

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
HUKUK BİLİM DALI

Doktora Tezi

TÜRK HUKUKUNDA İŞLETMENİN DEVRİ

Doğan Kocabey

Danışmanı Prof. Dr. Cevdet Yavuz

İstanbul, 2020

ÖNSÖZ

Hukuk eğitimi ve sonrasında akademik çalışmalarımda çok önemli katkısı olan merhum Hocam Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR’a özel bir yer ayırmak istiyorum. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Sınıfında Medeni Hukuk dersinde bir soru vesilesiyle hocamla tanıştım. Anlattığı konuya merakım hocamı mutlu etmişti. Hocam Ankara Hukuk Fakültesinde öğrenci dostu olarak bilinirdi. Öğrencileri olarak ne zaman bir konuda ihtiyacımız olsa desteğini görürdük. Okuldan mezuniyet sonrası yüksek lisans eğitiminde tez danışmanım oldu. Hocamla birlikte “İnternette Fikrî Hakların Korunması” kitabını yazdık. Doktora eğitimine başlamamı teşvik etti ve yeterlik jürimde de yer aldı. Doktora tezimin konu seçimi, kaynakça taranması, yazımı, düzeltilmesi aşamalarında çok büyük katkısı oldu. Tezin düzeltilmesi aşamasında değerli Hocam Hakkın rahmetine kavuşmuştur. Üzerimde büyük emeği olan ve öğrencisi olmaktan her zaman mutluluk duyduğum Hocamın tez savunmasını görmesini dilerdim. Kendisinin bana hem insani hem de akademik olarak önemli katkısı oldu. Merhum Hocama rahmet diliyor, her vesile ile hayırla yad etmekteyim.

Ders aşamasında öğrencisi olmaktan mutluluk duyduğum, tezimin yazım sürecinde de önemli katkısı olan, büyük saygı duyduğum tez danışmanım değerli Hocam Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a teşekkür ederim.

Yine doktora tezinin araştırma ve yazım aşamasında kendisinden çok yararlandığım, benden katkısını esirgemeyen, yardımsever Sayın Hocam Doç. Dr. Murat TOPUZ’a teşekkür ederim.

Tez araştırma, kaynak tarama ve yazım sürecinde benden desteğini esirgemeyen sevgili eşim Av. Gönül KAPAĞAN KOCABEY’e de teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	xvi
KAYNAKÇA.....	xix
İNTERNET KAYNAKLARI.....	xxxı

§ 1. GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. Konunu Takdimi.....	1
II. Konunun Önemi.....	5
III. Konunun Sınırlandırılması.....	8

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARÎ İŞLETME KAVRAMI, UNSURLARI, ORGANİZASYONU, MALVARLIĞI VE HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI İLE BENZER MÜESSELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

§. 2.GENEL OLARAK İŞLETME KAVRAMI, TİCARÎ İŞLETMENİNUNSURLARI, NİTELİKLERİ VE İŞLETME ÇEŞİTLERİ

I. I. İşletme Kavramı.....	9
II. I. Ticarî İşletme Kavramı.....	11
III. Ticari İşletmenin Varlığı İçin Gerekli Unsurları.....	13
1) Bir İşletme Olmalıdır.....	13
a) Genel Olarak.....	13
b) İşletmenin Unsurları.....	14
aa) Kişi.....	14
bb) Malvarlığı.....	15
cc) Müşteri Çevresi.....	15
dd) İktisadi Faaliyet.....	16
ee) Organizasyon.....	16
2) Gelir Sağlamayı Amaçlamak.....	18

3) Devamlılık.....	19
4) Bağımsızlık.....	20
5) Kazancın Esnaf İşletmesi Bakımından Belirlenen Eşiği Aşması.....	20
IV. Ticarî Nitelikte Olmayan İşletmeler	23
1) Esnaf İşletmesi Kavramı	23
2) Esnaf İşletmesinin Unsurları.....	24
a) İşletmen Kapsamında Sanat ve Ticaretle Uğraşılması Gerekir.....	24
b) İşletmenin Esnaf ve Sanatkâr Dalları Kapsamında Olması Gerekir.....	24
c) Ekonomik Faaliyetinin Bedenî Çalışmaya Dayanması Gerekir.....	24
d) Gelirinin Cumhurbaşkanlığı Kararında Gösterilen Sınırı Aşmaması Gerekir.....	25
3) Diğer İşletmeler.....	25

§ 3. TİCARİ İŞLETMENİN ORGANİZASYON YAPISI VE MALVARLIĞI

I. Ticari İşletmenin Organizasyon Yapısı.....	26
1) Genel Olarak.....	26
2) Ticarî İşletmede Merkez ve Şube Ayrımı.....	27
a) Merkez Kavramı.....	27
b) Şube Kavramı.....	28
aa) Genel Olarak.....	28
bb) Unsurları.....	28
II. Ticari İşletmenin Malvarlığı.....	29
1) Genel Olarak.....	29
2) Ticari İşletmenin Malvarlığının Özellikleri.....	30
a) Ekonomik ve Hukuki Anlamda Bir Bütün Oluşturması.....	30
b) Özel Malvarlığı Teşkil Eder Mi?.....	32
c) Ticarî İşletmenin Özel Bir Malvarlığı Olup Olmadığı İle İlgili Görüşümüz.....	34
3) Ticari İşletmenin Malvarlığı Unsurları	37
a) Genel Olarak.....	37

b) Maddi Unsurlar.....	39
aa) Duran Malvarlığı.....	39
bb)Dönen Malvarlığı.....	39
c) Maddi Olmayan Unsurlar.....	39
aa) Ticaret Unvanı, Ad ve İşaretler.....	39
bb)Fikrî Mülkiyet Hakları.....	40
cc) Haklar ve Alacaklar.....	40
dd) Kiracılık Hakkı.....	41
ee) Müşteri Çevresi/Ticarî İtibar/İşletme Değeri/ Good-will.....	42

§ 4. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ KAVRAMI, DÜZENLEME ŞEKLİ, DEVİRİN UNSURLARI VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. Ticarî İşletmenin Devri Kavramı.....	45
1) Genel Olarak.....	45
2) İşletme/Ticari İşletme Devrinin Düzenleniş Şekli.....	47
a) 818 Sayılı Borçlar Kanunu ve 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Dönemi.....	47
b) Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Dönemi.....	48
3) TBK. m.202/III ve TTK. m. 11/III Düzenlemesinin Tatbik Alanları.....	49
II. Ticarî İşletme Devrinin Unsurları.....	53
1) Devir Sözleşmesinde Ticarî İşletmenin Bütün Halinde Devri Kararlaştırılmalıdır.....	53
2) Ticarî İşletme Devrinin Bildirilmesi veya İlan Edilmesi Gerekir.....	54
a) Devrin Bildirimi, İlanı ve Hukukî Niteliği.....	54
b) Devrin Bildirimi veya İlanın Şekli.....	56
3) İzne Tabi Devirlerde İzin Alınması Gereklidir.....	57
a) İzne Tabi Devirler.....	57
b) Rekabet Hukuku Alanında İzin Alınması Gereken Haller.....	58
aa) Genel Olarak.....	58

bb) İşletmenin Devrinin Bildirilmemesinin Sonuçları.....	60
c) Maden Hukuku Alanında İzin Alınması Gereken Haller.....	61
d) Enerji Hukuku Alanında İzin Alınması Gereken Haller.....	64
aa) Önlisans Sahibi Şirketler Bakımından	64
bb) Lisans Sahibi Şirketler Bakımından	65
III. Ticarî İşletmenin Devrinin Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması.....	67
1) Malvarlığının Devri.....	67
2) Borcun Üstlenilmesi.....	68
3) Sözleşmenin Devri.....	69
4) Alacağın Devri.....	71
5) Birleşme.....	73
a) TBK. m. 203 Kapsamındaki Birleşmeler.....	73
b) Şirketlerinin Birleşmesi.....	73
c) Ticarî İşletmenin Bir Ticaret Şirketi İle Birleşmesi.....	75
6) İşyerinin Devri.....	76
a) İşyeri Kavramı ve İşletme İle Karşılaştırılması	76
b) İşyerinin Devri.....	77
c) İşyerinin ve İşletmenin Devrinin Karşılaştırılması.....	79
d) Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmenin İşyeri Devri İle Karşılaştırılması.....	80

İKİNCİ BÖLÜM

§ 5. TİCARİ İŞLETME DEVRİ SÖZLEŞMESİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, ŞEKLİ, TESCİL VE İLANI

I. Ticarî İşletmenin Devri Sözleşmesi.....	81
1) Devir Sözleşmesi Kavramı.....	81
2) Devir Sözleşmesinin Tarafları.....	84
II. Devir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	85
1) Genel Olarak.....	84
2) Borçlandırııcı İşlem Kavramı.....	85

3) Tasarruf İşlemi Kavramı.....	87
4) Borçlandırııcı ve Tasarruf İşlemi Arasındaki Farklar.....	89
5) Devir Sözleşmesinin Malvarlığına Etkilerinin Mevzuattaki Düzenlemelere Göre İrdelenmesi.....	91
a) 818 Sayılı Borçlar Kanunu Dönemindeki (6762 sayılı TTK) Düzenlemeler.....	91
b) Türk Borçlar Kanunu m. 202 Düzenlemesi.....	91
c) Türk Ticaret Kanunu m. 11/III Düzenlemesi.....	91
d) Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 133/III Düzenlemesi	94
e) Ticarî İşletme Devir Sözleşmesinin Hukuki Niteliğiyle İlgili Doktrinindeki Görüşler.....	94
aa) Genel Olarak.....	94
bb) Devir Sözleşmesinin Borçlandırııcı İşlem Olduğu Görüşü	94
cc) Devir Sözleşmesi Tasarruf İşlemi Niteliğinde Olduğu Görüşü.....	97
1/a) Belirlilik İlkesi Kırılmıştır.....	97
1/b) Devir Sözleşmesi Tasarrufî Bir Sözleşme Olmuştur.....	99
dd) Devir Sözleşmesinin Tasarruf İşleminin Unsurlarını da İçeren Borçlandırııcı İşlem Niteliğinde Olduğu Görüşü	100
ee) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz.....	100
ff) İsviçre Hukukundaki Uygulama.....	107
 III. Devir Sözleşmesinin Şekli.....	109
1) Türk Borçlar Kanunu'na Göre.....	109
2) Türk Ticaret Kanunu'na Göre	112
a) Genel Olarak.....	112
b) Adî Yazılı Şekille İlgili Doktrinindeki Görüşler.....	116
c) İsviçre Birleşme Kanunu'ndaki Düzenleme.....	119
d) Ticaret Siciline Tescil.....	121
aa) Genel Olarak.....	121

bb) Ticaret Siciline Tescilin Genel Etkileri.....	124
1/a) Devir Sözleşmesinin Tescilinin Etkileri Konusunda Doktrindeki Görüşler.....	124
1/b) Devir Sözleşmesinin Tescilinin Etkileri Konusundaki Görüşümüz.....	126
e) Türk Hukukunda Devir Sözleşmesinin Siciller Arasında Bildirimi ve Sicillerin Uyum Sorunu.....	126
aa) Mevzuat Hükümleri ve Sebep Olduğu Sorunlar	126
bb) Sicil Müdürünün Bildirimde Bulunmamasının Sonuçları.....	129
1/a) Genel Olarak	129
1/b) Tapu Sicilinde.....	130
1/aa) Ticaret Siciline Tescilin İyiniyete Etkisi ve Görüşler.....	130
1/bb) Ticaret Siciline Tescilin İyiniyete Etkisi İle İlgili Kanaatimiz.....	132
1/c) Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Sicillerde.....	132
1/d) Gemi Sicilinde.....	133
1/e) Maden Sicilinde.....	134
cc) Tüm Siciller Bakımından Görüşlerimiz.....	135
3) Devir Sözleşmesinin İlanı veya Bildirimi.....	137
aa) Genel Olarak.....	137
bb) Bildirim veya İlanın Şekli.....	138
cc) Hukuki Niteliği.....	138

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARÎ İŞLETMENİN MALVARLIĞI UNSURLARININ DEVRİYLE İLGİLİ İLKELER VE DEVRİN KAPSAMI

§ 6. TİCARÎ İŞLETMENİN MALVARLIĞI UNSURLARININ DEVRİYLE İLGİLİ İLKELER

I. Genel Olarak.....	139
II. Halefiyet Kavramı ve Türleri.....	139

III. Külli Halefiyet ve Cüz'i Halefiyet Kavramlarının Ticarî İşletme Devrinde Sebebiyet Verdiği Sorunlar.....	141
IV. Kısmi Külli Halefiyet.....	142
V. Kısmi Külli Halefiyet İle İlgili Görüşümüz.....	143

§ 7. DEVRİN KAPSAMI

I. Aktiflerin Devri.....	145
1) Genel Olarak.....	145
2) Maddî Unsurların Devri.....	147
a) Duran (Yatırım) Malvarlığının Devri.....	147
b) Dönen Malvarlığının Devri.....	147
3) Maddî Olmayan Unsurların Devri.....	147
a) Ticaret Unvanı ile Ayırt Edici Ad ve İşaretlerin Devri.....	147
b) Fikrî Mülkiyet Haklarının Devri.....	148
c) Haklar ve Alacakların Devri.....	150
d) Müşteri Çevresi/İşletmenin Ticarî İtibarı/Peştamaliyenin (Good-will) Devri	150
e) Sözleşmelerin Devri	151
aa) Genel Olarak	151
bb) Münferit Olarak Sözleşmelerin Devri.....	151
cc) Ticari İşletmenin Devri Halinde Sözleşmelerin Akıbeti.....	152
dd) Ticarî İşletmenin Devri Halinde Sözleşmelerin Akıbeti Hakkında Doktrindeki Görüşler.....	152
ee) Ticarî İşletmenin Devri Halinde Sözleşmelerin Akıbeti Hakkında Görüşlerimiz.....	153
f) Kira Sözleşmelerinin Devri.....	158
aa) Genel Olarak.....	158
bb) Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümleri Arasındaki İlişki.....	159
cc) Kiracılık Hakkını Devreden ve Devralanın Kiralayana Karşı Sorumluluğu.....	164
dd) 6353 Sayılı Kanun'la Getirilen Hükümlerinin Ticarî İşletmelerde Kiracılık Hakkının Devrine Etkisi.....	165
ee) Ticarî İşletmenin Devrinin Kira Sözleşmesinin Geçişini	

Sağlayıp Sağlamadığı İle İlgili Görüşümüz.....	167
g) İş Sözleşmelerinin Devri.....	171
aa) Genel Olarak.....	171
bb)İşçiyi Bilgilendirme veya Danışma Yükümlülüğü.....	171
cc) Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Geçiş İle İlgili	
Düzenlemeler.....	173
1/a) Genel Olarak.....	173
1/b) İş Kanunu m. 6 Düzenlemesi.....	174
1/aa) Genel Olarak.....	174
1/bb) İşyeri Devri.....	174
1/cc) İşyeri Devrinin Koşulları.....	176
1/dd) İşyeri Devrinin İş Sözleşmeleri Bakımından Sonuçları.....	177
1/aaa) Taraf Değişikliği	177
1/bbb) Fesih Yasağı, Niteliği ve Uygulama Alanı.....	178
dd)TTK. m. 178 Düzenlemesiyle Öngörülen Birleşme, Bölünme Ve	
Tür Değiştirme Yoluyla İş Sözleşmelerinin Devri	184
1/a) Genel Olarak.....	184
1/b) Türk Ticaret Kanunu m. 178 Düzenlemesinin Uygulama	
Alanı.....	187
1/c) Türk Ticaret Kanunu m. 178 ile İş Kanunu m. 6	
Hükümlerinin Karşılaştırılması.....	187
1/d) TTK.m. 178 ve İşK. m. 6 Arasındaki Çelişki İle	
İlgili Görüşler.....	188
1/e) Normlar Çatışması Konusunda Görüşümüz.....	191
1/f) TTK m. 178 Hükümünün Getirdiği Yeni Müesseseler.....	193

1/aa) Genel Olarak.....	193
1/bb) İşçiye İtiraz Hakkı.....	193
1/cc) İşçinin İtirazının Sonuçları.....	194
1/aaa) İtiraz ile Birlikte İş Akdi Sona Erer.....	194
1/bbb) Kıdem Tazminatı Sorunu Ortaya Çıkar.....	196
1/dd) İşverenlerin Müteselsil Sorumluluğu.....	197
1/ee) İşçinin Teminat İsteme Hakkı.....	198
ee) Münferit Şekilde Gerçekleştirilen İş Sözleşmelerinin Devri İle İlgili TBK. m. 429 Düzenlemesi.....	198
II. Pasiflerin Devri.....	199
1) Pasiflerin Devri Kavramı	199
2) Ticarî İşletmenin Devrinde Borçların Nakli Bakımından Özel Bir Rejimin Benimsenmesinin Amacı.....	199
3) İsviçre Hukukundaki Düzenleme.....	201
4) Türk Hukukunda Pasiflerin Geçiş İle TBK. m. 202 Düzenlemesinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Alanı	201
5) Borçların Devrinde Taraf İradelerinin Etkisi.....	202
6) Sözleşme Özgürlüğü Sınırının Dışına Çıkılmasının Yaptırımları.....	204
a) Genel Olarak.....	204
b) Yokluk ve Geçersizlik Kavramları.....	204
aa) Yokluk.....	204
bb) Geçersizlik (Hükümsüzlük)	204
1/a) Eksiklik.....	205
1/b) Butlan.....	205
1/c) Kısmî Butlan.....	206
1/aa) Kısmî Butlanın Koşulları.....	206
1/aaa) Objektif Koşul.....	206

1/bbb) Subjektif Koşul	208
1/bb) Kısımlı Butlanın Hüküm ve Sonuçları.....	209
cc) İptal.....	210
7) Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Tutulması İle İlgili	
Doktrindeki Görüşler, Yargıtay Uygulaması ve Görüşümüz.....	211
a) Teminat Teorisi.....	211
b) İrade Serbestisi Teorisi.....	216
aa) TBK. m. 202 (eBK. m.179)'nin Lâfzî Yorumundan Teminat	
Teorisinin Vardığı Sonuç Çıkarılamaz	217
bb) TBK. m. 202'nin Kanun Sistematiği İçindeki Yeri Teminat	
Teorisinin Vardığı Sonuca Götürmez.....	218
cc) TBK. m. 202'nin Düzenleniş Amacı Teminat Teorisinin	
Vardığı Sonuca Götürmez.....	218
dd) İşletmenin Aktiflerinin Pasiflerinin Teminatı Olduğu	
Sonucuna Varılamaz.....	219
ee) Borçlar ve Kişiler Hukuku Kuralları Teminat Teorisi İle	
Bağdaşmaz.....	219
ff) Teminat Teorisi İİK. m. 277 ve İİK. m. 280/III İle	
Uyumsuzdur.....	219
gg) Teminat Teorisi İşletmenin Devrine Hâkim Olan İlkeler İle	
Bağdaşmaz.....	220
c) Bağdaştırıcı veya Ara Görüşler.....	223
d) Yargıtay'ın Uygulaması.....	226
e) Borçların Geçiş İle İlgili Görüşlerin Eleştirisi ve Kanaatimiz.....	227
aa) Genel Olarak.....	227
bb) Devir Sözleşmesinde Hüküm Bulunmaması Hali.....	228
cc) Devir Sözleşmesinde Hüküm Bulunması Hali	228
1/a) Genel Olarak.....	228
1/b) TTK. m. 11 ve TBK. m. 202 Düzenlemesinin	
Lafzından Ticarî İşletmenin Borçlarının Kanun Gereği	
Kendiliğinden Geçtiği Kabul Edilmelidir.....	228

1/c) Ticarî İşletmenin Devrine İlişkin Düzenlemelerin	
Amacından Borçların da Devralana Kendiliğinden	
Gececeği Sonucu Çıkarılabilir.....	229
1/d) Ticarî İşletmenin Aktif ve Pasiflerinin Ayrılabilirliği	
veya Pasiflerin İşletme Bütünlüğüne Etki Etmeyeceği	
Düşüncesine İştirak Etmek Mümkün Değildir.....	229
1/e) Kanunun Sistematiği Gerekçesiyle Pasiflerin Devir	
Kapsamı Dışında Tutulabilirliği Düşüncesine İştirak	
Etmek Mümkün Değildir.....	230
1/f) Ticarî İşletmenin Aktifleri Borçlarının Teminatıdır.....	231
1/g) Alacaklıların Korunması İçin Genel Hükümler Yeterli	
Değildir.....	231
1/h) Alacaklıların Devir Öncesine Göre Daha Avantajlı	
Konuma Getirilmesinin Adaletsiz Olduğu Düşüncesine	
Katılmıyoruz.....	232
1/ı) Azınlıktaki Görüşün Kabulü Mümkün Değildir.....	233
1/i) Teminat Teorisinin Kabulünün Borçlar Hukukunun	
Temel İlkeleri İle Uygun Olmadığı Düşüncesine	
İştirak Etmiyoruz.....	233
1/j) Ticarî İşletmenin Devrinin Devralan Bakımından	
Belirsizlik Oluşturduğu ve Kurumun İşlerliğini Zayıflattığı	
Düşüncesine İştirak Ediyoruz.....	233
1/k) Ticarî İşletmenin Devrinde Alacakların ve Borçların Birlikte	

Devri Nisbi Emredici Bir Hükümdür.....	234
dd)Devir Sözleşmesinde Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Yaptırımı.....	234
1/a) Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Alacaklılar Bakımından Sonuçları.....	236
1/b) Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Taraflar Bakımından Sonuçları.....	238
ee) Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasına Dair Ülkemizdeki Örnek Bir Uygulama	238

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

§ 8. TİCARÎ İŞLETMENİN DEVRİNİN SONUÇLARI

I.	Ticarî İşletmenin Devrinin Genel Sonuçları	242
1)	Ticarî İşletmenin Borçlarından Sorumluluk.....	242
a)	Devralanın Sorumluluğu.....	242
aa)	Genel Olarak.....	242
bb)	Borçların Geçiş Anı	243
1/a)	Geçerli Bir Devir Sözleşmesinin Yapılması	243
1/b)	Devir Sözleşmesinin Sicile Tescili veya Devrin Alacaklılara Bildirimi	244
b.	Devredenin Sorumluluğu.....	246
2)	Devredenin Tacir Sifatının Sona Ermesi.....	248
3)	Devralanın Tacir Sifatını Kazanması.....	249
4)	Devredenin Rekabet Yasağına Tabi Olması.....	249
5)	Devralanın Ticaret Unvanını Aynen Kullanabilmesi.....	251
6)	Devredenin Zapttan Sorumluluk Borcu.....	252
7)	Devredenin Ayıptan Sorumluluk Borcu.....	255
II.	Ticarî İşletme Devrinin Özel Sonuçları (Alacaklılar Bakımından	

İcra İflas Kanunu'nda Öngörülen Sonuçları ve Alacaklıları	
Koruma Yöntemleri).....	259
1) Genel Olarak.....	259
a) Devreden Ticaret Siciline Bildirim ve Mal Beyanında Bulunması Gerekir.....	259
b) Devreden Ticareti Terk Ettiğini İlan Ettikten Sonra Bir Yıl Süreyle İflasa Tabidir.....	259
c) Devreden Tacirin Tasarruf Yetkisi Kaldırılmaktadır.....	259
d) Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Ticarî İşletme Devirleri İptale Tabidir.....	260
e) İstihkak Davaları Bakımından Sonuçları	260
2) İşyerinin Devri Olarak Kabul Edilen Tacirin Ticareti Terki Ve	
Sonuçları.....	263
a) Genel Olarak.....	263
b) Yargıtay Ticarî İşletmenin Devrini İİK.m. 44 Kapsamında Kabul Ettiğinden Tacirin Yapması Gerekenleri Şu Şekilde Sıralamaktadır	265
1/a) İşletme Devrinin Kayıtlı Olduğu Ticaret Siciline Bildirilmesi Gerekir.....	265
1/b) Mal Beyanında Bulunulması Gerekir.....	265
1/c) İşyeri Devrinin İlân Edilmesi Gerekir.....	265
c) Ticareti Terk Bildiriminde Bulunulmamasının Hüküm ve Sonuçları.....	266
3) Hacizde İstihkak Davası	272
a) Hacizde İstihkak Davasının Tanımı ve Amacı.....	272
b) Hacizde İstihkak Davasının Niteliği.....	273
c) Ticarî İşletmenin Devrinde İstihkak Davası.....	273
4) Ticarî İşletme Devirlerinin İİK. m.280/III Hükmü Gereğince	
İptali	275
a) Genel Olarak.....	275
b) İptal Davasının Hukukî Niteliği.....	275
c) İptal, Muvazaa ve Butlana Tabi Tasarruflar Arasındaki İlişki.....	276
d) İptal Davasının Özel Bir Türü Olarak Borçlunun Ticarî	

İşletmesini Veya İşyerindeki Mallarını Devretmesi Hali.....	282
§ 9. SONUÇ.....	286



KISALTMALAR

AB.	Avrupa Birliği
ABD.	Ankara Barosu Dergisi
age.	adı geçen eser
AÜHFD.	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	Anayasa
BATİDER.	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK.	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch(Alman Medeni Kanunu)
bkz.	bakınız
C.	Cilt
c.	cümle
dpn.	Dipnot
DEÜ.	Dokuz Eylül Üniversitesi
DTÖ.	Dünya Ticaret Örgütü
eBK.	818 sayılı Borçlar Kanunu
eTTK.	6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
E.	Esas
EHD.	Enerji Hukuku Dergisi
ESMKK.	Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu
EPDK.	Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu
EPK.	Enerji Piyasası Kanunu
FASB.	The Finansal Accounting Standarts Board (Finansal Muhasebe Standartları

Kurulu)

FusG.	Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung-Fusionsgesetz (Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığının Devri Kanunu)
GKHK.	6570 sayılı Gayri Menkul Kiraları Hakkında Kanun
GÜHFD.	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi
İBK.	İsviçre Borçlar Kanunu
İİK.	İcra ve İflâs Kanunu
İşK.	İş Kanunu
İÜHFM.	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KHK.	Kanun Hükmünde Kararname
LHD.	Legal Hukuk Dergisi
m.	madde
MadK.	Maden Kanunu
MBD.	Manisa Barosu Dergisi
MÜHF-HAD.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG.	Resmî Gazete
RKHK.	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TBB.	Türkiye Barolar Birliği

TBK.	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM.	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK.	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMSF.	Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu
TİRK.	Ticarî İşletme Rehni Kanunu
TRIPS.	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
TRK.	Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TSY.	Ticaret Sicil Yönetmeliği
TST.	Ticaret Sicil Tüzüğü
TTK.	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Vol.	Volume (Cilt)
VUK.	Vergi Usul Kanunu
Y.	Yıl

KAYNAKÇA^{1*}

- ACAR, Faruk** : Kira Hukuku Şerhi (TBK .m 299-332), 4. Bası, İstanbul 2017.
- ACAR, Faruk** :Rehin Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 2017.
- ACEMOĞLU, Kevork** :Borçlar Kanunu 19. Maddesine Göre, Malvarlığı Veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.
- AKÇAAL, Mehmet** :İşletmenin Devri, Ankara 2014.
- AKER, Halit** : Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.
- AKKAŞOĞLU, Şeyma** :Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2017.
- AKINCI, Şahin** : İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, AÜHF, C. 57, S. 3, 2008, s.33-50.
- AKINTÜRK, Turgut** :Yeni Türk Medeni Kanununa Uyarlanmış Medeni Hukuk, İstanbul 2003.
- ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, Candan** :İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi, TBB D, 2014, Sayı 114, s.11-48.
- ALP, Mustafa** :Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178;158;190) Çalışma ve Toplum Dergisi 2012/1, 2-51-74.
- ALPAGUT, Gülsevil** :İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Feshi Hakkı, İstanbul 2010.
- AMIKLIOĞLU, Hüseyin**: Rödövens Sözleşmesi, Ankara 2016.

¹ Dipnotlarda yer alan eserler yazarlarının soyadı ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

ANTALYA, Gökhan/

ACAR, Faruk :Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler), İstanbul 2017.

ANTALYA, O. Gökhan/

TOPUZ, Murat :Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C.I, 3. Baskı, Ankara 2019.

ARICI, Fatih :Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008.

ARKAN, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017.

ASTARLI, Muhittin :Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilenirime Yükümlülüğü TBB. Dergisi, S.104, 2013, s.149-176 (Kısaltılmışı; ASTARLI, Bilgilendirme)

ASTARLI, Muhittin : Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.36, 2013/I, s. 69-107. (Kısaltılmışı; ASTARLI, İtiraz)

ARSLAN, Kudret : Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005.

ARSLANLI, Halil : Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1960.

AYDIN, Alihan :6012 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukukî İşlemlere Konu Olması, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuk Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu,Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 25-26 Kasım 2011, İstanbul 2012, s.9-20.

AYDIN, Sema/KAPLAN, Hasan Ali/

KALYON, Arzu Şen : Ticari İşletme Devri ve Devrinin Sonuçları, GÜHFD., C.XVII, S. 1-2, s.229-260.

AYHAN, Rıza/

ÇAĞLAR, Hayrettin : Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 10. Bası, Ankara 2017.

AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/

ÇAĞLAR, Hayrettin : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Yenilenmiş 4. Bası, 2011 Ankara.

AYİTER, Nuşin : Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, 1968 Ankara.

AYRANCI, Hasan : Sözleşme Yapma Zorunluluğu, AÜHFD. C. 52, S. 3, 2003 Ankara, s.229-252.

BAHTİYAR, Mehmet : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019.

BAHTİYAR, Mehmet : Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, LHD Ekim 2011, S.106, s.3889-3910.

BAŞÖZEN, Ahmet : Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005.

BAŞPINAR, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.

BOHUSOVA, Hana/

SVOBODA, Patric :Intangible Assets Reporting: The Case of Chemical and Pharmaceutical Industry In the Czech Republic, Acta Universitatis Agriculturae Et Silviculturae Mendelianae Brunensis, (2018), s. 433.

BOZER, Ali/

GÖLE, Celal : Ticari İşletme Hukuku, 4.Bası, Ankara 2017.

BOZER, Ali :Ticari İşletme Üzerine Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, Batider, C.I S. 3, Ankara 1962.s.363-372.

BOZER, Ali/

GÖLE, Celal : Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, 17. Bası, Ankara 2004.

BÖRÜ, Levent : İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M. 280); AÜHFD. C.58, S3, Ankara 2009, s.481-537.

CALBOLİ, Irene : Trademark Assignment “With Goodwill”: A Concept Whose Time Has Gone, Florida Law Review, Vol. 57, N.4, 2005, s. 771-842.

CANSEL, Erol : Tapu Kütüğüne İtimat Prensibi, Ankara 1964.

- CARVALHO, Nuno Pires de** : From Babylon to the Silicon Valley—The Origins and Evolution of Intellectual Property: A Sourcebook, ISBN 9789403517544, Kluwer Law International B.V., 2020.
- ÇAYAN, Gökhan** : Sözleşmenin Devri; Ankara, 2106.
- ÇELİKBOYA, Kerem** : Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 2017.
- ÇİL, Şahin** : İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2010.
- DEMİR, Koray** : Ticarî İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar, İÜHFM. Cilt, LXXI, S, s. 103-120, 2013.
- DEMİR, Kübra** : İşyeri Devrinde Deveden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, İstanbul, s.653-681.
- DEMİREL, Duygu** : Ticaret Sicili, Ankara 2016.
- DOĞAN, Murat** : Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra** : İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.
- DOMANIÇ, Hayri/ ULUSOY, Erol** : Ticaret Hukukunun Genel Esasları; İstanbul 2007.
- DURMAN, Okay** : İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009.
- ERDEM, Ercüment** : Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayı, 2013, s.987-1017.
- ERDOĞAN, Kemal** : Rödövens Sözleşmesi, Ankara 2017.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019.

- ERİŞİR, Evrim** :Ticari İlkletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki-Karar İncelemesi); Batider, Cilt XXIV, S. 4, 2008 Ankara, s.271-301.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 2. Basım İstanbul 1977, (Kısaltılmışı; FEYZİOĞLU, Genel).
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin** :Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri C. I, 2. Bası, İstanbul 1970, (Kısaltılmışı; FEYZİOĞLU, Özel).
- GÖLE, Celal** : Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986,s.47-62.
- GÖZLER, Kemal** : Türk Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.I, Bursa 2020.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : Türk Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK. m. 299-356), İstanbul 2015.
- ALP, Mustafa** : Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158, 190) Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, S.32, s.51-74.
- GÜNEREN, Ali** : İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları, Ankara 2008.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E.** :Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik Ve Ticaret Şirketlerine Aynî Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü Ve Hukuki Sonuçları; İÜHFM C. LXXI, S. 2, 2013 İstanbul, s.145-164.
- GÜRDOĞAN, Burhan** : İptal davaları(İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara 1963, s.157-168.

GÜRSOY, Kemal T./

EREN, Fikret/

CANSEL, Erol :Türk Eşya Hukuku, İkinci Baskı, Ankara 1984.

HATEMİ, Hüseyin : Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul 2004.

HELVACI, Mehmet :Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme), İstanbul 2004.

HİRSCH, Ernst : Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1948.

İMREGÜN, Oğuz : Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 3. Baskı, İstanbul 1995.

İNAN, Ali Naim : Medeni Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005.

İNAN, Nurkut : Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları, Rekabet Bülteni, S. 2, 2000, [http://www.esrcr.com/article/1373/birlesme-ve-devralma-\(E.T.20.07.2017\).](http://www.esrcr.com/article/1373/birlesme-ve-devralma-(E.T.20.07.2017).)

İNCEOĞLU, M. Murat : Kira Hukuku, İstanbul, 2014.

KAHRAMAN, Zafer : Ticari İşletme Devrinde Aktif ve pasiflerin İntikali, Prof. Dr. Özer Şeliçi'ni Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C.11, S.145-146, 2016, s.587-630.

KAHVECİ, Nalan :6098 Sayılı TBK.nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.1 Özel Sayı-2017- s. 695-728.

KARAARSLAN, Erol : Alacaklılardan Mal Kaçırma Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: Borçlar Kanunu Madde 179, MBD, S. 70, 1999.

KARAHAN, Sami : Ticari İşletme Kavramı; Batider, C XVII, S. 4, Ankara 1999, s.39-64.

KARAKAŞ, Tülay : Portföy Yönetimi Sözleşmesi, Ankara 2000.

KARAMAN,

Mehmet Halis : Birleşme, Bölünme ve İşletme Devrinde İşçiyi Koruyan Hükümler ve İş Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 41, 2019, s. 106-129.

KARAYALÇIN, Yaşar : Ticaret Hukuku 1, Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.

KENDER, Rayegün/

CETİNGİL, Ergün/

YAZICIOĞLU, Emine : Deniz Ticareti Hukuku, C. I, 14. Bası, İstanbul 2016.

KENDİGELEN, Abuzer : Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler, B. 2, İstanbul 2012, (Kısaltılmışı; KENDİGELEN, Yenilikler).

KENDİGELEN, Abuzer : "Ticari İşletmenin Devri", Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C.IV, İstanbul 2006, (Kısaltılmışı; KENDİGELEN, Mütalaalar).

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara 2019 (Kısaltılmışı- Borçlar).

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979 (Kısaltılmışı- Halefiyet).

KIRKBEŞOĞLU,

Nagehan : Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük, İstanbul 2011.

KOCAMAN, Arif : Alacağın Devrinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, 2. Bası, Ankara 1992.

KOÇ, Nevzat : Genel Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları- I, TBB, Ankara 2008.

KURT, Hayrettin : Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu'nun Değerlendirilmesi, ABD, S. 2014/2, s271-290.

- KURU, Baki** : Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, AÜHFD, C.27, S.1-2, Ankara 1970, s.109-118.
- KÜÇÜKPEHLİVAN, Olcay** : Sözleşmelerin İnternet Aracılığı İle Kurulması ve Geçerliliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- MOROĞLU, Erdoğan** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 6. Bası, İstanbul 2009.
- OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami** : Medeni Hukuk, 23. Bası, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, İstanbul 2019.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, İstanbul 2019.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR, Saibe Oktay**: Türk Eşya Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017.
- OZANEMRE Yayla, Hatice Tolunay** : Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 3, 2016, S. 3, s.2927-2948.
- ÖZ, Turgut** :Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul 2013, s. 223-253.
- ÖZDAMAR, Mehmet** : Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devri, Enerji Hukuku Dergisi, 2014/1.
- ÖZKARACA, ERCÜMENT** : İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi Ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008,s.113-131.

ÖZMEN ETEM, Sabâ /

YÜCE, Melek : Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, 2.952-998.

ÖZSUNAY, Ergun : Kiracılık Hakkının Korunması, (TTK m. 11/2 Üzerinde Bir Araştırma) Ankara 1962.

ÖZTAN, Bilge : Medeni Hukukun Temel Kavramları, 42. Bası, Ankara 2017.

ÖZYÜREK, Hasan Ali : İkale Sözleşmesi, Ankara 2017.

POROY, Reha/

YASAMAN, Hamdi : Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası İstanbul 2015.

POROY, Reha/

TEKİNALP, Ünal/

ÇAMOĞLU, Ersin : Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2017.

PULAŞLI, Hasan : Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020.

SEROZAN, Rona : Medeni Hukuk, 8. Bası, İstanbul 2018.

SİRMEN, Lale : Eşya Hukuku, 6. Bası, Ankara 2018.

SÜZEK, Sarper : İş Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2017, (Kısaltılmışı; İş Hukuku).

SÜZEK, Sarper : İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 15, Özel S. 2013, s.311-330 (Basım yılı 2014). (Kısaltılmışı, Süzek-İşyerinin Devri)

TAŞKIN, Ahmet : İş Hukukunda İşletme Kavramı; ÇTEHD, S.32,2012/I., s.75-112.

TEKİNALP, Ünal : Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Batider, C. XXIV, S. 3, Haziran 2008, s.11-18, (Kısaltılmışı; TEKİNALP, Ticari İşletme).

TEKİNALP, Ünal : Ticari İşletmenin TK m. 11(3)'e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı, BATİDER 60. Yıl Armağanı, 2015 Ankara, s.1-18, (Kısaltılmışı; TEKİNALP, Borçların Yazgısı).

TEKİNALP, Ünal : Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005 (Kısaltılmışı; TEKİNALP Fikri Mülkiyet).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/

AKMAN, Sermet/

BURCUOĞLU, Haluk/

ALTOP, Atilla : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler 7. Bası, İstanbul 1993, (Kısaltılmışı; TEKİNAY, Borçlar Genel).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/

AKMAN, Sermet/

BURCUOĞLU, Haluk/

ALTOP, Atilla : Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1989, (Kısaltılmışı; TEKİNAY, Eşya Hukuku).

TERCAN, Erdal : İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996.

TERCIER, Pierre/

PİCHONNAZ, Pascal/

DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

TOPALOĞLU, Mustafa : Maden Hukuku, Adana 2011, (Kısaltılmışı; TOPALOĞLU, Maden).

TOPALOĞLU, Mustafa : Rödövars Sözleşmelerinin Şekli ve Tescili, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s.205-221 (Kısaltılmışı; TOPALOĞLU, Şekil).

TOPÇUOĞLU, Metin : Yeni TTK'nın ve Yeni TBK'nın Ticari İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, THD., C. 8, S. 81, 2013, s.14-27, (Kısaltılmışı; TOPÇUOĞLU, Kiracılık Hakkı)

TOPÇUOĞLU, Metin : İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun Etkisi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.2 İstanbul 2003, s.252-286 (Kısaltılmışı; TOPÇUOĞLU, Rekabet).

- TOPUZ; Murat** : Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu, 6012 Sayılı 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Türk Ticaret Kanunun Beklerken Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18. S. 2., s.19-80.
- TOPUZ, Seçkin/**
- CANPOLAT, Ferhat** : Kira İlişkisinin Devri-(Yeni)Türk Borçlar Kanunu’nun İlgili 323’üncü Maddesinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi S. 95, 2011, s. 97-134.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** :Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 6. Baskı, İstanbul 1976.
- TÜRK, HİKMET SAMİ** : Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara, 1986.
- TÜRKMEN, Emre** :Tacirin Ticareti Terkinin İcra ve İflâs Kanunun 44. Maddesi Bağlamında Hüküm ve Sonuçları, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi) İzmir 2013.
- UÇKAN, Özcan** : Türk Hukukunda Madencilik, Eskişehir 1983.
- ULUCAN, Devrim** : İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeniyle Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- UYAR, Talih** : Ticari İşletme Devirlerinin Muvazaa Nedeniyle İptali (İİK m. 280), ABD. Yıl 2014/4, s.623-656.
- UYAR, Talih/**
- UYAR, Alper/**
- UYAR, Cüneyt** : İcra İflâs Hukukunda İptal Davaları, 4. Bası, Ankara, 2011.
- UYUMAZ, Alper /**
- GÜNGÖR, Fatma** :Rödovans Sözleşmesi, GÜHFD., C. XIX, Y. 2015, S. 4,s 145-185.
- ÜLGEN, Hüseyin/**
- HELVACI, Mehmet/**
- KENDİGELEN, Abuzer/**
- KAYA, Arslan/**

ERTAN, Nomer Füsün : Ticari İşletme Hukuku 5. Bası, İstanbul 2015.

ÜLGEN, Hüseyin/

ARICI, M. Fatih : İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.2, İstanbul 2010, s.1767-1804.

ÜNAL, Mehmet/

BAŞPINAR, Veysel : Şekli Eşya Hukuku, 9. Bası, Ankara 2017.

VARDAR HAMAMCIOĞLU,

Gülşah : Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı, I. Baskı, İstanbul 2014.

YAKUPPUR, Sendi : Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, 1. Baskı, İstanbul 2016.

YASAMAN, Hamdi : Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt I, İstanbul 2003.

YASAN, Mustafa : Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Kapsamına Kiracılık Hakkının Dahil Olması Sorunu (6102 Sayılı TTK ve 6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Bir İnceleme), BATİDER., C.XXIX, S:3, Eylül 2013, Ankara, s.159-185.

YAVUZ, Cevdet/

ACAR, Faruk/

ÖZEN, Burak : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul, 2016.

YAVUZ, Nihat : Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulamasından Örnekler, YD. 1999,C.1-2, s.101-107.

YILDIRIM, Kamil : Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, İstanbul 2013, s. 471-482.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.bddk.org.tr

www.corpus.com.tr

www.escrc.com

www.fasb.org

www.kararara.com

www.kyhukuk.com.tr

www.kazanci.com

www.lexpera.com.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.sigortadenetim.org

www.telifhaklari.gov.tr

§ 1. GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. Konunu Takdimi

Çalışmamızın konusu, “*Türk Hukukunda İşletmenin Devri*” genel başlığı altında “*Ticarî Nitelikte Olmayan İşletmenin Devri*” ve “*Ticarî İşletmenin Devri*”dir. İşletme, ticarî işletmeye göre daha geniş bir kurumdur. Ticarî işletme daha dar kapsamlıdır. Ticarî işletmenin varlığı için bir işletmenin varlığı yanında TTK m. 11/I’de belirtilen unsurlarında bulunması gerekir. Çalışmamız kapsamı hem işletme hem de ticarî işletmeyi kapsaması için “*Türk Hukukunda İşletmenin Devri*” olarak tercih edilmiştir.

İki kurum bu şekilde bir ayrıma tabi tutulsa da farklı kanunlarda düzenlenmesi beraberinde sorunları da getirmektedir. Kurum hakkındaki esas hükümler Türk Borçlar Kanunu¹ ve Türk Ticaret Kanunu² ile vaz edilmiştir. Bu temel düzenlemeler dışında mevzuatımızda değişik hükümler vaz edilmiştir. Ticarî nitelikte olmayan işletmenin devri, “*Malvarlığının veya işletmenin devralınması*” başlığı altında TBK.³ m. 202’de düzenlenmiştir⁴. Buna karşılık, “*ticarî işletmenin devri*” konusu TTK. m. 11/III’de düzenlenmiştir. Kanaatimizce tek bir kanunda düzenlenmesi gereken müessese, iki farklı kanunda öngörülmüştür. Düzenlemelere ticarî işletme açısından bakan bir yazar⁵, TTK. m. 11/III hükmüyle ticarî işletmenin devrinin doğrudan; TBK. m. 202 ile dolaylı şekilde düzenlendiğini savunmaktadır. TBK. m. 202’de düzenlenen işletmenin devri veya TTK. m. 11/III’deki ticarî işletmenin devri konuları, iki hukuk dalını da yakından ilgilendirmektedir. Dolayısıyla, bu konu –deyim yerinde ise- ticaret hukuku ve borçlar hukuku (medenî hukuk) arasında kalmış gibidir. Müessese, bu iki disiplin arasında paylaşılamayan ve o oranda da aidiyeti belirlenemeyen bir alan haline gelmiştir. Kanaatimizce, bu iki kanundaki düzenlemeler benzer bir müessese konusunda paranın iki yüzü gibi aynı bütünün ayrılmaz bir parçasıdır.

Genel bir ifadeyle TTK. m. 11/III’ hükmünün “*ticarî işletmenin*” aktiflerinin devrinin düzenlendiğini söyleyebiliriz. Buna karşılık, TBK. m. 202 hükmünün ise hem “*ticarî*

¹ Bkz. RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

² Bkz. RG. T. 14.02.2011, S. 27846.

³ Çalışmamızda TBK. şeklindeki kısaltma, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nu ifade etmektedir. Buna karşılık, eBK. veya 818 sayılı Kanun şeklindeki kısaltmalardan maksat ise 818 sayılı ve 30.06.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılan eski Borçlar Kanunu (RG. T. 08.05.1926, S. 366)’dur.

⁴ Bir malvarlığı veya işletmenin devri, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu m. 179’da düzenlenmişti. Metin için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400818.pdf.

⁵ AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin; Ticarî işletme Hukuku, Genel Esaslar, 10. Bası, Ankara 2017, s. 106.

işletmenin” pasiflerinin hem de *“ticarî nitelikte olmayan işletmelerin*” aktif ve pasiflerinin devrinin düzenlendiğini söyleyebiliriz⁶. Buna karşılık, doktrinde TTK. m.11/III hükmüne TBK. m.202’yi tamamlayan veya kendiliğinden uygulanan bir hüküm olmadığı ileri sürülmüştür⁷.

Kanaatimizce, devir konusunda, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunundaki hükümlerinin birlikte uygulanması bir tercih değil; zarurettir. İşletmenin devri ile ticarî işletmenin devri müesseselerini birbirinden ayrı düşünmek imkânsızdır.

TBK. m.202’nin başlığı *“malvarlığının veya işletmenin devralınması”* şeklindedir. Söz konusu hükmün uygulanması için, bir işletmenin alacakları ve borçları ile birlikte devralınması gerekir. İşletmenin aktif ve pasiflerinin birbirinden ayrılması halinde TBK. m. 202 hükmü uygulanmaz. Bu halde münferit bir malvarlığının devrine veya borcun nakline dair hükümler uygulanmalıdır.

TTK. m.11/III’de *“Bütünlük ilkesi”* kenar başlığı altında ticarî işletmenin devri öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, ticarî işletme, unsurlarıyla bir bütün olarak devredilebilir. İşletmeye ait malvarlığına dahil her bir unsurun devri için ayrıca tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek yoktur. Sözleşme adî yazılı olarak yapıp tescil edilince ticarî işletmenin malvarlığı devralana geçer.

Ticarî işletmenin veya işletmenin devri kurumlarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri arasında tam bir uyumun sağlandığı söylenemez. Aralarında astlık/üstlük, öncelik/sonralık veya genellik/özellik ilişkisi olmayan bu kanun gibi iki temel düzenlemelerde, çelişkili ve farklı hükümlerin varlığı, bizi her somut olayda farklı değerlendirme yapmaya mecbur tutmaktadır⁸. Aynı konunun iki farklı kanunda düzenlenmesi veya birbirinden farklı hükümlerin olması doğaldır. Fakat düzenlemeler arasında uyum sağlanması gerekir.

Devir sözleşmesinin şekli ve niteliği konusunda her iki düzenleme arasında önemli farklar vardır. TTK. m.11/III ile ticarî işletmenin devri sözleşmesinin adî yazılı şekilde yapılmasını öngörmüş ve tasarruf işlemi seviyesine yükseltmiştir⁹. Buna karşılık, TBK. m. 202 hükmünde devir sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Sözleşme, borçlandırıcı bir işlem olarak kabul edilmiştir.

⁶ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 107.

⁷ TEKİNALP, Ünal; Ticarî İşletmenin TK m. 11(3)’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı, BATİDER 60. Yıl Armağanı, 2015 Ankara, s.10. (Kısaltılmış; Tekinalp, Borçların Yazgısı).

⁸ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 107.

⁹ TOPÇUOĞLU, Metin, Yeni TTK’nun ve TBK’nun Ticarî İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Terazi, C. 8, S. 81, Mayıs 2012 s.14 vd. (Kısaltılmış; TOPÇUOĞLU, Kiracılık Hakkı).

Türk Ticaret Kanunu ile ticarî işletme devrini kolaylaştırmak adına, tescilsiz iktisap imkânı öngörülmüştür. Ticarî işletmenin aktifindeki malvarlığı unsurlarının her biri için ayrıca tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek duyulmamıştır. Bu düzenleme, belirlilik ve tapu siciline güven ilkesi açısından olumsuz sonuçlara yol açabilir. Hukukî ihtilaflara sebebiyet verebilir.

Türk hukukunda tartışmalı olan ve üzerinde ittifak edilemeyen konulardan birisi, *“işletmenin sadece aktiflerinin devredilip, pasiflerin devir kapsamı dışında tutulup tutulamayacağı”*dır. TBK. m. 202 ve TTK. m. 11 düzenlemeleri karşısında, sadece aktiflerin devredilip, borçların kapsam dışında bırakılmasına dair sözleşmelerin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır.

İsviçre Birleşmeler Kanunu m. 71/1-a düzenlemesi ile devrin kapsamına giren borçların belirlenmesinde kolay bir çözüm öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, devredilen borçların hazırlanan envantere açıkça belirtilmesi gerekir¹⁰. İsviçre Birleşmeler Kanunu m. 71/f.2 uyarınca bunun önşartı, devredilen malvarlığı unsurlarındaki aktiflerin değerinin pasiflerin değerinden fazla olmasıdır. Yani devredilen envanterdeki bakiyenin aktifler lehine artı değerde olması gerekir¹¹.

Türk hukukunda, ticarî işletmenin devrinde borçların devir kapsamı dışında bırakılması konusunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple devredilen malvarlığında pasiflerin değerinin aktiflerden fazla olduğu hallerde, alacaklılara zarar verme kastının olup olmadığının dikkatli şekilde incelenmesi gerekir¹². Türk hukukunda ticarî işletmeyi devralanın, işletmenin malvarlığının bir parçasını oluşturan borçları da üstlendiği kabul edilir¹³. Tartışmalı olan, sözleşmeyle pasiflerinin tamamen veya kısmen devrin kapsamı dışında tutulmasıdır. Üzerinde ittifak edilemediği gibi¹⁴, farklı görüşler ileri sürülen bir konudur¹⁵.

Pasiflerin intikali konusunda, teminat teorisi, irade serbestîsi ve arada kalan görüşler vardır. Teminat teorisini savunanlara göre, pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakıldığı

¹⁰ ÇELİKBOYA, Kerem; Ticarî İşletmenin Devri, İstanbul, 2017, s. 246.

¹¹ ÇELİKBOYA, s. 246.

¹² ÖZ, Turgut; Ticarî İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s.114.

¹³ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, KENDİGELEN, Abuzer; Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler, B. 2, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı, KENDİGELEN, Yenilikler), s. 202.

¹⁴ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 203.

¹⁵ BOZER, Ali/GÖLE, Celal; Ticarî İşletme Hukuku,4.Bası, Ankara, 2017, s. 26 vd.

sözleşmeler geçersizdir¹⁶. İrade serbestîsi teorisi olarak da adlandırılan ikinci bir görüş sahiplerine göre, sözleşme ile pasiflerin devrin kapsamı dışında tutulabilir¹⁷. Bu iki görüşün arasında kalan görüşler de vardır. Bu görüş sahiplerine göre, işletmenin sadece aktifleri devredildiği takdirde, buna TBK. m. 202 hükümleri uygulanmaz¹⁸. Yine azınlıkta kalan başka bir görüş, aktiflerin ile birlikte pasiflerin devrinin de, alacaklıları korumak amacıyla öngörüldüğünü ileri sürmektedir. İşletmenin borçları, başka bir yöntemle teminata alınabilir¹⁹.

Yargıtay, işletmenin sadece aktiflerinin devredilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Bu sebeple devir sözleşmesinin pasifleri de kapsamı gerekir²⁰.

Çalışmamızda, korunması gereken menfaatler, irade serbestîsi ve Türk hukukundaki hükümler göz önüne alınarak vardığımız sonuçlar da ileri sürülmüştür.

İİK. m. 44, 96 vd., 280/III'teki düzenlenmeler ve Yargıtay uygulaması üzerinde durulmuştur. Yargıtay, mevzuatın yeterince koruyamadığını düşündüğü hükümlerini farklı bir yöntemle uygulamaktadır.

Alacaklıların, devrin muvazaalı şekilde yapılmasına karşı korunması ile ilgili İİK. m. 280/III'de bir hüküm öngörülmüştür. Bu hüküm, TBK. m. 202 düzenlemesine göre farklıdır. TBK. m. 202 anlamında kanunun gösterdiği şartlara uygun yapılan bir devirde, devralanın tüm malvarlığıyla sınırsız şekilde sorumluluğu öngörülmüştür. Buna karşılık, devrin alacaklılara zarar verme kastıyla yapıldığı İİK. m. 280/III hükmünde sorumluluk daha hafiftir. Çalışmamızda bunlar da incelenmiştir.

Türk hukukunda, ticarî işletmenin devredilmesi halinde genel sözleşmelerin geçişi konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple sözleşmelerin de diğer malvarlığı unsurları gibi devir kapsamında olup olmadığı konusunda tartışmalar vardır. Buna karşılık, İş Kanunu m.6 ile işyeri devri halinde iş sözleşmelerinin kendiliğinden devralana geçeceği özel olarak düzenlenmiştir. Yine TTK. m.178 düzenlemesi ile birleşme, bölünme ve tür değişikliği yoluyla gerçekleşen devirlerde iş sözleşmelerinin nakli ile ilgili özel bir hüküm öngörülmüştür. Düzenlemelerdeki çelişkili hükümlerin bağdaştırılması ve çözüm yolları

¹⁶ ACEMOĞLU, Kevrok; Borçlar Kanunu 19. Maddesine Göre, Malvarlığı Veya Ticarî İşletmenin Devri, İstanbul 1971, Önsöz s. III.

¹⁷ ARICI, M. Fatih; Ticarî İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s. 150 vd.

¹⁸ KARAYALÇIN, Yaşar, Ticarî İşletme Hukuku, I. Giriş, Ticarî İşletme, 3. Bası Ankara, s 184-185.

¹⁹ AYDIN, Sema/KAPLAN, Hasan Ali/KALYON, Arzu Şen; Ticarî İşletme Devri ve Devrinin Sonuçları, Gazi Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Y.2013, S. 1-2,s.229-260.

²⁰ AKÇAAL, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara, 2014, s. 21. Bkz. 13. HD, T. 8.12.1994, E. 1994/9457, K. 1994/11059 (Karar metni için bkz. Kazancı Bilişim İhtihat Bilgi Bankası).

aranmıştır. Farklı hükümler, sorumluluk ve bunun kapsamı tartışmaları beraberinde getirmiştir²¹.

Ticari işletme devrinde kira sözleşmesinin geçişi için kiralayanın rızası ile ilgili özel düzenleme olmadığı için tartışmalar yaşanmaktadır. Münferit kira sözleşmelerinin devri TBK. m. 323 ile hükme bağlanmıştır²². Ticari işletme devrine ilişkin TTK. m. 11/III hükmünde, kira sözleşmeleri de devrin kapsamında sayılmıştır. Bu konudaki farklı hükümlerin bağdaştırılması ve nasıl anlaşılması gerektiği irdelenmiştir.

Türk hukukunda ticarî işletmenin devri ile ilgili bu temel kanunlardaki düzenlemeler yanında özel kanunlarda da hükümler öngörülmüştür. Devletin lisans vermek suretiyle yaptırdığı madencilik ve enerji sektöründeki düzenlemeler dikkate değerdir. 3213 sayılı Maden Kanunu²³ irdelenmiştir.

Enerjide arz güvenliğinin önemi sebebiyle, kanun koyucu tarafından, enerji üretimi, dağıtımı gibi faaliyetler özel kişilere lisans verilmek suretiyle yaptırılmakta ise de işletmelerin ortaklık yapısının değişmesiyle ilgili işlemlerin idarenin gözetimi ve denetimi altında olmasından taviz verilmemiştir. 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanunu²⁴ devirlerde Enerji Piyasası Kurulundan²⁵ izin alınmasını öngörmüştür.

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu²⁶ düzenlemesinde devir işlemleri Kurul iznine tabi tutulmuştur²⁷.

II. Konunun Önemi

Ticarî işletme hem ekonomik anlamda hem de hukuki anlamda önemli bir kurumdur. Ticarî işletme, ekonomik anlamda, ürün ve hizmetlerin üretildiği ve piyasaya arz edildiği bir organizasyondur. Ticarî işletme, ekonomik hayatın merkezinde, mal ve hizmet üretimlerinin

²¹ ALP, Mustafa, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178;158;190) Çalışma ve Toplum Dergisi 2012/1 s. 51-74.

²² Bu hüküm, sonradan yapılan 6353 sayılı Kanunun 54. maddesi ile değişik geçici 2. madde düzenlemesi ile uygulamada büyük sorunlara yol açacak şekilde değişikliklere uğramıştır.

²³ Bkz. RG.15.06.1985, S.18785.

²⁴ 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun. RG. T. 3.03.2001, S.24335 Mükerrer.

²⁵ Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurulu çalışmamızın bundan sonraki aşamalarında enerji hukuku alanında kullanıldığı şekliyle, "Kurul" ifadesi ile anılacaktır.

²⁶ Elektrik Piyasası Kanunu, RG. T., 30.03.2013, S.26803. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130330.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130330.htm>. (Erişim tarihi, 30 Eylül 2017).

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR, Mehmet; Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Şirketlerde Pay Devri, EHD., 2014/1.

nerdeyse tamamını karşılayan organizasyondur. Ekonomik hayatın içinde yer almak isteyen kişilerin ya bir işletme kurması ya da devralması gerekmektedir. Bir işletmenin kurulması, müşteri çevresi edinmesi, belli bir organizasyon seviyesine ulaşması oldukça zahmetlidir. Bu sebeple ekonomik hayatta yer almak isteyenlerin veya pazar paylarını büyötmek isteyenlerin kullanabileceğı en önemli araçlardan birisi ticarî işletmenin devralınmasıdır.

Türk hukuku bakımından TTK. m.11/III düzenlemesi ile oldukça köklü değışiklikler getirilmiştir. Ticarî işletme, bir hukuk kişisi olmadığı halde ticaret hukukunun temelinde yer almaktadır. TTK. m. 11/III düzenlemesi ile tescilsiz iktisab, ticarî işletmenin bir kül olarak devri, sözleşmesinin şekli ve malvarlığı unsurlarının ayrı bir tasarruf işlemine gerek olmaksızın devri ile ilgili hükümler getirilmiştir.

Kuruma işlerlik kazandırmak için TTK. m. 11/III düzenlemesiyle öngörölen yenilikler beraberinde tartışmaları da getirmiştir. Doktrinde bazı yazarlar, TTK. m. 11/III düzenlemesinin getirdiğı hükümleri ve yenilikleri –deyim yerinde ise- hatadan varestede olarak kabul etmektedirler²⁸. Buna karşılık, başka görüş sahipleri, aynı hükümleri, adeta yerden yere vurmaktadır²⁹.

Ticarî işletmenin devri, iktisadi hayatın gereğı olarak ortaya çıkmış ve zamanla önemli gelişmeler kaydetmiş bir müessesedir. Ticarî hayattan çekilme gereğı duyan kişiler işletmelerini tasfiye etmeden devir yoluyla ayakta tutma imkânına sahip olabilmektedir. Bu devirler çoğunlukla alacaklıların veya çalışanların haklarının korunması bakımından faydalı olmaktadır. Zira işletmeyi devralanların işletmeye yeni malî kaynak aktarması veya teknoloji aktarımı sebebiyle hakları eskiye nazaran daha güvenceye kavuşmakta ve dolayısıyla menfaatine olmaktadır. Ticarî hayatta tüm işletme devirleri ideal bir amaçla yapılmamaktadır. Gerçekten de, uygulamayı en fazla meşgul eden devirler, alacaklılardan mal kaçırmak veya işçilik alacakları bakımından sorumluluktan kaçınmak amaçlı yapılmaktadır. Bu sebeple, işletme devirlerine yabancı olan alacaklıların, çalışanların veya üçüncü kişilerin korunması son derece önemlidir. Bu hususlar tez konusunun seçiminde etkili olmuştur.

Türk hukukunda tartışmalı ve üzerinde ittifak edilemeyen, “*işletmenin sadece aktiflerinin devredilip, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması*” konusu çalışmanın seçiminde önemli bir rol oynamıştır. Pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasıyla ilgili emsal bir uygulama çalışmanın önemini artırmaktadır. 2000’li yılların başında batık bankalara el konulması yaygındı. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından, el konulan

²⁸Bu konuda geniş bilgi için bkz. BAHTİYAR, Mehmet; Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticarî İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, LHD. Ekim 2011, S.106, s. 3889-3910.

²⁹ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.192.

altı banka 18 Mayıs 2001 tarihinde ³⁰ tek çatı altında toplanmış ve 10 Ağustos 2001 tarihinde de bir ortaklığa satılmıştır³¹. Ancak, daha sonra söz konusu bankanın hisseleri BDDK. izni ile yabancı bir ortaklığa devredilmiştir³². Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu tarafından 2008 yılında bankalar sadece mevcut aktifleri ile devredilmiştir. Pasifleri TMSF. kendi üzerinde tutmuştur. TMSF ile yapılan bu devir sözleşmesinde, bankaların –deyim yerinde ise- “*tüm borç yükünü üzerine alarak, borçlardan arandırılmış*” şekilde devredilmesi esası kabul edilmiştir.

Bankaların Türkiye dışındaki off-shore hesaplarına para yatıranlar tarafından dava açılmıştır. Mudiler tarafından açılan davalar devralan banka aleyhine sonuçlanmıştır. Devralan banka ödediği bedelleri, devir protokolü gereği TMSF.’ye rücu etmiştir. TMSF. ise devir protokolündeki hükümler gereğince devralan bankaya bu bedelleri ödemek zorunda kalmaktadır. TMSF tarafından devralan bankaya “*devir protokolü tarihinde var olmayan sebeplerin sonradan ortaya çıkması*” sebebiyle uyarılma davası açılmıştır. Pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması ile ilgili bu uygulama tezin önemini artırmaktadır.

Tez konusunun bu şekilde seçilmesinde, kanun koyucuya yol göstermek amacı da takip edilmiştir. Mukayeseli hukuktaki düzenlemeler ve sonuçları dikkate alınarak incelenmiştir. Bu sebeple, ileride yapılacak kanun değişikliği için kanun koyucuya yol göstermek, tezin amaçları arasındadır. Tezin amaçlarından birisi de ticarî işletmenin devri ile ilgili Türk hukukunda mevzuattaki bu dağınık, sorunlara yol açan hükümleri vurgulamakla kalmayıp, çözüm yolları da önermektir. Mevzuattaki dağınık hükümler yerine bağımsız bir işletmenin devri kanununa olan ihtiyacı da vurgulamak amaçlanmıştır.

İşletmenin devri müessesesi hakkında borçlar hukuku, ticaret hukuku, iş hukuku, icra iflas hukuku, rekabet hukuku, maden hukuku, enerji hukuku açılarından da ele alan bir çalışma bugüne kadar yapılmamıştır. Bu eksiklik de tez konusunun belirlenmesinde etkili olmuştur.

³⁰Egebank, Sümerbank, Yurtbank ve Yaşarbank AŞ’nin 21 Aralık1999 tarihli 99/13765 sayılı Bakanlar Kurulu kararı çerçevesinde o tarihte yürürlükte olan Bankalar Kanunu’nun 14. maddesinin 3. fıkrası hükmüne dayanarak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) bünyesine alınmasına karar vermiştir. 22 Aralık 21999 tarih ve Mükerrer 23914 sayılı RG.

Bkz. www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23914_1.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23914_1.pdf.

Bank Kapital’e, BDDK’nın 27 Ekim 2000 tarih ve 85 nolu kararı ile el konulmuştur. Bkz. R.G. 27.10.2000 tarih ve 24213 Mükerrer.

Bu bankalar Sümerbank bünyesi altında birleştirildikten sonra, tamamı TMSF’ye ait olan Sümerbank hisseleri, 10 Ağustos2001 tarihinde imzalanan hisse devir sözleşmeleri ile Oyak Holding tarafından satın alınmıştır. BDDK ’nın 2 Ocak2002 tarihli kararı ile verilen izin çerçevesinde Banka Oyak Bank ile birleştirilmiştir.

Bkz. http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Duyurular/Basin_Aciklamalari/Basin_Aciklamalari.aspx

³¹ Bkz. http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Duyurular/Basin_Aciklamalari/Basin_Aciklamalari.aspx

³² Bkz. http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Duyurular/Basin_Aciklamalari/Basin_Aciklamalari.aspx

III. Konunun Sınırlandırılması

Tezimizin konusu ticarî işletmenin devri olup, çalışmamızda asıl olarak, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu ile öngörülen düzenlemeler üzerinde durulmuştur. Özellikle önem arz eden hususlar detaylı şekilde incelenmiştir. Müessesenin Türk hukukundaki eski hükümleri de ele alınmıştır. Zira kökeni bilinmeyen kurum hakkında bugünkü düzenlemeler yeteri kadar anlaşılamaz.

Tezimizin konusu itibarıyla ticarî işletmenin devri sözleşmesinin niteliği, tescilin etkisi, özellikle işletmeye dâhil malvarlığının geçişi ile ilgili kısmi külli halefiyet konuları üzerinde durulmuştur. Çalışmamızda ticarî işletmenin alacak ve borçlarıyla bütün olarak devri konusu ele alınırken, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması ve emsal bir uygulama olan TMSF'nin devir protokolü üzerinde de durulmuştur.

Çalışmamızda genel sözleşmelerin devri, iş sözleşmelerinin ve kira sözleşmelerinin geçişi, sonuçları, sözleşmede kalan bakımından çözüm önerileri tezin konusu ile ilgisi bakımından irdelenmiştir.

Çalışmanın konusu ile bağlantısı ve uygulamadaki önemi sebebiyle, ticarî işletme devrinin özel sonuçları kapsamında İcra İflas Kanunu'nda öngörülen düzenlemeler üzerinde durulmuştur. Özellikle alacaklıların menfaatlerinin korunması, zarar vermek kastıyla yapılan devirlerde alacaklıların korunması da ele alınmıştır.

İşletmenin devri kurumunu Türk hukuku bakımından bütünlüklü şekilde incelemeyi amaçladık. Bu sebeple genel hükümlerin yanında, özel kanunlardaki düzenlemeler de irdelenmiştir.

Tezimizin birinci bölümünde işletme ve ticarî işletme kavramı, unsurları, organizasyonu, malvarlığı ve hukuki işlemlere konu edilmesi ile benzer müesseselerle karşılaştırılması konuları incelenmiştir.

İncelememin ikinci bölümünde ticarî işletmenin devri sözleşmesi, hukuki niteliği, şekli ve özel hükümler üzerinde durulmuştur.

Tezimizin üçüncü bölümünde ticarî işletmenin devrinin kapsamı incelenmiştir.

İncelememin dördüncü bölümünde ticarî işletmenin devrinin sonuçları üzerinde durulmuştur.

Çalışmamız sırasında vardığımız kanaatler, toplu olarak “Sonuç” kısmında yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME KAVRAMI, UNSURLARI, ORGANİZASYONU, MALVARLIĞI, İŞLEMLERE KONU EDİLMESİ İLE BENZER MÜESSELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

§. 2.GENEL OLARAK İŞLETME KAVRAMI, TİCARİ İŞLETMENİN UNSURLARI, NİTELİKLERİ VE İŞLETME ÇEŞİTLERİ

I. İşletme Kavramı

“İşletme”, üretim faktörlerini uyumlu ve plânlı şekilde bir araya getirilerek, mal ve hizmet üretimi, pazarlanması, gelir temini¹için faaliyet gösterilen kurumu ifade etmektedir². Başka bir tanımda “işletme”, kapital, işgücü ve müteşebbüs öğelerinin bir araya gelmesi, belirli bir yapı içinde ve bir cüz-ü tam şeklinde faaliyette bulunması olarak ifade edilmektedir³. Bir tanımda ise işletme, bir girişimci tarafından mali fayda elde etmek için emek ve sermayesinin müstakil şekilde biraya gelmesi olarak da tanımlanmıştır⁴. Doktrindeki, emek ve sermayenin belirli organizasyon çerçevesinde bir araya getirilmesine de işletme denilmektedir⁵.

Türk Ticaret Kanunu’nun esas kurumlarından birisi olarak kabul edilen “*ticarî işletme*”, esnaf işletmesi için belirlenen hududun üzerinde hasılat sağlamayı hedefleyen, faaliyetlerin sürekli ve bağımsız yürütüldüğü yerdir. Ticarî işletme maddî ve gayri maddi unsurları kendisinde bulunduran mali bir değer olarak, eşya hukuku bakımından bir hukuk objesi olmadığı gibi; bir hukuk kişisi de değildir⁶.

Bir görüşe göre, ticarî işletme, herhangi mali etkinlikle uğraşan teşekkülün ticarete has olan organizasyon, yöntem ve düşünce işletilmesi anlamına gelir⁷. Bu düşüncedeki yazara göre, burada önemli olan ticarî organizasyon, metod ve zihniyettir. Bir iktisadi işletme bu şartlarla işletiliyorsa ticarî işletme vardır⁸.

¹ TAŞKIN, Ahmet; İş Hukukunda İşletme Kavramı; Çalışma ve Toplum Dergisi, S.32,2012/I, s. 75-112.

² AKÇAAL, s. 19 vd.

³ POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi; Ticarî İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15. Bası, İstanbul 2015, s.32.

⁴ ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017, s. 26.

⁵ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 90.

⁶ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 89.

⁷ HIRSCH, Ernst; Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, 1948, s. 103 vd.

⁸ DOMANİÇ, Hayri /ULUSOY, Erol; Ticaret Hukukunun Genel Esasları; İstanbul 2007, s. 144.

Başka bir yazara göre, ticarî işletme, devam niyeti ile ticarî metod ve organizasyonla çalışmayı gerektiren hacim ve büyüklükte iktisadi faaliyetle mevzu ittihaz eden işletmelerdir⁹.

Yukarıdaki düşünce ve tanımlamalardan hareketle, her “ticarî işletme” özde bir “işletme” olmak durumundadır. Buna karşılık her işletmenin ise bir ticarî işletme olmadığını söylemek mümkündür. Esnaf işletmesi ekonomik anlamda bir işletme olarak kabul edilse de ticarî işletme değildir¹⁰. Bir değerlendirmeye göre, bütün ticarî işletmeler bir işletmedir. Fakat her işletme aynı zamanda bir ticarî işletme teşkil etmez. İşletme aslında, esnaf işletmesi ve ticarî işletmeyi de içine alan daha geniş bir kavram olarak kabul edilebilir¹¹.

Uygulamada büyüklüklerine göre büyük, orta ve küçük işletmeler şeklinde sınıflandırmalar olduğu gibi, ticarî işletmeler ve ticarî nitelik taşımayan işletmeler şeklinde sınıflandırmalar da vardır¹². Doktrinde işletme ve teşebbüs¹³ ifadelerinin farkı¹⁴ üzerinde durulsa da¹⁵ Türk Ticaret Kanunu’nda “*ticarî işletme*” merkez kavram olduğu kabul edilir.

Ticaret hukuku, kendisini ayırt etmek ve bağımsız bir hukuk dalı olmak için ticarî işletme kavramını kullanmaktadır. Ticarî işletme aslında özel hukukun temelini oluşturan borçlar hukuku ve medeni hukuktan ayıran ve ticaret hukukuna ayrı bir nitelik veren kavram olarak görülmektedir¹⁶.

Hukuki anlamda ticarî işletmenin varlığının kabulü için birtakım unsurların bulunması gerekir. En başta bir işletmenin varlığı şarttır. İşletmenin varlığı şartı dışında, TTK m. 11/ I’de belirtilen diğer unsurların da bulunması gereklidir. Bunlar devamlılık, gelir getirmeyi amaçlama, bağımsızlık ve esnaf faaliyetini aşmaktır¹⁷.

İşletmenin varlığı için doktrinde farklı şekilde tanımlamalar ileri sürülmüştür. Bunların sınıflandırmak gerekirse, kişi, malvarlığı ve müşteri çevresi bir araya geldiğinde bir işletmenin varlığından söze edilebilir. Herhangi bir varlığın işletmeye vücut vermesi için bir araya gelmesi gereken bileşenler kişi, malvarlığı ve müşteri çevresidir.

⁹ ARSLANLI, Halil; Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası İstanbul 1960, s. 21.

¹⁰ ARKAN, s. 27.

¹¹ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 91.

¹² AKÇAAL, s. 24 vd.

¹³ ARSLANLI, s. 16 vd.

¹⁴ KARAYALÇIN, s.156 vd.

¹⁵ BOZER, Ali; Ticarî İşletme Üzerine Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, Batider, C.I S.3, Ankara 1962, s.363-372.

¹⁶ TEKİNALP, Ünal; Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Batider, C. XXIV, S. 3, Haziran 2008, s.11-18,(Kısaltılmışı; TEKİNALP, Ticari İşletme).

¹⁷ DOMANIÇ/ULUSOY, s. 145 vd.

II. Ticarî İşletme Kavramı

Daha önce vurgulandığı üzere, Türk Ticaret Kanunu'nun merkez kavramı olarak “*ticarî işletme*” terimi üzerinden devam etmek hukuki bakımdan daha anlamlıdır. Ticarî işletme kanunun esas hareket noktasını oluşturduğu gibi uygulama alanını da belirlemektedir.¹⁸ Ticarî işletme devrini düzenleyen TTK. m.11 Gerekçe'sinde bu duruma değinilmiştir. Gerekçede, ticarî işletmenin düzenlemenin temeli olduğu vurgulanmıştır. Hatta Gerekçedeki ifade ile “merkez kavram” olarak ifade edilmiştir. Ticarî işletmenin bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcı olduğu belirtilmiştir. Gerekçede, ticaret hukukunun, zamanla ticarî işletmenin dış hukuku haline geldiği ve kavramın ötesinde kurama dönüştüğü görüşü serdedilmiştir. Bu düşüncenin vatanı olan Almanya'daki anlayışın 1998 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nun hedeflerinden biri olmasının önemi vurgulanmıştır. Bu sebeple Gerekçede, ticarî işletmenin tanımlanmasının önemi üzerinde durulmuştur. Ticarî işletme kavramının tanımının Ticaret Sicili Tüzüğüne bırakılamayacağı vurgulanmıştır¹⁹.

Ticaret hukukunda “*ticarî işletme*” merkez kavramdır. 6762 sy eTTK.'da ticarî işletmenin bir tanımı yapılmamıştı²⁰. Bu iş Ticaret Sicil Tüzüğü'ne²¹ bırakılmıştı. Fakat TST. 11-13 m. düzenlemelerinde de, tanım yapılmamış sadece ticaret sicilinin bazı türleri belirtilerek, tanımlama öğretiyeye ve uygulamaya bırakılmıştı²². Doktrinde ticaret hukukunun merkezini teşkil eden ticarî işletme kavramının tanımının kanunla yapılması gerektiği ileri sürülmüştür²³.

Doktrinde ticarî işletme kavramına yüklenen anlamın vurgulanması bakımından, ticaret hukukunun bağımsızlığı²⁴ konusunda çok önemli bir rol oynadığı savunulmuştur. Hatta ticaret hukukunun medeni hukuk karşısında bağımsızlığının korunmasını sağladığı yönünde görüşler dahi ileri sürülmüştür²⁵.

¹⁸ ERDEM; Ercüment; Türk Ticaret Kanunu uyarınca Ticarî İşletmenin Devri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayı, 2013, s. 987 vd.

¹⁹ http://www.sigortadenetim.org/mevzuat/index.html?6102_trk_ticaret_kanunu_gereke.htm, (Erişim tarihi, 11.04.2017).

²⁰ Tezimizde bundan sonra TTK. terimi geçtiğinde kastedilen 6102 sy TTK.'dur. 6762 sy TTK. ile ilgili olarak da eTTK. terimi kullanılacaktır.

²¹ Ticaret Sicili Tüzüğü çalışmamızda TST. olarak kullanılacaktır.

²² AYDIN/KAPLAN/KALYON, s, 229 vd.

²³ ARKAN, s.26.

²⁴ TEKİNALP, s. 5vd. Kısaltılmışı; TEKİNALP, Ticari İşletme).

²⁵ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.142.

Türk Ticaret Kanunu hazırlayan Bilim Komisyonu Başkanı ve Kanunun mimarlarından olan yazar Türk ticaret hukukunun, Türk medeni hukuku karşısındaki bağımsızlığını korumasının ticarî işletme sayesinde mümkün olduğunu savunmaktadır²⁶.

Özel hukukun yeknesaklığı olarak da adlandırılan temel işleye göre, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Medeni Kanunu birbirinden bağımsız kanunlar değildir. Bunlar özel hukukun biribiri ile bağlantılı ve bağımlı düzenlemeleridir²⁷. Yazarlara göre, özel hukuktaki temel kanunlar biribiriyle anlamsal, düşünsel ve teknik benzerlik ve bütünlük içerisinde²⁸. Bu düşünce sahiplerine göre, TMK. m. 5 düzenlemesi açıkça özel hukukun maddi bütünlük ve birliğini teyit etmektedir²⁹.

Kanaatimizce ticarî işletmeye “*Türk medeni hukuku karşısında bağımsızlığını koruma*” fonksiyonu yüklenmesi TTK. m.1 düzenlemesi ile bağdaşmaz. TTK. m. 1 düzenlemesine göre, Türk Ticaret Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun ayrılmaz bir parçasıdır. TTK. m.1’de açıkça Türk Medeni Kanunun ayrılmaz bir parçası olduğunu vaz etmişken, ticarî işletme sayesinde Türk ticaret hukukunun Türk medeni hukukundan bağımsızlığını elde ettiğinden söz etmek çelişkidir.

Yine Türk Medeni Kanunu m. 5 düzenlemesine göre, bu Kanun hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Bu hüküm de Türk Medeni Kanununa özel hukukun tamamına uygulanabilecek genel bir norm olarak kabul etmektedir.

Kanaatimizce TTK.m. 1 ve TMK. m. 5 düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde Türk ticaret hukukunun Türk medeni hukukundan bağımsız olduğunu söylemek mümkün olmamalıdır. Kanaatimizce ticarî işletme müessesinin Türk ticaret hukukuna kendine has karakterini kazandırdığını kabul etmek gerekir. Ticarî işletme kurumu, ticaret hukukuna kişilik veren, ona diğer hukuk dallarına göre farklı karakterini kazandıran, merkez bir kavram olarak kabul edilmelidir.

TTK. m. 11/I düzenlemesinde ticarî işletme, esnaf işletmesini için belirlenen hududun üzerinde gelir sağlamayı hedef tutan iktisadi faaliyetlerin sürekli ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır. TTK. m. 11/II hükmünde, ticarî işletme ile esnaf işletmesi sınırının Cumhurbaşkanlığı³⁰ kararı ile gösterileceği belirtilmiştir³¹.

²⁶ TEKİNALP, s. 5vd. Kısaltılmışı; TEKİNALP, Ticari İşletme).

²⁷ Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat; Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C.I, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 131 vd.

²⁸ ANTALYA/TOPUZ, s. 131 vd.

²⁹ ANTALYA/TOPUZ, s. 133 vd.

³⁰ Düzenlemenin ilk şeklinde Bakanlar Kurulu iken 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 192 nci maddesiyle bu fıkrada yer alan “Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir” ibaresi “Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenir” şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. 7 Temmuz 2018 tarih ve 30471 sayılı 2. Mükerrer RG. linki için tıklayınız: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180707M2.htm>

İşletme, sermaye, işgücü ve müteşebbüs unsurlarının bir araya gelip, belirli bir organizasyon çerçevesinde ve bir cüz-ü tam olarak iktisadi faaliyette bulunması olarak tanımlanmaktadır³². Başka bir tanımda ise müteşebbüs tarafından iktisadi fayda elde etmek için emek ve sermayesinin bağımsız olarak biraya getirilmesi şeklinde de tanımlanmıştır³³. Başka bir tanımda, işletme, gelir elde etmek için emek ve sermayenin organize edilmesi olarak adlandırılmıştır³⁴. Doktrinde işletme ve teşebbüs³⁵ kavramlarının farkı³⁶ üzerinde durulsa da³⁷ kanunî düzenlemede “ticarî işletme” kavramı temel alınmıştır.

III. Ticarî İşletmenin Varlığı İçin Gerekli Unsurlar

1) Bir İşletme Olmalıdır

a) Genel Olarak

İşletme, çıkış noktası bakımından hukuk değil, ekonomi bilimi alanına ait bir kurumdur. İşletme kişi, sermaye unsurlarıyla organize edilen iktisadi yapı üzerinden, sürekli şekilde, kazanç sağlamayı hedefleyen, bağımsız olarak yürütülen faaliyettir³⁸. Öğretide işletme mefhumunun hukuki niteliği konusunda farklı görüşler vardır. İşletme, öznel düşüncede bir faaliyet; nesnel teoride maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarından teşekkül bir bütündür. Buna karşılık organizasyon teorisinde ticarî alanda faaliyet gösteren işgücü ve

³¹ Esnaf, tacir ayrımını yapan son yasal düzenlemeye ait RG. linki için tıklayınız:

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/07/20070721.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/07/20070721.htm> Söz konusu 21.07.2007 tarih, 26589 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de esnaf, sanatkar ve tacir ve sanayici ayrımı belirlenmiş, Bu belirlemeye göre de; VUK 177.Maddesinde belirtilen Hadlerden, 1 ve 3 ncü Bendindeki konularda faaliyette bulunanlarda yarısını, 2 nci bendeki faaliyetlerde bulunanların bu tutarın tamamı dikkate alınarak, bu rakamları aşanlar tacirdir. Bu açıklamaya göre esnaf, tacir ayrımı için belirtilen hadler aşağıdaki gibi hesaplanır. (VUK 177 Hadleri için tıklayınız:

<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028>) 01.01.2016’ten itibaren dikkate alınacak hadlerdir. (Yeniden Değerleme Oranı olan % 5.58’e göre hesaplanmıştır. Maliye Bakanlığı henüz ayrı bir belirleme yapmamıştır.) VUK 177.Maddesi Hadleri Esnaf, Sanatkar Tacir Olanlar 1.nci Bentteki Sınırlar; Alish Tutarı: 168.000 TL, 0-84.000 TL 84.001 TL Sonrası Satış Tutarı 232.000 TL 0-116.000 TL 116,001 TL Sonrası 2.nci Bentteki Sınırlar; Gayri Safi Hasılatı: 92.000 TL 0-92,000 TL 92.001 TL Sonrası 3.ncü Bentteki Tutarlar; 1+2 Beraber Yapanlar:168.000 TL 0-84.000 TL 84,001 TL Sonrası Ancak 19/12/2012 Tarih ve 28502 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01.12.2013 tarih ve 28838 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ticarî Defterlere İlişkin Tebliğe göre; “Geçici Madde 1 – (1) Gerçek kişi tacirlerden Vergi Usul Kanununa göre ikinci sınıf tüccar sayılanlar, yeni bir düzenleme yapıncaya kadar bu Tebliğde sayılan defterler yerine mezkûr Kanun hükümlerine uygun olarak işletme hesabı esasına göre defter tutabilirler.” der. Bu tebliğ nedeniyle VUK 177 hadlerini aşmayanlar İşletme defteri tutabilecekleridir.

³² POROY/ YASAMAN, s.32.

³³ ARKAN, s. 26.

³⁴ DOMANIÇ/ULUSOY, s. 144.

³⁵ ARSLANLI, Halil; Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası İstanbul 1960, s.16 vd.

³⁶ KARAYALÇIN, s.156 vd.

³⁷ BOZER, s.363.

³⁸ ARICI, s. 7 vd.

sermaye organizasyonu olarak tanımlanmaktadır³⁹. Kanaatimizce bu teorilerin her biri işletmenin bir yönüne işaret etmektedir.

İşletme, kendisini oluşturan unsurlardan farklı ve fazla değere sahiptir. İşletmenin iki temel özelliği üzerinde durmak gerekir. İlki, işletmede fikri ve bedeni emek ve organizasyondan oluşan kişisel unsurlar ile işletmenin taşınır, taşınmaz malvarlığı, sözleşmeleri gibi malvarlıksal değerleri bir araya getirilmektedir. İkincisi, maddi olmayan değerlerin işletmenin çekirdeğini oluşturmasıdır. İşletmenin iç düzeni, yeri, tedarik ve hammadde kaynaklarına yakınlığı, iş görme becerileri, iş sırları, iş tecrübeleri, müşteri çevresi, peştemaliye⁴⁰ gibi maddi olmayan değerler aslında işletmenin omurgasını oluşturur.

Bu unsurlar arasındaki bağlantı ve bunların organizasyon yapısalılığı ile işletme, yaşayan bir canlı yapı gibi vücuda gelir. Bu açıdan bakıldığında, işletme, organizasyon teorisi tercih edilebilir. Organizasyon teorisi, objektif ve subjektif teorileri birleştiren ve her ikisini de kapsamaktadır⁴¹. Ekonomik faaliyetin yürütülmesine imkân sağlayan bir organizasyon olmadan işletmeden söz edilemez. Organizasyonu olmadığında işletme herhangi bir malvarlığından öte anlam ifade etmez. Organizasyon emeğin koordinasyonu ile malvarlığı değerleri ve gayri maddi malvarlığı değerlerinin birlikte işlev görmesidir⁴². İşletmenin tek başına bir organizasyon olarak değil malvarlığı unsurlarıyla bir bütün olarak ele almak gerekir.

b) İşletmenin Unsurları

aa) Kişi

İşletmeyi kendisi veya başkası adına işleten kişi veya kişilerin varlığı gereklidir. Ticarî işletme emek ve sermayenin iktisadi amaçla organizasyonundan meydana geldiğine göre bu organizasyonu yapan bir kişiye ihtiyaç duyar. Bu kişi veya kişiler işletmedeki organizasyonu yapan, işletmeye dâhil olan malvarlığını işleten ya da sahibi olabilir⁴³.

³⁹ ARICI, s. 7 vd.

⁴⁰ Türk hukukunda, “peştemaliye” olarak da bilinen terim işletme tarafından sahip olunan bir ismin, şöhretin ve tanınmışlığın karşılığı olarak ifade edilir. Amerikan hukukunda “good-will” olarak adlandırılmaktadır. İşletmenin somut malvarlığı unsurlarına ilave olarak, edinmiş olduğu soyut değerleri ifade eder. Kısaca FASB olarak bilinen Amerikan Finansal Muhasebe Standartları Kurulu (The Financial Accounting Standards Board) 2014/2 sayılı Muhasebe Standartları Güncellemesi ile good-will’in şirket değerinin hesaplanmasına dikkate alınması gereken bir parametre olarak kabul etmiştir. Bu düzenlemeye göre, işletmelerin gerçek değerinin tespiti bakımından sahip olduğu maddi malvarlığı değerleri yanında onu da aşabilen good-will ayrı bir değer hesaplama parametresi olarak kullanılacaktır. www.fasb.org. (Erişim tarihi, 20 Nisan 2020).

⁴¹ ARICI, s. 8.

⁴² POROY/YASAMAN, s. 39 vd.

⁴³ DOMANIÇ/ULUSOY, s.144.

bb)Malvarlığı

İşletmenin malvarlığı unsurları, mal veya hizmetin üretimi ve pazarlanması amacıyla kullanılan ve müteşebbis tarafından işletmenin faaliyetlerine özgülenen unsurlar işletmenin malvarlığı boyutunu ifade eder⁴⁴. Ticarî işletmenin varlığı için maddî ve maddî olmayan mal ve haklardan meydana gelen mamelek, yani bir malvarlığı gereklidir. Malvarlığı, hukuk kişinin sahip olduğu, iktisadî değeri haiz, para ile ölçülebilen hakların ve borçların bütünüdür. İşletme bakımından önemli olan husus, belli bir amaca tahsis edilmiş (ticari işletme bakımından gelir getirme amaçlı iktisadî faaliyet) ve sahibinin diğer malvarlığından ayırt edilebilir olmasıdır⁴⁵.

Kanun koyucu işletmeye vücut vermesi bakımından objektif bir ölçüt getirmiş ve esnaf işletmesi ölçüsünü aşan bir malvarlığının varlığını şart koşmuştur⁴⁶.

Devrin kapsamına giren veya girmeyen malvarlığının tespiti alacaklıların hakları bakımından hayati öneme sahiptir. İşletmenin kendisi bir hak veya eşya değildir⁴⁷. İşletmenin mülkiyetinden bahsedildiğinde, aslında işletmeye dahil olan malvarlığı unsurları üzerindeki haklardan söz edilmektedir.

cc) Müşteri Çevresi

Bir ticarî işletmenin varlığının gelir getirme amacına ulaşması için müşteri çevresinin olması gerekir. Müşteri çevresi, uluslararası finans terminolojisinde entelektüel sermaye olarak da adlandırılır. Müşteri çevresi yok ise, ticarî işletme anlamını yitirecektir. Müşteri çevresi olmayan bir işletme olsa olsa imalathane veya atölye olabilir. Müşteri çevresi başlangıçta var olmamakla birlikte zamanla oluşur. Müşteri çevresi sadece işletmenin ürünlerini alan veya hizmetlerinden yararlananlardan değil, aynı zamanda işletmeye mal tedarik eden, dağıtımını yapan kişileri de kapsar.

Müşteri çevresi, hizmet sektöründe işletmenin malvarlığını aşan bir boyuta bile ulaşabilir. İşletmelerin marka değerleri, müşteri çevreleri, zamanla işletmelerin en önemli varlıkları haline gelebilmektedir. Müşteri çevresinin işletmenin malvarlığı değerine dâhil olup olmadığı ve devir kapsamına girip girmediği tartışmalıdır⁴⁸.

⁴⁴ ÇELİKBOYA, Kerem, Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 2017, s. 27.

⁴⁵ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 90.

⁴⁶ DOMANIÇ/ULUSOY, s.145.

⁴⁷ ÇELİKBOYA, S. 28.

⁴⁸ DOMANIÇ/ULUSOY, s.145.

Ölçülebilir bir değeri olmadığı halde işletme devir sözleşmelerine konulan rekabet yasağının amacı özellikle müşteri çevresinin korunmasıdır. Devralanlar, devredenin aynı sektörde, müşteri çevresindeki rekabet yasağını devir sözleşmelerinde önşart olarak dikte etmektedir. Rekabet yasağının asıl amacı, işletmelerin malvarlığını da aşan müşteri çevresinin korunmasıdır. Devralanın devirden beklediği amaca ulaşması bakımından rekabet yasağı önemlidir. Mevzuatta işletmenin malvarlığına dâhil olduğu konusunda açık hüküm olmasa da taşıdığı önem sebebiyle devir sözleşmeleriyle düzenlenmektedir.

dd)İktisadi Faaliyet

İşletme kavramı bir faaliyeti ifade eder⁴⁹. Sermaye (malvarlığı) ve emek unsurlarının birleştirilerek iktisadi bir faaliyette bulunulmasını ifade eder. İktisadi faaliyet belirli bir mal veya hizmeti piyasaya sunmaya yöneliktir. İşletme ekonomik bir faaliyettir⁵⁰. Aslında her işletme bir iktisadi faaliyet teşkil etse de her iktisadi faaliyet bir işletme değildir. İktisadi faaliyetin işletme niteliğini kazanması için malvarlığına ve organizasyona da ihtiyaç vardır⁵¹.

ee) Organizasyon

İşletme bir iktisadi faaliyet olsa da, her faaliyet işletme niteliğinde değildir. İşletme niteliğini kazanması için, iktisadi faaliyetin belirli bir organizasyona sahip olması gerekir. Bir ressamın mesleğini icra etmesi, evde özel ders verilmesi iktisadi bir faaliyet olmasına rağmen, organizasyon içermediği için işletmeden söz edilemez.

Bir iktisadi faaliyetin belirli bir organizasyona erişmemesi halinde, ticarî işletmenin diğer unsurları olan TTK. m.11/I'deki diğer şartlar olsa bile işletmeden söz edilemez⁵². İşletmenin organizasyon ögesi, işletmeyi maddi ve gayri maddi malvarlığından teşekkül eden kütle gibi görünmekten kurtarmaktadır⁵³. İktisadi faaliyet yürütmek için bir araya getirilmiş malvarlığı unsurları tek başına işletmeye vücut veremez. Mutlaka bir organizasyona ihtiyaç duymaktadır.

Organizasyondan anlaşılması gereken, üretim unsurlarının birlikte işlev üstlenmesidir⁵⁴. Organizasyon, bir işletmeyi işleten kişinin karar ve eylemleri ile malvarlığı

⁴⁹ AKER, Halit; Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 58 vd.

⁵⁰ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 103 vd.

⁵¹ ÇELİKBOYA, s. 16.

⁵² TEKİNALP, (Ticari İşletme), s. 9.

⁵³ ÇELİKBOYA, s. 22.

⁵⁴ ÇELİKBOYA, s. 23. Ekonomi alanındaki anlamı ile organizasyon, kişilerin tek başına gerçekleştirme imkânı olmayan amaçlarını başkaları ile bir araya gelerek, kişilerin bilgi, yetenek ve emeklerini birleştirmek suretiyle

unsurlarını bir arada tutarak, pazarda faaliyetleri olarak adlandırılabilir. İşletmenin olağan faaliyetlerinin sürdürülmesini sağlayan unsurdur. İktisadi bir faaliyetin bir şekilde devamı ve sürdürülebilirliği için organizasyonun varlığı gereklidir⁵⁵. Doktrinde, ekonomik hedefe varmak için şahsi ve maddi vasıtaların organizasyon içerisinde bu amaca yöneltilmesi gerektiğini savunan görüş, işletmenin organizasyon yönüne dikkat çekmektedir⁵⁶. Öğretide başka bir tanımda ise, işletmenin iktisadi faaliyetlerinin emek ve sermayenin belirli bir organizasyon kapsamında yapılması olarak kabul edilmiştir⁵⁷. Bir görüş ise, işletmeyi en isabetli tanımlayan görüşün organizasyon görüşü olduğunu savunmaktadır⁵⁸.

Bir iktisadi faaliyet işletmenin sahibinden bağımsız şekilde yürütülebiliyorsa organizasyonun ve işletmenin varlığı kabul edilmelidir. Zira Türk Ticaret Kanunu ticarî işletmeyi merkez kavram olarak almaktadır. Hatta özel hukukun temeli sayılan borçlar hukuku ve medeni hukuktan bağımsızlığını ticarî işletme kavramı ile sağlama iddiasındadır. Ticaret hukukunun merkez kavramı tacir değil ticarî işletme kurumudur. Bu sebeple ticarî işletmeyi tacirin kişiliğinden farklı ve bağımsız nitelik kazanacak şekilde anlamak sistemin tutarlılığı bakımından da uygun olacaktır⁵⁹.

Organizasyon unsuru, bir işletmenin kendi başına faaliyetlerini sürdürebilmesi ve ayakta kalabilmesi için zorunlu unsurdur⁶⁰. İktisadi faaliyet belirli bir kişi olmadan yürütülemeyecek şekilde bir kişiye bağımlı ise ortada bir işletmenin varlığından da söz edilemez. Tek kişinin bilgi ve becerisi ile yürütülen mimarlık, avukatlık, ressamlık gibi tamamıyla kişinin özelliğine bağlı iktisadi faaliyetler, sahibinden bağımsız bir organizasyon seviyesine ulaşmadıkları için ortada bir işletmenin varlığından söz edilemez. İşleten kişi değişmesine rağmen iktisadi faaliyet devam edebiliyorsa işletenin kişiliğinden bağımsız bir organizasyonun olduğu söylenebilir⁶¹.

TTK. m. 11 düzenlemesinden hareketle ticarî işletme kavramının tanımını ve niteliklerini çıkarmak mümkün olabilir⁶². Düzenlemeye göre, işletmenin ticarî işletme

gerçekleştirmeye çalıştıkları yapıdır. Bir başka tanımda ise, üretim araçlarının bilerek uyumlu şekilde, sistemli, planlı ve düzen içerisinde bir araya getirilmesidir.

⁵⁵ AKER, s. 87.

⁵⁶ TEKİNALP, (Ticari İşletme), s. 9.

⁵⁷ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 103 vd.

⁵⁸ ARICI, s. 9.

⁵⁹ ÇELİKBOYA, s. 25.

⁶⁰ AKER, s. 87.

⁶¹ AKER, s. 86.

⁶² ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.144.

sayılabılmasının şartları; gelir sağlamayı amaçlaması, süreklilik, bağımsızlık, gelirin esnaf işletmesi ile hedeflenen sınırı aşması (kapasite⁶³) gerekir⁶⁴.

Ticarî işletmeden söz edebilmek için bir işletmenin varlığı ve işletmenin unsurları yukarıda irdelenmiştir. Her işletme ticarî işletme değildir. Ticarî bir işletmeden söz edebilmek için TTK m. 11/I hükmünde belirtilen ve ticarî işletmeye karakterini veren vazgeçilmez nitelikleri olarak kabul edilir. Bu unsurların da aynı zamanda varlığı şarttır. Bunlar ticarî işletmeye karakterini kazandırdığı için herhangi birisinin kaybedilmesi ticarî işletme vasfının kendiliğinden kaybetmesine yol açar⁶⁵.

2) Gelir Sağlamayı Amaçlamak

Türk Ticaret Kanunu, açıkça “gelir sağlamayı amaçlamayı” ticarî işletmeye niteliğini veren bir unsur olarak saymıştır. TTK. m. 11 uyarınca, bir ticarî işletmenin gelir elde etmeyi hedeflemesi zorunludur. Gerçekten de ticarî işletmede, ekonomik anlamda fayda elde etmek, yani kazanç sağlama gayesinin varlığı gerekir. İşletmenin amacı gelir etmek olduktan sonra bu amacın fiilen gerçekleşip gerçekleşmediği işletmeye niteliğini kazandırma bakımından önemli değildir⁶⁶. Gelir elde etmek amaçlı açılan bir işletme hiç iş yapmadığı halde, yola çıkış amacı gelir elde etmek olduğundan niteliğini kaybetmez. İşletmenin unsurları bakımından gelir elde etmek amacı olmasına rağmen, kâr elde etme amacı aranmaz. Hatta kâr elde etmekle ile gelir elde etmeyi birbirine karıştırmamak gerekir. Hatta kâr elde etme amaçlanıp zarar edilse de, gelir elde amacıyla yola çıkılması çıkmak yeterlidir.

İşletmenin gelirinin kamuya sarf edilmesi veya sahipleri tarafından herhangi bir şekilde sarf edilmesinin ticarî işletmenin vasfına bir etkisi yoktur. Bu sebeple kamuya yararlı bir dernek veya kamu kuruluşunun işlettiği işletmeler de bu tanıma girer. Buna karşılık hayır dernekleri, bedelsiz şekilde yoksullara mal dağıtan kurumlar gelir elde etmek amacı taşımadıklarından ticarî işletme olarak adlandırılmaz⁶⁷.

Gelir elde amacıyla işletildiği sürece işleteni olan sahibinin yasal durumu, işletme mefhumunun tayin ve tespitinde değer taşımaz. İşletmeyi işleten devletin, kamu yarına derneğin veya gerçek kişi olması sıfatı bakımından önem taşımaz.

⁶³ KARAHAHAN, Sami; Ticarî İşletme Kavramı; Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C XVII, S 4, s 53. vd. Ankara, 1994.

⁶⁴ AYDIN/KAPLAN/KALYON; s.231.

⁶⁵ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Yenilenmiş 4. Bası, 2011 Ankara, s. 42 vd.

⁶⁶ ARKAN, s. 27 vd.

⁶⁷ ARKAN, s. 28 vd.

İşletmenin çeşitli şekillerde ekonomik çıkarlar elde etmeye yönelik faaliyet göstermesi kast edilmektedir. Kazanç sağlamak, kâr paylaşarak yapılabilir ya da, yapılması muhtemel masrafların tenkisi şeklinde de olabilir⁶⁸. Kazanç elde etme, sadece malvarlığında olumlu bir artış sağlamakla sınırlı olmayıp, ihtimal dahilindeki bir azalmaya engel olacak faaliyetleri de barındıran işler de düşünülmelidir⁶⁹. Meselâ, üyelerine daha ucuz temel ihtiyaçları sağlamayı hedefleyen kurumların işlettiği lokanta ve marketler de ticarî işletme kabul edilmektedir⁷⁰.

3) Devamlılık

Ticarî işletmeye niteliğini kazandıran hususlardan ikincisi, devamlı olmasıdır. Devamlılıktan kasıt, işletmenin faaliyetlerinin düzenli ve periyodik aralıklarla işletme şeklinde yürümesidir. Bu nitelik bakımından önemli olan, devamlı şekilde faaliyette bulunma⁷¹ kast ve niyetidir. İşletmenin faaliyetlerinin geçici ve tesadüfî olarak gerçekleştirilmemiş olmasıdır⁷². Devamlılıktan maksat, uzun ve belirsiz bir süre için işletme faaliyetini yürütmek değildir. Devamlılık niyeti olduğu takdirde, faaliyetin kısa bir süreliğine yürütülmesi ticarî işletmenin varlığından bahsetmeye engel bir durum değildir⁷³. Burada işletmenin faaliyetlerinin gelir elde amaçlı olarak sonsuza kadar süreceği şeklinde bir anlam çıkarılmamalıdır.

Ticarî işletme faaliyetinin kesintiye uğraması veya belirli aralıklarla olması, devamlılık niteliğini ortadan kaldırmaz. Özellikle yaz döneminde veya kış aylarında turizme yönelik işletilen fakat sezon sona erince faaliyetlerine ara veren işletmeler devamlılık unsurunu kaybetmezler. Meselâ, hasat dönemlerindeki değirmenler, çırçır fabrikaları, balık işletmeleri de aynı şekilde devamlılık unsurunu kaybetmezler⁷⁴. Niteliği gereği veya süresi belirli olsa bile, öğrenci kantinleri gibi, işletmenin gelir elde amaçlı olarak düzenli ve periyodik aralıkta faaliyette bulunması yeterlidir⁷⁵.

⁶⁸ AYDIN/KAPLAN/KALYON, s. 229 vd.

⁶⁹ KARAYALÇIN, s.159 vd.

⁷⁰ GÖLE, Celal/BOZER, Ali; Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, 17. Bası, Ankara 2004, s. 7 vd.

⁷¹ İşletmenin unsurlarından olan organizasyon ile karıştırılan tarafları vardır. Organizasyon varlığı için de iktisadi faaliyetin sürekliliği gereklidir. Fakat bunların birbiri ile karıştırılmaması gerekir. Organizasyondan anlaşılması gereken, üretim unsurlarının birlikte işlev üstlenmesidir. Organizasyon, bir işletmeyi işleten kişinin karar ve eylemleri ile malvarlığı unsurlarını bir arada tutarak, pazarda faaliyetleri olarak adlandırılabilir. İşletmenin olağan faaliyetlerinin sürdürülmesini sağlayan unsurdur. İktisadi bir faaliyetin bir şekilde devamı ve sürdürülebilirliği için organizasyonun varlığı gereklidir.

⁷² AKÇAAL, s. 32 vd.

⁷³ ARKAN, s. 31.

⁷⁴ KARAYALÇIN, Giriş, s. 159.

⁷⁵ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYAN/ERTAN, s.145 vd.

Buna karşılık tek seferlik taşınır/taşınmaz kiralama veya satımına aracılık edilmesi, tesadüfen yolda karşılaşılıp bedel karşılığı taşınan yolcudan gelir elde edilse dahi devamlılık niteliği taşımadığı için bu faaliyet ticarî işletme sayılmaz.

4) Bağımsızlık

Bağımsızlık, devamlı şekilde gelir sağlama hedefine yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetin bağımsız şekilde yürütülmesidir⁷⁶. Bu nitelikten kasıt, işletmenin harici münasebette, diğer işletmenin karar ve işlemine bağlı olmadan faaliyette bulunmasıdır. Bir düşünceye göre, ticarî işletme hem dahili hem de harici işlemlerinde özerk şekilde karar alabilmelidir⁷⁷. Bununun sonucu, ticarî işletme yatırım, borçlanma, üretim, pazarlama, insan kaynakları, idari, organizasyon yönetimi konusunda yönünü belirleme imkânına sahip olmalıdır⁷⁸. Bizim de katıldığımız düşünceye göre, belirtilen tüm bu unsurlar bakımından bağımsız olma şartı aranmamalıdır⁷⁹. Zira hukuken bağımsızlığın gerçekleşmesi yeterli olup, uygulamada çokça rastlanan “grup şirketler” kendi içinde birçok şirketi barındırmakta, birlikte karar alabilmektedir. Fakat hukuki bakımından bunların her biri ayrı tüzel kişilikler olduğu ve ayrı şekilde iş ve işlemler yaptığı sürece, işlem yaptıkları kişiler bakımından ticarî işletme olarak kabul edilmelidir. İşletmenin ekonomik değil, hukuki bakımdan bağımsızlığı önemlidir.

Hukuki bakımından özerkliği bulunmayan işletmeler ticarî işletme kabul edilmez. Misal olarak şubeler, depolar, servisler, bağımlı tacir yardımcıları olan temsilci ve vekiller bağımsız olmadıkları için işletme değildir. Zira sayılanlar, söz konusu faaliyetleri bakımından tacirden bağımsız değildir⁸⁰.

Buna karşılık, acente (TTK. m. 102 vd.), simsar (TBK. m. 532 vd), komisyoncu (TBK. 532, TTK. m. 917) tacirin bağımsız yardımcıları olarak, tacirden bağımsız şekilde faaliyette bulunurlar. Dolayısıyla tacirden bağımsız şekilde ayrı bir işletmeleri vardır. Bunlar şube veya tacirin çalışanı değil, bağımsız bir niteliğe sahiptir⁸¹.

5) Kazancın Esnaf İşletmesi Bakımından Belirlenen Eşiği Aşması

Esnaf işletmesi tanımının yapıldığı TTK. m. 15 hükmü bu konuda bize yol göstericidir. Bu hükme göre esnaf için üç kıstas getirilmiştir. Bu kıstaslar şunlardır.

⁷⁶AKÇAAL, s. 38 vd.

⁷⁷ Yukarıda incelenen işletmenin unsurlarından olan bağımsızlık daha çok işletmenin sahibi olan tacirden bağımsızlığı ile ilgilidir.

⁷⁸ DOMANIÇ/ULUSOY, s.144 vd.

⁷⁹ ARICI, s. 18 vd.

⁸⁰ POROY/ YASAMAN, s. 26.

⁸¹ AKÇAAL, s. 38. vd.; ARKAN, 27, DOMANIÇ/ULUSOY, 149 vd.

- i) İktisadi meşguliyet, sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanmalıdır.
- ii) Gelirin çıkarılacak mevzuatta belirtilen hududu aşmamalıdır.
- iii) Sanat ve ticaretle uğraşacaktır⁸².

Bir işletmenin esnaf faaliyetinin sınırlarını aşıp aşmadığını bu kıstaslara bakarak tespiti etmek her zaman kolay değildir⁸³. Bu sebeple kanun koyucu bir kıstas tespit etmiştir. İşletmenin bu unsuru objektif bir kıstasa bağlanmıştır. Buna göre, işletme kapsamında yürütülen faaliyetlerin belirli bir kapasiteyi (hedeflenen gelir) aşması gerekir. Bu sınırı Cumhurbaşkanlığı kararı belirler ve ölçüt kabul eder⁸⁴. TTK. m. 11/II esnaf ve ticarî işletme arasındaki hududun Cumhurbaşkanlığı kararı⁸⁵ ile gösterileceği belirtilmiştir⁸⁶.

Esnaf ve ticarî işletme bakımından parasal hududu belirleme yetkisinin Cumhurbaşkanlığına verilmesi doktrinde eleştirilmiştir⁸⁷. Ticarî işletmenin esnaf düzeyini aşmayı hedeflemesi şeklindeki kıstasın tespiti sorun teşkil edebilir. Zira hiçbir işletme parasal sınırı aşacak faaliyette bulunacağına dair herhangi bir yere, herhangi bir taahhütte bulunmamaktadır. İşletmeler bir mali yılını doldurmadığı ve elde ettikleri gelir net şekilde ortaya çıkmadığı için esnaf işletmesini aşan gelir elde etme hedefi havada kalmaktadır. Bir de

⁸² AYHAN; s. 43.

⁸³ AYNAN, s. 43.

⁸⁴ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.145 vd.

⁸⁵ Bkz. RG. 04 Temmuz 2018 tarih ve 30468 S. yayımlanan 477 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin m. 72 düzenlemesine göre; “Yürürlükte bulunan kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile 10/5/2018 tarihli ve 7142 sayılı Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerin yürütme maddelerinde Bakanlar Kurulu ve bakanlara yapılmış olan atıflar Cumhurbaşkanına yapılmış sayılır.”

Yine aynı KHK’nin Geçici 1. Maddesine göre, “Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, bu Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklik yapılan kanunların ilgili maddeleri gereğince yürürlüğe konulmuş olan tüzükler, nizamnameler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür.”

⁸⁶ Esnaf, tacir ayrımını yapan son yasal düzenlemeye ait Resmi Gazetesi için aşağıdaki linki tıklayınız:

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/07/20070721.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/07/20070721.htm> Söz konusu 21.07.2007 tarih,

26589 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de esnaf, sanatkar ve tacir ve sanayici ayrımı belirlenmiş, Bu belirlemeye göre de; VUK 177.Maddesinde belirtilen Hadlerden, 1. ve 3.ncü Bendindeki konularda faaliyette bulunanlarda yarısını, 2.nci bendeki faaliyetlerde bulunanların bu tutarın tamamı dikkate alınarak, bu rakamları aşanlar tacirdir. Der. Bu açıklamaya göre esnaf, tacir ayrımı için belirtilen hadler aşağıdaki gibi hesaplanır. (VUK 177 Hadleri için tıklayınız:

<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028>) 01.01.2016’ten itibaren dikkate alınacak hadlerdir. (Yeniden Değerleme Oranı olan % 5.58’e göre hesaplanmıştır. Maliye Bakanlığı henüz ayrı bir belirleme yapmamıştır.) VUK 177.Maddesi Hadleri Esnaf, Sanatkar Tacir Olanlar 1.nci Bentteki Sınırlar; Alish Tutarı: 168.000 TL, 0-84.000 TL 84.001 TL Sonrası Satış Tutarı 232.000 TL 0-116.000 TL 116,001 TL Sonrası 2.nci Bentteki Sınırlar; Gayri Safi Hasılatı: 92.000 TL 0-92,000 TL 92.001 TL Sonrası 3 ncü Bentteki Tutarlar; 1+2 Beraber Yapanlar:168.000 TL 0-84.000 TL 84,001 TL Sonrası Ancak 19/12/2012 Tarih ve 28502 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01.12.2013 tarih ve 28838 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ticarî Defterlere İlişkin Tebliğe göre; “Geçici Madde 1 – (1) Gerçek kişi tacirlerden Vergi Usul Kanununa göre ikinci sınıf tüccar sayılanlar, yeni bir düzenleme yapılmıncaya kadar bu Tebliğde sayılan defterler yerine mezkûr Kanun hükümlerine uygun olarak işletme hesabı esasına göre defter tutabilirler. Bu tebliğ nedeniyle VUK 177 hadlerini aşmayanlar işletme defteri tutabilir.

⁸⁷ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.144.

⁸⁷ AYDIN/KAPLAN/KALYON, s. 145.

Ülkemizde kayıt dışı ekonominin çok yaygın olması sebebiyle fiilen esnaf işletmesini aşan gelir elde edilmesine rağmen kayıtlara yansımadığı için bu kapsama girmeyen oldukça fazla işletme olduğu da tartışma götürmez bir gerçektir. Özellikle ticarî işletmenin birinci mali yılının sonuna kadar veya kayıt dışılık sebebiyle parasal sınırın altında kalması sebebiyle fiili durum hukuki durumla rtşmeyeabilmektedir.

Böyle bir durum bu kıstasın hiçbir anlam ifade etmeyeceği eleştirisi getirilmiştir. Bir yazara göre, işletmenin gelirinin tespit edildiği malî yılın sonuna kadar işletme sahibinin statüsü bu kıstas sebebiyle belirsiz hale gelmektedir⁸⁸. Yazara göre, ticarî işletme için esnaf işletmesini aşan gelir elde etme hedefi konulurken, esnaf için böyle bir hedef dahi konulmaması sebebiyle Türk Ticaret Kanunu'nda bir çelişki vardır.

Diğer bir yazar ise ⁸⁹, yılsonu malî tabloların incelenmesine gerek yoktur. İşletmenin bünyesi, gerçekleştirilmesi arzulanen işler, özgülenen sermayeye malvarlığı unsurları bakımından aynı alandaki işletmelerin bulunduğu sektördeki işleyişe göre ticarî işletme niteliği kazandığı tespit edildiğinde, yeni kurulsa dahi ticarî işletmenin varlığı kabul edilmelidir.

Başka bir görüşe gre⁹⁰ ise; bu sorun mülga Ticaret Sicili Tüzüğü'nün m. 15/2 fıkrasından hareketle bir çözüme kavuşturulmalıdır. Bu düzenlemeye göre, yeni faaliyete başlayan bir kişi bakımından kısmen de olsa sonuçları beklenmelidir. Ayrıca söz konusu hükmün 2 inci cümlesine göre bir yıllık sürenin dolmasından önce kararnamede belirtilen limitler aşıldığı takdirde, bu hususun belli olması ile birlikte tacir sıfatı ve ticaret siciline tescil yükümlülüğü doğar. Sonuçta işletmeyi yeni aan bir kişi başlangıçta esnaf olduğunun kabulü gerekir.

Kanaatimizce işletmenin faaliyete geçip de bir yılın sonundaki malî tabloları ortaya çıkana kadarki sakıncaları konusunda düzenleme ile ilgili yapılan eleştiriler haklıdır. Fakat en azından birinci malî yılın sonunda ortaya çıkan verilere göre esnaf ve ticarî işletme arasındaki farkın somutlaşması ve objektif kriterlere bağlanması bakımından bu tespitin Cumhurbaşkanlığına verilmesinin faydalı olduğu kanaatineyiz. Malî veriler ortaya çıkana kadar, ortaya çıkabilecek sorunların tamamına çözüm getirmese bile, ortaya çıkabilecek sorunları azaltabilir⁹¹.

⁸⁸ KARAHAN, s 53. vd.

⁸⁹ AYDIN, Alihan; 6012 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticarî İşletme Kavramı ve Ticarî İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticarî İşletme Hukuk Alanında Getirdiği yenilikler Sempozyumu, 25-26 Kasım 2011, İstanbul 2012, s. 9-20.

⁹⁰ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.145 vd.

⁹¹ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.145 vd.

IV. Ticarî Nitelikte Olmayan İşletmeler

1) Esnaf İşletmesi Kavramı

TTK m. 15 düzenlemesindeki büyüklük sınırının altında kalan işletmeler ticarî nitelikte olmayan işletmelerdir. Bunların bir kısmı 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu m. 3 düzenlemesinde tanımı yapılan esnaf işletmeleridir. Hükme göre, esnaf ve sanatkar, seyyar veya sabit bir alanda bulunsun, esnaf ve sanatkar meslek dallarına girip, iktisadi faaliyetini sermayesi yanında bedenî çalışmasına bağlı olan kişidir. Bunlara ilave, ona tacir ya da sanayici niteliğini vermeyecek kadar düşük seviyede olan, basit usulde vergilendirilen ve işletme hesabı kapsamındaki defterlere tabi olan veya vergiden istisna tutulan meslek ve sanat sahibi kişidir.

Buna karşılık, TTK. m. 15 düzenlemesinde esnafın tanımı niteliklerinden hareket edilerek yapılmıştır. Gezici veya kapalı bir mekanda veya belirli yerlerde daimi şekilde bulunsun, iktisadi faaliyeti kapitalinden ziyade bedenî emeğine bağlı olan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede öngörülen husudu aşmayan, sanat veya ticaretle iştigal edenler esnaf kavramı altında kabul edilmiştir.

TTK. m 15 hükmüne göre esnaf için üç kıstas getirilmiştir. Bu kıstaslar şunlardır.

- i) Ekonomik faaliyeti, sermayesinden fazla bedeni çalışmaya dayanmalıdır.
- ii) Kazancı çıkarılacak kararnamede belirtilen sınırı aşmamalıdır.
- iii) Sanat ve ticaretle uğraşacaktır⁹².

İki yasal düzenleme arasında terminoloji ve kıstaslar bakımından birtakım farklar vardır. Buna göre 5362 sayılı Kanundaki “kazancın tacir ve sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olması” şartı, Türk Ticaret Kanunu’nda yoktur. Yine Türk Ticaret Kanunu esnafın ekonomik faaliyetini sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayandırmasına rağmen, SMKK iktisadi faaliyetini kapitali yanında bedenî çalışmasına bağlamaktadır⁹³.

