlerini 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 icra ve İflâs Kanunu sistemi içinde madde (m. 44) tadil edilmiş, ayrıca bu maddeye muhalefet 337a maddesiyle cezalandırılmıştır” 538 sayılı Kanun hakkındaki Hükümet gerekçesi için bkz. KURU, **Ticareti Terk Eden Tacirler**, s.109 dn.2

¹⁵¹ İBK'nın hüküm fıkrasına göre, “(eski) MK m. 650 (MK m. 724) uyarınca başkasının arsasına kendi levazımı ile bina yapmış olanın iktisabının geçerliliği iyiniyetle hareket etmiş olması şartının tahakkukuna bağlıdır ve vakıa ve karinelerden halin icaplarına göre kendisinden beklenen ihtimamı sarf etmemiş olması itibarıyla kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacağı belirmiş olan levazım sahibi bu maddeye dayanarak temlik talebinde

Yargıtay, önceki kararlarında, istihkak davalarında İİK m. 44 ve İİK m. 280/III'ü birlikte uygulayıp davaları genellikle alacaklı lehine sonuçlandırmışken¹⁵², sonraki kararlarında İİK m. 280/III'ün iptal davalarına özgü olduğunu ve istihkak davalarında uygulanamayacağını belirtmiştir.¹⁵³

Gerek İİK m.280/III, gerekse İİK m.44 (sadece ilk iki fıkra, o da kısmen) İsviçre İİK'nda bulunmayan düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler tamamen Türk kanun koyucunun orijinal düzenlemeleridir.

Yargıtay yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere İİK m. 44 ile İİK m. 280/III ve BK m.179'u birbirine paralel hükümler olarak algılamakta ve BK m.179'daki şartların yerine getirilmemiş olduğu durumlarda dahi, en azından devralanı tek başına devreden borçlarından sorumlu kılmak için "BK m.179 gereği borçlardan sorumludur" demek suretiyle, İİK hükümleri uyarınca devrin iptaline veya iptal davasının istihkak davasına karşı açılmış olduğu hallerde istihkak davasının reddine ve karşılık dava olarak açılan tasarrufun iptali davasının kabulüne karar vermektedir.

Ancak Yargıtay'ın somut olay adaletini sağlamak için BK m. 179'u, İİK m. 280/III veya İİK m. 44 ile beraber uygulaması karşısında, devralanın BK m. 179 gereği sınırsız sorumlu olmasına dayanarak devrin iptaline rağmen alacaklarını alamayan devreden alacaklılarının, devralanın sınırsız sorumluluğuna giderek genel mahkemelerde bakiye alacak için dava açma olanağı tanınmış olduğu yolundaki

(dn.151'in devamı) bulunamaz; karşı taraf da levazım sahibinin kötünietini ispatla yükümlü kılınmaz ve hakim bu durumda levazım sahibinin kötünietini resen nazara alır."

152

İlgili kararlar için bkz. UYAR, **İptal Davaları**, s.117-118 dn.30, 31, 32.

153

"Bu hüküm (İİK m. 280/III) İİK.nun 44. maddesindeki ticareti terk edenlere ilişkin hükümlerle paralellik taşımaktadır. Ticari işletmelerini devir suretiyle ticareti terk edenler bakımından açılan istihkak davalarında 44. madde hükmü uygulanmaktadır. Yalnız iptal davalarında uygulanma yeri olan 280/4 (3). maddesindeki bu "kötü niyet karinesi" sadece bu davalar yönünden getirilmiş özel bir hükümdür." HGK 02.02.2005 04-15-666/1 www.ajanstuba.com.tr.

görüŖ,¹⁵⁴ kanaatimce kabul edilemez. Yargıtay, incelenen kararlarının tamamından anlaŖıldığı üzere, BK m. 179 hükmünü sadece iptal davasına özgü olarak uygulamakta ve devredenin alacaklısına, sadece devir konusu ticari iŖletme veya malvarlığı değeri ile sınırlı olarak alacağını elde etme olanağı tanımaktadır. Çünkü, Yargıtay BK m. 179’u bu anlamda “devralanı sorumluluk altına sokmak aracı” olarak kullanarak, somut olay adaletini bu yolla sağlamayı amaçlamakta ve ticari iŖletmenin veya malvarlığının devrinin iptali durumunda, iptal hükümlerini aşarak devralanın sınırsız sorumluluğuna gidilmesini (söz konusu amacı aşan bir uygulama olacağı için), kabul etmemektedir.¹⁵⁵ Burada Yargıtay’ın uygulamasına getirilebilecek eleŖtiri, BK m. 179’un Ŗartlarının tamamen yerine getirilmesi halinde devralanın sorumluluğu doğacağına göre, Ŗartların yerine getirilmediğı durumlarda yine devralanı sorumlu tutmanın olanaklı olamayacağını bizzat BK m. 179 hükmünden anlaŖılmasıdır.

Bir ticari iŖletmeye sahip tacirin, ticari iŖletmesinin belirli bir kısmını bir başkasına devretmesi, ortak alması veya birden fazla ticari iŖletmesi olan bir tacirin, ticari iŖletmelerinin tamamını devretmeksizin bazı ticari iŖletmelerini başkasına devretmesi, kapatması veya dağıtması haline, ticaretin kısmen terk edilmesi denilir. Ticaretin kısmen terk edilmesi halinde, tacirin üzerinde en azından bir ticari iŖletmenin bir kısmı kalacağından ve TTK m. 14/I gereğı bir ticari iŖletmeyi, kısmen dahi olsa, kendi adına iŖleten kimseye tacir denildiğinden kısmen ticaretini terk eden kimse, bununla tacir sıfatını kaybetmez. Bu sebeple, İİK m. 44/II hükmünün ticareti kısmen terk eden tacir hakkında uygulanmasına olanak ve gerek yoktur. Ancak, İİK m. 44/I hükmü, alacaklıların hak ve yararlarını korumak amacıyla konulduğundan, ticaretini kısmen terk eden tacirler hakkında da uygulanması gerekir. Aksi halde, alacaklılarına zarar vermek amacıyla kötü niyetle ticaretini terk etmek isteyen bir

¹⁵⁴ ARICI, **Ticari İŖletmenin Devri**, s.234.

¹⁵⁵ Bu açıdan yukarıda s.204-205’de önerdiğimiz çözüm tarzı benimsenecek olursa, BK m. 179’un bu Ŗekilde yorumlanıp uygulanmasına gerek olmayacağı kanaatindeyiz.

tacir, küçük bir ticari işletmeyi (veya bir ticari işletmedeki çok küçük bir hisseyi) muhafaza edip, asıl önemli olan ticari işletmelerini (veya, ticari işletmesinin çok büyük bir kısmını) başkasına devrederek veya kapatarak, İİK m. 44 ve 337 a hükümlerinden kurtulabilir. Bu ise, bu hükümlerin konuluş amacına aykırı bir durum doğurur. Bu sebeple kısmen ticareti terk halinde de, İİK m. 44/I ve dolayısıyla İİK m. 337 a hükmünün uygulanması gerekir.¹⁵⁶

Ayrıca ticareti terk ettikten sonra 1 yıl daha iflas yoluyla takip edilecek tacir “gerçek kişi tacirdir”, tüzel kişi tacirler açısından İİK m. 44/II hükmünün uygulama olanağı yoktur; çünkü tüzel kişi tacirler ticareti terk edince tasfiyeye girerler. Tasfiye sonucunda ticaret sicilinden kayıtları silinince, tüzel kişilikleri son bulur ve bu andan sonra da iflas yoluyla takip etmeye olanak yoktur.¹⁵⁷

Son olarak bu konuda değinilmesi gereken hüküm, İİK m. 337a’dır ve ilgili hükme göre:

“44 üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan 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, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Yargıtay’a göre, borçlu şirketin ticaret sicil kayıtlarında faal durumda görünmesinin ticari faaliyetini fiilen sürdürdüğü anlamına gelmemesi karşısında, şirketin suç tarihinde başka bir adreste ticari faaliyetini sürdürüp sürdürmediği araştırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir.¹⁵⁸

Tüm bu söylenenlerden çıkan sonuçlardan biri de, alacaklıları korumaya yönelik getirilen İİK hükümleri olan İİK m. 44 ve İİK m. 280/III ile yine alacaklıları

¹⁵⁶ KURU, “Ticareti Terk Eden Tacirler”, s.117-118.

