

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TTK, TBK VE İİK IŞIĞINDA TİCARİ İŞLETME
DEVİRİ**

NAZİM SEVİNÇLER

2501151053

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi FATİH AYDOĞAN

İstanbul, 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : NAZIM SEVİNÇLER Numarası : 2501151053
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ FATİH AYDOĞAN
Tez Savunma Tarihi : 20.08.2019 Saati : 14.00
Tez Başlığı : TTK, TBK, İLK İŞİĞİNDA TİCARİ İŞLETME DEVRİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / **GYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. ZEKERİYA KURŞAT		KABUL
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ FATİH AYDOĞAN		KABUL
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ EMEK TORAMAN ÇOLGAR		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR. ÖĞR. ÜYESİ NİL KARABAĞ BULUT		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ AYŞE ŞAHİN		

ÖZ

TTK, TBK VE İİK İŞİĞİNDA TİCARİ İŞLETME DEVRİ

NAZIM SEVİNÇLER

Tezimizde, Türk Hukuku'nun temel kanunları olan Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu kapsamındaki ticari işletme devrine ilişkin hükümler ve bu kanunlar ile getirdikleri düzenlemelerin ticari işletme devrine bakış açılarını izah etmeye çalıştık. Bu yönü ile ilgili kanunlardaki hükümleri hem ayrı ayrı kendi düzenlemeleri içerisinde hem de bütün olarak ticari işletme devri kurumu içindeki yerleri ve birbirleri ile alakaları kapsamında yeknesaklık ve uyumu sağlamaları için değerlendirmeye çalıştık.

Bu kapsamda tezimizi dört bölüme ayırdık. Birinci bölümde ticari işletme kavramını izah ettik. İkinci bölümde ticari işletme devrini Türk Ticaret Kanunu yönünden, üçüncü bölümde Türk Borçlar Kanunu yönünden, en nihayetinde dördüncü ve son bölümde ise İcra ve İflas Kanunu yönünden inceledik.

Anahtar Kelimeler: Ticari İşletme, Ticari İşletmenin Devri, Devir Sözleşmesi, TTK 11/3, TBK 202

ABSTRACT

THE TRANSFER OF THE COMMERCIAL ENTERPRISE IN THE LIGHT OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE, THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS AND THE TURKISH CODE OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY

NAZIM SEVİNÇLER

In our thesis, we have tried to explain the transfer of a commercial enterprise in the provisions of the Turkish Commercial Code, the Turkish Code of Obligations and the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy, which are the fundamental laws of Turkish law, and the prospects of these laws and the regulations they bring. We have tried to assess the provisions of the relevant laws in order to ensure uniformity and harmony both in their own regulations and in the overall scope of application of the transfer of the commercial enterprise institution and in the relationships between them.

In this context, we have divided our thesis into four chapters. In the first chapter, we explained the concept of a commercial enterprise. In the second chapter, we examined the transfer of commercial enterprises from the perspective of the Turkish Commercial Code. Then we examined the transfer of commercial enterprises, in the third chapter from the point of view of the Turkish Code of Obligations, and finally in the last chapter we examined this from the point of view of the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy.

Key words: Commercial Enterprise, The Transfer of Commercial Enterprise, Transfer Contract, TTK 11/3, TBK 202

ÖNSÖZ

Ticari işletmeler ve bu işletmelerin devir işlemlerine konu olması pratik hayat yönünden hem yaygın hem de uzunca süredir var olan gerçeklerdir. Bu sebeple ticari işletme kavramı ve devir işleminin hukuk düzenindeki yerlerinin izahı ile kanunlaştırılması kaçınılmaz olmuştur. Ancak Türk hukuku nazarında konuya tek bir başlık, bölüm hatta kanun nazarında yaklaşılmamıştır. Devir işlemi neticesinde zarara uğrayabilecek ticari işletme alacaklılarının korunması ihtiyacına istinaden düzenlemelere İcra ve İflas Kanunu içerisinde yer verilmiştir. Borçların devredilebilmesi ve yine bu konuda alacaklıların korunması ile taraflar arasındaki ilişkilerin şartları Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. En nihayetinde en güncel ve yenilikçi düzenlemeyi içeren Türk Ticaret Kanunu ile ticari hayatın hızlılığı ve ihtiyaçları nazarında ticari işletmenin aktiflerinin bütün halinde devredilebilmesi kolaylığı sağlanmıştır. Lakin konunun her yönünün farklı kanunlarda farklı bakış açıları ile uyum kaygısı gözetilmeksizin ve dahi benzer yükümlülöklere farklı sonuçlar bağlayarak düzenleme getirilmesi konuya ilişkin çok fazla belirsizliğı beraberinde getirmiştir. Bu sebeple Türk Ticaret Kanunu ile getirilen yenilik ve kolaylık kapsamında, hukuk düzenindeki şartlar ile ticari işletmenin devredilmesi pratikte tercih edilmemenin ötesinde mevcut belirsizlikler ve ağır sonuçları sebebi ile gerçek anlamda istenen, ancak hukuki anlamda kaçınılan bir müesseseye dönüşmüştür.

Bu sebeple bu sorunun öncelikli olarak tespiti ve bir nebze de olsa farklı bir bakış açısının ortaya konabilmesi, en nihayetinde ise çözümü için yol gösterici olabilmesi ümidiyle; ilgili düzenlemeleri kendi kanunları içerisinde kendi bakış açıları ile ayrı ayrı incelemeyi yerinde bulduk. Bu şekilde bu kanunlarda yer alan ilgili hükümlerin korumak istediğı değerleri ortaya koyabilmeye, anlamlandırabilmeye çalıştık. Akabinde bu düzenlemelerin birlikte uygulanabilirlikleri, çelişkileri ve pratikte yaratabileceğı sorunlar ile çözüm önerilerini ortaya koyabilmeye çalıştık.

Tüm bu nedenlerden ötürü; tezin temel amacının pratik hayattaki karşılığı bu denli büyük ve yaygın olan ticari işletmenin devrinin, Türk hukukunda tüm şart ve etkileri kesin olarak belirli şekilde düzenlenmesi gerekliliği ihtiyacına katkı sağlamak olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

Bu yönü ile bu tezi bugünkü ihtiyaç yönünden konunun adil ve hukukun temel ilkelerine uygun olarak yorumlanabilmesi, asıl amacı olan gelecekte ise bizim öngörülerimizden bile daha üstün bilimsel ve vicdani düzenlemelere katkı sağlayacağına inancımız ile kaleme aldık. Tezimizin bütünü bu bilinç ve inançla oluşturduğumuzu ve bu uğurda hiçbir yükümlülükten, bilimsel kurallardan kaçınmadığımızı var ise eksiklerimiz bunların da ancak bizim yetersizliğimizden kaynaklandığını bu vesile ile belirtmek isteriz.

Nihayetinde bu tezin tek başıma yazarı olduğunu iddia etmem kanaatimce büyük bir vefasızlık olacağı gibi inandırıcı da olmayacaktır. Bu nedenle bu başlığı da vesile kılarak başta tez danışmanım ve hayatımın yalnızca akademik değil pek çok yönünden bana rehberlik eden Dr. Öğr. Üyesi Fatih Aydoğan olmak üzere tüm öğretmenlerime minnetimi ve hürmetlerimi sunarım. Akabinde ise yalnızca bu tezin yazım aşamasında değil hayatımın her anında yanımda olan ve desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen eşim Fatma Gülay'a ve aileme yeterli olmasa da teşekkürlerimi ve en samimi şükranlarımı sunarım.

Nazım SEVİNÇLER

İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	ivv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR CETVELİ	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE UNSURLARI

I. Ticari İşletme Kavramı Ve Önemi	2
A. Önemi	2
B. Kavram Ve Terimler	4
II. Tanımı	7
III. Unsurları.....	13
A. Unsurlarının Tespiti	13
B. Unsurların Etkisi	16
C. TTK'ya Göre Ticari İşletmenin Unsurları	17
1. Gelir Sağlamayı Hedef Tutmak	17
2. Devamlılık.....	20
3. Bağımsızlık	22
4. Esnaf Faaliyeti Sınırının Aşılması	24

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE

TİCARİ İŞLETME DEVRİ

I. TTK 11/3; “Ticari İşletme Devrinin” Tanımı, İlkeleri Ve TTK’da Benzer Kavramların Değerlendirilmesi.....	37
A. Tanımı Ve İlkeleri	37
B. TTK’da Benzer Kavramların Değerlendirilmesi	41
1. Ticari İşletmenin Ortaklıklara Sermaye Olarak Getirilmesi	41
2. Ortaklık Paylarının Devredilmesi	42
3. Bölünme	43
4. Birleşme	45
5. TTK 194 Ticari İşletme İle İlgili Birleşme ve Tür Değiştirme	47
II. Devir Sözleşmesi.....	52
A. Tarafları.....	52
B. Şekli	55
C. Konusu	60
D. Kapsamı.....	62
III. Tescil ve İlan.....	71
IV. Devir Sözleşmesi, Tescil ve İlanın Hukuki Niteliği.....	75

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE

TİCARİ İŞLETMENİN BORÇLARININ DEVRİ

I. TBK 202 Düzenlemesi ve TBK’da Düzenlenen Benzer Kavramların Değerlendirilmesi.....	79
---	----

A. Ticari İşletme Devrinden Doğan Sorumluluğa İlişkin TBK 202 Düzenlemesi.....	79
B. TBK’da Düzenlenen Benzer Kavramların Değerlendirilmesi	81
1. Alacağın Devri	81
2. Borca Katılma	83
3. Borcun Üstlenilmesi.....	84
4. İşletmelerin Birleşmesi Ve Şekil Değiştirmesi	87
5. Malvarlığı Devri.....	88
II. Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılıp Bırakılamayacağı Sorunu	52
III. Ticari İşletmenin Borçlarının Devri	98
A. Şartları	98
1. Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devredilmesi	98
2. Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılmamış Olması	99
3. Borcun Ticari İşletmeye Dâhil Olması	100
4. Borcun Üstlenilebilir/Nakledilebilir Olması	102
5. Devrin İlan veya İhbarı	103
B. Hüküm Ve Sonuçları.....	108
1. Devralan Yönünden	108
2. Devreden Yönünden.....	110

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİNİN

İCRA VE İFLAS HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI

I. İİK 44 Ticareti Terk Düzenlemesi Ve Ticari İşletme Devri Yönünden İncelenmesi	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
A. Genel Olarak	114
B. Şartları	116
C. Ticareti Terk Eden Tacirin İİK 44’den Doğan Yükümlülükleri	118
D. Hüküm ve Sonuçları.....	122

E. Ticareti Terke İlişkin İİK 44'e Aykırılıkların Hüküm Ve Sonuçları	123
1. Cezai Müeyyide Yönünden.....	123
2. Hukuki Müeyyide Yönünden.....	126
F. TBK 202 Yönünden Değerlendirilmesi	128
G. TTK 11/3 Yönünden Değerlendirilmesi	129
II. İİK 277 vd. Tasarrufun İptali Davaları Kapsamında Ticari İşletme Devrinin İptal Edilebilirliği	131
A. Genel Olarak	131
B. İİK 280/4 Ticari İşletme Devrine İlişkin Karine.....	133
C. TTK 11/3 Yönünden Değerlendirilmesi	135
D. TBK 202 Yönünden Değerlendirilmesi	136
III. İstihkak Davalarında Yargıtay Uygulaması Ve Eleştirisi	140
A. Genel Olarak	140
B. Yargıtay'ın İİK 44'e Aykırılık Gereğesinin İncelenmesi.....	142
C. Yargıtay'ın TBK 202 (eBK 179)'a Aykırılık Gereğesinin İncelenmesi	144
D. Yargıtay'ın TTK 11/3'e Yönünden Eksik Değerdirmesi Üzerine İnceleme... ..	147
SONUÇ	150
KAYNAKÇA	161

KISALTMALAR CETVELİ

A.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
A.m.	: Aynı makale
AnkBD	: Ankara Barosu Dergisi
Aş.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BankD	: Bankacılar Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BaÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
CGK	: Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren
dp.	: dipnot
eBK	: 818 sayılı (eski/mülga) Borçlar Kanunu
ESMKK	: 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu

- Etk** : 6762 sayılı (eski/mülga) Türk Ticaret Kanunu
- EÜHFD** : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- GÜHFD** : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- HD** : Hukuk Dairesi
- HGK** : Hukuk Genel Kurulu
- HPD** : Hukuki Perspektifler Dergisi
- İsBirK** : İsviçre Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığı Devri
Hakkında Federal Kanun [Bundesgesetz über Fusion, Spaltung
Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz)]
- İİK** : 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
- İMÜHFD** : İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- İÜHFM** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- karş.** : karşılaştırınız
- KHÜHFD** : Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- KVK** : 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
- LHD** : Legal Hukuk Dergisi
- MBD** : Manisa Barosu Dergisi
- md.** : madde
- MK** : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
- MÜHF-HAD** : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

N.	: Numara
RG	: Resmî Gazete
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TFM	: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TİRK	: 1447 sayılı (mülga) Ticari İşletme Rehni Kanunu
TİTRK	: 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
TST	: (Mülga) Ticaret Sicili Tüzüğü (RG 08.02.1957 / 9530)
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği (RG 27.01.2013 / 28541)
v.d.	: ve diğerleri

vd. : ve devamı

VUK : 213 sayılı Vergi Usul Kanunu

y.n. : yazarın notu

Yarg. : Yargıtay

YargDün : Yargı Dünyası

Yuk. : Yukarıda

YÜED : Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

YürK : 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli
Hakkında Kanun

GİRİŞ

Ticari işletme bugün hayatımızın içinde, her an karşılaştığımız ve gerek vatandaş gerekse hukukçu kimliğimiz ile pek çok kez etkilerine maruz kaldığımız bir yapıdır. Aynı zamanda ticaret hukuku yönünden ise bugünkü Türk Ticaret Kanunu'nun temelini oluşturan ve kanunun etrafında yapılanmasını sağlayan temel kavram niteliğindedir. Bu sebeple hayatın içindeki bu yapının ve kanundaki bu önemli kavramın açıklanması ve tanımlanmasına duyulan ihtiyaçtan ötürü tezimizin ilk kısmını bu kavramın izahına ayırdık.

Ticari işletmenin devrine ilişkin Türk Ticaret Kanunu ile büyük bir yenilik ve ticari hayata uygun şekilde kolaylık sağlayacak şekilde ticari işletmenin aktiflerinin bütün halinde devrine imkân tanınmıştır. Getirilen bu yeniliği ve etkilerini tüm yönleri ile izah edebilmek adına tezimizin ikinci kısmını Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticari işletmenin devrine ayırdık.

Ticari işletmenin borçlarının devrine ilişkin boşluk ise Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile giderilmeye çalışılmıştır. Lakin önceki kanun döneminde de neredeyse aynen yer alan ve Türk Ticaret Kanunu'nda tanınan yeni imkân ile örtüşmeyen bu düzenleme gerek teoride gerekse uygulamada pek çok sorunu da önceki kanunda olduğu gibi arttırarak beraberinde getirmiştir. Bu sebeple ilgili kanun yönünden gerek önceki dönem gerekse yeni dönemdeki tüm sorunlar, tartışma ve çözümü için ileri sürülen bakış açılarını detaylı olarak ele alabilmek, en nihayetinde uygun çözümü okuyucuya sunabilmek için tezimizin üçüncü kısmını Türk Borçlar Kanunu kapsamında ticari işletme devrine ayırdık.

En nihayetinde ticari işletmenin devrine alacaklıları korumak gayesi ile ve hem Türk Borçlar Kanunu hem de Türk Ticaret Kanunu'ndan bağımsız şekilde düzenlemeler içeren İcra ve İflas Kanunu kapsamındaki hükümleri de özellikle Yargıtay uygulaması ile birlikte tezimizin son ve dördüncü kısmında inceledik

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME KAVRAMI ve UNSURLARI

I. Ticari İşletme Kavramı ve Önemi

A. Önemi

Ticaret Hukuku'nun düzenlenmesinde başlıca üç farklı sistem olduğu kabul edilmektedir¹. Bu sistemlerden ilki **Sübjektif Sistem**; Tacir kavramından yola çıkmaktadır. Tacir tarafından gerçekleştirilen işlemler ticari olarak kabul edilmektedir. Köken olarak Ticaret Hukuku'nun ayrı bir hukuk dalı olarak doğduğu Orta Çağ Avrupası'ndaki tacirlerin ayrı bir zümre olarak tanınmasından bu kişilerin yaptığı işlemleri ön planda tutan, bu kişileri temel alan bir sistem ortaya konmuştur². İkinci sistem **Objektif Sistem**; İş/işlemler bu sistemde temel kavram olarak kabul edilmektedir. Belirli iş ve işlemler ticari iş olarak kabul edilmektedir. Fransız Devrimi ve beraberinde getirdiği eşitlik, adalet vb. kavramlar sonucu sınıflar ve sınıflara tanınan ayrıcalıklar ortadan kalkmış ticarete yalnızca belirli bir zümreye tanınan hak olmaktan çıkmıştır. Bu sebeple tacir kavramından uzaklaşarak artık tacir kavramından ziyade belirli iş ve işlemler ticari iş olarak kabul edilmiştir³. **Ticari İşletme Sistemi**; Ticari işletme ile ilgili işler ticari iş olarak kabul edilmektedir. Sanayi devriminden sonra büyük işletmeler, fabrikaların kurulması ve hayatın bunların etrafında toplanması ile birlikte işletme kavramı önem kazanmıştır⁴.

¹ Hüseyin Ülgen (Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan), **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, N.70; Tamer Bozkurt, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Legem Yayıncılık, 2017, s. 36, Şema-1; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 23. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017, s. 5.

² Arkan, **a.g.e.**, s. 5 vd.; Ayrıca Alman ticaret kanununun sübjektif sistemi benimsediği yönünde bkz. Ülgen (Helvacı v.d.), **Ticari İşletme**, N. 71.

³ Arkan, **a.g.e.**, s. 5 vd.; Ülgen (Helvacı v.d.), **Ticari İşletme**, N. 72.

⁴ Arkan, **a.g.e.**, s. 5 vd.; Ülgen (Helvacı v.d.), **Ticari İşletme**, N. 73.

Gerek eTK⁵ ve 6102 Sayılı TTK'nın⁶ gerekçelerinde gerekse de doktrindeki çoğunluk görüşünde kabul ettiği üzere Türk ticaret hukukunda merkez kavram olarak ticari işletme kavramı kabul edilmiştir⁷. Ayrıca burada kavramın önemini vurgulamak adına doktrinde ticaret hukukunun medeni hukuk karşısında bağımsızlığını üstlenmesinde önemli bir etken olduğuna ilişkin görüşü de dile getirmek gerekmektedir⁸. TTK'daki diğer kavram ve kurumlar da ticari işletme kavramından yola çıkılarak düzenlenmiştir. TTK'da diğer sistemlerin temeli olan tacir kavramı yönünden gerçek kişi tacir; bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişi (TTK 12/1) olarak tanımlanmıştır. Yine ticari iş ise; kanunda düzenlenen bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller olarak ticari işletme kavramından yola çıkarak tanımlanmıştır. Aynı durum tüzel kişi tacirler için de geçerlidir. Kolektif ve Komandit şirketler ticari işletmek amacıyla kurulan şirketler olarak tanımlanmıştır. (TTK 211,304/1) Yine dernek ve vakıflar ile Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve

⁵ 1956 Ticaret Kanunu'nun ticari işletmeye ilişkin gerekçesi için bkz. TBMM – Zabıt Ceridesi, Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), Devre: X, İçtima: 2, S. Sayısı: 198, s. 13-14.

⁶ TBMM Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Yasama Dönemi: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, s. 75-77; Abuzer Kendigelen, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul 2011, s. 128-131.

⁷ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 269 vd.; Rıza Ayhan/Mehmet Özdamar/Hayrettin Çağlar, **Ticari İşletme Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 114; Sami Karahan, "Ticari İşletme ve Tacir Kavramları İle İlgili 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012), **MÜHF-HAD**, C. 18, S. 2, Özel Sayı, 2012, s. 3; Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 36; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 39.; Ali Bozer, Celal Göle, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017, s. 3 ve 13; Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Soru Örnekleri**, Güncellenmiş 18. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 17; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015, s. 13; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, **Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar**, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 89. TTK'da ticari işletme temelinden kaynaklanmayan düzenlemelere de yer verildiği ve TTK'nın tam olarak ticari işletme esasına dayanmadığı yönünde bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 25. TTK'nın düzenlenmesinde ticari işletmenin merkez kavramlardan biri olmasına rağmen tek merkez kavram olmayacağı ve karma bir sistemin benimsendiği yönünde görüş için bkz. Alihan Aydın, "Ticari İşletme Kavramı, Unsurları ve Hukuki İşlemlere Konu Olması", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011)**, İstanbul, 2012, s. 9. Aksi görüş olarak ticari işletme kavramının giderek zayıfladığı yönünde bkz. Tuğrul Ansay, "Ticari İşletmenin Sorgulanması", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, İstanbul, 2010, s. 205 vd.

⁸ Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", **BATİDER**, C. XXIV, S. 3, 2008, s. 5. Halil Arslanlı, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 10.

kuruluşlar ticari bir işletme işletmesi halinde tacir olarak kabul edilmiştir. (TTK 16/1-2) Anonim ve limitet şirketler için açıkça bir ticari işletmeyi işletme şartı getirilmemişse de bu şirketler için kanunda öngörülen asgari sermaye şartı (TTK 332/1,580/1) ile dolaylı olarak da olsa kanun koyucunun TTK 15'deki bedeni çalışmanın aksine gerekli sermaye şartını yerine getiren bu şirketlerin amaçlarına ulaşmak ve varlıkları ile bir ticari işletme işlettikleri varsayımından hareket ettiğini kabul etmek gerekir⁹.

Aynı şekilde ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinde ticari işletme doğrudan kriter olarak kabul edilmiştir. (TTK 4/1)

Bu örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte¹⁰ özetle Türk doktrininde “*anahtar rolü*”¹¹, “*kilit taşı*”¹², “*can damarı*”¹³, “*başat kavramı*”¹⁴ gibi kavramlarla ifade edilen ticari işletme kavramının TTK ve Türk Ticaret Hukuku yönünden merkez ve vazgeçilmez kavram olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

B. Kavram Ve Terimler

İşletme kavramı hukuki, mali ve ekonomik yönleri olan, hukuk ve iktisat başta olmak üzere farklı bilim dallarını ilgilendiren ve bu bilim dalları için önem arz eden bir kavramdır. İşletme, sermaye ve müteşebbis unsurlarının bir araya gelmesi ile organize olmuş bir bütünlük içerisinde sürekli, gelir elde etmeye yönelmiş ve bağımsız yürütülen bir faaliyet olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

⁹ Arslanlı, **Kara Ticareti.**, s. 26,54; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 269; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 39.

¹⁰ Acente ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse olarak tanımlanmış (TTK 102/1); Benzer yönde ticari temsilci, vekil veya diğer tacir yardımcılarının da bir ticari işletmeye atanabileceği öngörülmüştür (TBK 547-552). Buna karşı olarak BK 553-554 hükümlerinde ticari işletme değil yalnızca işletme kavramı kullanılmıştır.

¹¹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 268.

¹² Karahan, **Ticari İşletme**, s. 13.

¹³ Tayfur Ercan, **Yeni Ticaret Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler ve Mali Hukuka Etkileri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 174.

¹⁴ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 39.

¹⁵ M. Fatih Arıcı, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 7; Mehmet AKÇAAL, **İşletmenin Devri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 19; Kerem Çelikboya, **Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 12; Arkan, **a.g.e.**, s. 26;

Doktrinde bazı yazarlar tarafından Fransız ve İsviçre doktrinin kullandığı şekilde *teşebbüs(enterprise)* kavramının kullanılmasının *işletme(exploitation)* kavramından hukuki açıdan daha doğru bir ifade olacağı ileri sürülmüştür.¹⁶ *Karayalçın*'a göre¹⁷ işletme kavramı, “teknik-iktisadi”, teşebbüs kavramı ise “iktisadi-hukuki” bir kavram olup teşebbüsün içinde birden fazla işletmen bulunabilir. *Bozer*'e¹⁸ göre işletme, müessesenin “iç durumunu”, teşebbüs ise “çevre ile olan münasebetini” açıklar. Nitekim Ticaret Kanunu da ticari teşebbüs kanunudur. Benzer yönde ancak teşebbüs yerine “ekonomik girişim” kavramını benimseyen *Mimaroglu*¹⁹ ise; ticari girişim kavramının ticari işletmeyi de kapsayan daha geniş bir kavram olduğunu ve ticari işletmenin “iç organizasyonu”, ticari girişimin ise “dışa dönük ilişki ve faaliyetlerini” tanımladığını ileri sürmüştür. Yine benzer yönde *Türk*²⁰ tarafından da işletme ve girişim ayrıştırılmış ve işletme daha dar olarak “üretimin gerçekleştiği teknik birim” olarak ifade edilmiştir. *Arslanlı*'ya²¹ göre ise teşebbüs işletmeden daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Ayrıca teşebbüs için önerilen ölçülerin belirsizliği sebebi ile hukuk biliminin ihtiyaç duyacağı kesinlikten uzaktır. Aksi yönde ve bu görüşlere karşı eleştiri getiren *Arıcı*'ya göre²² teşebbüs,

Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 276; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 17; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Ticari İşletme Hukuku**, Dora Yayınları, 6. Baskı, Bursa 2016, s. 17; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 12. Baskı, Bursa, Dora Yayınları, 2017, s. 13. Sermaye-emek-kavramlarını birlikte kullanan ve müteşebbisi idare olarak belirten tanım için bkz. Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 32. “emek” ve “sermaye” yerine “maddi” ve “kişisel” kavramlarını tercih eden yazarlar için bkz. Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 9; Oruç Hami Şener, **Ticari İşletme Hukuku, Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 4.

¹⁶ Ali Bozer, “Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme”, **BATİDER**, C. I, S. 3, 1962, s. 363, dp. 1.

¹⁷ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku I. Giriş – Ticari İşletme**, 3. Baskı, Ankara, 1968, s. 156. Teşebbüsün işletmeden daha geniş bir kavramı ifade ettiği ve aynı “teşebbüs/girişim” içerisinde birden fazla işletme olabileceğine ilişkin yakın zamanda tekrar aynı yönde görüş için bkz. Tamer İnal, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015, s. 219

¹⁸ Bozer, **a.g.m.**, s. 370.

¹⁹ Sait Kemal Mimaroglu, **Ticaret Hukuku, C. 1, İşletme Hukuku (Ekonomi Hukuku, İşletme Hukuku, Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri ve Ticari İşletme)**, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 184, 188.

²⁰ Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, Olgaç Matbaası, 1986, s. 8-9.

²¹ Arslanlı, **Kara Ticareti.**, s. 16 vd. Benzer yönde Çay-Kur Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü birçok işletmeye sahip bir teşebbüs olmasına karşın Artvin Çay İşletme Fabrikası bir işletme niteliğine sahiptir örneği için bkz. Abdurrahman Atasoy, **Ticari İşletmenin Devri ve Devrin Kapsamı**, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1996, s. 4 vd.

²² Arıcı, **a.g.e.**, s. 10.

işletmenin bir üst kavramı olmadığı gibi işletmede eksik olduğu belirtilen “dış ilişki” işletme içerisinde de yer almaktadır.

Nitekim eTK’da *Hirş*’in²³ de ifadesi ile kanun koyucu ticari işletmeyi bilerek veya bilmeyerek hesaba katmış ve doktrin de bundan yola çıkarak senteze yönelmiştir. Oysa 4054 / Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un 3. Maddesinde “*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri,*” şeklinde tanımlanan teşebbüs kavramından ayrılarak ve bilinçli olarak ticari işletme kavramı kullanılmıştır²⁴. Nitekim TTK 195 vd. hükümleri kapsamında kanun koyucunun teşebbüs kavramına yer vermesi ve teşebbüsü bir hukuk süjesi olarak değerlendirmesi ile artık iki kavram arasındaki fark birbirlerine ikame olanağının değerlendirilmesine imkan vermeyecek kadar ayrılmıştır. Bu sebeple bu tartışmanın artık güncelliğinin kalmadığını ve en nihayetinde ticaret hukukçusu olarak kanun tarafından tercih edilen kavramı ele almak gerektiğine ilişkin görüşe²⁵ katılarak bizler bu kez bilinçli olarak tercih edilen ticari işletme terimini kullanmaktayız.

Ticari işletmenin bir de kendisine sürekli olarak tahsis edilmiş bulunan unsurları ile bir bütün oluşturan mameleki yönü vardır. Bu yönü itibari ile bütün halinde hukuki işlemlere konu olabilir²⁶. Örnek vermek gerekirse; bu tezin de konusunu oluşturduğu üzere ticari işletme, devredilebilir, rehnedilebilir, kiralanabilir, sigortalanabilir. Farklı ülkelerde ticari işletmenin bütün malvarlığının farklı terimler ile ifade edildiği görülmektedir. Örneğin Fransızca’da “fonds de commerce”, aynı terim İtalyanca’da ise “azienda” olarak farklı bir terim ile ifade edilmektedir. Türk

²³ Ernst Hirsch, **Ticaret Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 1948, s. 32. Ayrıca *Tekinalp* Ticari İşletme’nin ticaret hukukunun merkez kavramı olarak Avrupa’da ilk kez kullanan kişinin de Hirsch olduğunu ifade etmektedir (**Yeniden Düşünmek**, s. 5.).

²⁴ 6102/TTK m. 11 Gerekeç. Aynı yönde bkz. Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 33. TTK 195/5, RKHK 1/3 ve 556 Sayılı KHK 5 hükümlerinden yola çıkarak yeni tarihli düzenlemelerde teşebbüs kavramının kullanıp tanımlandığı ve ticari işletmeden farklı olarak gelir sağlama amacına yönelmesine gerek olmadığı yönünde bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 27. dp. 1. “Ticari işletme” kavramı, Rekabet Hukuku ve Şirketler Topluluğu Hukuku anlamında “teşebbüs” kavramının karşılaştırması için bkz. Özlem Karaman Coşgun, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, **MÜHF-HAD**, C. 21, S. 1, 2015, s. 115-127.

²⁵Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987, s. 10; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 32-33.

²⁶ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 33; İnal, **a.g.e.**, s. 201, 209 vd.; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 20.

doktrinde de ticaret fonu terimi bir dönem kullanılmıştır ancak daha sonra terk edilmiştir²⁷. Nitekim TTK 11/3 kapsamında, ticari işletme bütün olarak değerlendirilmiş ve bu bütünlük içerisinde *ticaret fonu* (fonds de commerce) da ticari işletme içerisinde kabul edilmiştir²⁸.

II. Tanımı

Her şeyden önce ticari işletme gelir elde etme amacına yönelmiş bir “*ekonomik faaliyettir*” ve her ticari işletme bir ekonomik faaliyet çatısı altında yer almaktadır. Bunun aksine her ekonomik faaliyet ticari işletme değildir²⁹.

Bununla birlikte hiç şüphesiz her ticari işletme aynı zamanda iktisadi bir faaliyet olan işletmedir³⁰. Yukarıda geniş olarak açıkladığımız ve tanımlamaya çalıştığımız işletmeye ilişkin özellikleri bünyesinde barındırmaktadır. Ancak işletme, ticari bir işletme olabilmenin yanı sıra bir esnaf işletmesi veya ziraat işletmesi de olabilir. Bu bakımdan doktrinde sıkça dile getirildiği üzere her ticari işletme bir işletme olmakla birlikte her işletmenin bir ticaret işletmesi olduğunun söylenmesi mümkün değildir³¹. Bu bağlamda örneklendirmek gerekirse; bir kişinin evini

²⁷ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 33.

²⁸ TTK 11/3 gerekçesi; *Üçüncü fıkra, 6762 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, ticarî işletmenin, kendisine sürekli olarak tahsis edilmiş bulunan unsurları ile bir bütün oluşturan malvarlığı cephesini düzenlemektedir. Bu bütün, yerli ve yabancı öğretide Fransızca bir terimden esinlenerek ticaret fonu (Fond de commerce) diye adlandırılır. Fon ile kastedilen, işletmeye sürekli olarak özgülenmiş bulunan malvarlığı unsurlarından oluşan bütündür. Bu bütün devir, rehin, intifa, kira gibi işlemlere konu olabilir...* “...Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrası, bir taraftan “bütün”ü vurgulamakta...” “...6762 sayılı Kanun gibi, Tasarının da devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurları, bir ticarî işletmeyi “bütün” bakımından, yani malvarlıksal yönden tanımlar. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran malvarlığını, tartışmalara ve tereddütlere yol açan “tesisat” sözcüğü ile ifade etmişti. İkinci önemli unsur, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir. Buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denilmektedir. Tasarı işletme değerinin yanında, parantez içinde ticaret ve ticaret hukuku tarihimizden gelen ve kavramı çok iyi ifade eden peştemaliye sözcüğünü de kullanmıştır. Bütünün bir diğer vazgeçilmez önemde unsuru ticaret unvanıdır. Ticaret unvanı işlevi sebebiyle, fikrî mülkiyet haklarından ayrı olarak Tasarıda zikredilmiştir. Nihayet, “kiracılık hakkı” da işletme için malvarlıksal bir değer olarak önem taşıdığından bütün içinde yerini almıştır.” aynı yönde bkz. İnal, **a.g.e.**, s. 201, 210 vd.

²⁹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 275.

³⁰ Ticari işletmenin eTK ve TST’de düzenlenmiş olduğundan, hukuki bir kavram olarak da kabul edilmesi görüşü için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 16.

³¹ Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 7; Arkan, **a.g.e.**, s. 27; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N.277; Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 93; Hayri Domaniç,

kiralaması, arabasını satması yahut borsada hisse alıp satması faaliyetleri ticari işletme olarak kabul edilemeyecektir³². Yine bunlarla beraber kendi özel müfredatları gereği noterin³³, avukatın³⁴ veya mali müşavirin³⁵ faaliyetleri de gelir elde etmeye yönelmiş ve belirli bir organizasyon içerisinde yürütülse de tek başına bu faaliyetler ticari işletme olarak kabul edilemeyecektir³⁶.

Ticaret hukuku içinse bir işletme ya ticari işletme ya da esnaf işletmesidir³⁷.

Bu sebeplerle ticari işletmeyi üst çatısı olan ekonomik faaliyet kavramı içerisinde yürütülen diğer faaliyetlerden, iktisadi olarak işletme kavramı içerisindeki diğer işletmelerden ve ticaret hukuku içerisinde esnaf işletmesinden ayırmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Hem bu sebeple hem de yukarıda geniş olarak izah ettiğimiz üzere ticari işletme kavramının ticaret hukuku açısından önem ve fonksiyonu itibari ile çok doğru ve belirleyici şekilde tanımlanması önem arz etmektedir. Nitekim aksi yönde

Erol Ulusoy, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2007, s. 140; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 17-18; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 17-18; Bilgili, Demirkapı, **Ticaret Hukuku**, s. 13; Selma Çetiner, Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, **Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 53; Ertan Demirkapı, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, **GÜHFD**, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 375; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 91; Betül Evirgen, **Ticari İşletmelerin Devri**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Nisan, 2015, s. 4.

³² Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 275.

³³ 1512 sayılı, 18.01.1972 kabul tarihli Noterlik Kanunu'nun 1. maddesinde noterlik bir kamu hizmeti görevi olarak kabul edilmekte, kanun gereği ticari faaliyet olarak görülmemektedir (RG 05.02.1972 / 14090).

³⁴ 1136 sayılı, 19.03.1969 kabul tarihli Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde avukatlık “*kamu hizmeti ve serbest meslektir*” olarak tanımlanmış olmakla kanun gereği ticari faaliyet olarak görülmemektedir (RG 07.04.1969 / 13168).

³⁵ 3568 Sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu 45/4 “*Birden çok meslek mensubu çalışmalarını; (...) (2) serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik ortaklık bürosu veya şirket şeklinde birleştirebilirler. Bu bürolarda yapılan faaliyetler ticari faaliyet sayılmaz. Şirket şekli nde çalışılması halinde, yapılan işlerden doğacak cezai sorumluluk işi yapan meslek mensubuna aittir.*” Hükmü gereği ticari faaliyet olarak görülmez (RG 13.06.1989 / 20194).

³⁶ Demirkapı, **a.g.m.**, s. 376; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 278.

³⁷ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 37. Aslan Yılmaz, **Ticaret Hukuku Dersleri**, Ekin Yayıncılık, 11. Baskı, 2017, s. 3-4. Ticari-esnaf işletmesi şeklindeki ikili ayrımının belirsizliğe yol açacağı ve ESMKK 3. maddesinde ki tanımdan yola çıkarak esnaf için ayrıca aranması gerekli özellikler bulunduğundan bu ayrımın ticari-ticari olmayan işletme şeklinde ikili ayrım ile ifade edilmesinin daha doğru olacağı görüşü için bkz. Akçaal, **a.g.e.**, s. 207; İzel Akgöl, **Ticari İşletmelerin Devri**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 5.

görüşler de bulunmakla birlikte³⁸ doktrinde de birçok yazar tarafından ticari işletmenin açık şekilde tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir³⁹.

Bu gerekliliğe rağmen eTK 'da ticari işletmenin bir tanımına yer verilmemiş, ticari işletmelerin sayılması metodu kabul edilmiştir. Bu bağlamda eTK 11 "Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır." hükmü ile hangi müesseselerin ticari işletme sayılacağını belirlemiş devamla 12. maddesinde ticarethane sayılan müesseseler sayılmış⁴⁰ ve aynı maddenin 2. fıkrasında fabrika tanımlanmış⁴¹ en nihayetinde 13. maddede de diğer müesseselerin ne olduğu belirtilmiştir⁴². eTK dönemindeki bu uygulama ticari işletmenin tayininde yeterli olmadığı⁴³, tereddütlere yol açtığı ve tüm çeşitleri gereği

³⁸ Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 11; Ansay, **a.g.m.**, s. 199 vd.

³⁹ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 43; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 17; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 273. Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 16; Bilgili, Demirkapı, **Ticaret Hukuku**, s. 13; Sabih Arkan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler", **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar (13-14 Mayıs 2005)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2005, s. 43; İsmail Kayar, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 57; M. Kamil Mutluer, Talya Şans Uçaryılmaz, **İşletme Hukuku**, Ankara, Turhan Yayınları, 2014, s. 136.

⁴⁰ 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 12/1 hükmü şöyledir; "Aşağıda yazılı veya mahiyetçe bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler, ticarethane sayılır: 1. Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekle sokularak satılması yahut kiraya verilmesi; 2. Kıymetli evrakın satılmak üzere tedariki ve bunların satılması; 3. Her çeşit imal veya inşaa; 4. Madencilik; 5. Matbaacılık, gazetecilik ve kitapçılık, yayın, ilan ve istihbarat; 6. Tiyatro, sinema, otel, han ve lokanta gibi umumi mahaller, hususi mektep ve hastane ve açık satış yerlerinin işletilmesi; 7. Umumi mağazalar ve sair depo ve ambarların işletilmesi; 8. Borsa ve kambiyo işleri, sarraflık, bankacılık; 9. İctimai sigortalar hariç olmak üzere sigortacılık; 10. Kara, deniz ve havada, nehir ve göllerde yolcu ve eşya taşımak; 11. Su, gaz ve elektrik dağıtma, telefon ve radyo ile haberleşme ve yayın; 12. Acentelik, tellallık, komisyonculuk ve sair bütün tavassut işleri."

⁴¹ 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 12/2 hükmü şöyledir; "Fabrikacılık, ham madde veya diğer malların makine yahut sair teknik vasıtalarla işlenerek yeni veya değerli mahsuller vücuda getirilmesidir."

⁴² 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 13 hükmü şöyledir; "Aşağıdaki işleri görmek üzere açılan bir müessesenin işlerinin hacim ve ehemmiyeti, ticari muhasebeyi gerektirdiği ve ona ticari veya sınai bir müessese şekil ve mahiyetini verdiği takdirde bu müessese de ticari işletme sayılır: 1. Bir toprak sahibinin veya çiftçinin, mahsullerini olduğu gibi veya zirai sanatı dolayısıyla bir tezgahta şeklini değiştirerek satması; 2. Esnaf veya güzel sanatlar erbabından birinin gerek bizzat gerek işçi çalıştırarak veya makine kullanarak eserler vücuda getirmesi ve bu eserleri satması. Bu hüküm, işlerinin mahiyetine göre, 12 nci madde gereğince ticarethane veya fabrika olarak vasıflandırılmıyan diğer müesseseler hakkında da tatbik olunur."

⁴³ Hüseyin Ülgen/Ömer Teoman/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, N.406.

gibi ifade edemediği⁴⁴, sayma yönteminin tehlikeli olduğu⁴⁵ ile yeni işletme türlerine imkân vermediği⁴⁶ yönünden haklı olarak eleştirilmiştir⁴⁷.

Önceki eTK döneminde her ne kadar kanunda bir tanıma yer verilmemişse de İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü'nün (İsvTST) 52/3 hükmünden esinlenilerek getirilen⁴⁸ TST 14/2 hükmü ile ticari işletme “*Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetler ile Türk Ticaret Kanunu'nun 17. maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım ilgili dönemde doktrinca kabul edilmiş yalnız TTK'da sayılan türlerden biri olması yeterli görülmemiş aynı zamanda TST 14/2' de aranan

⁴⁴ İnal, a.g.e., s. 205.

⁴⁵ Okay Durman, **İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2009, s. 30.

⁴⁶ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 39. Benzer şekilde TTK'da ki düzenleme ile yeni işletme türlerine imkân tanındığı yönünde bkz. Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 6.

⁴⁷ TTK 11/1 gerekçesinde tüm bu eleştirilerin göz önüne alınarak sayma metodundan vazgeçildiği belirtilmiştir; “... Ayrıca anılan türler, bilgi toplumunun hizmet kavramı ile bilişime hatta iletişime de yabancıdır; perakende ve toptan ticaretin eskimiş yüzünü taşımaktadırlar. Tür öğretisinin ilkeleri bunları tür olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Sadece anılanların tanımlanması da ayrıca yanlış anlamalara yol açacak, ticarî işletmenin bu üç birime özgü olduğu zannını uyandıracak niteliktedir. Öte yandan, ticarethane ile fabrikanın 6762 sayılı Kanunda düzenleniş ve tanımlanış şekli tereddütleri ve tartışmaları davet etmiştir. Çünkü 6762 sayılı Kanununun 12 nci maddesinde sayılan faaliyetlerle uğraşan ve fabrikacılık tanımına uyan “müesseseler”in, ticarî işletmenin tanım unsurlarını taşımaları bile kanunen ticarî işletme sayılıp sayılmayacakları görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tartışma tatmin edici bir sonuca da ulaşmamıştır. 6762 sayılı Kanununun 13 üncü maddesindeki “ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler” ibaresi ile hangi müesseselerin kastedildiği de kesin olarak belirlenemiyordu. Bundan başka “diğer müesseseler” ibaresi ve bu ibarenin 6762 sayılı Kanununun 13 üncü maddesinin kenar başlığında yer alması, 6762 sayılı Kanununun 12 nci maddesinde düzenlenen ticarethane ile fabrikanın “müessese” olduğu izlenimini vermektedir. Oysa her iki birim “müessese” değil “ticarî işletme” dir. 6762 sayılı Kanundan böylece ticarî işletmenin müessese olduğu gibi bir sonuç çıkıyordu. 6762 sayılı Kanunun elli yılı aşan uygulamasında ticarethaneye, fabrikaya ve bu tür müesseselere ilişkin birikim oluşturan bir uygulamaya da rastlanmamıştır. Nihayet, “ticarethane” sözcüğü dar ve eski bir terim olarak 19. yüzyılda kalmış bir ticaret anlayışını yansıtmaktadır. Başka bir söyleyişle, günümüzde “ticaret” sözcüğü “mal alışverişi” anlamını çok gerilerde bırakan, hizmet, iletişim ve bilişimi de içeren yeni bir boyut ve içerik kazanmıştır. Nitekim “e-ticaret” kavramı da bu yeni anlamın en çarpıcı örneğidir. Fakat ticarethane mal ticaretini ifade ettiği için hizmet sunan, iletişim ve bilişimi kendisine konu alan işletmeleri kapsamıyordu. Fabrika ise ticarî işletme olmayıp bir üretim birimidir. Bu gerekçelerle 6762 sayılı Kanununun 12 nci ve 13 üncü maddeleri Tasarıya alınmayarak ticarî işletmeye gelişmelere açık geniş ve çağdaş bir boyut verilmiştir...” (6102 Sayılı TTK gerekçesi) Aksi yönde Aydın ise; ticari işletme türlerinin sayılmamasının belirsizliğe sebebiyet vereceği ve eTK döneminde olduğu gibi karine olarak türlere yer verilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 14)

⁴⁸ Arkan, a.g.e., s. 26; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 273.

şartları taşıması gerektiği de ifade edilmiştir⁴⁹. Yine aynı dönemde bu kadar önemli bir kavramın tüzük ile tanımlanması eleştirilmiştir⁵⁰.

Nitekim bu eleştiriler de göz önüne alınarak⁵¹ TST 14/2'deki tanım olumlu yönde ve bağımsızlık unsuru eklenerek⁵² TTK 11/1 de “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*” ifadesi ile tanımlanmıştır. Aynı tanım TSY’ye de 4/1-(r) hükmü ile aynen aktarılmıştır.

TTK tarafından getirilen bu tanıma öncelikle tanımın “ticari işletme... işletmedir” yönündeki tanımlaması, TTK madde 3 hükmünün gerekçesinde⁵³ yer alan “*bir kavramın tanımı, kavramı içeremez*” ifadesi de gerekçe yapılarak bilinmeyen başka bir bilinmeyenle hatta kendisi ile tanımlanması eleştiri konusu yapılmıştır⁵⁴. Ancak kanaatimizce bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. İlk olarak eleştiriye konu cümle sonundaki işletme kavramı yerine kullanılabilir alternatif kelime yokluğu sorunu bulunmaktadır. İşletme yerine kullanmak üzere ilk akla gelen “faaliyet” kavramı için doktrinde ticari işletmenin soyut olarak algılanmasına / tanımlanmasına sebebiyet vereceğine ilişkin haklı eleştiri kabul etmemek mümkün değildir⁵⁵. Aksi takdirde mal veya hizmetin üretildiği somut bir birim olan

⁴⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 17.

⁵⁰ Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, 2004, s. 32(Eski Baskı); Fahiman Tekil, “Ticaret Kanununun Revizyonu Üzerinde Düşünceler”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1998, s. 569; Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, 13. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2005, s. 6. Aksi yönde bkz. Merih Kemal Omağ, “Ticari İşletmenin Yapısı”, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın Ltd. Şti., 2007, s. 925; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 17; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 18; Sema Aydın, Hasan Ali Kaplan, Arzu Şen Kalyon, “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları” **GÜHFD**, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 231.

⁵¹ “*Tasarının tümüne egemen, bir kuramın bazı niteliklerini içermeye başlayan temel bir kavramın tanımı Ticaret Sicili Tüzüğüne bırakılamaz*”(TTK gerekçesi).

⁵² Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 273; Akçaal, **a.g.e.**, s. 31, Arkan, **a.g.e.**, s. 26.

⁵³ Kendigelen, **Gerekçeli TTK**, s. 116;

⁵⁴ Ansay, **a.g.m.**, s. 217; Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 11 vd.; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 273. Ayrıca işletmeye vurgu yapıldığı halde aynı zamanda işletmenin de unsurları olan devamlılık, bağımsızlık ve hatta gelir sağlamayı hedef tutmanın sayıldığı gerekçesi ile de tanıma getirilen eleştiri için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 273.

⁵⁵ Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 9; Ünal Tekinalp, “Ticari İşletmenin TK m. 11(3)’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı**, Ankara, 2015, s. 4-5. Aynı yönde; Şener, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 4; Sevilay Uzunalli,

işletmenin⁵⁶ soyut bir kelime ile tanımı yer alacaktır ki bu çok da uygun olmayacaktır. İkinci akla gelen kelime ise eTK tarafından kullanılan “müessese” kavramıdır. Gelişen çağın ve gerekliliklerinin karşılanması yetersiz olduğu için terk edilen bir kelimeye yeniden kanundaki tanımda yer verilmesi de kanaatimizce uygun olmayacaktır. Nitekim tanımın sonunda yer alan işletme kavramını bir tekrar olarak değil tanımın sınırını belirleyen ve kendi içerisinde döngü, kapalılık yaratan bilinçli bir kullanım olarak görmek daha uygundur. Aksi takdirde ne olduğu önemli olmaksızın ikincil bir kavram getirilmiş olması halinde ayrıca bu kavramın da özellikleri, unsurlarını dikkate almak gerekecek ve şuanda ki kesinlikte kullandığımız şekilde “ticari işletme aynı zamanda bir iktisadi işletmedir” yöntem ve belirliliği imkânı ortadan kalkacaktır. Ayrıca ikincil bir kavram getirilmesi sonucunda artık iki farklı unsur bulunduğundan sınırsız tütetme imkânı ile mevcut belirlilik ve kapalılık ortadan kalkacaktır⁵⁷. Bu sebeple bu kadar önemli bir kavramın sınırlarının belirli olarak; somut değişimlere açık ancak kavramsal olarak kendi içerisinde kapalı şekilde tanımlanması kanaatimizce uygun olmuştur.

Yukarıda da değindiğimiz üzere eTK daki sayma metodunu terk eden ve bu hususu özellikle gerekçede vurgulayan ve ticari işletme için bir tanım getiren kanun koyucu bu kez TTK 850/3’te “taşıma işlerinin” ve TTK 917/2’de ise “taşıma işleri komisyonculuğunun” ticari faaliyet olarak sayma metodu ile düzenlemesi haklı olarak eleştiriye konu olmuştur⁵⁸. Bu konu ile ilgili doktrinde hem TTK 850/3⁵⁹ hem

Oruç Hami Şener, **Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku**, Yeni Mevzuata Göre Yeniden Hazırlanmış 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 2.

⁵⁶ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 37.

⁵⁷ Platon, **Parmenides**, 5. Baskı, Çev. Saffet Babür, Ankara, 2018, s. 25.

⁵⁸ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 273; Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 13; dp.7; Ansay, **a.g.m.**, s. 180-181, 213 vd.; Halit Aker, **Ticari İşletme Kirası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 38 dp.90; Rıza Ayhan, “Ticari İş-Ticari İşletme-Tacir-Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet”, **EÜHFD**, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 35.

⁵⁹ Ülgen’e göre TTK 850/3 hükmü at arabası ile taşımaya uygulanamayacaktır ve ancak ticari işletme çevresinde icra edildiği takdirde ticaret hukuku hükümlerine tabi olacaktır [Ülgen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 190.]. Aynı yönde bkz. Alihan Aydın, “TTK Tasarısı’nda, Taşıma İşlerine Dair Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **HPD**, S. 6, 2006, s. 69; ayrıca farklı bir hüküm önerisi ile birlikte; Aker, **a.g.e.**, s. 38, dp. 90. *Tekinalp* ise eğer ortada ticari işletme boyutuna ulaşmamış bir işletme var ise TTK’nın taşıma işlerine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ancak gerekli şartlar sağlanmadığından bir ticari işletmeden ve tacirden bahsetmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir (**Yeniden Düşünmek**, s. 13.). Benzer yönde bkz. Gönen Eriş, **Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015, s. 27. *Can*, kanunun

de TTK 917/2⁶⁰ yönünden farklı görüşler dile getirilmiş olmakla birlikte tezimizin doğrudan konusu olmadığından derinlemesine incelenmeyecektir. Son olarak düzenleme yeri ve kenar başlığı ile bütünlük ve sistematığın sağlanmadığına ilişkin olarak TTK'ya getirilen eleştiriler olduğunu da belirtmekte kanaatimizce fayda vardır⁶¹.

III. Unsurları

A. Unsurlarının Tespiti

Ticari işletmeyi tespit edebilmek için öncelikle unsurlarını tespit etmeye ihtiyaç duymaktayız⁶². Ancak gerek eTK gerekse TTK döneminde ticari işletmenin unsurlarının sayısı ve başlıklandırılması konusunda doktrinde bir fikir birliği sağlanamamıştır.

Yukarıda da değinildiği üzere ticari işletmenin eTK 'da açık bir tanımına yer verilmemiş olmasına rağmen TST 14/2 hükmü ile ticari işletme *“Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetler ile Türk Ticaret Kanunu'nun 17. maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz”* tanımlanmıştı. TST 14/2 hükmünden yola çıkarak yazarlar ticari

düzenleme şekli itibari ile ilgili hükümlerin istisnasız tüm taşımalar için uygulama alanı bulacağı ancak ticari işletme sıfatının kazanılması için TTK 11'de ki şartların ayrıca araştırılması gerektiğini ifade etmektedir (Mertol Can, **CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. 1, Taşıma Hukukuna Giriş, Eşya Taşıma İşleri**, Ankara, İmaj Yayınları, 2017, s. 1.).

⁶⁰ Akdeniz tarafından TTK 850/3 ilişkin görüşlere paralel olarak taşıma işleri komisyonculuğunun tek başına bir işletmeyi ticari işletme haline getirmeyeceği ayrıca TTK 11'de yer alan şartların aranması gerektiği görüşü dile getirilmiştir (Umut Akdeniz, **Taşıma İşleri Komisyonculuğu Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 18). Aynı yönde TTK 850/3 hükmü için getirilen eleştirilerin TTK 917/2 için de geçerli olduğu konusunda bkz. AÜHF Tasarı Görüşü, s. 238. *Bahtiyar* ise taşıma işleri komisyoncusunun TTK 917/2 hükmü gereği tacir ve faaliyetinde ticari işletme olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (**Ticari İşletme**, s. 242). Benzer yönde bkz. Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 538; Ülgen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 1631. Devamlılık unsurunun bulunmaması başka bir deyişle geçici olarak taşıma işleri komisyonculuğu yapılması halinde ticari işletme sayılmayacağı notu ile birlikte aynı yönde bkz. Bozer, Gole, **a.g.e.**, s. 130.

⁶¹ Kenar başlığına ilişkin getirilen eleştiriler için bkz. Abuzer Kendigelen, **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 61. Düzenlenme yerine ve diğer hükümlerle olan sıralanma şekline ilişkin eleştiriler için bkz. Erdoğan Moroğlu, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 41.

⁶² Serhan Dinç, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Mayıs, 2017, s. 35.

işletmenin unsurlarını tespiti girişmiştir. Bu bağlamda *Karayalçın*⁶³ ticari işletmenin unsurlarını *gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık, bağımsızlık ve aleniyet* olarak saymıştır. Bazı yazarlar bu unsurlara ek olarak işletmenin organizasyonundan yola çıkarak belirli bir örgütün varlığını da eklemiştir⁶⁴. *Arıcı* ise unsurları incelerken *gelir elde etme amacı, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyet düzeyini aşma* başlıklarına yer vermişse de bunlara ek olarak ticari işletmenin varlığı için *haricen belli dışa dönük, serbest meslek faaliyeti oluşturmayan* ve tartışmalı olduğunu belirtmekle birlikte *meşru/yasal işleri konu alan* unsurları da barındırması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁵.