Terminolojideki ortaya çıkan farklılık, aslında Kanunların düzenlendiği dönemlerin farklı olması ve zamanla bu kavramların toplumdaki karşılığının değişmesine bağlıdır. Kanundaki tanımlamalarda bu farklılıklar olmasına rağmen, esas olarak birbirini ilga edecek, çelişki yaratacak düzeyde olduğu söylenemez. Bu düzenlemelerin birbirini tamamladığını kabul ederek esnafın nitelikleri ve unsurları üzerinde durulmasında fayda vardır.

⁹² AYHAN; s. 43.

⁹³ ARKAN, 31, AKÇAAL, s. 43.

2) Esnaf İşletmesinin Unsurları

Ticarî işletmelere karakteristik özelliğini veren nitelikler olan, gelir elde etmeyi hedeflemek, devamlılık ve bağımsızlık esnaf işletmeleri bakımından da kabul edilmelidir⁹⁴. Yukarıda izah edildiği için bu nitelikleri üzerinde tekrar durulmayacaktır.

a) İşletme Kapsamında Sanat ve Ticaretle Uğraşılması Gerekir

TTK. m.15 hükmüne göre, esnaf işletmesinin varlığı için, işletme kapsamında sanat ve ticaretle uğraşılması gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nda sanat ve ticaret kavramlarının tanımları yapılmadığı gibi, bundan ne anlaşılması gerektiği ile ilgili bir düzenleme de yoktur. Sanat, insanın duygu, düşünce ve hayallerini, somut ve soyut malzemelerle yaratıcı gücünü kullanarak kişiyi etkileyecek biçimde anlatmasıdır. Bu anlatım ile üstün yaratıcılık olarak da tanımlanabilir. Örneğin; bestekârlık, ressamlık, heykeltıraşlık, kuaförlük, el sanatları vb gibi faaliyetlerdir⁹⁵. Ticaret ise, ürün, mal ve benzeri alım satımını veya kazanç sağlamak amacıyla yürütülen alım satım etkinliğini ifade eder. Oto yedek parça satıcılığı, elektrik malzeme imal, satış, tamircilik, tesisatçılık, kasaplık, manavlık vb. faaliyetler ticarî faaliyet olarak kabul edilmektedir.

b) İşletmenin Esnaf ve Sanatkâr Meslek Dalları Kapsamında Olması Gerekir

Bir işletmenin esnaf işletmesi kabul edilebilmesi için Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca nelirlenen esnaf ve sanatkâr meslek dalarından herhangi biri kapsamında olması gerekir. Bir işletme bu listede yer alsa bile elde etmeyi hedeflediği gelir ve diğer kıstaslar bakımından Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümlere bakılarak işletmenin esnaf işletmesi olup olmadığına karar vermek gerekir. Esnaf ve sanatkâr kollarına dâhil olmasına rağmen sınır aşmıyorsa esnaf, aşıyorsa ticarî işletme kabul edilmesi gerekir⁹⁶.

c) İşletmedeki Ekonomik Faaliyetinin Bedenî Çalışmaya Dayanması Gerekir

6762 sayılı eTTK.'daki hüküm 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da muhafaza edilmiştir. Buna göre, esnaf işletmesindeki ekonomik faaliyetin sermayeden fazla bedenî çalışmaya dayanması gerekmektedir⁹⁷. Bir yazar, bedenî çalışma ifadesiyle, sadece işletme sahibinin beden ve beyin gücü (meslekî bilgisi)'nin ifade edildiğini belirtmektedir. Yazara

⁹⁴ AKÇAAL, s. 44.

⁹⁵ AKÇAAL, s. 44.

⁹⁶ DOMANIÇ/ULUSOY, s. 154.

⁹⁷ AKÇAAL, s.46.

göre, işletme sahibinin kendisi dışındakilerin beyin ve bedenî gücünün çalışma kavramına dahil olmadığı düşüncesindedir⁹⁸.

Yasal düzenleme, esnafın iktisadi faaliyetini sermayesinden ziyade bedenî çalışmaya dayandırmakadır. Buna karşılık, 5362 sayılı ESMKK. iktisadi faaliyetini, kapitali yanında bedenî çalışmasına da bağlı olmasından bahsetmektedir⁹⁹.

d) Gelirinin Cumhurbaşkanlığı Kararında Gösterilen Sınırı Aşmaması Gerekir

İşletmenin kapsamında yürütülen faaliyetler belirli bir kapasiteyi (hedeflenen gelir) aşması halinde ticarî işletme; aşmaması halinde ise esnaf işletmesi sayılır. TTK. m. 11/II esnaf ve ticarî işletme konusundaki hududun Cumhurbaşkanlığınca yayımlanacak karar ile belirleneceğini öngörmektedir.

207/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı halen yürürlükte dir. Zikredilen Karar gereğince, gelir vergisinden muaf olanlar ile basit usulde vergilendirilen kişiler başka hiçbir şart aranmaksızın esnaf, bu kişilerin işletmeleri de esnaf işletmesi sayılır. Çünkü bu kişilerin kazançları, tacir olmayacak seviyede düşüktür¹⁰⁰.

3) Diğer İşletmeler

İşletmelerin ticarî veya esnaf işletmesi şeklindeki ayrımı hukuki bakımdan önem arz etmektedir. Hem esnaf hem de ticarî işletme sayılmayacak başka tür işletmeler de mevcuttur. Meselâ; tacir veya esnaf olarak kabul edilmeyen avukatlık, mimarlık, noterlik, yazarlık, malî müşavirlik, doktorluk, diş hekimliği gibi mesleklerdir¹⁰¹.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 65/I hükmünde serbest meslek faaliyeti tanımlanmıştır. Düzenlemeye, serbest meslek faaliyeti, sermayeye değil kişisel çalışma, bilimsel veya mesleki bilgiye veya uzmanlığa bağlı ve ticarî nitelikte olmayan işler, herhangi bir işverene bağlı olmadan kişisel sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması şeklinde tanımlanmıştır.

Düzenlemeye göre, meslekî bilgi ve tecrübeye dayanan bu faaliyetten esnaf işletmesi bakımından belirlenen sınırı aşan gelir elde edilse bile, bu faaliyet ticarî işletme sayılmaz.

⁹⁸ KARAHAN, s. 58.

⁹⁹ ARKAN, 31; AKÇAAL, s. 43.

¹⁰⁰ AKÇAAL, s. 47.

¹⁰¹ KARAHAN, s. 23

Avukatlık Kanunu m. 44 düzenlemesine göre, avukat ücret karşılığında avukatları çalıştırırsa da bu durum ticarî işletme faaliyeti olarak kabul edilemez.

Yine küçük çiftçi işletmeleri de esnaf işletmesi sayılmadığı gibi ticarî işletme de sayılmazlar.

Esnaf işletmesinin belirlenmesinde TTK. m. 15/1. fıkrasında, tacir için öngörülen niteliklerden farklı unsurların aranması belirsizliğe yol açmaktadır. Zira esnafa ait niteliklerden birinin sağlanamadığı durumlarda hukuki kimliği belli olmayan işletme ve kişiler ortaya çıkmaktadır. Bir düşünceye göre, bu karışıklığın kaynağı 6762 sayılı TTK'nun 17 nci maddesinin esas itibarıyla TTK. m.15 düzenlemesinde aynen korunmasıdır. Yine TTK. m. 11 ile m. 15 düzenlemeleri birbiri ile uyumlu değildir. Bu karışıklık, esnafı tanımlayan düzenlemedeki ticarî işletme tanımıyla çelişen ifadelerin düzeltilmesiyle ve *“ticarî olmayan işletme, esnaf işletmesidir”* düşüncesiyle sona erdirilebilir.

§ 3. TİCARİ İŞLETMENİN ORGANİZASYON YAPISI VE MALVARLIĞI

I. Ticarî İşletmenin Organizasyon Yapısı

1) Genel Olarak

Yukarıda incelendiği üzere, bir ticarî işletmeden söz edebilmek için belirli bir organizasyon seviyesine ulaşması gerekir. Ticarî işletmelerin organizasyonun unsuru irdelenmiş olup bu bölümde organizasyon yapısı üzerinde durulacaktır.

Ticarî işletmenin organizasyonunda iki unsur önem taşımaktadır. Bunlardan birincisi, ticarî işletmenin faaliyeti sırasında emek ve mesailerinden yararlanan kişiler; ikincisi ise işletme faaliyetinin sürdürüldüğü birimlerdir. Kanun koyucu tarafından işletmenin organizasyonun yapısı bakımından önem arz eden bu iki konu hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Ticarî işletmede faaliyet gösteren kişilerin en başındaki kişi tacirdir. Ancak tüm ticarethaneye ait iş ve işlemlerin tek bir kişi tarafından yürütülmesini beklemek mümkün değildir. Tacir tüzel kişi ise gerçek kişilerin onun adına organ veya diğer sıfatlarla iş ve işlem yapması zorunludur. Tacirin ticarî işletmesinde tacirin emri ve talimatı doğrultusunda, ona bağımlı olarak ticarethanenin çatısı altında çalışırlar. Bir kısmı ise tacirden bağımsız şekilde ve işletmenin dışında faaliyet gösterir. Bağımsız tacir yardımcıları kendi işletmeleri

bünyesinde faaliyet göstermekle birlikte, tacirin adına ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerin kurulması veya ifasına yönelik olarak görev alırlar¹⁰².

Bir tacir kendisine hizmet akdi ile bağlı tacir yardımcıları veya kişiler çalıştırabileceği gibi, vekâlet yoluyla da tacir yardımcıları çalıştırabilir. Tacirin birden fazla işletmesi olabileceği gibi, aynı işletme altında merkez veya şube gibi birimlerde organize edilmiş şekilde faaliyette bulunabilir.

2) Ticarî İşletmede Merkez ve Şube Ayrımı

a) Merkez Kavramı

TTK. m. 40 düzenlemesinde her işletmenin, açıldıktan itibaren en geç onbeş gün dolmadan “işletme merkezinin” olduğu yerin ticaret siciline tescili ile ilanı zorunlu kılınmıştır. Kanun koyucu “ticarî işletmenin merkezine” dair bir tanım vermemiştir. Düzenlemeden her ticarî işletmenin “bir tek” merkezinin bulunabileceği sonucuna varılabilir. İşletmenin veya ticaret şirketinin merkezi farklı bir sicil bölgesine taşındığında, bu değişiklik yeni merkezin bulunduğu yerin siciline tescil edilir. Tescille birlikte eski merkezdeki sicilden terkin edilmesi şarttır¹⁰³.

Ticarî işletmenin faaliyetlerini yürütebilmesi için bir merkeze, mekâna ihtiyaç duyulmaktadır. Fakat ticarî işletmenin birden fazla yerde faaliyeti varsa neresinin merkez olduğu önem arz etmektedir.

Doktrinde genel kabul gören tanıma göre merkez; işletmenin yönetim,iktisadi ve hukuki işlemlerinin birleştiği ve devamlılığının sağlandığı yer şeklinde ifade edilir¹⁰⁴. İşletmenin idari faaliyetlerinin yürütüldüğü yerin yanında, üretimin gerçekleştiği imalathane, fabrika, şantiye, teknik faaliyetlerinin yürütüldüğü proje ofisleri, ürünlerin saklandığı depo gibi birden fazla yerin varlığı halinde, merkezin belirlenmesinde işletmenin idare edildiği yerin merkez olarak esas alınması gerekir¹⁰⁵.

Türk Medeni Kanunu, gerçek kişiler bakımında birden fazla yerleşim yeri edinmesine izin verilmemektedir(TMK. m. 19/2). Buna karşılık ticarî ve sınaî kuruluşlar yönünden TMK. m.19/III düzenlemesi bu kurala istisna getirmiştir. Dolayısıyla bir gerçek kişi tacirin yerleşim

¹⁰² ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 166 vd.

¹⁰³ ARKAN, s. 34 vd.

¹⁰⁴ ARKAN, s. 34 vd.; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 168 vd.

¹⁰⁵ ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 168 vd.

yeri ile ticarî işletmesinin merkezi birbirinden farklı yerlerde bulunabilir. Fakat tüzel kişi vasfı taşıyan tacirlerin yerleşim yeri ile yasada tanımlanmış merkezleri birbiri ile aynıdır¹⁰⁶.

b) Şube Kavramı

aa) Genel Olarak

Bir ticarî işletmeye bağlı olup merkezin bulunduğu sicil çevresi içerisinde veya diğer sicil çevrelerinde, özerk sermayesi veya muhasebesi olup olmadığı kıstası dikkate alınmaksızın münferit şekilde ticarî veya sınaî faaliyetin icra edildiği yere şube denilir.

bb) Unsurları

Şubenin tayininde birinci unsur, bir ticarî işletmeye (merkeze) bağımlı bir şekilde faaliyet göstermesidir¹⁰⁷. Bu bağımlılık, merkez ve şubenin aynı kişinin olması ya da onlar tarafından işletilmesi zorunluluğunu getirmektedir. İç ilişkideki bağımlılığın doğal sonucu olarak, şube biriminin merkez ile farklı bir işletilme yöntemi yoktur. Şube biriminin organizasyonu esas itibarıyla merkez tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla şubenin faaliyeti sonunda elde edilen kâr ya da zarar ile şubenin malvarlığını oluşturan unsurlar da bu bütünün parçası olarak merkeze aittir¹⁰⁸.

Şubeye ilişkin olarak öne çıkan ikinci unsur, şubenin kendi başına merkezin faaliyetine uyumlu bir faaliyet göstermesidir. Şube, merkezin yaptığı ticarî işlemleri tamamen ya da kısmen üçüncü kişilerle kendi başına yapabilme yetkisine sahip olmalıdır. Bir birimin şube olarak nitelendirilebilmesinde belirleyici unsur esasen dış ilişkideki bu bağımsızlıktır.¹⁰⁹ Yargıtay bir kararında, bir mağazanın şube olarak nitelendirilebilmesi için kendi başına ticarî işlem yapıp yapmadığı hususu üzerinde özel olarak durulması gerektiğini işaret etmiştir¹¹⁰.

Şubenin dış ilişkide bağımsız olması, üçüncü kişilerle merkez işletme nam ve hesabına işlemler yapabilme yetkisine sahip olmasını gerektirir. Şubeye verilen bu yetki belli limitler dâhilinde sınırlandırılabilir. Fakat her hal ve şartta dış ilişkilerinde bir bağımsızlık unsurunun tanınması gerekir¹¹¹.

¹⁰⁶ ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 169.

¹⁰⁷ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 170 vd.

¹⁰⁸ GÖLE, Celal; Ticarî İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu, Prof. Dr. Ernst E. HIRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 181-206.

¹⁰⁹ ARSLANLI, s. 103.

¹¹⁰ Yargıtay 11. HD'nin 25.10.2004 tarih 2004/1300 Esas 2004/10248 Karar sayılı ilâmı, ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 172 vd. Dipnot 107'deki Karar.

¹¹¹ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 173 vd.

Şube bakımından üçüncü unsur, şubenin merkezden mekân ve yönetim ayrılığıdır. Şubeler, bir işletmenin faaliyet alanının genişlemesiyle ürün ve hizmetlerin müşterilere daha kolay ulaşmasını sağlamak amacıyla kurulan birimlerdir. Şubelerin merkez ile aynı yerde bulunmaları kural olarak işlevlerine uygun olmayacaktır. Bu sebeple merkez ile şubenin bulunduğu yerler genellikle birbirinden farklıdır. Bir işletmenin ihtiyacına bağlı olarak aynı şehirde birden fazla şube açması mümkündür. Merkezden bağımsız olarak üçüncü kişilerle hukuki işlemlere girişen şubenin kendi faaliyetlerini yürütebilmek için aynı zamanda merkezden farklı bir yönetime de sahip olması gereklidir¹¹².

II. Ticarî İşletmenin Malvarlığı

1) Genel Olarak

Ticarî işletme, çeşitli üretim araçlarını bir araya getiren tacirin onları işletilmeye uygun malvarlığı haline getirmesi ve işletmesiyle oluşmaktadır. Bir işletmenin malları ve haklarından oluşan malvarlığı vardır¹¹³. Ticarî işletmedeki malvarlığı unsurları kullanılarak mal veya hizmet üretimi yapıp pazara arz edilmektedir. Mal veya hizmetin üretimi ve piyasa arz edilmesi için kullanılan, işletme sahibi tarafından işletmenin faaliyetine tahsis edilen bu malvarlığı unsurları ticarî işletmenin malvarlığı boyutunu teşkil etmektedir¹¹⁴. Malvarlığı birbirinden farklı olduğu gibi ayrı düzenlemeler kapsamında olan unsurlardan oluşmaktadır. Maddî ve maddî olmayan malvarlığı ile şahıs unsurları bir araya gelerek ticarî işletme altında bir bütün oluşturmaktadır¹¹⁵. Ticarî işletmenin faaliyetinin, tacirin emeğinden çok bir malvarlığına dayanması esastır. Aksi takdirde ticarî işletme değil esnaf işletmesinden veya şahsi emekten söz edilir¹¹⁶.

Doktrindeki bir görüş, eşya hukuku anlamında ticarî işletmeyi eşya birliği olarak kabul etmektedir. Buna göre, eşya birliğine vücut veren eşyalar varlığını korumakta ancak, iktisadi ya da eylemli gerekçelerle bir araya gelmişlerdir¹¹⁷. Ticarî işletmeye dâhil malvarlığına hangi eşyaların gireceği dolayısıyla eşya birliğinin hangi eşyalardan oluşacağına sahibi karar

¹¹² ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 175 vd.

¹¹³ DURMAN, Okay, İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticarî İşletmenin Devri, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 47.

¹¹⁴ BAHTİYAR, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019, s. 26 vd.

¹¹⁵ DURMAN, s. 47.

¹¹⁶ ÇELİKBOYA, s. 28.

¹¹⁷ AKER, s. 105.

verir¹¹⁸. Bir görüş hangi eşyaların eşya birliğine dâhil olacağına sahibinin iradesinin yetersiz olacağına, buna iş hayatındaki görüşlere göre karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹¹⁹.

Doktrindeki eşya birliği görüşü kanaatimizce yetersiz kalmaktadır. Zira ticarî işletme sadece maddi malvarlığı unsurlarından oluşmaz. Maddi olmayan malvarlığı değerleri de işletmeye dâhil hatta onu aşan değere sahip olabilmektedir. Alman Federal Mahkemesi ticarî işletmenin bir mallar ve haklar topluluğu olduğuna karar vermiştir¹²⁰. Çeşitli mallar, haklar ve diğer değerlerden oluşan ticarî işletmenin, bu yönüyle aynı zamanda bir eşya ve hak topluluğu olduğu kabul edilmiştir¹²¹.

Eşya veya hak birliğinde özellik arz eden durum, eşyaların ve hakların bütün şeklinde tasarruf işlemine konu edilmesi mümkün değildir. Eşyaların münferit şekilde ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin konusu yapılması gerekir. Borçlandırıcı işleme konu olabilir fakat tasarruf işlemlerinin tek tek yapılması gerekir¹²². Hak birliği kavramı bakımından izah edilen bu prensip, TTK m. 11/III düzenlemesiyle önemli ölçüde sarsılmıştır¹²³.

2) Ticarî İşletmenin Malvarlığının Özellikleri

a) Ekonomik ve Hukuki Anlamda Bir Bütün Oluşturması

Her işletmenin bir malvarlığının bulunması şarttır. Bu bağlamda ticarî işletmeden ayrı tüzel kişiliği bulunmamakla birlikte, paraya tahvil edilebilir malvarlığı değerlerinden oluşan bir ekonomik değeri ifade ettiği şüphesizdir¹²⁴. Ticarî işletmenin malvarlığının temelinde işletmeye tahsis olunan nakit ve/veya nakit dışı sermaye yatmaktadır. Ancak işletme sermayesi ile iktisap edilenlerin yanı sıra, bu sermayeden bağımsız olarak doğrudan faaliyetleri sonucunda kazanılan marka, patent, know-how, müşteri çevresi gibi ekonomik değerler de işletmenin malvarlığına dâhildir. Bunların hepsi birlikte bir bütünü oluşturur¹²⁵. TTK. m. 11/III düzenlemesinde kanun koyucu, ticarî işletmeyi bütünlüğünü koruyarak devredilecek maddî ve maddî olmayan unsurlardan oluşan malvarlığı olarak kabul etmiştir. Başta devir olmak üzere diğer hukuki işlemlere bir bütün halinde konu olabileceğini açıkça öngörülmüştür. Hatta ticarî işletmeye tahsis olunan malvarlığı unsurlarının kendilerine has

¹¹⁸ AKER, s. 105.

¹¹⁹ SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2018, s. 26 vd.

¹²⁰ ÇELİKBOYA, s. 29.

¹²¹ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 179.

¹²² AKER, s. 105.

¹²³ ÇELİKBOYA, s. 30.

¹²⁴ AYİTER, Nuşin; Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No: 229, 1968, s. 16-18.

¹²⁵ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER/ERTAN, s. 179.

hukuki rejimlerine göre devredilmesine dahi gerek duyulmamıştır. Dolayısıyla, bu son düzenleme ile ticarî işletmenin konu olduğu hukuki işlemler açısından bir bütün olarak değerlendirildiği söylenebilir¹²⁶. Esasen TTK. m. 11 düzenlemesinin madde başlığının “bütünlük ilkesi” ibaresi ile öngörülmesi kanun koyucunun amacını göstermektedir. Zira TTK. m. 1534/I düzenlemesinde, kenar başlıklarının da madde metnine dahil edilmesi gerektiği vurgulamaktadır¹²⁷.

Bir hukuk sujesi olarak kabul edilmeyen ticarî işletme, TTK. m. 11/III’te öngörülen bu yeni düzenleme kapsamında hukuk objesi olarak nitelendirilebilir¹²⁸.

Ticarî işletmenin malvarlığı bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir konu malvarlığı unsurlarının bir bütün olarak nitelendirilmesidir. İşletmenin malvarlığına dahil öğeleri nitelemede bir yazarın¹²⁹ kitabı hukuki anlamda en doyurucu kaynak olarak kabul edilmektedir.¹³⁰ Yazara göre, işletme fiili bir birlik veya hukuki bir birlik olabilir. Yazar, eşya hukuku anlamında işletmenin, bir şey şeklinde nitelendirilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu şekildeki bir betimleme işletmeye tahsis edilmiş değişik eşyanın ayrı ve özel haklara konu olmaması anlamına gelir¹³¹. Yine yazara göre, işletme bir fiili birlik olarak da nitelendirilemez. Zira eylemli birlik birçok şeyden teşekkül eden bir eşya öbeğidir. Eşya kümesindeki eşyanın biri bağımsızlığını korur ve özel hakların konusu olabilir. Ancak bu öbek eylemli ve rastgele şekilde bir arada bulunmaktadır. Kümede bulunan eşya birbirleriyle ilişkilendirilmemiştir, ticarî işletmenin malvarlığı arasında özellikle son söylenen husus dolayısıyla bir fiili birlikten bahsedilemez¹³². Bu düşünceye göre, hangi açıdan bakılırsa bakılsın ticarî işletme hukuki bir birliktir. Fakat bu birlik birçok haklardan oluşan bir mal topluluğundan ibarettir. Bu var olan öbek de malvarlığı topluluğudur. Malvarlığına dahil unsurlarının bir kısmı devredilebilir veya dışarıdan devralınabilir, kazanılabilir. Fakat malvarlığının sahipliği değişmez. Ticarî işletmeye dahil malvarlığı alelade malvarlığından farklıdır. Ticarî işletmenin malvarlığı belirli bir ikfisadi gayeye özgülenmiş olduğu gibi, özel yöntemlerle ve organizasyon faaliyeti kapsamında işletilmekte veya idare edilmektedir¹³³.

¹²⁶ POROY/YASAMAN, S.40; ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 179.

¹²⁷ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 180.

¹²⁸ DEMİR, Koray, Ticarî İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar, İÜHFM. Cilt, LXXI, S, s. 103-120, 2013, s. 107.

¹²⁹ HIRSCH, s. 164-167.

¹³⁰ DEMİR, s. 107.

¹³¹ HIRSCH, s. 165; DEMİR, s. 107.

¹³² HIRSCH, s. 166.

¹³³ HIRSCH, s. 167.

Bir düşünce sahipleri, ticarî işletmenin hukuki bir birlik şeklinde nitelendirilmesinin uygun olacağını ileri sürmektedir. Fakat hatalı değerlendirmelerin önüne geçmek bakımından bazı hususların ilave edilmesi veya sahih şekilde ifade edilmesi gerektiği düşüncesindedirler. Ticarî işletme bir hukuki birlik şeklinde betimlendiğinde, kendisine vücut veren öğelerin rastlantı eseri bir arada bulunmadıklarını, şahıs vasıtasıyla bir araya getirildikleri anlamı çıkar. Buna ilaveten malvarlığı unsurlarının tahsis amacı ile işlevleri dolayısıyla ve bu belirtilenlerle mahdut kalmak şartıyla bir bütün oluşturdıkları anlamı da çıkar¹³⁴. Hukuki birlik, bu bütünlüğü oluşturan maddî ve maddî olmayan öğelerin, benzer mukaderata maruz kaldıkları eşya birliği teşekkülünü zorunlu kılmaz. İlave olarak, bu hukuki birlik, ticarî işletmenin sahibi olan tacirin malvarlığı içinde, ancak ondan ayrılmış özel bir malvarlığı olduğu sonucuna götürmez. Tacirin işletmesi vesilesiyle bu malvarlığı ile sınırlandırıldığı söylenemez. Hukuki birlikten kastedilen, malvarlığının ticarî işletmeyi işletence bir araya getirilip özgülenme amacı çerçevesinde birleştirildiğidir¹³⁵.

b) Özel Malvarlığı Teşkil Eder Mi?

Ticarî işletmeye dahil malvarlığı unsurlarından oluşan bütünlüğün özel bir malvarlığı olup olmadığı konusunda birbirinden farklı görüşler vardır. Malvarlığı, bir kişinin sahip olduğu, ekonomik değeri olan ve para ile ölçülebilen aktif ve pasifleridir¹³⁶. Malvarlığının belirli bir kısmının ayrılarak ayrı bir rejime tabi tutulması mümkündür¹³⁷. Özel malvarlığı mevzuatın öngördüğü durumlarda, özel gayeye varmak için diğer mallardan ayrılarak özerklik verilen ve kendince bütün oluşturan haklar topluluğudur¹³⁸. Roma hukukunda buna “gaye-amaç malvarlığı” da denilmektedir¹³⁹. Özel malvarlığından söz edebilmek için; malvarlığının belirli bir kısmının geri kalandan ayrılması ve ayrılan malvarlığının özel bir rejime tabi kılınması gerekir¹⁴⁰.

Ticarî işletmenin özel malvarlığı niteliğinde olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım görüşler ticarî işletmenin özel bir hukuki düzene sahip olduğunu ileri sürmektedir¹⁴¹. Bu düşünceye göre, ticarî işletme ekonomik gayeyi elde etmeye yönelik bir organizasyona ait maddi ve maddi olmayan hak, mal veya hukuki ilişkilerin toplamıdır. Bu

¹³⁴ DEMİR, s. 108.

¹³⁵ DEMİR, s. 108.

¹³⁶ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; Eşya Hukuku, İstanbul 1989, (Kısaltılmışı; Tekinay Eşya Hukuku), s.3.

¹³⁷ AYİTER, s. 29.

¹³⁸ AYİTER, s. 29.

¹³⁹ ACEMOĞLU, s. 11.

¹⁴⁰ Geniş bilgi için bkz. AYİTER, s. 29.

¹⁴¹ ACEMOĞLU, s. 19, ÇELİKBOYA, s. 33.

tariften anlaşılacağı üzere, ticarî işletme bir küldür. Bir kişinin tek bir malvarlığı olabilir. Fakat bir malvarlığı içinde özel malvarlıklarının tahsisi mümkündür. Bir kişinin birden fazla ticarî işletmesi bulunabilir. Ticarî işletmenin malvarlığını aşan bir yönü vardır. Bu sebeple, malvarlığının tekliği ilkesi, ticarî işletme bakımından geçerli değildir. Bu ticarî işletmenin özel bir malvarlığı olmasının sonucudur¹⁴².

Doktrinde başka bir düşüncede de ticarî işletmenin özel malvarlığı olduğu kabul edilmekte fakat farklı bir gerekçe ileri sürmektedir. Bu düşünceye göre, TTK. m. 11/III düzenlemesi ile ticarî işletmenin malvarlığı geri kalan malvarlığından ayrı bir konuma getirilmiştir. Düzenleme ile ticarî işletmeye ait malvarlığının tek bir işlemle devrine imkân tanınmıştır. Buna göre, ticarî işletmeye özgülenmiş malvarlığının devri bakımından özel hukukun birçok ilkesine aykırı bir rejim benimsenmiştir. Yine TTK. m.3 düzenlemesinde ticari iş ve adi iş ayrımı yapılarak ticari işletmeye dâhil malvarlığı bakımından özel hükümler getirilmiştir¹⁴³.

Doktrinde ağırlıklı düşünce ise, ticari işletmenin özel bir malvarlığı niteliğine olmadığıdır¹⁴⁴. Bu düşüncenin temeli, ticarî işletmeyi işleten tacirin sadede işletmeye dâhil malvarlığı ile değil tüm malvarlığı ile sorumlu olmasıdır. Bu sorumluluk ticarî işletmeye tahsis edilen malvarlığı ile sınırlı değildir.

Malvarlığı yönüyle ekonomik bir bütün oluşturan ticarî işletme, ayrı bir hukuki (tüzel) kişiliğe sahip değildir. Yargıtay,¹⁴⁵ ticarî işletmenin tüzel kişiliğinin olmadığına karar vermiştir. Bu düşünceye göre, sorumluluk hukuku bakımından tacirin kişisel malvarlığından ayrı özel bir malvarlığı da oluşturmamaktadır¹⁴⁶.

Malvarlığının tekliği ilkesinden hareketle, ticarî işletme de, tacirin genel malvarlığı içinde yer aldığı ve ondan ayrı düşünülemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu yüzden bir tacirin kişisel alacaklarının ticarî işletmeye tahsis edilmiş malvarlığına başvurusu mümkün olduğu gibi, bunun aksine ticarî alacaklılarının da tacirin kişisel malvarlığına başvurusuna bir engel yoktur. Türk hukukunda özel malvarlığına yatırım fonları misal olarak gösterilebilir. Portföy

¹⁴² ACEMOĞLU, s. 20 vd.

¹⁴³ ÇELİKBOYA, s. 33.

¹⁴⁴ AYİTER, s. 17, DEMİR, 108, ERDEM, s.990.

¹⁴⁵ Yargıtay 11. HD'nin 25.03.2002 tarih, 2001/10310 E; 2002/2662 K. sayılı ilamında; işletme, müteşebbisçe iktisadi yarar elde etmek için işgici ve kapitalib özerk şekilde bir araya getirilmesidir. Buna göre, ticarî işletmelerin tüzel kişiliği olmadığından, onlara karşı açılacak davanın o ticari işletmenin sahibi veya ortaklarına yöneltilmesi gerekir. www.kazanci.com. (Erişim tarihi 21.03.2020).

¹⁴⁶ POROY/YASAMAN, s. 41 ; ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 180.

yönetim şirketleri¹⁴⁷ tarafından kurulan ve inançlı mülkiyet devri esasına göre işletilen yatırım fonunun tüzel kişiliği yoktur. Bununla birlikte fonun malvarlığı, portföy yönetim şirketinin malvarlığından ayrı kabul edilmiştir¹⁴⁸.

c) Ticarî İşletmenin Özel Malvarlığı Olup Olmadığı İle İlgili Görüşümüz

Esasen ticarî işletmenin özel bir malvarlığı olup olmadığı sorunun temelinde yatan husus, gerçek kişi tacirin mesuliyetinin ticarî işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları ile sınırlandırılmasının hukuk tekniği açısından uygun olup olmadığıdır¹⁴⁹. Gerçekten de, bir sermaye şirketine ortak olmakla sorumluluk nasıl sınırlandırılabilirse, bağımsız ticarî işletmelerde de sorumluluğun sınırlandırılması gerektiği doktrinde dile getirilmiştir. Bu bağlamda tacirlere sınırlı sorumlu ticarî işletme kurma imkânı verilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Böyle bir imkân verilmediğinde tacirlerin saman adamlarla sermaye şirketi kurmaya ve böylece sınırlı sorumluluktan kaçmak için kanuna karşı hile yoluna başvurulmasına neden olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁰. Türk hukukunda sorumluluk bakımından, özel bir malvarlığına sahip sınırlı sorumlu ticarî işletmenin mümkün olmadığı söylenebilir.

TTK. m. 338/I düzenlemesi ile tek kişiyle anonim şirket kurma ve TTK. m. 573/I hükmü ile tek kişi ile limited şirket kurma imkânı tanınmıştır. Bu yolla aslında, tacirin özel bir malvarlığına sahip sınırlı sorumlu ticarî işletme kurmasının da dolaylı şekilde mümkün hâle geldiği söylenebilir¹⁵¹.

Tartışma konusu yapılan ticarî işletmenin özel bir malvarlığı olup olmadığı sorunu gerçek kişi tacirler açısından gündeme gelmektedir. Aynı şekilde bir ticarî işletme işlettikleri için tacir sayılan dernek ve vakıflar için de sorun ifade edebilir. Zira her iki halde de tacirin ticarî işletmeye tahsis ettiğinin dışında ayrı bir malvarlığı ve faaliyet alanı vardır.

Tüzel kişi tacir sayılan ticaret şirketleri kendilerini oluşturan kişilerden ayrı bir hukuki (tüzel) kişiliğe ve malvarlığına sahip olduğundan, giderek ticaret şirketlerinin tüm işlemleri ticarî sayıldığından, bu şirketlere ait özel malvarlığı gibi bir sorunla karşılaşılması söz konusu olmaz¹⁵².

¹⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. KARAKAŞ, Tülay, Portföy Yönetimi Sözleşmesi, Ankara 2000.

¹⁴⁸ DURMAN, s. 11 vd.

¹⁴⁹ KARAYALÇIN, s. 189-191.

¹⁵⁰ KARAYALÇIN, s. 189.

¹⁵¹ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 181.

¹⁵² ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 181.

Kanaatimizce, ticarî işletmenin malvarlığı özel bir malvarlığıdır. Malvarlığı hukuk subjelerinin sahip olduğu ekonomik değeri olan ve parayla ölçülebilen hakların ve borçların bütünüdür. Hukuk düzenine göre her şahsın bir malvarlığı vardır. Bu toplam malvarlığıdır. Bu toplam malvarlığı içinden bir malvarlığı bir kişi tarafından özel bir amaca özgülenmiş olabilir. Özel malvarlığı, kişinin genel malvarlığı içinde sınırlayarak belirli bir amaca özgülediği ve özel bir rejime tabi malvarlığıdır. Özel malvarlığının ölçütleri henüz tam olarak belirlenmemişse de genel bir ifadeyle, belirli bir amaca özgülenmiş olması, kişinin diğer malvarlığından ayırt edilmesi ve bazı açılardan özel bir rejime tabi olması olarak açıklanabilir¹⁵³.

Ticarî işletmenin malvarlığı da kendi başına iktisadi bir bütün olarak, belirli bir amaca özgülenmiş ve özel bir rejime tabi kılınmış olduğundan özel malvarlığı olarak kabul edilebilir. TTK. m. 11/III ve TBK. m. 202 hükümleri ve normların düzenleniş şekilleri birlikte değerlendirildiğinde ticarî işletmenin bir bütün ve özel malvarlığı olduğu söylenebilir.

Ticaret hukukuna karakterini kazandıran ve diğer özel hukuk alanlarına göre farklı kimlik veren merkez kavram ticarî işletmedir. Her ne kadar tüzel kişiliği olmasa da ticarî işletmenin ticaret hukukundaki düzenleniş şekli ve önemi dikkate alındığında, ticarî işletmeye tahsis olunan malların hukuki statüsü, sahibinin diğer mallarından ayrı özel bir malvarlığı niteliği olduğunu kabul etmek gerekir. Sorumluluk bakımından gerçek kişilerin ticarî işletmesi ile değil tüm malvarlığı ile sorumlu olduğunun kabulü bu düşüncemize engel değildir.

Zira ticarî işletmenin tanımı zaten bizi özel malvarlığı olduğunun kabulüne götürmektedir. Ticarî işletme, ekonomik bir gayeyi elde etmek için oluşturulan organizasyonun malik olduğu maddi ve maddi olmayan mal, hak ve hukuki ilişkiler bütünüdür.

Yine TTK. m. 11/III düzenlemesi ile ticarî işletmenin malvarlığını sahibinin diğer malvarlığından ayırmaktadır. Düzenlemede, “*ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurları*” ve “*sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları*” ifadeleri kullanılmıştır. Düzenleme metninde ticarî işletmenin malvarlığının sahibinin diğer malvarlığından ayrılmıştır. Böyle düşünmemize sebep olan hükümdeki, işletmeye özgülenen malvarlığı ifadesi ile ticarî işletmenin içerdiği malvarlığı unsurları ifadeleridir. Kanun koyucu bu ifadeler ile ticarî işletmeye sürekli olarak özgülenen bir malvarlığından ve ticarî işletmenin içerdiği malvarlığı

¹⁵³ ARICI, s. 33.

değerlerinden söz etmektedir. Eğer kanun koyucunun ticarî işletmenin malvarlığını özel bir malvarlığı olduğunu düzenleme amacı olmasaydı bu şekilde açık ifadelere yer vermezdi. Bu açık ifadelerle kanun koyucu ticarî işletmenin malvarlığını, sahibinin diğer genel-toplam malvarlığından ayırma gereği duymuştur.

Ticarî işletmenin devri halinde, sahibinin tüm malvarlığı değil, ticari işletmeye daimi olarak tahsis edilen/özümlenen malvarlığı devredilmektedir. Ticarî işletmesini devreden bir tacirin işletmeye dâhil olmayan evi veya eşinin kullandığı arabası devir kapsamında yer almayacaktır. Bu malvarlığı tacirin genel malvarlığı içinde yer alamaya devam etmektedir.

Özel bir malvarlığının varlığının şartlarından birisi olan, özel bir rejime tabi olması şartı da mevcuttur. Zira TTK. m. 11/III düzenlemesi ile, ticarî işletmeye dâhil malvarlığı değerlerinin tek bir sözleşme ile devrine imkan tanınmıştır. Buna göre, ticarî işletmenin münferit malvarlığı unsurlarının tek işlemle devri mümkün olmaktadır. Ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının devredilmesi için ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek yoktur. Yine malvarlığı unsurlarının özel kanunlarındaki devir şekillerine gerek olmaksızın adî bir yazılı sözleşmenin tescili ile devrine imkân tanınmıştır. Ticarî işletmenin malvarlığı içinde bulunan taşınmazların Türk Medeni Kanunu'nda belirlenen resmi şekil dışında özel bir rejimle devri benimsenmiştir.

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu¹⁵⁴ m. 5/II düzenlemesinde, ticarî işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulmasını mümkün kılmıştır¹⁵⁵. Bu durumda rehin kurulduğu anda işletmenin faaliyetine özgülenmiş her türlü malvarlığı rehnedilmiş sayılmaktadır. Düzenlemede açıkça “ticari işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her türlü varlık” ifadesi kullanılmıştır. Kanun koyucu düzenleme ile ticarî işletmenin malvarlığını tacirin diğer genel malvarlığından ayırma ve ticarî işletmenin faaliyetine özgülenmiş malvarlığını özel bir malvarlığı olarak kabul etmiştir. Bu şekildeki bir hükümle ticarî işletmeye özgülenen malvarlığını ayrı bir rejime tabi tutmayı tercih etmiştir.

Kanaatimizce Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nu¹⁵⁶ m. 3 düzenlemesindeki tüketici tanımı, ticarî işletmenin malvarlığının sahibinin diğer genel malvarlığından ayrı özel bir malvarlığı olduğunu düşünmeye sevk etmektedir. Tanıma göre, tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişi*” olarak tarif edilmiştir. Yine aynı düzenlemede

¹⁵⁴ RG. 28.10.2018 T., S.29871.

¹⁵⁵ ACAR, Faruk; Rehin Hukuku Dersleri, 2. Bası, s. 159 vd., İstanbul 2017.

¹⁵⁶ RG. 28.11.2013 T., S. 28835.

“tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan sözleşme ve hukuki işlem” olarak tarif edilmiştir. Ticarî bir işletmenin sahibinin ticarî işletmesiyle ilgili işlemi Tüketicinin Korunması Kanunu kapsamına girmeyecektir. Buna karşılık, ticarî işletmenin sahibinin genel malvarlığı içindeki evi, arabası veya ticarî işletmeye tahsis edilmeyen malvarlığı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girecektir. Bu sebeple ticarî işletmenin malvarlığı özel bir malvarlığı olarak kabul edilmeli ve sahibinin genel malvarlığından ayrı bir rejime tabi olmalıdır.

Yine TTK. m. 3 düzenlemesinde, ticarî işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticarî iş olduğu kabul edilmiştir. Ticarî işler hem yargılama usulü hem de ticarî borçlara uygulanan hükümler bakımından diğer adi işlerden farklı bir rejime tabi tutulmuştur.

Ticarî işletmenin malvarlığı farklı bir özellik göstermektedir. Kanaatimizce ticarî işletmenin malvarlığı, tacirin genel/toplam malvarlığı kapsamında fakat ticarî işletmenin faaliyetine özgülenmiş özel bir malvarlığıdır.

3)Ticarî İşletmenin Malvarlığı Unsurları

a) Genel Olarak

İşletmenin malvarlığının belirlenmesi, ticaret şirketleri bakımından kolaydır. Zira işletmenin malvarlığı ile tüzel kişi şirketin malvarlığı aynıdır. Buna karşılık gerçek kişilere ait ticarî işletmenin malvarlığının tespiti özellik arz eder. Gerçek kişi tacirin genel malvarlığı içinde özel bir malvarlığı olan ticarî işletmenin malvarlığının sınırlarının tespiti gerekir¹⁵⁷.

Gerçek kişiye ait malvarlığının olması ve ticarî işletmeye dahil olması-tahsis edilmiş olması gerekir. Malvarlığı unsurlarının işletmenin kuruluşu veya sonradan ticarî işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş-özgülenmiş olması gerekir. Devir aşamasında ticarî işletmeye özgülenmemiş malvarlığı değerleri devrin kapsamına girmez. Hangi unsurların ticarî işletmenin faaliyetine tahsis edileceğinin tacirin iradesine bağlı olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁸. Yine TTK. m. 19'daki ticari iş karinesinin de ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının belirlenmesinde yol gösterici olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁹. Ticarî işletmenin malvarlığının tespitinde, defter ve kayıtlarından da yararlanılabilir.

¹⁵⁷ ARICI, s. 37.

¹⁵⁸ ARICI, s. 38.

¹⁵⁹ ACEMOĞLU, s. 129.

Ticarî işletmeye dâhil malvarlığının tespiti, devrin kapsamını belirlemede yol gösterici olacaktır. Devrin kapsamı ile ilgili yasal bir karine kabul edilmiştir. TTK. m. 11/III-c.2'ye göre, aksine hüküm olmadığında devir sözleşmesi, ticarî işletmenin duran malvarlığını, kiracılık hakkını, işletme değerini, ticaret ünvanı ile fikrî mülkiyet haklarını ve daimi surette işletmeye tahsis edilen malvarlığı öğelerini kapsar. Hemen belirtelim ki TTK. m. 11/III'te misal olarak sayılmıştır. Devir kapsamındaki malvarlığı öğeleri, belirtilenlerle mahdut değildir. Gerçekten de, düzenlemede sayılan malvarlığı unsurlarından sonra genel bir ifade ile *“sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları”* şeklinde bir tanımlama yapılması bu tespiti teyit etmektedir¹⁶⁰.

TTK. m. 11/III'te belirtilmeyen unsurların, işletmenin malvarlığına dâhil olabilmesi için, her şeyden önce ekonomik bir değer taşıması, başka bir deyişle paraya tahvil edilebilir olması gerekir. Nitekim maddede yer almamakla birlikte, doktrinde ticarî işletmeye ait tüm hakların malvarlığı unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu anlamda alacaklardan doğan haklar ile alacakların teminatları, ipotek, rehin hakları ve işletmenin parası da malvarlığına dâhil olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶¹.

İktisadî değer taşıyan bir şeyin ticarî işletmenin malvarlığına dâhil edilmesinde başvurulacak diğer ölçüt, malvarlığı unsurunun işletmenin faaliyetine sürekli tarzda özgülenmesidir. Özgülenme şartını taşımayan unsurlar, işletmenin malvarlığı kapsamı içinde kabul edilmez. Meselâ, ana girişinde iştigal konusu ile ilgisi olmayan ata yadigârı bir resim, heykel veya antika, sadece sergileniyor ve işletmenin faaliyetinde kullanılmıyorsa ticarî işletmenin malvarlığına dâhil sayılmaz¹⁶².

İşletmenin malvarlığına dâhil olan unsurların tespiti, devir sözleşmesinde devredilecek malvarlığının nelerden ibaret olduğunun belirlenmesinde hayatî önem taşır.

İşletmenin malvarlığını oluşturan unsurlar kural olarak o işletmeye ait bilançoda yer alan tüm ekonomik değerlerden teşekkül eder. Kanun koyucu da işletmenin malvarlığına dâhil unsurları sayarken bir taraftan maddî varlığı bulunan eşyadan; öte taraftan da maddî varlığa sahip olmayan haklardan söz etmiştir. Bu nedenle doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, işletmenin malvarlığı, maddî veya gayri maddî unsurlar ayrımı yapılarak açıklanmaktadır¹⁶³. Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar, müşterilerin işletmenin merkezini teşkil ettiğinden

¹⁶⁰ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 181.

¹⁶¹ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 182.

¹⁶² ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 182.

¹⁶³ ARSLANLI, s. 106 VD. ; ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 182.

hareket etmektedir. Bu düşünce sahipleri, işletmenin bütününe yönelik sözleşmelerde müşterileri ile işletmeyi bir arada tutan aslî unsurun kapsama dâhil olmasının zorunlu olduğunu ileri sürmektedir. Bu düşünceye göre maddî- maddî olmayan unsurlar şeklinde yapılan ayırım yerine; aslî-talî unsurlar biçiminde bir ayırım yapılması daha isabetli olduğu ileri sürülmüştür¹⁶⁴.

İşletmenin malvarlığına, tacirin işletmesi gereği üstlendiği borç ve yükümlülüklerinin de dâhil olduğu şüphesizdir.¹⁶⁵ İşletmenin malvarlığının bir parçasını oluşturan aktiflerin karşısında yer alan bu borçlar, topluca pasif olarak adlandırılır.

b) Maddî Unsurlar

aa) Duran Malvarlığı

TTK. m. 11/III düzenlemesinde duran malvarlığı ile kastedilen, ticarî işletmeye sürekli olarak özgülenmiş olan maddî mallar veya diğer ifade ile yatırım malvarlığıdır. Bu kavrama öncelikle işletme malikinin devamlı şekilde işletmenin faaliyetine tahsis edilen gayrimenkuller, mütemmim cüzleri ile teferruatları da dâhildir. Aynı şekilde faaliyetlerinde kullanılan tüm makine, motorlu taşıt, mobilya ve benzeri menkuller de ticarî işletmenin duran malvarlığı olarak kabul edilmektedir. Fabrika binaları, imalathaneler, satış yerleri, depolar gibi taşınmazlar ile işletmenin üretim bölümünde kullanılan teknik araçlar, işletmede kullanılan bilgisayar, faks, telefon ve benzeri mallar da bu kapsama girmektedir¹⁶⁶.

bb) Dönen Malvarlığı

TTK. m. 11/III düzenlemesinde, para mevcudunun işletmenin malvarlığı içinde olduğu zikredilmemiştir. Teknik olarak da paranın duran malvarlığı kapsamına girdiği söylenemez. Fakat para mevcudu da tıpkı hammadde, mamûllerden oluşan dönen varlıklardır. Bunlar da ticarî işletmenin malvarlığına dâhil unsurlar arasında yer alır¹⁶⁷.

c) Maddî Olmayan Unsurlar

aa) Ticaret Unvanı, Ad ve İşaretler

Ticarî işletmenin malvarlığının maddî olmayan unsurları, taciri, işletmeyi ve işletmenin mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırmaya yarayan ticaret unvanı, işletme adı

¹⁶⁴ ACEMOĞLU, s. 31; POROY/YASAMAN, s. 40 vd.

¹⁶⁵ ARSLANLI, s. 106 vd.

¹⁶⁶ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 183.

¹⁶⁷ KARAYALÇIN, s. 173.

ve marka vardır. Nitekim TTK. m. 11/III’te ticaret unvanı özel olarak belirtilmiştir. Bu nedenle internette bir tanıtma vasıtası olarak kullanılan alan adları da ayırt edici ad ve işaretlere dâhil olup işletmenin malvarlığı unsurlarındandır¹⁶⁸.

bb) Fikrî Mülkiyet Hakları

TTK. m. 11/III düzenlemesinde, işletmenin maddî olmayan malvarlığı unsurlarının teker teker sayılması yerine, anılan hakların yanı sıra ucu açık bir hüküm tercih edilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihinin isabetlidir. Zira son dönemde fikrî ve sınai haklar alanında kabul gören yeni bitki çeşidi, entegre devre topografyası, coğrafi işaret, bilgisayar programı, veri tabanı gibi hakları ortaya çıkmıştır. Düzenlemede ileride ortaya çıkabilecek hakları da kapsayan ve gelişmeye açık olan “*fikrî mülkiyet hakları*” kavramı tercih edilmiştir.

İşletmenin malvarlığına dâhil unsur olarak TTK. m. 11/III’te zikredilen fikrî mülkiyet haklarının başında, faaliyet süreci içerisinde elde edilen veya devralınan patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar gelmektedir. Yine Fikir ve Sınat Eserleri Kanunu kapsamında koruma altına alınan telif hakları da sayılabilir. Bir eserden ekonomik olarak yararlanma imkânı sağlayan malî hakların da işletmenin malvarlığına dâhil olduğu kuşkusuzdur. Bu malî haklar doğrudan eser sahibi sıfatıyla ticarî işletmeye ait olabileceği gibi sonradan da devralınmış olabilir¹⁶⁹.

Patent korumasından yararlanamayan ancak sahibine ekonomik bir yarar sağlayan teknik bilgiler ile know-how olarak da adlandırılan deneyimler fikrî haklar kapsamında değerlendirilebilir¹⁷⁰. Belirtelim ki, know-how’un hukuki niteliği tartışmalıdır. Fakat sahibi açısından bir ekonomik değer ifade eden bilgi ve tecrübelerin haksız rekabete veya en azından haksız fiile ilişkin hükümlere göre korunacağı konusunda doktrinde görüş birliği vardır¹⁷¹.

cc) Haklar ve Alacaklar

TTK. m. 11/III düzenlemesinde açıkça belirtilmemekle birlikte, işletmenin faaliyeti sırasında oluşan tüm alacaklar ile bu alacakları teminatı olarak öngörülen ipotek ve rehin hakları da işletmenin “*bir bütün halinde*” malvarlığına dahil unsurları arasında kabul edilmektedir¹⁷².

¹⁶⁸ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 184.

¹⁶⁹ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 184.

¹⁷⁰ ARKAN, s. 32.

¹⁷¹ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 184.

¹⁷² ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 185.

dd) Kiracılık Hakkı

Kiracılık hakkı, TTK. m. 11/III düzenlemesinde açıkça ticarî işletmenin malvarlığı unsurları arasında sayılmıştır. Kiracılık hakkı, ancak tacirin işletmede kiracı olarak bulunduğu durumlarda anlam taşımaktadır. Tacir kendi taşınmazında faaliyette bulunuyorsa kiracılık hakkının devri söz konusu olmaz.

Kiracılık hakkının düzenlemeye konu edilmesinin özel bir amacı vardır. İşletmenin sürekli şekilde bir yerde faaliyet göstermesi, müşterilerin buraya alışmalarına ve bu şekilde yerin değerinde artışa yol açar. Meydana gelen değer artışı, işletmenin kiracılık hakkı ile birlikte devrini gerekli kılmaktadır¹⁷³. Devrin kapsamına kiracılık hakkının da dâhil edilmesi işletmeye daha yüksek bir değer kattığı için özellik arz etmektedir¹⁷⁴.

Kiracılık hakkının devredilen malvarlığı kapsamına dâhil edilmemesi, kiracı tacirin faaliyeti neticesi doğan değerden devralanın tam olarak yararlanamamasına yol açar. Kiralayan bakımından ise devrettiği işletmeye dâhil olması gereken bu haktan haksız yere yararlanması sonucunu doğurur. İşletmenin bir bütün halinde devrinin kabul edildiği Türk Ticaret Kanunu sisteminde, kiracılık hakkının da kapsama girmesi gerektiği tercih edilmiştir¹⁷⁵.

İşletme değeri ile bağlantılı olan kiracılık hakkının, ticarî işletme için önem arz ettiği şüphesizdir. İşletme değeri (müşteri çevresi) ve kiracılık hakkı arasında sıkı bağ bulunması sebebiyle bir işletmenin, kiracılık hakkından ayrı olarak ve gerçek değeri ile devredilebilmesi mümkün değildir.¹⁷⁶ Dolayısıyla kiracılık hakkının işletmenin malvarlığı unsurları içinde önemi göz ardı edilemez.

Kiracılık hakkının düzenlendiği TTK. m. 11/III madde metni ile gerekçesi tamamıyla uyumlu değildir. Kanun metnine göre, devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa kiracılık hakkı da devrin kapsamındadır. Buna karşılık gerekçede, kiracılık hakkının devrine mal sahibinin onay vermesi gerektiğinden söz edilmektedir. Gerekçeye bakılarak, doktrinde, bazı şartlarda kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) devrinin kiralayanın iznine tabi olabileceği

¹⁷³ YASAN, Mustafa; Ticari İşletme Devir Sözleşmesinin Kapsamına Kiracılık Hakkının Dahil Olması Sorunu (6102 Sayılı TTK ve 6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Bir İnceleme), BATİDER., C.XXIX, S:3, Eylül 2013, Ankara, s. 159-185.

¹⁷⁴ ÖZSUNAY, Ergun; Kiracılık Hakkının Korunması, TTK m. 11/2 Üzerinde Bir Araştırma, Ankara 1962, s. 11 vd.

¹⁷⁵ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 185.

¹⁷⁶ ÖZSUNAY, s. 60.

gibi sonuçlar çıkarılmaktadır¹⁷⁷. İşletmenin devri sözleşmesinin kapsamının incelendiği bölümünde kiracılık hakkının devri ile ilgili düzenlemeler, yarattığı sorunlar ve çözüm önerilerimiz ileri sürülmüştür.

ee) Müşteri Çevresi/Ticarî İtibar/İşletme Değeri/ Good-will

TTK. m. 11/III düzenlemesi ile ticarî işletme bütün halinde hukuki işlemlere konu olacağı öngörülmüştür. Hükmün temeli, işletmenin kendisini oluşturan münferit unsurların ekonomik varlıklarının toplamından daha fazla bir değere sahip olması gerçeğine dayanmaktadır. Bu fazla değere yol açan unsurlardan birisi de, işletmenin zaman içinde kazandığı müşteri çevresi, ticarî itibarı ve bununla müşterileri gözünde oluşan işletme değeridir¹⁷⁸.

Ticari itibar, işletmenin müşteri çevresi ile arasındaki ilişkiler ile piyasadaki pozisyonunun gösterdiği iktisadi değerdir¹⁷⁹.

İşletmenin faaliyet gösterdiği yer, sunduğu mal ve hizmetlerin kalitesi, sunumun etkin bir organizasyon çatısı altında gerçekleştirilmesi, satış sonrası hizmetler gibi çeşitli faktörler müşterilerin işletmeye güven duymasını sağlar. Böylece işletmeye rağbet göstermesine yol açar. Bir işletmenin etrafında toplanan ve işletmeye sürekli iş imkânını temin eden bu müşteri çevresinin ekonomik anlamda değeri etkileyeceği ve olumlu bir fark yaratacağı bu sebeple bir malvarlığı değeri oluşturacağı kabul edilmelidir.¹⁸⁰ Uygulamada müşteri çevresini de kapsayacak şekilde “peştemaliye¹⁸¹”, “ticari itibar” veya “işletme değeri” kavramlarıyla da adlandırıldığı olmuştur.

¹⁷⁷ TOPÇUOĞLU, s. 14-27.

¹⁷⁸ KARAYALÇIN, s. 174 ; ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 186.

¹⁷⁹ ARICI, s. 122.

¹⁸⁰ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 186.

¹⁸¹ BOHUSOVA, Hana/SVOBODA, Patric; Intangible Assets Reporting: The Case of Chemical and Pharmaceutical Industry In the Czech Republic, Acta Universitatis Agriculturae Et Silviculturae Mendelianae Brunensis, (2018), s. 433. Günümüz koşullarında şerefiye kavramı bir işletmenin sahip olduğu özel yetenekler ve bilgi, sadık müşteri kitlesi, sosyal bağlantıları, çalışan işçilerinin kalitesinden maddi varlıklarından stratejik konumuna kadar çok geniş bir yelpazede değerlendirilen özellikleriyle emsallerine karşı üstünlüğünü ifade eder. Bu anlamda şerefiye işletmelerin hem maddi hem de maddi olmayan varlıkları ile yakından ilişkilidir. Özel bir hesaplama yöntemi olan şerefiye esas olarak işletme satın almaları esnasında ortaya çıkan ve satın alınan kıymetin gerçeğe uygun değerini aşan bedeli ifade eder. Maddi olmayan duran varlıkların özel bir kalemi olarak tanımlanan şerefiye sadece işletme birleşmeleri ve satın alma nedeniyle ortaya çıktıklarında raporlanabilir.

Müşteri ticarî işletmenin ayrılmaz iki parçasıdır. Müşteri topluluğu büyüdükçe işletmenin imkânları da artar. Dolayısıyla işletmenin diğer işletmelere karşı rekabet gücünün de artması beklenir¹⁸².

Bir ticarî işletmenin müşteri çevresi işletmenin değerini önemli ölçüde etkilemesine rağmen somut olarak malvarlığı içerisinde görünmez¹⁸³. İşletmenin faaliyetleri neticesinde edindiği müşteri çevresi, faaliyetlerini sürdürme ve kazanç elde etme bakımından işletmenin ekonomik değerinin artmasını sağlamaktadır. Bu anlamda müşteri çevresinin işletme ve işletmeyi devralan için önemli bir malvarlığı değeri teşkil ettiği kabul edilmektedir¹⁸⁴.

Amerikan hukukunda ise müşteri çevresi good-will¹⁸⁵ kavramı ile ifade edilmektedir. Amerikan hukukunda “önceki müşterilerin ilgili ticari işletmeye tekrar gelmesi ihtimali” olarak tanımlanan kavramın öğretide daha sıklıkla ifade edilen tanımı bir ticaret unvanı altında gerçekleştirilen ticari faaliyetten doğan her türlü fayda olarak karşımıza çıkar¹⁸⁶. Devamlılığı temel alan good-will kavramını meydana getiren unsurlar ise işletmenin unvanı ve ticarî işletmenin faaliyetinin yürüttüğü yerdeki devamlılıktır¹⁸⁷.

Yargıtay tarafından ticarî işletmenin devri halinde işletmenin maddi malvarlığına ilaveten meydana gelen değerinin devri karşılığı peştemaliye adı altında ilave bir bedelin ödenebileceğine cevaz verilmiştir. Yargıtay ilamında¹⁸⁸ peştemaliye, faaliyetleri ile şöhret elde etmiş bir işletmenin devri durumunda bu şöhreti doğuran manevi değere ödenen bedel olarak tanımlanmıştır. Taşınmazın kiralanması halinde peştemaliye ödenmesine karar verilemez. Buna karşılık, ticarî işletmenin devri halinde devir sözleşmesi ile ödenmesi kararlaştırılabilir. Karada peştemaliye işletmeyi devralanın, işletmenin maddi değerine ilaveten onun şöhreti ve manevi değerleri için ödenmesi gereken bedel olarak kabul edilmiştir. Teşebbüsün faaliyetini icra ettiği yerin kiralanma hakkında olmadığından

¹⁸² ÖZSUNAY, s.15.

¹⁸³ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 186.

¹⁸⁴ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 186.

¹⁸⁵ Geniş bilgi için bkz. CALBOLİ, Irene; Trademark Assignment “With Goodwill”: A Concept Whose Time Has Gone, Florida Law Review, Vol. 57, N.4, 2005, s. 771-842.

¹⁸⁶ ÖZSUNAY, s.15.

¹⁸⁷ ÖZSUNAY, s.9.

¹⁸⁸ Yargıtay 4. HD., T. 3.06.1985, E.1985/2315, K.1985/5606 sayılı kararına göre; “Peştemaliye (Peştemallık); ticarete ün kazanmış bir müessesenin başkasına devri halinde üne neden olan manevi değere veya müessesenin bulunduğu yörenin onur ve halinde üne neden olan manevi değere veya müessesenin bulunduğu yörenin onur ve önemine karşılık olmak üzere ödenen bedeldir. Tanımından da anlaşıldığı gibi, peştemaliye taşınmazın kiralanmasında değil, ticari bir işletmenin devri halinde; işletmeyi devir alanın, bu işletme hakkının maddi değeri yanında işletmenin ünü ve manevi değerleri için ödenmesi lazım gelen bedeldir. İşletmenin faaliyetini yerine getirdiği taşınmaz veya taşınmazın kiralanması ile ilgili değildir. Peştemaliye bu haliyle yasaya ve ahlaka aykırı bir edim olmayıp, hukuken korunan bir haktır”.<https://www.kyhukuk.com.tr>, (Erişim tarihi, 25.03.2020).

peştemaliye ödenmesinin kararlaştırılması yasaya ve ahlaka aykırı bir edim değildir. Bu sebeple Yargıtay tarafından peştemaliye, devir sözleşmesinde kararlaştırılan bu bedelin ödenmesine dair hükmün hukuken korunan bir hak olarak kabul edilmiştir.

Doktrin tarafından müşteri çevresi, işletmenin malvarlığına dâhil bir unsur olarak kabul edilmektedir. Müşteri çevresinin bu sebeple, işletmenin faaliyetinin devam ettiği zaman diliminde veya devrinde özel bir koruyucu rejime tabi tutulduğu ileri sürülmüştür. Türk hukukunda devir halinde müşteri çevresinin korunması ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat TTK. m. 56/I, TBK. m. 57/I hükümleri de dikkate alınarak ihtiyaç duyulan korumanın, mümkün olduğu halde haksız rekabet ile ilgili hükümler kapsamında¹⁸⁹ sağlanabileceği kabul edilmektedir. Yine devir sözleşmesinde hüküm bulunan hallerde ya da TMK. m. 2'deki “*Dürüstlük Kuralından*” hareketle kabul edilen rekabet yasağı ile bu korumanın sağlanabileceği ileri sürülmüştür¹⁹⁰.

Eski Türk Ticaret Kanunu'nda müşteri çevresi, işletenin malvarlığı unsuru hakkında hiçbir düzenleme yapılmamıştı. Müşteri çevresi kavramının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun'unda işletme değeri kavramı altında kendisine özel bir yer bulduğu söylenebilir. TTK. m. 11/III'ün gerekçesinde ticarî işletmenin malvarlığının önemli bir unsur olarak nitelendirilmiştir. Düzenlemelerde işletme değeri, “*işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin teker teker malvarlığı unsurlarının toplamının değerini aşan değer*” ifadesi ile öngörülmüştür¹⁹¹.

İşletmenin ekonomik değerini arttıran diğer unsurlara örnek, faaliyet sürecinde kazanılan teknik bilgi ve deneyimler “know-how” da gösterilebilir.

Ticari işletmenin ekonomik değeri bakımından önemli bir yere sahip olan müşteri çevresi daha çok TTK 'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri kapsamında koruma altına alınmıştır. Nitekim çalışmamız özelinde ele alınan konulardan biri olan ticari işletmenin devri halinde, müşteri çevresine ilişkin olarak, rekabet konusu gündeme gelmektedir. Bu genel hükümler bir yana, 6762 sayılı TTK. m.108 farklı olarak TTK. m. 11/III düzenlemesinde,

¹⁸⁹ KARAYALÇIN, s. 184 vd.; ÖZSUNAY, s. 11; ÖZER/GÖLE, s. 18; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 187.

¹⁹⁰ ACEMOĞLU, s. 85 vd.

¹⁹¹ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 187.

işletme değeri ifadesiyle müşteri çevresi bir malvarlığı unsuru olarak kanunda yerini bulmuştur¹⁹².

§ 4. TİCARÎ İŞLETMENİN DEVRİ KAVRAMI, DÜZENLEME ŞEKLİ, DEVRİN UNSURLARI VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. Ticarî İşletmenin Devri Kavramı

1) Genel Olarak

Ticarî işletme, TTK. m. 11/III düzenlemesine göre devredilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu edilebilir. Ticarî işletme, rehnedilebilir, intifa hakkı tesis edilebilir, maden buluculuk hakkı ve lisans devri, tesis devri, pay devri, kiralanması veya diğer bir şirkete sermaye olarak konulabilir.

Ticarî işletme devri doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanımda, sözleşme ile işletmenin hakları ve borçlarının bir bütün halinde bir şahıstan diğer bir şahsa devredilmesi konusunda tarafların anlaşması ile hakların ve borçların nakledilmesidir¹⁹³. Başka bir görüş ticarî işletmenin devrini, devir sözleşmesine bağlı olarak sahibinin el değiştirmesidir¹⁹⁴.

Bir başka tanımda ise, sözleşme ile aktifindeki haklar ile pasifindeki borçların bir bütün halinde devredenden devralana geçirilmesi konusunda tarafların anlaşması ve sonrasında nakledilmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁵.

TTK. m. 11 düzenlemesi, ticarî işletmenin bütün olarak devredilebileceğini öngörmüştür¹⁹⁶. Ticarî işletmenin devri, sözleşme tarzı hukuki işlemlerle olabileceği gibi tacirin ticareti terk etmesi suretiyle de gerçekleşebilmektedir. Bir görüşe göre, işletmenin devri geniş kapsamlıdır. Bu düşünceye göre işletmenin devri, satış, bağışlama, ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle de yapılabilir. Ayrıca intifa hakkı kurulması ve işletmenin hasılat kirasına verilmesi şeklinde de devredilebilir. Dolayısıyla bir işletmenin başkası tarafından belirli bir süreyle sınırlı olarak kullanılmasına imkân tanıyan tüm haller işletmenin devrine dâhil sayılır¹⁹⁷. Buna karşılık, diğer bir düşünceye göre, işletmenin devri kavramı, daha dar kapsamlıdır. Devir sözleşmesi, işletme aktiflerini devretme gayesine matuf sözleşmelerden

¹⁹² ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 187.

¹⁹³ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2019, s. 621 vd.

¹⁹⁴ ARICI, s. 25.

¹⁹⁵ ÇELİKBOYA, s. 61.

¹⁹⁶ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 188 vd.

¹⁹⁷ ACEMOĞLU, s. 3 ; ÖZ, s. 104.

oluşan bir teşekküldür. Devrin konusu, yalnız işletme sahipliğinin devralana kesin bir şekilde geçirilmesine ilişkin olmalıdır. Muvakkat süreyle faydalanma ve kullanma gayesine matuf sözleşmeler devir sözleşmesi kapsamında nitelendirilemez¹⁹⁸. Zira işletmeyi devralanın geçici şekilde kullanımına tahsis eden şahıs, aktiflerin sahibi olarak kalmaya devam etmektedir. İşletmeye dâhil aktiflerin mülkiyetini kazanamayan bir kişiyi borçlardan sorumlu tutmak, işletmenin devrine ilişkin hükümlerinin amacına uygun değildir¹⁹⁹. Hukuki değerlendirmenin bu yönde yapılması daha uygun olacaktır. Fakat Yargıtay muvazaalı veya İİK. m. 44 ile İİK. m. 283/III hükmünde belirtilen yükümlülöklere uyulmadan yapılan devirlerin alacaklılar bakımından sonuç doğurmayacağı tespit etmekle kalmamaktadır. Yargıtay bu durumda sanki geçerli bir devir varmış gibi devralanı da borçlardan sorumlu tutmaktadır.

TBK. m. 202 gereğince işletmenin devrinden söz edilebilmesi için öncelikle bir işletmenin varlığı şarttır. Açılması için hazırlıkları tamamlanmış bir işletme bakımından bu unsurun gerçekleştiğı kabul edilir. Aynı şekilde faaliyete geçici sebeplerle ara verilmiş veya tasfiye aşamasına geçilmiş olması halinde de bir işletmenin değerinden bahsetmek mümkündür.²⁰⁰ İşletme, iktisadi bütönlüğünü devam ettirdiğı sürece devredilebilir. Tasfiye tamamlanıncaya kadar veya iflas açılıncaya kadar işletmenin devre konu olması mümkündür. Bununla birlikte iflasın açılmasına müteakip İİK. m. 191/hükmüne göre, iflas masasına dahil mal ve haklar üzerinde yapılan tasarruf işlemleri iflas masasına karşı geçersizdir²⁰¹. İflas açıldıktan sonra müflisin ticarî işletmesine dâhil mal veya ticarî işletmesinin devri sözleşmesiyle başkasına devretmesi alacaklılara karşı hükümsüzdür²⁰².

İşletmeyi devralanın faaliyetini fiilen devam ettirmesi TBK. m. 202’de şart olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla devirden bahsedilebilmesi için devralanın işletmenin faaliyetini devam ettirmesi zorunlu değildir.²⁰³

Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre, ticarî nitelik taşımayan işletme ile ticarî işletme birbirinden farklıdır. Ticarî işletme ve ticarî nitelikte olmayan işletmenin alacak ve borçları ile birlikte devri hususunu asıl olarak TBK. m. 202 ile hükme bağlanmıştır. Buna karşılık, TBK. m. 203 hükmü ise, işletmenin başka bir işletme ile alacak ve borçları

¹⁹⁸ KARAARSLAN, Erol; Alacaklılardan Mal Kaçırma Amacıyla Ticarî İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: Borçlar Kanunu Madde 179, MBD, S. 70, 1999, s. 48.

¹⁹⁹ ARICI, s. 66.

²⁰⁰ ACEMOĞLU, s. 44 ; ARICI, s. 34 .

²⁰¹ Bu konuda detaylı bilgi ve hukuki tartışmalar için bkz BAŞÖZEN, Ahmet, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005.

²⁰² BAŞÖZEN, s. 121 vd.

²⁰³ ARICI, s. 34.

devralması suretiyle birleştirilmesi düzenlenmiştir. Hüküm birleşmeyi TBK. m. 202'ye tabi tutmuştur. Gerek işletmenin devri ile ilgili TBK. m. 202, gerek işletmelerin birleştirilmesiyle ilgili TBK. m. 203 düzenlemelerinde, işletme seviyesindeki, malvarlığı birleşmeleri öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle, işletmenin devri ya da birleşmesi, işletmeyi işleten şirketleri ve onların ortaklarını yani kişi ögesine tesiri yoktur. Şirketler ve ortakları ayrı kalmaktadır²⁰⁴.

Faaliyeti sonlandırmak isteyen tacir, işletmesini gerçek anlamda diğer bir şahsa devretmek isteyebilir. Bu devirle işletmeyi devralan kişi, işletmenin faaliyetini kendi nam hesabına devam ettirme imkânına kavuşur. İşletmenin devri, esas itibarıyla sözleşme taraflarının yapacağı işlem ile işletmenin alacak ve borçlarının bir bütün olarak sahip değişikliğine yol açmalarıdır. Bir görüş sahibine göre, işletmenin devri, sözleşme vasıtasıyla bir işletmenin aktifindeki hakların ve pasifindeki borçların tümünün bir şahıstan başka bir şahsa devredilmesi konusunda tarafların anlaşmasıdır. Anlaşma yapıldıktan sonra da alacak ve borçlarını nakletme işlemidir²⁰⁵. Başka bir görüş ise, işletmenin devrini, taraflar arasındaki borçlandırıcı sözleşme ve doğan borçların ifası ve bu hukuki işlemin alacaklılara ihbarı ile tamamlanan, sonuç olarak devreden borçlarının kanun gereğince devralana geçişini sağlayan bir problemler demetidir²⁰⁶.

2) İşletme/Ticari İşletme Devrinin Düzenleniş Şekli

a) 818 Sayılı Borçlar Kanunu ve 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Dönemi

İşletmenin devri, 818 sayılı eBK. m. 179'daki "*Bir Mamelekin veya İşletmenin Devralınması*" ifadesi ile öngörülmüştü. 6752 sayılı eTTK. ticarî işletmeyi ticaret hukukun merkez kavramı olarak kabul etmesine rağmen, bu konuda ayrı bir düzenlemeye yer vermemişti. Sadece eTTK. m. 51/II. fıkrasında ticaret unvanının işletmeden ayrı devredilemeyeceğine dair bir hüküm vardı. Bu hükme göre aksine hüküm yoksa işletmenin devri unvanı da kapsar. Bu dolaylı hüküm görmezden gelinirse ticarî işletmenin devri konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktaydı²⁰⁷.

İşletmenin devri konusundaki eBK. m.179 hükmü ise borcun nakli kısmında öngörülmüştü. Düzenleme ile işletmenin aktif ve pasifleri ile devri kararlaştırılması halinde sözleşmenin taraflarının alacaklılara karşı sorumluluğunu hüküm altına alınmaktaydı. Bu

²⁰⁴ ARKAN, s. 41.

²⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 610.

²⁰⁶ ACEMOĞLU, s. 2.

²⁰⁷ DEMİR, s. 103.

sebeple, eBK. m. 179 hükmünde işletmenin devri her yönüyle değil de neticeleri ile öngörülmüştü²⁰⁸.

818 sayılı eBK. m. 179 düzenlemesine göre, işletmenin borçları, kanun gereği küllî olarak devralana geçer. Bu karşılık eBK. m. 179 uyarınca, aktiflerin geçişinde ise cüzi halefiyet ilkesi geçerlidir²⁰⁹. Zira işletmenin devrinde işletmeye dâhil olan aktifler, devir sözleşmesi ile birlikte kendiliğinden devralana intikal etmez. Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminin ayrı ayrı yapılması gerekir. Ticarî işletmenin devri ile ilgili özel bir hüküm bulunmadığı için eBK. m. 179 hükmü ticari işletmelerin aktiflerinin devri için de uygulanmaktaydı. Bu sebeple önceki dönemde ticari işletmenin aktiflerinin devri için her bir malvarlığı unsuru için malvarlığının geçişine uygun kanunun aradığı tasarruf işleminin ayrı yapılması gerekliydi. Devri sözleşmesinden sonra taşınmazlar için tescil talebi ve tescil, menkuller için zilyetliğin devri, alacaklarda alacağın devri, kıymetli evrakta ciro gibi kanunun aradığı şekilde tasarruf işleminin yapılması gerekliydi. Bu sebeple işletmenin devrinde, aktiflerin devri için cüzi halefiyet esasının geçerli olduğu kabul edilmekteydi²¹⁰.

Doktrinde, devir işlemi ve tasarruf işleminin ayrı ayrı yapılmasının ihtiyaca cevap vermediği, zorluklara sebebiyet verdiği ileri sürülmekteydi. Aktifler bakımından da pasiflerdeki gibi geçişi kolaylaştıracak kanuni bir düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktaydı²¹¹.

b) Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Dönemi

Ticarî işletmenin devri kurumu önceki mevzuatımızdan farklı olarak iki temel kanun olan Türk Ticaret Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda ayrı ayrı düzenlenmiştir. TTK. m. 11/III hükmü ile ilk defa ticarî işletmenin devri bakımından özel bir şekil öngörülmüştür. Oldukça önemli bir değişiklik, ticarî işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri yönünden ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Devir sözleşmesinin şekli bakımından adî yazılı yapılması ve ticaret sicile tescil edilmesi yeterli kabul edilmiştir. Öngörülen bu düzenlemenin ticarî işletmenin aktif unsurlarının devrini kolaylaştırdığı söylenebilir. Hukukumuzda kaynaklık eden İsviçre ve Alman hukukuyla kıyaslandığında

²⁰⁸ERDEM, s. 987-1071.

²⁰⁹ ERDEM, s. 987-1071.

²¹⁰ İNAN, Ali Naim; Medeni Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s. 54 vd.; OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami; Medeni Hukuk, 17 Bası, İstanbul 2011, 223 vd. ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER/ERTAN, s. 190 vd.

²¹¹ ÜLGİN, Hüseyin/ARICI, M. Fatih; İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.2, İstanbul 2010, s. 1767 vd.

özgün bir düzenlemedir. Hatta ticarî işletmenin devrine ilişkin en radikal düzenleme olduğu söylenebilir. İşletmenin malvarlığı öğelerinin devri bakımından tasarruf işlemlerinin ayrıca yapılmasına gerek duyulmaması çok önemli bir değişikliktir. Ne var ki bu düzenlemenin fıkraya ekleniş yöntemi tartışmalıdır. Hatta hukuk sistemimiz ile uyumlu olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Bizce bu düzenleme, çözülmesi gereken birden fazla sorunu bünyesinde barındırmaktadır²¹². Doktrinde tartışmaların temelinde yatan hususun, ticarî işletmenin devri konusunun tek fıkra ile düzenlenmeye çalışılması olduğu ileri sürülmüştür. Kanun koyucu şirketlerin birleşmesi, yapılandırılması, tasfiyesi gibi konuları onlarca madde ile düzenlemiştir. Buna karşılık, ticari işletmenin devri tek bir madde ile geçirilmiştir. Bu kadar önemli bir konunun bu şekilde geçirilmesi beraberinde sorunları getirmektedir²¹³.

TBK. m. 202 hükmünde ise bazı değişiklikler yapılmasına rağmen, büyük ölçüde eBK. m. 179'un devamı olduğu söylenebilir. En genel ifadeyle, TTK. m. 11/III ile işletmenin aktiflerinin; TBK. m. 202 hükmüyle pasiflerinin naklinin düzenlendiği söylenebilir.²¹⁴

3) TBK. m. 202 ve TTK. m. 11/III Düzenlemesinin Tatbik Alanları

Ticarî işletmenin aktiflerinin devrine dair TTK. m. 11/III hükmü ile pasiflerinin geçişine dair TBK. m. 202 hükümleri arasında tam bir uyumun sağlanmadığı söylenebilir. Doktrinde bir görüş, ticarî işletmenin devri konusunda Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümleri arasında farklılık bulunmasına rağmen çatışma bulunmadığını ileri sürmüştür. Bu düşünceye göre, görünüşte çatışma olduğunu fakat farklı hükümlerin çatışma olarak değerlendirilmemesi gerekir. Yazara göre, somut olayın niteliğine göre her iki hükmün birlikte ve bağdaştırılarak uygulanması gerekir²¹⁵. TTK. m. 11/III düzenlemesi sadece ticarî işletmenin aktiflerinin devrinde uygulanır. Buna karşılık TBK. m. 202 hükmü, ticarî nitelikte olmayan işletmenin malvarlığının ve ticari işletmenin pasiflerin devrine uygulama imkânı bulabilir²¹⁶.

Doktrinde hâkim görüş, TBK. m. 202 düzenlemesinin, ticarî işletme veya ticarî nitelik taşımayan işletme ayrımı yapılmaksızın tüm devirlere uygulanacağı yönündedir. Buna karşılık, TTK. m. 11/III hükmüyle “*ticarî işletmelerin*” aktiflerinin devrini düzenlendiği kabul edilebilir. TBK. m. 202 hükmüyle hem “*ticarî işletmelerin*” pasiflerinin devrinin hem de

²¹² ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 192-193.

²¹³ TOPUZ; s.44-46.

²¹⁴ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, S. 194.

²¹⁵ AYHAN/ÇAĞLAR; s. 106 vd.

²¹⁶ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, S. 194.

“*ticarî nitelikte olmayan işletmelerin*” aktif ve pasiflerinin devrine uygulanabileceği ifade edilebilir²¹⁷. Doktrinde azınlıkta kalsa da, TTK. m. 11/III’e TBK. m. 202 düzenlemesini tamamlayan veya kendiliğinden uygulanan bir hüküm olarak bakılamayacağı fikri de ileri sürülmüştür²¹⁸. Aslında TBK. m. 202 düzenlemesinde, “*ticarî işletme*”, “*ticari nitelikte olmayan işletme*” şeklinde bir ayırım veya sınırlandırma yapılmamıştır²¹⁹.

Düzenlemenin başlığında ve madde metninde “*İşletme*” terimi tercih edilmiştir. Hükümün birinci fıkrasında devrin ilânı bakımından “*ticarî işletme/diğer işletmeler*” ayrımı yapılmaktadır. Madde düzenlemesindeki bu ifadeden yola çıkılarak, bu hükmün sadece ticarî işletmelere uygulanacağını kabul edilmeyeceği ileri sürülmüştür. Düşünce sahipleri görüşlerini, kanun koyucu tarafından işletme terimi tercih edildikten sonra böyle bir ayrıma yer vermezdi gerekçesine dayandırmaktadır²²⁰. Bu şekilde bir ayrıma gidilmediğinden TBK. m. 202 düzenlemesinde, “*ticarî işletme*”, “*ticari nitelikte olmayan işletme*”nin pasiflerinin devrinde uygulanır ise alacaklılarının korunması da güçlendirilmiş olacaktır²²¹. Gerçekten TBK. m. 202 madde metni bu görüşü desteklemektedir.

TBK. m.202/III hükmünde belirtilen işletmenin diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerinin müteakıl şekilde devralınması veya birinin öbürüne katılmasıyla birleştirilmesi yoluyla bir şahsa ait olan bir ticarî işletmenin kolektif veya komandit şirkete dönüştürülmesi, yani şahıs şirketine sermaye olarak konulması da (TBK. m. 203/II; TTK. m. 127/I-g) sadece ticarî işletmenin borçlarından sorumluluk bakımından ayrıca düzenlenmiştir. Her iki durumda da alacaklıların yeni işletme veya şirkete başvurabilir. Başka bir deyişle bu maddede düzenlenen birleşme veya tür değiştirmeleri hakkında da TBK. m. 202 hükmü uygulanır²²².

TBK. m. 202/III’te öngörülen genel hükümler, öncelikle gerçek kişilere ait işletmeler bakımından uygulama alanı bulacaktır.²²³ İşletmenin niteliğinin yani esnaf işletmesi veya ticarî nitelikte olmayan işletme olmasının bir önemi yoktur. Bu işletmenin bir gerçek kişi veya

²¹⁷ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 107.

²¹⁸ TEKİNALP, Borçların Yazgısı, s.1-18.

²¹⁹ TBK.m. 202’nin mehzatı kabul edilen İsviçre Borçlar Kanunu m.181(OR Art.181/4) hükmüne bir fırka eklenmiştir. Buna göre, 1 Temmuz 2004 tarihli İsviçre Birleşmeler Kanununa(FusG) atıf yapılarak ticaret siciline kayıtlı hukuk öznelerinin malvarlığı veya ticaret işletmelerinin devredilmesi durumunda, İsviçre Birleşmeler Kanunu hükümlerine tabi olacağı hükme bağlanmıştır. Bu değişiklikten sonra İsviçre Borçlar Kanunu m. 181 hükmü sadece ticaret siciline kaydedilmeyen işletmelerin devrine uygulanacağı kabul edilmektedir. Türk hukuku bakımından da böyle açık bir hükmün öngörülmesinin daha isabetli olduğu ileri sürülmüştür. AYHAN/ÇAĞLAR, dñn. 154, s. 10.

²²⁰ AKÇAAL, s. 54.

²²¹ ARICI, s. 31; Öz, s. 96 ; AKÇAAL, s. 54.

²²² ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 194.

²²³ ARKAN, s. 41.

tüzel kişiye devrinde de farklılık bulunmamaktadır. Bu tespit gerçek kişilere ait işletmelerin birleşmesi bakımından da yapılabilir.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde bugünkü düzenlemelerin karşılığı olan m. 179 ve 180'deki hükümlerin tüm işletmeler bakımından uygulanma imkânı olup olmadığı gündeme gelmişse de, TBK. m. 202/1'de işletme kavramına ilişkin olarak açıkça ticarî işletme ve diğerleri ayrımı yapılmıştır. Bunun sonucu TBK. m. 202 ve 203 düzenlemelerinin her türlü işletme bakımından uygulanabileceği tartışmasız kabul edilmelidir²²⁴.

TBK. m. 203 düzenlemesinin uygulama alanını belirlerken, Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret şirketlerinin birleşmesine dair özel hükümlerin göz ardı edilmemesi gerekir. İki veya fazla ticaret şirketine ait malvarlığının, bir bütün olarak birine veya yeni tesis edilen ortağa geçmesi ve devrolunan şirketin sona ermesi sonucunu doğuracak birleşmelerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri değil özel bir düzenleme olan Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır²²⁵.

Her iki düzenleme arasında temel birtakım farklar bulunmaktadır. İşletmelerin birleşmelerinin aksine, TTK. m. 136/IV, m. 153/I'de ticaret şirketlerinin birleşmesinde devir konusu olan malvarlığının pasiflerinin yanı sıra aktifleri için de külli halefiyet ilkesinin benimsenmiştir. TTK. m. 136/III'te birleşme sonucu infisah eden şirket ortaklarının, bünyesinde birleşme gerçekleşen şirketin paylarını, bir değişim oranına göre kendiliğinden kazanırlar²²⁶.

TTK. m. 11/III. fıkrasında, borçların nakli hususunda bir düzenleme dahi yapılmamış, bu sebeple TTK. m.11/III'ün aktiflerin geçişini, TBK. m. 202 düzenlemesinin ise borçların geçişini öngördüğü kabul edilmektedir. Burada bir uyumun yakalanmadığı ileri sürülmektedir²²⁷. Ticari işletmenin malvarlığındaki aktiflerin geçişi sözleşmenin ticaret siciline tescil ile gerçekleşir. Buna karşılık, borçların geçişi, TBK. m. 202 hükmüne göre, devir olgusunun alacaklılara bildirilmesi veya Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edilmesiyle birlikte sonuç doğurmaktadır²²⁸.

Öğretinde, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun tatbik alanlarının farklı olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bir görüş, TBK. m. 202 ve m.203

²²⁴ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 194.

²²⁵ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 194.

²²⁶ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 195.

²²⁷ ARICI, s. 216 vd.

²²⁸ ÖZ, s.223-253; ERDEM, s. 993.

hükümleriyle, işletmeler düzeyinde kalan işletmelerin devir ve malvarlığı birleşmelerinin düzenlendiğini ileri sürmektedir. Devir ve birleşmeler işletmedeki kişi ögesini değiştirmez. Hâlbuki Türk Ticaret Kanununa göre ticaret şirketlerin birleşmesi veya devri halinde ortaklarının tek şirkette toplanması ya da bir ortaklık çatısı altında bir araya gelmeleri sonucu doğar²²⁹.

Başka bir yazar da, aynı anlama gelen bir düşünceyi savunmuştur. Yazar, TBK. m. 202 hükmüyle işletmenin malvarlığı devirleri düzenlendiğini ileri sürmüştür. Buna karşılık, kişi unsurunun devrin kapsamı dışında olduğunu ileri sürmektedir. Buna karşın Türk Ticaret Kanunu ile öngörülen malvarlığının da birleşmesini icap ettiren işletme birleşmelerinde kişi ögesi de birleşmenin içeriğine girer²³⁰. Buradan hareketle herhangi bir şirketin diğer şirketin yalnızca ticarî işletmesini devralması TBK. m. 202'ye tabidir. Buna karşılık, bir şirketin diğer bir şirketçe devir alınması Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olur²³¹.

Teknik anlamda birleşme olarak nitelendirilmeyen devir konusunda bir yandan ticarî işletmelerin devrinde TTK. m. 11/III hükmü, diğer taraftan da her tür işletmenin devri bakımından TBK. m. 202 düzenlemesi birlikte uygulanabilir. Gerçek bir kişinin ticarî işletmesinin başka gerçek veya tüzel kişiye devrine özel hüküm niteliğindeki TTK. m. 11/III hükmüne ve genel hüküm niteliğindeki TBK. m. 202 düzenlemesi uygulanır. Yine bir ticaret şirketinin işletmesinin başka gerçek veya tüzel kişi olan ticaret şirketi tarafından devralınmasına da özel hüküm niteliğindeki TTK. m. 11/III hükmü ve genel hüküm niteliğindeki TBK. m. 202 düzenlemesi uygulanabilir²³².

Türk Ticaret Kanunu'ndaki birleşmeye ilişkin düzenlemeler, yalnızca ticaret şirketlerine dair olduğundan bir dernek veya vakfa ait ticarî işletmenin devrinde de TTK. m. 11/III ile TBK .m. 202 hükmü birlikte uygulanır.

TBK. m. 202 hükmünde, işletmenin devri sözleşmesinin şekli hakkında bir düzenleme öngörülmemiştir. Buna karşılık TTK. m. 11/III düzenlemesinde devir sözleşmesinin adı yazılı olarak yapılması öngörülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu'na Adalet Komisyonu aşamasında eklenen TTK. m. 194/I hükmüyle ticarî işletmenin diğer ticaret şirketince devir alınmak üzere ticaret şirketi ile

²²⁹ ARKAN, s. 42.

²³⁰ KARAHAN, s.33 vd.

²³¹ ERDEM, s. 993.

²³² ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 195.

birleşebilmesi mümkün kılınmıştır. TTK. m. 194/II düzenlemesine ise tür değiştirme hükümleri kapsamında bir ticaret şirketine dönüştürülmesine imkân tanınmıştır.

Ticarî işletmenin TTK. m. 11/III kapsamında devri ile TTK. m. 194/1 düzenlemesine göre başka bir ticaret şirketi ile birleşmesi birbirinden tamamen farklı iki ayrı hukuki işlemdir. İkisini birbirinden ayıran husus, birleşmede karşı edim olarak bir satış bedeli ödenmez. Birleşme yoluyla devirde ticaret şirketinin ortaklık hakları devreden gerçek kişi tacire tanınmaktadır²³³.

II. Ticarî İşletme Devrinin Unsurları

1) Devir Sözleşmesinde Ticarî İşletmenin Bütün Halinde Devri Kararlaştırılmalıdır

Ticarî işletmenin devrinden söz edebilmek için devir sözleşmesiyle işletmenin bir bütün halinde devri kararlaştırılmış olmalıdır. Devir sözleşmesi, niteliği, şekli ve sonuçları ilgili bölümde ele alınmış olup burada sadece TTK. m. 11/III ve TBK. m. 202 hükümlerinin uygulanması bakımından gerekli unsurlar üzerinde durulmuştur.

Ticarî işletmenin devri hükümlerinin uygulanabilmesi, yani TBK. m. 202 ve TTK. m. 11/III kapsamındaki bir devirden bahsedilmesi için, işletmenin aktif ve pasifiyle beraber devrinin kararlaştırılması gerekir. İşletmenin malvarlığı unsurları, aksi kararlaştırılmamışsa devrin kapsamında. Spesifik olarak bazı malvarlığı unsurlarının devir kapsamında olmaması TBK. m. 202 hükmü kapsamında çıkarmaz. Önemli olan devrolunan öğelerle ticarî işletmenin devamı imkan dahilinde olsun²³⁴. Doktrinde, ağırlıklı bu düşünce kabul edilmekteydi. TTK. m. 11/III düzenlemesi ile bu düşüncenin yasal temeli de vaz edilmiştir. Düzenlemeye göre “aksi öngörülmedikçe, devir sözleşmesini....ve sürekli işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur”.

Doktrinde en fazla tartışmanın yaşandığı konu, ticarî işletmenin yalnızca aktiflerinin devredilip; borçlarının kapsam dışında tutulmasının mümkün olup olmadığıdır. Türk hukukunda genel kabul gören düşünceye göre, aktifler işletmeye açılan kredinin ve verilen borçların doğal güvencesidir. Bu sebeple işletmenin devri aktiflerin yanı sıra pasiflerin de devrini öngörmelidir. Bu düşünce alacaklıların korunması için bunun kabul edilmesi gereken emredici bir ilke olduğunu ileri sürmekte ve genel kabul görmektedir²³⁵. Devredilen unsurlar

²³³ KARAHAN, s. 195.

²³⁴ ARKAN, s. 42; ARSLANLI, s. 115.

²³⁵ ACEMOĞLU, s. 41; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla;

işletmenin pasifinden ibaret ise, doktrindeki bir düşünceye göre, TBK. m. 202 düzenlemesi uygulanamaz. Bu devre ancak TBK. m. 195-200 arasındaki borcun üstlenilmesine dair hükümler uygulanır.²³⁶

Bir başka görüş ise işletmenin borçları teminat altına alındığı takdirde, sadece aktiflerin devrine göre bir devir sözleşmesi yapılmasının mümkün olduğu şeklindedir. Eğer teminat verilirse borçların devir kapsam dışında bırakılmasına dair sözleşme hükümleri geçersiz sayılmalıdır²³⁷.

Doktrindeki diğer bir görüş ise devir sözleşmesinin sadece pasifinin devredilemeyeceğine ilişkin kısmı geçersiz sayılmalıdır.²³⁸

Yargıtay uygulamasına göre²³⁹, işletmenin sadece aktiflerinin devredilmesi mümkün değildir. Zira işletmenin aktifleri, işletmeye tanınan kredilerin ve borçların doğal teminatıdır. Bu itibarla, devrin işletmenin pasiflerini de kapsamı zorunludur.

Doktrinde yaygın olarak kabul edilen düşüncenin gerekçelerinden birisi de, TTK. m. 11 madde başlığının bile “bütünlük ilkesi” olmasıdır. Madde başlığı ve III. fıkrasında ticarî işletmenin bir bütün halinde devredileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin de TBK. m. 202’nin emredici bir hüküm olduğu düşüncesini desteklediği kabul edilmektedir²⁴⁰.

Ticarî işletmenin devrinde aktif ve pasiflerin akıbeti, doktrindeki görüşler, uygulama ve kendi düşüncelerimiz, devrinin kapsamı ile ilgili kısımda etraflıca incelenmiştir.

2) Ticarî İşletme Devrinin Bildirilmesi veya İlan Edilmesi Gerekir

a) Devrin Bildirimi, İlanı ve Hukuki Niteliği

TBK. m. 202/1 düzenlemesine göre, borçların devralana geçişi, işletmenin devrinin alacaklılara bildirilmiş veya ilan edilmiş olması ile mümkündür. İşletmenin devrinden alacaklılar bildirim veya ilan aracılığıyla bilgi sahibi olur. Fakat devir sözleşmesinin geçerliliği, bildirme veya ilana bağlı değildir. Bildirim veya ilan, devir sözleşmesinin hükümlerini doğurması için zorunludur. Devralan devri bildirmediği takdirde, borçlardan sorumlu olmaz. Bu halde devreden uhdesinde hiçbir şey kalmayacağından, alacaklıların

Borçlar Hukuku, Genel Hükümler 7. Bası, İstanbul 1993, 281 vd. (Kısaltılmışı; TEKİNAY Borçlar Genel).

²³⁶ AKÇAAL, s. 56.

²³⁷ AYDIN /KAPLAN/KALYON/ŞEN, s. 232.

²³⁸ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER/ERTAN, s. 202-206.

²³⁹ Yargıtay 13. HD'nin 1994/9457 Esas, 1994/11059 Kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, C. 21, S. 6, Temmuz 1995, s. 1083 vd.

²⁴⁰ AKÇAAL, s. 58 vd.

devirden zarar görme ihtimalleri vardır. Bildirim ve ilan İİK. m. 44 ve İİK. m. 280/III'deki düzenlemelerin olumsuz sonuçlarından tarafların ve alacaklıların korunması bakımından, yani düzenlemedeki sakıncaları bertaraf etmek için getirilmiştir²⁴¹. İİK. m.280/III düzenlemesine göre, ticarî işletmeyi devralanın alacaklıdan mal kaçırma kastı ile hareket ettiği karineten kabul edilmektedir. Devralan, alacaklılara devir keyfiyetini ihbar veya ilan ettiğini ispatlamakla yükümlüdür. Düzenlemede bu karinenin aksini ancak ilanın ispatı ile mümkün kılmıştır. Bu hükümle alacaklılar açtıkları tasarrufun iptali davalarında ispat yükünden kurtarılmaktadır²⁴².

Bildirim veya ilan ayrı ayrı yapılması zorunlu değildir. Devralanın bu iki yöntemden birini seçmesi yeterlidir²⁴³. Devrin alacaklılara bildirilmesi veya ilanla duyurulması, devredilen işletmenin borçlarını devralanın üstlenebilmesi için gerekli şartlardan biridir. Bu şart gerçekleşmediği sürece devralanın sorumluluğu doğmaz. Fakat Yargıtay, İİK. m. 44 ve İİK. m. 280/III düzenlemesine uyulmayan, yani devir yükümlülüğü yerine getirilmeyen devirlerin alacaklıların haklarına hâlel getirmeyeceği görüşündedir. Ancak Yargıtay, bir adım daha ileri geçerek sanki devir geçerli imiş gibi devralanı borçlardan sorumlu tutmaktadır. Kanaatimizce bu yorum hukuk tekniğine uygun değildir.

Devralanın sorumluluğu ancak bildirim ve ilanla birlikte başlar. Yine devredenin mesul olacağı iki yıllık zamanın başlangıcını, muaccel borçlarda alacaklılara yapılacak bildirim ve ilan tayin eder²⁴⁴. Zira bildirim ve ilan muaccel borçlara ilişkin olarak devredenin sorumluluğunun süre açısından sınırlandırılmasını da sağlar. TBK. m. 202 gereği devredenin sorumluluğu muaccel borçlarda bildirim veya ilan tarihinden itibaren iki yıllık sürenin geçmesiyle birlikte sona erer.

Bildirim veya ilan irade açıklaması değildir. Amaç işletmenin devri hakkında muhataplara bilgi vermektir²⁴⁵.

İşletmenin borçlarının geçişi devralana bildirim ve ilanla yapılmasıyla birlikte kanun gereği intikal eder. Bildirim ve ilan, alacaklıya yöneltilmiş bir icap niteliğinde de değildir. Bildirim ve ilan alacaklılar tarafından açık veya örtülü bir şekilde kabul edilmesi ve hatta

²⁴¹ ARKAN; s. 45.

²⁴² UYAR, Talih; Ticarî İşletme Devirlerinin Muvazaa Nedeniyle İptali (İİK. m. 280), Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 641 vd.

²⁴³ AKÇAAL, s. 60.

²⁴⁴ AKÇAAL, s. 61.

²⁴⁵ ARICI, s. 190.

öğrenilmesi gerekmez. Bildirim alacaklıya ulaşmak şartıyla gönderildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder²⁴⁶.

Bildirim ve ilan ile işletmenin devri alacaklılara haber verilmektedir. Aslında bir bilgi açıklamasından ibaret olup alacaklılar tarafından kabulü gerekli değildir²⁴⁷.

TBK. m. 202/I gereğince bildirim ve ilan, devralan tarafından yapılabilir. Bildirimin muhatabı alacaklılardır. Bu sebeple bildirim tüm alacaklılara yapılmalıdır²⁴⁸. Bildirim sadece bir kısım alacaklılara yapılmış ise bildirim yapılmayan alacaklı bakımından devralanın sorumluluğu ve devredenin iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi başlamaz.

Bildirim yerine ilanı tercih ederse, ilanın yapılmasıyla birlikte, bütün alacaklıların devir hakkında bilgi sahibi olduğu kabul edilir. Dolayısıyla ilanın hükümlerini doğurması için alacaklıların devirden haberdar olup olmadığına bakılmaz. Gerçek ve usulüne uygun bir ilanın yapılması yeterlidir²⁴⁹.

b) Devrin Bildirimi veya İlanın Şekli

Bildirimin herhangi bir şekil yoktur. İşletme devrinin alacaklılara bildirimi, temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme veya sözleşmeden dönmeye dair bir irade beyanı içermediğinden, TTK. m. 20/III'de özel olarak düzenlenen noter, iadeli taahhütlü veya kayıtlı e-posta şeklinde yapılması gerekli değildir²⁵⁰. Bildirimin yapıldığının ispatı devralanın üzerinde olup, ispat bakımından yazılı delille yapılmasında fayda vardır.

İlanın şekli bakımından TBK. m. 202 hükmü, ticarî işletme ve ticarî nitelikte olmayan işletmeler yönünden ayrıma gitmiştir. Düzenlemede, ticarî işletmenin devrinin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlanması gerekir. Buna karşılık, ticarî nitelikte olmayan işletmelerin Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanması gerekir.

Bildirim veya ilanda işletmenin devrinin açıklanması yeterlidir. Ayrıca, bildirim ve ilanın muhtevası açık ve belirli olmalıdır. Devir işlemi hakkında şüphe oluşturmamalıdır²⁵¹.

Devirle birlikte, devralan tarafın işletmenin pasiflerinden mesuliyeti, sözleşmenin taraflarının iradesi ile değil kanun hükmünden doğar. Bunun sonucu, devralan bilmediği

²⁴⁶ ACEMOĞLU, s. 108.

²⁴⁷ ACEMOĞLU, s. 109.

²⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 614, AKÇAAL, s. 63.

²⁴⁹ ARICI, s. 190.

²⁵⁰ AKÇAAL, s. 64.

²⁵¹ ACEMOĞLU, s.115.

pasiflerden dahi sorumludur²⁵². Bildirim veya ilanda, pasiflerin üstlendiği açıklamasının bulunmasına gerek yoktur.

Devralanın borçlardan sorumlu olmadığına veya sınırlı sorumluluk ile ilgili bildirim veya ilanda belirtilmiş olması alacaklıların haklarına zarar verdiği ölçüde hüküm ifade etmez²⁵³.

3) İzne Tabi Devirlerde İzin Alınması Gereklidir

a) İzne Tabi Devirler

İşletmenin devrinin iktisadi hayat bakımından faydaları olduğu gibi, bazı mahsurlara yol açma riskleri de vardır. Rekabetin engellenmesine, tekelleşmelere yol açma ihtimalleri sebebiyle kanun koyucular bu konuda tedbirler almaktadır. Rekabetin sınırlandırılmasına engel olabilmek amacıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun²⁵⁴ (RKHK.) çıkarılmıştır. Düzenlemeyle rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralmalara ilişkin özel düzenlemeler öngörmüştür. Kanunda, serbest piyasa koşullarında hâkim durum yaratmak, hâkim durumu güçlendirmek amaçlı ülkenin tümünde veya bir kısmında rekabetin önemli şekilde azaltılması neticesine yol açan işletmeler arasında birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır²⁵⁵. Hukuken geçerlik kazanabilmesi için, hangi birleşme ve devralmalarda Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerektiği hükme bağlanmıştır²⁵⁶.

Enerji piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişilerin veya tüzel kişilere ait işletmelerin devirleri bakımından özel düzenlemeler yapılmıştır. 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu(EPK.) ile, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu işletmelerin devri bakımından izin sistemini benimsemiştir. Kanun koyucu lisans vermek suretiyle kamu hizmetini tahsis ettiği enerji şirketlerinin ortaklık yapısının idarenin denetimi altında olmasından taviz vermek istememiştir. Bu çerçevede, belirli bir oranın üzerindeki pay devirlerini veya işletme devirlerini Kurul iznine tabi tutmuştur.

4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulundan (EPDK.) izin alınmasını zorunlu kabul etmiştir. Aynı düzenlemenin 8/b fıkra son cümlesine göre, 4054 sayılı Rekabetin Korunması

²⁵² ARKAN, s. 46.

²⁵³ ACEMOĞLU, s. 117; ARKAN. S. 46.

²⁵⁴ 13.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁵⁵ İNAN, Nurkut; Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları, Rekabet Bülteni, S.2, 2000, [http://www.esrc.com/article/1373/birlesme-ve-devralma-\(Erisim_tarihi,_20.07.2017\)](http://www.esrc.com/article/1373/birlesme-ve-devralma-(Erisim_tarihi,_20.07.2017))

²⁵⁶ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 209

Hakkında Kanunun m. 7 hükmü kapsamına giren birleşme ve devralmalarda Rekabet Kurulunun izin verme yetkisi saklıdır. Maden Kanunu ile işletmelerin devri bakımından izin sistemi benimsenmiştir.

b) Rekabet Hukuku Alanında İzin Alınması Gereken Haller

aa) Genel Olarak

Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan 2010/4 sayılı Tebliğin²⁵⁷ 5. maddesindeki tanımlara dâhil olan devralma işlemlerinin geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'na bildirimde bulunularak izin alınması gereklidir. Devralmanın izne tabi olması, 2014/4 sayılı Tebliğin 7. Maddesindeki eşiklerin aşılması halinde zorunludur. Düzenlemeye göre Rekabet Kurulu'nun iznine tabi devralmalar aşağıdaki gibidir:

- Tarafların Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya
- Taraflardan birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi, aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.

2010/4 sayılı Tebliğ 7. maddesinde 2012/3 tebliğle yapılan değişiklik sonucu, joint venture hariç, düzenlemenin birinci fıkrasındaki sınırlar aşılsa da her hangi bir etkilenen pazar yoksa Kurul'dan izin alınması gerekmez.

²⁵⁷ 2010/4 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No:2011/2), 07 Ekim 2010 Tarihli Resmi Gazete Sayı: 27722

“Birleşme veya devralma sayılan haller

MADDE 5 - (1) Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması,

Kanunun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.

(2) Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.

(3) Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri devralan olarak kabul edilir.

(4) Şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir.

Düzenlemede bu maddenin birinci fıkrasındaki miktarların, Tebliğin yürürlüğe girmesinden sonra iki yılda bir Kurul tarafından yeniden belirleneceği düzenlenmiştir. Fakat Kurul tarafından bu sınırlar artırılmamıştır.

Rekabet Kurulu'ndan izin alınabilmesi için her şeyden önce devir işleminin Kurula bildirilmesi gerekir. Devrin ne zaman Kurula bildirileceği ile ilgili Tebliğ'de herhangi bir hüküm bulunamamaktadır. Bir düşünceye göre, 30 günlük süre içinde yapılmalı ve bu süre de devir sözleşmesinin yapılmasından itibaren başlamalıdır²⁵⁸. RKHK 10. maddesinin 1. fıkrasındaki “7. madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmaları kurla bildirildiği tarihten itibaren” şeklindeki ifade gereğince, sözleşmenin yapılmasını müteakip devralmanın bildirilmesi zarureti olduğu savunulmuştur²⁵⁹.

Devir işleminin Rekabet Kuruluna bildirilmesini müteakip Kurul dört şekilde ayrı kararlar verebilir²⁶⁰.

- a) Rekabet Kurulu, hâkim durum oluşturmadığı veya bir hakim durumu güçlendirmedeği ve sonuç itibarıyla ülkenin tamamı veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemediğini tespit ettiği devirlere izin verir. Verilen izinden sonra devir sözleşmesi netice doğurur²⁶¹.
- b) Rekabet Kurulu, devir talebini incelemeye almak şeklinde karar verebilir. Böyle bir dururmda, 2010/4 sayılı Tebliğin 13. maddesinin 4. Fıkrasına göre, Rekabet Kurulu devir işleminin son karar verilene kadar aslıda olduğunu ve uygulanmaması gerektiğini taraflara bildirir. Böyle bir halde devir işlemi son karara kadar askıda kalır. Kurul inceleme sonunda devre izin verebileceği gibi red kararı da verebilir. İzin verilinceye kadar devir sözleşmesinin geçerliliği askıdadır. Rekabet Kurulu devre izin vermediği zaman sözleşme de geçersiz hale gelir. İzin verdiği hallerde devir sözleşmesi geçerli hale gelir²⁶².
- c) Rekabet Kurulu devir işleminin bildirmesine rağmen otuz gün sonunda herhangi karar vermezse veya cevap vermezse, devre zımnen izin verdiği kabul

²⁵⁸ TOPÇUOĞLU, Metin; İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun Etkisi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.2 İstanbul 2003, s. 71-118.(Rekabet).

²⁵⁹ AKÇAAL, s. 70.

²⁶⁰ TOPÇUOĞLU, s., Rekabet, 106.

²⁶¹ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 106.

²⁶² TOPÇUOĞLU, Rekabet, s. 107.

edilir. Bu durumda devir sözleşmesi Kurul'a bildirildiği tarihinden otuz gün sonra yürürlüğe girer ve hüküm doğurur²⁶³.

- d) Kurul işletmenin devrine izin vermeyebilir. 2010/4 sayılı Tebliğin 13. maddesinin 2. Fıkrası hükmünde, hâkim durum oluşturmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran devir taleplerine izin verilmeyeceği öngörülmüştür. Kurul izin vermediği takdirde devir sözleşmesi hiçbir netice doğurmaz²⁶⁴.

bb) İşletmenin Devrinin Bildirilmemesinin Sonuçları

2010/4 sayılı Tebliğde belirlenen eşikleri aşmayan devirlerin Rekabet Kurulu'na bildirilmesi gerekmez. Bildirilmesi gereken devirler, Rekabet Kurulu'na bildirilmediği veya devirden sonra bildirildiği takdirde, RKHK. m.11/I gereğince, Kurulun re'sen işlemleri incelemeye alma yetkisi vardır. Kurul'a bildirilmesi gerektiği halde bildirilmemiş ya da devirden sonra bildirilen devir işlemleri hakkında Kurul karar verinceye kadar bu işlemler geçersizdir²⁶⁵. Kurul, yaptığı inceleme sonrası verdiği kararda devrin hukuka aykırı olmadığına hükmederse, devre izin vermiş olur. Bunun sonucu devir işlemi geçerli hale gelir. Burada takdir hakkı Kurula verilmiştir. Rekabet Kurulu devri bildirmeyen ve geç bildiren ilgililerden devralan hakkında 2010/4 sayılı Tebliğin 10. maddesinin 6. fıkrası gereğince idari para cezası uygulanır²⁶⁶.

Kurul inceleme sonrası verdiği kararda işletmenin devrinin, hukuka aykırı olduğuna karar verirse para cezasını tatbik etmekle kalmaz yanında gerçekleşen bütün eylemli hallerin de izalesine hükmeder. Her türlü hisse veya malvarlığının devreden sahiplerine iadesine karar verir. Eğer bu durum gerçekleşmeyecekse, payların üçüncü kişilere devrine karar verir. Yine Kurul RKHK. m.11 gereğince devir işlemi ile ilgili olarak lüzümlü gördüğü her türlü tedbiri alabilme yetkisine sahiptir²⁶⁷.

²⁶³ AKÇAAL, s. 71.

²⁶⁴ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER/ERTAN, s.209; AKÇAAL, s.72.

²⁶⁵ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s.111; AKÇAAL, s. 72.

²⁶⁶ AKÇAAL, s. 71.

²⁶⁷ TOPÇUOĞLU, Rekabet, s.111.

c) Maden Hukuku Alanında İzin Alınması Gereken Haller

3213 sayılı MadK. m. 4 düzenlemesine göre, madenler devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Madenlerin mülkiyeti bakımından, dünyada iki sistem vardır. Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk sisteme göre, madenler içinde oldukları arazi parçasına yani arza tâbidir. Bu sistemde madenler içinde oldukları arazi parçasının bütünleyici parçasıdır²⁶⁸.

Türkiye'de kabul edilen sistem devletin egemenliği sistemidir. Bu modelde ise, madenler kimin arazisinde olursa olsun devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu modelde Devlet, madenlerin topluma faydalı olacak şekilde işletilmesini sağlamak için yetkiler verilmektedir. Fakat bu modelde Devlet, madenlerin işletilmesini özel hukuk kişilerine imtiyaz tanımak yoluyla yaptırabilir. Devler imtiyaz yoluyla işlettirebileceği gibi kendisi de işletebilir²⁶⁹. Bu sistemde, Devlet, madenler üzerinde özel kişilere arama ve işletme ruhsatı vermek suretiyle bunu yapabilir. Devlet, madenler üzerindeki mülkiyet hakkı ve tasarruf etme yetkisini uhdesinde tutarak; arama ve işletme yetkisini süreli şekilde özel kişilere vermektedir. Bu arama ve işletme hakkını devretme konusunda sahip olduğu karar tekeli de kendi uhdesinde tutmaktadır²⁷⁰. Bu modelde madenlerin mülkiyeti özel kişilere devredilemeyeceği gibi özelleştirme de yapılmamaktadır.

MadK. m.5/1 hükmünde, maden hakkının bölünmezliği prensibi öngörülmüştür. Haklar tek bir kişi uhdesinde toplanmalıdır. Bu ilkenin öngörülmesinin sebebi kamu yararını temin etmek adına madenlerin akılcı ve iktisadi bakımdan uygun şekilde işletilmesini temin etmektir. Fakat aynı düzenlemeye göre, maden arama ve işletme haklarının devri mümkündür²⁷¹. 4.2.2015 tarihli 6592 sayılı Kanunun m.3 düzenlemesi ile değişik MadK. m. 5/II hükmüne göre, maden ruhsatları ve buluculuk hakkı devredilebilir. Devir Enerji ve Tabî Kaynaklar Bakanlığı'nın onayıyla gerçekleşir.

Bu hakların devrinde, taraflar arasında devir borcunu doğuran borçlandırııcı bir işlemin yapılması gerekir. Akabinde de, 6592 sayılı Kanunun m.3. düzenlemesi ile değişik MadK. m.5/III fıkrasına göre, devir durumunun maden siciline şerh edilmesidir. Devir işlemi bunun maden siciline şerh edilmesiyle tamamlanır.

²⁶⁸ ÖZDAMAR, Demet; Maden Hakkı ve Maden İrtifakı, M. Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s. 319-335, s. 322.

²⁶⁹ UÇKAN, Özcan; Türk Hukukunda Madencilik, Eskişehir 1983, s. 62.

²⁷⁰ TOPALOĞLU, Mustafa; Maden Hukuku, Adana 2011, s. 33 (Kısaltılmış; Topaloğlu, Maden).

²⁷¹ UYUMAZ, Alper /GÜNGÖR, Fatma; Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S. 4, s.145-197.

Uygulamada, ruhsat devri amacıyla kullanılan r d vans s zleşmesi²⁷² basit bir tanımla, maden işletme hakkı sahibinin bu hakkını başka birisine devri olarak adlandırılabilir. R d vans sözleşmesi, maden ruhsat sahibinin sahip olduğu işletme izninden kaynaklanan maden arama, çıkarma ve çıkan ürünler üzerinde tasarruf yetkilerini devretmeyi taahhüt ettiği; buna karşılık, r d vans ının da sözleşme karşılığında r d vans bedeli ödemeyi ve belirli miktarda üretim yapma taahhüdü altına girdiği özel hukuk s zleşmesidir²⁷³. Bu anlamda borçlandırıcı bir işlem olarak kabul edilmektedir²⁷⁴.

R d vans sözleşmesi, maden ruhsatının devri anlamına gelmediği ve sadece maden işletme izninin kullanımının devri söz konusu olduğundan resmî şekil şartı aranmayacaktır. Sözleşme rıza dır. Taraf iradeleri sözleşmenin esaslı noktaları için karşılıklı ve birbirine uygunsa sözleşme kurulmaktadır. Fakat 3213 sayılı Maden Kanunu’nun Ek m. 7 hükmüne göre sözleşmenin sonuç doğurması için Bakanlık izni gerekir. Bakanlık izin vermediği takdirde sözleşme kesin şekilde h k ms zdir. Buna karşılık, Bakanlık izin verirse, sözleşme baştan itibaren hukuki sonuçlarını doğurur. İzin alınmadan girişilen r d vans sözleşmesi kapsamında yapılan tüm madencilik faaliyetleri durdurulur.

R d vans sözleşmesinin şekli ile ilgili kanunda özel bir şart öngörülmemiştir. Bu sebeple tarafların serbest iradesiyle kararlařtırılabilir²⁷⁵. Yargıtay da, r d vans sözleşmelerin şekli ile ilgili kanunda özel olarak şekle bağlanmadığı için tarafların diledikleri şekilde yapabileceğine h kmetmiřtir²⁷⁶. Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği 80/1 maddesinde ruhsatların devrinin Genel Müdürlükçe yapılabileceği öngörülmüşse de r d vans sözleşmesinde ruhsattan doğan haklar devredildiğiden sözleşme açısından bu hükmün uygulama imkanı bulunmamaktadır. Sözleşme yapılmasını müteakip Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği’nin m. 100 hükmüyle bilgilendirme amacıyla maden siciline şerh düşülebilir. şerh istem ve işlemi, tarafların iradelerine bırakılmıřtır²⁷⁷.

²⁷² UYUMAZ/GÜNGÖR, s.150’den naklen “R d vans kelimesi Latince “Reditus” kelimesinin Türkçe karşılığıdır. Reditus, gelir, irat kelime kökünden günümüz Fransızcasına “redevance” olarak yerleşmiş, Türkçeye ise bu kelimenin Türkçe okunuşuna uygun olarak girmiş ve pek çok güncel Yargıtay kararında da bu isimle anılmaktadır. İngilizcede ise r d vans kelimesi ile aynı anlamda olmak üzere “royalty” kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Royalty, uygulamada, bir yazara, bir mucide ya da bir yayımcıya haklarını devretmeleri karşılığında düzenli aralıklarla ödenmesi gereken para; madenleri ya da petrol kuyuları işletilen toprağın sahibine sabit bir miktar olarak ya da üretim birimi üzerinden ödenmesi gereken para, toprak kirası, r d vans anlamlarında kullanılmaktadır.”

²⁷³ ERDOğAN, Kemal; R d vans Sözleşmesi, Ankara 2017, s.41.

²⁷⁴ AMIKLIOğLU, Hüseyin; R d vans Sözleşmesi, Ankara, 2016, s. 33 vd.