¹⁵⁷ UYAR, *Şerh*, s.3521.

¹⁵⁸ 17.HD. 17.02.2005 04-9788/1185 www.ajanstuba.com.tr.

korumak amacıyla getirilmiş bulunan BK m. 179 hükmü karşılaştırıldığında, BK m. 179'un sorumluluk açısından devralana sınırsız bir sorumluluk yüklemesine rağmen, İİK hükümleri açısından devralanın sorumluluğunun devraldığı ticari işletme veya malvarlığı değeri ile sınırlı olmasıdır.

VII. 6183 SAYILI KANUN'DAN KAYNAKLANAN TASARRUFUN İPTALİ DAVALARI

Kamu alacakları özel hukuk ilişkilerine dayalı alacaklardan, nitelik itibariyle farklı olduğundan, genel takip yollarından farklı olarak, daha kolay ve daha seri, daha etkili takip usulüne tabidir ve bu amaçla 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun yürürlüğe konulmuştur. Anılan Kanun'da kamu alacağı borçlusunun, kamu alacaklısını zarar uğratmak amacıyla, sahip olduğu malvarlığı değerlerinin elden çıkartması veya azaltması ihtimali de düşünülerek m. 24-31 hükümlerinde bu tür tasarruflara karşı kamu alacaklısı tarafından açılacak tasarrufun iptali davaları düzenlenmiştir.

6183 Sayılı Kanun m. 24 vd. da düzenlenen tasarrufun iptali davası hükümleri İİK m. 277 vd. da düzenlenen iptal davası hükümleri ile benzerlikler gösterir. Bu açıdan her iki dava da şahsi sonuçlar doğuran eda davasıdır. Yani alacak miktarı ile sınırlı olarak tasarrufun iptaline ve tasarruf konusu malvarlığı değeri üzerinde haciz yoluyla takip yapılarak alacağın elde edilmesine olanak tanınır.¹⁵⁹

Her iki dava da genel mahkemelerde görülür.¹⁶⁰ (istisna İİK m. 97/XVII¹⁶¹, 506 sayılı

¹⁵⁹ “Dava 6183 sayılı Yasaya dayanarak açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu davanın kabulü halinde borçlu ya da üçüncü kişi dava konusu edilen malların bedelini ödemekle zorunlu olmayıp, alacaklı iptal edilen mallar üzerinde cebri icra yetkisini kullanma hakkını elde edip, dava konusu malların haciz ve satışı isteyebilir.” 15.HD. 31.10.2001 4374/4905 GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1222.

¹⁶⁰ “Kamu alacağının dava tarihi itibariyle Sulh Hukuk Mahkemesinin görev sınırını belirleyen 400.000.000 TL'den daha fazla olduğu gözden kaçırılarak davanın asliye Hukuk Mahkemesi

Kanun m. 80/VII¹⁶² ve 5411 sayılı Kanun m. 142¹⁶³). Her iki dava açısından da yetkili yer mahkeme HUMK'un genel yetki kuralları uyarınca belirlenen yer mahkemesidir¹⁶⁴ (istisna için bkz. 506 sayılı Kanun m. 80/VII). Ancak istisnaen 6183 sayılı Kanun m. 24'te iptal davasına genel hükümler uyarınca bakılacağı düzenlenmiş olduğundan, (istisna 506 sayılı Kanun m. 80/VII) İİK m. 281'deki gibi basit yargılama usulünü göre davanın yürütüleceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, yetki itirazı durumlarında HUMK'ndaki yazılı usule ilişkin ilk itiraz hükümleri uygulanır.¹⁶⁵

Her iki davanın davacısı da, hacizde açılacak iptal davalarında alacaklı (kamu veya gerçek veya tüzel kişi), iflasta iptal davasında ise iflas idaresidir. (bkz. 6183 sayılı Kanun m. 100)

Yine 6183 sayılı Kanun m. 24 gereği, her ne kadar bu davalara genel hükümler uygulansa da, bu davalar öncelikli görülür ve bu açıdan bu davalara adli tatilde de

(dn.160'ın devamı) yerine Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması da yanlıştır." 15.HD. 23.10.2001 4244/4730 GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1226.

161 Ancak 6183 sayılı Kanun m. 66 ve 68 gereği amme alacağının tahsili için açılacak mahcuz mala istihkak davaları, icra mahkemesinde değil, genel mahkemede görüleceği için, İİK m. 97/XVII hükmü gereğince mahcuz mala istihkak davasına karşılık olarak açılacak tasarrufun iptali davasının icra mahkemesinde görülmesi olanaklı değildir.

162 İlgili hükme göre: "Kurum alacaklarının tahsilinde 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözülmesinde (*tasarrufun iptali davaları dahil*), alacaklı Sigorta Müdürlüğünün bulunduğu yer İş Mahkemesi yetkilidir."

163 İlgili hükme göre "(*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu*) Fon, Fon bankaları ve faaliyet izni kaldırılan bankaların iflas ve tasfiye idareleri tarafından açılacak hukuk davalarına (*tasarrufun iptali davaları dahil*) asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılır." Ayrıca bkz. yukarıda s.180 dn.62.

164 "Dava 6183 sayılı Yasanın 27 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılmış tasarrufun iptali davasıdır. 6183 sayılı Yasada iptal davaları yönünden özel yetki kuralları vazedilmemiştir. O halde üçüncü kişilerin yetki itirazlarının HUMK'nda açıklanan yetki kurallarına göre halli gerekmektedir." 15.HD. 11.09.1990 GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1229.

165 Haşmet Sırrı AKŞENER, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları**, Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2007, s.478; GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1227;

bakılabilir.¹⁶⁶ İİK m. 281/I hükmü gereğince hakime tanınan geniş takdir yetkisi, 6183 sayılı Kanun gereğince açılan iptal davalarında da uygulanmalıdır¹⁶⁷; çünkü İİK’na göre özel bir kanun olan 6183 sayılı Kanun’da açıklık bulunmayan konularda, İİK m. 277 vd. daki hükümler kıyas yoluyla uygulanır.¹⁶⁸

Bu açıdan 6183 sayılı Kanun’da açıklık olmasa da, 6183 sayılı Kanun gereği açılacak iptal davalarında, İİK m. 281 hükmü gereğince dava sırasında ihtiyati haciz kararı verilebilir.¹⁶⁹ Keza davalılar arasında 6183 sayılı Kanun m. 25’te sayılanlar arasında borçlu olmasa da¹⁷⁰, yine kıyasen İİK m. 282 hükmü uygulanmak suretiyle m. 25’te sayılanların yanı sıra, borçlunun da diğerleri yanında zorunlu dava arkadaşlığı hükümleri gereğince, davada hasım gösterilmesi zorunludur.¹⁷¹

Ancak kıyasen uygulanacak hükümler arasında İİK m. 277’nin bulunmadığı ve bu durumda 6183 sayılı Kanun gereğince açılacak tasarrufun iptali davalarında kamu alacaklısının elinde geçici veya kati aciz belgesinin bulunmasının dava şartı oluşturmayacağı ileri sürülmektedir.¹⁷² Ancak kamu tüzel kişileri ve özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri alacaklılar arasında böylesi farklı uygulamaların

¹⁶⁶ GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1229. Aynı yönde 15.HD. 18.12.1990 4505/5592 GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1233.