Birçok yazar tarafından ayrı bir başlık olarak ele alınmasa da işletme kapsamında yürütülen faaliyetin ahlaka aykırı olmaması ve suç teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶. Bu yazarların da ifade ettiği şekilde aksinin kabul edilmesi kanunun yasakladığı eylemlere bir geçerlilik, hak tanıma olacaktır ki kanaatimizce bu kabul edilebilir değildir.

Şu anki mevcut düzenleme olan TTK 11/1 hükmünden sonra da ticari işletmenin unsurları konusunda görüş birliği sağlanamamıştır. Öncelikle bazı yazarlar TTK 11'in özellikle yazım şeklinden yola çıkarak *esnaf işletmesini aşılmasını* ve *gelir sağlamayı hedef tutmak* unsurlarını birlikte *esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutmak* başlığı altında tek bir unsur olarak ele almaktadırlar⁶⁷. Diğer yazarlar ise bu iki unsuru eTK döneminde olduğu gibi ayrı

⁶³ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 158 vd. aynı yönde bkz. Ansay, **a.g.m.**, s. 202.

⁶⁴ Tefik Birsnel, **Ticari İşletme Hukuku, C. 1**, İzmir, Ticaret Matbaacılık, 1970, s. 69; İrfan Baştuğ, Ercüment Erdem, **Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993, s. 19-20.

⁶⁵ Arıcı, **a.g.e.**, s. 17 vd. *Arıcı*'nin başlıklarına ek olarak *serbest meslek faaliyeti olmama, aleniyet* unsurları ile ticari işletmenin unsurlarını sayımı için bkz. Aker, **a.g.e.**, s. 57.

⁶⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 284; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 159; Aker, **a.g.e.**, s. 45; Durman, **a.g.e.**, s. 40. Aksi yönde görüş için bkz. Kevork Acemoğlu, **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971, s. 19, 62.

⁶⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 27-31; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 37; Evirgen, **a.g.e.**, s. 6-12; Yavuz Akbulak, "Ticari İşletme Rehni", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 90, S. 2016/3, 2016, s. 338; Şener, **Ticari İşletme**, s. 4-10.

ayrı ele almaktadırlar⁶⁸. *Kendigelen* ise, TTK11/1 hükmünün mülga TST 14/2 hükmünden yalnızca doktrinde kabul edilen bağımsızlık unsurunun eklenmesi ve olumlu yazımı ile ayrıldığı bu sebeple de kanun koyucunun bilinçli bir değişikliğe gitmediğinden eski anlayıştan farklı olarak *esnaf işletmesini aşılmasını* ve *gelir sağlamayı hedef tutmak* unsurlarını ayrı ayrı ele almaya gerek olmadığını belirlemekle bu yazarları eleştirmektedir⁶⁹. Ayrıca bu görüşüne destek olarak *esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutmak* başlığı altında *esnaf işletmesini aşılmasını* ve *gelir sağlamayı hedef tutmak* unsurlarını ayrı ayrı değerlendiren yazarları göstermektedir⁷⁰. *Demirkapı* ise kanundaki tanımda bu iki unsuru ayırmak için “ve” bağlacının kullanılması gerektiğini belirtmekle birlikte iki ayrı unsur olarak ele alınması gerektiğini ifade etmektedir⁷¹.

Bazı yazarlar tarafından ise *işletme*⁷² bir ayrı unsur olarak ele alınmıştır. Yine bazı yazarlar tarafından ise *gelir sağlamayı hedef tutmak* yerine *iktisadi faaliyet*⁷³, *esnaf işletmesini aşılması* yerine *kapasite*⁷⁴ kavramları tercih edilerek unsurları sayma yoluna gidilmiştir.

Kanaatimizce de işletmenin bağımsız bir unsur olarak yeniden yazılması belirleyici ve anlamlı olmayacaktır. Ayrıca ilk tartışmadaki *esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutmak* yönünde tek bir unsur olarak kabul etmek ve değerlendirmek de doğru olmayacaktır. Eğer gerçek manada bu unsuru tek bir

⁶⁸ Akçaal, **a.g.e.**, s. 34-42; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 118-122; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 19-27; Bilgili, Demirkapı, **Ticaret Hukuku**, s. 14-15; Kayar, **a.g.e.**, s. 44-49; Polat Tuncer, **Ticaret Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 11; Ayşe Sümer, **Ticaret Hukuku**, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 17; Şaban Kayıhan, Mustafa Yasan, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 45-48; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 43; Ayşe Nur Berzek, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s. 8-10; Çetiner, Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 54; Mutluer, Uçaryılmaz, **a.g.e.**, s. 137-138

⁶⁹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 279.

⁷⁰ Bu yazarlar için bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 27-30; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18-24.

⁷¹ Demirkapı, **a.g.m.**, s. 386.

⁷² Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 7; Şener, **Ticari İşletme**, s. 5; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 2, Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 9; İsmail Mert Oktar, **Ticari İşletmenin Devri**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 4. İşletme organizasyonu unsuru içerisinde aranacak nitelikler ticari işletmeyi de içinde barındıran tüm işletmeler için var olması gerektiğinden ticari işletme için belirleyici olmadığı ve bağımsız bir unsur olarak sayılmasının yerine olmadığına ilişkin eleştiri için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 279.

⁷³ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 15-16.

⁷⁴ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 17-20.

anlamda kabul etmemiz halinde ticaret hukuku yönünden esnaf işletmesi – ticaret işletmesi ayrımı yönünden; ticari işletmeyi belirlemekte en temel ve belirleyici kıstas⁷⁵ olan *esnaf işletmesi boyutunun aşılması* kıstası müteşebbisin kendi amacına, hedefine bağlanmış olacaktır. Bu da somutlaştırılması istenen bir unsurun tamamen sübjektif bir unsura bağlanması olacaktır ki bu hem kanun koyucunun hem de doktrindeki yazarların görüş ve niyetlerine aykırı olacaktır. Eğer yazarların kendi eserlerinde bu başlık altındaki incelemelerinde yaptığı gibi tek başlık altında iki unsur ayrı ayrı incelenecekse bu kez iki unsurun anlaşılması ve açıklanmasını zorlaştıracak ve herhangi bir fayda sağlamayacak bu yöntemin tercih edilmesi mantıklı olmayacaktır.

Bu sebeplerden ötürü işbu tez kapsamında ticari işletmenin unsurları; *gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırının aşılması* olarak dört unsur şeklinde incelenecek ve açıklanacaktır.

B. Unsurların Etkisi

Bu başlık altında ticari işletmenin varlığı, bir işletmenin ticari işletme vasfını kazanma ve kaybetme şartlarında unsurların etkisi incelenecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ticari işletme vasfının kazanılmasında unsurların varlığının birlikte aranması gerekmektedir. Unsurlar birbirleri yerine ikame değildir ve bir işletmeden bahsedebilmek için tüm unsurların birlikte var olması gerekmektedir⁷⁶.

Nitekim ticari işletmenin varlığının tespiti yönünden unsurların yukarıda da değinildiği şekilde aynı anda ve birlikte var olması yeterli olup meslek odasına,

⁷⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 21; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 48.

⁷⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 277; Atahan Günçan, **Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 13.

ticaret siciline, vergi dairesine vb. yerlere tescil olunması dâhil başka bir şarta gerek yoktur⁷⁷.

Ticari işletme vasfının kazanılmasının yanı sıra korunmasında da unsurların devamlı varlığının aranması gerekmektedir. Başka bir deyiş ile ticari işletmenin var olduğu sürece tüm unsurları da eksiksiz olarak bulundurması gerekmektedir. Aksi durumda ticari işletmenin unsurlardan herhangi birisini kaybetmesi halinde başkaca bir işleme gerek olmaksızın ticari işletme vasfını yitirecektir⁷⁸.

C. TTK'ya Göre Ticari İşletmenin Unsurları

1. Gelir Sağlamayı Hedef Tutmak

Ticari işletmenin kurulmasının ve varlığının en temel sebebi gelir elde edilebilmesi, gelir elde etmektir. Bu yüzden bir ticari işletmeden bahsedebilmek için öncelikle gelir elde etme amacı ile kurulmuş ve devam eden bir faaliyet olması gerekmektedir⁷⁹. Bu bağlamda ideal, kültürel, yardım etme vb. gaye ve sebepler ile gelir elde etme amacı olmayan kuruluşlar ticari işletme olarak kabul edilemeyecektir⁸⁰.

Bu sebeple de başlangıçta ticari işletme vasfının belirlenmesinde esas alınan kıstasın işletmecinin “soyut niyeti” olacağından ve bunun sonucunda da kanunen

⁷⁷ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 277; Karahan, **Ticari İşletme ve Tacir Kavramları**, s. 5; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 15; Şener, **Ticari İşletme**, s. 7; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 4; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 230-231. Akgöl, **a.g.e.**, s. 10. *Aker* ise unsurların birlikte bulunması yanı sıra ayrıca işletmenin fiili olarak işletilmesi yahut işletilmeye başlanması sayılması şartının da aranması gerektiğini ifade etmektedir(**a.g.e.**, s. 74.).

⁷⁸ Şener, **Ticari İşletme**, s. 4; Kayar, **a.g.e.**, s. 44; Akgöl, **a.g.e.**, s. 10.

⁷⁹ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s45; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 280; Merve Zeytinci, **Ticari İşletmenin Devredilmesi Ve Bundan Doğan Sorumluluk**, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2016, s. 11; Oktar, **a.g.e.**, s. 6; Akgöl, **a.g.e.**, s. 10; Evirgen, **a.g.e.**, s. 6; Arıcı, **a.g.e.**, s. 18.

⁸⁰ *Kendigelen*, bu durumlara örnek olarak yoksul öğrencilerin yiyecek ve barınma ihtiyaçlarını karşılamak için yapılan aşevi ve yurt örneği vermektedir. [(Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N.281.]. Aynı örnek için bkz. Akgöl, **a.g.e.**, s. 10-11. *Arkan*, ise yoksullara parasız ilaç dağıtmak maksadı ile kurulan eczane örneğini vermektedir (**a.g.e.**, s. 27). Örnek vermemek ile birlikte aynı yönde bkz. Bozkurt, **ticari işletme**, s. 45.

getirilen bu tanımın işletmecinin niyeti gibi soyut bir kıstasa bırakılacağından sorunlara yola açacağı yönünde eleştirilmiştir⁸¹.

Burada ticari işletmenin gerçek manada kar (tüm giderler düşüldükten sonra cirodan kalan hasılat) elde edip etmediğinin hatta zarar etmesinin dahi bir önemi yoktur. Önemli olan husus işletmenin kar elde etme amacı ile kurulmuş ve devam ettiriliyor olmasıdır⁸². Başka bir deyiş ile kar elde etme maksadı ile kurulmuş olsa da faaliyet neticesinde zarar etmesi hatta devamlı zarar ediyor olması dahi ticari işletme vasfına etki etmeyecek, ticari işletme vasfını kaybetmesine sebep olmayacaktır⁸³. Bu sebepten yola çıkarak doktrinde bazı yazarlar TTK 11 hükmünde ki “gelir” kelimesi ile kast edilenin gider ve diğer vergilerin düşülmesinden sonra ortaya çıkan net geliri değil işletmenin faaliyeti kapsamında yalnızca girdi –ciro- olarak elde edilen geliri ifade ettiğini belirtmektedirler⁸⁴. *Tekinalp*⁸⁵, ise TTK 11 hükmünde açıkça kazanç elde etmenin unsurlar arasında sayılmaması ve gelir sözcüğünün tercih edilmesindeki maksadın vurgunun gelir elde etmeye değil ifadenin devamındaki esnaf faaliyetini aşmadaki sınırın aşılmasına odaklandığını ifade etmektedir.

Doktrindeki genel kabule göre gelirin yalnızca malvarlığının aktifindeki artış olarak değil pasifi engelleyici yahut azaltıcı faaliyetleri de kapsayacak şekilde geniş

⁸¹ Bozkurt, **ticari işletme**, s. 45.

⁸² İnal, **a.g.e.**, s. 220; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 8; Arkan, **a.g.e.**, s. 27; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N.281; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 45; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 158, Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 38; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18-19; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 18; Arıcı, **a.g.e.**, s. 18; Bilgili, Demirkapı, **Ticaret Hukuku**, s. 14; Berzek, **a.g.e.**, s. 8; Çetiner, Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 54; Kayar, **a.g.e.**, s. 58; Mutluer, Uçaryılmaz, **a.g.e.**, s. 137; Mustafa Çeker, **Ticaret Hukuku Genel Esaslar**, Adana, Karahan Kitapevi, 2014, s. 16; Yadiğâr İzmirli, “Tacir-Esnaf Sıfatının Tayininde Ticari İşletme Unsuru”, **Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan**, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1991, s. 468.

⁸³ Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 3-4; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 281; İzmirli, **a.g.m.**, s. 468.

⁸⁴ *Kendigelen*, TTK 11/1 de yer alan gelir ile kast edilenin “gayri safi hasıla/ciro” olarak algılanması gerektiğini ifade etmektedir. [Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N.281]. *Demirkapı*, ise kanunda “kazanç” yerine “gelir” kelimesinin bilinçli kullandığını, gelirin elde edilen faydalar toplamı iken kazancın bu faydalardan giderlerin düşülmesi sonucu kalan kısmı oluşturduğuna dikkat çekmektedir. (Demirkapı, **a.g.m.**, s. 386.) Benzer yönde bkz. Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 9. Kazanç ve gelirin aynı şeyi ifade ettiği yönünde aksi görüş için bkz. Aydın, **Ticari İşletme kavramı**, s. 11.

⁸⁵ Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 10. Aksi yönde *Doğanay*, bu kavramları ilişkilendirerek değerlendirmiştir (İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerh**, C. 1, İstanbul, 2004,s. 156.). *Hirsch* ise kazanç kavramının bulunması gerektiğini belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 117.).

olarak yorumlanması gerekmektedir⁸⁶. Bu yazarlar tarafından bu hususta sıkça üyelerinin daha ucuza ihtiyaçlarını karşılamak için kurulan kooperatif örneği verilmektedir⁸⁷. Bu görüşü eleştiren ve aksi yöndeki yazarlara göre ise kanun koyucu tarafından her türlü amaç değil de gelir ibaresi bilinçli olarak tercih edilmiş olup bu sebeple malvarlığında bir artışı amaçlamayan işletmeler ticari işletme olarak kabul edilmeyecektir⁸⁸.

Bir işletme gelir elde etme amacı olmamasına rağmen fiilen gelir elde etse dahi ticari işletme olarak kabul edilemeyecektir⁸⁹.

Ticari işletmenin kim veya kimler tarafından işletildiğinin de bir önemi yoktur. Bir veya birkaç gerçek yahut tüzel kişi eli ile işletilmesi hatta kamu tüzel kişisi veya serbest meslek mensubu dahi olabilmektedir⁹⁰.

Bununla birlikte işletme faaliyeti sonucunda elde edilen karın nereye, kime veya hangi amaçla aktarıldığını, tesis edildiğinin de bir önemi yoktur. Elde edilen kar ortaklara dağıtılabileceği gibi yardım maksadı ile kurulmuş bir vakfa da aktarılabilir⁹¹.

⁸⁶ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19; Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 9; Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 11; Arkan, **a.g.e.**, s. 28, Arıcı, **a.g.e.**, s. 18; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 158-159; Demirkapı, **a.g.m.**, s. 390; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 45; Çetiner, Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 54.

⁸⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 28; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 19; Benzer yönde tespit için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N.283. Benzer yönde örnekler için bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 159; Demirkapı, **a.g.m.**, s. 390.

⁸⁸ Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 8-9. Yazar TTK 331. Maddesinde anonim şirketler için ve benzer olarak kooperatif ve limited şirketler içinde ticari işletme sahibi olma şartı ileri sürülmemiş her türlü ekonomik amaç için kurulabilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkarak eğer ticari işletme için gelir şartının her türlü ekonomik amaç olarak geniş yorumlanacak idiyse kanun koyucu bu şirketler için açıkça her türlü ekonomik amaç için kurulabileceklerini vurgulamasına gerek olmadığını ifade etmektedir (A.e. s. 8-9.).

⁸⁹ İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 8; Baştuğ, Erdem, **a.g.e.**, s. 19; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 16.

⁹⁰ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 283; Arkan, **a.g.e.**, s. 27; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 19.

⁹¹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 282; Arkan, **a.g.e.**, s. 27; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 38; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 8; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 18-19; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 15; Arıcı, **a.g.e.**, s. 18; Mutluer, Uçaryılmaz, **a.g.e.**, s. 137; Demirkapı, **a.g.m.**, s. 389.

2. Devamlılık

Ticari işletmeden bahsedebilmek için gerekli unsurlardan bir diğeri ise devamlılıktır. Yani işletme bünyesinde yürütülen faaliyetin devamlılık arz etmesi gerekmektedir⁹². Geçici olarak yapılan yahut bir veya birkaç defalığına gerçekleştirilen faaliyetler ticari işletmeye vücut vermeyecektir⁹³. Burada tek seferlik veya devamlılık arz etmeyecek şekilde birkaç seferlik gerçekleştirilen faaliyetin çok büyük ölçekli olması veya büyük bir gelir getirmesi de önem arz etmemektedir⁹⁴. Bu tür işletmelere doktrinde verilen bazı örnekleri yinelemek gerekirse; kısa süreliğine faaliyette bulunmak için açılan sergi⁹⁵, kişinin evinden menkul değerler portföyünü işletmesi⁹⁶, tek seferlik buğday alım satımına aracılık yapılması⁹⁷, tesadüfen bir taşınmaz satışına aracılık edilmesi⁹⁸ ve okulda gerçekleşecek gösteri için kısa süreliğine kurulan büfe/kantin⁹⁹ ticari işletme olarak kabul edilemeyecektir.

Ancak belirtmek gerekir ki devamlılıktan kast edilen zamansal olarak kesin bir kesintisizlik, “daimilik” değildir¹⁰⁰. Bu nedenle özellikle yapılan işin kendi niteliği veya şartları gereğince dönemsel olarak faaliyet göstermesi halinde de devamlılık şartı mevcut kabul edilecektir¹⁰¹. Bu tür işletmelere doktrinde verilen bazı örnekleri yinelemek gerekirse; plaj işletmeciliği¹⁰², mevsimlik faaliyet gösteren

⁹² İnal, **a.g.e.**, s. 221; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 38; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 12; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 20; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 285; Domaniç, **a.g.e.**, s. 98; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 149; Arıcı, **a.g.e.**, s. 18; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 47; Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 31.

⁹³ İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 8; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 159; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 285; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 92; Şener, **Ticari İşletme**, s. 4; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 2.

⁹⁴ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 55; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 285.

⁹⁵ İnal, **a.g.e.**, s. 221.

⁹⁶ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 39.

⁹⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 31.

⁹⁸ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 285.

⁹⁹ Akgöl, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁰⁰ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 20; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 46; İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 8; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 159; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 285.

¹⁰¹ İnal, **a.g.e.**, s. 221; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 38; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 12; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 20; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 286; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 47; Arkan, **a.g.e.**, s. 31; Arıcı, **a.g.e.**, s. 18; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 46; Bilgili, Demirkapı, **Ticaret Hukuku**, s. 14; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 146; Şener, **Ticari İşletme**, s. 4; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 2; Doğanay, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁰² Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 38; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 20; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 285; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 47.

otel¹⁰³, okul kantini¹⁰⁴, mevsimlik meyvelerden reçel veya domatesten salça üreten fabrikalar¹⁰⁵ ve yalnızca okul döneminde faaliyet gösteren taşıma işletmeciliği¹⁰⁶ sayılabilir.

Devamlılığın tespitinde dikkate alınması gereken husus işletenin amaç ve niyeti olacaktır¹⁰⁷. İşleten tarafından devamlı olarak faaliyet göstermek amacı ile kurulan bir işletme elbette başta ekonomik olmak üzere başkaca sebepler ile son bulabilir. Ancak burada önemli olan en başta işletenin devamlı bir faaliyet amacının bulunup bulunmadığıdır¹⁰⁸.

Tam tersi olarak da başlangıçta arızı olarak faaliyet göstermek için kurulmuş bir işletme daha sonra süreklilik arz etmesi halinde devamlılık şartının sağlandığı söylenebilir. Bu durumda ticari işletme vasfının ortaya çıktığı an olarak da devamlılık unsurunun kazanıldığı an kabul edilmelidir¹⁰⁹.

Buradaki devamlılığın vurgusu faaliyetin, işletmenin devamlılığında olmakla örgütlenmiş bir yapı olmasının bu hususta öncelikli şart olduğunu belirtmekte fayda vardır. Devamlılığın belirli bir organizasyon içerisinde yerine getirilmesi gerekmektedir¹¹⁰.

¹⁰³ İnal, **a.g.e.**, s. 221; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 12.

¹⁰⁴ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 47.

¹⁰⁵ Zeytinci, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁰⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 285.

¹⁰⁷ İnal, **a.g.e.**, s. 221; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 286; Arıcı, **a.g.e.**, s. 18, Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 47; Arkan, **a.g.e.**, s. 31; Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 31; İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 8; Şener, **Ticari İşletme**, s. 4; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 2; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁰⁸ İnal, **a.g.e.**, s. 221; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 48; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁰⁹ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 55; Oktar, **a.g.e.**, s. 9.

¹¹⁰ İnal, **a.g.e.**, s. 221; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 38; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 20;. Organizasyonun yanı sıra meslek haline getirilme şartını da kullanan yazarlar için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 286; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 55. *Aker*, ise devamlılık unsurunun işletmecinin maddi ve maddi olmayan unsurları işletmeye tahsis etmesi ve bunun neticesinde özellikle maddi olmayan unsurlardan müşteri çevresinin oluşması ve gelişmesinin sağlanmasıdır (**a.g.e.**, s. 49.). Ayrıca İsvTST'den farklı olarak TTK 11 ve TSY 4/1.r hükümlerindeki devamlılık unsurunun gelir sağlama unsuruna değil faaliyete yönelik olduğuna ilişkin tespit için bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 31.

3. Bağımsızlık

Ticari işletmenin varlığı ve tespiti yönünden TTK'da yer alan unsurlardan üçüncüsü bağımsızlık unsurudur. Bir ticari işletmenin bağımsız şekilde yürütülmesi gerekmektedir¹¹¹. Gerek eTK gerekse de TST 14/2'de yer almayan ancak doktrinde görüş birliği ile zikredilen bağımsızlık unsuru TTK 11'e aynen yansıtılmış ve kanunda aranan unsurlar arasında yer almıştır¹¹².

Ticari işletmenin bağımsızlığından kasıt işletmenin kendi iç ilişkisinde ve dış ilişkisinde bağımsız hareket edebilme yetki ve hürriyetini ifade etmektedir¹¹³. İç ilişki bakımından işletmenin kendi organizasyonu, faaliyeti, çalışma şekil ve prensiplerini işletme politikasını belirleyebilmesi ve hareket etmesini¹¹⁴ ifade ederken dış ilişkide bağımsızlık üçüncü kişiler ile herhangi bir talimat ve yetkilendirmeye bağlı olmaksızın işlem yapabilme hüviyetine sahip olmayı¹¹⁵ ifade etmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bağımsızlık hukuki anlamda bağımsızlık olup birden farklı işletmenin aynı kişi tarafından yönetilmesi, işletmelerin ekonomik veya ticari olarak birlik içinde bulunması işletme varlıkları yönünden etkili olmayacaktır¹¹⁶.

¹¹¹ İnal, **a.g.e.**, s. 221; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 39; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 12; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Şener, **Ticari İşletme**, s. 4. Ticari işletme yanı sıra tüm işletmelerin bağımsızlık unsuru içerdiği yönünde bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 31; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 287; Arıcı, **a.g.e.**, s. 18; Demirkapı, **a.g.m.**, s. 395. Karş yönde bkz. Baki Toksal, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Ankara, 1986, s. 131.

¹¹² Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 46; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 287; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 20; İnal, **a.g.e.**, s. 221; Arkan, **a.g.e.**, s. 31. Önceki dönem görüşler için bkz. Reha Poroy, "Son Elli Yılda Türkiye'de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 623; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 160.

¹¹³ Zeytinci, **a.g.e.**, s. 14; Oktar, **a.g.e.**, s. 10; Akgöl, **a.g.e.**, s. 14; Aker, **a.g.e.**, s. 52-53; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 148. Yalnızca iç ilişkide talimat almaksızın hareket etme olarak bağımsızlık tanımı için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 287.

¹¹⁴ Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 148. "İşletme Politikası" kavramının detaylı açıklaması için bkz. (A.e., s. 148.).

¹¹⁵ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 58.

¹¹⁶ Demirkapı, **a.g.m.**, s. 395-396; Aker, **a.g.e.**, s. 53; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 288. Aynı işleten tarafından işletilen birden fazla işletmenin ayrı ayrı değerlendirilip değerlendirilmemesinde, bağımsızlık unsurunu ihtiva edip etmediğine ilişkin teknik amaca bakılması gerektiği yönünde bkz. Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 52.

Ticari temsilci, ticari vekil veya vekil yardımcılarının yürüttükleri faaliyetler ticari işletmeye bağlı olacağından bu kişilerin faaliyetleri ticari işletme olarak adlandırılmayacağı gibi bu kişiler de işleten vasfına sahip olmayacaklardır¹¹⁷.

Ancak acentelik kapsamında yürütülen faaliyetler için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Nitekim bu kişiler her ne kadar üçüncü kişi ad ve namına işlem yapsalar da mümessili oldukları tacirin yalnızca yapılacak işlemin niteliğine ve bazı şartlarına bağlıdır. Kendi iç organizasyonunda tamamen bağımsız oldukları gibi üçüncü kişiler ile yapacakları işlemlerde de kimle işlem yapacakları dâhil kendi kararları ile hareket etmektedirler. O yüzden bu kişiler tarafından yürütülen faaliyetler diğer şartları ihtiva ettiği takdirde ticari işletme olarak kabul edilecektir¹¹⁸. Yine komisyoncu veya simsar tarafından yürütülen faaliyetler için de aynı şeyi söylemek mümkündür¹¹⁹.

Bununla birlikte şubelerin de kanaatimizce bu başlık altında incelenmesi gerekmektedir. Şubeler de bağımsızlık unsuruna sahip olmadıklarından ticari işletme değildirlir¹²⁰. Nitekim şubeler her ne kadar dışarıya karşı bağımsız yapıda olsalar da

¹¹⁷ İnal, **a.g.e.**, s. 221; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 39; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 20; Zeytinci, **a.g.e.**, s. 14. Bu kişilerin zaten bir işletmeye atanan kişiler oldukları, temsile yetkili kılındıkları işletmeden başka ikinci bir işletme ortada olmadığından bağımsızlık unsuru için örnek olamayacakları ancak tacir sıfatına haiz olup olmadıklarında değerlendirilip, örnek verilebilecekleri hususunda eleştiri için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 288.

¹¹⁸ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 59; Arkan, **a.g.e.**, s. 31; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 39; İnal, **a.g.e.**, s. 221.

¹¹⁹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 287; Arslan Kaya, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Eleştiriler-Öneriler, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi - 25-26 Kasım 2011 Sempozyumu**, İstanbul, 2012, s. 56. Ayrıca benzer yönde bayi, tek satıcı ve franchise sözleşmeleri ile faaliyetini yürüten kişilerinde bağımsızlık unsurunu sağladıkları ve işletme kabul edilecekleri yönünde bkz. Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 46.

¹²⁰ İnal, **a.g.e.**, s. 221; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 39; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 24; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 12; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 287; Arkan, **a.g.e.**, s. 31; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 46; Baştuğ, Erdem, **a.g.e.**, s. 20; Aytekin Çelik, **Ticaret Hukuku**, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 2; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 47; Bilgili, Demirkapı, **Ticaret Hukuku**, s. 15. *Aker*, şubelerin aynı işletmeciye ve aynı faaliyete ilişkin açılmış yapılar olduğunu, farklı yerlere erişim amacı ile açılan bu yapıların işletenin bir işletme olarak açmadığı ve bağlı şube niyeti ile açıldığını ifade etmektedir. Bu sebeple de bunların ayrı işletme kabul edilmesi halinde aynı iktisadi faaliyetin birden çok kez ticari işletme vasfını kazanacağını söyleyerek şubelerin ticari işletme olarak kabul edilmemelerinin yerindelğine vurgu yapmıştır (**a.g.e.**, s. 54-55.). Şubenin farklı bir işletmeci tarafından işletilmesi halinde artık iki farklı işletme olacağı ve giderek şartları sağlaması halinde şubenin de ticari işletme olarak kabul edileceği yönünde bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 325.

iç ilişkide merkeze bağlı olduklarından bağımsızlık şartını gerçekleştirememektedirler¹²¹. Bunun yanı sıra dış ilişkide hiçbir yetki ve faaliyette bulunmayan ve merkeze bağlı atölye, depo vb. yerler de bağımsızlık unsuruna haiz olmadıklarından işletme olarak kabul edilemeyeceklerdir¹²².

4. Esnaf Faaliyeti Sınırının Aşılması

Ticari işletmeden bahsedebilmemiz için gereken son unsur ise işletme kapsamında yürütülen faaliyetin öngörülen sınırı aşmasıdır¹²³. Sayılan unsurlar arasında temel ve belirleyici olan unsur esnaf faaliyeti sınırının aşılmasıdır¹²⁴. Nitekim diğer unsurların tamamı esnaf işletmesi için de geçerlidir ve ticaret hukuku nezdinde yukarıda da belirttiğimiz üzere esnaf ve ticari işletme olarak iki tip işletmenin birbirinden ayrılmasını sağlar¹²⁵.

Ticari işletmenin tespitinde esnaf işletmesi sınırının aşılmasının tespiti için hiç şüphesiz esnaf işletmesinin ne olduğunun tespiti gerekmektedir. TTK 11 hükmü ile ticari işletme tanımlanırken açıkça “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde*” ibaresi kullanılmasına ve TTK’da işletmeler temel olarak ticari işletme-esnaf işletmesi ayrımına dayanmasına¹²⁶ rağmen kanunda esnaf işletmesinin tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık esnaf; TTK m. 15’te “*İster gezici olsun*

¹²¹ İç ilişkide şubelerin; özellikle kar ve zararının merkeze ait olması, yaptığı işlemlerde yetkiyi merkezden alması, bağımsız bir malvarlığına sahip olmaması, personel, çalışma saat ve şekilleri dahil iç organizasyonları ve işletme politikasında merkeze bağlı hareket etmesi nedeni ile merkeze bağlı olduğu yönünde bkz. **Ticari İşletme**, N. 325; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 32; Celal Göle, “Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu”, **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan**, Ankara, 1986, s. 197. Bu gerekçe ile şubenin ticari işletme için aranan bağımsızlık unsurunun bulunmadığı gösterdiğine ilişkin bkz. Güncan, **a.g.e.**, s. 20.

¹²² Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 287. Aksi yönde bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 17.

¹²³ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 21; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 9; İnal, **a.g.e.**, s. 222; Arkan, **a.g.e.**, s. 28; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 48; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 289; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19.

¹²⁴ Arıcı, **a.g.e.**, s. 19; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 149; Durman, **a.g.e.**, s. 29; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 21; Arkan, **a.g.e.**, s. 28; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 48; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 289; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19; Şener, **Ticari İşletme**, s. 5; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 47.

¹²⁵ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 48; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 21; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 19; Oktar, **a.g.e.**, s. 6. Diğer unsurların tüm işletmeler için geçerli olacağını belirten yazarlar için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 289; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 149, Akgöl, **a.g.e.**, s. 16.

¹²⁶ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 21.

ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır.” şeklinde tanımlanmıştır¹²⁷. Aynı tanımın ayrıca TSY 4/1-(ç) hükmüne aynen aktarıldığını görmekteyiz. İlgili tanımın 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nun 13. Maddesinde yer alan “küçük tacir” tanımının Türkçeleştirilmesinden ibaret olan eTK 17'den alındığını söylemek mümkündür. Yeni kanun ile eTK 17 de yer verilen ve doktrin tarafından tamamen belirsiz bir unsur olduğu için eleştirilen¹²⁸ “kazancının ancak geçimini sağlamaya yetecek kadar az olması” ilişkin düzenleme ve şartın çıkartıldığını bunun yerine “geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan”¹²⁹ eklendiği görülmektedir¹³⁰. Ancak ilgili düzenlemenin eTK 1463 hükmünden alındığı düşünüldüğünde tamamen yeni bir ifade de sayılmamaktadır.

¹²⁷ TTK da esnaf işletmesinin değil de esnafın tanımlanmış olması sebebiyle kanunun esnaf temelli bir yaklaşım sergilediği ve esnaf işletmesinin de esnaf tarafından işletilen işletme olarak tanımlanması, belirtilmesi yoluna gidildiği yönünde görüş için bkz. Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 21. Kendigelen ise ayrıca TTK 15 hükmünün eTK 17'den farklı olan vurgusu, kenar başlığı dikkate alındığında kanunun esnafi tanımlamak istediği ve aynı düzenlemenin TSY 4/1-(ç) hükmüne aynen aktarılması ile tek yönlü yapılan düzenlemenin bunun gerekçesi olduğunu belirtmektedir. [(Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 291.]. Benzer yönde bkz. Güncan, **a.g.e.**, s21. Ayrıca Karahan, TTK 15 hükmünün aynen korunmasından dolayı TTK 11 ve TTK 15 hükümleri arasında belirsizliklerin çıkmasına sebebiyet verdiği bu belirsizliklerinde tam olarak tanımlanamayan kişi ve kurumların çıkmasına yol açtığını belirtmektedir. Bu belirsizliklerin ortadan kalkması için TTK 15 hükmünün tamamen kaldırılarak “ticari olmayan işletme esnaf işletmesidir” mantığı ile düzenleme getirilmesi gerektiğini belirtmektedir (**Ticari İşletme**, s. 20). Aydın ise TTK 11/2 hükmü ile ticari-esnaf işletmesi ayrımının Cumhurbaşkanlığı kararı (700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname öncesi “Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılacak kararnamede”) ile belirleneceğinin düzenlenmesinin ilgili kararın yardımcı kriter değil doğrudan ayrımın dayanağına ilişkin esas kriter olması nedeni ile eleştirmiştir (**Ticari İşletme Kavramı**, s. 13.).

¹²⁸ “kazancının ancak geçimini sağlamaya yetecek kadar az olması” düzenlemesinin kişiye, zamana ve hatta yere göre değişkenlik göstereceği ve yeknesak olarak uygulanmayı mümkün kılmayacağı, belirsizlik yaratacağı sebebi ile yöneltilen eleştiriler için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 19; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 22; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 292; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 151.

¹²⁹ TTK 11/2 hükmünde “Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir” ibaresi 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 192 nci maddesiyle “Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenir” şeklinde değiştirilmesine rağmen kanunun yeknesaklığına aykırı şekilde TTK 15 hükmünde yer alan atıfta hale kararnamede “çkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan” ibaresi kullanılmaya devam etmektedir.

¹³⁰ İlgili sınırın belirlenmesinde yetkinin Bakanlar Kurulu'na bırakılmış olmasının değişen şartlara hızlı uyum sağlanabilmesi açısından olumlu ve yerinde bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 293

Ayrıca maddeye “*sanat veya ticaret ile uğraşan kişi*” ibaresi eklenmiştir. Lakin bu unsur da esnafın belirlenmesinde yahut ayrılmasında bir ölçüt oluşturmamaktadır¹³¹.

Her iki kanunda da ortak olarak yer alan “*ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanma şartı*” ise doktrinde de haklı olarak; bedeni çalışmanın değerinin tespit edilmesinin zorluğu¹³², güncel meslek kollarında bedensel çalışma kadar zihinsel çalışmaların aktif olduğu iş kollarının yer alması¹³³ gibi nedenlerden ötürü eleştirildiği üzere tespit edilmesi zor ve objektif bir şart değildir¹³⁴. Ancak kanunun bütünü ve amacı nazara alındığında buradaki tek ve temel kıstasın kararname ile belirlenecek sınırın altında gelir elde edilip edilmediği olduğu, bu sınırın üstünde gelir elde edilmemesi halinde artık işletmenin bedeni faaliyete dayandığı yahut bedeni faaliyetin ön planda olduğu bir işletme olduğunun kabulü gerekecektir.¹³⁵ Bu nedenle de kararname ile belirtilen sınırın altında gelir elde edilmesi halinde ayrıca “*ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanma*” şartı aranmayacak, bu husus esnaf-ticari işletme ayrımında yahut esnaf sıfatının varlığının tespitinde ölçüt olarak kabul edilmeyecektir¹³⁶.

Ayrıca esnaf kavramı ESMKK 3/a hükmü ile “*İster gezici ister sabit bir mekanda bulunsun, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı*

¹³¹ Demirkapı, **a.g.m.**, s. 403; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 22. Benzer yönde belirlenen meslekler içerisinde yer alan bir faaliyet belirlenen nakdi sınırları aşması ve belirli bir gelir düzeyinin üstüne yükselmesi halinde ticari işletme olacağından ticari-esnaf işletmesi ayrımında meslek kolunun etkili olmadığı yönünde bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 21. Karşı görüş olarak; özellikle 2007 tarihli Kararda belirtilen Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından yayımlanan esnaf ve sanatkarlar kollarından birisinde faaliyette bulunma şartının TTK 15 hükmündeki sanat veya ticaret dalları olduğunu bu yönü ile düzenlemenin gerekçesi ve diğer düzenlemeler ile uyumlu olduğu yönünde bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 296.

¹³² Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 292.

¹³³ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 22.

¹³⁴ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 49; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 9.

¹³⁵ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 294.; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 22-23.

¹³⁶ Celal Göle, “Tacir-Esnaf Ayrımı”, **BATİDER**, C. XIII, S. 2, 1985, s. 49; Bozer, **a.g.m.**, s. 367; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 294; İsmail Kırca, “Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C. XXIV, S. 2, Seza Reisoğlu’na Armağan Sayısı, 2007, s. 298. Kanun içi boşluk olarak değerlendirilmesi ve nazara alınmaması gerektiği yönünde bkz. Demirkapı, **a.g.m.**, s. 407; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 23.

tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimselerdir.” olarak tanımlanmıştır¹³⁷. İlgili tanımda TTK 15’de yer alan tanımdaki “*ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanma*” ibaresinden farklı olarak ekonomik faaliyetini sermayesi ile “birlikte” bedeni çalışmasına dayanan ibaresi kullanılmıştır¹³⁸. Ayrıca TTK 15’deki tanımda yer almayan Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenecek esnaf ve sanatkarların meslek kollarına dâhil olma, “kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda” olması ve “basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler” unsurlarına yer verilmiştir.

Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki ayrımın belirlenmesi yönünde TTK 11/2 hükmü gereğince yayımlanan bir Cumhurbaşkanlığı kararı yahut 700 Sayılı KHK’nın 192. Maddesi öncesinde Bakanlar Kurulu Kararı bulunmadığından YürK 10 hükmü gereğince eTK 1463/2’de ki yetkiye dayanılarak çıkartılan 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uygulanmaya devam etmektedir¹³⁹. Bakanlar Kurulu Kararının tam metni şu şekildedir;

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

¹³⁷ İlgili kanun kapsamında getirilen düzenlemelerin esnaf ve sanatkarlar odasına üye olacak kişilerin saptanmasına ilişkin kriter oldukları TTK’daki ticari işletme-esnaf işletmesi için kesin ve doğrudan bir ölçüt olamayacakları yönünde eleştiri için bkz. Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 23. Benzer yönde ESMKK 64 hükmü ile kurulan komitelere tanınan yetkinin ve bu komitelerce verilen kararın yalnızca üyenin kayıt yükümlülüğüne ilişkin olacağı ancak kişinin tacir mi esnaf mı olduğuna ilişkin ayrım bakımından bir hukuki geçerliliği olmayacağı yönünde bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 304. Karş. yönde bkz. İmregün, **a.g.e.**, s. 10.

¹³⁸ İlgili düzenlemenin ileri tarihli kanun olan TTK’ya uyarlanması gerektiğine ilişkin görüş ve eleştiriler için bkz. Karahan, **Ticari İşletme**, s. 19-20; Kayar, **a.g.e.**, s. 50, dp.10.

¹³⁹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 20; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 10; Arkan, **a.g.e.**, s. 28; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 295; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 21,23.

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

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

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

Bilgili/Demirkapı, getirilen düzenlemenin ESMKK hükümlerini tekrar ettiği ve TTK'ya uygun olmadığı gibi TTK ile çelişkili hükümler barındırdığından ve normlar hiyerarşisine göre altta bulunduğundan TTK'ya aykırı olan kısımların uygulanmayacağını ifade etmektedir. Bu nedenle de Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından yayımlanan esnaf ve sanatkarlar kollarından birisinde faaliyette bulunma şartı TTK ile uyumsuz olduğundan ve vergiden muafiyet, basit usulde vergilendirme, işletme defterine tabi olma ve bilanço esasına göre defter tutma şartlarının devletin vergi gelirini elde

etmesi ile ilgili olduğundan ve yine TTK ile uyumsuz olduğundan uygulanma alanı bulunmayacağı bu yönü ile kararın yalnızca VUK 177’de yer alan limitlere yapılan atıf yönünden uygulama alanı bulacağını belirtmektedir¹⁴⁰.

Bakanlar Kurulu Kararı’nın (a) bendine göre aranacak ilk şart Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından yayımlanan¹⁴¹ esnaf ve sanatkârlar kollarından birisinde faaliyette bulunmaktadır¹⁴².

Bakanlar Kurulu Kararı’nın (a) bendine göre aranacak diğer unsur ise vergilendirme açısından belirli şartları taşımaktır. Bu şartı da kendi içerisinde vergiden muaf olanlar veya basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre defter tutanlar olarak kendi içinde bir ikili ayırım daha yaratmaktadır.

Bu ayırmadan ilki yönünden vergiden muaf olanlar veya basit usulde vergilendirilenler herhangi bir sınırı aşp aşmadığına bakılmaksızın veya gelir hesabı yapılmaksızın esnaf kabul edilecek ve bu kişilerin işletmeleri de esnaf işletmesi olarak kabul edilecektir¹⁴³.

¹⁴⁰ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 25-26. *Kendigelen* ise benzer yönde kararın getirdiği düzenlemelerin ESMKK’nın ilgili düzenlemelerinden hareketle getirildiği ve mevcut TTK 11/2,15 hükümleri ile uyumlu olmadığını belirtmektedir [(Ülgen v.d.) **Ticari İşletme**, N.295.]. Ancak devamla sadece odalara kayıt ve sicillere tescile ilişkin hükümlerin sadece öngörülme amaçları ile dikkate alınması gerektiğini belirtmekte ve kararda getirilen düzenlemeye uygun olarak vergisel şartların ve Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından yayımlanan esnaf ve sanatkarlar kollarından birisinde faaliyette bulunma şartının aranması gerektiğini ifade etmektedir(A.e., N.295,296 vd.). Hatta karşı görüş ve eleştiri olarak bu şekilde yapılacak yorumun bilinçli olarak mevcut düzenlemeye atıf yapan YürK 10 hükmü ile çelişeceğini ifade etmektedir(A.e., N.299). Yine benzer yönde düzenlemelerin mevcut TTK 11/2 ve TTK 15 hükümleri ile uyumlu olmadığı yönünde bkz. Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 120-121. *Aker* ise Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından yayımlanan esnaf ve sanatkarlar kollarından birisinde faaliyette bulunma şartının, gelir vergisinden muaf olanların ve basit usulde vergilendirilenlerin esnaf sayılması için aranmayacağını belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 69-70, dp. 194.).

¹⁴¹ Esnaf ve Sanatkâr İle Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu Kararı Karar No: 1” başlıklı tebliğ için bkz. RG 13.06.2007 / 26551

¹⁴² Çelikboya, **a.g.e.**, s. 44; *Kendigelen* (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 296; Arkan, **a.g.e.**, s. 28. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kırca, **Esnaf ve Sanatkarlar**, s. 295 vd.; Abuzer *Kendigelen*, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl (1986-2001)**, **Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte)**, C. III, **Ticari İşletme- Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku** [Kararları Tamamlanmış 3. Bası], İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006. s. 1 vd.

¹⁴³ Akçaal, **a.g.e.**, s. 47; Arkan, **a.g.e.**, s. 29, Kırca, **Esnaf ve Sanatkarlar**, s. 297-299; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 21; Şükrü Yıldız, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Gerçek Kişilerde Tacir Sıfatının Kazanılması”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun**

Nihayet a bendinin son şart yönünden işletme hesabına göre defter tutanlar yürüttükleri faaliyet neticesinde VUK 177. maddesinin birinci fıkrasının 1 ve 3 no.lu bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, 2 no.lu bendinde yazılı nakdi limitin ise tamamını geçmeyenler esnaf olarak kabul edilecektir¹⁴⁴.

Nitekim karar ile ilgili sınırların belirlenmesinde VUK hükümlerine atıf yapılmışsa da vergi mükellefiyetine ilişkin düzenlemeler ile ticaret hukuku arasında gerekli uyum bulunmadığından –sağlanmadığından- bir takım problemlere yol açmaktadır¹⁴⁵. Bunlardan birisi de işletme esasına göre defter tutan kişiye ait birden fazla işletme bulunması yahut aynı işletmenin birden fazla kişi tarafından adi ortaklık olarak işletilmesi halinde ticari-esnaf işletmesi ayrımında ilgili nakdi sınırları geçip geçmediği hususunda yapılacak tespittir. Nitekim vergi mevzuatı mükellefin şahsından hareket etmektedir. Bu nedenle bir kişinin birden fazla işletmesi olması halinde o kişinin tüm geliri vergi müfredatı için bir olduğu gibi birden fazla kişinin aynı işletmeyi adi ortaklık olarak yürütmeleri halinde de bu kişilerin vergisel yükümlülükleri ayrı ayrı değerlendirilecektir. Kanaatimizce bu noktada ilgili nakdi limitlerin aşıp aşılmamasında işletme esaslı olarak düşünülmesi ve dikkate alınması

Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011), İstanbul, 2012, s. 30; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 50. Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından yayımlanan esnaf ve sanatkarlar kollarından birisinde faaliyette bulunma şartı ile birlikte vergiden muaf olanlar veya basit usulde vergilendirilenler herhangi bir sınırı aşıp aşmadığı veya gelir hesabı yapılmaksızın esnaf kabul edileceği yönünde bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 299.

¹⁴⁴ VUK 177/1 hükmünde yer alan nakdi limitler her yıl için Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenmektedir. Maliye Bakanlığı; 30.11.2018 tarih 30611 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 503) ile 2018 yılı için yeniden değerlendirme oranını % 23,73 olarak belirlemiştir. Bu karara göre 2019 yılı için VUK 177/1 ‘de yer alan nakdi sınırlar şöyledir;

1. Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 235.000 TL lirayı veya satışlarının tutarı 321.000 lirayı aşanlar;

2. Birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 123.000 lirayı aşanlar;

3. 1 ve 2 numaralı bentlerde yazılı, işlerin birlikte yapılması halinde 2 numaralı bentte yazılı iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 235.000 lirayı aşanlar.

Bilgili/Demirkapı, ilgili hükümlerdeki mal alım satımı veya hizmet üretimi yapılması ayrımının iki tür işletmenin mal alımından kaynaklanan gider farklılığı da nazara alındığında adaletli bir ayırım olduğunu belirtmektedir (**Ticari İşletme**, s. 26.).

¹⁴⁵ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 301-305. Ayrıca karar ile VUK arasında gerekli uyumun sağlanamadığı eleştirisi ve konuda kararda 171/1 hükmünün 2. Fıkrasındaki sınırı aşmayan kişinin esnaf olarak nitelendirilmesine rağmen VUK’da ikinci sınıf tacir olarak (md.178/1) adlandırıldığı yönündeki tespiti dile getiren yazarlar için bkz. Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 11; Arkan, **a.g.e.**, s. 30; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 22; Göle, **Tacir-Esnaf**, s. 53, dp.1, s. 55-56.

gerekmektedir¹⁴⁶. Bu sebeple bir kişinin birden fazla işletme işletmesi halinde her bir işletmenin kendi faaliyet içerisinde nakdi limitleri geçip geçmediği ayrıca değerlendirilecektir¹⁴⁷. Yine bir işletmenin birden fazla kişi tarafından adi ortaklık hükümlerince işletilmesi halinde her bir ortağın elde ettiği gelir üzerinden ayrı ayrı olarak değil işletme faaliyeti kapsamındaki toplam gelirin ilgili nakdi limitlerin aşp aşmadığına bakılacaktır¹⁴⁸.

Kararın (b) bendinde ise tersine bir düzenleme ile kimlerin tacir ve sanayici sayılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir¹⁴⁹. İlgili düzenleme uyarınca Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılanlar, bilanço esasına¹⁵⁰ göre defter tutanlar ve işletme hesabına göre defter tutmasına rağmen kararın (a) bendinde belirtilen nakdi sınırları aşanlar tacir ve sanayici sayılacak, bunların işletmeleri de ticari işletme olarak kabul edilecektir.

Ayrıca VUK 177/1 hükmünün beşinci fıkrasında yer alan düzenleme nedeni ile kurumlar vergisine tabi diğer tüzel kişiler birinci sınıf tacir sayıldığından ve KVK 1 hükmü gereği sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadî kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler ile iş ortaklıklarının kurumlar vergisine tabi tutulduğu düzenlendiğinden ötürü; tüzel kişilerin ancak ticari işletme işletebilecekleri, başka bir deyiş ile esnaf işletmesi işletemeyecekleri doktrinde ağırlıklı olarak ifade edilmektedir¹⁵¹. Doktrinde aksi yönde görüşü savunan

¹⁴⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 301. *Çelikboya*, kararın lafzından her ne kadar tacirin elde ettiği gelirin dikkate alınması gerektiği gibi anlam çıkarılsa da kararın amacının ticari-esnaf işletmesinin açıklamak olması ve TTK sisteminin ticari işletme üzerine kurulu olduğunun nazara alındığında ilgili sınırların ticari işletme için öngörüldüğünün kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (a.g.e., s. 46.).

¹⁴⁷ Kırca, **Esnaf Ve Sanatkarlar**, s. 304; Demirkapı, **a.g.m.**, s. 432. Burada birden fazla işletme olması halinin düzenlendiğini ancak işletmenin bünyesinde birden fazla birim olması halinde de (şube, atölye vb.) bunların birlikte dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Aker, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁴⁸ Aker, **a.g.e.**, s. 68, dp.190.

¹⁴⁹ Sanayici kavramının ticaret hukukuna ait bir kavram olmadığı bu nedenle de ilgili hükümde tacir ile birlikte düzenlenmesi yerine ayrıca c bendi olarak düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüş ve eleştiri için bkz. Kırca, **Esnaf Ve Sanatkarlar**, s. 301-302.

¹⁵⁰ VUK 177/1 hükmünün altıncı fıkrası uyarınca bilanço esasına göre defter tutma ihtiyari olduğundan ilgili nakdi sınırların altında kalan bir işletmecinin kendi kararı ile bilanço esasına göre defter tutması halinde tacir sayılacağından böyle bir yaklaşımın esnaf-ticari işletme ayırımına ilişkin kriterin objektifliğini ortadan kaldıracığı yönünden eleştiri için bkz. Demirkapı, **a.g.m.**, s. 424.

¹⁵¹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 297; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 54; Aker, **a.g.e.**, s. 67, dp. 187; Sami Karahan, "Ticari İşletme Kavramı, Tacir-Esnaf Ayırımının Kriterleri ve Ticaret

yazarlarda bulunmakta¹⁵² hatta bazı yazarlar anonim ve limited şirketlerin dahi esnaf işletmesini işletebileceklerini savunmaktadır¹⁵³. İlk olarak bu görüşlerden anonim ve limited şirketin TTK 16 hükmü gereği kuruluşları ile tacir sıfatı kazanmaları sebebi ile esnaf işletmesi işletmeleri kanaatimizce mümkün değildir¹⁵⁴. Ancak böyle bir durumda esnaf işletmesi işleten bir tacir ortaya çıkacaktır ki kanaatimizce bu husus kabul edilemez olup tüm TTK'nın ruhuna da aykırı olacaktır. Diğer tüzel kişiler içinse KVK 1 hükmünün kanun gerekçesinde¹⁵⁵ de yer aldığı üzere vergisel saik ile kurum kazancı olarak getirilmiş bir düzenlemedir. Ayrıca VUK 177/1-(5) hükmünün parantez içi düzenlemesinde açıkça aksinin gerçekleşebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenlerden ötürü salt bu düzenlemelerden yola çıkılarak tüzel kişilerin esnaf işletmesi işletemeyeceğini söylemek kanaatimizce uygun değildir. Aksi yorum halinde bu kişiler tarafından işletilen işletme ekonomik olarak ne kadar küçük olursa olsun ticari işletme sayılacak ve işletenler de tacire ilişkin ağır yaptırımlara tabi tutulacak olup bu durum kanunun ruhuna aykırılık teşkil edecektir. Nitekim VUK 177/1-(5) hükmünün parantez içi düzenlemesinin öngördüğü şekilde Maliye Bakanlığı'ndan müsaade alan ve işletme hesabına göre defter tutması ve 177/1 hükmünde yer alan limitlerin altında gelir elde etmesi halinde işletmenin esnaf işletmesi olarak kabul edilmesi gerekecektir. Bu noktada ayrıca yukarıda da açıklandığı üzere tekrar bedeni çalışma unsurunun değerlendirilmesi de yerinde olmayacaktır¹⁵⁶.

Kararın (a) bendinin ikinci fıkrasında düzenlemelere göre; esnaf işletmesinin faaliyeti esnasında ilgili nakdi sınırları aşması ve ticari işletme vasfına

Hukukunun Diğer Temel Kavramlarının Belirlenmesi Açısından”, **BATİDER**, C. 17, S. 4, 1994, s. 56.

¹⁵² Göle, **Tacir-Esnaf**, s. 60, dp. 22; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 250.

¹⁵³ İsmail Kırca, “Nişpi Ticari Davaya Dair”, **BATİDER**, C. XXXIII, S. 1, 2017, s. 59; Serhan Dinç, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Tacir Kavramı”, **TAAD**, S. 23, 2015, s. 123.

¹⁵⁴ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 436; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 39, 54.