²⁷⁵ TOPALOğLU, Mustafa; R d vans Sözleşmelerinin Şekli ve Tescili, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s.205-221 (Kısaltılmışı TOPALOğLU, Şekil) .

²⁷⁶ Yargıtay 10. HD. 17.10.2014 tarih, 2004/16694 E, 2014/19906 K sayılı ilamı. www.kazanci.com, (Erişim tarihi, 15.12.2018).

²⁷⁷ ERDOğAN, s. 81. Vd.

Konumuz bakımından ilgili nokta, maden sahası üzerinde daha önce kurulmuş bir tesis varsa ve maden üzerindeki işletme haklarıyla birlikte var olan işletme de devredilir. Maden sahasında tesis kurulmadan sadece madenin işletilme hakkı devredilmişse Maden Kanunu hükümleri uygulanır. Fakat maden sahası üzerinde kurulmuş bir tesis varsa işletmenin niteliğine göre TBK. m. 202 veya TTK. m.11/III hükümleri uygulanmalıdır. Maden sahasındaki ticari işletmenin aktiflerinin devrine TTK. m. 11/III²⁷⁸; pasiflerin intikaline TBK. m. 202 uygulanır. Fakat maden sahası üzerindeki tesis ticari nitelikte olmayan işletme ise, TBK. m. 202 hükümleri de uygulanır.

Maden Kanunu'nda maden ruhsatları, buluculuk hakkı ve maden işletmelerinin devrine ilişkin sözleşme borçlandırııcı işlem; Bakanlık izninden sonra maden siciline tescili tasarruf işlemidir. Düzenleme TTK. m. 11/III düzenlemesinden farklı bir sistem öngörmüştür. Zira TTK. m. 11/III düzenlemesinde yazılı devir sözleşmesinin tescili tasarruf işlemi olarak kabul edilmiştir. Düzenlemeyle işletmeye dâhil malvarlığı unsurlarının her birinin devri için kendilerine has şekilde ayrı bir tasarruf işlemi yapılması gerekmez.

Devre ilişkin sözleşmeye dayanılarak maden ruhsatının tesciline karar verilebilir. Bu halde ise, tescil talebine istinaden maden siciline tescilin yapılması tasarruf işlemi olarak nitelendirilebilir²⁷⁹. Yargıtay²⁸⁰, rödövars sözleşmesini, işletme hakkının devrinde hukuki sebep olarak kabul etmektedir.

MadK. m. 5/III fıkra düzenlemesine göre devir sözleşmesi ve Bakanlık onayı borçlandırııcı işlem, Maden Siciline tescili tasarruf işlemi olarak düzenlenmiştir. MadK. m. 5/III düzenlemesindeki devrin ancak bu sicile tescil ile tamamlanacağını açıkça düzenlemiştir. Bu düzenleme ile iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından getireceği sakıncaların da önüne geçilmektedir. Maden sahaları ve üzerindeki ticari işletmenin devrinde TTK. m. 11/III düzenlemesinin iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından doğurduğu sakıncalar MadK. m. 5 düzenlemesi ile giderilmiştir. Fakat diğer ticari işletmeler için MadK. m. 5/III benzeri bir devir süreci öngörülmemiştir. Ticari işletmenin TTK. m. 11/III hükmüne göre, adî yazılı bir sözleşme ile devrini yeterli görülmüştür. İlave tedbirler öngörülmemesi iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından mağduriyetlere sebebiyet verebilir.

²⁷⁸ ERDOPAN, s. 83.

²⁷⁹ UYUMAZ /GÜNGÖR, s. 150.

²⁸⁰ Yargıtay 11. HD., T. 06.04.2000, E.1999/9412, K.2000/2692sayılı ilamında, sözleşme hukuku ilkeleri gözden geçirilerek davalının alabarda maden sahası rödovans sözleşmesiyle davacı tarafa devretmemekle kararlı davranıldığı biçimindeki yanlışlı değerlendirilmeye dayalı olarak davacı tarafından tazminat hakkının doğduğu ve tazminata esas rezervin de kabule göre davalının sahayı terkinden sonra dava dışı şirketin çıkardığı kömür miktarının değil toplam rezerv tutarı(21.500) tonun matrah alınarak bu miktara göre hesaplatılıp gerekçede toplam zarar gösterilmesi doğru görülmemiştir. www.kazanci.com, (Erişim tarihi, 20.09.2017).

d) Enerji Hukuku Alanında İzin Alınması Gereken Haller

Enerji piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişilerin veya tüzel kişilere ait işletmelerin devirleri bakımından özel düzenlemeler yapılmıştır.

aa) Önlisans Sahibi Şirketler Bakımından

6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (EPK.)²⁸¹ ile, elektrik önlisansına sahip şirketlerin pay devri, istisnaî haller hariç yasaklanmıştır. EPK. m. 6 hükmünde, lisans alınana kadar veraset, iflas gibi sebepler hariç, önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısında doğrudan veya dolaylı şekilde pay devri gibi işlemler yasaklanmıştır. Bu tarz işlemler ile ortaklık yapısında değişikliğe yol açılması lisans iptaline sebebiyet vermektedir. Bu düzenleme Yönetmeliğin 57. maddesi ile tekrarlanmıştır²⁸². Hatta Yönetmeliğin m. 12 hükmü ile sektörde faaliyette bulunan şirketlerin esas sözleşmelerine bu yönde bir hüküm koymaları zorunlu tutulmuştur. Esas sözleşmeye konulan hükmün amacı iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ve bu tarz taleplerin ileri sürülmesini engellemektir²⁸³.

Elektrik Piyasası Yönetmeliğinin m. 5/III fıkra düzenlemesi ile lisans devri yasaklanmıştır. Fakat Yönetmeliğin m. 5/III düzenlemesinde, bazı haller lisans devri olarak kabul edilmemektedir. İstisnai düzenlemeye göre, lisans sahibi bir tüzel kişi, Yönetmelik kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, TTK. m. 59 hükmüne göre birleşme veya bölünme yoluyla, başka bir tüzel kişiye devredebilir.

Üretim lisansı almış tüzel kişinin bu Yönetmelik kapsamındaki hak ve yükümlülükleri, Türk Ticaret Kanunu uyarınca bölünmesi yoluyla veya aynı ortaklık yapısı ile kurulan başka tüzel kişiye, Kurul onayı alınmak kaydıyla devredilebilir. Devralması onaylanan tüzel kişiye eskisinin devamı mahiyetinde yeni lisans verilir. Tüzel kişiye eskisinin devamı mahiyetinde yeni lisans verilir.

Üretim lisansı sahibi bir tüzel kişi lisansı kapsamındaki üretim tesisini, Kurul'dan onay almak kaydıyla satış, devir veya kiralama gibi işlemlerle devredebilir. Bu gibi işlemler kullanım hakkının değişmesi sonucunu doğurmakta olup lisans kapsamındaki faaliyete devam etmek isteyen başka bir tüzel kişiye devredebilir. Bu suretle üretim tesisini devralacak tüzel kişinin, devir işlemi gerçekleşmeden önce Kuruldan lisans alması zorunludur. Üretim tesisini

²⁸¹30 Mart 2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁸² ÖZDAMAR, s. 119.

²⁸³ ÖZDAMAR, s. 121.

devralan tüzel kişiye yeni lisans verilir. Söz konusu lisans, devir işlemlerinin tamamlanması ve eski lisansın sona ermesi ile yürürlüğe girer.

Üretim lisans sahibi tüzel kişiye bankalar ve/veya finans kuruluşları tarafından sınırlı veya gayri kabili rücu proje finansmanı sağlanması halinde, sözleşme hükümleri gereği, bankalar ve/veya finans kuruluşlarının Kurula gerekçeli olarak bildirimde bulunması gereklidir. Kurul tarafından gerekçelerin uygun bulunması halinde, Yönetmeliğin öngördüğü şartlar çerçevesinde önerecekleri bir başka tüzel kişiye lisans sahibi tüzel kişinin tüm yükümlülüklerini üstlenmek şartıyla lisans verilmesini talep edebilirler.

bb)Lisans Sahibi Şirketler Bakımından İşletmenin Devri

Kanun koyucu lisans vermek suretiyle kamu hizmetini tahsis ettiği enerji şirketlerinin ortaklık yapısının idarenin denetimi altında olmasından taviz vermek istememiştir. Bu çerçevede, belirli bir oranın üzerindeki pay devirlerini veya işletme devirlerini Kurul iznine tabi tutmuştur.

4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 8/b düzenlemesine²⁸⁴ göre, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin ortaklık yapılarında herhangi bir nedenle yüzde on veya daha fazla, halka açık şirketlerde ise yüzde beş veya daha fazla değişim sağlayan satış veya devir halinde T.C.Enerji Piyasası Düzenleme Kurulundan (EPDK.) izin alınması gerekir. Düzenlemeye göre, Kurul onayı alınmasına dair usul ve esaslar yönetmelikle²⁸⁵ belirlenir. Aynı düzenlemenin 8/b fıkra son cümlesine göre, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun m. 7 hükmü kapsamına giren birleşme ve devralmalarda Rekabet Kurulunun izin verme yetkisi saklıdır.

²⁸⁴Piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin ortaklık yapılarında herhangi bir nedenle yüzde on veya daha fazla, halka açık şirketlerde ise yüzde beş veya daha fazla bir sermaye payı değişimi veya bu tüzel kişilerin birleşmeleri veya herhangi bir tüzel kişinin konsolidasyon, kontrolün değişmesi, satış, devir veya diğer düzenlemeler ile tüzel kişilik yapısının değişikliğe uğraması ya da bir tüzel kişinin sahibi olduğu üretim, iletim veya dağıtım tesislerinin önemli bir kısmında herhangi bir satış, devir veya diğer bir düzenleme sonucu değişiklik olması durumunda, Kurul onayı alınması gereklidir. Kurul onayı alınmasına dair usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Elektrik piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişilerin ortaklık payları ile ilgili hususlar doğal gaz piyasasına yönelik üretim yapan tesislere uygulanmaz. Ancak, doğal gaz depolama tesisleri bu kapsam dâhilindedir. Piyasada gerçekleştirilecek ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7 nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralmalarda Rekabet Kurulunun izin verme yetkisi saklıdır. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628.pdf>. (Erişim tarihi, 20.10.2017)

²⁸⁵ Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği 57. Madde düzenlemesi ile işletme devirleri düzenlenmiştir. Yönetmeliğin m. 57 düzenlemesi de Kanun düzenlemenin tekrarı olarak düzenlenmiştir. 2 Kasım 2013 tarihli ve 28809 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131102-4.htm>, (Erişim tarihi, 20.09.2017).

Yine EPK. m. 5/III düzenlemesi ile, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin aşağıda belirtilen işlemleri Kurul iznine tabidir. Kurul izni alınmasına dair usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

Ticarî işletmenin devri kurumu bakımından önem arz eden husus, EPK. m. 5/III fıkra c bendinde düzenlenen, tesislerin mülkiyetinin veya kullanım hakkının değişmesi sonucunu doğuran iş ve işlemlerde Kurul'dan izin alınması hükmüdür. Bu hükümle, şirketlerin pay devri yoluyla devredilmesi dışında, lisans sahibi şirketlerin sahibi olduğu enerji üretim tesisleri aslında ticarî işletmelerin mülkiyetinin değişmesi veya kullanım hakkının değişmesi sonucu doğuran işlemleri de Kurul izne tabi tutmaktadır²⁸⁶. Piyasada faaliyette bulunan tüzel kişilerin sahibi olduğu enerji üretim tesisleri birer ticarî işletme olup, bunların mülkiyetinin değişmesi veya kullanım hakkı sahibinin değişmesi, ticarî işletmenin devri sonucunu doğuran işlemler olarak kabul edilmelidir.

Enerji piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişilerin hisse veya tesis devri, özel hüküm sebebiyle Kurul iznine tabidir. Konumuz bakımından bizi ilgilendiren husus, enerji piyasasında faaliyette bulunan lisans sahibi şirketlerin tesisleri varsa, hisse devrinin işletmenin devri sonucunu doğurmasıdır. Enerji şirketinin sadece hisseleri devredilmekteyse enerji piyasası alanındaki mevzuat hükümleri uygulanır. Fakat enerji şirketinin devirden önce kurulmuş işletmesi varsa, niteliğine göre TBK. m. 202 veya TTK. m.11/III hükümleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Lisans sahibi şirketin tesisi varsa, Elektrik Piyasası Kanunu'ndaki özel hükümlere ilaveten, işletmenin malvarlığındaki aktiflerin devri bakımından TTK. m. 11/III²⁸⁷; pasiflerin intikali bakımından TBK. m. 202 uygulanır. Fakat tesis, ticari nitelik taşımayan işletme ise, TBK. m. 202 hükümleri de uygulanır.

Enerji piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişilerin önlisans aşamasında esas sözleşmelerine devir yasağı ile ilgili hüküm koymaları ve bu şekilde iyiniyetli devir iddialarının önüne geçilmesi ve mağduriyetlerin önlenmesi de amaçlanmıştır.

Kanun koyucu önemi bakımından lisans vermek suretiyle faaliyetlerine izin verdiği maden ve enerji sektöründeki tüzel kişilerin devirleriyle ilgili özel düzenlemeler yapmayı tercih etmiştir. Bu özel düzenlemeler devir sebebiyle doğması muhtemel hak kayıplarının önlenmesi bakımından önemlidir. Kanaatimizce ticari işletmelerin devri bakımından TTK. m. 11/III düzenlemesinde de benzer ilave tedbirler alınması gereklidir.

²⁸⁶ÖZDAMAR, s. 121.

²⁸⁷ ERDOĞAN, s. 83.

III. Ticari İşletmenin Devrinin Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

1) Malvarlığının Devri

Malvarlığı, bir hukuk sujesine ait kendi içinde bir bütünlük arz eden parasal değere sahip hakların, borçların ve hukuki ilişkilerin toplamıdır²⁸⁸. Bir kişinin tek bir malvarlığının olduğu genel kural olarak kabul edilmektedir. Malvarlığının bir bütün halinde devrinden söz edilebilmesi için, aktif ve pasifiyle birlikte devredilmesi, sözleşme yapılması ve devrin alacaklılara bildirilmesi veya ilan edilmiş olması şarttır. Malvarlığının bütün halinde devrine TBK. m. 202 hükümleri uygulanır. Fakat bir kişinin tüm malvarlığını bütün halinde devri çok rastlanan bir durum değildir. Doktrinde, TBK. m.202 düzenlemesinde devreden, deviren sonra iki yıl müteselsil sorumlu tutulduğundan bu hükmün münhasıran tüm malvarlığının devrine uygulanamayacağı ileri sürülmüştür²⁸⁹. Bu düşünceye göre, TBK. m. 202 hükmünün uygulanması için kişinin sahip olduğu tüm malvarlığının devrinin zorunluluğu yoktur. Yeter ki, devredilen malvarlığı kendi içinde bir bütünlük göstere²⁹⁰. Devredilen malvarlığının bir bütünlük göstermesi veya ortak amaç için bir araya getirilmiş olması yeterlidir²⁹¹. Bu şartları taşımayan bir malvarlığı unsurunun devri malvarlığı devri değil, münferit malvarlığı devri olarak kabul edilmelidir²⁹².

Malvarlığı devri ile ticarî işletme devri arasında farklılıklar vardır. Malvarlığının devrine ilişkin getirilen TBK. m. 202 düzenlemesi yalnızca pasiflerin geçişine dair bir düzenlemedir. Malvarlığına dahil aktifler yönünden öngörülen TTK. m. 11/III düzenlemesi, yalnızca ticarî işletmelerin devrine uygulanır²⁹³. Bu sebeple ticarî işletmenin aktiflerinin devrinde özellikli bir rejim söz konusudur.

Yine malvarlığı ile ticarî işletme devrinin ilana ilişkin usuller arasında da farklılık vardır. Ticarî işletme devrinin ilanını Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde yapılması gerekirken; ticarî nitelikte olmayan malvarlığı değerlerinin devrinde Türkiye genelinde dağıtılan gazetelerden herhangi birisinde ilan edilmesi zorumludur²⁹⁴.

Aradaki en önemli farklılık ise malvarlığının aktifindeki unsurların diğer tarafa intikali bakımından devir sözleşmesiyle birlikte her malvarlığı yönünden ayrı ayrı kendi özel

²⁸⁸ ACEMOĞLU, s. 10.

²⁸⁹ ÇELİKBOYA, s. 68.

²⁹⁰ ARICI, s. 36.

²⁹¹ ARICI, s. 36.

²⁹² ÇELİKBOYA, s. 69.

²⁹³ ÇELİKBOYA, s. 71.

²⁹⁴ ÇELİKBOYA, s. 71.

kanunlarında öngörülen şekil şartlarına uyulması gerekir. Devredilen malvarlığı bir taşınmaz olduğu takdirde ilgili mevzuatta belirlenmiş resmi surette akdedilmiş sözleşme ve tescil işleminin olması şarttır. Menkuller bakımından ise zilyetliğin devredilmesi gerekir²⁹⁵. Buna karşılık, ticarî işletme devrinde, malvarlığının aktifindeki her bir malvarlığı ögesinin mülkiyetinin geçişi bakımından tek tek tasarruf işlemi icra edilmesine lüzum bulunmamaktadır.

2) Borcun Üstlenilmesi

Borcun üstlenilmesi borç ilişkisinin borçlusunu değiştirir. Borçlunun değişmesi, alacaklı açısından borcun ifasına yönelik tehlikeler doğurabilir. Bu sebeple münferit borç ilişkisinin değişip değişmeyeceğine karar verme yetkisi alacaklıdadır. İrade özgürlüğü prensibine göre, sözleşmenin karşı tarafını belirleme yetkisi vardır²⁹⁶.

Borcun yüklenilmesinde, borç ilişkisinin borç sahibi, diğer bir deyişle borçlu tarafı değişmektedir. Bu özelliği itibariyle borcun üstlenilmesi, alacağın devrinin tam zıttını teşkil eder. Borcun üstlenilmesinde pasifler üçüncü kişiye intikal ettiğinden, bu işleme alacaklı tarafın izin vermesi, rıza göstermesi gerekir²⁹⁷. Borçlunun değişmesi alacaklı için alacağına kavuşması bakımından tehlikeler barındırdığından, borcun üstlenilmesi alacaklının menfaatleriyle yakından ilgilidir. Borcu yüklenen borçlunun ifa kaabiliyeti ve isteği alacağın değerinde önem arz eder²⁹⁸.

Borcun üstlenilmesi ve işletmenin devrinde, sözleşmenin borçlu tarafının değişmesine yol açılmaktadır. Ancak işletmenin devri ile borcun üstlenilmesi arasında önemli farklar mevcuttur. Kanunun sistematigi açısından işletmenin devri kurumu da, Türk Borçlar Kanunu'nun "Borcun Üstlenilmesi" ayrımı kapsamında düzenlenmiştir. Borcun üstlenilmesi, TBK. m. 195-200 arasında düzenlenmiştir²⁹⁹. İşletmenin devrinin gündeme gelebilmesi bakımından, alacaklarının ve borçlarının devredilmesi gerekir. Buna karşılık borcun üstlenilmesinde yalnızca pasiflerin geçişine dair bir işlem yapılmaktadır³⁰⁰.

Borcun üstlenilmesinde, önceki borçlu, borcu üstlenme sözleşmesinin yapılmasıyla, kanun hükmü gereği ve tam olarak borçtan kurtulur. Buna karşılık, işletmenin devrinde

²⁹⁵ AKÇAAL, s. 73.

²⁹⁶ ARICI, s. 40.

²⁹⁷ OZANEMRE Yayla, Hatice Tolunay; Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 3, Özel Sayı, 2016, S. 3, s. 2927 vd.

²⁹⁸ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 1405.

²⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 547.

³⁰⁰ TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 6. Baskı, İstanbul 1976, s. 1123-1144

devredenin mesuliyeti müteselsil borçlu sıfatıyla, iki yıl daha devralan ile birlikte devam eder³⁰¹. İşletmenin devrinin gündeme gelmesi bakımından devreden ile devralan arasında bir sözleşmenin akdedilmesi gerekir. İşletmenin devri için, devreden ve devralanın anlaşması aranır. Ancak borcun üstlenilmesinde borçlu ile borcu üstlenen kişi arasında yapılmış bir borcu üstlenme sözleşmesinin (borcun iç üstlenme sözleşmesi) yapılması zorunlu değildir. Hatta borcun üstlenilmesinde borçlunun rızasına da gerek yoktur³⁰².

Borcun üstlenilmesinde, önceki borçlunun borçtan kurtulması için alacaklı ile borcu yüklenen şahıs arasında bir sözleşme akdedilmesi gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte, işletmenin devrinde alacaklıyla borcu devralan arasında borcu üstlenme sözleşmesinin yapılması gerekmez. Borcun üstlenilmesinden farklı olarak, işletmenin devrinde alacaklıların bu işleme rızası dahi aranmaz³⁰³.

3) Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri, sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlarını üçüncü bir kişiye devrederek, devredenin taraf olmaktan çıkmasıdır³⁰⁴. Başka bir ifadeyle sözleşmenin hükümleri aynen varlığını korumakta fakat sözleşmenin taraflarından biri değişmektedir³⁰⁵.

818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin devri kurumu düzenlenmemiştir. Sözleşmelerin bir bütün halinde devredilmesi kurumu TBK. m. 205 ile ilk defa mevzuatımıza girmiştir. Sözleşmenin devrinde taraflardan biri sözleşmeden ayrılmakta, onun yerine dışarıdan yeni bir kimse taraf olarak sözleşmeye girmektedir. Düzenlemeden anladığımız, sözleşmenin devri, devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında yapılabilir. Diğer bir şekliyle, sözleşmede kalan tarafın vereceği izin ya da onayla devreden ile devralan arasında yapılabilir. Sonuç olarak sözleşmenin tarafı olma sıfatının, sözleşmenin yanlarından birinden tarafı olmayan bir diğer kişiye intikalini gerçekleştiren hukuki bir işlemdir³⁰⁶.

Bu suretle söz konusu ilişkiden ayrılan yanın lehine ve aleyhine meydana gelen hak ve pasifler sözleşme ilişkisine sonradan dahil olan tarafa intikal etmektedir. Her iki yana borç yükleyen sözleşmede yanlardan her biri hukuki bir vaziyettir. Bu vaziyet, alacak ve pasiflere ilave olarak def'i haklarıyla yenilik doğuran hakları da kapsar. Sözleşmenin

³⁰¹ TUNÇOMAĞ, s. 1132.

³⁰² TUNÇOMAĞ, s. 1127.

³⁰³ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 612; TUNÇOMAĞ, s. 1142; ARICI, s. 42; AKÇAAL, s. 76.

³⁰⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÇAYAN, Gökhan; Sözleşmenin Devri; Ankara, 2106.

³⁰⁵ TERCİER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 386 vd.

³⁰⁶ OZANEMRE, s. 2927 vd.

yüklenilmesinde üstlenen kişi, sözleşmede yerine geçtiği yanın hukuki konumunu da iktisab eder³⁰⁷.

Borcun naklinden farklı olansözleşmenin devrinde, sadece taraflarından birine ait pasifler değil, tarafa ait tüm hak ve borçlar ve taraf olma sıfatı ile birlikte devralana geçer. Bunun neticesinde borcun naklinde, bir önceki borçlunun kişiliğinde doğmuş yenilik doğuran haklar borcu üstlenene geçmez. Buna karşılık, sözleşmenin naklinde sayılan bu hakların da devralana geçmesi gerektiği kabul edilmiştir³⁰⁸.

Borcun nakli sözleşmesi, alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılır. Sözleşme ile belirli bir borç bakımından borcun pasiflerinin sahibi değişmektedir. Şu şekilde ifade etmek gerekirse, bu sözleşme borcun, bunu üstlenen şahsa intikalini gerçekleştiren hukuki bir işlemdir. Buna karşılık, işletmenin devri sözleşmenin devrinden daha kapsamlı ve ayrı bir kurumdur. Sözleşmenin devri ile işletmenin devri arasında çok temel farklar vardır. Bunlardan en önemlisi, sözleşmenin devri diğer tarafın katılımıyla gerçekleştirilen bir kurum iken, işletmenin devrinde devralan veya devreden dışındakilerin sözleşmeye katılmasına veya onaylamasına gerek yoktur³⁰⁹.

Üstlenme sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla üç taraflıdır. Yine kendine has-sui generis- bir sözleşme olduğu kabul edilir. Sözleşme, bu ilişkide kalan taraf ile ayrılan taraf arasında yapılmaktadır. Başka bir ifade ile sözleşmede kalan, sözleşmeyi devreden ve sonradan ilişkiye giren yan arasında yapılır³¹⁰. Devir sözleşmesinin geçerliliği devredilen akdin usulüne tabidir³¹¹.

Münferit sözleşmelerin devri ile ilgili bu düzenleme yapılmasına rağmen Türk hukukunda ticarî işletmenin devrinde, sözleşmelerin geçişine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ticarî işletmeyi devralan malvarlığı yanında onu aşan işletmenin organizasyonunu devralmaktadır. Ticarî işletmenin devrinden beklenen faydayı elde etmesi için işletmenin organizasyonu çerçevesinde müşterileri ve sözleşmelerin de devralana geçmesi büyük önem taşır³¹². İşletmenin devrinin, taraf olduğu sözleşmelere etkileri konusu önemlidir. Mevzuatımızda işletmenin devri halinde sözleşmelerin de devir kapsamında olup olmadığı ile ilgili düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Kanaatimizce, kanun koyucu tarafından bilerek bu

³⁰⁷ EREN, s. 1405.

³⁰⁸ OZANEMRE, s. 2943.

³⁰⁹ TERCİER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 386 vd.

³¹⁰ TERCİER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 386 vd.

³¹¹ EREN, s. 1256.

³¹² ARICI, s. 125; TOPUZ, s. 69, ÇELİKBOYA, s. 367.

konu düzenlememiştir. Sözleşmelerin akıbeti, ticarî işletmenin devrine ilişkin hükümlerin amacı ve hukukunun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulabilir. Ticarî işletme devrinin sözleşmeler bakımından sonuçları ilgili bölümde detaylı şekilde incelenmiştir.

4) Alacağın Devri

Alacağın devri, bir alacağın alacaklısının değişmesi sonucunu doğuran işlemdir. TBK. m. 183 düzenlemesiyle öngörülmüştür. Buna göre, alacağın temliki, alacaklı bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun onayına veya rızasına ihtiyaç duymaksızın sözleşmeyle başka bir kişiye devretmesidir³¹³.

Alacağın devrini, borç ilişkisinin kapsadığı tüm hak ve borçlarla devrinden ve özellikle de sözleşmenin devrinden ayırmak gerekir. Bir borç veya sözleşme ilişkisi, belirli haklar ve borçları ihtiva eder. Sözleşme ilişkisinde bu hak ve yükümlülüklerden meydana gelen bu bütüne, tarafların “*alacaklı ve borçlunun hukuki durumu*” denilmektedir. Bir borç ilişkisine dahil bir veya birden çok alacağın diğer bir şahsa devri, alacağın naklidir. Buna karşılık bir borç ilişkisinin kül halinde nakli ise borç ilişkisinin devri anlamına gelir³¹⁴.

Borç ilişkisinde sahip olunan alacakların kısmen veya tamamen devredilmesi, borç ilişkisinin bir kül halinde devri olarak kabul edilmez. Borç ilişkisinde önem arz eden husus alacaklı ve borçlunun hukuki vaziyeti ve sıfatlarıdır. Bu durum ve sıfat, alacaklı ve borçlunun içinde bulunduğu hukuki vaziyeti daha farklı kılar. Borç ilişkisinden dolayı meydana gelen alacak ve pasiflere ilave yenilik doğuran hakları, def'i ve itirazları da kapsar. Alacağın devrinde, yenilik doğuran haklar ve def'iler devredilmezler. Bu haklar sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafına ait olarak kalmaya devam eder. Sözleşmenin iptali, fesih ve dönme haklarında durum böyledir³¹⁵.

Alacağın devrinde borç ilişkisinin sadece alacaklı tarafında değişiklik meydana gelir. Hâlbuki işletmenin devrinde, aktif ve pasifleriyle bir kül halinde işletme devredilir. Bunun sonucu işletmenin devri halinde alacaklı ve borçlu yanlar değişir³¹⁶.

Alacağın devri, iradî devir, kanunî devir ve yargısal devir olarak üçe ayrılır. Buna karşılık işletmenin devrinin dayanağı yalnızca devir sözleşmesi olabilir³¹⁷.

³¹³ EREN, s. 1224; TUNÇOMAĞ, s. 1174; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 889; KOCAMAN, Arif; Alacağın Devrinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, 2. Bası, Ankara 1992, s. 6.

³¹⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1075.

³¹⁵ EREN, s. 1225.

³¹⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1074; AKÇAAL, s. 75.

Ticarî işletmenin devri ile borcun yüklenilmesi kurumları arasında önemli farklar vardır. Borcun üstlenilmesi, belirli bir borcun, yüklenen şahsa intikalini sağlar. İşletmenin devrinde ise, işletmenin malvarlığıkapsamındaki tüm pasifler külolarak, işletmeyi devralan tarafa geçer³¹⁸.

Borcun üstlenilmesi sözleşmesinin yapılmasıyla, devredenin belirli bir borcu, sözleşmeden neşet eden alacak haklarının da yüklenen tarafa intikali neticesini doğurmaz. Buna karşılık, işletmenin devri halinde pasifler ve işletmenin alacak hakları iledevri mümkün olan diğer tüm malvarlığı unsurları da devralana geçer³¹⁹.

İki kurum arasında vurgulanmasında yarar olan diğer farklılık, borcun üstlenilmesinde, alacaklının onayı gerekirken; işletmenin devrinde, devir işlemine, işletmeden alacaklı olanların rızası aranmamıştır³²⁰.

Yine borcun üstlenilmesinde, borcun nakli, nakli konu alan bir hukuki işlemle gerçekleşirken; işletmenin devrinde borçların devralana geçmesi için bir mutabakata gerek yoktur. İşletmenin devri ile birlikte işletmenin borçları da kanundan dolayı kendiliğinden devralan geçer³²¹.

Borcun yüklenilmesi sözleşmesinin kapsamını belli bir borç oluşturmaktadır. Buna karşılık, işletmenin devrinde, devrin konusu belli bir borç olmayıp işletmedir. Devir kapsamında borçların belirli olmasına gerek yoktur. Devralanın borçlardan haberdar olmasına dahi gerek yoktur³²².

Borcun üstlenilmesi ile işletmenin devri arasındaki en önemli farklardan birisi, borcun üstlenilmesi ile birlikte borçlu borcundan kurtulmaktadır. Buna karşılık, işletmenin devrinde devreden borçlu, devri alacaklılara bildirdiği veya ilan ettiği tarihten sonra iki yıllık sürenin sonuna kadar devralan ile müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu kalmaya devam etmektedir³²³.

³¹⁷ ACEMOĞLU, s. 25; AKÇAAL, s. 75.

³¹⁸ OZANEMRE, s. 2940.

³¹⁹ OZANEMRE,s. 2940.

³²⁰ OZANEMRE Yayla, s. 2940.

³²¹ OZANEMRE Yayla, s. 2941.

³²² OZANEMRE Yayla, s. 2941.

³²³ OZANEMRE Yayla, s. 2941.

5) Birleşme

a) TBK. m. 203 Kapsamındaki Birleşmeler

TBK. m. 203'e göre, bir işletme başka işletme ile aktif ve pasiflerinin karşılıklı olarak devralınması yoluyla birleştirilirse, birleşen işletmelerin alacaklıları malvarlığının devralınmasından kaynaklanan haklara malik olurlar. Alacaklılar alacaklarını birleşilen işletmeden isteyebilirler. Öncesinde gerçek veya tüzel tek kişinin sahibi olduğu kolektif ya da komanditye dönüştürülen bir işletmenin borçları bakımından da aynı düzenleme uygulanır³²⁴.

TBK. m. 203 gereğince işletmelerin birleşmesi sonucunda yeni bir işletme ortaya çıkar. Birleşen işletmelerin malikleri, tesis edilen işletmede kalırlar. İşletmenin sahibi sıfayıyla konumlarını muhafaza ederler. Buna karşılık, işletmenin devri halinde, başka bir işletme teşekkül ettirilmez. Sadece işletmenin devri sözleşmesiyle işletmenin maliki değişir³²⁵.

İşletmelerin birleşmesi, işletme devrinin hukuki sonuçlarına tabidir. Birleşen ya da türü değişen şirketler borçlarından dolayı iki yıllık sürenin sonuna kadar alacaklılar bakımından müteselsil borçlu sıfatıyla mesuliyet altında kalmaya devam ederler. Birleşmenin alacaklılara bildirimi veya ilanının gerekli olup olmadığı konusunda doktrinde iki görüş ileri sürülmüştür. Bir görüş, birleşmede de aynı şekilde işletmenin devrine ilişkin esasların geçerli olduğunu ileri sürer³²⁶. Buna karşılık, doktrindeki diğer görüş sahipleri, işletmelerin birleştirilmesinde karşı edim söz konusu olmadığı gibi bildirim ve ilan yapmaya zorlayan kimse de yoktur. Bu durumda, bildirim veya ilanının koşul olduğunu kabul etmek işletmeden alacaklı olanların konumunu güçleştirir. Dolayısıyla, mesuliyet dönemi işletmenin birleşme tarihinden sonra işlemeye başlar³²⁷.

b) Şirketlerinin Birleşmesi

Ticaret ortaklığının, bütün malvarlığını tasfiye etmeksizin, bir ortaklığa külli halefiyet yoluyla devredilen malvarlığının karşılığı olarak devralan ortaklığın bünyesinde kendiliğinden ortaklık payı alması şirket birleşmesi olarak ifade edilmektedir³²⁸.

³²⁴ EREN, s. 1254.

³²⁵ ARICI, s. 44; ACEMOĞLU, s. 70; TUNÇOMAĞ, s. 1148; AKÇAAL, s. 77.

³²⁶ ARICI, s. 44.

³²⁷ ACEMOĞLU, s. 70; TUNÇOMAĞ, s. 1148.

³²⁸ YASAMAN, Hamdi; Bilgi Toplumunda Hukuk- Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt I, İstanbul 2003, s.55.

Ticarî işletmenin devrinde ve şirketlerin birleşmesinde bir malvarlığının devri söz konusudur. İktisadi bakımdan ticarî işletmenin devri devralan bakımından bir birleşme işlemi olarak kabul edilebilir³²⁹.

Türk Ticaret Kanunu bakımından hem şirketlerin birleşmesinde hem de ticarî işletmenin devrinde, kısmî küllî halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Bu sebeple birleşme ve ticarî işletme devrinde malvarlığı unsurları bir bütün halinde tek bir işlemle devralana geçmektedir³³⁰. TTK. m. 136/III ve 153/I hükümlerindeki düzenlemelerden, şirketlerin birleşmesi, devir olunan şirketin malvarlığının mukabilinde, devir alan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortakları tarafından kendiliğinden kazanılması ile gerçekleşir. Birleşme yoluyla devir alan şirket, devrolunan şirketin malvarlığını bir kül olarak devralır³³¹.

İşletmenin devri ile ticaret şirketlerinin birleşmesi arasında bazı farklar mevcuttur. Birleşmede, TBK. m. 202 ticari nitelikte olmayan işletme düzeyinde kalan devirler ile ilgilidir. Devredilen malvarlığının mukabilinde devreden ortaklığın ortağı, devralan şirketin ortaklıktan doğan haklarına hak kazanmaktadır. Buna karşılık, ticari işletmenin devrinde ortaklık payı verilmesi söz konusu değildir. Doktrinde buna ortaklık haklarının devamı ilkesi denilmektedir. İşletmenin devri ile birleşmeyi ayıran asıl kıstastır³³². Birleşmede malvarlığını devreden yani birleşmeye katılan ortaklığın ortaklarına ortaklık hakları verilmektedir. Bunun sonucunda devreden şirketin ortakları devralan şirketin ortağı olmaktadır. Birleşme sonucu sadece malvarlığı devralınmamakta, ortaklık hakları da kapsama girmektedir. Fakat ticarî işletme devrinde, sadece malvarlığı değerleri devredilmekte, ortaklık yapısında değişiklik meydana gelmemektedir³³³. Devreden ve devralan şirketler ile ortakları aynı şekilde ortak sıfatı ile devam eder³³⁴.

TTK. m. 136 vd. ise ticaret şirketlerinin birleşmesini düzenlemektedir. Düzenlemeye göre, şirketlerin birleşmesinde işletme, işletmedeki ortaklar ile bir kül halinde devralan veya yeni teşekkül ettirilen şirkete geçer³³⁵. Dolayısıyla, ticaret şirketlerinin birleşmesinde, kişi ögesi de birleşmenin mutevası kapsamındadır³³⁶. Bunun sonucu, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketinin yalnızca işletmesini devralması, TBK. m. 202'ye tabidir. Fakat bir ticaret

³²⁹ ÇELİKBOYA, s. 88.

³³⁰ ÇELİKBOYA, s. 89.

³³¹ AKÇAAL, s. 78.

³³² YASAMAN, s.55.

³³³ ARICI, s. 48.

³³⁴ ARKAN, s. 44.

³³⁵ POROY/YASAMAN, s. 47.

³³⁶ AKÇAAL, s. 79.

şirketinin olan işletmenin, diğer bir ticaret şirketi tarafından devralınması halinde TTK. m. 136 vd. hükümleri uygulanır³³⁷.

İşletmenin devrine ilişkin sözleşmede münferit aktif ve pasiflerin devir sözleşmesinin muhtevası haricinde bırakılması iç ilişkide hukuken mümkündür. Pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması, alacaklıların haklarına halel getirdiği ölçüde mümkün değildir. Bununla birlikte şirketlerin birleşmesinde devrolunan şirketlerin bütün malvarlığı devralan şirkete geçer. Dolayısıyla muhtelif aktif ve pasiflerin birleşme kapsamına alınmaması hukuken imkan dahilinde değildir³³⁸.

c) Ticarî İşletmenin Bir Ticaret Şirketi ile Birleşmesi

Ticarî işletmenin diğer bir ticaret şirketi ile birleşmesinde, ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının tamamı ticaret şirketine geçer. Ticarî işletmenin sahibi bu yolla devralan ortaklığın ortaklık haklarını kazanır³³⁹. Bu sebeple ticarî işletmenin başka bir ticaret şirketi ile birleşmesi, aynı bir sermaye koyma işlemi olarak nitelendirilebilir³⁴⁰. Ticarî işletmenin tüzel kişiliği olmadığı için, bu işlem özel bir malvarlığının bir hukuk kişisi ile birleşmesi olarak kabul edilebilir.

TTK. m. 194/I düzenlemesi ile ticarî işletmenin ticaret şirketiyle birleşmesinöngörülmüştür. Ancak ticarî işletmenin devrolunan, ticaret şirketinin de devralan olması gerekir. Bu birleşmeye, şirketin türüne göre TTK. m. 138 ile 740, m. 142, 158 ve ortak hüküm kabul edilen TTK. m. 191 ile 193 hükümleri de kıyas yoluyla uygulanır³⁴¹.

TTK. m. 137'de geçerli birleşmeler sayılmıştır. Bu hükmünde TTK. m. 194'te düzenlenen bu hal zikredilmemiştir. Doktrinde bir görüş, bunu eksiklik olarak belirtmektedir³⁴². Bunun sebebi TTK. m. 194 düzenlemesine ait tasarısı metninin Komisyonun hazırladığı metinden sonra Adalet Komisyonu tarafından eklenmiş olmasıdır³⁴³.

Ticarî işletmenin, bir ticaret şirketince devralınması yoluyla birleşmesine küllî halefiyet ilkesi uygulanır. Aralarındaki en temel farklardan birisi, bazı malvarlığı unsurlarının birleşmenin kapsamı dışında bırakılamaz. Ticarî işletmenin devrinde malvarlığı unsurlarından

³³⁷ ARKAN, s. 44; AKÇAAL, s. 79.

³³⁸ AKÇAAL, s. 79.

³³⁹ YASAMAN, s. 55.

³⁴⁰ ÇELİKBOYA, s. 93.

³⁴¹ POROY/YASAMAN, s. 48.

³⁴² MOROĞLU, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 6. Bası, İstanbul 2009, s. 85.

³⁴³ POROY/YASAMAN, s. 48.

belirlenen bazılarının devir kapsamı dışında bırakılması mümkündür. Ticarî işletmeye dâhil tüm unsurlar bir bütün halinde ticaret şirketi tarafından devralınır. Birleşmenin tamamlanmasıyla TTK. m. 31/II düzenlemesi gereğince ticarî işletme, ticaret sicilinden terkin edilir³⁴⁴.

TTK. m. 194 düzenlemesinin TBK. m. 202 hükmünden farklı olan diğer bir tarafı, ticarî işletmenin, bir ticaret şirketince devralınmak şeklinde gerçekleşen birleşmesinin muhtevasına kişi unsurunun da (işleten) dâhil olmasıdır. Buna karşın, TTK. m. 158'e yapılan göndermeye göre, ticarî işletmesini devredenın mesuliyeti birleşme tamamlandıktan sonra da sürer. Bu takdirde, devredilen ticarî işletmenin pasiflerinden kaynaklanan mesuliyetine bağlı talepler, birleşme kararının ilanından sonra üç yıllık sürenin dolması ile zamanaşımına uğrar. TTK. m. 158/II gereğince alacaklar ilanının yapılmasından sonra muaccel hale gelirse, zamanaşımı müddeti muacceliyet kesbettikten sonra başlar³⁴⁵.

6) İşyerinin Devri

a) İşyeri Kavramı ve İşletme İle Karşılaştırılması

İşyeri, bir işveren tarafından mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacına ulaşmak için maddî ve maddi olmayan öğelerle işgücünün bir araya getirildiği, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan da oluşan iş organizasyonu kapsamındaki bir bütündür³⁴⁶. İşyeri, iş hukukunun yer itibarıyla uygulama sınırlarını ifade eder³⁴⁷. 4857 sayılı İşK. m. 2'inci maddesinin 1-3. fıkralarında işyeri tanımı yapılmıştır. Düzenlemeye göre, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi veya maddi olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denilir.

Düzenlemedeki tanımdan yolaçarak, işyeri işletme gibi maddi ve maddi olmayan malvarlığı değerleri ile emeğin belirli bir organizasyon çerçevesinde bir araya getirilmesi ile teşekkül etmektedir³⁴⁸. İşyeri de aynen ticarî işletmeye benzer şekilde ekonomik bir bütünlük olarak kabul edilebilir. Bu sebeple işyeri ile işletme arasındaki farkın vurgulanmasında fayda vardır.

³⁴⁴ TEKİNALP, Ünal; Türk Ticaret Hukukunu Ticarî İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXIV, S. 3, Haziran 2008, s. 11-18.(Kısaltılmışı, TEKİNALP, Ticarî İşletme).

³⁴⁵ AKÇAAL, s. 80.

³⁴⁶ SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 205 (İş Hukuku); İşyeri Kavramının Tanımı ve Unsurları Hakkında Bilgi İçin bkz: DOĞAN YENİSEY, Kübra; İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 9, 17, 381.

³⁴⁷ SÜZEK, s. 204 vd.

³⁴⁸ DOĞAN YENİSEY, s.17 vd.

Ekonomik faaliyetin sadece teknik anlamda üretime özgülenen birimi işletmedir. Aslında mal veya hizmetlerin üretildiği teknik bir birimi ifade ettiği söylenebilir. Fakat işletme, üretim birimi ile sınırlı olmayıp, organizasyonu ve iktisadi faaliyetin bütünü kapsar. Bu sebeple, ticarî işletme bünyesinde birden fazla işyeri barındırabilir³⁴⁹.

Ticarî işletmenin varlığı için esnaf işletmesini aşan bir hacme ulaşması gerekir. Buna karşılık, işyeri için böyle bir hacme ihtiyaç duyulmamaktadır³⁵⁰. Yine ticarî işletmeden söz edebilmek için gelir elde etme amacının olması şart iken, işyeri için böyle bir şart aranmamaktadır³⁵¹.

b) İşyerinin Devri

İşçi ve işveren arasında yapılan sözleşmenin imkan olduğunca korunması gerekir. Ortada işçi veya işveren bakımından geçerli veya haklı bir neden yoksa devam etmesi doğal olanıdır. İşçinin gelirinde devamlılığın sağlanması için iş güvencesi kurumu öngörülmüştür. Günümüzde iş hukukunun en temel uğraş ve gayelerinden birisi iş güvencesidir. Sözleşmenin tarafları arasında var olan dengesizlikten de kaynaklı iş akdiyle oluşturulan ilişki zayıf ve hassas bir özellik arz eder. İş akdinin bu zayıflığı, özel hukukun temel ilkelerinden birisi olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sonucudur. Sözleşme özgürlüğü taraflarına fesih serbestisi imkanı vermektedir. Sözleşmenin kendi niteliğinden doğan bir zayıflıktan kaynaklanabilir. Yine sözleşmenin zayıf ve hassas karakteri işyerinin devrinde olduğu gibi bazı dış etkenlerden kaynaklanabilir³⁵².

İş güvencesi bakımından tehlike arz eden sebeplerin başında, işyerinin el değiştirmesi, devir yoluyla bir işverenden başka bir işverene geçmesi gelmektedir. Bu devir işverenin kendi iradesiyle satış, kiralama, intifa hakkının kurulması gibi yollarla devredilmesi şeklinde olabilir. Yine işverenin ölümü, ihale süresin sona ermesi, özelleştirilmesi veya devletleştirilmesi gibi yollarla da işyeri devri gerçekleşebilir. Yine birleşme veya bölünme gibi haller de işyerlerinin sahipliğinin, yani işverenin değişmesi sonucunu doğurmaktadır³⁵³. Günümüz iş hukukunda, işyeri devri halinde de, işin sürekliliği sağlanmaya çalışılmaktadır. İş ilişkisinin yeni işverenle devamı sağlanarak iş akdinin zayıf ve hassas karakteri giderilmeye çalışılmaktadır³⁵⁴.

³⁴⁹ DOĞAN YENİSEY, s. 32, SÜZEK, (İş Hukuku), s. 210.

³⁵⁰ SÜZEK, s. 205.

³⁵¹ DOĞAN YENİSEY, s.35.

³⁵² SÜZEK, s. 213.

³⁵³ ALPAGUT, Gülsevil; İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul 2010, 1. Bası, s. 66 vd.

³⁵⁴ SÜZEK, s. 213.

4857 sayılı İşK. m. 6 düzenlemesi ile işyeri devriyle birlikte iş akitlerinin devralan geçtiği hükme bağlanmıştır. 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğü zamanında, kıyas yöntemi ile kanun boşluğunun doldurulmasıyla aynı neticeye ulaşılabilirdi. İşK. m. 6/I hükmüne göre, işyerinin tamamı veya bir bölümünün hukuki bir işlemle devredildiği takdirde, halihazırda devam eden iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana intikal eder.

Kanunun gerekçesinde, Avrupa Birliği'nin işyeri devri hakkındaki 77/187, 98/50 ve 2001/23 sayılı Yönergelerine uyum amacıyla bu düzenleme çıkarılmıştır. İşK. m. 6 düzenlemesi ve diğer mevzuat hükümleri genel hatlarıyla AB'nin bu konudaki düzenlemeleriyle uyumlu hükümlerdir³⁵⁵.

İşK. m.6/I fıkra hükmüne göre, iş sözleşmesinin devralan işverenle aynen şekilde devamına imkan veren işyeri devrinin şartlarının tespiti lazımdır. AB mevzuatı ve Avrupa Adalet Divanı uygulamalarında, devir sözleşmesinin konusu olan işyerini ifade etmek için “*ekonomik birlik*” kavramından söz edilmiştir. Buna göre, hukuki anlamda netice doğuran bir işyeri devrinden bahsedebilmek için, işyerini ifade eden ekonomik birliğin, “*kimliğini koruyarak*” devredilmesi gerekmektedir. Eğer bu anlamda bir ekonomik birliğin devri yoksa, AB Yönergeleri ve İşK. m.6 kapsamında herhangi bir işyerinin veya işyerinin belirli bir kısmının devrinden bahsedilemez³⁵⁶.

Yargıtay verdiği kararlarda aynı esası benimsemiştir. Yüksek Mahkeme kararlarına göre, ekonomik bütünlüğü olan işletme veya işyeri ya da işyerinin tamamının veya belirli bir kısmının kendi kimliğini muhafaza ederek devri, işyeri devridir. Ekonomik bütünlük, mal veya hizmet üretiminde teknik gayenin takip edildiği işlevi görebilen bir organizasyon bütünlüğüdür³⁵⁷. Ekonomik bütünlüğü, işletme kavramının unsurlarından olan gelir elde etme gayesi anlamında değil, teknik bir amaç olan mal ve hizmet üretimi şeklinde anlamak gerekir³⁵⁸.

İşK. m.6 düzenlemesi işletmenin kimliğini korunmasından söz etmemiştir. Açık bir hüküm olmaması, kimliğin korunması koşulunun aranmadığı anlamına gelmez. Ekonomik birliğin, devri müteakip de kimliğini koruyup korumadığının saptanmasında esas alınması gereken ölçütler, Yargıtay kararlarında sıralanmıştır. Kimliğin korunduğunun kabul edilmesi için, yani devrin İşK. m.6 kapsamında olduğunun tespiti için, tüm ölçütlerin varlığı mecburi değildir. İşyerinin tamamı veya bazı bölümlerinin devri için, ekonomik birliğin, özet olarak

³⁵⁵ SÜZEK; s. 213.

³⁵⁶ SÜZEK, s. 214-215; ALPAGUT, s. 28.

³⁵⁷ Yargıtay 9. HD'nin 6.4.2009 tarih ve 13501/9655 sayılı kararı, SÜZEK, s. 215 dp. 26.

³⁵⁸ SÜZEK, s. 215.

işyerini karakterize etmek şartıyla söz konusu kıstaslardan bazılarının devredilmesi yeterlidir³⁵⁹.

Kimliğin korunması veya işyerinin kimliğinin özünü oluşturanların nelerden ibaret olduğunun tanımlanması pek mümkün değildir. Zira bu göreceli bir kavramdır. Meselâ, mal üretimi yapılan bir işyerinde maddî unsurlar olan makine, ekipmanı ile araçlar ön plana çıkar. Buna karşılık, hizmet üreten bir işyerinde işgücü, know-how, patent gibi unsurlar ön plandadır³⁶⁰.

Ekonomik kimliğin korunarak işyeri devrinde dikkat edilmesi gereken husus, devredilen üretim unsurları arasında işlevsel bağlılığın muhafazası ve devralan organizasyona katıldığında aynı veya benzer şekilde ve türde iktisadi faaliyetlerin devam ettirilmesidir³⁶¹.

İşyerinin kimliğini ön plana çıkan öge işgücü ise, sadece işgücünün devri bile işyerinin devri sayılabilir. Yargıtay³⁶², işgücünün asıl öge olduğu bazı işyerlerinde, devralan işletme sahibinin devreden işverenin faaliyetlerini yürütürken yararlandığı işçilerin sayı ve uzmanlık itibarı ile önemli sayılabilecek bir kısmını devralarak çalıştırmaya devam ettiği devirlerde, devre konu edilen ekonomik bütünlüğün kimliğini koruduğuna hükmetmiştir.

c) İşyerinin ve İşletmenin Devrinin Karşılaştırılması

İşyerinin devri halinde devreden ve devralan yönünden alacaklılara karşı birlikte müteselsil sorumluluk geçerli olur. Ancak İşK. m. 6/III düzenlemesi ile işyerinin devrinde, devreden işverenin sorumluluğu, devirden önce doğan ve devir tarihinde ödenmesi gereken, yani devir tarihinde vadesi gelmiş borçlarla sınırlı tutulmuştur. Buna karşılık ticarî işletme devrinde ise devreden yalnızca devirden önce doğup da vadesi gelen pasiflerle sınırlı değil, vadesi gelmemiş pasiflerden de sorumludur³⁶³.

İşK. m. 6/III düzenlemesi ile işyeri devrinde sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılması, devreden yönünden işletmenin devrindeki gibi iki yıl olarak öngörülmüştür. Ancak işletmenin devrinden farklı olarak, işyerinin devrinde devreden sorumluğun başlangıcı, devrin duyuru veya borcun muaceliyet tarihi değil, işyerinin devredildiği tarih olarak öngörülmüştür³⁶⁴.

³⁵⁹ SÜZEK, s. 215.

³⁶⁰ SÜZEK, s. 216.

³⁶¹ ALPAGUT, s. 47 vd.

³⁶² Yargıtay 9. HD'nin 6.4.2009 tarih ve 13501/9655 sayılı kararı, SÜZEK, s. 216 dp. 33.

³⁶³ AKÇAAL, s. 82.

³⁶⁴ AKÇAAL, s. 82.

d) Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmenin İşyeri Devri İle Karşılaştırılması

TTK. m. 178 hükmünde, birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen işyeri devri hususu özel olarak düzenlenmiştir. İşyeri devrinin iş ilişkileri bakımından sonuçları hakkında TTK. m. 178 düzenlemesi İşK. m. 6 ve TBK. m. 429/II hükümlerinden oldukça farklılık göstermektedir.

TTK. m. 178 hükmüyle devredilen işletmede çalışan işçilere, iş sözleşmesinin devralan işverene geçişine itiraz imkânı tanımıştır. TTK. m. 178/f.1 hükmüne göre, tam veya kısmî bölünme durumunda, iş sözleşmeleri, işçi itiraz etmediğinde, devir anına kadar doğan tüm hak ve borçlarıyla beraber devralana geçer. İşçi tarafından itiraz edilirse, iş sözleşmesi kanunî işten çıkarma süresinin sonunda kendiliğinden sona erer. Devralan işveren ve işçi kanunî çalışma süresinin sonuna kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.³⁶⁵

İşletme devri her hal ve şartta aynı zamanda bir işyeri devri sonucu da doğurmaktadır. Bu durumlarda devir ticaret hukuku bakımından ticarî işletme devri; iş hukuku bakımından işyeri devri olarak nitelendirilmektedir³⁶⁶. Bu sebeple işletmenin devrinin işyeri devri sonucu doğurduğu gerçeği karşısında iş ilişkilerine etkileri ilgili bölümde detaylı olarak incelenmiştir.

³⁶⁵ ASTARLI, Muhittin; Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilenirime Yükümlülüğü TBB. Dergisi, S.104, 2013, s.149-176, (Kısaltılmışı; ASTARLI, Bilgilendirme).

³⁶⁶ ÇELİKBOYA, s. 102 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

§ 5. TİCARİ İŞLETME DEVİR SÖZLEŞMESİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, ŞEKLİ, TESCİL VE İLANI

I. Ticarî İşletme Devir Sözleşmesi

Ticarî işletmenin devri, iktisadi bakımdan bir ihtiyaçtan doğmaktadır. Halihazırda faaliyette bulunan bir işletmeyi devralan kişi, devreden faaliyetin sürekliliğine bağlı olarak işletmeye kazandırdığı müşteri çevresini de devralmaktadır. Devreden de, devir işlemi ile amaçladığı faydaları sağlamaktadır. Nakit ihtiyacını işletmesini devrederek karşılamaktadır¹. Başka bir alanda iş yapmaya karar veren maliki veya ticareti terk etmek isteyen tacir, işletmesini kapatmak ve tasfiye etmek zorunda kalmamaktadır. İşletmesini bir başkasına devrederek ayakta tutmakta ve dolayısıyla ekonomik hayata katkı sağlamaya devam etmesini sağlamaktadır.

Yine ödenmesi güç borç yükü altındaki işletmeciler, borcunu ödenebilir veya çevrilebilir hale getirmek için birtakım yollara başvurmaktadırlar. Bu yollardan ideal olanı, gerçek bir işletme devridir. İdeal olmayan yöntem ise ticarî işletmenin alacaklıların menfaatlerine hâle getirmek amacıyla devredilmesidir. Bu yollarla, devreden, alacaklılara karşı borcundan kurtulmaya veya rahatlamak adına zaman kazanmaya çalışmaktadır. Böyle kötüniyetli yöntemlerle borçtan kurtulmaya çalışıldığında, alacağın tahsili için haciz yapılmak amacıyla borçlu işletmeye gidildiğinde, borçlu değil devralan işletme sahibi bulunmaktadır².

Ticarî işletmenin devrinden söz edebilmek için önşart, taraflarca işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devrinin kararlaştırılmasıdır. Ticarî işletmenin devri sürecinin tamamlanması üç aşamadan oluşan işlemlerin yapılması ile mümkündür. Bunlar sırasıyla devir sözleşmesinin yapılması, ticaret siciline tescil ve devrin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilanıdır. Ticarî nitelikte olmayan işletmeler bakımından ise devrin alacaklılara bildirimi gerekir.

1) Devir Sözleşmesi Kavramı

Ticarî işletmenin bütün halinde devralanın egemenlik alanına geçirilmesi için devir sözleşmesi yapılır. Devir sözleşmesinin konusu sadece işletmenin aktif ve pasif malvarlığı

¹ TOPUZ; Murat; Ticarî İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu, 6012 Sayılı 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Türk Ticaret Kanunun Beklerken Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18. S. 2, Cilt 18, s.19-80.

² ARICI, 31 vd.; KENDİGELEN, N. 512; Aksi görüş için bkz. ACEMOGLU, s. 16 vd.

değil, ticarî işletmenin işlevsel bir birliktelik olan bütününün, organizasyonunun da devredilmesidir³. Ticarî işletmenin devri için işletmeye tahsis edilmiş tüm malvarlığı unsurlarının devri gerekir. Bu işletmenin malvarlığı cephesini teşkil eden malvarlığının devridir⁴. Fakat ticarî işletmeye tahsis edilen malvarlığı devri yanında, devralanın devirden beklenen faydayı elde edebilmesi için işletmenin edindiği müşteri çevresi ve oluşan ticari itibarı gibi unsurların da devri gerekir⁵. İşletmenin devri sadece malvarlığının devrine indirgenemez.

Devir sözleşmesi doktrinde, işletmeye dâhil aktif ve pasifler malvarlığı öğelerinin bir küle olarak devredilmesi ve bu şekilde işletme sahipliğinin bir kişiden başka bir kişiye geçirilmesi hususunda devreden ile devralan arasında yapılan sözleşme olarak tanımlanmıştır⁶. Bu tanımda işletme, bir malvarlığının devrine indirgenmiştir. İşletenin organizasyon boyutu ihmal edilmiştir.

Ticarî işletme maddî veya gayri maddi unsurların bir araya getirilmesiyle teşekkül eden bir bütündür. İşletme mevzuatta tanımlandığı üzere her tür hukukî işleme konu edilebilir. Saymak gerekirse devredilebilir, kiralanabilir, bir başka şirkete sermaye olarak konulabilir veya rehnedilebilir. Ticarî işletmenin devri aktif ve pasifiyle yapıldığında, işlemin tarafları ve üçüncü kişiler başta olmak üzere bütün tarafların yararına olur. Bu fayda işletmenin sahibinin veya ortaklarının değil, işletmenin sürekliliğini sağlamak suretiyle çalışanlarının, müşterilerinin bile faydasıdır. Ticarî işletmenin devri, edindiği aktif ve pasiflerin sözleşme ile devralana geçirilmesi yoluyla ticarî işletme faaliyetinin el değiştirmesidir. Devralanı sıfırdan bir ticarî işletmenin kurmanın getireceği sorun, risk ve zaman kaybına sebebiyet verecek işlemlerden korur. İşletmenin borçlarını ödeyememesi sebebiyle iflas etmesi ve bunun getireceği ödeme zorluklarından alacaklıları korur. Devreden bakımından ise iflasın ağır sonuçları olan sınırlamalar ve yasaklardan korur. Alacaklılara iflas masasından alabilecekleri kazançlardan daha fazlasını elde edebilme imkânı sağlar⁷.

Ticarî işletme, tacirin, değişik üretim unsurlarını bir araya getirmesi, onları diğer malvarlığından ayırarak işletmeye özgülemesi ve nihayetinde bunları işletmesiyle vücut bulmaktadır. Ticarî işletmenin de çeşitli malları, hakları vardır. Buna ticarî işletmenin

³ ARICI, s. 67.

⁴ TÜRK, s. 68.

⁵ ÇELİKBOYA, s. 110, ARICI, s. 67.

⁶ AKÇAAL, s. 83.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, (Kısaltılmışı, TEKİNAY, Borçlar Genel), s. 280; ACİMOĞLU, s. 16.

malvarlığı yönü denilebilir⁸. Fakat "*ticarî işletme*" ile "*ticarî işletmenin malvarlığı*" aynı anlama gelmez. Her biri birbirinden bağımsız olan ve değişik hükümlere tabi maddî ve maddî olmayan öğeler ile şahıs unsuru ticarî işletme çatısı altında bir bütün oluşturmaktadır. Bu bütün de, hukukî işlemlere konu edilebildiğinden, aynı zamanda her ticarî işletmenin özel malvarlığı bulunduğu kabul edilir. Aynı şekilde bu malvarlığı unsurlarının hukukî anlamda bir bütün teşkil ettiği de kabul edilmektedir⁹.

Kanaatimizce, işletmeye dahil aktif ve pasiflerin işletmenin organizasyon yapısı ile birlikte devrini amaçlayan bir sözleşme olduğunu kabul edilmelidir.

Ticarî işletmenin devri sözleşmesinin şekli, aktiflerin geçişindeki etkisi, tescil ve ilanla ilgili hususlar TTK. m. 11/III'de düzenlenmiştir. Buna karşılık, işletmenin devrinde pasiflerin geçişi ve sair hususlar ise TBK. m. 202'de düzenlenmiştir. Aynı hukuki ilişkiden doğan konuların farklı farklı kanunlarda bu şekilde düzenlenmesi sorunları da beraberinde getirmektedir¹⁰. Kanaatimizce, ticarî işletmenin devri müessesesi ile tek bir kanunda düzenlenmelidir. Tek bir hakkı içeren hususlar bile kanunlarda onlarca maddede düzenlenmişken, birden çok hakkı içine alan bu kadar önemli bir konunun iki ayrı kanunda birer madde ile düzenlenmesi tartışmaları beraberinde getirmiştir. Düzenlemeler arasında farklı hükümler bulunmakta olup tam bir uyum da sağlanmamıştır.

İşletmenin devrine dair düzenleme, eBK. m. 179-180'de öngörülmüştü. eBK. m. 179'da, bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesini hükme bağlanmıştı. 818 sayılı BK. m. 180 hükmünde ise, bir işletmenin diğeri ile birleşmesi ve el değiştirmesi düzenlenmişti. Düzenlemelerdeki işletme kavramından neyin kastedildiği öğretilerde tartışmalıydı. Ağırlıkta olan düşünce, alacaklıların menfaatlerinin korunması ve işletmelerde sürekliliğin sağlanabilmesi gerekçeleriyle, tüm işletmelerin düzenleme kapsamında olduğunu ileri sürmekteydi. TBK. m. 202-203 düzenlemelerinde devrin ilanı hükmü, hem ticarî işletmeler hem de ticari nitelikte olmayan işletmeleri farklı şekilde öngörmüştür. Kanaatimizce bu tartışmalara gerek bulunmamaktadır¹¹.

⁸ KENDİGELEN, Abuzer; Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler B.2, İstanbul 2012, s.134, N. 447. (Kısaltılmışı; KENDİGELEN, Yenilikler).

⁹ POROY/YASAMAN, s. 38; ACEMOĞLU, s. 21; KARAYALÇIN, s. 173.

¹⁰ ARICI, s. 215; AKÇAAL, s. 83.

¹¹ BAHTİYAR, s. 3891; eBK. m.179-180 borçların devralana geçiş anını ve borçlardan sorumluluğu özel olarak düzenlemektedir. Borcun nakli konusunda uygulananeBK. m.173-174naklin alacaklıya karşı hüküm ifade edebilmesini, onun rızasına bağlamıştır. Ticarî işletmenin bir kül halinde devri bakımından da pasiflerin intikalinde bu kural uygulanırsa, işletmeyi devralacak kişinin, o işletmenin tüm alacaklıları tespit edip durumunu anlatması ve her birini ikna ederek devir için rızalarını alması neredeyse imkansız olurdu. İşletmenin devri gerçekleşemez veya zorluk ve kargaşaya yol açardı. Bu sebeple eBK. m. 179işletmenin devrinde alacaklıların

Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın mimarlarından olan yazar, Kanunun kapsamlı ve radikal bir yaklaşımla, deyim yerindeyse ticarî işletmeyi “*hukukî bir kurum*” haline getirdiğini belirtmiştir. Yazar, ticarî işletmeye hukukî bir bütünlük sağlayan, başka bir deyişle onun hukukî bir birlik olarak mütalaa edilmesine imkân veren hükümlerini en köklü açılımlarından birisi olarak kabul eder. Bu sebeple yazar, ticarî işletmenin bir bütün olarak işlem görmesini en cesaretli adım olarak kabul etmiştir¹².

2) Devir Sözleşmesinin Tarafları

Devir sözleşmesi, devreden ile devralan arasında yapılır. İşletmenin faaliyetleri sebebiyle alacağı olanlar, çalışanlar veya hukuki ilişkileri olanlar devir sözleşmenin tarafı değildir¹³. Devir sözleşmesinin kurulması için alacaklıları, çalışanları veya hukuki ilişkileri olanların rızası veya iradesi aranmaz. Bu kişiler karşı gelseler bile devir sözleşmesi yapılabilir. İşletmenin alacaklıları ile devralan arasında münferit borçların nakli için ayrı bir borcun üstlenilmesi sözleşmesi yapılması gerekmez¹⁴.

Devir sözleşmesi, gerçek kişiler arasında yapılabileceği gibi, tüzel kişiler arasında da yapılabilir. Devralan ve devreden bir veya birden fazla kişi de olabilir. İşletmeyi birden fazla kişi devraldığı takdirde, işletmenin borçlarından devredenle birlikte sorumlu olurlar. TBK. m. 202 uyarınca kanunî teselsül, devreden ile devralanın birlikte sorumluluğu bakımından öngörülmüştür. Düzenlemede işletmenin devrinde, devralanın birden fazla olması halinde, bunların müteselsil borçlu olduklarına dair herhangi bir ifade yoktur. Ticarî nitelikte olmayan TBK. m.202 kapsamındaki devirlerde, birden fazla devralan arasında kanunî teselsülden bahsedilmez. Ayrıca, iradî teselsül için, teselsül iradesinin alacaklıya karşı bütün borçlular tarafından açıklanması gerekmektedir. Aksi takdirde, devralanlar bakımından kısmî borçluluk söz konusu olur¹⁵.

Yukarıdaki açıklamalardan yola çıkarak, devir sözleşmesi ile ilgili genel olarak şu sonuçlara varılabilir.

Devir sözleşmesi ile amaçlanan sadece malvarlığının devri değil, işletmenin organizasyon yapısının da devridir.

rızasını aramamıştır. Ancak alacaklıları korumak adına da, devralan ve devreden iki yıl süre ile müteselsilen sorumluluğunu benimsemiştir, BAHTİYAR, s. 3891-3892.

¹² TEKİNALP, Ticarî İşletme, s. 11-19.

¹³ OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s. 613; FEYZİOĞLU, Genel, s. 693, TOPUZ, s. 39.

¹⁴ AKÇAAL, s. 84.

¹⁵ TOPUZ; s. 39; KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara 2019, 1045 vd.

Yine devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça işletmenin aktif ve pasiflerin yanında müşteri çevresi de devir kapsamındadır. Aslında müşteri çevresi tasarruf işlemi ile devredilebilecek bir malvarlığı değildir. Müşteri çevresi sözleşme olmasa bile kanun gereği ve işletmenin devrinden beklenen amacın gerçekleşmesi bakımından kendiliğinden doğan bir sonuçtur.

İşletme bir bütün halinde devredildiği için devredenin edimi bu bütünlüğü devretmektir. Yoksa işletmeye dahil her bir malvarlığı unsurunu ayrı ayrı devretme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

II. Devir Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

1) Genel Olarak

Devir sözleşmesinin hukukî niteliği ve etkilerinin belirlenmek önemlidir. Ticarî işletmenin devrini anlayabilmek için sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti gerekir. Sözleşmenin niteliğini tespit edilirken birçok kıstas kullanılmaktadır. Bunlar sözleşmenin ivazlı olup olmaması, malvarlığına yaptığı etkiler, sözleşmenin etkisini göstereceği zaman gibi kıstaslardır¹⁶. Fakat devir sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından en doğru kıstasın malvarlığına yaptıkları etkiye göre yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Diğer kıstaslar devir sözleşmesinin hukuki niteliğini tespitte yarar sağlamayacaktır.

Hukukî işlemler malvarlığına yaptıkları etkilere göre dörde ayrılırlar. Bunlar “borçlandırıcı işlemler”, “tasarruf işlemleri”, “kazandırma işlemleri” ve “borçtan kurtarma işlemleri”dir¹⁷. Kazandırma işlemlerinde, işlemi yapan kişinin malvarlığının aktifi artar. Bu şekilde bir hak kazanılır. TMK. m. 767 maddesindeki sahiplenme, TMK. m.705. maddesindeki işgal buna örnektir. Borçtan kurtarma işlemlerinde, bunu yapanın veya karşı tarafın malvarlığının pasifi azalır. Borcun ibrası, yenileme ve borcun ifası işlemleri borçtan kurtarma işlemlerdir¹⁸. Devir sözleşmesinin hukuki niteliğinin tayininde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi şeklindeki ayırım üzerinde durulmuştur.

2) Borçlandırıcı İşlem Kavramı

Malvarlığı unsurlarından pasif bölümünü fazlalaştıran işlemlere, borçlandırıcı işlem denilir. Borçlanma işlemi, kişinin bir başka kişiye belirli bir şeyi verme, yapma veya

¹⁶ ÇELİKBOYA, s. 114.

¹⁷ EREN, s. 170.

¹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 45 vd.; EREN. S.171.

yapmama sözü verdiği hukukî işlemdir¹⁹. Borçlandırıcı işlem ile borçlu, alacaklıya karşı borçlanılan edime uygun şekilde ifa etmeyi, ona fayda temin etmeyi taahhüt eder²⁰. Borçlandırıcı işlemler, hüküm ve neticelerini işlemin konusu olan şey üzerinde göstermez, sadece borç doğururlar²¹. Borçlandırıcı işlemler, alacaklı ile borçlu arasında borç ilişkisi tesis eden, dolayısıyla borç doğuran işlemlerdir. Borçlandırıcı işlemlerin meydana getirdikleri ilk ve en önemli hukukî sonuç, asli edim yükümlülüğü içeren bir borç ilişkisi kurmasıdır²². Borçlandırıcı işlem ile alacaklı ve borçlu arasında bir borç ilişkisi doğar ve bu işleme borç doğuran işlem denir²³.

Borçlandırıcı işlemler, malvarlığının aktifine veya bir hakka doğrudan doğruya etki etmez. Malvarlığının pasifini etkileyen işlemlerdir²⁴. Bir hakkı hemen başkasına geçirme, tahdit etme, değiştirme veya ortadan kaldırma neticesine yol açmaz. Yani borçlandırıcı işlem, bir hakka veya hukukî ilişkiye doğrudan doğruya değil, dolaylı olarak etkide bulunur²⁵. Bu tarz işlemler, sadece borçlanılan edimin konusunu oluşturan hakkın geçirme, tahdit etme, değiştirme veya ortadan kaldırma taahhüdünü kapsar²⁶. Borçlandırıcı işlemlerin önemli işlevlerinden birisi de tasarruf işleminin hukukî sebebini oluşturmalarıdır²⁷.

Borçlandırıcı işlem, borçlanılan edimin konusunu teşkil eden şeyin mülkiyetini doğrudan doğruya ve kesin olarak karşı tarafa devretmeye uygun değildir. Bu sebeple henüz borçlanan kişinin malvarlığında olduğu için, borçlu, borcun konusunu teşkil eden şeyi, başka bir borçlandırıcı işlem ile diğer bir kişiye devretmeyi taahhüt edebilir. Bu taahhüdünü de borçlanılan edimi ifa etmek suretiyle yerine getirip, örneğin teslim veya tescil yoluyla mülkiyetini başka birine geçirebilir. Zira borçlandırıcı işlemler, borçlunun malvarlığının aktifini doğrudan doğruya etkilemez²⁸.

Borç konusu şey, birden fazla borçlandırıcı işlem ile ayrı ayrı tarihlerde birden çok kişiye vaad veya taahhüt edilmiş olabilir²⁹. Birden fazla tarihte ve birden fazla kişiye taşını

¹⁹VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah; Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, I. Baskı, 2014/İstanbul, s. 49 vd.

²⁰ EREN, s. 171.

²¹ ANTALYA/TOPUZ, s. 272 vd.

²² EREN, s. 171.

²³ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 50.

²⁴ KILIÇOĞLU, s. 75.

²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt- 1, s. 215 v.

²⁶ EREN, s. 171.

²⁷ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 52.

²⁸ EREN, s. 172.

²⁹ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 52.

veya taşınmaz satışı yapılmış olduğunda yapılış tarihleri alacaklılara öncelik hakkı vermez³⁰. Borçlandırııcı işlemlerde bütün borçlar, doğum tarihlerine bakılmaksızın aynı sırada yer alırlar. Bu tür işlemlerde zaman yönünden bir öncelik hakkı yoktur³¹.

3) Tasarruf İşlemi Kavramı

Tasarruf işlemi, bir hakka veya hukukî ilişkiye doğrudan tesir eden, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini tahdit eden, değiştiren ya da ortadan kaldıran işlemlerdir³². Tasarruf işlemi, onu yapan kişiye ait olan bir hakkın varlığını veya muhtevasını başka bir şahıs menfaatine doğrudan doğruya ve kesin şekilde değiştirir. Tasarruf işlemi ile bu işlemi yapan kişinin malvarlığının aktif kısmı azalır. Malvarlığındaki hak işleminden doğrudan doğruya etkilenir³³. Meselâ, mülkiyetin veya alacağın devri, borcun ibrası, rehin, taşınmaz yükü, irtifak tesisi, intifa hakkından feragat tasarruf işlemidir³⁴.

Tasarruf işleminin konusu malvarlığının aktifinin iktisadi değerinin azalması sonucunu doğurur³⁵. Tasarruf işlemleri, tek yanlı hukukî bir işlem olabileceği gibi, sözleşme niteliğinde de olabilir. Meselâ, tescil talebi yoluyla mülkiyet hakkından vazgeçme, tek taraflı hukukî işlem ile icra edilen bir tasarruf işlemidir. Buna karşın, alacağın devri, taşınır mülkiyetini devreden anlaşma ve borcun ibrası, sözleşme niteliğinde tasarruf işlemleridir³⁶.

Tasarruf işlemleri genel olarak eşya hukuku alanında düzenlenmiş olduğundan tasarruf işlemlerine “*aynî hak*” işlemleri de denilmektedir. Tasarruf işlemleri genellikle aynı haklarla ilgili olup, eşya hukukunun konusunu oluşturur³⁷. Meselâ; taşınır veya taşınmazların mülkiyetlerinin devri, mülkiyet hakkından feragat eşya hukukunda düzenlenmiş tasarruf işlemleridir. Buna karşılık, alacağın temliki, borcun ibrası gibi borçlar hukukunda da düzenlenmiş tasarruf işlemleri de vardır³⁸.

Tasarruf işlemi, hukukî bir işlem olduğundan, maddi, fiillerle bir şeyin dış görünüşünün, fizik durumunun değiştirilmesi tasarruf işlemi sayılmaz. Tasarruf işlemlerinin

³⁰ Detaylı bilgi için bkz. ÖZMEN ETEM, Sabâ /YÜCE, Melek; Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, 2.952-998.

³¹ EREN, s. 172.

³² EREN, s. 173.

³³ VARDAR HAMACIOĞLU, s. 53.

³⁴ EREN, s. 173.

³⁵ ANTALYA/TOPUZ, s. 274 vd.

³⁶ EREN, s. 173.

³⁷ İstisnai olarak alacak hakları üzerinde de tasarruf işlemi sözkonusu olabilir. TBK. m. 183-194 arasında düzenlenen alacağın devri alacak hakları üzerindeki tasarruf işlemine örnek gösterilebilir. KILIÇOĞLU, s. 75.

³⁸ EREN, s. 174.

teknik anlamda konusunu, haklar oluşturur. Gerçekten de, hak tasarruf sahibinin irade beyanı ile değişir, kısıtlanır, ortadan kalkar, devredilir. Buna karşılık, tasarruf işlemi, teknik olmayan anlamda geniş anlamda alındığı zaman, hak yanında hukukî ilişkileri de etkiler. Böyle bir durumda inşâî işlemlerin de tasarruf işlemi içinde yer alması gerekir. Bu görüş kabul edilecek olursa, bir borç ilişkisinin, kira veya ortaklığın feshi de tasarruf işlemidir³⁹. Hukukî ilişkiyi, bir bütün olarak ortadan kaldıran veya değiştiren tasarruf işlemlerine, bozma sözleşmesi (ikale)⁴⁰ ile değiştirme sözleşmeleri de örnek gösterilebilir.

Tasarruf sahibi, bir hakkın geçişi ve sona ermesi neticesini doğuran tasarruf işlemlerini sadece bir kere yapabilir. Tasarrufla, işleme konu bu hak sona erdiğinden, aynı hak üzerinde daha sonra başka bir tasarruf işlemi yapılamaz⁴¹. Öncelik ilkesi gereği tarih olarak ilk yapılan işlem geçerli olur. Gerçekten, bir taşınmaz malın mülkiyetinin devir sonucunu doğuran bir tasarruf işlemi yapıldıktan sonra, malikin aynı taşınmazın mülkiyetini başka bir kişiye devretmesi mümkün değildir. Buna “*öncelik ilkesi*” denilir. Bu ilke uyarınca tarih itibarıyla ilk sırayı alan tasarruf işlemi daha sonrakilere öncelik taşır⁴².

Tasarruf ve borçlandırııcı işlemler ayrımı işlemi yapanın ehliyeti bakımından önemlidir. Borçlandırııcı işlem yapmak için fiil ehliyetine sahip olmak yeterli iken, tasarruf tasarruf işlemi yapabilmek için tasarruf edenin tasarruf yetkisine sahip olunması gerekir⁴³. Tasarruf yetkisi, bir şahsın kendisine ait malvarlığına dahil bir hakka doğrudan tesir ederek devredebilme, nihayete erdirebilme, tahdit edebilme ve hakkın muhtevasını değiştirebilme konusundaki kudret ve ehliyetidir⁴⁴. Bir hakka doğrudan doğruya tesir edebilmek kişinin hak üzerinde tasarruf etme yetkisidir. Tasarruf yetkisinin borçlandırııcı işlemin yapıldığı anda değil, tasarruf işleminin yapıldığı anda mevcut olması gerekir⁴⁵.

Tasarruf işlemlerinde “*belirlilik ilkesi*” geçerlidir. Tasarruf işlemi, hakkı doğrudan doğruya etkilediğinden işlemin konusunun, neyi kapsadığının somut şekilde belirli veya belirlenebilir olması gerekir⁴⁶. Tasarruf işleminin hangi muhtevayı veya şeyi ihtiva ettiği somut olarak belirli ya da belirlenebilir olmasa beklenen amaca hizmet etmez. Eşya hukukunda tasarruf işlemlerine taşınır veya taşınmaz devri bakımından kamuya açıklık ilkesi

³⁹ EREN, s. 174.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZYÜREK, Hasan Ali; İkale Sözleşmesi, Ankara 2017, s. 44 vd.

⁴¹ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 53.

⁴² EREN, s. 175.

⁴³ KILIÇOĞLU, s. 75.

⁴⁴ AYİTER, s.117; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 345.

⁴⁵ EREN, s. 176.

⁴⁶ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 53.

de eklenir. Yani eşya hukukunda aynı sonuçlar doğuran tasarruf işlemlerinde, taşınmazlarda tescil, taşınırlarda zilyetliğin devri ve özellikle teslim tasarruf işleminin kusucu unsurları olarak alenilik sağlar⁴⁷. Tasarruf işlemi kural olarak tasarruf yetkisi ve geçerli hukukî sebeple ihtiyaç duysa da bazı malvarlığı değerlerinde işlemin tamamlanması tescile veya zilyetliğin devrine ihtiyaç duyar⁴⁸.

4) Borçlandırıcı ve Tasarruf İşlemi Arasındaki Farklar

Hukukî işlem, kişinin malvarlığındaki hakkı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak etkileyebilir. Hakkı doğrudan doğruya etkileyen işlem tasarruf işlemi; dolaylı etkileyen işlem ise borçlandırıcı işlemdir. Borçlandırıcı işlemin yapılması işlemin karşısındaki kişiye ver, yap, yapma dedirtirken; tasarruf işleminin yapılması, kişiye benim oldu, bundan sonra sadece bana ait sözlerini söyler⁴⁹.

Borçlandırıcı ve tasarruf işlemi arasındaki temel farklardan birisi, borçlandırıcı işlem hukukî anlamda yapılmasına izin verilen işlem; tasarruf işleminin ise hukuken yapılabilen işlem niteliğinde olmasıdır. Bunun anlamı, kişinin borçlandırıcı işlem işlemi yapmasına izin verilmiştir. Borçlandırıcı işlemi yapan kişi malın sahibi olmasa ya da özel yetkisi yoksa da yaptığı borçlandırıcı işlem geçerlidir. Birden fazla borçlandırıcı işlem yapılabilir. Bunlar arasında öncelik sırası yoktur. Buna karşılık tasarruf işlemi yapan kişinin hakkın sahibi olması ve tasarruf yetkisinin olması şarttır. Aynı şeye ilişkin birden fazla tasarruf işlemi yapıldığında sadece ilk yapılan geçerlidir⁵⁰.

Tasarruf işlemi sadece bir kere yapılmakla sonuç doğurur. İkinci kere tasarruf işlemi yapılamaz. Yapılsa bile ilk yapılan tasarruf işlemine geçerlik tanınır. Buna öncelik ilkesi denilmektedir⁵¹. Borçlandırıcı işlemde bu ilke geçerli değildir. Yine bir hakka doğrudan etki ettiğinden, hakkın konusunun belirli olması gerekir. Buna da belirlilik ilkesi denilmektedir⁵².

Tasarruf işlemi, sahibinin hakkında doğrudan etki eder, değişiklik meydana getirir. Tasarruf işlemi ile hak, malvarlığından çıkar veya değişikliğe uğrar. Tasarruf işleminin bu etkisine “mutlak/doğrudan/kesin” etki denir. Borçlandırıcı işlem ise hakkın üzerinde dolaylı etkiye sahiptir. Borçlanma işlemine konu olan mal aynen malvarlığında durabilir veya kişi bu

⁴⁷ EREN, s. 177.

⁴⁸ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 55.

⁴⁹ SEROZAN, Rona; Medeni Hukuk, 8. Bası, İstanbul 2018, s. 16 vd.

⁵⁰ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 60.

⁵¹ ANTALYA/TOPUZ, s.274.

⁵² ANTALYA/TOPUZ, s.274.

mala sahip bile olmayabilir. Borçlandırıcı işlem sadece işlemin karşı tarafını etkilemesi sebebiyle “*nisbî/dolaylı*” bir etkiye sahiptir⁵³.

Tasarruf işleminin yapılması ile kişi tasarruf yetkisini kaybeder. İşlemden dönülmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir⁵⁴. Tasarruf işlemi kesin etkili ve nihaî bir işlemdir. Yeni bir tasarruf işlemi yapılmadan değişiklik yapılamaz. Borçlandırıcı işlemde ise değişiklik yapılması mümkündür⁵⁵.

Borçlandırıcı işlemlerin yapılmasına kural olarak irade serbestisi ve bunun sonucu sözleşme özgürlüğü prensibi geçerlidir. Taraflar kanunda özel bir düzenleme yoksa diledikleri şekilde, diledikleri sözleşmeyi, diledikleri muhtevada yapabilirler. Buna karşılık, tasarruf işlemlerinde tipe bağlılık ve sınırlı sayı prensipini geçerlidir. Bir kişi sahip olduğu mülkiyet hakkını kanunda sınırlı sayılı şekilde düzenlenmiş aynı hakkın konusu yapamaz⁵⁶.

Tasarruf işleminde tasarruf edenin fiil ehliyeti yanında tasarruf yetkisinde de sahip olması gerekir⁵⁷. Buna karşılık, borçlandırıcı işlemde fiil ehliyeti yeterlidir. Kişinin ayrıca hakka veya özel bir yetkiye sahip olması gerekmez. Bu sebeple borçlandırıcı işlem, her zaman tasarruf işleminin yapılmaması riskini taşır. Kişinin aynı hakla ilgili birden fazla kişi veya birden farklı zamanlarda yaptığı borçlandırıcı işlem geçerlidir. Bu işlemler arasında öncelik veya üstünlük söz konusu değildir. Bu sebeple borçlandırıcı işlemde sonra tasarruf işlemi yapılmaması riski her zaman vardır⁵⁸.

Borçlandırıcı işlem hakkı devretme, sona erdirmeye, sınırlama, muhtevasını değiştirme taahhüdünün verildiği; tasarruf işlemi ise borçlandırıcı işlemin ifa edildiği işlemdir. Tasarruf işlemi, genel olarak borçlandırıcı işlemin sonucu oluşan borcu yerine getiren, ifa eden bir işlemdir⁵⁹. Borçlandırıcı işlem, tasarruf işleminde çıkılan ilk basamaktır. Borçlandırıcı işlem daima tasarruf işleminden önce, tasarruf işlemi de, borçlandırıcı işlemde sonra yapılır⁶⁰. Türk hukukunda satış, trampa sözleşmeleri borçlandırıcı işlem olarak kabul edilir.

⁵³ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 61.

⁵⁴ AYİTER, s. 94.

⁵⁵ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 61.

⁵⁶ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 63.

⁵⁷ ANTALYA/TOPUZ, s. 274 vd.

⁵⁸ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 63.

⁵⁹ ANTALYA/TOPUZ, s. 275.

⁶⁰ EREN, s. 177; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 53.

5) Devir Sözleşmesinin Malvarlığına Etkilerinin Mevzuattaki Düzenlemelere Göre İrdelenmesi

a) 818 Sayılı Borçlar Kanunu Dönemindeki (6762 sayılı TTK) Düzenlemeler

818 sayılı eBK. m. 179 düzenlemesinde tartışmasız olarak işletmenin devri işleminin borçlandırıcı bir işlem olduğu kabul edilmekteydi. Zira borçlandırıcı işlem olan işletmenin devri sözleşmesinden sonra, devre konu malvarlığının devralana intikali için malvarlığının türüne göre ayrıca tasarruf işlemlerinin yapılması gerekliydi.

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, ticarî işletmenin devri sözleşmesinin şekli ve malvarlığı unsurlarının ticarî işletmeyi devralana geçişi konusunda özel bir hüküm yoktu. Bu sebeple devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem; malvarlığı unsurlarının devri işlemi tasarruf işlemi olarak kabul edilmekteydi. Bu konuda eBK. m. 179 hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi. Devir sözleşmesi şekli ve tasarruf işlemi açısından devre konu malın türüne göre uyulması gereken şekle dair genel hükümler uygulanmaktaydı⁶¹.

b) Türk Borçlar Kanunu m. 202 Düzenlemesi

TBK. m. 202 düzenlemesi de 818 sayılı Borçlar Kanunu gibi, işletmenin devri sözleşmesi bakımından ne şekilde yapılacağı ile ilgili bir hüküm öngörmemiştir. Düzenlemede işletmenin pasifleri için küllî intikali; aktifleri bakımından cüz'î intikali öngörülmüştür. Yani TBK. m. 202 düzenlemesi kapsamında olan ticarî nitelikte olmayan bir işletmenin devri sözleşmesi borçlandırıcı bir işlemdir. Bu sebeple devredilen ticarî nitelikte olmayan işletmenin aktiflerinin intikali için devredilen malın türüne göre, tescil, zilyetliğin devri ve özellikle teslim, alacağın temlik veya ciro işlemleri tasarruf işlemi olarak kabul edilmektedir⁶².

c) Türk Ticaret Kanunu m. 11/III Düzenlemesi

6102 sayılı TTK. m. 11/III düzenlemesi, devir sözleşmesinin adî yazılı şekilde yapılmasını öngörmektedir. Ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının tamamı için bir bütün halinde geçiş prensibi benimsenmektedir⁶³. 6102 sayılı TTK. m. 11/III. fıkra düzenlemesi ile ticari işletmenin devri bakımından oldukça köklü değişiklikler öngörülmüş ve mevcut sistem değiştirilmiştir. Düzenleme ile ticarî işletmeye dahil malvarlığı öğelerinin devri için tasarruf

⁶¹ AKÇAAL, s. 88.

⁶² KORAY, s. 115.

⁶³ KORAY, s. 115.

işlemlerinin tek tek yapılmasına gerek duyulmamıştır. Hükümle işletmenin malvarlığının bir kül olarak devredilebilmesine imkân tanınmıştır. Düzenlemeye, ticarî işletmenin bir bütün hâlinde devrinin kararlaştırıldığı sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi esası kabul edilmiştir.

Gelişen ticaret hayatının hızına ayak uydurmak, ticarî işletmelerin kolay ve hızlı şekilde devrine imkân tanımak adına böyle bir düzenleme getirilmiştir. Ticarî işletmenin devrinde kolaylık ve hız sağlama amacına ulaşılmasına rağmen; düzenlemenin yerleşik hukuk düzeni ile uyumu konusunda sorunlar yaratabilmektedir. Yine düzenleme ile amaçlanan işletmelerin bütünlüğünün de koruması hayati öneme sahiptir⁶⁴. TTK. m. 11'in kenar başlığı da "*Bütünlük İlkesi*" olarak ortaya konmuştur. Düzenleme ile, ticarî işletmenin malvarlığı öğelerinin geçişi için tek tek tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek yoktur. Bunlar devir sözleşmesiyle devredilebilir. Ticarî işletmenin malvarlığına dâhil menkullerde zilyetliğin devri, gayrimenkuller bakımından ise resmi şekilde yapılmış bir sözleşmenin tapu siciline tescilne gerek yoktur. İşletmenin bir bütün halinde devredilebilmesi suretiyle devir kolaylığı sağlanmıştır. Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu düzenleme ile eşya ve borçlar hukukunun temelini teşkil eden prensiplerine önemli istisnalar getirilmektedir⁶⁵.

Ticarî işletmenin devri kapsamında taşınmazların bulunması halinde, devir sözleşmesinin tek başına yeterli olup olmadığı konusu tartışılmıştır. Zira taşınmazlarda mülkiyetin nakli, kanunda belirtilen istisnalar hariç TMK. m. 705 hükmüne göre tescille mümkündür. taşınmaz üzerinde ayni hak kazanılması, bu ayni hakkın tapu siciline tescil edilmesine bağlıdır. Tapu sicilen tescil taşınmazların bakımından kurucu bir unsurdur. Temel bir ilke olarak tescil yapılmadıkça ayni hak kazanılamaz⁶⁶, mülkiyet nakli yapılamaz. İstisnaları TMK. m.705 hükmüne göre, miraz, mahkeme kararı cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile bu kanunda öngörülen diğer hallerde mülkiyet tescilden önce kazanılır. Tescilden

⁶⁴ TTK. m. 11/III hükmü asıl olarak amaçlanan hedefe hizmet eden bir düzenlemedir. Fakat Türk Ticaret Kanunu'nu Hazırlayan Bilim Komisyonu'nca Meclise sunulan Taslakta olmayan, sonradan Adalet Komisyonunda eklenen bu hüküm sorunlara yol açabilir. Yararları yanında birçok sorun ve belirsizliği de getirmiştir. Bu hüküm Adalet Komisyonunun bilinçli bir tercihi olarak yapılmıştır. TTK. m.11/III hükmüne ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda, TTK. m. 11/III fıkranın birinci cümlesi bir ticarî işletmenin bir bütün halinde devredilebileceğini hükme bağlamaktadır. Cümledeki "*bir bütün halinde*" ibaresiyle, ticarî işletmeyi meydana getiren taşınmazlar, menkuller, fikri mülkiyet hakları gibi malvarlığı unsurlarının tescil, teslim vs. gibi özel tasarruf işlemlerinin teker teker yapılmasına gerek olmaksızın devir sözleşmesi ile intikali amaçlanmıştır. Ancak "*bir bütün halinde*" ibaresinin bu şekilde yorumlanabileceği fikir ayrılıklarına yer bırakmamak için birinci cümle, "*Ticarî işletme, içerdği malvarlığı unsurlarının kanuni tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir...*" şeklinde değiştirilmiştir. Yine son cümle, "*Bu devir sözleşmesi ile ticarî işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur*" haline getirilmiştir". Sonradan TTK m. 11/III. fıkrasında hiçbir değişik de yapılmamıştır.

⁶⁵ TOPUZ, s. 19 vd.

⁶⁶ OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR, Saibe Oktay; Türk Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 133 vd.

önce kazanma hallerinin Türk Medeni Kanunu ile sınırlı olmadığı, diğer kanunlarda da hükümler bulunması halinde uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁷.

Doktrinde Türk Ticaret Kanunu Tasarısının tartışıldığı dönemde bir yazar, olması gereken hukuk bakımından taşınmazların devrinin resmi şekilde yapılması, devir sözleşmesinin taşınmazlarla ilgili kısmı için istisna getirilmesi gerektiği ileri sürmüştür⁶⁸.

TTK m. 11 düzenlemesinin yürürlüğe girmesinden kısa süre sonra yapılan bir seminer kapsamındaki tebliğ ve yazılı makalede bir yazar tarafından, taşınmazlar bakımından mülkiyetin geçişi için tasarruf işleminin tapuda resmi şekilde yapılması gerektiği savunulmuştur. Yazar, tıpkı İsviçre hukukundaki FusG. m.70/ II hükmüne göre, devir sözleşmesinin kapsamında gayrimenkullerin bulunması durumunda, bu malvarlığı unsurunun devrinin resmî şekilde yapılması gerektiğini savunmaktadır⁶⁹.

Olması gereken hukuk bakımından belirsizlik yaratmaması bakımından, icarî işletmenin devri kapsamında taşınmazların bulunması halinde resmi şekilde devrin öngörülmesi yerinde olurdu. Belirsizliklerin oluşmasına yol açılmaz ve hukuk güvenliği bakımından daha isabetli bir düzenleme olurdu⁷⁰. Kanaatimizce, TTK m. 11 düzenlemesinin mevcut haliyle, ticarî işletmenin devri kapsamında, taşınmaz bulunması halinde tescilsiz kazanma imkân tanındığını kabul etmek gerekir. Düzenlemede açıkça malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrıca yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde işletmenin devri mümkün kılınmıştır. Kanun koyucunun kesin ve açık şekilde öngördüğü bu hüküm karşısında İsviçre hukukundaki FusG. m.70/ II hükmüne benze şekilde, devir sözleşmesinin kapsamında gayrimenkullerin bulunması durumunda, bu malvarlığı unsurunun devrinin resmî şekilde yapılması gerektiğini söylemek mümkün değildir.

TTK. m. 11/III düzenlemesi göz önüne alındığında devir sözleşmenin malvarlığına yaptığı etki doktrinde oldukça tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar, malvarlığına yaptığı etkiye devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem; ticaret siciline tescilin ise tasarruf işlemi olduğu ileri sürülmüştür. Buna karşılık diğer bir görüş, bunun aksini savunmaktadır. Bu düşünceye göre, devir sözleşmesi tasarruf işlemidir.

⁶⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 287 vd.

⁶⁸ ARICI, s. 241.

⁶⁹ AYDIN, s.

⁷⁰ YAKUPPUR, Sendi; Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 118 vd.

d) Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 133/III Düzenlemesi

Ticaret Sicil Yönetmeliği⁷¹ m. 133/III ile TTK. m. 11/III düzenlemesinden farklı bir hüküm vaz edilmiştir. TSY.⁷² m. 133/III hükmüne göre, ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tamamının tescili ile neticelerini doğurur. TTK. m. 11/III düzenlemesinde yer almayan bu husus yönetmelik ile düzenlenmiştir.

e) Devir Sözleşmesinin Hukukî Niteliği İle İlgili Doktrindeki Görüşler

aa) Genel Olarak

TTK. m. 11/III ve TSY.m. 133/III hükmü ile birlikte, ticarî işletmenin devri sözleşmesinin malvarlığına yaptığı etki konusunda farklı görüşlere ve tartışmalara yol açmıştır. Konunun önemi bakımından ortaya atılan düşünceleri ve vardığımızı sonucu aşağıda irdeledik.

bb) Devir Sözleşmesinin Borçlandırıcı İşlem Olduğu Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar, devir sözleşmesini borçlandırıcı hukukî işlem olarak kabul etmektedir⁷³. Bu düşünceye göre, sözleşmesinin ticaret siciline tescili ise tasarruf işlemidir. Devir sözleşmesi, kural olarak malvarlığı devrinin dayanağı olan temel ilişkinin icrai unsuru olarak ortaya çıkar. Taraflar arasındaki asıl ilişki değişik şekillerde yapılabilir. Meselâ, bağışlama, satım, ortaklık sözleşmesi veya sermaye taahhüdü şeklinde olabilir. Bu görüş taraftarlarına göre, devir sözleşmesi kesinlikle tasarruf işlemi niteliği göstermez. Çünkü, devir sözleşmesi doğrudan ve kesin şekilde devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine herhangi bir değişikliğe yol açmaz⁷⁴.

Doktrinde bir görüş, TBK. m. 202 düzenlemesi ile TTK. m. 11/III hükmü arasındaki uyum bakımından da aynı sonuca varılmalıdır. Yine devir sözleşmesine, tasarruf işlemi niteliği tanınması durumunda hukuk güvenliği bakımından da sorunlar ortaya çıkabileceği

⁷¹ Bkz. RG. T. 27.01.2013, s.28581.

⁷² TSY 133. Madde düzenlemesi şu şekildedir.

(1) Ticari işletme, Kanunun 11 inci maddesi uyarınca bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak suretiyle devredilebilir.

(2) Bir ticari işletmenin devrine ilişkin devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılır ve aşağıdaki hususlar yer alır:

a) Tarafların adı ve soyadı veya unvanı ile tebligat adresi.

b) Ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları.

c) Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan.

ç) Ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları.

(3) Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder.

(4) Ticari işletme devir vaadi, belli bir süre sonra hüküm ifade edecek devirler ve şartlı devirler tescil edilemez.

⁷³ ÖZ, s. 113, ARICI, s. 215; AYDIN, s. 19; ÇELİKBOYA, s. 115, TOPUZ, s. 63-64; ERDEM, s. 1006.

⁷⁴ DEMİR, s. 114.

belirtilmiştir. Yine bu görüş TSY.’nin m. 133/III⁷⁵ fıkrasının da, devrin, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade edeceğini, tescile bu şekilde kurucu nitelik tanındığını ileri sürmektedir⁷⁶.

Doktrinde başka düşünce sahipleri, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının devri için teslim, tescil ve temlik gibi tasarruf işlemlerinin ayrıca yapılmasına ihtiyaç duyulmaması sebebiyle, devir sözleşmesinin tasarruf işlem olduğu izlemini verdiği kabul etmektedir. Buna karşılık, TSY. m. 133/III hükmünün açıkça devir sözleşmesinin tamamının tescilini öngörmesinden hareketle devir sözleşmesi borçlandırıcı işlemdir. Bu düşünceye göre, mevcut haliyle TSY. m. 133/III düzenlemesiyle, ticarî işletmenin devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi olmadığı; tasarruf işleminin işlemin ticaret siciline tescil olduğunu savunmaktadır⁷⁷. TSY. bu düzenleme ile işletmenin malvarlığı unsurlarının devri için teslim, tescil ve temlik gibi zorunlu işlemler yapılmadan, devir sözleşmesinin tescili ile devralana geçtiği ileri sürülmüştür⁷⁸. Yazara göre, TTK. m. 11/III düzenlemesi ile kalınsa ve TSY. m. 133/III hükmündeki tescilin kurucu olduğu hükmü olmasaydı; ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin devir sözleşmesinin yapılmasıyla devralana intikal edeceği kabul edilebilirdi. Fakat TSY. m.133/II hükmü açıkça tescile kurucu bir nitelik yüklemektedir⁷⁹. Kanunlar hiyerarşisine uygunluğu tartışılacak şekilde TSY. tescile kurucu bir fonksiyon yüklediği ileri sürülmüştür. Ticarî işletmenin devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem; ticaret siciline tesciline tescili tasarruf işlemi olduğu ileri sürülmüştür⁸⁰.

Yazar ticarî işletmenin, maddî ve maddî olmayan unsurları uhdesinde ihtiva eden ekonomik bir varlık olduğunu fakat eşya hukuku bakımından bir hukuk objesi olmadığını savunmaktadır. Eşya hukukunun konusu eşyadır. Eşya, ekonomik değeri bulunsun veya bulunmasın, üzerinde hâkimiyet kurulabilen, kişisel niteliği olmayan, sınırları belirli cismanî

⁷⁵ 27 Ocak 2013 tarihli ve 28541 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ticaret Sicil Yönetmeliğinin m. 113 düzenlemesi aşağıdaki gibidir:

“(1) Ticarî işletme, Kanunun 11 inci maddesi uyarınca bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak suretiyle devredilebilir.

(2) Bir ticarî işletmenin devrine ilişkin devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılır ve aşağıdaki hususlar yer alır:

a) Tarafların adı ve soyadı veya unvanı ile tebligat adresi.

b) Ticarî işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları.

c) Ticarî işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan.

ç) Ticarî işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları.

(3) Ticarî işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder...”

⁷⁶ DEMİR, s. 116.

⁷⁷ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 112.

⁷⁸ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 113.

⁷⁹ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 113.

⁸⁰ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 113.

varlıklardır⁸¹. Başka bir yazara göre eşya, hukukî anlamda, cismanî, sınırlandırılmış, üzerinde fiili hâkimiyet kurulmaya elverişli şeylerdir⁸². Hukukî anlamda eşyanın sınırlanabilir olması, maddî bir bütünlük arz etmesi gerekir. Türüyle belli olmasına rağmen ferden muayyen olmayan şeyler aynî hakların konusu olmaz. Bu sebeple sürü, kitaplık gibi eşya birliği üzerinde borçlandırıcı işlem yapmak mümkün olsa da, bu eşya birliği üzerinde tek bir aynî hak kurmak mümkün değildir. Mülkiyetin geçişi için her bir eşya için ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılması gerekir⁸³. Bu düşünceye göre, eşya hukukundaki belirlilik ilkesi gereği, eşya birliği veya hak birliği üzerinde bir bütün halinde tasarruf işlemi yapılamaz⁸⁴.

Bu temelden hareketle düşünceye göre, ticarî işletmeye karakterini veren unsurlar bir küll olarak borçlandırıcı işlemin konusu olabilir. Ticarî işletmeye dâhil olan malvarlığı unsurlarının devri, ancak tasarruf işlemi kabul edilen tescil işleminin yapılmasına bağlıdır⁸⁵. Yazara göre TTK. m. 11/III düzenlemesinin TSY. m. 133/III ile beraber ele alınması durumunda; ticarî işletmenin devri tescil ile gerçekleşir. Ticarî işletmenin malvarlığı öğelerinin devri için tek tek tasarruf işlemi yapılmasına ihtiyaç yoktur⁸⁶.

Doktrindeki başka bir görüş devir sözleşmesinin hukukî niteliğinin değil, ticaret siciline yapılan tescilin kurucu mu yoksa açılıyıcı mı olduğunun önemli olduğunu savunur. Tescilin kurucu olduğu cevabı verilirse tartışmanın da önemi kalmayacaktır. Bu düşünce sahipleri tescilin kurucu olduğu düşüncesini savunduğundan, devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu sonucuna varmaktadır. Sonuç olarak, tescile kurucu nitelik tanınırsa, kendi içinde çelişkiye düşmemek adına, devir sözleşmesi borçlandırıcı işlem; ticaret siciline tescil tasarruf işlemidir⁸⁷.

Doktrinde aynı sonuca başka bir yorumla varılan görüşler de vardır. Bu görüş sahiplerine göre, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu uyarınca gerçekleştirilen malvarlığı devrinde devir sözleşmesi çoğunlukla borçlandırıcı işlem, tescil tasarruf işlemi olarak kabul edilmektedir⁸⁸. Aynı yazar, TSY. m. 133/4 hükmü, ticarî işletme devir vaadi sözleşmesinin

⁸¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel; Şekli Eşya Hukuku, 9. Bası, Ankara 2017, s. 62 vd.

⁸² SİRMEN, Lale; Eşya Hukuku, 6. Bası, Ankara 2018, s. 5.

⁸³ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 113.

⁸⁴ SİRMEN, s. 32; AYHAN/ÇAĞLAR, s. 114.

⁸⁵ ARICI, s. 67 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR, s. 114.

⁸⁶ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 114.

⁸⁷ ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.208.

⁸⁸ ÇELİKBOYA, s. 116.

tescili yasaklamıştır. Yönetmelikte devir vaadi sözleşmesinden söz edilmesi, vaadi takip eden sözleşmenin borçlandırııcı işlem olmasının sonucudur⁸⁹.

cc) Devir Sözleşmesinin Tasarruf İşlemi Niteliğinde Olduğu Görüşü

Türk Ticaret Kanunu'nun mimarlarından olan yazara göre, devir sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir⁹⁰. Bu düşünceye göre, TTK. m. 11/III düzenlemesi ile ticarî işletmenin bir bütün olarak işlem görmesi esası benimsenmiştir. Bu esasın benimsenmesi bazı sonuçlara yol açmaktadır. TTK. m. 11/III düzenlemesi ile ticarî işletme, taşınmazlar, makineler, stoklar, fikri mülkiyet hakları, alacaklar ve benzeri çeşitli malvarlığı konularıyla, good-will gibi ticarî işletmenin bizzat kendisinin yarattığı, ancak aktifleştiremediği, fakat işletmenin üçüncü kişilere devrinde hesaba katılan varlıklardan teşekkül ekonomik bir bütün oluşturduğu kabul edilmiştir⁹¹.

Doktrinde⁹², TTK. m. 11/III düzenlemesi ile ticarî işletmeye hukukî bütünlük sağlayan, başka bir deyişle onun hukukî bir birlik olarak mütalaa edilmesine imkân sağlayan hükümler ve yenilikler getirildiği ileri sürülmüştür. Bu yeniliğin etkileri özellikle Türk eşya hukukunda, bazı temel ilkelerin kırılması şeklinde somutlaşmaktadır. Bunlardan birincisi belirlilik ilkesi, ikincisi ise, hukukumuza katılan yeni bir grup tescilsiz iktisap istisnasıdır⁹³.

Ticarî işletme, Türk Borçlar Kanunu'nda bir bütün/birlik olarak ele alınmamıştır. Bu sebeple ticarî nitelikte olmayan işletmeler tek bir tasarruf işlemiyle devredilemez⁹⁴. Bu düşünce sahiplerine göre TTK. m. 11/III düzenlemesi ile devir sözleşmesiyle ilgili aşağıdaki sonuçlara ulaşılabilir.

1/a) Belirlilik İlkesi Kırılmıştır

Türk eşya hukukunda “*belirlilik ilkesi*” temel bir ilkedir. Aynî hakların sayısı, tip ve muhteva olarak belirli olması, onlara açıklık ve öngörülebilirlik kazandırır. Bu durum aynî hakların başkalarına karşı ileri sürülmesini ve haklara uyulmasını mümkün kılar. Aynî hakların mutlak olması sonucu üçüncü kişilere, eşya ile hak sahibi arasındaki mevcut olan ilişkiye müdahaleden kaçınma görevi yükler. Aynî haklar açık, az, tip ve muhteva olarak ne

⁸⁹ ÇELİKBOYA, s. 116.

⁹⁰ TEKİNALP, s. 12.

⁹¹ TEKİNALP, s. 11.

⁹² TEKİNALP, s. 5-15.

⁹³ TEKİNALP, s. 5-15.

⁹⁴ ÜLGEN/ARICI, s. 1783.

kadar belirginse başkalarının haklara uymaları da o kadar kolay olur⁹⁵. Tasarruf işleminin işlevini yerine getirebilmesi için hangi konuyu ve şeyi ihtiva ettiğinin somut şekilde belirlenmiş olması gerekir.

Eşya hukuku alanında belirlilik ilkesi ilk defa 1447 sayılı mülga Ticarî İşletme Rehni Kanunu(TİRK.)⁹⁶ ile kırılmıştır⁹⁷. Daha sonra düzenlemeyi ilga eden 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu(TRK.)⁹⁸ kabul edilmiştir. TRK. m. 5/II hükmüne göre⁹⁹, ticarî işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulması halinde, rehnin kuruluş anında işletmenin faaliyetine özgülenmiş her türlü mal varlığı da rehnedilmiş sayılır¹⁰⁰.

TRK. m. 5/II'deki bu ilkelere baktığımız zaman, işletmenin rehninin TTK. m. 11/III düzenlememesindeki ticari işletmenin devri ile benzer hukuki kurallara veya rejime tabi tutulduğu anlaşılmaktadır¹⁰¹. TRK.m.5/II hükmünde *“işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her türlü varlık”* ifadesi kullanılırken; TTK. m. 11/III hükmünde sıralanan malvarlığı değerlerinden sonra *“sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları”* ifadesi tercih edilmiştir.

TRK. m. 4 hükmüne göre, rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilmesiyle kurulur. TRK. m. 9 düzenlemesi, rehin hakkının, sözleşmenin Sicile tescil edilmesiyle üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceğini öngörmüştür.

TMK. m. 853 düzenlemesiyle somutlaşan rehin hukuku kapsamındaki belirlilik ilkesine göre, üzerinde rehin kurulacak taşınmaz, belirli, tapuya kayıtlı bir taşınmaz olmalıdır. Oysa mülga TİRK. ve TRK. ile Türk hukukunda ticarî işletmenin aktifinde bulunan çeşitli eşyanın üzerinde teker teker rehin kurmaya gerek olmaksızın, ticarî işletmenin bir bütün halinde rehnedilmesi kabul edilmiştir¹⁰². Fakat TRK. m. 5/II son cümlesinde, menkul malvarlığının borcu karşılaması durumunda işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulamayacağını öngörmüştür. TTK. m. 11/III düzenlemesi ile, ticarî işletmenin bir kül halinde hukukî işlemlere konu edilmesi esası kabul edilmiştir. Bu düşünce sahiplerine göre,

⁹⁵ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 110 vd.

⁹⁶ Bkz. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu, RG. T. 28.7.1971, S. 13909.

⁹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/ ÖZDEMİR, s. 20 vd.

⁹⁸ Bkz. 6750 sy Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, RG. T. 28.10.2016, S. 29870.

⁹⁹ TRK. m. 5/II düzenlemesine göre, ticari işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır. Ticari işletme ve esnaf işletmesi rehinleri ticaret veya esnaf siciline bildirilir.

¹⁰⁰ ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk; Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler) 2017 İstanbul, s. 92 vd.

¹⁰¹ ANTALYA/ACAR, s. 96.

¹⁰² TEKİNALP, s.12.

bu düzenlemeler ile Türk eşya hukukuna hâkim olan belirlilik ilkesine, uygulama alanı oldukça geniş istisnalar getirilmiştir. Düzenleme ile işletmeye dahil çeşitli malvarlığı değerlerinin tek tasarruf işlemiyle devredilmesi esası kaldırılmıştır¹⁰³.

1/b)Devir Sözleşmesi Tasarrufi Bir Sözleşme Olmuştur

Doktrinde, TTK. m.11/III düzenlemesi ile ticarî işletmenin malvarlığı öğelerinin tasarruf işlemine ihtiyaç olmadan sözleşme ile bir kül olarak devredilmesi öngörülmüştür¹⁰⁴. Bu sebeple yazar, yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğu ve sözleşmenin tasarruf işlemi olduğunu savunmaktadır. Bahsedilen sözleşme özellikle gayrimenkullerin devrinde sadece resmî şeklin yerini almanın yanında tescilsiz iktisap imkânı da sağlamaktadır. Devir sözleşmesi ile kendi mevzâtı gereğince, hakkın geçişi için özel tescil kaydı aranan fikrî mülkiyet haklarının da tescilsiz geçişimkânı öngörülmüştür¹⁰⁵.

Aynı yazar devamla, TTK. m. 11/III hükmü ile Türk eşya hukukunun temel prensiplerinden olan tescilli kazanıma önemli ve uygulama alanı bakımından geniş bir istisna eklendiğini ileri sürmüştür. Kanun koyucunun ticarî işletme rehni ile hukukumuzda öngördüğü bu değişiklik, ticarî işletme devri için de kabul edilmiştir. Bu şekilde ticarî işletme müessesesi işlevine uygun hale getirilmiştir. Müessesenin gelişimi bakımından önemli bir adımdır. Türk ticaret hayatı için de ticarî işletmenin devri kurumunun hak ettiği yere getirilmesini sağlandığı ileri sürmüştür¹⁰⁶.

TTK. m. 11/III düzenlemesinde sadece ticarî işletmenin devri değil, kiralanması, ürün kirasına verilmesi, birleşme, intifa hakkı tesisi gibi diğer sözleşmelerin de yazılı olarak yapılması gerekir¹⁰⁷.

Bu düşünce sahiplerine göre, devir sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olduğu kabul edilmelidir. Zira malvarlığı devrinin esas gayesi, bir edimin taahhüt edilmesi değil, bir hakkın devrinin gerçekleştirilmesidir. Esas olarak devir sözleşmesi bu sonucu yalnız başına meydana getirmese de tasarruf işleminin ayrılmaz bir bölümünü teşkil etmektedir. Tasarruf işlemi olarak malvarlığının devri iki öğenin bir araya gelmesi ile tamamlanmaktadır. Bunlar devir sözleşmesinin yapılması ve bunun ticaret siciline tescilidir. Malvarlığı devrinin sebebini oluşturan borçlandırııcı işlem ise devir sözleşmesinden ayrı olarak nitelendirilmesi gereken

¹⁰³ TEKİNALP, s.12.

¹⁰⁴ TEKİNALP, s.12.

¹⁰⁵ TEKİNALP, s.12.

¹⁰⁶ TEKİNALP, s.13.

¹⁰⁷ TEKİNALP, s. 13.

herhangi bir temel ilişki olabilir. Devir borcuna yol açan ilişki, ortaklık sözleşmesi, nakit dışı sermaye anlaşmasından doğabilir. Devir borcuna doğuran hukukî ilişki borçlar hukukundaki, satım, trampa, bağışlama kaynaklı olabilir. Devir borcuna sebebiyet veren hukukî ilişki eşya, aile ya da miras hukukundan kaynaklanan bir borç ilişkiden de doğabilir¹⁰⁸.

dd)Devir Sözleşmesinin Tasarruf İşleminin Unsurlarını da İçeren Borçlandırıcı İşlem Olduğu Görüşü

Diğer bir görüşe göre, devir sözleşmesi tasarruf işleminin unsurlarını da barındıran borçlandırıcı işlem olarak kabul edilmelidir. Devir sözleşmesinin yapılmasıyla devreden, ticaret siciline tescil borcu ile yükümlü olur. Devralan da, kendisine devredilmek istenen malvarlığı unsurlarını kabul etmek ve sözleşmede hüküm varsa kendi edimi ifa yükümlülüğü altına girmektedir. Bu yönden bakıldığında devir sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Tasarruf işlemi unsurları ise aynı devir sözleşmesinin sözleşmede belirtilen haklarda değişiklik meydana getirmesi halinde ortaya çıkar. Tasarruf işleminin tekemmül ettirilmesi ticaret siciline tescille sağlanır¹⁰⁹. Devreden tescil borcu, devir sözleşmesinin kurulması ile kanun gereği kendiliğinden ortaya çıkar. Ancak bu düşünce, tescil yükümlülüğünün doğrudan doğruya devir sözleşmesinin sebebi esas borç ilişkisinden kaynaklandığı ve bu borcun devir sözleşmesinin bir unsuru olmaması sebebiyle eleştirilmektedir¹¹⁰.

ee)Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

TTK. m. 11/III düzenlemesi ile ticarî işletmenin malvarlığı öğelerinin geçişi için *“tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın”* adî sözleşme ile devri öngörülmüştür. Kanaatimizce buradaki düzenleme ticarî işletmenin devrinin kolaylaştırmak için tanınan bir imkândır. Yoksa Türk hukuku bakımından esas olan borçlandırıcı işlemi tasarruf işlemin takip etmesi gerektiğine dair sıralamanın bir istisnası değildir.

Doktrinde ileri sürüldüğü üzere¹¹¹, devir sözleşmesi tasarruf işlemi olarak kabul edilirse, tasarruf işleminin temelinde yatan borçlandırıcı işlem bakımından şekil sorunu ortaya çıkar. TTK. m. 11/III düzenlemesinde devir sözleşmesinin adî yazılı şekilde yapılabileceği

¹⁰⁸ ÜLGEN/ARICI, s. 1783.

¹⁰⁹ ÜLGEN/ARICI, s. 1783.

¹¹⁰ ÜLGEN/ARICI, s. 1783.

¹¹¹ ÖZ, s. 113.

öngörülmüştür. Eğer sözleşme tasarruf işlemi kabul edilirse, borçlandırııcı işlem konusunda kanunda bir hüküm olmadığı sonucu doğacaktır.