¹⁶⁷ GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1229.

¹⁶⁸ AKŞENER, **Tasarrufun İptali Davaları**, s.476 ve oradaki 15.HD. 18.05.1992 418/2616 sayılı Karar.

¹⁶⁹ AKŞENER, **Tasarrufun İptali Davaları**, s.478.

¹⁷⁰ İlgili hükme göre: “*İptal borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimselerle, bunların mirasçılara ve suiniyet sahibi diğer üçüncü şahıslara karşı istenir.*”

¹⁷¹ AKŞENER, **Tasarrufun İptali Davaları**, s.476; GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1235.

¹⁷² AKŞENER, **Tasarrufun İptali Davaları**, s.479. Aynı yönde 15. HD 13.11.2002 3823/5130 GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1237. Bu konuda açık hüküm için 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.109/III hükmüne ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na tanınan bu olanakla ilgili Yargıtay kararı için bkz. yukarıda s.180 dn.62.

benimsenmesi kanaatimce hatalıdır.¹⁷³

6183 sayılı Kanun m. 30 hükmüne göre, borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde kamu alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline olanak bırakmamak amacıyla borçlu tarafından yapılan bir taraflı işlemlerle borçlunun amacını bilen veya bilmesi lazım gelen kimselerle yapılan bütün işlemler tarihleri ne olursa olsun hükümsüzdür. Ancak 6183 sayılı Kanun m. 26 gereği, borcun ödenmesi gereken tarihten geriye doğru beş yıl içinde yapılmışsa hükümsüzdür.

İİK m. 280 hükmüne paralel olan bu düzenleme, m. 27-29’da düzenlenen diğer iptale tabi tasarruf sebeplerine göre genel bir nitelik taşıdığından, anılan maddelerin kapsamı dışında kalan durumlarda uygulanır.¹⁷⁴

6183 sayılı Kanun m. 30’da, İİK m. 280/II’nin aksine alacaklı lehine bir kötüniyet karinesine yer verilmediği için, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi, borçlunun eşi veya kan veya sıhri hısımları olsa bile, bu kişilerin kötüniyetli olduklarının, alacaklı kamu idaresi tarafından ispatı gerekir.¹⁷⁵ Ancak kanaatimce haklı olan karşı görüşe göre, ki kamu kişisi ile özel hukuk kişisi arasındaki eşitlik her açıdan sağlanmalıdır, bu durumda da İİK m. 280/II uygulanmalı ve kötüniyet karinesi kıyasen kamu alacaklısı lehine de değerlendirilmelidir.¹⁷⁶

Bundan başka 6183 sayılı Kanun m. 30’da, İİK m. 280/III benzeri bir düzenleme olmadığından, ticari işletmenin veya işyerindeki malvarlığı değerlerinin tamamının veya önemli bir kısmının devri halinde uygulanacak olan kötüniyet karinesinin de

¹⁷³ Bu yönde bkz. Okay DURMAN, “Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku’nda Vatandaş-Devlet Eşitliği”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C.2, Sayı:2, s.203 -214.

¹⁷⁴ GÜNEREN, *Tasarruf İptal Davaları*, s.1274.

¹⁷⁵ UYAR, *İptal Davası*, s.119.

¹⁷⁶ GÜNEREN, *Tasarruf İptal Davaları*, s.1275. Yargıtay’a göre de bu durumda kamu alacaklısı lehine kötüniyet karinesi vardır. Bkz. GÜNEREN, *Tasarruf İptal Davaları*, s.1275 dn.23’teki ve s.1276’daki Yargıtay kararlarına.

6183 sayılı Kanun m. 30 açısından söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁷⁷ Ancak yine karşı görüşe göre, bu durumda da İİK m. 280/III kıyasen uygulanmalı ve kötüniet karinesi kamu alacaklısı lehine değerlendirilmelidir.¹⁷⁸

Yargıtay’a göre de: “Dava konusu olayda borçlu H.’ye ilişkin taşınmaz üzerinde bulunan *ve tapuda kira şerhi mevcut olan benzin istasyonu ve müstemilatı sair davalı şirkete tapuda devredilmek suretiyle satılmıştır. Bu işlem ticari işletmenin önemli bir bölümünün elden çıkarılması ve devri niteliğinde olup gerek BK.nun 179. maddesi uyarınca ve gerekse İİK.nun 280/3. maddesine göre devralan şahıslar devreden şirketin borçlarından sorumlu olduğu gibi işlemin 3. kişi alacaklıdan mal kaçırmak kastıyla yapıldığı da karine olarak kabul edilmektedir.* Devir alan şirket keyfiyeti alacaklıya ihbar etmemiş ve gerekli ilanları da yapmadan devri gerçekleştirdiği için yapılan tasarruf 6183 sayılı Yasa’nın 30. maddesi *gereğince hükümsüz sayılmalıdır.* Bu sebeple mahkemece tasarrufun, 6183 sayılı Kanun’un 30. maddesi gereğince amme alacağının asıl ve ferilerini geçmemek üzere iptal edilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi doğru olmamıştır.”¹⁷⁹

¹⁷⁷ UYAR, **İptal Davası**, s.119.

¹⁷⁸ GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1275. Yargıtay’a göre de bu durumda kamu alacaklısı lehine kötüniet karinesi vardır. Bkz. GÜNEREN, **Tasarruf İptal Davaları**, s.1275 dn.25’teki Yargıtay kararına.

¹⁷⁹ 15.HD. 27.02.2007 06-7545/1231 www.ajanstuba.com.tr

SONUÇ

1) Malvarlığı karmaşık bir yapıya ve hukuki, ekonomik, sosyal olmak çeşitli cephelere sahip olduğu için, hukuk metinlerinde hiç tarif edilmemiştir. Bir kişinin hukuki bir bütünlük oluşturmak üzere sahip veya sorumlu olabileceği, para ile ölçülebilen mal, hak ve borçların tamamına malvarlığı denilir. Malvarlığı bir hukuki bütündür ve kendisini oluşturan unsurlardan soyut bir tümdür.

2) Ticari işletme bir özel malvarlığıdır. Özel malvarlığı bir kişinin malvarlığı içinde ayrı bir hukuki düzene tabi, malvarlığı içinde daha dar ve özel bir şekilde sınırlandırılmış, kendi başına ekonomik gelişme olanağına sahip haklar bütünüdür.

Kanunkoyucu gerek BK m. 179'in başlığında gerekse maddenin içeriğinde genel-özel malvarlığı ayırımına ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır. Bu nedenle BK m. 179 hükmünün özel malvarlığı devirlerine değil, sadece “bütün” malvarlığı devirlerine ve istisnaen kendisi de bir özel malvarlığı olan ticari işletmenin devrine uygulanacağı ileri sürülemez. Maddede işletmenin özel olarak düzenlenmesi, özel malvarlığı devri açısından en sık rastlanacak durumun işletmenin devri olmasındandır. Örnek olarak sayılan özel malvarlığı durumlarında zaten olağan olan bunların tümden devredilmesinin söz konusu olmaması veya devirlerine özel hükümlerin uygulanmasıdır. Yoksa devre ilişkin özel düzenlemelerin olmadığı özel malvarlığı devirlerine de BK m. 179'un uygulanması olanaklı olmalıdır.