¹⁵⁵ Kurumlar Vergisi Kanunu Tasarısı Ve Gerekçesi için bkz. “<http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/mevzuat/ek/ eski/kurumlarvertumtaslak.htm>”

¹⁵⁶ Aksi yönde; *Günçan*, VUK 177/1-(5) hükmünün parantez kısmı içerisinde yer alan düzenleme kapsamında Maliye Bakanlığınca verilecek izin ile işletme hesabına göre defter tutmaları ve ilgili nakdi sınırların altında kalmaları halinde bu sorunun aşılabileceğini ancak tüm müfredatta ısrarla tekrar edilen bedeni çalışma unsurunun sağlanamayacağından bu tüzel kişilerin esnaf işletmesi işletemeyeceğini belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 25-26.).

dönüşmesi halinde esnaf ve sanatkârlar sicilinden terkinin ile ticaret siciline kayıt olması kendi inisiyatifine bırakılmıştır meğerki ilgili nakdi limitin altı katını aşmış olmasın. Bu düzenleme açıkça TTK ile karar arasındaki uyumsuzluğu ortaya koymaktadır¹⁵⁷. İlgili düzenleme yalnızca odalara kayıt açısından bağlayıcıdır ve odalara tescil yalnızca açıklayıcı nitelikte olup kazandırıcı bir etkisi yoktur¹⁵⁸. Bu sebeple de TTK anlamında ticari-esnaf işletmesi ayrımı konusunda hiçbir önemi yoktur. İlgili sınırların aşılması ile birlikte işletme, ticari işletme vasfını kazanacaktır¹⁵⁹. Bunun sonucunda da esnaf odasına kayıtlı bir ticari işletme ve tacir bulunabilecektir¹⁶⁰. Bu nedendir ki meslek odalarında yer alan kayıtlar ticari-esnaf işletmesi ve tacir-esnaf ayrımları yönünden ancak her zaman aksi ispatlanabilir bir karine olarak kabul edilebilecektir¹⁶¹.

Esnaf-ticari işletme arasındaki ayrımı hususunda getirilen Bakanlar Kurulu Kararının ilgili ölçütler hususunda Vergi Usul Kanunu'na ve bu kanun hükümlerine göre yıllık gayrisafi iş hasılatına atıf yapılması ve ayrımın bu ölçütlere göre yapılacağı düzenlenmiş olması yeni kurulan bir işletmenin ticari işletme olup olmadığı yönündeki tespiti çok güçleştirmektedir¹⁶². Nitekim henüz kurulan bir işletmenin yıllık alış satış tutarı veya yıllık gayrisafi iş hasılatının belli olmayacağı şüphesizdir.

Bu sebeple ilk görüşe göre bir işletmenin ticari işletme olup olmadığı bir yıllık faaliyeti neticesinde VUK hükümlerine göre gayrisafi iş hasılatının ilgili nakdi sınırı geçip geçmediğine göre belirlenecektir. Yani bir işletmenin ticari mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu ancak bir yıl sonraya ortaya çıkacaktır¹⁶³. Ancak bir yıl

¹⁵⁷ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 24; Arıcı, **a.g.e.**, s. 22. Bozkurt, ilgili durumu “*hukuk garabeti*” olarak adlandırmaktadır (**Ticari İşletme**, s. 54.).

¹⁵⁸ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 54; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 23

¹⁵⁹ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 26; Arkan **a.g.e.**, s. 25; Demirkapı, **a.g.m.**, s. 376; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 313.

¹⁶⁰ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 27; Arkan **a.g.e.**, s. 30; Kırca, **Esnaf Ve Sanatkarlar**, s. 301; Demirkapı, **a.g.m.**, s. 376; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 313.

¹⁶¹ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 27; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 23; Salter Uçar, **Hukukumuzda Ticaret Sicili, Tacir ve Esnaf Kavramı**, İstanbul, 1993, s. 27.

¹⁶² Akçaal, **a.g.e.**, s. 41; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 307 vd.; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 22; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 10; Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 14; Akgöl, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁶³ Yıldız, **a.g.m.**, s. 28vd.; Demirkapı, **a.g.m.**, s. 383 vd. Akçaal, **a.g.e.**, s. 42.

boyunca bir işletmenin belirsiz kalamayacağı sebebi ile bu görüş açıkça haklı eleştirilere maruz kalmıştır¹⁶⁴. Kanaatimizce de çok farklı ve ağır hukuki sonuç ve etkileri olabilecek bir durumun bir yıl gibi uzunca bir süre belirsiz kalması mümkün olmadığı gibi TTK'nın da ruhuna aykırı olacaktır.

Bir yıl beklenmeksizin işletmenin türünün nasıl tespit edileceği konusunda doktrinde bazı yazarlar TTK 11/1 de yer alan “*hedef tutma*” ibaresinin yalnızca gelir sağlamaya yönelik olmadığını aynı zamanda belirli bir sınırın aşılmasına da yöneldiğini belirtilerek, kanunun lafzi yorumuna göre işletmeye kuran kişinin hedefine, amacına bakmak gerektiğini ifade etmektedir¹⁶⁵. Ancak bu görüş de yine haklı olarak objektiflikten uzak ve sorun yaratacak nitelikte olduğundan eleştirilmiştir¹⁶⁶.

*Bahtiyar*¹⁶⁷, yukarıdaki görüşe benzer şekilde yeni kurulan işletme yönünden kurucunun niyetine bakılması gerektiğini ifade etmekle birlikte burada kurucunun niyetinin objektif bir unsur olarak kayıt olduğu sicil yönünden ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Hangi sicile kayıt yaptırmış ise başlangıçta sicile yapılan kaydın karine olarak kabul edileceği, başlangıçta aksinin niteliği ve örgütlenme tarzına göre, ileriki aşamalarda ise aksinin iddia edilmesi halinde; aksini iddia eden tarafından işletmenin fiilen veya hedeflenen gelir düzeyinin öngörülen sınırları aştığının ispat edilmesinin aranması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşte hukuki görünüşe sonuç bağlandığı ve böyle bir yorumun ancak TTK12/2-c.2

¹⁶⁴ *Çelikboya*, bir işletmenin ticari işletme olup olmayacağı yönünde bir yıl beklenmesinin TTK'nın sistemi ile uyumlu olmayacağını TTK 12/2 hükmü gereğince henüz faaliyete başlamayan bir işletmeyi dahi işleten kişinin tacir sayılmasından yola çıkarak bu görüşü eleştirmektedir (**a.g.e.**, s. 48.). *Kendigelen*, ise TTK 40/1 hükmünden yola çıkarak benzer yönde bu görüşü açıkça eleştirmektedir [(Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 308.].

¹⁶⁵ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 17-18; Karahan, **Ticari İşletme ve Tacir Kavramları**, s. 7; Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 5; Şener, **Ticari İşletme**, s. 6; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 3; Bu yorumun kanunun lafzına uygun olduğunu belirtmek ile birlikte eleştiren yazarlar için bkz. Ansay, **a.g.m.**, s. 187-188; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 45.

¹⁶⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 309; Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 15; Demirkapı, **a.g.m.**, s. 431.

¹⁶⁷ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 23.

uyarınca işletene ancak görünüşte tacir sıfatı kazandıracığı ancak işletme yönünden bir etkisi olmayacağı sebepleri ile eleştirilmiştir¹⁶⁸.

*Kendigelen*¹⁶⁹ ise, ilk olarak vergiden muaf veya basit usulde defter tutan bir işletme olması halinde ise bunların ticari işletme boyutuna ulaşmalarının mümkün olmadığından başlangıçta esnaf işletmesi olarak kabullerinin gerektiğini belirtmektedir. Kurul tarafından belirlenen faaliyet kollarından birinde faaliyet göstermeyen bir işletmenin ise esnaf işletmesi olamayacağını belirterek bunları doğrudan ticari işletme olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bunlarla birlikte muaf veya basit usulde defter tutmayan ve kurul tarafından belirlenen kollarda faaliyet gösteren işletmeler için ise “bedeni çalışma” ve “sermaye” arasındaki dengenin hangi tarafa doğru ağır bastığına göre belirlenecek ancak tereddüt halinde bir yılın dolması ve faaliyetin sonucunun görülmesi beklenecektir. Kanaatimizce yazarın ilk iki kıstası mevcut düzenlemeler ışığında doğru bir yorum olarak görünmekle birlikte son kıstasta işletmenin dışa dönük görünüşünden yola çıkarak tespit edilmesi ve bu noktada görünüşten net yoruma varılamaması halinde bir yıl beklenmesi gerektiğinin ifadesi kanaatimizce bu süre içerisinde aranan belirlilik ve tespit yönünden objektif şartların belirlenmesi için yeterli değildir.

Tüm bu tespit ve görüşler ışığında kanuni bir düzenleme getirilmesi şart olmakla birlikte yeni bir düzenleme yapılabilecek kadar en uygun yorum şekli kanaatimizce şu şekildedir: Mevcut düzenlemelere uygun olarak yeni kurulan bir işletmenin ihtiyari olarak bilanço esasına göre defter tutması veya kurul tarafından yayımlanan listede yer almaması halinde ticari işletme, basit usulde defter tutması veya muaf olması halinde ise esnaf işletmesi olarak kabul edilmesi uygun olacaktır. Ancak bu kıstaslara göre ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğunun tespiti mümkün olmayan yeni veya bir yılını doldurmayan bir işletmenin tespitinde; tespit yapıldığı tarihte işletmenin nakdi sınırları aştığı veya bir yılsonunda açacağı o ana

¹⁶⁸ Hüseyin Ülgen, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)**, 1.Basıdan (1975'ten) Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 72,84; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 310. *Demirkapı*, kişinin niyetine hiçbir şekilde sonuç bağlanamayacağı gibi ilk faaliyet yılı bakımından, sicillere yapılan kayıtların, ispat açısından dahi karine oluşturmayacağını ifade etmektedir (**a.g.m.**, s. 431.).

¹⁶⁹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 309-310.

kadarki işletmenin alım-satımı, organizasyonu, işletme hacmi ve diğer ekonomi biliminin verilerine göre muhasebe tekniği ışığında öngörölmekte ise en baştan itibaren ticari işletme olarak kabul edilmelidir.



İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE

TİCARİ İŞLETME DEVRİ

I. TTK 11/3; “Ticari İşletme Devrinin” Tanımı, İlkeleri ve TTK’da Benzer Kavramların Değerlendirilmesi

A. Tanımı ve İlkeleri

Doktrinde birçok farklı tanıma yer verilmişse de¹⁷⁰ genel olarak ticari işletmenin devri, ticari işletmenin bütün olarak ve mülkiyet hakları ile birlikte iradi olarak el değiştirmesi şeklinde tanımlanabilir.

¹⁷⁰ Bozkurt, yalnız ticari işletmeler değil tüm genel olarak işletme devrini şu şekilde tanımlamaktadır; “İşletme devri, bir esnaf işletmesi veya ticari işletmenin, hak ve borçlarıyla (aktif ve pasifiyle) birlikte bir başka kişiye nakledilmesidir“(Ticari İşletme, s. 70.). Acemoğlu’na göre ise, işletmenin devri, “ taraflar arasındaki borçlandırıcı sözleşme, bu sözleşmeden doğan borçların ifası ve bunun alacaklılara ihbarı ile tamamlanan, sonuç olarak da devreden borçlarının kanun gereğince devralana geçişini sağlayan bir problemler demetidir” (a.g.e., s. 2.). Ayhan / Özdamar / Çağlar’a göre ise, ticari işletmenin devri, “ticari işletmenin aktif ve pasifi ile hayatta bulunanlar arasındaki devri”dir (a.g.e., s. 114.). Aynı yönde tanım için bkz. Mimaroglu, a.g.e., s. 156. Aslan ise “hâlihazırda bir işletmeyi kontrol eden kişi veya kişilerin, başka bir işletmenin kontrolünü bir anlaşmaya dayanarak elde etmesi” olarak tanımlamaktadır (İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku**, 2. Baskı, Bursa, 2001, s. 249.). Topçuoğlu ise ticari işletme tanımını; “borç doğuran bir sözleşmeye dayanarak, ticari işletmeye ait malvarlığının devralana intikali, bu işlemin alacaklılara ihbar veya ilânı, bazı devralmalar için Rekabet Kurulundan izin alınması ile tamamlanan hukukî süreç” olarak yapmıştır (Metin Topçuoğlu, “İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Etkisi”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II**, İstanbul, 2003, s. 76.). Oğuzman/Öz ticari işletme devrini “yapılan sözleşme ile işletmenin aktifinde yer alan hakların ve pasifinde yer alan borçların tümünün bir kişiden bir kişiye devredilmesi konusunda tarafların anlaşması ve bu sözleşme uyarınca hakları ve borçları nakletmesidir” şeklinde tanımlamıştır (M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 621-622.). Arıcı ise, “devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletmenin sahibinin el değiştirmesidir” şeklinde tanımlamıştır (a.g.e., s. 25.). Benzer yönde Akcaal devir sözleşmesine dayalı olarak, işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte el değiştirmesi olarak tanımlamaktadır (a.g.e., s. 52.). Yine benzer yönde Durman ticari işletmenin devrini, “bünyesindeki aktif ve pasiflerin devri yoluyla ticari işletme faaliyetinin el değiştirmesi” olarak tanımlamaktadır (a.g.e., s. 100.). Çelikboya, ise Oğuzman/Öz’ün malvarlığı boyutunu esas aldığı, Arıcı’nın ise faaliyet ve organizasyon olmasını dikkate aldığından kapsayıcı olduğunu ve aslında iki tanımın birleştirilmesi gerektiğini ifade ederek ticari işletmeyi şu şekilde tanımlamaktadır; “bir ticari işletmenin faaliyetlerinin devralan tarafından sürdürülmesi sağlayacak şekilde, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının işletmenin bütünlüğünü koruyarak iradi olarak devredilmesi” (a.g.e., s. 61.). Akgöl, herhangi bir açıklama

Türk Ticaret Kanunu ile ilk defa ve büyük bir yenilik olarak ticari işletmenin bir bütün olarak devri ve diğer hukuki işlemlere konu olabilmesine olanak sağlanmıştır¹⁷¹. Önceki düzenlemeler ışığında her ne kadar eBK 179 hükmü ile yalnız ticari işletme değil tüm işletmeler yönünden bir düzenleme getirilmiş ise de bu düzenleme ile yalnızca borçların topyekûn devrinin düzenlenmesi¹⁷² ve aktiflerin bütün olarak devrine olanak sağlanmaması¹⁷³ nedeni ile ilgi görmemiştir¹⁷⁴. 6098 sayılı TBK ile mevcut düzenleme çok değiştirilmeksizin neredeyse aynı şekilde TBK 202 hükmünün içerisine alınmış olmakla hala işletmenin aktiflerinin yekûn halinde devrine ilişkin bir düzenleme içermemektedir¹⁷⁵. Buna karşın TTK 11/3 hükmünde ise devrin sonuçları ve borçlardan sorumluluk konularında bir düzenlemeye gidilmemiştir¹⁷⁶. Bu sebeple mevcut düzenlemeler ışığında ticari işletme devrinde iki hüküm birlikte uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple doktrinde haklı ve yerinde

yapmaksızın aynı tanımı kullanmıştır (**a.g.e.**, s. 27.). *Oktar* ise *Çelikboya* ile aynı tespiti yapmak ile birlikte herhangi bir tanıma yer vermemiştir (**a.g.e.**, s. 10-11.).

¹⁷¹ *Poroy/Yasaman*, bu yeniliği *köklü değişiklik* olarak ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 41.). *Bahtiyar* ise ilgili değişiklik ve TTK11/3'e ilişkin *özel ve ilginç düzenlemeler* ifadesini kullanmıştır (**Ticari İşletme**, s. 37.). *Tekinalp*, ticari işletmenin bir bütün olarak işlem görmesini *en cesaretli adım* olarak ifade etmiş ayrıca birleşme, bölünme ve tür değiştirme hukukunun da yeni bir aktörü olacağını belirtmiştir. (**Yeniden Düşünmek**, s. 6.). *Aydın/Kaplan/Kalyon* da bu düzenlemeyi *önemli bir yenilik* olarak adlandırmışlardır (**a.g.m.**, s. 230.). *Kendigelen*, *ticari işletme hukuku bakımından en radikal düzenleme ve en önemli yenilik* olarak ilgili düzenlemeden bahsetmektedir. [(Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 366.]. En nihayetinde; *oldukça önemli bir yenilik* ifadesini kullanan yazar için bkz. Halit Aker, "Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: 'Hâkim Teşebbüs'" **BATİDER**, C. XXV, S. 2, 2009, s. 237.

¹⁷² *Ercüment Erdem*, "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", **YÜED**, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. 1, s. 991; Arıcı, **a.g.e.** s. 29. Ayrıca yazar yalnızca pasiflerin devri öngörülüp aktiflerin devri gerçekleşmeyeceğinden külli halefiyet kuralının geçerli olmadığını belirtmektedir (**A.e.**, s. 29-30) Külli halefiyet kuralının geçerli olmayacağı hakkında aynı yönde bkz. Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler**, Üzerinde Çalışılmış Ve Geliştirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 1976, s. 1142. Karş. yönde; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁷³ eBK 179 döneminde aktiflerin devri yönünde cüz'i halefiyet kuralının geçerli olduğu yönünde bkz. Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 112; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 68vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1138; Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde <<Nevilerin Aynı Olması>> Koşulu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1986, s. 189; Nüşin Ayiter, **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 47; Arıcı, **a.g.e.**, s. 30; Erdem, **a.g.m.**, s. 992. M. Hasanali Akay, "Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 Sayılı TTK m. 11/3 kapsamında)", **İMÜHFD**, C. 1, S. 1, 2014, s. 166.

¹⁷⁴ *Kendigelen*, bu durum yönünden ilgili düzenleme için *üvey evlat* benzetmesini kullanmıştır[(Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 363.].

¹⁷⁵ Bkz. Aş. Üçüncü Bölüm, I, A.

¹⁷⁶ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 72.

bir tespit ile ticari işletmenin aktiflerinin devrinin TTK 11/3 ile pasiflerinin devrinin ise TBK 202 ile hükme bağlandığı ifade edilmektedir¹⁷⁷.

Nitekim ticari işletmenin devrine ilişkin TTK 11/3 hükmü şu şekildedir; *“Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir”*.

İlgili düzenleme uyarınca açıkça aksi öngörülebilir unsurların bulunması ve sözleşme ibaresine yer verilmesi dikkate alındığında ticari işletmenin devrinin iradi olarak gerçekleşmesi gerektiği¹⁷⁸ ve *sözleşme özgürlüğü ilkesinin*¹⁷⁹ uygulama alanı bulacağı sonucuna varılmaktadır. Hükmün içeriğinde yer alan *“ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın”* ibaresi ve getiriliş amacı dikkate alındığında *devrin kolaylaştırılması ilkesinin*¹⁸⁰ geçerlilik kazanacağı sonucuna varılmaktadır. Ayrıca ticaret siciline tescil ve ilan edilme yükümlülüğü bizleri *aleniyet ilkesinin*¹⁸¹ mevcut olduğu sonucuna vardırmaktadır. Ancak bütünlük ilkesi¹⁸² gerek kanunun üst

¹⁷⁷ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 71; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 367; Erdem, **a.g.m.**, s. 993; Arıcı, **a.g.e.**, s. 216. Bu yönde getirilen kanun eleştirileri için bkz. Erdem, **a.g.m.**, s. 992-993; Öz, **a.g.m.**, s. 115-117; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 48-49. Ayrıca diğer sebeplerle genel olarak TTK 11/3 yönünden getirilen eleştiriler için bkz. Murat Topuz, “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu”, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012)**, **MÜHFHAD**, C. 18, S. 2, Özel Sayı, 2012, s. 46vd.; Durman, **a.g.e.**, s. 134 vd. Arıcı, **a.g.e.**, s. 212 vd.; Aker, **a.g.e.**, s.110 vd. Mehmet Bahtiyar, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, **LHD**, S. 106, 2011, s. 3895 vd.; Koray Demir, “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”, **İÜHFİM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 116 vd.

¹⁷⁸ Arıcı, **a.g.e.**, s. 28; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 72, dp. 19.

¹⁷⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 25; Zeytinci, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁸⁰ Arıcı, **a.g.e.**, s. 26; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 365; Zeytinci, **a.g.e.**, s. 25; Turan Hakkı Er, **Ticari İşletmenin Aktif Ve Pasifiyle Devri**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 27.

¹⁸¹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 28; Zeytinci, **a.g.e.**, s. 25; Ahmet Kırtepe, **Ticari İşletme Rehni**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 5.

¹⁸² Arıcı, **a.g.e.**, s. 26; Zeytinci, **a.g.e.**, s. 26.

bağlığı¹⁸³ gerekse gerekçesinde¹⁸⁴ açıkça belirtildiği üzere hepsinden daha önemli ve vurguludur. Ticari işletmenin unsurlarının münferit olarak satılması halinde ticari işletme devrinden bahsedilemeyeceği gibi devrin ticari işletmenin varlığını sürdürebilecek asgari şartları ihtiva etmesi de gerekmektedir¹⁸⁵. Bu ilkelerin yalnızca bir ticari işletme devrinin varlığının tespitinde değil uygulanması ve yorumlanmasında da her zaman göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

¹⁸³ TTK 11 hükmünün üst başlığı *Bütünlük İlkesi* olup kapsamı tek maddeden ibarettir.

¹⁸⁴ TTK 11/3 gerekçesi şöyledir; “Üçüncü fıkra, 6762 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, ticarî işletmenin, kendisine sürekli olarak tahsis edilmiş bulunan unsurları ile bir bütün oluşturan malvarlığı cephesini düzenlemektedir. Bu bütün, yerli ve yabancı öğretide Fransızca bir terimden esinlenerek ticaret fonu (Fond de commerce) diye adlandırılır. Fon ile kastedilen, işletmeye sürekli olarak özgülenmiş bulunan malvarlığı unsurlarından oluşan bütündür. Bu bütün devir, rehin, intifa, kira gibi işlemlere konu olabilir.

Nitekim, Borçlar Kanununun 179 uncu maddesi ticarî işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiş, bütünü yaratan unsurlarla uğraşmamıştır. Buna karşılık, 1447 sayılı Kanun bütünüün rehnedilmesini ayrıntılı kurallara bağlamıştır. Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrası, bir taraftan “bütün”ü vurgulamakta ve devir sözleşmesini yazılı şekle tâbi kılmakta, diğer taraftan da bütüne doğal olarak hangi malvarlığı unsurlarının dahil olduğunu göstermektedir. Böylece, 6762 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “sözleşme”nin ticarî işletmenin devrine ilişkin sözleşme olduğu Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.

6762 sayılı Kanun gibi, Tasarının da devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurları, bir ticarî işletmeyi “bütün” bakımından, yani malvarlıksal yönden tanımlar. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran malvarlığını, tartışmalara ve tereddütlere yol açan “tesisat” sözcüğü ile ifade etmişti. İkinci önemli unsur, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir. Buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denilmektedir. Tasarı işletme değerinin yanında, parantez içinde ticaret ve ticaret hukuku tarihimizden gelen ve kavramı çok iyi ifade eden peştemaliye sözcüğünü de kullanmıştır. Bütünün bir diğer vazgeçilmez önemde unsuru ticaret unvanıdır. Ticaret unvanı işlevi sebebiyle, fikrî mülkiyet haklarından ayrı olarak Tasarıda zikredilmiştir. Nihayet, “kiracılık hakkı” da işletme için malvarlıksal bir değer olarak önem taşıdığından bütün içinde yerini almıştır. Ancak “kiracılık hakkı”nın günümüzde önemini yitirdiğini, bir işletmenin bulunduğu adres ile tanınmasının dünyamızda sadece tarihsel bir anlam taşıdığını da unutmamak gerekir. Kiracılık hakkı bir işletmenin, meselâ, dondurmacının, ayakkabıcının, perukçunun, şapkacının, şekercinin, ticaretini yaptığı mahal (adres) ile tanınması, ancak o mahalde de kiracı olması halinde, ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorluğunu ifade eder.

Bütünü tanımlayan bu malvarlığı unsurları, bütünün doğal parçalarıdır. Devir ile devralana geçerler. Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları ismen veya hiçbiri zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur. Ancak, taraflar bu unsurlardan bazılarını devrin dışında tutabilirler. Aynı ilke 1447 sayılı Kanuna da hakim olduğu için ticarî işletmenin bir hukukî işleme bütün halinde konu olduğu hallerde de kıyas yoluyla uygulanır. Üçüncü fıkrada yer alan “aksi öngörülmedikçe” ibaresi Tasarının 49 uncu maddesi ile çelişmemektedir. Anılan madde ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemeyeceğini öngörmektedir. Ancak bu hüküm işletmesini devreden kişiyi ticaret unvanını devre zorlayacak şekilde yorumlanamaz. İşletme sahibi arzu ederse devir dışında tutabilir, hatta devir sözleşmesi olarak tanyorsa veya rekabet yasağı hükmü yoksa kuracağı yeni bir işletmede de kullanabilir.”

¹⁸⁵ Bkz. Aş. İkinci Bölüm, II, D.

Ticari işletmenin devrinden bahsetmek için ayrıca ticari işletmenin ihtiva ettiği ve devre konu malvarlığının mülkiyetinin devredilmesi gerekmektedir. Yalnızca işletme hakkının bir başkasına tahsis edilmesi veya geçici olarak kullanılması gibi işletme sahibinin değişmediği işlemler işletme devri olarak kabul edilemez¹⁸⁶.

B. TTK'da Benzer Kavramların Değerlendirilmesi

1. Ticari İşletmenin Ortaklıklara Sermaye Olarak Getirilmesi

eTK döneminde ticari işletmenin bir bütün olarak aynı sermaye olarak koyulup koyulamayacağı hususunda bir takım tartışmalar yer almışsa da¹⁸⁷ TTK sonrası yeni dönem içerisinde özellikle TTK 127/1-(g) açık hükmü de nazara alındığında ticari işletmenin gerek başlangıçta gerekse sonradan ortaklıklara sermaye olarak getirilebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁸. Bu kapsamda mevcut düzenlemeler

¹⁸⁶ Arıcı, **a.g.e.**, s. 66. Ayrıca buna gerekçe olarak bu şekilde geçici olarak veya mülkiyet hakkını devralmayan kişinin TBK 202 kapsamında borçlardan sorumlu olmasının adaletsiz olacağını belirten yazarlar; Akçaal, **a.g.e.**, s. 52; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 62; Murat Fatih Ülkü, Erol Karaaslan, "Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: B.Y. md. 179", **MBD**, S. 70, 1999, s. 48. Aksi yönde eBK 179 hükmünün geniş yorumlanması gerektiğine ilişkin bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 47; Oya Erkan Akıncı, **Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1988, s. 31; Turgut Öz, "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İstanbul, 2013, s. 104. *Acemoğlu* ise *nakil* ve *devir* kavramlarından yola çıkarak *nakil* kavramının rehin, hasılat kirası, intifayı içine alan daha geniş bir kavram yorumlanması gerektiğini belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 3.). Ayrıca ürün kirası ve devir hakkındaki fark ve ayrımın yapılabileceğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. İpek Sağlam, "Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması", **MÜHFHAD**, C. 19, S. 1, 2013 s. 158.

¹⁸⁷ Ticari işletmenin ortaklıklara sermaye olarak getirilebileceğini öngören yazarlar için bkz. Türk, **Nevilerin Aynı Olması**, s. 187, dp.297, Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 51vd.; Arıcı, **a.g.e.**, s. 6; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 182; Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler I-Umumi Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, 1960, s. 35. Anonim ve limited şirkette değeri ile birlikte gösterilmesi şartı ile devredilebileceği görüşü için bkz. Yılmaz Ulusoy, **Ferdi İşletmelerin Sermaye Şirketlerine ve Kolektif Komandit Şirketlerin Sermaye Şirketlerine Dönüşmesi**, Ankara, 1983, s. 4. Anonim şirketi örnek vermek ile birlikte tüzel kişinin (ticari ortaklığın) türüne göre değerinin bilirkişi incelemesi ile tespit edilmesi gerekebileceği yönünde; Er, **a.g.e.**, s. 59. *Birsel* ise ortaklıklar arasında ayırım yaparak limited ve anonim şirketlere ticari işletmenin yalnızca aktiflerinin sermaye olarak koyulabileceğini ifade etmiştir (**a.g.e.**, s. 95.).

¹⁸⁸ Topuz, **a.g.m.**, s. 38; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 44, Oktar, **a.g.e.**, s. 11; Akgöl, **a.g.e.**, s. 46; M. Halil Çonkar, **Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 234. Anonim şirketlerde sermaye olarak getirilecek ticari işletmenin aktifinin pasifinden fazla olması

ışığında ticari işletmenin gerek başlangıç aşamasında gerekse sonradan ticari ortaklığa sermaye olarak getirilebileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak ticari işletmenin sermaye olarak ticaret ortaklığına getirilmesi halinde TTK 11/3 ve TBK 202 hükümlerinin geçerlilik bulup bulmayacağı¹⁸⁹ ve geçiş anının TTK 11/3 ve TSY 133/3 hükümlerinin mi yoksa TTK 128/4 hükmünün mü uygulanacağı¹⁹⁰ konularında doktrinde farklı görüş ve tartışma bulunmaktadır. Bu tartışmaları bir kenara bırakırsak bu tez yönünden önemli olan husus olarak ticari işletmenin sermaye olarak ticaret ortaklığına getirilmesinin ticari işletme devri olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüşe¹⁹¹ katıldığımızı ifade etmemiz kanaatimizce yerinde ve yeterli olacaktır.

2. Ortaklık Paylarının Devredilmesi

Uygulamada işletmenin devredilmesi ile işletmeyi işleten şirketin hisselerinin devredilmesi kavramlarının iç içe geçtiği sıklık ile görülmektedir. Burada önemli olan husus ortaklığın azınlık paylarının devri değil, ortaklığın paylarının tamamı veya tamamına yakının yahut başka bir deyiş ile ortaklık üzerindeki hâkimiyetin değişmesine sebebiyet verecek ölçüde olmasıdır. Bu ölçüde bir ortaklık payının

şartını eklemek sureti ile mümkün olabileceğini ifade eden yazar için bkz. Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirketlerde Kuruluş**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 131.

¹⁸⁹ Ticari işletmenin TTK m. 127/1-(g) hükmüne göre sermaye olarak getirilmesine ilişkin TTK 11/3 hükmünün uygulanacağını ve ortaklık ile ortaklığa sermaye olarak getirenin TBK 202 uyarınca sorumlu olacağı yönünde bkz. Çonkar, **a.g.e.**, s. 236; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 114-115. Hasan Pulaşlı, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, N.66. Ayrıca yazar ticari işletmenin sermaye olarak konulması halinde TTK 11/3'de yer alan şekil şartına ilişkin hükümden yola çıkarak esas sözleşmenin yeterli olacağını devrine ilişkin özel şekil şartına bağlanmış malvarlığı unsurları da dahil olmak üzere başkaca özel bir şekil şartına gerek olmayacağını belirtmektedir (**A.e.**, N.67.). Aksi yönde bkz. Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 234-235. Ticari işletmenin adi ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde önceki işletme sahibi aynı zamanda adi ortaklığın ortaklarından olacağından adi ortaklığa ilişkin müteselsil sorumluluğu kapsamında süresiz olarak sorumluluğu devam edeceğine ilişkin görüş için bkz. Şener, **Uygulamalı Ortaklıklar**, s. 31; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 28, N.35; Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 250.

¹⁹⁰ Bu tartışma ve görüşler için bkz. Çonkar, **a.g.e.**, s. 542-544; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 133-134; Karaman Coşgun, **a.g.m.**, s. 339; İsmail Kırcı (Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Çağlar Manavgat), **Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013, s. 356-357.

¹⁹¹ Ali Murat Sevi, **Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 188; Elif Cemre Haziroğlu, "Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu", **TFM**, C. 3, S. 1, 2017, s. 74.

devredilmesi ekonomik olarak da yönetsel kontrol olarak da bir işletmenin devredilmesi ile benzer sonuca çıkmaktadır¹⁹². Bu sebeple bugün, bu işlem dolaylı işletme satışı olarak da adlandırılmaktadır¹⁹³.

Alman ve İsviçre doktrini tarafından da ortaklık paylarının devri; gerek devredilen pay oranı gerekse pay oranı olarak daha düşük kalsa da taraf iradeleri ve pay üzerindeki haklar kapsamında ortaklık üzerindeki hakim ortağın değişmesine sebebiyet verecek nitelikte olması halinde işletme devri olarak kabul edilmektedir¹⁹⁴.

Her ne kadar ticari işletmenin işleten ortaklığın hisselerinin devri ile ortaklık hukuku içerisinde ayrı bir model olarak devredilebileceği kabul edilebilirse de¹⁹⁵ ortaklık hisselerinin devri TTK 11/3 hükmü ve anlamında bir ticari işletme devri olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁹⁶. Nitekim en nihayetinde işletmenin işleteni ortaklığın ortakları değil kendisi olması ve ortaklığın hisselerinin ve ortaklığın ortaklarının değişmesi ticari işletmenin işletenin değişmesine sebebiyet vermeyecektir.

3. Bölünme

Ticaret hukuku kapsamında ortaklığın bölünmesi kavramı TTK 159 vd. hükümlerinde düzenlenmiş ve doktrinde pek çok tanıma yer verilmiştir. *Pulaşlı*, bölünme ve hukuki olarak bölünmeyi ayırarak hukuki olarak bölünmeyi “*bir şirketin*

¹⁹² Ali Paşlı, **Anonim Ortaklığın Devralınması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 178-179.

¹⁹³ Arıcı, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁹⁴ Arıcı, **a.g.e.**, s. 43, dp.178 ve 179’da anılan yazarlar.

¹⁹⁵ Arıcı, **a.g.e.**, s. 44. Özellikle tek kişilik anonim ve limited şirketlerde ve bilhassa TBK 202 hükmündeki sorumluluk da nazara alındığında ticari işletmenin devri yerine hisse devrinin tercih edileceğinin kaçınılmaz olduğunu ifade eden yazar için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 380.

¹⁹⁶ Arıcı, **a.g.e.**, s. 44; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 117; Akçaal, **a.g.e.**, s. 78, dp. 109; Zafer Kahraman, “Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, BaÜHFD**, Özel Sayı, C. 11, S. 145-146, 2016, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 593; Yasaman, **Birleşme.**, s. 17, dp.49; Ünal Tekinalp (Reha Poroy, Ersin Çamoğlu), **Ortaklıklar Hukuku I**, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, N. 772c; Mehmet Kılıç, **Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 208. *Günca*, hisselerin devri ile “*Anonim ortaklığın devri/devralınması*” kavramlarını ayrı ayrı değerlendirmekte her iki işlem yönünden de ticari işletme devri sayılmayacağını belirtmekte ve gerekçelendirmektedir (**a.g.e.**, s. 34-36.). Ayrıca sermaye şirketlerine ait ticari işletmenin devri ile şirketin paylarının devri arasında ki farklar yönünden detaylı bilgi için bkz. Paşlı, **a.g.e.**, s. 182 vd.

*malvarlığını ve yükümlülüklerini tamamen veya kısmen ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi halefiyet yoluyla yeni kurulan veya mevcut bir sermaye şirketine veya kooperatife devretmesi ve devrin karşılığı olarak devralan şirketin paylarının bölünen şirketin ortaklarına tahsis edilmesidir” şeklinde tanımlamaktadır*¹⁹⁷.

İşletenin bir ortaklık bünyesinde yer alan bir ticari işletmeyi devretmek istemesi halinde ticari işletme devri ile devredebileceği gibi kısmi veya tam bölünme ile de bu işletmeyi bünyesinden çıkarması ve ekonomik olarak istediği sonuca ulaşması mümkündür¹⁹⁸. Ekonomik olarak benzer sonuca ulaşılması yanı sıra bölünme halinde de devir külli halefiyet kurallarına göre gerçekleşmektedir¹⁹⁹.

Buna karşın bölünme ile devredilen malvarlığının karşılığı devralan ortaklığın ortaklık hakkı iken ticari işletme devri ivazsız olabileceği gibi tarafların anlaşabileceği herhangi bir malvarlığı unsuru ivaz olarak kabul de edilebilir²⁰⁰. Yine ticari işletme devrinden farklı olarak TTK 160 hükmü ile bölünebilen ortaklıklara sınır getirilmiştir²⁰¹. Ticari işletme devri için kanun koyucu herhangi bir teminat şartı aramamış olmasına karşın bölünme TTK 173-175 hükmü ile bölünmeye katılacak şirketlere alacaklılar için teminat şartı getirilmiştir²⁰². Bunların yanı sıra tam bölünme

¹⁹⁷ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 207, N.7. Çelikboya, bu tanımın içeriğindeki kısmi halefiyet olarak devredilmesinin işlemi tanımlamaktan ziyade kanunun bir sonucu olduğunu ifade etmekte (**a.g.e.**, s. 79, dp. 76.) ve hukuki olarak birleşmeyi, “*bölünme bir ortaklığın malvarlığı bölümlerini (aktif ve pasiflerini) bir bütün olarak mevcut veya yeni kurulacak ortaklıklara, bu ortaklıklardaki ortaklık haklarının bölünen ortaklığın ortaklarına malvarlığını devreden ortaklığın kendisine verilmesi karşılığında devretmesidir*” olarak tanımlamaktadır (**A.e.**, s. 78-79.). Benzer yönde tanımlar için bkz. Hakan Çebi, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 26 ; Ünal Tekinalp, “Bölünmenin Bugünkü Maddî Hukuk Cephesi”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 549; Oktar, **a.g.e.**, s. 20. Altaş, ise bölünmeyi “*sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin malvarlıklarını tamamen veya kısmen kendilerinden ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi külli halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine veya kooperatiflere devretmeleri ve bunun karşılığında bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerde ortak konumunu kendiliğinden elde etmeleridir*” şeklinde tanımlamaktadır (Soner Altaş, **Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirketler**, Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, Ankara, 2019, s. 1017.). Ayrıca ayrıntılı tanım ve açıklama için bkz. Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 37.

¹⁹⁸ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁹⁹ Hülya Coştan, **Anonim Ortaklıklarda Bölünme**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 36; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 81; Arıcı, **a.g.e.**, s. 57.

²⁰⁰ Arıcı, **a.g.e.**, s. 58; Coştan, **Bölünme.**, s. 35, Çebi, **Bölünme.**, s. 33; Oktar, **a.g.e.**, s. 20-21; dolaylı yönden; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 202, N.8.

²⁰¹ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 85.

²⁰² Çelikboya, **a.g.e.**, s. 86; Arıcı, **a.g.e.**, s. 58.

halinde bölünmenin sicile tescili ile ortaklığın TTK 179/3 hükmü uyarınca tescilsiz sona ermesi, bölünen –devre konu olan- kısmın ticari işletmenin unsurlarını taşımasının (bütün halinde ve devamlılığını sağlayacak şekilde devri) gerekmemesi ve en nihayetinde TTK 174 vd. hükümlerince sonuçlarına ilişkin özel düzenlemeler barındırması da iki düzenleme arasındaki farklardandır²⁰³. Tüm bu nedenlerden ötürü bölünme ve ticari işletme devri farklı işlemler olup bölünmeye TTK 11/3 veya TBK 202 hükmünün uygulanması mümkün değildir²⁰⁴.

4. Birleşme

Birleşme TTK 136/3 hükmünde “*devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca doktrinde de başkaca tanımlara yer verilmiş olmakla *Pulaşlı* tarafından ticaret ortaklıklarında birleşme “*birçok şirketin malvarlıklarını tasfiye etmeksizin ya içlerinden birinin bünyesinde (-devralma- şeklinde birleşme) ya da birleşecek şirketlerin yeni kurulan bir şirkette birleşmeleri (-yeni kuruluş şeklinde- birleşme) biçiminde olur*” şeklinde tanımlanmıştır²⁰⁵.

Yine bölünmede olduğu gibi ticari işletme devri ile benzer olarak birleşmede de külli halefiyet kuralı geçerli²⁰⁶ olduğu gibi bir ortaklık bünyesindeki ticari işletmenin devrine ilişkin ekonomik olarak tercih edilmesi ve benzer sonuçların elde edilmesi mümkün başka bir metottur²⁰⁷.

²⁰³ Arıcı, **a.g.e.**, s. 57-58.

²⁰⁴ Arıcı, ayrıca TBK 202 eBK 179 hükmünün mevcut düzenlemeler ışığında birleşme halinde kümülatif olarak da uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir(**a.g.e.**, s. 58.). Aynı yönde; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 86-87.

²⁰⁵ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 111, N.1. Benzer yönde tanımlar için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 47; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 88; Yasaman, **Birleşme**, s. 5-6; Türk, **Birleşme**, s. 37-38; Hamdi Yasaman, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.I, İstanbul, 2003, s. 700. Daha detaylı tanım için ayrıca bkz. Fena İpek Kayalı, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 9.

²⁰⁶ Yasaman, **Birleşme ve Bölünmeleri**, s. 701; Türk, **Birleşme**, s. 160vd.; Arıcı, **a.g.e.**, s. 48; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 89; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 76.

²⁰⁷ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 88-89.

Buna karşın ticari işletmenin devri hususunda ivazlı veya ivazsız gerçekleştirilebilmesi hatta ivazın tür ve niteliğinin de taraf iradelerince belirlenebilmesine karşılık birleşmede, bölünmede olduğu gibi karşılık –istisnai olarak ayrılma akçesi olmakla birlikte- ortaklık pay hakkı olacaktır²⁰⁸. Nitekim birleşmede ortaklık haklarının devamı ilkesi²⁰⁹ hâkim olduğundan, birleşme yalnızca malvarlığının devri ile sınırlı bir işlem değil ayrıca ortaklık haklarının yeniden yapılandırmasını²¹⁰ da kapsayan bir kavramdır²¹¹. Bazı yazarlara göre bu fark iki kurum arasındaki temel farkı oluşturmaktadır²¹². Birleşme sonucunda malvarlığını devreden ortaklık veya ortaklıklar tasfiyesiz olarak infisah etmek zorunda iken ticari işletmeyi devreden ortaklık veya gerçek kişinin infisah, fesih veya iflas etme zorunluluğu yoktur²¹³. Yine birleşmede infisah olmanın sonucu gereğince tüm malvarlığının devri zorunluluk arz etmekle birlikte ticari işletmenin devrinde taraflar bazı malvarlıklarını devir dışında tutabilirler²¹⁴. Bunlardan başka en nihayetinde TTK 137 uyarınca birleşmede devralan ve devrolunan şirketlerin sermaye, şahıs ve kooperatif şirketleri olarak ayrı ayrı değerlendirilip hangi şirketlerin hangileriyle birleşebileceğinin belirlenmiş olması ve alacakların korunmasında özel hüküm bulunması (TTK 150) yönleri²¹⁵ ile de ticari işletme devrinden ayrılmaktadır.

Bu nedenlerden ötürü TTK 136 vd. hükümlerine göre birleşmelerde TTK 11/3 özel hükmü ve TBK 202 genel hükmü uygulama alanı bulmayacak, kendi özel hükümleri uygulanacaktır²¹⁶.

²⁰⁸ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 200, N.24; İpekeli Kayalı, **a.g.e.**, s. 19; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 370.

²⁰⁹ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 200, N.24; Yasaman, **Birleşme ve Bölünmeleri**, s. 700-702; Yasaman, **Birleşme**, s. 32-33.

²¹⁰ Türk, **Birleşme**, s. 80- 81; Türk, **Nevilerin Aynı Olması**, s. 234.

²¹¹ Arkan, bu hususta ticaret şirketlerinin birleşmesinin işletme devri ya da TBK 203 hükmü uyarınca birleşmesi arasındaki farkı; ticaret şirketlerinin birleşmesinde ortakların *tek bir ortaklık çatısı altında toplanmaları* olarak ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 41.). Aynı yönde; Türk, **Nevilerin Aynı Olması**, s. 178, d.271.

²¹² Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 370; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 90. Temel veya önemli ayrımı yapmaksızın detaylı ve gerekçeli açıklama için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 48.

²¹³ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 90.

²¹⁴ Arıcı, **a.g.e.**, s. 49; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 91.

²¹⁵ Arıcı, **a.g.e.**, s. 48-49; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 91-92.

²¹⁶ Arıcı, **a.g.e.**, s. 49; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 370; Bilgili, Demirkapı, **Ticaret İşletme**, s. 36; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 45; Arkan, **a.g.e.**, s. 41; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 75-76.

5. TTK 194 Ticari İşletme İle İlgili Birleşme ve Tür Değişirme

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ilk defa 194/1 hükmü ile ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesi ve 194/2 hükmü ile ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesine ilişkin düzenlemeler ile bu işlemlere imkân tanınmıştır. Ticari işletmenin bir bütün olması ve daha alt parçalara ayrılmasının mümkün olmaması sebepleri ile ilgili düzenlemede bölünmeye yer verilmemiştir²¹⁷. Getirilen düzenlemeye göre ticari işletmenin ticaret şirketi ile birleşmesine ortaklığın türüne göre (TK 138 - 140, 142 - 158) ve ortak hükümler (TK 191 - 193), ticaret şirketine dönüşmesine ise tür değiştirmeye ilişkin hükümler (TK 182 - 190) ve yine ortak hükümler (TK 191 - 193) kıyas yoluyla uygulanacaktır. Adalet Komisyonu aşamasında getirilen bu düzenleme kaynak kanundan farklıdır. Nitekim kaynak kanun İsviçre Birleşme Kanunu'nda ticari işletmenin bir tüzel kişiliği bulunmadığından, ticari işletmenin tür değiştirerek ticaret şirketine dönüşmesi yahut bir ticaret şirketi ile birleşmesi malvarlığının devri şeklinde düzenlenmiştir²¹⁸.

Adalet Komisyonu tarafından getirilen bu yenilik için gösterilen gerekçe şöyledir; “ Bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle birleşmesi veya bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi ihtiyacı doğabilir. Oysa tasarıda bu konuda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Alt komisyonumuz, muhtemel birleşme veya tür değiştirme durumunu göz önüne alarak, bu boşluğu doldurmak amacıyla tasarıya, ‘ Ticari İşletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme’ başlığı altında, yeni 194. Madde eklemiştir”²¹⁹. Bu gerekçe ile paralel olarak ilgili maddenin

²¹⁷ Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu. **Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 98.

²¹⁸ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 172-713, N.161-162; Hülya Coştan, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme Ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılandırmasında Alacaklıların Korunması**, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2009, s. 36.

²¹⁹ Emre Türkmen, **Tacirin Ticareti Terkinin İcra Ve İflas Kanununun 44. Maddesi Bağlamında Hüküm Ve Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013, s. 23; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 92.

ihtiyacı karşıladığı ve kanun boşluğunu doldurduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır²²⁰.

Buna karşın ilgili düzenleme doktrinde pek çok eleştiriye de maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin başında TBK 202 hükmü ile gerekli uyumun sağlanmadığı hatta hiçbir uyum kaygısı gözetilmediği yer almaktadır²²¹. Anılan düzenleme ile özel hüküm getirildiğinden TBK 203/2 kapsamında ticari işletmenin kollektif veya komandit şirkete dönüşmesine ilişkin hükmün uygulanmasını tamamen ortadan kaldırıldığı da bu minvalde ifade edilen bir diğer görüştür²²².

Kanunun sistematığına uygun olmadığı ve uygulanmasında pek çok sorun yaşanacağı hususunda da birçok eleştiri gündeme gelmiş ve hala canlılığını korumaktadır. Bunlardan ilki; TTK 137 hükmünde birleşme yapabilecek şirketlerin ve TTK 181 hükmünde tür değiştirmesine cevaz verilen şirketlerin tahdidi olarak sayılmasına rağmen TTK 194’de yer verilen düzenlemeye paralel olarak burada ticari işletmenin sayılmaması önemli bir diğer eksiklik olarak haklı şekilde eleştirilmiştir²²³. Atıf yapılan düzenlemeler kapsamında şirket birleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmişse de bu hükümlerin tamamına tabi olup

²²⁰ Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 14. Benzer yönde getirilen düzenlemenin birleşme ve tür değiştirmede doğması muhtemel boşluğu doldurduğu yönünde görüş için bkz. Cahit Ağaoğlu, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Şirket Birleşme ve Devralmalarında Teminat ve Denkleştirmeler”, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, **MÜHAD**, S. 2, 2012, s. 230. Aksi yönde TTK 11/3 ve genel hükümlerin yeterli olacağı bu sebeple ilgili düzenlemeye gerek olmadığına ilişkin görüş için bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 93. *Bahtiyar* ise benzer yönde aynı amaca hizmet eden TTK 11/3 ve TBK 202 kapsamında ticari işletme devrinin, TTK 127 kapsamında ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesinin, TTK 159 vd. hükümlerince kısmi bölünme hükümlerinin ve en nihayetinde TTK 194/1 ile ticari işletme ile bir ticaret ortaklığının birleşmesine ilişkin düzenleme getirilmesinin gerçekten gerekli olup olmadığı ve bu düzenlemelerin sınırlarının iyi belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. (**Ticari İşletmenin Devri**, s. 3904 ile 3908, dp. 49 ve Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler-Dersler-Soru Örnekleri**, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s. 61, dp. 86.).

²²¹ Moroğlu, **a.g.e.**, s. 102-103; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 173; Arıcı, **a.g.e.**, s. 216; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 74. *Demir* ek olarak bu uyumsuzluğu TBK 202 gereğince işletmeyi devreden işletenin iki yıl boyunca sorumlu olması öngörülmesine rağmen, alacaklılar açısından daha iyi denetlenen ve kendilerinin de ayrıca ortak olarak varlıklarını sürdürdükleri ticaret şirketi ile birleşmesi halinde neden daha uzun ve kapsamlı bir sorumluluk öngörülüğünü sorgulamaktadır (**a.g.m.**, s. 118.).

²²² Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 372.

²²³ Arıcı, **a.g.e.**, s. 216; Mehmet Bahtiyar, “TTK. 194/1 Hükümünün Uygulanmasına İlişkin Güncel Bir Sorun”, **YÜHFD**, C. XIII, S. 1, Özel Sayı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı, C. I, 2016, s. 118. Aynı eleştiriyi tür değiştirme için de belirten yazarlar için bkz. Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 46-47; Haziroğlu, **a.g.m.**, s. 74.

olmayacağı, olacaksa ilgili hükümlerin nasıl uygulanacağını tamamen belirsiz bırakıldığı yine bir diğer eleştiridir²²⁴. Bir diğer eleştiri ise TTK'nın birleşmeye ilişkin hükümleri tüzel kişiliği bulunan bir ortaklığın malvarlığı bütününe mevcut veya yeni kurulacak bir ortaklığa devrederek tasfiyesiz olarak infisah etmesini düzenlemektedir. Oysa ticari işletme bir hukuk kişisi olmadığından²²⁵ TTK 194/1 hükmü ile getirilen düzenleme için birleşme ibaresinin kullanılmasının yanlış ve şirketlerin birleşmesi ile karışıklığa sebebiyet verecek niteliktedir²²⁶. Ayrıca hukuk kişisi olmayan ticari işletmenin ancak hukuk kişisi sıfatına sahip olan ticari ortaklıklar için tanınan bir hakkın tanınması ve sanki işlemin tarafı gibi maddenin düzenlenmesi ile ticari işletmelerin bir hukuk kişisi olarak yorumlanmasına izin verebilecek nitelikte olması sebebi ile de haklı şekilde eleştirilmektedir²²⁷. En nihayetinde 194/2 hükmünün kanunun lafzında yer alan “uygulanabilir” ibaresinin “uygulanır” olarak düzeltilmesi gerektiği ifade edilmektedir²²⁸.

Ayrıca *Çonkar*, tüm bunlardan ayrı olarak TTK 194/1-2 hükümlerinin TTK 127 vd. hükümlerinde düzenlenen ve yukarıda değerlendirdiğimiz ticaret işletmenin bir ticaret şirketine sermaye olarak getirilmesine ilişkin hükümler ile aynı durumu düzenlediğini ifade etmektedir. İki hüküm arasında özel-genel hüküm ayrımı yapılamayacağından iki düzenlemeden birisinin tercih edilmesi gerektiğini ve bunun

²²⁴ Durman, **a.g.e.**, s. 104. Yazar özellikle kıyasen uygulanacağı belirtilen hükümler arasında yer alan TTK 150 vd. hükümlerine göre yönetim kurulunun genel kurula birleşme sözleşmesini sunması, genel kurulca kabul edilmesi vd. düzenlemelerin ticari işletme yönünden nasıl uygulanacağını örnek olarak ifade etmektedir (**A.e.**, s. 104).

²²⁵ Ticari işletmenin bir hukuk süjesi olmadığı yönünde bkz. Demir, **a.g.m.**, s. 108; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 75; Halit Aker, **a.g.m.**, s. 235, özel olarak TTK 194/1 yönünden s. 239. Yazar ayrıca süjelerin varlıkları için objelere ihtiyacının olmamasına karşın objelerin hukuki değer kazanmasının ancak süje ile bağ kurmasına bağlı olduğunu ve bu durumun ticari işletme için de geçerli olduğunu ifade etmekte ayrıca anayasal haklar kapsamında da ticari işletmeye değil işletene hakların tanındığını vurgulamaktadır (**A.m.**, s. 235-236.).

²²⁶ Coştan, **Birleşme, Bölünme Ve Tür Değiştirme**, s. 36; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 93-94. Ayrıca yazar yukarıda yer alan gerekçeler sebebi ile TTK 194/1'e göre yapılan birleşmelerin birleşme değil ticari işletmenin bir ticaret ortaklığı tarafından devralınması olarak tanımlamakta ve adlandırmaktadır (**A.e.**, s. 93.).

²²⁷ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 94.

²²⁸ Moroğlu, **a.g.e.**, s. 103; Abuzer Kendigelen, **Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 67, dp. 38

TTK 127 vd. hükümleri olacağını bu nedenle ilgili düzenlemelerin uygulanamayacağını ileri sürmektedir²²⁹.

TTK 194/1 hükmü uyarınca getirilen düzenleme gereği ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle, ticaret şirketinin onu devralması yolu ile birleşmesi ancak bir ticaret şirketinin ticari işletmeyi devralması yolu ile mümkün olabilecektir²³⁰. Yine düzenleme kapsamında herhangi bir sınır öngörülmediği için birleşmenin gerçekleştiği ticari işletmenin türüne göre özel hükümler uygulanmak şartı ile ticari işletme tüm ticaret şirketleri ile birleşebilecektir²³¹. Ayrıca TTK 194/1 hükmü uyarınca birleşmeler yönünden de ticari işletme devrinde olduğu gibi külli halefiyet kuralı geçerlidir²³².

Ancak TTK 11/3 ticari işletme devri ve TTK 194/1 kapsamında ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesi farklı kavram ve düzenlemelerdir²³³. TTK 11/3 ile TTK 194/1 arasındaki en büyük farkı birleşmede karşı edim olarak devralan ticaret şirketinin ortaklık haklarının ticari işletmesini devreden (işleten) kişiye geçmesi oluşturmaktadır²³⁴. Ayrıca bir diğer temel fark olarak TTK 194/1 kapsamında ticari işletmenin birleşmesi halinde ticari işletme devrinde olduğu gibi bazı malvarlığı unsurlarının devir dışında tutulması mümkün değildir. Bütün malvarlığının devre konu edilmesi gerekmektedir²³⁵.

²²⁹ Çonkar, **a.g.e.**, s. 616 vd. *Çelikboya*, Benzer görüşleri ifade etmekle birlikte TTK 194/1 hükmünün gerekçesinin kolaylık getirmek olduğunu ifade etmekte ve bu nedenle birleşmeye konu ticari işletmenin işleteninin gerçek kişi, dernek veya vakıf tüzel kişisi olması halinde TTK 194/1 ve TTK 127 vd. hükümlerinin birbirlerine alternatif olarak uygulanabileceğini ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 96.).

²³⁰ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 46; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 49; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36; Evirgen, **a.g.e.**, s. 24; Er, **a.g.e.**, s. 63-64; Akçaal, **a.g.e.**, s. 79; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 77.