Kanaatimizce TBK. m. 202 ve TTK. m. 11/III arasındaki uyum bakımından da aynı sonuca varılmalıdır. Devir sözleşmesine, tasarruf işlemi niteliği tanınması durumunda hukuk güvenliği bakımından da sorunlar ortaya çıkabilir. TSY. m. 133/III fıkrası, devrin, devir sözleşmesinin tamamının tescili ile netice doğuracağını öngörmüştür. Bu düzenleme normlar hiyerarşisi ve hukuk tekniği bakımından eleştirilebilir. Kanunla yapılması gereken bir düzenlemenin yönetmelikle yapılması konusu eleştirebilir. Fakat kanaatimizce TSY. m.133/III düzenlemesi, TTK. m. 11/III düzenlemesine aykırı değildir. TTK. m.11/III düzenlemesi, Türk hukuku bakımından borçlandırııcı işlem-tasarruf işlemi ayırım ve sırasının bir istinası değildir. TTK. m. 11/III ile yapılan düzenlemenin açıklığa kavuşturulması niteliğinde bir değişiklik olarak değerlendirmek gerekir. Kanaatimizce TTK. m.11/III'un ve TSY.m.133/III hükmünün birlikte yorumlanmasından, devir sözleşmesi borçlandırııcı bir işlem; tescil ise tasarruf işlemi olduğu söylenebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun Adalet Komisyonunun TTK. m. 11/III hükmüne ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda,ticarî işletmeye dahil gayrimenkuller, menkuller, fikri mülkiyet hakları gibi malvarlığı unsurlarının tescil, teslim vs. gibi özel tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına ihtiyaç olmaksızın devir sözleşmesi ile intikalinin amaçlandığı belirtilmiştir. "Bir bütün halinde" ibaresinin bu şekilde yorumlanabileceği endişesiyle ve görüş ayrılıklarına yer bırakmamak için birinci cümle, "Ticarî işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının kanuni tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve..." şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca son cümle "bu devir sözleşmesi ile ticarî işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur" haline getirilmiştir.

Doktrinde devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğu ile ilgili ileri sürülen Adalet Komisyonunun gerekçesi güçlü bir gerekçe olsa da Türk hukuku bakımından ana ilke olan borçlandırııcı-tasarruf işlemi sırasından ayrılmayı haklı kılmayacağı düşüncesindeyiz. Kanaatimizce TTK. m. 11/III ve Komisyon gerekçeleri, devir sözleşmesine tasarruf işlemi niteliği kazandırmaz. Düzenlemenin amacı ticarî işletmenin devrini kolaylaştırmak ve işlerlik kazandırmaktır.

Düzenleme ve Komisyon gerekçesindeki "Ticarî işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının kanuni tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün

halinde devredilebilir” ifadesinden devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğu sonucu çıkarılamaz. Zira buradaki ifadenin amacı, devir sözleşmesine tasarruf işlemi niteliği kazandırmak değil, ticarî işletmeye dâhil malvarlığı unsurları bakımından ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılmasına gerek duyulmamasıdır. Kastedilen devir sözleşmesine tasarruf işlemi niteliği kazandırmak değil, işletmeye ait taşınmazlar, fikrî haklar ile diğer malvarlığı unsurları mevzuatın öngördüğü ayrı bir tasarruf işlemine ihtiyaç duyulmamasıdır.

İsviçre hukukunda devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹¹². İsviçre Parlamentosu, 03 Ekim 2003 yasama yılında, "*Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu*"nu (FusG)¹¹³ kabul etmiştir. İsviçre Birleşmeler Kanunu m. 73/I fıkrasına göre, devralan, devir sözleşmesinin tescili için ticaret siciline başvurmalıdır. Aynı hükmün 2. fıkrasına göre, devri sözleşmesi ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır. Yine hükümde, envanterde gösterilen aktif ve pasiflerin tamamı kanundan dolayı tescil anında devralan geçer. Dolayısıyla, işletmenin devri halinde ticaret siciline tescil anında devrin gerçekleşeceği kabul edilmektedir¹¹⁴.

Türk hukukunda MadK. m. 5 düzenlemesinde açıkça devir sözleşmesi borçlandırıcı; Bakanlık onayı ve Maden Siciline şerh işlemi ise tasarruf işlemi olarak kabul edilmiştir. Üzerinde maden işletmelerinin devri için, iki ayrı işleme ihtiyaç vardır. Bunlardan ilki, taraflar arasında devir borcunu doğuran borçlandırıcı bir işlemdir. İkinci işlem, devir durumunun maden siciline şerh edilmesidir. Devir muamelesi maden siciline şerh edilmesi ile tamam olur.

Ticarî nitelikte olmayan işletme devirleri bakımından devir sözleşmesi borçlandırıcı işlem; malvarlığının devri için yapılan tescil, teslim veya temlik işlemi ise tasarruf işlemidir. TBK. m. 202 kapsamındaki devirlerde borçlandırıcı işlem, tasarruf işlemi sırası tartışmasız kabul edilmektedir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde işletmenin devrinin bir cüz'i halefiyet hali olarak kabul edilmesinin esas sebebi olarak, her bir malvarlığı unsuru için ayrı ayrı

¹¹² TOPUZ, s. 31.

¹¹³ Çalışmamızda İsviçre Birleşmeler Kanunu ifadesi kullanılmıştır. İsviçre Parlamentosu, 03 Ekim 2003 tarihli oturumunda, "*Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu*"nu kabul etmiştir. Kanunun gayesi, şirketlerin yapısal değişimlerini kolaylaştırmak ve hızla değişen ticari hayata uyum sağlayabilmelerine imkân sağlamaktır. Malvarlığının devri Birleşme Kanunu'nun 69 vd. hükümlerinde kendisine yer bulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. TOPUZ; Murat; Ticarî İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG.) ve Alman Hukuku Perspektifinde), MÜHF-HAD. Cilt 18. S. 2., s.19-80.

¹¹⁴ TOPUZ, s. 30.

malvarlığının cinsine göre gerekli olan şekilde devir tasarruf işleminin yapılmasını gerektirmesi idi¹¹⁵. Hâlbuki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ayrı ayrı tasarruf işlemine gerek olmaksızın ticarî işletmenin devredilebileceği kabul edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu, açıkça ticarî işletmenin devri bakımından bir kısmi küllî halefiyet hali öngörmüştür¹¹⁶.

TTK. m. 11/III düzenlemesine göre devir sözleşmesinin tescili, ticarî işletmeye ait mal varlığı unsurlarından taşınmazların devrinde hem tescilin¹¹⁷ yerini tutmakta hem de tescilsiz iktisap imkânı sağlamaktadır. Bu hükümle birlikte, Türk eşya hukuku alanındaki tapulu taşınmazlar üzerinde aynî hakların doğumu bakımından kabul edilen tescil ilkesine (TMK. m.705/I, 1022) istisna teşkil eden bir durum açıkça düzenlenmiştir. Aynı sonuç, fikrî mülkiyet ve diğer tescille doğan haklar için de geçerlidir¹¹⁸.

TTK. m. 11/III düzenlemesi, ticarî işletmenin devrinde, işletmeye ait malvarlığı unsurlarının devri için ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılmasına gerek duymamış, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilânını aramıştır. Aktifler, sözleşmenin tescili ile birlikte bir bütün halinde devralana intikal eder. Kanun koyucu bu hükümle devir işlemini kolaylaştırmayı ve süratlendirmeyi amaçlamıştır¹¹⁹.

TRK. m. 4 hükmüne göre, “*ticari işletmenin rehni sözleşmesi Sicile tescil edilmesiyle kurulur*”. TRK. m. 9 hükmüne göre, “*rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilmesiyle üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eder.*”

TSY. m. 133/III hükmüne göre, “*ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder.*”

Yukarıda zikredilen MadK. m. 5; TBK. m. 202; TRK. m. 4, 9 ve TSY. m. 133/III düzenlemelerinin tamamının lafzında, “*sözleşmenin tescil edilmesi veya alacaklılara bildirilmesi ile devir işleminin tamam olacağı*” öngörülmüştür. TTK. m. 11/III düzenlemesi ve TSY. m.133/III birlikte değerlendirildiğinde “*devir sözleşmesinin tescili ile devrin tamamlanacağı*” sonucuna varılabilir.

¹¹⁵ TUNÇOMAĞ, s.1141.

¹¹⁶ POROY/YASAMAN, s. 44 vd. TOPUZ, s. 32, AKÇAAL, s. 92.

¹¹⁷ Kavram kargaşasına sebebiyet vermemek burada kullanılan tescil, taşınmazın devri için özel kanunlarında gerekli olan satış işleminin tescilidir. Yoksa ticarî işletmenin devri sözleşmesinin tescili değildir. TTK. m.11/III düzenlemesinde açıkça devir sözleşmesinin tescil edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

¹¹⁸ OĞUZMAN/ÖZDEMİR, s. 296; İNAN, s. 312; AKÇAAL, s. 93.

¹¹⁹ TOPUZ, s. 21; AKÇAAL, s. 93.

TTK. m. 11/III ve TSY. m.133/III hükmü birlikte değerlendirildiğinde “*sözleşmenin tescili ile devrin tamamlanacağı*” söylenebilir.

Sözleşmenin tasarruf işlemi, tescilin ise bildirici mahiyette olduğu ileri süren düşüncenin temellerinden birisi de, Türk Ticaret Kanunu sisteminde genel ilke olarak kabul edilmesidir¹²⁰. Gerçekten de tescilin etkisi ile ilgili açık bir hüküm olmaması sebebiyle tescilin kurucu etkisinin olmadığı ileri sürülmektedir.

TTK. m. 11/III düzenlemesi, aynî haklara hâkim olan belirlilik ilkesine istisna teşkil etmektedir. Devir sözleşmesiyle, ticarî işletmeye dâhil birden fazla malvarlığı için tek bir sözleşme yapılması yeterlidir. Hâlbuki belirlilik ilkesi gereğince aynî haklar, ancak önceden mevcut ve belirli bir eşya üzerinde kurulabilir¹²¹. Bu sebeple, ticarî işletmenin devrinde işletmeye dâhil olan taşınır ve taşınmazların, tek bir işlemler, bir bütün halinde aynî hakkın konusunu oluşturmasının isabetli olmadığı ileri sürülmüştür¹²².

Bir görüş, Türk Ticaret Kanunu’nda ticarî işletmenin bir bütün olarak hukukî işlemlere konu olması ilkesi kabul edilerek Türk eşya hukukuna hâkim olan belirlilik ilkesi bakımından etki alanı geniş bir istisna getirildiğini beyan etmiştir¹²³.

Bir başka düşünce, TTK. m. 11/III düzenlemesinin aynî haklara hâkim olan belirlilik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir¹²⁴. Bahse konu hüküm gereğince, devrolunan unsurların açıkça belirtilmesi dahi gerekmeyen bir sözleşmenin yapılmasıyla, ticarî işletmeye dâhil olan tüm taşınmazların mülkiyeti devralan geçmektedir.

TTK. m. 11/III kapsamındaki ticarî işletme devir sözleşmesinin kendisini ilan edilmemesi belirlilik ilkesi bakımından sorun teşkil etmektedir. Yoksa belirlilik ilkesi bakımından sorun olan sözleşme değil, sözleşme muhtevasının ilan mecburiyetinin olmamasıdır. TBK. m. 202 ile TTK. m. 11/III kapsamındaki devirler bakımından oldukça önemli farklar meydana gelmiştir¹²⁵.

TTK. m. 11/III düzenlemesinin kenar başlığı “bütünlük ilkesi” olup, düzenlemeye göre, ticarî işletme devirlerinde aktif ve pasiflerin devri, bir bütün halinde, aynı anda devir

¹²⁰ DEMİREL, s. 122.

¹²¹ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 105 vd.; OĞUZMAN/ÖZDEMİR, s. 22; AKÇAAL, s. 93.

¹²² ÖZTAN, Bilge; Medeni Hukukun temel Kavramları, 21. Bası, Ankara 2006, s. 668; AYİTER s.46; AKÇAAL, s.93.

¹²³ TEKİNALP, s. 12.

¹²⁴ ÖZ, (İşletme), s. 108.

¹²⁵ BAHTİYAR, s. 3093; TOPUZ, s. 46; AKÇAAL, s. 94.

sözleşmesi ile gerçekleşmektedir. Buna karşılık, TBK. m. 202 düzenlemesinde işletmenin aktifindeki malvarlığı değerlerinin geçişi için her bir malvarlığı için kanunların öngördüğü tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılması gerekir. Yine pasiflerin geçişi, bakımından da ticarî işletme ile ticarî nitelikte olmayan işletmelerde devrin bildirim ve ilanı bakımından düzenlemede farklılık çelişkili olup, sorunlara yol açabilir¹²⁶.

Ticarî işletmenin devri sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olarak öngörülmesi uygulamada hak kayıplarına yol açabilir. Meselâ, ticarî işletme devri kapsamında işletmenin mal varlığına dâhil olan tapulu bir taşınmaz henüz tescilin yapılmadığı aşamada malik olarak görünen kişi tarafından devredilebilir. Genel bir ilke olarak, TMK. m. 1023 hükmü gereğince, tapuda malik görünen kişiden, tapu kütüğüne güven ilkesi gereğince iyiniyetli olarak taşınmazı devralanın iktisabı korunmaktadır. Devir sözleşmesinin yapıldığı fakat tescilin yapılmadığı aşamada taşınmazı devredildiğinde mülkiyet geçebilir. Bu durumda işletmenin devri işleminin bütünlüğü de bozulmuş olur. Devralan bu durumda devreden aleyhine sebepsiz zenginleşme veya haksız fiile dayalı olarak davalar açacak ve sonuç alıp almayacağı da şüpheli hale gelecektir¹²⁷.

Tapu siciline hakim olan temel ilkeler şu şekilde sıralanmaktadır: Aleniyet, aynî sistem, tescille iktisap, devletin sorumluluğu ve sebebe bağlılık ilkesidir. Ticarî işletmenin devri sözleşmesinin etkisini gösterdiği hususlar, aleniyet ve tescil ile iktisap ilkeleridir. Aleniyet ilkesi TMK. m. 1020 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, tapu sicili herkese açık olup kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez¹²⁸. Tapu sicilinin aleniliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak kimse tapu kaydını bilmediğini ileri süremez.

Konumuz bakımından önem arz eden diğer ilke, tescille iktisap ilkesidir. Tapu sicilinin aleniliği, aynî hakların tescille kazanılması ilkesi ile sağlanmıştır. Her bir taşınmaz için tapu kütüğüne açılan özel sayfaya, o taşınmazın üzerindeki aynî hakların yazılması gerekir. TMK. m. 705 hükmüne göre, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur. Yine TMK. m. 2021 hükmüne göre, kurulması kanunen tescile tabi aynî haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz¹²⁹. TTK. m. 11/III düzenlemesi hükmü sebebiyle, devir sözleşmenin tescili sonrası, tapu kütüğüne açıklayıcı tescilin henüz yapılmadığı aşamada hak kayıplarına yol açılabilir. Taraflar arasında yapılan devir sözleşmesi tescili ile ticarî işletmenin malvarlığına

¹²⁶ AKÇAAL, s. 94.

¹²⁷ AKÇAAL, s. 95.

¹²⁸ YAKUPPUR, s. 10 vd.

¹²⁹ YAKUPPUR, s. 14.

dâhil olan taşınmazların mülkiyeti devralana geçmektedir. Devreden tapu kütüğüne bildirilmediği aşamada taşınmazı iyiniyetli üçüncü kişiye devrettiği takdirde, bu iktibası korunur mu?

Ticari işletmenin devri halinde, işletmeye ait taşınmazlar tescilsiz şekilde kazanılmaktadır. Başka bir deyişle, taşınmazların nakli için Türk Medeni Kanunu'nun aradığı resmî sözleşme ve tapu kütüğüne tescil şartı aranmamaktadır. Taşınmazın mülkiyeti tapu siciline tescil edilmeden, sicil dışında devredilmektedir. Devir sözleşmesi yapıldıktan sonra aslında tapu kütüğündeki görünürdeki tescil, yolsuz tescil haline gelmektedir¹³⁰. Tapu kütüğündeki tescil kayıtları ile gerçek aynî hak sahipliği arasında uyumsuzluk meydana gelmektedir.

Yukarıda izah edildiği üzere, ticarî işletme devrinin hangi işlemle gerçekleştiği konusunda doktrinde ortak bir görüş yoktur. Fakat TSY. m.133 hükmü normlar hiyerarşisine uygun olmasa da bu konudaki sorunu büyük ölçüde çözmüştür.

Eğer devir sözleşmesi tasarruf işlemi kabul edilirse tescil açıklayıcı nitelik kazanacaktır. Buna karşılık devir sözleşmesi borçlandırıcı işlem kabul edilirse tescil kurucu etkiye sahip olur. Katıldığımız devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu düşüncesi kabul edildiğinde tescil kurucu etkiye sahip olur. Böyle bir durumda, tapu kütüğüne tescil yapılmasa bile, iyiniyet gerçekleşmediğinden tapu siciline güven ilkesi uygulanamaz. Fakat sözleşmenin tasarruf işlemi kabul edildiği hallerde güven ilkesinin etkisini göstermez. Devir sözleşmesi tescil edildiği anda iyiniyetli üçüncü kişinin TMK. m. 1011 hükmüne dayanarak taşınmaz üzerinde aynî hak kazanamaz¹³¹.

Buna karşılık, ticaret siciline yapılan tescil etkisinin açıklayıcı olduğu kabul edildiğinde, işletmeye ait taşınmaz devir sözleşmesinin yapılması ile devredilmiş sayılır. Bu durumda devir sözleşmesi ticaret siciline tescil edilmediği için, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunabileceği ileri sürülmektedir. Burada taşınmazın mülkiyeti tescilden önce devralan geçtiğinden, tapu kaydındaki tescil yolsuzlaşmış olur. Yine devir sözleşmesi ticaret siciline tescil edilmediği için üçüncü kişinin iyiniyeti dinlenebilir. Yani güven ilkesinin uygulanabilmesi için aranan iki şart da bu şekilde gerçekleşmiş olur¹³².

¹³⁰ YAKUPPUR, s. 118.

¹³¹ ÖZ; (İşletme), s. 108.

¹³² YAKUPPUR, s. 119.

ff) İsviçre Hukukundaki Uygulama

Türk hukukuna göre, sözleşmede hangi unsurların devre dâhil olduklarının belirtilmesine de gerek yoktur. Buna karşılık, FusG. m. 71/I fıkrasına göre, devir sözleşmesinin hangi unsurları içermesi gerektiği tek tek sayılmıştır.

İsviçre Birleşmeler Kanunu'nun¹³³ gayesi, şirketlerin yapı değişikliklerine kolaylık sağlamak ve hızla değişen ticarî hayata uyum sağlayabilmelerine imkan sağlamaktır. Hukuken muteber bir malvarlığı devrinin gündeme gelebilmesi için iki kurucu unsurun bir araya gelmesi gerekir. FusG. m.70/ II hükmüne göre, taraflar arasında devir sözleşmesinin yapılması ve sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi yeterlidir. Devir sözleşmesi adî yazılı şekilde yapılabilir. Ancak devir sözleşmesinin kapsamında gayrimenkullerin bulunması durumunda, bu malvarlığı unsurunun devrinin resmî şekilde yapılması zorunludur.

Malvarlığının devrinin kayda değer neticesi, ticaret siciline yapılan bu devir sözleşmesinin tescilinin kısmi küllî halefiyet halini ortaya çıkmasıdır. Kısmî küllî halefiyetin gündeme gelmesinin sebebi, devredene malvarlığının belli bir kısmını devretme imkânının tanınmasıdır. Gerçekten de malvarlığının devri sözleşmesi, İBK. m. 184'te düzenlenen satım sözleşmesinde olduğu gibi devir borcu doğuran bir sözleşmedir. Fakat malvarlığı devrinde esas itibariyle çok sayıda aktif ve pasifin devrinin gerçekleşmesi imkân dâhilindedir¹³⁴.

İsviçre hukukundaki düzenleme olan FusG. m. 71/I hükmüne göre, devir sözleşmesi kanunda sayılan asgarî içeriği taşımalıdır. Sözleşmenin taraflarının kim olduğu, yerleşim yeri, ortaklığın türü, devrin kapsamı ve kararlaştırılmış karşı edim içerikte olmalıdır. Neyin kim tarafından kime devredeceği ve varsa karşı edimi bulunması gereken esaslı unsurlardır. Devir sözleşmesinde, devreden devir borcunun karşılığında edim kararlaştırılması isteğe bağlıdır¹³⁵. Türk hukukundan farklı olarak, devir sözleşmesi mutlaka bir *envanter* barındırmalıdır. Envanter devredilecek aktifleri ve pasifleri kapsar. Hukuki güven bakımından devir envanterinde aktif ve pasifler açıkça belirtilmelidir. FusG. m. 71'e göre, devir sözleşmesinin kapsamına alınacak olan malvarlığı öğelerinin bir envanterinin hazırlanması gerekir. Devre konu malvarlığı öğelerinin açık ve ayırt edilebilecek tarzda bu envantere gösterilmesi gerekir. Envanter devir işleminin temelini teşkil eder ve devrin muhtevasını belirler. İlâveten envantere mutlaka aktif bir değer bulunması zorunludur. Aktif unsurların

¹³³ DURMAN, s. 69.

¹³⁴ TOPUZ, s. 7.

¹³⁵ ÜLGİN/ARICI, s. 1772.

olmadığı devir işlemi hukuken geçerli değildir¹³⁶. Bu hükümle alacaklılarının devir işlemi sebebiyle zarar görmemesi için korunması öngörülmektedir. FusG. m. 72 düzenlemesinde, envanter kapsamında belirtilmemiş bütün malvarlığı unsurlarının devredende kalacağı hükme bağlanmıştır.

FusG. m. 73 hükmüne göre, devir sözleşmesi borçlandırıcı; ticaret siciline tescil kurucu unsurdur. Bu sebeple, ticaret siciline tescil gerçekleşmedikçe devir hüküm ifade etmez. Tescil ile devir konusunda aleniyet ve şeffaflık sağlanmış olmaktadır. Alacaklılar ve diğer ilgili tüm kişiler devir sözleşmesini ve devir sözleşmesinin dayanağını teşkil eden envanteri kolayca görebilir. Devrin kapsamını belirleyen envantere gayrimenkuller, kıymetli evrak ve fikrî haklar, know-how gibi unsurlar ayrı ayrı belirtilmelidir. Ayrıca devredilen iş ilişkileri de eklenmelidir¹³⁷.

Hazırlanan envantere sayılan unsurların belirlenebilir olması yeterlidir. İşletme veya işletmenin bir bölümünün devrinde, devre konu olan değerlerin ayrıca belirtilmesi ihtiyacı olabilir. Bu durumda devredilen işletmenin malvarlığı unsurlarının bulundukları yerin ya da işletmenin belirginleştirilmesi yoluyla belirtilmesi tercih edilebilir. Ferden muayyen hale getirilmiş olan işyerindeki bütün alacak ve borçlar olarak da listelenebilir¹³⁸. Aktiflerin ve pasiflerin açıkça listelenmesi ve belirlenmesi suretiyle envantere açıklanması konusunda esnek davranılmalıdır. Düzenlemede tek tek belirlenmesi zorunlu kabul edilen unsurlar dışındakilerin genel şekilde belirtilmesi yeterli kabul edilmelidir¹³⁹.

Devir sözleşmesinin kapsamını belirleyen envantere hangi alacak ve borçların bulunduğu, sözleşme ve envanterin yorumu ile belirlenebilir. FusG. m. 72 düzenlemesine göre, envantere belirtilmeyen malvarlığı aktifleri devir kapsamında değildir. Bunlar kural olarak devredenin uhdesinde kalmaktadır. Buna karşılık, devredilen malvarlığına ait olup envantere yer almayan borçların ne olacağı hususunda düzenlemede ve gerekçesinde bir hüküm öngörülmemiştir. Doktrinde aktifler bakımından uygulanan düzenlemenin kıyas yoluyla uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira devrin envantere dayanması ve sözleşmenin taraflarının envanter kapsamına alınacak öğeleri seçme özgürlüğünü malvarlığı devrinin temel prensibidir¹⁴⁰. Devredilen malvarlığı ile nesnel şekilde ilintili olan bütün

¹³⁶ TOPUZ, s. 8.

¹³⁷ TOPUZ, 8.

¹³⁸ TOPUZ, s. 8.

¹³⁹ TOPUZ, s. 8.

¹⁴⁰ ÜLGEN/ARICI, s. 1775.

alacak ve borçların da devralana intikal edeceğine dair sözleşmekli taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve bu şartlar geçerli kabul edilmelidir¹⁴¹.

Alacak ve borçların parasal değeri belirlenmeli ve devir sözleşmesi dolayısıya envantere eklenmelidir. FusG. m. 71/II hükmüne göre, devredilen aktiflerin değeri borçların değerinden fazla olmak zorundadır. Düzenleme esasında malvarlığı devri aracılığı ile sadece borçların naklini veya borca batık işletmelerin tüm aktif ve pasiflerinin devri engellemiştir¹⁴².

Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından da, devir sözleşmesinin ekinde, İsviçre Birleşme Kanunu'ndaki düzenlemeler gibi envanter hazırlanmasına dair yükümlülük getirilmesi gerekir. Ülkemizde MadK. m. 5 düzenlemesinde yapıldığı gibi, devrin işletmenin malvarlığı unsurlarının kendilerine has sicillerine şerhi veya tescili gibi iyiniyetli üçüncü kişileri veya devralanı koruyucu birtakım hükümler öngörülebilirdi. Düşüncemize göre, ticarî işletmenin devrine hız ve kuruma işlevsellik kazandırılması ve ticarî hayatta hak ettiği önemi görmesi bakımından yerinde bir düzenleme yapılmış ise de, belirtilen bu noktalarda koruyucu ilâve tedbirler alınmaması hak kayıplarına ve bu şekilde ihtilaflara yol açabilir. Bu sebeple konunun önemi bakımından ticarî işletme devir sözleşmesinin tescili kısmında tescilin etkisi ve iyiniyetli kişilerin iktisaplarının akıbeti konusunda detaylı inceleme yapılmıştır.

III. Devir Sözleşmesinin Şekli

1) Türk Borçlar Kanunu'na Göre

818 sayılı eBK. m.179 hükmü kapsamında bir malvarlığı veya ticarî işletme devrinin gündeme gelebilmesi, devreden ile devralan arasında yapılmış bir devir sözleşmesinin yapılmasını şart koşar¹⁴³. Devir sözleşmesinin konusu, işletmenin malvarlığının organizasyonu ile birlikte, yani bütün halinde devri taahhüdüdür. En basit tanımı ile işletme veya malvarlığının bir bütün olarak devralanın hâkimiyetine nakledilmesi taahhüdüdür¹⁴⁴. Spesifik bazı malvarlığı öğeleri devir kapsamı dışında tutulsa bile, eBK.m. 179 hükmü uygulanır. Fakat devredilen malvarlığı öğeleri ile işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesi imkân dahilinde olmalıdır¹⁴⁵. Ticarî işletmenin yalnızca aktiflerinin devredilip, pasiflerinin kapsam dışında bırakılmasını öngören bir sözleşme yapılabilir mi? Doktrinde ve yargı

¹⁴¹ TOPUZ, s. 8.

¹⁴² ÜLGEN/ARICI, s. 1776; TOPUZ, s. 9.

¹⁴³ ARICI, s. 178-179.

¹⁴⁴ ARICI, s. 67.

¹⁴⁵ BAHTİYAR, s. 3892.

uygulamasındaki, hakim görüşe göre bu sözleşmeler geçersizdir. Çünkü aktifler, alacaklılar bakımından borçların teminatını oluşturur¹⁴⁶.

818 sayılı eBK. m.179-180 işletme devir sözleşmesi¹⁴⁷ bakımından, işlemin geçerliliği için özel şekil öngörülmemiştir. Bunun sonucu eBK. m. 11 düzenlemesi gereği şekil serbestisi kuralı kabul edilmekteydi. Bunun sonucu taraflar, sözlü olarak da sözleşme yapabiliirdi. Taraflar dilerse iradî olarak bir geçerlilik veya ispat şekli kararlaştırabilirler. TBK. m 202 hükmünde, işletmenin devri sözleşmesi ile ilgili kural olarak herhangi bir şekil şartı aranmamıştır.

Doktrinde bir görüş, malvarlığı veya ticarî işletmenin devri sonucunu doğuran sözleşmenin, en az taşınmazın devri sonucunu doğuran sözleşme kadar önemli olduğunu belirtmekte ve devredeni şeklin korumasından yararlandırmanın yerinde olacağını ileri sürmektedir. Sözleşmenin şekle bağlı olmasının zorunlu olduğu durumlara misal olarak sözleşmenin bağışlama olması, devrin konusunun taşınmaz olması, devir sözleşmesinin ölünceye kadar bakma sözleşmesi niteliğinde olması halleri gösterilebilir¹⁴⁸.

Doktrindeki başka bir yazara göre ise, eBK. m. 179 hükmü, işletmenin devri sözleşmesinin şekli ile ilgili düzenleme öngörmemiştir. Yine eBK. m. 179 ticarî işletmenin devri işlemleri bakımından genel hüküm olarak uygulama alanı bulabilir. Borçlandırııcı işlem ve tasarruf işleminin ayrı ayrı yapılması gerekir. Düzenlemeye göre, borçlandırııcı işlem olan devir sözleşmesi ile ilgili herhangi bir şekle şartı yoktur¹⁴⁹.

Doktrindeki diğer bir görüş, eBK. m. 179 hükmünde, işletmenin aktifindeki öğelerin devralana geçişinde küllî halefiyeti öngörülmediği için, sadece devir sözleşmesi ile aktifler devralana geçememekte; her bir malvarlığı unsuru bakımından cüzî intikal hükümlerine göre işlem yapılmalıdır. Aktif malvarlığı unsurlarının mülkiyetinin, devralana geçebilmesi için her biri bakımından ilgili mevzuatının öngördüğü şekilde geçerlilik şekillerine uyulması gerekmektedir. Meselâ, TMK. m.705/1, 1013,1022 taşınmazların tapuda, markaların marka sicilinde devralan adına tescili, TMK. m.763 taşınırın zilyetliğinin devri, alacaklar için TBK. m.163/1 yazılı temlik sözleşmesi yapılmasında durum böyledir. Rekabetin Korunması

¹⁴⁶ ACEMOĞLU, s. 34 vd., 41; ARICI, s. 77.

¹⁴⁷ BAHTİYAR, s. 3892-3893.

¹⁴⁸ ACEMOĞLU, s. 51.

¹⁴⁹ KENDİGELEN, Abuzer; "Ticarî İşletmenin Devri", Hukukî Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C.IV, İstanbul, 2006, s. 4-13.(Kısaltılmışı; KENDİGELEN, Mütalaalar).

Hakkında Kanun¹⁵⁰ m. 7/H, 10 vd., 27 ve Rekabet Kurumu'nun 2010/4 Sayılı Tebliği hükümleri uyarınca, bir işletmenin devri veya başka bir işletme ile birleşmesi için izin alınması gereken durumlarda, Rekabet Kurulu'na başvuru yapılarak izin alınması mecburidir. İzin alınmazsa devir sözleşmesi hukuka aykırı olup, TBK. m. 27/I anlamında kesin hükümsüzlüklesakat olur.

İşletmenin devrinde devralan ile devreden arasındaki iç ilişkiyi devir sözleşmesi belirlemektedir. Buna karşılık, dış ilişkiyi ise bildirim ve ilân tayin etmektedir. 818 sayılı eBK. m. 179 düzenlemesi, malvarlığı veya ticarî işletmenin devrinde borçların devralana geçmesi için devir sözleşmesinin yapılması ve devrin alacaklılara ihbarını aramıştır¹⁵¹. Bu sebeple, devir sözleşmesinin ihbarı yasal bir borçtur¹⁵². İhbar yapılmadığı takdirde, devir sözleşmesi, ticarî işletmeyi devredenin borçlarını devralana geçirmez. Bunun sonucu devralanın sorumluluğu doğmaz¹⁵³. İhbarın tüm alacaklılara ayrı ayrı yapılması gerekir ve herhangi şekle bağlı değildir¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Bkz. RG. T. 13/12/1994 S. 22140.

¹⁵¹ ACEMOĞLU, s. 84; İsviçre-Türk Hukukunda durum bu iken, yürürlükten kalkan BGB m. 419 hükmü uyarınca Alman Hukukunda dış ilişki doğrudan doğruya Kanun tarafından belirlenmiş ve sadece devir sözleşmesine bağlanmıştır. Bu nedenle Alman Hukukunda tarafların dış ilişkiyi belirlemek ve sorumluluklarını sınırlamak olanakları yoktur, DURMAN, s. 110, dn. 189.

¹⁵² ACEMOĞLU, s. 101.

¹⁵³ AYİTER, s. 52; DURMAN, s. 111; İhbar şartı, bir malvarlığının veya ticarî işletmenin devri karşısında, alacaklıların yararlarının korunması amacıyla tesis edilmiştir. İhbar borcunu yerine getirmezse, devralana karşı eBK. m. 96 vd. hükümleri gereğince borca aykırılık hükümleri uygulanabilir. Mahkeme hükmü devralanın iradesi yerine geçer ve hükmün ilanı halinde kanuni borç nakli gerçekleşir, ACEMOĞLU, s. 101, 122-123; 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 itibarıyla bütün borçlar devralan tarafından üstlenilmiş olur. Kendisine ihbarda bulunan alacaklılar açısından devir gerçekleşmiş sayılırken; kendisine ihbarda bulunulmayan alacaklılar açısından devir hüküm ifade etmeyecektir, OĞUZMAN/ÖZ, s. 975-976; Eğer ihbar ilan yolu ile yapılacaksa, ilan eBK. 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, TMK. m. 2'deki dürüstlük kuralının sınırları içinde gerçekleştirilmelidir, ACEMOĞLU, s. 113; Ticarî işletmelerin dışında da İşletmelerin devirlerine bu hükmün uygulanması artık olanaklı bulunduğundan, 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, ARICI, s. 184; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 282; Devralanın sorumluluğunun başlangıcı ancak bizzat kendisi tarafından yapılacak ihbara bağlandığı için, devralanın sorumlu olması kendi iradesine bırakılmış olmaktadır 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. İhbarın en önemli işlevi devrin kapsamını belirlemektir, ACEMOĞLU, s. 107, 116-118.

¹⁵⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 282.

2) Türk Ticaret Kanunu'na Göre

a) Genel Olarak

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, ticarî işletmenin devrine ilişkin işlemin şekli ve devir kapsamındaki unsurların mülkiyetinin ticarî işletmeyi devralana geçişi konusunda özel bir hüküm yoktu. Bu sebeple gerek borçlandırıcı işlem, gerekse tasarruf işlemi açısından eBK. m. 179 vd ile sözleşmede şekil serbestisine dair m. 11 ve diğer genel hükümler uygulanmaktaydı.

TTK. m.11/III. fıkrası ile yepyeni bir yaklaşım gösterilmiştir. Gerçekten de düzenleme ile, ticarî işletmeye dahil malvarlığı değerlerinin devri için tasarruf işlemlerinin ayrıca yapılmasına gerek yoktur. Ticarî işletme bir kül olarak devredilebilir ve hukukî işlemlere konu edilebilir. Devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, duran malvarlığı, işletme değeri, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ile fikrî mülkiyet hakları ile devamlı surette işletmeye tahsis olunan malvarlığı unsurları devrin kapsamındadır. Ticarî işletme bir kül hâlinde yazılı olarak yapılması gereken sözleşmelere konu edilebilir. Bu sözleşme ticaret siciline tescil ve ilan edilir.

Yeni düzenleme gelişen ticaret hayatı ve ticaret hayatının hızına uygun olarak ticarî işletmelerin devrine kolaylık ve hız sağlamak için öngörülmüştür. Ticarî işletmenin devrinde kolaylık ve hız sağlama amacı gerçekleştirilirken, işletmenin bütünlüğünün korunması da önemsenmiştir. TTK. m. 11'in kenar başlığı da "Bütünlük İlkesi" şeklindedir. Kenar başlığı yoluyla da olsa bütünlük ilkesi açıkça Türk Ticaret Kanunu'nda kendine yer bulmuştur. Düzenlemeye göre ticarî işletmenin menkul, gayrimenkulleri hak ve alacakları ayrı tasarruf işlemi yapılmaksızın, devir sözleşmesiyle devredilebileceklerdir. Taşınırlarda zilyetliğin nakli, taşınmazlar da ise tapu siciline tescil olmadan tek bir işlemle devir kolaylığı imkanı verilmiştir. Bu düzenleme karşısında, ticarî işletmenin malvarlığına dâhil bir taşınmazın mülkiyeti devir sözleşmesiyle devralana geçmektedir. Tapu sicilinde sonradan yapılan tescil kurucu değil, bildirici olur ve TMK. m.705/II kapsamına girer. Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu düzenleme medeni hukukun özellikle de eşya hukukunun ve borçlar hukukunun temel ilkelerine önemli istisnalar getirilmektedir.

TTK. m. 11/III hükmü asıl olarak amaçlanan hedefe hizmet eden bir düzenleme olmakla beraber, Kanunu hazırlayan Bilim Komisyonu tarafından Meclise sunulan Taslakta olmadığı halde, Adalet komisyonunda ilave edilmiştir. Bu nedenle faydaları yanında

uygulamada birçok sorun ve belirsizliği de beraberinde getirmiştir. Mahsurlarına rağmen düzenlemenin Adalet Komisyonunun bilinçli bir tercihi olduğunu söyleyebiliriz.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için eski mevzuattaki düzenlemelerin incelenmesi önem arz etmektedir. Ticarî işletmenin devrine ilişkin temel hüküm eBK. m. 179 düzenlemesiydi. Bu düzenleme kuruma pasifler ve mesuliyet pencersinden bakmaktaydı. Üstelik işletmenin aktiflerinin devri ile ilgili hiçbir hüküm içermemekteydi. Bu hüküm ticarî işletmenin devri yönünden meseleleri çözmekte yetersiz kalmaktaydı. Mevzuttaki bu eksiklikler ve uygulamada duyulan ihtiyaçlara cevap verilememesi bu konuda bir düzenleme yapılmasının asıl sebebini oluşturmaktadır.

TTK. m.11/III hükmünün son cümlesinde, devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Buradaki şekilden maksat adî yazılı şekildir. Düzenleme nitelikli bir şekil şartı öngörülmemiştir. Mevzuatımızda bazı özel düzenlemelerde işletmenin devri için nitelikli şekil şartları öngörülmüştür. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un m. 11 hükmüne göre, eczanenin devir sözleşmesi hükümet tabibinin iştiraki ve noterlik tarafından yapılmalıdır¹⁵⁵. Eczaneler Yargıtay tarafından ticarî işletme olarak kabul edilmiştir¹⁵⁶. Bu sebeple özel bir düzenleme ile nitelikli şekil şartı öngörüldüğü için TTK. m.11/III'de öngörülen adî yazılı şekil yeterli olmaz.

TTK. m. 11/III düzenlemesi ile sözleşmenin yazılı şekilde yapılması öngörülmesine rağmen, sözleşmenin muhtevasında bulunması gereken hususlar hakkında herhangi bir hüküm vaz edilmemiştir. Bu eksiklik TSY. m. 133/II¹⁵⁷ düzenlemesiyle giderilmeye çalışılmıştır. TSY. m. 133/II'deki bu hususları ihtiva etmeyen bir devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmemesi gerekir. Normlar hiyerarşisi ve hukuk tekniği bakımında uygun bir yöntem değildir. Zira devir sözleşmesinin muhtevasında bulunması gereken hususların kanunla düzenlenmesi gerekir. Kanun ile yönetmelik arasındaki bu farklar sözleşmenin tescilinde veya geçerliği konusunda sorunlara yol açabilir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ AKER; s. 281.

¹⁵⁶ ÇELİKBOYA, s. 157, dipnot 598'de belirtilen Yargıtay 11. HD 29.03.1976 E.1976/1903, K.1976/1650; Yargıtay 13. HD 27.11.1978 tarih, E.1978/4863, K.1978/5001 ilamları.

¹⁵⁷ Ticaret Sicil Yönetmeliği 133/II düzenlemesine göre;

Bir ticari işletmenin devrine ilişkin devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılır ve aşağıdaki hususlar yer alır:

a) Tarafların adı ve soyadı veya unvanı ile tebligat adresi.
b) Ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları.
c) Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan.
ç) Ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları.

Yer almalıdır.

¹⁵⁸ ÇELİKBOYA, s. 154.

Düzenlemede yazılı şeklin niteliği hakkında açıklık yoktur. Genel kabul gören düşünce düzenlemede zikredilen yazılı şeklin, geçerlilik şekli olduğudur¹⁵⁹. Gerçekten de, TBK. m. 12 düzenlemesi sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı olmadığını öngörmektedir. Yasal düzenlemede bir sözleşme için herhangi bir şekil şartı öngörülmüş ise kural olarak bunun geçerlilik şekli olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple Kanunda, kabul edilen şekle uygun olarak yapılmayan sözleşmeler hukuki anlamda beklenen neticeyi doğurmaz. TBK. m. 12 düzenlemesinden hareketle, TTK. m. 11/III. fıkrasında belirtilen adî yazılı şeklin geçerlilik şekli olduğu kabul edilmelidir. Düzenlemede belirtilen bu şekle uyulmaması halinde devir sözleşmesi kesin olarak hükümsüzdür. Aynı kural sözleşmede yapılacak değişiklikler bakımından da geçerli olur. TBK. m. 13 düzenlemesine göre, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması gerekir.

Devir sözleşmesinin devreden ve devralan tarafından imzalanması gerekir. TBK. m. 14 hükmüne göre, kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyitli faks veya güvenli elektronik imza saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer. Mahiyetine uygun düştüğü sürece TBK. m. 14 düzenlemesinde vaz edilen ve yazılı şekil yerine geçen bu şekillerde ticarî işletmenin devri sözleşmesi yapılabilir.

Adi yazılilik şartının en önemli unsuru, el yazısıyla atılan imzadır. Borç altına giren yanın imzasının mevcudiyeti, şekil bakımından sözleşmelerin vazgeçilmez unsurudur. İmza, sözleşme metindeki beyanların kabulü anlamına gelir. Ayrıca her iki taraf bakımından teminat fonksiyonunda görmektedir. İmza elle atılmalı veya güvenli elektronik imza kullanılarak meydana getirilmiş olmalıdır¹⁶⁰. İnternet vasıtasıyla yapılan sözleşmelerde, imzanın el yazısıyla atılması mümkün değildir. Türk Borçlar Kanunu'nda internet vasıtasıyla sözleşme yapılmasına imkân sağlamak için özel bir hüküm vaz edilmiştir. Daha önce 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu¹⁶¹ m. 22 hükmü ile eBK. m. 14'e ekleme yapılmıştı. Düzenlemede güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahip olduğu kabul edilmişti. Benzer şekilde TBK. m.14 düzenlemesiyle güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler geçerli olarak öngörülmüştür. Güvenli elektronik imzayla

¹⁵⁹TEKİNALP, Ticari İşletme, s. 11-18; BAHTİYAR, s. 3894.

¹⁶⁰ Geniş bilgi için bkz. KÜÇÜKPEHLİVAN, Olcay; Sözleşmelerin İnternet Aracılığı İle Kurulması ve Geçerliliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 105 vd.

¹⁶¹ Bkz. RG. T. 23/1/2004, S. 25355.

düzenlenmiş sözleşmeler, Kanunu'nda aranan adı yazılı şekil şartına uygun şekilde yapılmış olarak kabul edilir.

TTK. m. 11/III düzenlemesindeki "sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesine göre, ticarî işletme bir bütün olarak devir, rehin, kiralama gibi işlemlere konu oluşturabilir. Sözleşmede aksi öngörülmedikçe, işletme unsurlarının da işletmenin devredilen malvarlığına dâhil olacağı kabul edilmelidir¹⁶². Bu düzenleme işletmenin malvarlığına dâhil tüm unsurların işletme ile beraber devrini gerekli ve zorunlu kılmaz¹⁶³.

Sözleşme ile kastedilen işletmenin kendisinin herhangi bir hukukî işleme konu olduğu sözleşmedir; yoksa işletmeyi kuran sözleşme anlamında sözleşme değildir¹⁶⁴.

TBMM.'ye sevk edilen metinde yer almayıp da Adalet Komisyonunca Genel Kurul'a sevk edilen metinde yer alan düzenlemeye göre, devir sözleşmesiyle ticarî işletmeyi konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır. Bu açıdan devir sözleşmesi dışında da ticarî 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 ilan edilmesi gerekliliği öngörülmüştür¹⁶⁵.

Ticarî işletmenin malvarlığı değerlerinin sözleşmenin ticaret siciline tescili ile kanun gereği kendiliğinden devralana geçeceği söylenebilir. Ancak gayrimenkullerin devrinde dikkatli davranmak gerekir. Çünkü, ticarî işletmeyi değil de sadece taşınmazını devralan kişinin tapu kaydına güveninin korunup korunmaması önem arz eder. Yine ticarî işletme devrini ticaret siciline işletmeksizin tapu kütüğünde gerekli kaydı yaptıran kişinin durumu önemlidir. Sırf ticaret siciline işlenmemesi nedeniyle tapu devrinin veya işletme devrinin geçersiz kılınması işlem güvenliğini zedeleyebilir. Bu sebeple, ticaret siciline tescili bir özel bir hüküm kabul edip tescilin yapılmaması halinin, bir yaptırıma bağlanması daha doğru olur kanaatindeyiz¹⁶⁶.

TTK. m. 11/III düzenleme gereğince, devir sözleşmesi dışındaki sözleşmeler açısından bazı sakıncalar söz konusudur. Meselâ, kira sözleşmesi bakımından TBK. m. 248 düzenlemesine göre, herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Buna karşılık, ticarî işletmenin bir bütün olarak kira sözleşmesine konu edilmesi halinde yazılı yapılması şartı aranmaktadır.

¹⁶² POROY/YASAMAN, s.38.

¹⁶³ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.144, s.148 N.451.

¹⁶⁴ TOPUZ, s. 30 vd.

¹⁶⁵ DURMAN, s. 50.

¹⁶⁶ DURMAN, s. 50.

Bu durum çelişkiler ve tereddütlere yol açar¹⁶⁷. Gerek devir sözleşmesinin, gerekse ticarî işletmeyi konu alan diğer sözleşmelerin ticaret siciline tescil edilmesine ilişkin düzenleme, bütün bu işlemlerin kayıt altına alınarak takip edilmesi açısından yerinde olur. Burada eleştiri konusu olabilecek yön, tescil ve ilân işlemlerinin masraflarının yüksek olması sebebiyle küçük ve orta ölçekli işletmeler açısından bu durumun sıkıntı yaratabileceğidir.

TRK., sicile kayıtlı ticarî işletmenin rehnini düzenlemiştir. TRK. m. 5/II hükmüne göre¹⁶⁸, ticari işletmenin tümü üzerinde rehin kurulması durumunda, rehin kuruluş anında işletmenin faaliyetine özgülenen tüm malvarlığı değerleri de rehnedilmiş sayılır¹⁶⁹.

TRK. m. 5/II'deki bu ilkelere baktığımız zaman, işletmenin rehninin TTK. m. 11/III düzenlememesindeki ticari işletmenin devri ile benzer şekilde hukuki bir düzene veya rejime tabi tutulduğu anlaşılmaktadır¹⁷⁰. TRK. m.5/II hükmünde “*işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her türlü varlık*” ifadesi kullanılırken; TTK. m. 11/III hükmünde sıralanan malvarlığı değerlerinden sonra “*sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları*” ifadesi tercih edilmiştir.

TRK. m. 4 hükmüne göre, rehin hakkı, sözleşmenin Sicile tescil edilmesiyle tesis edilir. Rehin sözleşmesi elektronik ortamda veya yazılı olarak düzenlenebilir. TRK. m. 9 hükmüne göre, rehin hakkı, sözleşmesinin Sicile tescil edilmesiyle birlikte diğer şahıslara karşı netice doğurmaya başlar. Fakat TTK. m.11 hükmü ile Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu arasında tescilin bahsi geçen hükmü arasında çelişki vardır. Bu çelişkilerin nasıl giderileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁷¹. Ayrıca yazılı şekil karşısında, devrin taşınmazı kapsamaması durumlarında uygulanması da tartışmalara yol açabilecektir¹⁷².

b) Adî Yazılı Şekille İlgili Doktrindeki Görüşler

Doktrinde, devir için adî yazılı şeklin yeterli sayılmasını sakıncalı bulmakla birlikte bu durumun diğer bazı şekil hükümleri ile çelişkili olduğunu dile getirmektedir¹⁷³.

¹⁶⁷ DURMAN, s. 50.

¹⁶⁸ TRK m. 5/II düzenlemesine göre, ticari işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulmasıyla birlikte, rehin kuruluşu zamanında işletmenin faaliyetine özgülenmiş her türlü malvarlığı da rehnedilmiş sayılır. Bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehin ilgili sicillere bildirilir. Ticari işletme rehinleri ticaret veya esnaf siciline bildirilir.

¹⁶⁹ ANTALYA/ACAR, s. 92 vd.

¹⁷⁰ ANTALYA/ACAR, s. 96.

¹⁷¹ ARICI, s.214 dn.456; DURMAN, s. 51.

¹⁷² ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, 170 ; ARICI, s.214; DURMAN, s. 51.

¹⁷³ BAHTİYAR, s. 3895.

Mülga 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 4 hükmüne göre, ticarî işletme rehni sözleşmesi, işletmenin kayıtlı olduğu sicil çevresindeki noterce resmî şekilde düzenlenmesini emretmekteydi. Buna karşılık, TTK. m.11/III hükmü, rehinden daha geniş hakların devrini ihtiva eden ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin ise adî yazılı şekilde yapılmasını yeterli görmektedir. Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, ticarî işletme rehniinde resmi şekil uygulanmaktaydı. Buna karşılık, rehinden daha geniş etkisi olan ve geniş yetkiler içeren bir ayni hak niteliğindeki mülkiyet haklarına sahip ticarî işletmenin malvarlığına dahi olan taşınır, taşınmaz ve tüm unsurları barındıran ticarî işletmenin devri için adî yazılı şeklin yeterli sayılması çelişki yaratmaktaydı. TTK. m. 11/III hükümün ifadesinde ticarî işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerden bahsedilmesi ve rehniin de bu kapsamda yer alması, düzenlemenin Gerekçesinde, rehne konu olabileceğinin öngörülmesi karşısında, hem özel kanun-genel kanun, hem önceki kanun-sonraki kanun tartışmaları ve uygulama sorunları doğurmaktaydı. Bu durum izaha muhtaç bir çelişki de oluşturmaktaydı.

İki düzenleme arasındaki çelişki ve yapılan tartışmalar TRK. m. 4 düzenlemesi ile giderilmeye çalışılmıştır. TRK. m. 4/II hükmüne göre, rehin sözleşmesi elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenebilir. Sözleşmenin şekli konusunda TRK. m. 4/II'de iki yöntem ve şekil benimsenmiştir. Bunlar yazılı sözleşme veya elektronik ortamda yapılan sözleşmedir. Taraflar bu iki yöntemden dilediğini seçebilir¹⁷⁴. Fakat TRK. m. 4/I hükmüne göre, rehin hakkı, sözleşmesinin Sicile¹⁷⁵ tesciliyle hüküm ifade eder. TRK. m. 4/III ve IV fıkra hükümleriyle, rehniin Sicile tescil edilmesi için ek şekli zorunluluklar getirilmiştir. TRK. m. 4/III düzenlemesine göre, elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır. Yine TRK. m. 4/IV hükmüne göre, yazılı olarak yapılan rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için tarafların imzalarının noterde onaylanması gerekir¹⁷⁶.

Doktrinde bir yazara göre¹⁷⁷, TTK. m. 11/III hükmünde, aktife dahil unsurlar arasında hiç bir istisnaya dahi yer verilmeksizin, devir için adî yazılı şeklin yeterli kabul edilmesi, devir sözleşmesine tasarruf işlemi niteliği tanınması ve devrin geçerliliği için ticaret siciline

¹⁷⁴ ANTALYA/ACAR, s. 37.

¹⁷⁵ TRK. m. 2/k bendine göre, Sicil, Bakanlık tarafından kurulan ya da kurdurulan ve mevzuatı uyarınca kendi özel sicilini tescili zorunlu olanlar dışındaki taşınır varlıklar üzerinde, kuurlacak olan rehinlere ilişkin tescil, terkin, değişiklik gibi tüm iş ve işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirildiği ve sunulduğu merkezi ve aleni Rehinli Taşınır Sicilini ifade eder. Yine TRK. m. 8 hükmüne göre, rehin hakkının kurulması ve üçüncü kişilere karşı etki etmesi, amacıyla Ticaret Bakanlığı tarafından Rehinli Taşınır Sicili kurulur.

¹⁷⁶ ANTALYA/ACAR, s. 38.

¹⁷⁷ BAHTİYAR, s. 3907-3908.

tescilin zorunlu olduğunun öngörülmemesi, isabetli değildir. Burada, özellikle şekil açısından iki çözüm seçeneği düşünülebilir. İlk olarak, TTK. m. 11/III düzenlemesindeki adı yazılı şekil yerine, tüm aktif (taşınmazlar dahil) ve pasiflerin devrini öngören sözleşmelerin, resmî şekilde yapılması öngörülebilir. İkinci olarak yazara göre, ticarî işletmenin devrinde alacaklılara bildirim yerine, sadece, ticaret siciline tescil ve ilân öngörülmelidir. Böylece, ticarî işletme devrinin alacaklılara ve iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tescil ve ilân ile hüküm doğurması sağlanır. Yine devreden ve işletmenin faaliyetlerini sürdürmesi koşuluyla devralanın Türk Ticaret Kanunu'ndan kaynaklanan tescil ve ilan yükümlülüklerinin gereği de, bir defa yapılacak tescil ve ilan sayesinde ifa edilmiş olur.

Başka bir yazara göre, şekille ilgili tercih ne şekilde olursa olsun, devir sözleşmesinde devir kapsamına dahil edilen malvarlığı unsurları ve ayırt edici özelliklerini belirten bir liste içermelidir. Bu liste, tarafların, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması, gerçekleşmesi muhtemel belirsizliklerin, kötüye kullanmaların engellenmesi bakımından zorunludur¹⁷⁸.

Ticarî İşletme Rehni Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde bir görüş, düzenlemenin lafzından hareketle ticarî işletme üzerinde rehin hakkının tesis edilmesinde bu hükmün kapsamına girebileceğini belirtmekteydi¹⁷⁹.

Yine Ticarî İşletme Rehni Kanunu yürürlükteyken, aynı çelişkiye dikkat çeken bir görüş, ticarî işletme üzerinde rehin kurulmasının da, işletmeyi küll olarak konu alan bir sözleşme olduğunu, bu sebeple ticarî işletme üzerinde tesis edilecek olan rehnin de, ticaret siciline tescil ve ilan edilerek yazılı bir sözleşme ile kurulmasının imkan dahilinde olduğunu belirtmekteydi. Dolayısıyla taşınmazlar için tapu siciline tescile, taşınırılar için teslime gerek kalmadan rehin kurulabilir. Ticarî işletme üzerinde rehin kurulmasını özel olarak düzenleyen 1447 Sayılı Mülga Ticarî İşletme Rehni Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmamasının anlaşılması güç bir hal olduğunu, en azından, TTK. m. 11/III hükmü ile Ticarî İşletme Rehni Kanunu'ndaki düzenleme arasındaki ilişkiyi açıklayan bir hükme yer verilmelidir. Bu durumun hem belirsizliklerin azalmasına hizmet edeceğini hem de taraf menfaatlerine uygun olacağını belirtmekteydi¹⁸⁰.

Doktrinde, TTK. m. 11/III. fıkrası ile getirilen bu ilkelerin, Türk Ticaret Kanunu'nun diğer hükümleriyle çelişki içinde olduğu şu şekilde izah edilmiştir¹⁸¹. Yazar, ticarî işletmenin başlı başına kişiliği bulunmadığını ve işletme, özel bir malvarlığı oluşturmaksızın, sahibi olan

¹⁷⁸ ARICI, s. 215.

¹⁷⁹ KENDİGELEN, Yenilikler, s. 48.

¹⁸⁰ ARKAN, s. 43; ARICI, s. 214.

¹⁸¹ BAHTİYAR, s. 3895.

gerçek veya tüzel kişinin malvarlığı içerisinde yer aldığını savunmuştur. Kolektif şirkete ilişkin TTK. m.211, komandit şirkete ilişkin TTK. m. 304 gibi istisnalar dışında, ticaret şirketlerinin mutlaka ticarî işletme çalıştırması zorunluluğu yoktur. Anonim ve limited şirketler için, iktisadi bir amacın varlığının yeterlidir. Buna karşılık, uygulamada anonim ve limited şirketlerin genellikle ticarî işletme çalıştırdıkları görülür. Bu durumda, özellikle malvarlığına dahil taşınmaz olan ticarî işletmenin bir bütün olarak devredilmesinin, işletmenin veya taşınmazın bir ticaret şirketine sermaye olarak konulmasını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu hükümleri arasında fark oluşur. Özellikle işlemin şekli yönünden oldukça farklı bir durumun ortaya çıktığı görülmektedir. TTK. m.11/III hükmü uyarınca, taşınmaz da dâhil, ticarî işletmenin kül halinde başka bir şirkete devri için adî yazılı şekil yeterlidir. Buna karşılık, sadece taşınmazın aynı şirkete aynî sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde TTK. m.128/III'e göre, taahhüdün şirket sözleşmesinde bulunması yeterli olup, genel hükümler uyarınca resmî şekil aranmaz. Bununla birlikte, eTTK.'da olduğu gibi, TTK. m.212/I, 305/I, 339/I, 566/I, 575/I hükümlerinde ticaret şirketlerinin sözleşmelerinin yazılı olmasına ilave imzaların noter onayına bağlanmıştır. Münferit bir gayrimenkulün sermaye olarak konulması taahhüdüne göre daha geniş etkileri olan işletmenin tüm aktiflerinin devrini öngören bir sözleşme daha hafif bir şekle bağlanmıştır. Bu adî yazılı şekil, noter onayı ile karşılaştırıldığında işlemin tarafı dışındakiler bakımından güvensizdir. Aynı kanun içinde böylesine bir fark yaratılmıştır. Ayrıca taahhütlerinin tasarruf işlemleribakımından da benzer çelişkiler vardır¹⁸².

c) İsviçre Birleşme Kanunu'ndaki Düzenleme

İsviçre Birleşme Kanunu m. 60'da malvarlığının devri başlığı altında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunda işletmenin, işletmenin bölümlerinin, şubelerinin ve bu seviyeye varmayan ekonomik bütünlük arz eden malvarlığı unsurlarının, belirli aktif ve pasiflerin devrine imkân sağlayan düzenlemeler öngörülmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nda ise ticarî işletme devri müessesinin tek maddenin fıkrasında düzenlenmesi önemli bir eksiklik olarak dikkat çekmektedir.

Türk hukukunda işletmenin devrini düzenleyen eBK. m. 179 hükmünün kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu m. 181 hükmüdür. İsviçre Birleşme Kanunu¹⁸³ öncesinde İBK. m. 181 üç paragraftan ibaretti. İsviçre Birleşme Kanununun yürürlüğe girmesini müteakip İBK. m. 181'e dördüncü fıkra eklenmiştir. Ticaret siciline kayıtlı, malvarlıkları ya da ticarî

¹⁸² BAHTİYAR, s. 3896-3897.

¹⁸³ TOPUZ, s 34.

işletmelerin devri halinde İsviçre Birleşmeler Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır¹⁸⁴. İBK. m. 181'de malvarlığı veya işletmenin aktifleri ve pasifleri ile devrinden söz edilse de, borçların kanunen nakline ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Aktiflerin devrinde cüz'i halefiyet ilkesi geçerlidir¹⁸⁵. İBK. m.181/IV atfı uyarınca, siciline tescilli hukuk sùjeler bakımından İBK. m. 181'e göre borçların kanunen nakli mümkün değildir¹⁸⁶. Bu konuda uygulanacak kanun Birleşme Kanunudur ve uygulanacak hükümler bu kanundaki malvarlığı devri hükümleridir¹⁸⁷. İBK. m. 181'e eklenen son fıkra ile İsviçre Birleşme Kanunu hükümlerin bertaraf edilmesi engellenmiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu'na göre, malvarlığının devri malvarlığı ya da işletmeyi devreden ile devralan arasında yapılacak sözleşme ile mümkündür¹⁸⁸. Sözleşme ile devralan malvarlığını devralma yükümlülüğü altına girmiştir. Devir sözleşmesi şekle tabi değildir. Ancak malvarlığında gayrimenkul olması halinde sözleşmenin resmi şekilde yapılması zorunludur¹⁸⁹. İBK. m. 181 hükmünr göre, ticarî işletmenin aktiflerin devri cüz'î halefiyet ilkesi uyarınca geçer. Aktiflere dahil malvarlığı unsurları bakımından niteliğine uygun tasarruf işleminin icra edilmesi, yani tamamlanması gerekir¹⁹⁰. Ayrıca malvarlığı veya işletmenin kendi içinde bütünlük oluşturması gereklidir. Malvarlığı unsurlarından bir kısmının devredildiği hallerde İBK. m. 181 hükümleri uygulanmaz. Buna karşılık, ticarî işletmenin aktifindeki bazı malvarlığı unsurları devir kapsamı dışında bırakıldığında, İBK. m. 181 hükümleri uygulanabilir. Ancak bunun önşartı malvarlığının tamamına yakını veya ticarî işletmenin esaslı unsurlarının devredilmiş olması şarttır¹⁹¹. Devralan, malvarlığı veya işletme devri geçerli olarak tamamlanmışsa alacaklılara karşı sorumludur¹⁹².

Hukuken muteber bir malvarlığı devrinin gündeme gelebilmesi bakımından devir sözleşmesi yapılması ve bunun ticaret siciline tescil gerekir. FusG. m. 70/ II düzenlemesine

¹⁸⁴ DURMAN, s. 59; ÜLGEN/ARICI, s. 1767-1768; İsviçre Birleşmeler Kanunu'ndan önce devir anlaşmasına göre her bir malvarlığı unsurunun aktif ve pasifiyle münferit olarak devri yapılabilirdi. Sözleşmesinin ifası, malvarlığına dahil olan her bir malvarlığı değeri açısından mevzuatın kendisi için öngördüğü kurallara göre yapılmaktaydı. Bu durum beraberinde zorluk ve karmaşaya yol açıyordu, DURMAN, s. 73-74.

¹⁸⁵ ÜLGEN/ARICI, s. 1767; İBK. m. 181 hükmüyle üç yıllık sürede devreden ve devralan alacaklılara karşı müteselsilen mesul olmaya devam edeceği öngörülmüştür. İBK. m. 181 hükmünde malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınmasına ilişkin devralan ile devreden arasında bir devir sözleşmesinin yapılması ve alacaklılara bilgilendirilmesi gerekir. Bilgilendirme ilan veya ihbar yoluyla yapılabilir.

¹⁸⁶ ÜLGEN/ARICI, S. 1769, dpn. 130-133.

¹⁸⁷ TOPUZ, s. 56 vd. İsviçre Birleşme Kanunu'nun malvarlığı devrine ilişkin hükümleri, pasiflerin genel hükümler çerçevesinde cüz'i halefiyet ilkesine göre devredilmesine engel olmadığı ileri sürülmüştür. ACEMOĞLU, s. 2-3; DURMAN, s. 59.

¹⁸⁸ TOPUZ, s. 30.

¹⁸⁹ DURMAN, s. 64.

¹⁹⁰ TOPUZ, s. 30.

¹⁹¹ TOPUZ, s.30.

¹⁹² DURMAN, s. 66-68.

göre, devir sözleşmesi adî yazılı şekilde yapılabilir. Ancak devir kapsamında taşınmaz malvarlığı varsa, bu malvarlığı değerinin devrinin resmi şekilde icra edilmesi şarttır¹⁹³.

Malvarlığının devri sözleşmesinin ticaret siciline tescilini müteakip kısmi küllî halefiyet hali gündeme gelir. Kısmi küllî halefiyetin gündeme gelmesinin nedeni, devredene malvarlığının belli bir kısmını devretme imkânı tanınmasıdır. Malvarlığının devri sözleşmesi, devir borcu doğuran bir sözleşmedir. Fakat, malvarlığı devrinde esas itibariyle çok sayıda aktif ve pasifin devrinin gerçekleşmesi imkanı söz konusudur¹⁹⁴.

Borçlar da devir kapsamında ise, devreden ile devralan alacaklılara karşı malvarlığının bu borçlarından üç yıl boyunca müteselsilen sorumludur. Üç yıllık zamanın başlangıcı, devrin sicil gazetesinde ilânından itibardır. Borcun vadesi gelmemişse sürenin başlangıcı borcun muacceliyet tarihidir. Devredilen borç zamanaşımına uğramışsa, bu defî üç yıllık süre dolmadan alacaklıya karşı ileri sürülebilir¹⁹⁵.

Üç yıllık müteselsil sorumluluk dönemi sona ermeden taraflarının müteselsil sorumluluklarının sona erebilir. Alacaklılar müteselsil sorumluluğun kendilerini yeterince korumamadığını ilk bakışta anlaşılan delillerle ispatlayabilirse ve bu konuda bir talep ileri sürerlerse devir sözleşmesinin tarafları teminat göstermek zorundadır¹⁹⁶.

d) Ticaret Siciline Tescil

aa) Genel Olarak

TTK. m.11/III düzenlemesiyle, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili zorunlu hale getirilmiştir. TSY. m.133/III ise, açıkça devir sözleşmesinin tamamının tescil edilmesini hükme bağlamıştır. Bu hüküm alacaklılar ile devirden etkilenme ihtimali olanların korunması bakımından önemlidir¹⁹⁷.

¹⁹³ TOPUZ, s. 30.

¹⁹⁴ TOPUZ, s. 30.

¹⁹⁵ ÜLGEN/ARICI, s. 1793; Birleşme Kanunu, İBK m.181'deki iki yıllık zamanı üç yıla yükseltmiştir. Müteselsil mesuliyet, devirden önce vadesi gelen veya gelmeyen tüm pasiler bakımından geçerlidir. FusG. m. 75/II hükmüne göre, işçilerin hakları bakımından da devredenın müteselsil sorumluluğu vardır. Fakat devirden sonra dahi vadesi gelen işçilik alacakları dahi, belirli bir kapsamda müteselsil sorumluluk dahilindedir. DURMAN, s. 80; Devralan sorumlu olmaya devam eder. Kanunundaki üç yıllık süre sözleşme ile değiştirilemez. Bu süre zamanaşımı süresidir. Fakat İBK. m. 181/II'de öngörülen iki yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmeydi. DURMAN, s. 80 ve dpn. 87'de zikredilen yazarlar.

¹⁹⁶ Malvarlığının devri sebebiyle etkilenen alacaklılar ek teminat talep edebilirler. Teminat talebinin koşulları gerçekleşmişse, alacaklı müteselsil sorumluluğa ilave teminat da talep edebilir. Devreden veya devralan teminat gösterdiği anda, alacaklıya karşı dış ilişkide diğerini de yükümlülüğünden kurtarmış sayılır. DURMAN, s. 81-82.

¹⁹⁷ ERDEM, S. 1001.

Devir sözleşmesinin tescili ile ilgili özel bir düzenleme öngörülmediğinden ticaret siciline tescil ile ilgili genel kurallar burada da uygulanacaktır¹⁹⁸.

TTK. m. 11/III düzenlemesi ile tarafların yapacağı adî yazılı bir devir sözleşmesi ile ticarî işletmeye daimi surette tahsis edilmiş malvarlığını devretme, rehin, intifa ve kira gibi hukukî işlemlere konu yapabilme imkanı getirilmiştir. Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa ticarî işletmeye daimi şekilde tahsis edilen tüm malvarlığı devir kapsamındadır.

Devir sözleşmesinin tescili ile birlikte, ticarî işletmeye tahsis edilen malvarlığı unsurları, başkaca tasarruf işlemi yapılmasına gerek olmaksızın devralana geçmektedir. Siciller arasında uyum ve koordinasyon sağlanmadan yapılan bu düzenleme iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından hak kayıplarına yol açabilir. Gerçekten de TTK. m. 11 hükmünde, TTK. m. 128/VI hükmünün aksine diğer sicillere bildirimle ilişkin her hangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Kanundaki bu eksiklik Ticaret Sicil Yönetmeliği ve Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ¹⁹⁹ düzenlemesi ile giderilmeye çalışılmıştır. TSY. m. 135/V²⁰⁰ hükmüne göre, ticarî işletme devrinin tescili ile aynı anda malvarlığının türüne göre bağlı olduğu sicile bildirim yapılması gerekir.

Tebliğ'in m. 4/V²⁰¹ düzenlemesi göre, ticarî işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin tescil edilmesiyle aynı zamanlı şekilde sicil müdürü diğer siciller bildirim yapmalıdır. Bildirim yapılması gereken diğer siciller, tapu, gemi, fikri mülkiyet sicilleridir. Genel bir ifade ile devir sözleşmesinde olup da sicillere kayıtlı olan tüm malvarlığı değerlerinin devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılmasını sağlamak maksadıyla mülkiyet değişikliğine ilişkin bilgiler sicillere bildirilmelidir. Tebliğ'in m. 5 düzenlemesi bildirilecek hususları m. 6 hükmü bildirim üzerine yapılması gerekenleri belirtmiştir. TSY. m. 135/V ve

¹⁹⁸ ÇELİKBOYA, s. 161.

¹⁹⁹Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ" RG. T. 31.10.2012, S.28453.

²⁰⁰ Ticaret Sicil Yönetmeliğinin 135/V düzenlemesine göre;

"Ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığına dahil olan tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilir."

²⁰¹Tebliğ'in m. 4/III düzenlemesi şu şekildedir:

"Kanun hükümlerine göre ticari işletmenin devrinde devredilen ticari işletmeye sürekli olarak özgülenmiş bulunan malvarlığına dahil olan; tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, tescili yapan müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere 5 inci maddede düzenlenen hususlar bildirilir."

Tebliğ’de ticarî işletmelerin devrinde ticaret sicili müdürüne ilişkin bir bildirim görevi verilmiştir²⁰².

TTK. m. 26 hükmü ile ticaret siciline ilişkin usul ve esasları yönetmelikle düzenleme yetkisini Bakanlığa verilmiştir. Kanaatimizce, söz konusu görev ve yetkinin kanun hükmünde yer almaksızın, yönetmelik ile düzenlenmesi kanun yapma tekniği bakımından ve AY. m. 124 belirlenen normlar hiyerarşisi açısından uygun bir yöntem değildir. Dolayısıyla, söz konusu işlemlerin tescilini gerçekleştiren sicil müdürü, tescil ile birlikte yazılı olarak ilgili sicillere bildirim yapmalıdır. Yazılı bildirimin her sicil için hazırlanan belgeyle mi gerçekleştirileceğine ilişkin herhangi bir hüküm Tebliğde yer almamaktadır.

Devredilen malvarlığı kapsamında gayrimenkullerin bulunması halinde, ticarî işletmeye ait bu taşınmazların devri resmî şekilde yapılabilir mi? Tescilsiz kazanım söz konusu olur mu? Düzenlemenin Gerekçesinde, ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının bütünü tamamlayan doğal parçaları olduğundan devir sözleşmesiyle devralana intikal edeceği belirtilmiştir. Yine devir sözleşmesinde, taşınmazların bir kısmının veya hiçbirinin zikredilmemesi halinde bile işletme bütünlüğünü tamamlayan unsurların devir sözleşmesine dâhil olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Madde metninde ve Gerekçesinde tam bir açıklık bulunmamasına rağmen, Adalet Komisyonunca 11.maddede yapılan değişikliğin amacının bütünlük ilkesini sağlamak olduğu kabul edilmektedir. Gerekçede, “*bir bütün halinde*” ibaresiyle, ticarî işletmeye dahil olan taşınmazlar, menkuller, fikrî mülkiyet hakları gibi malvarlığı unsurlarının tescil, teslim vs. gibi kendine has tasarruf işlemlerinin ayrıca yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Düzenleme ile bunların devir sözleşmesinin tamamlanması ile geçişi sağlanmıştır. Netice olarak, TTK. m. 11/III düzenlemesi yapıldıktan sonra ticarî işletmeye ait taşınmazların tescilsiz iktisap imkanı sağlanmıştır²⁰³. TTK. m.11/III düzenlemesi ile ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının devrinin tek tek yapılması şeklindeki sistem benimsenmemiştir.

TTK. m. 11/III düzenlemesine göre, devir sözleşmesinin adî yazılı şekilde yapılması ve ticaret siciline tescil edilmesi gerekir. Yazılı şekil geçerlilik şartıdır. Tescilin kurucu nitelik taşıyıp taşımadığı konusu tartışılmalıdır. Zira TTK. m. 11/III hükmünde, tescilin niteliği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Düzenlemedeki tescilin kurucu veya bildirici niteliği hakkında açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle konunun çözümü doktrine kalmaktadır.

²⁰² GÜRBÜZ USLU, E.; Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik Ve Ticaret Şirketlerine Aynî Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü Ve Hukuki Sonuçları; İÜHF C. LXXI, S. 2, 2013 İstanbul, s.145-164.

²⁰³ GÜRBÜZ USLU, s.145-164.

bb)Ticaret Siciline Tescilin Genel Etkileri

Doktrinde, tescilin iki türlü etkisinden söz edilmektedir. Tescil, sadece bir hakkın veya bir hukukî durumun doğmuş olduğunu bildirmek için yapıldığında tescilin “*bildirici veya açıklayıcı*” etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, tescil bir hakkın, belli bir hukukî durumun ortaya çıkması için yapıldığında kurucu etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir²⁰⁴.

Ticaret sicilin etkileri ile ilgili kanun koyucu tarafından genel bir kıstas belirlenmemiştir. Fakat Türk Ticaret Kanunu’nun genel sisteminde asıl olan, ticaret siciline tescil açıklayıcı etkiye sahiptir²⁰⁵. Tacir sıfatı, ticarî işletmenin belli bir kişi adına işletilmesiyle kazanılmaktadır²⁰⁶. Tacirin ticarî işletmesini TTK. m. 18/I fıkrasına göre tescil ettirmesi, kişinin kazandığı tacir sıfatının bir sonucudur. Nihayet ticaret siciline kayıt yaptırmamak kişinin tacir olmadığını göstermez²⁰⁷.

Ticaret siciline yapılan tescil maddî hukukî ilişkiye etki etmiyor, sadece önceden var olan mevcut ilişkiyi tespit veya saptamayı veya açıklamayı sağlıyorsa bu tescil bildirici niteliktedir. Bu durumda tescilin yapılmaması hukukî ilişkinin geçerliliğine etki etmez. Hukukî ilişki zaten tescilden önce tamamlanmış ve sonuç doğurmaya başlamıştır. Sicilde yapılan ilân sadece aleniyeti sağlar²⁰⁸. Buna karşılık, belirli bir hakkın veya hukukî sonucun doğması bu hususun ticaret siciline tesciline bağlı ise, buna sicilin kurucu etkisi denir. Bu hallerde sicile tescil yapılmadıkça haklar doğmak, hukukî ilişki geçerlilik kazanmaz. TTK. m. 215, 354, 588 hükümleri gereğince, ticaret şirketlerinin kurulmasında tescil kurucu etkiye sahiptir. Yine TTK. m. 153/I, 179/IV, 189/II hükümlerinde düzenlenen şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesinde tescil kurucu etkiye sahiptir²⁰⁹.

1/a) Devir Sözleşmesinin Tescilinin Etkileri Konusunda Doktrindeki Görüşler

TTK. m. 11/III hükmüne göre, ticarî işletme sözleşmesinin adı yazılı şekilde yapılması gerekir. Bu şekil geçerlilik şartıdır. Düzenlemede devir sözleşmesinin ticaret sicile tescil edileceği öngörülmüştür.

TTK. m. 11/III düzenlemesinde tescilin kurucu olduğuna dair açık bir ifade yoktur. Doktrinde, Türk Ticaret Kanunu sistemi içerisinde tescilin kurucu etkiye sahip olmadığı

²⁰⁴ ARKAN, s. 265.

²⁰⁵ DEMİREL, Duygu; Ticaret Sicili, Ankara 2016, s. 224.

²⁰⁶ DEMİREL, s. 224.

²⁰⁷ ARKAN, s. 266.

²⁰⁸ DEMİREL, s.226.

²⁰⁹ DEMİREL, s.228.

genel ilke olarak kabul edildiği²¹⁰, bu sebeple tescilin etkisi ile ilgili açık bir hüküm olmamasından dolayı tescilin kurucu etkisinin olmadığı ileri sürülmüştür.

TTK. m. 11/III düzenlemesi, Türk Medeni Kanunu'nun malvarlığı unsurlarının tabi olduğu devir şekline getirilen önemli bir istisnayı içinde barındırmaktadır. Söz konusu devir gerçekleştirilirken, bertaraf edilen kurallar yerine neyin ikame edileceğinin açıkça ortaya konulması gerekirdi. TTK. m. 11/III hükmündeki tescil işleminin kurucu mu yoksa bildirimi mi nitelikte olduğu hususunun açıkça ifade edilmeliydi²¹¹. TTK. m. 11/III hükmünde, TTK. m. 128/VI'deki gibi diğer sicillere bildirim yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple devir sözleşmesinin tescilinin kurucu etkiye sahip olmadığı ileri sürülmüştür²¹².

Doktrinde bir görüş, Türk hukukunun temel ilkeleri ile TSY. m. 133/III hükmü birlikte incelendiğinde ticarî işletmenin devri sözleşmesinin tescilinin kurucu etkiye sahip olduğu sonucuna varılabilir. Ticarî işletmenin devri sözleşmesi ticaret siciline tescil edilmediğinde devir tamamlanmaz ve sonuç doğurmaz²¹³.

Doktrinde bu görüş sahibi yazara göre, borçlandırıcı işlem olan devir sözleşmesi ile tasarruf işlemi olan tescilin birbirinden ayrılması gerekir. Borçlandırıcı işlem olan devir sözleşmesi tarafların devir konusundaki iradelerinin uyuşması ile kurulmaktadır. Borçlandırıcı işlem bakımından tescil artık bir açılaiıcı niteliktedir. Bu sonuç ticaret siciline tescil bakımından genel ilke olan tescilin açıklayıcı olması prensibi ile uyumludur²¹⁴.

Bu düşünce sahiplerine göre, devir sözleşmesinin tescili işlemi bir tasarruf işlemidir. Tescilin tasarruf işlemi olduğu kabul edildiğinde, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili kurucu niteliktedir. Yani ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının devri tescilin yapılması ile gerçekleşir²¹⁵. TTK. m.11/III düzenlemesiyle, tescilin malvarlığın intikali bakımından kurucu etkisi açıkça belirtilmemiştir. Fakat düzenlemenin işletmenin malvarlığı unsurlarının devri bakımından öngördüğü kolaylaştırılmış devir rejiminde belirliliğin sağlanması ve alacaklılar ile devirden etkilenen diğer kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından tescile kurucu nitelik veren görüşlere üstünlük tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. Hatta külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu birleşme veya bölünme işlemlerinde de tescilin

²¹⁰ DEMİREL, s. 122.

²¹¹ ARKAN s. 266; GÜRBÜZ USLUEL, s. 152.

²¹² GÜRBÜZ USLUEL, s. 152.

²¹³ ÇELİKBOYA, s. 161.

²¹⁴ ÇELİKBOYA, s. 163.

²¹⁵ ÇELİKBOYA, s. 163.

kurucu etkiye sahip olduğu dikkate alındığında ticarî işletme devrinde de bu sonuca varmak kanun sistemi bakımından da tutarlıdır²¹⁶.

1/b) Devir Sözleşmesinin Tescilinin Etkileri Konusundaki Görüşümüz

Devir sözleşmesinin açıklayıcı nitelikte olduğunu savunan görüşlerin temelinde, Türk Ticaret Kanunu sisteminde aksine açık bir hüküm olmadıkça tescilin açıklayıcı nitelikte olduğuna dair genel kural yatmaktadır. Bu oldukça güçlü bir gerekçe olmasına rağmen, TTK. m. 11/III düzenlemesi, menfaatler dengesi ve TSY. m. 133/III hükmü birlikte değerlendirildiğinde, devir sözleşmesinin tescilinin kurucu etkiye sahip olduğu söylenebilir. Normlar hiyerarşisi ve hukuk yapma tekniğine tam uymasa da TSY. m.133/III düzenlemesinin büyük ölçüde sorunu çözdüğünü söyleyebiliriz.

TTK. m.11/III düzenlemesinin ticarî işletmenin malvarlığının devri bakımından getirdiği kolaylıklar önemlidir. Fakat menfaatler dengesinin korunması bakımından sözleşmenin ticaret siciline tesciline kurucu etki tanımak daha etkili olur. Aksi düşünüldüğünde, yani devir sözleşmesine kurucu etki tanındığında, sözleşmenin yapıldığı zaman ile ticaret siciline tescil arasında geçen zamanda iyiniyetli üçüncü kişilerin zarar görme ihtimalleri artar. Yine devirden etkilenen diğer tüm tarafların ticaret sicilde tescilden sonra devir olgusuna vakıf olma imkânı daha fazla olacaktır. Taraflar arasında yapıp tescil edilmeyen bir sözleşmeden devrin tarafları dışında kalıp devirden etkilenenlerin zarar görme ihtimalleri daha fazladır. Yine devir sözleşmesine kurucu etki tanındığında, devir sözleşmesinin yapılması ile ticaret siciline tescili arasında geçen zamanda malvarlığı unsuru edinen kişilerin kazanımları korunmaz ve menfaatleri zarar görür.

e) Türk Hukukunda Devir Sözleşmesinin Siciller Arasında Bildirimi ve Sicillerin Uyum Sorunu

aa) Mevzuat Hükümleri ve Sebep Olduğu Sorunlar

TTK. m. 11/III düzenlemesi ile, ticarî işletmenin devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile devrine imkân tanınmıştır. Düzenleme ile ticarî işletmeye tahsis edilen malvarlığı unsurlarının devri için ayrı bir tasarruf işlemi yapılmasına gerek olmadığına hükmedilmiştir. TTK. m. 11/III kapsamında olan bir ticarî işletme devrinde sözleşmenin tescili ile işletenin malvarlığı kanun gereği devralana geçer. Devir sözleşmesinin ticaret sicile tescilinden sonra işletmeye dâhil her bir malvarlığı değerinin kayıtlı olduğu sicilde açıklayıcı işlemin yapılması, yani sicil kayıtlarının devir işlemi ile uyumlu hale getirilmesi gerekir. Bu

²¹⁶ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.210.

yapılmadığı takdirde, devir sözleşmesi ile devralana geçen malvarlığı değerleri üzerinde hak kazanan eden iyiniyetli üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması sorunu çıkar. Yine devralan bakımından da devir ile beklenen amacın gerçekleşmesi tehlikeye girebilir, devreden eski sicil kayıtlarına göre halen malik görüneceği için dilediği işlemleri yapabilir. Hem devralan hem de devrin varlığını bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bakımından ilave tedbirlere ihtiyaç vardır. Kanun koyucunun ticarî işletmenin devri hususunda ilave tedbirleri ilgili kanun düzenlemesinde yapılması gerekirdi.

Kanun düzenlemesinde eksik olan ticarî işletmenin devrinin bağlantılı sicillere bildirilmesi ve siciller arasındaki uyum sorunu ikincil mevzuat olan yönetmelik veya tebliğlerle çözülmeye çalışılmıştır. Bu konuda Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 135/V düzenlemesi yapılmıştır. Düzenlemeye göre, ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığı unsurlarının kayıtlı olduğu kendi özel sicillerine bildirim yapılmalıdır. Bu siciller tapu, gemi ve fikri mülkiyet gibi sicilleridir. Sicillerin tamamı ismen zikredilmemiş olup, devrin kapsamındaki malvarlığı eğer bir sicile kayıtlı ise devralan adına tescilinin derlah yapılmasını sağlamak maksadıyla, ticaret sicil müdürlüğüne ticari işletmenin devrinin tescil edilmesine müteakip derhal ve eş zamanlı şekilde diğer sicillere bildirim yapılmalıdır.

Başka bir düzenleme, Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliği'nin m. 4/III hükmüdür.

Düzenlemelere göre, ticarî işletmenin devriyle ilgili sözleşmeticaret siciline tescil edilmesiyle birlikte eş zamanlı şekilde ticaret sicil müdürü malların kayıtlı olduğu ilgili sicillere bildirim yapmalıdır. Bu sicillerden bazılarını belirtmek gerekirse tapu, gemi, fikri mülkiyet gibi sicillerdir. Fakat devir kapsamındaki mallardan herhangi bir sicile kayıtlı olan tüm mallar hakkında ilgili sicile bildirimin yapılması gerekir. Bidirimin de amacı mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılmasını sağlamaktır. İlgili sicillere Tebliği' in m.5 hükmünde belirtilen hususların bildirilmesi gerekir.

Tebliğ m. 5/III hükmüne göre, devir sözleşmesinin tescilini yapan sicil müdürünün, tescil tamamlanınca yazılı şekilde ilgili sicillere bildirim yapması gerekir. Yazılı bildirimin malvarlığının kayıtlı olduğu ilgili sicillerin tamamına yönelik yapılış şekli açık değildir. Bunun tek bir belge ile mi yoksa her sicil için hazırlanan ayrı ayrı belgelerle mi yapılması gerektiği konusunda Tebliğde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla bildirim işlemin mümkün olduğunca hızlı yapılması ve bürokrasinin azaltılması sağlanmalıdır. Malvarlığının kayıtlı olduğu ilgili sicillere yapılacak bildirimin tek bir belgeye eklenecek farklı dökümanlarla gerçekleştirilmesinin, düzenlemenin amacına daha iyi hizmet eden bir yöntem olduğu söylenebilir. Ülkemizde oldukça ileri seviyede

uygulaması olan güvenli elektronik işlem yolları kullanılmalıdır. Fakat önemli olan sistemin alt yapısı ile karşılıklı uyumunun sağlanmasıdır. Bu yapılabildiği ölçüde düzenlemeden beklenen faydanın elde edilmesi için bildirim yükümlülüğün elektronik ortam üzerinden yapılmasında fayda vardır. Elektronik ortam üzerinden yapılacak bildirimlerin daha hızlı ve işlem güvenliği yönünden daha etkin olduğu şüphesizdir²¹⁷.

Tebliğ m. 6/I' e göre, ticaret sicil müdürünün bildirimini alan ilgili siciller tarafından derhal gerekli işlemler yapılmalıdır. Mevzuatın izin verdiği hallerde re'sen tescil imkanı varsa, bildirimin yapıldığı sicilde kayıtlı mal ve hakların yeni sahiplerinin memurluk tarafından tescil edilmesi gerekir. Re'sen tescil imkanı yoksa, bildirimin yapıldığı ilgili sicil tarafından derhal kendi kayıtlarına, mal ve hakların geçişinin temeli olan işlemin Kanun hükümlerine göre tamamlanmasına dair şerh konulması gerekir. Şerh konulmasından sonra ilgililerin başvurusu yapıp alınması gereken harç ve giderler tahsil edilince, mal ve hakların devralan malikleri adına tescil işlemi yapılır²¹⁸.

Tebliğ m.6 hükmü, TTK. m. 128/II'a uygun değildir. TTK. m. 128/II hükmüne göre, şirkete ayni sermayenin konulabilmesi için, şirket sözleşmesinin tescilinden önce, taşınmazlar açısından tapuya şerh ve diğer malvarlığı değerleri bakımından da ilgili sicillere kayıt yapılması zorunludur. Bu sebeple, Tebliğ m. 6/I hükmünde zikredilen, re'sen tescilin mümkün olmadığı hallerde bildirim alan ilgili sicilin, şirket sözleşmesinin ticaret siciline tescil edildiğine ilişkin bildirim almasıyla, söz konusu mal ve haklara dair aynı konuda ikinci bir şerh koymasının bir anlamı yoktur. Ayrıca TMK. m. 1010/III düzenlemesine göre, şerh müessesesinden²¹⁹ ancak, kanunda açıkça öngörülmüş bulunan hallerde yararlanılabilir. Ancak, Tebliğ m. 6/I'de yer alan şerh, Türk Ticaret Kanunu'nun ticarî işletmenin devri, yapısal değişiklik ve şirkete aynî sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerinde düzenlenmemiştir. Tebliğ ile şerh verilmesi imkânı düzenlenemez. Bu sebeple Tebliğ m. 6/I hükmünün hukuka aykırı olduğu belirtilmelidir²²⁰.

²¹⁷ GÜRBÜZ USLU, s. 156.

²¹⁸ GÜRBÜZ USLU, s. 156.

²¹⁹ Geniş bilgi için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Türk Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007; DOĞAN, Murat; Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004. Şerh, kanunda sınırlı olarak belirtilen ve aynî hakkın dışında kalan bazı hak ve durumların tapu kütüğüne kaydı olarak ifade edilir. Türk Medeni Kanunu'nda, aynî hakların tescilinin yanında birbirinden farklı konular için şerh müessesesi kabul edilmiştir. Tescilin aksine, şerhin ne aynî hakkı tesis eden, ne de onu tespit eden etkisi vardır; ancak o sadece kanun koyucunun attığı özel sonuçları tesis eder veya açıklığa kavuşturur (TMK. m. 1009/II, 1010/II, 1011/II). Şerhler bu bakımdan beyanlardan ayrılır. Zira beyanlar sadece taşınmazlar hakkında bilgi verdikleri halde, şerhler konusu hak ve kısıtlamalara ilişkin sonuçlar hâsıl eder. Aynî haklar gibi şerh edilebilecek haklar ve hukukî durumlar da belirli sayı ve tipe bağlılık ilkesine tâbidir. ÜNAL/BAŞPINAR, s. 334.

²²⁰ GÜRBÜZ USLU, s. 157.

Tebliğ m. 6/II hükmünde, ticaret sicili müdürü tarafından yapılan bildirim alan sicillerin bunu aldıkları andan itibaren mal ve haklar üzerinde eski hak sahiplerinin, yeni hak sahipleri aleyhine sonuç doğuracak muhteva veya şekildeki talepleri ile ilgili işlemleri yapamayacakları öngörülmüştür²²¹. İfade etmek gerekir ki, bu hüküm yalnızca ticarî işletmenin devri işlemleri yönünden hüküm ve netice doğurmalıdır. Çünkü TTK. m. 128/II hükmüyle öngörülen sistemle şirkete aynî sermaye getirilmesi halinde, taşınmazlarla ilgili hakların tapuda şerh edilmesi ile tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır. Bu yolla taşınmazlar ve diğer malvarlığı değerleri yönünde sicillere kayıt verilmesi ile üçüncü kişilerin iyiniyetinin ortadan kalkması, yeni hak sahipleri aleyhine işlem yapılması engellenmektedir²²².

bb) Sicil Müdürünün Bildirimde Bulunmaması ve Sonuçları

1/a) Genel Olarak

Ticarî işletme devrinde, ticaret siciline tescilin kurucu nitelikte olduğu kabul edildiği takdirde, tescille birlikte işlemler hüküm ve sonuçlarını doğurur. Çünkü işlemlerin tescil edilmesi, tescilin olumlu(müspet) etkisini ortaya çıkarır. TTK. m. 36/III hükmüne göre, tescil edilmesi şartıyla, üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez. Üçüncü kişiler usulüne uygun şekilde tescil edilmiş bu işlemleri bilmediklerini ileri süremezler.

Kural olarak, resmî ve alenî bir sicil olan ticaret sicili yönünden sicile güven prensibi uygulanmaz. Bunun sonucu olarak ticaret sicilindeki yolsuz bir kayda dayanarak hak iktisap eden üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaz. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun hiçbir hükmünde TMK. m.1023'te olduğu gibi, sicile güven ilkesi yer almamaktadır. TTK. m. 37 düzenlemesinde ticaret sicili bakımından görünüşe itimat prensibi benimsenmiştir²²³.

Ticarî işletmenin devredilmesi işleminin ticaret siciline tescil ettirilmesi gerekir. Ticaret sicil müdürünün tescille eş zamanlı olarak yapacağı bildirim yükümlülüğü vardır. Ticaret sicil müdürünün buna aykırı davranması, yani bildirimde bulunmamasının sonuçları vardır. Ancak bildirim yükümlülüğünün yapılması gereken bazı siciller yönünden tek tek değerlendirme yapmak gerekir.

Ticaret şirketlerine aynî sermaye getirilmesi durumunda bildirim yükümlülüğünün usulüne uygun şekilde yapılmamasının neticeleri, ticarî işletmenin devri işlemlerine göre farklılık arz etmektedir. TTK. m.11/III'deki ticarî işletmelerin devrine ilişkin hükümlerinden farklı olarak, TTK. m. 128/VI'da, ticaret sicil müdürünün bildirimiyle gerçekleştirilecek

²²¹ DEMİREL, s. 123.

²²² GÜRBÜZ USLUEL, s. 158.

²²³ GÜRBÜZ USLUEL, s. 158.

tescilin yanı sıra, şirketin de tek taraflı tescili isteyebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, sicil müdürünün bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde şirket, ilgili sicillerden söz konusu mal ve hak değişikliklerinin tescil edilmesini talep edebilir. Diğer yandan TTK. m. 128/II hükmüne göre, tapuya verilen şerhin tasarruf yetkisini kısıtlar ve tapu kütüğünü tasarruflara kapatır. Diğer sicillere yapılan kayıt iyiniyeti ortadan kaldırmaktadır. Bu sebeple, sicil müdürü bildirim yükümlülüğünü yerine getirmese, şirket tescili talep etmese bile üçüncü kişiler hak iktisabında bulunamaz. TTK. m. 128/II hükmüne göre, şirkete aynî sermaye getirilen taşınmazlar bakımından şerh verilmesi, diğer değerlerin ilgili sicillerde kaydedilmesi, üçüncü kişinin yeni hak iktisabını önler. Dolayısıyla, şirkete aynî sermaye getirilmesinde sicil müdürünün bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, ticarî işletmelerin devralınmasında meydana gelebilecek hukukî sonuçları doğurmaz. Ticarî işletmenin devri ve yapısal değişiklik işlemlerinde, ticaret sicili müdürünün bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesinin neticeleri her bir sicil bakımından tek tek incelenmiştir.

1/b) Tapu Sicilinde

1/aa) Ticaret Siciline Tescilin İyiniyete Etkisi ve Görüşler

Tapu sicili, TMK. m. 7 anlamında Devletin denetimi ve gözetimi altında tutulan resmî sicillerdendir²²⁴. Tapu sicili, aleniyet fonksiyonu olarak adlandırılan, gayrimenkuller üzerindeki hakların, topluma açıklanmasını sağlamak amacını gerçekleştirmek için Devletin hüküm ve tasarrufu altında tutulan çeşitli defter ve belgelerin meydana getirdiği bir bütündür²²⁵.

Sicile itimat prensibi ticaret sicilinin aksine, tapu sicili bakımından geçerlidir. TMK. m. 1023' e göre, tapu kütüğündeki mevcut kayda iyiniyetle güvenerek mülkiyet veya bir başka aynî hak iktisab eden üçüncü kişinin bu hakkı korunur. Başka bir anlatımla yolsuz tescile dayanarak hak kazanan iyiniyetli kişinin bu iktisabı korunur²²⁶.

Ticaret sicil müdürü ticarî işletmelerin devrine ilişkin sözleşmeyi tescil etmesine rağmen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, tapu siciline ilgili taşınmazın ve ona bağlı hakların devralan adına tescili gerçekleşmez. Bunun sonucu, tapu sicilindeki kayıtlar ile ticaret sicilindeki kayıtlar arasında farklılık ortaya çıkar. Ticaret sicili açısından

²²⁴ GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/ CANSEL, Erol; Türk Eşya Hukuku, İkinci Baskı, Ankara 1984; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 273 vd.

²²⁵ OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY OZDEMİR, s. 142.

²²⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. CANSEL, Erol; Tapu Kütüğüne İtimat Prensibi, Ankara 1964; GÜRSOY, Kemal Tahir; Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili; Ankara 1970; SİRMEN, Lale; Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 1976; SAPANOĞLU, Süleyman; Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2016. YAKUPPUR, s. 43 vd.

sözleşmenin tescil edilmesiyle birlikte, TTK. m. 36/III hükmü uygulama alanı bulur. Bu durumda üçüncü kişiler kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilersi sürse bile bu iddiaları dinlenmez. Bu andan itibaren, ticaret sicili olumlu etkisini göstermeye başlar. Diğer taraftan, tapu sicilinde devir sözleşmesi ile ilgili kayıtlar işlenmediği için devreden mal ve hak sahipliğine ilişkin eski kayıtlar yer almaya devam eder. Tapu sicili açısından, hiç kimse TMK. m. 1020 düzenlemesine göre, tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez. Bu durumda TMK. m. 1023 hükmündeki, tapu siciline dayanarak hak iktisap eden üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunacağına ilişkin düzenleme uygulama alanı bulur. Dolayısıyla, Türk Ticaret Kanununa göre ticarî işletme devir sözleşmesinin tescilinin etkisi ile ilgili düzenlemeleri ile Türk Medeni Kanunun tapu kayıtlarına itimat prensibi ile ilgili düzenlemelerinin çatışması söz konusu olur. TMK. m. 1023 hükmü çerçevesinde, üçüncü kişilerin tapu sicilindeki kayıtlara dayanarak işlem yapması halinde, ticaret sicilinin olumlu etkisi nedeniyle iyiniyetin korunup korunmayacağı sorusu gündeme gelir. Tapu sicilinin aleniliği, aynî hakların tescille kazanılması ilkesi ile sağlanmıştır. Her bir taşınmaz için tapu kütüğüne açılan özel sayfaya, o taşınmazın üzerindeki aynî hakların yazılması gerekir. TMK. m. 705 hükmüne göre, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur. Yine TMK. m. 2021 hükmüne göre, kurulması kanunen tescile tabi aynî haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz²²⁷. TTK. m. 11/III düzenlemesi hükmü sebebiyle, devir sözleşmesinin yapıldığı anda, tapu kütüğüne açıklayıcı tescilin henüz yapılmadığı aşamada hak kayıplarına yol açılabilir. Taraflar arasında yapılan devir sözleşmesi ile ticarî işletmenin malvarlığına dâhil olan taşınmazların mülkiyeti devralana geçmektedir. Devreden tapu kütüğüne bildirilmediği aşamada taşınmazı iyiniyetli üçüncü kişiye devrettiği takdirde, bu iktibası korunur mu?

Doktrinde bir düşünceye göre, devir sözleşmesinin tescil ve ilan edilmesi tapu siciline güvenin korunması için aranan iyiniyeti bertaraf etmez. Zira tescilin olumlu etkisi ancak kanun gereği tescil edilmesi zorunlu olan hususlar bakımından geçerlidir. Tescili zorunlu olmayan bir hususun tescil edilmesi üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmaz²²⁸.

Doktrindeki başka bir düşünce, ticaret sicilindeki kaydın, tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından iyiniyeti bertaraf edici etkisinin olduğunun kabulünün tapu siciline güven ilkesini zayıflattığını savunmaktadır. Tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz devralan kişiye ticaret sicilini kontrol etme yükümlülüğü getirmek maliyeti artırabilir ve devir sürecini yavaşlatır²²⁹.

²²⁷ YAKUPPUR, s. 14.

²²⁸ ÜLGİN/ARICI, s. 1784, AKÇAAL, s. 96, ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.375.

²²⁹ ÇELİKBOYA, s. 202.

1/bb) Ticaret Siciline Tescilin İyiniyete Etkisi İle İlgili Kanaatimiz

Esasen Türk Medeni Kanunu'nun tapu siciline ilişkin hükümleri ile Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret siciline ilişkin hükümleri ticarî işletmenin devri işlemleri bakımından birlikte değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirildiğinde ticaret siciline tescil edilen unsurların, ticarî işletmeler ve şirketler açısından bir bütün olduğu kabul edilmelidir. Bu bütünlüğün diğer malvarlığı öğelerini de ihtiva ettiği dikkate alınır. Diğer taraftan, tapu sicilinin yalnızca taşınmazlar üzerindeki hakların kamuya açıklanmasına özgü olduğu söylenebilir. Bu konuda ilişkin Türk Medeni Kanunu hükümlerinin, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre özel niteliktedir. Bu nedenle iki sicil kaydı arasında farklılık söz konusu olduğu takdirde TMK. m. 1023'un üstün tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, özellikle ticarî işletmenin devrinde, onun malvarlığı unsurlarının bütünü tamamlayan doğal parçaları olduğu bir gerçektir. Bu hakların hiçbirisi zikredilmemiş olsa bile, devir sözleşmesine dâhil olduğu, TTK. m. 11 düzenlemesinin Gerekçesinde belirtilmiştir. Dolayısıyla, ticarî işletmenin devrinin ticaret siciline tescili sırasında, devir sözleşmesinde yer almayan unsurların da kapsam içinde olduğu değerlendirilmelidir. Üçüncü kişilerin ise tescil edilen kayıtların dayanaklarını inceleme ve araştırma mükellefiyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple, devir sözleşmesinde yer almasa bile bütünlük ilkesi sebebiyle devre dâhil olduğu kabul edilen malvarlığı unsurlarını üçüncü kişilerin bildiğini ya da bilmesi gerektiğini varsaymak mümkün değildir. Dolayısıyla üçüncü kişilerin, devredilen malvarlığı unsurlarını, ticaret siciline tescilden sonra, TMK. m. 1023 hükmü uyarınca iktisabı mümkün olmalıdır²³⁰. Bu hükmün istisnasını, tapu sicilindeki kayıtlardan bir ticarî işletme ya da şirkete ait olduğu anlaşılan taşınmazlar ve bunların üzerindeki haklar teşkil eder. Böyle bir halde TMK. m. 3 çerçevesinde üçüncü kişilerin iyiniyetinden söz etmek mümkün olmaz. Bunun sonucu, tapu sicilindeki kayıttan, bir ticarî işletmeye ait olduğu görünen taşınmazların ve taşınmazların üzerindeki hakların, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırdığı kabul edilmelidir²³¹.

1/c) Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Sicillerde

Ticarî işletmelerin devri sözleşmesinin ve yapısal değişiklik işlemlerinin ticaret siciline tescilinden hemen sonra aynı zamanda sicil müdürü tarafından diğer sicillere bildirilmesi gerektiğini irdeledik. Bu siciller arasında marka, patent ve tasarım sicilleri de bulunabilir. Bu sicillerde, marka, patent ve tasarımlar ile haklardaki değişiklikler kaydedilir.

²³⁰ GÜRBÜZ USLU, s. 159.

²³¹ GÜRBÜZ USLU, s. 160.

Marka ve patent sicilleri kamu güvenliği niteliğine sahip olduğu gibi iyiniyetin korunmasında da fonksiyon sahibidir²³². Patent, marka ve bunlardan neşet eden haklar usulüne uygun şekilde tescil ettirilmedikçe, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

Marka ve patent sicillerinde sicile güven ilkesi geçerlidir. Bu sebeple, ticaret siciline tescille birlikte bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir. Bunun ihmal edilmesi sonucu, ticaret sicili kayıtları ile marka ve patent sicili kayıtları arasında fark meydana gelir. Böyle bir halde, marka ve patent sicillerine dayanarak hak iktisap eden üçüncü kişilerin iyiniyeti korunur. Ancak, marka ve patent sicili kayıtlarından bir ticarî işletmeye ait olduğu anlaşılan marka, patent ve bunlardan doğan haklar bakımından üçüncü kişilerin iyiniyetinin ortadan kalkacağı kabul edilmesi gerekir²³³.

1/d) Gemi Sicilinde

Gemiler, resmî siciller arasında kabul edilen gemi siciline kaydedilir. Türk hukukunda gemi sicilleri, esas olarak üç tiptir. Bunlar Millî Gemi Sicili, İnşa Halindeki Gemilere Mahsus Sicil ve Türk Uluslararası Gemi Sicili'dir²³⁴. Gemi Sicili Millî Gemi Sicili, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 954-995 arasında ve Gemi Sicili Nizamnamesi'nde düzenlenmiştir. Türk Uluslararası Gemi Sicili' Türk Milletlerarası Gemi Sicili Kanunu²³⁵ hükümlerine göre düzenlenmiştir.

TTK. m. 983 hükmüyle gemi sicili yönünden sicile itimat prensibi düzenlenmektedir. Gemi sicil bakımından itimat prensibinin kapsamı, tapu siciline göre nispeten daha dar kapsamlıdır. Gemi sicilinde itimat prensibi, daha mahdut haklar üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlamaları yönünden öngörülmüştür. TTK. m. 983/I düzenlemesine göre, bir geminin mülkiyetini, intifa hakkını, gemi ipoteğini veya ipotek üzerindeki bir hakkı kazanan şahıs lehine gemi sicilinin muhtevası, bu haklarla ilgili olduğu ölçüde doğru sayılır. Buna karşılık, kazanan şahıs bu kaydın doğru olmadığını biliyor veya bilmesi gerekmiyor ise bu iktisabı korunmaz. Dolayısıyla, gemi sicilinde itimat prensibin sadece, mülkiyet, intifa, ipotek ve ipotek üzerinde bir hakkın hukukî işlemle kazanımı yönünden geçerli kabul edilmektedir. Belirtilen haklardan birini kazanan kişinin sicil kaydının doğruluğuna olan güveni ancak, bu kaydın gerçek hukukî duruma uygun olmadığını bilmemesi ve bilmesinin gerekmemesi koşuluyla korunur²³⁶.

²³²TEKİNALP, Ü.; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, s. 44.(Fikri Mülkiyet).

²³³ GÜRBÜZ USLU, s. 161.

²³⁴ KURT, Hayrettin; Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu'nun Değerlendirilmesi, ABD, S. 2014/2, s.271-290.

²³⁵ Bkz. RG. T.21.12.1999, S. 23913.

²³⁶ GÜRBÜZ USLU, s. 161.

Gemi sicilinde mülkiyet, intifa, ipotek ve ipotek üzerinde bir iktisap eden kişinin iyiniyeti korunmaktadır. Ticarî işletme devir sözleşmelerinin tescili ile aynı anda ticaret sicil müdürünün bildirim yükümlülüğüne aykırı davranması neticesinde, devralan kişinin hak sahipliği gemi siciline tescil edilemediği takdirde gemi siciline güvenerek devralan üçüncü kişinin iyiniyetinin TTK. m. 956 hükmüne göre ticaret gemileri yönünden korunacağı kabul edilmelidir²³⁷.

TTK. m. 1001 düzenlemesiyle gemi siciline kayıtlı bir geminin devri için, mülkiyetin devri ile sözleşme yapılması ve zilyetliğin geçirilmesi şartları öngörülmüştür. Bu düzenleme ile birlikte, sicile itimat prensini gereğince mülkiyet hakkının kazanılması neredeyse imkânsız duruma gelmiştir²³⁸.

1/e) Maden Sicilinde

Maden hakları ve faaliyetleriyle ilgili bilgilerin kaydedildiği sicil maden sicildir. Maden siciline, maden haklarının devir, intikal, haciz, rehin ve ipotek veya sona erme durumları tescil edilir. 3213 sayılı MadK.²³⁹ m. 38 düzenlemesine göre, madenler üzerindeki haklar tescil edilmedikçe hüküm ifade etmez²⁴⁰.

MadK. m. 38/III düzenlemesine göre, maden sicili alenîdir. Bu sebeple, sicildeki kayıtların bilinmediği ileri sürülemez. Maden Kanunu'nda sicile itimat prensini ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple bildirim yükümlülüğünün ticaret sicil müdürü tarafından yerine getirilmemesi neticesinde ticaret sicilindeki kayıtlarla, maden sicilindeki kayıtlar arasında farklılık olabilir. Böyle bir halde, sicil kaydına güvenerek devralan iyiniyetli üçüncü kişinin bu kazanımı korunmaz²⁴¹.

MadK. m. 5/III düzenlemesi ile açık şekilde borçlandırıci işlem ve tasarruf işlemleri olarak ikiye ayrılarak konu çözüme kavuşturulmuştur. MadK. m. 5 hükmünde açıkça devir sözleşmelerinin bakanlık onayından sonra Maden Siciline tescili ile tamamlanacağı öngörülmüştür.

TTK. m. 11/III düzenlemesinin 01.07.2012 yılında yürürlüğe girdiği ve sicilin etkisiyle ilgili düzenlemelerindeki soruna yol açabilecek bu tartışmalı hükümler Maden Kanunu düzenlemelerinde dikkate alınarak tartışmalara son verilmiştir. Gerçekten, 4.2.2015 tarihli 6592 sayılı Kanunun m.3. düzenlemesi ile değişik MadK. 5. maddesinin ikinci

²³⁷ GÜRBÜZ USLU, s. 162.

²³⁸ KENDER, R./CETİNGİL, E./YAZICIOĞLU, E.: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, 14. Bası, İstanbul 2016, s. 58.

²³⁹ Bkz. RG. T. 15/6/1985, S.18785.

²⁴⁰ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TOPALOĞLU, s. 297-302.

²⁴¹ GÜRBÜZ USLU, s. 163.

fıkrasına göre, maden ruhsatları ve buluculuk hakkının devri mümkündür. Bu hakların devrinde, iki işlemin yapılması gerekir. Bu işlemlerden birincisi, taraflar arasında devir borcunu doğuran borçlandırıcı bir işlemin yapılmasıdır. İkinci işlem, 6592 sayılı Kanunun m.3. düzenlemesi ile değişik MadK. m.5/III fıkrasına göre, devir durumu maden siciline şerh edilmesidir. Devir muamelesi maden siciline şerh edilmesi ile tamam olur.

cc) Tüm Siciller Bakımından Görüşlerimiz

Tescilin etkisi ile ilgili olarak, Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile ve Ticaret Sicil Yönetmeliği düzenlemeleri arasındaki farklılıklar tartışmanın kaynağıdır. TTK. m. 11/III hükmüne göre, ticarî işletme adı yazılı sözleşme ile bir bütün halinde devredilebilir. Devir sözleşmesinin ticaret sicile tescil edilmesi gerekir.

TSY. m. 133/III hükmüne göre, ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder. Kanun koyucunun, işletmenin malvarlığı unsurlarının devri için *“zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadığı”* şeklindeki düzenlemesi ile bu hükmün çelişip çelişmediği tartışmalıdır.

Ticaret Sicil Yönetmeliğine göre, ticaret sicil müdürünün ticarî işletmelerin devri işlemlerinin tesciliyle aynı zamanda, sözleşmeyle oluşan mal ve hak değişikliklerini ilgili sicillere bildirim yükümlülüğü vardır.

Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliği'nin 4/III düzenlemesi de ticarî işletme devrinin sicil müdürü tarafından diğer sicillere bildireceğini öngörmüştür.

Tebliğin bazı hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu'na aykırı olduğu söylenebilir. Tebliğin 6. maddesinde şerh verilmesi imkânının getirildiği görülmektedir. TMK. m. 1010/III düzenlemesine göre, şerh müessesinden ancak, kanunda açıkça öngörülmüş durumunda yararlanılabilir. Bu sebeple Tebliğ Kanuna aykırıdır. Tebliğin Türk Ticaret Kanunu ve ilgili hükümlere aykırı maddelerinin, Kanun ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, Tebliğ hükmü sebebiyle uygulamada sorunlar yaşanması kaçınılmazdır.

Sicil müdürünün bildirim yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, ticaret sicilindeki kayıtlarla, bildirim yapılması gereken ilgili sicillerdeki kayıtlar arasında farklılık meydana gelir. Söz konusu durumda, sicile itimat prensibin kabul edildiği siciller bakımından, üçüncü kişilerin bu sicillerdeki kayıtlara dayanarak elde ettikleri kazanımlarının korunması gerekmektedir. Bu kuralın istisnası sicil kayıtlarından bir ticarî işletmeye ait olduğu anlaşılan mal ya da haklardır.

Ticaret siciline yapılan tescilin olumlu ve olumsuz etkisi diğer önemli bir konudur. Buna göre, öncelikle tescilin olumlu etkisi üzerinde durulmalıdır. Devreden ticaret siciline tescil ve ilândan sonra, üzerinde tasarruf yetkisini yitirdiği bir malvarlığı değerini başkasına devretme girişiminde bulunabilir. Meselâ, bir taşınırı üçüncü kişiye devretmek isteyebilir. Bu durumda tescilin olumlu etkisinin, iyiniyetle iktisaba engel teşkil ettiği söylenebilir mi? Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile birlikte, işletmeye ait malvarlığı unsurlarının devrinin gerçekleştiği kabul edilir. Devir kapsamındaki aktiflerin ve pasiflerin toplam değeri ticaret siciline tescil edilse bile, aktif ve pasiflerin belirli hale getirildiği liste tescil edilmemektedir. Türk hukuku bakımından bir envanter hazırlanması veya envanterin ticaret siciline tescil edilmesi yapılan işlemin bir parçası değildir. Tescilin olumlu etkisi için gerekli olan devir envanteri işlemin kapsamında olmadığına göre, devir sözleşmesinin tescilden sonra dahiiyiniyetli üçüncü kişilerin devredilen malvarlığı unsurlarını iyiniyetle kazanması mümkündür. Tescil başvurusuna eklenen belgeler arasında envanterin bulunması ve herkesin incelemesine açık olması da varılan bu sonucu değiştirmez. Zira üçüncü kişilerin tescil ve ilân edilen kayıtların dayanaklarını inceleme yükümlülüğü yoktur. Devrin ticaret siciline tescil edilmesi envanterde belirtilen malvarlığı değerlerinin intikaline yöneliktir. Tescil, malvarlığı devri kapsamındaki bir taşınırın mülkiyetinin nakline imkân verir. Fakat vurgulanmasında yarar vardır ki, tescilin, TMK. m.985/I hükmüne göre zilyetliğin sağladığı aleniyete benzer bir fonksiyonu yoktur. Sonuç olarak tescil ile eş zamanlı olarak taşınırın doğrudan zilyetliği nakledilmediği takdirde, malik sıfatıyla zilyet ile doğrudan zilyet farklı kişiler olur.

Ticari işletmenin devri halinde, işletmeye ait taşınmazlar tescilsiz şekilde kazanılmaktadır. Başka bir deyişle, taşınmazların nakli için Türk Medeni Kanunu'nun aradığı resmî sözleşme ve tapu kütüğüne tescil şartı aranmamaktadır. Taşınmazın mülkiyeti tapu siciline tescil edilmeden, sicil dışında devredilmektedir. Devir sözleşmesi yapıldıktan sonra aslında tapu kütüğündeki görünürdeki tescil, yolsuz tescil haline gelmektedir. Tapu kütüğündeki tescil kayıtları ile gerçek aynî hak sahipliği arasında uyumsuzluk meydana gelmektedir.

Kanaatimizce, TTK. m. 11/III düzenlemesine göre, ticari işletmeye dâhil malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılmasına gerek olmaksızın adî yazılı sözleşmenin tescili ile devrine imkân tanınmaktadır. Kanun koyucu adî yazılı sözleşme ile tescilsiz iktisap halini öngörmüştür. Devir sözleşmesinin tescili ile birlikte sözleşmede kapsam dışında bırakılmayan tüm malvarlığı devralan geçer. Devir sözleşmesinin tescil ve ilânı sonrası sicil müdürü tarafından devir olgusunun ilgili sicillere bildirilmesi arasında bir zaman dilimi doğar.

Sicil müdürlüğü tarafından gerekli bildirimler yapılmadığında iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisapları korunmalıdır. Bu durumda meydana gelen zararlardan TTK. m. 25/II gereğince oda veya Devlet müteselsilen sorumludur²⁴². Fakat TMK. m. 3 gereğince kendisinden beklenen özeni göstermeyen üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunup bulunmayacağı somut olayın koşullarında irdelenmelidir.

TSY. m.133/III düzenlemesi sicile kurucu etki tanımaktadır. Yine MadK. m.5/III fıkrasına göre, devir durumu maden siciline şerh edilmesi ile devir işlemi tamam olur. TTK. m. 11/III düzenlemesine ticarî işletmenin malvarlığına dahil unsurların her biri için tabi oldukları sicillerine şerh verilmesi şeklinde bir hüküm eklenmesi şeklindeki ilave tedbirler yerinde olur.

3) Devir Sözleşmesinin İlanı veya Bildirimi

aa) Genel Olarak

TTK. m. 11/III düzenlemesi, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescilini müteakip Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde (TTSG.) ilanını öngörmüştür. İlanla devrin duyurulması amaçlanmaktadır²⁴³.

TBK. m. 202 hükmü ile, ticarî işletmeler bakımından sözleşmenin ticaret sicilde tescili müteakip ilan edileceği belirtilmiştir. Buna karşılık, TBK. m. 202/I düzenlemesinde, ticarî işletmenin devralındığının TTSG’de ilan edileceğini öngörmüştür. Ticari nitelikte olmayan işletmeler bakımından ise, alacaklılara bildirim öngörülmüştür.

TTK. m. 11/III anlamında yapılacak olan tescil ve ilan kendiliğinden TBK. m. 202/I’de ilan şartını yerine getirir²⁴⁴.

TBK. m. 202 düzenlemesi göre, borçların devralana geçişi, işletmenin devrinin alacaklılara bildirilmiş veya ilan edilmiş olması ile mümkündür. İşletmenin devrinden alacaklılar bildirim veya ilan aracılığıyla bilgi sahibi olur. Fakat devir sözleşmesinin geçerliliği, bildirme veya ilana bağlı değildir. Bildirim veya ilan, devir sözleşmesinin amaçlanan neticeyi verebilmesi için şarttır. Devralan alacaklılara gerekli bildirim yapmasa, işletmenin borçlardan sorumlu olmaz. İİK. m. 44 ve İİK. m. 280/III’deki düzenlemelerin

²⁴² DEMİREL, s. 123.