3) “İşletme”, emek, sermaye, doğal kaynakları ve tekniği sistemi ve amaca yönelik olarak planlı ve uyumlu biçimde bir araya getirip, ekonomik mal veya hizmet üretmek üzere işleyen birimdir. İşletme kavramının üzerinde uzlaşılan bir tanımı olmamakla beraber “işletme” kavramı açısından yapılan tanımlamaların ortak yönü, işletmenin mutlaka “ekonomik” yönü olduğudur.

4) TTK'nda ticari işletme kavramı tanımlanmamış, sadece hangi müesseselerin ticari işletme sayılacağı ve ticari işletme sayılan müesseselerin tanımlaması gösterilmiştir. TTK tasarısı hükmünde ise mevcut düzenlemelerden farklı bir düzenleme getirilmektedir. Tasarıdaki düzenlemeye göre, ticari işletme, esnaf faaliyeti için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, devamlı ve bağımsız şekilde icra edilen faaliyetlerin yürütüldüğü işletme olarak öngörülmektedir.

Ticari işletmenin doktrinde oybirliğiyle kabul gören unsurlarının Tasarıda yer verilmiş olması olumlu yönüdür. Ayrıca ticari işletme ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen müesseseler olmak üzere üç müesseseyi ifade eden bir üst kavram olması yönüyle, TTK’da sayılı bulunan ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen müesseseler ayırımının kaldırılması da yerinde olmuştur.

5) TTK m. 11 hükmünden çıkan en önemli sonuç ticari işletmenin, bütünlük arzeden bir kavram olduğudur. Bu açıdan devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, ticari işletmeye dahil tüm malvarlığı unsurları devralana geçer. TTK Tasarı m. 11’de açıkça ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebileceği ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceği söylenmektedir; ancak bu sözleşmelerin hepsinin yazılı olması ve sözleşmelerin ticaret siciline tescil edilip ilan edilmesi öngörülmüştür.

Tasarıdaki düzenleme çerçevesinde ticaret siciline tescil ile ticari işletmeye dahil malvarlığı değerlerinin her biri için ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek kalmaksızın devralana geçeceği ileri sürülebilir. Ancak özellikle taşınmazlar açısından dikkatli olmak gerekir. Zira ticari işletmenin tamamını devralmaksızın ticari işletmenin önemli bir kısmını oluşturan taşınmazını devralan, bu devri ticaret siciline işletmeksizin tapu kütüğünde gerekli kaydı yaptırırsa veya marka devrini marka siciline tescil ettirip ticaret siciline tescil ettirmezse, sırf ticaret siciline işletmemesi yönüyle bu devri geçersiz kılmak işlem güvenliğini zedeleyeceği için, ticaret siciline tescili bir düzen hükmü sayıp ticaret siciline tescilin yaptırılmamasını, örneğin parasal yaptırıma tabi kılmak yerinde olacaktır. Ayrıca yazılı şekil karşısında, devrin taşınmazı kapsamaması durumlarında uygulanması da tartışmalara yol açabilecektir

Devir sözleşmesi dışındaki sözleşmeler açısından da düzenleme çerçevesinde bazı sakıncalar söz konusudur. Örneğin kira sözleşmesi açısından ticari işletmenin bir bütün olarak kira sözleşmesine konu olması halinde yazılılık şartı aranması çelişkilere ve tereddütlere yol açacaktır. Aynı şekilde kira sözleşmesinin kuvvetlendirilmiş şahsi hak tanınması amacıyla tapu siciline şerh verilmesine olanak tanıyan MK m. 1009 hükmü karşısında, ticari işletmenin bütününe konu alan kira sözleşmesinin ticaret siciline kaydedilmesinin aynı kuvvetlendirilmiş şahsi etkiyi yaratmayacağı düşünülebilir.

6) İsviçre’de 1 Temmuz 2004’te yürürlüğe giren 3 Ekim 2003 tarihli İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu (Fusionsgesetz-FusG) ile BK m. 179’un kaynak İBK’ndaki karşılığı olan m. 181’e dördüncü fıkra eklendi ve ticaret siciline kayıtlı, özel hukuka göre hak sahibi olanların malvarlıklarını ya da ticari işletmelerini devretmeleri durumunda, hak sahiplerinin hukuki statülerine bakılmaksızın, zorunlu olarak Birleşme Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlendi.

Yeni getirilen malvarlığı devri olanağı nedeniyle, İBK m. 181 hükümlerine göre malvarlığının ve ticari işletmenin devrinin uygulama alanı oldukça daralmış, İBK m. 181 ticaret siciline kayıtlı işletmelerin devrinde artık uygulanmaz hale gelmiştir.

7) 1999 yılında Alman Hukukunda malvarlığını devreden ve devralanın sorumluluğuna ilişkin düzenleme olan BGB m. 419 hükmü, yerine yeni bir hüküm konulmaksızın kaldırılmıştır.

Böylece BGB m. 419 hükmünün yürürlükten kaldırılması sonucu mahkeme dışı mali durumun düzeltilmesi (yeniden yapılandırma) ve mali çıkmaz içinde bulunanların taşınmazlarının serbestçe devri olanakları işler duruma getirilmiştir. Alacaklıların korunması amacıyla gerek iflas öncesi gerekse iflastan sonraki süreç için yeniden daha sert düzenlenerek getirilen itiraz hakları konulmuş, İptal Davası Kanunu çerçevesinde iptal davası unsurlarının artırılması ve İflas Kanunu çerçevesinde iptal davası hükümlerinin artırılması öngörülmüştür.

Alman Hukuku açısından HBG m. 25 hükmü, ticaret şirketlerinin devredilmesi ve aynı ticaret unvanının devam ettirilmesi durumunda devralanın sorumluluğunu düzenlemekte ve iflas masasının yaptığı malvarlığı devirlerinde uygulanmamaktadır.

8) Türk hukukunda malvarlığı veya işletmenin devri, devir konusu malvarlığı veya işletmenin borçlarından sorumluluk BK m. 179’da, borcun nakline ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. BK m. 179 sağlararası iradi devirlere özgüdür ve şartları gerçekleştiğinde aktiflerin devri açısından cüzi halefiyet, pasiflerin devri açısından ise külli halefiyet söz konusudur. İhbarın yapılması sonucu işletme ve malvarlığına ilişkin borçlar, başka hiçbir işlem yapılmasına gerek olmaksızın, kanunen, tamamen devralana geçer ve devredenle devralan müteselsilen tüm borçlardan sorumlu olurlar.

Ticari işletmeler de dahil her tür işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri, BK m. 179'da düzenlenmiştir. Yine bir anonim şirketin, bir başka anonim şirketin sadece işletmesini devralması BK m. 179'a; buna karşılık bir anonim şirketin, bu şirkete ait işletmenin bir başka anonim şirketçe devralınması yoluyla sona erdirilmesi ve sona eren şirket pay sahiplerine diğer anonim şirketin paylarının verilmesi hali ise TTK m. 451'e tabidir. Aynı şekilde, bir gerçek kişiye ya da derneğe ait ticari işletmenin ticaret şirketine devri de, BK m. 179'a tabidir.

9) Tezde değinilen bir diğer düzenleme olan TTK Tasarı m. 194 hükmü yeni bir düzenlemedir ve ticari işletmenin bir ticaret şirketi tarafından devralınmasını açıkça düzenlemektedir. Bu açıdan “bir gerçek kişiye ya da derneğe ait ticari işletmenin ticaret şirketine devri de, BK m. 179'a tabidir” görüşü, Tasarı'nın yürürlüğe girmesiyle uygulanamaz hale gelecektir.

10) BK m.179 gereği malvarlığı veya ticari işletmenin devrine ilişkin devir sözleşmesinde bazı aktiflerin devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılması olanaklıdır. Devralan devraldığı aktiflere ilişkin borçlarla sınırlı olarak sorumlu olur.