²³¹ Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 14; Akçaal, **a.g.e.**, s. 80; Akgül, **a.g.e.**, s. 41.

²³² Tekinalp, Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 14; Akçaal, **a.g.e.**, s. 80.

²³³ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 372. Aksi yönde *Topçuoğlu*, ticari işletme devrini düzenleyen maddeleri TTK 11/3, TBK 202 ve TTK 194/1 olarak saymakta ve TTK 194/1 hükmünü ticari işletme devri olarak adlandırmaktadır (Metin Topçuoğlu, “Yeni TTK’nın ve Yeni TBK’nın Ticari İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **THD**, S. 81, 2013, s. 16.).

²³⁴ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 372. Önceki basıdaki eleştirilerine karşın bu görüşü açıkça haklı bulduğunu ifade eden yazar için bkz. Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 77. Bu görüşü desteklemek ile birlikte ticari işletmeyi devreden ortaklık hakkı yerine ayrılma akçesi alması halinde TBK 194/1 değil TTK 11/3 hükmünün uygulanacağı yönünde görüş için bkz. Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 18.

²³⁵ Akçaal, **a.g.e.**, s. 80.

En nihayetinde TTK 194 kapsamında getirilen düzenlemeler özel nitelikli düzenleme olduğundan ticari işletmenin bir ticaret şirketi tarafından devralınmak sureti ile birleşmesine ilişkin işlemlere aynı madde kapsamında atıf yapılan özel hükümler uygulanacaktır²³⁶. Yine ticari işletmeyi devreden sorumluluğuna da TBK 202 değil özel hükümler uygulanacaktır²³⁷.

Tür değiştirmeyi Haziroğlu “Tür değiştirme, bir ticaret şirketinin tasfiye edilmeksizin, mevcut ekonomik durumunu koruyarak, aynı veya temelde aynı ortaklarla, mevcut hukuki biçiminden başka bir hukuki biçime geçirilmesini ifade etmektedir” şeklinde²³⁸, TTK 194/1 hükmünü de kapsar şekilde Pulaşlı, tarafından ise “ bir ticari işletmenin veya kanunda belirlenen tiplerden birine uygun olarak kurulmuş bir şirketin tasfiye edilmeksizin bir ticaret şirketine veya başka bir tipe dönüştürülmesidir” şeklinde tanımlanmaktadır.²³⁹

Tür değiştirme devredici tür değiştirme (yeni kuruluş yoluyla tür değiştirme) ve biçim değiştirici tür değiştirme (hukuki kabuk değiştirme suretiyle tür değiştirme) olarak iki türe ayrılmaktadır²⁴⁰. Devredici tür değiştirmede biçimi değiştirilecek şirket tasfiye olmaksızın feshedilip, külli halefiyet ilkesi gereği malvarlığını yeni şirkete devretmektedir²⁴¹. Bu şekilde öngörülen tür değiştirmede tür değiştiren şirketler arasında ekonomik özdeşlik bulunmakta iken hukuki özdeşlikten bahsetmek mümkün değildir²⁴². Ancak TTK’da biçim değiştirici tür değiştirme yolu kabul edilmiştir²⁴³. Biçim değiştirici tür değiştirmede tür değiştirecek şirket fesih olmamakta, yeni bir şirket kurulmamakta, tür değiştirme işlemi yalnızca önceki var

²³⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 372; Ağaoglu, **a.g.m.**, s. 230; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 63

²³⁷ Er, **a.g.e.**, s. 61; Türkmen, **a.g.e.**, s. 26-27; Akçaal, **a.g.e.**, s. 79-80; Durman, **a.g.e.**, s. 105; İsmail Kırcı, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi”, **BankD**, S. 79, 2011, s. 76; Demir, **a.g.m.**, s. 117- 118.

²³⁸ Haziroğlu, **a.g.m.**, s. 72.

²³⁹ Çonkar, **a.g.e.**, s. 248. Diğer tanımlar için bkz. Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 745; Hikmet Sami Türk, “Ticaret Ortaklıklarının Nevi Değiştirmesine İlişkin Yargıtay Kararları”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II**, 1985, s. 151.

²⁴⁰ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 251; Haziroğlu, **a.g.m.**, s. 72.

²⁴¹ Türk, **a.g.m.**, s. 149; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 746.

²⁴² Türk, **a.g.m.**, s. 149; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 747.

²⁴³ Haziroğlu, **a.g.m.**, s. 73; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 251, N.17.

olan şirket istenen yeni hukuk biçimine ilişkin gerektirdiği düzenlemeleri yapmak suretiyle gerçekleştirilmektedir²⁴⁴. Biçim değiştirici tür değiştirmede önceki şirket devam ettiğinden yeni türe dönüştürülen şirket eskisinin devamıdır ilkesi ile de ifade edildiği üzere ekonomik özdeşlik yanı sıra iki şirket arasında hukuki özdeşlik de bulunmaktadır²⁴⁵. Bu nedenle temelde hukuk öznesi değişmediğinden külli veya cüz'i halefiyet gereği malvarlığı yahut işletmenin devrinden de bahsetmek mümkün değildir²⁴⁶.

Ticari işletmenin tüzel kişiliği bulunmadığı için TTK 194/2 hükmü gereği atıf yapılan tür değiştirmeye ilişkin TTK 182-193 hükümlerinin uygulanması halinde biçim değiştirici tür değiştirme mi yoksa devredici tür değiştirme mi olacağına ilişkin tartışmalar bir kenara bırakılırsa²⁴⁷ TTK 194/2 açık hükmü gereği TTK 11/3'ün uygulama alanı kalmamıştır. Bu nedenle TTK 194/2 hükmünde düzenlenen ticari işletmenin ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine atıf yapılan TTK 182-193 hükümleri özel hüküm olarak uygulanacaktır.

II. Devir Sözleşmesi

A. Tarafları

Ticari işletme devrinde devreden taraf ticari işletmenin maliki olmak zorundadır²⁴⁸. Kira sözleşmesi veya başka bir hukuki ilişki çerçevesinde ticari işletmenin sahibi ve işletenin farklı kişiler olması halinde devir işleminin devreden tarafı yine ancak ticari işletmenin sahibi olabilecektir²⁴⁹. Ancak bu durumda ticari işletmenin sahibinin gerçek kişi yahut ticaret şirketleri dışında bir tüzel kişi veya bunların topluluğu –adi ortaklık- olması ve başka bir ticari işletme işletmemeleri

²⁴⁴ Hazıroğlu, **a.g.m.**, s. 73.

²⁴⁵ Hazıroğlu, **a.g.m.**, s. 73; Altaş, **a.g.e.**, s. 1046; Türk, **a.g.m.**, s. 150.

²⁴⁶ Türk, **a.g.m.**, s. 150; Şener, **Uygulamalı Ortaklıklar**, s. 155; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 70.

²⁴⁷ Bu tartışmaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hazıroğlu, **a.g.m.**, s. 76-78.

²⁴⁸ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 375; Oktar, **a.g.e.**, s. 24; Fatih Bilgili, M. Fatih Cengil, "Ticari İşletmenin Devri ve Bilhassa Ticari İşletmenin Devri Düzenlemesinden Kaynaklanan Sorunlar", **Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu**, Ankara 2018, s. 42; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 147.

²⁴⁹ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 148.

halinde bu kişiler tacir sıfatını haiz olmayabilir²⁵⁰ ve ticaret sicilinde kayıtları yer almayabilir. Bu durumda bu kişilerin ticari işletme devri yapıp yapamayacakları yahut önceden sicile kayıt yaptırılmalarının gerekli olup olmadığı özellikle İsbirK 181 hükmü kapsamında²⁵¹ sorgulanabilirse de kanaatimizce Türk hukukunda bu konuda özel bir şart getirilmediğinden devreden tacir sıfatını haiz olması şart olmadığı gibi sicile kayıt da olması gerekmemektedir²⁵².

Devir işleminin tarafı mutlak surette tasarruf yetkisini haiz malik tarafından yapılması gerekse de, devir sözleşmesinin hukuki niteliği tasarruf işlemi değil borçlandırıcı işlem niteliğinden olduğundan²⁵³ malik olma şartı aranmaksızın herkes tarafından akdedilebilecektir²⁵⁴.

Devir sözleşmesinin tarafları gerçek kişi, ticaret şirketi, vakıf veya dernek olabilir²⁵⁵. Hatta özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılan kamu iktisadi teşebbüsleri de sözleşmenin tarafı olabilir²⁵⁶. Ayrıca devreden veya devralanın tek kişi olma zorunluğu da bulunmamaktadır. Bu kapsamda adi ortaklıklar da ticari

²⁵⁰ Ticari işletmenin kiralanması halinde kiracının tacir sıfatını kazanacağı görüş birliği ile ifade edilmekte ise de kiralayanın tacir sıfatlarının bulunup bulunmayacağına ilişkin tartışma yönünden birçok görüş bulunmaktadır. Kira sözleşmesinin hitamında işletmenin yeniden işletene döneceği gerekçesi ile kesin ve sürekli olarak işletmeyi işletmekten vazgeçmediği için ancak faaliyete ara vermesi sebebi ile tacir sıfatının askıda olduğunu belirten görüş için bkz. Münevver Kübra Bakırcı, “Ticari İşletme Kirası”, **BaÜHFD**, Cilt 13, Sayı, 161-162, Ocak-Şubat 2018, s. 89. Ticari işletmenin kiralanmasının bizzat bir işletme yöntemi olduğu gerekçesi ile kiralayanın tacir sıfatını kaybetmeyeceğini belirten görüş için bkz. İpek Sağlam, “Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi”, **MÜHF-HAD**, C. 19, S. 1, 2013, s. 168; Hakan Çebi, **İşletme Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 126. Karşı görüş olarak kiraya verenin kiraya vermekle işleten sıfatını ve tacir sıfatını kaybedeceği yönünde bkz. Hüseyin Altaş, **Hasılat ve Şirket Kirası (Bk. mad. 270-298)**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009, s. 158. Arkan, **a.g.e.**, s. 119. Bu husustaki detaylı tartışma için bkz. Aker, **a.g.e.**, s. 290 vd. Ayrıca kiracının tacir sıfatı kazanacağı yönünde pek çokları yerine bkz. Sağlam, **İşletme Unsurları**, s. 179-180.

²⁵¹ İsbirK sicile kayıtlı olmayan tacir olmayan gerçek kişi veya tüzel kişilerin –dernek ve vakıflar-ticari işletmeyi devretmek için önce sicile kayıt olması şartı arandığı hususunda bkz. Durman, **a.g.e.**, s. 82-84; Kahraman, **a.g.m.**, s. 602; Necdet Uzel, “Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun”, **Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017, s. 790; Hüseyin Ülgen, M. Fatih Arıcı, “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. 2, İstanbul, 2010, s. 1779-1780.

²⁵² Karşı görüş olarak İsbirK ile aynı sonucun Türk Hukuku için de geçerli olacağı yönünde bkz.; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 148-149.

²⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aş. İkinci Bölüm. IV

²⁵⁴ Öz, **a.g.m.**, s. 112.

²⁵⁵ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 375.

²⁵⁶ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 147-148.

işletme sözleşmesinin devreden veya devralan tarafında yer alabilir²⁵⁷. Yalnız bu durumda el birliği ile mülkiyet kuralı gereği devrin ortaklar tarafından birlikte yapılması gerekmektedir²⁵⁸.

Ticaret şirketleri yönünden ticari işletmeyi devretmek konusunda şirketin temsiline yetkili kanuni organların yetkili olduğu genel olarak söylenebilirse de her şirket yönünden ayrıca özel düzenlemelere bakılması gerekmektedir.

Kollektif şirkete ilişkin TTK 223 hükmü ile yönetime ilişkin olağan ve olağan dışı iş ayrımı yapılmış olup ilgili hüküm kapsamında olağan dışı işleri örnekleme yolu ile sayılmıştır. Bu örnekler arasında ticari işletme rehnine de yer verildiği nazara alındığında ticari işletme devrinin ilgili madde kapsamında olağan dışı iş ve işlem olarak kabul edilmesi ve tüm ortakların onayının aranması gerekmektedir²⁵⁹. Ayrıca TTK 308 yollaması ile aynı düzenleme komandit ortaklıklar içinde geçerlidir.

Yine anonim şirketlere ilişkin TTK 408/2-(f) hükmü uyarınca ticari işletmenin devredilmesi önemli miktarda varlığı oluşturuyor ise genel kurul tarafından karar alınması gerekmektedir²⁶⁰. Ayrıca TTK 629/1 yollaması sebebi ile aynı düzenleme limited şirketler için de geçerli kabul edilecektir²⁶¹.

²⁵⁷ Adi ortaklıkların ticari işletme işletmek üzere kurulabileceklerine ilişkin bkz. İbrahim Arslan, **Şirketler Hukuku Bilgisi**, 12. Baskı, Konya, 2007, s. 39; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 25; Akçaal, **a.g.e.**, s. 84. Ticaret siciline tescilinin kabul edildiğine ilişkin Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı İle İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında Tebliğ'in 3.maddesi "*Tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerinin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kâr elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıklar aracılığıyla işletilen ticari işletmeler talep edilmesi hâlinde ticaret siciline tescil edilir*" (RG 01.04.2009 / 27187). Bu yöndeki tartışma ve detaylı bilgi için bkz. Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, N. 75-82.

²⁵⁸ Akgöl, **a.g.e.**, s. 47; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 147.

²⁵⁹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 376; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku**, N. 253. *Kendigelen*, oybirliği ile karar alınıp alınmamasının yalnızca iç ilişkide bağlayıcı olacağını ancak devrin geçerliliğini etkilemeyeceğini belirtmektedir [(Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 376.]. Benzer yönde ancak yalnızca iyi niyetli üçüncü kişiler yönünden oy birliği ile karar alınmamasının etkili olmayacağı yönünde bkz. Tamer Bozkurt, **Şirketler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, 2018, s. 144. Karşı yönde *Akçaal* ise oybirliği ile karar alınmaması halinde devrin kesin hükümsüz (batıl) sayılacağını ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 130.).

²⁶⁰ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 376. Kanun lafzında "satış" ibaresi kullanılmış olsa da devre konu ticari işletme önemli bir miktar olarak kabul edilecekse TTK 408/2-(f) uygulanacağına ilişkin tespit ve görüş için bkz. Kerem Çelikboya, "Anonim Şirketin TTK m. 11 f. 3 Uyarınca Ticari

Devir sözleşmesinin taraflarca yapılması şart olmayıp vekiller aracılığı ile de yapılması mümkündür²⁶². Ancak tacir yardımcıları ve hatta ticari mümessil dâhil, özel olarak yetkilendirilmediği sürece ticari işletmenin devri işlemini gerçekleştirmek yönünden yetkili değildir²⁶³. Aksinin kabul edilmesi ticari işletmeyi yönetmek maksadı ile atanan temsilcinin kendi varlığı ile çelişmesi olacaktır. En nihayetinde devir sözleşmesinde taraf ehliyetleri ise genel hükümlere tabi olarak değerlendirilecek ve tespit edilecektir²⁶⁴.

B. Şekli

TTK 11/3 düzenlemesinden önceki dönemde ticari işletmenin devrinin veya devir sözleşmesinin şekline ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu sebeple

İşletmesini Devretmesi”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017 s. 193.

Hüküm içerisinde yer alan önemli miktarın tespitine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, bu hesabın nasıl yahut neye göre yapılacağı belirsizdir. Bu konuda doktrinde bazı yazarlar belli oranlar vermekte ya da bazı yöntemler öngörmektedirler. Yapılacak devrin %60 oranını geçmesi halinde önemli kabul edileceği yönünde; Levent Biçer, Esra Hamamcıoğlu, “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK m. 408/2-f)”, **KHÜHFD**, S. 1, 2013, s. 41. *Tekinalp* bütünlük arz eden tesislerin başka bir şart aranmaksızın önemli kabul edilmesi gerektiğini belirtmekle birlikte ayrıca devre konu mal varlığının şirketin varlığının 1/5 veya 1/6’sı olması halinde önemli kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, N. 13-14.). Karşı yönde belirli bir oran veya yöntem görmenin mevcut düzenlemeler kapsamında her halükarda kanuna aykırı olacağı ve açık bir düzenleme getirilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar için bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s. 193; Muzaffer Eroğlu, Aybüke Demir, “Anonim Şirkette Organlar Arası İşbölümü ve Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri”, **KHÜHFD**, C. 2, S. 2, 2014, s. 96.

²⁶¹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 376; Biçer, Hamamcıoğlu, **a.g.m.**, s. 49. Ayrıca limited şirketlerde genel kurulun devredilemez yetkilerini düzenleyen TTK 616/1 hükmünde açıkça sayılmadığı için TTK 629/1 ‘deki atıf uyarınca TTK 408/2-(f) hükmünün limited şirketler için uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin detaylı tartışma ve eleştiriler için bkz. Halil Ali Dural, “Anonim Şirketin Önemli Miktarda Varlığının Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 227, dp. 3.

²⁶² Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 375; Arıcı, **a.g.e.**, s. 109.

²⁶³ İsmail Kırca, **Ticari Mümessillik**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 126; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 376; Arkan, **a.g.e.**, s. 180; Kayar, **a.g.e.**, s. 70; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Arıcı, **a.g.e.**, s. 109; Bilgili, Cengil, **a.g.e.**, s. 48; Oruç Hami Şener, **Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 206-207; Şener, **Ticari İşletme**, s. 271; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 171; Berzek, **a.g.e.**, s. 153. Devralan tarafın ticari temsilcisinin ise devir sözleşmesini akdedebileceği yönünde bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 152.

²⁶⁴ Durman, **a.g.e.**, s. 121; Zeytinci, **a.g.e.**, s. 35.

genel hükümler kapsamında herhangi bir şekil şartı olmaksızın –şifahi olarak dahi-devir sözleşmesinin akdedilebileceği kabul edilmekteydi²⁶⁵.

TTK 11/3 hükmü ile ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde yapılması kararlaştırılmış olmakla TBK 12/2²⁶⁶ hükmü gereği kanun ile getirilen yazılı yapılmasına ilişkin şekil düzenlemesi geçerlilik şartı olarak kabul edilecektir²⁶⁷.

Kanunda yalnızca yazılı ibaresi kullanılmış olduğundan TBK 14/2²⁶⁸ hükmü kapsamında sayılan araçlardan herhangi birisi ile sözleşme akdedilmesi halinde yazılılık şartının gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekmektedir²⁶⁹.

Ayrıca bu şekil şartı yalnızca ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmelere değil, işletmenin bütününe konu alan (hasılat kirası, intifa hakkı vb.) işlemlere de uygulanacaktır²⁷⁰. Ancak işletme rehni de işletmenin bütününe konu almasına

²⁶⁵ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 79; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 37; Erdem, **a.g.m.**, s. 995; Arıcı, **a.g.e.**, s. 108,213; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 153; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 234. Eski döneme ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. Topuz, **a.g.m.**, s. 36 vd. Eski dönemde kanunda yazılı şart aranmadığı ve teorik olarak gerekli olmadığı kabul edilse dahi uygulamada iş yeri açma, vergi dairesine kayıt vb. işlemler için ispata yarar senet gerekli olduğundan uygulama yönünden yazılılığın gerekli olduğu yönünde tespit için bkz. Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 178.

²⁶⁶ Açıkça TBK 12/2 hükmünü zikrederek TTK 11/3 hükmündeki şekil şartının geçerlilik şartı olarak yorumlanmasının uygun olacağını ifade eden yazarlar için bkz. Bilgili, Cengil, **a.g.e.**, s. 48; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 154; Topuz, **a.g.m.**, s. 47; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 115. Ayrıca kanunda açık olarak belirtilen bir şekil şartı yer alması halinde bunun şekil şartı olarak yorumlanması gerektiği yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018,s. 139.

²⁶⁷ Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 233; Akay, **a.g.m.**, s. 170; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 381; Arkan, **a.g.e.**, s. 42; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 41,43; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 78; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 37-38; Arıcı, **a.g.e.**, s. 109; Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 12; Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3894; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 38; Erdem, **a.g.m.**, s. 996; Kayar, **a.g.e.**, s. 68; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 33; Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 17; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 55, dp. 77.

²⁶⁸ TBK 14/2 hükmü; “*Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer*”.

²⁶⁹ Topuz, **a.g.m.**, s. 47. Genel olarak yazılı sözleşmenin bu unsurlar ile yapılacağına ilişkin detaylı inceleme için bkz. Arif Barış Özbilen, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 94 vd.

²⁷⁰ Arkan, **a.g.e.**, s. 43; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 43; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 79; Topuz, **a.g.m.** s. 48; Durman, **a.g.e.**, s. 50; Öz, **a.g.m.**, s. 104,109; Erdem, **a.g.m.**, s. 999; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 234. Ayrıca diğer işlemler yönünden de yazılı şekil şartı getirilmesine ilişkin eleştiri için bkz. Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 19.

rağmen işletme rehnine ilişkin TİRK 4. maddesi ile noter tarafından düzenleme şeklinde hazırlanacağına ilişkin resmi şekil şartı aranması ile TTK 11/3 hükmünün çelişmesi²⁷¹ karşısında ticari işletme rehnine hangi şekil şartının uygulanacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur²⁷². 2016 yılında yürürlüğe giren TİTRK 4. maddesi ile ticari işletme taşınır rehninin noterce onaylama şeklinde veya güvenli elektronik imza²⁷³ ile imzalanmasına ilişkin şekil şartı benimsenmiştir. Bu düzenleme ile de TTK 11/3 arasında hala bir uyum sağlanmış olmasa da özellikle kanun kapsamında getirilen TARSİS sistemi üzerinden ancak rehnin yapılabilmesine imkan veren güncel uygulamada TİTRK'e göre ticari işletme taşınır rehinleri gerçekleştirilmektedir.

Devir sözleşmesi kanununun hem gerekçesi hem başlığında açıkça vurgulandığı üzere bütünlük ilkesi gereğince içerdiği malvarlıkları için de tek başına yeterlidir²⁷⁴.

²⁷¹ TİRK ile TTK 11/3 arasında uyumun sağlanamadığına ilişkin eleştiriler için bkz. Öz, **a.g.m.**, s. 107; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 48; Arıcı, **a.g.e.**, s. 214, dp.451; Durman, **a.g.e.**, s. 52; Topuz, **a.g.m.**, s. 48; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 234.

²⁷² Erdem, TTK 11/3 hükmünün bütün halinde ticari işletme rehnini düzenlemesine karşın TİRK'in ise ticari işletmeye ait sadece bazı unsurları belirli şartlar ile rehinine ilişkin düzenleme getirdiği bu sebeple iki düzenlemenin ayrı nitelikte olduğu, paralel uygulanabileceğini ve TTK 11/3 ile getirilen düzenlemenin daha kolay olması sebebi ile daha çok tercih edileceğini ifade etmektedir (**a.g.m.**, s. 1000.). Karşı yönde özel hüküm olması nedeni ile TİRK'in uygulanacağına ilişkin görüş için bkz. Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 234. Benzer yönde Topuz ise kanun koyucunun açık bir şekilde TİRK hükümlerini ilga etmediğinden bilinçli olarak sustuğu ve menfi olarak konuyu çözmek istediği şeklinde yorumun en doğru yorum olacağını bu nedenle de şekil şartı olarak TİRK 3. maddenin uygulanacağını ifade etmektedir (**a.g.m.**, s. 51.). Bu tartışmaya girmemek ile birlikte TTK 11/3 hükmüne göre artık ticari işletme rehninde de yalnızca yazılı şekil şartına göre yapılabileceğini ifade eden yazar için bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 43.

²⁷³ Bozkurt, getirilen yeni şekil şartlarının en azından eski katılığa göre daha yumuşatıldığını ifade etmektedir (**Ticari İşletme**, s. 79.). Yapılan düzenlemeye rağmen hala ticari işletme devrinden daha ağır bir şekil şartı öngörülmüş olması nedeni ile mevcut tartışmanın devam edeceği yönünde görüş için bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 40.

²⁷⁴ Tekinalp, Ticari işletme bünyesindeki malvarlığı değerlerinin tek tek devrine gerek olmaksızın bütün olarak devrine ilişkin bu düzenlemeyi, eşya hukukundaki aynı hak tesis edilecek eşyanın hangi eşya olduğunun belirli olmasına ilişkin Türk eşya hukukuna hakim "belirlilik ilkesinin" 1447 sayılı TİRK'ten sonra ilk defa etki alanı geniş bir istisna getirildiği ve belirlilik ilkesine veda edildiğini ifade etmektedir (**Yeniden Düşünmek**, s. 12). Aynı yönde; Aker, **a.g.m.**, s. 239. Karşı yönde; Topuz, ise TİRK'te sadece bazı unsurların üzerinde rehin kurulmasına izin verildiği, rehin edilecek malların aidyetlerini belli edecek özelliklerin detaylı şekilde yazıldığı tam listesinin yapılmasının gerektiği, gemi rehninin açıkça, taşınmaz rehninin ise örtülü olarak kanun dışı bırakıldığı bu nedenlerle kanunun topyekun ticari işletme üzerinde bir rehin öngörmediği gerekçeleri ile mülga TİRK'te belirlilik ilkesinin terk edildiğini ve iki kanun arasında paralellik olmadığını belirtmekte ve bu görüşü ağır şekilde eleştirmektedir (**a.g.m.**, s. 48-49.). Benzer yönde; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 48; Aker, **a.g.e.**, s. 121 vd. Doğrudan bu tartışmaya görüş bildirmemekle birlikte benzer gerekçeler ile TİRK'in TTK 11/3'den ayrı olduğunu ifade eden yazar için bkz. Erdem, **a.g.m.**, s. 999-1000.

Bu minvalde ticari işletme bünyesinde bulunan, devri özel şekil şartına tabi olan yahut özel sicile kaydı öngörülen taşınmaz, fikri sınai haklar vb. münferit malvarlığı unsurları için de yapılacak devir sözleşmesi ve yazılılık şartı yeterli olacak, ayrıca ek şekil şartı aranmayacaktır²⁷⁵.

Ancak bu düzenleme, ticari işletme bünyesindeki bu kadar farklı sicile tescilli öngörülen ve özel şekle tabi unsurların tek bir yazılı sözleşme ile devredilmesinin riskli olacağı²⁷⁶, kaynak kanun olan İsbik'e²⁷⁷ aykırı olduğu, Türk hukukunda yüz yıla yakın süredir yerleşmiş olan taşınmazlara ilişkin kurala istisna getirilmesine ihtiyaç olmadığı²⁷⁸, sicile güven ilkesi ile çeliştiği ve bu kapsamda özellikle iyi niyetli üçüncü kişilerin iktisaplarına ilişkin çok ciddi sorunlar yaşanabileceği²⁷⁹, aleniyet için sakıncalı olduğu ve özellikle getirilen istisnanın belirlilikten uzak olduğu²⁸⁰, borçlar hukuku ve eşya hukukunun temel ilkeleri ile çeliştiği²⁸¹ gerekçeleri haklı eleştiriye maruz kalmıştır. Doktrinde pek çok yazar en azından taşınmazların

²⁷⁵ Arkan, **a.g.e.**, s. 43; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 78; Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 12; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 38; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 382; Öz, **a.g.m.**, s. 108; Topuz, **a.g.m.**, s. 51; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 56-58; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 236; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 39; Erdem, **a.g.m.**, s. 997-998; Ülgen, Arıcı, **a.g.e.**, s. 1178, dp. 28; Sendi Yakuppur, **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 118; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 133; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 12-13. Aksi yönde resmi şekil şartının ancak açık hüküm ile ortadan kaldırılabilmesi, oysa hüküm içeriğinde açıkça taşınmazların zikredilmediği gerekçesi ve İsbik 70/I hükmü ile de uyumlu olarak taşınmazlar için resmi şekil şartının devam ettiğinin savunulabileceğine ilişkin görüş için bkz. Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 17. Yalnız taşınmazlar yönünden değil tüm devri özel şekle tabi tutulan malvarlığı değerleri için kendi özel şekil şartlarının aranılması gerektiğini ifade eden görüş için bkz. Mevci Ergün, **Ticari İşletme Hukuku**, Bursa Ticaret ve Sanayi Odası Yayınları, Bursa, 2015, s. 61; İnal, **a.g.e.**, s. 243 vd.

²⁷⁶ Pek çokları yerine Topuz, **a.g.m.**, s. 61-62. Yazar TTK 11/3 ile ticari hayatın devamlılığı için sürat ve kolaylığın hedef alınırken hukukun güvenliğinin yok sayılmaması gerektiğini, kontrolsüz sürat ve kolaylığın güvensiz bir ticaret yaratabileceğini bu nedenle şekil şartının vazgeçilmez yararlarının bu kadar kolay terk edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir (**A.m.**, s. 61-62.).

²⁷⁷ İsbik 70 hükmü kapsamında ticari işletme devrinde taşınmazların ayrı tutularak resmi şekilde devrinin gerçekleşmesi gerektiğinin ön görüldüğüne ilişkin bkz. Öz, **a.g.m.**, s. 101; Erdem, **a.g.m.**, s. 998; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 236. Ayrıca detaylı inceleme için bkz. Topuz, **a.g.m.**, s. 23 vd.

²⁷⁸ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 382.

²⁷⁹ Öz, **a.g.m.**, s. 108; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 236-237; Akay, **a.g.m.**, s. 166; Arkan, **a.g.e.**, s. 43.

²⁸⁰ “İşletme değeri”, “sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı” ibarelerinin malvarlığının tespiti yönünden yetersiz kaldığı bu hali ile getirilen istisnanın hangi malvarlıkları için getirildiğinin belirli olmadığı ve bu durumun belirlilik ilkesi için sakıncalı olacağı yönünde bkz. Aker, **a.g.e.**, s. 114.

²⁸¹ Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3902 vd.; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 39.

devrine ilişkin şekil şartının ağırlaştırılması yönünde farklı bir formül bulunması gerektiğini ifade etmiş ve bu yönde görüşleri sürmüştür²⁸².

Bu görüşlere karşın *Erdem*, TTK 36/3²⁸³ hükmü gereğince TSG’de yapılacak ilan üçüncü kişiler için bağlayıcı olacağı, ayrıca TSY 135/5²⁸⁴ kapsamında eş zamanlı olarak diğer sicillere bildirim gerçekleşmesi öngörüldüğünden bu tartışmaların teoride kalacağı, pratikte herhangi bir hak kaybı yahut karmaşa yaşanmayacağını, aksinin bütünlük ilkesine aykırı olacağını ifade etmektedir²⁸⁵.

Kanunda devir sözleşmesi için yazılı şekil şartı öngörülmüşse de devir sözleşmesinin içeriğinde neler yer alacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu husustaki düzenleme TSY 133/2 hükmü ile getirilmiş olup²⁸⁶ ilgili düzenleme kapsamında ticari işletme devrine ilişkin sözleşmenin içermesi gereken hususlar şu şekilde belirlenmiştir; “*Tarafların adı ve soyadı veya unvanı ile tebligat adresi. Ticari işletmenin sözleşme dışında bırakılan unsurları. Ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyan. Ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme şartları*”²⁸⁷.

²⁸² Olması gereken hukuk yönünden taşınmazların devrinin ayrı tutulması ve resmi şekilde yapılmasının ön görülmesinin uygun olacağı yönünde Akçaal, **a.g.e.**, s. 146; devir sözleşmesinin noterde yapılması gerektiği ve ilgili sicillere noter tarafından bildiri yükümlülüğünün getirilmesi gerektiği yönünde Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 20; devir kapsamında taşınmaz bulunması halinde en azından bu sözleşmelerin noterde yapılması gerektiği yönünde Moroğlu, **a.g.e.**, s. 44; en nihayetinde henüz tasarı esnasında taşınmazların ayrı tutulması gerektiğini belirten Arıcı, **a.g.e.**, s. 214.

²⁸³ TTK 36/3 hükmü şöyledir; “*üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiası dinlenemez*”.

²⁸⁴ TSY 135/5 hükmü şöyledir; “*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.*”

²⁸⁵ *Erdem*, **a.g.m.**, s. 997-998.

²⁸⁶ İlgili şartların ikincil mevzuat ile getirilmiş olmasının yerinde olmadığı yönünde Çelikboya, **a.g.e.**, s. 155. Ayrıca getirilen düzenlemenin devir sözleşmesini “nitelikli yazılı şekle” dönüştürdüğü ve mevcut düzenleme şeklinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğu yönünde bkz. Rıza Ayhan, “Ticari İş-Ticari İşletme-Tacir- Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet”, **EÜHFD**, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 35; Şener, **Ticari İşletme**, s. 20; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 12.

²⁸⁷ Son şartın sözleşmesinin ivazlı olması gerektiği yönünde yorumlanmasının doğru olmayacağına ve devir sözleşmesinin ivazsız olarak yapılabileceğine ilişkin bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 154, dp. 189; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 381; Akçaal, **a.g.e.**, s. 102.

Hemen belirtelim ki devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının yeterli olacağı hususu sözleşmenin aynı zamanda daha ağır bir şekil şartı öngörülen başka bir tip sözleşmenin yükümlülüklerini barındırması yahut karşı edim yönünden daha ağır bir şekil şartı gerektirmesi halinde geçerli olmayacak, sözleşme bu şekil şartlarına göre yapılacaktır²⁸⁸. Bununla birlikte özel nitelikli ticari işletmenin devri için Eczacılar ve Eczacılar Hakkında Kanun md. 11 hükmünde olduğu gibi - hükümet tabibinin katılımı ve noterlikçe - kendi özel kanunlarında daha ağır şekil şartı öngörülmesi halinde bu şekil şartına uygun olarak yapılması gerekmektedir²⁸⁹.

En nihayetinde şekle aykırı olarak yapılacak devir sözleşmeleri kesin hükümsüz kabul edilecektir²⁹⁰.

C. Konusu

Devir sözleşmesinin konusu hiç şüphesiz ticari işletmedir²⁹¹. TTK 11/3 hükmünde açıkça ticari işletmeden bahsedilmiş olması ve TTK 11/1-c.2 hükmünde devrin uygulanacağına belirtilmemiş olması sebebi ile esnaf işletmeleri²⁹² dâhil diğer işletme türlerinin TTK 11/3 hükmü kapsamında kısmi külli halefiyet ilkesine²⁹³ göre devri mümkün değildir²⁹⁴.

²⁸⁸ Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3893; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 51; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 158. Bu yönde ek olarak “ölünceye kadar bakma sözleşmesini” örnek olarak veren yazar için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 383. Yine karşı edimin taşınmaz devri olması halinde sözleşmenin tapuda resmi şekilde yapılması gerektiği örneğini veren yazar için bkz. Topuz, **a.g.m.**, s. 64. Tasarı aşamasında kanunda daha ağır şekil şartı öngörülen hususların saklı tutulmasının hükme eklenmesi yönünde görüş için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 214, dp.454.

²⁸⁹ Aker, **a.g.e.**, s. 281.

²⁹⁰ Topuz, **a.g.m.**, s. 47; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 381; Akçaal, **a.g.e.**, s. 147; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 158. Genel hükümler kapsamında şekle aykırılığın sonucunun hükümsüzlük olacağı yönünde bkz. Oğuzman, Öz, **C.I.**, s. 154; M. Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 21. Baskı, Filiz Kitapevi, 2018, s. 366. Özbilen, **a.g.e.**, s. 194.

²⁹¹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 378; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 111. eBK 179 döneminde her ne kadar kanunda açıkça zikredilmese de ön görülen işletme devrinin yalnızca ticari işletmeler yönünden olduğunu ifade eden azınlıktaki görüşler için bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 16; Erkan Akıncı, **a.g.e.**, s. 33. Aksi yönde böyle bir sınırlama olmadığı ve hükmün bu şekilde yorumlanamayacağına ilişkin pek çokları yerine bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 32.

²⁹² Esnaf işletmesi ile tacir işletmesi arasında devre ilişkin öyle bir fark yaratılması için geçerli bir neden olmadığı yönünde eleştiriler için bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3903; Moroğlu, **a.g.e.**, s. 44.

²⁹³ Ticari işletme devrinde kısmi külli halefiyet ilkesinin anlamı ve sonuçları yönünde detaylı inceleme için bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 189 vd. Aksi yönde ticari işletmenin aktiflerinin devir

Bu noktada özellikle uygulamada ticaret sicil müdürlüklerinin anonim şirketlerinin TTK 11/3 kapsamında ticari işletme devrini yapamayacağına ilişkin tutumuna karşın²⁹⁵ anonim şirket²⁹⁶ ve diğer ticaret şirketlerine ait ticari işletmelerin de TTK 11/3 hükmü kapsamında yapılacak devir sözleşmesine konu olabileceğini duraksamaksızın söyleyebiliriz²⁹⁷.

Ayrıca TTK 11/3 hükmünde ticari işletme devrinin ayrıca sicile tescil ve ilanı öngörüldüğünden devir edilmek istenen ticari işletmenin ticaret siciline tescil edilmiş olması gerektiği doktrinde ileri sürülen görüşler arasında yer almaktadır²⁹⁸. Doktrinde yine ifade edilen başka bir görüşe göre yeni kurulmuş ancak henüz faaliyete başlamamış yahut faaliyetine ara vermiş bir ticari işletmenin de devir konusu edilebileceği ifade edilmektedir²⁹⁹.

Bu başlık altında incelenmesi gereken başka bir husus ise ticari işletme bünyesinde bulunan şube veya şube gibi iktisadi bütünlük arz eden diğer işletme birimlerinin TTK 11/3 kapsamında devredilip devredilemeyeceği sorusudur. Önceki dönemde de doktrinde kendi içindeki iktisadi bütünlük ve bağımsızlığa sahip

sözleşmesinin ticaret siciline tescil edildiği anda geçmesine karşın pasiflerinin TBK 202'ye göre ilanla devrolacağı ve ilan ile tescilin aynı anda vuku bulmayacağından aktif ve pasiflerin farklı zamanlarda devrolması sonucu çıkacağı en nihayetinde bu nedenle külli halefiyet ilkesinin ticari işletmede olmadığına ilişkin görüş için bkz. Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 76. Yazar ayrıca mevcut durumun külli halefiyet ilkesine "yaklaşan bir durum" yarattığını belirtmektedir (**A.e.**, s. 76.).

²⁹⁴ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 378.

²⁹⁵ Çelikboya, **a.g.m.**, s. 168.

²⁹⁶ Anonim şirketin kendisine ait tek ticari işletmesini devretmesi halinde dahi ticari işletmesi olmayan anonim şirketin varlığının kabul edileceği başka bir deyiş ile varlığını etkilemeyeceği yönünde bkz. Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 9; Kırcı (Şehirali Çelik, Manavgat), **a.g.e.**, s. 57; Özlem, Karaman Coşgun, **Şirketler Hukuku** (Editör: Sami Karahan), Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 350. Ayrıca anonim şirkete ait ticari işletmenin TTK 11/3 kapsamında devredilebileceğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s. 171 vd.

²⁹⁷ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 379; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 61, dp.11; Arkan, **a.g.e.**, s. 41; Akçaal, **a.g.e.**, s. 79-80; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 30. Önceki dönemde mümkün olduğu belirten yazar için bkz. Türk, **Birleşme**, s. 59; Durman, **a.g.e.**, s. 102; Arıcı, **a.g.e.**, s. 44; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 161.

²⁹⁸ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 379; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 107,116. *Aydın* ise tescil ve ilanın ancak hukuki niteliğinin açıklayıcı değil kurucu olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmekle ilgili görüşü desteklemektedir. Anonim şirkete ait ticari işletmenin devredilmek istenmesi halinde öncelikle ticaret siciline tescil edilmesi gerektiğini belirten görüş için bkz. Çelikboya, **a.g.m.**, s. 177-178.

²⁹⁹ Durman, **a.g.e.**, s. 108; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 117; Arıcı, **a.g.e.**, s. 34. Ancak bu durumda henüz müşteri çevresi bulunmadığından devre müşteri çevresinin dahil olmayacağını belirtmek sureti ile Çelikboya, **a.g.e.**, s. 112 ve s. 112, dp.26.

birimlerin ve bu birimler özelinde şubenin eBK 179 kapsamında aktif ve pasifleri ile bütün olarak devredilip devredilemeyeceği tartışılmakla çoğunluktaki görüş devredilebileceğini ifade etmekteydi³⁰⁰. Kanaatimizce TTK 11/3 kapsamında şubenin devredilebileceğini söylemek bütünlük ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi şubenin ticari işletme olmamasından³⁰¹ ötürü ancak konusunun ticari işletme olabileceği bir sözleşme kapsamında devredilebileceğini söylemek hiçbir açıdan mümkün değildir³⁰².

D. Kapsamı

Kural olarak ticari işletmenin devrinde ticari işletmeye dâhil olan tüm unsurlar devir kapsamında kabul edilmelidir³⁰³. Ancak bu unsurların nelerden ibaret olduğu kanunda belirtilmemiş yalnızca TTK 11/3-c.2’de örnekleme yoluyla; duran malvarlığı³⁰⁴, işletme değeri³⁰⁵, kiracılık hakkı³⁰⁶, ticaret unvanı, diğer fikrî

³⁰⁰ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1138; Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 116-117; Türk, **Nevelerin Aynı Olması**, s. 183, dp. 283. Karşı yönde azınlıkta kalan görüş için bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 27-28; Erkan Akıncı, **a.g.e.**, s. 32-33. *Arıcı*, ise şubenin “şube malvarlığı” olarak devredilebileceğini ancak eBK kapsamında şubenin devrinden bahsedilmesinin teknik olarak doğru olmayacağını ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 35.).

³⁰¹ Bkz. Yuk. Birinci Bölüm, III, C, 3.

³⁰² TTK 11/3 hükmüne göre devrin kapsamına giren unsurların sözleşmede belirtilmesi şartı aranmadığından şubenin devrinde hangi unsurların devrin kapsamında yer alacağı sorununun TTK 11/3-c.2 kapsamında çözümünün mümkün olmayacağı ve ilgili hükmün yalnızca ticari işletmeyi bütün olarak konu alan devirlere uygulanacağı gerekçeleri ile şubenin TTK 11/3 kapsamında devredilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 380.

³⁰³ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 384; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 80; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 37; Arkan, **a.g.e.**, s. 44; Arıcı, **a.g.e.**, s. 74; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37; Akay, **a.g.m.**, s. 167; Erdem, **a.g.m.**, s. 1010; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 231,238. Nitekim İsviçre Hukukunda yer alan devir kapsamındaki unsurların gösterilmesi zorunluluğu aksine Türk Hukukuna göre devir sözleşmesinde açıkça aksi belirtilmeyen unsurların devir kapsamında kabul edileceğine ilişkin Bkz. Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 41-42; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 386; Erdem, **a.g.m.**, s. 1009.

³⁰⁴ Burada kullanılan duran malvarlığı ifadesinin kanun gerekçesi ile paralel olarak eTK 11/2 hükmündeki “tesisat” kavramı yerine kullanıldığı yönünde bkz. Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 123; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 27; A. Bumin Doğrusöz, Funda Tuncel Töralp, Öznur Onat, **Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, C. 1, 2011, s. 109. Duran malvarlığı kavramının, işletmeye ait taşınmazlar, makine, mobilya, üretim aracı, ham madde, büro, büro malzemeleri vb. taşınır eşyaların bütününü ifade ettiği yönünde bkz. Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 239; Kayar, **a.g.e.**, s. 53; Mehmet Bahtiyar, **Ticaret Hukuku**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2905, 1. Baskı, Eskişehir 2013, s. 5-6.

³⁰⁵ Kanun gerekçesinde işletme değeri “işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir.” şeklinde ifade edilmiştir (Doğrusöz, Töralp, Onat, **a.g.e.**, s. 109.). *Arıcı* ise “işletmenin mevcut ve muhtemel müşteri çevresi ile arasındaki ilişkiler ile bulunduğu piyasa içindeki

mülkiyet hakları ve sürekli olarak işletmeye özgülenen³⁰⁷ malvarlığı sayılmıştır. Madde kapsamında devir sözleşmesi kapsamına alınan unsurların öncelikle; “devredilebilir”³⁰⁸, “işletmeye dâhil”³⁰⁹ ve “paraya tahvil edilebilir”³¹⁰ olması gerekmektedir.

Ancak tüm unsurların devir kapsamına dâhil edilmesi gibi bir zorunluluk yer almadığı gibi, TTK 11/3-c.2 açık hükmü kapsamında bazı unsurların devir dışında bırakılabilmesi mümkündür³¹¹. Ancak devir işleminin münferit malvarlığı devrine dönüşmeksizin -ticari işletme devri kapsamında kalabilmesi için- devir dışı

*pozisyonunun arz ettiği değer” olarak tanımlamaktadır (a.g.e., s. 122.). Arkan ticari işletme değerinin işleminin bulunduğu yerin merkezi olması, etkin ve verimli çalışmayı sağlayan organizasyonun varlığı ve kalite gibi unsurların ticari işletme değeri içinde yer aldığı örneklem yolu ile açıklamıştır (a.g.e., s. 32.). Bu örneklere ek olarak hammaddeye erişim ve ürün sürüm imkanlarının da işletme değerine dahil olduğu yönünde bkz. Türk, **Birleşme**, s. 70. Uygulamada “hava parası” adı altında alınan bedeli işletme değeri ve müşteri çevresine ilişkin olduğu yönünde bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 210, dp.105; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 82. İlgili kavramın doktrinde önceden beri kullanılan *peştemaliye* veya *good will* ile eş anlamlı olarak kullanıldığı yönünde bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 32; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 240. Ayrıca kanun gerekçesinde de “*buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denilmektedir.*” belirtilmiş olup gerekçe metni için bkz. Doğrusöz, Töralp, Onat, **a.g.e.**, s. 109. Aksi yönde müşteri potansiyelinin ancak korunması ve sürdürülmesi için üzerinde emek sarf edilen bir etken olduğu devre konu edilemeyeceği yönünde görüş için bkz. İnal, **a.g.e.**, s. 240.*

³⁰⁶ Kiracılık hakkı *Bilgili, Demirkapı* tarafından “*ticari işletmenin kiralanmış bir yerde faaliyet göstermesi durumunda işletme sahibi tacirin kiracılık hakkını ifade etmektedir*” şeklinde tanımlanmıştır (**Ticari İşletme**, s. 29.). Benzer yönde; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 21; Akgöl, **a.g.e.**, s. 72.

³⁰⁷ *Toksal*, tahsis hususunun saptanmasında objektif kıstasların ele alınması gerektiğini, işletmenin sermaye, organizasyon veya hizmet alanlarından birinde etkinlik verilmesi ile gerçekleşeceğini ve kullanılıp kullanılmadığına ilişkin fiili durumun önem arz etmeyeceğini belirtmiştir (**a.g.e.**, s. 133-135.). *Arıcı* ise bu hususun tespitinde tacirin irade özerkliği olduğunu ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 38.). Benzer yönde; Akçaal, **a.g.e.**, s. 106. Aksi yönde ek olarak fiili kullanımın aranması gerektiği aksi takdirde şekil şartlarının dolaşılması için bir araç haline gelebileceği yönünde bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 127. İradeyi de içine alan ve ekonomik amaç birliğine dahil etme anlamına geldiği yönünde görüş için bkz. Aker, **a.g.e.**, s. 96, dp. 283. Ofset baskı işleri ile iştigal eden bir işletmede baba yadigarı bir baskı makinasının yalnızca antika olarak sergilenmesi ve kullanılmaması halinde tahsis şartının gerçekleşmeyeceğine ilişkin örnek için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 342.

³⁰⁸ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 123.

³⁰⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 37 vd. İsbirK kapsamında devir konusu unsurların ticari işletme bünyesinde bulunması zorunlu olmayıp ticari işletmeye dahil olmayan malvarlığı unsurlarının da envantere eklenmek sureti ile devir kapsamına sokulması mümkündür. İsbirK hakkında açıklamalarımız için bkz. Ülgen, Arıcı, **a.g.m.**, s. 1773 vd.

³¹⁰ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 384.

³¹¹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 384; İnal, **a.g.e.**, s. 240; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 37; Arkan, **a.g.e.**, s. 44; Arıcı, **a.g.e.**, s. 72; Erdem **a.g.m.**, s. 1009-1010; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 115; Akay, **a.g.m.**, s. 167; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 231; Bozkurt, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 80.

bırakılabilecek unsurların sınırını; devir kapsamındaki unsurlar ile ticari işletmenin faaliyetine devam edebilmesi oluşturmaktadır³¹².

Doktrinde bu zorunlu unsurların ayrımı için ileri sürülen görüşlerden birisine göre unsurlar arasında maddi-gayri maddi unsur ayrımının yapılması gerektiği ve gayri maddi unsuru oluşturan unsurların (fikri ve sınai haklar, kiracılık hakkı, müşteri çevresi vd.) devir kapsamı dışında bırakılamayacağı ancak maddi unsurların devir kapsamı dışında tutulabileceği ifade edilmektedir³¹³. Ancak daha çok eski dönem yazarlar arasında taraftar bulan bu görüşün artık savunulmasının pek mümkün olmadığını, nitekim TTK 11/3-c.2 açık hükmü kapsamında işletme değeri, fikri ve sınai haklar ve kiracılık hakkının devir dışı bırakılabileceğinde bir şüphe olmadığını belirtmek gerekir³¹⁴.

Bir diğer ifade edilen görüşe göre ise unsurlar arasında asli-tali unsur ayrımı yapılması gerektiği ve asli unsurların devir kapsamı dışında tutulmalarının mümkün olmayacağını ifade etmektedir³¹⁵.

*Acemoğlu*³¹⁶ ise asli-tali unsur ayrımının yapılabileceğini ancak bütün işletmeler yönünden devrin vazgeçilmez unsuru olarak zorunlu bir unsur bulunması gerektiği ve bunun da müşteriler olduğunu belirtmektedir.

Kanaatimizce *Arıcı*³¹⁷ ve *Kendigelen*³¹⁸ tarafından savunulduğu şekilde bu yönde ayrımlara gerek yoktur ve pratikte bir yarar sağlamadıkları gibi konunun

³¹² Arkan, **a.g.e.**, s. 42; İnal, **a.g.e.**, s. 239-240; Arıcı, **a.g.e.**, s. 72-73; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 385; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31; İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 12; Baktır, **a.g.e.**, s. 37; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 231; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 26-27; Çetiner, Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 62. Aynı yönde ancak; “bütünlüğü bozmamalı” ifadesini kullanan Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 13; benzer yönde; Arslanlı, **Kara Ticareti.**, s. 110; TSY 130/2 düzenlemesinin asgari bir zorunlu içeriğe işaret ettiğini belirten ve benzer yönde “bütünlüğünü bozmamak ve devamlılığa zarar vermemek” ifadelerini kullanan Erdem, **a.g.m.**, s. 1009-1010; “işletmenin varlığından ve bunu işletebilme imkanından söz edilebilirsin” ifadesini kullanan Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 37; En azından bir işletme oluşturacak unsurların devredilmesi gerektiğini ifade eden Akay, **a.g.m.**, s. 167.

³¹³ Arslanlı, **Kara Ticareti.**, s. 109; İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 12-14; Erdem, **a.g.m.**, s. 1010; Ergün, **a.g.e.**, s. 61.

³¹⁴ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 41; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 386; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 239-240; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 124.

³¹⁵ Durman, **a.g.e.**, s. 109; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 80; Topçuoğlu, **İşletmenin Devri.**, s. 81-82.

³¹⁶ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 23-24.

özünden uzaklaştıran tartışmalar niteliğindedirler. Nitekim devir kapsamı dışında bırakılan unsurların işletmenin faaliyetine devam etmesine engel olacak nitelikte olup olmadıkları veya başka bir deyiş ile devir konusu edilen unsurların işletmenin ekonomik bütünlüğü ve devamlılığı için yeterli olup olmadığı sorunu her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir³¹⁹.

Bu noktada ayrıca özel olarak değinmekte fayda olduğunu düşündüğümüz husus, ticaret unvanının devridir. Ticaret unvanının TTK 49/1³²⁰ açık hükmü kapsamında ticari işletmeden ayrı olarak tek başına devri mümkün değildir³²¹. Ancak TTK 11/3-c.2 açık hükmü sebebi ile aksi kararlaştırılmadığı takdirde ticaret unvanı da devir kapsamında yer alacaktır³²². Lakin uygulama yönünden bakarsak ticaret şirketleri veya dernek ve vakıfların her halükarda kendi unvanlarını kullanmaya devam etme zorunluluklarının olacağı, başka bir deyiş ile devraldıkları ticari işletmenin unvanını aynen kullanamayacakları ve gerçek kişilerin devraldıkları işletmenin tüzel kişinin ticaret unvanını kullanmasının mümkün olmayacağı

³¹⁷ Yazar bu ayrımların aynı ilkenin farklı tanım ve ifadelerinden ibaret olduğunu, pratikte bir yarar sağlamadığını tüm taraflarca üzerinde uzlaşılan unsurların ticari işletmenin organizasyon olarak devam ettirilebilmesi ve müşteri çevresinin korunması olduğunu belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 73.).

³¹⁸ *Kendigelen* ise asli-tali ayırımına gerek olmadığını önemli olanın devredilen unsurlar ile bir ticari işletmenin faaliyetine devam edip etmeyeceği olduğunu ifade etmektedir [(Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 385.].

³¹⁹ Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 242; Arkan, **a.g.e.**, s. 44; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 385; Arıcı, **a.g.e.**, s. 73. Açıkça belirtmemek ile birlikte 30 araçlı oto kiralama şirketinin araçlarının tamamını devir dışında bırakması halinde işletme devrinden bahsedilemeyeceği ancak 3 aracın devir dışı bırakılması halinde 27 araç ile işletmeye devam edilebileceği ve otelin içindeki müştemilatın devir dışı bırakılması halinde salt bir taşınmaz devri olacağı ticari işletme devrinden bahsedilemeyeceği şeklindeki somut olaylar nezdinde örnekler için bkz. Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 81.

³²⁰ *Erdem* kanun gerekçesindeki ticaret unvanının devir dışı bırakılabilmesi ve rekabet yasağı olmaması halinde yeni işletmede kullanabileceğini de vurgulayarak TTK 11/3 hükmünün TTK 49/1 hükmüne bir istisna getirdiğini ifade etmektedir (**a.g.m.**, s. 1011.). İki hükmün çelişkili değil, hatta TTK 49/1 hükmünün dolaylı yoldan TTK 11/3 hükmünü teyit eden hüküm niteliğinde olduğu yönünde görüş için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 384. TTK 49/2 hükmünün tekrardan ibaret ve gereksiz olduğu yönünde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 77.

³²¹ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 81; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 37; İnal, **a.g.e.**, s. 240; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 241; Erdem, **a.g.m.**, s. 1011; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 384.

³²² Arıcı, **a.g.e.**, s. 74; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 243; Arkan, **a.g.e.**, s. 44; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 81; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 37; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 41.

gerekçeleri ile bunun ancak gerçek kişiler arasında olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır³²³.

İşletme adı yönünde ise; TTK 53'te yer alan atıflar arasında kanun koyucu TTK 49/1 hükmünü açıkça zikretmediğinden³²⁴ işletme adının ayrı olarak devredilip devredilemeyeceği hususunda çoğunluktaki görüşe göre açık bir yasaklama olmadığından devrinin mümkün olduğu yönündedir³²⁵.