²⁴³ ÇELİKBOYA, s. 177.

²⁴⁴ ÇELİKBOYA, s. 177.

olumsuz sonuçlarından alacaklıların korunması bakımından, yani düzenlemedeki sakıncaları bertaraf etmek için ilan getirilmiştir²⁴⁵.

Bildirim ve ilanın ayrı ayrı yapılması zorunlu değildir. Devralanın bu iki yöntemden birini seçmesi yeterlidir²⁴⁶. Devrin alacaklılara bildirilmesi veya ilanla duyurulması, devredilen işletmenin borçlarını devralanın üstlenebilmesi için gerekli şartlardan biridir. Bu şart gerçekleşmediği sürece devralanın sorumluluğu doğmaz.

TBK. m. 202 gereği devredenin sorumluluğu muaccel borçlarda bildirim veya ilan tarihinden itibaren iki yıllık sürenin geçmesiyle birlikte sona erer. İşletmenin borçlarının geçişi devralana bildirim ve ilanın yapılmasıyla birlikte kanun gereği intikal eder. Bildirim ve ilanın alacaklılar tarafından açık veya örtülü bir şekilde kabul edilmesi gerekmez. Bildirim alacaklıya ulaşmak şartıyla gönderildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder²⁴⁷. Bildirim ve ilan ile işletmenin devri alacaklılara haber verilmektedir.

bb) Bildirim veya İlanın Şekli

TBK. m. 202 düzenlemesinde bildirim şekli ile ilgili bir düzenleme yoktur. İşletme devrinin alacaklılara bildirimi, TTK. m. 20/III'de özel olarak düzenlenen noter, iadeli taahhütlü veya kayıtlı e-posta şeklinde yapılması gerekli değildir²⁴⁸. Bildirimin yapıldığının ispatı devralanın üzerinde olup, ispat bakımından yazılı delille yapılmasında fayda vardır. İlanın şekli bakımından TBK. m. 202 düzenlemesinde, ticarî işletmeler ve ticarî nitelik taşımayan işletmeler şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, bir ticarî işletmenin devrinin TTSG'de yayımlanması gerekir. Oysa ticarî nitelik taşımayan işletmelerin Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanması şarttır.

cc) Hukuki Niteliği

İlan belirli bir sonuca yönelik ve alacaklılara yönelik yapılmaktadır. İlanla sözleşme taraflarının iradesinden bağımsız olarak sonuç doğurmaktadır. Bu sebeple ilan hukuki işlem benzeri bir fiil²⁴⁹ olarak kabul edilmektedir²⁵⁰.

²⁴⁵ ARKAN; s. 45.

²⁴⁶ AKÇAAL, s. 60.

²⁴⁷ ACEMOĞLU, s. 108.

²⁴⁸ AKÇAAL, s. 64.

²⁴⁹ Hukuki işlem benzeri fiil, fiili sonuca yönelmiş bir irade açıklamasına hukuk düzeninin sonuç bağlamasıdır. Temerrüd ihtarı örnek olarak gösterilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. , OĞUZMAN/BARLAS, s. 179 vd.

²⁵⁰ ARICI, s. 191 ÇELİKBOYA, s. 180.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARÎ İŞLETMENİN MALVARLIĞI UNSURLARININ DEVRİYLE İLGİLİ İLKELER VE DEVRİN KAPSAMI

§ 6. TİCARÎ İŞLETMENİN MALVARLIĞI UNSURLARININ DEVRİYLE İLGİLİ İLKELER

I. Genel Olarak

Bir ticarî işletmenin bütün halinde devrinden söz edebilmek için işletmeye tahsis edilen malvarlığı unsurlarının aktif ve pasiflerinin kapsama dâhil edilmesi gerekir. Böylece pasifler bir anlamda teminatını oluşturan aktiflerle birlikte bir bütün halinde devredilmiş olur. Nitekim TBK. m. 202’de “*bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte*” devralınmasından söz edilmiştir. Benzer şekilde TTK. m. 11/III’de de “*bir bütün halinde*” ifadesi de bu düşüncüyü desteklemektedir¹.

TTK. m. 11/III düzenlemesi ile işletmeye ait her bir malvarlığı unsurunun ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılmasına gerek olmaksızın, devir sözleşmesi ile devralana geçeceği öngörülmüştür. Türk hukuku bakımından, işletmeye ait tüm aktifler devir sözleşmesinde kapsam dışı bırakılmadığı takdirde bir bütün halinde kanun hükmü gereği devralana geçer.

Ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının geçişi bakımından halefiyet kavramı ve türleri olan külli halefiyet ve cüz’i halefiyet sistemlerinin irdelenmesi gerekir.

II. Halefiyet Kavramı ve Türleri

Bir kimsenin yerine başkasının geçip bu kişiye ait hak veya borçları üstlenmesine geniş anlamda halefiyet denilmektedir². Dar anlamda halefiyet ise, başkasına ait borcu ifa eden kimsenin kanundan dolayı kendiliğinden alacaklının haklarına sahip olmasıdır³. Bir kimsenin hak ve borçları diğer kişiye devredilmesi cüz’i ve külli halefiyet olmak üzere iki şekilde gerçekleşir.

Külli halefiyet yoluyla devirde, bir kişiye ait tüm hak ve borçlar bir bütün halinde yani kül olarak ⁴ devredilmektedir. Bu devir, şirket birleşmesi gibi bir hukuki işlemle gerçekleşebileceği gibi, ölüm halinde terekenin intikalinde olduğu gibi hukuki bir olayla da

¹ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 202.

² KILIÇOĞLU, Ahmet M; Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979, s. 3 vd.

³ KILIÇOĞLU, s.3 vd.

⁴ ACEMOĞLU, s. 69.

gerçekleşebilir⁵. Külli halefiyet yoluyla devirde malvarlığı unsurlarının tabi olduğu şekilde tek tek işlemlerin yapılmasına gerek yoktur⁶. Külli halefiyet yoluyla devirde hak sujesi değişikliği olmaktadır⁷.

Külli halefiyet ancak kanunda açık hüküm bulunması halinde söz konusu olmaktadır⁸.

Cüz'i halefiyet yoluyla devirde, hak ve borçların her biri ayrı ayrı işlemlerle devreden malvarlığından devralanın malvarlığına geçmektedir. Cüz'i halefiyetle hakkın veya borcun öznesi değişmektedir. Her malvarlığı unsuru ilgili mevzuatının tabi olduğu işlem ve şekille devredilmektedir⁹.

Kanunda özel bir hüküm bulunmayan hallerde asıl olan cüz'i halefiyet yoluyla geçiştir. Bu sebeple bir malvarlığının içindeki unsurların sayısı ne kadar çok olursa olsun kanunda özel bir hüküm yoksa, her birinin ayrı ayrı işlemle ve ilgili mevzuatın aradığı şekilde devredilmesi gerekir.

eTTK. döneminde, ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarından aktiflerin geçişi bakımından özel bir hüküm yoktu. Bu sebeple ticarî işletmenin aktiflerinin devri cüz'i halefiyet yoluyla gerçekleştirilmekteydi¹⁰.

Ticari işletmenin pasiflerinin geçişinde ise farklı bir sistem benimsenmişti. eBK. m. 179 hükmüne göre, bir ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle devredilmesi halinde pasifler bir bütün halinde devralana geçmekteydi. Bunun sonucu olarak eTTK.'da özel hüküm bulunmaması ve eBK. m.179 hükmünün uygulamasına göre, ticarî işletmenin aktif malvarlığı unsurlarının devrinde cüz'i halefiyet; pasiflerin intikalinde ise külli halefiyet yoluyla geçişin benimsendiği kabul edilmekteydi¹¹. Buna karma sistem denilebilir.

Hukukumuz bakımından ticarî nitelikte olmayan işletmelerin devrinde TBK. m.202 hükmü uygulanır. TBK. m. 202 hükmü de ticari nitelikte olmayan işletmelerin aktiflerinin devrinde özel bir hüküm öngörmemiştir. Düzenlemede külli halefiyetin uygulanacağına dair bir hüküm yoktur. Bu sebeple ticarî nitelikte olmayan işletmelerin malvarlığı unsurlarından olan aktifler ayrı bir tasarruf işlemi ve ilgili mevzuatının öngördüğü şekilde devredilir. Meselâ, taşınmazların tapu siciline tescili, taşınırın teslimi ve alacakların temliki gerekir.

⁵ ÇELİKBOYA, s.185.

⁶ TÜRK, Hikmet Sami; Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara, 1986, s. 151.

⁷ ACEMOĞLU, s. 69, TÜRK, s. 152.

⁸ KILIÇOĞLU, s. 3 vd.

⁹ TÜRK, s. 150.

¹⁰ ACEMOĞLU, s. 69, ARICI, s. 30, TOPUZ, s. 40.

¹¹ ÇELİKBOYA, s. 186.

Netice olarak ticarî nitelikte olmayan işletmelerin malvarlığı unsurlarından olan aktiflerin devrinde cüz'i halefiyet yoluyla geçişin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

III. Külli Halefiyet ve Cüz'i Halefiyet Kavramlarının Ticarî İşletme Devrinde Sebebiyet Verdiği Sorunlar

Ticarî işletmenin sahip olduğu malvarlığı unsurlarının çokluğu ve çeşitliliğini göz önüne aldığımızda, cüz'i halefiyet yoluyla devir kurumu işlevsiz hale getirir. İşletmenin malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı devri büyük bir maliyet ve zaman kaybına sebebiyet vermektedir¹². eTTK. dönemindeki eleştiriler ve cüz'i halefiyet yoluyla devrin sebep olduğu sorunlar yeni düzenleme yapılırken dikkate alınmıştır. Hatta TTK. m.11/III oldukça devrimci bir anlayışla aktiflerin geçişi bakımından külli halefiyet yoluyla devri benimsemiştir.

Malvarlığının veya ticarî işletmenin devrinde cüz'i halefiyetin sebebiyet verdiği zorluklar ve maliyetlerin aksine külli halefiyet oldukça önemli kolaylık sağlamaktadır. Külli halefiyet yoluyla devirde malvarlığı unsurları için ayrı ayrı işlem yapmaya gerek yoktur.

Kanaatimize TTK. m. 11/III düzenlemesi yapılırken alacaklıların, ilgili kişilerin, devir sözleşmesinin taraflarının menfaatlerinin korunması için alınması gereken ilave tedbirler ihmal edilmiştir. Yine eşya hukukunun belirlilik ilkesi, tescil ile iktisap gibi konularda önemli istisnalar getirilmiştir. Devir sözleşmesinin tescilinin iyiniyeti kaldırıp kaldırmayacağı, malvarlığı unsurlarının tabi olduğu sicillere bildirim, siciller arası uyum ve şerhler konusunda sorunlara yol açmaktadır. TTK. m.11/III'de benimsenen yeni devir sisteminin eksik bıraktığı hususların tamamlanması ikincil mevzuat hükümleriyle giderilmeye çalışılmışsa da yarattığı sorunlar ve tartışmalar tam olarak sona ermemiştir.

Ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının cüz'i halefiyet yoluyla devrinde aleniyet ilkesi korunmaktadır. Fakat külli halefiyet yoluyla devirde aleniyet sözkonusu olmaz¹³. Yine külli halefiyet yoluyla devrin, eşya hukukunun temel prensiplerinden birisi olan belirlilik ilkesi ile bağdaştırılması zorluk gösterir¹⁴. Yine külli halefiyet yoluyla devirde işlemin dışında kalan alacaklılar, ticarî işletmenin devrinden etkilenen kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından koruyucu ilave tedbirlerin alınması gerekir¹⁵. Buna karşılık doktrinindeki bir yazar, külli halefiyette işlemin dışında kalanların zarar görmesinin mümkün olmadığını

¹² TOPUZ, s. 24.

¹³ TÜRK, s. 153.

¹⁴ HELVACI, Mehmet; Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme), İstanbul 2004, s. 101.

¹⁵ TÜRK, s. 154.

savunmaktadır. Zira külli halefiyet yoluyla devralan da bütün malvarlığı ile sorumlu kalmaya devam etmektedir¹⁶.

Külli halefiyette, devralan bakımından da birtakım sakıncalar doğabilir. Şöyle ki, devralan, devredenin tüm malvarlığını devralmaktadır. Varlığını dahi bilmediği tüm aktif ve pasifler de bir bütün halinde kanun gereği devralana geçmektedir. Böyle bir netice, tarafların menfaat dengesine uygun olmayabilir. Ticarî işletme gibi malvarlığı unsurları çeşitlilik gösteren yapıların devralınmasında beklenilmeyen kayıplara yol açabilir. Külli halefiyet yoluyla devirde, tarafların malvarlığı unsurlarını devir kapsamı dışında bırakma imkânı yoktur¹⁷.

Devralanın tam olarak hangi aktif ve pasifleri devraldığını bilme imkânı yoktur. Devralan bakımından belirsizlik ve risk barındırmaktadır. Devralan, devralacağı ticarî işletmenin Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu'nda zikredilen defter-i kebir, envanter ve yevmiye defter ve kayıtlarını incelese bile haksız fiili gibi, iş kazası veya çalışanların fazla mesai vs gibi bu defter ve kayıtlara geçmeyen, bilinmeyen alacaklar devralan bakımından büyük riskler gösterebilir¹⁸.

Her iki devir sisteminin sakıncalarının bertaraf edilmesi bakımından yeni bir sisteme ihtiyaç doğmuştur. Bu doktrinde kısmi külli halefiyet olarak adlandırılan devir yöntemidir.

IV. Kısmi Külli Halefiyet

Kısmi külli halefiyette, devredenin malvarlığının belirli bir kısmı malvarlığı unsurları için ayrı ayrı işlem yapmaya gerek olmaksızın tek bir işlem ile devralana intikal etmektedir. Külli halefiyet ile kısmi külli halefiyet arasındaki farklar vardır. İkisi arasındaki temel farklılık, devrin kapsamına dairdir. Külli halefiyette, halef olan selefin tüm malvarlığını devralmaktadır. Külli halefiyetin özellikle ölüm halinde terekenin geçişi veya şirketlerin birleşmesi halinde uygulaması gereklidir. Zira selefin ya kişiliği sona ermekte ya da başka bir tüzel kişide vücut bulmaktadır. Fakat kısmi külli halefiyette devrin konusu, malvarlığının belirlenmiş ya da sınırlanmış bir kısmıdır. Halefiyet yoluyla bu belirlenmiş malvarlığı devredilmektedir¹⁹.

Külli halefiyet ve kısmi külli halefiyetin sonuçları bakımından farklılık olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir düşünceye göre, kısmi külli halefiyet sınırlandırılmış veya belirlenmiş bir malvarlığının külli intikalidir. Sadece belirlenmiş bir malvarlığı

¹⁶ HELVACI, s. 102 vd.

¹⁷ ÇELİKBOYA, s. 188.

¹⁸ ÇELİKBOYA, s. 189.

¹⁹ HELVACI, s.105.

sözkonusu olup sonuçları itibarıyla külli halefiyetin hükümleri doğar. Sadece malvarlığı unsurları kapsam olarak sınırlandırılmış olup, sonuçları bakımından külli halefiyetten bir farkı yoktur²⁰. İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği bir kararda kısmi külli halefiyetin sadece nicelik bakımından kısmi olduğunu, nitelik yönünden külli halefiyete eşdeğer olduğuna hükmetmiştir²¹.

Doktrinadaki diğer düşünceye göre, kısmi külli halefiyet sadece malvarlığının daraltılmış kapsamı bakımından değil, sonuçları yönünden de külli halefiyetin daraltılmış halidir. Bu düşünceye göre, kısmi külli halefiyetin amacıdevir işleminde kolaylık sağlamaktır. Fakat düzenlemenin bu amacı devir sözleşmesine taraf olan kişilerin dışında devirden etkilenen kişilerin menfaatlerine hanel getirmemelidir. Kısmi külli halefiyet istisani bir düzenleme olup, devir sözleşmesi dışındakilerin haklarına olumsuz etkileri bakımından kısmi külli halefiyetin uygulanmaması gerekir²².

V. Kısmi Külli Halefiyet İle İlgili Görüşümüz

TTK. m. 11/III düzenlemesiyle birlikte ticarî işletmeye daimi olarak tahsis edilen malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde devrine imkan tanınmıştır.

Katıldığımız düşünceye göre, ticarî işletmenin malvarlığı özel bir malvarlığıdır. Hukuk düzenine göre her şahsın bir malvarlığı vardır. Bu kişinin genel malvarlığıdır. Kişi bu genel malvarlığı içinden bir malvarlığını özel bir amaca özgülenmiş olabilir. Özel malvarlığı, kişinin genel malvarlığı içinde sınırlayarak belirli bir amaca özgülediği ve özel bir rejime tabi malvarlığıdır. Özel malvarlığının ölçütleri henüz tam olarak belirlenmemişse de genel bir ifadeyle, belirli bir amaca özgülenmiş olması, kişinin diğer malvarlığından ayırt edilmesi ve bazı açılardan özel bir rejime tabi olması olarak açıklanabilir²³.

Ticarî işletmenin malvarlığı da kendi başına iktisadi bir bütün olarak, belirli bir amaca özgülenmiş ve özel bir rejime tabi kılınmış olduğundan özel malvarlığı olarak kabul edilebilir.

TTK. m. 11/III düzenlemesi ticarî işletmenin malvarlığını sahibinin diğer malvarlığından ayırmaktadır. Düzenlemede, “*ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurları*” ve “*sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları*” ifadeleri kullanılmıştır. Düzenleme metninde ticarî işletmenin malvarlığı, sahibinin diğer malvarlığından ayrılmıştır. Kanun koyucu bu ifadeler ile ticarî işletmeye sürekli olarak özgülenen bir malvarlığından ve ticarî

²⁰ HELVACI, s. 108.

²¹ ÇELİKBOYA, s. 192.

²² ÇELİKBOYA, s. 192, dipnot 715’de belirtilen yazar Turin bu görüştedir.

²³ ARICI, s. 33.

işletmenin içerdiği malvarlığı değerlerinden söz etmektedir. Eğer kanun koyucunun ticarî işletmenin malvarlığını özel bir malvarlığı olduğunu düzenleme amacı olmasaydı bu şekilde açık ifadelere yer vermezdi.

Bu sebeple ticarî işletmenin devri halinde, sahibinin tüm malvarlığı değil, ticarî işletmeye daimi olarak tahsis edilen/özümlenen malvarlığı devredilmektedir. Ticarî işletmesini devreden bir tacirin işletmeye dâhil olmayan evi veya eşinin kullandığı arabası devir kapsamında yer almayacaktır. Bu malvarlığı tacirin genel malvarlığı içinde yer alamaya devam edecektir.

Ticarî işletmenin malvarlığı farklı bir özellik göstermektedir. Hukuki açıdan ticarî işletmenin malvarlığı, tacirin genel malvarlığın içinde fakat ticarî işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş özel bir malvarlıştır.

Ticarî işletmenin malvarlığının sahibinin genel malvarlığından ayırdığı ve başka bir rejime tabi tuttuğu özel bir malvarlığı kabul edilmesinin doğal sonucu bizi kısmi külli halefiyet yoluyla devri kabul etmeye götürür. Zira kısmi külli halefiyette devreden tarafından belirli hale getirilmiş, yani daimi surette ticarî işletmeye tahsis edilmiş malvarlığı devrin konusunu oluşturur. Ticarî işletmenin unsurlarından birisi, iktisadi bir amaç olan gelir getirmeyi hedeflemek için belirli bir amaca özgülemiş bir malvarlığının bulunmasıdır. Tacir genel malvarlığı içindeki bir kısmı belirli hale getirerek veya sınırlandırmak suretiyle ticarî işletmeye tahsis etmektedir. Ticarî işletmesini devrettiği zaman da bu belirlenmiş veya sınırlandırılmış malvarlığını devretmektedir. Bu sebeple ticarî işletmenin malvarlığının devrine en uygun devir yönteminin kısmi külli halefiyet olduğu düşüncesindeyiz.

Zaten TTK. m. 11/III-c.2 hükmü ile ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarından bazılarının devir kapsamı dışında bırakılabileceği kabul edilmiştir. TTK. m. 49/I'de ticaret unvanı devir kapsamı dışında bırakılamaz. Bu şekilde açık hükümlerde öngörülenler dışında aktiflerin bir kısmı devir sözleşmesi ile kapsam dışında bırakılabilir²⁴. Bu düzenleme tarafların devir konusu aktiflerin sınırlandırılmasında kısmi bir serbestlik tanındığını göstermektedir.

Kanun koyucu tarafından işletmenin aktiflerinden bir kısmının devir kapsamı dışında bırakılabileceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, ticarî işletmenin devrinden söz edebilmek için en azından, devredilen unsurlarla ticarî işletmenin faaliyetine devam edebilmesi şarttır²⁵.

²⁴ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 200.

²⁵ ARKAN, s. 42 vd.

Külli halefiyet ve kısmi külli halefiyetin sonuçları bakımından bir farklılık yaratmaya gerek olmadığı düşüncesindeyiz. Sonuç itibarıyla kısmi külli halefiyet sadece malvarlığının sınırlandırıldığı külli halefiyetten başka bir şey değildir. Külli halefiyetin amacı ile kısmi külli halefiyetin amacı aynıdır: Malvarlığı unsurlarının tek bir işlemle bir bütün halinde devralan geçirilmesidir.

Kısmi külli halefiyet ile külli halefiyet arasındaki fark İsviçre Federal Mahkemesinin de ifadesiyle nitelik bakımından değil nicelik yönündendir. Kısmi külli halefiyette belirlenmiş veya sınırlandırılmış malvarlığı unsurları bir kül halinde devralana intikal etmektedir. Kanaatimizce ticarî işletmenin malvarlığı, tacirin genel malvarlığından ayrı özel bir malvarlığı olduğundan, işletmeye daimi olarak tahsis edilen malvarlığının devrinde kısmi külli halefiyet yöntemi benimsenmelidir.

§ 7. DEVRİN KAPSAMI

I. Aktiflerin Devri

1) Genel Olarak

TTK. m. 11/III düzenlemesiyle birlikte ticarî işletmenin bir kül olarak devir sözleşmesine konu olması gerekir. Çünkü ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının tek tek münferit sözleşmelerle üçüncü kişilere devrine TTK. m. 11/III hükmünün uygulanması mümkün değildir. TTK. m. 11/III-c.2 hükmü ile ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarından bazılarının devir kapsamı dışında bırakılabileceği kabul edilmiştir. Ticarî işletmenin malvarlığına dâhil olup da, devir kapsamında bırakılamayacak tek malvarlığı unsuru ticaret unvanıdır. TTK. m. 49/I'de ticaret unvanı konusunu özel olarak devir kapsamı dışında bırakılamayacak malvarlığı olarak düzenleme gereği duyulmuştur. Buna karşılık, işletme adı kanun koyucu tarafından özel olarak yasaklanmadığı için devir sözleşmesinin dışında bırakılabilir²⁶.

Kanun koyucu tarafından işletmenin aktiflerinden bir kısmının devir kapsamı dışında bırakılabileceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, ticarî işletmenin devrinden söz edebilmek için en azından, devredilen unsurlarla ticarî işletmenin faaliyetine devam edebilmesinin şart olduğu unutulmamalıdır²⁷. Kanun koyucu, TTK. m. 11/III düzenlemesinde iki kez “*bir bütün halinde*” ifadesini vurgulamıştır. Bu düzenleme yokken de doktrinde “*devamlılığı sağlamak suretiyle*” devrin yapılması gerektiği ilkesi benimsenmiştir. Daha sonra TSY. m. 133/I

²⁶ ÜLGİN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 200.

²⁷ ARKAN, s. 42 vd.

hükmünde açıkça “devamlılığı sağlamak suretiyle” ifadesi kullanmıştır. Doktrinde ve uygulamada farklı ifadeler kullanılsa bile, hakim görüş, devredilen unsurlarla ticarî işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesinin mümkün olmasıdır. Bu bütünlük sağlandığında devre konu ticarî işletmenin ekonomik bütünlüğü ve devamlılığının da sağlanabileceği düşüncesi ile bu husus mevzuatta düzenlenmeden önce de kabul edilmekteydi²⁸.

Yargıtay, işyerinin devri ile ilgili verdiği çok önemli bir kararda bu konudaki temel ilkeleri vurgulamıştır. Yargıtay’a²⁹ göre, devir, ekonomik bütünlüğü olan işletme veya işyerinin tamamı veya belirli kısmının kimliğini koruyarak devridir. Ekonomik bütünlüğün, mal veya hizmet üretiminde teknik gayenin takip edildiği işlev görebilen bir organizasyon bütünlüğü olduğu³⁰ kabul edilmiştir.

İşletmeye ait malvarlığı unsurlarından hangilerinin işletmenin faaliyetine devam ettirmesi için zorunlu olduğu, onun niteliği, devir sözleşmesinin kapsamı ve somut olayın koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir³¹. Doktrinde bazı yazarlarca³² aslî-talî unsur ayrımı yapılmaktadır. Kanaatimizce, her işletmenin özelliğine göre farklılık arz edeceği için bu konuda önceden bir kıstas belirlemek doğru değildir. Zira işletmelerin niteliğine göre insan kaynağı ile birlikte know-how işletmenin devamlılığı bakımından zorunlu unsuru olabilir. Başka bir işletmede ise makine veya taşınmazlar devamlılık için zorunlu unsur olabilir. Bu sebeple işletmenin niteliğine göre, devredilen malvarlığının işletmenin devamlılığı için yeterli olduğu tespit edilmesi gerekir. Ancak böyle bir tespit yapıldığında, devrin, TTK. m. 11/III düzenlemesi kapsamında olduğu kabul edilir³³. Aksi takdirde bunu söylemek mümkün olmaz. Bunun tabîî sonucu olarak, ticarî işletmenin devri sözleşmesinin sadece pasiflerin devri için yapıldığı, fakat aktiflerin hiç dâhil edilmediği bir sözleşme de işletmenin devri sözleşmesi olarak kabul edilmez. Böyle bir sözleşme alacaklılara karşı hiçbir hüküm ifade etmez.

İşletmenin devri sözleşmesinde açıkça kapsam dışı bırakılmadığı sürece, işletmeye sürekli şekilde tahsis olunan tüm malvarlığı unsurları ile birlikte özel olarak işletme değeri, duran malvarlığı, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve fikrî sınâî hakları devralana geçer. TTK. m. 11/III düzenlemesinde işletmeye ait her bir malvarlığı unsurunun ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılmasına gerek olmaksızın, devir sözleşmesi ile devralana geçeceği öngörülmüştür. Türk

²⁸ TEKİNALP, s. 13; ARSLANLI s. 113; ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.201.

²⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 06.04.2009 tarih, 2009/13501 Esas, 2009/9655 Karar sayılı ilamı (Yayımlanmamış karar).

³⁰ Karar metni için bkz. ÇİL, Şahin; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2010, s. 141.

³¹ ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 201; ARICI, s. 73.

³² ARSLANLI, s. 113.

³³ ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 201.

hukuku bakımından, devir sözleşmesinde açıkça kapsam dışı bırakılmadığı takdirde işletmeye ait aktiflerin devrin kapsamında olduğu söylenebilir. Bu düzenleme, taraflar arasında hangi unsurların kapsam dışı bırakılacağı veya hangi unsurların işletmenin faaliyetinde devamlı olarak tahsis edildiği ile ilgili ihtilaflara yol açabilir³⁴. En azından İsviçre hukukundaki gibi bir devir envanteri veya bilançosunun da hazırlanması³⁵ ve ilânı ile birlikte ilgili sicillere derhal işlenmesi şartları eklenmiş olsaydı, işlem güvenliği ve eşya hukukunun belirlilik ilkesi bakımından daha isabetli olurdu³⁶.

2) Maddî Unsurların Devri

a) Duran (Yatırım) Malvarlığının Devri

TTK. m. 11/III düzenlemesi ile devrin kapsamında olduğu belirtilen duran malvarlığı, ticarî işletmenin faaliyetine devamlı surette özgülenen maddî yatırım malvarlığıdır. Bu kavrama öncelikle, daimi şekilde işletmenin faaliyetine tahsis edilen gayrimenkuller mekuller ile mütemmim cüzleri ve teferruatları da dâhildir. Aynı şekilde işletmenin faaliyetlerinde kullanılan tüm makine, motorlu taşıt, mobilya ve benzeri taşınır malların duran malvarlığı olarak kabul edilir. Bunlar işletmenin devri kapsamındadır. Fabrika binaları, imalathaneler, satış yerleri, depolar gibi taşınmazlar ile işletmenin üretim bölümünde kullanılan teknik araçlar, işletmede kullanılan bilgisayar, faks, telefon ve benzeri mallar da bu kapsama girmektedir³⁷.

b) Dönen Malvarlığının Devri

TTK. m. 11/III'te açıkça zikredilmemiş olmasına ve teknik olarak da duran malvarlığı kapsamına girmemesine rağmen, işletmenin para mevcudu, hammadde, yarı mamul mallardan oluşan dönen varlıklar da ticarî işletmenin devredilen malvarlığı değerleri arasındadır³⁸.

3) Maddî Olmayan Unsurların Devri

a) Ticaret Unvanı ile Ayırt Edici Ad ve İşaretlerin Devri

Ticarî işletmenin devrin kapsamındaki malvarlığına dâhil maddî olmayan unsurlar arasında, taciri, işletmeyi ve işletmenin mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırt etmeye yarayan ad ve işaretler, yani sırasıyla ticaret unvanı, işletme adı ve marka girer. Nitekim TTK.

³⁴ Aynı yönde ARICI, s.215, AYDIN, s. 18, ÖZ, s.115.

³⁵ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ ERTAN, s. 202.

³⁶ ARICI, s.185 vd.

³⁷ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ ERTAN, s. 183.

³⁸ KARAYALÇIN, s. 173.

m. 11/III'te ticaret unvanı özel olarak belirtilmiştir. Bu sebeple fikrî mülkiyet hakları yanında internette bir tanıtma vasıtası olarak kullanılan işletmeye ilişkin alan adları da ayırt edici ad ve işaretlere dâhildir³⁹.

b) Fikrî Mülkiyet Haklarının Devri

TTK. m. 11/III hükmüne göre, fikrî mülkiyet hakları işletmenin devredilen malvarlığına dâhildir. Fikrî mülkiyet hakları olarak tanımlanan hakların başında, faaliyet süreci içerisinde elde edilen veya devralınan patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar gibi 6769 sayılı Sınâî Mülkiyet Kanununda sayılan haklar gelmektedir. Yine Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında koruma altına alınan telif haklarının, bu anlamda özellikle bir eserden ekonomik olarak yararlanma imkânı sağlayan malî hakların da, işletmenin malvarlığına dâhil olduğu kuşkusuzdur. Bu malî haklar doğrudan eser sahibi sıfatıyla ticarî işletmeye ait olabileceği gibi sonradan işletme tarafından devralınmış olabilir⁴⁰.

Yargıtay⁴¹ tarafından verilen bir kararda, markanın sahibi olan ticarî işletmenin devri halinde, sözleşmede yazılı olmasa bile markanın da devredilmiş sayılacağına hükmetmiştir.

Uluslar arası hukuk düzenlemeler olan Paris Sözleşmesindeki⁴² markanın devrini ticarî işletmenin devrine bağlayan düzenlemeyi değiştiren TRIPS. olarak bilinen TicaretleBağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasıdır⁴³. TRIPS.⁴⁴m. 21 düzenlemesi ile markanın ticarî işletme

³⁹ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 184.

⁴⁰ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 184.

⁴¹ Yargıtay 11. HD., T.14.09.1999, E. 1999/1896, K 1999/6794 sayılı ilamda, prensip 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. Yargıtay o dönem yürürlükte olan mülga 556 sayılı KHK.nin 16/II.maddesi uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte eBK. m 179 hükmüne göre devrolunması halinde aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye dahil bir unsur olan markanın da devrini kapsadığını karar vermiştir. Dava konusu uyuşmazlıkta M.T. K.....'un kurduğu ve %95 oranda pay sahibi bulunduğu şirkete önceki ticari işletmesini aktif ve pasifi ile devrettiği anlaşıldığından markasını da devrettiği sonucuna varılması gerektiğine karar verilmiştir. www.kazanci.com, (Erişim tarihi, 02.04.2020).

⁴²Paris Sözleşmesi, sınai hakların korunması hususunda 20 Mart 1883 tarihinde İmzalanmış 14 Aralık1900'de Brüksel'de, 2 Haziran 1911'de Washinton'da, 6 Kasım 1925'te La Haye'de, 2 Haziran 1934'te Londra'da, 31 Ekim 1958 Lizbon'da ve 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de revize edilmiştir. Sınâî mülkiyet haklarının korunması hususunda 20.3.1883 tarihinde imzalanan bu sözleşmeye Türkiye sonradan katılmıştır. Kabul Tarihi: 15.5.1930.- Kabul Kanunu No: 1616 (RG, 29.05.1930, S. 1506). Sonraki revizyonlar da Türkiye tarafından kabul değişik tarihlerde kabul edilmiştir. Bkz. <https://fikrimulkiyet.com>, (Erişim tarihi, 04.04.2020)

⁴³ Fikrî mülkiyet haklarının korunması bakımından 1986-1994 yılları arasında sürdürülen Uruguay Turu müzakereleri sırasında Dünya Ticaret Örgütü'nün kurucu anlaşmasına ek olarak kabul edilen TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), DTÖ içerisinde yer alan diğer konuların yanında, ticaretle bağlantılı fikri mülkiyet haklarını düzenleyen bir anlaşma olarak uluslararası ticaret sistemine 1995 yılında eklenmiştir.

TRIPS, bugüne kadar fikri mülkiyet alanında uluslararası düzeyde kabul edilen en kapsamlı anlaşma olarak geçmektedir. Anlaşmanın önemi, Paris ve Bern Anlaşmalarına atıfta bulunmakla birlikte, bırakılan boşlukları da doldurma işlevi görebilecek nitelikte olması ve kapsam-yaptırım açısından daha geniş kabul edilmesidir. Anlaşmanın amacı; uluslararası ticaretteki engelleri ve düzensizlikleri azaltmak, fikri mülkiyet haklarının

ile birlikte devri zarureti yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenlemeden sonra markanın ticarî işletmeden ayrı devredilebileceği kabul edilmektedir⁴⁵. Türk hukukun da bu husus kabul edilmektedir. Fakat 6769 sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu m. 60/II düzenlemesine göre, tasarımların önceki kullanımından doğan hakları ticarî işletmeden ayrı devredilemez. Yine aynı düzenlemenin 60/II hükmüne göre, zorunlu lisanslar ticarî işletmeden ayrı devredilemez. Her iki sınâî hakkı ancak ait olduğu ticarî işletmenin devri ile mümkündür.

TTK. m. 11/III düzenlemesinde, işletmenin gayrî maddî malvarlığı unsurlarının teker teker sayılması yerine, ismen zikredilen hakların yanı sıra gelişmeye açık bir hüküm öngörülmüştür. Özellikle son dönemde fikrî ve sınâî haklar alanında kabul gören coğrafi işaretler, yeni bitki çeşitleri, entegre devre topografyaları, bilgisayar programları, veri tabanları gibi hakları da kapsayan bir düzenleme yapılmıştır. Kanun koyucu gelişmeye açık olan fikrî mülkiyet hakları kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Bu arada patent korumasından yararlanamayan ancak sahibine ekonomik bir yarar sağlayan teknik bilgi ve deneyimler de (know-how⁴⁶) bu kapsamda değerlendirilebilir⁴⁷. Belirtelim ki, know-how'un hukukî niteliği tartışmalıdır. Buna karşılık, sahibi açısından bir ekonomik değer ifade eden bu bilgi ve tecrübelerin haksız rekabete veya en azından haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde korunacağı konusunda doktrinde görüş birliği vardır⁴⁸.

uygulanmasına ilişkin usul ve önlemlerin ticaret için bir engel teşkil etmemesini sağlamaktır. Bu amaca yönelik olarak, fikri mülkiyet haklarının tanınması, gerekli korumanın sağlanması, üye ülkelerin ulusal planda ve birbirlerine ait fikri mülkiyet haklarını korumaları bağlamında asgari standartların belirlenmesi gibi hususlara anlaşma kapsamında yer verilmiştir. TRIPS, bir çerçeve anlaşma olup, üye ülkeler ulusal mevzuatlarını hazırlarken kabul edilen asgari standartlara uymak zorundadır. DTÖ, üyelerince kabul edilen TRIPS. Anlaşmasının uygulanması için DTÖ, bünyesinde Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Konseyi (TRIPS. Konseyi) kurulmuştur. Konsey, üye ülkelerin ulusal mevzuatlarını gözden geçirme ve TRIPS ile belirlenen standartlara uyulup uyulmadığını denetlemekle görevli olup, DTÖ, bünyesindeki 4 ana Konseyden biridir.

Türkiye ile ilgili ilk gözden geçirme 2000-2001 döneminde tamamlanmış olup mevzuatımız anlaşma hükümleri ile büyük ölçüde uyumludur.

DTÖ'nün kurucu üyelerinden olan Türkiye, TRIPS. Anlaşması'na DTÖ. kurulurken taraf olmuş, gelişmekte olan ülkeler için geçiş sürecinden de faydalanarak DTÖ. kurulduktan 5 yıl sonra 2000 yılında anlaşma hükümlerini uygulamaya başlamıştır. Bkz. www.telifhaklari.gov.tr, (Erişim tarihi, 04.04.2020)

⁴⁴ TRIPS. m. 21 düzenlemesine göre, üyeler markalar için lisans verilmesi ve markaların devredilmesi ile ilgili koşulları tespit edebilirler, ancak markalar için zorunlu olarak lisans verilmesine izin verilmeyeceği ve tescilli bir marka sahibinin markanın ait olduğu işi devretse de devretme de markayı devretme hakkına sahip olacağı anlaşılmaktadır.

⁴⁵ CARVALHO, Nuno Pires de; From Babylon to the Silicon Valley—The Origins and Evolution of Intellectual Property: A Sourcebook, Kluwer Law International B.V., 2020, ISBN 9789403517544, s. 265.vd.

⁴⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. OĞÜZ, Tufan; Know-How Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2018; ERBAY, İsmail; Know- How Sözleşmesi, Ankara 2010.

⁴⁷ ARKAN, s. 32.

⁴⁸ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 184.

c) Haklar ve Alacakların Devri

TTK. m. 11/III madde metninde açıkça belirtilmemekle birlikte, işletmenin faaliyeti sırasında oluşan tüm alacaklar ile bu alacakları güvenceye alan ipotek ve rehin hakları da işletmenin malvarlığına dâhil unsurları arasında kabul edilmektedir⁴⁹. Bu sebeple ticarî işletmenin devri halinde ona ait malvarlığı unsuru kabul edilen haklar ve alacaklar da devrin kapsamına girer.

d) Müşteri Çevresi/İşletmenin Ticarî İtibarı/Peştamaliyenin(Good-will) Devri

Ticarî işletmenin kül halinde hukukî işlemlere konu edilebileceğinin öngörülmesinin temel nedeni, kendisini oluşturan münferit unsurların ekonomik değerlerinin toplamından daha fazla bir değere sahip olması gerçeğine dayanmaktadır. Bu fazla değere yol açan unsurlardan birisi de, işletmenin zaman içinde kazandığı müşteri çevresidir⁵⁰.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde müşteri çevresi hakkında hiçbir düzenleme mevcut değildi. Buna karşılık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda kendisine işletme değeri kavramı altında özel bir yer bulmuştur. TTK. m. 11/III'ün madde gerekçesinde, ticarî işletmenin malvarlığının önemli bir unsuru olarak nitelendirilen işletme değeri, “işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin teker teker malvarlığı unsurlarının toplamının değerini aşan değer” şeklinde ifade edilmiştir.⁵¹ İşletmenin ekonomik değerini arttıran diğer unsurlara faaliyet sürecinde kazanılan teknik bilgi ve deneyimler “know-how” da misal gösterilebilir.

Ticarî işletme faaliyete başlamasından sonra zamanla işletme belirli bir müşteri çevresi kazanacak ve bunun neticesinde itibar elde edecektir. İşletme organizasyonu altında müşteriye sunulan mal ve hizmetler neticesinde kazanılan itibar şüphesiz işletme değerini etkileyen önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay da bu durumun işletme bakımından bir ekonomik değer teşkil ettiği görüşündedir⁵².

⁴⁹ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 185.

⁵⁰ KARAYALÇIN, s. 174; ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 186.

⁵¹ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 187.

⁵² Yargıtay 11. HD, T: 25.11.1976, E: 1976/ 4568, K: 1976/5124(Yayımlanmamış karar).

Yargıtay tarafından ticarî işletmenin devri halinde işletmenin maddi malvarlığına ilaveten meydana gelen değerinin devri karşılığı peştemaliye adı altında ilave bir bedelin ödenebileceğine cevaz verilmiştir⁵³.

e) Sözleşmelerin Devri

aa) Genel Olarak

Ticarî işletme devrinin kapsamı belirlemek bakımından, onun malvarlığı unsurları arasında sayılamayacak olan ve borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin akıbetinin incelenmesi son derece önemlidir. İşletmenin önceki sahibi tarafından yapılmış bir sözleşmenin akıbeti ne olacaktır? Türk hukukunda münferit sözleşmelerin, kira sözleşmesinin ve iş sözleşmelerinin devri ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Buna karşılık, ticarî işletmenin devri halinde sözleşmelerin akıbeti hakkında Türk hukukunda özel bir düzenleme yapılmamıştır⁵⁴. Kanun koyucunun bu konuda düzenleme yapmaması bir kanun boşluğu mudur, yoksa bilerek mi düzenleme yapılmamıştır?

bb) Münferit Olarak Sözleşmelerin Devri

Sözleşmekli taraflarından birinin ayrılarak yerine dışarıdan başka bir şahsın taraf sıfatı ile sözleşme ilişkisinin bütün halinde devralınması, sözleşmenin devri olarak kabul edilmektedir⁵⁵.

Sözleşmenin devrinde sözleşme hükümleri aynı kalmakta, taraflarından biri değişmektedir⁵⁶. Sözleşmenin devrinde taraflardan biri sözleşmeden ayrılmakta, onun yerine dışarıdan yeni bir kimse taraf olarak sözleşmeye girmektedir. Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede taraf kalan arasında yapılır. Sözleşmede kalan taraf önceden vereceği izin ya da sonradan vereceği onay ile yapılabilir. Sonuç itibarıyla devreden ile devralan arasındaki sözleşmenin tarafı olma sıfatının sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiye geçmesini sağlayan hukukî bir işlemdir⁵⁷. Münferit şekilde yapılan sözleşmenin devri, Türk hukukuna TBK. m. 205 hükmü ile gelmiştir⁵⁸.

⁵³ Yargıtay 4. HD., T. 3.06.1985, E.1985/2315, K.1985/5606 sayılı kararı <https://www.kyhukuk.com.tr>, (Erişim tarihi, 25.03.2020).

⁵⁴ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 207.

⁵⁵ EREN, 1405 vd.

⁵⁶ TERCİER/PİCHONNAZ, s. 386.

⁵⁷ OZANEMRE YAYLA, s. 2927 vd.

⁵⁸ EREN, s. 1405.

cc) Ticari İşletmenin Devri Halinde Sözleşmelerin Akıbeti

Ticarî işletmeyi devralanın devirden beklediği faydayı elde edebilmesi, onun müşteri çevresi, faaliyeti ve organizasyonu ile birlikte devri ile mümkündür⁵⁹. Zaten ticarî işletmenin devrine girişmenin amacı bu bütünlüğü devralmaktır. Ticarî işletmenin devrini münferit bir malvarlığı unsurunun devrinden ayıran husus budur.

Ticarî işletmenin bir bütün halinde malvarlığı, faaliyeti ve organizasyonu ile devralana geçirilmesi bakımından sözleşmelerin devri önemlidir. Ticarî işletmelerin devrine ilişkin TTK. m. 11/III ve TBK. m.202 hükmünde sözleşmelerin akıbeti veya intikali ile ilgili açık bir hüküm yoktur. Bu sebeple sözleşmelerin akıbeti ile ilgili belirsizlik ve farklı görüşler vardır.

Ticarî işletmenin devri halinde işletme faaliyeti kapsamında devreden tarafından yapılan sözleşmelerin kendiliğinden devralana geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Sonuç olarak ticarî işletmenin devri halinde sözleşmenin diğer tarafının rızası aranır mı? Yoksa TBK. m. 205 hükmündeki münferit şekilde gerçekleşen sözleşme devirlerindeki gibi, sözleşmenin diğer tarafının rızasının aranması gerekir mi? TTK. m.11/III düzenlemesinin amacı dikkate alındığında, TBK. m. 205 hükmündeki, sözleşmede kalan diğer tarafın onayı şartı ortadan kalmış mıdır?

dd)Ticarî İşletmenin Devri Halinde Sözleşmelerin Akıbeti Hakkında Doktrindeki Görüşler

TBK. m. 202 ve TTK. m. 11/III hükümlerinde sözleşmelerin geçişi ile ilgili açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum beraberinde tartışmaları getirmiştir. Bu konuda doktrinde görüşler ileri sürülmüştür⁶⁰.

Bir görüşe göre, sözleşmelerin devri konusunda özel bir hüküm olmadığından TBK. m. 205 hükmüne göre sözleşmede kalan tarafın onayı gerekir. Kanunun lafzından, sözleşmelerin karşı tarafın rızası olmaksızın nakledilemez⁶¹. Bu görüşe göre, ticarî işletmenin devri halinde, sözleşmede kalan tarafın onayı yoksa devir sözleşmeye etki etmez. Bunun sonucu devreden sözleşme ile bağlı kalır. Bu düşünceyi ileri süren yazar, sözleşmede kalan tarafın onayının aranmasının ticarî işletmenin devrini işlevsiz bırakabileceğini kabul etmektedir. Fakat aksini kabul etmenin borçlar hukukun temeli olan sözleşme özgürlüğüne

⁵⁹ ARICI, s. 125, TOPUZ, s. 68, ÇELİKBOYA, s. 367.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. DURMAN, s. 70 vd.; ÜLGEN/ARICI, s. 1790-1791.

⁶¹ TOPUZ, s. 70 vd.

darbe vuracağını savunmaktadır. Bu sebeple ticarî işletmenin devrinde sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın rızası alınmalıdır. Tersinin kabulü özel hukukunun genel prensipleriyle bağdaşmaz⁶².

Doktrindeki diğer görüş, ticarî işletmenin devri halinde sözleşmelerin devrinin zorunluluk olduğunu ileri sürmektedir. Böyle bir durumda sözleşmede kalan tarafın onayını aramak uygulanabilir bir durum değildir. Yazar sözleşmelerin kanun gereği devredildiğini kabul etmektedir⁶³. Küllî halefiyet ilkesi gereğince diğer tüm hak ve borçları ile birlikte sözleşmelerin de kendiliğinden nakli kabul edilmelidir. Sonuç olarak ticarî işletmenin devri, faaliyetleri kapsamındaki sözleşmelerin de devrini kapsadığı ileri sürülmektedir⁶⁴. İşletmenin devri ile ilgili Türk hukukunda ilk monografik çalışmayı yapan yazar, bu düşünceleri eBK. m.179 hükmünün, yani işletmenin malvarlığı unsurlarının devri bakımından cüz'î halefiyetin geçerli olduğu dönemde dahi bu görüş ileri sürmüştür.

Doktrinde, TTK. m. 11/III düzenlemesinden sonra ticarî işletmenin devri ile birlikte, işletme faaliyeti kapsamında yapılan sözleşmeler kendiliğinden devralana geçtiği ve bunun için sözleşmede kalan tarafın rızası aranmayacağı ileri sürülmüştür⁶⁵.

Doktrinde başka bir yazar, kombinasyon teorisini benimsemiştir. Buna göre, ticarî işletmenin devri sözleşmeden doğan alacak ve hakların aynı kişiye devredilmesi halinde sözleşmelerin de devredildiği kabul edilmeli ve sözleşmede kalan tarafın rızası aranmamalıdır⁶⁶.

ee) Ticarî İşletmenin Devri Halinde Sözleşmelerin Akıbeti Hakkında Görüşlerimiz

Kanaatimizce, ticarî işletmenin devri halinde, işletmenin faaliyetleri kapsamında yapılan sözleşmelerin geçişi bakımından TBK. m. 205 hükmünün uygulama alanı bulacağı ve sözleşmede kalan tarafın rızasının aranması uygun bir çözüm değildir. TBK. m. 205 düzenlemesi münferit sözleşmelerin devri ile ilgili bir hükümdür. Ticarî işletmenin devri münferit bir malvarlığı unsurunun devri ile kıyaslanamayacak kadar geniş bir kurumdur. Münferit sözleşmelerin devri ile ticarî işletmenin devri arasında çok temel farklar vardır. Bunlar, sözleşmenin devri diğer tarafın katılımıyla gerçekleştirilen bir müessesedir. Buna

⁶² TOPUZ, s.71.

⁶³ ACEMOĞLU, s. 79.

⁶⁴ ACEMOĞLU, s. 79; ARICI, s. 129; DURMAN, s. 142; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 180; AKÇAAL, s. 125.

⁶⁵ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER/ERTAN, s. 208.

⁶⁶ ARICI, s. 137.

karşılık, işletmenin devrinde devralan veya devreden dışındakilerin sözleşmeye katılmasına veya onaylamasına gerek yoktur. Yine sözleşmenin devri münferit bir işlem iken, ticarî işletmenin devri malvarlığı unsurları yanında işletmenin faaliyet ve organizasyonu gibi maddi varlığı olmayan unsurların da devrini kapsar.

Bu görüş sahipleri tarafından ileri sürülen, işletmenin faaliyeti kapsamında yapılan sözleşmelerin devrine, sözleşmede kalan tarafın onay vermemesi halinde, devreden sözleşme ile bağlı kalacağı sonucu işin mahiyeti ve taraf menfaat dengelerine uygun değildir. Çünkü ticarî işletmenin devri ile birlikte, işletmenin malvarlığı ve organizasyonu bir bütün halinde devralana geçmektedir. İşletmesini yani faaliyeti devreden, işletmenin faaliyeti kapsamında yapılan bir sözleşme ile bağlı olması uygun bir çözüm değildir. Zira ticarî işletme devredildiği için sözleşmenin karşı ediminin devreden bakımından yararı kalmaz. İşletmenin faaliyeti kapsamında yapılan bir sözleşmenin ifasında yararı olan işletmeyi devralandır. Sözleşme işletmenin faaliyeti kapsamında yapıldığı için artık devreden değil, devralanın bağlı olması için mahiyetine ve taraf menfaat dengelerine daha uygundur. Sözleşmede kalan taraf bakımından, sözleşmenin karşı edimi bakımından devreden zaten iki yıl boyunca sorumludur. Devralan her halükarda süre sınırı olmaksızın tüm malvarlığı ile sorumludur. Bu sebeple ticarî işletmenin faaliyeti kapsamında yapılan bir sözleşmede kalan tarafın onay vermemesi halinde devreden sözleşme ile bağlı kalacağı sonucuna katılmak mümkün değildir. İşletmesini devreden bir kişi zaten bu faaliyetini devrettiğinden sözleşme ile bağlı kalması beklenmemelidir.

Kanaatimizce, TBK. m. 205'te münferit bir sözleşmenin devri düzenlenmektedir. Bunun sonucu, ticarî işletmenin bu düzenlemenin uygulanma imkânı yoktur. Zira bahsi geçen hüküm, işletmenin devrini de imkânsız kılacak bir sonuca yol açabilir. Hâlbuki günümüzde işletmelerin yüzlerce sözleşme yaptıkları bir gerçektir. Üstelik bu işletmeler karmaşık yapılara sahiptir. Bu durum dikkate alındığında tek tek sözleşmenin diğer tarafının onayını almaya çalışmak işletmenin devrini işlevsiz kılabilir.

Ticarî işletmenin devri halinde işletmenin faaliyeti kapsamında yapılan sözleşmelerin, sözleşmede kalan tarafın onayı aranmaksızın intikal ettiğinin kabulü gerekir. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu düzenlemelerinin amacı göz önüne alındığında ticarî işletmenin bir bütün halinde devredilmesinin öngörüldüğü söylenebilir.

İşin esası bakımından ticarî işletmeyi devralanın devirden beklediği faydayı elde edebilmesi, onun müşteri çevresi, faaliyeti ve organizasyonu ile birlikte devri ile

mümkündür⁶⁷. Ticarî işletmenin devrini münferit bir malvarlığı unsurunun devrinden ayıran husus budur.

Ticarî işletmenin bir bütün halinde malvarlığı, faaliyeti ve organizasyonu ile devralana geçirilmesi için sözleşmelerin de sözleşmede kalan tarafın onayı olmaksızın devralana geçtiği kural olarak kabul edilmelidir⁶⁸.

Doktrindeki bir görüşün ileri sürdüğü gibi, ticarî işletmenin devri halinde sözleşmede kalan tarafa otomatik fesih hakkı tanınması gerektiği düşüncesine katılma imkânımız yoktur. Kanaatimizce, kanun koyucu bilinçli olarak bu konuyu düzenlememiştir. Bu sebeple, burada bir kanun boşluğu bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu işyerinin devri ve şirketlerin birleşmesi, tür değiştirmesi halinde iş sözleşmelerinin akıbetini özel olarak düzenlemiştir. Kanun koyucu ticarî işletmenin bir bütün halinde devrini öngörmekle, sözleşmelerin de sözleşmede kalanın onayı olmaksızın devralana geçmesi gerektiği yönünde kullanmıştır. Düşüncemize göre, kanun koyucu özel olarak düzenlediği alanlar dışındaki sözleşmelerin akıbetini bilerek düzenlemekten kaçınmıştır. Zira ticarî işletmenin devrinin mahiyeti ve niteliği bizi bu sonuca götürür. TTK. m. 11/III düzenlemesinin madde başlığının “*bütünlük ilkesi*” olması, bizi kanun koyucunun bilinçli tercih ettiğini sonucuna götürmesinin sebebidir. Kanun koyucunun, kural olarak işletmenin devri halinde işletmenin taraf olduğu sözleşmelerin de devir kapsamında olduğunu kabul ettiği düşüncesindeyiz.

Ticari işletmenin devri ile birlikte malvarlığının aktif ve pasifler unsurları ile birlikte faaliyeti ve bu faaliyetin kapsamındaki tüm hukukî ilişkilerin de devralana geçmesi gerekir. Küllî halefiyet gereği tek işlem olan ticaret siciline tescil edilen devir sözleşmesi ile tüm malvarlığı unsurlarının devredilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Fakat kanun gereği sözleşmenin başkasının devrin mümkün olmadığı sözleşmelerini hariç tutmak gerekir. Örnek göstermek gerekirse, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kanun gereği devri mümkün değildir. Yine sözleşmenin niteliği gereği şahsen ifası zorunlu olan rekabet etmeme sözleşmesi veya rekabet yasağı sözleşmesinin devri mümkün değildir. Taraflar arasındaki sözleşme ile devir yasağı öngörmüş olabilir. Yargıtay henüz TTK. m. 11/III düzenlemesi

⁶⁷ ARICI, s. 125, TOPUZ, s. 68, ÇELİKBOYA, s. 367.

⁶⁸ Mevzuatımızda sözleşmelerin devri için izin aranan hallerde sözleşmenin devri için izin alınmadan ticarî işletmenin devri yapılsa bile, sözleşme devralana geçmeyecektir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 16 düzenlemesi buna örnek gösterilebilir. Doktrinde bu hal devir yasağı olarak adlandırılabilir. Kanaatimizce burada devir yasağı değil, izin sistemi benimsenmiştir. Bkz. ÇELİKBOYA, s. 388.

yokken, eBK. m.179 döneminde bile verdiği bir kararında devir sözleşmesinde kapsam dışı bırakılmadıkça, sözleşmelerin de devrin kapsamında olduğuna karar vermiştir⁶⁹.

Sözleşmede taraf olarak kalana istisnai durumlarda fesih hakkı tanınmasına engel bir düzenleme yoktur. Sözleşmede kalan taraf veya devam etmek istemeyen taraf bakımından fesih hakkının olup olmadığı ile ilgili İşK. m. 6/V düzenlemesi bize yol gösterici olabilir. Düzenlemeye göre, işyerinin devri işçi ve işveren bakımından iş akdini fesih imkânı vermez. Fesih yasağı olarak değerlendirilen bu düzenleme ile iş sözleşmelerinin devirden etkilenmemesi ve devamı amaçlanmaktadır. İşK. m.6/V son cümlesinde ise, işyerinin devri halinde devralan ekonomik ve teknolojik sebepler, yapısal değişimin ihtiyaç doğurduğu fesih hakları ile işçi veya işverenin haklı sebepler fesih hakkının saklı olduğu kabul edilmektedir. Düzenleme ticarî işletmenin devri halinde, sözleşmede kalan taraf veya sözleşmeye devam etmek istemeyen taraf için uygulanması mümkündür. Bu konuda bir engel bulunmamaktadır.

Kanaatimizce ticarî işletmenin faaliyeti kapsamında yapılan sözleşmeler, devir ile birlikte kanun gereği devralana geçmektedir. Fakat İşK. 6/V düzenlemesi yorum yoluyla ticarî işletmelere dâhil sözleşmeler bakımından da uygulanabilir. Buna göre, haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşmede kalan tarafa sözleşmeyi feshedebilme imkânı tanınmalıdır.

Sırf ticarî işletmenin devri sebebiyle sözleşmede kalan veya devam etmek istemeyen tarafa haklı sebeple sözleşmeyi feshetme imkânı tanınmamalıdır. Temel prensip ticarî işletmenin devriyle ticarî işletmenin taraf olduğu sözleşmeler de kendiliğinden devralana geçer. Haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşmede kalan tarafa genel hükümlere göre sözleşmeyi feshetme imkânı tanınmalıdır. Aksi bir düşünce ticarî işletmenin devri kurumunun amacı ve işlevi ile bağdaşmaz. Sadece devir sebebiyle -deyim yerindeyse otomatik olarak- fesih imkânı tanınması da ticarî işletmenin devrini işin içinden çıkılmaz hale getirebilir.

Sözleşmenin bir tarafının şahsi hususiyetlerinin, kişiliğinin, yeteneklerinin sözleşmenin diğer tarafı için vazgeçilmez veya çok önemli olduğu hallerde sözleşmeye devam etmek istemeyene haklı sebeple fesih imkânı tanınmalıdır. Haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşmeyi feshi için sebep teşkil ettiği kabul edilmelidir. Gerçekten de, öyle haklı sebepler olabilir ki tarafların sözleşmeye devamı objektif olarak beklenemez. İşletmenin önceki

⁶⁹ Yargıtay 11. HD'nin 20.02.1975 tarih ve E. 1974/3626, K. 1975/1217 sayılı kararına göre, ticarî işletmenin faaliyetine özgülünen değerlerin, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça işletmenin devri kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Devir sözleşmelerinde özel hat ile telefonun devir kapsamında olmadığına dair bir hüküm sözleşmede olmadığına göre, bunların da işletme ile birlikte devralana geçtiğinin kabul edilmesi zorunluluğu vardır. Bu sebeple devralan hattı kullanmasa bile devirden sonra ortaya çıkan borçtan, sorumlu tutulmalıdır. www.corpus.com.tr, (Erişim tarihi, 20.03.2020).

sahibinin kişisel özellikleri, yetenekleri, bilgisi, olumlu şöhreti sözleşmenin diğer tarafı için tercih sebebi olmuştur. Devredenin tanınmış bir mimar olması sebebiyle işletmesi ile sözleşme yapılmıştır. Fakat sonradan işletmeyi devralan mimar bile değilse sözleşmede kalan taraftan sözleşmeye devam etmesi objektif olarak beklenmemeli ve fesih için haklı sebebin varlığı kabul edilmelidir.

Devir halinde, sözleşmeye devam etmek istemeyen taraf bakımından sözleşmeye devam etmesi objektif olarak beklenemeyecek haklı bir sebep, devralanın kötü şöhreti olabilir. Yine sözleşmenin karşı ediminin devralan tarafından yerine getirilmeyeceğinin veya getirilemeyeceğinin açık şekilde belli olduğu haller örnek gösterilebilir. Yargısal veya idari bir kararla faaliyetinin durdurulması, hakkında yapılan takiplerin semersiz kalması, iflasının istenmesi, iflas erteleme veya konkordato sürecinde olması gibi haller örnek gösterilebilir. Tüm bu haller sözleşmede kalan tarafın karşı edimini açıkça tehlikeye düşürebileceğinden menfaatler dengesi gözetilerek sözleşmenin feshi için haklı sebep olarak kabul edilmelidir.

Sözleşmede kalan tarafa haklı sebeple fesih imkânı tanınması, sanki sözleşmenin devri için kalan tarafın rızasının aranması şeklinde düşüncelerin ortaya çıkmasına sebep olabilir. Fakat önerdiğimiz çözümde, sözleşmede kalan taraf bakımından sözleşmeye devam etmenin objektif olarak beklenemeyeceği hallerin varlığı gerekir. Menfaatler dengesi gözetilerek, sözleşmede kalan tarafın karşı ediminin açıkça tehlikede olduğu ve sözleşmeye devamının objektif olarak beklenemeyeceği hallerde fesih imkânı tanınmalıdır. Önerdiğimiz çözümde, devir halinde, sözleşmeler kalan tarafın rızası aranmaksızın kanun gereği devralana geçmektedir. Ortaya çıkan objektif haller sonrası, bundan zarar görme ihtimali açık olan tarafa sözleşme ilişkisine son verme imkânı tanınmaktadır. Sözleşmeye devam etmek istemeyen tarafın ileri sürdüğü haklı sebepler hâkim denetimine tabi olmaktadır.

Fesih imkânı devirden önde işletmenin faaliyeti kapsamında yapılan sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Kanaatimizce sözleşme ile devir halinde fesih hakkı tanınması mümkündür. İzin veya onay şartı sözleşmede kalan taraf bakımından haklı fesih sebebi olarak kabul edilmelidir.

Çalışmamızda misal olması bakımından saydığımız haklı sebepler sınırlı değildir. İşletmenin devri kurumunu işlevsiz bırakmamak şartıyla sözleşmede kalan taraf bakımından objektif olarak devamın beklenemeyeceği tüm hallerde haklı sebeple fesih imkânı olmalıdır. Somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekir. Bu şekilde hareket edildiğinde, işletmeyi devralan bakımından ortaya çıkan belirsizlikler ortadan kalkar. Kanun

koyucunun ticarî işletmenin devrine kolaylık ve hız kazandırma amacına da hizmet edilmiş olur. Bir ihtilaf ortaya çıktığında, sözleşmede kalan taraf mahkemeye başvurup haklı sebeplerin varlığının tespitini talep edebilmelidir. Sözleşmede kalan taraf devir sonrası ortaya çıkan durumun kendisi bakımından haklı feshe dayanak olup olmadığını talep edebilmelidir. Sözleşmede kalan tarafın ileri sürdüğü gerekçenin fesih için haklı bir sebep olup olmadığı, hâkim tarafından her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Fesih hâkimin kararı ile mümkün olmalıdır. Hâkimin kararına kadar, taraflar sözleşme ile bağlı kabul edilmelidir. Hâkimin kararı yenilik doğuran bir karar kabul edilmelidir.

f) Kira Sözleşmelerinin Devri

aa) Genel Olarak

Ticarî işletmenin devri salt bir malvarlığı devrinden ibaret değildir. Ticarî işletme faaliyetlerini de kapsayacak şekilde devralınmaktadır. Bu sebeple, ticarî işletmenin faaliyetlerini yürüttüğü yerinde devrin kapsamında olması gerekir. Ticarî işletmeyi devralanın bundan beklenen faydayı sağlayabilmesi için müşteri çevresinin de devredilmesi gerekir. Ticarî işletmenin faaliyet gösterdiği yerin mülkiyetinin kendisine ait olduğu hallerde zaten taşınmazlar da devrin kapsamında olduğundan sorun çıkmaz. Fakat ticarî işletmenin faaliyetlerini yürüttüğü yerin kiralık olması hali kira sözleşmesinin devredilip devredilmeyeceği önem arzeder.

Münferit kira sözleşmelerinin devri TBK. m. 323’de düzenlenmiştir⁷⁰. Münferit kira sözleşmelerinin devri için, devreden ve devralanın anlaşması yanında kiralayanın da yazılı onayı gerekir⁷¹.

Sözleşmelerin devri ile ilgili TBK. m. 205 düzenlemesinde, sözleşmede kalan tarafın devre onay verip vermeme konusunda tam bir serbestisi vardır. Fakat işyeri kiralarının devri ile ilgili TBK. m.323 düzenlemesinde, kira sözleşmesinde kalan tarafı ancak haklı sebeplerin varlığı halinde onay vermekten kaçınabileceği öngörülmüştür⁷².

Sözleşmelerin devri ile ilgili TBK. m.205 düzenlemesine göre sözleşmede kalan taraf devre onay verdiği anda, devreden tarafın sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık, TBK. m. 323/III hükmüne göre kira sözleşmelerinin devrine sözleşmede kalan taraf onay

⁷⁰ ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi (TBK .m 299-332), 4. Bası, İstanbul 2017, s.226 vd.

⁷¹ İNCEOĞLU, M. Murat; Kira Hukuku, İstanbul, 2014, 531.

⁷² İNCEOĞLU, S. 540.

verse bile, kira sözleşmenin sona ermesine kadar ve en fazla iki yıl boyunca doğmuş/doğacak kira borçlarına dair devredenin müteselsil sorumluluğu devam etmektedir⁷³.

TTK. m. 11/III düzenlemesiyle, kiracılık hakkının ticarî işletmenin devredilen malvarlığı kapsamında olduğu açık şekilde öngörülmüştür. Kiracılık hakkının zikredilmesinin özel bir amacı vardır. İşletmenin sahibinin belirli bir yerde işlettiği ticarî işletmenin müşterilerin o yere alışmaktadır. Bu şekilde kiralanan yerin değerinde taşınmazın kendi değerine ilave bir artış meydana gelmektedir. Bu sebeple işletme, kiracılık hakkı ilave edildiğinde daha gerçekçi ve işletmenin normal bedeline nazaran daha yüksek bir değer taşır⁷⁴.

İşletmenin değeri ile birlikte kiracılık hakkının devredilmemesi, kiracı tacirin faaliyeti neticesi doğan değerden devralanın yararlanamaması ve kiralayanın ise haksız yere bundan yararlanması sonucunu doğurur. İşletmenin bir bütün halinde devrinin kabul edildiği Türk Ticaret Kanunu sistemi, kiracılık hakkının da bu devrin kapsamına girmesini öngörmektedir⁷⁵.

İşletme değeri ile bağlantılı olan kiracılık hakkının ticarî işletme için önem arz ettiği şüphesizdir. İşletme değeri (müşteri çevresi) ve kiracılık hakkı arasında sıkı bağ bulunması sebebiyle bir işletmenin, kiracılık hakkından ayrı olarak ve gerçek değeri ile devredilebilmesi mümkün değildir⁷⁶. Dolayısıyla kiracılık hakkının işletmenin malvarlığı unsurları içinde önemi göz ardı edilemez.

bb)Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’nun Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümleri Arasındaki İlişki

Kira ilişkisinin devri ile ticarî işletmenin devri halinde kiracılık hakkının akıbeti konusu karşılaştırmalı olarak incelenmelidir. Zira, TBK. m. 323 düzenlemesinde kira ilişkisinin devri işyeri kiralaları bakımından özel olarak öngörülmüştür. TTK. m. 11/III düzenlemesinde ise farklı bir şekilde, ticarî işletmenin devrinin sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, kiracılık hakkını da kapsadığı kabul edilmiştir⁷⁷.

⁷³ ÇELİKBOYA, s. 399.

⁷⁴ ÖZSUNAY, 11 vd.

⁷⁵ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 185.

⁷⁶ ÖZSUNAY, s. 60.

⁷⁷ KAHVECİ, Nalan; 6098 Sayılı TBK.nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.1 Özel Sayı-2017- s. 695-728.

TTK. m. 11'nın gerekçesi ile kanun metni ile arasındaki çelişki bulunmaktadır. Kaldı ki, çelişki sadece madde metni ile gerekçe de ile sınırlı değildir. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun münferit kira sözleşmelerinin devrine ilişkin hükümleri ile Türk Ticaret Kanunu'nun hükümleri arasında da çelişki bulunmaktadır. TBK. m. 321/I düzenlemesinde, işyeri kiralarında kiracının kiracılık hakkını devredebilmesini kiralayanın rızası şartına bağlamıştır. Ancak işyeri kiralarında kiralayan haklı sebep olmadıkça kiracılık hakkının devrine rıza göstermekten kaçınamaz. İşyerleri dışındaki kira sözleşmelerinde ise kiralayan izin vermedikçe kiracı, kiracılık hakkını başkasına devredemez. Aksi halde kiralayan kira sözleşmesini feshetme hakkına sahip olur. Kiralayan; TBK. m. 350 düzenlemesine göre kendi ihtiyacını haklı sebep olarak ileri sürebilir. TBK. m. 347 ve 348 düzenlemelerine göre, yıllık uzama süresi sonunda, kira sözleşmesini sona erdireceği yolundaki yazılı beyana rağmen devir sözleşmesinin yapılmış olmasını sebep olarak gösterebilir. Bu sebepler ilaveten TBK. m. 351 hükmüne göre, devralanın kötü şöhrete sahip olması, kiralayan bakımından kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı gibi haller de ileri sürülebilir⁷⁸.

TBK. m. 323/I düzenlemesinde açıkça, kiralayanın rızasının yazılı şekilde olması şartı aranmıştır. Kanun koyucu, işyeri kiralarında kiralayanın haklı sebep olmadan kira ilişkisinin devrine rıza vermekten kaçınamayacağını hükme bağlamıştır. Kiralayanın rıza göstermekten kaçındığı gerekçenin haklı sebep olup olmadığı hâkim tarafından her somut olayın koşulları göz önünde tutularak değerlendirilir⁷⁹. Mahkeme, haklı sebebin takdirinde dürüstlük kuralını esas alır.

Ticarî işletme devrinin kiracılık hakkını da kapsadığı TTK. m. 11/III hükmünde öngörülmesine rağmen TBK. m. 323 düzenlemesiyle münferit kira sözleşmelerinin hakkının kendiliğinden devri engellenmiştir. Düzenlemede kiralayanın haklı sebep bulunmadıkça kiracılık hakkının devrine rıza göstermesi zorunluluğu öngörülmüştür. Bu hükümle kiracılık hakkının devrinin kiralayanın rızası şartına bağlandığı tartışmasıdır. Doktrinde iki kanun arasındaki benzeri uyumsuzlukların her iki temel düzenlemeleri hazırlayan komisyonlar arasında gerekli ve yeterli işbirliğinin sağlanamamasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür⁸⁰. Fakat kanaatimizce, arada bir çelişki yoktur. Farklılıklar hükümlerin düzenledikleri alanın

⁷⁸ TOPUZ, Seçkin/CANPOLAT, Ferhat; Kira İlişkisinin Devri-(Yeni)Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili 323'üncü Maddesinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, S. 95, 2011, s.97-134.

⁷⁹ TOPÇUOĞLU, s. 21.

⁸⁰ KOÇ, Nevzat; Genel Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları-I, TBB, Ankara 2008, s. 133-140.

farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Hükümlerin düzenleme alanları ve amaçları değerlendirildiğinde sonuç farklı olmaktadır.

Kiralayan, münferit kira sözleşmesindeki kiracılık hakkının devrine muvafakat etmez veya dayandığı gerekçe haklı bulunmaz ise devralan, tespit ve eda davası açabilmelidir. Hukuk muhakemeleri kanunumuzda davalının irade beyanı yerine geçecek bir dava açma imkânı bulunmamaktadır⁸¹. TBK. m. 323/I düzenlemesi, kiralayana haklı sebepler dışında, kiracılık hakkının devrine katlanma yükümlülüğü getirmiştir. Kiralayanın hem TBK. m. 323/I, hem de TTK. m.11/III hükümlerinin öngördüğü katlanma yükümlülüğü (rıza vermekten kaçınmama) gereği, devralan ile kira sözleşmesi yapma zorunluluğuna tabi olduğu ileri sürülmektedir⁸². Tespit davası, kiralayanın dayandığı sebebin TBK. m. 323/I gereği haklı sebep sayılıp sayılamayacağı şüphesini ortadan kaldırmak bakımından önemlidir. Mahkeme, kiralayanın dayandığı sebebi haklı bulmaz ise, devralan kiralayanın irade beyanına ikâme edecek bir eda davası açabilmelidir⁸³. Zira haklı sebepler dışında kiralayana, kiracılık

⁸¹ TOPUZ/CANPOLAT, s. 117.

⁸² AYRANCI, Hasan; Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s. 229-252.

⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2003/4-693, 2003/740 Karar sayılı ilamında Yargıtay sözleşme yapma zorunluluğu ile ilgili Yerel Mahkemenin verdiği kabul kararını onamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararındaki gerekçelerin TBK. m. 323/I düzenlemesine emsal alınabileceği kabul edilmektedir.

“Dava tarihinden on iki yıl öncesinden beri kurulmuş ve yenilenerek gelen sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Eczacının 26.4.2001 tarihli dilekçesi ekinde Belediyeye verdiği başvuru formu ve protokol hiçbir neden gösterilmeden cevapsız bırakılmış ve eczane anlaşmalı eczaneler listesine alınmamıştır.

Eczacı, on iki yıldır süregelmekte olan anlaşma bulunduğunu, Belediye Başkanlığına imzalaması için vermiş olmasına ve aradan uzun süre geçmesine rağmen imzalanmadığını ve kendisine iade de edilmediğini, anlaşmalı eczaneler listesinde eczanesinin yer almadığını, Belediye'nin kendileri ile ilaç alma konusunda sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu halde bunu yerine getirmediğini, Belediyenin sözleşmeyi imzalama zorunda bulunduğunun tespitine ve bu şekilde yarattığı muarazanın giderilmesi talep edilmiştir.

Anayasa'nın 48. maddesine göre kişiler sözleşme özgürlüğüne sahiptirler. Genel olarak özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak Anayasa ve Borçlar Kanunun da öngörülen sözleşme özgürlüğü (Akit Serbestisinin) ile teminat altına alınmıştır. Türk-İsviçre hukukunda kural sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte bu aynı zamanda sözleşmeyi yapmayı reddedilme özgürlüğünü de birlikte getirir. Kurallar bunlar olmakla birlikte bunun istisnasını "sözleşme yapma mecburiyeti" "veya" sözleşme yapma yükümlülüğü" oluşturur. Piyasa ekonomisinin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde, sözleşme özgürlüğünden doğabilecek bazı sakıncalar ile özellikle ekonomik gücün kötüye kullanılmasını düzeltmek amacıyla bu sistem öngörülmüştür. Tekelci ekonomik güçlerin haksız kazançlarını veya bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bir dereceye kadar bu dengesizlik ve haksızlığı düzeltmek için işletme ve kuruluşlara tekel mahiyetindeki madde ve hizmetleri talep eden fertlerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir, istenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır.

Özel hukuk kökenli kanunlarda sözleşme yapma zorunluluğu yasa koyucu tarafından öngörülebilir. Örneğin zorunlu geçit ve zorunlu kaynak haklarında belirli şartların bulunması halinde taşınmaz maliki, komşusuyla bir

hakkının devrine katlanma yükümlülüğü getiren TBK. m. 323/I düzenlemesi ile TTK. m. 11/III farklıdır. Yine TTK. m. 11/III, işletmenin devrini düzenleyen TBK. m. 202'deki hükümlerde farklıdır. Bu iki düzenleme ve devir sözleşmesini tasarruf işlemi derecesine yükselten TTK. m. 11/III hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kira sözleşmesinin devralana geçtiği, sözleşmede kalan taraf buna yanaşmazsa devralana kiralayana karşı bu davayı açma imkânının verilmiş olduğunu ileri sürülmektedir. Bu düşünceye göre, tespit davası ve kiralayanın iradesi yerine geçecek bir karar verilmesini içeren eda davasını hem devreden kiracı hem de devralan kişi açabilir⁸⁴.

Borçlar hukukunda temel prensip, sözleşme yapma serbestisidir. Sözleşme özgürlüğü, bireyin dilediği bir sözleşmeyi hiçbir baskıya maruz kalmadan yapabilmesi veya sözleşme yapmayı reddedebilmesidir. Birey, sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi, sözleşme yapmaktan men de edilemez⁸⁵. Sözleşme kurma özgürlüğü, Türk Borçlar Kanunu'nda açık olarak hükme bağlanmış sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Sözleşme yapma veya yapmama özgürlüğü olmayan bir hukuk düzeninde, sözleşme özgürlüğünden söz edilemez. Gerçekten de, sözleşme yapma özgürlüğü ile düzenleme özgürlüğü arasında yakın bir ilişki vardır. Sözleşme yapma özgürlüğünün tanınmadığı yerde sözleşmenin muhtevasını belirleme özgürlüğü de yoktur. Aynı şekilde sözleşme yapma mecburiyetinin olduğu yerde de

irtifak sözleşmesi yapmak zorundadır. Malik sözleşmeyi yapmazsa, açılacak dava üzerine hâkim vereceği karar ile sözleşmenin kurulmasını sağlar.

2918 sayılı Yasanın 101. maddesi uyarınca Trafik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası yapılması yasal bir zorunluluk olarak getirilmiş ve bu kural uyarınca sigorta ettiren ile sigortacı arasında sigorta sözleşmesi yapılmak suretiyle yasal zorunluluğun yerine getirilmesi sağlanmıştır.

Avukattık Kanunu'nun 42. maddesi, bir avukatın ölmesi veya iş yapamaz duruma gelmesi gibi hallerde onun elindeki işleri yürütmek üzere, baro başkanına bir avukatı görevlendirmek yetkisi vermektedir. Bu halde görevlendirilen avukat, iş sahibi ile vekalet sözleşmesi yapmaktan mazeretsiz olarak kaçınamaz.

Eczacıların arz ettikleri hizmet yönünden, sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmak, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil ederse sözleşme yapmak hükümlülüğü söz konusu olur.

Protokol hükümlerine dayanılarak on iki yıl boyunca sözleşme ilişkisi kurulmuş ancak 2001 yılı döneminde Belediye tarafından herhangi bir haklı neden ileri sürülmeden sözleşme yapmaktan kaçınılmıştır. Oysa protokolün VI/3. maddesinde "Kurum ve kuruluşlar %5 İskonto yapan ve başvuru formunu getiren her eczane ile (feshi gerektirecek hususlar nedeniyle sözleşmeleri feshedilenlerle, muvazaalı olarak açılan eczaneler hariç) anlaşma yapacaklardır" şeklindeki düzenleme ile yine protokolün III/1/K maddesinde "sahte olarak bastırılmış ilaç kupürlerinin tanzimi ve kullanılması, sahte reçete tanzimi ve kullanılması" şeklinde belirtilen fesih nedenlerinin bulunmaması halinde kurumların, eczanelerle de sözleşme yapma yükümlülüğü getirildiği ve bu hükümlerin sözleşme özgürlüğünün bir istisnası olduğu açıktır. Eczacının on iki yıl boyunca kurum ile sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu, bu süre içinde kurumun hiçbir fesih sebebine dayanmadığı, bu aşamada sözleşme yapmaktan kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğine" karar verilmiştir. www.kararara.com, (Erişim Tarihi, 20 Mart 2020)

⁸⁴ TOPÇUOĞLU, s. 23.

⁸⁵ EREN, s.301.

düzenleme özgürlüğü ya hiç olmaz ya da sınırlıdır. Sözleşme yapma mecburiyetinde tarafların sözleşmesinin muhtevasını ve koşullarını serbestçe tartışma imkânı yoktur.⁸⁶

Borçlar hukukunda sözleşme yapma özgürlüğü temel kural olmakla birlikte, bunun istisnaları da vardır. Sözleşme yapma özgürlüğünün istisnasını, sözleşme yapma zorunluluğu veya sözleşme yapma yükümlülüğü oluşturur. Sözleşme yapma mecburiyeti, piyasa ekonomisinin egemen olduğu hukuk sistemlerinde bundan doğabilecek sakıncaları ve özellikle de hâkim gücün kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla öngörülmüştür. Toplumun temel değeri birey olmakla birlikte, bu değer ancak sosyal ve ekonomik adaletin gerçekleştirilebilmesi hâlinde gerçek anlamını kazanır. Bu itibarla siyasi veya felsefi anlamda eşitlik kişileri gerçek hayatta eşit kılmaz. Kanun koyucular sosyal ve ekonomik yönden zayıf durumda olanları korumak için bazı alanlarda sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlandırmak ya da ortadan kaldırmak veyahut da sözleşme yapma mecburiyeti getirmiştir.⁸⁷ Sözleşme yapma zorunluluğu, bazı kişi, kuruluş veya kurumların, kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşme yapma yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin kabul edildiği hallerde sözleşme yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış kabul edilir. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım söz konusu olur. Bunlar istenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kimseye karşı aynen ifa davası açılarak kişinin istenilen sözleşmeye zorlanması veya sözleşme yapma mecburiyetine aykırı davranan kişi aleyhine uğranılan zararın tazmini için tazminat davası açılmasıdır⁸⁸.

Sözleşme yapma mecburiyetinin sebebi bir ön sözleşmeye dayanabileceği gibi; hukukî bir işlem veyahut kanun hükmüne de dayanabilir. TMK. m. 398'deki zorunlu geçit ve zorunlu kaynak haklarında belirli şartların bulunması halinde taşınmaz mâlikî, komşularıyla irtifak sözleşmesi yapmak mecburiyetindedir. Mâlik bu sözleşmeyi yapmazsa açılacak dava üzerine hâkimin vereceği karar sözleşmenin kurulması sonucunu doğurur⁸⁹.

Hukukî işlemten doğan sözleşme mecburiyetine misal olarak TBK. m 29/T'deki sözleşme yapma vaadi (ön sözleşme) gösterilebilir. Taraflardan her ikisinin birbirlerine veya taraflardan yalnız birinin diğerine karşı ileride bir kişi ile bir borç sözleşmesi yapma sözü vermesine önsözleşme veya sözleşme yapma vaadi denilir⁹⁰. Ülkemiz uygulamasında taşınmaz satış vaadi, önsözleşmenin en yaygın hallerinden birisi kabul edilmektedir.

⁸⁶ EREN, s. 301.

⁸⁷ EREN, s. 302.

⁸⁸ EREN, s. 303.

⁸⁹ EREN, s. 303.

⁹⁰ EREN, s. 308.

Önsözleşme, taraflara asıl sözleşme yapma borcunu yükler. Önsözleşme alacaklısı aynen ifa davası açabileceği gibi tazminat davası da açabilir⁹¹.

Emeği ve tecrübesiyle ticarî işletmeyi tanınan ve tercih edilen bir işletme konumuna getiren tacir, işletmesine kazandırdığı değerden devir işlemiyle yararlanabilmelidir. Ticarî işletmenin devrinde yapılan yeni düzenlemelerin amacının ticarî hayatın gerektirdiği hız ve güveni sağlamak olduğu düşünüldüğünde işletmenin devrinde kiralayana haklı sebeplerin varlığı şartıyla engel olma imkânı tanınması düzenlemenin amacına aykırıdır. Kanaatimizce, çözümün mahkemeye bırakılması bu amaca aykırı bir düzenlemedir⁹², bu sebeple ticarî işletme devir sözleşmesiyle birlikte kira sözleşmesinin de devralana geçtiği kabul edilmelidir.

cc) Kiracılık Hakkını Devreden ve Devralanın Kiralayana Karşı Sorumluluğu

Münferit kira sözleşmesinde kiralayan, kiracılık hakkının devrine muvafakat etmişse, devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer. Bu durumda TBK. m. 323/II düzenlemesine göre, devreden kiracı, kiralayana karşı sorumluluktan kurtulur. Buna karşılık, TBK. m. 323/III düzenlemesi, kiralayana karşı devreden kiracıyı devralanla birlikte en fazla iki yıl olmak üzere kira sözleşmesinin bitimine kadar müteselsilen sorumlu tutmuştur⁹³.

Türk Borçlar Kanunu sisteminde, işletmenin devri halinde aktif ve pasifleri ihtiva eden varlıkların başka bir deyişle tüm alacak ve borçların kendiliğinden devralana geçmesi ilkesi benimsenmiştir. Kendiliğinden intikal rejiminin bir sonucu olarak alacaklılarının rızası aranmamıştır. Bu anlayışının yaratabileceği sakıncalar müteselsil sorumluluk ilkesi öngörülerek telafi edilmek istenmiştir⁹⁴.

TBK. m. 323/III düzenlemesi ile öngörülen müteselsil sorumluluğun hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır⁹⁵. Hakim düşünceye göre, bu düzenleme kiracı lehine nisbi emredici bir düzenlemedir. Bu sebeple süre devreden kiracı bakımından ortadan kaldırılabilir, kısaltılabilir fakat uzatılamaz.⁹⁶ Diğer görüş ise, hükmün tamamlayıcı nitelikte olduğunu ve devreden kiracı bakımından daha uzun sorumluluk süresi kararlaştırılabileceğini kabul

⁹¹ EREN, s. 314.

⁹² TOPÇUOĞLU, s. 23.

⁹³ CANPOLAT, s. 121.

⁹⁴ TOPÇUOĞLU, s. 23.

⁹⁵ KAHVECİ, s. 714.

⁹⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 471; TOPUZ/CANPOLAT, s. 117.

etmektedir⁹⁷. Kanatimizce bu hüküm tamamlayıcı nitelikte olup, taraf iradelerine üstünlük tanınmalıdır. Taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler.

Türk Borçlar Kanunu'nda, bireysel kira sözleşmelerinde kiracılık hakkının devrinde, kiralayanın yazılı izni aranmaktadır. Haklı sebeplerin varlığında izin vermekten kaçınma imkânı da tanınmıştır. Bu imkân tanınmasına rağmen devreden kiracıyı, devralan kiracıyla birlikte müteselsilen sorumlu tutma düşüncesinin isabetli olup olmadığı tartışılmıştır. Kanaatimizce, devreden kiracının, devralanla birlikte müteselsil sorumlu tutulması, alacaklarının ve borçlarının kendiliğinden geçmesi anlayışına dayanan TBK. m. 202 hükmüyle tutarlıdır. Fakat doktrinde, kira ilişkisinin devrinin kiralayanın izni şartına bağlanması sebebiyle kiralayana karşı devreden devralan kiracıyla birlikte sorumlu tutulmasının isabetli olmadığı ileri sürülmüştür. Bu düşüncenin temelinde yatan gerekçe şu şekilde izah edilmiştir. Mademki kiralayan kira ilişkisinin devrini engelleyecek haklı bir sebep görmüyor ve kiracılık hakkının devrini engellemiyorsa, devreden kiracının kiralayana karşı daha fazla korunmasına gerek yoktur⁹⁸. Türk Borçlar Kanunu'ndaki haklı sebepler göz önüne alındığında, devralanın gelecekteki muhtemel mali durumuna dair endişelerin haklı sebep olarak düşünülemez. Bu sebeple, kiralayanın korunması bakımından iki yıllık müteselsil sorumluluk ilkesinin korunması gerektiği düşüncesindeyiz. Fakat kiralayan devralan önceki dönem kira ilişkisini feshetmek veya bir şekilde tasfiye etmek suretiyle aralarında yeni bir sözleşme ilişkisi kurmuş olabilir. Böyle bir durumda devirden ayrı, yeni bir kira ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir. Yeni bir kiracılık ilişkisinin kurulduğu kabul edildiği takdirde, devreden sorumlu tutulmaması gerekir.

dd)6353 Sayılı Kanun'la Getirilen Hükümlerinin Ticarî İşletmelerde Kiracılık Hakkının Devrine Etkisi

6353 Sayılı Kanun⁹⁹ ile Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin belirli hükümlerinin uygulanması ertelenmiştir. Değişiklik özellikle tacir sıfatını taşıyanlar, özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin tarafı olduğu sözleşmeleri ilgilendirmektedir. 6353

⁹⁷ GÜMÜŞ; Mustafa Alper; Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, (TBK. m. 299-356), İstanbul 20125, s; İNCEOĞLU, s. 532.

⁹⁸ TOPÇUOĞLU, s. 23.

⁹⁹ Bkz. RG. T. 12.07.2012, S. 28351. Anılan Değişikliğin Türk Borçlar Kanunu veya Yürürlük Kanununda değil de torba kanun olarak tabir edilen 6353 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" marifetiyle 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici ikinci maddeleri. 6217 sayılı Kanunun geçici ikinci maddesiyle sekiz yıllık süre beş yıl olarak kabul edilmiştir. "Kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarda TBK. m. 322, 324, 330, 339, 341, 343, 345, 346 ve 353 hükümleri 01.07.2012 tarihinden itibaren beş yıl süreyle uygulanmaz.

sayılı Kanun, kiracının tacir sıfatını taşıdığı kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarının uygulamasını sekiz yıl ertelemiştir¹⁰⁰.

TTK. m. 11/III hükmünün Gerekçesinde taraflara devir sözleşmesi ile kiracılık hakkını devir kapsamı dışında bırakma hakkı tanındığı sonucuna varılabilecek ifadeler kullanılmıştır. 6353 sayılı Kanun açıkça, tacir sıfatını taşıyan kiracıların taraf olduğu kira sözleşmelerinin devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasını ertelemiştir. Bu düzenleme sebebiyle, TTK. m. 11/III hükmü gereği kiracılık hakkı devralana geçip geçmediği tartışılmıştır. Bir düşünceye göre değişiklik doğrultusunda ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının devralana geçişi hakkında, öncelikle devreden tacir ile kiralayan arasındaki sözleşme hükümlerine göre hareket edilir. Devreden tacir ile kiralayan arasındaki sözleşmede kiracılık hakkının devrine ilişkin açık bir hüküm yoksa eski Borçlar Kanunu'nun hükümlerine göre uygulama yapılır¹⁰¹. Mülga 6353 sayılı Kanun, kiracılık hakkının devrinde, esas olarak devreden kiracı ile kiralayan arasındaki sözleşme hükümlerine vurgu yapmıştır. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise eski Borçlar Kanunu hükümlerine atıfta bulunmuştur. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşme, kiracılık hakkının devrine ilişkin bir açıklık içermiyorsa, mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK.) ve eBK., hükümlerinin uygulanması imkânı gündeme gelir. Kira sözleşmesinde, kiracılık hakkını devretme imkânı tanınamıyorsa, mülga 6570 sayılı GKHK. m. 12 hükmü çerçevesinde hareket edilir¹⁰². Bu düşünceye göre, GKHK. m.12 hükmüne göre, kiracı, sözleşmede aksi bir hüküm olmadığı takdirde, kiralanan yeri kısmen veya tamamen başkasına kiralayamaz yahut yararlanma hakkını veya sözleşmeyi başkasına devredemez veyahut kendisi taşınmazı bırakmış olduğu halde hiçbir sebeple bu yeri kısmen veya tamamen başkasına işgal ettiremez.

Mülga GKHK. m.12/I fıkrası hükmüne aykırı hareket ederek taşınmaza kiracı veya devralan sıfatıyla girenler hakkında hiçbir ihtar gerek kalmaksızın tahliye davası açılabilir.

Kiracı tacirin, başarılı ve dürüst ticarî faaliyetleri sonucunda müşteri çevresinin artması, artan müşteri çevresinin işletmeye kattığı değerden yararlanması, kendi emeğinin ve itibarının karşılığı olarak kabul edilmelidir.¹⁰³ Artan müşteri çevresi ve işletme değeri, doğal olarak kiralayana daha yüksek bedelle kiracı bulma imkânı verir. Kiralayan, sözleşme süresini uzatmadığında ve devir sürecinde kiracılık hakkının devrine engel olduğunda, bu artan

¹⁰⁰ AKINCI, Şahin; İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, AÜHF, C. 57, S. 3, 2008, s. 35-36.

¹⁰¹ TOPÇUOĞLU, s. 24.

¹⁰² TOPÇUOĞLU, s.25.

¹⁰³ TOĞÇUOĞLU, s.25.

işletme değerinden haksız şekilde yararlanır. 6353 sayılı Kanun'daki mevcut düzenleme çerçevesinde kiralayan, herhangi bir gerekçe dahi göstermeksizin, keyfi şekilde sırf artan işletme değerinden yaralanmak ve kiralanan yeri daha yüksek bedelle kiraya vermek için dahi kiracılık hakkının devrine engel olabilir. Bu sebeple uygulama süresi kısıtlanmış olsa bile mevcut haliyle düzenlemenin eBK'nın kira ilişkisine ilişkin hükümlerinin uygulanma imkânı tanınması bu tarz sorunlara yol açabilir¹⁰⁴.

Doktrinde, kiracılık hakkını devretme imkânı, TBK. m. 321/1 hükmünün yürürlüğünün sekiz yıl ertelenmesi yoluyla fiilen askıya alınmış, hakkın özünün aşındırıldığı ileri sürülmüştür. Erteleme süresince kiracılık hakkının “devri, taraflar arasındaki kira sözleşmesi hükümlerine, sözleşmede açıklık bulunmayan hallerde ise eBK. hükümlerine tabi olur. Bu düşünceye göre, kiracı tacire kiracılık hakkının devri imkânı tanımıyorsa, işletmenin devriyle birlikte kiracılık hakkının devrinin de kiralayanın inisiyatifine bırakıldığı ileri sürülmüştür¹⁰⁵. Bu düşünceye göre, kira sözleşmesi, kiracılık hakkının devri konusunda bir açıklık içermiyorsa, 6570 sayılı GKHK. m. 12, mesken ve işyeri kiralamaları arasında bir ayırım yapmadığından, kiralayan, hiçbir gerekçe göstermeden ticarî işletmeye ait kiracılık hakkının devrini engelleyebilir¹⁰⁶.

ee) Ticarî İşletmenin Devrinin Kira Sözleşmesinin Geçişini Sağlayıp Sağlamadığı İle İlgili Görüşümüz

TBK. m. 323 düzenlemesinin ticarî işletme devrinde uygulanıp uygulanamayacağı konus tartışmalıdır. TBK. m. 323 düzenlemesi, işyeri kiralarında kiracılık ilişkisinin devrini açıkça, kiralayanın rızasına bağlamıştır. TBK. m. 323 münferit kira sözleşmelerin devrini düzenlemektedir. Yani cüzi halifiyet yoluyla devir esasına göre düzenleme yapılmıştır¹⁰⁷. Buna karşılık TTK. m. 11/III'de ticarî işletmenin devrinde kısmi külli halifiyet prensibi benimsenmiştir.

TTK. m. 11/III düzenlemesinden önceki dönemde dahi ticarî işletmenin faaliyet gösterdiği ve işletmeye tahsis edilmiş yerin kira sözleşmesinin devirle birlikte kendiliğinden devredildiği ileri sürülmekteydi¹⁰⁸.

¹⁰⁴ TOPÇUOĞLU; s. 25.

¹⁰⁵ TOPÇUOĞLU, s.26.

¹⁰⁶ TOPÇUOĞLU, s.26.

¹⁰⁷ KAHVECİ, s. 703 vd.

¹⁰⁸ ACEMOĞLU, s. 81, ARICI, s. 136.

Yeni dönemde TTK. m. 11/III düzenlemesinde açıkça kiracılık hakkının devir kapsamında olduğu öngörülmüştür. Ayrıca ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının devrine dair TTK. m. 11/III düzenlemesinde kısmi külli halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Bu sebeple ticarî işletmenin devri halinde işletmeye tahsis edilen yerin kira sözleşmesinin kendiliğinden devralan geçip geçmeyeceği ve sözleşmede kalan tarafın onayına gerek olup olmadığı konusunun tartışılması gerekir.

Ticarî işletmenin devrinde TBK. m. 323 düzenlemesinin uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Bir görüşteki yazarlara göre, TBK. m. 323 düzenlemesine öncelik verilmelidir. Kiralayan yazılı şekilde açıkça rıza göstermediği takdirde ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkı devredilmez¹⁰⁹.

Diğer bir görüş sahiplerine göre, TTK. m. 11/III özel hüküm olduğundan, ticarî işletme devrinde, kiralayanın rızasına ihtiyaç olmadan kiracılık hakkı devrin kapsamında¹¹⁰.

Kanaatimizce münferit kira sözleşmelerin devrine ilişkin TBK. m. 323 düzenlemesi ile ticarî işletmenin devrine dair TTK. m. 11/III hükmü arasında bir çelişki yoktur. Her hükmün kapsadığı alanda uygulanması gerekir. TBK. m. 323 düzenlemesi münferit kira sözleşmelerinin devri ile hususlarda uygulanmalıdır. TBK. m. 323 düzenlemesinde cüz'i halefiyet ilkesine göre kiracılık ilişkisinin devri ilkesi benimsenmiştir. Buna karşılık, bir ticarî işletmenin devriyle ilgili TTK. m. 11/III düzenlemesinde kısmi külli halefiyet ilkesine göre geçiş öngörülmüştür. Düzenlemede açıkça kiracılık hakkının devir kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Söz konusu hükümlerin düzenledikleri alanları birbirinden ayırdığımız zaman ileri sürüldüğü gibi normlar arasında çelişki olmadığı düşüncesindeyiz. Külli halefiyet ilkesine göre geçişin öngörüldüğü ticarî işletmenin devrinde, cüz'i halefiyete göre geçişin öngörüldüğü TBK m. 323 hükmü uygulanamaz.

TBK. m.323 düzenlemesinin yürürlüğün ertelendiği hükümlerin ticarî işletmenin devrinde de uygulanması gerektiği düşüncesine katılmıyoruz. Zira TBK. m. 323 düzenlemesinin kapsadığı alan ticarî işletmelerin devri kapsamındaki kira sözleşmeleriyle

¹⁰⁹ TOPUZ/CANPOLAT, s. 127 vd; AYDIN/KAPLAN/KALYON ŞEN, s. 240, YASAN, s.170 vd.

¹¹⁰ KAHRAMAN, Zafer; Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, Prpf. Dr. Özer Şeliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.11, S.145-146, s.626 vd.; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER/ERTAN, s. 391; OĞUZMAN/ÖZ,C.II, s. 617 vd.; İNCEOĞLU, s.616 vd. GÜMÜŞ, s. 304.

değil, münferit sözleşmelerin devriyle ilgilidir. Fakat temel kanun olarak kabul edilerek TBMM'den geçirilen Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu toplumsal hayatta çok büyük etkileri olan düzenlemeler yürürlüğe girdikten sonra, torba düzenlemeler ile sistematüğının bozulması işin tekniğı bakımından uygun değildir. Bütünlüklü bir bakış açısı ile yapılmayan bu tarz değışiklikler kanunların sistematüğını bozmaktadır. Temel kanunlarda torba kanunlarla yapılan bu eklemeler düzenlemelerin sistemini/ruhunu bozmakta ve uygulamada da büyük sorunlara yol açmaktadır.

Doktrindeki bir düşünceye göre, TTK. m. 11/III düzelemesi, TBK. m. 323 düzenlemesine göre özel hüküm niteliğinde olup, ticarî işletmenin devri halinde öncelikle uygulanmalıdır. Böyle düşünöldüğünde, ticarî işletmenin devri halinde kira sözleşmesinin de kendiliğinden devredilmiş olduğı kabul edilmelidir¹¹¹.

Doktrinde iki ayrı sebeple kira sözleşmesinde kalan tarafın rızasının aranması gerektiğı ileri sürölmüştür. Birincisi TTK. m.11/III düzenlemesinin gerekçesi¹¹²; ikincisi TBK. m. 323/I hükmünde kira ilişkisinin devrinin yazılı şekilde yapılmasının öngörölmesinin¹¹³ emredici nitelikte olmasıdır.

İlk sebep olan, TTK. m. 11/III düzenlemesinin gerekçesinden hareketle varılan bu sonuca iştirak etmiyoruz. Zira düzenlemenin madde metninde açıkça kiracılık hakkının devir kapsamında olduğı öngörölmüştür. Bu düzenleme ticarî işletme ilgili özel bir hüküm olup, devir kapsamında olduğı açıkça belirtilmişken, gerekçesindeki açık olmayan bir ifadeden yola çıkarak, kanun metninde vaz edilenin aksine bir sonuca varılmamalıdır.

İkinci sebepte özel olarak kira sözleşmelerinin devri için yazılı şekil şartı öngörölmesine rağmen, işletmelerin devrine dair TBK. m. 202 hükmünde herhangi bir şekil şartının öngörölmemesi gerekçe olarak ileri sürölmüştür. Şekil şartı öngörölmesi sebebiyle, işletmesini devretse bile kira ilişkisi devredilmemiş sayılır. Kira sözleşmesinin devri için kiralayanın yazılı şekilde onayı şarttır¹¹⁴. Bu düşünceye iştirak etmiyoruz. Zira yazar, sadece TBK. m. 202'de işletmenin devri ile ilgili herhangi bir şekil şartının öngörölmemesini ileri sürmekte fakat ticarî işletmenin devri sözleşmesinin TTK. m. 11/III yazılı şekilde yapılmasını irdelememiştir. Sadece şekil şartından hareket edilirse, TTK. m.11/III düzenlemesinden yazılı

¹¹¹ KAHVECİ, s. 706.

¹¹² TTK. m. 11/III gerekçesinde, ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının da devrinin ve mal sahibinin buna bazı şartlarda onay vermesi zorunluluğunu ifade edilmiştir.

¹¹³ TOPUZ/CANPOLAT; s.128.

¹¹⁴ TOPUZ/CANPOLAT; s.128, TOPUZ; s. 70.

şekil şartı öngörülmesi kira sözleşmesinin devrinde kiralayanın yazılı onayına gerek olmadığı sonucuna varılır. Kanaatimizce sadece şekil şartını ileri sürmek zayıf ve çelişkili bir gerekçedir.

TTK. m. 11/III düzenlemesinde ticarî işletmenin devri ile ilgili düzenlemede işletmenin bir bütün halinde devredileceği hükme bağlanmıştır. Ticarî işletmenin devrinden devralanın beklediği amacın gerçekleşmesi için müşteri işletmenin faaliyetlerine tahsis edilen yerin de devredilmesi esastır. Aksinin düşünülmesi hem ticari işletmenin devrinden beklenen faydayı sağlamayacak hem de devralan bakımından işletmenin müşteri çevresiyle bağlarının kopmasına, zayıflamasına yol açabilir. Hükümün düzenleme amacına uygun olan ve işletmenin bütün halinde devrini sağlamak bakımından bu bütünlüğün bozulmaması gerekir.

Ticarî işletmenin devrinde, sözleşmede kalanın onayını aramak, devralan aleyhine öngörülemeyen taşınma ve işletmeyi yeni yerinde faaliyete geçirme masrafları yanında bu işlemlerle geçecek sürede iş kayıplarına da sebebiyet verir. Yaşanan iş kayıpları sadece işletmeyi devralan değil genel ekonomi bakımından kapasite kullanımlarını düşürebilir. Çalışanların iş kayıpları, taşınma vs sebeplerle işlerini kaybetmesine yol açabilir.

Devralan bakımından bu taşınma masrafları, iş kayıtları ile sözleşmede kalanın mevcut kiradan çok daha yüksek kiralari ödeme seçenekleri arasında kalabilir. Böyle bir durum kiralayanın, devralanı fahiş kira bedeli ödemeye rıza göstermesine zorlayabilir. Bu durum kiralayan lehine haksız kazanca, devralan aleyhine önemli zararların doğmasına sebebiyet verebilir.

Ticarî işletmenin devri halinde taşınmaza tahsis edilen taşınmazlarla ilgili kira sözleşmelerinde kiralayanın onayını aramanın yukarıda sayılan mahsurları bulunmaktadır. Bu mahsurları yanında, TTK. m.11/III düzenlemesinin amacı ticari işletmenin bir bütün halinde devrini sağlamak, kolaylaştırmak, kuruma işlevsellik kazandırmaktır. Kiralayanın onayını aramak tüm bu amaçları tehlikeye düşürebilir. Ticarî işletmenin devri kurumunu işlevsiz hale getirebilir, bir çıkmaza sürükleyebilir.

TBK. m. 323 düzenlemesi cüz'i halefiyet ilkesine göre geçisi öngörmektedir. Buna karşılık, TTK. m 11/III düzenlemesinde külli halefiyet ilkesine intikal. Külli halefiyet ilkesine göre geçişin öngörüldüğü ticarî işletmenin devrinde, cüz'i halefiyete göre geçişin öngörüldüğü TBK m. 323 hükmünün uygulanmaması gerekir.

Ticarî işletmeyi alelade bir malvarlığının devri seviyesine indirgenmesi sonucunu doğurur Ticarî işletmeyi devralanın devirden elde etmeyi amaçladığı sonuca ulaşmasına engel olabilir. Kanaatimizce ticarî işletmenin devrinde kira sözleşmesinin geçişi için kiralayan onayı aranmamalıdır.

g) İş Sözleşmelerinin Devri

aa) Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak için 2003 yılında değiştirilmiştir. İşyeri devrinin iş ilişkileri bakımından sonuçları İşK. m. 6'da düzenlenmiştir. Düzenlemede işçiyi koruyucu birtakım düzenlemeler getirilmesine rağmen, işyeri devri hâlinde işçinin bilgilendirilmesine ilişkin Avrupa Birliği müktesebatındaki düzenlemelere yer vermemiştir¹¹⁵. İşyeri devrinde işçilere bilgi verilmesi, çalışanın meydana gelen beklemediği değişikliklerle karşılaşmaması ve geleceği ile ilgili karar verebilmesi bakımından önemlidir. İşyerini devralan yeni işverenle iş ilişkisine devam edip etmemesi, devir hakkında bilgi sahibi olması hâlinde mümkün olur. İşçi devir işleminden bilgi sahibi olduğunda devralan işverenin kimliği, devir nedeni, kendisi bakımından yaratacağı hukukî, ekonomik ve sosyal sonuçlarından haberdar olur. Bu bilgilendirme sayesinde devir işleminin kendisinin ekonomik ve mesleki geleceği bakımından doğurması muhtemel sonuçları değerlendirebilir. Edinmiş olduğu bilgi ve değerlendirmelerin sonucunda da işyerini devralan işverenle çalışıp çalışmamaya karar verebilir¹¹⁶.

bb) İşçiyi Bilgilendirme veya Danışma Yükümlülüğü

İşyerinin devrinde halinde işçilerin bilgilendirilmesi ile ilgili düzenlemeler Avrupa Birliği'nin temel düzenlemelerine konu olmuştur. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 153. maddesinde Birliğin, sosyal politikaya ilişkin 151. maddede yer alan temel amaçlara ulaşılabilmesi için üye ülkelerin desteklenmesi kararlaştırılan eylemleri arasında işçilerin bilgilendirilmesi ve işçilere danışılmasına ilişkin faaliyetler de vardır. Avrupa Birliği'nde İşçilerin Bilgilendirilme ve Danışma Haklarının Genel Çerçevesinin Tespitine

¹¹⁵ SÜZEK, Sarper; İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 15, Özel S. 2013, s.311-330 (Basım yılı 2014), (Kısaltılmışı-Süzek, İşyerinin Devri) ; DEMİR, Kübra; İşyeri Devrinde Deveden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, İstanbul, s.653-681.

¹¹⁶ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 150 vd.

İlişkin 2002/14 Sayılı Yönerge’de de üye ülkelerde faaliyet gösteren belirli büyüklükteki işyerinin yönetimi ve işçilerle diyalog ile bilgilendirilmesine ilişkin hükümler vardır¹¹⁷.

Avrupa Birliği’nde işyeri devri halinde çalışanların bilgilendirilmesi ve danışılması hakları ayrı bir yönerge ile öngörülmüştür. İşyeri devri konusundaki 77/187 sayılı Yönerge ve bunu değiştiren 98/50 sayılı Yönergeyi birleştiren İşletme, İşyeri veya İşletme Yahut İşyeri Bölümünün Devri Halinde İşçi Haklarının Korunmasına İlişkin 2001/23 Sayılı Yönerge¹¹⁸.

2001/23 Sayılı Yönerge’nin 4. Bölümünde işyeri devri gerçekleştirilmeden önce işçi temsilcilerinin veya bulunmadığı durumlarda işçilerin doğrudan bilgilendirilmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır.¹¹⁹ Bilgilendirme yükümünü düzenleyen 7. maddesine göre, öncelikle, devirden etkilenen işçi temsilcilerinin bilgilendirilmesi öngörülmüştür. Hükmün 1. fıkrasına göre, devreden ve devralan işverenler, devirden etkilenen işçilerin temsilcilerine devri veya gerçekleştirilmesi planlanan tarihi; devrin sebebini; devrin işçiler bakımından yol açacağı yasal, ekonomik ve sosyal sonuçları; işçiler bakımından alınması düşünülen tedbirleri hakkında bilgilendirme yapmakla yükümlüdür. Bilgilendirme yükümlülüğü hem işçi hem de işveren bakımından öngörülmüştür. Yönergede işçi temsilcilerinin bulunmaması halinde ise işyeri veya işletmede devirden etkilenebilecek işçilere bu bilgilendirmelerin yapılması gerekir¹²⁰.

Yönergede bilgilendirmenin yapılacağı zaman açık şekilde belirtilmemiştir. Fakat Yönerge’deki düzenlemeden bu bilgilendirmenin devirden önce yapılması gerektiği sonucuna varılabilir. Fakat bilgilendirmenin, devirden önce ama mutlaka devre ilişkin neticeler doğmadan ve işçilerin çalışma koşullarını doğrudan değiştirmeye başlamadan önce yapılması gerektiği söylenebilir¹²¹.

Yönergenin m. 7 düzenlemesinde devreden ve devralan işverene bilgilendirme yapmak dışında danışma yükümlülüğü de getirilmektedir. Düzenlemeye göre, işlemin tarafları işçileri ilgilendiren önlemler almayı düşünüyorsa, bu konuda mutabakata ulaşmak maksadıyla çalışanların temsilcilerine danışmak zorundadır¹²².

¹¹⁷ SÜZEK, s. 314.

¹¹⁸ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 151 vd.

¹¹⁹ ALPAGUT, s. 10 vd.

¹²⁰ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 152.

¹²¹ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 152.

¹²² SÜZEK, s. 313.

Yönergede, işyeri devrinde işverenlerin bilgilendirme ve danışma yükümlülüklerini öngörülmesine rağmen bunlara uymamanın müeyyidesi açık şekilde belirlenmemiştir. Bütün yükümlülüklerin ihlali yönünden genel bir düzenleme öngörülmüştür. Yönergenin m. 9 hükmüne göre, üye Devletler, Yönergede öngörülen yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi sonucu haklarının ihlâl edildiğini düşünen işçilere ve temsilcilerine etkili başvuru imkânları sağlamalıdır. Hatta yetkili makamlara başvuru sonrası, taleplerini dava yoluyla ileri sürme imkânı sağlanmalıdır. Bu sebeple üye devletlerin kendi için iç hukuklarında lüzumlu mevzuat düzenlemelerini yapması gerektiği kabul edilmiştir¹²³.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun işyeri devri halinde iş sözleşmelerinin akıbetini düzenleyen 333. ve 333a maddesine göre, işyerini devreden işverenler bakımından işçileri bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüştür. İBK. m.333a düzenlemesine göre, işyerini veya işyerinin bir bölümünü üçüncü bir kişiye devreden işveren, işçi temsilcilerini veya onların yokluğunda işçileri, devrin gerçekleşmesinden önce devrin konusu ve devrin işçiler bakımından hukukî, ekonomik ve sosyal sonuçları bakımından bilgilendirmekle yükümlüdür. İBK.m.333a/II hükmü, Avrupa Birliği'nin 2001/23 Sayılı Yönergesi'nde olduğu gibi, devir nedeniyle işçileri ilgilendiren tedbirlerin alınması öngörülüyorsa bu tedbirlere ilişkin kararın alınmasından önce işçi temsilcilerine, bunların yokluğunda ise işçilere danışılması gerektiğini düzenlemiştir¹²⁴.

İBK. m.333a ile işyeri devrinde işçilerin bilgilendirilmesi ve danışılmasına ilişkin yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda uygulanması gereken yaptırımlar ayrıca düzenlenmemiştir. Doktrinde bu yükümlülüğü yerine getirmeyen işveren bakımından İsviçre Ceza Kanunu'nun 292. maddesi uyarınca para cezası verilebileceği ve işçinin İBK. m. 97 uyarınca tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir¹²⁵.

cc) Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Geçiş İle İlgili Düzenlemeler

1/a) Genel Olarak

Türk Hukuku'nda iş sözleşmelerinin geçişi üç ayrı hükümle düzenlenmiştir. Bunlar:

- İş Kanunu m. 6 düzenlemesiyle öngörülen işyeri devri yoluyla iş sözleşmelerinin geçişi,

¹²³ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 153.

¹²⁴ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 153 vd.

¹²⁵ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 158.

- Türk Ticaret Kanunu m. 178 hükmünde öngörülen birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerde iş sözleşmelerin geçişi,
- Türk Borçlar Kanunu m. 429 düzenlenmesinde öngörülen münferit şekilde gerçekleşen iş sözleşmelerinin devrine ilişkin hükümlerdir.

1/b) İş Kanunu m. 6 Düzenlemesi

1/aa) Genel Olarak

Her işletme devri aynı zamanda bir işyerinin devrini de kapsar. Fakat her işyerinin devri bir işletme devri olmayabilir¹²⁶. İşyeri devrinin iş ilişkilerine etkisi İşK. m. 6'da düzenlenmiştir. İşK. m. 6 düzenlemesine göre, işyerinin tamamının veya bir kısmının devri halinde, iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçmektedir. Devreden veya devralan işveren iş sözleşmelerini sırf işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri sebebiyle feshedemez. Aynı şekilde işyerinin devri işçi bakımından da haklı bir fesih sebebi oluşturmaz. Bu düzenleme ile işyeri devrinde iş sözleşmeleri bakımından mutlak bir fesih yasağı öngörülmüştür¹²⁷. Kanun koyucu, devirden etkilenen işçiler bakımından bir iş güvencesi getirmiştir. İşçi yeni işveren ile iş ilişkisine devam etmek zorundadır. İşçi geçmiş dönem kazanımlarını bir tarafa bırakıp ihbar sürelerine uyarak iş akdini istifa yoluyla tazminatsız şekilde sona erdirebilir¹²⁸.

İşK. m. 6 düzenlemesi, iş sözleşmesinin devralan işverene geçişi hakkında işçiye itiraz hakkını tanımamıştır. İşyeri devri konusunda işçilerin bilgilendirilmesi konusunda da bir düzenleme yapmamıştır¹²⁹.

1/bb) İşyeri Devri

İşyeri, işverence mal veya hizmet üretmek maksadıyla maddi ve gayri maddi unsurları bünyesinde barındıran, işçinin bu unsurlarla birlikte örgütlendiği birimdir¹³⁰. İşyeri devriyle sözleşmenin işveren tarafında değişiklik meydana gelmektedir. İşveren tarafında meydana gelen değişikliğe işçinin itiraz hakkı yoktur. Aynı şekilde işverene de işyeri değişikliği sebebiyle iş akdini fesih imkânı tanınmamıştır. İşK. m. 6 düzenlemesi ile, işyerinin ve

¹²⁶ ÇELİKBOYA, s. 414.

¹²⁷ DEMİR, s. 654.

¹²⁸ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 197.

¹²⁹ ALPAGUT, Bilgilendirme, s. 186.

¹³⁰ DEMİR, s. 654.

bünyesindeki iş sözleşmelerinin hukuki bir işleme dayalı olarak devralan geçişi öngörülmüştür¹³¹.

İşyerinin tamamıveya bir kısmının devrinin hukukî düzenlemelere konu olmasındaki gerekçe, işveren değişikliği halinde işçilerin iş sözleşmeleri ve iş sözleşmelerinden doğan haklarının korunmasıdır. Bu koruma, bir taraftan devir anında mevcut iş ilişkilerinin bir bütün halinde bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçişi ile sağlanır. Diğer tarafıyla iş sözleşmesinin devralan işveren tarafından feshinin önlenmesi yoluyla sağlanmaya çalışılmıştır. Hükmün bir diğer amacı da işçinin devir öncesi doğan alacaklarından devreden işverenin, devralan işverenle birlikte sorumluluğunun getirilmesi yoluyla işçiyi korumaktır¹³².

İşyerinin devri, birtakım yapısal değişiklikler sonucu ortaya çıkabilir. İşyerinin devrine ilişkin genel normlar, işyerinin devri, lisans devri, tesis devri, pay devri, kiraya verilmesi, başka bir işyeriyle birleşme, alt işverene verilmesi, ihale süresinin sonunda alt işveren değişikliği, TTK. m. 178 hükmünde özel olarak düzenlenen birleşme, bölünme ve tür değiştirme gibi hallerinde mahiyetine uyduğu sürece uygulanabilir¹³³.

Devreden ve devralan işverenin iş sözleşmesinin feshindeki çıkarı ile işçinin sözleşmesinin korunmasındaki menfaatleri arasındaki dengenin sağlanması amaçlanmaktadır. AB Yönergesinde ve çeşitli hukuk sistemlerinde bu amaç açıkça düzenlenmektedir. Düzenlemelerin yorumunda da her iki çıkarın optimal düzeyde korunması çabaları da dikkati çekmektedir. İş güvencesinin amacı, işçinin iş ilişkisinin imkân dahilinde korunması ve devamlılığının sağlanmasıdır. Modern iş hukukunun en temel gayelerinden birisini oluşturur. İş sözleşmesinin oldukça zayıf, hassas bir karakteri vardır. İş sözleşmesinin zayıflığı, sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olan fesih serbestîsi ilkesi gibi iç sebeplerden doğabilir. Yine işçiden izin alınmasına ihtiyaç duyulmayan işyeri devri gibi bir dış etkenden de kaynaklanabilir¹³⁴.