BK m. 179 emredici bir düzenlemedir. Sadece pasiflerin veya sadece aktiflerin devrine ilişkin bir devir sözleşmesi, bu madde uyarınca hükümsüzdür. Devir sözleşmesinde aktif ve pasiflerin beraber devri yer almalıdır.

Taraflar iç ilişki açısından bazı pasiflerin devralana geçmeyeceğini kararlaştırsalar ve hatta bunu ilan veya ihbarda belirtsele dahi, alacaklılara karşı ileri sürülemez. BK m. 179'a dayanan bir devir sözleşmesinde devre konu aktiflere ilişkin bütün borçların hiçbir sınırlama yapılmaksızın devralana geçer ve bu borçlardan iki yıl boyunca hem devreden hem devralan müteselsilen sorumlu olur.

BK m. 179 devralanın sorumluluğuna ilişkin ve tamamen alacaklıların korunması amacına yönelik emredici bir özel düzenleme olduğundan, aksinin kabulü durumunda, bazı alacaklılar sadece devredene karşı müracaat olanağına sahip olacakları için aleyhlerine bir durum doğabileceği gibi, aynı işletmenin bazı alacaklıları arasında da farklılık ve eşitsizlik yaratılmış olacaktır. Bu da devre ilişkin rızası aranmayan alacaklıların korunmasız bırakılmasını amaçlamayan kanun koyucunun amacına aykırı hareket edilmesi demek olacaktır.

11) Yeniden yapılandırma hükümlerini detaylı şekilde düzenleyen İsviçre Birleşme Kanunu hükümlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerinin detaylı neredeyse aynen TTK Tasarı hükümlerine alınmasına karşın, malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin alınmamasının nedeni belirsizdir.

Olmayı gereken hukuk açısından malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin TTK tasarısı hükümlerinde yer alması gereklidir. Böylelikle yeniden yapılandırma düzenlemeleri açısından kaynak Kanunla en azından yöntemler açısından yeknesaklık sağlanacaktır.

12) Borçlunun alacaklılarından mal kaçırmaya yönelik tasarruflarından alacaklılarının zarar görmesi muhakkaktır; çünkü takibe geçildiğinde borçlunun borca yeter derecede malının veya hiç malının bulunmaması söz konusu olacaktır. İşte bu nedenledir ki, kanun koyucu, ticari işletmenin veya işyerindeki malların önemli bir kısmının alacaklıları zarar uğratmak kastıyla devredilmesi halinde bu tasarrufların iptalini, iptal davasına ilişkin düzenlemeler arasında yer alan İİK m. 280/III hükmü ile olanaklı kılmaktadır.

İptal davaları ile alacaklı, borçlunun hacizden veya iflastan önce ve aslen geçerli şekilde yapılmış bulunan tasarruflarına konu olan malvarlığı üzerinde, söz konusu mallar borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi bu malları takibe konu edebilir.

13) İİK m. 280/III hükmü, İsviçre SchKG m. 288 ve Alman InsO m.133, 135 ve 136 hükümlerinden bazı unsurları taşıyan ve onların özel bir halini düzenleyen bir maddedir. İşletmenin içinin borçlu tarafından boşaltılmasını engellemeyi amaçlar.

İİK m 280/III hükmü olmasa da İİK m. 280/I hükmü ile ticari işletmenin veya işyerinin ve işyerindeki malvarlığı değerlerinin devrinin iptal davasına konu oluşturması olanaklı kılınabilir. İİK m. 280/I hükmü, SchKG m. 288 ve InsO m. 133 hükümlerine çok benzeyen bir düzenlemedir. İİK m. 280/III'ün korumak istediği hukuki yarar, Alman ve İsviçre'de bu maddeler ile gözetilmiştir.

14) İptal davası ile o mal veya hakkın, tekrar borçlunun malvarlığına geçmesi istenmez; davacı mal veya hak üzerinde, o mal veya hak sanki borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi, borçlunun malvarlığında kalsa idi nasıl takibe maruz kalacak idiyse, cebri icra yoluyla hakkını aramak yetkisi elde eder.

Oysa muvazaalı veya batıl işlemlerde, işlem konusu mal veya hak borçlunun malvarlığı dışına çıkmaz; çünkü muvazaalı veya batıl işlem hükümsüzdür ve bu tür işlemlerin İİK m. 277 vd.'nda yer alan iptal davasına konu oluşturmaları olanaklı değildir; muvazaalı işlemler, istihkak davasına konu oluşturmazlar.

Ancak Yargıtay'a göre, takip hukuku alanında borçlunun gerek özünde geçerli tasarrufları, gerekse hukuken geçerli sayılmayan muvazaalı işlemleri için ayırım gözetmeden tasarrufun iptali kuralları uygulanmalıdır.

Muvazaa gerekçesinin kullanıldığı konumuz ile ilgili Yargıtay kararlarından, yapılan ticari işletme veya malvarlığı devirlerinin muvazaa amaçlı değil, alacaklıları zarar verme kastıyla, tarafların gerçek iradesinin işletmenin veya malvarlığının bir an önce devredilmesini, yani devir işlemin hüküm doğurarak yapılmasını amaçlayan bir sözleşme kurmak şeklinde olduğu kolayca anlaşılmaktadır.

15) Ticari işletmesini veya ticari işletmesindeki malvarlığı değerlerinin önemli bir kısmını alacaklılarına zarar verme kastıyla devreden borçlularla İcra Hukuku hükümleri çerçevesinde mücadele etmek olanağı tanıyan İİK m. 280/III hükmü ile iki taraflı karine getirilmekte ve karinenin aksini ispat yolu da maddede düzenlenmektedir. Yargıtay'a göre bu düzenleme iptal davasına özgüdür.

Anılan karinelere göre borçlunun ticari işletmesini veya işletmesindeki ticari mallarının tamamını veya büyük bir kısmını devralan ya da mallarının bir kısmını devralmakla beraber işyerini sonradan işgal eden üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiği varsayılır. Aynı şekilde bu sayılan hallerde borçlunun da alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiği varsayılır.

16) İİK m. 280/III hükmünün uygulanması için işleme konu oluşturan değer, bir işletme veya işletmenin malvarlığı açısından en önemli unsur olması gereklidir.

17) Ticari işletmesini veya ticari işletmesindeki malvarlığı değerlerinin önemli bir kısmını alacaklılarına zarar verme kastıyla devreden borçlularla mücadele etmek açısından iptal davası yolu ile mücadele olanaklı olduğundan, bu tarz alacaklıları zarar verme kastıyla sadece aktiflerin devrini hedef tutarak yapılan ticari işletmenin veya işletmedeki malvarlığının devri işlemlerinin İİK m. 280/III hükmüne tabi kılarak iptal davasına konu edilmesi durumunda, bu duruma özgü olarak, aciz

vesikasının davanın açıldığı anda aranmaması ve mahkemenin, aciz vesikası alınmasını bekletici mesele yaparak, ilk duruşma gününü ileri bir tarihe vermesi uygun bir çözüm olabilir. Çünkü, aciz vesikasının davacının elinde olması zorunluluğu, iptal davasının açılmasının önündeki en büyük engel olup; Yargıtay kararları, aciz vesikasının davanın devam ettiği sırada alınmış olmasını da bu dava şartının yerine getirilmiş sayılması için yeterli saymaktadır.