Ticari işletmenin bünyesinde pek çok farklı unsur barındırması ve yukarıda da izah edildiği üzere pek çok unsurun –ticari işletmenin faaliyetinin devam ettirebilmesi şartı ile- devir dışı bırakılabileceği nazara alındığında hangi unsurların devir kapsamında yer alıp almadığının tespitinde zorluk yaşanacağı şüphesizdir³²⁶. Bu sebeple doktrinde her ne kadar yasal olarak bir zorunluluk olmasa da³²⁷ özellikle İsviçre hukukunda³²⁸ olduğu gibi bir devir envanteri çıkartılmasının faydalı olacağı ifade edilmektedir³²⁹. *Kendigelen* ise bir devir envanteri hazırlanmasının devreden

³²³ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 427.

³²⁴ TTK 53'te yer alan atıflar arasına TTK 49/1 hükmünün de eklenmesi gerektiği yönünde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 79N. Füsün Nomer Ertan, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Olarak Yapılan Değişiklikler", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011)**, İstanbul, 2012, s. 87.

³²⁵ Arkan, **a.g.e.**, s. 284; İnal, **a.g.e.**, s. 472; Şener, **Ticari İşletme**, s. 565; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 136; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 331. TTK 49/1'e atıf yapılmamasının eksiklik değil bilinçli bir tercih olduğu ve TTK 53 hükmünün TTK 11/3 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve ayrı olarak devredilebileceği belirten yazar için bkz. Helvacı (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 877. Yazar ayrıca TTK 49/1 hükmü olması aynı şeyin ticaret unvanı içinde söylenebileceğini ifade etmektedir (**A.e.**, N.877.). Aksi yönde; İmregün, **Kara Ticaret Hukuku**, s. 76; Seda Ş. Güngör, "Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında İşletme Adı ve İşletme Adının Korunması", **EÜHFD**, C. XVIII, S. 1-2, 2014, s. 202. Ayrıca bu durumun işletmenin de devredildiği gibi bir algıya yol açabileceğini ifade eden Akçaal, **a.g.e.**, s. 117; işletmenin kendisini ifade etmesi nedeniyle Berzek, **a.g.e.**, s. 80.

³²⁶ Öz, **a.g.m.**, s. 115; Arıcı, **a.g.e.**, s. 74, 215, dp. 457; Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 18.

³²⁷ Yasal olarak zorunlu olmamasının hukuken gerekli olmadığı şeklinde yorumlanamayacağına ilişkin bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 74.

³²⁸ İsbirK 72 hükmüne göre devir konusu unsurların envanterde tek tek ve detaylı şekilde belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. Topuz, **a.g.m.**, s. 27-28; Ülgen, Arıcı, **a.g.m.**, s. 1774-1775; Rudolf Tschanl, Andreas Röthell, "Yeni İsviçre Birleşme Kanunu", **AnkBD**, Çev. Neslihan Özensoy, S. 1, 2005, s. 96; Mustafa Yasan, "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, Doç. Dr. Nurkut İnan'a Armağan Sayısı, 2013, s. 164. Ancak İsviçre Hukukundaki bu uygulamanın yazılması unutulmuş malvarlığı olması riskini içerdiği yönünde bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 1009.

³²⁹ Kendigelen, **Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte)**, C. IV: 2002, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006, s. 11-13; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 52; Arıcı, **a.g.e.**, s. 74; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 386; İlgili düzenlemenin yerinde olduğu ve TSY ile karşılaştırmasında TSY'nin

yönünden açıklama yükümlülüğünün, devralan yönünden ise basiretli tacir ilkesinin bir parçası olduğunu ve iki yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması halinin diğer tarafı yükümlülükten kurtarmayacağını ifade etmektedir³³⁰.

Bunlarla birlikte kanaatimizce ticari işletme devrinin kapsamı içerisinde yer alan kiracılık hakkının da bu başlık altında ayrı olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Nitekim kira ilişkisinin devri için kiralayanın yazılı rızasını arayan TBK 323 hükmü ile devir kapsamında kiracılık hakkının da yer aldığını açıkça zikreden ve gerekçesinde belirten TTK 11/3 hükmü arasındaki mevcut uyumsuzluk³³¹, kiralık bir yerde yer alan işletmenin devredilmesi halinde kiralayanın yazılı³³² rızasının aranıp aranmayacağı hususundaki önceki tartışmanın³³³ doktrinde devam etmesine sebep olmuştur.

İlk olarak konuya mukayeseli hukuk açısından bakarsak; İsviçre hukukunda önceki dönemde yer alan benzer tartışmalar neticesinde devir envanterinde açıkça gösterilmek kaydı ile kiraya verenin rızası aranmaksızın kira hakkının ticari işletme devri kapsamında devredilebileceği düzenleme altına alınmıştır³³⁴. Alman

çok eksik kaldığı ve benzer düzenlemenin getirilmesi gerektiğini ifade eden Erdem, **a.g.m.**, s. 1013,1014.

³³⁰ Kendigelen, **Mütalâalar IV**, s. 11-12.

³³¹ İnal, **a.g.e.**, s. 236; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 399-400; Yasan, **a.g.e.**, s. 159 vd.; Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 22; Bu hususta tasarı komisyonunun bizzat kendisi tarafından yapılan eleştiriler için bkz. Nevzat Koç, “Genel Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantısı Toplantıları – I, TBB, Ankara, 2008, s. 133 vd.; Nalan Kahveci, “6098 Sayılı TBK’nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, **DEÜHFD.**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 705.

³³² Kanunda öngörülen yazılılık şartının geçerlilik değil ispat şartı olduğu yönünde görüş için bkz. Nihat Yavuz, **Yeni TBK ve HMK’ya Göre Kira Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 269. Aksi yönde bunun geçerlilik şartı olduğuna ilişkin görüş için bkz. Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri - (Yeni) Türk Borçlar Kanunu’nun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi”, **TBBD**, S. 95, 2011, s. 108.

³³³ Önceki dönemde eTK 11/2 hükmü ile 6570 sayılı kanunun 12. Maddesi arasındaki uyumsuzluk sebebi ile kiraya verenin rıza ve onayının aranması gerektiğini ifade eden yazarlar için bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 181; Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 205; Baktır,, **a.g.e.**, s. 34-35. Aksi yönde ticari işletme devri ile kiracılık hakkının da devrolacağı ve kiralayandan ayrıca onay ve rıza alınmasına gerek olmadığı belirten yazarlar için bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 80-81; Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 113 vd.; Arıcı, **a.g.e.**, s. 136.

³³⁴ Ülgen, Arıcı, **a.g.m.**, s. 1789-1781; Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 163-166.

hukukunda ise üçüncü kişi sıfatı ile kiralayanın buna katlanma yükümlülüğü altına sokulamayacağı ifade edilmiştir³³⁵.

Türk hukuku yönünden ise bir görüşe göre TTK 11/3 hükmünde açık olarak kiracılık hakkının zikredilmesi, özel hüküm niteliğinde olması, kısmi külli halefiyet ilkesi ve en nihayetinde bütünlük ilkesi ve vurgusu gerekçeleri ile kiracılık hakkının devir kapsamında yer aldığı ve ayrıca kiralayanın rızasının aranmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir³³⁶.

Diğer görüş ise özellikle kanun gerekçesinde yer alan “*mal sahibinin buna bazı şartlarla onay verme zorunluluğunu*”³³⁷ ifadesindeki onaya ilişkin boşluğun TBK 323 hükmü ile doldurulduğu, TBK 323 hükmünün özel hüküm niteliğinde olduğu, kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, düzenlemenin emredici nitelikte olduğu, TBK 205 gereği sözleşme taraflarının ve üçüncü kişinin rızasının aranması gerektiği ve en nihayetinde aksine özel bir düzenleme yer almaması gerekçeleri ile kiraya verenin onayının aranması gerektiğini ifade etmektedir³³⁸.

İlk görüşe göre ticari işletme hakkının TTK 11/3 kapsamında devredilmesi halinde, bu işlemin dürüstlük kuralına aykırı olması veya bu devir sebebi ile kiraya verenin kira ilişkisini çekilmez kılan bir sebebin çıkması halinde kiralayanın sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı olduğu şüphesizdir³³⁹. Bu sebeple birinci görüşe göre devir gerçekleşecek ve haklı nedenin varlığı sebebi ile kiralayan sözleşmenin feshi ve tahliyesini talep edecektir. İkinci görüşe göre hareket edilmesi halinde ise

³³⁵ Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 167. Benzer yönde İngiliz Hukuku yönünden de konunun incelemesi için bkz. Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 166 vd.

³³⁶ Durman, **a.g.e.**, s. 122; Arkan, **a.g.e.**, s. 44; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 62; Akçaal, **a.g.e.**, s. 112-113; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 392; İnal, **a.g.e.**, s. 60; Kahveci, **a.g.m.**, s. 704-706; Çeker, **a.g.e.**, s. 27,37; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 61; Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 13; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 240. Ancak yazar devamlı TBK 323 hükmü kapsamında kiralayanın onay vermekten haklı neden olmaksızın kaçınamayacağını belirtmektedir (**A.e.**, s. 240.).

³³⁷ Kanun metni ile gerekçesi arasında uyum olmadığı yönünde bkz. Yasan, **a.g.m.**, s. 177-178; **Topçuoğlu, Kiracılık Hakkı**, s. 20-21; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 61.

³³⁸ Karahan, **Ticari İşletme**, s. 32; Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 22; Yasan, **a.g.m.**, s. 177; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 30; Topuz, Canbolat, **a.g.m.**, s. 127-128.

³³⁹ Kahveci, **a.g.m.**, s. 705-706.

kiralayanın rıza göstermemesi halinde devreden veya devralan³⁴⁰ haklı sebebin var olmadığına ilişkin tespit veya eda davası açacaktır. Bu durumda pratikte iki görüş arasındaki farkı kiralayanın rızası olmaması halinde haklı sebebin var olup olmadığına ilişkin kimin dava açacağı oluşturmaktadır. Bu durumda dava açma yükümlülüğünün kiracı tarafa bırakılması halinde; bu süreç boyunca devrin sürüncemede kalması TTK 11/3 kapsamında getirilmek istenen kolaylık ve hızlilik ilkeleri ile çelişeceği gibi kiracı lehine yorum ilkesine de aykırı olacaktır. Hem bu gerekçeler hem de yukarıda birinci görüşte belirtilen gerekçeler ile mevcut düzenlemeler ışığında kiracılık hakkının TTK 11/3 kapsamında kiralayanın ayrıca rızası aranmaksızın devredilebileceğini kabul ettiğimizi belirtiriz. Ancak bu uyumsuzluğun giderilmesi için kanaatimizce TBK 323 hükmüne bir fıkra eklenerek işletme devri halinde rızanın aranmayacağı ancak kiralayanın bu devirden kaynaklı haklı bir gerekçesi olması halinde belirli bir hak düşürücü süre içerisinde - diğer düzenlemeler ile uyumlu olarak 1 ay denilebilir - dava açarak sözleşmeyi fesih ve tahliye hakkının kiralayana tanınması en doğru çözüm yolu olacaktır.

Yine emredici düzenleme gereğince³⁴¹ devir sözleşmesi iş sözleşmelerini de kapsamaktadır. TTK 11/3 ile paralellik arz eden İ.K. md. 6/5³⁴² hükmü kapsamında özellikle işçinin rızasının aranmasına gerek olmadığı³⁴³ gibi bu durum hem işçi³⁴⁴ hem de işveren³⁴⁵ yönünden bir fesih sebebi de oluşturmayacaktır.

³⁴⁰ Kiralayanın haklı sebep olmaksızın rıza göstermemesi halinde hem devreden hem de devralanın dava açma hakkı olduğuna ilişkin bkz. Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 22-23.

³⁴¹ İ.K. md. 6 hükmü kapsamında aksinin kararlaştırılmayacağı, aksi kararlaştırılsa dahi iş sözleşmelerinin kanun gereği devredilmiş kabul edileceği yönünde bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 416; Osman Güven Çankaya, Şahin Çil, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 472; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 249.

³⁴² İş Kanunu 6. madde 5. fıkra hükmü şöyledir;

“Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.”

³⁴³ Akçaal, **a.g.e.**, s. 186; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 415; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 428.

³⁴⁴ Süzek Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, 2016, s. 219-220; Akçaal, **a.g.e.**, s. 188; Çankaya, Çil, **a.g.e.**, s. 490; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 253.

³⁴⁵ Süzek, **a.g.e.**, s. 219-220; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 253. Ancak yeni işverenin karlılığı arttırmak için faaliyetleri durdurmak veya kendi başka işletmeleri ile işletmeyi birleştirmek ve bu kapsamda iş akdini fesih hakkının saklı olduğu yönünde bkz. Ali Cengiz Köseoğlu, **İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi**, İstanbul, 2004, s. 66.

Diğer sözleşmelerin ise ticari işletme devri kapsamında sözleşmelerin karşı taraflarının rızasına gerek olup olmadığı hususu bir diğer tartışma konusunu oluşturmaktadır³⁴⁶. Nitekim doktrinde bir görüşe göre sözleşmelerin de devrolunacağına kabul edilmesi halinde sözleşmede kalan taraf yönünden bu durumun borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşme serbestisi ilkesine ve TBK 205 açık hükmüne aykırı olacağından, sözleşmede kalan tarafın izin ve onayının alınması şarttır³⁴⁷.

Diğer görüşe göre ise aksi öngörülmediği takdirde karşı tarafın rıza veya onayına gerek olmaksızın sözleşmelerin de devrolunacağı kabul edilmektedir³⁴⁸. En nihayetinde üçüncü görüş ise; sözleşmelerin de devir kapsamı içinde olduğu ancak tamamen iradesi dışında böyle bir işlem ile karşılaşan üçüncü tarafın haklı nedenle fesih hakkı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁴⁹.

Ticari işletmenin borçlarına ilişkin daha önce verilmiş kefaletler yönünden ise –pasiflerin devir dışı bırakılmamış olması şartı ile- TBK 202 hükmü uyarınca 2 yıl boyunca devreden ve devralanın müteselsil olarak sorumlu olacağından yeni bir borçlu daha ihdas edilmiş olacaktır. Bu sebeple kefilin durumunu daha da iyileşmiş olacağı gibi bu süre zarfından kefalet verilen kişi varlığını koruduğundan kefilin rızasının aranmaksızın kefaletin devam edeceği kabul edilmektedir. Ancak 2 yıl sonra devreden sorumluluğunun bitmesi ile kefilin tanımadığı üçüncü kişi lehine

³⁴⁶ İsviçre hukukunda aynı tartışmaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ülgen, Arıcı, **a.g.m.**, s. 1789-1791.

³⁴⁷ Topuz, **a.g.m.**, s. 70-71.

³⁴⁸ Akçaal, **a.g.e.**, s. 125; Demir, **a.g.m.**, s. 107; Ticari işletme devrinin salt malvarlığı devrinden ibaret değil bir organizasyonun devredilmesi olduğu, sözleşmelerin rızaya bağlanması halinde bütün olarak devrinin mümkün olmayacağı ve TBK 202 hükmü ile pasifler yönünden rıza şartının kaldırılmasına karşın sözleşmeler yönünden (aktif) rıza şartı aranmasının çelişkili olacağı gerekçeleri ile Çelikboya, **a.g.e.**, s. 380-381; eski dönemde modern iktisadi hayatta sözleşme yapılırken tarafın değil işletmenin baz alındığı ve bütünlük ilkesi gerekçeleri ile Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 79; mevcut ve müstakbel alacakların ve/veya borçların devredilmesinin sözleşmenin devri sonucunu doğuracağına ilişkin kombinasyon teorisi uyarınca sözleşmelerin de devir kapsamında karşı tarafın rızası aranmaksızın devrolunacağı yönünde; Arıcı, **a.g.e.**, s. 129, 136,137. Yazar ayrıca hem Türk hem de İsviçre ve Alman hukukundaki düzenlemelerde sözleşmelerin açık olarak hükme bağlanmama sebebinin özellikle o dönemde hakim olan kombinasyon teorisi ile paralel olarak sözleşmeleri ondan doğan borç ve alacaklardan ibaret görmesinden kaynaklandığını belirtmektedir (**A.e.**, s. 130.). Yine eski dönemde farklı gerekçe ile aynı yönde; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 180.

³⁴⁹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 393. Benzer yönde; Oğuzman, Öz, **C.II (2017)**, s. 628-629.

kefaletinin devam etmesinin mümkün olmadığından yazılı rızası gerekecek, kefilin yazılı rıza vermediği takdirde kefil sorumluluktan kurtulacaktır³⁵⁰.

En nihayetinde bu başlık altında belirtmemiz gereken son husus ise işletme değeri ve müşteri çevresinin devir kapsamında tutulması halinde rekabet yasağı taraflarca kararlaştırılabilecektir. Nitekim taraflarca böyle bir yasak kararlaştırılmaması halinde ise devir sözleşmesinin MK 2 kapsamında devreden yönünden rekabet etmeme borcunu da kapsadığı ve devreden rekabet etmeme borcu altına girdiği, bu kapsamda TTK 54 vd. “haksız rekabet” hükümlerince aykırılıktan sorumlu tutulabileceğinin kabulü gerekmektedir³⁵¹.

III. Tescil ve İlan

TTK 11/3 son cümle uyarınca ticari işletme devri sözleşmesinin sicile tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir³⁵².

TTK’da tescil ve ilan edileceği öngörülmüşse de ne kanunda ne de yönetmelik içeriğinde kimin tescil talebinde bulunacağına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak doktrinde ağırlıklı görüşe göre tescil talebi devreden tarafından tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirilebilecektir³⁵³. Bu görüş ile paralel

³⁵⁰ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 134; Arıcı, **a.g.e.**, s. 204; Akçaal, **a.g.e.**, s. 174; Arkan, **a.g.e.**, s. 47; Aydın, Kaplan, Şenyol, **a.g.m.**, s. 245; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 421; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 16; Çetiner, Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 63; Kahraman, **a.g.m.**, s. 622; Kayar, **a.g.e.**, s. 77. Burak Özen, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 s. 101; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 325.

³⁵¹ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 85-86; Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 113; Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 157-158; Arıcı, **a.g.e.**, s. 82-83; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 425; Erdem, **a.g.m.**, s. 1011; Akçaal, **a.g.e.**, s. 158; Arkan, **a.g.e.**, s. 44; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 32, 35; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 82; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 31, 40-41; Akay, **a.g.m.**, s. 171. Aksi yönde somut olayın, işletme için müşterilerin ne kadar önemli olduğunun dikkate alınması gerektiği, tarafların açık olarak rekabet etmeme yasağı kararlaştırabileceklerken sözleşmede bunu düzenlememelerinin iradelerinin aksi yönde olduğu şeklinde yorumlanması gerektiğini, ayrıca bu yorum metodunun basiretli tacir ilkesine de uygun olacağına ilişkin görüş için bkz. Demir, **a.g.m.**, s. 111-113.

³⁵² Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 38; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 78; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 43; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 38; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 397; Erdem, **a.g.m.**, s. 1000.

³⁵³ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 397; TSY 22/2 gerekçesi ile Erdem, **a.g.m.**, s. 1001; tescilin tasarruf işlemi niteliğinde olduğunun kabulü ile işlemin tasarruf yetkisine sahip devreden tarafından yapılmasının daha uygun yorum olacağı ek gerekçesiyle; Kahraman, **a.g.m.**, s. 588. Aksi yönde işlemin tek kişi tarafından yapılabileceğine ilişkin özel düzenleme olmadığından, genel tasarruf işlemlerine ilişkin düzenlemeler kapsamında tescil işleminin tarafların birlikte katılımı ile

olarak devredenın sicile tescil ettirmekten kaçınması halinde devralanın dava açarak devredeni tescile zorlayabileceği kabul edilmektedir³⁵⁴.

Devir kapsamında özel sicile kayıtlı olan diğer münferit unsurların devir sözleşmesinin tescil edilmiş olmasına karşın kendi özel sicillerinde devralan adına kayıt yapılmasından önce bu malvarlıklarının iyi niyetli üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesi halinde bu iktisabın korunup korunmayacağı tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre³⁵⁵; TTK 36/3 hükmü gereği ticaret siciline yapılacak tescil ve ilan üçüncü kişilerin artık iyi niyetli tescil iddialarının dinlenilmesine engel teşkil edecektir. İkinci görüş³⁵⁶ ise ticaret siciline tescil ve ilan edilen hususun devir işlemi olduğu, devir işleminin içeriğinin inceleme yükümlülüğünün diğer üçüncü kişilere yüklenemeyeceği ve üçüncü kişiler yönünden adaletsizliğe yol açacağı gerekçeleri ile özel sicillere kayıt yapılana kadar bu sicillere güvenerek iktisapta bulunan üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunacağını savunmaktadır.

Başkaca aleni bir sicilde yer alan kayıtların iyi niyeti ortadan kaldıracağına ilişkin genel ilkenin³⁵⁷ -aksine açık veya örtülü bir düzenleme de olmadığı nazara alındığında- terk edilmesini gerektirecek bir durum kanaatimizce yoktur. Ancak gerek TTK 11/3 gerekse 133/2-(b) düzenlemelerine göre hangi unsurların devredildiği değil hangi unsurların devredilmediğinin tescil ve ilanı öngörülmüştür. Bu sebeptendir ki devir konusu edilen malvarlıklarının açıkça yazılması, tescil ve ilanı

gerçekleştirilmesi gerektiği ve TSY'ye bu yönde hüküm eklenmesine ilişkin görüş için bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 169-170. İsbirK 70 kapsamında tescilin devreden yönünden tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirilebileceği bir hak ve yükümlülük olarak düzenlendiği yönünde bkz. Topuz, **a.g.m.**, s. 29; Aker, **a.g.e.**, s. 112-113, dp. 346; Ülgen, Arıcı, **a.g.m.**, s. 1781; Öz, **a.g.m.**, s. 102; Erdem, **a.g.m.**, s. 1001, dp 44.

³⁵⁴ Öz, **a.g.m.**, s. 112; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 399. *Çelikboya*, devredenın tescil borcunun klasik bir "verme borcu" olmadığı "irade beyanında bulunma borcu" olduğu bu yönde genel hüküm bulunmasa da mahkemeden talep edilebileceğini ve mahkemece verilecek karar ile tescilin gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 171-173.).

³⁵⁵ Öz, **a.g.m.**, s. 108-109; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 236-237; Yakuppur, **a.g.e.**, s. 143; Duygu Demirel, **Ticaret Sicili**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 124; Erdem, **a.g.m.**, s. 997-998. Ancak yazar aynı eserin ilerleyen kısımlarında diğer sicillere yapılacak bildirimde gecikme olması halinde arada geçecek zamanda iyi niyetli üçüncü kişilerin iktisaplarının korunma ihtimali olduğunu belirtmektedir (**A.m.**, s. 1004.).

³⁵⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 404; Akçaal, **a.g.e.**, s. 96; Topuz, **a.g.e.**, s. 61.

³⁵⁷ Seyfullah Edis, "Türk Medeni Kanunda İyiniyet (sübjektif hüsnüniyet)", **Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 141; Ali Erten, "İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar", **Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 185; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 263, N.7.

gerekli değildir. Bu nedenlerle sorunun çözümü için ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Ticaret siciline yapılacak tescilde özel sicile kayıtlı malvarlığının açıkça belirtilmesi halinde artık bu sicile tescil ile birlikte iyi niyetin ortadan kalkacağı söylenmelidir. Ancak aksi durumda ticari işletmenin salt devredildiğinin veya bazı unsurlar dışında bırakılarak devredildiğinin tescil edilmesi karşısında hangi unsurların ticari işletmeye ait olduğu ve devir kapsamında yer aldığı üçüncü kişiler tarafından bilinmesinin beklenemeyeceğinden üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması gerekmektedir.

Bu hususta düzenlemeye gidilmiş ve TSY 135/5 hükmü³⁵⁸ ile ticari işletmenin devri ile birlikte işletme bünyesinde yer alan başkaca özel sicile kayıtlı malvarlığı bulunması halinde bu malvarlıklarının da devredildiği ve devralan adına kayıt yaptırılması için diğer sicillere eş zamanlı olarak bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak yukarıda da değindiğimiz üzere 133/2-(b) kapsamında devir kapsamındaki unsurlar değil devir kapsamı dışında tutulan unsurlar sicile bildirileceğinden, sicil müdürlüğü tarafından hangi unsurların devir kapsamında yer aldığı bilinemeyeceğine ilişkin çelişki ve bu hali ile diğer sicillere re'sen bildirim nasıl yapılacağı sorunu devam etmektedir³⁵⁹.

Ayrıca bu hususta Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan “*Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ*”³⁶⁰ içeriğinde ticari işletmelerin devralınmasına ilişkin düzenlemelerde yer almaktadır. Tebliğin 4/3³⁶¹ maddesinde sicil müdürlüğünün diğer

³⁵⁸ İlgili düzenlemenin kanun yerine yönetmelik ile düzenlenmesinin kanun yapma tekniğine aykırı olduğu ve beraberinde başkaca sorunları getirebileceğine ilişkin eleştiri ve görüşler için bkz. Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 19; Aslı E. Gürbüz Usluel, “Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları” **İÜHFMD**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 152.

³⁵⁹ Erdem, **a.g.m.**, s. 1003. Yazar ayrıca sorunun çözümü için tescil talebinde bulunan kişiden devir kapsamında yer alan özel sicile kayıtlı malvarlıklarını bildirmesi için bir beyan alınması yahut TSY 133/2 hükmüne özel sicile kayıtlı malvarlıkları yönünden bir bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (**A.m.**, s. 1003-1004.).

³⁶⁰ (RG 31.10.2012 / 28453)

³⁶¹ TSY 135/5’in tekrar edilmesinden ibaret olduğu yönünde bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 403. Hem tebliğ hem de TSY 135/5’de yer alan “eş zamanlı” ibaresinin net süre belirtmediği yönünde eleştiriler için bkz. Fahri Özsungur, “Ticaret Sicili Müdürlüklerinin Resmi Kurumlara Bildirim Yükümlülükleri”, **AÜHFMD**, C. 63, S. 3, 2014, s. 634-635.

sicillere bildirim yükümlülüğü, md. 5/1-(a)'da mülkiyet değişikliğine konu olan malvarlıklarının belirtilmesi gerektiği, md. 5/3'te bildirim şekli, md. 6/1'de bildirim alan sicillerin re'sen tescil işlemini gerçekleştireceği, mümkün olmaması halinde buna ilişkin şerh düşüleceği³⁶² ve en nihayetinde md. 6/2'de bildirimden itibaren devralan aleyhine işlem yapılmasına ilişkin yasak düzenlenmiştir.

Diğer sicillere yapılacak bildirimler kesinlikle kazandırıcı etkiye sahip olmayıp yalnızca açıklayıcı niteliktedir³⁶³. Ancak ticari işletme devri kapsamında bu sicillere tescilli malvarlığını iktisap eden devralanın ilgili malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini kullanabilmesi için bu sicillere de kayıtların yapılması şarttır³⁶⁴.

Yapılacak tescilin içeriği ise TSY md. 133'te düzenlenmiş olup son fıkra da vadeye veya şarta bağlı devirlerin tescil edilmeyeceği belirtilmiştir³⁶⁵.

Devir sözleşmesinin tescil edileceği süreye ilişkin bir düzenlemeye de gidilmemiş olup kanaatimizce de herhangi bir süre sınırlaması getirilmesine gerek de yoktur³⁶⁶.

En nihayetinde devir sözleşmesinin tescili akabinde TSG'de ilan edilecektir. İlanın içeriğine ilişkin bir düzenleme olmasa da TTK 11/3 özelinde yalnızca devrin gerçekleştiğinin ilan edilmesi yeterli olacaktır³⁶⁷.

³⁶² İlgili düzenlemenin tapuya şerh edilebilecek hususları açıkça sayan M.K. 1010'a aykırı olduğu yönünde görüşler için bkz. Gürbüz Usluel, **a.g.m.**, s. 149 vd.; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 403.

³⁶³ Erdem, **a.g.m.**, s. 1003; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 403; Öz, **a.g.m.**, s. 108; Topuz, **a.g.m.**, s. 61; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 88.

³⁶⁴ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 403.

³⁶⁵ İlgili düzenlemenin tapu sicili ve uygulamalarını örnek vererek yerinde olduğu tespiti için bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 176-177. Yine düzenlemenin tapu sicili düzenlemeleri ile uyumlu olduğu yönünde bkz. Öz, **a.g.m.**, s. 119; Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3902.

³⁶⁶ Çelikboya TTK 30 hükmünde yer alan 15 günlük sürenin uygulanıp uygulanmayacağını ayrıca değerlendirmiş ve bu sürenin açıklayıcı işlemlere ilişkin olduğu, oysa buradaki işlemin hukuki durumun değiştirilmesine ilişkin olduğu ve tarafların bir süre sınırı ile zorlanamayacağını, kendi iradeleri ile sürenin belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 174-175.). Kanaatimizce de bu yorum yerindedir. Nitekim kanunda belirli durumlarda ilgili kurum veya sicillere yapılması ön görülen bildirimlerin belirli bir süre ile sınırlanması ve yaptırma tabi tutulmasındaki temel gaye hukuk düzeninde var olan bir durumun kamu düzeni gereği olarak ilgili yerlere bildirilmesi ve tescil edilmesidir. Oysa buradaki tescil TSY 133/3 düzenlemesi de nazara alındığında açıklayıcı değil kurucu nitelikte olduğundan, tarafların belirli bir sürede belirli bir tasarruf işlemini yapmaya zorlanması şeklindeki aksi bir yorum şekli doğru olmayacaktır.

IV. Devir Sözleşmesi, Tescil ve İlanın Hukuki Niteliği

TTK 11/3 son cümle ile devir sözleşmesinin yazılı yapılması, tescil ve ilan edilmesi öngörülmüşse de bu işlemlerin hukuki niteliklerinin ne olduğu, devrin hangi işlem ile gerçekleşeceğine ilişkin açıklık getirilmemiştir. Bu sebeple ilgili işlemlerin hukuki nitelikleri doktrinde daha kanunun tasarı aşamasından³⁶⁸ itibaren fazlası ile eleştiri³⁶⁹ ve tartışmalara konu olmuştur. Doktrinde ilgili işlemlerin hukuki nitelikleri ayrı ayrı da değerlendirilmekteyse de, birlikte değerlendirilmelerinin hem daha sağlıklı hem de daha anlaşılır olacağını düşündüğümüzden hepsini bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk.

Nitekim konuya yaklaşım ile ilgili olarak *Demir*³⁷⁰ tescil ve sözleşmenin niteliklerinin birbiri ile bağlantılı olduklarını “ ya ‘devir sözleşmesi bir taahhüt işlemidir ve tescil kurucu niteliktedir’ ya da ‘devir sözleşmesi bir tasarruf işlemidir ve tescil açıklayıcıdır” şeklinde ifade etmektedir. *Kendigelen*³⁷¹ göre önemli olan devir sözleşmesinin hukuki niteliğinin olmayıp tescilin kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğunun kabul edileceğidir.

³⁶⁷ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 179.

³⁶⁸ Henüz tasarı aşamasında *Arıcı*, TTK 11/3 hükmünün özel malvarlıklarının devrine ilişkin özel şekil şartları yönünden büyük bir istisna getirdiğini, bu kuralların bertaraf edilmesi karşısında gerekli koruma ve aleniyetin sağlanması için ticaret sicilinden yararlanılması gerektiği ve tescile kurucu etki tanınması ve bunun hükme açıkça yazılması gerektiğini belirtmekte, ayrıca hükmün mevcut hali ile yasalaşması halinde TK 36 kapsamında tescilin açıklayıcı olduğunun savunulabileceğini ve hem sözleşme hem de tescilin hukuki niteliğine ilişkin tartışma doğacağına değinmektedir (**a.g.e.**, s. 214-215.).

³⁶⁹ Kanunun sözleşmenin niteliğini (borçlandırıcı-tasarruf) belirtmeksizin tek bir sözleşmeden söz etmesinin eleştirisi için bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3902; Moroğlu, **a.g.e.**, s. 43-44. Yazar aynı zamanda maddenin tekrar düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir (**A.e.**, s. 39 vd.). Tescilin kurucu nitelikte olduğunun kanunda belirtilmemesinin büyük bir eksiklik olduğu yönünde eleştiri için bkz. Moroğlu, **a.g.e.**, s. 44; Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3897-3898. TSY 133/3 de tescilin niteliğine ilişkin düzenlemenin kanunda yapılmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. Erdem, **a.g.m.**, s. 1001, dp.42; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 113; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 33, dp. 1; Çonkar, **a.g.e.**, s. 541. *İsBİRK 73*’te olduğu gibi açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği yönünde eleştiri için bkz. Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 233. Hem ilgili düzenlemenin yönetmelik ile getirilmesinin bir eksiklik olduğu hem de *İsBİRK 73*’te olduğu gibi açık bir düzenleme getirilmesi gerektiği yönünde bkz. Topuz, **a.g.m.**, s. 53-54.

³⁷⁰ Demir, **a.g.m.**, s. 114.

³⁷¹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 395.

Ancak doktrinde daha fazla görüş ortaya atılmış olup nitekim bunlardan ilkinde göre devir sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir³⁷². Bu görüşü savunan yazarların büyük bir çoğunluğunun da katıldığı görüşe göre tescilin kurucu nitelikte olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmadığından genel kurallar gereğince TTK 11/3'te öngörülen tescil de açıklayıcı niteliktedir³⁷³.

Poroy/Yasaman ve Tekinalp göre, sözleşme tasarruf işlem, tescil ise kazandırıcı işlem niteliğindedir³⁷⁴.

Diğer yöndeki görüşe göre ise devir sözleşmesi borçlandırıcı işlem, tescil ise kurucu niteliktedir³⁷⁵.

Diğer yöndeki görüşü savunan yazarlardan özellikle sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin *Öz*, devir sözleşmesine tasarruf işlemi denmesi halinde devir taahhüdü içerecek sözleşmelerin –ön sözleşmenin asıl sözleşmenin şekline bağlı olacağı kuralı uygulanmayacağından- her mal varlığı için kendi özel şekil şartına göre yapılması gerekeceği, bunun da kanun getirilme amacı ile çelişeceği, ayrıca sözleşmeye tasarruf işlemi sonucu yüklenmesi halinde sözleşme ile tescil arasında edinilen malvarlığı değerlerinin devir kapsamında olmama sorunu yaratacağı gerekçeleri ile ilk görüşü eleştirmiş ve Türk hukukunda kabul edilen borçlandırıcı

³⁷² Arkan, **a.g.e.**, s. 42-43; Akçaal, **a.g.e.**, s. 91; Çetiner, Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 60; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 83; Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 16; Akay, **a.g.m.**, s. 169.

³⁷³ Akçaal, **a.g.e.**, s. 149; Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 20; Çetiner, Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 60; Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 233-234; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 33, dp.1; Akay, **a.g.m.**, s. 170. Ayrıca sözleşmenin niteliğine ilişkin görüş bildirmemekle birlikte tescilin kurucu nitelikte olduğunu belirten yazar için bkz. Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 84.

³⁷⁴ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 44; Tekinalp, **Yeniden Düşünmek**, s. 12 ve **Hukuki Yazgı**, s. 5-8. Bu ayrımın Türk hukukundaki borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımına uygun olmadığı yönünde eleştiri için bkz. *Öz*, **a.g.m.**, s. 113.

³⁷⁵ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 164; Topuz, **a.g.m.**, s. 63; Çonkar, **a.g.e.**, s. 541; Kahraman, **a.g.m.**, s. 597; Erdem, **a.g.m.**, s. 1006; Gürbüz, Usluel, **a.g.e.**, s. 151-152; Çelik, **a.g.e.**, s. 5. İsviçre hukukunda bu görüşün ağırlıkta olduğu yönünde bkz. 1005-1006; Kahraman, **a.g.m.**, s. 597. Konuya ilişkin İsviçre hukukundaki diğer görüşler ve detaylı bilgi için bkz. Topuz, **a.g.m.**, s. 30-31; Ülgen, Arıcı, **a.g.m.**, s. 1782-1784. Y.n.: Diğer yazarlar aşağıda özel olarak belirtildiğinden tekrara düşmemek adına burada anılmamıştır.

işlem – tasarruf işlemi ayırımına göre devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁷⁶.

Erdem ise TSY 133/4 hükmünde devir vaadi sözleşmesine değinmesinin devir sözleşmesinin hukuki niteliğinin borçlandırıcı işlem olduğuna ilişkin bir işaret olduğunu ifade etmektedir³⁷⁷.

Yine bu görüşü savunan yazarlar³⁷⁸ TTK 11/3 kapsamında tek bir işlem ile ticari işletme bünyesindeki münferit malvarlıklarının tamamının devredilmesinin eşya ve borçlar hukukuna ilişkin pek çok ilkenin istisnası olduğu ve bu ilkelerin sağladığı menfaatlerin korunmasının ve aleniyetin sağlanmasının ancak tescile kurucu etki tanınması ile mümkün olacağını belirtmektedirler.

Kendigelen, bu gerekçelere ek olarak kanun koyucunun son dönemde birleşme, bölünme gibi külli halefiyetin geçerli olduğu “yeniden yapılandırma modellerinde” ve TİRK 5/1 kapsamında tescile kurucu anlam yüklediği ve ticari işletme yönünden aksini düşünmek için bir sebep olmadığı gibi bu düzenlemeler ile çelişkili olacağını belirtmektedir. Yazar ayrıca Rekabet Kurulu’ndan izin alınması gereken hallerde kuruldan izin alınamaması halinde sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında³⁷⁹ geri iadeye ilişkin borcun niteliği ve kapsamı yönünden sorunlar yaşanacağı, en nihayetinde bu yöndeki işletmelerin ticari işletme devrini zorlaştırıp daha çok sorun ve tartışma yaratacağı gerekçeleri ile tescilin kurucu nitelikte olduğunu savunmaktadır³⁸⁰.

³⁷⁶ Öz, **a.g.m.**, s. 112-113.

³⁷⁷ Erdem, **a.g.m.**, s. 1002, dp.45.

³⁷⁸ Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 17-18; bu gerekçelere ek olarak tescilin kurucu olarak kabul edilmesinin TTK 11/3 ile TBK 202 arasındaki uyum yönünden de uygun olacağını yönünde Demir, **a.g.m.**, s. 115-116.

³⁷⁹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Burak Özen, “Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak ‘Ticari İşletme’”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II**, İstanbul, 2003, s. 718 vd.

³⁸⁰ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 398. Yazar ayrıca tescile kurucu nitelik atfedildiğinden sözleşmenin borçlandırıcı nitelik taşıdığına ilişkin görüşe daha yakın olduğunu bildirirse de açık olarak sözleşmenin niteliğine ilişkin görüş bildirmekten çekindiğini ifade etmiştir (**A.e.**, N. 395.).

En nihayetinde TSY 133/3 hükmü ile tescilin kurucu nitelikte olduğu açıkça düzenleme altına alınmıştır³⁸¹.

Her ne kadar temel prensip tescilin açıklayıcı olduğu yönünde olsa da kanunun külli halefiyete ilişkin modellerde artık bunun aksini kabul etmesi ve TTK 11/3 içerisinde tescilin niteliğine ilişkinde açık bir düzenleme getirmemesi dikkate alındığında tek başına genel prensipten yola çıkılarak kanunun tescili açıklayıcı olarak düzenlediğini kabul etmek için kanaatimizce yeterli değildir. Bu sebeple tescilin kurucu nitelikte olduğunun yönetmelik değil kanunda açık bir hüküm ile düzenlenmesi gerektiğine ilişkin haklı eleştiriye katılmak ile birlikte yönetmeliğin kanuna aykırı olduğu yönündeki görüşe katılmadığımızı belirtiriz. Bu nedenlerle gerek yönetmelikteki açık düzenleme gerekse ikinci görüş yönünden ifade edilen haklı gerekçe ve hukuka uygun yorumlara katılarak mevcut düzenlemeler ışığında ve Türk hukukundaki ilkeler kapsamında tescile kurucu, devir sözleşmesine ise borçlandırıcı nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.

TTK 11/3 kapsamında öngörülen ilan ise kurucu değil yalnızca açıklayıcı etkiye sahiptir³⁸².

³⁸¹ TSY 133/3 hükmünden sonra tescilin kurucu nitelikte olduğuna ilişkin görüşlerini değiştiren yazarlar için bkz. Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 139-141; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 21; Uzunallı, Şener, **a.g.e.**, s. 12. TSY 133/3'e ayrıca ek gerekçe olarak dayanan yazarlardan pek çokları yerine bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 399. Aksi yönde TSY 133/3 düzenlemesinin TTK 11/3 hükmü ile öngörülmeyle bir etkiyi kazandırmasının mümkün olmayacağı ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu gerekçeleri ile hüküm doğurmayacağı yönünde görüş için bkz. Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s. 20; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 133; Akay, **a.g.m.**, s. 170.

³⁸² Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 399; Öz, **a.g.m.**, s. 112; Topuz, **a.g.m.**, s. 55; Erdem, **a.g.m.**, s. 1001.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE

TİCARİ İŞLETMENİN BORÇLARININ DEVRİ

I. TBK 202 Düzenlemesi ve TBK'da Düzenlenen Benzer Kavramların Değerlendirilmesi

A. Ticari İşletme Devrinden Doğan Sorumluluğa İlişkin TBK 202 Düzenlemesi

eBK 179 hükmü kapsamında yer alan düzenlemede esaslı bir değişikliğe gidilmeksizin³⁸³ benzer yönde aynı düzenleme TBK 202 ile³⁸⁴ şu şekilde tekrar edilmiştir:

“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.

Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.

Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir.

³⁸³ Arıcı, **a.g.e.**, s. 211 vd.; Akay, **a.g.m.**, s. 165; Topuz, **a.g.m.**, s. 43; açıkça ifade etmemekle birlikte Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 70.

³⁸⁴ İlgili düzenlemenin TTK içerisinde yapılması gerektiği yönünde eleştiriler için bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 155-156; Arıcı, **a.g.e.**, s. 208; Moroğlu, **a.g.e.**, s. 8. Yabancı hukuklarda ilgili düzenlemenin karşılıkları yönünden detaylı inceleme için bkz. Zafer Kahraman, **Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 147-150.

Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz.”

Doktrinde bazı yazarlar³⁸⁵ tarafından ticari işletmenin aktif ve pasifi ile bir bütün halinde devrinin esas itibari ile TBK 202 hükmü ile düzenlendiği ifade edilse de kanaatimizce bu pek yerinde bir tespit değildir. Nitekim TBK 202 hükmünün kenar başlığı her ne kadar “*Malvarlığının veya işletmenin devralınması*” şeklinde olsa da³⁸⁶ temelde ilgili düzenleme malvarlığı veya işletmenin –özelde ticari işletmenin- devrini değil yalnızca bu devir sonucunda devreden ve devralanın yükümlülüklerini düzenlemektedir³⁸⁷. Nitekim kanunun düzenleme yerinin de “borcun üstlenilmesi/nakli” altında olması da bu hususu destekler niteliktedir³⁸⁸.

Kanun koyucu borçların naklini kolaylaştırmak ve alacaklıları korumak amacı³⁸⁹ ile alacaklıların ayrı ayrı rıza veya onaylarının alınmasına gerek olmaksızın³⁹⁰ borçların nakledilebilmesine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir.

Ayrıca TBK 202 hükmü yalnızca TTK 11/3 hükmü kapsamında kısmi külli halefiyet ilkesine uygun olarak tek bir işlem ile yapılan devirler yönünden değil, münferit olarak ticari işletme bünyesinde yer alan malvarlıklarının -işletmenin faaliyetine devam edecek niteliğe ve niceliğe varması şartı ile- devrinde³⁹¹ ve hatta ticari işletme dışındaki işletmeler yönünde de³⁹² uygulama alanı bulacaktır.

³⁸⁵ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 36; Arkan, **a.g.e.**, s. 41.

³⁸⁶ Kanunun kenar başlığının yanıltıcı olduğu yönünde bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 138.

³⁸⁷ Arıcı, **a.g.e.**, s. 137 vd.; Birsal, **a.g.e.**, s. 94; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 72; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 405; Erdem, **a.g.m.**, s. 1015.

³⁸⁸ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 405.

³⁸⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 138-139; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36-37; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 37; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 75; Kahraman, **a.g.e.**, s. 147; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 237-238.

³⁹⁰ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 36; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 74; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 37; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 377,405,406; Arıcı, **a.g.e.**, s. 138,147; Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3892; Akçaal, **a.g.e.**, s. 84; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 159; Bilgili, Cengil, **a.g.e.**, s. 48; Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Akay, **a.g.m.**, s. 173; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 244. TBK 323/1 hükmünün bu durumun istisnası olup olmadığı ve kiracılık hakkı ile kira sözleşmesinden kaynaklı borçların devri için kiralayanın rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin tartışma ve görüşler için bkz. Yuk. İkinci Bölüm, II, D.

³⁹¹ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37; Arkan, **a.g.e.**, s. 42; Demir, **a.g.m.**, s. 117.

³⁹² Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 36; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 70; Topuz, **a.g.m.**, s. 43-44; Erdem, **a.g.m.**, s. 993-994.

B. TBK’da Düzenlenen Benzer Kavramların Değerlendirilmesi

1. Alacağın Devri

Alacağın devri³⁹³ TBK 183 vd. hükümlerinde düzenlenmiş ve açık bir tanımına yer verilmemişse de tüm unsurları kapsar şekilde Arıkan³⁹⁴ tarafından “*alacaklı ile alacağı devralan üçüncü şahıs arasında, borçlunun rızasına ve bilgisine ihtiyaç duyulmaksızın yapılabilen ve kazandırıcı tasarrufi işlem niteliğini haiz, şekle bağlı bir akiddir ya da kanun veyahut mahkeme kararıyla gerçekleşen bir devirdir*” şeklinde tanımlanmaktadır³⁹⁵. Kısaca alacağın devri alacaklının alacağını borçlunun rızasına gerek olmaksızın üçüncü kişiye devretmesi olarak ifade edilebilir³⁹⁶.

Alacağın devrinde sözleşmenin diğer tarafı olan borçlunun rızasına gerek olmaması³⁹⁷ hususu, TBK 202 kapsamında alacaklıların rızasının aranmaması³⁹⁸ ile benzerlik göstermektedir.

³⁹³ Önceki kanunda yer alan “temlik” ibaresi yerine “devir” ibaresinin seçilmesinin diğer düzenlemeler ile uyumlu olduğu yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 543.

³⁹⁴ Mustafa Arıkan, “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki”, **SÜHFD**, C.13, Sayı:1, s. 131.

³⁹⁵ Oğuzman/Öz, ise alacağın devrini “*dar anlamda bir borç ilişkisinde alacağın alacaklı tarafından bir başka kişiye devredilmesidir*” şeklinde tanımlamaktadır [C.II.(2013), s. 543.]. Benzer yönde alacağın devrini alacaklı tarafın değişmesi olarak tanımlayan diğer yazarlar için bkz. Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Ekin Yayıncılık, 8. Bası, Bursa, 2016, s. 207; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, §41, N.1. “Özdeşlik Prensibine sadık kalarak” ibaresi ile Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, §35, N.1665. Alacağın kısmen devredilmesi halinde “parçalanmış alacak” sebebi ile birden fazla alacaklının doğumuna sebebiyet vereceği yönünde bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genişletilmiş 21. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017, s. 989.

³⁹⁶ Kemal Dayınlarlı, **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki**, Ankara 2010, s. 57; Ergün Özsunay, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1983, s. 183; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 989. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §35, N.1668.

³⁹⁷ Oğuzman, Öz, **C.II(2013)**, s. 547; Duygu Hidayet Arda Bağçe, **Alacağın Devri ve Diğer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 3; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 207; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §41, N.3.

³⁹⁸ Bkz. Yuk. Üçüncü Bölüm, I, A.

Alacağın devrinde alacağın sahibi olan aktif süje değişirken,³⁹⁹ ticari işletme devrinde devrin aktif ve pasifleri kapsar şekilde bir bütün halinde gerçekleşmesi sebebi ile hem aktif hem de pasif süje değişmektedir⁴⁰⁰.

Yine alacağın devri iradi, kanuni veya mahkeme kararı ile gerçekleşebilirken⁴⁰¹, ticari işletme devri ancak iradi ve taraflar arasında akdedilecek sözleşme⁴⁰² ile gerçekleşmektedir⁴⁰³.

Bunlarla birlikte alacağın devrinde alacak ve borçlunun belirli olması gerekmektedir⁴⁰⁴. Oysa TBK 202 kapsamında ticari işletmenin bütün olarak devredilmesi halinde devir kapsamındaki tüm borçlar devredilmekte hatta devir esnasında devralanın haberdar olmadığı borçlar da bu kapsamda devredilmektedir⁴⁰⁵.

En nihayetinde alacağın devrinde alacağın bölünebilir olması şartı ile kısmi olarak devri mümkün iken⁴⁰⁶, ticari işletme bütünlük ilkesi gereği bölünemeyeceğinden⁴⁰⁷ kısmi olarak devrinden veya bölünerek devredilmesinden bahsetmek mümkün değildir.

³⁹⁹ Nisim Franko, Alacağın Temliki, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 49, Sayı: 1-2, Yıl:1994, s. 177.

⁴⁰⁰ Akçaal, **a.g.e.**, s. 75.

⁴⁰¹ Arda Bağce, **a.g.e.**, s. 31; Arıkan, **a.g.m.**, s. 132; Oğuzman, Öz, **C.II(2013)**, s. 584; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 209; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §41, N.4.

⁴⁰² Bkz. Yuk. İkinci Bölüm, II.

⁴⁰³ Akçaal, **a.g.e.**, s. 75.

⁴⁰⁴ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §41, N.13. Kanunun alacak devri ile *birel devir* öngördüğü kişinin doğmuş ve doğacak tüm alacaklarının devretmesine ilişkin *global alacak devrinden* bunun ayrı olduğu yönünde bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §35, N.1670. Yazar ayrıca Global devrin sözleşme serbestisi içerisinde kabul edildiğini ancak geçerlilik için *belirli veya yeterli derecede belirlenebilir* olması gerektiğini ifade etmektedir (**A.e.** §35, N.1717-1721.).

⁴⁰⁵ Bkz. Aş. Üçüncü Bölüm, III, B, 1.

⁴⁰⁶ Franko, **a.g.m.**, s. 185; Arıkan, **a.g.m.**, s. 132; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 989.

⁴⁰⁷ Bkz. Yuk. İkinci Bölüm, I, A. Ayrıca bazı malvarlığı değerlerinin devir kapsamı dışında bırakılabilecek olmasının ticari işletmenin bütünlük ilkesine aykırı şekilde kısmi olarak devri şeklinde yorumlanamayacağına ilişkin bkz. Yuk. İkinci Bölüm, II, D. Ayrıca alacağın kısmen devrinden farklı olarak borcun kısmen üstlenilmesinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1017.

2. Borca Katılma

eBK da düzenlenmeyen⁴⁰⁸ ve ilk defa TBK 201 hükmü ile düzenleme altına alınan⁴⁰⁹ borca katılma Şenyüz tarafından “*mevcut bir borçta borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴¹⁰. Borca katılanın kefil gibi fer’i nitelikli bir borç altına girmediği, asıl borcu yüklediği hususunda bir şüphe yoksa da⁴¹¹ borca katılanın gerçek kişi olması halinde kefalete ilişkin şekil şartlarını yerine getirmesinin aranıp aranmayacağı hususunda görüş farklılıkları bulunmaktadır⁴¹².

Borca katılma sözleşmesi kural olarak şekil şartına tabi değildir⁴¹³, buna karşın bütün olarak ticari işletme devrinden bahsedebilmek için devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir⁴¹⁴.

Borca katılma sözleşmesi alacaklı ile üçüncü kişi arasında gerçekleştirilmekte ve borçlunun rızasına gerek olmaksızın borç ilişkisine üçüncü bir taraf eklemekte, borçlu, borçlu olarak kalmaya devam etmektedir⁴¹⁵. Oysa TBK 202 kapsamında devir sözleşmesinin tarafları devreden ile devralan olup ve 2 yıllık müteselsil sorumluluk süresi sonrasında devreden borçtan kurtulur⁴¹⁶.

⁴⁰⁸ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §43, N.1. Ancak önceki dönemde de sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında geçerli kabul edildiği yönünde bkz. Oğuzman, Öz, **C.II(2013)**, s. 608. İsviçre hukukunda açık bir düzenleme olmamasına karşın doktrin tarafından isimsiz sözleşmeler kategorisinde kabul edildiğine ilişkin bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1030.

⁴⁰⁹ Salt alacaklı ile üçüncü kişi arasında akdedilecek sözleşme ile borca katılmanın gerçekleştirilmesinin borç ilişkisinin nispiyeti ile bağdaşmayacağı hatta borca aykırılık oluşturacağı bu sebeple borçlunun da onayının arandığı bir düzenleme getirilmesi gerektiği yönünde eleştiri için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1031. Ayrıca hükmün düzenlenme yerine ilişkin getirilen eleştiri için bkz. Baki İlkay Engin, “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 165.

⁴¹⁰ Şenyüz, **a.g.e.**, s. 216.

⁴¹¹ Oğuzman, Öz, **C.II(2013)**, s. 608; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1032.

⁴¹² Kefaletle ilişkin şekil şartlarını aranması gerektiği yönünde bkz. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §43, N.3; Oğuzman, Öz, **C.II(2013)**, s. 609; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36,N. 1778a. Aksi yönde bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1032.

⁴¹³ Oğuzman, Öz, **C.II(2013)**, s. 609.

⁴¹⁴ Bkz. Yuk. İkinci Bölüm, II, B.

⁴¹⁵ Şenyüz, **a.g.e.**, s. 216; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1031.

⁴¹⁶ Arıcı, **a.g.e.**, s. 194; Kahraman, **a.g.e.**, s. 148.

Ancak doktrinde bir görüşe göre devredenin müteselsil olarak sorumlu kaldığı iki yıllık süre içerisinde kanuni bir borca katılma hali mevcut olup bu sürenin sonunda borçlar devrolmakta ve borcun nakli gerçekleşmektedir⁴¹⁷.