İş sözleşmesinin bu zayıflığının azaltmak için, işçiler bakımından iş güvencesi kurumu gibi araçlar veya yöntemler öngörülmüştür. Bu yöntemlerle işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin devamlılığının sağlanması amaçlanmaktadır. İş güvencesi bakımından en önemli risklerden birisi, işyerinin devir yoluyla mevcut işverenden başka bir işverene

¹³¹ SÜZEK, s. (Süzek, İşyerinin Devri), s. 313.

¹³² ALPAGUT, s. 115.

¹³³ ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, Candan; İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi, TBB Dergisi, 2014, Sayı 114, s. 12 vd.

¹³⁴ SÜZEK, (Süzek, İş Hukuku), s. 217 vd.

geçmesidir. Ticarî şirketlerin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi veya bir işyerinin hukukî bir işlemle kısmen veya tamamen bir başkasına devri gibi haller işyeri değişikliğine sebebiyet vermektedir¹³⁵.

1/cc) İşyeri Devrinin Koşulları

İşyeri, maddî ve maddî olmayan değerler ile işgücünden oluşan, teknik amaçla organize edilmiş bir bütündür. İşyerine vücut veren öğelerden biri veya bir kısmı devredildiğinde, işyeri devrinin söz konusu olup olmayacağının tespit edilmesi gerekir¹³⁶. Avrupa Birliği mevzuatı ve Avrupa Adalet Divanı kararlarında¹³⁷, işyerini ifade etmek üzere, ekonomik birlik kavramı kullanılmıştır¹³⁸. Düzenlemelere göre, işyeri devrinin gündeme gelebilmesi için, işyerini ifade eden ekonomik birliğin kimliğini koruyarak devredilmesi gerekir. Ekonomik birlik devredilmemişse, AB Yönergeleri ve İşK. m. 6 hükümlerinde öngörülen işyerinin tamamı veya bir kısmının devrinden bahsedilemez¹³⁹.

Yargıtay kararlarına göre¹⁴⁰, devir bir ekonomik bütünlüğü olan işletme veya işyeri ya da işyerinin kimliğini koruyarak devrini ifade eder. Ekonomik bütünlük, mal veya hizmet üretiminde teknik amacın hedeflendiği işlevi görebilen bir organizasyon bütünlüğüdür¹⁴¹.

Ekonomik bütünlük, işletme kavramının unsurlarından olan gelir etme amacından ziyade teknik bir amaç olan mal ve hizmet üretimi şeklinde anlaşılmalıdır.¹⁴² İşK. m. 6 düzenlemesinde işyerinin kimliğini korunması şeklinde açık bir hüküm yoktur. Fakat açık bir ifadendin olmaması bu şartın aranması gerektiği sonucunu doğurmaz. Çünkü işyerinin devrinde, iş ilişkilerinin devamının öngörülmesi, devirden sonra da işçinin işini sürdürebileceği bir işyerinin varlığı gerektiği düşüncesine dayanır¹⁴³.

Ekonomik birliğin, devirden sonra kimliğinin korunup korunmamasında temel alınacak ölçütler, Avrupa Adalet Divanının kabul gerekçeleriyle benzer şekilde Yargıtay kararlarında da aynen benimsenmiştir¹⁴⁴. İşyerinin kimliğini korunduğunun kabul edilebilmesi

¹³⁵ SÜZEK, (Süzek, İş Hukuku), s. 217 vd.

¹³⁶ SÜZEK, (Süzek, İş Hukuku), s. 214.

¹³⁷ DEMİR, S. 655.

¹³⁸ SÜZEK, (Süzek, İşyerinin Devri), s.313 vd.

¹³⁹ SÜZEK, (Süzek, İş Hukuku),s. 215.

¹⁴⁰ DEMİR, S. 655.

¹⁴¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 06.04.2009 tarih, 2009/13501 Esas, 2009/9655 Karar, bkz. ÇİL, s. 141.

¹⁴² SÜZEK, s. 215.

¹⁴³ ÖZKARACA, Ercüment; İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi ve İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 271 vd.; SÜZEK, s. 215.

¹⁴⁴ DEMİR, s. 655 vd.

ve bu şekilde işyeri devrine dair İşK. m. 6 hükümlerinin devreye girebilmesi için Yargıtay kararında zikredilen ölçütlerin tamamının gerçekleşmesi zorunlu değildir.¹⁴⁵ İşyerinin veya işyerinin bir bölümünün devri için ekonomik birliğin, yani işyerini karakterize etmek koşuluyla söz konusu ölçütlerden bir kısmının devredilmesi yeterlidir¹⁴⁶.

Kimliğin korunmasında işyerinin kimliğinin özünün nelerden oluştuğunun önceden belirlenmesi imkân dahilinde değildir. Göreceli nitelik taşır. Misal, mal imal eden işyerlerinde maddî unsurlarından olan makine ve araçlar ön plana çıkar. Buna karşılık, hizmet üreten işyerlerinde işgücü, patent, lisans vb. gibi unsurlar ön plana çıkar. Meselâ, bir işyerinin bünyesinde meyve suları ve gazlı içeceklerin iki ayrı bölümde üretildiğini varsayalım. Bunlardan gazlı içecek bölümünün devrinde işyeri devrinin koşullarından olan işyerinin kimliğini oluşturan özü devredildiğinde devir olgusunun oluştuğu kabul edilebilir. Kimliğini koruyarak ekonomik birliğin devrinin tayininde önem taşıyan husular, devredilen üretim faktörleri arasında fonksiyonel bağlılığın muhafazası ve başka bir organizasyon yapısına dahil olduğunda, devrolunanın bu yolla aynı veya aynı tür ekonomik faaliyeti devam ettirmesidir¹⁴⁷.

İşyeri kimliğinin belirleyici unsuru işgücü ise, salt işgücünün devri bile işyeri devri olarak kabul edilebilir. Yargıtay bir kararında, ağırlıklı olarak işgücünün önem arz ettiği bazı hizmetlerde, devralınan ekonomik bütünlüğün kimliğini koruduğu söylenebileceğini kabul etmiştir¹⁴⁸. Burada işletme sahibi önceki işverenin ilgili faaliyeti için kullandığı işçilerin sayı ve uzmanlık yönü itibarı ile önemli sayılabilecek bir kısmını da devralarak çalışmaya devam etmesi gerekir. Misal vermek gerekirse, bir bilgisayar yazılım firmasında, bir reklâm ajansında, bir emlak danışmanlık firmasının araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde vasıflı işçilik veya yaratıcılık ön plandadır. Bu tarz işyerlerinde işgücü, işyerini veya işyerinin bölümünü karakterize eder. İşyerinin kimliğinin özünü oluşturur. İşgücü devri yapılmış ise İşK. m. 6 anlamında işyerinin devri olarak kabul edilebilir¹⁴⁹.

1/dd) İşyeri Devrinin İş Sözleşmeleri Bakımından Sonuçları

1/aaa) Taraf Değişikliği

İşK. m. 6 gereğince işyerinin devredilmesi sonucunda iş sözleşmesinin işveren tarafı değişmektedir. Devreden işveren devir ile birlikte iş ilişkisinin tarafı olma sıfatını

¹⁴⁵ SÜZEK, (Süzek, İşyerinin Devri), s. 313 vd.

¹⁴⁶ SÜZEK, (Süzek, İşyerinin Devri, s. 314-315.

¹⁴⁷ ALPAGUT, s. 47; SÜZEK, s. 216.

¹⁴⁸ ÇİL, s. 116.

¹⁴⁹ SÜZEK, s. 216.

kaybetmektedir. Kanun gereği devralan, devredenine yerine işveren sıfatı kazanmaktadır. Böylece, iş sözleşmesinin işveren tarafı kanun gereği değişmektedir. Sözleşmenin taraflarının değişmesi için tarafların herhangi bir irade beyanı yoktur. Bu sebeple, devreden ile devralan arasında mevcut çalışma koşullarında bir değişiklik olmaksızın imzalanmış bir iş sözleşmesi niteliği taşımaktadır¹⁵⁰.

İşveren sıfatının değişmesi ve iş sözleşmelerinin devralan ile devamı, devir anında mevcut tüm iş sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Sözleşmenin belirli veya belirsiz, tam veya kısmî süreli olmasının hiçbir önemi yoktur. Avrupa Birliği'nin 2001/23 sayılı Yönergesi'nin 2/2 maddesi gereğince, iş sözleşmesi veya iş ilişkisi kavramları bakımından ulusal hukuk düzenlemeleri saklı tutulmuştur. Yönerge'de belirtilen istihdam türleri kapsam dışı bırakılamaz. İş sözleşmesinin fesih bildirimi yapılmakla birlikte bildirim süresi dolmadan işyeri devredilirse, devralan bildirim sürelerinin sonuna kadarki dönem için sözleşmenin tarafı sıfatını kazanır. Eğer devir anında iş sözleşmesi geçerli olarak sona ermişse, devralan geçmişe veya geleceğe yönelik işveren sıfatını kazanmaz ve sözleşmeden doğan borçlardan sorumlu tutulamaz¹⁵¹. Eğer, küllî halefiyet hali ya da işletme devrine ilişkin şartlar söz konusu değilse, devralan işverenin hiçbir sorumluluğu olmamaktadır. Uygulamada, devralan işveren devirden önce devreden işverene fesih ihbarları yaptırmaktadır. Bu şekilde devir sonrası iş ilişkilerine taraf olma yükümlülüğünden kurtulduğu haller yaygın olarak kullanılmaktadır.

1/bbb) Fesih Yasağı, Niteliği ve Uygulama Alanı

İşK. m. 6/I, II hükmünde devir halinde, mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçtiği öngörülmektedir. İşçi lehine bir koruma normu olarak düzenlenmiştir. Düzenleme ile işyeri devri halinde doğabilecek hukukî sonuçlar belirlenmiştir. Hükümde hukukî işleme dayalı olarak işyerinin devreden işverenden devralana devri durumunda, mevcut iş ilişkilerinin kanun gereği devralana geçmesi esası kabul edilmiştir. Böylece, taraf iradelerinden bağımsız olarak iş ilişkilerinin devamı sağlanmıştır. İşveren değişikliği sebebiyle işin kaybı önlenmek istenilmiştir. Yine kanunun amaçlarından birisi, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin birlikte sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu şekilde sorumluluğa ilişkin riskin paylaşımı ve işçinin korunması amaçlanmıştır¹⁵². İşK. m. 6 düzenlemesinin amaçlarından bir

¹⁵⁰ ALPAGUT, s.117.

¹⁵¹ ALPAGUT, s.118.

¹⁵² ALPAGUT, s. 121.

diğeri, ancak hükümde belirlenen hallerde taraflara fesih hakkı tanınmasıdır¹⁵³. Sayılanlar dışındaki hallerde “işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı iş akitlerinin taraflarca feshedilemeyeceğine ilişkin fesih yasağı” getirilmiştir. Netice olarak iş güvencesinin sağlanması istenmiştir¹⁵⁴.

Avrupa Birliği müktesebatına uyumu çerçevesinde İşK. m. 6 hükmünde, “sırf işyerinin devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği” hükmü getirilmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, devreden işverenlerce iş sözleşmeleri feshedilerek kıdem tazminatları ödenmekteydi. Devir işlemi gerçekleştirilmekte, aynı işçiler daha düşük mali şartlarda ve sıfırdan başlatılan kıdemle çalıştırılmaktaydı. 1475 sayılı Kanunda devir sebebiyle feshi engelleyen özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Zaten iş güvencesi de olmadığı için bu tarz işlemlerle işçiler girdi-çıkı yapılarak daha olumsuz çalışma şartlarıyla çalışmaya zorlanabiliyorlardı.¹⁵⁵ Yargıtay’ın kararına konu bir olayda, işçinin çalıştığı işyerinin devri aşamasında devreden ve devralan işveren arasında yapılan sözleşmede iş sözleşmesinin devreden işveren tarafından feshedilerek kıdem tazminatının ödenmiştir. Devralan ile işçi arasında yeniden sözleşme yapılmıştır. Bu sebeple, devralan işveren, işçinin devirden sonraki çalışmaların eskisinin devamı olamayacağı, bu çalışmaların yeni bir iş sözleşmesi niteliğinde olduğu ileri sürmüştür. Yargıtay bu işlemin devreden veya devralan işverence “daha az kıdem tazminatı ödenmesi için yapıldığı iddiasının ispatlanamadığı” gerekçesiyle yerel mahkemenin aksi yöndeki kararını bozmuştur¹⁵⁶.

İşK. m. 6/V hükmü, devreden işverenin sırf işyerinin devri sebebiyle iş akitlerinin feshedilemeyeceği yönünde yasaklayıcı bir norm koymuştur. Ancak düzenlemeye, geçerli veya haklı fesih hakları saklı tutulmuştur. Hükümde sırf işyeri devrinin fesih nedeni oluşturamayacağının kabulü, devir halinde yaşayan bir organizma olarak işyerinin varlığını devam ettireceği düşüncesine dayanır. Devir başlı başına işçinin işinin ortadan kalkmasına sebep olmadığından, işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesinde hukuken korunmaya değer bir çıkarının bulunduğu söylenemez. Zaten düzenleme ile işverenin fesih hakkı “sırf işyeri devri” sebebiyle yasaklanmış olup, diğer hallerin mevcudiyeti halinde fesih hakkı ortadan kaldırılmamıştır¹⁵⁷. Bu sebeple, düzenlemenin girişim özgürlüğüne müdahale olabilecek bir sınırlama olduğu söylenemez. AB Yönergesi ile önemli ölçüde uyumlu olan İşK. m. 6’daki

¹⁵³ SÜZEK, (Süzek, İşyerinin Devri), s. 320.

¹⁵⁴ ALPAGUT, s.121.

¹⁵⁵ ALPAGUT, s. 122.

¹⁵⁶ ALPAGUT, s.122, 14 Numaralı Dipnot.

¹⁵⁷ SÜZEK, (Süzek-İşyerinin Devri), s. 321.

düzenleme, işçinin korunması ile işverenin fesih hakkı arasındaki denge korunmaya çalışılmıştır. Düzenlemede, “devir dışında” kalan haklı veya geçerli sebeplerin mevcudiyeti halinde kanundaki fesih sebeplerine herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir¹⁵⁸.

İşK. m. 6 düzenlemesiyle iş güvencesine dair 18. madde hükmü arasında bağlantı kurulmamıştır. Bu sebeple, bu düzenlemenin iş güvencesi hükümlerinden bağımsız bir hüküm olup olmadığı tartışmalıdır. Bu sorunun cevabı hüküm kapsamındaki işçilerin kimlerden ibaret olduğu ve hükmün uygulama alanını tespit bakımından da önemlidir.

AB’nin 2001/23 sayılı Yönergesi’nin 4/1 maddesine göre, işletme, işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinin devreden veya devralan için fesih nedeni oluşturmaz. Ancak bu hükmün, istihdam alanında değişikliği beraberinde getiren malî, teknik veya organizasyona ilişkin nedenlere dayalı feshi engellemediği belirtilmiştir. Birlik, üye devletlere hükmün uygulama alanını sınırlayabilme ve feshe karşı koruma kapsamında olmayan işçilere ilişkin istisnalar getirebileceğini kabul etmektedir¹⁵⁹.

İşK. m. 6’daki hükmün amacının işçinin korunması olduğu tartışmasızdır. Bu koruma devir olgusundan etkilenmeksizin iş ilişkisinin devir anındaki hak ve borçlarla devralana geçmesi ve devirden bağımsız olarak iş ilişkisinin ve çalışma koşullarının devam etmesi ile sağlanmaya çalışılmıştır. Kanundaki düzenleme, salt işyeri devri nedeniyle iş kaybına karşı işçiyi korumayı amaçlamaktadır¹⁶⁰. Bu korumanın gerçekleşebilmesi için fesih yasağının tüm işçiler bakımından gerekli ve geçerli olduğu kabul edilmelidir. İşK. m. 6’daki fesih yasağının tüm işçiler bakımından uygulanabilirliği kabul edilebilir. Fakat bu hükme aykırı hareket edildiğinde hukukî sonuçlar konusu tartışmalıdır¹⁶¹.

Alman hukukunda bağımsız fesih yasağı benimsenmiştir. Feshe karşı koruma kapsamına girsin veya girmesin tüm iş ilişkilerinde devir sebebiyle yapılan fesih BGB § 134 uyarınca geçersiz sayılmaktadır. Dolayısıyla, feshe karşı koruma hükümlerinin dışında, borçlar hukukunun genel esaslarına dayalı geçersizlik yaptırımını uygulanmaktadır¹⁶².

¹⁵⁸ ALPAGUT, s. 124.

¹⁵⁹ ALPAGUT, s. 125.

¹⁶⁰ ÖZKARACA, s. 271 vd.

¹⁶¹ ULUCAN, Devrim; İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeniyle Yapılan Fesihlerin Hukukî Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 6 vd.

¹⁶² ALPAGUT, s. 128.

Türk hukuku bakımından fesih yasağına aykırılık halinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin yanında borçlar hukukunun genel düzenlemeleri uygulanabilirliği tartışmalıdır¹⁶³. Türk hukukunda fesih konusunda, İşK. m. 17'deki ihbar önelleri düzenlemesi ve İşK. m. 18'deki iş güvencesi hükümleri ve fesih hakkının kötüye kullanılmasıyla ilgili 17. maddedeki düzenlemeler vardır. İşK. m. 17'deki ihbar önelleri ve fesih hakkının kötüye kullanılmasıyla ilgili düzenleme, iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın tüm işçiler bakımından uygulanabilir. Buna karşılık, İşK. m. 18¹⁶⁴'deki iş güvencesi hükümleri düzenlemede belirtilen iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından uygulanır.

Türk hukukunda, feshin geçersizliği ile ilgili genel hükümlerin uygulanabilme imkânı konusunda mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yorum yöntemiyle iş güvencesi hükümleri dışında genel hükümlere başvurularak feshin geçersizliği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Zira işçi sendikal sebepler, eşitlik ilkesine aykırılık, ayrımcılık, hamilelik gibi sebeplerle iş akdinin feshi halinde bile İşK.m. 18'deki şartlarda feshin geçersizliğini dava edebilir. Bundan daha hafif olan işyerinin devri halinde genel hükümlerden yararlanarak feshin geçersizliğinin tespitini talep etmesi sonucuna varmak hukuken mümkün değildir. Aksini düşünmek işyeri devri nedeniyle hiçbir süreye bağlı olmaksızın ve tazminata da dönüşmeyen mutlak bir güvenceden çalışanı yararlandırmak sonucu çıkar. Kaldı ki AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesi'nin amacı işçinin devirden etkilenmeksizin iş ilişkisinin ve bundan doğan hak ve borçlarının devralan işverene geçmesini sağlamaktır. Yönergenin amacı hiçbir şekilde devir olmasaydı işçiye sahip olacağı yasal haklardan ve mevzuatla tanınan korumadan daha fazlasını sağlamak değildir. Netice olarak, işçinin normal durumda sahip olduğu iş güvencesi hükümlerinin ötesinde genel bir geçersizlik sebeplerine dayalı güvenceden yararlandırılmak mümkün olmamalıdır. Bu şekildeki bir yorum yönergeye uyum amacıyla çıkarılan İş Kanunu'nun amacını da aşar¹⁶⁵.

İş güvencesi kapsamında olmayan ve sırf devir sebebiyle iş akitleri feshedilen işçiler bakımından ne gibi bir yaptırım uygulanacaktır? Doktrinde, sırf işyerinin devri nedeniyle yapılan feshin, fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerden biri olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁶⁶.

¹⁶³ ALPAGUT, s. 128.

¹⁶⁴ İşK.m. 18 düzenlemesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

¹⁶⁵ ALPAGUT, s. 129.

¹⁶⁶ ULUCAN, s. 73; ÖZKARACA, s. 271.

İşK. m. 6’da işyeri devri olarak kabul edilen haller kanunda tek tek sayılmamıştır. İşK. m. 6 işyeri veya işyerinin bir bölümünün “hukukî bir işleme” dayalı olarak devredilebilir. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada ölüm dışındaki haller düzenlenmiştir. Hükümdeki, hukukî bir işlemle ibaresinden kasıt, işyerinin satış, kira, hâsılat kirası, özelleştirme sebebiyle devir, adi ortaklıkta ortakların hissesini devretmesi, lisan devri, pay devri, tesis devri, işin alt yükleniciye verilmesi, ihale süresi sonunda işi devralan yeni alt işverene devri gibi haller sayılabilir. Tüm bu hallerde İşK m. 6’daki temel düzenleme uygulanır.

İşK. m. 6 düzenlemesinde, devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebepleri yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı hallerde fesih hakkı olduğu öngörülmüştür. Aynı şekilde işçi ve işverenin haklı sebeplerden dolayı fesih haklarının saklı olduğu düzenlenmiştir¹⁶⁷. Esasen bu düzenleme olmasa dahi, işçi ve işverene haklı sebeple iş akdinin İşK. m. 24 ve 25 haklı sebepler ve İşK. m. 18’deki geçerli sebeplerin feshe imkan veren hükümlerinden aynı neticeye varılmalıdır¹⁶⁸.

Devralan işveren, iş sözleşmesinin tarafı hâline geldiğinden, şartları var ise fesih imkânına sahip olur. Fakat devralan işveren bakımından da, İşK. m. 6’daki mutlak fesih yasağı hali olan “sırf işyerinin veya bir bölümünün devri” nedenine dayalı geçerli bir fesih sebebine dayanamaz. Buna karşılık, ekonomik, teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyon değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları ile haklı nedenle fesih imkânı saklıdır.¹⁶⁹ Devralan işveren de İşK. m. 18’deki işyeri veya işletme gerekleriyle fesih sebeplerinin bulunduğu haller ile işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin varlığı halinde geçerli fesih hakkına sahiptir.¹⁷⁰ Devralan işveren haklı fesih sebeplerinin bulunduğu hallerde devir olgusunun gerçekleştiği andan itibaren İşK. m. 25’te sayılı haklı fesih imkânına sahiptir.

İşK. m. 6’daki “sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrine bağlı fesih yasağı” iş ilişkisinin işçi bakımından da aynen geçerlidir. İşçi açısından salt işyerinin devri haklı bir fesih sebebi oluşturmaz. İşK. m. 6’nın düzenlemesi ile işçi açısından iş akdinin feshinde haklı bir sebep bulunmadığı sürece iş akdini feshedemez. İşyeri devri sonucunda iş

¹⁶⁷ SÜZEK, (Süzek, İş Hukuku), s.217 vd.

¹⁶⁸ SÜZEK, (Süzek, İşyerinin Devri), s. 322.

¹⁶⁹ ALPAGUT, s. 146.

¹⁷⁰ ALPAGUT, s. 146.

akdi yeni işveren ile aynen devam eder. Başka bir deyişle iş ilişkisi sona ermediğine göre işçi fesihten doğan kıdem, ihbar tazminatı ile izin alacağını talep edemez.¹⁷¹

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi bir uyuşmazlıkta, işçinin davalı alt işverenin işyerinden çıkışında işyeri devrinin gösterililiği ertesi günü ihaleyi alan yeni alt işveren şirkette giriş işleminin yapıldığı, bu sebeple kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağı karar verilmiştir¹⁷².

Yargıtay'ın değişik tarihli kararlarında benzer sonuçlara varılmıştır. Fesih konusunda irade açıklamaları veya fesih yerine geçecek işlemleri olmadığı takdirde, işçinin asıl işverenin işi kapsamında değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekir.

Yargıtay¹⁷³ değişik¹⁷⁴ kararlarına göre, iş sözleşmesi işçi veya işverence feshedilmediği takdirde değişen alt işverenle devam eder. Bu durumda işyerinde çalışması devam eden işçi feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı talep edemez. İşçi, İşK. m. 17'deki ihbar önellerine uyarak iş akdini feshedebilse bile kıdem tazminatına hak kazanamaz.

İşçi işyeri devrinin İşK. m. 22 anlamında kendisi bakımından çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturduğu haller veya İşK. m. 25'teki haklı sebeplerin varlığı halinde ise iş akdini haklı sebeple feshedip, kıdem tazminatını talep edebilir.

İşK. m. 6 son hükmüne göre, fesih yasağı, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün devri halinde uygulanmaz. Bu düzenlemenin amacı iflas durumunda, devir işleminin esnekliğinin sağlanması ve kolaylaştırılmasıdır. Nitekim AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesi'nde de, üye ülkelerce aksi kararlaştırılmadıkça iflas prosedürü çerçevesinde işletme, işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde işçilerin talep haklarının korunmasına, yani iş ilişkisinin devralan işverene geçmesi ve fesih yasağına ilişkin hükümler uygulanmaz. İflasın açılmasıyla birlikte, yasal istisnalar dışında müflisin iflas ilânından önce yapmış olduğu sözleşmeler sona ermez. İş sözleşmeleri de iflas ile sona ermeyen sözleşmelerdendir¹⁷⁵.

İşK. m. 6'daki iş sözleşmelerinin devirle birlikte devralana geçeceği hükmünün istisnası olarak iflas durumunda bir kısım işçilerin devirden önce iş akitleri feshedilebilir. Bunun yanı sıra iş sözleşmelerinin feshedilmediği hallerde ise devirden önce doğan hak ve

¹⁷¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 219.

¹⁷² İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30. Dairesi'nin 2017/315 Esas, 2017/559 Kararı, özel arşivimiz.

¹⁷³ Yargıtay 9. HD'nin 23.11.2015 tarih ve 2014/15801 Esas, 2015/33226 Karar, özel arşivimizde.

¹⁷⁴ Yargıtay 22. HD'nin 23.09.2013 tarih ve 2013/28057 Esas, 2013/19456 Kararı, Yargıtay 9. HD'nin 04.03.2014 tarih ve 2012/2557 Esas ve 2014/7011, (Yayımlanmamış Karar).

¹⁷⁵ TERCAN, Erdal; İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996, s. 12.

borçların devirle birlikte devralana geçişi söz konusu olmaz. Yine müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler de uygulanmaz¹⁷⁶.

dd)TTK. m. 178 Düzenlemesine Göre Birleşme, Bölünme Ve Tür Değişirme Yoluyla İş Sözleşmelerinin Devri

1/a) Genel Olarak

TTK. m. 178 birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerinin iş sözleşmelerine etkileri ile ilgili özel bir düzenleme yapılmıştır¹⁷⁷. Düzenlemenin amacı, birleşme, bölünme ve tür değiştirme sonucunda işçilerin de bulunduğu menfaat sahiplerinin korunması amaçlanmaktadır¹⁷⁸. TTK. m. 158, ve 190 hükümleri TTK.m. 178 hükmüne atıf yapmaktadır. Bu hüküm birleşme, bölünme ve tür değişikliği hallerinde iş ilişkilerinde temel bir norm olmaktadır¹⁷⁹. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme halleri dışında kalan işyeri devrinde genel hükümler, düzenlemede öngörülen hallerde ise TTK. m. 178 uygulanmalıdır¹⁸⁰. Fakat yapısal şirketlerin yapısal değişikliği denilen birleşme, bölünme veya tür değiştirme yoluyla iş sözleşmelerinin geçişini sağlayan külli halefiyet ilkesi olmasaydı bile İşk. m. 6 gereğince iş sözleşmeleri devralan geçecekti¹⁸¹.

TTK. m. 178 düzenlemesiyle Türk hukuku bakımından ilk kez, işçiye itiraz hakkı tanınmıştır¹⁸². TTK. m. 178/f.1'e göre, bölünmede, iş sözleşmesi, işçi itiraz etmediği takdirde, devir anına kadar doğmuş olan tüm hak ve borçlarla devralana geçer. Devir sonrası işçi itiraz ettiği takdirde, iş sözleşmesi kanunî işten çıkarma süresinin sonunda sona erer. Devralan ve işçi kanunî çalışma süresinin sonuna kadar sözleşmeye uymakla yükümlüdür¹⁸³.

İtiraz hakkına sahip olması ve bunu kullanılması işçiye, iş sözleşmesinin yeni işverene devrine engel olma imkanı tanır. İşçinin sözleşmesi kanunî bildirim süresinin sonunda iş sözleşmesi kanun gereği kendiliğinden sona erer. Bu sona erme şekli iş mevzuatında tanımlanan bir işçi feshi ve işveren feshi değildir¹⁸⁴.

¹⁷⁶ ALPAGUT, s. 152 vd.

¹⁷⁷ AKKAŞOĞLU, Şeyma; Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2017, s. 98 vd.

¹⁷⁸ DEMİR, s. 657.

¹⁷⁹ ALP, Mustafa; Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158, 190) Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, S.32, s.51-74.

¹⁸⁰ DEMİR, s. 657.

¹⁸¹ AKKAŞOĞLU, s. 99.

¹⁸² AKKAŞOĞLU, s. 133 vd.

¹⁸³ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 174.

¹⁸⁴ AKKAŞOĞLU, s. 157.

TTK. m.178'de işçiye itiraz hakkı tanınmasına rağmen işverenler bakımından bir bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmemiştir¹⁸⁵. İtiraz hakkı düzenlenmesine rağmen devir işverene bilgilendirme yükümlülüğü getirilmemiş olması önemli bir eksikliktir. İş ilişkisinin karşı tarafını seçmekte olan işçinin işveren tarafından bilgilendirilmediği hallerde itiraz hakkının ne şekilde kullanılacağı hususu belirsizlik yaratır. Kanaatimizce, düzenlemede bir kanun boşluğu olduğu kabul edilerek, hâkim tarafından doldurulmalıdır. Hâkim tarafından kanun boşluğunu doldurulmasında Avrupa Birliği'nin 2001/23 Sayılı Yönergesi ile Mevzuat Kanun İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerin göz önünde bulundurulması uygun olur¹⁸⁶.

TTK. m.178 düzenlemesinde işyeri devrinde işveren yöünden işçileri bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmemiştir. Çalışanlara itiraz hakkı tanınmadığında bilgilendirme yükümlülüğünün getirilmesinin esaslı bir anlamı olmaz. İşçinin iş ilişkisinin akıbeti, devralan işverenin kimliği, devir tarihi ve şekli ile devrin kendisi bakımından doğuracağı ekonomik ve hukukî sonuçlar konusunda bilgilendirilmesi dürüstlük kuralının gereği kabul edilmelidir¹⁸⁷.

TTK. m.178. maddesindeki bu düzenleme farklı düzenlemeler getirmiştir. İşK. m. 6 düzenlemesiyle çelişkili hükümler vaz edilmiştir.

Birleşme, birden fazla ticaret şirketinin malvarlığının, tasfiye olunmaksızın içlerinden birine veya yeni kurulan bir şirkete kendiliğinden veya küllî halefiyet yoluyla geçmesidir¹⁸⁸. Hem kuruluş hem de devralma yoluyla birleşmede işyeri devrinin şartlarından biri olan işveren değişikliği gerçekleşmektedir¹⁸⁹. Birleşme için ikiden fazla ticaret şirketinin varlığı ile birleşmenin tasfiyesiz sona ermesi ve küllî halefiyet ilkesine göre yapılmasıdır¹⁹⁰. Birleşmenin temel ilkeler, tasfiyesiz sona erme, halefiyet ilkesi, pay sahipliğinin devamı, alacaklıların korunması ve şirket türleri arasında serbest birleşmedir¹⁹¹.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde küllî halefiyet ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre tüzel kişiliği ortadan kalkan şirketlerin tüm hak ve borçları yanında iş sözleşmeleri de birleşmenin sicile tescili ile birlikte kendiliğinden devralan veya yeni kurulan ortaklığa geçer, devralan veya yeni kurulan ortaklık kanun gereği kendiliğinden işveren sıfatını kazanır¹⁹².

¹⁸⁵ AKKAŞOĞLU, s. 189 vd.

¹⁸⁶ ASTARLI, Bilgilendirme, s.174 vd.

¹⁸⁷ ASTARLI, Bilgilendirme, s. 173 vd.

¹⁸⁸ PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020, s. 70 vd.

¹⁸⁹ ÖZKARACA, s. 65.

¹⁹⁰ AKKAŞOĞLU, s.6-7.

¹⁹¹ PULAŞLI, s. 69 vd.

¹⁹² ÖZKARACA, s. 66 vd; AKKAŞOĞLU, s. 99.

Bir şirketin diğerini devralması veya yeni kurulmuş bir şirkette birleşmeleri şeklinde olabilir. Birleşme devralan şirket bünyesinde gerçekleşir ise devralan şirketin varlığı devam eder. Fakat devredilen ortaklık devir işlemi tamamlanınca tüzel kişiliğini kaybeder. Buna karşılık, yeni kurulan bir şirket bünyesinde birleşme olursa, şirketler birleşerek yeni bir şirket oluştururlar ve eski varlıklarını kaybederler. Böylece birleşen şirketler varlıklarını kaybederken kurulan yeni şirket kişilik kazanır. Birleşme ile devrolunan şirketin malvarlığı bir bütün hâlinde devralan şirkete geçer¹⁹³.

Ticarî işletmelerin devri ile birleşmesi iki konuda farklıdır. İşlemenin devri için başka bir işletmeye gerek yoktur. Fakat birleşme için iki farklı işletmenin varlığı gerekir. Diğer farklılık, ticarî işletmenin devrinde sahibi değişmekte, devirden sonra devreden işletme üzerindeki yönetim hakkı sona ermektedir. Buna karşılık, birleşmede en az iki işletmenin birleşmesinden oluşan yeni yapıda eski sahipleri ortak olarak devam etmektedir¹⁹⁴.

Bölünme, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin malvarlıklarının tamamen veya kısmen ayırmasıyla kısmi külli halefiyet prensibine göre tasfiye edilmeksizin diğer yeni kurulan ya da mevcut şirket veya kooperatife devretmesidir¹⁹⁵. Bölünen şirketin ortakları devralan şirkette ortaklık hakkını kendiliğinden kazanır. Bölünme ile birlikte, tüm hak ve yükümlülükler kısmi külli halefiyet ilkesine göre kendiliğinden geçer. Bölünmede devreden şirketin de kişiliği devam ettiği için devredilen ile sınırı olarak hak ve yükümlülükler geçer¹⁹⁶.

Tür değiştirme¹⁹⁷, bir ticaret şirketinin tasfiye edilmeksizin ekonomik ayniyetini ve devamlılığını koruyarak sadece şirketin şeklini değiştirmesidir¹⁹⁸. Türü değişen şirket eski şirketin devamıdır¹⁹⁹. Ticaret hukukunda tür değiştirmeden önceki şirket borçlarından ortakların bu sıfatla sorumluluklarının bulunduğu durumlarda TTK .m. 158 hükmüne göre üç yıllık sorumluluk süresince devam eder²⁰⁰.

¹⁹³ POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2017, s. 148 vd.

¹⁹⁴ KARAMAN, Mehmet Halis; Birleşme, Bölünme ve İşletme Devrinde İşçiyi Koruyan Hükümler ve İş Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 41, 2019, s. 106-129.

¹⁹⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.145 vd.; PULAŞLI, s. 104 vd.

¹⁹⁶ PULAŞLI, s. 106 vd.

¹⁹⁷ Bkz. AKKAŞOĞLU, Tür değişikliğinin iki şekli vardır. Devredici tür değiştirmede eski türdeki şirket tasfiye edilmeksizin bütün malvarlığı ile yeni kurulan yeni tür şirkete devredilir. Tür değiştirme sürecinde eski tür şirket ve devralan yeni türdeki şirket bir arada varlıklarını devam ettirirler. Eski şirket tüzel kişiliğini sürecin sonuna kadar devam ettirir.¹⁹⁷ Biçim değiştirici tür değiştirmede ise şirket yapılan işlemler sonucu yeni bir tür şirket hâline dönüşür. Aynı tüzel kişilik sadece tür değiştirdiği için aslında ortada tek bir tüzel kişilik vardır. Değişen sadece şirketin şeklidir.

¹⁹⁸ PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020, s.135 vd.

¹⁹⁹ KARAMAN, s. 124.

²⁰⁰ KARAMAN, s. 124.

1/b) Türk Ticaret Kanunu m. 178 Düzenlemesinin Uygulama Alanı

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme konusunda etkilenmesi muhtemel bütün tarafların korunması prensibi çerçevesinde, konunun düzenlenmeye çalışıldığı görülmektedir. TTK. m. 178 düzenlemesi yapılırken birleşme, bölünme ve tür değiştirme hâlinde işçilerin korunması konusunda TTK. m. 158 ve 190, TTK. m. 178'e atıf yapmaktadır. Yapılan bu atıflar sebebiyle TTK. m. 178 hükmü ticarî işletmenin özel bir devir türü olarak öngörülen birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin iş ilişkilerine etkilerini düzenleyen özel bir hüküm hâline gelmektedir.

Bölünmede, işçiler itiraz etmediği takdirde iş sözleşmeleri, devir anına kadar doğan tüm hak ve borçlarla birlikte devralana geçer. İşçi itiraz ederse, sözleşme kanunî işten çıkarma süresinin sonunda sona erer. Devralan ve işçi fesih tarihine kadar sözleşmeye uymak zorundadır. Devreden ve devralan, işçinin bölünmeden önce vadesi gelmiş alacakları ile iş sözleşmesinin işçinin itirazı sonucu sona erdiği tarihe kadar geçen sürede vadesi dolacak alacaklarından müteselsilen sorumludur. İşçiler vadesi gelen alacaklarının güvenceye alınmasını talep edebilirler. Devreden şirketin ortakları, iş sözleşmesinden doğan ve geçiş anına kadar vadesi gelen borçlar ve iş sözleşmesi sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı ile soan erdiği tarihe doğan borçlardan müteselsil sorumlu olmaya devam ederler. Buna karşılık, tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesi sonucu sona ermesi durumunda müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

Devralan ve işçi sadece işyeri devri sebebiyle iş akdini feshedemez. Fakat devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebepler, organizasyonu değişikliği gibi hallerde veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerin varlığı halinde iş akdini fesih hakları saklıdır. Fesih yasağı ile ilgili hüküm iflas sonucu malvarlığının tasfiyesi sonrasında işyerinin veya bir bölümünün devredilmesi halinde uygulanmaz.

1/c) Türk Ticaret Kanunu m. 178 ile İş Kanunu m. 6 Hükümlerinin Karşılaştırılması

TTK. m.178 ile birlikte Türk hukukunda birleşme, bölünme ve tür değiştirme bakımından işyeri devrinin sonuçlarını düzenleyen iki farklı hüküm yürürlükte. TTK. m. 178 ve İşK. m. 6 hükümleri. Bu düzenlemeler çelişmediği hallerde bir sorun yoktur. Fakat çatıştığı hâllerde sorunlara sebebiyet vermektedirler. İki hüküm arasındaki ortak hususlar aşağıda sıralanmıştır:

- Her iki düzenlemede de iş sözleşmeleri devralana kendiliğinden, tüm hak ve borçlarıyla birlikte geçmektedir. Devralanın iş ilişkilerini devralmaktan kaçınma imkanı bulunmamaktadır.
- Arada bazı farklar olmakla birlikte her iki hükümde de devreden ve devralanın işçilik alacaklarından müteselsil sorumluluğu esası benimsenmiştir.

Fakat İşK. m. 6 ile TTK. m. 178 arasında dikkat çeken çelişkiler bulunmaktadır. Bunlar aşağıda sıralanmıştır:

- TTK. m. 178/I ile işçiye devre itiraz hakkı tanınmıştır. İşçi devre itiraz etmediği takdirde iş ilişkileri devralana geçer. Buna karşılık, İşK. m. 6 düzenlemesinde işçiye itiraz hakkı tanınmamıştır.
- TTK. m. 178/II'de işçinin devre karşı itirazı hâlinde, iş akdinin sona ereceği öngörülmektedir. Buna karşılık, İşK. m. 6'da devrin işçi bakımından haklı bir fesih sebebi oluşturmayacağı kabul edilmektedir.
- TTK. m. 178/III düzenlemesinde birleşme, bölünme ve tür değiştirmede müteselsil sorumluluk esası kabul edilmiştir. Buna karşılık, İşK. m. 6'da birleşme ve tür değiştirme hâlinde müteselsil sorumluluk doğmayacağı öngörülmüştür.
- TTK. m. 178/IV'te müteselsil sorumluluğun çerçevesi ve zamanı İşK. m. 6'ya göre daha genişletilmiştir.
- TTK. m. 178/V düzenlemesi ile işçilere güvence talep hakkı öngörülmüştür. Buna karşılık, İşK. m. 6'da ise böyle bir düzenleme yoktur²⁰¹.

1/d) Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve İş Kanunu m. 6 Arasındaki Çelişki İle İlgili Görüşler

TTK. m. 178 hükmü, birleşme, bölünme ve tür değiştirme yolu ile gerçekleşen ticarî işletmenin devrinde iş ilişkilerine uygulanır. Bu özel durum haricindeki diğer tüm işyeri devri hallerinde, İşK. m. 6 uygulanır. Bu düzenlemeler arasında üç temel noktada farklılıklar vardır. Bunlar, işçiye tanınan itiraz hakkı, teminat talep hakkı ve müteselsil sorumluluktur²⁰².

Bu iki düzenleme arasında çelişkili hususlarda bir kanunlar ihtilafı doğmuştur. Birbiriyle çatışan hükümlerin bulunması hâlinde hangisi uygulanır veya üstün tutulur? Farklı

²⁰¹ ALP, s. 56.

²⁰² AKKAŞOĞLU, s. 103.

hükümlerin çatıştığı hallerde, hangi hükmün uygulama önceliğinin olduğu ile ilgili temel ilkeler bulunmaktadır²⁰³. Bu ilkeler.

- Üst kanunun önceliği ilkesi. Bu ilkeye göre, normlar hiyerarşisinde üst kanunun önceliği bulunmaktadır²⁰⁴.
- Yeni tarihli kanunun önceliği ilkesi. Buna göre, yeni tarihli olan düzenleme eski tarihli olanda göre önceliğe sahiptir²⁰⁵.
- Özel kanun genel kanunu ilga eder. Bu prensibe göre, bir alan özel bir hükümle düzenlenmiş ise genel kanunu ilga eder. Uygulama önceliği özel kanundadır²⁰⁶.

Farklı hükümlerin çatıştığı halde, uygulanması gereken temel prensipler ışığında İş Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'daki bu farklı hükümlerden hangisine üstünlük tanınması gerektiği ile ilgili doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden birine göre, TTK. m. 178 düzenlemesi ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi hallerinde uygulanabilecek özel bir hükümdür. Diğer tüm işyeri devirleri bakımından ise genel hüküm olarak İŞK. m. 6 düzenlemesi uygulanır. Çatışan hükümlerin önceliğinin tespitinde özel kanun-genel kanun ayrımına göre çözüm bulunabilir²⁰⁷. Yazara göre her ne kadar Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu arasında özel kanun-genelkanun ilişkisi olmasa da, aynı kanunun içindeki hükümler arasında böyle bir ilişki olabilir. Yazar TBMM. Adalet Komisyonu raporuna göre, tasarının m. 178 maddesinin sadece bölünme birleşme ve tür değişikliği halinde İŞK. m. 6 düzenlemesine göre özel kanun olduğu şeklindeki ifadeye atıfta bulunmaktadır²⁰⁸. Yazara göre, TTK. m. 178 düzenlemesinin aynı zamanda İŞK. m. 6 hükmüne göre, daha sonraki bir düzenleme olduğunu da ileri sürülmüştür. Bu sebeple, birleşme, bölünme ve tür değişikliği yoluyla gerçekleşen işyeri devirlerinde TTK. m.178 hükmüne öncelik tanınmalıdır. Bu haller dışındaki tüm devirlere ise genel hüküm olarak İŞK. m. 6 düzenlemesi uygulanmalıdır²⁰⁹.

²⁰³ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.I, Bursa 2020, s. 361. Vd.

²⁰⁴ GÖZLER, s. 361.

²⁰⁵ GÖZLER, s. 362.

²⁰⁶ GÖZLER, s. 362.

²⁰⁷ SÜZEK, (Süzek, İşyerinin Devri) s. 326 vd.

²⁰⁸ SÜZEK, (Süzek, İşyerinin Devri) s. 327.

²⁰⁹ SÜZEK, (Süzek, İşyerinin Devri) s. 327.

Doktrindeki bir başka düşünceye göre normlar hiyerarşisi bakımından Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu aynı seviyede düzenlemelerdir. Bu sebeple, çatışma hâlinde normlar hiyerarşisinde üst kanunun önceliği ilkesi uygulanamaz²¹⁰.

Çatışma halinde önceliğin hangisinde olacağına dair diğer bir ilke, yeni tarihli kanunun eskisine göre önceliğidir. TTK. m. 178 yeni tarihli düzenleme olduğu için öncelikli görünmektedir.

Çatışan hükümlerden hangisinin öncelikli olduğu konusunda diğer bir ilke, özel kanun genel kanun kıyasıdır. İş Kanunu iş ilişkileri bakımından özel kanun olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, TTK. m. 178 ise birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen işyeri devrinde iş ilişkileri bakımından özel bir düzenlemedir²¹¹.

Doktrindeki başka bir düşünce sahiplerine göre, yorum ilkelerden hareketle çözüme ulaşmak her zaman mümkün görünmez. Bu sebeple çatışan hükümler arasında tercih yapmak gerektiğinde kanun koyucunun iradesini dikkate almak gerekir²¹². Kanun koyucunun iradesi, gerekçe ve hazırlık çalışmalarından anlaşılabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun genel gerekçesi incelendiğinde TTK. m. 178 ile getirilen düzenlemenin İşK. m. 6 ile ilişkisi ve yaratabileceği çelişkiler konusunda bilerek bu düzenlemenin yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu düzenleme yalnızca yapısal değişikliklerin güvenli, şeffaf ve basit şekilde gerçekleşmesini sağlamakla kalmamış, tüm menfaat sahiplerini de korumayı amaçlamıştır.

TBMM. Adalet Komisyonu Raporu'nda, TTK. m. 178 ile İşK. m. 6 ilişkisi hakkında ayrıntılı bir değerlendirme yapılmıştır. İşK. m. 6 düzenlemesi var iken birleşme, bölünme ve tür değiştirmede iş sözleşmelerinin geçişini öngören TTK. m. 178 hükmünün lazım olup olmadığı tartışılmıştır. Tartışma sonunda bu düzenlemenin gerekli olduğu kabul edilmiştir.

Doktrinde, TTK. m.134/II²¹³ hükmünün birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlere genel ve üstün kanun özelliği yüklediği ve diğer kanunlardaki hükümleri üstü örtülü şekilde yürürlükten kaldırdığı ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre, işyeri devrinde İşK. m.6 düzenlemesi varken, kapsam alanı olmayan Türk Ticaret Kanununda böyle bir düzenleme yapılması doğru değildir. Böyle farklı düzenleme yerine işyeri devri ile ilgili İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine atıfta bulunulmakla yetinilmeliydi. Bu

²¹⁰ ALP, s. 56.

²¹¹ ALP, s. 56.

²¹² AKKAŞOĞLU, s. 108 vd.

²¹³ TTK. m. 134/II düzenlemesi; diğer kanunların, bu Kanunun 135 ila 194 üncü maddesine aykırı olmayan hükümleri saklıdır şeklindedir.

düzenlemenin Türk Ticaret Kanununa aktarılması doğru olmadığı gibi, işçiler arasında bir ayrıma sebebiyet vermektedir²¹⁴.

Doktrinde ağırlıklı görüş, kanun koyucunun iradesine göre, birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerde TTK. m. 178 düzenlemesinin özel hüküm olduğu için öncelikle uygulanması gerektiği yönündedir. Fakat TTK. m. 178 hükmünde düzenlenmeyen hallerde tamamlayıcı hüküm olarak İşK. m. 6 hükmünün uygulanması gerekir.

1/e) Normlar Çatışması Konusunda Görüşümüz

Kanaatimize göre, doktrinde de ileri sürüldüğü üzere Türk Ticaret kanunun konusu olmayan işyeri devri halinde iş ilişkilerinin akıbeti konusunun kanuna dâhil edilmesi uygun olmamıştır. Üstelik bu yapılırken Türk hukukundaki genel uygulamadan oldukça farklı ve çelişkili hükümler öngörülmüştür. İş ilişkileri ile ilgili İş Kanununda bile yer almayan devre itiraz hakkı, teminat talep hakkı ve müteselsil sorumlulukla ilgili uzun sürelerin bu şekilde düzenlenmesi kanun yapma tekniği bakımından uygun değildir. Üstelik Türk hukukunun genel uygulamasına aykırı hükümler sistemi de bozabilir.

Türk hukuku içinde birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirler ile diğer tüm işyeri devirleri arasında devasa farklılıklar oluşmuştur. İşyeri devrinin kapsamdaki işçilerin hukuki durumlarının Türk hukuk sisteminde aykırı şekilde çalışmasına sebebiyet verilmiştir. Kanaatimizce Türk hukuku açısından doğru sistem İşK. m. 6 düzenlemesinde işçiye devre itiraz hakkı tanınması, teminat talep hakkı ile ilgili değişiklik yapılması daha uygun olurdu. Olması gereken hukuk açısından düzenlemenin yapılış yeri ve muhtevası ile ilgili bu eleştirilerimiz bir yana çatışan normlardan hangisine üstünlük tanınması gerektiğinin belirlenmesi gerekir.

Kanaatimizce TTK. m.178. maddesi sadece bölünme, birleşme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerde uygulanabilecek özel bir hükümdür. Bu hâllerde İşK. m. 6'ya nazaran özel bir hükümdür. Böylece işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İşK. 6. maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme getirilmesi amaçlanmıştır.

TTK. m. 178 düzenlemesi ile işçiye itiraz hakkı tanınmıştır. Alacaklarının güvenceye alınmasını talep etme imkânı tanındığı için İşK. 6. maddesinden daha iyi olduğu ve düzenlemenin hedeflediği amaca uygun olduğu kabul edilmiştir.

²¹⁴ AKKAŞOĞLU, s. 110 vd.

Aynı kanaati düzenlemenin 6. Fıkra hükmü de güçlendirmektedir. Alt komisyon TTK. 178. Madde düzenlemesinin İşK. m.6. hükmü karşısında özel hüküm olarak korunması gerektiği sonucuna varmıştır. TTK. m. 178 hükmünün düzenlediği alanlarda, İşK. m. 6.'nın boşluklarının doldurulmasında yarar görülmüştür.

Alt komisyon raporu ve düzenlemeyi olduğu gibi kabul eden kanun koyucunun, birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerde TTK. m. 178 ile İşK. m. 6 ilişkisinde tercihini bu şekilde kullandığı söylenebilir. Rapora göre, TTK. m. 178 İşK. m. 6'dan daha iyi, daha amaca uygun ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme olarak kabul edildiği sonucuna varılabilir. Bu düzenlemenin gerekçesi ve kanun koyucunun tercihi karşısında TTK. m. 178'in İşK. m. 6 karşısında özel hüküm olarak kabul edildiği sonucuna varılabilir. Düzenlediği alan olan birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerde tercihe şayan kabul edilmelidir. Buna karşılık, İşK. m. 6'nın ise TTK. m. 178'in boşluklarını doldurucu genel bir hüküm olarak uygulanmalıdır. Kanun koyucunun tercihi karşısında, TTK. m. 178, İşK. m. 6 karşısında özel bir hüküm olarak kabul edilerek öncelikle uygulanır. Bu iki hükmün çatıştığı noktada, TTK. m.178 uygulanır. Kanun koyucu bilinçli bir tercihle İşK. m. 6'yı ikincil bir hüküm hâline getirmiştir.

TTK. m. 178 hükmü, sadece şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi halinde uygulanır. Bu durumlar hariç, TTK. m. 178 hükmünün uygulanma imkânı yoktur. Düzenleme dışındaki tüm işyeri devirlerinde İşK. m. 6 hükmü tek başına uygulanır.

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme hâllerinde İşK. m. 6 hükmü tamamen dışlanmamaktadır. İşçiyi koruyucu hükümleri bakımından genel bir norm olarak kabul edilmektedir. Hatta boşluk doldurucu hüküm olarak uygulanması gerektiği öngörülmüştür. Meselâ, TTK. m. 178'de işyeri devrinin işveren bakımından fesih yasağı ile ilgili bir hüküm yoktur. Yine devralanın hizmet süresine bağlı hakları ile ilgili işçinin devreden yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapması yükümlülüğü hükmü yoktur. Bunun gibi hallerde İşK. m. 6'nın genel hükümleri, bölünme, birleşme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerde uygulama alanı bulur²¹⁵.

²¹⁵ ALP, s. 58.

1/f) TTK. m. 178 Hükümünün Getirdiği Yeni Müesseseler

1/aa) Genel Olarak

Türk hukuku bakımından genel ilke, işletmenin/işyerinin devri halinde iş sözleşmeleri tarafların rızası aranmaksızın devralana geçmesidir. Bu düzenlenin temel amacı modern iş hukukunun amacı olan iş ilişkilerinin sürekliliğinin sağlanmasıdır. Türk hukuku bakımından genel uygulamadan farklı olarak çalışanlara devre itiraz hakkı tanınmıştır. Devir halinde işçinin rızasının aranmaması, işçiyi istemediği işverenle çalışmaya mecbur bırakmaktadır²¹⁶.

TTK. m. 178'in gerekçesine göre, hükmün ilk altı fıkrası İBK. m. 333. maddesinden alınmıştır. İBK. m. 333/IV hükmü aynen tercüme edilerek TTK. m. 178/IV hükmü hâline getirilmiştir²¹⁷. Mehaz kanun İBK. m. 333'ten fazla olarak TTK. m. 178/VI ile ortakların şahsi sorumluluğu konusunda bir fıkra eklemiştir.

1/bb) İşçiye İtiraz Hakkı

TTK. m. 178 düzenlemesi, birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen ticarî işletme devirlerinde işçiye, yeni işveren ile devam etmeme hakkı tanımaktadır. İşK. m. 6 düzenlemesi işçiye bir itiraz hakkı tanımamıştır. Aynı şekilde, işyeri devrinin işçi bakımından fesih yasağını öngörülmiştir²¹⁸.

TTK. m. 178 düzenlemesine göre, ticarî şirketlerin bölünmesi hâlinde işçi itiraz etmez ise iş sözleşmeleri devralana geçer. TTK. m. 178'in uygulandığı ticarî işletme devirlerinde işçi itiraz ederek iş akdinin devrini engelleyebilir. Bu şekilde işçiye iş ilişkisinin karşı tarafını seçme, istemediği bir işveren ile çalışmama özgürlüğü tanınmaktadır. İsviçre hukukunda işçiye tanınan itiraz hakkının gerekçesi iş ilişkisinin kişisel niteliği ve işçinin farklı bir işvereni kabullenmek zorunda olmaması olarak gösterilmektedir.²¹⁹ İtirazın konusu, birleşme, bölünme veya tür değiştirme değildir. İşçinin bunlara itiraz hakkı yoktur. İşçi itiraz etse bile birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri engellenemez. İşçinin itirazı, sadece iş akdinin bu şekilde devir işlemi ile işveren tarafının değişmesidir. Bu itirazla, iş akdinin devri, işyeri

²¹⁶ ÖZKARACA, s. 180.

²¹⁷ AKKAŞOĞLU, s. 145 vd.

²¹⁸ ASTARLI, Muhittin; Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.36, 2013/I, s. 69-107. (Kısaltılmışı; Astarlı, İtiraz)

²¹⁹ ALP, s. 61.

devrine bağı kendiliğinden gerçekleşen bir işlem olmaktan çıkmakta ve işçinin onayına bağı bir işleme dönüşmektedir²²⁰.

Devralan işverene iş ilişkisinin devrine itiraz hakkı tanınmamıştır. İşçi, iş ilişkisinin devrine itiraz etmediğı takdirde iş akdi tüm hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. İşçinin itiraz hakkı, yenilik doğurucu bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu hakkın kullanılması ile iş akdi kendiliğinden sona ermektedir. İşçinin, iş akdinin devrine itiraz etmesi için hiçbir sebep göstermesi gerekmez. Haklı veya objektif hiçbir sebep bulunmasa bile işçi itiraz etme hakkına sahiptir. İşçi açıkça itiraz etmediğı takdirde iş akdi işletmeyi devralana geçer²²¹.

TTK. m. 178’de itiraz hakkının kullanılma süresi, şekli ve itirazın muhatabı konusunda bir düzenleme yoktur. İşçinin bilgilendirilmesi konusunda işvereni herhangi bir yükümlüğü yoktur²²². İş Kanunu m. 22’de işçiye iş koşullarında esaslı bir değişiklik hâlinde, işverenin işçiyi yazılı olarak bilgilendirmesi öngörülmüştür. Esaslı değişikliğin bildirilmesine ilişkin hükmün burada kıyasen uygulanması mümkündür. İşK. m. 22 hükmüne göre, işçi altı iş günü içerisinde esaslı değişikliğı kabul etmediğı veya sessiz kaldığı takdirde, esaslı değişikliğin işçiyi bağlamaz. İşK. m.22 düzenlemesinin tersi, kendisine yapılan bildirimden itibaren altı iş günü içerisinde açıkça itiraz etmediğı takdirde kabul ettiğı sonucu çıkarılmalıdır.

İtirazın şekli konusunda düzenlemede bir hüküm yoktur. İspat kolaylığı bakımından bildirimin yazılı yapılmasında fayda vardır. Alman hukukunda BGB. 613 a/IV düzenlemesine göre işçiye seçimlik bir hak tanınarak itirazını devredene veya devralana yapabilir²²³. İşçinin devralan veya devredenden herhangi birisine yapmış olması yeterli kabul edilmelidir²²⁴.

1/cc) İşçinin İtirazının Sonuçları

1/aaa) İtiraz ile Birlikte İş Akdi Sona Erer

Türk hukuku bakımından İşK. m. 6 düzenlemesi ile genel bir ilke olarak fesih yasağı öngörülmüştür. Bu genel ilkenin amacı, işçinin iş akdinin devirden korunmasıdır²²⁵. Fesih yasağı, gerek işçi gerekse işveren bakımından fesih hakkını ortadan kaldırmaktadır²²⁶.

²²⁰ ASTARLI, (Astarlı, İtiraz), s.67-107.

²²¹ AKKAŞOĞLU, s. 145 vd.

²²² AKKAŞOĞLU, s. 151.

²²³ ALP, s. 63.

²²⁴ AKKAŞOĞLU, s. 153 vd.

²²⁵ ÇELİKBOYA, s. 421.

Fakat TTK. m. 178 hükmüyle yeni bir şekil ortaya çıkmıştır. Buradaki fesih işçi feshi olmadığı gibi işveren feshi de değildir. Bu fesihte işçinin devre itirazı ile birlikte iş akdi kendiliğinden sona erer²²⁷. Kanun gereği kendiliğinden doğan bir fesih şeklidir²²⁸. TTK. m. 178/II'e göre, işçinin devre itirazı halinde hizmet sözleşmesi kanunî işten çıkarma süresinin sonunda sona ermektedir. Devralan ve işçi kanunî işten çıkarma süresinin sonuna kadar sözleşmenin gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. İtiraz hakkını kullanan işçinin irade beyanı ile iş akdinin devralan işveren ile devamı engel olunmaktadır²²⁹.

TTK. m. 178/II ile kastedilen “işçinin itirazı halinde iş akdinin yasal bildirim süresi” İşK. m. 17’de belirtilen ihbar süreleridir. Devre itiraz eden işçinin, ihbar süresinin sonuna kadar çalışması gerekir.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerine İşK. m. 17’deki ihbar süreleri uygulanmak suretiyle çözüm bulunabilmektedir. Buna karşılık, belirli süreli sözleşmelerde devre itiraz eden işçinin beklemesi gereken süre konusunda hüküm yoktur. Devir tarihinde belirli süreli sözleşme ile çalışan ve bakiye süresi iki buçuk yıl olan işçinin ne kadar çalışacağı tereddüt doğurmaktadır. Kanaatimizce, kanunun amacının işçiyi daha iyi korumak olduğu düşünüldüğünde belirli süreli sözleşmenin sona erme süresi İşK. m. 17’deki ihbar sürelerine göre belirlenmelidir. İşçinin belirli süreli sözleşmenin sonuna kadar çalışması gerektiği sonucuna varıldığında feshe itiraz etmesinin hiçbir anlamı olmaz²³⁰.

İşçinin itirazı halinde TTK. m. 178’deki düzenlemeye göre devralan ve işçi yasal bildirim süresinin sonuna kadar sözleşmeye uymakla yükümlüdür. İşçinin devre itirazına rağmen devralan işveren yasal bildirim süresi dolana kadar iş akdinin tarafı haline gelmektedir. Devralan işveren bakımından ağır sonuçlar doğabilir. Kendisiyle çalışmak istemeyen işçinin iş akdinden doğan tüm hak ve alacakları ile bağlı olması onun açısından dikkatte değerlidir. Devre itiraz eden işçi sözleşmeye taraf olan devralan işverenden bütün işçilik alacaklarını talep etme hakkına sahip olmaktadır²³¹.

²²⁶ ALPAGUT, s. 115.

²²⁷ KARAMAN, s. 118 vd.

²²⁸ AKKAŞOĞLU, s. 157.

²²⁹ ALP, s. 63.

²³⁰ ALP, s. 64.

²³¹ ALP, s. 64.

1/bbb) Kıdem Tazminatı Sorunu Ortaya Çıkar

TTK. m. 178 düzenlemesinde işçiye tanınan itiraz hakkının kullanılması halinde kıdem tazminatı hakkı konusunda açık bir hüküm yoktur. Türk hukukunda kıdem tazminatının hak edilme koşulları 1475 sayılı İşK. m. 14'te sayılmıştır. Devre itiraz ile iş akdinin sona erme hali, 1475 sayılı İşK. m. 14'te sayılan kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında öngörülmemiştir. Kanundaki düzenleme metnine bakıldığında devre itiraz eden işçinin kıdem tazminatı alabilmesinin yasal dayanağı yoktur²³².

Doktrinde kanunun gerekçesine göre, işçiye feshe itiraz hakkı getirilmesinin amacının, işçiyi daha iyi korumak olduğunun belirtildiği savunulmuştur. Bu düşünceye göre, işçilik alacaklarını korumakta daha iyi, daha amaca uygun ve toplumsal yönü daha güçlü olan TTK. m.178 düzenlemesinin amacı işçinin kıdem tazminatını alamaması değildir²³³.

Yargıtay, devralma yoluyla birleşmeye işçinin itiraz etmesi sebebiyle iş akdini sona erdiren işçinin hukuki durumu hakkında İşK. m. 6 düzenlemesinden hareketle çözüm bulunması gerektiğini, işyeri devrinin de işçi bakımından haklı bir fesih sebebi olmayacağı gerekçesiyle kıdem tazminatı talebinin reddedilmesi yönünde karar vermiştir²³⁴.

Kanaatimizce, TTK. m. 178'in işçiye tanıdığı feshe itiraz hakkı sonucu gerçekleşen kanunî fesih sebebiyle, kıdem tazminatı hakkı ortadan kalkmamalıdır. Yargıtay kararındaki yorumla, devre itiraz eden işçi bakımından işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanması, işçiyi korumak için öngörülen bir düzenlemenin işçi aleyhine sonuca sebebiyet verilmektedir.

²³² AKKAŞOĞLU, s. 159.

²³³ ASTARLI, (Astarlı İtiraz), s. 102; ALP, s. 66.

²³⁴ Yargıtay, 9. HD 10.12.2018 tarih, E. 2015/28060, K. 2018/22719 ilamında; işyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 Sayılı İşK. m.6. hükmüne göre, işyerinin tamamının veya bir kısmının devri halinde devir tarihindeki iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. İşK. m.120 hükmüne göre, 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesi halen yürürlükte olduğundan, işyeri devirlerinde kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından belirtilen madde hükmü uygulanmalıdır. İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı şekilde işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkânı vermez. Ticaret Sicil Memurluğu kayıtlarından... Hizm. Ltd. Şti. nin 19.06.1996 tarihinde tescilinin yapıldığı,Kitap Mağ. Paz. AŞ. nin ise 31.12.2002 tescil tarihli olduğu, bu şirketin 07.10.2013 tarihli yaptığı yönetim kurulu toplantısında şirketin TTK. m. 136 ve devamı maddeleri uyarınca ... Ve Tic. AŞ'yi devralması sureti ile birleşmesi için gerekli %100 pay sahipliğinin gerçekleşmesi de nazara alınarak söz konusu şirketle birleşmesine karar verildiği görülmektedir. ... Tedarik Yönetim ve San. Ltd. Şti. nin ise 783970 sicil numarasına sahip olduğu ve tescil tarihinin 11.07.2011 olduğu tespit edilmiştir. Davacının 22.11.2013 tarihli ihtarnamesi ile birleşmeye itiraz ederek fesih bildirimini ihtar ettiği, 07.01.2014 tarihine kadar ihbar öneli süresi kadar olan 42 gün daha çalıştığı ve TTK. m.178. kapsamında iş akdinin sonlandığı olay hakkında karar vermiştir. Karara göre işçi Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanarak iş yeri devrine muvafakat etmemiş ve iş akdini feshettiğini bildirmişse de İşK. m. 6 hükmüne göre işyeri devrinin işçi yönünden haklı fesih oluşturmayaacağı hükmü karşısında işyerine devrine itiraz eden işçinin haklı feshinden söz edilemeyeceğinden kıdem tazminat talebinin reddi gerekir.(www.kazanci.com. Erişim tarihi 20 Nisan 2020).

Kanaatimizce böyle bir yorum iş hukukunun işçiyi koruyucu karakteri, normun yorum şekline ve düzenlenin amacına uygun değildir. Kanundaki bu boşluk, düzenlemenin amacının işçiyi daha iyi korumak olması da gözetilerek, feshe itiraz halinde işçinin kıdem tazminatı alabilmesine imkân tanınması gerekir. Zira burada işçi veya işveren iradesiyle gerçekleşen bir fesih sözkonusu değildir. Feshin kanun gereği doğduğu bu halde kıdem tazminatı ile ilgili Türk hukukunda bir boşluk olduğu şeklinde doktrinde ileri sürülen düşünceye katılmaktayız. Kanundaki bu boşluğun da kıdem tazminatı hak ettiği şekilde yorumla işçi lehine doldurulmalıdır²³⁵.

1/dd) İşverenlerin Müteselsil Sorumluluğu

İşletmelerin birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla devri halinde işçilik alacakları konusunda TTK. m. 178'in uygulanması gerekmektedir.

İşyeri devri halinde işverenlerin müteselsil sorumluluğu ile ilgili 4857 sayılı İşK. m. 6 ile TTK. m. 178 hükümleri farklıdır. İşK. m. 6 birleşme ve tür değiştirme hallerinde işverenlerin müteselsil sorumluluğunu açıkça dışlarken; TTK. m. 178 tam tersine müteselsil sorumluluğu öngörmektedir²³⁶.

TTK. m. 178 ile müteselsil sorumluluğa dahil olan işçilik alacakları ve sorumluluğun zaman aralığı yönünden İşK. m. 6 düzenlemesinden ayrılır. TTK. m. 178/III hükmüne göre; devreden ve devralan, işçinin bölünmeden önce vadesi gelmiş alacakları ile iş sözleşmesinin normal zamanda ya da işçinin itirazı ile sona erdiği tarihe kadar muaccel alacaklarından müteselsilen sorumludur. Devralan işverenin, devir tarihinden önce doğmuş işçilik alacakları yönünden sorumlu tutulması iş hukukunun esaslarına uygundur. İşçi devre itiraz ettiği zaman iş akdi sona erdiğinden devralan müteselsil sorumlu hale gelebilir. Zira TTK. m. 178/II hükmüyle bildirim süresinin sonuna kadar devralan da sözleşmenin tarafı haline gelmektedir. Devir tarihinde bildirim süresi henüz dolmamış ve işçi de devre itiraz hakkını kullanmış ise işçi tüm alacaklarını devralandan da talep edebilir²³⁷.

TTK. m. 178 düzenlemesiyle devreden şirket veya ortakları yönünden müteselsil sorumluluğun kapsamının genişletildiği söylenebilir. İşK. m. 6 hükmüne göre devreden yalnızca devirden önce doğmuş ve devir anında vadesi gelen alacaklardan sorumluluğu kabul

²³⁵ ALP, s. 68.

²³⁶ ALP, s. 68.

²³⁷ ALP, s. 69.

edilmiştir. Devreden, devirden sonra doğmuş işçilik alacaklarından sorumlu olmaz²³⁸. Fakat TTK. m. 178 ile devreden, işçinin hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya devre itiraz sebebiyle iş akdinin sona erdiği tarihe kadar vadesi gelecek alacaklarından devralanla birlikte müteselsilen sorumlu öngörülmüştür²³⁹.

Kanunda bu yönde bir hüküm olmasaydı devredenin, devir tarihinden sonra doğan alacaklardan sorumlu kabul edilemezdi²⁴⁰.

İşK. m. 6'da devredenin müteselsil sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır. Buna karşılık, TTK. m. 178'de böyle bir süre öngörülmemiştir. Bu sebeple, devredenin müteselsil sorumluluğu alacak ortadan kalkana veya zamanaşımına uğrayana kadar devam eder²⁴¹.

1/ee) İşçinin Teminat İsteme Hakkı

Şirketlerin yapısal değişikliği olarak adlandırılan birleşme, bölünme ve tür değişikliği halinde, işçi alacaklarının korunması amacıyla TTK. m. 178 hükmünde teminat talep etme hakkı tanınmıştır²⁴². Bu hak görünüşte işçilik alacakları için etkili bir yöntem gibi görünmektedir. Fakat uygulamada sorunlara yol açabilir. Teminat talebinin hangi işverene ne şekilde yöneltileceği ve uygulamasının nasıl olacağı belirsizdir²⁴³. Talebe rağmen teminat gösterilmemesinin sonuçları belirtilmemiştir. İşçi devre itiraz etmeyip sadece teminat ister fakat gösterilmediği takdirde hangi haklara sahip olduğu belirsizdir. Teminat gösterilmemesi halinin işçiye feshe itiraz edip iş akdini sona erdirmesi hakkı tanıyıp tanımadığı belirsizdir. Yine teminat talep edilmesi bakımından herhangi bir süre getirilmemesi bir eksikliktir²⁴⁴.

ee) Münferit Şekilde Gerçekleştirilen İş Sözleşmelerinin Devri İle İlgili TBK. m. 429 Düzenlemesi

Münferit şekilde gerçekleştirilen iş sözleşmesinin devri TBK. m. 429 hükmü ile öngörülmüştür. Düzenlemeyle, iş sözleşmelerinin işçinin yazılı rızası alınarak başka bir işverene devredilebileceği esası kabul edilmiştir. Türk borçlar hukukuna egemen olan irade serbestisi ilkesine uygun şekilde, münferit şekilde gerçekleşen devirlerde taraf iradeleri üstün

²³⁸ SÜZEK, s. 214 vd.

²³⁹ AKKAŞOĞLU, 214 vd.

²⁴⁰ ALP, s. 70.

²⁴¹ ALP, s. 70.

²⁴² AKKAŞOĞLU, s. 235 vd.

²⁴³ AKKAŞOĞLU, s. 240.

²⁴⁴ ALP, s. 71.

tutulmuştur²⁴⁵. Ticarî işletmenin bir bütün halinde devrinin öngörüldüğü hallerde (ticarî işletmenin devri aynı zamanda işyeri devri de sayılmaktadır) çalışanların rızasının aranması hükmün amacına ve mahiyetine uygun değildir. Hatta ticarî işletmenin bir bütün halinde devrini öngören TTK. m. 11/III düzenlemesinden önce bile İşK. m. 6 düzenlemesinin uygulanması suretiyle çözüm aranmıştır. Zira her işletme devir bünyesinde işyeri devrini de kapsar²⁴⁶.

TTK. m.11/III düzenlemesinde öngörülen ticarî işletmenin bir halinde, işletmeye dahil aktif ve pasifler ile hukuki ilişkilerin topluca devrine imkân tanıyan kısmi külli halefiyet prensibinden sonra münferit şekilde gerçekleşen iş akdi devrine ilişkin hükümler uygulanamaz. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ilgili iş akitlerinin geçişine TTK. m. 178; diğer her türlü devre ise İşK. m. 6 hükmü uygulanmalıdır.

II. Pasifler Devri

1) Pasiflerin Devri Kavramı

Bireysel borçların devri TBK. m.195 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Borçlu ile yüklenecek olan kişi arasındaki ilişki borcun iç yüklenilmesi olarak adlandırılır ve TBK. m. 195’de düzenlenmiştir. Buna karşılık, borcu devralacak olan kişi ile alacaklı arasındaki ilişkiye borcun dış yüklenilmesi denilir ve TBK. m. 196 madde hükmüyle düzenlenmiştir. Borcun devri veya üstlenilmesinin gerçekleşmesi sadece yüklenecek olanın iradesi ile gerçekleşmez. Aynı zamanda, alacaklının onayı da gerekir²⁴⁷. Bu sebeple borcun devri aslında dış üstlenme olarak adlandırılır²⁴⁸. Bireysel borçların devredilebilmesi için alacaklının onayı şarttır.

2) Ticarî İşletmenin Devrinde Borçların Nakli Bakımından Özel Bir Rejimin Benimsenmesinin Amacı

TBK. m. 196 hükmü, bireysel borçların münferit borcun nakli sözleşmeleri ile devri bakımından uygulanabilecek bir düzenlemedir. Fakat karmaşık yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde giriştiği hukuki işlemlerden, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiillerden dolayı çok sayıda borç ilişkisi olan bir ticarî işletmenin borçlarının nakli bakımından alacaklıların

²⁴⁵ ÇELİKBOYA, s. 413.

²⁴⁶ ÇELİKBOYA, s. 414 vd.

²⁴⁷ EREN, s.1393 vd.

²⁴⁸ TERCİER/PİCHONNAZ, s. 398 vd.

rızası aranmamalıdır. Zira böyle bir rızayı aramak devri aşırı zorlaştırabilir veya imkânsız kılar²⁴⁹.

Ticarî işletmenin bir bütün halinde devrine imkân tanımak ve kuruma işlerlik kazandırmak adına TBK. m. 202 düzenlemesi ile pasiflerin bir bütün halinde kanun gereği geçişi özel bir rejim olarak benimsenmiştir²⁵⁰. Buna göre ticarî işletmenin devri ile birlikte alacaklıların rızası aranmaksızın pasifler devralana geçer.

Pasiflerin devri için alacaklıların rızasının aranmamasının doğuracağı sakıncaların bertaraf edilmesi bakımından da kanun koyucu, devredeni devralan ile birlikte iki yıl süreyle borçlardan müteselsil sorumlu tutmuştur.

TBK. m. 202 düzenlemesi ile pasiflerin alacaklıların rızası aranmaksızın devrinde külli halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Bu düzenleme eBK. m. 179 düzenlemesinde de benimsenmişti. Bu düzenleme mehz kanun İBK. m. 181 düzenlemesini esas almaktaydı.

Bir ticarî işletmeyi/işletmeyi devralanın, ilke olarak işletmenin malvarlığının bir parçasını oluşturan borçları da üstlendiği kabul edilir²⁵¹.

Devir sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadığında pasiflerin de devrin kapsamına gireceği noktasında herhangi bir sorun yoktur. Fakat tarafların devir sözleşmesinde kararlaştırmak şartıyla işletmenin pasiflerini tamamen veya kısmen devir kapsamı dışında tutup tutamayacakları konusunda Türk hukukunda yoğun tartışmalar yaşanmaktadır²⁵². Bu sorunun çözümü için öncelikle taraf iradelerine hukukî değer verilip verilemeyeceği; taraf iradelerine değer verilecek ise bunun sınırının ne olacağının da açıklığa kavuşturulması gerekir²⁵³.

Ticarî işletmenin devrinde, tarafların yanında bundan etkilenen alacaklılar vardır. Bu sebeple borçların devrinde taraf iradelerine tanınacak serbesti ve sınırlarının tespiti önemli sonuçlar doğurur. Devirden etkilenen alacaklıların ve devir sözleşmesinin taraflarının menfaatlerinin gözetilerek çözüm bulunması gereklidir.

²⁴⁹ TERCİER/PİCHONNAZ, s. 398 vd.

²⁵⁰ ÇELİKBOYA, s. 238.

²⁵¹ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 202.

²⁵² ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 203.

²⁵³ ÇELİKBOYA, s. 245.

3) İsviçre Hukukundaki Düzenleme

İsviçre Borçlar Kanunu benimsenen borçların külli halefiyet ilkesine göre alacaklıların rızası olmaksızın devrine dair önceki sistemİsviçre Birleşmeler Kanunu m. 75 düzenlemesi ile büyük ölçüde korunmakta ve devam ettirilmektedir. Hatta İsviçre Birleşeler Kanununun kabulünden sonra, İsviçre’de devir işlemleri kanun gereği yapılmaya başlanmıştır²⁵⁴.

İsviçre Birleşme Kanunu ²⁵⁵ m.71/1-a, devrin kapsamına girecek borçların belirlenmesinde kolay bir çözüm getirmiştir. Düzenlemeye göre, devredilecek borçların hazırlanan envanterde açıkça belirtilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, devredilecek olan borçlar envanterde belirtilen borçlar ile sınırlıdır. Buna karşılık, tarafların envanterde saymadığı borçlar devredende kalmaktadır²⁵⁶.

İsviçre hukukunda taraflar devrin kapsamını belirlerken prensip olarak serbesttir. Bunun istisnası, İsviçre Birleşme Kanunu m.71/f.2 uyarınca, devredilen malvarlığı unsurlarındaki aktiflerin değerinin pasiflerin değerinden fazla olmasıdır. Yani devredilen envanterdeki bakiyenin aktifler lehine artı değerde olması gerekir²⁵⁷.

İsviçre hukukundaki bu düzenleme ile hem devrin kapsamı konusunda taraf iradelerine serbesti tanınmakta hem de devir sebebiyle alacaklıların zarar görmesi engellenmeye çalışılmaktadır. Düzenleme, devrin kayıt altına alınması, borçlar hukukunun temeli olan irade serbestisi prensibi ve alacaklıların korunması bakımından isabetlidir²⁵⁸.

4) Türk Hukukunda Pasiflerin Geçişi İle TBK. m. 202 Düzenlemesinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Alanı

TBK. m. 202 düzenlemesi ile benimsenen sistem kanuni bir borca katılma halidir²⁵⁹. Zira TBK. m. 196 vd hükümlerinde benimsenen dar anlamda borcun üstlenilmesinden farklıdır. Borcun dar anlamda üstlenilmesinde borcunu devreden tarafın sorumluluğu sona ermesine rağmen, TBK. m. 202 düzenlemesinde devredenin iki yıl saha müteselsil sorumluluğu benimsenmiştir²⁶⁰. Devreden bakımından iki yıl boyunca bir borca katılım

²⁵⁴ ÇELİKBOYA, s. 328 vd.

²⁵⁵ TOPUZ, s.19-80.

²⁵⁶ ÇELİKBOYA, s. 246.

²⁵⁷ ÇELİKBOYA, s. 246.

²⁵⁸ Bu konuda detaylı Bilgi için bkz. EREN.

²⁵⁹ ARICI, s. 193.

²⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 623 vd.

olmakta, sürenin sonunda devredenin sorumluluğu ortadan kalkmakta, bu andan itibaren devreden bakımından dar anlamda bir borcun dış yüklenilmesi sözkonusu olmaktadır²⁶¹.

TBK. m. 202 ile öngörülen sisteme, kanun gereği doğan ve kendine has bir borca katılma işlemi denilebilir. Tam olarak borca katılma olmamakla birlikte bazı unsurları bakımından bu kuruma benzemektedir. Taraflar arasında yapılan ticarî işletmenin devrine ilişkin sözleşme borcun iç üstlenilmesi olarak ifade edilebilir²⁶². Buna karşılık, devir sözleşmesinin Türkiye Ticaret Sicil gazetesinde ilan edilmesi yahut devrin alacaklılara bildirilmesi borcun dış üstlenilmesi halidir. Fakat borcun dış üstlenilmesi, alacaklıların rızasına ve devreden devralan ile sözleşme yapmasına dayanmaz. Borcun dış üstlenilmesi devir sözleşmesinin ilanı veya alacaklılara bildirimi ile kanun gereği gerçekleşir²⁶³.

Zaten TBK. m. 202/III düzenlemesinde, borcun işletmenin devri yoluyla üstlenilmesinin sonuçlarının dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeş olduğu öngörülmüştür. Fakat münferit bir borcun nakli ile işletmenin devri sonucu gerçekleşen pasiflerin intikali farklı hükümlerdir. Bu sebeple borcun dış yüklenilmesine dair sözleşmeye dair hükümler devir işleminin mahiyetine uyduğu ölçüde uygulanabilir²⁶⁴.

Genel bir ifade ile TTK. m. 11/III düzenlemesinin ticari işletmenin aktiflerinin; TBK. m. 202 hükmünün ise pasiflerin geçişini düzenlediği söylenebilir. eBK. 179 madde döneminde, bu hükmün ticarî işletmelerin pasiflerinin devrinde uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili tartışmalar vardı²⁶⁵. Fakat TBK. m. 202 düzenlemesinde açıkça ticarî işletmelerin ve ticarî nitelikte olmayan işletmelerin devrine ilişkin sözleşmelerin ilanına dair hüküm vaz edilmiştir. Hükümde pasiflerin geçişi için ticarî işletmeler ve ticarî nitelikte olmayan işletmeler bakımından açık şekilde TBK. m. 202 kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemeden sonra hem ticarî işletmeler hem de ticarî nitelikte olmayan işletmelerin pasiflerinin geçişine TBK. m. 202 hükmünün uygulanması gerekir.

5) Borçların Devrinde Taraf İradelerinin Etkisi

Türk hukukunda, ticarî işletme devrinde borçların devir kapsamı dışında bırakılıp bırakılmayacağı, taraf iradeleri ve sınırı ile ilgili kurumların düzenlendiği kısımlarda İsviçre Birleşme Kanunu'ndaki hükme benzer özel bir hüküm bulunmamaktadır. Konunun tespiti için

²⁶¹ ARICI, s. 193; TERCİER/PİCHONNAZ, s. 395.

²⁶² TERCİER/PİCHONNAZ, s. 399.

²⁶³ ARICI, s. 180.

²⁶⁴ ARICI, s. 202.

²⁶⁵ ÇELİKBOYA, s. 244 vd.

taraf iradelerine üstünlük tanınıp tanınmayacağı; tanınacak ise bunun sınırlarının tespiti gerekir²⁶⁶. Bu yapılırken, devredilen işletenin malvarlığının pasiflerin aktiflerden fazla olduğu haller önem arz etmektedir. Devirle alacaklılara zarar verme kastının olup olmadığı konusunun daha dikkatli incelenmesi gerekmektedir²⁶⁷.

Türk hukuku bakımından bir ticarî işletmeyi/işletmeyi devralanın, prensip olarak işletmenin malvarlığının bir parçasını oluşturan borçları da üstlendiği kabul edilir²⁶⁸. Devir sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadığında, pasiflerin de devrin kapsamına gireceği noktasında herhangi bir problem yoktur. Devir sözleşmesinde açık şekilde zikredilmek şartıyla işletmenin pasiflerinin devrin kapsamı dışında tutulup tutulamayacağı konusu tartışmalıdır²⁶⁹. Pasiflerin devrini engelleyen, işletmenin sadece aktiflerinin devrine ilişkin bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Pasiflerin devir dışı bırakıldığı bir sözleşmeye TBK. m. 202 uygulanmasa da bunun geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Doktrindeki bu görüşlere geçmeden önce, önemi bakımından Türk hukuk sisteminde sözleşme özgürlüğü, sınırları ve sözleşme özgürlüğü incelenmiştir.

Türk hukukunda, sözleşme özgürlüğü temel ilke olarak kabul edilmiştir. AY. m. 48/I, ve TBK. m. 26 hükümlerine göre, *“herkes kanunda öngörülen sınırlar içerisinde sözleşme özgürlüğüne sahiptir”*. Sözleşme özgürlüğü, liberalizmin ve bireyciliğin savunduğu irade özerkliği fikrine dayanır²⁷⁰. Bu görüşe göre, bireyler irade özgürlüğüne sahip olduklarından hukukî ilişkilerini ve borç ilişkilerini kendi özgür iradeleri ile düzenleyebilirler. Sözleşme özgürlüğü de bu çerçevede, bireylerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içine yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisidir. Sözleşme özgürlüğü irade özerkliğinin önemli bir parçasıdır. Aynı zamanda günümüz iktisadi düzenin esaslı bir unsurunu oluşturmaktadır²⁷¹.

²⁶⁶ ÇELİKBOYA, s. 245.

²⁶⁷ ÖZ, s.114.

²⁶⁸ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 202.

²⁶⁹ ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 203.

²⁷⁰ EREN, s. 297.

²⁷¹ EREN: s. 300.

6) Sözleşme²⁷² Özgürlüğü Sınırının Dışına Çıkılmasının Yaptırımları

a) Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğü kanunun belirlediği sınırlar içerisinde özgürce sözleşme yapma yetkisi tanımakta iken bu sınırların dışına çıkıldığında birtakım yaptırımlara maruz kalınmaktadır.

b) Yokluk ve Geçersizlik Kavramları

Yokluk, sözleşmenin kurulmasıyla ilgili bir kavram olup kurucu unsurları içermeyen sözleşme, kurulmaz. Kurucu unsurlardan yoksun bir sözleşme yokluk yaptırımına bağlanmıştır²⁷³. Geçersizlik ise sözleşmenin geçerlilik unsurlarıyla ilgilidir. Kurucu unsurlar sözleşmeyi kurarken; geçerlilik unsurları bir sözleşmenin geçerli hukukî sonuçlar doğurmasını sağlar²⁷⁴.

aa) Yokluk

Sözleşmenin kurucu unsuru, tarafların belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır. Tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları yoksa veya iradeleri birbirine uygun değilse, amaçlanan sözleşme kurulamaz, meydana gelmez²⁷⁵. İlke olarak, borç sözleşmesinin tek kurucu unsuru, irade beyanlarının birbirine uygunluğudur²⁷⁶.

bb) Geçersizlik (Hükümsüzlük)

Geçersizlikte, sözleşme kurulmasına rağmen hukuk düzeni kanunda belirtilen hallerin eksiği sebebiyle tarafların amaçladıkları sonucun doğmasını engellemektedir²⁷⁷. Sözleşmeyi geçersiz hale getiren nedenler, mutevasının imkânsız olması, hukuk ve ahlaka aykırı olması, tarafların birinin veya ikisinin fiil ehliyetine sahip olmaması, kanunun emrettiği şekil şartına uyulmaması²⁷⁸, muvazaa, gerekli icazetin verilmemesi ve bazı iptal sebepleridir²⁷⁹.

²⁷² Bu bölümde irdelenen konu ticarî işletmenin devri sözleşmesinde irade serbestisinin sınırlarının tespiti. Bu sebeple hukuki işlemlerden sözleşme kavramı kullanılmıştır. Yoksa konumuz hukuki işlemde doğan borç ilişkilerinin tamamı olmadığından hukuki işlemin diğer türleri ile ilgili irdeleme yapılmamıştır. Sözleşme iki taraflı hukuki işlemlerdendir. Hukuki işlem, bir veya birden fazla kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde diğer unsurlarla birlikte hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından doğan hukuki bir olgudur.

²⁷³ EREN, s.331.

²⁷⁴ EREN, s. 331.

²⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 182.

²⁷⁶ EREN, s. 332.

²⁷⁷ KILIÇOĞLU; s. 132.

²⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.I., s. 84 vd.

Geçersizlik yaptırımı, geçersizlik sebeplerinin ağırlığına göre çeşitli türlere ayrılmaktadır. Özel hukukta kabul edilen geçersizlik türleri eksiklik, butlan ve iptaldir²⁸⁰.

1/a) Eksiklik

Sözleşmelerde kanunun öngördüğü bazı unsurlar eksik olduğu için, sözleşme kurulmuş olmakla birlikte, hüküm ver sonuçlarını başlangıçta doğurmayan sözleşmenin bu eksikler tamamlandıktan sonra hüküm ve netice doğurmaya başlaması halidir²⁸¹. Meselâ, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yapmış olduğu bir sözleşme yasal temsilcisinin onayına kadar eksik bir sözleşmedir. Yasal temsilcisinin onayı ile sözleşmedeki eksiklik tamamlanır ve sözleşme sonuçlarını başlangıçtan itibaren doğurmaya başlar (TMK. m. 16/I, TMK. m. 451/I)²⁸².

Eksik unsur tamamlanmazsa veya geciktirici şarta bağlı sözleşmede şart gerçekleşmez ise eksik sözleşme tamamlanamaz ve kesin olarak hükümsüz hale gelir²⁸³.

1/b) Butlan

TBK. m. 27/I'e göre, içeriği imkânsız veya hukuka ya da ahlaka aykırı sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür²⁸⁴. Bu düzenlemeden başka, fiili ehliyetine sahip olmayan kişinin yaptığı sözleşme ile kanunda öngörülmüş şekilde yapılmayan sözleşmeler de kesin hükümsüzdür²⁸⁵.

Kesin hükümsüz bir sözleşme, başından itibaren geçersizdir²⁸⁶. Sözleşme hiçbir zaman geçerlilik kazanamaz ve hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Butlan hali zamanla ortadan kalkmaz, sözleşme taraflarca onansa veya teyit edilse ya da edimler tamamıyla ifa edilse bile sağlık kazanamaz²⁸⁷.

Butlan yaptırımı kamu yararı gerekçesiyle düzenlenmiş olup, hâkim butlanı öğrenir öğrenmez re'sen uygulamak zorundadır. Sadece sözleşmenin taraflarınca değil herkes tarafından ileri sürülebilir. Butlan da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. TBK. m. 27/I tam butlanı, TBK. m. 27/II kısmî butlanı düzenlemektedir.

²⁷⁹ EREN, s. 332.

²⁸⁰ EREN, s. 332.

²⁸¹ OGUZMAN/ÖZ, C.I., s. 186.

²⁸² EREN, s. 333.

²⁸³ EREN, s. 333.

²⁸⁴ OGUZMAN/ÖZ, C.I., s. 184 vd.

²⁸⁵ EREN, s. 334.

²⁸⁶ ANTALYA/TOPUZ, s. 286 vd.

²⁸⁷ EREN, s. 334.

1/c) Kismî Butlan

TBK. m.27/II'ye göre, sakatlık sözleşmenin sadece belirli bölümlerine ilişkin olup, bu bölümler olmaksızın da sözleşmenin yapılmayacağı kabul edilmedikçe, yalnız bu bölüm batıl olur²⁸⁸. Butlan sebebi, sözleşmenin yalnız bir bölümünü batıl kılıyor, fakat diğer kısımlar geçerliliğini muhafaza ediyorsa, bu halde kismî butlan gündeme gelir. Sözleşme tümüyle geçersiz sayılmamakta, aksine bazı bölümleri batıl, diğer bölümleri geçerli kabul edilmektedir²⁸⁹. Kismî butlanla sakat sözleşmelerde, sözleşmenin bazı bölümleri, sözleşme serbestisinin sınırlarını aşmakta, hukuka ve ahlaka aykırı olmakta ya da kısmen imkânsız bulunmakta, diğer bölümleri ise ahlaka veya hukuka uygun ya da imkân dâhilinde kalmaktadır. Hükümsüzlük gerektiren sakatlığın sözleşmenin sadece bir kısmına ilişkin olması gerekir²⁹⁰. Sözleşmenin bir bölümün geçerli sayılmasının sebebi favor contractus (sözleşme lehine yorum) ilkesidir²⁹¹.

Kismî butlanın söz konusu olması, her şeyden önce tarafların farazî iradelerinin bu şekilde olmasına bağlıdır. Taraflar bu bölümler kısımlar olmadan sözleşmeyi yapmayacak idilerse, sözleşme tümüyle batıldır. TBK. m. 22/II tarafların farazi iradelerine önem vermiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, sözleşmenin kismî butlanı halinde bundan zarar gören taraf, sözleşmeye iptal edilen kısma rağmen devam etmek istiyorsa, tam butlana karar verilemez²⁹².

1/aa) Kismî Butlanın Koşulları

1/aaa) Objektif Koşul

Sözleşmenin bazı bölümlerinin hukuka veya ahlaka aykırı olması ya da imkânsız olması objektif şarttır²⁹³. Sözleşmenin bazı bölümlerinden ne anlaşılmalıdır. Bunun tespiti için sözleşmenin içeriğini oluşturan edimin, bölünebilen bir edim, yaptırımının da sözleşmenin bölünebilen bir sözleşme olup olmadığına bakmak gerekir. Bölünemeyen sözleşme ya da edimlerde sözleşme tüm kısımlarıyla bir bütün teşkil ettiği için kismî butlan uygulanamaz²⁹⁴.

²⁸⁸ BAŞPINAR, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kismî Butlanı, Ankara 1998, s. 8-9.

²⁸⁹ KIRKBEŞOĞLU, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kismî Hükümsüzlük, İstanbul, 2011, s. 75 vd, BAŞPINAR, s. 29.

²⁹⁰ OGUZMAN/ÖZ, C.I., s. 188 vd.

²⁹¹ EREN, s. 337.

²⁹² EREN, s. 337.

²⁹³ BAŞPINAR, s. 29.

²⁹⁴ ANTALYA/TOPUZ, s. 291 vd.

Sözleşme bir bütün halinde ya vardır ya da yoktur. Sözleşme bölümlere ayrıldığı takdirde ayrılan kısımlar tek başlarına bağımsız bir hukukî işlem niteliği taşımazlar²⁹⁵

Bölünebilen edimlerde, sözleşmenin bir bölümünün batıl, diğer bölümlerin geçerli olması hukuken mümkündür. Bir sözleşme, genel niteliği değişmeksizin kısımlara ayrılabilir, bu tür sözleşmelere bölünebilen sözleşme denir. Bu tür sözleşmelerde batıl kısım dışında kalan bölüm bu haliyle bağımsız bir işlem niteliği gösterir. Meselâ, TBK. m. 388/III gereğinde tüketim ödünçlerinde bileşik faiz yasaktır. Tüketim ödünçü sözleşmesi bölünebilen bir sözleşmedir. Bileşik faiz şartı olmadan da ödünç verme sözleşmesi, sözleşme niteliğini taşımaktadır. Bu durumda TBK. m. 22/II gereği sadece bileşik faiz şartı batıl sayılır, ödünç verme sözleşmesi geçerliliğini korur²⁹⁶.

İki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde kısmî butlan söz konusu olmayacağı, zira bu tür sözleşmelerde edim ve karşı edim birbiri ile değişim ilişkisi içinde bir bütünlük oluşturduğu kabul edilmektedir²⁹⁷. Edimlerden biri batıl olursa, diğer edim de karşılıksız kalır²⁹⁸. Bir sözleşmede taraflardan birinin borçlandığı edim, yasal sınırları aşmış olabilir. Meselâ, bir işçi ile işveren kaydı hayat hizmet sözleşmesi yapmış olabilir. Sözleşmedeki edimlerin yasal sınırları aştığı durumlarda, sözleşme, tüm olarak batıl sayılmamalı; bunun yerine yasal sınırı aşan süre şartı veya fahiş ceza koşulu kanunî sınırlara indirilerek sözleşme korunmalıdır²⁹⁹.

Türk hukuk sistemi yönünden tasarruf işlemleriyle borçlandırııcı işlemler arasında sebebe bağlılık ilkesi mevcut olduğundan, bu tür işlemlerde de bölünmezlik ilkesi geçerlidir. Bu nedenle, taşınmaz veya taşınır mallara ilişkin tasarruf işleminin hukukî sebebini teşkil eden temel işlem batıl ise, tasarruf işlemi de batıl olur. Burada kısmî butlan uygulanarak, sadece temel işlem batıl, tasarruf işlemi geçerli sayılamaz³⁰⁰.

Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair önceden yapılan sözleşmeler TBK. m. 115/I gereğince kesin olarak hükümsüzdür. Yine hizmet sözleşmesindeki sorumsuzluk kayıtları TBK. m. 115/II'e göre kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükme rağmen sözleşmeye böyle bir şart konmuşsa, zarar meydana geldiğinde borçlu tarafça böyle bir şarta dayanamaz.

²⁹⁵ BAŞPINAR, s. 64; KIRKBEŞOĞLU, s. 111.

²⁹⁶ BAŞPINAR, s. 132.

²⁹⁷ EREN, s. 338.

²⁹⁸ KIRKBEŞOĞLU, s. 113.

²⁹⁹ EREN, s. 339.

³⁰⁰ EREN, s. 339.

TBK. m. 214/III fıkrasına göre, satıcı, üçüncü kişinin üstün hakkını gizlemişse, sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Yine TBK. m. 221 düzenlemesi, satıcının ağır kusuru halinde, ayıptan sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan şartların kesin olarak hükümsüz olduğunu öngörmüştür.

Tartışılan husus, sözleşmenin bazı bölümleri emredici bir hukuk normuna aykırı olduğu zaman, batıl bölüm yerine kanunun emredici hükmü geçerek sözleşme bu haliyle geçerli sayılabilir mi? TBK. m. 115/I, 214/III veya 221’de düzenlenen hükme aykırı bir sorumsuzluk kaydı içeren sözleşme, bütünü itibarıyla batıl sayılmalı mıdır? Doktrinde bir görüşe göre, sadece kanunun emredici hükmüne aykırı kısmı batıl sayılarak sözleşmenin geri kalan kısmı geçerli sayılmalıdır³⁰¹.

Yukarıda belirtilen hallerde, sözleşmenin tamamı değil, sadece bu şart hükümsüz kabul edilmeli ve borçlunun sorumlu olduğu kabul edilmelidir. İşveren veya satıcı böyle bir şart olmasaydı sözleşme yapmayacağı savunmasını ileri süremez. Böyle bir iddia dürüstlük kuralına aykırı düşeceği gibi, emredici hukuk normlarının koruma amacına da uygun değildir. Emredici normun korumak istediği zayıf olanın korunması amacına hizmet etmez. Sözleşmenin bazı bölümlerinin hukuka veya ahlaka aykırı olması halinde, ihlal edilen hukuk normunun amaç ve anlamı, butlan yaptırımını yerine kısmî butlan yaptırımını gerektirebilir. Bu nedenle hâkim, olayı incelerken, ihlal edilen normu bu açıdan yorumlamalıdır³⁰². Ancak emredici veya düzenleyici kanun hükmü, sözleşmenin batıl kısmı yerine geçtiği takdirde, bu geçiş farazi iradesine değil, kanun hükmüne dayandığı için, TBK. m. 27/II anlamında bir kısmi butlan söz konusu olmaz³⁰³.

1/bbb) Sübjektif Şart

Kısmî butlanın sübjektif şartı, taraf iradesidir. Sözleşmenin sakat kısmı dışında geri kalan kısmını geçerli tutmanın tarafların farazi iradelerine uygun olması gerekir³⁰⁴. Taraf iradesi gerçek olabileceği gibi, farazî bir irade de olabilir. Taraflar, sözleşmenin kurulması sırasında sözleşmenin bazı bölümlerinin batıl olduğunu biliyorlar veya en azından geçerliliğinden şüphe ediyorlarsa, gerçek bir iradeye sahiptir. Bu durumda TBK. m. 20/II

³⁰¹ EREN, s. 339.

³⁰² EREN, s. 340.

³⁰³ EREN, s. 340.

³⁰⁴ OGUZMAN/ÖZ, C.I., s. 189.

hükmü uygulanamaz. Kısmî butlan ancak farazî iradeler buna elverişli olduğu zaman söz konusu olur³⁰⁵.

Taraflar iradeleri, irade teorisi çerçevesinde sübjektif değil, objektif bir değerlendirmeye göre araştırılıp bulunur. Hâkim bunun için, güven teorisini esas almalı ve buna göre “makul ve dürüst kişiler olarak taraflar, sözleşmenin kurulması esnasında kısmî butlanı bilmiş olsalardı, nasıl bir karar vereceklerdi” sorusunun cevabını araştırmalıdır³⁰⁶. Hâkim karar verirken, sözleşmenin kurulduğu sıradaki menfaat durumunu dürüstlük kuralına göre göz önünde tutmalıdır. Sonuç olarak taraflardan birinin dahi kısmî butlanı bilmesi halinde, sözleşmeyi kurmayacağı kanısına varılırsa, sözleşme tamamıyla batıl sayılmalıdır³⁰⁷.

Kısmî butlan, sözleşmenin bir bölümünün ortadan kalkmasından zarar görecektir ileri sürülebilir; diğer tarafa böyle bir imkân tanınmamalıdır³⁰⁸. Hükümsüzlük sebebiyle gereçrisliği ileri sürmenin dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı yani hakkın kötüye kullanılması olduğu hallerde dinlenmemesi gerekir³⁰⁹. İsviçre Federal Mahkemesi bu görüşü kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre, kısmî butlandan zarar görecektir ileri sürmenin diğer kısımlarının korunmasında ısrar ediyorsa, hâkim hiçbir şekilde tam butlana hükmedemez³¹⁰. İspat yükü sözleşmenin tamamının butlanını iddia eden tarafa düşer. Davacı, butlanı bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağını ispatlamalıdır³¹¹.

1/bb) Kısmî Butlanın Hüküm ve Sonuçları

Taraflar butlan anlaşması yapmadıkları takdirde, TBK. m. 27/II hükmü geçerli olur. Butlan anlaşmasında, sözleşmenin bir kısmı batıl olduğu takdirde tamamının batıl sayılmasına veya yalnız o kısmın batıl sayılıp, diğer kısımlarının geçerli olmasını kararlaştırabilir. Yine batıl kısmı yerine ikame bir kısımla değiştirilip sözleşmenin ayakta tutulması da öngörülebilir³¹². Böyle bir anlaşma yapılmadığı takdirde, TBK. m. 27/II uygulanır ve buna göre ya sözleşmenin sadece sakat bölümleri ya da tamamı batıl olur. Sözleşmenin tamamının batıl olabilmesi için, tarafların sakat kısım olmaksızın sözleşmeyi yapmayacaklarının farazî

³⁰⁵ BAŞPINAR, s. 88.

³⁰⁶ EREN, s. 341.

³⁰⁷ BAŞPINAR, s. 101 vd.

³⁰⁸ KILIÇOĞLU; s. 150.

³⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 189; KILIÇOĞLU; s. 150.

³¹⁰ BAŞPINAR, s. 99.

³¹¹ EREN, s. 342.

³¹² BAŞPINAR, s. 79.

iradelerine göre sabit olması gerekir. O halde düzenleme, sözleşmenin batıl kısmı dışında kalan kısmı için yorum kuralı değil, bir geçerlilik karinesi koymuş bulunmaktadır³¹³.

cc) İptal

Geçersizlik yaptırımlarından bir diğeri de iptaldir. İptal edilebilir sözleşme de batıl sözleşme gibi kurulmuş, meydana gelmiş bir sözleşmedir. Fakat iptale tabi sözleşme, batıl sözleşmenin aksine kurulduğundan, yani başlangıcından itibaren geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğurur. Sözleşmeyi iptal hakkına sahip olan taraf dilerse sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırabilir. Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin iptal hakkına sahip tarafça geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırılmasına “iptal” denir³¹⁴. Sözleşme iptal yoluyla kaldırılabilirdiğinden, iptal edildiği ana kadar geçerlidir. İptal edilebilir sözleşmenin geçerliği, askıda geçerlilik hali olarak tanımlanabilir. Sözleşmenin bozucu şarta bağlı olarak geçerli olduğu söylenebilir³¹⁵.

Sözleşme, taraflardan birinin irade açıklamasıyla veya mahkeme kararıyla birlikte ortadan kaldırılmaktadır. İptal hakkı, hukukî niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olarak değerlendirilmektedir. İptal hakkı, şarta bağlı olarak kullanılamaz. Yine kullanıldıktan sonra bu haktan rücu edilemez. İptali yalnız taraf ileri sürer, hâkim tarafından re’sen dikkate alınamaz. Bu sebeple iptali ileri sürme hakkı, hukukî niteliği bakımından bir itiraz değil, bir def’i hakkıdır. İptal, sadece taraflar arasında ileri sürülebildiği gibi etkileri bakımından sadece taraflar arasında netice doğurur³¹⁶.

Bazı iptal hakları ancak dava yoluyla ileri sürülebilir. Bu hallerde işlem hâkimin vereceği iptal kararına kadar askı halindedir. Hâkimin hükmüyle birlikte sözleşme veya hukukî işlem geçmişe etkili şekilde kalkmaktadır. Bu karar bozucu yenilik doğuran bir karar olarak kabul edilir. Özel hukukta tenkis davası, evliliğin ve ölüme bağlı tasarrufların iptali davaları örnek olarak gösterilebilir³¹⁷.

Konunun anlaşılması bakımından sözleşme özgürlüğü, sınırları ve sözleşme özgürlüğünün yaptırımları kısaca incelenmiştir. Esas konumuz olan ticari işletmenin devri halinde pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılmasının sonuçları üzerinde durulmuştur. Doktrindeki görüşler, Yargıtay uygulaması ve kendi görüşümüz üzerinde durulmuştur.

³¹³ BAŞPINAR, s. 79.

³¹⁴ EREN, s. 343.

³¹⁵ EREN, s. 343.

³¹⁶ EREN, s. 343.

³¹⁷ EREN, s. 344.

7) Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Tutulması İle İlgili Doktrindeki Görüşler, Yargıtay Uygulaması ve Görüşümüz

Pasiflerin devir kapsamı dışında tutulmasına dair eski Borçlar Kanunu zamanında doktrindeki görüş ayrılıkları, TBK. m. 202 ve TTK. m. 11/III düzenlemelerinin yürürlüğe girmesiyle bitmemiştir. Hatta görüş ayrılıkları daha da artarak devam etmektedir. Doktrinde pasiflerin devrin zorunlu kapsamına dâhil olduğu ve kapsam dışında bırakılamayacağına dair teminat teorisi temel bir düşünce olarak ileri sürülmekte ve Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Diğer düşünce pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılabileceğini savunan irade serbestîsi teorisidir. Bu iki temel görüşün arasında bağdaştırıcı ve ara düşünceler de ileri sürülmüştür. Sırasıyla bu teoriler, Yargıtay uygulaması ve kendi düşüncemiz üzerinde durulmuştur.

a) Teminat Teorisi

Türk hukukunda işletmenin devri ile ilgili yayımlanmış ilk monografi “Borçlar Kanunun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticarî İşletmenin Devri³¹⁸” kitabıdır. Bu eserde etraflıca tartışılan teminat teorisi, öğretide ve uygulamada genel kabul gören görüştür. Alacaklının korunması amacından hareket eden bu görüş savunucularına göre, aktiflerin değerini öngören fakat pasiflerin devrini hariç tutan bir sözleşme geçersizdir³¹⁹.

Teminat teorisini ileri sürenlere göre, Türk Borçlar Kanunu “işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte” devrinden söz etmektedir. Bir malvarlığı ve işletmenin aktif veya pasifinin tek başına devredilmesi durumunda ne olur? Teminat teorisine göre, Alman hukukunda BGB. paragraf 419’un 3.fıkrası³²⁰ bu soruya cevap vermekteydi. Düzenlemeye göre, devralanın, devredilen malvarlığının borçlarından sorumlu olmayacağına dair taraflar arasında yapılan anlaşmalar geçersizdir. Taraflar iradeleri ile malvarlığı devrinin mahiyetini değiştiremezler³²¹.

Türk hukukunda teminat teorisini savunan yazarların çoğunluğu tarafından savunulan bu görüşün temeli, alacakların hakları bakımından büyük tehlike taşıyabilen işletmenin

³¹⁸ Eser, ACEMOĞLU’nun doçentlik tezi olup, başarılı kabul edildikten sonra akabinde monografik çalışma olarak yayımlanmıştır.

³¹⁹ ACEMOĞLU, s.34 vd.

³²⁰ ACEMOĞLU tarafından yazılan monografinin yayımlandığı tarih 1971 olup bu tarihte yürürlükte olan Alman hukukundaki BGB 419. madde düzenlemesi 1.1.1999 tarihinde yerine hiçbir hüküm ikame edilmeksizin kaldırılmıştır.

³²¹ ACEMOĞLU, s.34.

devrinin sakıncalarını gidermektir. Devredenin aktif, ona tanınan kredinin ve borçların doğal teminatını teşkil eder. Bunları elinden kaçıran alacaklı alacaklarını elde edemeyebilir³²².

Bu teorinin savunucusu yazara göre, işletmenin devrinde pasiflerin geçişi tarafların bu konudaki iradelerinin sonucu olmayıp, kanun hükmü gereğince gerçekleşir. Bu sebeple pasiflerin devrini engelleyen anlaşmaların hükümsüz olduğu kabul edilmelidir³²³. Ayrıca kanunun amacı da göz önünde tutulursa pasiflerin devrini engelleyen anlaşmaların hükümsüz olduğu kabul edilmelidir³²⁴.

Kanun koyucunun iradesinin bu yönde olmadığı şeklindeki eleştirilere, teorinin taraftarları karşı çıkmıştır. Bu düşünceye göre, günümüzde kanunları, onları hazırlayanların iradelerine göre yorumlamak gerekir. Bunun yerine, kanun metni açıkça engel olmadığı sürece menfaatler durumuna uygun bir biçimde yorumlamak anlayışı hâkim olmuştur. Kanun metninden aksi bir sonuca varılamamaktadır. Bu durumda, menfaatler durumuna, işletmenin devrine ilişkin düzenlemelerinin gayesine ve kurmak istediği sisteme uygun amaca göre yorumlamak gerekir³²⁵.

Teminat teorisi taraftarlarına göre, aktiflerin devredilmesi durumunda, alacaklıların iptal davası açma imkânı olsa bile yeterli korumayı sağlamaz. İİK. m.277 vd düzenlenen iptal davası açabilmek için geçerli bir icra takibi bulunmalı, aciz vesikası alınmalıdır. Bunlara ilaveten iptal davası açılarak olumlu netice alınması gerekir. Tüm bu şartlar sağlandığında iptal davası alacaklıları koruyabilir. Teminat teorisi taraftarları iptal davası açma imkânının alacaklıları korumak için etkili bir yol olmadığını ileri sürmüştür. Netice olarak, iptal davasının geniş ve etkili bir koruma sağlamadığını, alacaklıya ek külfetler yüklediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, alacaklılar, devreden ile devralan arasındaki işleme yabancısıdır. Bu dava alacaklıların zarara uğramasını yeterince engellemediğinden karşı gelinmiştir³²⁶.

Teminat teorisi taraftarlarınca ileri sürdüğü diğer bir gerekçe ise, Yargıtay³²⁷'ın bir kararına konu olmuştur. Karara göre, teselsül bir kanun hükmünden doğduğu takdirde kamu düzeni söz konusu olduğundan, tarafların iradesi ile teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür. Burada müteselsil borç, TBK. m. 202 (eBK.m.179) düzenlemesinden, yani

³²² ACEMOĞLU, s.35.

³²³ ACEMOĞLU, s.35.

³²⁴ ACEMOĞLU, s.35.

³²⁵ ACEMOĞLU, s.36.

³²⁶ ACEMOĞLU, s.37.

³²⁷ ACEMOĞLU, s.38'deki 56 no'lu dipnotta belirtilen Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 03.04.1961 tarih 1961/3748 Esas 1961/2899 Karar sayılı ilamı

kanun hükmünden doğmaktadır. Bunun sonucu olarak da, sözleşme ile teselsülün bertaraf edilmesi hükümsüzdür.

Teminat teorisi görüşü, menfaatler durumu ve kanunun takip ettiği gayeye uygunluğu temel almıştır. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun işletmenin devrine ilişkin hükümlerine ilham kaynağı olan BGB. paragraf 419'un sistemine ayrılmaz bir şekilde bağlı bulunduğu ileri sürülmüştür. BGB. paragraf 419'un ve TBK. m.202 (eBK. m. 179)'un kanunî bir borç naklini düzenledikleri kabul edilmektedir. Bunun anlamı, devir sözleşmesinin taraflarının bu konudaki iradelerinin önemi olmaksızın ve alacaklının da muvafakati aranmaksızın bütün borçların kanun gereğince devralana geçmesidir. Bu hükmü açıklamak üzere tarafların bu konudaki zımni iradelerine başvurmak gerekli olmadığı gibi buna gerek de yoktur. Zira borçların nakli tarafların iradelerine, hatta bilgilerine rağmen gerçekleşmektedir. Devralan, varlığını bilmediği borçlardan dahi sorumludur³²⁸. Sonuç olarak işletmenin devrinde pasiflerin devralana geçişi tarafların iradelerinin tamamen dışında cereyan etmektedir. Bu durum göz önünde tutulursa, taraflar sözleşme ile pasifleri kapsam dışında tutamaz.

Türk-İsviçre hukuklarında işletmenin pasifi, Alman hukukundan farklı olarak aktifin yükü değil, mütemmim cüz'ü olarak kabul edilmiştir. Türk-İsviçre hukukunda devredilen işletmenin alacaklıları Alman hukukundan daha iyi bir durumdadır. Devralan, sadece devraldığı işletmenin malvarlığı sınırlı değil, tüm malvarlığı ile sorumlu tutulmaktadır. Bütün bunlar göz önünde alınca, işletmenin devri halinde, alacaklının, Alman hukukundan daha kötü bir duruma düşebileceği bir çözüm savunulamaz. Hukuk düzenin genel eğilimlerine uygun düşmez³²⁹.

Teminat teorisi taraftarları borçların kanun gereği intikali ile ilgili kuralın emredici nitelikte olduğunu kabul etmiştir. Bu sebeple irade serbestîsi ilkesi uygulanamaz. İrade serbestîsi teorisine göre, kanunda açıkça belirtilmemiş bir hukuka aykırılık sebebini yorumla ihdas etmek mümkün değildir. Teminat teorisi taraftarları bu düşünceye karşı gelmiştir. Teminat teorisinin taraftarları da, borçlar hukuku alanında emredici hükümlerin istisnai mahiyette olduğunu kabul etmiştir. Gerçekten de, Alman hukukunda BGB paragraf 419'un emredici bir mahiyet taşıdığı kabul edilmektedir. Bu düşüncedeki yazara göre, her şeye rağmen Türk Borçlar Kanunu'nun işletmenin devrine ilişkin hükümlerinin emredici bir karakter taşıdığı kabul edilmelidir. Bu teori taraftarlarına göre, Türk Borçlar Kanunu'nun

³²⁸ ACEMOĞLU, s.39.

³²⁹ ACEMOĞLU, s.40.

alacaklıların korunması şeklindeki temel düşüncesi, ancak emredici kurallar yoluyla gerçekleşebilir. Bu konuda açık bir emredici hükmün yokluğu kanun boşluğu olarak kabul edilmelidir. Pasiflerin devrini engelleyen anlaşmaların hükümsüzlüğünün TBK. m. 27 (eBK. m.19)’da sayılan sebeplerden hiçbirisi ile izah edilememesi, çözümü reddetmek için yeterli değildir. Burada kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Kanunda boşluk olan durumlarda da, kanunun amacından emredici bir kural çıkarılabilir. Bu sebeple, TBK. m. 27 (eBK. m.19)’da sayılan hallerden başka bir gerekçeye dayanan emredici kurala varılabilir. Maddede sayılmamakla birlikte, sadece sözleşmenin taraflarını değil, üçüncü şahısları da ilgilendiren hükümler, emredici mahiyette olmalıdır. Kanunun bir maddesiyle kabul edilen bir çözümün korunması, emredici bir hükmün varlığını gerekli kılar³³⁰.

Teminat teorisinin taraftarları, kanuna karşı hile nazariyesinin de bu düşünceyi desteklediğini ileri sürmüştür. Buna göre, tarafların devir sözleşmesinde pasifleri devir dışında bırakmaları, Türk Borçlar Kanunu’nun alacaklıya tanımak istediği imkânları dolamak anlamını taşıyacaktır. Üstelik üçüncü kişileri ilgilendiren ve onların menfaatini tehlikeye atan sonuçlar da söz konusu olur. Bu sebeple, kanun maddesinde pasiflerin devrini engelleyen sözleşmeleri hükümsüz kılan bir açık hüküm olmamasına emredici bir kuralın gerekliliği ortadadır³³¹.

Teminat teorisi, Türk Borçlar Kanunu’nun işletmenin devrine ilişkin düzenlemesinin amacının saptanmasında, ağırlıklı olarak aktiflerin pasiflerin teminatı olduğu yaklaşımı benimsenmektedir. Teminat teorisi ve gerekçeleri doktrini önemli ölçüde etkilemiştir. Türk hukuk doktrininde bu yaklaşım zaman içerisinde genel kabul görmüştür³³².

Doktrinde bazı yazarlar³³³ ticarî işletmenin aktiflerinin, pasiflerinin ve dolayısıyla alacaklıların doğal güvencesi teşkil ettiğine vurgu yaparak, işletmenin devrine ilişkin hükümlerin emredici olduğu sonucuna varmaktadır. Bu yazarlara göre, ticarî işletmeyi devralanın eski borçlarından sorumluluğu, tarafların iradesi dışında kanun hükmünden doğmaktadır.

Doktrinde bir başka yazar³³⁴, işletmeyi devralanın, devralma tarihinden itibaren işletmenin eski yükümlülüklerinden sorumlu olduğunu ileri sürmektedir. Yazar, Türk Borçlar

³³⁰ ACEMOĞLU, s. 40.

³³¹ ACEMOĞLU, s.40-41.

³³² ARICI, s.140-141.

³³³ POROY/YASAMAN, s.42 vd.

³³⁴ DOMANIÇ /ULUSOY, s.162 vd.