Buna uygun olarak, alacaklıları zarar verme kastıyla sadece aktiflerin devrini hedef tutarak yapılan ticari işletmenin veya işletmedeki malvarlığının devri işlemlerinin iptali için açılan davalarda, aciz vesikası aranmaksızın ihtiyati hacze karar verilebilmesi de gerekir. Ancak ihtiyati hacze karar verirken de hakim dikkatli davranması gerekir. Çünkü bazı devirler alacaklılara zarar vermek amacıyla değil, gerçekten alacaklılara yarar sağlamak için yapılmış da olabilir. Örneğin ödeme sıkıntısı başlayan tacirin ticari işletmesini, piyasa koşulları gereğince ve işletmenin devri sonucunda elde edilecek geliri iyi değerlendirip alacaklıların borçlarını zamanında ödeyebileceği amacıyla devretmesi, ancak devre rağmen ödeme dengesinin genel piyasa koşullarının ağırlaşması nedeniyle giderek bozulması ve devirden elde edilen geliri umut edildiği şekilde değerlendirememesi durumunda, ticari işletmeyi devralanı, olası bir iptal davasında daha baştan ihtiyati haciz uygulaması ile karşı karşıya bırakmak da hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Bu nedenle hakim, aciz vesikası aranmamalı, ancak iptal davasını aciz vesikası olmamasına rağmen görmekte iken davacının ihtiyati haciz talebini de her somut olay açısından dikkatlice değerlendirip karara bağlamalıdır.

18) Ticareti terk ederek alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kişilerle etkili bir mücadele için değiştirilerek yürürlükteki haline getirilen İİK m. 44'te, ticareti terk eden tacire bazı yükümlülükleri yerine getirme zorunluluğu getirilmiş, böylelikle her isteyen tacirin alacaklılarına zarar vermek kastıyla hareket edip dilediğince davranıp ticareti terk etmek suretiyle borçlarından kurtulması engellenmeye çalışılmıştır.

19) Yargıtay İİK m. 44 ile İİK m. 280/III ve BK m.179'u birbirine paralel hükümler olarak algılamakta ve BK m.179'daki şartların yerine getirilmemiş olduğu durumlarda dahi, en azından devralanı tek başına devreden borçlarından sorumlu

kılmak için “BK m.179 gereği borçlardan sorumludur” demek suretiyle, İİK hükümleri uyarınca devrin iptaline veya iptal davasının istihkak davasına karşı açılmış olduğu hallerde istihkak davasının reddine ve karşılık dava olarak açılan tasarrufun iptali davasının kabulüne karar vermektedir.

Ancak Yargıtay’ın somut olay adaletini sağlamak için BK m. 179’u, İİK m. 280/III veya İİK m. 44 ile beraber uygulaması karşısında, devralanın BK m. 179 gereği sınırsız sorumlu olmasına dayanarak devrin iptaline rağmen alacaklarını alamayan devreden alacaklılarının, devralanın sınırsız sorumluluğuna giderek genel mahkemelerde bakiye alacak için dava açma olanağı tanınmış olduğu yolundaki görüş kabul edilemez. Yargıtay, BK m. 179 hükmünü sadece iptal davasına özgü olarak uygulamakta ve devreden alacaklısına, sadece devir konusu ticari işletme veya malvarlığı değeri ile sınırlı olarak alacağını elde etme olanağı tanımaktadır. Çünkü, Yargıtay BK m. 179’u bu anlamda “devralanı sorumluluk altına sokmak aracı” olarak kullanarak, somut olay adaletini bu yolla sağlamayı amaçlamakta ve ticari işletmenin veya malvarlığının devrinin iptali durumunda, iptal hükümlerini aşarak devralanın sınırsız sorumluluğuna gidilmesini kabul etmemektedir. Ancak BK m. 179’un şartlarının yerine getirilmesi halinde devralanın sorumluluğu doğacağına göre, şartların yerine getirilmediği durumlarda yine devralanı sorumlu tutmanın olanaklı olamaz ve bu durum bizzat BK m. 179 hükmünden anlaşılmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

ACEMOĞLU, Kevork: **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970.

AFFENTRANGER, Markus: **Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz**, Stämpfli, Bern, 2003.

AKINCI, Oya: **Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1988.

AKKANAT, Halil: “Şekle Aykırılığın Sonuçlarının MK m.2 Hükümü Aracılığı ile Aşılması:Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.1655-1668.

AKKAYA, Tolga: “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, **Legal Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Dergisi**, 2006, Sayı:3, s.661-684.

AKŞENER, Haşmet Sırrı: **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları**, Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2007.

AKYOL, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

AMONN, Kurt /WALTHER, Fridolin: **Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkursrechts**, 7.Bası, Bern, 2003.

ANDRES, Dirk /LEITHAUS, Rolf: **Insolvenzordnung**, C.H.Beck, Münih, 2006.

ARICI, Mehmet Fatih: **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ARKAN, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 8.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005.

ARKAN, Sabih: **Marka Hukuku**, C.II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.

ARSEBÜK, Esat: “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, **AÜHFD**, C.11, 1954, Sayı:1-2, s.4-14.

ARSLANLI, Halil: **Kara Ticaret Hukuku Dersleri-Umumi Hükümler**, 2.Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.

ASLAN, Yılmaz /ŞENYÜZ, Doğan /ERGÜN, Mevci: **İşletme Hukuku**, 2.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2005.

ASLAN, Kudret: **Hacizde İstihkak Davası**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005.

AYİTER, Nuşin: **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.

AYRANCI, Hasan: **Sözleşmelerin Yüklenilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

BAYGIN, Cem: **Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

BECKER, Hermann: **Gmüers Kommentar zum OR (Berner Kommentar zum schweiz)**, Art.181 N.2, Bern, 1941.

BERETTA, Piera: “Vermögensübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes”, **SJZ**, 2002, Sayı:98, C.10, s.249-256.

BERETTA, Piera: **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Schulthess, Zürich, 2004.

BİRSEL, Mahmut Tevfik: **Ticari İşletme Hukuku**, C.1, Ticaret Matbaacılık, İzmir, 1970.

Black’s Law Dictionary, 8.Bası, Thomson/West, New York, 2005.

BLAUNER, Gisela: **Beiträge zur Lehre von der Vermögensübernahme nach § 419 BGB.**, Dissertation, Druck von Albert Teicher, Leipzig, 1934.

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG) vom 13 Juni 2000, BBl, 22.08.2000, Sayı:33.

BOZER, Ali: “Ticari İşletme Üzerinde Mukayeseli Bir İnceleme”, **Batider**, 1962, C.1, Sayı:3, s.366-378.

BÖCKLI, Peter: **Schweizer Aktienrecht**, 3.Basım, Schulthess, Zürich, 2004.

BRAND, Ernst: “Anfechtungsklage”, **Schweizerischen Juristischen Kartothek**, 1944, N.742.

BRAUN, Eberhard: **Insolvenzordnung**, 3.Bası, C.H. Beck, Münih, 2007.

BUCHI, Raffael: **Spin-off**, Stämpfli, Bern, 2001.

BUCHLI, Guido: **Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschaeftes nach Art.181 OR**, Zürich, 1953.

BUDAK, Ali Cem: “Ödeme Güçlüğü veya Ödem Aczi içindeki İşletmelerin Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku”, **Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu**, Yayına Hazırlayan: Ali Cem Budak, 1993, İstanbul.

BÜHLER, Albin: **Die Vermögens-, Geshäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht**, Dissertation, Buchdruckerei Oberland Interlaken, Luzern, 1947.

Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, Açıklamalı Kanun Metni ve İngilizce Tercümesi, KPMG, Legal, Zürich, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm: “Aktuelle insolvenzrechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs und des Effektenwesens”, **Festschrift zum 100-jährigen Bestehen der Konkursordnung**, 1997, s.73-109.

COMMANDEUR, Gert /KLEINEBRINK, Wolfgang: **Betriebs-und Firmenübernahme**, 2. Baskı, C.H.Beck, Münih, 2002. (1.Baskı, 1990)

ÇAĞA, Tahir /KENDER, Rayegan: **Deniz Ticareti Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2004.