3. Borcun Üstlenilmesi

eBK döneminde “borcun nakli”⁴¹⁸ ifadesi ile düzenlenen kurum TBK 195 ile 200 arasında⁴¹⁹ yeniden “borcun üstlenilmesi” olarak düzenlenmiştir. Borcun üstlenilmesi *Ozanemre Yayla*⁴²⁰ tarafından “*Borcun nakli (borcun dış üstlenilmesi), doğrudan alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan ve belli bir borç bakımından, borcun pasif süjesinin, başka bir ifadeyle borçlusunun değişmesi sonucu doğuran bir hukuki işlemdir*” şeklinde tanımlanmaktadır. Borcun üstlenilmesi kural olarak TBK’da iradi olarak düzenlenmişse kanuni olarak gerçekleşmeside

⁴¹⁷ Önceki dönemde kanuni bir düzenleme olmamasına karşın doktrin tarafından kabul edilen bir kurum olan borca katılma üzerinden bu görüşü dile getiren yazalar için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 193-194; “borçlu çoğalması” terimini kullanan Paslı, **a.g.e.**, s. 188; “kümülatif borç nakli” terimini kullanan Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 143; aynı yönde Durman, **a.g.e.**, s. 60, 106-107. Benzer şekilde İsviçre ve Alman hukukunda da borca katılma için borcun üstlenilmesinin bir türü olarak kümülatif (kumulative) teriminin kullanıldığı yönünde bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1030; Kahraman, **a.g.e.**, s. 148; Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, “Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları”, **MÜHF-HAD**, C. 22, S. 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. III, 2016, s. 2936, dp.47. TBK 201 düzenlemesinden sonra bu yönde; Kılıç, **a.g.e.**, s. 208; Seda Yıldız Portakal, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Katılma**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 39; Kahraman, **a.g.e.**, s. 148. Özellikle TBK 201 kapsamında borca katılmanın yalnızca iradi olarak düzenlendiği, oysa TBK 202 kapsamında müteselsil sorumluluğun kanundan kaynaklandığı gerekçesi ile aksi yönde görüş için bkz. Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2942, dp.75. Alman hukukunda ise malvarlığı ve işletme devrinin borca katılma kurumu içerisinde düzenlendiği devreden borçtan kurtulmasının daha sonra kanun gereği ortaya çıktığı yönünde bkz. Kahraman, **a.g.e.**, s. 149.

⁴¹⁸ Önceki dönemde de “borcun üstlenilmesi” ifadesini kullanan yazarlar için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop Tekinay, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s. 268 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 128 vd. İki ifadenin *aynı sonuçların farklı yönlerden ve terimlerden ifadesi* olduğu yönünde bkz. Şenyüz, **a.g.e.**, s. 212. İsviçre hukukunda “borcun yüklenilmesi” olarak adlandırıldığına ilişkin bkz. Arıkan, **a.g.m.**, s. 140.

⁴¹⁹ Borcun üstlenilmesinin alacağın devrinden hemen sonra düzenlenmesinin iki kurumunda borç ilişkisinin konusu değişmeksizin tarafların değişikliğine ilişkin düzenlemeleri içerdiğinden isabetli olduğu yönünde bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1015. Alacağın devri ile borcun nakli kurumlarının *aynadaki yansımaları* gibi görülmesinin yerinde olmadığı ve temelinde yatan menfaatlerin ayrı olduğu görüş ve eleştirisi için bkz. Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2930.

⁴²⁰ Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2929. Benzer yönde bkz. Kahraman, **a.g.e.**, s. 87. “*Üçüncü bir kişinin alacaklı ile yaptığı sözleşme uyarınca borçlunun yerini aldığı hukuki kurumdur*” yönündeki tanım için bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36, N.1773.

mümkündür⁴²¹. Emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile ayrıca her türlü borç bu sözleşmeye konu edilebilir⁴²².

Borcun üstlenilmesi iç üstlenme ve dış üstlenme olarak ikiye ayrılmaktadır⁴²³. Borcun iç üstlenilmesi borçlu ile üçüncü kişi arasında akdedilen ve üçüncü kişinin borçluyu borcundan kurtarma taahhüdü altına girdiği sözleşmedir⁴²⁴. Bu sözleşme tek başına borçluyu borçtan kurtarmaz, borçlunun borçtan kurtulması için alacaklının rıza göstermesi şarttır⁴²⁵.

Asıl borcun yüklenilmesi borcun dış yüklenilmesidir⁴²⁶. Borcun dış yüklenilmesi alacaklı ile üçüncü kişi (yeni borçlu) arasında akdedilen sözleşme ile gerçekleşmekte ve sözleşmenin akdedilmesi ile birlikte eski borçlu borçtan kurtulmaktadır⁴²⁷. Bu sözleşmeye borçlu taraf olmadığı gibi borçlunun rıza ve onayına da gerek yoktur⁴²⁸.

⁴²¹ Bu hususta mirasın intikali (MK 599) örneği için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1015; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §42, N.3.

⁴²² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 1276; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §42, N.13.

⁴²³ Bu ayırım ve terminolojinin sebebinin borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeden ayırmak için “dış” üstlenilmeden söz edildiği yönünde bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36,N. 1773.

⁴²⁴ Şenyüz, **a.g.e.**, s. 213; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1013 vd.; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §42, N.5; Arıcı, **a.g.e.**, s. 40; Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2928; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 666-667. Üçüncü kişinin borçtan kurtarma taahhüdünü “*ya alacaklıya ifade bulunarak, ya da alacaklının rızası ile borcu üstlenerek*” yerine getirebileceğine ilişkin bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36,N. 1783.

⁴²⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1017; Eren, **a.g.e.**, s. 1271. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36,N. 1777.

⁴²⁶ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 73.

⁴²⁷ Arıcı, **a.g.e.**, s. 41-42; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 680; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 276; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §42, N.12. Borcun naklinin alacaklının borç sona erene kadar aynı borçluya başvurmamasının istisnası olduğu yönünde bkz. Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2929. İşlem neticesinde borçlunun ibrası sonucu doğacağından alacaklı için tasarruf işlemi, yeni borçlu açısından borç doğuracağından borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu yönünde bkz. Kahraman, **a.g.e.**, s. 98-99; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36,N. 1787; Arıcı, **a.g.e.**, s. 41-42.

⁴²⁸ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 73; Akçal, **a.g.e.**, s. 76; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §42, N.12; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 272-273; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 674; Arıcı, **a.g.e.**, s. 41; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36,N. 1786. Aksi yönde borcun üstlenilmesinin ancak borçlunun rıza ve iradesi ile gerçekleşebileceği, borçlunun rızası olmaksızın borç ilişkisinden uzaklaştırılmasının mümkün olmadığı gibi böyle bir işlem yapılması halinde alacaklının borca aykırı davranmış olacağı yönünde görüş için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1019. Borcun üstlenilmesini iki aşamalı - iç üstlenme ve dış üstlenme – şeklinde ele alan Şenyüz, **a.g.e.**, s. 213. İç üstlenme olmaksızın akdedilen borcun dış üstlenilmesi sonucunda taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve sonuçları yönünden detaylı

BK 202 kapsamında işletme devri sonucunda düzenlenen sorumluluk ile borcun üstlenilmesi arasındaki temel fark yukarıda belirtildiği üzere borcun üstlenilmesi için alacaklının rızasının aranmasına karşın ticari işletmenin pasiflerinin devredilmesi halinde alacaklıların rıza veya onaylarına ihtiyaç olmamasıdır⁴²⁹.

Nitekim borcun üstlenilmesine ilişkin alacaklı ile üçüncü kişi arasında sözleşme akdedilmesi ile birlikte borçlu borcundan kurtulmasına karşın işletmenin pasiflerinin devri halinde devreden devralan ile birlikte -en az- iki yıl daha sorumlu kalmaya devam etmektedir⁴³⁰.

Bununla birlikte borcun üstlenilmesinde yalnızca borçların devrine ilişkin bir işlem iken, TBK 202 kapsamında işletme devri sebebi ile borçların devrinden bahsedebilmek için hem alacaklıların hem de borçların devredilmesi gerekmektedir⁴³¹. Başka bir deyiş ile aktiflerin de devir kapsamında yer alması gerekmektedir.

Borcun üstlenilmesinin konusunu belirli veya belirlenebilir bir borç oluştururken, ticari işletme devrinde TBK 202 kapsamında borçların devredilmesi halinde devir kapsamındaki tüm borçlar devredilmekte, hatta devir esnasında devralanın haberdar olmadığı borçlar da bu kapsamda devredilmektedir⁴³².

İki işlem arasındaki bir diğer fark ise; borcun üstlenilmesinde borçların iradi olarak devrolmasına karşın, işletmenin devrinde pasifler kanun gereği devralana intikal etmektedir⁴³³.

inceleme için bkz. Didem Özcan, **Borcun Üstlenilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 69-73.

⁴²⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 42; Akçaal, **a.g.e.**, s. 76; Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2940; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 217.

⁴³⁰ Akçaal, **a.g.e.**, s. 76; Ayrıca devir anına ilişkin de işletmenin devrinde sürenin ilan veya ihbardan başlamasına karşın borcun üstlenilmesinde sözleşmenin akdedilmesi ile devrin gerçekleşmesinin de ek bir fark olduğuna değinen Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2941.

⁴³¹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 42; Akçaal, **a.g.e.**, s. 75.

⁴³² Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2941; Arıcı, **a.g.e.**, s. 42. İşletme veya malvarlığındaki borçların belirli veya birkaçının devredilmesi halinde borcun üstlenilmesi, bütün olarak devredilmesi halinde ise TBK 202'nin uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1033.

⁴³³ Arıcı, **a.g.e.**, s. 42; Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2940-2941. Ancak iradi olarak tarafların aksini belirlemeleri ve borçları devir kapsamı dışında tutmaları mümkün olup bu hususta detaylı inceleme ve gerekçeli açıklama için bkz. Aş. Üçüncü Bölüm, II.

En nihayetinde ticari işletmeyi devralan, devreden ile arasındaki ilişkinin geçersizliğini alacaklılara karşı ileri sürme imkânına sahipken, borcu üstlenenin önceki borçlu ile arasındaki ilişkinin geçersiz olduğu gerekçesi ile alacaklıya karşı hak ileri sürmesi mümkün değildir⁴³⁴.

İki kurum arasındaki bu farklara karşın doktrinde BK 202 hükmünün borcun üstlenilmesinin özel bir görünümü olduğu da belirtilmektedir⁴³⁵.

4. İşletmelerin Birleşmesi Ve Şekil Değiştirmesi

İşletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi TBK 203 hükmü ile eBK 180'e benzer yönde şu şekilde düzenlenmiştir⁴³⁶;

“Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler.

Bir tek kişiye ait olup da, kollektif veya komandit ortaklık hâline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm uygulanır.”

⁴³⁴ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §42, N.26.

⁴³⁵ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 72; Kahraman, **a.g.e.**, s. 144. Özel durum olarak adlandıran ve devreden ile devralan arasındaki sözleşmeyi iç üstlenmeye, dış üstlenme yönünden alacaklı ile kişisel bir üstlenme yapmak yerine ilan veya ihbar ile *kollektif* olarak *üstlenilmesine* izin verildiğinden bahseden Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36,N. 1797-1800. Aksi yönde yalnızca sonuçlar itibari ile benzer olduğuna ilişkin görüş için bkz. Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 2942 ve dp.76.

⁴³⁶ eBK 180 hükmünün İsviçre hukukunda karşılığı olan düzenlemenin İsbirK'ten kaldırılması da nazara alındığında ilgili düzenlemeye gerçekten ihtiyaç olup olmadığının sorgulanması gerektiği ve ilgili sorunun kaynağının komisyonlar arasındaki uyumsuzluk olduğu yönündeki hükmün varlığına ilişkin eleştiriler için bkz. Cevdet Yavuz, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Borcun Üstlenilmesi (m. 195-204) ile Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma (m. 205-206) Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri-Borç İlişkilerinde Özel Durumlar-Taraf Değişiklikleri, TBK Değerlendirmeleri ve İrdelemeleri 26-27 Mayıs 2012**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 270. Ayrıca hüküm içerisinde yer alan “*aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması*” ibaresinin birleşmede devralma olmayacağı, nitekim devralmadan bahsetmek için ayrı bir varlık bulunması gerektiği oysa ilgili düzenleme ile birleşmenin düzenlendiği yönündeki eleştiri için bkz. Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 45. Aksi yönde hükmün çift taraflı işletme devrini düzenlediği yönünde bkz. Paslı, **a.g.e.**, s. 160, dp. 176.

TBK 203 hükmü yalnızca işletmeler düzeyinde kalan birleşmeler yönünden uygulanabilecek bir düzenlemedir⁴³⁷.

Nitekim TBK 203 ile düzenlenen birleşme ile TTK kapsamında şirketlerin birleşmesine ilişkin hükümler önemle ve dikkatle ayrılması gerekmektedir. TTK kapsamında şirketlerin birleşmesi halinde ticaret şirketlerine ait işletmelerin birleşmesinin yanı sıra her iki şirketin ortaklarının da tek bir şirket bünyesinde birleşmesi gerçekleşirken, TBK 203 kapsamında işletmelerin birleşmesinde şirketler ve ortakları ayrı kalmaya devam etmektedir⁴³⁸.

TBK 203 kapsamında her iki işletmenin alacaklıları da bütün alacaklarını yeni işletmeyi işleten iki eski işletenden de talep edebileceklerdir ve TBK 202'de yer alan 2 yıllık düzenleme niteliği gereği burada uygulama alanı bulmayacaktır⁴³⁹.

TBK 202 ile TBK 203 arasındaki temel farkın ise TBK 202 kapsamında ticari işletmenin devredilmesi halinde işleten değişmekte iken, TBK 203 hükmüne göre işletmelerin birleşmesi halinde önceki işletme sahipleri işleten olarak kalmaya devam etmektedirler⁴⁴⁰.

5. Malvarlığı Devri

TBK 202 hükmü ile malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifi ile devri düzenlendiğinden malvarlığının tanımlanması ve genelde işletme özelde ise ticari işletme ile alakası ve farkının saptanması önem arz etmektedir.

Malvarlığı *Arıcı* tarafından “*hukuk süjesinin sahip olduğu ekonomik değeri olan ve para ile ölçülebilen haklarının ve borçlarının bütünü*” şeklinde

⁴³⁷ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; Türk, **Nevilerin Aynı Olması**, s. 181, dp. 278; Arkan, **a.g.e.**, s. 41; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 76; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 36; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 35-36.

⁴³⁸ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 42,45; Arkan, **a.g.e.**, s. 41; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 76; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 36; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 35-36; Ayrıca külli intikale de değinen Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 370-371.

⁴³⁹ Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §42, N.27; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 70, dp. 10. Aksi yönde Akçaal, **a.g.e.**, s. 77. Sorumluluğun başlangıcına ilişkin ilan veya ihbarın şart olup olmadığına ilişkin tartışma yönünden bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 45-46.

⁴⁴⁰ Arıcı, **a.g.e.**, s. 44.

tanımlanmaktadır⁴⁴¹. Yani malvarlığı ticari işletmeyi de kapsayan daha üst, geniş bir kavramdır⁴⁴². Kural olarak her hukuk kişinin tek malvarlığı bulursa da⁴⁴³ bu genel malvarlığı içerisinde belirli amaçlara özgülenmiş özel malvarlıklarının bulunması da mümkündür⁴⁴⁴. Ticari işletme de bu bakımdan belirli bir amaca özgülenmiş bir özel malvarlığı niteliğindedir⁴⁴⁵.

TBK 202 anlamında malvarlığının devri için kişinin yukarıda tanımladığımız şekilde tüm malvarlığının devretmesi⁴⁴⁶ şart olarak anlaşılmalıdır⁴⁴⁷. Bu kapsamda malvarlığının önemli unsurları devir kapsamında yer alıyorsa veya kendi içerisinde bir bütünlük oluşturan özel malvarlığı devrediliyor ise malvarlığının devrinden

⁴⁴¹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 33. Kahraman “kişinin parasal değeri olan hak ve yükümlülüklerinin, maddi ve gayri maddi mallarının ve değerlerinin toplamıdır” şeklinde tanımlamaktadır (**a.g.e.**, s. 150.). Durman ise malvarlığını; “bir kişinin hukuki bütünlük oluşturmak üzere sahip olabileceği, para ile ölçülebilen mal ve hak ile sorumlu olabileceği borçların tamamı” olarak tanımlamaktadır. Benzer yönde ayrıca bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 10; Paslı, **a.g.e.**, s. 177; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 690-691; Ülkü, Karaaslan, **a.g.m.**, s. 46, dp.1.

⁴⁴² Çelikboya, **a.g.e.**, s. 70.

⁴⁴³ Arıcı, **a.g.e.**, s. 33; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 10.

⁴⁴⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 4; Ayiter, **a.g.e.**, s. 29 vd.; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 11; Arıcı, **a.g.e.**, s. 33. Ayrıca özel malvarlığının kanunen de düzenlenmiş olmasının şart olduğu yönünde bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 11; Durman, **a.g.e.**, s. 9.

⁴⁴⁵ Arıcı, **a.g.e.**, s. 33; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 19; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1138; Durman, **a.g.e.**, s. 10. Aksi yönde bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 16 vd. Aker ise ticari işletmenin bir “eşya birliği” olduğunu belirtmekte ve eşya birliğini “bağımsızlıklarını kaybetmeksizin müşterek bir gaye için bir araya getirilmiş olan ve ekonomik bir bütünlük arz eden birçok eşyanın meydana getirdiği eşya topluluğu” şeklinde tanımlamaktadır (**a.g.m.**, s. 237-238.). Hirsch ise ticari işletmenin ancak bir şey, fiili birlik yahut hukuki birlik olabileceğini işletme bünyesinde ayrıca münferit malvarlıkları bulunduğundan şey olarak nitelendirilemeyeceğini, ticari işletme bünyesindeki malvarlıkları tesadüfi olarak bir araya gelmediğinden fiili birlikte olmayacağını ve en nihayetinde ticari işletmenin birçok haktan mürekkep hukuki küll olduğunu belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 165 vd.). Aynı yönde; Demir, **a.g.m.**, s. 107. Topuz, özellikle eşya birliği olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmekte ve ticari işletmeyi eşya ve hak topluluğu olarak nitelendirmektedir (**a.g.m.**, s. 67.).

⁴⁴⁶ Geçmiş ve gelecekteki tüm hak ve borçları kapsayacak şekilde yapılacak malvarlığı devrinin kişilik haklarına aykırılık teşkil edeceğinden geçersiz olacağı yönünde bkz. Akçaal, **a.g.e.**, s. 73; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 690-691. Tüzel kişiler yönünden ise bütün malvarlığını devretmesi amacına ulaşmasını büyük oranda engelleyeceği yönünde bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 68. Yazar ayrıca tüm malvarlığını devreden kişinin 2 yıllık müteselsil sorumluluk dönemindeki sorumluluğunun fiilen teminat oluşturması için belli bir miktar malvarlığı bulunması gerektiğinden hükmün kendi içerisinde çeliştiğini ifade etmektedir (**A.e.**, s. 68.). Devir karşılığı ivaz ve devir sonrası devreden malvarlığına girebilecek aktifler düşünüldüğünde kanaatimizce bu görüş pek de yerinde değildir.

⁴⁴⁷ Kahraman, **a.g.e.**, s. 151; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 68-69; Arıcı, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Akçaal, **a.g.e.**, s. 74. Aksi yönde malvarlığının bütün olduğu yönünde bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 10-11, 28. İsviçre hukukunda söz konusu düzenlemenin karşılığı olan İsbirK md. 181 hükmünün tasarı aşamasında yer alan “bütün” ibaresinin daha sonra çıkarılmış olmasının bütün olarak devredilmesi zorunlu olmadığına ilişkin yorumlandığı yönünde bkz. Kahraman, **a.g.e.**, s. 151. Ayrıca İsviçre hukukunda malvarlığı devrine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen, Arıcı, **a.g.m.**, s. 1767 vd.

bahsetmek mümkündür⁴⁴⁸. Bu unsurları taşımayan veya münferit malvarlığı devrini oluşturan devirler ile alacakların (aktiflerin) devredilmeksizin yalnızca pasiflerin devredilmesi halinde malvarlığı devrinin bulunmadığı sonucuna varmak gerekecektir⁴⁴⁹. Yine malvarlığı devrinde de pasiflerin devri için ilan veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması şarttır⁴⁵⁰.

Buna karşın malvarlığının devri TTK 11/3 hükmünden yararlanamayacağı gibi ayrıca da bir özel düzenleme bulunmadığından ticari işletmenin devrinde olduğu gibi aktiflerinin tek bir işlem ile –kısmi külli halefiyet kapsamında - devredilmesi mümkün değildir. Aktifler bu kapsamda münferit olarak devredilmek zorunda olduğu gibi her bir malvarlığı için aranan özel şekil şartlarına göre devredilecektir⁴⁵¹.

II. Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılıp Bırakılmayacağı Sorunu

TTK 11/3 ve BK 202 hükmü kapsamında ticari işletme devri kapsamında ticari işletmenin borçlarının da yer alacağı başka bir deyiş ile taraflar arasındaki aksinin kararlaştırılmaması halinde ticari işletmenin borçlarının da TBK 202 kapsamında ve şartlarında devrolacağı şüphesizdir⁴⁵².

Ancak tarafların aralarında kararlaştırarak borçları devir kapsamı dışında bırakmalarının mevcut düzenlemeler ışığında mümkün olup olmadığı hususu mukayeseli hukukun⁴⁵³ aksine Türk doktrininde hala önemli ve hararetle bir tartışma konusu olarak devam etmektedir.

⁴⁴⁸ Kahraman, **a.g.e.**, s. 152; Arıcı, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Akçaal, **a.g.e.**, s. 74.

⁴⁴⁹ Çelikboya, **a.g.e.**, s. 69; Kahraman, **a.g.e.**, s. 152.

⁴⁵⁰ Akçaal, **a.g.e.**, s. 73.

⁴⁵¹ Akçaal, **a.g.e.**, s. 73-74.

⁴⁵² Pek çokları yerine bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 405.

⁴⁵³ Alman hukuku yönünden bkz. M. Fatih Arıcı, “Alman Hukukunda Ticari İşletmeyi Devralanın Ticaret Unvanı ile Faaliyeti Devam Ettirmesinden Dolayı Eski Borçlardan Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 301 vd. İsviçre hukuku yönünden bkz. Ülgen, Arıcı, **a.g.m.**, s. 1773 vd.

Doktrinde baskın nitelikte olan ve “Teminat Teorisi” olarak da adlandırılan⁴⁵⁴ ilk görüşe göre borçların devir kapsamı dışında tutulması mümkün değildir.

Bu görüş kısmen ilk olarak *Arslanlı*⁴⁵⁵ tarafından dile getirilmişse de eski ve en kapsamlı savunucularından *Acemoğlu*⁴⁵⁶’na göre ticari işletmenin devrinde borçların devir kapsamı dışında bırakılması halinde alacaklıların alacağı büyük risk altına girecektir. İlgili düzenleme kapsamında teselsül kanun hükmünden kaynaklandığından düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmelidir ve tarafların iradeleri artık önem arz etmeyeceği gibi aksine anlaşma yapılması mümkün değildir. eBK 179 hükmü emredici niteliktedir ve aksine yapılan sözleşmeler geçersizdir. Tasarrufun iptali davası alacaklılar için yeterli korumayı sağlamayacaktır. En nihayetinde hem aktif hem de pasifler devre konu edilmemekte ise ticari işletme devrinden bahsetmek de mümkün olmayacaktır.

Akabinde doktrinde pek çok yazar⁴⁵⁷ temel olarak aktiflerin borçların ve dolaylı olarak da alacaklıların teminatı olduğu ve sadece aktiflerin devredilmesi halinde alacaklıların teminatsız kalacağı ile hükmün emredici olduğundan yola çıkarak borçların devir dışında bırakılamayacağına ilişkin görüşü desteklemektedirler.

Bu gerekçelerden ayrı olarak *Türk*⁴⁵⁸ ise ticari işletmede aktif ve pasiflerin eBK 179 gereği birbiri ile bağlı oldukları ve aktif ve pasiflerin kanun gereği devrolacağını ifade etmiştir.

⁴⁵⁴ Doktrinde ilgili görüş için bu kavramı kullanan yazarlar için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 140; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 148; Çelikboya, **a.g.e.** s. 246.

⁴⁵⁵ Yazar yalnızca ticaret unvanının devredilmiş olması halinde bu unvan ile verilen taahhütler yönünden yalnızca bu görüşü belirtmiştir (**Kara Ticareti**, s. 114-115.). Alman hukukundaki düzenlemeler ışığında yine Alman doktrininde ileri sürülen görüşlerin etkisi ile ortaya atıldığı ancak Türk hukuku yönünden dayanaksız bir sav olduğuna ilişkin eleştiri için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 143.

⁴⁵⁶ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 35 vd.

⁴⁵⁷ İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 12; Oğuz İmregün, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2004, s. 18; Arkan, **a.g.e.**, s. 42, 46; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 81; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 39,37; Akay, **a.g.m.**, s. 167; Topçuoğlu, **İşletmenin Devri**, s. 88; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 232; Akçaal, **a.g.e.**, s. 59; İnal, **a.g.e.**, s. 239; Çetiner, Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 62; Ayhan, Özdamar, Çağlar, 149-150; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 54; Öz, **a.g.m.**, s. 99, 114; Durman, **a.g.e.**, s. 120,133.

⁴⁵⁸ Türk, **Nevilerin Aynı Olması**, s. 189.

Benzer yönde *Erdem*⁴⁵⁹ ve başka yazarlar⁴⁶⁰ tarafından da borçların ticari işletmenin bütünlüğünün içinde bulunduğu ve devir kapsamı dışında tutulmalarının bütünlüğüne aykırı olacağı bu görüşe gerekçe olarak ifade edilmiştir.

Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmına⁴⁶¹ göre alacaklılara ilan veya bildirim de açıkça belirtilmesi kaydı ile bazı borçların devir kapsamının dışında tutulabileceği ve alacaklılara karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.

Diğer yazarlara göre ise alacaklılara bildirilmiş olsa dahi borçların kısmi olarak devir dışı bırakılması halinde bu anlaşma alacaklılara karşı ileri sürülemeyecektir⁴⁶².

Aydın, Kaplan, Şen Kalyon ise taraflar arasındaki sınırlandırmanın alacaklılara bildirilmesi ve “yeteri kadar güvenceye bağlanması” şartı ile sözleşme serbestisi gereği devir kapsamı dışında bırakılabileceğini ifade etmektedir⁴⁶³.

Yine borçların devir kapsamı dışında tutulmasının mümkün olmadığını savunan yazarlar arasında borçların devir dışı bırakılması halinde yaptırımın ne olacağı hususunda da görüş ayrılıkları mevcuttur. Birinci görüşe göre borçların tamamen devir dışı bırakıldığı sözleşmeler geçersizdir⁴⁶⁴.

İkinci görüşteki yazarlara göre ise taraflar aralarında devralanın borçlardan sorumlu olmayacağını veya bilinmeyen yahut bazı borçlardan sorumlu olmayacağına

⁴⁵⁹ Erdem, **a.g.m.**, s. 1014.

⁴⁶⁰ Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 178-179; Bozer, Göle, **a.g.e.**, s. 27.

⁴⁶¹ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 40; Erdem, **a.g.m.**, s. 1014; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 281; Oğuzman, Öz, **C.II(2017)**, N. 1893, dp. 243. Ayrıca borçların büyük kısmının devir kapsamı dışında bırakılmasının eBK 179 tarafından alacaklılara getirilen imkanın bertaraf edilmesi olacağından bunun sınırsız veya büyük oranda yapılamayacağına ilişkin bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 117. Bunun bazı alacaklıların müteselsil başvuru imkanından yararlanmasına bazılarının ise yararlanamamasına sebebiyet vereceğinden alacaklılar arasında eşitsizlik yaratacağı yönündeki eleştiri için bkz. Durman, **a.g.e.**, s. 134.

⁴⁶² Arkan, **a.g.e.**, s. 46; Akçaal., **a.g.e.**, s. 67; Baktır, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁶³ Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 244. Bu görüşün hukuki dayanaktan yoksun olduğu yönünde eleştiri için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 388, dp.197.

⁴⁶⁴ Arkan, **a.g.e.**, s. 42; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; Durman, **a.g.e.**, s. 133; Öz, **a.g.m.**, s. 114; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 31; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 281, dp. 2.

ilişkin sözleşmeye hüküm koyabilirler. Lakin bu anlaşma yalnızca devreden ile devralan arasındaki iç ilişkide bağlayıcı olup alacaklılara karşı ileri sürülemez⁴⁶⁵.

Diğer görüş ise ticari işletmenin devrinde tarafların anlaşması ve alacaklılara açık şekilde bildirilmesi veya ihbar edilmesi şartı ile borçların tamamen veya kısmen devir kapsamı dışında tutulabileceğini belirtmektedir.

Temel olarak bu tartışma ve ilgili hükümler varlığında vücut bulmasa da bu görüşün en eski savunucusunun *Hirsch*⁴⁶⁶ olduğu söylenebilir. Yazar 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nun⁴⁶⁷ 47 ve 48 maddelerine dayanarak borçların devir kapsamı dışında bırakılabileceğini ifade etmiştir.

Daha sonraları ancak yine eski dönemde *Karayalçın*⁴⁶⁸, *Ayiter*⁴⁶⁹, *Ülkü/Karaaslan*⁴⁷⁰ ve *Arsanlı*⁴⁷¹ tarafından pasiflerin devir dışında tutulabileceği ve bu durumda eBK 179 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı en nihayetinde de borçların devrolmayacağı ifade edilmiştir. Yine bu yazarlar tarafından alacaklıların tasarrufun iptaline ilişkin hükümler dairesinde korunabileceği ifade edilmiştir⁴⁷².

Bu konuda en kapsamlı eleştiri ve gerekçeler ise *Arıcı*⁴⁷³ tarafından dile getirilmiştir. Yazar eBK 179 hükmünün emredici nitelikte olmadığını, hüküm içerisinde yer alan “*aktif ve pasifleriyle*” ibaresinin lafzi yorumunun işletmenin pasiflerinin devredilmesi halinde hükmün uygulanacağı yönünde olması gerektiği aksi durumda ilgili ibarenin kullanılmasının anlamsız olacağını belirtmektedir. Yine pasiflerin devrini engelleyecek nitelikte bir hüküm bulunmamasına karşın diğer görüşü savunan yazarların bu kanun boşluğunun yorum ile emredici olarak yorumlanabileceğine ilişkin görüşlerinin Türk hukuku nazarında “*emredici kural*

⁴⁶⁵ Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 81-82; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 39; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Akçaal, **a.g.e.**, s. 57.

⁴⁶⁶ Hirsch, **a.g.e.**, s. 47-48.

⁴⁶⁷ RG 06.06.1926/406

⁴⁶⁸ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 184-185.

⁴⁶⁹ Ayiter, **a.g.e.**, s. 49.

⁴⁷⁰ Ülkü, Karaaslan, **a.g.m.**, s. 52.

⁴⁷¹ Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 114-115.

⁴⁷² Karayalçın, **a.g.e.**, s. 185; Ayiter, **a.g.e.**, s. 49.

⁴⁷³ Arıcı, **a.g.e.**, s. 144 vd.

boşluğundan” söz edilemeyeceğinden bahisle eleştirmektedir. Bunlarla birlikte yazara göre eBK 179 düzenlemesinin iradi bir devir olduğu hususunda bir tartışma olmamasına karşın bunun yalnızca aktiflerin devri için kabul edip pasifler yönünden irade dışı devrolunacağına söylenmesi çelişkili olacaktır. Ayrıca borçların kendiliğinden intikal etmeyip devrin şartı olan ilan devralan tarafından yapılacağına öngörülmesi de taraf iradelerine bağlandığının bir göstergesidir. Hükmün düzenleme yerine göre de borcun üstlenilmesi düzenlemeleri içerisinde yer almaktadır ve bu düzenlemelere özel bir istisna getirilmesinden ibarettir. Hükmün düzenleme amacı ise borçların ve borç ilişkilerinin devrini kolaylaştırmak ancak bu kolaylaştırmaya karşın alacaklılara bir süre daha devredene başvuru hakkı tanıyarak denge oluşturmaktır. Pasiflerin tamamı veya büyük ölçüde devir kapsamında tutulmasının işletmenin bütünlüğü ile ilgili olduğu hususunda; bunun söylenemeyeceği, pasiflerin bu konuda işletmenin devamlılığı için önem arz etmesi halinde bunun en iyi devralan tarafından bilinebileceği eleştirisini getirmiştir. Pasiflerin devrinin zorunlu olması halinde; ilgili düzenlemenin uygulanması çok kısıtlanacak, “*sürpriz borçlar*” sebebi ile iktisadi yıkım gerçekleşebilecek ve en nihayetinde aralarındaki anlaşma ve rücu ilişkisi de yeterli korumayı sağlamayacaktır. Mukayeseli hukuka göre de taraf iradelerine serbestlik tanınması gerekmektedir. Alacaklıların teminatsız kalacağına ilişkin gerekçe yönünden ise; işletmenin devrinin karşı edimi zaten alacaklılar için teminat oluşturacak ve diğer görüşün kabulü halinde tarafların menfaat dengesi alacaklılar lehine ve devralan aleyhine ölçsüz şekilde bozulacaktır. Ayrıca alacaklılardan mal kaçırma kastı veya muvazaalı olarak devir hallerinde buna ilişkin korumaların getirilmesi maddi hukukun değil icra ve iflas hukukunun görevidir ve kanun koyucu tarafından bu yöndeki işlemler aleyhine getirilen İİK 277 vd. hükümlerinin yeterli korumayı sağlamayacağı gerekçe olarak ileri sürülemez. İİK 277 vd. kapsamında kötü niyetli olarak alacaklılardan mal kaçırma kastı ile hareket edilmesinde dahi aktifler ile sınırlı olarak sorumluluk öngörülmüşken genel hüküm dairesinde kanuna uygun olarak yapılan bir devirde daha ağır sorumluluk öngörülmesi uygun değildir⁴⁷⁴. Teminat teorisi ticari işletmeyi hukuk süjesi gibi ele almakta ve borçları işletmeye ayrılmaz

⁴⁷⁴ Bu gerekçe ve görüşe karşı eleştiriler için bkz. Durman, **a.g.e.**, s. 186 vd.

bir parça gibi bağlamaktadır. Bu husus borcun nispliği ilkesine aykırıdır. En nihayetinde alacaklıların en başta işletmenin devrolunacağına ilişkin bir beklentisi olmayacağına göre hukuki görünüş yönünden de sorumluluğun doğma ihtimali bulunmayacağı gibi yapılacak ihbar veya bildirimde borçların devir kapsamı dışında tutulduğunun belirtilmesi halinde devralan lehine hukuki görünüş ortaya çıkacaktır.

*Demir*⁴⁷⁵ ise ilk görüş taraftarlarınca savunulanın aksine ticari işletmenin devir bedelinin alacaklıların güvencesi olmaya devam edeceğini nitekim devreden işletme ile sınırlı değil tüm malvarlığı ile sorumlu olduğunu, en nihayetinde bu durumda alacaklılar için bir şey değişmeyeceğini, malvarlığının sadece paraya tahvil edilmiş olacağını bunun da muhasebe dilinde ikame prensibi olduğunu belirtmektedir. Ayrıca yazara göre ticari işletmenin devredilmek istenmesi halinde, tacirin ticari işletmenin normalde aktifleştiremeyeceği müşteri çevresi gibi işletme değerinin de bedelini alabilme imkânına kavuşacağını ancak ilk yorumun kabul edilmesi halinde devrin çok zorlaşacağından ve borçları devralmak zorunda kalacak devralanın haklı olarak çekinmesine sebebiyet vereceğinden devir bedeli düşecek, belki borçlar ile mahsuplaşacak veya eşitlenerek devredilecektir. Bu durumda devir bedelinin düşmesi alacaklıların da zararına olacaktır. Bunlarla birlikte olası kötüye kullanma durumlarında İİK 280/3⁴⁷⁶ yeterli korumayı sağlayacaktır. En nihayetinde yazar mukayeseli hukuk yönünden de İsviçre hukukunda ilgili düzenlemenin borcun nakline ilişkin getirilmiş bir istisna oluşturduğu ve Alman hukukunda hukuki dayanağı olmasına karşın rağbet görmediği gerekçeleri ile borçların devir kapsamı dışında bırakılabileceğine ilişkin görüşe katıldığını belirtmektedir.

*Kendigelen*⁴⁷⁷ yukarıdaki yazarların tüm gerekçeleri kapsamında önceki görüşünü değiştirerek borçların devir kapsamı dışında bırakılabileceğini belirtmektedir. Yazar ayrıca en önemli gerekçe olarak devralanın malvarlığı ile sınırlı

⁴⁷⁵ Demir, **a.g.m.**, s. 110-11.

⁴⁷⁶ Y.n. İİK md. 280 hükmü başlangıçta dört fıkra düzenlenmiş olmasına karşın 2003 yılında hükmün ikinci fıkrası ilga edilmiş ve hüküm toplamda üç fıkra halinde kalmıştır. Bu sebeple bazı yazarlar son fıkrasına atıf yaparken üçüncü fıkra bazılarını ise mevcut durumunu koruyarak dördüncü fıkra olarak atıf yapmaktadırlar. Bizlerde özellikle diğer yazarların görüşlerini verirken kendi ifadelerini bozmamak için kendi kullanımları yönünde yazmaktayız. Ancak hangi şekilde yazarsak yazalım son fıkradan bahsettiğimizi belirtmek isterim.

⁴⁷⁷ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 389.

olmayacak şekilde borç altına sokulmasının alacaklıları haddinden fazla koruyacağını ve devir olanağını büyük oranda sınırlayacağını söylemektedir. Ayrıca devamla bu yönde yorumun kanun koyucunun İsviçre hukukuna benzer şekilde getirmek istediği devrin kolaylaştırılması ilkesine daha uygun olacağı, açık bir hüküm bulunmamasına rağmen işletmenin kayıtlarında dahi yer almayan “sürpriz borçlar” dâhil tüm borçlardan sorumlu tutulmasının menfaatler dengesini devralan aleyhine aşırı bozacağı ve en nihayetinde İİK 277 vd.⁴⁷⁸ hükümlerince alacaklıların korunabileceği gerekçelerini sıralamaktadır.

Çelikboya da⁴⁷⁹ *Arıcı* ile benzer ve kapsamlı şekilde sunduğu gerekçeler ile yüksek lisans tezindeki görüşünün aksine⁴⁸⁰ borçların devir kapsamı dışında bırakılabileceğini ifade etmektedir.

Yukarıda belirtilen yazarlar dışında ayrıca bu görüşü kabul eden yazarlara *Kahraman*⁴⁸¹ ve *Hatemi/Gökyayla* da⁴⁸² örnek verilebileceği gibi son dönem yazılan

⁴⁷⁸ Yazar özellikle alacaklıların İİK 280/4’de yer alan özel karineden yararlanabilecekleri ve ticari işletme devri özelinde ilgili madde kapsamında daha yoğun korunabileceklerini ifade etmektedir (A.e., N.389.).

⁴⁷⁹ *Çelikboya*, a.g.e., s. 255 vd. Yazar özellikle ilk görüş taraftarlarınca ileri sürülen pasiflerin aktiflerin mütemmim cüz’ü olduğu ve tamamlayıcı parça, bütünlük kapsamında olduğu görüşlerine ilişkin eleştiriyi genişletmiştir. İlk hususta kural olarak borcun malvarlığına değil hukuk kişisine ait olduğu ve bunun aksi durumunda istisnai düzenleme olan eşyaya bağlı borçtan bahsetmek için özel hüküm olması gerektiği lakin ticari işletme devri için böyle bir istisnadan bahsedilmediğinden genel düzenlemeden uzaklaşmanın gerekçesinin olmadığından bahsetmektedir. İkinci hususta da özellikle ticari işletme bünyesindeki malvarlığı değerlerinin ayrı ayrı devrinin de mümkün olduğundan eğer pasifler tamamlayıcı parça olsalardı bunun mümkün olmayacağını ifade etmekte ve gerekçelendirmektedir (A.e., s. 259-263.).

⁴⁸⁰ *Çelikboya*, a.g.e., s. 256, dp. 89.

⁴⁸¹ *Kahraman*, a.g.e., s. 169-170. Ancak yazar sadece aktiflerin devredilmesi halinde ticari işletme devrinden bahsedilemeyeceğini de söylemektedir (A.e., s. 156.). Yine gerekçelendirmem ve hangileri olduğunu belirtmemek kaydı ile “bazı borçların” devir kapsamı dışında tutulabileceğini farklı yerlerde yinelemektedir (A.e., s. 169-170.). Bu gerekçeler ile kanaatimizce yazar her ne kadar ilk görüşü eleştirmekte ve bu görüşü açıkça kabul etmemekte ise de tüm pasiflerin devir dışı bırakılma ihtimalini de kabul etmemektedir.

⁴⁸² *Hatemi, Gökyayla*, a.g.e., §42 N. 26a. Yazar özellikle TTK 11/3 düzenlemesi kapsamında aktiflerin kısmi külli halefiyet gereği devrine cevaz verildiğinden taraflar arasında yalnızca bu yönde olan iradeye açık düzenleme kapsamında riayet edilmesi gerektiği, yalnızca aktiflerin devrinin mümkün olacağını belirtmektedir (A.e., §42 N. 26a.).

tezlerin bazılarında⁴⁸³ da bu görüşün savunulduğu görülmektedir. Nitekim ikinci görüş İsviçre hukukundaki sistem⁴⁸⁴ ile de baskın görüş⁴⁸⁵ ile de uyumludur.

Kanaatimizce de borçların devir kapsamı dışında bırakılabileceğine ilişkin ikinci görüş daha da isabetli olmakla yukarıda yer alan hukuki ve haklı gerekçelere ayrı ayrı ve istisnasız olarak katıldığımızı belirtiriz.

Bunlara ek olarak ticari işletmenin aktiflerinin TTK 11/3 ile pasiflerinin ise TBK 202 ile devredilmesini öngören mevcut hukuki sistemin aktif ve pasiflerin beraber devredilmesi ve ikisinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü ile çelişmektedir. Ayrıca aktif ve pasiflerin devir anlarının ve devir şartlarının⁴⁸⁶ ayrı olması da bu hususu destekler niteliktedir. Yine ilk görüş taraftarlarınca ileri sürüldüğü şekilde borçların ticari işletmeye bağlı olduğu ve devir ile birlikte emredici hüküm sebebi ile kendiliğinden devralana geçeceği iddiası da aynı yönde düzenlemeler ile aykırılık içermektedir. Nitekim bu şekilde eşyaya bağlı bir borç ve emredici düzenleme kapsamında devir öngörülmüş olsa idi tasarruf işlemi ile birlikte kendiliğinden gerçekleşmesi gerekirdi. Oysa kanun koyucu pasiflerin ayrı tutulması veya devir kapsamında tutulması imkânlarından taraf iradelerine göre seçilenin ilan yahut ihbarın içeriğine eklenerek hukuki sonuç doğurması için imkân tanımış ayrı bir düzenlemeye gitmiştir.

Bunlarla birlikte küçük bir işletme sahibinin işletmeden elde ettiği gelirleri ile işletme dışında bir taşınmaz alımı ile yatırım ve tasarrufta bulunduğu varsayımında işletmeden kat be kat daha değerli olan taşınmazın alacaklılar yönünden işletmenin kendisinden daha büyük bir teminat olduğu şüphesizdir. Lakin bu örnekte işletme sahibinin taşınmazı satması halinde taşınmazın alacaklıların teminatı olduğu

⁴⁸³ Güncan, **a.g.e.**, s. 94; Burak Sertoğlu, **Ticari İşletme Devri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 24-26.

⁴⁸⁴ İsviçre hukukuna göre devre konu edilmek istenen borçların devir envanterine açıkça yazılmak sureti ile devir edilebileceğine ilişkin bkz. Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 233; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 245-246.

⁴⁸⁵ Arıcı, **a.g.e.**, s. 145.

⁴⁸⁶ Aktiflerin devri için ticaret siciline tescil kurucu nitelikteyken, pasiflerin devri için ticari işletmenin devrinin ilan veya ihbar edilmesi kurucu niteliktedir. İkisinin devir anı aynı olmadığı gibi pasiflerin devredilmesi geçerli bir ticari işletme devrine yani aktiflerin devrine bağlandığından zaten ilk işlemten ayrı ve sonrasında gerçekleştirilebilecek bir işlem olarak düzenlenmiştir.

varsayımı ile yeni maliki bu borçlardan sorumlu tutamayacağımız da aynı şekilde aşıkârdır. Bu sebeple salt ticari işletmenin aktiflerinin pasiflerinin teminatı olduğu yaklaşımı ile devralanı bu borçlardan sorumlu tutmak hukuki dayanaktan yoksun olmasının yanı sıra fiili gerçeğe de çok uygun değildir. Ayrıca aynı örnekte işletme sahibinin taşınmazını ve işletmesinin malvarlığı unsurlarını hatta başka malvarlıklarını da ayrı ayrı satması varsayımında bu işlemler sebebi ile zarara uğrayan alacaklılar İİK 277 vd. kapsamında korunabileceklerken salt ticari işletmenin bütün olarak devre konu olması halinde İİK 280/4 kapsamında özel olarak öngörülen karine ile birlikte İİK 277 vd. hükümlerinin gerekli korumayı sağlamayacağını iddia edilmesi de gerekçesiz kalmaktadır.

En nihayetinde pasiflerin devir kapsamı dışında tutulamayacağını söylenmesi ticari işletmenin devrini kolaylaştırmak amacı ile getirilen her iki düzenlemenin de amaç ve ruhuna aykırılık teşkil etmektedir. Ve çok büyük bir yenilik ve atılım olarak ifade edilen düzenlemeler sağlayacağı faydadan daha büyük risk ihtiva ettiğinden uygulanması mümkün olmayan ve salt doktrinde tartışılan hükümlerden ibaret kalacaklardır.

III. Ticari İşletmenin Borçlarının Devri

A. Şartları

1. Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devredilmesi

TBK 202 kapsamında borçların devredilebilmesi için öncelikle geçerli bir ticari işletme devri ile ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmiş olması gerekmektedir⁴⁸⁷. Yine borçların devri için de tüm unsurların devir kapsamında yer almasına gerek olmayıp ticari işletmenin faaliyetini devam ettirebilmesi için zorunlu olan unsurların devir kapsamında yer alması yeterlidir⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 47; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37; Öz, **a.g.m.**, s. 114; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 390.

⁴⁸⁸ Arkan, **a.g.e.**, s. 47; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 37; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 232.

Doktrinde bir görüŖe göre⁴⁸⁹ devir sözleşmesinin akdedilmiş olması bu Ŗart için yeterli olup diğer Ŗartların da yerine getirilmesi kaydı ile (ilan veya ihbar) borçlar devralana geçecektir. Diğer görüŖe⁴⁹⁰ göre ise yalnızca borçlandırıcı nitelikteki devir sözleşmesinin akdedilmesi yeterli olmayıp ayrıca tasarruf işlemi olarak devrin de gerçekleşmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce de TBK 202 hükmünün konuya ilişkin kısmında yer alan “*aktif ve pasifleri ile birlikte devralan*” ibaresi gayet açık şekilde devrin gerçekleşmiş olmasını Ŗart kıldığından, borçların devredilebilmesi için yukarıda da değindiğimiz üzere ticari işletmenin tescil ile devrinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Devrin gerçekleşmemiş veya taraflar arasındaki devir sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde ilan veya ihbar gerçekleşmiş olsa dahi devralan borçların devrolmadığını alacaklılara karşı ileri sürebilecektir⁴⁹¹.

2. Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılmamış Olması

Yukarıda da geniş olarak değerlendirdiğimiz üzere borçların (pasiflerin) tamamen veya - ilan veya bildirimde tereddütte mahal vermeksizin belirtilmesi kaydı ile - kısmen⁴⁹² devir kapsamı dışında tutulabileceğini belirtmiştik⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 694; Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 116; Eren, **a.g.e.**, s. 1281; Bunun güncelliğini yitiren bir tartışma olduğunu belirtmekle eski dönem görüşlerinden o dönemki gerekçelere göre bu yöndeki görüşün alacaklıların devrin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma yükümlülüğünün bulunmadığı, ilan ve ihbarı devralan yaptığından devir gerçekleşmeden ilan veya ihbardan imtina edebileceği gerekçeleri başta olmak üzere diğer gerekçeler kapsamında daha isabetli olduğundan bahseden Akcaal, **a.g.e.**, s. 169-170.

⁴⁹⁰ Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 144; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 85; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 407; Bunun devralan yönünden *büyük bir haksızlık* olacağından bahseden Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 45-46; Yine bunun devralan yönünden *ağır bir sorumluluk* olacağından bahseden Arıcı, **a.g.e.**, s. 181; doğrudan ticari işletme ve külli intikal kapsamında değerlendirmeksizin münferit devirler yönünden konuya yaklaşan ancak aktiflerin kendi özel Ŗekil Ŗartlarına göre öncelikle devir ve tescil edilmesi gerektiğini belirten Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1033-1034.

⁴⁹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 283. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, §42, N.26; alacaklıların iki borçludan müteselsil olarak alacaklarını tahsil etme haklarından ziyade geçersiz devir halinde bu borçlardan sorumlu olacak olan devralanın menfaatinin üstün tutulması gerektiği gerekçesi ile birlikte Arıcı, **a.g.e.**, s. 181-182, 179.

⁴⁹² Borcun genel olarak toplam bir üst miktar ile sınırlandırılması mümkün değilse de özel olarak belirtilmek sureti ile belirli bir borç veya borçlara ilişkin sınır getirilebilir (Arıcı, **a.g.e.**, s. 186.). Yine borcun son veya herhangi bir tarihli bilanço ile sınırlandırılması da mümkündür ancak bunun alacaklılara karşı ileri sürülebilmesi için sınırlandırmaya esas teşkil eden bilançonun açıkça

Bu kapsamda borçların devrinden bahsedebilmemiz için tarafların borçların da ticari işletme ile birlikte devredilmeyeceği hususunda anlaşmamış olması şarttır⁴⁹⁴. Kısmen borçların devir kapsamı dışında tutulması durumunda ise bunun açıkça ilan ve ihbarda belirtilmesi kaydı ile⁴⁹⁵ borcun devrine ilişkin tüm sonuçlar yalnızca devredilen bu borçlar yönünden hüküm ve sonuç doğuracaktır.

Her iki durumda da önemle belirtmek isteriz ki genel kural ve karine borçların da aktifler ile birlikte devredildiği yönünde olup aksine yapılan bir anlaşma bulunmaması ve bunun ilan ve ihbarda belirtilmemesi halinde borçların devrolmadığı hususu alacaklılara karşı ileri sürülemez⁴⁹⁶.

3. Borcun Ticari İşletmeye Dâhil Olması

İlk olarak devir konusu edilen borçların ticari işletmeye dâhil başka bir deyiş ile ticari işletmenin borcu olması gerekmektedir⁴⁹⁷. Ancak ticari işletme doğrudan bir hukuk süjesi olmadığından borçlar ticari işletme bünyesinde değil doğrudan işletenin malvarlığında doğmaktadır. Bu sebeple hangi borçların ticari işletmeye ait olduğunun tespiti hususunda bir takım sorunların çıkması kaçınılmaz görünmektedir.

belirtilmesi veya ilanda yer alması şarttır (Arıcı, **a.g.e.**, s. 186-178.). Aksi takdirde tüm böyle bir sınırlama alacaklılara karşı ileri sürülemez ve tüm borçlar devredilmiş kabul edilecektir (Kahraman, **a.g.e.**, s. 170-171.).

⁴⁹³ Bkz. Yuk. Üçüncü Bölüm, II.

⁴⁹⁴ Arıcı, **a.g.e.**, s. 195; Kahraman, **a.g.e.**, s. 159 vd. Özellikle 170; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 414 vd.

⁴⁹⁵ Arıcı, **a.g.e.**, s. 184,186; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 414; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 299.

⁴⁹⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 415; Arıcı, **a.g.e.**, s. 185-186; Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 116; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 297; Kahraman, **a.g.e.**, s. 170. Yazar ayrıca hangi borçların devir kapsamı içinde olduğuna ilişkin ihtilafın vuku bulması halinde ilgili borcun devir kapsamı dışında olduğuna ilişkin ispat külfetinin devralana ait olduğunu belirtmektedir (**A.e.**, s. 170.). Aktifler ile pasifler arasında hukuki değilse de iktisadi bir bağ bulunduğu ve bu bağ sebebi ile üçüncü kişilerin bunların birlikte devredildiğine ilişkin güven ve inançlarının ilan veya ihbarda belirtilerek ortadan kaldırılabileceğine ilişkin bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 299, dp. 195. Devredilen borçlara ilişkin açıklık getirmek için borçların tek tek belirtilmesinin en güvenli yol olduğu yönünde bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 186; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 118. Aktiflerin devri yönünden daha sağlıklı olması için öngörülen bir envanter hazırlanması gerekliliğinin pasiflerin alacakların menfaatlerini de daha yakından ilgilendirmesi nazara alındığında asıl pasifler için gündeme getirilmesi ve devir konusu borçların belirliliği için bu yönde bir envanterin hazırlanıp ilan veya ihbar edilmesi gerektiğini belirten görüş için bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 291-292.

⁴⁹⁷ Arıcı, **a.g.e.**, s. 37; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 292; Akçaal, **a.g.e.**, s. 172. Ayrıca işletmeye dahil borç kavramına ilişkin *doğrudan* ve *dolaylı* borç kavramları yönünden detaylı inceleme için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 158-159.

Bu sorunun çözümü için mutlak ölçüt olmamak ile birlikte ticari defter ve kayıtların kullanılabilceğini söyleyebiliriz⁴⁹⁸. Yine TTK md. 3 kapsamında ticari işletme ile bağlantılı olduğu için ticari iş sayılan borçlar işletmeye ait kabul edilebilecek ve bu yönde özellikle alacaklılar TTK 19/1 kapsamında ilgili borcun ticari işletmeye ait olduğuna ilişkin karineden yararlanacaklardır. Yani ilgili karine uyarınca ticari işletmeye ait olduğu kabul edilen borcun ticari işletmeye ait olmadığını ispat külfeti devralana ait olacaktır⁴⁹⁹.

Ancak devredenin birden fazla ticari işletmesi bulunması ve bunlardan biri yahut bir kaçını devretmesi ihtimalinde bu son karinenin uygulanması hakkaniyetli olmayacağı gibi borcun devre konu edilen ticari işletme veya işletmelere ait olup olmadığının tespiti de bu yöntem ile mümkün olmayacaktır⁵⁰⁰.

Ticaret ortaklıklarının bu konuda ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirten *Tekinalp*'e⁵⁰¹ göre; ticaret ortaklıklarının gerçek kişi tacirden farklı olarak TTK 19/1 kapsamında ticari olmayan bir işlerinin olamayacağı ve ticari işletmeden kaynaklı olmaksızın ortaklığa ait tüm borçlarını finansal tablolarına kayıt edeceğinden hangi borçların ticari işletmeye ait olduğunun tespit edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle de ticaret şirketlerinde aksi öngörülmemesi halinde borçlar devrolmayacaktır. Borçları da devir kapsamında tutmak isteyen taraflar ya bu borçlar açıkça devir sözleşmesine yazmalı yahut TBK 196 kapsamında devretmelidir.

Kanaatimizce böyle bir ayrımın hukuki dayanağı olmadığından kabulü mümkün değildir. Tespit ve ispata ilişkin zorluklar yönünden yazara katılmak ile birlikte bunun aksinin devralan tarafından her zaman ispat edilme hakkının

⁴⁹⁸ Arıcı, **a.g.e.**, s. 39. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 294.

⁴⁹⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 38-39; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 293.