Kanunu’nu, devralanın işletmenin eski borçlarından sorumluluğuna dair şartları düzenlediğini savunmuştur.

Doktrinde bir yazar ise, mutlak bir ifadeyle işletmeyi devralanın eski borçlarından sorumlu olduğunu belirtmektedir³³⁵. Yine doktrinde başka bir yazara³³⁶ göre, ticarî işletme alacaklıları ve üçüncü kişileri korunmasına yönelik emredici bir düzenlemedir. Sadece aktiflerin devrini öngören sözleşme geçersizdir.

Bu konuda diğer bir düşünceye göre, malvarlığı veya işletmenin devrinde pasifleri devrin kapsamı dışında bırakan anlaşma, alacaklıların haklarını ağır şekilde ihlal ettiğinden hükümsüzdür³³⁷.

Bir yazara göre, TBK. m. 202 anlamında (eBK. m.179) bir işletmenin devrinden söz edebilmek için, aktifi ve pasifi ile birlikte devredilmesi zorunludur. Sadece aktiflerin devrinin kararlaştırılması halinde TBK. m. 202deki işletmenin devrine ilişkin hükümleri uygulanmaz. TBK. m. 202 kapsamında olmasa bile böyle bir sözleşmenin geçerli sayılması alacaklıların haksız zararlar görmesi sonucunu doğurur. Bütün bunlar göz önünde bulundurularak, böyle bir sözleşmenin hükümsüz sayılması daha isabetlidir³³⁸. Sonuç olarak sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşme geçersizdir.

Teminat teorisi esas olarak aktiflerin ticarî işletmenin alacaklılarının güvencesi olduğunu kabul etmektedir. Kanun koyucu tarafından aynı düşüncenin kabul edildiği, bu sebeple, düzenlemelerde aktif ve pasiflerin birlikte devrinin öngörüldüğü belirtilmiştir. Teminat teorisi, sadece doktrinde geniş kabul görmektedir. Yargıtay tarafından da yerleşik şekilde uygulanmaktadır³³⁹. Yargıtay, işletmenin sadece aktiflerinin devredilmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Zira işletmenin aktifleri, işletmeye tanınan kredilerin ve borçların doğal teminatıdır. Bu itibarla, devrin işletmenin pasiflerini de kapsaması zorunludur.³⁴⁰

³³⁵ İMREGÜN, Oğuz; Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989, s.18.

³³⁶ ARKAN, s.42.

³³⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, (Borçlar Genel),s.281.

³³⁸ TUNÇOMAÇ, s.1138.

³³⁹ ARICI, s.142 dpn. 127’de belirtilen Yargıtay 13, 15 ve 17. Hukuk Dairesi’nin kararları.

³⁴⁰ Yargıtay 13. HD’nin 1994/9457 Esas, 1994/11059 Karar, Yargıtay Kararları Dergisi, CİLT: 21, S: 6, Temmuz 1995, s. 1083 vd. Yargıtay ilamında; 233 sayılı KHK 4/2 hükmünde İktisadi Devlet Teşekküllerinin taraf olduğu devir hallerinde eBK. 179-180 hükmünün uygulanması gerektiği yargı kararlarında ve doktrinde kabul edilmiştir. İktisadi Devlet Teşekküllerinin taraf olduğu devir hallerinde eBK. m. 179-180 hükümlerine göre devre konu pasifler yönünden de sorumluluğun doğacağı şüphesizdir. Devir ile devralan taraf kanun uyarınca pasiften sorumlu olacaktır. eBK. m. 179-180 hükümleri emredici nitelikte oldukları için sorumluluk şartı, sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla hiç bir şekilde etkisiz ve uygulama dışı

b) İrade Serbestîsi Teorisi

Doktrinde teminat teorisine karşı farklı gerekçelerle irade serbestisi teorisi savunulmaktadır. Birincisi monografik bir çalışma olarak da yayımlanan “Ticarî İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri” isimli eserde³⁴¹ irade serbestîsi görüşü savunulmuştur. Yazarın, irade serbestîsi teorisini, büyük ölçüde teminat teorisinin eleştirisi üzerinde hukukî bir temele oturtmaya çalıştığı söylenebilir.

Yazar, TBK. m. 202 (eBK. m.179)’un düzenleniş amacından hareket eden, öğretide ve uygulamada genel kabul gören teminat teorisinin tartışılması gerekir. Yazara göre, düzenlemenin lafzı, teminat teorisinin tereddütsüz ve kolaylıkla kabulüne engeldir. Kanunlar bir hukukî ilişkiyi düzenlerken, birbirine zıt menfaatler arasında bir denge sağlayarak adaleti gerçekleştirmek isterler. Söz konusu menfaatlerden bazen birini, bazen diğerini daha fazla korumak suretiyle menfaatler dengesini temin ederler³⁴². Kanunun lafzının açık olmadığı veya kanun hükmünden değişik anlamlar çıkarılabildiği durumlarda, kanunun amacına ve koruması gereken menfaatler dengesine en uygun yorumun yapılması gereklidir. Tartıcı ve eleştirici bakış açısını esas alan gai yorum metodu bize bunu emreder³⁴³.

Yazar, teminat teorisini eleştirirken teminat teorisinin düzenlemenin emredici bir düzenleme olduğuna ilişkin gerekçeleri tek tek ve esaslı bir temele oturatarak eleştirmiştir. Konunun önemi bakımından yazarın karşı düşünceleri başlıklar halinde incelenmiştir.

birakılamaz. Emredici bu hükmün tamamen etkisiz hale getirilmesi ve sınırlandırılması ancak kanunla mümkündür. eTB. m. 179 düzenlemesiyle müteselsil borç esası kabul edilmiştir. Devralan ve devreden borçlarından dolayı müteselsil olarak sorumludur. eBK.m.141 düzenlemesine göre teselsülün kanun hükmünden doğduğu hallerde kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür. Bu sebeple bu müteselsil borcun eBK. m.179 düzenlemesinin kanun hükmünden doğduğu çok açıktır. Teselsülden kaynaklanan sorumluluğun ortadan kaladılması geçersizdir ve hukukî sonuç doğurmaz. Devrin fiilen gerçekleştiği tarihte doğmuş borçlar sorumluluk kapsamındadır. İşletmenin devirden önceki borcunun nakli, kural olarak eBK. m.173 ve 174 göre, alacaklının rızasına ise de eBK. m. 179 bu kurala bir istisna getirmiştir. Düzenleme ile alacaklının rızasına gerek olmaksızın borun devralana geçtiği esası kabul edilmiştir.D..., TEK ... işyerinde iş sözleşmesiyle çalışırken 1.8.1992 tarihinde maruz kaldığı iş kazası sonucu vefat etmiştir. Devreden aktif ve pasiflerinin 26.4.1994 tarihi itibarıyla devredildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda eBK. m. 179 hükmüne göre müteselsil bir borcun varlığı söz konusudur ve devralan....Şirketi devreden şirketin tüm pasiflerinden sorumludur. Bu sebeple iş kazasından doğan tazminat alacağının devir konusu pasiflerin kapsamında kabulüne karar verilmiştir.

³⁴¹ ARICI tarafından doktora tezi olarak hazırlanmış, başarılı kabul edilmesinden sonra “Ticarî işletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri” adıyla monografik çalışma olarak kitap haline getirilmiş ve yayımlanmıştır.

³⁴² AKINTÜRK, Turgut; Yeni Türk Medeni Kanununa Uyarlanmış Medeni Hukuk, 9. Basım 2003, s.73 vd.

³⁴³ ARICI, s.144.

aa) TBK. m. 202 (eBK. m.179)'nun Lâfzî Yorumundan Teminat Teorisinin Vardığı Sonuç Çıkarılamaz

Yazara göre, düzenlemenin lafzı dikkate alındığında, teminat teorisinin dayandığı ve hükmün emredici bir düzenleme olduğunu kabul etmek güçtür. Yazara göre düzenlemedeki “..bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, ...onlara karşı... işletmedeki borçlardan sorumlu olur” ifadesinden, bir işletmenin ancak borçlarıyla birlikte devralındığı takdirde, eski borçlardan sorumluluk doğabilir. Bu sorumluluğun doğması için, işletmenin borçları ile devri konusunda anlaşmaya varılması ve bu durumun ilân veya ihbar edilmesi lazımdır. Yazara göre, bu hükümde, borçların nakli konusunda anlaşma ve dolayısıyla devralanın iradesi şart koşulmuştur³⁴⁴.

Yazara göre, Türk hukukunda teminat teorisinin savunucularının dahi, pasiflerin geçişini engelleyen anlaşmayı açıkça yasaklayan emredici bir düzenleme bulunmadığını kabul etmektedir. Teminat teorisi taraftarları, kanunda boşluk olduğunu, bu boşluğun amaca uygun yorumla doldurulması gerektiğini ve bu yolla emredici bir kuralın çıkarılabileceğini belirttiğini ileri sürmektedir³⁴⁵. Yazara göre, Türk hukukunda kanunda emredici kural boşluğundan söz edilemez. Emredici kurallar da yorumlanabilir. Fakat hâkim, emredici kural boşluğundan hareketle, bir kamu düzeni kuralı yaratamaz³⁴⁶. Bu temel ilkeye aykırı olarak işletmenin devrine ilişkin TBK. m. 202 (eBK. m. 179)'ye atfedilmek istenen emredici hüküm niteliği, kanunun yorum ve boşluk doldurma prensiplerine aykırıdır.

Yazar, TBK. m. 202 düzenlemesinde, borçların naklinin ancak bu durumun ilânı veya bildirimi ile gerçekleştiğini, bunlar yapılmamışsa devralanın sorumluluğunun doğmadığını belirtmiştir. Yazara göre, teminat teorisini savunanların ileri sürdüğü gibi, işletmenin devri ile birlikte eski borçların intikali tarafların iradesine rağmen gerçekleşmez. Böyle olsaydı, kanun koruyucu borçların intikalini devralanın iradesine bağlı ilân veya bildirim şartına bağlamazdı³⁴⁷.

³⁴⁴ ARICI, s. 144.

³⁴⁵ ARICI, s. 145.

³⁴⁶ HATEMİ, Hüseyin; Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2004, s. 78 vd.

³⁴⁷ ARICI, s. 146.

Teminat teorisini savunanların, pasiflerin devir kapsamı dışında tutulmasına dair sözleşmelere geçerlilik tanınması halinde alacaklıların menfaatlerinin tehlikeye düşebileceği tehlikesi düzenlemeye emredici nitelik atfetmenin gerekçesi olamaz³⁴⁸.

bb. TBK. m. 202'nin Kanun Sistematığı İçindeki Yeri Teminat Teorisinin Vardığı Sonuca Götürmez

Yazara göre, TBK. m. 202 (eBK. m. 179) hükmünün Türk Borçlar Kanunu sistematığı içindeki yerine bakıldığında, borçların üstlenilmesi açısından irade serbestisi ilkesinin benimsendiği sonucuna varılabilir³⁴⁹.

İşletmenin devri, borcun üstlenilmesine dair TBK. m.195-204 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Aradaki fark, işletmenin devri, alelade borcun üstlenilmesine dair hükümlere göre özel bir düzenlemedir. Borcun dış üstlenilmesinde borcu üstlenen ile alacaklı arasında bir anlaşma yapılması şarttır. Özel hüküm sadece düzenlediği konuda genel hükmü bertaraf eder. TBK. m. 202 (eBK. m.179)'de sadece alacaklıların rızası bakımından istisna getirilmiş; buna karşın borcu üstlenenin yani işletmeyi devralanın iradesi aranmıştır³⁵⁰.

cc. TBK. m. 202'nin Düzenleniş Amacı Teminat Teorisinin Vardığı Sonuca Götürmez

Yazar, bir normun yorumlanmasında sadece lafzının değil, düzenleniş amacının da dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Yazara göre, TBK. m.202 (eBK. m.179)'nin düzenleniş amacı, bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, borçların ve borç ilişkilerinin naklini kolaylaştırmaktır. Bu amaca ilaveten, bunların rasyonel bir şekilde yeniden düzenlenmesini sağlamak ve devredene bir süre daha başvurma imkânı sağlamak suretiyle alacaklıları korumaktır³⁵¹.

Yazara göre, TBK. m. 202 (eBK. m.179) düzenlemesi, bir malvarlığı veya işletmenin devrinde pasiflerin kaderini mutlak şekilde aktiflere bağlamak ve hiçbir şekilde birbirinden ayrılmaz bir küll haline getirmek amacını taşımamaktadır. TBK. m. 202 (eBK. m.179) düzenlemesi devir ilişkisinin taraflarına, bir malvarlığı veya işletmenin aktiflerini pasifleri ile birlikte bütün dâhilinde devir imkânı sağlamaktadır³⁵².

³⁴⁸ ARICI, s. 146.

³⁴⁹ ARICI, s. 146.

³⁵⁰ ARICI, s. 147.

³⁵¹ ARICI, s. 147.

³⁵² ARICI, s. 147.

dd. İşletmenin Aktiflerinin Pasiflerinin Teminatı Olduğu Sonucuna Varılamaz

Teminat teorisinin dayandığı temellerden birisi olan, ticarî işletmenin aktiflerinin pasiflerinin teminatı olduğudur. Yazar tarafından işletmenin borçlarının alacakları ile birlikte devrinin alacaklıların menfaatlerini korumak için zorunlu olduğu düşüncesi eleştirilmiştir³⁵³. Yazara göre, gerçek ve sağlıklı bir işletmenin devrinde, işletmeyi geçerli ve gerçek değerinden satan ve devreden malvarlığında karşı edim yer alır. İşletmenin devri yoluyla elde edilen menfaatler, alacaklılar için teminat oluşturur. Bu devir sebebiyle devreden malvarlığında oluşan karşılığa rağmen, alacaklıları devirden önceki durumdan daha güçlü hale getirmek alacaklıların korunması amacını aşar. Menfaatler dengesinin alacaklılar lehine artmasına, devralan aleyhine artmasına sebebiyet verir³⁵⁴.

Ticarî işletmenin alacaklılara zarar vermek amacıyla düşük değerli veya muvazaalı şekilde devri halinde ise bu tehlikelere engel olarak İcra İflas Kanunu'nun hükümleri devreye girer. Özellikle tasarrufun iptali davaları borçluların alacaklıdan mal kaçırmak girişimlerine engel olur. Bu yolla tarafların giriştikleri tasarrufların alacaklı tarafından iptal edilme imkânı vardır. Yazar tarafından TBK. m. 202 (eBK. m. 179)'nin ruhu itibarıyla, alacaklıdan mal kaçırmayı engellemek amacıyla getirilmiş bir hüküm olduğu reddedilmektedir³⁵⁵.

ee. Borçlar ve Kişiler Hukuku Kuralları Teminat Teorisi İle Bağdaşmaz

Yazara göre, teminat teorisi her şeyden önce borçlar hukuku alanındaki borçların nisbiliği ilkesine aykırıdır. Teminat teorisi, borçları işletmeye ayırmaz bir şekilde bağlamaktadır. Bu zorunluluk kişiler hukuku ve sorumluluk hukuku kurallarına da aykırıdır. Yazara göre, teminat teorisinde işletme bir hukuk süjesi imiş gibi dikkate alınmaktadır. Hâlbuki işletmenin bir hukuk süjesi olmadığı gibi tartışmasız kabul edilmelidir³⁵⁶.

ff. Teminat Teorisi İİK. m. 277 ve İİK. m. 280/III İle Uyumsuzdur

Borçlunun alacaklılara zarar vermek amacıyla gerçekleştirdiği tasarruflar İİK. m. 277 vd. hükümlerine göre iptal edilebilir. İİK. m. 277 vd. devamı maddelerindeki tasarrufun iptali davalarına konu olan tasarruflar aslında geçerli tasarruflardır. İptal davasının kabulü ile

³⁵³ ARICI, s. 150.

³⁵⁴ ARICI, s. 151.

³⁵⁵ ARICI, s. 151.

³⁵⁶ ARICI, s. 153.

davaya mal tekrar borçlunun malvarlığına dönmekte, alacaklıya icra işlemlerine devam imkânı tanınmaktadır³⁵⁷.

İİK. m. 280/III düzenlemesinde ise, ticarî işletme devrinde, borçlu bakımından zarar kastı karinesi öngörülmüştür. Mal kaçırma amaçlı işlemin karşı tarafı bakımından da zarar kastının bilindiği karinesi kabul edilmiştir.

Tasarrufun iptali davası sonucunda verilen kararlar, alacaklı sadece devir konusu işletmenin malvarlığına başvurabilirler. Devir konusu işletmenin veya malvarlığının dışındaki malvarlığına başvurma haklarına sahip değildir³⁵⁸. Bu şekilde mal kaçırma yoluyla alacaklılara zarar verme kastıyla gerçekleşen işletmenin veya malvarlığının devrinde, devralınan işletmenin aktifleri veya malvarlığı ile sınırlı sorumluluk söz konusu olur³⁵⁹. Buna karşılık, TBK. m. 202'un emredici bir düzenleme olduğu ve tarafların iradesine bağlı olmaksızın pasiflerin devralan geçtiği ve pasiflerin devrini engelleyen bir sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edildiğinde ise, devralan devraldığı işletmenin aktifleri veya malvarlığı ile değil tüm malvarlığı ile sorumlu tutulmaktadır³⁶⁰.

Yazara göre, İİK. m. 280/III alacaklılardan mal kaçırma amaçlı işletme veya malvarlığı devirlerinde alacaklıya, devre konu işletmenin aktifleri veya malvarlığı ile sınırlı takip imkânı tanır. Bu sebeple, TBK. m. 202 (eBK. m.179) düzenlemesinin sınırsız sorumluluğu benimsediği söylenemez³⁶¹.

gg. Teminat Teorisi İşletmenin Devrine Hâkim Olan İlkelerle Bağdaşmaz

Yazara göre, teminat teorisi ticarî işletmenin devrinde menfaatler dengesine uygun değildir. İşletmenin devrinin dayanağının devir sözleşmesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Sözleşme temeline dayanan ticarî işletme devrinde, her şeyden önce irade serbestîsi ilkesi geçerli olmalıdır. Bu ilke işletme devrine uygulandığında, tarafların işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin muhtevasını diledikleri gibi tayin etme hak ve yetkisinin olduğu kabul edilmelidir³⁶². Yazara göre, ticarî işletmenin devrinde aktiflerin ve pasiflerin birlikte devralana intikalini kabul ederek sözleşme özgürlüğü ilkesine istisna getirilmektedir³⁶³.

³⁵⁷ UYAR, s. 625-656.

³⁵⁸ ARICI, s. 154.

³⁵⁹ ARICI, s. 154.

³⁶⁰ ARICI, s. 154.

³⁶¹ ARICI, s. 154.

³⁶² ARICI, s. 148.

³⁶³ ARICI, s. 148.

Yine yazara göre, teminat teorisi TBK. m. 202 (eBK. m.179) düzenlemesine emredici bir nitelik atfetmek suretiyle, pasiflerin devrin kapsamın alınmasına dair sözleşmeleri geçersiz kabul etmektedir. Bu düşünce, işletmelerin devralınması uygulamasını önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Yazar, pasiflerin kendiliğinden geçtiği ve pasiflerin intikalinin sözleşme ile kapsam dışında tutulamayacağını kabulü ile ticarî işletmenin devralınmasının büyük riskler barındırdığını savunmuştur. Bu düşünce kabul edildiğinde, işletmelerin bilançolarında bile yer almayan sürpriz borçlardan devralanın sorumlu tutulmakta ve dolayısıyla ekonomik yıkıma uğraması tehlikesine maruz kalmaktadır³⁶⁴.

Yazar, TTK. m. 202'nin bir işletmenin devrinde pasiflerin devralana geçişini düzenlediğini kabul etmektedir. Bu düzenlemenin sadece bir imkân getirdiğini fakat emredici bir hüküm olmadığı sonucuna varmaktadır. Yazara göre, pasiflerin devralana nakli için bunun ayrıca devir sözleşmesinde öngörülmesi ve işletmenin devri ile birlikte devralan tarafından üçüncü kişilere bildirilmesi gerekir. Yazara göre, tarafların sözleşme ile pasiflerin tamamen veya kısmen devir kapsamı dışında bırakılmasını kararlaştırmaları mümkündür. Bu durumda, TBK. m.202 uyarınca devir sözleşmesi ve aktiflerin devri geçersiz olmaz. Yazara göre, Türk hukukunda TBK. m. 202 uyarınca ticarî işletmenin devrinde eski borçlardan sorumluluk bakımından teminat teorisi terk edilmelidir³⁶⁵.

Doktrinde başka bir yazar tarafından irade serbestîsi teorisi farklı gerekçelerle savunulmuştur³⁶⁶. Yazara göre, ticarî işletmenin borçları bakımından taraf iradelerine değer veren görüşe üstünlük tanınması gerekir. Bu düşünceye göre, TBK. m. 202 düzenlemesinin ifadesinden böyle bir sonuca varılamaz. Düzenleme ile işletmenin aktifi ile pasiflerinin birlikte devri öngörüldüğünde, alacaklıların iznini almaya gerek olmadığı yönünde bir imkân tanınmıştır. Kanun işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devrini öngörmüş olsaydı sadece ticarî işletmenin devrinden söz ederdi³⁶⁷.

Yine yazar, TBK. m.202 düzenlemesinin borcun nakline ilişkin hükümlerin olduğu TBK. m.195 vd hükümlerinin devamında düzenlemesini buna dayanak göstermiştir. Bu düşünce özel hukukun temel ilkesi olan irade serbestîsi ilkesine uygun olmadığını savunmuştur. Yazarın başka bir gerekçesinde, teminat teorisinin yaklaşımının ticarî işletmeyi

³⁶⁴ ARICI, s. 149.

³⁶⁵ ARICI, s. 156.

³⁶⁶ ÇELİKBOYA tarafından yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış, tezde teminat teorisi benimsenerek çalışma yapılmış fakat yazarın ifadesi ile sonradan yeni bir anlayışla irade serbestîsi teorisi benimsenerek “Ticarî İşletmenin Devri” adıyla monografik bir çalışma kitap haline getirilerek yayımlanmıştır.

³⁶⁷ ÇELİKBOYA, s. 256.

hak ve borçların sahibi konumuna yaklaştırdığı ileri sürülmüştür. Ticarî işletmenin devri aslında işletmeye dâhil hak ve borçların devredilmesidir³⁶⁸.

Yazara göre, teminat teorisinin yaklaşımı ticarî işletmenin malvarlığı unsurları olan aktifler ve pasiflerin arasında bir bağ olduğu düşüncesi yerinde değildir. Teminat teorisindeki işletmenin pasiflerinin aktiflerinin mütemmin cüz'ü olduğu düşüncesi eleştirilmelidir. Ticarî işletmenin borçları ve alacakları arasında bağlantı kurulamaz. Yazar, TTK. m. 11/III düzenlemesinin bu anlayışın istisnası olduğunu kabul etmekte fakat işletmenin aktif ve pasifleri arasında bir bağlantı olduğunu kabul etmemektedir³⁶⁹.

Yazar, irade serbestisi teorisine dayanak olarak, kanun koyucu tarafından İŞK. m. 6 düzenlemesi ile mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve alacaklarıyla devralana geçeceğinin öngörülmesini savunmuştur. Bu düşünceye göre, kanun koyucu tarafından iş hukukunun koruyucu özelliği sebebiyle getirilen bu istisna dar yorumlanmalı ve ticarî işletmenin pasiflerinin geçişinde uygulanmamalıdır³⁷⁰.

Yazara göre, TTK. m. 11 düzenlemesi ile ticarî işletmenin bir bütün halinde devri öngörülmüş olsa da işletmenin borçlarının bütünlük bakımından bir önemi yoktur. Önemli olan ticarî işletmenin makine, fabrika, emek vs oluşan aktif malvarlığı değerleridir. Borçlar devrin kapsamı dışında tutulsa bile, ticarî işletme niteliğini korur ve iktisadi bütünlük teşkil etmeye devam eder³⁷¹.

Yazara göre, teminat teorisinin alacaklıların korunmasının ancak pasiflerin aktifler ile birlikte devredilmesi ile mümkün olduğu düşüncesine katılmak mümkün değildir. Alacaklılar zaten TBK. m. 202 hükmünde, devreden devralan ile birlikte iki yıl daha müteselsil sorumluluğu ilkesiyle korunmaktadır. İlave korumaya ihtiyaç yoktur. Ayrıca alacaklıların korunması için TBK. m. 202 hükmü tek düzenleme değildir. Alacaklılar devredene ödenen karşı edime başvurma imkânına sahiptir. Yine alacaklılardan mal kaçırmak için yapılan muvazaalı devirler borçlar hukukunun genel hükümlerine başvurmak yoluyla iptal edilebilir. Buna ilave olarak alacaklılar İİK.m. 277 vd. hükümlerinde öngörülen tasarrufun iptali davaları yoluyla kendi menfaatlerini koruyabilir³⁷².

³⁶⁸ ÇELİKBOYA, s. 258 vd.

³⁶⁹ ÇELİKBOYA, s. 261.

³⁷⁰ ÇELİKBOYA, s. 262.

³⁷¹ ÇELİKBOYA, s. 264-265.

³⁷² ÇELİKBOYA, s. 279 vd.

Yazar olması gereken hukuk bakımından da, pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılmasına imkân tanınmasının ticarî işletmenin devrine kolaylık ve işlerlik kazandıracığı düşüncesindedir. Teminat teorisi bu haliyle ticarî işletmenin devrine engel olmaktadır. Devralan yükleneceği riski belirleme ve sınırlama imkânından yoksun kalmaktadır. Bilmediği borçları dahi devralma tehlikesi taşımaktadır. Bu belirsizlikler ve riskler devralanın bundan kaçınmasına yol açmaktadır³⁷³.

Yine diğer alacaklılar ile devredilen bir işletmeden alacağı olan alacaklılar arasında bu denli ayrıcalık yaratmak doğru değildir. Yazarın bir diğer düşüncesi kısmi bölünmede bölünen TTK. m. 167/I-b hükmü uyarınca, devir sözleşmesinde yer almayan pasiflerin devreden şirkette kalacağı hükmünün ticarî işletmenin devrinde de uygulanması gerektiğidir³⁷⁴.

Yazar bütün bu tespitler ışığında, ticarî işletmenin devri halinde pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılmasının taraf iradelerine göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir. TBK. m. 202 ticarî işletmenin aktif ve pasifiyle devrine imkan tanıyan bir hükümdür. Bu hükme ticarî işletme ile bağlantılı tüm borçların da devrin zorunlu kapsamında olduğuna dair anlam yüklemek mümkün değildir. Bu sebeple yazara göre, normun amacı da gözetilerek tarafların ticarî işletmenin devrine istisna getiren iradelerine üstünlük tanınmalıdır³⁷⁵.

c) Bağdaştırıcı veya Ara Görüşler

Pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılması ile ilgili doktrinde azınlıkta kalan bir görüşler de vardır. Azınlıktaki görüşler genel olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun işletmenin devrine ilişkin düzenlemesinin borçların intikali bakımından emredici olmadığını kabul etmektedir. Doktrindeki bu konuda farklı düşünceleri olan yazarlara göre³⁷⁶, ³⁷⁷, ³⁷⁸, TBK. m. 202 hükmü, bir imkân olarak malvarlığı veya işletmenin devrinde pasiflerin devralana geçişini öngörmektedir. Devir sonucunda pasiflerin devralana nakli için ayrıca devir sözleşmesinde öngörülmesi ve işletmenin devri ile birlikte devralan tarafından üçüncü kişilere bildirilmesi gerekir. Pasifler nakledilmeksizin aktiflerin devredilmesi halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun işletmenin devrine ilişkin hükümleri uygulanmaz. Hacizli alacaklılar mal kaçırma amacı taşıyan işlemlere karşı İİK. m. 277 vd. düzenlenen iptal davasını açabilirler.

³⁷³ ÇELİKBOYA, s. 275 vd.

³⁷⁴ ÇELİKBOYA, s. 283 vd.

³⁷⁵ ÇELİKBOYA, s. 289.

³⁷⁶ AYİTER, s. 49.

³⁷⁷ KARAYALÇIN, s.184-185.

³⁷⁸ FEYZİOĞLU, Feyzi N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 2. Basım İstanbul 1977 s.691 vd. (Genel)

Bir görüşe göre, pasiflerin devrin kapsamı dışında tutulması mümkündür. Ancak bu devir TBK. m. 202 kapsamına girmez. TBK. m. 202 düzenlemesi, işletmenin pasiflerinin devrin kapsamı dışında tutulmasını geçersiz kılacak emredici bir hüküm değildir. Bu hüküm, devrin taraflarına, sadece bir işletmenin aktiflerinin pasifleriyle bütün halinde devretme imkânı sağlamaktadır. Pasiflerin devrin kapsamı dışında tutulması devir sözleşmesinin ve aktiflerin devrinin geçersiz olmasına yol açmaz. Yine devralanın da eski borçlardan emredici şekilde sorumlu tutulması sonucuna varılamaz. Kısaca bu tarz devirler TBK. m. 202 kapsamındaki devirler değildir.³⁷⁹

Doktrindeki başka bir görüşe göre, TBK. m. 202 gereğince işletmenin devri, mutlaka borcun üstlenilmesi işlemiyle bir arada bulunur. Borcun üstlenilmesi olmaksızın sadece aktiflerin devralınması halinde TBK. m. 202 dışında bir işlem söz konusu olur. Böyle bir işlem hükümsüz olmaz. Çünkü bu halde, alacaklı bakımından iki ayrı imkân vardır. Aktiflerin devri bir ivaz karşılığında gerçekleşmiş ise, bu ivaz borçlunun malvarlığında yer alır. Dolayısıyla alacaklılar, alacaklarını bu değerden elde edebilirler. Aktiflerin devrinin ivazsız gerçekleşmesi halinde ise, alacaklıların iptal davası açma hakkı doğar.³⁸⁰

Doktrinde bir yazara göre, TBK. m. 202 düzenlemesinin lafzı ve kanunda bulunduğu yeri birlikte irdelendiğinde teminat teorisini destekleyici bir sonuca varılamaz. Borcun üstlenilmesinin düzenlendiği İkinci Kısım'da TBK. m.196 hükmünde vaz edilen temel kuralın istisnası şeklinde öngörülmüştür. Borcun naklinde temel prensip, alacaklının rızasının aranması iken, işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devrinde, alacaklının rızası aranmamaktadır. Düzenleme aktif ve pasiflerin doğrudan değil, işletmenin borçlarının bütün olarak ve alacaklıların rızasın egerek olmadan naklini öngörmektedir. Getirilen düzenleme, işletmenin devrinde alacaklıların tek tek rızalarının alınmasındaki güçlüğü bertaraf etmek için öngörülmüştür³⁸¹. Hatta yazar tarafından, Türk hukukunda ticarî işletme devrinin kapsamında pasiflerin de yer alması gerektiği yönündeki anlayışın yeniden düşünülmesi önerilmiştir³⁸².

Bir başka görüş, işletmenin borçları teminat altına alındığı takdirde, sadece aktiflerin devrini öngören devir sözleşmesinin yapılmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. Ancak böyle bir teminat bulunmadığı zaman, pasiflerin devrin mahiyeti dışında bırakılmasını

³⁷⁹ ARICI, s. 145; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 613.

³⁸⁰ AYİTER, s. 49 vd.

³⁸¹ KORAY, s. 109.

³⁸² KORAY, s. 108-111.

amaçlayan hükümler geçersiz sayılmalıdır. Böyle bir durumda işletmenin aktif ve pasifiyle devralana geçtiğini kabul etmek gerekir.³⁸³

Yukarıdakilerin dışında ve ötesinde, doktrinde farklı bir görüş de ileri sürülmüştür³⁸⁴. Bu düşünceye göre, ticarî işletmenin devrinin şartları ve şekli TTK. m. 11/III’te düzenlenmiştir. TBK. m. 202 hükmü, ticari nitelikte olmayan işletmenin devredilmesine uygulanır. Devralanın, işletmenin borçlarından hangi tarihten itibaren sorumlu olduğu ve devreden devralanla birlikte müteselsil sorumluluk şartlarını düzenlemektedir. TTK. m. 11/III’e TBK. m. 202 düzenlemesini tamamlayan veya kendiliğinden uygulanan bir hüküm olarak bakılamaz³⁸⁵.

Bu düşünceye göre, gerçek kişi tacirlere ait işletmelerle ilgili devir sözleşmesinde açıklık yoksa, TTK. m. 11/III’deki “*bütün*” ifadesi uyarınca, ticarî işletmeye dâhil tüm aktif ve pasifler devredilmiş kabul olunabilir. Taraflar devrin kapsamını devir tarihindeki bilançoya göre belirleyebilir. Bu görüş sahibine göre, tarafların devrin kapsamını belirleme imkânı vardır. Hatta devir sözleşmesinde açıkça zikredilmemişse, TBK. m. 202 uygulanamaz, devreden devralanla birlikte iki yıl süreyle müteselsil sorumlu olmaz³⁸⁶.

Bu düşünce tüzel kişiye ait ticarî işletmenin devrinde ise, devredilecek kalemlerin açıkça devir sözleşmesinde yazılması gerektiğini ileri sürmüştür. Devir sözleşmesinde borcun miktarının devredildiği açıkça belirtilmelidir. Yazara göre, borçlar kısmen veya tamamen TTK. m. 11/III hükmünde belirtilen “*bütün*”ün parçası değildir. Tüzel kişilere ait işletmelerin aktifleri “*bütün*”ün parçasını oluşturur. Düzenleme sadece aktiflerin “*bütün halinde*” devri sonucunu doğurur. Yazara göre, TBK. m. 202 açık bir gönderme olmadan, TTK. m. 11/III bağlamında kendiliğinden uygulanamaz³⁸⁷. Bu düşünce bir adım daha öteye geçerek, devir sözleşmesinde TBK. m. 202’nin uygulanacağı yazılsa bile bir sonuca varılamayacağını savunmaktadır. Zira devredilen pasif kalemlerin sözleşmede açık bir şekilde yazılması gerekir. Hangi aktiflerin veya pasiflerin devredildiğinin belirtilmediği hallerde bunlar devredilmiş sayılmaz. Böyle bir devir devreden ve devralan bakımından gerçekleşemez. İşletmenin borçlarından devreden veya devralan da iki yıl süreyle sorumlu olmaz³⁸⁸.

³⁸³ AYDIN /KAPLAN/KALYON ŞEN, s. 232.

³⁸⁴ Bu düşüncenin Türk Ticaret Kanunu Tasarısının hazırlanmasında önemli bir görev ifa eden Ünal Tekinalp dışında hiç kimse tarafından ileri sürülmemiş olması da dikkate değerdir. Bu yaklaşım bilinen tüm yaklaşımların dışında ve işletmenin devri ile ilgili sistemi tamamen farklı şekilde dile getiren bir çalışma olmuştur. Yazarın bu düşüncesine dair kendi değerlendirmelerimiz de vardır.

³⁸⁵ TEKİNALP, Borçların Yazgısı, s.1-13,

³⁸⁶ TEKİNALP; Borçların Yazgısı, s.1-4.

³⁸⁷ TEKİNALP, Borçların Yazgısı, s. 14.

³⁸⁸ TEKİNALP, Borçların Yazgısı, s. 15.

d) Yargıtay'ın Uygulaması

Yargıtay³⁸⁹ ticarî işletmenin devri ile ilgili TBK. m. 202 hükmünün emredici nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Teminat teorisini savunan yazar³⁹⁰ gibi Yargıtay da, teselsülün kanun hükmünden doğduğu hallerde, kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldıramayacağına karar vermiştir. İşletmenin devrinde müteselsil borç TBK. m. 202 hükmünden, yani kanundan doğduğundan, teselsülden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Sözleşmeye eklenecek olan bir sorumluluk kaydı, sözleşme, devir statüsü ve idari tasarrufla hiçbir şekilde borçların devir kapsamı dışında tutulması veya sınırlandırılması mümkün değildir. Yargıtay bunun ancak kanunla yapılabileceğine hükmetmektedir.

Yargıtay³⁹¹, “*danışıklı işyeri devri*”³⁹² kavramı ile muvazaalı olduğunu kabul ettiği işyeri devirlerinin alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyeceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, bununla kalmamakta, muvazaalı işletme devrine giren devralan üçüncü kişiyi cezalandırmakta ve sanki geçerli bir işletme devri varmış gibi işletmenin borçlarından sorumlu tutmaktadır.

Yargıtay³⁹³, TBK. m. 202 ile İİK. m.44 maddelerini de birlikte uygulamaktadır. Yargıtay TBK. m. 202’yi alacaklılardan mal kaçırmanın sakıncalarından korumaya yönelik

³⁸⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.06.2015, E. 2014/19, K. 2015/1743 sayılı kararına göre; devralan, devreden borçlarındaniki yıl boyunca devreden ile birlikte müteselsilen sorumludur. Borçlar Kanunu'nun müteselsil sorumluluğa m.141 düzenlemesiyle, teselsülün kanun hükmünden doğduğu hallerde, kamu düzeni söz konusudur. Bu sebeple taraflar iradeleriyle teselsülü ortadan kaldırılamaz. Ticarî işletmenin devrinde müteselsil borç kanun hükmü olan eBK. m. 179 düzenlemesinden doğmaktadır. Bu sebeple kanuni teselsülden kaynaklanan sorumluluğun kaldırılması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Sorumluluk devrin gerçekleştiği tarihte doğmuş borçlar, bu sorumluluğun kapsamındadır. Kural olarak borcun naklinine BK. m. 173 ve m.174.maddelerine göre alacaklının rızasına bağlı ise de, eBK. m. 179 hükmüyle bu temel kurala bir istisna getirmiştir. Alacaklının rızasına gerek olmadan borcun devralana geçeceği kabul edilmiştir. www.kazanci.com, (Erişim tarihi, 20.03.2020).

³⁹⁰ ACEMOĞLU, s. 34 vd.

³⁹¹ Yargıtay 21 Hukuk Dairesi'nin 26.02.2008 tarih ve 2007/6046 Esas, 2008/3071 Karar sayılı ilamında; aynı adresteki borçlu şirketin yerine başka bir şirket kurulduğunu, yapılan bu işleri danışıklı işyeri devri niteliğinde olduğunu bu sebeple alacaklıların haklarını etkilemeyeceğini vurguladıktan sonra bir an için işyeri devrinin danışıklı olmadığı düşünülse bile borçlu ile devralan arasındaki ilişkinin ticarî işletme devri niteliğinde olduğunu, İİK. m. 44 ve TBK. m. 179 (TBK.m. 202) maddelerinin uygulanması gerektiğini, bu düzenlemedeki koşulların yerine getirildiğinin iddia ve ispat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre, borçlunun kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiğine ilişkin dosyada hiçbir delil olmadığını; devrin alacaklının haklarını etkilemeyeceği gibi, devralan davacı da TBK. m. 179 (TBK. m. 202 hükmüne göre işletmenin borçlarından sorumlu olduğuna karar vermiştir. www.kazanci.com, (Erişim tarihi, 20.03.2020).

³⁹² GÜNEREN, Ali; İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları, Ankara 2008, s. 896 vd.

³⁹³ GÜNEREN, s. 897.

bir icra iflas kurumu³⁹⁴; İİK. m. 44 hükmünü ise maddi hukuku ilişkin bir hüküm gibi kullanmaktadır.

Yargıtay, muvazaalı veya İİK. m. 44 hükmünde belirtilen usule uygun olmayan devirlerin alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyeceğini kabul etmekle kalmayıp³⁹⁵; geçerli bir devir varmış gibi TBK. m. 202 gereğince devralanı da alacaklıya karşı sorumlu tutmaktadır³⁹⁶. Yargıtay; somut bir uyuşmazlıkta, devir protokolünde devralanın borçlardan sorumlu olmayacağına dair bir hüküm olmadığını, hüküm olsa bile bunun alacaklıları bağlamayacağını belirtmiştir. İlamın devamında, davacının devraldığı işletmenin borçlarından sorumlu tutulması gerektiğini, şirketlerin aralarında örtülü şekilde TBK. m. 202 anlamında şirket mamelekinin aktif ve pasifiyle devredilmiş sayılması gerektiğini kabul etmiştir. Devrin dışı karşı muvazaalı şekilde gizlendiği gerekçesiyle devralanın işletmenin borçlarından sorumlu tutulması gerektiğine hükmedilmiştir.

Kanaatimizce, muvazaalı şekilde işletme devri yapılmışsa, TBK. m. 202 anlamında bir devrinden söz edilemez. İşletmenin devri muvazaa sebebiyle geçersiz ise, malvarlığı unsurları veya işletme devralana geçmediğinden, devralanın alacaklıya karşı sorumlu tutulmaması gerekir. Muvazaalı işletme devirleri alacaklılara karşı hüküm ifade etmez. İşletmenin devrinin hükümsüzlüğüne karar verilmesi ile yetinilmesi gerekir. Muvazaa sebebiyle işletmenin devrinin iptaline karar verildiğinde, işletme devri gerçekleşmez. Alacaklının hacze devamının önünde hiçbir engel kalmaz. Kanaatimizce, Yargıtay'ın muvazaalı işletme devirlerinin alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceği ile yetinmeyerek, devralanı da devredenle birlikte sorumlu tutması hukuk tekniği bakımından yerinde değildir.

e) Borçların Geçişİ İle İlgili Görüşlerin Eleştirisi ve Kanaatimiz

aa) Genel Olarak

Kanaatimizce borçların devrin kapsamı dışında bırakılıp bırakılamayacağı ile ilgili sonuca ulaşmak için ticarî işletmenin devri ile ilgili düzenlemenin amacı, öngördüğü sistem ve taraf iradelerine değeri verilip verilmeyeceği, verilecek ise sınırlarının tespiti gereklidir. Bu tespitler yapılarak çözüme ulaşılmalıdır.

³⁹⁴ AKÇAAL, s. 190 vd.

³⁹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.05.2000 tarih ve 2000/4-849 Esas; 2000/881 Karar sayılı ilamı www.kazanci.com, (Erişim tarihi, 20.03.2020) .

³⁹⁶ AKÇAAL, s. 190.

bb) Devir Sözleşmesinde Hüküm Bulunmaması Hali

Kanaatimizce, TTK.m. 11 düzenlemesinin madde başlığının “bütünlük ilkesi” olması, hükmün amacı ve TBK. m.202 birlikte değerlendirildiğinde “işletmenin aktif ve pasifiyle” devralınmasının öngörüldüğü söylenebilir. Düzenlemelerin amacı ticarî işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte bir bütün halinde ve kanun gereği devralana geçişine imkân tanımaktır. Bu sebeple, devir sözleşmesinde pasiflerin geçişi ile ilgili hiçbir hüküm yoksa pasiflerin kanundan dolayı devralana intikal ettiği kabul edilmelidir. Çünkü pasiflerin devralana geçmesi için devir sözleşmesinde belirtilmesine gerek yoktur. Bu durumda pasiflerin kendiliğinden devralana geçtiği kabul edilmelidir.

cc) Devir Sözleşmesinde Hüküm Bulunması Hali

1/a) Genel Olarak

Pasiflerinin devrin kapsamı dışında bırakılıp bırakılamayacağı konusunun anlaşılması için ticarî işletmenin devrine dair düzenlemelerin benimsediği ilkeler, normların amacı, taraf iradelerine hukukî değer verilip verilemeyeceği ve verilecek sınırlarının tespiti gerekir. Sınırların dışına çıkılması halinde uygulanması gereken yaptırımlar tespit edilmelidir.

Borçlar hukuku sisteminizde sözleşme serbestisi temel bir prensiptir³⁹⁷. Buna göre bireyler, irade özerkliğine sahip olduklarından hukukî ilişkilerini ve borç ilişkilerini kendi özgür iradeleri ile düzenleyebilirler. Sözleşme özgürlüğü de bu çerçevede, bireylerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içine yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisidir.

Doktrinde hâkim olan ve Yargıtay tarafından da benimsenen ilke teminat teorisidir. Bu teoriye yönelik en kapsamlı hukukî eleştiriler irade serbestîsi teorisi taraftarlarınca yapılmıştır.

Türk hukukunda pasiflerin devir kapsamı dışında tutulup tutulamayacağına dair açık bir hükmün olmadığından farklı görüşlerin devam ettiği düşüncesindeyiz.

1/b) TTK. m. 11 ve TBK. m. 202 Düzenlemesinin Lafzından Ticarî İşletmenin Borçlarının Kanun Gereği Kendiliğinden Geçtiği Kabul Edilmelidir

Kanaatimizce 01.07.2012 tarihinde Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girdikten sonra irade serbestîsi teorisi zayıflamıştır. TTK. m.11 düzenlemesinin madde başlığı “*Bütünlük*

³⁹⁷ EREN, s.300 vd.

İlkesi”dir. Bu ifade ve madde metni birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun teminat teorisi taraftarlarının elini güçlendirdiği söylenebilir. TTK. m.11/III düzenlemesi teminat teorisi lehine tercihini kullanmış gibi görünmektedir.

Yine TBK. m. 202 düzenlemesindeki “*işletmeyi aktif ve pasifiyle*” devralan ifadesi de bütünlük ilkesini desteklemektedir. Her iki düzenlemenin lafzından yola çıktığımızda kanun koyucunun ticarî işletmenin devri ile ilgili olarak aktif ve pasifleri aynı kadere tabi tuttuğu sonucuna varabiliriz. Doktrinde irade serbestisini savunan yazara³⁹⁸ göre her ne kadar bu ifade her ne kadar pasiflerin kapsam dışı bırakılabileceği şeklinde yorumlansa da bu düşünceye iştirak etmek mümkün değildir. Kanaatimizce aktif ve pasiflerin birlikte devrini öngörmeyen bir devir hakkında ticarî işletmenin devrine dair hükümler uygulanmaz. Bu sebeple düzenlemelerin lafzından bu sonuca varılabilir.

1/c) Ticarî İşletmenin Devrine İlişkin Düzenlemelerin Amacından Borçların da Devralana Kendiliğinden Gececeği Sonucu Çıkarılabilir

Ticarî işletmenin devrine dair hükümlerin amacı, bir bütün halinde devrin sağlanmasıdır. Ticarî işletmenin devri ile alelde, münferit bir borcun veya alacağın devrini ayıran bir bütün halinde devir olgusudur. Eğer bu bütünlük amaçlanmamış olsaydı münferit şekilde malların, sözleşmelerin, borçların geçişine dair Türk Borçlar Kanunu’ndaki hükümler ile yetinilirdi. Ayrıca ticarî işletmenin devrinde bunu düzenlemeye gerek kalmazdı. Kanun koyucu ayrıca düzenlediğine göre, diğer münferit borcun naklinden ayrı bir amacının olduğu söylenebilir.

1/d) Ticarî İşletmenin Aktif ve Pasiflerinin Ayrılabilirliği veya Pasiflerin İşletme Bütünlüğüne Etki Etmeyeceği Düşüncesine İştirak Etmek Mümkün Değildir

Doktrinde, ticarî işletmenin aktif ve pasifleri arasında bir bağlantı olmadığı ve borçların ticarî işletmenin bütünlüğü bakımından önem taşımadığı düşüncesine³⁹⁹ iştirak etmek mümkün değildir. Ticarî işletme bir malvarlığının belirli bir organizasyon çerçevesinde iktisadi bir amaçla örgülenmesidir. Bu tanıma göre ticarî işletme alelde bir malvarlığı topluluğu değildir. Ticarî işletmenin faaliyetleri çerçevesinde aktifleri olduğu gibi pasifleri de vardır. Bu pasiflerin kaynağı işletmenin faaliyetleri ile bağlantılı hukuki işlemler (sözleşmeler), sebepsiz zenginleşme veya haksız fiili sebebiyle oluşabilir. Ticarî işletmenin

³⁹⁸ ÇELİKBOYA, s. 256 vd.

³⁹⁹ ÇELİKBOYA, s. 264.

aktifleri ve pasifleri bir bütünlüğün parçasıdır. Birbirinden ayrılması halinde ticarî işletmenin devrine ilişkin hükümler değil alelade malvarlığı devrine dair hükümler uygulanmalıdır. Aktifler ve pasiflerin ayrılabilmesi ve işletmenin bütünlüğü bakımından önemi olmadığı ileri sürülürken, işletmenin faaliyetleri çerçevesinde borçların kaynaklarından olan genel sözleşmelerin, kira sözleşmelerinin veya hizmet sözleşmelerinin de devrin doğal sonucu olduğu ileri sürülemez. Ticarî işletmenin faaliyetleri çerçevesinde yaptığı sözleşmeler de işletme bütünlüğünün bir parçasıdır.

Doktrinde İşK. m. 6 düzenlemesi bir istisna olarak kabul edilip dar yorumlanması gerektiği düşüncesi⁴⁰⁰ tutarlı değildir. Zira Türk hukuku bakımından ticarî işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte bütün halinde devri genel prensiptir. İşK.m. 6 ise işyeri devri halinde iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralana geçişine dair bir düzenlemedir. İş Kanunu'nun düzenleme alanı ve ticarî işletmenin devrine ilişkin hükümlerin düzenleme alanları ve amaçları farklıdır. Kanaatimizce İşK. m.6 düzenlemesi bir istisna hüküm değil, Türk özel hukuku bakımından *“işletmenin devri halinde aktif ve pasiflerin devredilmesi gerektiğine”* dair genel kuralın iş hukuku alanındaki yansımasından başka bir şey değildir.

1/e) Kanunun Sistematiği Gereğiyle Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Tutulabileceği Düşüncesine İştirak Etmek Mümkün Değildir

Doktrinde, işletmenin devrine ilişkin TBK. m. 202 düzenlemesinin, borçların nakline ilişkin TBK. m. 195 vd. hükümlerinde düzenlenmesi gereğiyle borçların kapsam dışı bırakılabileceği düşüncesine⁴⁰¹ iştirak etmiyoruz. Zira kanun koyucu münferit borçların nakline ilişkin düzenlemede, alacaklının rızasını şart koşmuştur. Buna karşılık, ticarî işletmenin devri ile ilgili düzenlemede alacaklıların rızasının alınmasına gerek duyulmamıştır. Düzenleme ile ticarî işletmenin devrinde tarafların iradesinden bağımsız olarak kanun gereği borçlar devralana geçmektedir.

Bu düşüncemizi güçlendiren en önemli dayanaklardan birisi, ticarî işletme devir sözleşmesinde borçların devri ile ilgili hiçbir hüküm bulunmaması halinde, borçların kendiliğinden, kanun gereği devralana geçmesidir. Eğer aksi bir düşünce ile borçların kanun gereği kendiliğinden geçtiği sonucuna varırsak, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde borçların devralana geçmediği sonucuna varmamız gerekir.

⁴⁰⁰ ÇELİKBOYA, s. 262.

⁴⁰¹ ARICI, s. 146 vd; ÇELİKBOYA, s. 257 vd.

1/f) Ticarî İşletmenin Aktifleri Borçlarının Teminatıdır

Teminat teorisini savunanların gerekçesi, ticarî işletmenin aktiflerinin pasiflerinin teminatı olmasıdır. Bu sebeple alacaklıların menfaatlerinin korunması bakımından aktif ve pasiflerin birlikte devri zorunludur⁴⁰². İrade serbestisini savunan yazarlar ise, ticarî işletmenin aktiflerinin pasiflerinin teminatı olduğu yönündeki gerekçenin düzenlemenin amacına uygun olmadığını savunmaktadır⁴⁰³.

Kanaatimizce ticarî işletmenin devrinde alacaklıların rızası aranmadığından menfaatlerinin zedelenmesi muhtemeldir. Bu sebeple alacaklıların menfaatlerinin korunması gerekir. Kanun koyucu da bu gerekçelerle alacakları ve borçları aynı kaderin bir parçası yapmayı tercih etmiştir.

1/g) Alacaklıların Korunması İçin Genel Hükümler Yeterli Değildir

İrade serbestisini savunan yazarlara göre, alacaklıların korunması için alacaklılardan mal kaçırmak için yapılan tasarrufların iptali için öngörülen İİK. m. 277 vd. düzenleri etkili yöntemlerdir. İlave olarak alacaklı devredene ödenen karşı edimin üzerinde talepte bulunabilir. Yine muvazaalı olduğu düşünülen işlemler bakımından borçlar hukukundaki muvazaalı işlemlerin geçersizliğine dair hükümlere başvurulabilir. Son olarak TBK. m. 202 düzenlemesinde öngörülen devredenin iki yıl daha müteselsil sorumlu kabul edildiğine dair hükümlerin yeterli olduğu ileri sürülmüştür⁴⁰⁴.

Kanaatimizce bu düşünceye iştirak etmek mümkün değildir. İİK. m. 277 vd. hükümlerindeki davalar belirli sürelerle sınırlı ve aciz vesikası almak gibi ilave yükümlülükler getirmektedir. Borçlar hukuku alanındaki muvazaanın ispatı da kolay değildir. Zira alacaklı devir sözleşmesinin tarafı olmayıp aradaki muvazaa iddiasına yabancı kişidir.

Teminat teorisinin alacaklıların korunması bakımından İİK. m.277 vd. düzenlenen tasarrufun iptali davaları, İİK. m. 44 benzeri icra iflas hukuku alanındaki hükümlerin yetersiz kalır. Ayrıca alacaklıları birtakım ek külfetler altına koyabilir ve netice almak zorlaşabilir. Alacaklılar tarafı olmadıkları bir devir sözleşmesinin sakıncalarına karşı korunmalıdır. Bu sebeple, alacaklıları iptal davası gibi çok daha karmaşık ve maliyetli yollara sevk etmek doğru değildir. Yine devredilen işletmeye olan güveni sebebiyle o işletmeye kredi tanımış, borçla

⁴⁰² ACEMOĞLU, s. 21 vd.

⁴⁰³ ARICI, s. 151; ÇELİKBOYA, s. 266.

⁴⁰⁴ ARICI, s. 153; ÇELİKBOYA, s. 266 vd.

mal vermiş veya başkaca şekilde işletmenin aktiflerine güvenerek kredi açmış kimseler devir sözleşmesinin tarafı dahi değildir. Bu kişiler taraf olmadıkları ve onayları gerekmeyen bir işlemten dolayı bu şekilde ek külfetler altına sokmak adalet ilkeleri ile menfaatler dengesine aykırıdır.

Alacaklı taraf açtığı davanın sonunda başarılı olup da mahkeme İİK. m.277 vd. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptaline dair karar hüküm verse bile bu yeterli olmayabilir. Zira davanın sonunda sadece iptale konu mallar üzerinde icra işlemlerine devam edilebilmektedir. Devralan kişinin diğer malvarlığına gitme imkânı yoktur. Ayrıca, icra ve satış işlemlerinin masrafları düşünüldüğünde tasarruf iptal edilse bile, alacaklının alacağına kavuşması mümkün olmayabilir.

Alacaklının karşı edime başvuru hakkı da gerçekçi değildir. Zira karşı edim elden çıkmış olabilir. TBK. m. 202 düzenlemesindeki devreden iki yıl daha sorumlu kabul edilmesi her zaman koruma sağlamayabilir. Alacağın kaynağı işlemin bir ceza yargılamasının sonucunu beklemesi veya hâkimin kararının yenilik doğurucu sonucu olan işlemlerin kesinleşmesine kadar geçecek sürelerin sonunda devreden bakımından iki yıllık süre dolmuş olabilir.

1/h) Alacaklıların Devir Öncesine Göre Daha Avantajlı Konuma Getirilmesinin Adaletsiz Olduğu Düşüncesine Katılmıyoruz

İrade serbestisini savunan bir yazar, alacaklının devir öncesine göre daha avantajlı hale getirildiğini savunmaktadır. Bu düşünceye göre, devirden önce sadece işletmesini devredene başvurabilecek olan alacaklı, teminat teorisi kabul edildiğinde hem devreden hem de devralana başvurabilir. Bu durum da adaletsiz bir neticeye sebebiyet verir⁴⁰⁵.

Kanaatimizce ticarî işletmenin devrinde alacaklıların rızasının aranmaması sebebiyle ilave koruyucu hükümlerin vaz edilmesi adaletsiz sonuçlara yol açmaz. Alacaklı ticarî işletmenin devrini engellemediği gibi adeta elleri bağlı şekildedir. Meselâ, ticarî bir işletmenin faaliyetleri kapsamında satın alınan makine veya ekipman, malzemeler malvarlığı unsuru olarak devredilirken, bunların borçlarının devralana geçmeyeceği alacaklılar bakımından ileri sürülememelidir. Kanaatimizce tam tersine devir olgusunun sebebiyet verebileceği olumsuz sonuçlara karşı alacaklılar bakımından ilave tedbirler öngörmemek adaletsiz sonuçlara yol açar.

⁴⁰⁵ ÇELİKBOYA, s. 281 vd.

1/i) Azınlıktaki Görüşün Kabulü Mümkün Değildir

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının mimarlarından olan yazar⁴⁰⁶, diğer tüm düşüncelerden oldukça farklı bir görüş ileri sürmüştür. Bu düşünceye göre, TTK. m. 11/III anlamında ticarî işletme devir sözleşmesinde açık hüküm olmadığı sürece, TBK. m. 202 hükmü kendiliğinden uygulanamaz. Hâlbuki doktrinde neredeyse ittifakla, TTK. m. 11/III düzenlemesinin ticari işletmenin aktiflerinin geçişini; TBK. m. 202 hükmünün ise ticari işletmenin pasiflerinin intikalini öngördüğü kabul edilmektedir. Yazarın, gerçek kişiler ve tüzel kişilere ait ticarî işletmelerin devirlerinde farklı hükümlerin uygulanması gerektiği düşüncesine iştirak etmek mümkün değildir. Yazara⁴⁰⁷ göre, gerçek kişi tacirler bakımından aksine hüküm olmadıkça pasifler intikal eder; tüzel kişiye ait ticarî işletmelerin devrinde devir sözleşmesinde hüküm yoksa pasiflerin intikal etmez. Yine devir sözleşmesinde pasiflerin açıkça belirtilmesi gerektiği, aksi halde kendiliğinden geçişi mümkün olmaz. Bu düşünceye katılma imkânı yoktur. Çünkü bu düşüncenin dayandığı İsviçre Birleşme Kanunu 71/1-a, hükmünde, tarafların devir envanterinde açıkça belirtmediği pasiflerin devralana geçmeyeceği şeklinde açık bir düzenleme vardır. Yine aynı Kanun taraflara devir kapsamını serbestçe belirleme imkânı vermektedir. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde bu yönde hiçbir düzenleme yoktur. Düzenleme yokken varmış gibi ileri sürülen bu düşünceye katılmak mümkün değildir.

1/i) Teminat Teorisinin Kabulünün Borçlar Hukukunun Temel İlkeleri İle Uygun Olmadığı Düşüncesine İştirak Etmiyoruz

İrade serbestisini savunan yazarlara göre, teminat teorisi özel hukukun temel ilkeleri ile çelişmektedir. Türk özel hukukunun temeli sözleşme hürriyeti olup, bu kapsamda taraflar sözleşme muhtevasını diledikleri gibi belirleme hakkına sahiptir⁴⁰⁸. Kanaatimizce kanun koyucu ticarî işletmenin devrinde alacaklıların korunması bakımından, sözleşmenin taraflarına, alacaklıların menfaatlerine hâlel getirecek şekilde bir serbesti vermemiştir.

1/j) Ticarî İşletmenin Devrinin Devralan Bakımından Belirsizlik Oluşturduğu ve Kurumun İşlerliğini Zayıflattığı Düşüncesine İştirak Ediyoruz

Teminat teorisinin kabulü halinde, ticarî işletmeyi devralan bakımından belirsizlik oluşabileceği düşüncesi yerinde bir düşüncedir. Zira devralan ticarî işletmenin devir

⁴⁰⁶ TEKİNALP, Borçların Yazgısı, s.1-18.

⁴⁰⁷ TEKİNALP, Borçların Yazgısı, s.1-18.

⁴⁰⁸ ARICI, s. 153, ÇELİKBOYA, s. 258.

sözleşmesinde belirtilmeyen hatta varlığından haberdar olmadığı alacaklarından dahi tüm malvarlığı ile sorumlu kabul edilmektedir. Özellikle kayıtlara geçmeyen haksız fiiller, sosyal güvenlik kurumlarına bildirilmeyen iş kazalarından doğan alacaklar ile fazla mesai, hafta tatili alacakları gibi defter ve belgelere yansımayan alacaklar devralan bakımından büyük risk teşkil eder.

Bu risklerin varlığı devralan bakımından belirsizlik oluşturur. Bu belirsizlik sebebiyle ticarî işletmenin devri kurumunun işlerlik kazanması bir ölçüde zorlaşır. Fakat kanun koyucunun ticarî işletmenin devri halinde bütün bunları göz önüne alarak, pasiflerin ve aktiflerin bir bütün halinde devrini öngördüğü söylenebilir. Kanun koyucu tercihini bu yönde kullandığını söyleyebiliriz.

1/k) Ticarî İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin Birlikte Devredilmesi Nisbi Emredici Bir Hükümdür

Kanaatimizce, TBK. m. 202 ve TTT. m. 11/III hükümleri ile borçlar hukukunun genel hükümleri birlikte değerlendirildiğinde ticarî işletmenin devrinde “*aktif ve pasiflerin birlikte devredilmesi*” gerektiği şeklindeki hüküm nisbi emredici niteliktedir. Buna göre, pasiflerin işletmenin devredilen malvarlığı kapsamında olduğuna dair hükümlerin nisbi emredici mahiyette olduğu kural olarak kabul edilmelidir.

Ticarî işletmenin devri sözkonusu olduğunda devir sözleşmesinin tarafları olan devralan, devreden menfaatleri ile devir sözleşmesinin tarafı olmayan alacaklıların menfaatlerinin birlikte göz önünde tutulması gerekir. Bu değerlendirme yapılırken Türk özel hukukuna egemen olan temel ilkeler ve taraf iradeleri de alacaklıların menfaatlerine halel getirmediği ölçüde dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce devir sözleşmesinin tarafı olmayan alacaklıların menfaatlerinin korunması bakımından pasiflerin de devrin kapsamında olması gerektiğine dair TBK. m. 202 ve TTK. m.11 düzenlemeleri nisbi emredici nitelikte normlardır. Alacaklılara karşı ileri sürülemez.

dd) Devir Sözleşmesinde Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Yaptırımı

Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü ve yaptırımları konusu yukarıda incelenmiştir. Kanaatimizce, pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılmasına dair şartlar ihtiva eden sözleşme hakkında yokluk yaptırımı uygulanmaz. Zira devreden ve devralanın iradesi

olduğu için TBK. m. 1 anlamında sözleşme kurulmuştur. Devir sözleşmesindeki bu şart sözleşmesinin kurulmasına engel teşkil etmez.

Devir sözleşmesinde pasiflerin kapsam dışı bırakılması sebebiyle, iptal yaptırımı da uygulanamaz. Zira iptal edilebilir sözleşme, kurulduğundan, yani başlangıcından itibaren geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğurur. Sözleşmeyi iptal hakkına sahip olan taraf isterse böyle bir sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilir. Sözleşme iptalle ortadan kaldırılabilirdi için, iptal edilinceye kadar geçerlidir. Kanaatimize, devir sözleşmesinin tarafı olmayan alacaklıların sözleşmeyi doğrudan iptal ettirmeleri mümkün değildir. Alacaklılar genel hükümlere göre doğrudan iptal davası açamayacakları için iptal yaptırımı işin mahiyetine uygun değildir. İrade serbestisi taraftarlarının ileri sürdükleri İİK. m. 277 vd hükümlerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası kanaatimizce alacaklı bakımından yeterli koruma sağlamaz.

Devir sözleşmesinde pasiflerin kapsam dışı bırakılmasının yaptırımı konusunda bir ayrıma gitmek gerekir. Pasiflerin intikalinin kapsam dışı bırakılması ile ilgili sözleşmenin tarafları ve üçüncü kişiler bakımından bir ayrım yapmak gerekir. Bu ayrımla bir taraftan Türk hukukunun temellerinden olan sözleşme hürriyeti ve taraf iradelerine üstünlük tanınmaktadır. Bu şekilde teminat teorisi taraftarlarının ileri sürdüğü gibi, pasiflerin kapsam dışında bırakılması halinde sözleşme geçersiz kabul edilmemektedir.

Diğer taraftan, taraflar devir sözleşmesi ile alacaklıların menfaatlerini ihlal etmesi engellenmektedir. Devir sözleşmesinin tarafı olmayan alacaklıların da menfaatleri göz önüne alınmaktadır. Çatışan menfaatler arasında bir tercih yapılmakta ve denge sağlanmaktadır.

Kanaatimizce TBK. m.202 ve TTK. m.11/III düzenlemelerin tek amacı alacaklıları korumak değildir. Bu amaca halel getirmeyen çözümler gerekir. TBK. m. 202 ve TTK. m.11/III düzenlemeleri kanaatimizce nisbi emredici hükümlerdir. Bu sebeple, bu hükümlere aykırı sözleşme tümüyle geçersiz değildir. Sadece alacaklının menfaatine aykırı hükümlerin geçersizliği yoluna gidilmelidir.

Kanaatimizce, devir işlemi ile alacaklıların/üçüncü kişilerin haklarına halel getiren veya haklarına kavuşmasını engelleyen, kısıtlayan, zorlaştıran şartlara izin verilmemelidir. Fakat düzenlemenin tek amacı bundan ibaret olmadığından, çatışan menfaatler arasında bir dengenin sağlanması gerekir. Burada tarafların korunması gereken menfaatleri ve sözleşme

lehine yorum ilkesi birlikte göz önünde tutulmalıdır. Sözleşmenin ayakta tutulması ilkesi gözden kaçırılmamalıdır.

Konusunun önemi bakımından, pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılması ile ilgili hükümler ihtiva eden sözleşmelerin geçerliliği tarafların konumuna karar verilmelidir. Çünkü devir sözleşmesindeki bu şartların taraflar ve taraf olmayanlar bakımından sonuçları farklıdır.

1/a) Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Alacaklılar Bakımından Sonuçları

Kanaatimizce, borçların işletmenin devri kapsamında olduğuna dair hükümlerin nisbi emredici olduğu ve kendiliğinden devralana geçtiği ilke olarak kabul edilmelidir. Pasiflerin devir kapsam dışında olduğuna dair sözleşmedeki şartlar, alacaklıların haklarına halel getirdiği ölçüde geçersiz kabul edilmelidir. Çalışmamızda prensip olarak teminat teorisi kabul edilmiştir. Teminat teorisinin üzerine oturduğu en temel düşünce, *“işletmenin aktiflerinin pasiflerinin doğal bir teminatı olduğu, bu sebeple işletmenin pasiflerinin devir sözleşmesi kapsamında bırakılması halinde geçersiz sayılacağı”*dir. Çalışmamızda bu sonucuna halel getirmeden, pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması ile ilgili şartların akıbeti hakkında farklı bir çözümü savunmaktayız.

Kanaatimizce, teminat teorisinin üzerine oturduğu temel esas alınarak sözleşme özgürlüğü ve sözleşme lehine yorum ilkesi de göz önüne alınarak çözüm aranmalıdır. Her iki durum bağdaştırılarak bir çözüm bulunabilir. Alacaklıların menfaatleri zayıflatılmadan bir çözüm bulunabilir.

Türk Borçlar Kanunu’ndaki genel hükümlerden hareketle çözüme varılmalıdır. TBK. m. 115/I’de düzenlenen hükme aykırı bir sorumsuzluk kaydı içeren sözleşme, bütünü itibarıyla batıl sayılmamaktadır. TBK. m. 115’e göre, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair önceden konulan şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Böyle bir kayıt varsa sözleşmenin tamamı değil, sadece bu şart hükümsüz kabul edilmeli ve borçlunun ağır kusurundan sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Sözleşme değil, kanunun emredici hükümlerine aykırı şart geçersiz sayılmaktadır. Emredici hüküm bu batıl şartın yerine geçerek sözleşme ayakta tutulmaktadır. Sözleşmedeki bu şartın yerine, kanunun emredici hükmü geçirilerek çözüme ulaşılmaktadır.

Sorumsuzluk kaydı ile ilgili varılan bu sonuç, ticarî işletme devrinde pasiflerin kapsam dışında bırakılmasına dair sözleşme ve şartların hukukî akıbeti ile ilgili olarak da

uygulanabilir. TBK. m. 202 düzenlemenin amacının alacaklıların korunması olduğu kabul edilse bile, buna zarar vermeden taraf iradelerine mümkün olduğunca üstünlük tanımak mümkündür. Bu şekilde taraflar arasındaki işlem de ayakta tutulmaktadır. Hem hükmün amacı hem de sözleşme lehine yorum ilkesi birlikte gözetilmektedir. Ayrıca borçlar hukukunda sözleşme lehine yorum (favor contractus) ilkesi, bizi bu çözüme götürmektedir. Kanaatimizce, ticarî işletmenin devrinde de kanunun nisbi emredici hükümlerine aykırı ve alacaklıların haklarını tehlikeye atan şartlar hükümsüz sayılmalıdır. Ancak bu şartlar geçersiz sayılırken kanunun emredici hükmü sözleşmedeki bu kayıtların yerine geçerek sözleşme ayakta tutulmalıdır.

Burada tartışılması gereken problem, taraflardan biri kanunun emredici hükmüne aykırılık savunmasını ileri sürüp, sözleşmenin tamamen hükümsüz hale getirilmesini talep edebilir mi? Kanaatimizce, sözleşmenin taraflarından biri, böyle bir şart olmasaydı hiç sözleşme yapmayacağı savunmasını ileri süremez. Böyle bir iddia TMK. m. 2'deki dürüstlük kuralına aykırı düşer. Yine emredici hukuk normlarının, “*korumak istenen menfaatin korunması*” temel amacına da aykırı olur. Sözleşmenin bazı bölümlerinin hukuka veya ahlâka aykırı olması halinde, ihlal edilen hukuk normunun amaç ve anlamı, butlan yaptırımı yerine kısmî butlan yaptırımını (TBK. m.27/I-c.2) gerektirebilir⁴⁰⁹. Hâkim, olayı incelerken, ihlâl edilen normu bu açıdan yorumlamalıdır. Ancak, emredici veya düzenleyici kanun hükmü, sözleşmenin batıl kısmı yerine geçtiği takdirde, bu geçiş tarafların farazî iradesine değil; kanun hükmüne dayandığı için, TBK. m. 27/II anlamında bir kısmî butlan söz konusu olmaz⁴¹⁰.

İrade serbestîsi taraftarlarının ileri sürdüğü, devir sözleşmesinin ilân veya bildirimin metninde, pasiflerin tamamen veya kısmen kapsam dışı bırakılmasının her zaman mümkün olduğu düşüncesine katılmamaktayız. Kanaatimizce, sözleşmede bu yöndeki şartlar alacaklıların/üçüncü kişilerin haklarına hâle getirdiği ölçüde geçersiz sayılmalıdır. Fakat geçersiz sayılan kayıtların yerine TBK. m. 202 gereğince, pasiflerin kanun hükmü gereğince devrin kapsamında olduğu şeklinde yorumlanmalıdır. İlân veya bildirim metninde yer alıp almamasının alacaklılar bakımından olumsuz bir etkiye sahip olması kabul edilmemelidir.

Netice itibarıyla, işletmenin devrine ilişkin TBK. m. 202 düzenlemesinin pasiflerin intikalini kanun gereği kendiliğinden öngördüğü düşüncesindeyiz. Sözleşmenin tarafı

⁴⁰⁹ Geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.

⁴¹⁰ EREN, s. 340 vd.

olmayan alacaklılar bakımından düzenlemenin nisbi emredici olduğu kabul edilmelidir. Pasiflerin devrin kapsamı dışında tutulduğuna ilişkin şartlar, sözleşmenin tarafı olmayan alacaklılar bakımından geçersiz sayılmalıdır. Bu şart sebebiyle sözleşme tümünden geçersiz sayılmamalı ve ayakta tutulmalıdır. Sözleşmedeki bu şartın, alacaklıların haklarına hanel getirdiği ölçüde emredici bir düzenlemeye aykırı olduğu için dikkate alınmaması gerekir. Bu şartın alacaklılar bakımından geçersiz olduğu varsayılarak, pasiflerin intikalinin kanun gereği devrin kapsamında olduğu şeklinde uygulanması gerekir. Yani TBK. m. 202 hükmünün pasiflerin geçişi bakımından nisbi emredici olduğu, alacaklıların haklarına hanel getirdiği ölçüde buna aykırı şartların geçersizliği kabul edilerek, bu kayıtların yerine kanunun “işletmenin aktif ve pasifiyle devredildiği” şeklinde anlaşılması ve/veya uygulanması gerekir. Böyle bir halde düzenleyici kanun hükmü, sözleşmenin batıl kısmı yerine geçtiği takdirde, bu geçiş tarafların farazî iradesine değil, kanun hükmüne dayandığı için, TBK. m. 27/II anlamında bir kısmî butlan söz konusu olmaz.

1/b) Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Taraflar Bakımından Sonuçları

Borçlar hukukunda temel ilke irade ve sözleşme serbestisidir. Bu sebeple tarafların adeta kanun koyarak hüküm vaz edip kendi hukukî durumlarıyla ilgili olarak serbestçe düzenleme yapabilmeleri gereklidir. Fransız Medeni Kanun 34/I maddesindeki “Sözleşme tarafların kanunudur” hüküm sözleşme serbestisinin en veciz şekilde ifade edildiği düzenlemedir.

Kanaatimizce sözleşme ilişkisinde taraf iradelerine mümkün olduğunca üstünlük tanınmalıdır. Ticarî işletmenin devri sözleşmesinin tarafları olan devreden ve devralan, pasiflerin devrini kısmen veya tamamen kapsam dışı bırakabilir. Sözleşmedeki bu şart, alacaklılar bakımından hüküm ifade etmese de taraflar bakımından geçerlidir. Yani sözleşmedeki taraf iradeleri, kendilerini etkilediği sürece ona üstünlük tanınmalıdır. İşletmeyi devreden veya devralan kişi, alacaklıya ödedikleri miktarı sözleşmedeki şartlara göre birbirlerine rücu etme imkânına sahip olmalıdır.

ee) Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasına Dair Ülkemizdeki Örnek Bir Uygulama

Pasiflerin devir sözleşmesinin kapsamı dışında tutulmasına dair ülkemizde önemli bir uygulama mevcuttur. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu kararı ile el konulan altı

bankanın tek çatı altında toplanmasından sonra Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu bünyesine alınarak devredilmesi işlemlerinde pasiflerin devir kapsamı dışında tutulması benimsenmiştir.

Bakanlar Kurulu ve 31 Ağustos 2000 tarihinde faaliyete geçtikten sonra Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından el konulan bankalar, 18 Mayıs 2001 tarihinde ⁴¹¹ tek çatı altında toplanmış ve 10 Ağustos 2001 tarihinde de bir ortaklığa satılmıştır⁴¹². Ancak daha sonra söz konusu bankanın hisseleri BDDK. izni ile 2008 yılı Temmuz ayında Hollanda merkezli bir yabancı bankaya devredilmiştir⁴¹³. Aynı çatı altında toplanarak satılan altı bankanın Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu tarafından devri ve 2008 yılında ikinci satışında, bankalar sadece mevcut aktifleri ile devredilmiştir. Bankaların pasifleri TMSF. kendi üzerinde tutmuştur. TMSF. ile yapılan bu devir sözleşmesiyle, bankaların –deyim yerinde ise- “*çöpsüz üzümler*”, “*kılçıksız balık*” şeklinde satılması esası kabul edilmiştir. Devir sözleşmesinde, “*geçmişten gelen tüm davaların sonuçları TMSF.’nin sorumluluğunda*” olduğu hükmü kararlaştırılmıştır. Sonradan off-shore hesap sahiplerinin açtığı davaların sonuçları sebebiyle önemli ihtilaflar doğmuştur. Fakat sözleşmedeki bu hüküm sebebiyle TMSF. ve dolayısıyla Hazine bakımından büyük yükler doğmuştur. Çalışmamızda bunun getirdiği sonuçlar üzerinde durulmuştur.

BDDK. kararı ile tek çatı altında toplanarak bir kuruluşa satılan batık bankaların Türkiye dışındaki off-shore şubelerine el koyma ve devirden önce yüzlerce kişi para yatırmıştır. Bankaların bahsi geçen şirkete devrinden sonra, daha önceden off-shore hesaplarına para yatıran yüzlerce kişi, devir kararından sonra devralan bankaya dava açmıştır. Devralan banka kendisine açılan bu davaları TMSF.’ye ve BDDK.’ya ihbar etmiştir. Mudiler tarafından açılan yüzlerce dava, devralan banka aleyhine sonuçlanmış ve Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir. Alacaklılar devralan banka aleyhine icra takipleri başlatmış ve ödemeler bu banka tarafından yapılmak zorunda kalmıştır.

⁴¹¹Egebank, Sümerbank, Yurtbank ve Yaşarbank AŞ’nin 21 Aralık 1999 tarihli 99/13765 sayılı Bakanlar Kurulu kararı çerçevesinde o tarihte yürürlükte olan Bankalar Kanunu’nun 14. maddesinin 3. fıkrası hükmüne dayanarak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF.) bünyesine alınmasına karar vermiştir. 22 Aralık 1999 tarih ve Mükerrer 23914 sayılı RG.

Bkz. www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23914_1.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23914_1.pdf.

Bank Kapital’e, BDDK.’nın 27 Ekim 2000 tarih ve 85 nolu kararı ile el konulmuştur. Bkz. R.G. 27.10.2000 tarih ve 24213 Mükerrer.

Bu bankalar Sümerbank bünyesi altında birleştirildikten sonra, tamamı TMSF’ye ait olan Sümerbank hisseleri, 10 Ağustos 2001 tarihinde imzalanan hisse devir sözleşmeleri ile Oyak Holding tarafından satın alınmıştır. BDDK. ’nın 2 Ocak 2002 tarihli kararı ile verilen izin çerçevesinde Banka Oyak Bank ile birleştirilmiştir.

Bkz. http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Duyurular/Basin_Aciklamalari/Basin_Aciklamalari.aspx

⁴¹² Bkz. http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Duyurular/Basin_Aciklamalari/Basin_Aciklamalari.aspx

⁴¹³ Bkz. http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Duyurular/Basin_Aciklamalari/Basin_Aciklamalari.aspx

Yargıtay, off Shore hesap sahipleri açılan davalarda yatan bedellerin devralan yabancı banka tarafından ödenmesine karar vermiştir. Yargıtay devralan bankanın sorumluluğuna karar verdikten sonra, bu hesaplardan doğan alacalardan dolayı önemli sayı ve miktarda davalar açılmıştır. Davacılar özetle, davalı bankanın mevduatlarını faiz ve vade ile yatırmış olduğunu, mevduatları davalı bankanın kasıtlı ve hileli hareketleri sonucu dava dışı paravan off-shore banka hesaplarına aktarıldığını, davalı banka yönetimine TMSF. tarafından el konulmasından sonra mevduat alacaklarını off-shore bankaların ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğu gerekçesi ile ödenmediğini, davalı bankanın aslında paravan off -shore kıyı bankasını kurduğunu ve iki bankanın tek elden yönetiminin sağlanarak, suç işleme amacına yönelik olarak, planlı ve kasıtlı olarak mevduat sahiplerinin dolandırılmış ve zarara uğratılmış olduğu kanıtlanmış olup, zararın oluşmasına banka yönetiminin sebep olduğundan devir sonucu birleşmiş olduğu yabancı bankanın da oluşan zararlardan sorumlu bulunduğunu belirterek, alacağının davalı bankadan hükmen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Yabancı banka savunmasında, TMSF.'nin hisseleri ilk ortaklığa devrederken birleşme suretiyle devredilen batık bankaların borç ve taahhütlerinin 09.10.2003 tarih ve 535 sayılı TMSF. yönetim kurulunca üstlenildiği, hisse devir tarihi olan 09/08/2001 tarihinden önceki işlemlerden kaynaklanan borçları ve bu borçlara ilişkin her türlü mali ve hukukî sorumluluğu, hisse devir sözleşmesinin 6.13. maddesiyle kendi üzerine aldığı gerekçesiyle itiraz etmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 06/09/2013 tarihli ve 2012/13260 E. ve 2013/15125 K. sayılı ilamında, davacı taraf, davalı bankanın küllî halefi olduğu bankanın yönetici ve çalışanlarının eylemleri nedeniyle zarara uğradığını iddia ettiğine ve mahkemece de 6762 sayılı Kanunun 336, 309 ve 818 sayılı eBK. m.41 ve 100'ncü maddeleri uyarınca davalı bankanın sorumlu olduğu kabul edildiğine ve TMSF.'nin borcu üstlenmiş olmasının tek başına davalı bankanın da sorumlu olduğu hususuna engel teşkil etmeyeceğini nazara alınarak banka aleyhine açılan davanın kabulüne karar vermiştir⁴¹⁴.

Yabancı banka husumet itirazında bulunmuş ise de yukarıdaki Yargıtay ilamında da açıklandığı üzere davalı bankanın savunmasına itibar edilmemiştir. Yüksek Mahkeme, devralan bankanın küllî halefi olduğu bankanın yönetici ve çalışanlarının eylemleri nedeniyle zarara uğradığını iddia ettiğini ve mahkemece de 6762 sayılı Kanunun 336, 309 ve 818 sayılı eBK.'nın 41 ve 100'ncü maddeleri uyarınca davalı bankanın sorumlu olduğunun kabul edildiği sonucuna varmıştır.

⁴¹⁴ www.lexpera.com.tr içtihad bilgi bankası (Erişim Tarihi, 20.03.2020).

Devralan banka kesinleşen yargı kararları gereği off-shore hesaplardan doğan ödemeleri yapmak zorunda kalmıştır. Fakat yabancı banka mudilere ödediği bu bedelleri devir protokolü gereği TMSF.'ye rücu talebinde bulunmuştur. TMSF, ihtirazi kayıt koyarak devir protokolü gereği bu bedelleri ödemek zorunda kalmaktadır. TMSF tarafından devralan bankaya sorunun çözülmesi için “*devir protokolü tarihinde var olmayan sebeplerin sonradan ortaya çıkması*” sebebiyle uyarılama davası açılmıştır. Açılan dava halen derdest durumdadır. TMSF, devir tarihinde batık bankaların Türkiye dışındaki off-shore şubelerine para yatıran yüzlerce kişinin açtığı davaların sonuçlarının doğmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca davaların aleyhe sonuçlanması sebebiyle öngörülemeyen bir durumun ortaya çıktığını ve öngörülemeyen durumun TMSF aleyhine sonuçlar doğurduğunu iddia etmiştir. TMSF, bu sebeplerle protokolün bu yöndeki hükmünün uyarlanması ve kendi sorumluluğunun ortadan kaldırılmasını talep etmiştir.

TMSF. ile yapılan bu devir sözleşmesine, bankaların –deyim yerinde ise- “*tüm borçlarından arındırılmış- borçları kamu üzerinde*” bırakılması yoluyla satılması esası kabul edilmiştir. Devir işleminde “*geçmişten gelen tüm davaların sonuçları TMSF.'nin sorumluluğunda*” olacağı hükmü kabul edilmiştir. Bu hüküm sebebiyle TMSF. ve dolayısıyla Hazine bakımından büyük yükler doğmuştur.

Pasiflerin devrinin kapsam dışı bırakılması halinin alacaklıların hukukî durumlarına olumsuz etkisi olduğu ölçüde geçersiz sayılmasının uygulaması bakımından önemli bir misaldir. Çalışmamızda vardığımız sonuca benzer şekilde, devir sözleşmesinin ayakta tutulması bakımından da önem arz etmektedir.

Netice olarak, işletmenin devrinde pasiflerin devir sözleşmesinin kapsamın dışında tutulmasına dair devreden ve devralana arasındaki kayıtlara alacaklıların haklarına hâlel getirmemek şartıyla üstünlük tanınması gerekir. Fakat sözleşmede mevcut olan bu yöndeki şartlar, alacaklılara olumsuz etki ettiği ölçüde geçersiz kabul edilmelidir. Bu geçersiz şartın yerine, pasiflerin TBK. m. 202 düzenlemesi gereği, yani kanun gereği kendiliğinden devralana geçtiği şeklindeki anlaşılması ve kabul edilmesi gerekir. Yukarıda off-shore hesaplardan doğan zararlardan sorumluluk sonrası ortaya çıkan sorunların çözüm yöntemi ve Yargıtay uygulaması görüşümüzü desteklemektedir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

§ 8. TİCARÎ İŞLETME DEVRİNİN SONUÇLARI

I. Ticarî İşletme Devrinin Genel Sonuçları

1) Ticarî Borçlarından Sorumluluk

Ticarî işletmenin devri halinde, alacaklıların korunması amacıyla borçlardan sorumluluk özel olarak düzenlenmiştir. Amaç alacaklıların korunması olduğu için devralanın ve devredenin sorumluluğu ayrı ayrı düzenlenmiştir. TBK. m.202’de, borçlarının intikali için alacaklılardan muvafakat alınması şart koşulmamıştır.

a) Devralanın Sorumluluğu

aa) Genel Olarak

Genel ifade ile TBK. m.202’nin genel olarak pasiflerin geçişini; TTK. m.11/III hükmünün ise aktiflerin geçişini düzenlediğini söyleyebiliriz. Bu sebeple, hem ticarî hem de ticarî nitelikte olmayan işletmelerin pasiflerinin devrinde TBK. m. 202 hükümleri uygulanır. Türk hukukunda genel kabul gören anlayışa göre, işletmenin pasifleri de devrin kapsamındadır. Bu sebeple, işletmeyi devralan borçlarından da sorumlu olur. TBK. m.202/I düzenlemesiyle pasiflerin intikali konusunda bildirim ve ilân yapılmış olmak şartıyla, işletmeye ait borçların nakli için alacaklıların ayrıca rızası aranmamaktadır. Daha açık bir ifade ile borcun nakline ilişkin TBK. m.195/I’deki genel düzenlemenin aksine işletmenin devrinde alacaklılar ve devralan arasında borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılmasına gerek yoktur. Borçlar bir bütün halinde ve kanun gereği devralana geçer. Dolayısıyla devralanın sorumluluğu, devralmış olduğu işletmenin aktifi ile sınırlı değildir. Devralan alacaklılara karşı tüm malvarlığı ile sorumludur¹.

TBK. m. 203/III hükmüne göre, işletmenin borçlarının külli olarak devredilmesinin sonuçları borcun dış üstlenilmesi gibidir. Devrin tamamlanması ile birlikte devralan işletmenin önceki borçlarından da asıl borçlu sıfatı ile sorumludur².

Kanun koyucu, devralanın sorumluluk süresi bakımından özel bir zamanaşımı süresi öngörmemiştir. Dolayısıyla bir ticarî işletmeyi devralan kişi tüm malvarlığı ile her bir borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi boyunca işletmenin borçlarından sorumlu olur³. Borç sona

¹ ACEMOĞLU, s.125 vd; ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.215.

² ÇELİKBOYA, s. 308. ACEMOĞLU, s. 124.

³ ARICI, s.194.

erme yollarından biri ile sona ermediği takdirde, devralan zamanaşımı süresinin sonuna kadar sorumlu kalır. Ancak borç TBK. m.131 vd. belirtilen sebeplerden biri ile sona erdiğinde devralan sorumluluktan kurtulur⁴.

bb) Borçların Geçiş Anı

1/a) Geçerli Bir Devir Sözleşmesinin Yapılması

Devralanın, işletmenin borçlarından sorumlu tutulabilmesi için, TBK. m.202 kapsamında taraflar arasında yapılmış geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması şarttır. Hukuken geçerli bir devir sözleşmesi yoksa TBK. m.202 kapsamında bir sorumluluğun doğması mümkün değildir⁵.

TBK. m. 202 düzenlemesinde, devir sözleşmesinin şekli ile ilgili hiçbir hüküm öngörülmemiştir. Buna karşılık, TTK. m.11/III hükmünde, devir sözleşmesinin adî yazılı şekilde yapılması öngörülmüştür. Devir sözleşmesi ticaret siciline tescil ve ilân edilir⁶. Devir sözleşmesi başlangıçtan itibaren geçerli bir şekilde kurulmadığında veya sonradan irade sakatlıkları sebebi ile iptal edildiğinde bağlayıcılığını yitirir. Benzer şekilde muvazaalı devir sözleşmeleri bakımından da aynı şeyi söyleyebiliriz. Devir sözleşmesinin geçersiz olduğunun tespit edilmesi veya iptali hallerinde devre konu işletme devreden malvarlığından çıkmamıştır. Bu sebeple, borçlunun malvarlığından çıkmayan işletme hakkında borçlarından dolayı haciz tatbik edilebilir⁷.

Taraflar arasında ticarî işletmenin devri geçerli şekilde yapılmamışsa, İİK. m.277 vd. düzenlenen tasarrufun iptaline ilişkin hükümlere başvurulması mümkün değildir. Zira İİK. m.277 vd. hükümlerine göre iptale tabi olanlar geçerli tasarruflardır. İşletmenin devrinin geçersiz olması sebebi ile işletme borçlunun malvarlığından çıkmamıştır. İşletme borçlunun malvarlığından çıkmamış ise bunun iptalini gerektirecek bir tasarruf da yoktur⁸.

Buna karşılık, Yargıtay, somut olayın adaletini gerçekleştirmek amacı ile yerleşik bir uygulama halini alan kararlarında hukuk tekniği açısından sorunlu bir çözüm benimsemiştir. Yüksek Mahkemeye göre, işletme devrinin İİK. m. 44 hükmünde düzenlenen yükümlülöklere aykırı şekilde yapılması halinde, alacaklıları bağlamaz. Yargıtay bu tarz devirlerin alacaklıları

⁴ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.215.

⁵ ARICI, s.180; ACEMOĞLU s.64 vd.

⁶ TEKİNALP, s.3 vd.

⁷ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.216.

⁸ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.216.

bağlamayacağını kabul etmesine rağmen, uyuşmazlığın çözümünde tasarrufun iptali davası (İİK. m.280/III) hukuki sebebine dayalı açılan davalar çerçevesinde çözüme bağlamaktadır. Kanaatimizce birbiri ile bağdaşması mümkün olmayan bu iki kurumun birlikte kabul edilebilir olduğunun öngörülmesi çelişkilidir.

1/b) Devir Sözleşmesinin Sicile Tescili veya Devrin Alacaklılara Bildirimi

TBK. m.202 hükmüyle, işletmenin borçlarının devralana geçmesi için devrin alacaklılara bildirimi veya ilânı şart koşulmuştur. Bu şart yerine gelmedikçe işletmenin borçlarından dolayı devralana başvurulması mümkün olmaz⁹. Devir sözleşmesinin geçerliliği bildirme veya ilâna bağlı değildir. Sözleşme devrin iç ilişkisi bakımından geçerlidir. Düzenlemede öngörülen bildirim veya ilân, devir sözleşmesin, dış ilişkisi bakımından önemlidir. Zira devralan bildirim ve ilânı yapmadığı takdirde borçlardan sorumlu olmaz¹⁰.

Yargıtay, somut olayın adaletini gerçekleştirmek gayesi ile devralanın sorumluluğunun doğması bakımından alacaklılara bildirim veya ilân yapılmasını şart koşmamaktadır. Ters bir yorumla devrin ilân edilmemesini, devralanın sorumluluğu için bir gerekçe olarak benimsemiştir. Yargıtay kararlarında genel kabul gören anlayış, devralanın sorumluluğunun doğumu için ticarî işletmenin devredilmesi yeterlidir¹¹. Kararları veren daireler farklı olmasına rağmen, Yargıtay'ın bu konudaki tutumu ortaktır.

Kanaatimizce, TBK. m. 202'nin emredici bir hüküm olarak kabul edilmesi ve hükümdeki açık ifade karşısında devralanın sorumluluğunun doğması için bildirim ve ilânın yapılmış olması zorunludur¹². Yargıtay kararlarının arkasındaki temel düşünce somut olayın adaletini gerçekleştirmek ve alacaklıları korumaktır. Bildirim veya ilân yapılmamışsa, ticarî işletmenin devrinin tamamlanmadığı, dolayısıyla alacaklının işletme üzerinde haciz işlemlerine devam edilebileceği kabul edilmelidir. Kanaatimizce, devir işlemi tamamlanmamış bir işletmeyi devralan işletmenin borçlarından sorumlu tutulmamalıdır. Hatta kanundaki bu açık ifadeye rağmen devralanın Yargıtay kararlarında benimsendiği şekliyle, işletmenin borçlarından tüm malvarlığı ile hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan sorumlu tutulması anlayışının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

9 ARICI, s.182; ACEMOĞLU, s.116; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.216.

¹⁰ ARKAN, s. 45, dpn. 1.

¹¹ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 26.09.2005 tarih ve 2005/2921 Esas, 2005/8294 Karar sayılı ilamı, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 18.02.2003 tarih ve 2013/1023 Esas, 2013/1730 Karar sayılı ilamı, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 10.06.2013 tarih ve 2013/5235 Esas, 2013/8749 Karar sayılı ilamları bkz. ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.216 dpn.238.

¹² ACEMOĞLU, s.111; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.217.

Bildirim ve ilânın metninde devralanın işletmeyi devraldığına ilişkin beyanı yeterlidir. Ayrıca borçların da üstlenildiği konusunda bir beyanın bulunması gerekli değildir. Bu bildirim ve ilânın devir sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkisi yoktur. Fakat TBK. m.202 hükmüne göre; devralan bakımından işletmenin borçlarının üstlenilmesi bakımından şarttır.

Ticarî işletmenin borçlarından sorumluluğun devralanın bildirim ve ilânı iradesine bırakılması eleştirilmiştir. Böyle bir durumda aktiflerin de devralana geçmeyeceği savunulmuştur¹³. Bazı yazarlar sorumluluğun doğması açısından bildirim veya ilânın gerekli olmadığı görüşünü savunmuştur¹⁴. Bu görüş taraftarlarına göre, bildirim veya ilân devralanın sorumluluğu bakımından önem arz etmez. Bildirim ve ilân, devreden sorumluluğuna ilişkin iki yıllık sürenin başlaması ve devirden sonraki borçlardan sorumlu tutulmaması bakımından önemlidir. Devrin bildirimi veya ticaret siciline tescili ve ilânı bu sonuçların doğumu bakımından şarttır¹⁵.

Kanaatimizce, TBK. m. 202'nin hükmü karşısında bu görüşün kabulü mümkün değildir. Bu görüş taraftarlarının ileri sürdüğü gibi, bildirim ve ilânın etkisinin devreden sorumluluğunun başlangıcı ve devirden sonraki borçlardan sorumluluğunu sınırlaması değildir. Amaç bu olsaydı, TBK. m. 202 düzenlemesinde bildirim ve ilân yükümlülüğü devralana değil, devredene yüklenirdi. TBK. m. 202 hükmünde, bir işletmeyi aktif ve pasifi ile birlikte devralanın bunu alacaklılara bildirmesi veya ilânı öngörülmüştür.

Devralanın bildirim ve ilân yapmaması halinde, devreden elinde mal kalmadığından alacaklıların zarar görmelerini İİK. m. 96 vd. hükümlerindeki istihkak davaları önemlidir. Bu davaların yanında, Yargıtay, İİK. m.277 vd. düzenlenen tasarrufun iptali yoluyla da alacaklıların zarar görmesi önlenabilir¹⁶. Ticarî işletmesini veya işletmesindeki malvarlığı değerlerinin önemli bir kısmını alacaklılara zarar verme kastıyla devreden borçlulara karşı, İİK. m. 280/III'de özel bir icra iflas hükmü öngörülmüştür. İİK. m. 280/III'te iki taraflı bir karine getirilmiştir. Borçlunun ticarî işletmesini veya işletmesindeki malların tamamını veya büyük bir kısmını devralan ya da malların bir kısmını devralmakla beraber işyerini sonradan işgal eden üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiği varsayılır. Sayılan hallerde, borçlunun da alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiği varsayılır. Bu

¹³ KARAHAN, s.36.

¹⁴ İMREGÜN, Oğuz; Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 3. Baskı, İstanbul 1995, s. 15.

¹⁵ KARAHAN, s.36.

¹⁶ ARKAN. S. 45.

karinelerin aksi ancak İİK. m. 280/III'te sayıldığı şekilde, iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay önceden durumun yazılı olarak bildirildiğinin veya ticarî işletmenin bulunduğu yerde görülür levhalara asılmakla beraber Türk Ticaret Sicil Gazetesi'nde ya da olmasa bütün alacaklılarının öğrenmelerini sağlayacak uygun araçlarla ilân edildiğinin ispatı ile çürütülebilir.

İşletmenin devrinde, bildirim için özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. Mail, mektup, sirküler vb yazılı bir yolla veya telefon veya sözlü herhangi bir yolla bildirim yapılmış olması yeterlidir. Kanun koyucu burada tek tek tüm alacaklılara bildirimi şart koşmamıştır¹⁷.

TBK. m. 202 düzenlemesinde, ilânın şekli bakımından, işletmenin ticarî işletme olması ve ticarî nitelikte olmayan işletme olmasına göre ikili bir ayrım yapılmıştır. Devredilen işletme, ticarî nitelikte işletme ise Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilân yapılmalıdır. Buna karşılık, ticarî nitelikte olmayan işletmeler bakımından, Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde ilân şartı aranmıştır.

TBK. m. 202 düzenlemesindeki bildirim ve ilân ile TTK. m. 11/III hükmündeki ilânların amaç ve sonuçları birbirinden farklıdır. TTK. m.11/III'deki ilân devreden talebi ile yapılmakta olup, aktiflerin geçişi bakımından etkiye sahiptir. Yani işletmenin aktiflerin devralana geçişini sağlayan devir sözleşmesinin tescil ve ilânı gereklidir. Buna karşılık, TBK. m. 202 hükmündeki ilân ise devralanın talebi ile yapılmakta ve pasiflerin devralan geçişini sağlamaktadır¹⁸. Bu sebeple, genel bir ifade ile TBK. m. 202'nin pasiflerin geçişini; TTK. m. 11/III hükmünün ise aktiflerin geçişini düzenlediği söylenebilir.

b) Devreden Sorumluluğu

İşletmenin devrinde alacaklıların rızasını aranmaz. Bu sebeple, kanun koyucu tarafından menfaatler dengesini gözetilerek, alacaklıların korunması bakımından, devreden devralanla birlikte iki yıl süreyle müteselsil sorumlu tutulmuştur. TBK. m. 202'de bu şekilde müteselsil sorumluluk öngörülmesine rağmen, ticarî işletmenin devrinde özel olarak böyle bir süre TTK. m. 11/III'te düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, TBK. m. 202 genel hüküm olduğundan, ticarî işletme devirlerinde de, devreden sorumluluğu bakımından uygulanmalıdır. Düzenlemede müteselsil sorumluluk esası benimsendiğinden, işletmenin alacaklıları iki yıllık süre içerisinde devreden veya devralandan dilediğine başvurma hakkına

¹⁷ ACEMOĞLU, s. 114 vd.; ARICI, s. 188 vd.; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.217.

¹⁸ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.218.

sahiptir. Birisine başvurulmuş olması diğerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Fakat gözden kaçırılmaması gereken husus, devredenin sorumluluğunun devir tarihinden önceki borçlarla sınırlı olduğudur. Devir tarihinden sonraki işletmenin borçlarından devreden sorumlu tutulamaz; sorumlu devralandır¹⁹.

Devreden ile devralan iç ilişkide, işletmenin pasiflerinden sorumluğu sınırlayıcı veya tamamen ortadan kaldıran şartlar koyabilirler. Fakat yukarıda belirttiğimiz gibi, bu sınırlamalar alacaklılara karşı ileri sürülemez. TBK. m. 202 hükmünün alacaklıların korunması bakımından nisbi emredici olduğu ve alacaklılara zarar veren şartların alacaklıları bağlamayacağı kanaatindeyiz.

Devralan bakımından iki yıllık sorumluluk süresinin başlangıcı, vadesi gelen borçlar bakımından duyuru veya ilân tarihidir. Vadesi gelmeyen borçlar bakımından ise muacceliyet tarihinden sonra iki yıllık süre başlar. Devredenin, iki yıllık sürenin başlangıcına dair duyuru ve ilânı ispatlaması gerekir. Bu duyuru ve ilân mükellefiyeti yerine getirilmediği sürece, iki yıllık süre işlemeye başlamaz. Doktrinde ortaklaşa kabul edildiği üzere, TBK. m. 202 düzenlemesindeki iki yıllık süre hak düşürücü süredir. Sorumluluk süresinin dolmasının taraflarca ileri sürülmesine gerek yoktur. Hak düşürücü süreler hâkim tarafından re'sen dikkate alınmak zorundadır²⁰.

Bu iki yıllık süre içerisinde, devredenin alacaklı tarafından ibra edilmesi veya alacaklı ile devralan arasında bir borcun dış üstlenilmesine dair sözleşme yapılması halinde devredenin sorumluluğu daha erken sona erer. Devir konusu işletmenin borçlarının iki yıllık süre bitmeden önce zamanaşımına uğraması halinde, hem devreden hem de devralan zamanaşımı def'ini ileri sürebilir²¹.

TBK. m. 202/III fıkrasında, borcun bu şekilde üstlenilmesinin neticelerinin, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeş olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce, bu hüküm kurumun mahiyetine uygun olduğu ölçüde uygulanmalıdır. İşin esasında borçların külli halefiyet ilkesi gereği geçmesinin benimsendiği işletmenin devri kurumuna uygun bir düzenleme değildir. Özellikle devir konusu olan borçlar için verilen rehin ve kefaletin devamı bakımından rehin veren üçüncü kişi ile kefilin borcun üstlenilmesine yazılı olarak muvafakatini arayan TBK. m. 198/II hükmü burada doğrudan uygulanamaz. Zira devreden

¹⁹ ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 220.

²⁰ ACEMOĞLU, s. 148; ARKAN s. 46; ARICI, s. 200; ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s.221.

²¹ ACEMOĞLU, s.150.

iki yıl süreyle daha sorumluluğu benimsendiğine göre, teminatlar bakımından bu sürenin sonuna kadar bu yazılı muvafakat aranmamalıdır. Ancak teminatların devamı bakımından, devredenin mesuliyetinin bittiği iki yıllık sürenin sonunda teminat veren üçüncü kişilerin borcun üstlenilmesine yazılı muvafakati aranmalıdır²².

Yukarıda açıklandığı üzere, borcu üstlenenin önceki borçlu ile aralarındaki iç münasebetten kaynaklanan savunmaları alacaklı bakımından hüküm iade etmek, ona karşı ileri sürülemez. Buna karşılık, borçların kanun gereği intikalini düzenleyen işletmenin devrinde, devralan, devir sözleşmesindeki sakatlıkları alacaklılara karşı ileri sürerek sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir²³. Bu durum çelişki yaratan diğer husustur.

2) Devreden Tacir Sıfatının Sona Ermesi

Gerçek bir kişi ticarî işletmesini devrettiğinde eğer ayrı bir ticarî işletmesi yoksa tacir sıfatını kaybeder. Ticareti terk, ticarin işletmesini işletmekten vazgeçmesi, kapatması, tasfiye etmesi şeklinde tanımlanmaktadır²⁴. Tacirin ticarî işletmesini devretmesi aynı zamanda ticareti terk anlamına gelebilir. Bu yolla da tacir sıfatı kaybedilmektedir. Fakat bunlar özdeş kavramlar değildir. Doktrine göre ticarî işletmesini devreden tacirin, TTK. m. 31/I ve İİK.m.44 gereğince, ticareti terk ettiğini ticaret siciline bildirerek kaydını terkin ettirmesi gerekir. Aksi takdirde iyiniyetli üçüncü kişilere karşı devri ileri süremez. Devreden tacir sıfatı devam eder²⁵.

Ticarî işletmesini devreden kişinin tüzel kişi olduğu durumlarda, tacir niteliği tüzel kişiliğin sona ermesi anına kadar devam eder. Ticarî işletmesini devreden ticaret şirketi olduğunda, devreden iki yıllık müteselsil sorumluluk süresinin sonuna kadar şirketin terkin edilmemesi gerekir. Fakat ticarî işletmesini devreden vakıf veya derneklerin tacir sıfatı devirle birlikte sona erer²⁶. Ticarî nitelikte olmayan işletmelerin devri halinde ise, devirle birlikte devreden kişi esnaf sıfatını kaybeder.

Birden fazla işletmesi olan tacirin birini devretmesi halinde kısmen ticareti terk ettiği kabul edilmektedir. Bu düşünceye göre, bir ticarî işletmenin devrine kural olarak İİK. m. 44 düzenlemesi uygulanmalıdır. Birden fazla işletmesi olan birini devretse bile bu devir ticari

²² ACEMOĞLU, s. 134; ARKAN s. 47.

²³ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 222.

²⁴ KURU, Baki; Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler, AÜHFD, C.27, S.1-2, Ankara, s. 109-118.

²⁵ AKÇAAL, s. 182.

²⁶ AKÇAAL, s. 182.

terk olarak kabul edilmelidir²⁷. Yargıtay da ticarî işletme devrini ticareti terk olarak değerlendirip İİK. m. 44 hükümlerine tabi tutmaktadır.

Doktrindeki diğer görüş sahiplerine göre ise, bir tacirin birden fazla işletmesi varsa ve devretmediği işletmesinde ticarî faaliyeti devam ediyorsa İİK. m. 44 uygulanamaz. Yazar terk ya tamamen olmalı ya da hiç olmamalıdır. İİK.m. m.44 ticarî işletmenin devrinde uygulanabilecek bir hüküm değildir²⁸.

3) Devralanın Tacir Sifatını Kazanması

Ticarî işletmeyi devralan kişi, devirle birlikte tacir sıfatını kazanır. Meğerki daha önce tacir olmasın. Zira TTK. m. 12/I düzenlemesine göre, bir ticarî işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişi tacir kabul edilmektedir. Tacir sayılmak için öncelikle ortada bir ticarî işletme bulunmalıdır. Buna ilaveten bu işletmenin kısmen dahi olsa belirli bir kişi adına işletilmesi gerekir²⁹.

İşletmeyi tüzel kişi devraldığında, devralan kural olarak tacir sayılır. TTK. m. 211 kollektif şirketlerin ve TTK. m. 304/I komandit şirketlerin ancak ve ancak ticarî işletme amacıyla kurulabilir. Fakat TTK. m. 331 gereği anonim şirketler ve TTK. m. 573/III gereğinde limited şirketler hukuken men edilmemiş her türlü ekonomik gayeye varmak ve bu hedefe varmak amacıyla kurulabilirler. Teorik düzenleme bu şekilde olmasına rağmen, uygulamada bu şirketler de kahir ekseriyetle ticarî işletme mahiyetindedir³⁰.

Ticarî nitelikte olmayan işletmelerin devri halinde ise, devirle birlikte devralan kişi esnaf sıfatını kazanılır.

4) Devredenin Rekabet Yasağına Tabi Olması

Devralanın ticarî işletmenin devrinden beklenen faydayı elde edebilmesi için rekabet yasağı önem arz eder. Devralanın ticarî işletme devrinden beklenen faydayı elde edebilmesi için rekabet yasağı öngörülmelidir. Uygulamada ticarî işletme devirlerinde rekabet yasağına dair hükümler sözleşmelere eklenmektedir. Rekabet yasağı, devir sözleşmesine yan bir edim olarak eklenebileceği gibi devir sözleşmesinden ayrı bağımsız bir rekabet yasağı sözleşmesi de yapılabilir³¹. Doktrinde, devir sözleşmesinde öngörülmemiş olsa dahi, devreden elinden

²⁷ KURU, s. 116; ARICI, s. 220, ERİŞİR, s. 280.

²⁸ DURMAN, s. 204; ÇELİKBOYA, s. 341.

²⁹ ARKAN, s. 121 vd.

³⁰ AKÇAAL, s. 181.

³¹ ARICI, s.82.

çıkardığı önceki işletmesi ile rekabet etmeme yükümlülüğü altına girdiği kabul edilmektedir³². Hatta bir yazar daha da ileri giderek, devredilen işletmenin ticarî işletme olması halinde hiç şüphesiz en önemli unsuru müşterileridir. Bu sebeple, müşteri çevresi devralan geçmemişse gerçek bir işletme devrinden söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür³³. Yargıtay bir kararda³⁴, işletmenin devrinin, büyük değer atfedilen unsurlarından olan müşteri çevresinin de kapsadığına hükmetmiştir. Yargıtay, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, devrin müşteri çevresinin de devralana geçmesini sağladığı görüşündedir. Sonuç olarak devir sözleşmesinde rekabet yasağı ile ilgili hiçbir hüküm bulunmasa dahi devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme borcu altına girdiği kabul edilmiştir.

Doktrinde, sözleşmenin TMK. m.2 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralı göz önüne alınarak yorumlanması halinde, taraf iradelerinin müşteri çevresinin de devri yönünde olması, sözleşmenin ifası bakımından objektif olarak rekabet yasağının zorunlu olması ve satış bedeli içerisinde işletmenin müşteri çevresi, ticari itibarı gibi unsurların var olduğu hallerde devreden rekabet yasağına tabi olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁵.

Yine doktrinde hâkim görüş olarak, devir sözleşmesinin aynı zamanda zımni bir rekabet etmeme borcunu kapsadığı ileri sürülmektedir³⁶. Bu konudaki görüşlerden birinde, örtülü bir rekabette bulunmama borcunu kabul etmediği halde, buna aykırı davranışların bozukluk hükümlerini çiğneme anlamına geldiği savunulmaktadır³⁷.

Doktrinde bir yazar tarafından ileri sürülen ve doktrinde genel kabul gören görüşe göre, rekabet etmeme borcunun kaynağı, TMK. m. 2'deki dürüstlük kuralıdır³⁸. Devreden işletmesini devretmesine rağmen, eski işletmenin faaliyet konusu ile aynı işi yapmaya devam ederse, müşterilerin yine devredeni tercih etmesi ve bu şekilde devralanın devir işleminden beklediği faydayı sağlamasına mani olacağı şüphesizdir³⁹.

İhtilafların önüne geçmek ve devrin kapsamanın net şekilde ortaya çıkması bakımından tarafların devir sözleşmelerine rekabet yasağına dair hükümler koyması yerinde olur. Hatta rekabet yasağına aykırılık halinde cezai şartlar öngörülerek ispat külfeti altına dahi

³² ACEMOĞLU, s. 85 vd; ARSLANLI, s. 113, ARICI, 82 vd; AKÇAAL, 158 vd.; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 223.

³³ ACEMOĞLU, s. 85.

³⁴ Yargıtay 11. HD'nin 25.05.2006 tarih ve 2005/3383 Esas, 2006/6117 Karar sayılı ilamı, ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 223, dpn. 265'deki karar

³⁵ ARICI; s. 82 vd.

³⁶ ACEMOĞLU, s. 85; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 223.

³⁷ KARAYALÇIN, s. 175.

³⁸ ACEMOĞLU, s. 85 vd; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 223; ARICI, s. 82 vd.

³⁹ ACEMOĞLU, s. 86.

girilmeden, daha da caydırıcı hale getirilebilir. Fakat devir sözleşmelerine konulan rekabet yasağına dair şartların devredenin ekonomik hayatını bertaraf edecek veya ekonomik geleceğini aşırı sınırlayan tarzda yapılmaması gerekir. Aksi halde, TBK. m. 27 düzenlemesine göre, kanunun emredici hükümlerine aykırı şartlar geçersiz sayılır⁴⁰. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 7/2 kapsamındaki işletmenin devrine ilişkin sözleşmelerin rekabet Kurulunun izin vermesine bağlı olduğu da unutulmamalıdır⁴¹.

Rekabet yasağı süresinin ne olacağı konusunda belirli bir süre öngörülmemiştir. Bu tarz şartların yükümlülük altına girenin ekonomik özgürlüğünü kısıtlaması ve çalışma özgürlüğünü ihlâl edip etmeği hususlarının irdelenmesi gerekir. Yargıtay önüne gelen bir olayda devirden sonra 15 yıl süreyle öngörülen rekabet yasağını ekonomik özgürlüğünü kısıtladığını ve çalışma özgürlüğünü ihlâl ettiği sonucuna vararak, rekabet yasağına bağlanan cezai şart alacağının reddine hükmetmiştir⁴².

Doktrinde devredenin rekabet yasağı ile ilgili borcunun asli edim veya yan edim olduğu şeklinde farklı görüşler vardır. Fakat bizim de katıldığımız düşünce rekabet yasağına dair borç yan edim borcu olup, işletmenin devri sözleşmesinin bütünü açısından bir karşılık ilişkisi bulunmaktadır⁴³.

5) Devralanın Ticaret Unvanını Aynen Kullanabilmesi

Ticaret unvanı, tacirin, ticarî işletmesine ilişkin faaliyetlerde bulunurken kullandığı addır. Ticaret unvanı, taciri tanıtmaya ve onu diğer tacirlerden ayırmaya yarar. Ticaret unvanını ancak tacirler kullanabilmekte olup, tacir olmayanların kullanması mümkün değildir⁴⁴. TTK. m. 39'a göre, her tacirin işletmesine ilişkin işlemleri ticaret unvanı ile yapmak ve belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır. TTK. m. 49/I düzenlemesi ile ticaret unvanının, ticarî işletmeden ayrı şekilde devri yasaklanmıştır. TTK. m. 49/II'ye göre, bir işletmenin devri, aksi açıkça kararlaştırılmadıkça unvanın da devri sonucunu doğurur. Yine TTK. m. 51/III gereğince, ticaret unvanını, işletmeden ayrı devretmek cezai yaptırıma bağlanmıştır.

⁴⁰ ACEMOĞLU, s. 87.

⁴¹ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 224.

⁴² Yargıtay 11. HD. 11.06.2015 tarih ve E. 2014/11565, K. 2015/8187 İlamında, taraflar arasında düzenlenen hisse devrine ilişkin protokolde şirketinin ruhsat süresi boyunca S.. ile aynı alanda faaliyette bulunmayacağı taahhüt ettiği bir olayda ruhsat süresinin 15 yıl olduğu, bu sürenin makul bir süre olmadığı, ekonomik özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte, dürüstlük kurallarına, iyiniyet ve ahlak kurallarına aykırı olduğuna, bu nedenle protokolün ceza-i şarta ilişkin düzenlemesinin geçersiz olduğuna karar vermiştir. Karar Yargıtay tarafından onanmıştır. www.kazanci.com. (Erişim tarihi, 25.04.2020).

⁴³ ARICI, s. 83.

⁴⁴ ARKAN, s. 271 vd.

Gerçek şahıs tacirin ticarî işletmesini devretmesi durumunda, devralan kişinin bu ticaret unvanının aynen kullanıp kullanamayacağı konusunda eski Türk Ticaret Kanunu döneminde hüküm yoktu. Gerçek kişi tacirin adının ticaret unvanında yer alması halinde, ortağın şirketten ayrılması durumunda yazılı muvafakat vermek koşuluyla unvanın devamına izin verilmekteydi. Devrin dışında tutulmasının sözleşmede şart koşulmadığı hallerde, işletmesini devreden kişinin, devralan tarafından unvanın aynen kullanılmasına izin verildiği kabul edilmekteydi⁴⁵.

Buna karşılık, TTK. m. 49/II fıkra son cümlesinde devir halinde, devralanın, “*unvanı aynen kullanma*” hakkına sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile ticarî işletmeyi devralana, herhangi bir ek dahi yapmasına gerek kalmaksızın, ticaret unvanını “*aynen kullanma*” imkânı vermiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile eski Türk Ticaret Kanunu döneminde bu konudaki şüpheleri tamamıyla ortadan kaldırmıştır⁴⁶. Ticarî işletmesini devreden kişi sonradan yeni bir işletme açtığı takdirde, ticaret unvanı daha önce Türkiye’de tescil edildiği için TTK. m. 45 gereğince, eski unvanını aynen kullanamaz. Ancak ayırd edici bir ek alarak unvanı kullanabilir⁴⁷. Bu düzenleme gerçek kişi tacirler bakımından anlam ifade eder. Ticaret şirketlerinin ticarî işletmeyi devralması halinde başkasına ait unvanı kullanmaları mümkün olmaz, kendi unvanlarını kullanmaya devam ederler⁴⁸.

6) Devredenın Zapttan Sorumluluk Borcu

İşletmenin devrinde, devredenın zapttan sorumluluğuna dair Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’nda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrindeki genel görüş, işletmenin devrinin çoğunlukla bir satış sözleşmesine dayanmaktadır⁴⁹. Bu sebeple, menkullere ilişkin satış sözleşmesinde zapttan sorumluluğuna dair TBK. m. 214 vd hükümleri işletmenin devrinde de uygulanabilir⁵⁰. Ticarî işletmenin devri kapsamındaki malvarlığı unsurlarının taşınır, taşınmaz olmasının bir önemi olmadığı ileri sürülmüştür. Hatta doktrinde, devir sözleşmesinin türü ne olursa olsun, satış sözleşmesindeki zapta karşı sorumluluk hükümlerinin tamamında uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵¹.

⁴⁵ ARKAN, s. 251 vd; ARSLANLI, s. 96.

⁴⁶ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 224.

⁴⁷ ARKAN, S. 282.

⁴⁸ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 224.

⁴⁹ ACEMOĞLU, s. 90.

⁵⁰ ARKAN, s. 45; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 224; AKÇAAL, s.159 vd.

⁵¹ ACEMOĞLU, s. 90; ARSLANLI, s. 111; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 224.

Kanaatimizce 28.10.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda ticarî işletmenin taşınır rehni kapsamında düzenlenmesi bu düşünceyi güçlendirmiştir.

Doktrindeki hakim görüşün aksine, sözleşmenin türüne bakılmaksızın satım sözleşmesinin zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabileceğine dair genel bir kural yoktur. Sözleşmenin türü bağışlama, miras taksim sözleşmesi veya adi ortaklığın tasfiyesi ise özel hükümleri uygulanır. Mahiyetine uyduğu ölçüde satım sözleşmesindeki zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır⁵².