DIEM, Andreas: **Die Voraussetzungen der Glaubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht**, Schultess Polygraphischer, Zürich, 1987.

DOMANIÇ, Hayri /ULUSOY, Erol: **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5.Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007.

DURMAN, Okay: **Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama**, Beta Basım, İstanbul, 2002.

DURMAN, Okay: “Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku’nda Vatandaş-Devlet Eşitliği”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, C.2, Sayı:2, s.203-214.

EICKMANN, Dieter /FLESSNER, Axel /IRSCHLINGER, Friedrich/ KIRCHHOF, Hans-Peter /KREFT, Gerhart /LANDFERMANN, Hans-Georg /MAROTZKE, Wolfgang /STEPHAN, Guido: **Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung**, 4. Bası, .CF. Müller, Münih, 2006.

EISEMANN, Hans: “Die Haftung aus Vermögensübernahme – Bundesrepublik, Frankreich, England, Schweiz und Österreich”, **AcP**, 1976, Sayı:176, s.487-517.

ERTEN, Ali: **Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.

ESENER, Turhan: **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1956.

FICK, Fritz: “Von der einschränkenden Auskündigung bei Übernahme eines Vermögens mit Aktiven und Passiven,” **SJZ**, C:XX, 1924, Sayı:15, s.221 vd.

FOERSTE, Ulrich: “Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung”, **NZI**, 2006, Sayı:1, s.6-7.

FRICK, Joachim: **Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz**, Stämpfli, Bern, 2003.

GAUCH, Peter /SCHLUEP, Walter R /JÄGGI, Peter: **Allgemeiner Teil des Obligationenrechts**, 7.Bası, Zürich, 1998.

GEHRIGER, Petrus: “Schweiz: Einführung des neuen Fusionsgesetzes aus steuerlicher Sicht”, **IstR**, 2004, Sayı:3, s. 83 vd.

- DES GOUTTES, Rene: **Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce, en droit suisse et en droit compare**, Imprimerie Atar S.A, Cenevre, 1938.
- GÖLE, Celal: “Tacir-Esnaf Ayrımı”, **Batider**, 1985, C. 13, Sayı: 2, s.53-66.
- GREIFF: **Plancks Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch zu § 419**, C.2, Berlin, 1914.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph /HERRESTHAL, Carsten: “Die Schuldübernahme”, **Jura Heft**, 2002, Sayı:6, s.393-401.
- GÜNEREN, Ali: **İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları**, Ankara, 2004.
- GÜRDOĞAN, Burhan: “**İptal Davaları**”, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsünün Düzenlediği İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara, 1963, s.157-168, s.162.
- HANGARTNER, Walter: **Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht**, Zürich, 1929.
- HASLER, Georg: **Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischem Recht**, Zürich, 1911.
- HATİBOĞLU, Zeyyat /TOKAL, Tuncer: **İşletme**, Ezgi Kitabevi, Bursa, 2001.
- Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Hayat Yayınları, İstanbul.
- HAYRAN, Burhan: **Mal Rejimleri Şerhi**, Adil Yayınları, Ankara, 2004.
- HELVACI, İlhan: **Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- HEILFRON, Ed.: **Römische Rechtsgeschichte und System des Römischen Privatrechts**, 6. Bası, Speyer&Peters, Berlin, 1908.
- HIRSCH, Ernst: **Ticaret Hukuku**, 3.Bası, İstanbul, 1948.
- HÖLZLE, Gerrit: “Sanierende Übertragung – Besonderheiten des Unternehmenkaufs in Krise und Insolvenz”, **DStR**, 2004, Sayı:32, s.1434.
- ISAY, Rudolf: **Das Recht am Unternehmen**, Dissertation, Berlin, 1910.
- İMRE, Zahit: **Türk Miras Hukuku**, 2.Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, 5.Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- İNAN, Ali Naim /ERTAŞ, Şeref /ALBAŞ, Hakan: **İnan Türk Medeni Hukuku-Miras Hukuku**, 6.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- JAEGER, Carl /DAENIKER, Marta: **Schuldbetreibung und Konkurspraxis**, C.I, Polygraphischer, Zürich, 1947, s. 479.

JAEGER, Carl /WALDER, Hans Ulrich /KULL, Thomas M. /KOTTMANN, Martin: **Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**, C.II, 4.Bası, Schulthess, Zürich, 1999.

JAEGER, Ernst /LENT, Friedrich: **Konkursordnung**, C.I, 8.Bası, 1958.

JAFFÉ, Karl: **in Reinhard Bork/ Kurt-Dieter Koschmieder, Fachanwaltshandbuch Insolvenzrecht**, 4.bası, RSW, Münih, 2004.

JAUERNIG, Othmar: **BGB Kommentar**, 8.Bası, C.H.Beck, Münih, 1997.

JAUERNIG, Othmar /BERGER, Christian: **Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht**, 22.Bası, C.H.Beck, Münih, 2007.

KARALAR, Rıdvan: **Genel İşletme**, Yorum Matbaası, Eskişehir, 2005.

KARAYALÇIN, Yaşar: **Ticaret Hukuku**, C.1, 3.Bası, Ankara, 1968.

KAYA, Arslan: **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.

KAYIHAN, Şaban: **Ticari İşletme Rehni**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.

KELLERHALS, F.: **Die Nutznießung am Handelsgeschäft in der Z.f.s.R.n.F.**, C.31, 1912.

KENDİGELEN, Abuzer: “Ticari İşletmenin Devri”, **Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları İle Birlikte)**, C.IV, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s.4-13

KILIÇOĞLU, Ahmet: **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Genişletilmiş 2.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

KIRCHHOF, Hans-Peter: **Münchener Kommentar Insolvenzordnung**, 2.Bası, C.H.Beck, Münih, 2008.

KLÄY, Hans Peter /TURIN, Nicholas: “Der Entwurf zum Fusionsgesetz”, **REPRAX**, 2001, Sayı:1, s.1-39.

KLINGLER, L.: **Die Unternehmungspact**, Dissertation, Zürich, 1943.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: “Takip Hukukunda İptal Davaları“, **YHD**, 1989, Sayı:8, s.1037-1057.

KURU, Baki: **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, İkinci Tıpkı Basım, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2006.

KURU, Baki: “Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler”, **AÜHFD**, 1971, C.27, Sayı:1-2, s.109-118.

LARENZ, Karl: **Lehrbuch des Schuldrechts**, C.1, C.H.Beck, Münih, 1968.

LEEMANN, Hans: **Kommentar zum Sachenrecht in Gmürs Berner Kommentar zum ZGB**, C.IV, 1920-1925,

LEONHARD, Franz: **Allgemeines Schuldrecht des BGB**, C.1, Duncker&Humblot, Münih-Leipzig, 1929.

LIEB, Manfred: “Zufallgeschenke, Haftungsfallen, Unternehmensvernichtungen und Sanierungshindernisse – Einige Gedanken zur Reichweite der Haftung gemäß § 25 HGB”, **Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am 6. November 1995**.

LOSER-KROGH, Peter: “Die Vermögensübertragung, Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes”, **AJP**, 2000, Sayı:9, s.1095 vd.

MENTZEL, Franz /KUHN, Georg /UHLENBRUCK, Wilhelm: **Konkursordnung**, 11.Bası, Franz Vahlen, Münih, 1994.

MUCUK, İsmet: **Temel İşletme**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2005.

NOMER, Füsün N.: **Yatırım Ortaklıkları**, 2.Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2003.

NOMER, N. Füsün: “Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK m.2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000, s.595-624.

NOMER, N. Füsün: “Yatırım Fonlarında Katılma Belgesi Sahibi ile Kurucu Arasındaki Hukuki İlişki ve Katılma Belgesi Sahibinin Hukuki Konumu”, **Ömer Teoman’a 55. Yaşgünü Armağanı**, C.1, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2002, s.595-622.