⁵⁰⁰ Arıcı, **a.g.e.**, s. 39; bu durumda artık somut uyuşmazlığın şartlarına göre yorum yapılması gerektiğini belirten Çelikboya, **a.g.e.**, s. 294.

⁵⁰¹ Tekinalp, **Hukuki Yazgı**, s. 9, 12 vd. Aksi yönde bunun ispat yahut tespit edilmesinin güçlüğü ile alakalı bir konu olduğu, ticari şirketler yönünden böyle bir ayrımın isabetsiz olduğu ve en nihayetinde birden fazla ticari işletme bulunması halinde de aynı sıkıntıların yaşanacağı nazara alındığında bu yaklaşımın tutarsız olduğuna ilişkin eleştiri için bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 296-297. Bunun bir ispat sorunu olduğu yönünde Yargıtay görüşü için bkz. Yarg. 11. HD'nin 06.10.2016 tarih ve 122/7855 sayılı kararı (LexperaHBS). Bu yorumun "ayrıca" tutulan defter ve kayıtlar bulunması sebebi ile dernek ve vakıflar yönünden yapılamayacağına ilişkin bkz. Güncan, **a.g.e.**, s. 77, dp.43.

bulunduğu ile birlikte borcun ticari işletmeden kaynaklı olup olmadığının somut uyuşmazlık nazarında değerlendirilmesi gerekmektedir.

4. Borcun Üstlenilebilir/Nakledilebilir Olması

Ticari işleme devri kapsamında devre konu edilen borçların üstlenilebilir veya başka bir deyiş ile bu borçların nakledilemez nitelikte olmaması gerekmektedir⁵⁰².

Genel olarak devre konu edilen borçlar zamanaşımına uğramış, şarta bağlı, muaccel veya müeccel olabilir⁵⁰³. Ayrıca borcun dayanağının hangi hukuki ilişkiden kaynaklandığı (sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vb.) da önem arz etmemektedir⁵⁰⁴.

Bu başlık altında nakledilemez borç olarak belirteceğimiz ilk borç türü kamusal borçlardır⁵⁰⁵.

İkinci olarak ise kişiye sıkı surette bağlı –başkası tarafından ifa edilemeyecek- borçlar nakledilemeyecektir⁵⁰⁶. Tüzel kişilerin özellikle de sermaye şirketlerinin kurumsal yapıları itibari ile yöneticileri ve hatta ana sözleşmelerinin her

⁵⁰² “Nakledilemez” ibaresini kullanan Kahraman, **a.g.e.**, s. 157 vd.; “üstlenilebilir” ibaresini kullanan Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 417; Her iki ifadeyi de kullanan Arıcı, **a.g.e.**, s. 195 vd.. “devredilebilir” ibaresini kullanan; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 309.

⁵⁰³ Kahraman, **a.g.e.**, s. 157-158; Arıcı, **a.g.e.**, s. 195-196.

⁵⁰⁴ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 127; Arıcı, **a.g.e.**, s. 196; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 417; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 309; Akçaal, **a.g.e.**, s. 172.

⁵⁰⁵ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 417; Arıcı, **a.g.e.**, s. 196. Yazarın bu hususta bizim de katıldığımız gerekçeleri şöyledir; kamu hukukunda istisnai haller ve bunlara ilişkin özel düzenlemeler dışında borçlu taraf değişikliğine izin vermemesi, TBK 202 hükmünün özel hukuka ilişkin bir düzenleme olması bu yönüyle de özel hukuka ilişkin borçlar için bir istisna getirmiş olması ve en nihayetinde hüküm içerisinde açıkça kamu borçlarına ilişkin bir kural getirilmemiş olması (**A.e.**, s. 196-197.).

⁵⁰⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 417; sadece devreden tarafından ifa edilebilecek nitelikteki borç deyişimi ile Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 130-131; TBK 202 (eBK 179) amacı alacaklının rızasına gerek olmaksızın borçlunun değışmesi olup borcun değışikliği değıildir, oysa kişiye sıkı surette bağlı borçların devredilmesi halinde borcun da muhteviyatında değıişiklik meydana gelebileceğı gerekçesi ile Arıcı, **a.g.e.**, s. 198; Alacaklının rızası alınmadığından bu nitelikteki borçların devrinin mümkün olmayacağı gerekçesi ile Kahraman, **a.g.e.**, s. 158-159. Yazar ayrıca gerekçesine ek olarak borcun üstlenilmesinde böyle bir sınır olmadığı, alacağın rızası ile borcun üstlenilmesi kapsamında bu nitelikteki bir borcun da devredilebileceğini ifade etmektedir (**A.e.**, s. 159.); Aynı yönde; Arıcı, **a.g.e.**, s. 198. Kişiyi sıkı surette bağlı borçların devredileceğine ilişkin taraflar arasındaki sözleşmenin iç ilişkide geçerli olacağı yönünde bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 417.

zaman değişebileceği ve kişisel unsurlarının bulunduğu gerekçeleri ile nadiren bu yönde kişisel – başkası tarafından ifa edilemeyecek – borçlarının bulunacağı da ifade edilmektedir⁵⁰⁷.

Bu konuda doktrinde özellikle devredenin kişiliğine bağlı olan rekabet etmeme yasağı niteliği gereği nakledilebilir değildir, ancak işletenin kişiliğinden ziyade ticari işletme ile bağlantılı olarak getirilen rekabet yasaęı⁵⁰⁸ da borçların devri ile nakledilebilecektir⁵⁰⁹.

Domaniç/Ulusoy ise kredinin güven ve itibar kazandırma olduğu ve geri ödeyeceğine inanılan kişilere verildiği gerekçesi ile banka kredilerinin de nakledilemez borçlardan olduğunu ifade etmektedir⁵¹⁰. Doktrinde de hiç taraftar toplayamayan bu görüş kanaatimizce de yerinde değildir. Yalnızca banka kredileri değil tüm borçlar geri ödeneceğine inanılarak verilir. Ayrıca tüm borçlar içinde belki de kişinin şahsını hiç önemsemeksizin salt teminat olarak gösterilen – bunların başında da ticari işletmenin hacmi, cirosu ve ödeme gücü – aktiflere göre kredi veren bankaların alacaklarının kredi verilen kişinin şahsı ile ilgili ve nakledilemez olduğunu söylemek kanaatimizce pek mümkün değildir.

5. Devrin İlan veya İhbarı

TBK 202 kapsamında borçların devrinden bahsedebilmemiz için devrin ticari işletmeler yönünden alacaklılara ihbar edilmesi veya Ticaret Sicili Gazetesinde, ilan edilmesi şarttır. Borçların devri konusunda ilan veya ihbar kurucu niteliktedir⁵¹¹.

⁵⁰⁷ Arıcı, **a.g.e.**, s. 198-199.

⁵⁰⁸ Örnek olarak bir bölge de inhisarlık hakkı tanınanın ve buna karşılık aynı bölge içerisinde aynı iş ile iştigal eden diğer üçüncü kişilerin iş ve sözleşmelerine aracılık etmeme taahhüdünde bulunan bir acentenin devredilmesi halinde buradaki rekabet yasağı önceki işletenin kişiliği ile ilgili olmayıp işletmeyle ilgili olduğundan nakledilebilir kabul edilecektir.

⁵⁰⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 199; Kahraman, **a.g.e.**, s. 159; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 417.

⁵¹⁰ Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 179. Gerekçe belirtmeksizin görüşün yerinde olmadığını ve banka kredilerinin TBK 202 (eBK 179) kapsamında nakledilebilir olduğunu ifade eden yazar için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 389.

⁵¹¹ Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 115-116; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 106 vd.; Arıcı, **a.g.e.**, s. 182; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 693; Oğuzman, Öz, **C.II(2017)**, N. 1892; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §35, N.1801; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 408; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 38; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Kahraman, **a.g.e.**,

Belirtmek gerekir ki ilan veya ihbar şartından birinin yerine getirilmesi devir için yeterli olup ikisinin bir arada bulunmasına gerek yoktur⁵¹².

Yine ilanın yerine getirilmiş olması veya ihbarın alacaklının hakimiyet alanına girmiş olması yeterli olup alacaklının bunları okuyup okumadığı veya bundan gerçek anlamda haberdar olup olmadığının da bir önemi bulunmamaktadır⁵¹³.

Alacaklılara yapılması öngörülen ihbar (bildirim) kural olarak her hangi bir şekil şartına tabi değildir⁵¹⁴. Ancak ispat külfeti yönünden ihbarın ispatı kabil (yazılı) bir yöntem ile yapılması önemlidir⁵¹⁵.

s. 146, dp. 618; Demir, **a.g.m.**, s. 109; Topuz, **a.g.m.**, s. 41; Akçaal, **a.g.e.**, s. 169; devralanın bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde aktiflerin de devrolmayacağından bahseden Karahan, **Ticari İşletme**, s. 35-36; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1035. Yazar ancak devamla ilan veya ihbarın amacının duyurmak olduğunu bu sebeple herhangi bir şekilde devrin varlığından haberdar olan kişi için devrin sonuçlarının uygulanabileceğini belirtmektedir (**A.e.**, s. 1305.). *Ülke / Karaaslan* ise kural olarak ihbar veya ilan yapılmaması halinde üçüncü kişilerin haricen öğrenmesinin devrin gerçekleşmesi yönünden bir etkisi olmadığını belirtmekle alacaklıların bu yöndeki iddiasının hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olması halinde öğrenme ile sorumluluğun başladığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (**a.g.m.**, s. 55.). Aksi yönde; alacaklıların devrin varlığını ispatlamaları şartı ile devralanı borçtan sorumlu tutabilecekleri, bildirim duyurunun sadece devreden sorumluluğuna ilişkin 2 yıllık sürenin başlangıcına ilişkin olduğu yönünde İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 15; devreden sorumluluk süresinin işletmenin devir tarihinden itibaren sorumluluğun başlayacağını belirten Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 162; alacaklılardan mal kaçırmaya yol açabileceği gerekçesi ile İhsan Erdoğan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, Gazi Kitapevi, 2017, s. 282, dp. 225. İlan ve ihbarın borçların devri hususunda kurucu nitelikte olduğu yönünde Yargıtay kararları için bkz. Yarg. HGK., E. 2007/21-664 K. 2007/745 T. 17.10.2007; 14.05.2008 T. 2008/19-355 E. 2008/372 K.; 17.10.2007 T. 2007/21-664 E. 2007/745 K.; 15.11.2006 gün 2006/10-722 E. 2006/730 K.; 01.03.2006 T. 2006/9-51 E. 2006/27 K.; 26.12.2001 T. 2001/11-1155 E. 2001/1165 K. ve 28.11.2001 T. 2001/21-1030 E. 2011/1077 K.; Yarg. 10. HD., E. 2017/1477 K. 2017/8917 T. 14.12.2017 (LexperaHBS). İsviçre hukukunda da baskın görüşün aynı yönde olduğuna ilişkin bkz. Kahraman, **a.g.m.**, s. 600, dp.61.

⁵¹² Pek çokları yerine bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 182; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1035. Aksi yönde ticari işletmeler için “bildirim” yapılmasının seçimlik hak olarak yorumlanmaması, TSG’de ilanın şart olduğu, devralanın salt “bildirim” ile ilgili yükümlülükten kurtulmaması gerektiği yönünde bkz. Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 85. Ticari işletmeler yönünde yalnızca TSG’de ilan ve tescilin öngörülmesinin daha yerine olacağı yönünde bkz. Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3908.

⁵¹³ Arıcı, **a.g.e.**, s. 188, 190; Durman, **a.g.e.**, s. 112; Kahraman, **a.g.e.**, s. 235; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 282; Akçaal, **a.g.e.**, s. 63.

⁵¹⁴ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 113; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 39; örnek olarak telefon, mektup, sirküleri sayan Arkan, **a.g.e.**, s. 45; mektup, sirküler, e-posta, el ilanı sayan Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 410; telefon, afiş, sirküler, e-postayı sayan Arıcı, **a.g.e.**, s. 187; Akçaal, **a.g.e.**, s. 64. Ancak şekil şartının olmaması demek karşı tarafa hitaben yapılması gereken bir bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamakta, başka bir deyiş ile salt ticari işletmeyi işletmeye başlamak veya devrin sonuçlarına göre hareket etmek ihbar yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin yorumlanamayacaktır (Arıcı, **a.g.e.**, s. 188; Akçaal, **a.g.e.**, s. 65.).

İhbarın tüm alacaklılara yapılmasının gerekli olup olmadığı yahut yapılmayan alacaklılar yönünden sonuçlarına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çoğunluktaki görüşe göre borcun devri için ihbarın tüm alacaklılara yapılması gerekli değildir⁵¹⁶. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı⁵¹⁷ ihbar edilmeyen alacaklıların haricen öğrenip öğrenmediklerinin araştırılması gerektiğini ifade ederken, diğer kısmı ise⁵¹⁸ ihbar edilmeyen alacaklılar yönünden borçların nakledilmemiş olacağını belirtmektedir. Diğer görüşe göre⁵¹⁹ ise; ihbarın kural olarak tüm alacaklılara yapılması gerektiğini ancak önemli bir kısmına ihbarın yapılmış olması halinde de şartın gerçekleşeceğini belirtmektedir.

İlan yönünden ise kanun koyucu ikili bir ayrıma gitmiştir. Ticari olmayan işletmeler için Türkiye genelinde dağıtım yapan gazetelerden birinde, ticari işletmeler için ise TSG’de ilan edilmesini öngörmüştür⁵²⁰. Ancak TBK 202’de öngörülen kurucu nitelikteki ilan ile TTK 11/3 kapsamında öngörülen tescil ve ilan birbirinden farklı olup yukarıda geniş olarak açıkladığımız üzere TTK 11/3 yönünden tescil kurucu nitelikte olmakla birlikte, ilan yalnızca açıklayıcı niteliktedir⁵²¹.

TBK 202 hükmü nazarında yapılması öngörülen ilan veya ihbar sarih kanun hükmü gereği devralan tarafından gerçekleştirilmelidir⁵²². Devralanın bu

⁵¹⁵ Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 39. İspat külfeti açısından TSG’de ilan yapılmasının yerinde olacağını belirten görüş için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 412; Arıcı, **a.g.e.**, s. 189.

⁵¹⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 410. Yazar yalnızca müşterilere yapılan duyurunun yeterli olacağını belirtmektedir (**A.e.**, N.410.).

⁵¹⁷ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 114-115; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 282; Akçaal, **a.g.e.**, s. 62-63.

⁵¹⁸ Oğuzman, Öz, **C.II(2017)**, N. 1895.

⁵¹⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 188.

⁵²⁰ Pek çokları yerine bkz. Şenyüz, **a.g.e.**, s. 217. Mevcut düzenlemenin önceki dönemde kanun lafzı sebebi ile en az iki gazetede ilan yükümlülüğü getirip getirmediği ve ticari işletmeleri de kapsayıp kapsamadığına ilişkin tartışmaları sonlandırdığına ilişkin bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 212-213.

⁵²¹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 413; Tekinalp, **Hukuki Yazgı**, s. 12-13. İki kanunda da ilandan bahsedilmesinin gereksiz olduğu ve bunun komisyonlar arası uyumsuzluktan kaynaklandığından bahseden görüş için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 212; Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 3907. Bu iki ayırım sebebi ile borçların ve aktiflerin devrinin farklı tarihlerde gerçekleşeceği ve bunun yine komisyonlar arası uyumsuzluktan kaynaklandığına ilişkin eleştiri için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 390; Öz, **a.g.m.**, s. 117.

⁵²² Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 83; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 409;; Arıcı, **a.g.e.**, s. 192; Akçaal, **a.g.e.**, s. 62; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 111. Yazar bunla birlikte ilan veya

yükümlülüğü bizzat yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olmayıp ilan veya ihbar için üçüncü bir kişiye hatta devredene temsil yetkisi verebilir⁵²³. Devralan tarafından yapılması öngörülen ilan veya ihbarın devreden borçlarını devretmesinin şartı olması hasebi ile devreden lehine ve devreden ile daha yakından ilgili bir işlem olduğu şüphesizdir. Bu sebeple devralanın ihbar veya ilandan kaçınması halinde devreden borca aykırılığa ilişkin hükümler dairesinde devralanı ihbar ve ilana zorlayabileceği kabul edilmektedir⁵²⁴.

Yapılacak bildirim veya ilan içeriğinde açıkça ve ayrıca borçların devredildiğinin yazılmasına gerek yoktur. Devrin varlığının ihbar veya ilan edilmesi yeterlidir⁵²⁵.

Bu noktada özellikle bizlerin devir kapsamında borçların sınırlandırılabilirliğini de kabul ettiğimiz nazara alındığında incelenmesi gereken bir diğer önemli husus ise borçların devrine ilişkin ilan veya ihbarın içeriği ile devir sözleşmesi arasında uyumsuzluk bulunması ihtimalidir. Buna ilişkin ilk ihtimal devir sözleşmesinde yer alan bir sınırlamanın ilan veya ihbarda yer almamasıdır. Bu durumda üçüncü kişilerin taraflar arasındaki iç ilişkiyi araştırma yükümlülüğü olmaması ve güven teorisi uyarınca üçüncü kişi alacaklılar yönünden ilan veya ihbara öncelik tanınacak ve önceki borçlar ilan veya ihbara göre devrolmuş kabul edilecektir.⁵²⁶ Taraflar arasındaki sözleşme de iç ilişkide bağlayıcılığını

ihbarın en kısa sürede yapılmasının devreden menfaatine olacağı ve alacaklıları daha iyi tanınması yönünden bunun devreden tarafından yapılmasının ön görülmesinin daha yerinde olacağını da belirtmektedir (A.e., s. 111.).

⁵²³ Arıcı, **a.g.e.**, s. 192; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 111, Akçaal, **a.g.e.**, s. 62.

⁵²⁴ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 409; Arıcı, **a.g.e.**, s. 193; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 122-123.

⁵²⁵ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 409; bildirimde işletmenin devralındığının ve borçlunun yerine geçildiğinin belirtilmesinin yeterli olduğu yönünde Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 282; bu yönde şüpheye yer bırakmayacak şekilde durumun açıklanmış olması gerektiğini belirten Kahraman, **a.g.e.**, s. 146; devir işlemini, taraflarını ve devre konu ticari işletmeyi anlaşılır biçimde betimlemesi gerektiğini belirten; Arıcı, **a.g.e.**, s. 184; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 115; Akçaal, **a.g.e.**, s. 65.

⁵²⁶ Kahraman, **a.g.e.**, s. 171-173; Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 116; “iyi niyetli” üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinden bahseden Arıcı, **a.g.e.**, s. 185. İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlarının da aynı yönde olduğuna ilişkin bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 185, dp. 206; Kahraman, **a.g.e.**, s. 172; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 302.

sürdürecektir⁵²⁷. Ancak bu durumda devreden ve devralan arasındaki anlaşmaya aykırı olarak devralının tek taraflı işlemi ile anlaşma dışında bir yükümlülük ve hukuki sonuç yaratılmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce devralanın hiç ilan veya ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediğine benzer şekilde devredenin kaydın düzeltilmesini talep etme veya taraflar arasındaki edimin aşırı derecede bozulacağı gerekçesi ile sözleşmeden dönme ve bu durumu alacaklılara karşı ileri sürebilme hakkı olduğu kabul edilmelidir.

Aksi ihtimalde devir sözleşmesinde yer almayan bir sınırlamanın ihbar veya ilanda yer alması halinde ise gerçeğe aykırı bu ilan veya ihbarın korunmasına ilişkin bir hukuki gerekçe veya korunmaya değer bir hukuki yarar olmadığından geçersiz sayılacaktır⁵²⁸. Nitekim böyle bir ilan veya ihbar yalnızca devreden lehine durum yaratmakla devredenin kendi anlaşmasına ve iradesine aykırı ilan veya ihbara dayanarak borçtan kaçınması halinde korunacak bir hukuki yarar olmadığı gibi devredenin iyi niyetinden bahsetmek de mümkün olmayacağından sicile güven ilkesinin uygulama bulması da mümkün değildir.

Bunla birlikte belirtmek isteriz ki diğer şartlar gerçekleşmeksizin salt ihbar veya ilanının gerçekleştirilmiş olması ya da sözleşmenin herhangi bir nedenle geçersiz olması halinde ilan veya ihbarın varlığı sebebi ile borcun devrolduğundan bahsetmek mümkün değildir⁵²⁹. Ayrıca doktrinde ilanının hukuki niteliğinin tasavvur açıklaması olduğu da ayrıca ifade edilmekte olup⁵³⁰ bu sebeple devir sözleşmesine sirayet etmemek kaydı ile irade sakatlığına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmektedir⁵³¹.

⁵²⁷ Arıcı, **a.g.e.**, s. 185.

⁵²⁸ Kahraman, **a.g.e.**, s. 172-173. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 130. Aksi yönde; Arıcı, **a.g.e.**, s. 185.

⁵²⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 181-183; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 416; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 135 vd.

⁵³⁰ Arıcı, **a.g.e.**, s. 191; Kahraman, **a.g.m.**, s. 599; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 108-109; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 180-181; Akçaal, **a.g.e.**, s. 61.

⁵³¹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 191; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 109-110.

B. Hüküm ve Sonuçları

1. Devralan Yönünden

Ticari işletmeyi devralan, devri alacaklılara bildirdiği veya TSG’de ilan ettiği tarihten itibaren ticari işletmenin önceki borçlarının tamamından sorumlu olur⁵³². Devralanın bu borcu kanundan kaynaklanmaktadır⁵³³.

Devralanın sorumluluğu işletmenin aktifleri ile veya başkaca bir şey ile sınırlı değildir⁵³⁴. Devralan tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur⁵³⁵. Bu sebeple devralanın ticari işletmenin aktiflerinin pasiflerini karşılamadığı gerekçesi ile borçlardan sorumlu olmadığını ileri sürmesi de mümkün değildir⁵³⁶. Ayrıca devralanın bütün malvarlığı ile sorumlu olacağına aksinin kararlaştırılması da mümkün değildir⁵³⁷.

Devralanın devir konusu borçlardan sorumluluğuna ilişkin aynı zamanda süre yönünden de bir sınır yoktur. Doktrinde ağırlıklı olarak devralanın süreye ilişkin sorumluluğunun açıklanmasında, her borcun tabi olduğu zamanaşımı süresince

⁵³² Akçaal, **a.g.e.**, s. 169; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 83; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Arıcı, **a.g.e.**, s. 182; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 116; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 406; Ülkü, Karaaslan, **a.g.m.**, s. 53; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 217; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1035. Ancak kiracılık hakkının devri yönünden TBK 323/1 hükmü gereğince kira borçlarının devrinin ilan veya ihbardan değil kiralayanın onay tarihinden itibaren başlayacağı ve bunun TBK 202’nin istisnası olduğu yönünde görüş için bkz. Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 40.

⁵³³ Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 83; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 124; Arıcı, **a.g.e.**, s. 193; Akçaal, **a.g.e.**, s. 170.

⁵³⁴ Acemoğlu bu çözümün biraz ileri gittiğini ifade etmekle birlikte aktif ile sınırlı sorumluluğun özellikle gerçek manada tespiti ile menfaatler dengesine aykırı olacağı gerekçeleri ile uygun çözüm olduğunu belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 125-126.). Aksi yönde ve eleştirisi için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 152, dp. 171.

⁵³⁵ Arslanlı, **Kara Ticareti**, s. 116; Arıcı, **a.g.e.**, s. 152,194; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 416; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 125; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 145; Akçaal, **a.g.e.**, s. 171-172. Bu hususun temel sebebinin sorumluluk yönünden ticari işletmenin özel bir malvarlığı olmadığı ve *sınırlı sorumlu ticari işletme* imkanının mevcut hukuki düzenlemeler kapsamında mümkün olmadığına ilişkin tespit ve açıklamalar için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 339-340. Ayrıca *sınırlı sorumlu işletme* yönünden zengin bilgi ve detaylı inceleme için bkz. Fatih Aydoğan, **Tek Kişi Ortaklığı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 128-136.

⁵³⁶ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 126; Akçaal, **a.g.e.**, s. 172; Arıcı, **a.g.e.**, s. 152.

⁵³⁷ Akçaal, **a.g.e.**, s. 172.

sorumlu olduğu belirtilmekteyse de⁵³⁸ zamanaşımı nihayetinde borcu sona erdiren bir işlem olmayıp ancak talep edilebilirliğini ortadan kaldırdığından⁵³⁹ bunun doğru bir ifade olmadığı kanaatindeyiz⁵⁴⁰. Bu sebeple devralanın borçtan, borcun sona ermesine kadar herhangi bir süre kısıtlaması olmaksızın sorumlu olduğunu söyleyebiliriz. Ancak TBK 202/2 hükmü gereğince devir tarihinden itibaren iki yıl boyunca devreden ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olacaktır⁵⁴¹. Ayrıca devralanın ticari işletmeyi devretmesi de önceki borçlardan devralanı kurtarmayacak olup ikinci devir kapsamında devreden olarak sorumlu olacaktır⁵⁴².

Kural olarak TBK 202 kapsamında borçların devredilmesi halinde; alacaklılara yapılan bildirim veya ilan anına kadar⁵⁴³ doğmuş olan tüm borçlar devralana geçecektir⁵⁴⁴. Hatta devralan tarafından varlığı bilinmeyen borçlar da devralana intikal edecek olup devralanın bu borçların varlığını bilmediği gerekçesi ile alacaklılara borcu ödemekten kaçınması mümkün değildir⁵⁴⁵.

⁵³⁸ Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 83; Arıcı, **a.g.e.**, s. 194; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 406; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 309.

⁵³⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 417; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §32, N.11545-1546.

⁵⁴⁰ Benzer yönde tespit için bkz. Akçaal, **a.g.e.**, s. 175, dp.36.

⁵⁴¹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 194; Akçaal, **a.g.e.**, s. 175.

⁵⁴² Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 84; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 127.

⁵⁴³ Devre konu aktif ve pasiflerin tespitinde daha geç tarihli olanın dikkate alınması gerektiğini belirten yazarlar için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 38; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 129; Durman, **a.g.e.**, s. 109.

Ancak borçların devir anının ilan veya ihbar edildiği tarih olduğunu belirttiğimizden borçlar yönünden ikisinin farklı zamanda olması zaten mümkün olmadığından ve bu görüşteki yazarların hepsinin TTK 11/3 öncesi dönem yazarları olduğundan bu görüşün aktifler içinde geçerli bir yönü kalmadığını belirtmek yerinde olacaktır.

Sözleşme ile devir anı arasındaki borçlardan da devralanın sorumlu olacağını belirten yazar için bkz. Kahraman, **a.g.e.**, s. 157.

⁵⁴⁴ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 127; Akçaal, **a.g.e.**, s. 172; Kahraman, **a.g.e.**, s. 157; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 83; Durman, **a.g.e.**, s. 110.

⁵⁴⁵ Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 132; Kahraman, **a.g.e.**, s. 157; Akçaal, **a.g.e.**, s. 172; Oğuzman, Öz, **C.II(2017)**, N. 1893; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 39; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 84; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 416; Kayar, **a.g.e.**, s. 77; Ayhan, Çağlar, **a.g.e.**, s. 124; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36, N.1802a; Arıcı, **a.g.e.**, s. 193. Ancak yazar devir sözleşmesinde açıklık bulunmaması halinde dürüstlük kuralı ve güven ilkesi gereği bilinmeyen ve muaccel olmayan borçların iy ilişkide geçerli olmak üzere (**A.e.**, s. 76, dp.67.) devir kapsamında kabul edilmesinin uygun bir yorum olmayacağını belirtmektedir (**A.e.**, s. 76-77.). Karşı yönde ve eleştirisi için bkz. Akçaal, **a.g.e.**, s. 172, dp.18. Devir esnasında bazı borçların saklanmasıyla yanılma veya aldatmaya ilişkin hükümler kapsamında sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vereceği ve bu yönü ile geçersizliğin devralan tarafından alacaklılara karşı da ileri sürülebileceğine ilişkin görüş için bkz. Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 416.

Kambiyo senedinden kaynaklı olarak bir borç bulunması halinde bir görüşe göre⁵⁴⁶; kambiyo senedinin verilmesine temel teşkil eden borçtan da devralan sorumlu olacaksa da kambiyo senedi üzerinde ismi ve imzası bulunmayan devralan aleyhine senede dayalı takip ve işlem yapamayacaktır. Diğer görüşe göre⁵⁴⁷ ise kambiyo senetlerinden doğan borçların devralana geçmesi senedin sebepten mücerretlik ilkesine aykırı olacaksa da BK 202 kapsamında borçların devrinde külli halefiyet ilkesi benimsendiğinden kambiyo senetlerinden devralan da sorumlu olacaktır.

Borçlar da aktifler gibi fer'ileri ve önceki borçlunun şahsına bağlı olmayan⁵⁴⁸ tüm itiraz ve def'ileri ile birlikte devralana intikal edecektir. Bu kapsamda devredenın sahip olduğu zamanaşımı⁵⁴⁹ dâhil tüm def'i ve diğeri savunmaları devralanın da ileri sürebileceğii kabul edilmelidir⁵⁵⁰.

2. Devreden Yönünden

Ticari işletmeyi devreden, devralanın⁵⁵¹ devri alacaklılara bildirdiğii veya TSG'de ilan ettiğii tarihten itibaren iki yıl boyunca ticari işletmenin önceki borçlarından devralan ile birlikte müteselsilen sorumlu olur⁵⁵².

⁵⁴⁶ Kahraman, **a.g.e.**, s. 158.

⁵⁴⁷ Bozer, Gole, **a.g.e.**, s. 28.

⁵⁴⁸ Kişiiye bağılı borçlara ilişkin devredenın kişiliğii ile ilgili cebri icra engeli örneğii için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 206. Devredenın takas-mahsup def'inin de devredene geçmeyeceğii yönünde bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 311. Yazar ancak devralanın kendisinin alacaklıdan alacağı olması halinde kendisine ait alacağına ilişkin takas mahsup def'ini ileri sürebileceğii belirtmektedir (**A.e.**, s. 311, dp.247.).

⁵⁴⁹ Zamanaşımı def'i yönünden TBK 202 kapsamında borcun devrinin borç ikrarı sayılıp sayılmayacağı ve zamanaşımını kesip kesmeyeceğiiine ilişkin tartışma için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 205,206.

⁵⁵⁰ Kahraman, **a.g.e.**, s. 158; Arıcı, **a.g.e.**, s. 204 vd.; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 310. Ancak devredenın feragat ettiğii savunmaların da devralan tarafından ileri sürülemeyeceğiiine ilişkin bkz. Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, §36, N.1794.

⁵⁵¹ İki yıllık sorumluluk süresinin başlangıcının devralan tarafından yapılacak ilan veya ihbardan önce başlamayacağına ilişkin getirilen yeni TTK 202/4 düzenlemesinin alacaklıların hak kaybını engelleyici ve yerinde olduğu yönünde bkz. Akçaal, **a.g.e.**, s. 176, dp.40.

⁵⁵² Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; Arkan, **a.g.e.**, s. 46; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 86; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 39; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 419; Aydın, Kaplan, Şen Kalyon, **a.g.m.**, s. 245, Topuz, **a.g.m.**, s. 43; Kayar, **a.g.e.**, s. 70; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 175; Atasoy, **a.g.e.**, s. 83; Kayıhan, Yasan, **a.g.e.**, s. 56; Çeker, **a.g.e.**, s. 36. Birden fazla ihbar veya ilan var ise sürenin başlangıcı için bunlardan ilkinin esas alınması gerektiğii yönünden bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 200. Kural olarak sürenin başlaması için bildirimün ulaşması

Ancak devir tarihinden sonra doğan borçlar yönünden devreden sorumlu değildir⁵⁵³. Ancak bu durumun istisnası kira sözleşmesinin –kiracılık hakkının – devridir. Devre konu ticari işletmenin bir kira sözleşmesine dayalı olarak faaliyet gösterdiği ihtimalde devreden TBK 323/3 hükmü gereği kira sözleşmesinden kaynaklanan borçlardan kira sözleşmesinin bitimine kadar ancak her halükarda en fazla iki yıl daha devralan ile birlikte sorumlu olacaktır⁵⁵⁴.

Kanun koyucu iki yıllık sürenin başlangıcına ilişkin borcun muacceliyetine göre ikili bir ayrıma gitmiş olup vadesi gelen borçlar için sürenin ilan veya ihbar tarihinden henüz vadesi gelmeyen borçlar yönünden ise muacceliyet tarihinden itibaren başlayacağını öngörmüştür⁵⁵⁵.

Kanunda öngörülen iki yıllık süre hak düşürücü süre niteliğinde olup sürenin geçmesi ile borç sona ereceği gibi hâkim tarafından da re'sen nazara alınacaktır⁵⁵⁶. Ayrıca niteliği gereği zamanaşımına benzer şekilde durması veya kesilmesi de mümkün değildir⁵⁵⁷. Ancak doktrinde alacaklılar tarafından iki yıllık süre içerisinde mahkemeye başvurulması veya icra takibi yapılması halinde bu müracaatların devam ettiği süre zarfında iki yıllık sürenin duracağını belirtmektedirler⁵⁵⁸. Bununla birlikte

gerekse de bildirim çıktıktan sonra ancak henüz alacaklıya ulaşmadan alacaklı tarafından bildirim öğrenilmesi halinde sürenin bu tarihten başlayacağını belirten görüş için bkz. Kahraman, **a.g.m.**, s. 618.

⁵⁵³ Durman, **a.g.e.**, s. 126; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 316; Arkan, **a.g.e.**, s. 46; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 418; Arıcı özellikle muaccel olmayan borç ile sonradan doğan borç ayrımının iyi yapılması gerektiğini belirtmekte ve devreden sorumlu olmayacağı borcu “*ilan veya ihbarın yapılmasından sonra ortaya çıkan bir hukuki temelden doğan veya doğacak olan borç*” olarak tanımlamaktadır (**a.g.e.**, s. 194-195.).

⁵⁵⁴ Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 40; Kahveci, **a.g.m.**, s. 707.

⁵⁵⁵ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; Arkan, **a.g.e.**, s. 46; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 87; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 39; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 42; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 419; Akçaal, **a.g.e.**, s. 176; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 217; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 1036;

⁵⁵⁶ Arkan, **a.g.e.**, s. 46; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s. 86; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 420; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 148; Arıcı, **a.g.e.**, s. 200-201; Durman, **a.g.e.**, s. 126; Akçaal, **a.g.e.**, s. 178; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 319.

⁵⁵⁷ Arıcı, **a.g.e.**, s. 201; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 420; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 149.

⁵⁵⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 695; menfaatler dengesine daha uygun olacağı gerekçesi ile Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 149. Arıcı ise alelade bir talebin süreyi durduramayacağını ancak alacağın tahsili için alacaklının üzerine yükümlülükleri yerine getirmesi halinde sürenin sürenin korunmasına gerekçe olabileceğini ifade etmektedir (**a.g.e.**, s. 202.). İsviçre hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu 181’de yer alan sürenin hak düşürücü süre olarak nitelendirildiği ancak İsbirK ile birlikte bu sürenin zamanaşımı olarak görülmeye başlandığına ve bu kapsamda dava açılması halinde sürenin kesildiğinin kabul edildiğine ilişkin bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 319-320.

devre konu borcun bu iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi içerisinde zamanaşımına uğraması halinde hem devreden hem de devralan zamanaşımı def'ini ileri sürebilecektir⁵⁵⁹.

Devredenin iki yıl süre ile devralan ile birlikte müteselsil olarak sorumluluğu kanundan doğmakta olup burada kanuni teselsül hali (TBK 162/2) vardır⁵⁶⁰. Bu nedenle devreden ve devralan aralarında anlaşarak – alacaklılara ihbar veya ilan etseler bile - devredenin iki yıl süre ile müteselsil sorumluluğunu ortadan kaldıramaz⁵⁶¹.

Ancak alacaklıların rıza göstermesi⁵⁶², alacaklılar ile devralan arasında ayrıca borcun üstlenilmesi sözleşmesi yapılması⁵⁶³ veya devredenin ibra edilmesi⁵⁶⁴ halinde iki yıllık süre beklenilmeksizin devredenin borçtan kurtulması mümkündür⁵⁶⁵.

Devreden ve devralan alacaklılara karşı müteselsil olarak sorumlu olacağından bu süre zarfında alacaklılar alacaklarının tamamını veya bir kısmı devredenden, devralandan veya ikisinden birden talep edebileceklerdir. Devreden veya devralanın borcun tamamını veya kendi anlaşmalarının dışında kalan kısmı alacaklılara ödemeleri halinde diğer şartları da sağlamak kaydı ile fazla ödediği bedeli diğer tarafa rücu edebilir⁵⁶⁶.

Öte yandan devralanın sorumluluğunda olduğu gibi devreden de alacaklılara karşı herhangi bir sınırlama olmaksızın tüm malvarlığı ile sorumlu olup devir

⁵⁵⁹ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 420; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 150.

⁵⁶⁰ Akçaal, **a.g.e.**, s. 171, 177; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 125.

⁵⁶¹ Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 145-146; Arıcı, **a.g.e.**, s. 201; Kahraman, **a.g.e.**, s. 148-149; Kahraman, **a.g.m.**, s. 611; Akçaal, **a.g.e.**, s. 177; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 315; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 418. Bununla birlikte yazar böyle bir sözleşmenin iç ilişkide taraflar arasında bağlayıcı olacağını ifade etmektedir (**A.e.**, N.418.).

⁵⁶² Çelikboya, **a.g.e.**, s. 315; mevhumu muhalifinden Kahraman, **a.g.e.**, s. 148-149.

⁵⁶³ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 418; Arıcı, **a.g.e.**, s. 201; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 144 vd.

⁵⁶⁴ Durman, **a.g.e.**, s. 124; Ülkü, Karaaslan, **a.g.m.**, s. 58; Akçaal, **a.g.e.**, s. 179; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 320; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 418; Arıcı, **a.g.e.**, s. 201.

⁵⁶⁵ Ancak devralanın daha sonra ödemek zorunda kalması halinde taraflar arasındaki iç ilişki kapsamında devredene rücu etmesine engel olmayacağı yönünde bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 320.

⁵⁶⁶ Akçaal, **a.g.e.**, s. 177

bedelinin veya aktiflerin pasifleri karşıladığı veya devralana başvurabilecekleri gerekçeleri ile borcu ödemekten kaçınamayacaktır⁵⁶⁷.

Yine devralanın karşı edimi ifa etmediği gerekçesi ile de devredenin sorumluluktan kaçınması mümkün değildir⁵⁶⁸.

Devredenin ticaret şirketi olması ihtimalinde devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile şirketin tasfiye edilerek terkin edilmesi mümkün olmayacak, tasfiye ve terkin için iki yıllık sürenin dolması beklenecektir⁵⁶⁹. Burada önemli olan husus iki yıllık sürede borçların devam etmesidir. Aksine iki yıllık süre içerisinde devredilen borçların sona ermesi yahut şirketin devre konu edilmiş olsa dahi tasfiyede bu borçların ödenmesini öngörmesi halinde elbette tasfiye için iki yıl beklenmesine gerek yoktur.

⁵⁶⁷ Akçaal, **a.g.e.**, s. 177; Arıcı, **a.g.e.**, s. 194-195. Yazar bununla birlikte alacaklının devredene dürüstlük kuralına aykırı olarak başvurması halinde hukuken korunmayacağını da belirtmektedir (**A.e.**, s. 195.).

⁵⁶⁸ Kahraman, **a.g.m.**, s. 618; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 315.

⁵⁶⁹ Arkan, **a.g.e.**, s. 46; Şener, **Uygulamalı Ortaklıklar**, s. 654; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, s. 175; Çelikboya, **a.g.e.**, s. 320-321.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN

İCRA VE İFLAS HUKUKU YÖNÜNDEN SONUÇLARI

I. İİK 44 Ticareti Terk Düzenlemesi Ve Ticari İşletme Devri Yönünden İncelenmesi

A. Genel Olarak

İİK md. 44 düzenlemesi özellikle 538 sayılı kanun⁵⁷⁰ gerekçesinde⁵⁷¹ de açıkça zikredildiği üzere kötü niyetli borçluları engellemek ve alacaklıları korumak maksadı ile⁵⁷² ihdas edilmiş olup ilgili maddenin tam metni şu şekildedir:

“Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Keyfiyet ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutad ve münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır.

⁵⁷⁰ RG 06.03.1965 / 11943. Ayrıca bu kanun basımındaki yanlışlık için yayımlanan düzeltme cetveli için bkz. RG 03.04.1965 / 11970. 538 Sayılı kanun ile getirilen yeniliklerin Türk kanun koyucuya özgü olup İsviçre hukukundaki düzenlemelerden ayrıldığı ve bu maddelerin İsviçre hukukunda karşılığı olmadığına ilişkin bkz. Evrim Erişir, “Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki - Karar İncelemesi-”, **BATİDER**, C. XXIV, S. 4, 2008, s. 284; Durman, **a.g.e.**, s.203.

⁵⁷¹ Kanun gerekçesi; “Ticareti terk etmek suretiyle alacaklılarının takibinden kurtulmak isteyen kimselerle mücadele etmek kaçınılmaz bir zaruret halini almıştır. Bilhassa son senelerde ticareti terk eden kötüniyetli borçluların işyerlerini terk ettikleri ve ellerindeki malları başkalarına devrederek alacaklılarını zarara uğrattıkları sık sık görülen hakikatlerdendir. Ticareti terk ederek alacaklılarının takibinden kurtulmak isteyen kimselerle tesirli bir şekilde mücadeleyi temin için İcra ve İflas Kanunu sisteminde madde 44 tadil edilmiş, ayrıca bu maddeye muhalefet 337a maddesiyle cezalandırılmıştır.” (Talih Uyar, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 3: İİK. 43-67)**, Sekiz Mislî Genişletilmiş 4. Baskı, Bilge Yayınevi, 2008, s. 3518.)

⁵⁷² Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s. 3519; Arıcı, **a.g.e.**, s. 220; Talih Uyar, Alper Uyar, Cüneyt Uyar, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi «El Kitabı» (İİK 1-134) Cilt: I**, 1.Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2010, s. 538; Durman, **a.g.e.**, s. 191; Akçaal, **a.g.e.**, s. 188.

Bu ilan tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabilir.

Ticareti terk eden tacir, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay müddetle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemez.

Üçüncü şahısların zilyedlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyi niyetle elde ettiği haklar saklıdır. Ancak karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinilenle evlatlık arasındaki iktisaplarda iyi niyet iddiasında bulunulamaz.

Mal beyanını alan icra mahkemesi, keyfiyeti tapu veya gemi sicil daireleri ile Türk Patent Enstitüsüne bildirir. Bu bildiri üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu şerhi verilir. Keyfiyet ayrıca Türkiye Bankalar Birliğine de bildirilir.

Bozulmaya maruz veya muhafazası külfetli olan veya tayin edilen kanuni müddet içinde değerinin düşmesi kuvvetle muhtemel bulunan mallar hakkında, tacirin talebi üzerine, mahkemece icra memuru marifetiyle ve bu kanun hükümleri dairesinde bu malların satılmasına ve bedelinin 9 uncu maddede yazılı bir bankaya depo edilmesine karar verilebilir.”

Tacirin ticareti terk kavramı doktrinde ise “*ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmesi veya işletmeyi kapatması, dağıtması*” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁷³. Yine ilgili düzenleme ile getirilen yükümlülüklerde şekli hukukun ön planda tutulduğu belirtilmektedir⁵⁷⁴.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere ilgili hüküm, ticari işletmenin devredilmesi halinde de uygulama alanı bulacaktır⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 212; Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Cilt: 3**, 1. Baskı, 1993, s. 2626; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s. 3519; daha kapsamlı tanım olarak Baki Kuru, “Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler”, **AÜHFĐD**, C. 27, S. 1-2, 1970, s. 110.

⁵⁷⁴ Durman, **a.g.e.**, s. 191; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 212.

⁵⁷⁵ Akçaal, **a.g.e.**, s. 188; Durman, **a.g.e.**, s. 191; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 422; Arıcı, **a.g.e.**, s. 220, Kuru, **a.g.m.**, s. 110; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41. Bozkurt, **Ticari İşletme**, s.

B. Şartları

İİK md. 44 hükmü yalnızca tacirler yönünden getirilmiş bir düzenleme olmakla öncelikle uygulanacak kişinin tacir olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu yönden ticari nitelikte olmayan bir işletmenin devredilmesi ihtimalinde uygulama alanı bulmayacaktır⁵⁷⁶.

6728 sayılı kanun⁵⁷⁷ ile getirilen değişiklik ile TTK 545/2 kapsamında İİK 44'ün ticaret şirketlerine uygulanması mümkün değildir⁵⁷⁸. Ancak ilgili düzenleme öncesinde de doktrinde büyük oranda kabul edilen görüşe göre⁵⁷⁹; ticaret şirketleri her ne kadar tacir sıfatına haiz olsalar da özellikle ticaret şirketlerinin ticareti terk etmeleri halinde tasfiyeye girecekleri ve tasfiye neticesinde sicilden terkin ile son bulacaklarından, bu aşamadan sonra iflas ile takip edilmeleri de mümkün olmayacağından İİK md. 44 ticaret şirketleri için uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁵⁸⁰.

87; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 39; Arkan, **a.g.e.**, s. 46. Ticari işletmenin işletilmesi esnasında boyut olarak esnaf faaliyetine düşmesi halinde de ticareti terk gerçekleşmiş olacağından İİK 44/3-6 hariç diğer hükümlerin uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Aker, **a.g.m.**, s. 271-273. Yazar ayrıca ticari işletmenin devredilmesi halinde İİK 44'ün uygulanmayacağını belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 295-296.). Ayrıca ticari işletmenin kiralınması halinde tacir sıfatının kaybedilip kaybedilmeyeceğine ilişkin tartışma için bkz. Bkz. Yuk. İkinci Bölüm, II, A, dp. 250. TTK 217/1-(g) kapsamında ticari işletmenin ticaret ortaklığına sermaye olarak getirilmesi halinde de İİK 44'ün uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Şener, **Ticari İşletme**, s. 176. Yalnızca faaliyet adresinin değişikliğinin ticaretin terki sayılmayacağına ilişkin bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. 340.

⁵⁷⁶ Akçaal, **a.g.e.**, s. 189.

⁵⁷⁷ RG 15.07.2016 / 29796

⁵⁷⁸ İlgili düzenlemenin yalnızca sermaye şirketleri yönünden mi geçerli olduğu yoksa şahıs şirketleri dahil tüm ticaret şirketlerini kapsayıp kapsamadığına ilişkin tartışma için bkz. Güncan, **a.g.e.**, s.107-108.

⁵⁷⁹ Durman, **a.g.e.**, s. 205; Kuru, **a.g.m.**, s. 115; Mehmet Fahrettin Önder, "Tüzel Kişi Tacirlerin Ticareti Terk Etmelerinin Anlamı ve Sonuçlarının Yargıtay Kararları Açısından Değerlendirilmesi", **SDÜHFD**, C. I, S. 2, 2011, s. 87-88; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s. 3521; Akçaal, **a.g.e.**, s. 192 Aksi görüş olarak ticari işletmelerin tasfiye aşamasına girmesinin de ticareti terk anlamına geleceği yönünde bkz. Ömer Ulukapı, **İcra ve İflâs Hukuku**, Konya, Mimoza Yayınları, 2015, s. 343-344; Arıcı, **a.g.e.**, s. 221. Ancak yazar İİK 44/2 hükmünün ticaret şirketleri açısından uygulanmayacağını da ayrıca belirtmektedir (**A.e.**,s.223.).Yine önceki dönemde Yargıtay'ın hem ceza hem de özel kurullarının da ticaret şirketlerini İİK md. 44 kapsamındaki yükümlülüklerle tabi gördüğüne ilişkin kararlar için bkz. Çelikboya, **a.g.e.**, s. -340, dp.368. Ayrıca yakın tarihli ve oy çokluğu ile verilen CGK., E. 2011/513 K. 2012/29 ve 14.2.2012 tarihli kararı (LexperaHBS).

⁵⁸⁰ İsviçre hukuku yönünden de uygulamanın aynı yönde olduğu ancak kolektif ve komandit şirketlere tüzel kişilik vasfı tanınmadığından bu şirketler yönünden aynı yorumun yapılmadığına ilişkin bkz. Kuru, **a.g.m.**, s. 115-116. İsviçre hukukunda aksi yönde kararlarda bulunduğuyla ilişkin bkz. Bilge, **a.g.m.**, s. 190, dp. 40.

Doktrinde ifade edilen bir görüş ise ilgili hükmün yalnızca gerçek kişi tacirler için uygulanabileceğini tüzel kişi tacirlere uygulama imkânı bulunmadığını ifade ederken⁵⁸¹, diğer görüş ise dernek ve vakıflar yönünden de gerçek kişi tacirler gibi uygulanacağını belirtmektedir.⁵⁸²

İlgili madde kapsamında yükümlülüklerin ticari işletmesini kapatan, dağıtan veya kendi adına işletmekten vazgeçmesi – devretmesi – halinde uygulanacağını belirtmiştik. Ancak tacirin birden fazla işletmesi bulunması halinde bu işletmelerin yalnızca bir kısmını devretmesi veya kapatması ile ticari işletmenin muayyen bir kısmını devretmesi halinde ise ticaretin kısmen terk edildiği kabul edilmektedir⁵⁸³. Ticaretin kısmen terk edilmesi halinde de İİK md. 44 kapsamında ki yükümlülüklere tabi olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Bu hususta ifade edilen ilk görüşe göre ticaretin kısmen terk edilmesi halinde de İİK 44 uygulama alanı bulacaktır⁵⁸⁴. Diğer bir görüş ise kısmen terk halinde tacirin hala ticari işletmeyi işletme eylemi son bulmamış olacağından tacir sıfatı kaybedilmemiş olacak ve ticareti terk de gerçekleşmemiş olacağından İİK md. 44'ün ticareti kısmen terk halinde uygulanması mümkün olmayacaktır⁵⁸⁵. Son olarak üçüncü görüş ise alacaklıları zarara uğratma kastı ile tacirin küçük bir işletmeyi elinde tutarak asıl veya büyük nitelikli işletmeyi devretmesi ihtimalinde İİK 44 ve 337/a hükümlerinden kurtulabileceğinin bunun da hükmün amacına aykırılık teşkil edeceğinden yola çıkarak yalnızca İİK 44/1 hükmünün uygulama alanı bulacağını

⁵⁸¹Türkmen, **a.g.e.**, s. 10; Durman, **a.g.e.**, s. 205. Açıkça kanundaki zikredilen tacirin gerçek kişi tacir olduğunu ifade etmekle birlikte, dernek ve vakıfları zikretmeksizin ve ilgili hükmün *tüzel kişi tacirler (ticaret şirketleri)* yönünden uygulanmayacağını belirterek parantez içinde sadece ticaret şirketlerini belirten yazarlar için bkz. Kuru, **a.g.m.**, s. 115; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s. 3521.

⁵⁸² Önder, **a.g.m.**, s. 88-89; Arkan, **a.g.e.**, s. 139; yalnızca *Arkan*'a yollama ile aynı yönde; Mehmet Emin Bilge, "Tacir Sıfatının Sona Ermesi", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I**, 2002, s. 190-191; Arıcı, **a.g.e.**, s. 221.

⁵⁸³ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 422; Arıcı, **a.g.e.**, s. 220; Durman, **a.g.e.**, s. 203-204. Kuru ise kısmen terk kavramını "*bir tek ticarî işletmeye sahip olan bir tacirin, ticarî işletmenin muayyen bir kısmını bir başkasına devretmesi (yanına ortak alması) veya birden fazla ticarî işletmesi olan bir tacirin, üzerinde asgari bir ticarî işletme (veya onun da bir kısmını) bırakarak, diğer ticarî işletmelerini başkasına devretmesi, kapatması veya dağıtması*" şeklinde tanımlamaktadır (**a.g.m.**, s. 116.).

⁵⁸⁴ Arıcı, **a.g.e.**, s.220-221, 223; Erişir, **a.g.m.**, s. 280. Yazar bununla birlikte kısmen terke mahiyetine uygun düşüğü ölçüde tamamen terke ilişkin kurulların uygulanması gerektiğini ve özellikle 44/III'ün uygulama alanı bulmayacağını belirtmektedir (**A.m.**, s.285-286.).

⁵⁸⁵ Çelikboya, **a.g.e.**, s.341-342.

ifade etmektedir⁵⁸⁶. Kanaatimizce de kısmen terk halinde ticareti terk durumu oluşmadığından İİK 44 hükmünün bütün olarak uygulanma imkânı yoktur.

Tacirin ölmesi halinde ise ticareti terk olgusu gerçekleşmemiş olacağından mirasçıların İİK 44 kapsamında bildirimde bulunma ve diğer yükümlülükleri yerine getirmesine gerek yoksa da ticari işletmeyi işletmeye devam etmeyecekler ise bu kez tüm yükümlülükler mirasçılar üzerinde doğacaktır⁵⁸⁷.

C. Ticareti Terk Eden Tacirin İİK 44'den Doğan Yükümlülükleri

Ticareti terk eden tacir, ticareti terk durumunu kayıtlı bulunduğu ticaret siciline on beş gün içerisinde bildirmekle yükümlüdür⁵⁸⁸. Tacir ticareti terk olgusundan başka yine kayıtlı olduğu sicil memurluğuna bütün aktif ve pasifleri ile alacaklıların ve adreslerini de bildirmekle yükümlüdür⁵⁸⁹.

Ülkü / Karaman'a göre ayrıntılı olarak bilgilerin ticari defter ve bilançodan anlaşılmakta ise ayrı ayrı mal beyanında bulunmaya gerek olmadığı gibi detaylı olarak beyanda bulunulmadığı gerekçesi ile tacir aleyhine İİK md. 44'e aykırılık sebebi ile yaptırımda uygulanmamalıdır⁵⁹⁰. Bu görüşü eleştiren Arıcı ise ticari defter

⁵⁸⁶ Kuru, **a.g.m.**, s.117. Yazar diğer fıkralar yönünden de ayrı ayrı değerlendirme yaparak kısmen terk halinde tacir vasfını kaybetmeyeceğinden İİK 44/2'nin ve iki aylık sürede tacirin devam eden işletmesi yönünden işletmesini sürdürme imkanı kalkacağından diğer fıkraların uygulanma imkanı olmadığını belirtmektedir(**A.m.**, s.117.). Özellikle *terk ya tamamen olmalı ya da hiç olmamalı* şeklinde durumu ifade etmesine karşın aynı gerekçeler ile İİK 44/1 ve 337/a'nın uygulanacağı yönünde görüş bildiren Durman, **a.g.e.**, s.204; diğer fıkralar yönünden yorumda bulunmaksızın ve açıkça İİK 337/a'nın uygulanacağını belirtmeksizin yalnızca İİK 44/1 hükmünün kısmen terke uygulanabileceğini belirten Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3522; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı I**, s.542-543. İİK 337/a yönünden eleştirmek ve kabul etmemek ile birlikte yalnızca İİK 44/1 hükmünün uygulama alanı bulacağına ilişkin aynı yönde; Nuri Güleç, "Ticaret Şirketleri İçin Ticareti Terk Mümkün Müdür?", **TAAD**, S. 10, 2012, s. 9 vd.