Kanaatimizce kanun koyucu TTK.m.11 düzenlemesi ile ticarî işletmeyi adı yazılı bir sözleşmenin sicile tescili ile devrine imkân tanımaktadır. Malvarlığı unsurlarının devri için türüne göre yapılması gereken tasarruf işlemlerinin ayrıca yapılmasına gerek yoktur. Kanun koyucunun ticarî işletmenin devrini “bütünlük” başlığı altında düzenlemekle yeknesak bir sistem kurmayı tercih ettiği düşüncesindeyiz. Bu tercih karşısında sözleşmenin mahiyetine göre bir ayırım yapılması gerektiği düşüncesine katılmak mümkün değildir. Artık sözleşmenin türüne bakılmaksızın satım sözleşmesinde satıcının zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerekir.

Satıcının zapttan sorumluluğu, satılanın üçüncü bir kişinin ileri sürdüğü üstün bir hak sebebiyle elinden alınmasından veya bu hak nedeniyle alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamaması sonucu sorumlu tutulması halidir⁵³. Satıcının zapttan sorumluluğu, satıcının mülkiyeti geçirme borcunun bir sonucu ve müeyyidesi olarak kabul edilmektedir. Zapttan dolayı sorumluluk hükümleri gereği sorumluluk yol açan durum, satıcının mülkiyeti geçirme borcunu tamamen veya kısmen ifa edememesinin sonucudur⁵⁴.

Satıcının bu borcunun doğumu için sözleşmede ayrıca taahhütte bulunmasına gerek yoktur. Satım sözleşmesinin kanunî bir hükmüdür. Bu sebeple, kanunî bir borçtur.⁵⁵

TBK. m. 214 düzenlemesine göre, zapttan bahsedebilmek için, sözleşmenin tesis edildiği anda mevcut bir hak dolayısıyla satılanın tamamının ve bir kısmının üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınması gereklidir. İşletmenin devri bakımından zapttan söz edebilmek için, işletmenin devralana geçerli bir devir sözleşmesi ile devredilerek teslim

⁵² ARICI, s. 86.

⁵³ YAVUZ, Cevdet/ACAR/Faruk/ÖZEN, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul, 2016, s. 62 vd.

⁵⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 62 vd.

⁵⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 62 vd.

edilmiş olması gerekir⁵⁶. Yine işletmenin zaptını sağlayan üstün hakkın sözleşmenin yapılmasından önce doğmuş ve mevcut olması gerekir⁵⁷. Bu hak aynî veya şerh verilmiş bir şahsî hak niteliğinde olabilir. Ayrıca üçüncü kişi tarafından bu üstün hakka dayanılarak devralana karşı işletmenin zaptı girişiminde bulunulmuş veya zapt edilmiş olması gerekir⁵⁸. Devreden zapttan sorumluluğundan bahsedilebilmesi için bu şartların yanında, üçüncü kişinin zapt girişimine bulunması halinde, devralanın TBK. m. 215 ve 216 hükmü gereğince devredene durumu bildirmesi gereklidir⁵⁹.

Doktrinde zapta karşı tekeffül hükümlerinin ticarî işletme devrinde uygulanamayacağı ileri sürülmüştür⁶⁰. Bu düşünceye göre, ticarî işletme kural olarak hukuk objesi olmadığı için üçüncü kişiye ait bir mutlak hak olan mülkiyetin konusu olamaz. Konusu ticarî işletme olan aynı bir hak tapu siciline kaydedilemez. Rehin hariç ticarî işletme üzerinde mutlak hak kurulamaz. Zapt olgusu ticarî işletmenin üzerinde değil, ticarî işletmeye dâhil malvarlıkları üzerinde geçerlidir. Bu sebeple ticarî işletmeye dâhil malvarlığı unsurları üzerinde zapt gerçekleşmiş ise, zapta karşı tekeffül değil ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerekir. Yazara göre, TİRK. m.5/I hükmüne göre, rehin kurulması da ancak ticaret siciline tescil ile mümkün olduğundan, rehin sözleşmesi ile ticarî işletme üzerinde rehin kurulsa bile tescil edilmediği dönemde devralana karşı ileri sürülemez.

Kanaatimizce yazarın bu düşüncesini ileri sürdüğü dönemde yürürlükte olan TİRK. döneminde kısmen haklılığı olan bu düşünce 28.10.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu yürürlüğe girdikten sonra geçerliliğini yitirmiştir. Zira Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m. 2 düzenlemesine göre, sicil, Gümrük ve Sanayi Bakanlığı nezdinde tutulmaktadır. Aynı düzenlemenin m. 5/II hükmüne göre, ticarî işletme rehni bu sicile tescil ile kurulmaktadır. Hüküm bakanlık nezdinde tutulan sicile tescile kurucu nitelik kazandırmıştır. Düzenlemede diğer sicillere bildirim öngörülmüş olup bu bildirimin yapılmadığı hallerde devralan bakımından üçüncü kişilerin üstün hakları doğmuş olabilir. Bu sebeple yazarın düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Üçüncü kişinin üstün hakkına dayalı işletmeyi zaptı tam zapt veya kısmî zapt şeklinde olabilir. Tam zapt halinde, yani satılanın tamamının devralanın elinden alındığı halde, TBK.

⁵⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 64.

⁵⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 65.

⁵⁸ AKÇAAL, S. 160.

⁵⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 66 vd.

⁶⁰ ARICI, s. 105 vd.

m. 217 gereğince, devir sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılmaktadır⁶¹. Tam zapt halinde devralan, TBK. m. 217’de dört bentte belirtilen taleplerde bulunabilir⁶².

Kısmî zapt hali, yani devredilen işletmenin bir kısmı elinden alınmış veya sınırlı aynî haklar ile yüklenmiş ise, TBK. m. 218 düzenlemesi gereği, devralan sadece bu sebeple uğradığı zararın tazminini talep edebilir⁶³. Ancak TBK. m. 218/II hükmüne göre, devralan işletmedeki bu durumu bilseydi onu devralmayacağı durumdan ve koşullardan anlaşılıyorsa, hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar verilmesini talep edebilir⁶⁴.

TBK. m. 214/III fıkrasının karşıt kavramından hareket edildiğinde, devreden zapttan sorumluluğunu düzenleyen hükümler emredici mahiyette değildir⁶⁵. Bu sebeple, taraflar bu sorumluluğu kısıtlayan veya ortadan kaldıran hükümleri devir sözleşmesine ekleyebilir. Fakat TBK. m. 214/III fıkrasına göre, satıcı, üçüncü kişinin üstün hakkını gizlemişse, sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan şartlar kesin olarak hükümsüzdür⁶⁶.

Kanaatimizce, kanun hükmünün ifadesinden, buradaki hükümsüzlük, işletmenin devri sözleşmesinin tümü bakımından değildir. Sadece üçüncü kişinin üstün hakkının bilerek devralandan gizlenmesi halinde, devreden sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şart hükümsüz sayılmalıdır. Sözleşmenin geri kalan kısımları aynen yürürlükte kalmaya devam etmelidir.

Zapttan sorumluluğun zamanaşımı süresi hakkında Türk Borçlar Kanunu’nda bir özel hüküm öngörülmemiştir. Doktrinde⁶⁷ ve yargı⁶⁸ uygulamasında, zamanaşımı süresinin on yıl olarak uygulanması gerektiği hakim görüşü olarak kabul edilmektedir.

7) Devreden Ayıptan Sorumluluk Borcu

İşletmenin devri halinde devreden ayıptan sorumluluğuna ilişkin Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’nda, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrindeki hakim görüşe göre, işletmenin devrinde sözleşmenin türü ne olursa olsun, menkul satış sözleşmesindeki ayıptan sorumluluğu dair TBK. m. 219 vd hükümleri uygulanabilir⁶⁹.

⁶¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 70.

⁶² AKÇAAL, s. 161.

⁶³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 70 vd.

⁶⁴ AKÇAAL, s. 161.

⁶⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 68.

⁶⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 68.

⁶⁷ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri C. I, 2. Bası, İstanbul 1970 (Özel), s. 202; TANDOĞAN, C.I, s. 161.

⁶⁸ Yargıtay 1. HD’nin 16.12.2009 tarih ve 2009/11411 Esas, 2009/13279 Karara sayılı ilamı bkz. Yargıtay kararları Dergisi, C.36, S.11, 2010, s.2046.

⁶⁹ ARKAN, s. 45; ÜLGİN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/ERTAN, s. 224., AKÇAAL, s.159 vd.

Yukarıda da izah edildiği üzere 28.10.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunda ticarî işletmenin menkul rehni kapsamında düzenlenmesiyle bu düşünce güçlenmiştir.

Satılan şeyin satımdan beklenen amacı sağlayacak vasıflarda olması ticarî doğruluk ve dürüstlük kuralının gereğidir. Bu ana ilke gereği, satıcı, satılarda satım sözleşmesinde kastedilen tahsis ve kullanma amacı bakımından onun değerini ve elverişliliğini ortadan kaldıran veya azaltan bir eksikliğin bulunmamasını temin etme borcu altındadır⁷⁰. Bu satıcının kanunî bir garanti borcudur. Satım sözleşmesinde ayrıca beyan ve vaad edilmesine gerek yoktur.

Ayıp, eşyada bulunması gereken niteliklerin bulunmaması veya bulunmaması gereken kötü niteliklerin bulunması olarak tarif edilmektedir. Başka bir deyişle, maddî ayıp, bir eşyanın aynı cinsten eşya ile karşılaştırıldığında, kendi değerini veya elverişliliğini kaldıran veya azaltan her türlü kötü nitelikleridir⁷¹. TBK. m. 219/I düzenlemesine göre, ayıp, satım konusu şeyde bulunması gereken veya devreden tarafından taahhüt edilmiş niteliklerin bulunmaması veya bulunmaması gereken hususların bulunmasıdır.

İşletmenin devrinde ayıp, işletmenin bütününe veya münferit unsurlarına ilişkin olabilir. Misal vermek gerekirse, işletmeye ait önemli bir üretim ünitesi arızalı olabilir. Yine devreden işletmedeki faaliyetlerini emredici kurallara aykırı şekilde yürütmesi de ayıp sayılmaktadır⁷².

Doktrinde ayıbın işletmenin bütünü ile ilgili olması gerektiği ileri sürülmüştür. Sözleşmenin konusu münferit malvarlığı unsurları değil ticarî işletmedir. Bu sebeple işletmenin münferit malvarlığı unsurlarındaki ayıp işletme bakımından ayıp sayılmaz⁷³.

Kanaatimizce ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarındaki ayıplar münferit olsa da işletme ayıbı sayılabilecek nitelikte ise devreden ayıba karşı tekeffül borcu doğar. Ticarî işletmenin faaliyetinin devamına önemli ölçüde etki eden malvarlığı unsurlardaki ayıplar buna örnek gösterilebilir. Fakat ticarî işletmenin malvarlığı içinde faaliyetin devamına önemli etkisi olmayan ayıplarda devreden ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu tutulmaması

⁷⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 71.

⁷¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 71.

⁷² ARICI, S. 92; AKÇAAL, s. 162.

⁷³ ARICI, s. 88, dpn.113'de zikredilen yazar.

gerekir⁷⁴. Meselâ, ticarî işletmenin yemekhanesindeki masa, sandalyelerdeki ayıplar, birkaç bilgisayardaki ayıplar veya binanın çatısındaki sorunlar devreden bakımından ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmamalıdır.

TBK. m. 222/I hükmü işletmenin devrine uyarlandığında, devreden ayıptan sorumlu tutulabilmesi için bazı şartların mevcudiyeti gereklidir. Buna göre, devralanın sözleşmenin kurulduğu anda söz konusu ayıbın mevcut olması gerekir⁷⁵. Yine devredilendeki ayıbın önemli olması⁷⁶, devralanın bunu bilmemesi (ayıbın gizli olması)⁷⁷ şarttır. Bunların yanında, ayıptan sorumluluğu ortadan kaldıran veya sınırlayan sorumsuzluk sözleşmesi yapılmamış olmalıdır⁷⁸. Son olarak da devralanın kanunun kendisine yüklediği yükümlülüklerden olan devredileni gözden geçirme ve tespit edilen ayıbın devredene bildirilmiş olması gereklidir⁷⁹.

TBK. m. 221 düzenlemesinin ifadesine göre, satılanın ağır kusur hali hariç, ayıptan sorumluluğa dair hükümlerin emredici mahiyette olmadığından devir sözleşmesine konulan sorumsuzluk kayıtlarıyla, sorumluluğun tamamen ortadan kaldırabilir⁸⁰. Gerçekten de, TBK. m. 221’de satıcının ağır kusuru halinde, ayıptan sorumluluğu tamamen kaldıran veya sınırlayan şartların kesin olarak hükümsüz olduğu öngörülmüştür.

Devreden ayıptan sorumlu tutulabilmesi için, devralan TBK. m. 223 düzenlemesine göre, devraldığı işletmeyi işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmek ve devredilen işletmede devreden sorumluluğunu gerektiren bir ayıp gördüğünde bu ayıbı uygun bir sürede ona bildirmek zorundadır. İşletmeyi devralan kanunun kendisine yüklediği bu gözden geçirme ve ihbar yükümlülüğünü ihmal ettiği takdirde, TBK. m. 223/II düzenlemesine göre devraldığı işletmeyi bu haliyle kabul etmiş sayılır⁸¹.

Ticarî işletmenin devri veya işlemin tacirler arasında yapıldığı hallerde, TTK. m. 23/c bendi uygulanır. Düzenlemeye göre, işletmenin ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise devralan iki gün içinde durumu devredene ihbar etmek zorundadır. Fakat teslim sırasında açıkça ayıplı olduğu belli değilse, devralan işletmeyi teslim almasından itibaren sekiz gün içinde incelemek veya inceletmek ve ayıplı olduğunun tespiti halinde de bu süre içinde devredene bildirmek zorundadır. Tacir devralan kanunun kendisine yüklediği bu

⁷⁴ ARICI, s. 88 vd.

⁷⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 73.

⁷⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 75.

⁷⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 75.

⁷⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 76.

⁷⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 77 vd.

⁸⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 76.

⁸¹ AKÇAAL, S. 163; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 76.

inceleme/inceletme ve ihbar yükümlülüğünü ihmal ettiği takdirde malı ayıplı şekilde kabul etmiş sayılır⁸².

Devredilen işletmedeki ayıpların devredenin sorumluluğunu gerektirecek derecede ayıplı olması halinde, ayıbın niteliği ve devralanın tercihinine göre TBK. m. 227/I kapsamında seçimlik hakları kullanabilir. Bu seçimlik haklar, sözleşmeden dönme, satış bedelinde indirim talep etme, devredilenin onarılması (ayıplardan arındırılması) veya devredilen işletmenin benzeri ile değiştirilmesini talep haklarıdır⁸³.

Kanaatimize, işletmenin ayıplı olması halinde yenisi ile değiştirilmesinin talep edilebilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Çünkü işletme, arz ettiği bütünlük, malvarlığına dâhil malvarlığı unsurları ve müşteri çevresi birlikte değerlendirildiğinde nev'i şahsına münhasır bir sujettir. Kural olarak hiçbir işletme diğer bir işletmenin benzeri değildir. Bu sebeple, devreden tarafından benzer yenisinin temin edilerek değiştirilmesi uygulamada pek mümkün değildir. Ancak belli bir standarda göre açılan ve işletilen zincir mağazaların aynı çarşı içinde veya çok yakın yerlerde olması halinde bu mümkün olabilir. Yine ticarî işletmenin malvarlığına dâhil bir kısmındaki esaslı ayıplı unsurları ayıplı ise mümkün olabilir. Özellikle duran malvarlığı unsurlarından makine ve ekipmanın ayıplı olması halinde bunların yenisi ile değiştirilmesi mümkündür.

İşletmenin devrinde ayıptan sorumluluk halinde zamanaşımı süresi özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple, satın sözleşmesindeki iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanabilir. TBK. m. 231/I fıkrası buraya uyarlandığında, işletmeyi devreden daha uzun bir süre taahhüt etmedikçe, sorumluluğu iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Fakat TBK. m.231/II hükmüne göre, devreden, ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.

⁸² AKÇAAL, s. 163.

⁸³ AKÇAAL, s. 163., ACEMOĞLU, işletmenin devrinde satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesinin talep edilemeyeceğini savunmuştur. (bkz age. s. 95). ARICI, işletme bir bütün halinde ayıplı olduğu takdirde yenisi ile değiştirilmesinin talep imkanının olamayacağını fakat işletmeye dahil malvarlığı unsurlarından ayıplı olanların misli eşya olması ve piyasadan aynısının temin edilebilmesi halinde devralanın değişik talep hakkı vardır. (bkz. age. S. 96 vd.).

II. Ticarî İşletme Devrinin Özel Sonuçları (Alacaklılar Bakımından İcra İflas Kanunu'nda Öngörülen Sonuçları ve Alacaklıların Koruma Yöntemleri)

1) Genel Olarak

Ticarî işletmesini devreden tacirin başka bir işletmesi yoksa ticareti de terk etmiş olduğu kabul edilmektedir ⁸⁴ . İİK.m.44 düzenlemesinde ticareti terk eden tacirin alacaklılarının zarar görmemesi için birtakım yükümlülükler öngörülmüştür. Alacaklıları korumak adına, İİK. m.280/III'de ticari işletmeyi devreden borçlu ve devralan bakımından birtakım yükümlülükler ve karineler getirilmiştir.

İcra iflas hukuku uygulamasında en fazla ihtilafın doğduğu konulardan biri, ticarî işletmenin devri halinde alacaklılardan korunmasıdır. Özellikle alacaklıdan mal kaçırmak amaçlı yapılan devirler, İcra İflas Kanunu'nda belirlenen usullere uyulmadan yapılan devirlerin alacaklılar bakımından yarattığı tehlikelerin bertaraf edilmesi en fazla meşgul olunan hususlardır. İcra İflas Kanunu'nda bu konuda özel düzenlemeler öngörülmüştür. İcra İflas Kanunu'nda ticarî işletmenin devri halinde alacaklıların korunması bakımından öngörülen düzenlemeler incelenmiştir.

a) Devreden Ticaret Siciline Bildirim ve Mal Beyanında Bulunması Gerekir

İşletmesini devretmek suretiyle veya başka suretle ticareti terk eden tacir, İİK. m. 44 düzenlemesinde öngörülen yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır.

b) Devreden Ticareti Terk Ettiğini İlan Ettikten Sonra Bir Yıl Süreyle İflasa Tabidir

İİK. m. 44/II düzenlemesine göre, ticarî işletme devri veya başka yollarla ticareti terk ettiğini ilân eden tacir, bir yıl daha iflasa tabi olmaktadır ⁸⁵ . Süre ilândan itibaren başlamaktadır.

c) Devreden Tacirin Tasarruf Yetkisi Kaldırılmaktadır

İİK. m. 44/III düzenlemesine göre, ticarî işletmesini devretmek veya başka suretle ticareti terk eden tacir mal beyanını bildirdiği tarihten itibaren iki ay süreyle haczi mümkün malları ile ilgili tasarrufta bulunamaz ⁸⁶ .

⁸⁴ KURU, s. 109.

⁸⁵ KURU, s. 109-118.

⁸⁶ KURU, s. 115.

d) Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Ticarî İşletme Devirleri İptale Tabidir

Takipten önce borçlunun malları üzerinde başka bir sebeple tasarruf yetkisinde herhangi bir sınırlama yoksa dilediği tasarrufta bulunabilir. Bu sebeple, borçlunun işletmesini devri veya işletmesindeki malvarlığı unsurlarını devretmesi halinde, kural olarak bu tasarrufu geçerlidir⁸⁷. Fakat borçlunun alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufları İİK. m. 277 vd. hükümlerine göre iptale tabi olabilmektedir.

Kanun koyucu özellikle İİK. m. 280/III düzenlemesi ile alacaklılar lehine karineler öngörmüş ve onları koruyucu hükümler vaz etmiştir. Ticarî işletmeyi devralan kişinin borçlunun alacaklılara zarar verme kastını bildiği; aynı şekilde devreden borçlunun da zarar verme kastı ile hareket ettiği karineten kabul edilmiştir. Bu karinenin aksi, işletmenin devrinin iptal davası açan alacaklıya devir tarihinden en az üç ay önce yazılı olarak bildirildiğinin ispatı ile mümkündür⁸⁸.

e) İstihkak Davaları Bakımından Sonuçları

İcra iflas hukukunda istihkak davası, haciz esnasında yahut sonrasında haczedilmiş taşınır ya da taşınmaz mal üzerinde başka bir kişinin (haczin tarafları olan borçlu ya da alacaklı dışında bir üçüncü kişinin) kendi lehine mülkiyet iddiasında bulunarak bunun tespit edilmesi için açtığı davadır.

Üçüncü bir kişi malın mülkiyetinin kendisine ait olduğunu ileri sürerek icra iflas hukuku kapsamında istihkak davası açabilir. Aynı şekilde, haciz borçlusu malın üçüncü kişiye ait olduğunu ileri sürerek de davayı açabilir. Ayrıca haczedilecek olan taşınır mal üçüncü kişinin elinde bulunuyorsa haciz alacaklısı da malın üçüncü kişiye ait olmadığı iddiasıyla hak düşürücü sürelerle uyarak istihkak davasını açabilir. İstihkak davasının açılması için malın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçmemiş olması gereklidir.

Yargıtay’a göre⁸⁹, “*danışıklı işyeri devirleri*”⁹⁰, muvazaalı olduğundan adeta yok hükmünde olup alacaklılara karşı hüküm ifade etmez. Yargıtay bununla yetinmeyip bir adım

⁸⁷ AKÇAAL, s. 193.

⁸⁸ AKÇAAL, s. 194.

⁸⁹ Yargıtay 21. Yargıtay 21 Hukuk Dairesi’nin 26.02.2008 tarih ve 2007/6046 Esas, 2008/3071 Karar sayılı ilamında; aynı adresteki borçlu şirketin yerine başka bir şirket kurulduğunu, yapılan bu işleri danışıklı işyeri devri niteliğinde olduğunu bu sebeple alacaklıların haklarını etkilemeyeceğini vurguladıktan sonra bir an için işyeri devrinin danışıklı olmadığı düşünülse bile borçlu ile davacı arasındaki ilişkinin ticarî işletme devri

ileri gitmektedir. Yüksek Mahkeme, alacaklılara karşı muvazaalı şekilde işletme devrine girişen devralan üçüncü kişiyi cezalandırmakta ve sanki geçerli bir işletme devri varmış gibi işletmenin borçlarından sorumlu tutmaktadır.

Yargıtay⁹¹, TBK. m. 202 (eBK. m. 179) ve İİK.m. 44 maddelerini birlikte uygulamaktadır. TBK. m. 202'yi alacaklılardan mal kaçırmanın sakıncalarından korumaya yönelik bir icra iflas kurumu⁹²; İİK. m. 44 hükmünü ise maddî hukuku ilişkin bir hüküm gibi kullanmaktadır. Muvazaalı veya İİK. m. 44 hükümlerine aykırı şekilde yapılan işletme devirlerinin alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyeceğini kabul ederken⁹³; diğer taraftan böyle bir işlemi geçerli varsaymaktadır. Muvazaa sebebiyle geçersiz olan bir işlemi geçerli gibi varsayarak TBK. m. 202 gereğince devralanı da alacaklıya karşı sorumlu tutmaktadır⁹⁴.

Yargıtay kararda; her iki şirket arasındaki devir protokolünde borçlardan sorumlu olmayacağına hüküm olsa bile bunun alacaklıları bağlamayacağını belirtmiştir. Tüzel kişilikleri ayrı olsa da, davacının devraldığı ve devir konusu işletmenin borçlarından sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, şirketlerin aralarında örtülü şekilde TBK. m. 202 (eBK. m. 197) anlamında şirket mamelekinin aktif ve pasifiyle devredilmiş sayılması gerekir. Özellikle devrin dışa karşı muvazaalı şekilde gizlendiği hallerde devralanın işletmenin borçlarından sorumlu tutulması gerektiğine hükmedilmiştir.

Kanaatimizce, muvazaalı şekilde işletme devri yapılmışsa, TBK. m. 202 anlamında bir devrinden söz edilemez. İşletmenin devri süreci tamamlanmamış veya muvazaa sebebiyle geçersiz ise, malvarlığı unsurları veya işletme devralana geçmediğinden, devralanın alacaklıya karşı sorumlu tutulmaması gerekir. Muvazaalı işletme devirlerinin alacaklılara karşı hüküm ifade etmez. İşletmenin devrinin butlanla hükümsüzlüğüne karar verilmesi ile yetinilmesi gerekir. Muvazaa sebebiyle işletmenin devrinin iptaline karar verildiğinde, işletme devri gerçekleşmez. Bu sebeple, alacaklının hacze devamının önünde hiçbir engel kalmaz.

niteliğinde olduğunu, İİK. m. 44 ve TBK. m. 202 hükümlerinin uygulanması gerektiğini, bu düzenlemedeki koşulların yerine getirildiğinin iddia ve ispat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre, borçlunun ticaret siciline bildirerek ilân ettiği ve mal beyanı verdiğine ilişkin dosyada delil bulunmadığından; devir alacaklının haklarını etkilemez. Ayrıca devralan da TBK. m. 202 hükümlerine göre işletmenin borçlarından sorumludur. (www.kazanci.com. Erişim tarihi, 20.03.2020)

⁹⁰ GÜNEREN, s. 896 vd.

⁹¹ GÜNEREN, s. 897.

⁹² AKÇAAL, s. 190 vd.

⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.05.2000 tarih ve 2000/4-849 Esas; 2000/881 Karar sayılı ilamı www.kazanci.com, (Erişim tarihi, 20.03.2020).

⁹⁴ AKÇAAL, s. 190.

Yargıtay'ın muvazaalı olduğunu tespit ettiği işletme devrilerinden devralan üçüncü kişiyi de devredenle birlikte sorumlu tutması hukuk tekniğine uygun değildir.

Ticarî işletmenin devrinin, geçerli kabul edildiği hallerde devreden ve devralan işletmenin borçlarından dolayı alacaklıya karşı iki yıl süreyle müteselsil sorumludur. Uygulamada her işletmenin devri düzenlemenin ideal amacı olan gerçek bir ticarî işletme devri amacıyla yapılmamaktadır. Yapılan devirler işleme taraf olmayan ve işletmenin devrine itiraz imkânı olmayan alacaklılar bakımından olumsuz neticelere sebep olabilir. Özellikle ticarî işletmenin devrinin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı şekilde yapıldığı hallerde alacaklının korunma ihtiyacı doğmaktadır.

Ticarî işletmenin devrinin alacaklıyı bağlamadığı veya geçersiz kabul edildiği hallerde ise İİK. m. 96 ve devamı maddelerinde düzenlenen hacizde istihkak davası yoluyla alacaklının devre karşı korunması önemlidir.

Yargıtay alacaklıları koruma adına, İİK. m. 44'de düzenlenen ticareti terk hükümlerini, TBK. m 202 düzenlemesi ve İİK. m. 280/III hükümlerini muvazaa hükümleriyle bir harman yaparak bir çözüm üretmektedir.

Yargıtay⁹⁵ alacaklıları korumak adına, İİK. m. 44'de belirtilen usulde yapılmayan veya muvazaalı işyeri devrilerinin “*alacaklının haklarını etkilemeyeceği gibi devir alanın daTBK202 maddesi gereği işletmenin borçlarından sorumlu bulunduğu*” hükmetmektedir. Yargıtay, İİK. m. 44'e uyulmamasının ticarî işletmenin devrini sakatladığını, yani aktiflerin geçişini engellediği gibi bir sonuca varmaktadır⁹⁶.

Yargıtay⁹⁷, “*danışıklı işyeri devri*”⁹⁸ kavramını kullanarak muvazaalı işyeri devirlerini adeta “yok hükmünde saymaktadır. Yargıtay⁹⁹, TBK. m. 202'yi alacaklılardan mal

⁹⁵ Yargıtay 21. HD'nin 27.03.2001 tarih ve 2001/2180 Esas; 2001/2311 Karar; Yargıtay 21. HD'nin 22.04.2003 tarih ve 2003/2855 Esas; 2003/3731 Karar sayılı ilamlar(Özel arşivimizden).

⁹⁶ ERIŞİR, Evrim; Ticarî İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki-Karar İncelemesi); Batider, Cilt XXIV, Sayı 4, Aralık 2008 Ankara, s. 296 vd.

⁹⁷ Yargıtay 21. Yargıtay 21 Hukuk Dairesi'nin 26.02.2008 tarih ve 2007/6046 Esas, 2008/3071 Karar sayılı ilamında; aynı adresteki borçlu şirketin yerine başka bir şirket kurulduğunu, yapılan bu işleri danışıklı işyeri devri niteliğinde olduğunu bu sebeple alacaklıların haklarını etkilemez. Yargıtay, bir an için işyeri devrinin danışıklı olmadığı düşünülse bile borçlu ile davacı arasındaki ilişkinin ticarî işletme devri niteliğinde olduğunu, İİK m. 44 ve TBK. m. 202 maddelerinin uygulanması gerektiğini, bu düzenlemedeki koşulların yerine getirildiğinin iddia ve ispat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre, borçlunun kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilân ettiği ve mal beyanı verdiğine ilişkin dosyada delil olmadığını; devir alacaklının haklarını etkilemez. Ayrıca devralan TBK. m. 202 hükmüne göre işletmenin borçlarından sorumludur, www.kazanci.com, (Erişim tarihi 11.08.2017).

⁹⁸ GÜNEREN, s. 896 vd.

kaçırmanın sakıncalarından korumaya yönelik bir icra iflas kurumu¹⁰⁰; İİK m. 44 hükmünü ise maddi hukuku ilişkin bir hüküm gibi kullanmaktadır.

Kanaatimizce, devir olgusu geçerli kabul edilebiliyorsa devreden ve devralanın birlikte sorumluluğuna gidilebilmektedir. İşletmenin devri geçersiz kabul ediliyorsa veya devir işlemleri tamamlanmamışsa devir kapsamındaki malların devralana geçmediği kabul edilerek hacze devama izin verilmeli ve sorun istihkak prosedürü içinde çözümlenmelidir¹⁰¹.

2) İşyerinin Devri Olarak Kabul Edilen Tacirin Ticareti Terki Ve Sonuçları

a) Genel Olarak

Ticareti terk, tacirin sahip olduğu ticarî işletmeyi kapatması, dağıtması, işletmeyi kendi adına işletmeye son vermesi olarak kabul edilmektedir¹⁰². Tacirin ticareti terk etmek için en fazla başvurduğu yöntem, ticarî işletmenin devridir¹⁰³.

İİK. m. 44¹⁰⁴ düzenlemesi hukukumuz bakımından yalnızca gerçek kişi tacirlere özgülenmiştir. Tüzel kişi tacirlerin bu düzenleme kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Zira tüzel kişi tacirler, gerçek kişi bakımından düzenlenen ticareti terk işleminin süjesi olmaz, tasfiye ve terkin işlemi ile tüzel kişiliği sona erer¹⁰⁵.

Pay devri, ticareti terk sonucunu doğuran işlemlerden biri olup, adi şirkette, pay devri için diğer ortakların rızası gereklidir. Rıza olmadığı takdirde devir geçerli olmaz. Ticareti terk sonucunu doğuran devir, payın tamamen devredilmesidir. Kısmî devir sadece ortak sayısında artışa sebep olur, ticareti terk sonucu doğurmaz.¹⁰⁶

Tacirin, ticareti terki sonucunu doğuran diğer haller, ortaklıktan çıkması veya çıkarılmasıdır. Ticareti terk, yalnızca gerçek kişi tacirler bakımından uygulama alanı bulur. TSY. m. 51’de, ticaret terk eden tacirin, sicilden kayıtlarının silinmesi hükmünde bu hallare

⁹⁹ GÜNEREN, s. 897.

¹⁰⁰ AKÇAAL, s. 190 vd.

¹⁰¹ ERİŞİR, 294 vd.

¹⁰² KARAYALÇIN, s. 212; TÜRKMEN, Emre; Tacirin Ticareti Terkinin İcra ve İflas Kanunun 44. Maddesi bağlamında Hüküm ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2013, s. 11

¹⁰³ ARICI, s.261.

¹⁰⁴ İİK m. 44 düzenlemesine göre, ticareti terk eden tacir 15 gün içinde durumu kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirmeye, bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmak zorundadır. Ticareti terk, ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilânlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutad ve uygun araçlarla ilan edilir.İlân tarihinden itibaren bir yıl içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabilir. Ticareti terk eden tacir, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay süreyle haczi mümkün malları üzerinde tasarrufta bulunamaz.

¹⁰⁵ TÜRKMEN, s. 10.

¹⁰⁶ TÜRKMEN, s. 27

ifade edilmektedir. İİK.m. 44'te ticareti terk eden tacire onbeş günlük bildirim ve mal beyanında bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Ticareti terk bildirimini ve mal beyanı tacirin kayıtlı olduğu yerdeki ticaret siciline yapılır. İlan, terk durumunu ve mal beyanını ihtiva eden biçimde yapılmalıdır.¹⁰⁷

İİK. m. 44'te mal bildiriminde bulunan tacirin, iki ay süresince haczi mümkün malları hakkındaki tasarruf yetkisi sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlama sadece alacaklılar lehine getirilmiştir.

Doktrinde bir görüşe göre¹⁰⁸, İİK. m. 44/III düzenlemesindeki tasarruf yasağının ticarî işletmenin devrini olumsuz yönde etkileyebilir. İşletmenin devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi olduğundan ve tasarruf yasağı öngörülen iki aylık süre sona erinceye yapılan devir geçersizlik yaptırımına tabi tutulur. Bu sebeple, her iki taraf bu süreyi beklemek zorunda kalır. Yazara göre, bunun en olumsuz sonucu bekleme dönemi içinde işletme değerinde düşüşler meydana gelmesidir. Bu bekleme süresi içindeki tasarruf yasağı sebebiyle devralan yönünden işletmenin cazibesini yitirebilir. Yine ekonomik kayıplara sebebiyet verebileceği ileri sürülmüştür. Kanundaki bu hükmün daha çok tasfiye, dağıtma, kapatma yolu ile ticaretin terki düşünülmüşdür. Bu sebeple, ticarî işletmenin devri düşünülmüşdür. Yazar, bu düzenlemenin ticarî işletmenin günlük işlemlerini aksatmayacak şekilde kaleme alınması gerektiği görüşünü savunmaktadır¹⁰⁹.

Doktrinde, başka bir yazar tarafından da İİK.m. 44 düzenlemesinin ticarî işletmenin devri sebebiyle değil ticaretin terk edilmesi sonucu uygulanacak bir hüküm olarak öngörüldüğü ileri sürülmüştür¹¹⁰.

Bu görüş eleştirilmiştir. Tarafların bu süreyi beklemek zorunda kalabileceği görüşüne iştirak ermenin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹¹¹.

Doktrinde tartışılan başka bir konu, birden fazla işletmesi olan tacirin bunlardan birini devretmesi halinde de ticareti terk hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bir görüş, birden fazla işletmesi olan tacirin bunlardan birini devretmesinin kısmi terk olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre, kısmi terk halinde dahi terk kabul

¹⁰⁷ TÜRKMEN, s. 39 vd.

¹⁰⁸ ARICI, s. 224 vd.

¹⁰⁹ ARICI, s. 224.

¹¹⁰ ÇELİKBOYA, s. 341.

¹¹¹ TÜRKMEN, s. 52.

edilmeli ve İİK.m. 44 hükümlerine tabi olmalıdır¹¹². Buna karşılık, başka bir düşünceye göre, tacirin ticari faaliyeti devam ediyorsa İİK. m. 44 uygulanmaz. Ticareti terk işlemi ya tamamen olmalı ya da hiç olmamalıdır. Kısmi terk hali veya ticarî işletmenin devrine İİK. m. 44 hükümleri uygulanamaz. İİK. m. 44 ticareti tamamen terk eden tacirler bakımından uygulanabilecek bir hükümdür¹¹³.

b) Yargıtay Ticarî İşletmenin Devrini İİK.m. 44 Kapsamında Kabul Ettiğinden Tacirin Yapması Gerekenleri Şu Şekilde Sıralamaktadır

Yargıtay, ticarî işletmenin devrini İİK.m. 44 ile bağlantılı kabul etmiştir. Yargıtay uygulamasında ticarî işletmesini devreden tacirin alacaklılara karşı sorumluluktan kurtulabilmesi için aşağıdaki koşulları birlikte gerçekleştirmesi gerektiğine hükmetmektedir.

1/a) İşletme Devrinin Kayıtlı Olduğu Ticaret Siciline Bildirilmesi Gerekir

Yargıtay, İİK. m. 44 düzenlemesine alacaklıları koruma işlevi yüklemektedir. Geçerli bir devrinden söz edebilmek için, işlemin, işletmenin bağlı olduğu ticaret siciline bildirilmesini şart koşturmaktadır¹¹⁴.

1/b) Mal Beyanında Bulunulması Gerekir

Yargıtay, İİK. m. 44 hükmünü, adeta işletmesini devir suretiyle ticareti terk eden tacir bakımından, geçerlik koşulu gibi uygulamaktadır. Bu sebeple, Yargıtay, işletmesini devreden tacirin, bütün aktif ve pasifleri ile alacaklıların isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanını kayıtlı olduğu ticaret siciline vermek zorunda olduğuna hükmetmektedir¹¹⁵. Bu bildirimden itibaren de, tacirin iki aylık tasarruf yasağı başlamaktadır.

1/c) İşletme Devrinin İlân Edilmesi Gerekir.

İşletmesini devreden tacirin yerine getirmesi gereken diğer şart, bunu ticaret sicil gazetesinde veya alacaklıların bulunduğu yerde alışılmış ve uygun vasıtalarla ilân edilmesidir. Yargıtay'a göre, yukarıdaki şartları yerine getirmeyen tacirin, borcun doğumundan sonra gerçekleştirdiği devirler alacaklıların haklarına hâlel getirmez. Bu durumda üçüncü kişinin

¹¹² KURU, s. 116; ARICI, s.220; ERİŞİR, s. 280.

¹¹³ DURMAN, s. 204.

¹¹⁴ ÖZEREN, s. 834.

¹¹⁵ ÖZEREN, s. 834.

uhdesindeki mallar devredenin malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçmediğinden, alacaklı haciz işlemlerine devam edebilir¹¹⁶.

c) Ticareti Terk Bildiriminde Bulunulmamasının Hüküm ve Sonuçları

Ticarî işletmenin devri yoluyla ticaretin terki, alacaklıların hukukî durumunu tehlikeye düşürme potansiyeli taşır. Ticarî işletmenin devrinde borçların kül halinde devralana geçmesi sebebiyle, alacaklıların devre rıza gösterme veya devir sürecine müdahil olma imkânları yoktur. Ticarî işletmenin devrinde, işletmeye ait malvarlığı da devirle birlikte devralana geçer. Kanun koyucu tarafından, geçerli devirler bakımından hem devredeni hem de devralanı, alacaklıya karşı iki yıl boyunca müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür. Fakat TBK. m. 202, TTK. m. 11/III, İİK. 44 ve İİK. m. 280/III düzenlemelerinin her birinde farklı bir devir prosedürü öngörülmüştür. Bu sebeple, devreden ve devralan devir olgusunu samimi olarak istese bile bu şatlardan birisini bile yerine getirmediğinde ağır sonuçlara maruz kalabilir.

İİK. m. 44'te belirtilen ticareti terk ile ilgili prosedürün yerine getirilmemesi halinde kanunda, tacirin sanki ticareti hiç terk etmemiş gibi iflasa tabi olmaya devam edeceği öngörülmüştür. İİK. m. 44'de belirtilen yükümlülöklere uyulmadığı zaman ceza hukuku anlamında İİK. m. 337a hükmüne göre cezalandırılması öngörülmüştür. İİK. m. 44 düzenlemesinde, özel hukuk anlamında bir yaptırım açıkça öngörölmemiştir¹¹⁷. Fakat Yargıtay uygulaması ve doktrindeki genel görüş, özel hukuk veya takip hukuku anlamında da yaptırım uygulanması gerektiğı yönündedir.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, İİK. m.44 prosedürüne uyulmaması halinde, aktifler hiç devredilmemiş sayılır¹¹⁸. Yargıtay'a göre, İİK. m.44 düzenlemesinde yer alan yükümlölüklerin yerine getirilmemesi işletmenin devrini sakatlamaz. Anılan hükmün yalnızca İİK. m. 337/a gereğince cezai yaptırımı vardır. Ancak prosedüre uyulmaması halinde aktiflerin devredenin malvarlığından çıkmamış kabul edilmesi gerekir. Alacaklının malları haczedilmesini sağlayacak tek yol, muvazaanın iddia ve ispat edilmesidir.

İİK. m. 44'te belirtilen yükümlölöklere aykırı şekilde, işletmenin faaliyette bulunduğu yerde başka birisinin faaliyette bulunması veya devredilmesi halinde, ticareti terk gereğı gibi yapılmadığından hacze devam edilebilir. Mallar üçüncü kişinin zilyetliğinde olduğı için,

¹¹⁶ ÖZEREN, s. 834.

¹¹⁷ ERİŞİR, s. 281.

¹¹⁸ Yargıtay 8. HD. T. 17.12.2019, E.2016/19103, K. 2019/11400 sayılı ilamında İİK. m.44 düzenlemesine uyulmamasının işletmenin devrini geçersiz kılmayacağını, sadece İİK. m. 337/a hükmüne göre cezai sorumluluk gerektirdiğini tespit ettikten sonra, maddi hukuka ilişkin bir hüküm niteliğı atfederek aktiflerin devralana geçmeyeceğı şeklindeki uygulama kendi içinde çelişkilidir. (www.kazanci.com. Erişim tarihi 20. 03.2020).

istihkak davası açılır¹¹⁹. Alacaklı, malların üçüncü kişinin malvarlığına dâhil olmadığını, halen borçlunun malvarlığında olduğundan haczedilebileceğini iddia edebilir¹²⁰.

Yargıtay’ın İİK. m. 44’deki yükümlülüklerle aykırı şekilde yalpan işletme devirlerinin “*alacaklıların haklarını etkilemeyeceği*” veya “*alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceği*” ifadeleri ile tam olarak neyi kastettiği açık değildir. Üçüncü kişinin elinde bulunan mal için istihkak davasında alacaklının haklı görülmesi halinde malın paraya çevrilmesi imkânı tanındığı anlamında değerlendirilebilir. Yargıtay’ın bu anlama gelebilecek kararları da mevcuttur¹²¹. Yargıtay’ın kararlarında İİK. m. 44 düzenlemesine aykırılık aynı zamanda istihkak davası içinde de tartışılmaktadır. Bu tartışma sebebiyle Yargıtay’ın buradaki kastının geçersizlik olduğu yorumlarına yol açmaktadır. Ticaretin gereği gibi terk edilmemesi halinde, devrin hukukî sonuç doğurmadığı anlamı çıkarılmadığında malın borçlunun malvarlığından çıkmadığı ve dolayısıyla icra işlemlerinin devamı mümkün olur¹²².

Yargıtay’ın ticarî işletme devredilse bile haciz yapılmasına imkân tanıyan uygulamasına temel alınan norm, İİK. m. 86/III düzenlemesidir. Buna göre, hacizli malın devri, alacaklıların haklarını etkilediği oranda batıl kabul edilmektedir. Hacizli malın devri alacaklılara karşı geçersizlik sonucunu doğurur. Buna karşılık, Yargıtay İİK. m. 44’teki yükümlülüklerle aykırı işletme devirlerinde “*geçersizlik*” ifadesini kullanmamaktadır. Yargıtay bu ifade yerine, “*alacaklıların haklarının etkilenmemesi*” ifadesini kullanmaktadır. Yargıtay, butlan sonucuna ulaşmamakta, ancak alacaklıyı korumak adına alacağını elde edemediği oranda devredilen ticarî işletmedeki malların haczine imkân tanımaktadır¹²³.

Yargıtay’ın ticareti terk usulüne uygun olmayan ticarî işletme devirlerine ilişkin bu uygulaması büyük oranda kabul görmüştür. Hatta doktrinde, İİK. m. 44 düzenlemesinin biri hukukî diğeri cezai olmak üzere iki yaptırımının olduğu dahi ileri sürülmüştür¹²⁴. Doktrinde bir yazar, maddenin dördüncü fıkrasında iyi niyetli iktisapların korunduğunu, fakat ikinci dereceye kadar akrabalık varsa, alacaklının haciz yaptırıp devrin geçersizliğini istihkak davasında tartışabileceğini ileri sürmektedir¹²⁵. Doktrinde başka bir görüş¹²⁶, biraz daha ileri

¹¹⁹ ERİŞİR, s. 281.

¹²⁰ ERİŞİR, s. 281.

¹²¹ Yargıtay 21. HD’nin 14.10.1993 tarih ve 1993/2719 Esas, 1993/3999 Karar sayılı ilamı, www.kazanci.com.tr. (Erişim tarihi, 20.09.2017).

¹²² ERİŞİR, s. 282.

¹²³ ERİŞİR, s. 282.

¹²⁴ UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt; İcra İflas Hukukunda İptal Davaları (İptal davaları), 4. Bası, Ankara, 2011, s. 420 vd.

¹²⁵ UYAR/UYAR/UYAR, s. 421. vd.

¹²⁶ ARICI, s. 226.

giderek ticarî işletmeyi devralanın, devreden ile akrabalık bağı olmasa bile, haciz uygulayıp istihkak davası içinde konuyu tartışabileceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, devralanın, devredenin İİK. m.44'te öngörülen yükümlülükleri yerine getirip getirmediği, tasarruf yasağının devam edip etmediğinin incelenmesi gerekliliği bizi bu sonuca götürmektedir¹²⁷.

Doktrinde, ticarî işletmenin devri halinde de İİK.m. 44 düzenlemesinin uygulanması gerektiği tespiti eleştirilmiştir. Bu düşünceye göre, İİK.m. 44 ticareti terk eden bakımından öngörülmüştür. Ticarî işletmenin ne şekilde devredileceği bu konunun özel olarak düzenlendiği kanunlarda hükme bağlanmıştır. Özel kanunlarındaki şekil dururken ticarî hayatın niteliğine uygun olmayan ilave yükümlülükler öngörülmesi doğru değildir¹²⁸.

Kanaatimizce, ticareti terkin usulüne uygun olmadığı durumlarda, icra takibine başvurulmadığı dönem veya başvurulmasından sonraki devirler bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Eğer alacaklı tarafından henüz bir takip başlatılmamış ise ticarî işletmenin devrinden haberdar olan alacaklı hem ticarî işletmeyi devreden hem de devralan karşı takip başlatabilir. Çünkü hem devreden hem de devralan, iki yıl boyunca müteselsil sorumludur. Bu sebeple, alacaklının devirden haberdar olduğu, ticarî işletmenin devrinin takipten önce gerçekleştiği hallerde alacaklıların haklarına herhangi bir hâlel gelmez. Alacaklı devreden veya devralandan dilediğinden veya ikisinden birlikte alacağını almak imkânına sahiptir¹²⁹. Takipten önce devrin geçersiz olduğu kabul edilse dahi, malların mülkiyeti henüz devredende kabul edildiğinden alacaklı devredene karşı takip yapıp, devir kapsamındaki mallara haciz uygulayabilir.

Fakat alacaklının devirden haberdar olmadığı veya takipten sonra fakat takibin kesinleşmesinden önce ticarî işletmenin devredildiği durumlarda, işin çözümü hukukî olarak zorlaşmaktadır. Yargıtay uygulaması ve doktrinde kabul edilen hâkim görüş kabul edildiğinde, çözüm kolay olmaktadır. Buna göre, takip başlatılan adrese gidildiğinde üçüncü bir kişi faaliyette bulunmaktaysa, devir alacaklıları bağlamaz. Alacaklı haciz yapıp istihkak davası açabilir. İstihkak davasında da, malın aslında borçlunun malvarlığından henüz çıkmadığı ileri sürülür¹³⁰.

TBK. m. 202 düzenlemesine göre, işletmenin aktifleri her bir mal için gerekli şekillere uygun tasarruf işlemi ile devralan geçmekte iken; pasiflerin geçişi için devralanın bu durumu

¹²⁷ ARICI, s. 227.

¹²⁸ ÇELİKBOYA, s. 344.

¹²⁹ ERİŞİR, s. 283.

¹³⁰ ERİŞİR, s. 283.

alacaklılara bildirmesi veya ilânı ile mümkün olabilmektedir. İşletmeyi devreden taraf bu bildirim veya ilânı yapmadığı zaman veya alacaklılardan mal kaçırma amaçlı devirlerde zaten bildirimin yapılmadığı düşünüldüğünde ortaya takip hukuku bakımından ilginç bir durum çıkar. Bu ilânın yapılmadığı durumlarda, pasifler takibin muhatap sujesi borçlu iken; aktifler devralana geçer. Takip kesinleşse bile işletmeye dâhil malvarlığı takipte borçlu görünen kişiden başkası olur. Ticarî işletmenin unsurlarına haciz konulma imkânı ortadan kalkar. Yargıtay ve doktrindeki ağırlıklı görüş, alacaklının bu şekilde zarar görmesini engellemek adına takibin borçlu sujesi farklı olsa bile, haciz yapılmasına ve istihkak davası açılmasına imkân tanınması yönündedir¹³¹.

İİK. m. 44 düzenlemesini değiştiren 538 sayılı Kanunun, Hükümet Gerekçesinde, ticareti terk ederek alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kimselerle etkili mücadele için değişiklik yapıldığı ve cezai hükümlerin getirildiği belirtilmektedir. Bu sebeple, kanun koyucunun amacının ticareti terk edenlerin takipten kurtulmalarının önlenmesi olduğu ve tarihsel yorumdan hareket edilebilir. Buradan hareket edildiğinde, İİK. m. 44'te belirtilen usulde ticareti terk etmeyenlerin yaptığı ticarî işletme devirlerinin alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyeceği kabul edilebilir¹³². Hatta İİK. m. 44/III fıkrasında mal beyanından itibaren iki ay süreyle tasarruf yasağı olduğu düşünüldüğünde, bu beyandan itibaren iki ay süreyle haczi kabil mallar tasarruf edilemez. Bildirim olmadığında ise zaten tasarruflar geçerli olamaz.

İİK. m. 44 hükmünün takip hukukuna dair bir norm olarak uygulanmasıyla yetinilmelidir. Yargıtay'ın alacaklıların haklarının korunması bakımından, İİK. m. 44 düzenlemesindeki yükümlülöklere aykırı tasarruflara uyguladığı örtölü geçersizlik yaptırımını kabul edilmemelidir¹³³. Yine tasarruf yasağına aykırılık gerekçesine dayanılsa bile İİK. m.44 hükmüne özel hukuk anlamında böyle bir anlam verilmemelidir. Her şeyden önce takip hukukuna ilişkin olan bir düzenleme ile maddî hukuka ilişkin geçersizlik yaptırımını sonucuna varılamaz. Kanun koyucu tarafından, takip hukuku bakımından böyle bir netice istemiş olsaydı, İİK. m. 86'teki hacizli mallara dair tasarrufların alacaklının haklarına hâlel getirdiği oranda batıl olduğu şeklinde bir düzenleme öngörebilirdi. Aynı şekilde İİK.m.191'de iflas açıldıktan sonra masaya dâhil mallara dair tasarrufların alacaklılara karşı batıl olduğu şeklinde özel düzenleme yapılabilirdi. Kanaatimizce, kanunun ifadesinden açıkça çıkarılmadığı sürece,

¹³¹ ERİŞİR, s. 284.

¹³² ERİŞİR, s. 284 alınmıştır.

¹³³ DURMAN, s.199.

takip hukukuna maddî hukuka ilişkin görevlerin yüklenmemesi gerekir¹³⁴. Bu şekilde bir düzenleme getirilmemiştir. Düzenlemede de bu şekilde bir hüküm veya ifade de yoktur. Tüm bunlara rağmen, Yargıtay bu maddeyi çoğu zaman TBK. m. 202 (eBK. m. 179)'deki işletme devri kurumu ile bağlantı kurarak uygulamaktadır. Yargıtay, İİK. m. 44'teki şartları yerine getirmeyen tacirin, yaptığı devrin alacaklıların haklarını etkilemediği ile sınırlı kalmamaktadır. Devralan bakımından da TBK. m. 202'deki işletmenin devrine ilişkin hükümlerine göre borçlardan sorumlu bulunduğu hükmetmektedir¹³⁵. Doktrinde Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına eleştirel olarak bakılmakta ve İİK. m. 44'de düzenlenen şekli norm için yalnızca şekli bir yaptırım öngörülebileceğinin altı çizilmektedir¹³⁶. İcra İflas Kanunu'nun hükümlerinin maddi bir yaptırıma dönüştürülmesinin doğru olmadığı düşüncesine katılmaktayız¹³⁷.

Kanaatimizce ticarî işletmenin ne şekilde devredileceği hususu maddi hukuka ilişkin bir alandır. Ticarî işletmenin ait olduğu ve merkez kavram olarak kabul edildiği Türk Ticaret Kanunu'nda devir sözleşmesinin şekli açıkça düzenlenmiştir. Buna ilave işletmenin pasiflerinin ne şekilde devredileceği de özel olarak TBK. m.202 hükmünde öngörülmüştür. Maddi hukukta ticarî işletmenin ne şekilde devredileceği özel hükümlerle düzenlenmişken, takip hukukuna dair bir hükümdeki düzenlemenin bu şekilde uygulanması yerinde değildir. Ayrıca takip hukukuna dair İİK.m.44 düzenlemesine uyulmamanın yaptırımının İİK.m. 337/a hükmünde öngörülen cezai sorumluluk olduğu açıkça belirmiştir. Bu açıklığa rağmen takip hukukuna dair bir hükümle maddi hukuka dair bir alanda özel olarak düzenlenmiş bir konu hakkında ilave yükümlülükler getirilmesi yerinde değildir. Ticarî işletmeyi devralan bakımından kurumun düzenlendiği maddi hukuktaki kuralların yanına bu şekilde yükümlülükler eklenmemelidir. İİK. m.44 düzenlemesinde buna imkân veren bir hüküm olmadığı halde yorumla kapsamı genişletmek ve norma maddi hukuka ilişkin bir görev yüklemek mümkün olmamalıdır.

Yargıtay, İİK. m. 44'teki yükümlülüğe aykırı davranarak ticareti terk eden taciri İİK. m. 337/a uyarınca cezalandırma yoluna gitmekle yetinmelidir. Fakat mevzuatın yeterince

¹³⁴ ERİŞİR, s. 284.

¹³⁵ TÜRKMEN, s. 53; DURMAN, s. 195-196

¹³⁶ DURMAN, s. 195 vd.

¹³⁷ ERİŞİR, s. 290 vd.

koruma sağlamadığını düşündüğü hükümlerini maddi hukuka ilişkin bir norm gibi uygulamamalıdır¹³⁸.

Yargıtay'ın bu uygulaması ile kanun koyucunun İİK. m. 280/III düzenlemesinde öngördüğü, alacaklıdan mal kaçırmak amaçlı ticarî işletmenin devrine ilişkin hüküm de işlevsiz hale getirilmektedir. İİK. m. 280/III düzenlemesinde geçerli tasarrufların, alacaklıların haklarını ihlal ettiği oranda iptalini öngörülmektedir¹³⁹. İİK. m. 44 hükmünde belirtilen yükümlülüklerle aykırı şekilde yapılan ticarî işletme devrinde aktiflerin devralana geçmediği şeklinde uygulanmasıyla İİK. m. 280/III düzenlemesine gerek kalmamaktadır. Bu sebeple, İİK. m. 44 hükmünün, İİK. m. 280/III düzenlemesinin yerini alan, işlevsiz bırakan şekilde uygulanmasından dönülmelidir. Alacaklıdan mal kaçırmak amaçlı işletmenin devirlerinin alacaklıların haklarını ihlal ettiği durumlarda, İİK. m. 280/III uygulanmalıdır. İİK. m. 44 hükmü de düzenlemede öngörüldüğü şekilde cezai bir yaptırım aracı olarak uygulanmalıdır¹⁴⁰.

İşletmesini devretmek suretiyle ticareti terk tacirin İİK. m. 44 düzenlemesindeki yükümlülüklerle aykırı davranması, irade sakatlığı veya şekil bakımından devrin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Ticareti terk prosedürüne uyulup uyulmaması istihkak davası kapsamında tartışması müessesenin mahiyetine uygun değildir. Devrin muvazaalı yapıldığı haller istihkak davasında dinlenilmelidir. Yargıtay'ın ticareti terk usulüne uygun olmayan ticareti işletmenin devrini âdeta geçersiz sayması ve istihkak davasına temel yapması uygulamasından dönmesi gerekir¹⁴¹.

Yine İİK. m. 44 düzenlemelerinde, bu yükümlülüklerle aykırı yapılan ticarî işletme devirlerinde aktiflerin devralana geçmeyeceği öngörülmemiştir. Aktiflerin geçip geçmediği maddi hukuka ilişkin bir sorundur. İİK. m. 44 prosedürüne aykırı yapılan ticarî işletme devirlerinin geçerli olmadığı ileri sürülemez. Geçerli tasarruflar istihkak davasının konusunu oluşturmaz.

Uygulamada İİK. m.44 düzenlemesinin lafzında yer almayan bir işlev yüklenmiştir. Yargıtay'ın İİK. m. 44 hükmünü ticarî işletmenin devri ile bağlantılı uygulaması kanaatimizce yerinde bir uygulama değildir. Uygulama kendi içinde de tutarlı değildir. Hem İİK. m. 44 ile belirlenen usulle yapılmayan ticarî işletme devirlerinde aktiflerin devralan geçmediğin tespiti hem de devralanın TBK. m.202 gereğince alacaklardan sorumlu tutulması hukuk tekniğine de

¹³⁸ TÜRKMEN, s. 54

¹³⁹ DURMAN, s. 196 vd.

¹⁴⁰ ERİŞİR, s. 286.

¹⁴¹ ERİŞİR, s. 287.

uygun değildir. Yargıtay uygulaması ile sanki pasiflerin geçişini kabul etmekte buna karşın aktiflerin geçişini kabul etmemektedir. Zira devralanı da borçlulardan sorumlu tutmaktadır. Yargıtay'ın temelde mevzuatın yeterince korumadığını düşündüğü alacaklıları korumak için yaptığı uygulamaya iştirak etmiyoruz. Kanaatimizce mal kaçırma amaçlı ticarî işletme devirlerinde alacaklıların korunması bakımından İİK. m. 280/III düzenlemesi etkin bir düzenlemedir¹⁴².

3) Hacizde İstihkak Davası

a) Hacizde İstihkak Davasının Tanımı ve Amacı

İstihkak, kavram olarak “hak ediş”, “bir kimsenin hakkı”, “hak talep etme” olarak çeşitli anlamlara gelmektedir. İcra iflas hukuku alanında istihkak ise “bir şey üzerinde hak talebinde bulunma anlamında kullanılmaktadır¹⁴³.

Eşya hukuku alanında istihkak davası, zilyet durumunda olmayan malikin, malik olmayan zilyede karşı mülkiyet hakkına dayanarak açtığı ve haksız olarak ele geçen veya zaptolunan eşyanın iadesi sağlama amacı taşıyan aynî vasıfta bir eda davası olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁴.

Eşya hukuku alanındaki bir tanımda istihkak davası, bir kişinin kendi mülkiyetinden çıkmayan fakat üçüncü bir kimsenin elinde olan taşınır veya taşınmaz bir malının kendisine teslimini sağlamak için açtığı ayni eda davası olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁵.

İcra iflas hukuku alanında hacizde istihkak davasının mahiyeti farklıdır. Buna göre, haczedilen mal üzerinde üçüncü bir kimsenin, bu haczin kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde bir hak iddia etmesine alacaklı ve/veya borçlu tarafından itiraz edilmesi durumunda üçüncü bir şahsın, mal üzerinde haczin mümkün olup olmadığının tespiti için açılır. Bu davadasadece ihtilaf konusu icra takibi bakımından sonuç doğuracak şekilde karara bağlanması talep edilir. Dava genel mahkemelerde değil icra mahkemelerinde açılır¹⁴⁶.

¹⁴² ERİŞİR, s. 287.

¹⁴³ ARSLAN, Kudret; Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s. 13 vd.

¹⁴⁴ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s25 vd.

¹⁴⁵ TEKİNAY/ Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1989, (Kısaltılmışı; TEKİNAY, Eşya Hukuku).

¹⁴⁶ ARSLAN, s. 21.

b) Hacizde İstihkak Davasının Niteliği

Bu dava ile ulaşılmak istenen amaç, borçluya ait olduğu gerekçesiyle haczedilen fakat üzerinde üçüncü bir kişinin hak iddiasında bulunduğu bir mal üzerindeki uyuşmazlığın ihtilaf konusu icra takibi bakımından çözüme kavuşturulmasıdır. Bu davanın sonunda haczedilen mal üzerindeki cebri icra işleminin akıbeti tayin edilmektedir. Davanın sonunda üçüncü kişinin mal üzerinde ileri sürdüğü hakkın haklılığı kabul edildiğinde o icra takibi bakımından cebri icra işlemleri devam etmez; haksız görülürse devam eder¹⁴⁷.

Hacizde istihkak davasının, maddî hukuka veya takip hukukuna ilişkin bir dava olduğu konusunda farklı görüşler vardır¹⁴⁸. Bu görüşlerin tartışılması tezimizin konusu değildir. Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, hacizde istihkak davası takip hukukuna ilişkin bir davadır. Yargıtay’a göre, takip hukuku yönünden istihkak davaları ile maddî hukuk yönünden istihkak davalarının aynı değildir. Hacizde istihkak davasının amacı, gerçek malikin belli edilmesi olmayıp, uygulanan haczin belli bir hak iddiasına karşı geçerli sayılmasının gerekip gerekmediğinin tespitidir. Yargıtay’a göre, maddi hukuka ilişkin bir uyuşmazlığın çözümünün icra hukuk mahkemelerinin görev alanına girmez. Bu sebeple, Yargıtay’a göre, istihkak davasının sonunda verilen hüküm yalnız derdest icra takibi için ve sadece o davada taraf olanlar bakımından etkili olur¹⁴⁹.

Hacizde istihkak davasının temeli, alacaklının mal üçüncü kişinin elinde olmasına rağmen, malın mülkiyetinin aslında devralana geçmediği halen borçluya ait olması iddiasıdır. Hacizde istihkak davasının amacı bu iddianın hüküm altına alınmasıdır¹⁵⁰.

c) Ticarî İşletmenin Devrinde İstihkak Davası

İstihkak davasının kim tarafından açılacağı, malın kimin elinde haczedildiğine göre belirlenmelidir. Bu TMK. m. 985 ve İİK. m.97/a düzenlemelerindeki, zilyetliğin mülkiyete karine teşkil edeceğine dair ana kuralın bir sonucudur.

Üçüncü bir kişi, malın mülkiyetinin kendisine ait olduğunu ileri sürerek icra iflas hukuku kapsamında istihkak davası açabileceği gibi, haciz borçlusu malın üçüncü kişiye ait

¹⁴⁷ ARSLAN, s. 22.

¹⁴⁸ Detaylı bilgi için bkz. ARSLAN, s. 24 vd.

¹⁴⁹ Yargıtay HGK’nun 1989/13-197 Esas, 1989/336 Karar sayılı ilamı; Yargıtay 15. HD’nin 06.07.1999 tarih ve 1999/2641 Esas, 1999/2937 Karar; Yargıtay 15 HD’nin 03.06.1992 tarih ve 1992/1974 Esas, 1992/3003 Karar sayılı ilamları, www.kazanci.com. (Erişim tarihi, 22.09.2017).

¹⁵⁰ ERİŞİR, s. 292.

olduğunu ileri sürerek de davayı açabilir. Ayrıca haczedilecek olan taşınır mal üçüncü kişinin elinde bulunuyorsa, haciz alacaklısı da malın üçüncü kişiye ait olmadığı iddiasıyla hak düşürücü sürelerle uyararak istihkak davasını açabilir. İstihkak davasının açılması için malın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçmemiş olması gereklidir.

Muvazaalı ticarî işletmenin devirlerindeki uygulama bir yana bırakılırsa, Yargıtay, İİK. m. 44'deki ticaretin usulsüz terki ile işletmenin devrinde devralanın sorumluluğunu birlikte değerlendirmekle kalmamakta istihkak davalarına dayanak yapmaktadır. Yargıtay, İİK. m.44 prosedürlerine uymayan ticarî işletme devirlerini adeta geçersiz saymaktadır. Yargıtay uygulaması ile İİK. m 280/III'deki tasarrufun iptali davaları işlevsiz hale gelmektedir. Yargıtay'ın İİK. m. 44'de belirtilen yükümlülükler uyulmadan yapılan ticarî işletme devirlerini muvazaalı gibi örtülü şekilde geçersiz kabul etmektedir. Geçersiz kabul ettiği işletme devirleri sebebiyle, haciz yapılmasına izin verdiği sürece bu sorun devam eder. Zira İİK. m. 280/III ancak geçerli tasarrufların iptali için başvurulabilecek bir davadır. Devirler geçersiz kabul edildiğinde, borçlunun malvarlığında olduğu kabul edilir. Borçlunun malvarlığında olan tasarruflar için borçlunun mal kaçırma amaçlı geçerli tasarruflarına başvurma imkânı kalmaz.

Yargıtay'ın muvazaalı işletme devirleri ile ilgili uygulaması tutarlı değildir. Takip hukukunda borçlarını ödememek için alacaklılardan mal kaçırmak amaçlı muvazaalı malvarlığının devirleri yapılmaktadır. Özellikle ticarî işletmelerin veya işletmeye dâhil malvarlıklarının akraba, yakın veya eski çalışanlara muvazaalı şekilde devredilmesi oldukça yaygındır. Bu dâişıklı işlemlerde, taraflar aslında yapmak istemedikleri halde, alacaklıları kandırmak amacıyla aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan görünüşte işyeri devri gibi işlemlere girişmektedir¹⁵¹. Bu sebeple, muvazaalı işyeri devirleri TBK. m. 19 gereğince geçersiz sayılmalıdır. Yargıtay'ın muvazaalı işlemler yoluyla gerçekleşen işyeri devirlerini geçersiz saymasında hukuken hiçbir sorun yoktur. Hukuk tekniği bakımından sorunlu olan, alacaklılardan mal kaçırmak amaçlı muvazaalı işletme devirlerini geçersiz sayılarak haciz yapılmasına ve satış yapılmasına imkân tanınmasıyla kalmayıp, devralanı da TBK. m. 202 gereğince sorumlu tutmasıdır¹⁵². Yargıtay'ın bu uygulaması hakkında “*duraksamadan devam edilmesi gerektiğini*” ileri sürülmektedir.

¹⁵¹ GÜNEREN, s. 896 vd.

¹⁵² GÜNEREN, s. 896.

Kanaatimizce, muvazaalı şekilde yapılan işlemler TBK. m. 202 anlamında bir sonuç doğurmaz. İşletmenin devri süreci tamamlanmamış veya muvazaa sebebiyle geçersiz ise, malvarlığı unsurları veya işletme devralana geçmez. Bu sebeple malvarlığı devreden borçlunun uhdesinde kalır. Devredende kalan malvarlığı üzerinde haciz ve takip işlemlerine devam edilebilir fakat devralanın, geçersiz bir devir sebebiyle alacaklıya karşı sorumlu tutulmaması gerekir. Muvazaalı işletme devrinin mutlak butlanla hükümsüzlüğüne karar verilmesi ile yetinilmesi gerekir. Muvazaa sebebiyle işletmenin devrinin iptaline karar verildiğinde, işletme devri gerçekleşmediğinden alacaklının hacze devam etmesinin önünde hiçbir engel kalmaz. Yargıtay tarafından muvazaa sebebiyle geçersiz olan işletme devrileri bakımından devralan üçüncü kişiyi de devredenle birlikte sorumlu tutarak adeta fazladan cezalandırmaktadır. Hukuk tekniği bakımından yerinde bir tutum olmadığı düşüncesindeyiz.

4) Ticarî İşletme Devirlerinin İİK. m.280/III Hükümü Gereğince İptali

a) Genel Olarak

Tasarrufun iptali davası alacaklıların korunması bakımından öngörülmüş olup esasında alacaklıların menfaatine hizmet etmektedir¹⁵³. İcra İflas Kanunu'nda alacaklıları zarara uğratmak kastıyla hareket edilerek malvarlığı veya işletmenin devrinden alacaklıları koruyucu hükümler öngörülmüştür. Bu hükümlerin en etkili olanlarından birisi İİK. m. 280/III'te öngörülen mal kaçırma kastıyla yapılan tasarrufun iptali düzenlemesidir.

Borçlunun, alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla yaptığı hileli, muvazaalı tasarrufların takiple sınırlı olarak iptali amaçlanmaktadır. Üçüncü kişiler, davanın sonunda alınan iptal kararı ile cebri icraya katlanmak zorunda bırakılmaktadır¹⁵⁴.

b) İptal Davasının Hukukî Niteliği

Alacağın muaccel olmasından ve takipten önce istisnai haller haricinde, borçluların malvarlığının üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması mümkün değildir. Bu sebeple, borçluların takipten kurtarmak için mallarını devrettikleri sıkça görülmektedir. Borçluların bu tasarruflarından alacaklılar zarar görmektedir. Takipten önce malvarlığı veya işletme devredildiği takdirde, takibe geçildiğinde borca yeter malvarlığı ya hiç kalmamakta ya da takip kısmen semeresiz kalmaktadır. Bu sebeple, kanun koyucu tarafından alacaklıları korumak için iptal davası açma hakkı öngörülmüştür¹⁵⁵.

¹⁵³ YILDIRIM, Kamil; Tasarrufun İptali Davasında Ticarî İşletme Devri Karinesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, İstanbul 2013, s. 471-482.

¹⁵⁴ YILDIRIM, s. 472.

¹⁵⁵ DURMAN, s. 157

İptal davası, borçlunun hacizden önce tasarruf yetkisinin kısıtlanmamış olduğu dönemde geçerli bir şekilde yapılmış tasarruflarına konu malvarlığı değerleri hakkında açılmaktadır¹⁵⁶. Dava sonunda söz konusu mallar borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi takibe konu edilebilmektedir. İptal davası, geçmişte gerçekleşmiş ve geçerli tasarrufların doğmuş bulunan zararlı sonuçlarını gidermek amaçlıdır. Davacının bu davadaki amacı, icra takibi içinde elde edemediği alacağını tahsil etmektir. Takip işlemlerinin devamına engel olan geçmişte yapılmış hukukî işlemin alacaklı bakımından etkisini ortadan kaldırmak amaçlanmaktadır¹⁵⁷.

Tasarrufun iptaline karar verildiğinde, malvarlığı değeri tekrar borçlunun mülkiyetine geçmez. Bu yönüyle iptal davası butlan hükümlerinden ayrılır. Bu dava, alacaklıya, alacağını tahsil etme imkânı tanıyan, kanundan doğan şahsi bir davadır¹⁵⁸. Bu davanın sonunda tasarrufa konu malın mülkiyetinin borçluya ait olduğuna karar verilmez; sadece davacı alacaklıya icraya devam ve malın satış bedelinden kişisel hakkı olan alacağını tahsil etme yetkisi verir.¹⁵⁹

c) İptal, Muvazaa ve Butlana Tabi Tasarruflar Arasındaki İlişki

İİK. m. 277 vd. düzenlenen borçlunun iptal davasına konu olan tasarruf işlemleri, hukuken geçerli fakat alacaklıları zarara sokan işlemlerdir. İptale tabi tasarruf konusu malvarlığı değeri, borçlunun malvarlığından çıkmış, üçüncü kişinin malvarlığına girmiştir. İptal davasıyla, o mal veya hak iptal kararıyla borçlunun malvarlığına geçmez¹⁶⁰. Davanın miktarı takip alacağı ile sınırlıdır¹⁶¹. Davacı mal veya hak üzerinde sanki o mal veya hak borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi cebri icra yöntemiyle takibe maruz kalır ve alacaklının icra yoluyla hakkını arama imkânı verir.¹⁶²

Tasarrufun maddi hukuk anlamında muvazaalı veya batıl işlemler sebebiyle geçersiz olmasında, işlem konusu mal veya hak devreden malvarlığının dışına çıkmaz. Çünkü muvazaalı veya batıl işlem hükümsüzdür. Muvazaalı işlemlerin tasarrufun iptali davasına konu edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Bir görüş muvazaalı işlemler sebebiyle iptal

¹⁵⁶ BÖRÜ, Levent; İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M. 280); AÜHFD. C.58, S3, Ankara 2009, s.481-537.

¹⁵⁷ DURMAN, s. 158.

¹⁵⁸ BÖRÜ, s. 486.

¹⁵⁹ DURMAN, s. 158.

¹⁶⁰ BÖRÜ, s. 489 vd.

¹⁶¹ YILDIRIM, s. 472 vd.

¹⁶² DURMAN, s. 159.

davası açılmayacağını ileri sürmektedir. Zira muvazaalı işlemlerde malvarlığı zaten diğer tarafa geçmemektedir. Tasarrufun iptali davası ise geçerli tasarruflara karşı açılır¹⁶³.

Buna karşılık, diğer görüş sahipleri, borçlunun tasarruflarının muvazaalı olduğu hallerde alacaklı maddi hukuka göre muvazaalı işlemin tespitini isteyebileceği gibi iptal davası da açabilir. Bu düşünce sahiplerine göre, özet olarak maddi hukuka ilişkin muvazaanın ispatındaki zorluklar sebebiyle alacaklı bu imkândan mahrum bırakılmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶⁴.

Doktrinde başka bir yazar, muvazaalı işlemlerin takip hukuku bakımından ayrı, maddi hukuk bakımından ayrı nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, İİK.m.280 takip hukukuna has bir muvazaa davasıdır¹⁶⁵.

Yargıtay muvazaalı işlemlere karşı iptal davası açılmasına cevaz vermektedir. Hali hazırda, istihkak davalarında muvazaa iddiası ve terditli olarak iptal istemi ile birlikte ileri sürülebilmektedir¹⁶⁶.

Yargıtay, takip hukuku alanında borçlunun aslında geçerli olan tasarrufları veya maddi hukuk ilkelerine göre hukuken geçerli sayılmayan muvazaalı devirler için ayırım gözetmeksizin tasarrufun iptali kurallarını uygulamaktadır.¹⁶⁷

Yargıtay, alacaklılara zarar verme kastı kavramını muvazaa olarak değerlendirmektedir. Muvazaa kavramını, kararların gerekçesinde bu anlamda kullanmaktadır. Oysa muvazaalı işlem hiçbir netice doğmaması veya görünüşteki işlemde başka bir sonuç doğurması konusunda tarafların anlaşmalarıdır. Muvazaa, iki tarafın kendi iradeleriyle beyanları arasında isteyerek meydana getirdikleri uygunsuzluk halidir¹⁶⁸. Muvazaa, tarafların aslında dilemedikleri bir işlemi üçüncü kişileri kandırmak için yapmalarıdır. Tarafların üçüncü kişileri aldatmak kastıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan, hüküm ve netice doğurmayan bir görünüş yaratmak hususundaki anlaşmalarına muvazaa denir¹⁶⁹.

¹⁶³ GÜNEREN, s. 1023.

¹⁶⁴ UYAR, s. 581 vd.; YAVUZ, s. 6 vd.

¹⁶⁵ BÖRÜ, s. 492.

¹⁶⁶ DURMAN, s. 160.

¹⁶⁷ YAVUZ, Nihat; Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulamasından Örnekler, Yargıtay Dergisi 1999, s.217-241.

¹⁶⁸ EREN, s. 349.

¹⁶⁹ EREN, s. 350.

İptal davası ile ilgili muvazaa gerekçesinin kullanıldığı Yargıtay kararlarına bakıldığında, yapılan ticarî işletme veya malvarlığı devirlerinin muvazaa amaçlı değil, alacaklılara zarar verme kastı ile yapıldığı görülmektedir. Tarafların gerçek iradesinin işletmenin veya malvarlığının bir an önce devredilmesi yani devir işleminin hüküm doğuracak şekilde yapılmasını amaçlayan bir sözleşme yapmak olduğu fakat bu sözleşmenin temelinde yatan saikin ise alacaklılardan mal kaçırmak olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay’a göre, icra takibine konu edilen bir alacağın tahsili için borçlunun malvarlığının alacaklı açısından korunması gerekir. Koruyucu hükümlerin, özünde geçerli tasarruflar için uygulanmasına itiraz eden yoktur. Bu sebeple, borçlu ile muvazaalı şekilde hareket edip alacaklıdan mal kaçırmaya yardımcı olan üçüncü kişilerle yapılan muvazaalı tasarruflara da uygulanması gerekir. Hatta geçerli tasarruflara uygulanan bu hükümlerin muvazaalı işlemlerde uygulanmaması hukuk anlayışına ve kanunun amacına ters düşer¹⁷⁰.

Kanaatimizce muvazaalı işlemlerin İİK. m. 277 vd. yer alan iptal davalarına konu olmaları mümkün değildir. Yani hukukî bakımdan geçersiz olan işlemler aleyhine iptal davası açılmasına gerek yoktur. Zira hükümsüz işlem sonuç doğurmaz ve iptale de gereksinim duymaz. Bu açıdan muvazaa iddiası ile iptal davasının bir arada bulunması mümkün olmamalıdır. İİK. m. 277 vd. düzenlemelerinde, her ne kadar butlan kavramı kullanılmaktaysa da, kastedilen maddî hukuk anlamındaki kesin veya nispi hükümsüzlük değildir. İptal davasının amacı, cebr-i icra hukuku açısından malvarlığı değeri sanki borçlunun malvarlığından çıkmamış gibi alacaklının takip hakkının konusunu oluşturmaktır. Bu anlamda, iptal hakkı yenilik doğurucu bir hak değildir. Kuruluşunda geçerli bir işlemi cebri icra hukuku alanında kalmak koşuluyla tasfiye etmeye yönelik nispi bir talep hakkıdır¹⁷¹.

İptal davasının, davacı lehine neticelenmesi durumunda, hakkında iptal kararı verilen unsurlar borçlunun malvarlığına iade edilmez. Borçlunun yapmış olduğu işlem maddi hukuk bakımından hükümsüz hale gelmez¹⁷². Davanın sonucunda verilen iptal kararı ile yapılan işlem alacaklı yönünden netice doğurmaz. Tasarruf işlemine konu olan mal satılır ve alacaklı alacağını tahsil ettikten sonra geriye para artarsa, borçluya değil üçüncü kişiye ödenir. Tasarrufun iptali maddi hukuk anlamındaki hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalmayacağından bu neticeye varılması doğaldır¹⁷³.

¹⁷⁰ YAVUZ, s. 225.

¹⁷¹ DURMAN, s. 160.

¹⁷² BÖRÜ, s. 484 vd.

¹⁷³ DURMAN, s. 161

Yukarıda da belirtildiği üzere, muvazaalı işlemler istihkak davasına konu oluşturur. Çünkü devir işleminin muvazaalı veya batıl olduğu kabul edildiğinde işleme konu mal üçüncü kişinin mülkiyetine geçmez. Alacaklı, muvazaalı veya batıl işlem iddiasını ileri sürüp ispatlayarak işlemin geçersizliğini ve malın borçlunun malvarlığı içinde kalmasını sağlayabilir. Muvazaalı veya batıl işlemin konusunu oluşturan malvarlığı değeri, üçüncü kişinin elindeyken haczedilir veya iflas idaresi tarafından iflas masasına dâhil olduğu iddia edilirse bunu ileri sürmenin yolu, İİK. m. 99 gereği alacaklı veya iflas idaresi tarafından açılacak olan istihkak davasıdır. Bu nedenle muvazaalı veya batıl işlemlere konu malvarlığı veya işletme devirlerinde bu malvarlığı değerleri hakkında iptal davası açılmasına gerek yoktur¹⁷⁴.

Yargıtay'ın iptal davaları ile muvazaa davalarında verdiği kararlarına yüzeysel bakıldığında, güttüğü amaç bakımından benzer olduğu belirtilmektedir. Aslında özünde bunların çok farklı davalar olduğu düşüncesine iştirak etmekteyiz. Yargıtay'ın farklı dairelerinde aynı gerekçelerle iki dava arasındaki ayrım şu şekilde ayrım yapılmaktadır¹⁷⁵: Yargıtay'a göre, TBK. m. 19 hükmünde düzenlenen özüne ve sözüne uygun muvazaa sebebiyle iptal istemine ilişkin davaların hukukî sebebi farklıdır. Kural olarak 3. kişiler, muvazaalı işlem sebebiyle hakları zarara uğradığında bu hukukî işlemlerin geçersizliğini dava edebilir. Zira muvazaalı bir hukukî işlem 3.kişilere işlenmiş bir haksız eylem sayılır. Fakat 3. kişinin muvazaalı işlem sonucu haklarının zarara uğradığının kabul edilebilmesi için onun muvazaalı işlemde bulunandan alacaklı olması gerekir. Yani bu muvazaalı işlemin alacağının ödenmesini engelleme maksadıyla yapılmış olması gerekir.

Yüzeysel olarak bakıldığında iptal davaları ile muvazaa davaları arasında bir benzerlik vardır. Ancak kanatımızca bu benzerlik her iki dava ile hedeflenen amaçtan öte gitmez. İİK. m. 277 hükmünde zikredilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış tasarrufların alacağın tahsilini sağlama amacıyla sınırlı olarak hükümsüz kılınması için açılmaktadır. Maddi hukuka ilişkin muvazaa davası tasarruf işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit etmek için açılır. Davacının bu davadaki amacı alacağını tahsil edebilmek için muvazaa sebebiyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü

¹⁷⁴ DURMAN, s. 161.

¹⁷⁵ Yargıtay, 17. HD'nin 19.04.2016 tarih ve 2016/2560 Esas, 2016/5017 Karar; 17.05.2016 tarih ve 2014/14573 Esas, 2016/6009 Karar; 13.06.2013 tarih ve 2013/5158 Esas, 2013/9009 Karar; Yargıtay 4. HD'nin 26.09.2011 tarih ve 2011/9810 Esas, 2011/9599 Karar; 22.01.2014 tarih, 2013/3286 Esas, 2014/737 Karar sayılı ilamlarında benzer ifadelerle muvazaa davası ile İİK 277 vd düzenlenen tasarrufun iptali davalarının ayrımı yapılmıştır. www.kazanci.com. (Erişim tarihi, 18.09.2017).

sağlamaktır. Maddi hukuktaki muvazaa iddiasıyla açılan davada davacının icra takibi başlatması ve aciz belgesi alması zorunluluğu bulunmamaktadır.

İİK. m. 277 vd. maddelerinde iptal davasının konusu, aslında geçerli olan fakat takip hukuku bakımından iptale imkân verilen tasarruflardır. Muvazaaya dayalı iptal davasında ise davacı muvazaalı işlemle kendisinin zarara uğratıldığını ileri sürmektedir. İİK. m. 277 vd. maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel değildir. Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK. m. 283/I hükmü kıyas yoluyla uygulanarak iptal ve tescile ihtiyaç olmadığının kabulü ile davacıya haciz ve satış isteyebilmesi imkanı tanınması şeklinde karar verilmelidir.

Yargıtay kararlarında ¹⁷⁶, davaya konu edilen satışın muvazaalı olduğunun kanıtlanması halinde davacının, maldan alacağını tahsili imkânı olduğu kabul edilmektedir. Fakat, bu hak aynî değil şahsi bir sonuç doğurur. Bu sebeple, muvazaalı işlemlerin kanıtlanması durumunda tapunun iptaline değil; İİK. m. 283/I hükmü gereğince iptal ve tescile gerek olmaksızın taşınmazın haciz ve satışına karar verilir.

Yargıtay tarafından muvazaalı devirlerde aciz vesikası alınmasına gerek olmadığına istikrarlı şekilde karar verilmektedir. Yargıtay, muvazaalı işlemler sebebiyle İİK. m. 277 vd. hükümlerine göre tasarrufun iptali davasının açılmasının genel hükümlere göre iptal davası açılmasına engel olmadığına hükmetmektedir.

Yargıtay, muvazaa sebebine dayanan tasarrufun iptali davalarının açılması için, aciz vesikasına gerek olmadığına hükmederken; üçüncü kişinin muvazaalı işlem ile haklarının zarara uğratıldığının benimsenebilmesi için onun muvazaalı işlemde bulunandan alacaklı olması gerektiğine hükmetmektedir. Yargıtay, alacağın varlığı bakımından icra takibini yeterli gördüğü gibi¹⁷⁷, kamu görevlisi hakkında ağır ceza mahkemesinin zimmet suçundan yargılanan sanık hakkında verdiği ceza kararındaki hükmü¹⁷⁸ veya bir boşanma davasında hüküm altına alınan tazminat veya alacağı¹⁷⁹ da yeterli görmüştür.

¹⁷⁶ DURMAN, s. 160, 54 no'lu dipnotta yer alan Yargıtay kararı.

¹⁷⁷ Yargıtay 17. HD'nin 08.10.2007 tarih ve 2007/ 4397Esas, 2007/3011 sayılı ilamında, davalı G. hakkındaki icra takipleri kesinleştiğine göre, davacının davalıdan alacaklı olduğu tartışmasızdır..." şeklinde karar vermiştir. www.kazanci.com. (Erişim tarihi, 18.09.2017).

¹⁷⁸ Yargıtay 17. HD'nin 13.06.2013 tarih ve 2013/5158 Esas, 2013/9009 Karar sayılı ilamında; Mahkemece davalı borçlu hakkında kesinleşmiş bir icra takibi ve aciz belgesinin bulunmadığı gerekçesiyle İİK. m.277 maddesindeki şartların oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair karar bozulmuştur. Yargıtay bozma

Buna karşılık, Yargıtay¹⁸⁰, üçüncü kişilerin, muvazaalı işlemde bulunduğu iddia edilen kişiye karşı alacak davası açmalarının, tasarrufun iptali davasının kabulü için yeterli olmadığını, muvazaalı işlemde bulunanın, üçüncü kişilere borçlu bulunduğunun gerçekleşmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay¹⁸¹, tasarrufun iptali davasının muvazaa sebebine dayanması halinde uygulanan yaptırım TBK. m. 19 hükmündeki genel hükümlerden farklı değerlendirmiştir. Yargıtay'a göre, tasarrufun iptali davaları muvazaa sebebine dayansa bile, iddianın konusu malın aynına ilişkin olmadığından, davacı iddiasını ispatladığında devrin iptaline gerek olmaksızın İİK. m. 283/I fıkrası kıyasen uygulanarak, malın üzerinde satış ve icra işlemlerinin devamına karar vermek gerekir.

Muvazaa davası, iptal davasına göre daha kapsamlıdır. Muvazaa nedeniyle malvarlığı değerleri borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış olur. Bu yüzden muvazaa davası aynî bir dava iken iptal davası şahsi bir davadır.¹⁸²

Muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğün tespiti için muvazaanın gerçekleşmesi ve ispatı gerekirken, tasarrufun iptali davaları açısından İİK. m. 277 vd. şartların varlığının ispatı yeterlidir. İptal davalarında muvazaanın varlığı veya yokluğu tasarrufun iptali açısından önem taşımaz. Hukukî yararı ihlal edilen herkes muvazaa davası açabilirken; iptal davasını ancak elinde aciz vesikası olan alacaklı açabilir. Yine muvazaa davası her türlü tasarrufa karşı açılabilirken; iptal davası sadece İİK. m. 277-280'de belirtilen tasarruflara karşı açılabilir. Süre açısından muvazaa davası herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değilken; İİK. m. 284 gereği iptal davasında beş yıllık bir hak düşürücü süre vardır¹⁸³.

ilamında, somut olayda Ağır ceza Mahkemesinin ilamı gereğince davacı idarenin davalıdan 70.251,60 TL alacaklı olduğunu ağır ceza mahkemesinin kararının temyiz aşamasında olduğundan henüz kesinleşmediğini, muvazaaya dayalı iptal davasında icra takibine geçilmesi ve aciz vesikası alınmasına gerek olmadığını, mahkemece ilamın kesinleşmesinin beklenmesini, kesinleştiği takdirde davalılar arasındaki satış işleminin muvazaalı olduğunun tespiti halinde İİK 283/1 fıkra hükmü kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek kalmaksızın haciz ve satış yetkisi verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. www.kazanci.com. (Erişim 18.09.2017).

¹⁷⁹ Yargıtay 17. HD'nin 08.10.2007 tarih ve 2007/ 4397Esas, 2007/3011 sayılı ilamı, www.kazanci.com.(Erişim tarihi, 18.09.2017).

¹⁸⁰ Yargıtay 4. HD'nin 22.01.2014 tarih ve 2013/3286 Esas, 2014/737 Karar sayılı ilamı, www.kazanci.com. (Erişim tarihi, 18.09.2017).

¹⁸¹ Yargıtay 17. HD'nin 17.05.2016 tarih ve 2014/14573 Esas, 2016/60091 sayılı ilamında, davalı aleyhine açılan boşanma davası sonucu hükmedilen tazminat ve nafakaların tahsilini engellemek için yapılan tasarrufların iptali davasında hüküm altın alınıp tespit edilen tazminatın yeterli olduğuna hükmetmiştir. www.kazanci.com. (Erişim tarihi, 18.09.2017).

¹⁸² DURMAN, s. 164.

¹⁸³ DURMAN, s. 164.

İptal davası açılması için tasarrufun alacaklıya zarar vermesi gerekir. Zarardan kasıt, alacaklının alacağına kavuşmasını veya takip işlemlerine devam etmesini zorlaştırmasıdır¹⁸⁴.

d) İptal Davasının Özel Bir Türü Olarak Borçlunun Ticarî İşletmesini Veya İşyerindeki Mallarını Devretmesi Hali

Ticarî işletmesinin veya işletmesindeki malvarlığı değerlerinin önemli bir kısmını alacaklılara zarar verme kastıyla devreden borçlulara karşı İİK. m. 280/III fıkra hükmü öngörülmüştür. Bu düzenleme yalnızca iptal davası yönünden getirilmiştir. İİK. m. 280/III fıkrasında iki taraflı bir karine getirilmiştir¹⁸⁵. Borçlunun ticarî işletmesini veya işletmesindeki malların tamamını veya büyük bir kısmını devralan ya da malların bir kısmını devralmakla beraber, işyerini sonradan işgal eden üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiği varsayılır¹⁸⁶. Aynı şekilde, borçlunun da alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiği varsayılır. Bu karinelerin aksi İİK. m. 280/III fıkrasında sayıldığı şekilde ispatlanabilir. Buna göre, iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay önceden durumun yazılı olarak bildirildiğinin veya ticarî işletmenin bulunduğu yerde görülür levhalara asılmakla beraber Türk Ticaret Sicil Gazetesi'nde ya da olmasa bütün alacaklılarının öğrenmelerini sağlayacak uygun araçlarla ilân edildiğinin ispatı ile çürütülebilir¹⁸⁷.

Doktrinde İİK.m. 44 ile İİK. m.280/III arasında ilişki olup olmadığı, kapsam alanları ve birlikte uygulanıp uygulanamayacağı konusunda farklı görüşler vardır. İİK. m. 44 düzenlemesine göre, ticareti terk eden tacirin uyması gereken bir prosedür vardır. Bir kısım yazarlar, bu iki hükmün çelişmediğini ileri sürmektedir. Bunlara göre, İİK.m.44 aynı zamanda ticarî işletmenin devri halinde de uygulanır. İİK.m. 44 ticaretin terkinden sonra iki ay süreyle tasarruf yasağını öngörmektedir. Zaten İİK.m. 280/III bu tasarrufların iptali için öngörülmüştür¹⁸⁸.

Buna karşılık, diğer bir görüş ise her iki hükmün muhteva ve uygulama şartlarının farklı olduğunu ileri sürmüştür. Bu sebeple birbirini tamamlayan hükümler olarak uygulanamaz¹⁸⁹.

¹⁸⁴ BÖRÜ, s. 507.

¹⁸⁵ YILDIRIM, s. 481 vd.

¹⁸⁶ DURMAN, s. 182.

¹⁸⁷ DURMAN, s. 182.

¹⁸⁸ GÜRDOĞAN, Burhan; İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara 1963, s. 157-168.

¹⁸⁹ UYAR, s. 118 vd.

Yargıtay, işletmenin devrinde İİK. m.44 ve İİK. m.280 düzenlemelerinin birlikte ele alınarak uygulanmasına imkân vermektedir. Yargıtay, İİK.m. 44 ve İİK.m. 280 düzenlemelerine uyulmadan yapılan ticarî işletme devirlerinde istihkak davasını dinlemektedir. Bu düzenlemelere aykırı ticarî işletme devirleri alacaklıya karşı ileri sürülemez. Alacaklı haciz talep edebilir.

Yukarıda bu konu detaylı şekilde irdelenmiştir. Tekrara düşmemek için İİK. m. 44 düzenlemesine maddi hukuka dair bir norm işlevi yüklememek gerekir. Ticarî işletmenin devri konusunda kurumun düzenlendiği maddi hukuka dair düzenlemelerdeki mevcut hükümler dışında düzenleme metninde yer almayan fonksiyonlar verilmemelidir. Yine İİK. m. 280/III düzenlemesinde, ticarî işletmenin devrinde takip hukuku bakımından özel bir hüküm öngörülmüştür. Bu özel hükümlerde öngörülen usulün dışında İİK.m. 44 düzenlemesinin de uygulanması kurumun işlevselliğini yitirmesine sebebiyet verebilir. Taraflar arasında olması gereken menfaat dengesine de uygun değildir. Ticarî işletmenin devri ile ilgili özel hükümlerin yanında yorumla ilave yükümlülükler öngörülmesi doğru değildir.

İİK. m. 280/III fıkra hükmünün uygulanması için devir işlemine konu değer bir işletme veya bir işletmenin malvarlığı değeri açısından önemli unsur olması gerekir. Yargıtay, ticarî işletme devirleri açısından özellikle fabrikanın veya benzeri üretim tesislerinin devrini ve işletmenin en önemli malvarlığı değerlerinden taşınmazların devrini bu kapsamda kabul etmiştir.¹⁹⁰ TBK. m. 202 genel bir maddî hukuk düzenlemesi olup, mal kaçırma amacını önlemeye yönelik koruyucu bir düzenleme değildir. Mal kaçırma kastıyla yapılan ticarî işletme veya malvarlığı değerlerine ilişkin İİK. m. 280/III fıkrasında düzenleme yapılmıştır.¹⁹¹ İİK. m. 280/III ile TBK. m. 202 arasında devralan ve devreden sorumluluk usulleri bakımından bir çelişki varmış gibi görünmektedir. TBK. m. 202’de belirtilen şartları yerine getiren devralan ve devreden iki yıl süreyle malvarlığı veya işletmenin borçlarından müteselsilen sorumlu olmaya devam etmektedir. İki yıllık sürenin bitimiyle beraber devralan tüm malvarlığı ile tek başına sınırsız bir şekilde işletmenin borçlarından sorumlu olmaktadır.¹⁹²

İİK. m. 280/III fıkrasındaki düzenleme gereği, borçlunun ticarî işletmesinin veya işletmesindeki ticarî malların tamamını veya büyük bir kısmını devralan ya da malların bir

¹⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 02.02.2005 tarih 2004/15 Esas, 2005/661-1 Karar sayılı ilamı, www.kazanci.com. (Erişim tarihi, 12.12.2019).

¹⁹¹ DURMAN, s. 185.

¹⁹² DURMAN, s. 186.

kısmını devralmakla beraber işyerini sonradan işgal eden üçüncü kişinin borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiği varsayılır. Bu karinenin aksi maddedeki yollardan herhangi birisiyle çürütülemezse işletmenin devri tasarrufu iptal edilir. Fakat iptal davasının davacısı, sadece devredilen malvarlığı üzerinden alacağı kadar cebri icra uygulatma imkânına sahip olur¹⁹³. Bu açıdan bakıldığında İİK. m. 280/III fıkrasında belirtilen şekildeki ticarî işletme devirleri veya malvarlığı devirlerinde devralanın sorumluluğu daha hafiftir. TBK. m. 202 gereği yapılan devirlerde sorumluluk tüm malvarlığı bakımından olup, daha ağır olduğu söylenebilir. Zira TBK. m. 202 anlamında usulüne ve kanunun gösterdiği şartlara uygun yapılan bir devrin sonucunda devralan tüm malvarlığıyla sınırsız şekilde sorumludur. Fakat devrin alacaklılara zarar verme kastıyla yapıldığının varsayıldığı bir durumda devralanın katlanması gereken yük daha hafif olmaktadır. Devralan, alacaklının takip konusu alacağı ile sınırlı ve devir konusu malvarlığı değeri veya ticarî işletme ile sınırlı olarak malların üzerinde cebri icraya devam edip alacağını elde etme hakkına devralan katlanmak zorundadır. Yükümlülüklerini yerine getirerek usulüne uygun şekilde malvarlığı veya işletmeyi devralan sınırsız sorumluluk hükümlerine tabidir. Buna karşılık, alacaklılara zarar verme kastıyla yapılan bir devre katılmak suretiyle malvarlığı veya işletmeyi devralan sadece devraldığı işletme veya malvarlığı ile sınırlıdır. Deyim yerindeyse usulüne uygun devralan sınırsız sorumluluk hükümlerine tabi tutulmak suretiyle cezalandırılmış olmaktadır¹⁹⁴.

İİK. m. 280/III fıkrası kapsamına giren devirlerde, devralan devredenle ortak hareket etmektedir. Borçlardan sorumlu olma amacı gütmeyen alacaklılara zarar verme kastı olduğu karineten kabul edilmiştir. Böyle bir durumun madde başlığı ile ifade etmek gerekirse, borçlunun hileli işlemlerinin sonucunda ticarî işletme veya malvarlığının devrinin iptalle sonuçlanacağını bilerek işlem tesis ettiği kabul edilmektedir. Hukuka uygun olmayan bir amaçla ve hukuka aykırı şekilde işletmenin devraldığı karineten kabul edilerek iptale tabi tutulmuştur¹⁹⁵.

TBK. m. 202 ve İİK. m. 280/III fıkrasının düzenlenme amacı alacaklıların korunmasıdır. Amaç ortak olsa da sorumluluk bakımından düzenlemeler arasındaki bu çelişkiler maruz görülemez. TBK. m. 202’de alacaklıların korunması anlamında tanınan imkân, devreden de devralanla birlikte sadece iki yıl daha müteselsil sorumlu olmaya devam etmesidir. İİK. m. 280/III fıkrası alacaklılardan mal kaçırma ve dolayısıyla zarara uğratma

¹⁹³ DURMAN, s. 186.

¹⁹⁴ DURMAN, s. 186.

¹⁹⁵ DURMAN, s. 187.

kastıyla yapılan devirlerin iptali yoluyla TBK. m. 202'ye göre daha etkili ve farklı bir açıdan farklı bir şekilde alacaklıları korumaktadır. İİK. m. 280/III fıkra ile kötü niyetli ticarî işletmenin veya malvarlığının devri halinde alacaklıların korunması amacıyla öngörölmüş bir düzenleme olarak kabul edilmelidir¹⁹⁶.

¹⁹⁶ DURMAN, s. 188

§ 9. SONUÇ

İşletmenin devrini düzenleyen TBK. m. 202 hükmü, büyük ölçüde eBK. m. 179'in devamı niteliğindedir. Buna karşılık, TTK. m. 11/III düzenlemesi ile Türk hukuk sisteminde ticarî işletmenin devri konusunda köklü değişiklikler getirilmiştir. Ticarî işletmenin devri müessesesi, TTK. m.11/III düzenlemesinden önce hak ettiği ilgiyi görmemiştir. Söz konusu düzenlemeden sonra konu yoğun bir ilgi odağı haline gelmiştir.

TTK. m. 11/III düzenlemesi ile ticarî işletmenin malvarlığının bir bütün halinde adî yazılı bir sözleşmeyle devredilmesi öngörülmüştür. Ticarî işletmenin malvarlığı unsurlarının ayrı bir tasarruf işlemine gerek olmaksızın tek bir adî yazılı sözleşme ile devri mümkün hale gelmiştir. Değişikliklerin temel gerekçesi, ticarî işletme devrine işlerlik kazandırmaktır. Türk eşya hukukunun taşınmazların devriyle ilgili temel prensiplerine önemli bir istisna getirilmiştir. Düzenleme ile taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz iktisabı imkânı öngörülmesi tartışmalara ve sorunlara sebebiyet vermektedir.

Devir sözleşmenin şekli ve niteliği konusundaki hükümler de tartışmaları beraberinde getirmiştir. Düzenlemeden sonra çok sayıda araştırma ve makale yayımlanmış, konu önemli ölçüde ilgi görmeye başlamıştır.

Türk hukukunda, ticarî işletmenin borçlarının tamamen veya kısmen devrin kapsamı dışında tutulup tutulamayacağı konusunda özel bir hüküm yoktur. Bu sebeple, işletmenin devri müessesinde en fazla tartışma yaratan konulardan birisi borçların akıbetidir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Teminat teorisi, doktrinde genel kabul gören görüştür. Alacaklıların korunması amacından hareket eder. Bu görüşü savunanlara göre, pasiflerin devrini hariç tutan sözleşmeler geçersizdir. Teminat teorisi, Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Yargıtay, TBK. m. 202 düzenlemesinde kanuni bir teselsül öngörüldüğünü tarafların sözleşme ile bunu bertaraf edemeyeceği görüşündedir. Ticarî işletmenin sadece aktiflerinin devredilmesinin mümkün olmadığını, aktiflerin, işletmeye tanınan kredilerin ve borçların doğal teminatı olduğunu kabul etmektedir.

Borçların geçişiyle ilgili irade serbestîsi teorisi, adeta teminat teorisinin eleştirisi üzerine kurulmuştur. Bu görüş taraftarlarına göre, TBK. m.202 hükmünün amacı ve lafzı teminat teorisinin tereddütsüz kabulüne engeldir. İrade serbestîsi teorisine göre, tarafların iradesine üstünlük tanınmalı ve borçlar sözleşme ile devir kapsamı dışında tutulabilmelidir.

Azınlıkta kalan görüş sahiplerine göre, ticarî işletme devrinde pasiflerin de devrin kapsamında olmasının amacı alacaklıları korumaktır. Alacaklılar güvence altına alındığı ölçüde devir kapsamı dışında tutulabilir.

Bu düşüncelerin dışında doktrinde farklı bir görüş de ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre, TTK. m. 11/III'e TBK. m. 202 düzenlemesini tamamlayan veya kendiliğinden uygulanan bir hüküm olarak bakılamaz. Hangi aktiflerin veya pasiflerin devredildiğinin belirtilmediği hallerde bunlar devredilmiş sayılmaz.

Kanaatimizce, TBK. m. 202 ve TTK. m. 11/III düzenlemelerinde işletmenin bir bütün halinde aktif ve pasifleriyle birlikte devri öngörülmüştür. Pasifler kanun gereği kendiliğinden devralana geçer. Teminat teorisinin temelindeki düşünce alacaklıların korunmasıdır. Teminat teorisine göre, işletmenin aktifleri, pasiflerin doğal bir teminatı olup, pasiflerinin kapsam dışında bırakıldığı sözleşmeler geçersiz sayılmalıdır. Çalışmamızda prensip olarak teminat teorisi benimsenmiştir. Fakat pasiflerin devir kapsamı dışında bırakılması ile hükmün nisbi emredici bir hüküm olduğu ve bu sebeple pasiflerin devrin kapsamında bırakılmasıyla ilgili farklı bir çözüm bulunmalıdır. Alacaklıların korunması amacına zarar verilmeden taraf iradelerine değer vermek suretiyle sözleşmenin ayakta tutulması çözümü benimsenmelidir. Sözleşme lehine yorum (favor contractus) ilkesi, bizi bu çözüme götürmektedir. Kanaatimizce, ticarî işletmenin devri sözleşmesinde alacaklıların menfaatlerini zedeleyen şartlar geçersiz sayılmalıdır. Alacaklılara karşı geçersiz sayılan sözleşmedeki hükümler sebebiyle sözleşme geçersiz sayılmamalı, bu şartların yerini kanunun emredici hükmü almalıdır. Bu şekilde sözleşmede alacaklıların menfaatlerini ihlal eden şartlar geçersiz sayılmalı, yerine kanunun emredici hükümleri uygulanarak sözleşme ayakta tutulmalıdır. Yani pasiflerin devir kapsamı dışında tutulmasına dair şartlar alacaklıların haklarına zarar verdiği için geçersiz sayılmalıdır. Sözleşmedeki bu şartlar yerine TBK. m. 202'deki pasiflerin kanun gereği devrin kapsamında olduğu hükmü kabul edilmelidir. Sözleşmedeki şartlar yerine, *"işletmenin aktif ve pasifiyle devredildiği"* kabul edilmelidir. Kanun hükmü, sözleşmenin batıl kısmı yerine geçmelidir. Bu geçiş tarafların farazî iradesine değil, kanun hükmüne dayandığı için, TBK. m. 27/II anlamında bir kısmî butlan söz konusu olmaz.

TTK. m. 11/III düzenlemesiyle devir sözleşmenin *"yazılı şekilde"* yapılması, *"tescil ve ilân"* edilmesini öngörülmüştür. Fakat sözleşmenin ve tescilin hukuki niteliği veya etkileri konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Adî yazılı şeklin öngörülmesi sebebiyle devir sözleşmenin niteliğinin borçlandırıci işlem olduğu kanaatindeyiz. Sözleşmenin tescili ile ilgili TTK. m. 11/III'de açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat TTK. m. 11 düzenlemesinden tescilin tasarruf işlemi olduğu düşüncesindeyiz. Doktrinde ileri sürülen Türk Ticaret Kanunu genel sistemi, TTK. m. 11/III düzenlemesine göre tescilin bildirici nitelikte olduğu düşüncesine iştirak etmiyoruz. TSY. m.133/III düzenlemesinde açıkça, ticarî işletme devrinin tescil ile tamamlanacağı hükmü öngörülmüştür. Olması gereken hukuk ve hukuk yapma

teknîği açısından bu düzenlemenin kanunla yapılması gerekirdi. Hukuk yapma tekniğine uygun gibi görünmese de TTK. m. 11 düzenlemesinde öngörülen sisteme aykırı bir hüküm değildir. Hükümün açıklığa kavuşturulmasına hizmet etmektedir. Bu sebeple devir sözleşmesinin ticaret siciline tescilinin kurucu etkiye sahip olduğu düşüncesindeyiz.

TTK. m. 11/III düzenlemesi ile birlikte özel sicillerinde intikal için ayrı hükümler öngören fikrî mülkiyet haklarının, taşınır ve taşınmazların tescilsiz edinimi mümkün kılınmaktadır. Eşya hukukunda her bir malvarlığı unsurunun kendine has tasarruf işlemi ile devredilmesi ilkesinin sağladığı güvenlik ve faydalar ticarî işletmenin kolay devredilmesi amacına feda edilmiştir.

TTK. m. 11/III hükmü ile, adî yazılı sözleşme ile devre imkân tanınırken; İsviçre'deki gibi bir envanter kaydı tutulması, ilgili sicillere devir sözleşmesiyle birlikte şerh verilmesi, bildirim vs gibi bu belirliliği veya güvenliği sağlamaya yönelik ilave tedbirler alınmamıştır. Ticarî işletmenin devrinde kolaylık sağlamak adına, iyiniyetli üçüncü kişiler, adeta devir sözleşmesinin taraflarının iyiniyetine terk edilmiştir. İyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bakımından ilave hiçbir tedbir öngörülmemiştir. Devir sözleşmesinin taraflarının ideal şekilde davranacakları, devir sürecinde üçüncü kişilerin mağduriyetine yol açacak bir işleme girişmeyecekleri peşinen kabul edilmiştir.

Adî yazılı şekle tasarruf işlemi niteliği verilmesiyle ilgili düzenleme, Tasarıyı hazırlayan bilim komisyonunun çalışmalarında yer almamış, sonradan üzerinde çok fazla düşünülmeyen veya tartışılmadan Adalet Komisyonunda eklenmiş bir hükümdür. Kanaatimizce iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bakımından tesciller arası eşgüdüm ve uyumun sağlanması gerekirdi.

Düzenleme ile ticarî işletmenin aktif ve pasiflerinin geçişi bakımından farklı sistemler öngörülmüştür. TTK. m. 11/III fıkra düzenlemesi yalnızca ticarî işletme devirlerinde uygulanabilir. Buna karşılık, ticarî nitelikte olmayan işletmelerin devrinde TBK. m. 202 hükmü uygulanır. Ticarî nitelikte olmayan işletmenlerin malvarlığı unsurlarının geçişi için ayrı tasarruf işlemlerinin yapılması zorunludur.

Düzenlemelerle, pasiflerin ve aktiflerin geçişi açısından oldukça büyük farklar yaratılmıştır. Ticarî işletmenin pasiflerinin devri TBK. m. 202'e göre; aktiflerinin devri TTK. m. 11/III hükmüne göre yapılmaktadır. Her ikisinin devir, tescil ve ilan süreçlerindeki zaman farkı sorunlara yol açabilir. Bu TTK. m.11'in kenar başlığı "*Bütünlük İlkesi*"ne uygun değildir. Yine aktif unsurların, belirli bir süreyle de olsa borçları güvencesiz bırakmasına yol açabilir.

Ticarî işletmenin devrini düzenleyen TTK. m. III düzenlemesi ile TBK. m. 202 hükmü arasında şekil, uygulama alanları ve etkileri bakımından tam bir uyum sağlanamamıştır. TTK. m. 11/III düzenlemesine göre, ticarî işletmeye dahil malvarlığı unsurları için adî yazılı şekil yeterlidir. Buna karşılık, TBK. m. 202 hükmü, her malvarlığının kendisine has şekilde devrini şart koşmaktadır.

TTK. m. 11/III düzenlemesinde, ticarî işletmenin devri sözleşmenin yazılı olarak yapılacağı düzenlenmişken; TBK. m. 202’de herhangi bir şekil öngörülmemiştir. TTK. m. 11/III düzenlemesinde devrin tescil ve ilân edileceği öngörülmüştür. Buna karşılık, TBK. m. 202’de devrin ancak ilan veya alacaklılara bildirimi ile birlikte sonuç doğurur.

TTK. m. 11/III düzenlemesinde, sözleşmenin yapılması ile birlikte aktifler geçmekte iken; pasiflerin geçişi ile ilgili düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple pasiflerin geçişinin TBK. m. 202 hükümlerine göre yapılması gerektiği genel kabul görmektedir. Aktiflerin ve pasiflerin geçişi bakımından farklılık yaratılmıştır.

TTK. m. 11/III düzenlemesinde tescil ve ilanı kimin yapacağı veya yaptıracığı belli değildir. Buna karşılık, TBK. m. 202 düzenlemesinde devralanın ilan veya bildirimi ile birlikte devrin sonuç doğuracağı hüküm altına alınmıştır. Bu farklılıklar uygulamada tederrüt yaratabileceği gibi mağduriyetlere de neden olabilir.

TTK. m. 11/III düzenlemesinin Türk Ticaret Kanun’unun diğer hükümleriyle de şekle ilişkin kurallarla birtakım çelişkileri bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu sisteminde kural olarak tescil, açıklayıcı bir işleve sahiptir. TTK. m. 11/III düzenlemesinde tescilin etkisine dair açık bir ifadeye yer verilmemiştir.

Temel norm olan TTK. m. 1 düzenlemesine göre, Türk Ticaret Kanunu, Türk Medenî Kanunu’nun ayrılmaz bir parçasıdır. Yine TMK. m. 5 düzenlemesine göre, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Bu temel normların anlamlı olması için, düzenlemelerin birbiri ile uyumlu olması gerekirdi.

TTK. m. 11/III düzenlemesinden kaynaklanan sorunların birçoğu Ticaret Sicil Yönetmeliği ile giderilmeye çalışılmıştır. Ancak kanunla yapılması gerekenin, Yönetmelik ile yapılması normlar hiyerarşisine uygun değildir. Yönetmelikte tescile kurucu fonksiyon yüklenmiştir.

Ticarî işletmenin devri halinde münferit iş ve kira akdinin akıbeti konusu Türk Borçlar Kanun’unda özel olarak düzenlenmiştir. Ticarî işletmenin devrinde sözleşmelerin geçişi ile ilgili hüküm yoktur. Bu sebeple doktrinde münferit sözleşmelerin geçişi ile ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Yine TBK. m. 323 hükmünde torba yasalarla yapılan

değişiklikler uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Ticarî işletmenin devri halinde, kira ve iş sözleşmelerinin kendiliğinden devralana geçip geçmeyeceği ilgili bir düzenleme yoktur. Bu eksiklik beraberinde tartışmaları getirmektedir. Kanaatimizce, işletmenin taraf olduğu sözleşmeler, devirle birlikte kanun gereği devralana geçer. Ticarî işletmenin devrinde sözleşmede kalan tarafın onayı aranmaz. Bu sebeple, devir olgusu sözleşmede kalan bakımından otomatik bir haklı fesih sebebi oluşturmaz. İŞK.m. 6 düzenlemesindeki fesih yasağı hükmü mahiyetine uygun düştüğü sürece tüm sözleşmeler bakımından uygulanmalıdır. Ancak haklı sebeplerin varlığı veya sözleşmenin diğer tarafının özellikleri önem arz ettiği takdirde veya sözleşmede özel hüküm olması gibi hallerdesözleşmede kalan bakımından haklı sebeple sözleşmenin feshini talep haklı sebep tanınmalıdır. Haklı sebebin varlığı somut olayın özelliğine göre, hâkim tarafından değerlendirilmelidir.

Ticarî işletmenin devrinin alacaklıların menfaatlerine etkileri ve sonuçları mevzuatta dağınık şekilde düzenlenmiştir. Uygulamayı büyük ölçüde Yargıtay şekillendirmektedir. Yargıtay, İİK. m. 44, 96 vd, 280/III düzenlemelerini, TBK. m. 202 ile bir harman yaparak uygulamaktadır. Yargıtay, “*somut olayın adaletini*” gerçekleştirmek veya “*alacaklıları korumak*” adına hukuk tekniği bakımından hatalı bir uygulama yapmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, muvazaalı veya İİK. m. 44 veya İİK. m. 280/III’te aranan prosedürleri yerine getirmeyen devirler üçüncü kişilerin haklarını etkilemez. Yargıtay bununla yetinmemekte muvazaalı devirlere TBK. m. 202 anlamında geçerli bir devrin sonuçlarını uygulamaktadır. Devralanı da, devreden ile birlikte sorumlu tutmaktadır. Muvazaalı bir işlemin, netice doğramayacağını kabul ettikten sonra geçerli bir devir işlemi varmış gibi, devralanı da sorumlu tutmak tutarlı ve kabul edilebilir bir hukukî yaklaşım değildir. İşletmenin devri herhangi bir sebeple geçersiz kabul ediliyorsa, onun sahip olduğu malların mülkiyeti devralana geçmemiştir. Bu durumda alacaklıya hacze devamı imkân tanınmalı ve sorun istihkak prosedürü içinde çözümlenmelidir.

Yargıtay, alacaklıları korumak amacıyla, TBK. m. 202’yi alacaklılardan mal kaçırmanın sakıncalarından korumaya yönelik bir icra iflas müessesesi; İİK. m. 44 hükmünü ise maddî hukuku ilişkin bir düzenleme gibi kullanmaktadır. Yargıtay, İİK. m. 44’e uyulmamasını alacaklılara karşı adeta ticarî işletmenin devrini sakatladığı sonucuna varmaktadır. Bu durumun aktiflerin geçişini engellediğine hükmetmektedir.

Türk hukukunda ticarî işletmenin devri ile ilgili mevzuatın değişik yerlerinde, birbirleri ile uyumuna ve sonuçlarına dikkat edilmeksizin düzenlenmiş hükümler vardır. Müesseseyi tüm yönleriyle dikkate alan ve dağınık mevzuatı bir araya getiren özel bir “*Ticari İşletmenin Devri, Birleşmesi, Bölünmesi, Tür Değiştirmesi veya Malvarlığının Devri*

Kanunu” düzenlemesinin yapılmasının gerektiği düşüncesindeyiz. Bu kadar önemli sonuçları olan bir müessesenin tüm yönlerini bütünlüklü bir şekilde düzeneleyen bağımsız kanunda toplanması yararlı olur. Dağınık hükümlerin bir araya getirilmesi değişik düzenlemelerdeki çelişkilerin giderilmesine imkân sağlar. Bu yolla uygulamadaki sorunların da önüne geçilebilir.

Mevcut düzenlemeler devrin şekli, tescilin etkisi, eşya hukukundaki belirlilik ilkesi bakımından tereddütlere sebebiyet vermektedir. Yine işletmenin malvarlığı unsurlarının devrinin zamanı, tesciller arası uyum ve eşgüdüm bakımından da işletmeyle ilgili kişilerin mağdur olmasına yol açabilir. Mevcut düzenlemelerin yetersizliği, aralarında yeterince uyum sağlanamaması sebebiyle ticarî işletmenin devri halinde sözleşmede kalan tarafın rızasının gerekip gerekmediği, iş sözleşmelerinin geçişi ve alacaklıların menfaatlerinin korunması bakımından da tereddütlere ve ihtilaflara sebebiyet verilmektedir. Bütün bu tereddüt ile sorunların önüne geçilmesi, mevzuat bakımından uyum sağlanması bakımından bütünlüklü ve bağımsız bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu düşüncesindeyiz.