NÖRR, Knut Wolfgang /SCHEYHING, Robert: **Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, C.II, 1.Bası, 1983.

OERTMANN, Paul: **Die Rechtsbedingung (conditio iuris), Untersuchungen zum bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre**, Wrappers, Leipzig-Erlangen, 1924.

OĞUZMAN, Kemal: **Miras Hukuku**, 5.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Beşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

OĞUZMAN, Kemal /SELİÇİ, Özer /OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Onbirinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

OSER, Hugo: **Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweiz, Obligationenrecht II, Kommentar zu Artikel 181 OR**, Zürih, 1936.

ÖZSUNAY, Ergun: **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.

PALANDT, Otto /HEINRICHS, Helmut: **Bürgerliches Gesetzbuch**, 57.Baskı, C.H.Beck, Münih, 1998.

PALANDT, Otto /GRÜNEBERG, Christian: **Kommentar zum BGB**, 66.Bası, C.H.Beck, Münih, 2007.

PEKCANITEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz /SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral /ÖZEKES, Muhammet: **İcra ve İflas Hukuku**, 5.Bası, Yetkin Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2007.

PEMBEÇİÇEK, Fuat: **Türk Hukuku'nda Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 1999.

PFEIFER, Michael /MEIER, Andreas L.: “Ausschliesslichkeit der Regelung des FusG”, **AJP**, 2004, C.13, Sayı:7, s.833-838.

PFEIFER, Michael /MEIER, Andreas L: **Zürcher Kommentar zum FusG**, Schultess, Zürich, 2004.

POROY, Reha /YASAMAN, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, 10.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

POSTACIOĞLU, İlhan: **“İçtihat Tahlili (Kronik)”**, İHFD, 1954, Sayı:1-4, s.309 vd.

RADO, Türkan: **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1989.

REBMANN, Kurt /SÄCKER, F.J. /RIXECKER, Roland: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, C.2: Schuldrecht Allg. Teil (§§ 241-432), 4.Bası, C.H.Beck, Münih, 2001.

REICHEL, H.: **Die Schuldmitübernahme**, 1909.

REİSOĞLU, Safa: **Borçlar Hukuku**, 19.Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006.

RUEDIN, Roland: “La protection des créanciers dans le projet de loi sur la fusion, in: von der Crone”, Hans Cas-par/Weber, Rolf/Zäch, Roger/Zobl, Dieter (Hrsg.), **Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag**, Zürich, 2003, s.687–703.

SALIS-LÜTOLF, Ulysses von: **Fusionsgesetz**, Nomos, Zürich, 2004.

SCHLECHTRIEM, Peter /SCHMIDT-KESSEL, Martin: **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 2.Bası, Mohr Siebeck, Münih, 1994.

SCHMIDT, Karsten: “Vom Konkursrecht der Gesellschaften zum Insolvenzrecht der Unternehmen”, **ZIP**, 1980, Sayı:7, s.328-336.

SCHMIDT, Karsten: “Was wird aus der Haftung nach § 419 BGB – zugleich ein Aufruf zur Besinnung auf das Modell der Haftungskontinuität bei § 25 HGB”, **ZIP**, 1989, Sayı:16, s.1025 vd.

SEROZAN, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

SIBER, Heinrich: **Schuldrecht**, Weicher, Leipzig, 1931.

SIBER, Heinrich: **Plancks Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch zu § 419, C.2**, Berlin-Leipzig, 1914.

SILLER, Hubert: “Das Vermögen als Kreditunterlage”, **Gruchot Beiträge zu Erläuterung des deutschen rechts**, C.71, 1930.

STODOLKOWITZ, Heinz-Dieter: **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**, 2.Bası, C.H.Beck, Münih, 2008.

TANÖR, Reha: **Türk Sermaye Piyasası**, C.1, 2.Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999.

TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1982.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi /AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TREADWELL, George P.: **Die Geschäftübernahme**, Selbst, Zürich, 1913.

TSCHÄNI, Rudolf: “Der Fusionsvertrag”, **SZW**, 2004, s.197–202.

TUNÇOMAĞ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, C.1, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6.Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.

TURIN, Nicholas: **Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion**, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2003.

TÜRK, Hikmet Sami: **Ticaret Ortaklarının Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986.

Türk Hukuk Lugatı, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.

UHLENBRUCK, Wilhelm /HIRTE, Herbert: **Insolvenzordnung**, 12.Bası, Franz Vahlen, Münih, 2002.

UMAR, Bilge: **Türk İcra–İflas Hukukunda İptal Davası**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1963.

UMUR, Ziya: **Roma Hukuku Lugatı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975.

UYAR, Talih: **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, İzmir, 1992.

UYAR, Talih: **Gerekçeli İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, C.3, Ankara, 2005.

ÜLGİN, Hüseyin /TEOMAN, Ömer /HELVACI, Mehmet /KENDİGELEN, Abuzer /KAYA, Arslan /NOMER ERTAN, N. Füsün: **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: **İflas Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7.Bası, Avcıol Matbaası, İstanbul, 2006.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: **İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasası**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967.

VON BRANDIS, Otto: “Haftung aus Vermögensübernahme und Konkurs”, **Jur. Rundschau**, 1932, s.1 vd.

VON DER CRONE, Hans Caspar /GERSBACH, Andreas /KESSLER, Franz J. /DIETRICH, Martin /Katja BERLINGER: **Das Fusionsgesetz**, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2004.

VON TUHR, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, C.1-2 (Çeviren: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

WARNEYER, Otto: **Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch**, Bem.1, Mohr, Tübingen, 1930.

WERNER, Ebke: **Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bem.II**, Münih-Berlin-Leipzig, 1926.

YASAMAN, Hamdi: **Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

YAVUZ, Nihat: “Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulamasından Örnekler”, **YD**, 1999, s.217-241.

YILDIRIM, M.Kamil: **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.

YILMAZ, Ejder: **İflas İdaresi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976.

ZEUNER, Mark: **Die Anfechtung in der Insolvenz**, C.H.Beck, Münih, 1999.

ZEYTİN, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

ÖZGEÇMİŞİM

ADI SOYADI : Okay DURMAN

ADRESİ : Rıhtım Caddesi No:51 Karaköy/İstanbul

TELEFON : 0 212 244 55 66-0 533 962 70 75

E-MAIL : okayd@global.com.tr

DOĞUM YERİ-TARİHİ : Denizli 27/11/1976

EĞİTİM : *1982-1987 İstanbul Kemal Kaya İlkokulu
*1987-1994 İstanbul Özel Tarhan Lisesi
*1994-1998 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
*1999-2002 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı
*2003-2004 University of East London LLM (Master of Laws- Hukuk Yüksek Lisansı) General Programme
*2002-2008 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı

YABANCI DİLLER : İngilizce- Çok İyi / Almanca (Orta)

İŞ DENEYİMİ : *1999-2003 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
*2005-2006 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
*2006- Global Yatırım Holding A.Ş.-Avukat

ESERLER : *Kadastro Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü-Beta Basım Yayım-Kasım 2002 (168 s.-Yüksek Lisans Tezi)
*İcra-İflas Kanunu-Beta Basım Yayım-Eylül 2003-Mevzuat (368 s.)
* The Impact of Transnational Corporations Before and After the New Turkish Foreign Direct Investment Act-2004, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
*Kadastro Kanunu Şerhi-Adalet Kitabevi-2007 (962 s.-Şerh)
*Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Çocukların Korunması-İstanbul Barosu Çocuk hakları Merkezi Sempozyumu-2004
* The Role of Soft Law in Globalisation- Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Cilt:1 Sayı:2
* Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Vatandaş-Devlet Eşitliği, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Cilt:1, Sayı:2