⁵⁸⁷ Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3519; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı I**, s.540; Kuru, **İcra ve İflas Cilt: 3**, s.2626; Kuru, **a.g.m.**, s. 110-111; Şener, **Ticari İşletme**, s. 180.

⁵⁸⁸ Erişir, **a.g.m.**, s.280; Arıcı, **a.g.e.**, s.221; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s.87; Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s.499, dp.3; Kuru, **a.g.m.**, s.110; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3519; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 423; Akçaal, **a.g.e.**, s.189.

⁵⁸⁹ Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3519; Erişir, **a.g.m.**, s.280; Kuru, **a.g.m.**, s.110; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 423; Akçaal, **a.g.e.**, s.189.

⁵⁹⁰ Ülkü / Karaman, **a.g.m.**, s.60.

ve kayıtların aleni olmaması, alacaklıların defter ve kayıtları inceleme haklarının bulunmaması ve en nihayetinde mal beyanında bulunma yükümlülüğü kanun lafzı ile açıkça düzenlendiğinden bu yönde bir yorumun kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁹¹. Kanaatimizce de *Arıcı* tarafından ileri sürülen gerekçeler ve çoğunluk görüş doğrultusunda açıkça kanunda tarif edildiği şekilde ticareti terk eden tacirin detaylı mal beyanı ile alacaklıların isim ve adreslerini bildirmesi gerekmektedir⁵⁹². Bildirime ilişkin açık bir şekil şartı kanunen öngörülmemişse de TSY 51/4 ve 23 kapsamında yazılı olarak yapılması gerektiği sonucuna varmak mümkündür⁵⁹³.

Ticareti terk durumunu ve mal beyanını alan ticaret sicil memurluğu TSG'de ve alacaklıların bulunduğu yerlerde⁵⁹⁴ mutad ve münasip vasıtalar ile ilan eder⁵⁹⁵. İlan içeriğinde yalnızca ticareti terk edildiğinin yer alması yeterli olmayıp ayrıca mal beyanı, alacaklıların adres ve isimlerinin de yer alması gerekmektedir⁵⁹⁶.

İlan masraflarının ticareti terk eden tacir tarafından yapılması gerekmekte olup ilan masraflarının yatırılmaması halinde tacir hiç mal beyanında bulunmamış gibi kabul edilir⁵⁹⁷.

Tacir tarafından tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesine rağmen ilanın hiç yapılmaması veya içeriğinin uygun olmamasından ilanı yapmak konusunda tek

⁵⁹¹ *Arıcı*, **a.g.e.**, s.221-222.

⁵⁹² Yargıtay'ın tüm kararlarında da açıkça kanunda belirtildiği şekilde mal beyanında bulunup bulunmadığı araştırılmakta olup bu yönde bazı kararlar için bkz. 19. CD., E. 2015/24731 K. 2016/23223 T. 8.12.2016; CGK., E. 2013/345 K. 2014/447 T. 30.10.2014; CGK., E. 2013/648 K. 2014/477 T. 4.11.2014; 21. HD., E. 2006/3905 K. 2006/13616 T. 30.11.2006 (LexperaHBS).

⁵⁹³ Türkmen, **a.g.e.**, s. 43-44.

⁵⁹⁴ Alacaklının bulunduğu çevre içerisinde ilan yapılmaması halinde alacaklının bu durumdan haberdar olduğunun kabul edilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu yönündeki Yargıtay İcra ve İflas dairesi kararı için bkz. Kuru, **a.g.m.**, s.111, dp.8.

⁵⁹⁵ Durman, **a.g.e.**, s.193; Akçaal, **a.g.e.**, s.189; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 423; Kuru, **a.g.m.**, s.111; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3520.

⁵⁹⁶ Durman, **a.g.e.**, s.193; Kuru, **a.g.m.**, s.111; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3520. Ancak uygulamada ticaret sicil memurları tarafından sadece ticareti terk olgusuna ilan kapsamında yer verildiğine ilişkin bkz. Ülkü / Karaaslan, **a.g.m.**, s.60.

⁵⁹⁷ Kuru, **a.g.m.**, s.111; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı I**, s. 541. Ayrıca bu husus komisyon gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir; “İlan masraflarını müracaatı ile birlikte vermeyen tacirin usulü dairesinde beyanda bulunduğunu kabule imkân olmadığından birinci fıkraya ilân masraflarını ödemeyen tacir mal beyanında bulunmamış sayılır hükmü eklenmiştir” (Kuru, **a.g.m.**, s. 111, dp. 10.).

yetkili bulunan ticaret sicil memuru⁵⁹⁸ sorumlu olup bu sebeple taciri bu nedenle sorumlu tutmak da mümkün değildir⁵⁹⁹.

Ayrıca ticaret sicil memurluğu tarafından iki ay süre ile temlik hakkının tahdit edildiği tapu, gemi sicil daireleri ve Türk Patent Enstitüsü (Türk Patent ve Marka Kurumu) ile Türkiye Bankalar Birliği'ne bildirir⁶⁰⁰.

Ticareti terk eden tacir ticaret sicil müdürlüğüne yaptığı bildirim tarihinden itibaren iki ay süre ile haczi kabil mallar üzerinde tasarrufta bulunamaz⁶⁰¹. *Kuru*⁶⁰² kanunda düzenlenen iki aylık sürenin tacir aleyhine işleme geçmek yönünden düşünmek ve gereken teşebbüslere başlamak için alacaklılara yeterli bir zaman olduğunu belirtmektedir. *Erişir*⁶⁰³ ise ilgili sürenin takiplerin kesinleştirilip haciz aşamasına geçmesi için yeterli olmasa bile muaccel alacaklar yönünden ihtiyati haciz (İİK 257) müessesesi kapsamında alacaklılar için güçlü bir durum oluşabileceğini belirtmektedir.

Ticareti terk eden tacirin bu süre içerisinde haczi kabil mallar üzerinde yapacağı tasarruflar alacaklılara karşı hüküm ifade etmez⁶⁰⁴. Ancak iyi niyetli üçüncü kişilerin iktisaplarına ilişkin hakları saklı tutulmuştur⁶⁰⁵. Bununla birlikte *karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımlar, evlat edinilenle evlatlık arasındaki iktisaplar* yönünde ise kanun koyucu

⁵⁹⁸ Kuru, **a.g.m.**, s.112.

⁵⁹⁹ Ülkü / Karaaslan, **a.g.m.**, s.60. Aksi yönde tacirin ilgili prosedürün tam olarak uygulanmasının sağlanması gerektiği yönünde bkz. Sümer Altay, **Türk İflas Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 42.

⁶⁰⁰ Kuru, **a.g.m.**, s.112; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3520.

⁶⁰¹ Erişir, **a.g.m.**, s.280; Durman, **a.g.e.**, s. 193; Akçaal, **a.g.e.**, s.192; Kuru, **a.g.m.**, s.112; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3520; Güleç, **a.g.m.**, s. 11.

⁶⁰² Kuru, **a.g.m.**, s.113.

⁶⁰³ Erişir, **a.g.m.**, s.285. Aynı yönde; Durman, **a.g.e.**, s.194.

⁶⁰⁴ Alacaklıların bu iki aylık süre zarfında yapılan tasarruflara rağmen mallar üzerine haciz koyabileceklerini, iflas etmesi halinde ise iflas masasına dahil edilmesini isteyebilecekleri yönünde Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3520; ilgili hükümsüzlüğün haciz ve iflas halinde olduğu gibi (İİK md. 86, 91, 191) yalnızca alacaklılar için tahsis edildiği yönünde Kuru, **a.g.m.**, s.112; ilgili tasarrufların taraflar arasında geçerli olacağını açıkça belirten Arıcı, **a.g.e.**, s.222-223.

⁶⁰⁵ Arıcı, **a.g.e.**, s.222; Akçaal, **a.g.e.**, s.193; Kuru, **a.g.m.**, s.112-113; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3520. Yazar ayrıca buradaki iyi niyeti “*üçüncü kişinin mülkiyeti kendisinden devraldığı borçlunun daha önce ticareti terk ettiğini ve iktisap ettiği malın borçlu tarafından yapılmış mal beyanına dahil olduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması*” olarak tanımlamaktadır (A.e., s. 3520.).

aksinin ispatına imkân tanımayacak nitelikte iyi niyetin var olmadığına ilişkin kesin karine kabul etmiştir⁶⁰⁶.

Ayrıca bu noktada incelenmesi gereken bir diğer husus ise İİK 280/4'de yer alan karinenin nazara alınıp alınmayacağıdır. Bir görüşe göre ilgili karinenin İİK 44 kapsamında da dikkate alınması gerekmele, ticari işletme veya işletme bünyesindeki emtianın tamamı yahut büyük bir kısmını devralan kişinin iyi niyetli olmadığına ilişkin karinenin yine İİK 280/4'de yer alan ispat koşulu ile ancak çürütüleceğini ifade etmektedir⁶⁰⁷. İİK 280/4'e dayanmamak ile birlikte *Arıcı*,⁶⁰⁸ ayrıca ticari işletmeyi bir bütün halinde devralan üçüncü kişinin devreden İİK 44 kapsamında yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin incelemesi gerektiğinden bahisle iyi niyetli kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.

Diğer görüşe göre⁶⁰⁹ ise İİK 280/4 hükmü, ticari işletmenin devrini düzenlemesine karşın, İİK 44 tacirin ticareti terk etmesini düzenlemiştir. Ayrıca İİK 280/4 kapsamında devrolunan ticari işletmenin iptali istenebilecekken, İİK 44 kapsamında gerekli beyan ve bildirimlerde bulunan tacirin malları üzerinde tasarrufta bulunamayacağı aksi takdirde bu tasarrufun geçerli olmayacağı ileri sürülebilecektir. Bu nedenlerle ilgili hükümlerin içeriği, uygulama alanı farklı olup ayrıca birbirileri ile çelişmekte olduklarından İİK 280/4'de yer alan karinenin İİK 44 kapsamında uygulanması mümkün değildir. *Çelikboya*⁶¹⁰ ise ticareti terk eden tacirin tek bir işletmesi olması halinde ve bunu devretmesi durumunda hem İİK 44 hem de İİK 280/4 hükmünün kümülatif olarak uygulanacağını ancak birden fazla işletmesi bulunması ve bunlardan hepsini devretmemesi halinde ise yalnızca İİK 280/4 hükmünün uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir.

⁶⁰⁶ Arıcı, **a.g.e.**, s.222; Kuru, **a.g.m.**, s.113; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3520; Akçaal, **a.g.e.**, s.193. Yazar ayrıca ticaret sicil memurluğu tarafından iki ay süre ile temlik hakkının tahdit edildiği tapu, gemi sicil daireleri ve Türk Patent Enstitüsü (Türk Patent ve Marka Kurumu) ile Türkiye Bankalar Birliği'ne yapılacak bildirim neticesinde ilgili sicillere şerh edilmesinden sonra da bu malvarlıklarını devralan üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasının dinlenilemeyeceğini belirtmektedir (**A.e.**, s.193.).

⁶⁰⁷ Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s. 3521.

⁶⁰⁸ Arıcı, **a.g.e.**, s.225-227. Aksi yönde devralan üçüncü kişinin iyi niyetli de olabileceğine ilişkin bkz. Ülkü / Karaaslan, **a.g.m.**, s. 62; Talih Uyar, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 12: İİK. 277-307)**, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. Baskı, Bilge Yayınevi, 2008, s. 19405.

⁶⁰⁹ Durman, **a.g.e.**, s.194-195; Erişir, **a.g.m.**, s.280.

⁶¹⁰ Çelikboya, **a.g.e.**, s.342.

Kanaatimizce de ikinci görüş ve gerekçeleri her yönü ile daha isabetli olup ayrıca devir tarihinden önce İİK 44 kapsamında bildirim ile diğer yükümlülüklerin doğmayacağı hatta yapılamayacağından ve en nihayetinde İİK 44'e aykırılığın mal varlığı devri yönünden bir etkisi olmayacağından ötürü ilk yöndeki görüşe ve *Arıcı*'ya hiçbir yönden katılmadığımızı belirtiriz⁶¹¹.

En nihayetinde bu başlık altında değinmemiz gereken son husus İİK 44/6 hükmü uyarınca iki aylık süre zarfında tasarruf yetkisinin kısıtlandığı mallar arasında bozulması muhtemel olan, muhafazası aşırı külfetli olan veya değerinin düşmesi kuvvetle muhtemel olan mallar bulunması halinde ticareti terk eden tacir mahkemeye başvurarak bu mallar yönünden satış kararı verilmesini ve karar kapsamında icra müdürlüğüne satılmasını ve 9. maddede yazılı bir bankaya depo edilmesini isteyebilir⁶¹².

D. Hüküm ve Sonuçları

Ticareti terk eden tacir, bu hususu yukarıda öngörülen şekilde ilan etmesinden itibaren bir yıl daha iflas yolu ile takip edilebilecektir⁶¹³. Sürenin başlangıcında esas alınacak olan ilan alacaklılara mutad ve münasip vasıtalar ile yapılacak ilan olmayıp TSG'de yapılacak ilandır⁶¹⁴.

Her ne kadar ticareti terk eden tacir sıfatını kaybetmiş olsa da burada öngörülen bir yıllık süre özel bir yükümlülük olup alacaklıları korumak gayesi ile ihdas edilmiştir⁶¹⁵.

Bir yıllık süre niteliği itibari ile hak düşürücü süre olup durması yahut kesilmesi söz konusu olmayacağı gibi hâkim tarafından da resen nazara alınacaktır⁶¹⁶.

⁶¹¹ Bkz. Aş. Dördüncü Bölüm, I, E, 2, b.

⁶¹² Uyar, *Şerh Cilt: 3*, s. 3521; Kuru, *a.g.m.*, s. 113; Arıcı, *a.g.e.*, s.223. Ayrıca ticareti terk eden tacirin bu yönde talepte bulunmamasına karşın zarar uğrayan alacaklıların da aynı yönde satış talep edebileceğine ilişkin bkz. Uyar, *Şerh Cilt: 3*, s. 3521; Kuru, *a.g.m.*, s. 113, dp. 12.

⁶¹³ Kuru, *a.g.m.*, s. 115; Arkan, *a.g.e.*, s.46; Bilgili, Demirkapı, *Ticari İşletme*, s.39; Bahtiyar, *Ticari İşletme*, s.41; Bozkurt, *Ticari İşletme*, s.87; Kendigelen (Ülgen v.d.), *Ticari İşletme*, N. 423.

⁶¹⁴ Kuru, *a.g.m.*, s. 115; Şener, *Ticari İşletme*, s. 182.

⁶¹⁵ Karahan, *Ticari İşletme*, s. 101.

Ticareti terk eden tacirin iflas ile takip edilebileceği borçlar ise ancak ilan tarihinden önceki borçlar olup ilan tarihinden sonra ancak bu bir yıllık süre içerisinde doğan borçlar yönünden dahi bu madde kapsamında tacirin iflas yolu ile takibi mümkün değildir⁶¹⁷.

En nihayetinde ticaretin kısmen terk edilmesi halinde, ticareti kısmen terk eden kişi tacir vasfını kaybetmeyeceğinden onun yönünden iflas ile takip edilebilirlik durumu değişmeyecek başka bir deyiş ile herhangi bir süre sınırı olmaksızın iflas yolu ile takip edilebilecektir⁶¹⁸.

E. Ticareti Terke İlişkin İİK 44'e Aykırılıkların Hüküm Ve Sonuçları

1. Cezai Müeyyide Yönünden

İİK 44'e aykırılıkların yaptırımını aynı kanun içerisinde 337/a hükmü ile düzenlenmiştir⁶¹⁹. İlgili düzenlemeye göre;

“44 üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları

⁶¹⁶ Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 178.

⁶¹⁷ Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 178.

⁶¹⁸ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 423; Arıcı, **a.g.e.**, s. 223; Akçaal, **a.g.e.**, s. 192; Kuru, **a.g.m.**, s.117; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3522.

⁶¹⁹ İlgili hüküm ile ticareti terk olgusu değil İİK 44'de yer alan yükümlülükler aykırılık cezalandırılmaktadır [Talih Uyar, Alper Uyar, Cüneyt Uyar, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi «El Kitabı» (İİK 135-370) Cilt: II**, 1.Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2010, s. 3302; Önder, **a.g.m.**, s.89; mal beyanında bulunma yükümlülüğünü ihlal eden tacir yönünden ceza getirildiğini bahseden Akçaal, **a.g.e.**, s.200). Ayrıca bkz. Yarg. CGK'nın 14.2.2012 tarih, E. 2011/513 K. 2012/29 sayılı ilamı; “İcra ve İflas Kanununun 337/a maddesi ile yaptırıma bağlanan eylem, tacirin ticareti terk etmesi değil, 44 ncü maddesine göre terk keyfiyetini 15 günlük süre içinde kayıtlı bulunduğu ticaret sicili memurluğuna bildirmemesi ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini içeren bir mal beyanında bulunmamasıdır. Nitekim Dairemizce de benimsenen Yargıtay İİD'nin 03.06.1969 tarih ve 6194-6115 sayılı kararında da, ‘İİK'nin 337/a hükmünün, ticareti terk durumunun ticaret sicili memurluğuna bildirilmemesinin değil, İİY'nin 44 ncü maddesinde yazılı mal bildiriminde bulunmamanın müeyyidesi’ olduğu belirtilmiş olup, Yargıtay Yüksek 8. Ceza Dairesinin 18.03.1993 tarih, 142-3564 sayılı kararı da bu yöndedir.” (LexperaHBS)

üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Yargıtay da kanuni düzenleme ile paralel olarak suçun unsurlarını ve şartlarını şu şekilde değerlendirmektedir⁶²⁰;

“Takibi şikâyete bağlı olan seçimlik hareketli bu suçun oluşabilmesi için;

1- İY'nun 44. maddesine göre mal beyanında bulunulmaması,

2- Mal beyanında mevcudun eksik gösterilmiş olması,

3- Aktifte yer alan malın veya yerine kaim olan değer haciz veya iflas sırasında gösterilmemesi,

4- Mal beyanından sonra, beyan edilen bu mallar üzerinde tasarruf edilmesi,

Gereklidir.

Yasa maddesinde gösterilen bu seçimlik hareketlerin herhangi birisinin işlenmesiyle, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde suç oluşacaktır.

İY'nun 44. maddesine uygun olarak mal beyanında bulunulduğundan söz edebilmek için; borçlunun ticareti bıraktıktan sonra 15 gün içinde durumu ticaret siciline bildirmesi ve bütün aktif ve pasifleri ile alacaklıların isim ve adreslerini içerecek şekilde mal bildiriminde bulunması zorunludur.

Bunun yanında suçun oluşabilmesi için, borçlunun yukarıda gösterilen hareketlerinden dolayı alacaklının zarar görmesi de gerekmektedir. Ancak İY'nun 337/a maddesinin 2. fıkrasındaki; “Birinci fıkradaki fillerin işlenmesinden

⁶²⁰ Yarg. CGK, E. 2011/513 K. 2012/29 T. 14.2.2012 sayılı kararı (LexperaHBS). Ayrıca aynı yönde diğer kararları için bkz. 19. CD., E. 2017/1566 K. 2018/4820 T. 19.4.2018; 19. CD., E. 2016/15837 K. 2018/11336 T. 05.11.2018; CGK., E. 2011/513 K. 2012/29 T. 14.2.2012 (LexperaHBS). Suçun unsurlarını aynı şekilde sayan Nusret Alper Pazarıcıkçı, “Ticareti Terk Yükümlülüğüne Aykırılık Suçunun Hukuk Düzenindeki Yeri”, **THD**, S. 65, 2012, s.16; Akçaal, **a.g.e.**, s.200-201; Kuru, **a.g.m.**, s.114. Yargıtay’ın ayrıca suçun tüm maddi unsurlarına ilişkin verdiği kararlara yönünden zengin örnek ve detaylı inceleme için bkz. Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3304-3305.

alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez” hükmü uyarınca alacaklının zarar görmediğini ispat etme zorunluluğu borçluya aittir.

Yine ticareti terk eden borçlunun, 6762 sayılı Türk Ticaret Yasası anlamında tacir olması gerekmektedir.”

Bununla birlikte doktrinde ticareti terk eden tacirin 15 gün içerisinde ticareti terk ettiğini bildirim mal beyanında bulunmaması halinde de suçun oluşacağı ifade edilmektedir⁶²¹. Yine ilan masraflarının yatırılmaması halinde de mal beyanında bulunulmamış sayılacağından suç oluşacaktır⁶²².

Bu suç şikâyete bağlı suç olarak düzenlenmiş olup şikâyet hakkı suçtan zarar gören alacaklıya aittir⁶²³. İİK 347’ye göre şikâyet süresi ise ticareti terk halinin alacaklı tarafından öğrenilmesinden itibaren üç ay her halükarda eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılması gerekli olup aksi takdirde şikâyet hakkı düşecektir⁶²⁴.

Suçun oluşması için alacaklının bundan zarar görmüş olması şart olmakla birlikte zararın varlığının ispat külfeti alacaklıya yüklenmemiştir⁶²⁵. Bu kapsamda ancak borçlu alacaklının İİK 44’e aykırı eylemi sebebi ile zarara uğramadığını ispat

⁶²¹ Önder, **a.g.m.**, s.89; Kuru, **a.g.m.**, s.114-115; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3302.

⁶²² Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3303. Bunun ağır bir yaptırım olduğu ve ilan masraflarını dahi ödeyecek durumu olmayan tacirin ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmasının cezanın caydırıcılık siyaseti ile bağdaşmayacağı yönündeki eleştiri için bkz. Pazarcıkçı, **a.g.m.**, s. 16, dp. 28.

⁶²³ Kuru, **a.g.m.**, s.114; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3307; Önder, **a.g.m.**, s. 89. Şikâyet hakkının kişiye sıkı surette bağlı hak niteliğinde olduğu ve alacağın devri ile birlikte devralana geçmiş kabul edilmeyeceği yönünde bkz. Pazarcıkçı, **a.g.m.**, s. 21.

⁶²⁴ Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3307; Türkmen, **a.g.e.**, s.57.

⁶²⁵ Kuru, **a.g.m.**, s.114; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3303; Yarg. 16. Hukuk Dairesi - 2003/11456 E, 2004/2974 K 24.2.2004 (Güleç, **a.g.m.**, s. 9, dp. 24.). İİK 337/a-2 düzenlemesinin sanık aleyhine karine olduğu ve sanığın şikâyetçi alacaklının zarara uğramadığını ispat külfeti altında bırakıldığı bunun ise *masumiyet karinesine* aykırılık oluşturacağı gerekçeleri ile Anayasa’nın 38/4. fıkrasına aykırılık sebebi ile İİK 337/a-2 hükmünün iptali talep edilmiştir (başvurunun tam metni için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-39.pdf). Ancak ilgili başvuru Anayasa Mahkemesi’nin 02/05/2018 tarih, 2017/109 Esas ve 2018/39 Karar sayılı ilamıyla; borçlunun alacaklının zarar görmediğini ispat etmesinin ticareti terk suçu yönünden bir cezasızlık nedeni olarak görüldüğü bu kapsamda savunma hakkını ve adil yargılama hakkını sınırlamadığı ve Anayasa’nın 38. maddesi kapsamında suçsuzluk karinesine aykırılık teşkil etmediği gerekçeleri ile ret edilmiştir (RG 06.06.2018 / 30443).

ederek cezadan kurtulabilir (İİK 337/a-2)⁶²⁶. Özellikle bu kapsamda bildirilmeyen malın haczi kabil olmaması⁶²⁷, tüm aktif mallarını bildirmiş olsaydı dahi mallar üzerindeki rehin veya önceki hacizler sebebi ile alacaklıya zaten bir bakiye kalmayacağı⁶²⁸ ispatı halinde borçlu ceza yükümlülüğünden kurtulur. Yine bunlardan başka; borcu tüm fer'ileri ile beraber ödemesi⁶²⁹ veya hali hazırda aktifindeki malların borçları ödemeye yetmesi halinde alacaklının zarara uğramadığının kabulü ile borçluya ceza verilmeyecektir⁶³⁰.

Son olarak ticaretin kısmen terki halinde de İİK 44/1'e aykırılık sebebi ile İİK 337/a kapsamında cezalandırılması gerektiği ifade edilse de⁶³¹ kanaatimizce ticareti kısmen terk eden tacir yönünden tam manası ile ticareti terk hali gerçekleşmediğinden ne İİK 44'de yer alan yükümlülüklerin herhangi biri ne de İİK 337/a⁶³² uygulanmayacaktır.

2. Hukuki Müeyyide Yönünden

a. İflasa Tabi Olma Yönünden

Yukarıda da belirttiğimiz üzere tacirin iflas yolu ile takip edilmesine ilişkin özel yaptırımın ortadan kalkabilmesi için tacirin İİK 44 kapsamında ticareti terk ettiğini ve aynı madde kapsamında mal beyanını bildirmesi ve bu bildirimden üzerinden bir sene geçmesi gerekmektedir⁶³³.

⁶²⁶ Akçaal, **a.g.e.**, s.201; Kuru, **a.g.m.**, s.114; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3303.

⁶²⁷ Kuru, **a.g.m.**, s.111.

⁶²⁸ Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3303-3304.

⁶²⁹ Kuru, **a.g.m.**, s.114.

⁶³⁰ Sıtkı Akyazan, **İcra ve İflas Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar**, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1965, s.215.

⁶³¹ Talih Uyar, "İİK'nun 337/a Maddesi Üzerine Bir İnceleme (Ticareti Terk Edenlerin Cezası)", **YargDün**, S. 192, 2011, s. 17; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3306. Kuru, **a.g.m.**, s.117-118.

⁶³² Güleç, **a.g.m.**, s. 9 vd.

⁶³³ Bkz. Yuk. Dördüncü Bölüm, I, D.

Ancak ticareti terk eden tacir tarafından İİK 44 kapsamında bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması halinde bir yıllık süre başlamayacak ve her zaman iflas yolu ile takip edilebilecektir⁶³⁴.

b. Malvarlığının Devri Yönünden

Doktrinde bir görüşe göre İİK 44'e aykırılığın birisi cezai (İİK 337/a) birisi de hukuki olmak üzere iki yaptırımını bulunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre İİK 44'e aykırılığın hukuki yaptırımını ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde yapılacak malvarlığı devirlerinin alacaklılara karşı ileri sürülebilmesi, alacaklılar yönünden geçersiz olması oluşturmaktadır⁶³⁵.

Diğer görüşe göre ise İİK 44'e aykırılık yönünden yalnızca cezai müeyyide düzenlenmiş olup hukuki müeyyidesinin kanunda yer almadığı mal varlığının – ticari işletmenin - devrine engel olmayacağı ifade edilmektedir⁶³⁶.

Özellikle bu görüşün savunucularından *Erişir*⁶³⁷ takip hukukunun genel kurallar kaidesinde borçlar hukukuna özgü geçersizlik yaptırımını düzenlemeyeceğini aksi bir düzenleme yapacak ise de bunu açıkça belirtmesi gerektiğini ancak kanun lafzında bu yönde bir yaptırımın yer almadığını, bir an için geçersizlik yerine alacaklıyı bağlamayacağını iddia edilmesi halinde ise kanun koyucunun böyle bir niyeti olsa idi haciz ve iflasta olduğu gibi açık şekilde bir düzenleyebilecekken böyle bir düzenlemeye de yer vermediği gerekçeleri ile İİK 44'e aykırılık kapsamında ilgili devirlerin alacaklıyı bağlamamasının söz konusu olmadığını ifade etmektedir.

⁶³⁴ Arıcı, **a.g.e.**, s.225; Kuru, **a.g.m.**, s. 115, dp. 17; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 423; iyiniyetli (bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen) üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceğinden bahseden Bozkurt, **Ticari İşletme**, s.82.

⁶³⁵ Uyar, **Şerh Cilt: 12**, s.19405; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.3046-3047; Ülkü, Karaaslan, **a.g.m.**, s. 61-62; Arıcı, **a.g.e.**, s.225 vd.; Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, Baştan Sona Gözden Geçirilmiş ve (4949 Sayılı Kanun Hükümleri Gözönünde Tutulmak Suretiyle) Yenilenmiş 8. bası, İstanbul, 2004, s. 152.

⁶³⁶ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 407; Erişir, **a.g.m.**, s.280 vd. özellikle 287; Durman, **a.g.e.**, s.196; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 212.

⁶³⁷ Erişir, **a.g.m.**, s.284-285.

*Durman*⁶³⁸ ise yukarıdaki gerekçelere ek olarak İİK 44 metni içerisinde yükümlülükler uymayan değil tam tersine birinci fıkradaki gereklilikleri yerine getiren tacirin sonraki işlemlere ilişkin aykırılıkları düzenlenmiş olduğundan bahisle birinci görüşteki yorumun kanun metni ile çeliştiğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce ilk görüşü ileri süren yazarların sadece kanunun gerekçesinden yola çıkarak alacaklıları koruma gayeleri kanunda yer almayan bir yaptırımın uygulanması sonucuna ulaşmaktadır ki bu yorum doğru değildir. Bu sebeple böyle bir yaptırımın kanunda düzenlenmemiş olması ve özellikle de İİK 44/3 kapsamında tasarruf yasağının ancak İİK 44/1 kapsamında yapılacak bildirim ile başlayacağı ve mümkün olacağı gerekçeleri ile ikinci görüşe katıldığımızı belirtiriz.

F. TBK 202 Yönünden Değerlendirilmesi

İİK 44 kapsamında ticareti terk ticari işletmenin devri ile gerçekleşebileceği gibi ticari işletmenin kapatılması yahut dağıtılması halinde de uygulanacak iken TBK 202 hükmü ise yine ticari işletmenin devrinde uygulama alanı bulabileceği gibi bundan başka diğer işletmeler ve malvarlığının devri halinde de uygulama bulabilecektir. Bu sebeple iki hükmünde ticari işletmenin devri dışında uygulama alanları bulunmaktadır.

TBK 202 kapsamında korunan alacaklılar yalnız ticari işletmenin alacaklıları iken İİK 44 bu yönde bir ayrıma gitmemiş olup tüm alacaklılar yönünden koruma sağlamak üzere ihdas edilmiş bir hükümdür⁶³⁹. Yine TBK 202 kapsamında bildirim yükümlülüğü devralana yüklenmişken İİK 44 hükmünde ise bildirim yükümlülüğü devredene - ticareti terk eden - yüklenmiştir⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Durman, **a.g.e.**, s.197.

⁶³⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s.227; Erişir, **a.g.m.**, s.288.

⁶⁴⁰ Arıcı, **a.g.e.**, s.227.

En nihayetinde TBK 202 kapsamında devralan devir konusu borçlulardan alacaklılara karşı tüm malvarlığı ile sorumlu iken İİK 44/3'e aykırı olarak yapılan devirlerde devralanın sorumluluğu devir konusu aktifler ile sınırlı olacaktır⁶⁴¹.

İİK 44/1 kapsamında bildirim yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmemesi TBK 202 kapsamında borçları nakleden devredenın sorumluluğu yönünden iflas ile takip edilip edilemeyeceği hususunda etkilidir. Bu kapsamda İİK 44/1'e göre bildirim yükümlülüğünü yerine getiren devreden iki yıllık müteselsil sorumluluk süresinin bildirim tarihinden itibaren bir yılı içerisinde iflas yolu ile de takip edilebilecekken, bir yılın dolması neticesinde bakiye süre yönünden ancak normal takip yolu ile aleyhine işlem yapılabilecektir⁶⁴².

G. TTK 11/3 Yönünden Değerlendirilmesi

Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre⁶⁴³ özellikle alacaklıları koruma kastı ile İİK 44/1 kapsamında bildirim yükümlülüğünün en geç devir anına kadar gerçekleştirilmesi gerekmekte ve İİK 44/III hükmünde yer alan iki aylık sürenin dolmasından sonra devir gerçekleştirilmeli aksi takdirde devrin alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyecektir.

İlk olarak bu görüş içerisinde belirtilen devrin alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceğine ilişkin düşüncenin yukarıda belirttiğimiz üzere İİK 44'e aykırılığın malvarlığının devrine ilişkin bir etkisi olmayacağından kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir⁶⁴⁴.

İkinci olarak İİK 44/1 kanun açık şekilde ilgili yükümlülüklerin "*Ticareti terk eden bir tacir*" yönünden olduğunu belirtmiş olmakla ticari işletme devredilmeden önce henüz ticareti terk gerçekleşmeyeceğinden bildirim yükümlülüğünden bahsedilemeyeceği gibi açık kanun metni sebebi ile böyle bir bildirim hükümde

⁶⁴¹ Arıcı, **a.g.e.**, s.228.

⁶⁴² Arkan, **a.g.e.**, s.46-47; Bilgili, Demirkapı, **Ticari İşletme**, s. 39; Bozkurt, **Ticari İşletme**, s.87; Bahtiyar, **Ticari İşletme**, s. 41; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 423; Domaniç, Ulusoy, **a.g.e.**, s. 179.

⁶⁴³ Arıcı, **a.g.e.**, s.224; Topçuoğlu, **Kiracılık Hakkı**, s.18.

⁶⁴⁴ Bkz. Yuk. Dördüncü Bölüm, I, E, 2.

öngörülen sonuçları da doğurmayacaktır. Bu sebeple bildirim yükümlülüğü ancak ticari işletmenin devrinden sonra ortaya çıkacaktır⁶⁴⁵.

Üçüncü olarak bu görüşe göre bildirim ile devir tarihi arasındaki iki aylık tasarruf yasağı dönemi içerisinde ticari işletmenin faaliyetine devam imkânı tamamen ortadan kalkacaktır. En basit bir işletme bile müşterilerine olağan satışlarını dahi gerçekleştiremeyecektir ki böyle bir durum neticesinde güncel ekonomik gerekler kapsamında iki ay sonrasında işletmenin devam kabiliyeti yok olacaktır⁶⁴⁶. Yine salt alacaklılara haciz imkânı tanımak için getirilen iki aylık süreyi bekleyecek olan devralanın konumu düşünüldüğünde ticari işletmeye alıcı bulmak da bir bakıma imkânsızlaşacaktır⁶⁴⁷. Tüm bu gerekçeler TTK 11/3 kapsamında ticari işletmenin devrine ilişkin getirilen *devrin kolaylaştırılması ilkesi ve bütünlük ilkesine* aykırı olacaktır⁶⁴⁸.

Dördüncü olarak ticari işletmenin aktiflerinin bir bütün olarak devrine imkân tanıyan TTK 11/3 hükmü kapsamında, ticari işletme bünyesinde aksi öngörülmeden tüm aktiflerin devrin ticaret siciline tescili ile devralana geçeceği ve yine TSY 135/5 kapsamında eş zamanlı olarak ticari işletme bünyesinde yer alan malvarlıklarına ilişkin özel sicillere devir olgusunun tescili için bildirileceği⁶⁴⁹ düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeler ticari işletmenin aktiflerinin kül halinde devri yönünden hem sonraki hem de özel hüküm niteliğinde olmaları nedeniyle öncelikle uygulanacak ve ilgili düzenlemeler kapsamında aktiflerin devri geçerli kabul edilecektir. İİK 44'ün lafzına aykırı şekilde devir için ek bir iki aylık bekleme süresi öngörülmesi kanaatimizce yerinde değildir.

⁶⁴⁵Güncan, **a.g.e.**, s. 108; Çelikboya, **a.g.e.**, s.343. Yazar ayrıca kanun koyucunun bu yönde bir iradesi olsa idi İİK 280/III'de olduğu gibi açık şekilde ifade etmesi gerektiğini ifade etmektedir (**A.e.**, s.344.). Arıcı da benzer gerekçe ile maddenin aksine yoruma uygun olduğunu belirtmektedir (**a.g.e.**, s.223.).

⁶⁴⁶ Erişir, **a.g.m.**, s.286.

⁶⁴⁷ Erişir, **a.g.m.**, s.285.

⁶⁴⁸ İlgili ilkeler yukarıda açıklanmış olup bkz. Yuk. İkinci Bölüm, I, A. Ayrıca ilgili aykırılıkların temel sebebinin İİK 44'ün daha çok bir ticari işletmenin tasfiye edilmesi sureti ile sona ermesi düşünülerek hazırlanması başka bir deyiş ile ticari işletmenin devir olasılığının ağırlıklı olarak nazara alınmamasından kaynaklandığı yönünde yerinde tespitler için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 224; Erişir, **a.g.m.**, s. 285.

⁶⁴⁹ Aksi yönde Topçuoğlu ise kanun emri veya bahsettiği bir hakkın yönetmelik ile kaldırılmasının mümkün olmayacağını bu sebeple ilgili bildirim ve devirlerin ancak İİK 44/3'de ön görülen iki aylık sürenin sonunda gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir (**Kiracılık Hakkı**, s. 18.).

Ayrıca kanaatimizce tek bir ticari işletmesi olan ve bunu devrederek ticareti terk eden tacir yönünden TTK 11/3 kapsamında öngörülen tescil ve ilanın yapılması halinde İİK 44/1 kapsamında da ticareti terk halinin bildirildiği kabul edilmeli ve iflas yönünden takip edilebileceği bir yıllık süre de bu ilandan başlatılmalıdır. Mal beyanı yönünden ise devreden ticari işletmesini devretmesi ve terk olgusu aynı anda gerçekleşeceğinden ticari işletme aktifi ticari terk ve bildirim anında devreden malvarlığında bulunmamış olacağından mal bildiriminde yer alması ve İİK 44/3 kapsamında tasarruf yasağına tabi olması mümkün olmayacaktır. Ancak devir bedeli – ivaz – ise mal bildiri olarak kabul edilmeli ve bu ivaz yönünden temlik hakkının tahdit edildiği sicil memurluğu tarafından ilgili kuruma bildirilmelidir. Örneğin ivazın para olması halinde İİK 44 kapsamında Türkiye Bankalar Birliği'ne durum bildirilmelidir.

II. İİK 277 vd. Tasarrufun İptali Davaları Kapsamında Ticari İşletme Devrinin İptal Edilebilirliği

A. Genel Olarak

İcra ve iflas hukuku kapsamında genel kurullara göre borçlunun haciz yolu ile takip edilmesi halinde malvarlığında haczi tatbik edilmesi, iflas yolu ile takip edilmesi halinde ise iflasına karar verilmesine kadar borçlunun mal ve hakları üzerindeki tasarruf yetkisinde herhangi bir sınırlamadan bahsetmek mümkün değildir⁶⁵⁰.

Bu nedenle henüz malvarlığına haciz tatbik edilmeyen veya iflasına karar verilmeyen ancak böyle bir risk altında bulunan borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak için malvarlığındaki aktifleri başta yakın çevresi olmak üzere üçüncü kişilere bağışladığı, hileli olarak veya borcuna karşılık devrettiği sıklıkla görülmektedir. Bu sebeple de bir durumda alacaklılar normal şartlar altında borçlunun mal varlığına başvurmak istediklerinde hiç veya yeterli mal

⁶⁵⁰ Akçaal, **a.g.e.**, s.193; Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s.663; Levent Börü, “İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M. 280)”, **AÜHFD**, C. 58, S. 3, 2009, s. 483.

bulamayabilirler. Böyle bir durum halinde haciz yolu ile takipte alacağına kavuşamamış alacaklılar, iflas halinde ise tüm alacaklıları korumak ve bu kişilerin borçlunun tasarruf kısıtlaması bulunmayan dönemde alacaklılarından mal kaçırmak gayesi ile yaptığı tasarrufları iptal ettirebilmesi için iptal davasına ilişkin düzenlemeler ihdas edilmiştir⁶⁵¹.

Tasarrufun iptaline ilişkin düzenlemelerin klasik Roma hukukuna kadar uzandığı ve bu dönemde borçlunun hileli işlemler ile alacaklının alacağına kavuşmasını engelleyen işlemlerin etkilerini ortadan kaldıran kuralların ikame edildiği görülmektedir⁶⁵². Türk hukukunda ise İsviçre hukukundan iktibas edilmek sureti ile ilk olarak 1424 sayılı kanun⁶⁵³ akabinde ise 2004 sayılı kanun⁶⁵⁴ içerisinde İsviçre hukukundan ayrılan bazı düzenlemeleri ile birlikte 277vd. hükümlerinde kodifiye edilmiş ve zaman içerisinde pek çok değişiklik ile bugünkü halini almıştır⁶⁵⁵.

Kanun içerisinde geçen “tasarruf” ibaresinin hatalı olarak kullanıldığı doktrinde ifade edilmektedir⁶⁵⁶. Yine doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre⁶⁵⁷; kanun içerisinde kullanılan “tasarruf” ibaresinin dar anlamda medeni hukuk kapsamında ki hukuki işlem olan tasarruf işlemi olarak değil *hukuki işlem* ve *hukuki fiilleri* de kapsar şekilde en geniş anlamda kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Borçlu ile üçüncü kişi arasında gerçekleştirilen devir işleminin muvazaalı olması halinde ise muvazaa sebebi ile tasarrufun iptali davası açılıp açılmayacağı

⁶⁵¹ Arıcı, **a.g.e.**, s.228; Akçaal, **a.g.e.**, s.193-194; Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s.663-664; Börü, **a.g.m.**, s. 483; Bilge Umar, **Türk İcra İflas Hukukunda İptal Dâvası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s.1; Durman, **a.g.e.**, s.143, 157. Bu yönde tasarrufun iptali davasını “*İptal davası; borçlunun alacaklılarına zarar veren bazı tasarruflarını –davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde-hükümsüz hale getirmeye yarayan bir davadır*” tanımı için bkz. Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.2944.

⁶⁵² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Durman, **a.g.e.**, s.143-145; Umar, **a.g.e.**, s. 4 vd.

⁶⁵³ RG 04.05.1929 / 1183

⁶⁵⁴ RG 19.06.1932 / 2128

⁶⁵⁵ Tasarrufun iptali düzenlemesinin Türk hukukundaki gelişimi, değişimi ve İsviçre hukuku ile karşılaştırılmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Durman, **a.g.e.**, s.151 vd.

⁶⁵⁶ Umar, **a.g.e.**, s.54 vd.

⁶⁵⁷ Börü, **a.g.m.**, s.458; Umar, **a.g.e.**, s. 54vd.; Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarının Konusu (İİK m. 278, 279, 280)”, **TBBĐ**, S. 78, 2008, s. 287-288; Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Cilt: 4**, 3. Baskı, İstanbul, 1997, s. 3410.

hususunu ise doktrinde tartışmalıdır⁶⁵⁸. Bir görüşe göre tasarrufun iptal edilebilirliğinden bahsedebilmek için öncelikle geçerli bir tasarruf olması gerekmektedir, muvazaalı devir halinde yapılan işlem kesin hükümsüz olduğundan tasarrufun iptali davasına konu edilemez.⁶⁵⁹ Diğer görüşe göre ise teorik olarak muvazaa halinde tasarrufun iptali davası açılmayacağına ilişkin görüş yerinde ise de bu görüşün kabul edilmesi halinde İİK 277 vd. hükümlerindeki karinelere yararlanmaksızın muvazaanın ispat edilebilmesine ilişkin zorluk başta olmak üzere alacaklı aleyhine yaşanabilecek diğer sorun ve olumsuzluklara sebebiyet verecektir. Bu sebeple alacaklının TBK 18 kapsamında tespit davası açabileceği gibi İİK 277 vd. kapsamında iptal davasını da açabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁶⁰. *Börü* ise İİK 280 kapsamındaki düzenlemenin *takip hukukuna özgü bir muvazaa davası* olduğunu, maddi hukuk anlamındaki muvazaa davası (TBK 18) ile amacı, konusu, şartları ve sonuçları itibarı ile farklı olduğunu, bu nedenle alacaklının her iki yola da başvurabileceğini belirtmektedir⁶⁶¹.

B. İİK 280/4 Ticari İşletme Devrine İlişkin Karine

İİK 277 vd. hükümlerinde yer alan tasarrufun iptaline ilişkin düzenlemelerin tamamının ticari işletme devri yönünden de uygulanmasında diğer malvarlıkları ile herhangi bir farklılık bulunmamakla birlikte bunlara ek olarak İİK 280/4⁶⁶²

⁶⁵⁸ İlgili tartışma ve farklı görüşler için bkz. Erişir, **a.g.m.**, s.179, dp. 18 ayrıca Yargıtay'ın farklı tarih ve dairelerinin kararları ile birlikte Uyar, **Tasarrufun İptali Davalarının Konusu**, s.290 vd. Türk hukukunda, İsviçre hukukundaki uygulamadan farklı olarak muvazaa sebebi ile açılan davalarda tasarrufun iptali davasının sonuç ve hükümlerinin gündeme geldiğine ilişkin bkz. M. Kamil Yıldırım, "Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi", **MÜHF-HAD**, C. 19, S. 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, 2013, s. 480.

⁶⁵⁹ Erişir, **a.g.m.**, s. 289; Durman, **a.g.e.**, s. 159; Kuru, **İcra ve İflas Cilt: 4**, s. 3413; Gürdoğan, **a.g.e.**, s.222.

⁶⁶⁰ Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davası ve 'Muvazaa', 'Nam-ı Müstear', 'İşletmenin Devri', 'Kanuna Karşı Hile' ve 'Perdeyi Kaldırma Teorisi'", **AnkBD**, S. 2, 2016, s. 361 ve *Börü*, **a.g.m.**, s. 490, dp. 26'da yer alan yazarlar.

⁶⁶¹ *Börü*, **a.g.m.**, s.492-494.

⁶⁶² İlgili fıkranın kaynak kanundan farklı olarak Türk kanun koyucu özgü bir düzenleme olduğu yönünde bkz. Durman, **a.g.e.**, s.203; Kamil Yıldırım, "4949 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertilenmesine İlişkin Yeni Hükümler", **YÜHFD**, C. I, S. 2, 2005, s. 477; Yıldırım, **Ticari İşletme Devri Karinesi**, s. 472.

kapsamında ticari işletmenin⁶⁶³ veya işletme bünyesinde emtianın tamamının yahut önemli bir kısmının⁶⁶⁴ devri için alacaklı lehine ek bir karine⁶⁶⁵ öngörülmüştür.

İİK 280/4 ile getirilen karineye ilişkin düzenlemenin tam metni şu şekildedir: “Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği kabul olunur. Bu karine, ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların itilaini temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir.”

Genel kural dairesinde tasarrufun iptali davası açan alacaklı davacı tarafından borçlunun borca batık halde olduğunu ve zarar verme kastı ile tasarruf işlemini gerçekleştirdiğini ve ayrıca işlemin diğer tarafının da borçlunun borca batık hali ile zarar verme kastını bildiği yahut bilmesi gerektiğini ispatlaması gerekmektedir (İİK 280/1)⁶⁶⁶. Bu ispat yükünün alacaklı davacı tarafça yerine getirilmesinin zorluğu

⁶⁶³ Ticari işletmenin değil de sadece müşteri çevresinin devredilmesi halinde de bu işlemin iptale konu olabileceğini ifade eden görüş için bkz. M. Kamil Yıldırım, **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s.160. Aksi yönde görüş için bkz. Umar, **a.g.e.**, s. 57 vd.

⁶⁶⁴ İşletmeye ait malvarlığının önemli bir kısmını devralmasa dahi aynı işyerinde borçludan sonra faaliyet göstermesi halinde bu karinenin geçerli olacağı yönünde görüş için bkz. Burhan Gürdoğan, **İflas Hukuku Dersleri (İflas/Konkardato/İptal Davaları)**, Ankara, 1966, s. 235.

⁶⁶⁵ İlgili karinenin gerekli olmadığı ve İİK 280/1 hükmünün amacına göre yorumlanması ile *rahatlıkla* doldurulabileceğini belirten görüş için bkz. Durman, **a.g.e.**, s. 185.

⁶⁶⁶ Arıcı, **a.g.e.**, s.228-229; Akçaal, **a.g.e.**, s. 194; Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s. 669; Uyar, **Şerh Cilt: 12**, s. 19376-19377; Yıldırım, **Ticari İşletme Devri Karinesi**, s. 480 ve dp. 23; Börü, **a.g.m.**, s.507-509. Yazar ayrıca gerçekleştirilen tasarrufun sadece alacaklıyı zarara uğratması kastı ile yapılmış olmasının gerekmediğini, menfi sonuçların bilinçli olarak dikkate alınması sureti ile *gayri muayyen kast* ile gerçekleştirilmiş olmasının da yeterli olacağını ifade etmektedir (**A.e.**, s.509.). İsviçre hukukunda da borçlunun *gayri muayyen kastının* varlığının yeterli görüldüğü ancak ihmalin yeterli görülmediğine ilişkin bkz. Yıldırım, **Ticari İşletme Devri Karinesi**, s. 479

nazara alınarak ticari işletme devrinde hem borçlunun alacaklılara zarar verdiği hem de devralanın bu zarar kastını bildiğine ilişkin bu karine kabul edilmiştir⁶⁶⁷.

Bu karine ancak yine hükümde öngörüldüğü üzere; devir tarihinden en az üç ay önce yazılı olarak bildirilmiş olması veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber TSG’de ilan ederek yahut bunun da mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların haberdar olmasını temin edecek şekilde uygun vasıtalar ile ilan ederek çürütülebilir⁶⁶⁸.

C. TTK 11/3 Yönünden Değerlendirilmesi

Tasarrufun iptali davalarının konusu tasarruf işlemleri olup borçlandırıcı işlemlerin iptali İİK 277vd. hükümlerince istenemez⁶⁶⁹. Borçlandırıcı işlem neticesinde ilgili mal veya hak borçlunun malvarlığından çıkmış olmayacağından borçlandırıcı işlemin iptalinin istenmesinde hukuki yarar da yoktur⁶⁷⁰. Bu nedenle devir sözleşmesi aleyhine İİK 277 vd. hükümlerince iptal davası açılması mümkün olmayıp ticari işletme devrinin iptal davasına konu olabilmesi için devir sözleşmesinin tescil edilmesi şartı aranmalıdır⁶⁷¹. Yine İİK 277 vd. hükümlerindeki süreler de sözleşmenin akdedilme tarihinden değil, sicile tescil tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

TTK 11/3 kapsamında devrin tescil edilmesi ile ticari işletmenin devredilmesi öngörülmesine karşın İİK 280/4’de yer alan ağır karinenin aksinin ispatı için üç ay

⁶⁶⁷ Arıcı, **a.g.e.**, s. 229; Akçaal, **a.g.e.**, s. 194; Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s. 669; Uyar, **Şerh Cilt: 12**, s. 19390; Yıldırım, **Ticari İşletme Devri Karinesi**, s. 478, 481; Börü, **a.g.m.**, s.511-512; Durman, **a.g.e.**, s. 181-182. “...borçlunun 3. kişiyle yaptığı markaların devrine ilişkin sözleşmeler İİY’nun 280. maddesinde belirtilen ticari işletmenin devri mahiyetindedir. ... ticari işletmenin devri halinde devralan kişi borçlunun alacaklılarını zarara sokmak kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde zarar vermek kastı ile hareket ettiği kabul olunur ve bu şartlarda yapılan sözleşmeler de batıl sayılmaktadır ...” [Yarg. 17 HD E. 2474, K./2410, T. 09/07/2007 (Yıldırım, **Ticari İşletme Devri Karinesi**, s. 481, dp. 25.)]. Ayrıca bu yönde diğer Yargıtay kararları için bkz. Uyar, **Şerh Cilt: 12**, s. 19399 vd.

⁶⁶⁸ Arıcı, **a.g.e.**, s. 229; Durman, **a.g.e.**, s. 182-183; Akçaal, **a.g.e.**, s. 195; Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s. 670; Uyar, **Şerh Cilt: 12**, s. 19399; Börü, **a.g.m.**, s. 512.

⁶⁶⁹ Börü, **a.g.m.**, s.488; Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s.665; Durman, **a.g.e.**, s.174; Uyar, **Tasarrufun İptali Davalarının Konusu**, s. 306.

⁶⁷⁰ Börü, **a.g.m.**, s.488-489; Kuru, **İcra ve İflas Cilt: 4**, s.3411; Durman, **a.g.e.**, s.174;

⁶⁷¹ Ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin borçlandırıcı, TSG’ye yapılan tescilin ise kurucu nitelikte olduğuna ilişkin bkz. Yuk. İkinci Bölüm, IV.

evvelden ilan şartı öngörülmüştür. Bu ilan şartının yerine getirilmemesi halinde diğer şartların da varlığı ile birlikte her zaman iptal davalarına konu olma riski taşınması yine TTK 11/3 hükmünün getirmek istediği amaç ve kolaylık ile uyuşmamakta, tarafların üç ay gibi uzun bir süre alacaklıların işlem yapabilme riski ile beklmelerini öngörmektedir.

Ayrıca ticari işletmenin aktiflerinin devredildiğinin hem devirden en az üç ay önce bildirilme şartı hem de TTK 11/3 kapsamında devrin gerçekleştiği anda tescil ve ilanın öngörülmesi de iki kez ilan yükümlülüğü getirmektedir. Bu sebeplerle kanaatimizce iki hüküm arasında beklenen uyum sağlanamamıştır⁶⁷².

D. TBK 202 Yönünden Değerlendirilmesi

Tasarrufun iptali davasında haciz veya iflastan önce borçlunun yapmış olduğu tasarruflar sanki borçlunun malvarlığındaymiş gibi alacaklıların tatmin edilmesini sağlamaktır⁶⁷³. Bu kapsamda medeni hukuk anlamında devrin geçersizliği yahut devredene dönmesi hali olmayıp yalnızca haciz yolu ile takip eden alacaklı tasarrufun iptali davasına konu olan mal veya hakkın kendi alacağı ile sınırlı olmak üzere haciz ve satılmasını talep edecek, iflas halinde ise malın iflas masasına teslimi talep edilecektir⁶⁷⁴.

Tasarrufun iptali neticesinde mal borçlunun malvarlığına girmez iptal davasını kazanan alacaklının alacağını tahsil etmesinden sonra arta kalan değer de borçluya değil üçüncü kişiye ödenir. İflas neticesinde artan bir değer olması halinde de yine ilgili miktar üçüncü kişiye ödenecektir⁶⁷⁵.

⁶⁷² Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 61; Bahtiyar, **Ticari İşletmenin Devri**, 3903.

⁶⁷³ Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s. 664; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.2944.

⁶⁷⁴ Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s. 664; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.2945; Durman, **a.g.e.**, s. 158-159; Börü, **a.g.m.**, s. 485. Yazar ayrıca buna gerekçe olarak 4949 sayılı kanun ile “diğer butlan halleri” olan madde başlığının “zarar verme kastından dolayı iptal” olarak değiştirilmesinin bu durumun açık gerekçesi ve bir diğer ispatı olduğunu belirtmektedir (**A.m.**, s. 485.).

⁶⁷⁵ Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s. 664; Börü, **a.g.m.**, s. 485; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.2945

Ayrıca mal veya hakkı devralan üçüncü şahıs, bu mal veya hakkı daha sonra elinden çıkarmış ise bu mal veya hakkın rayiç değeri kadar ancak her halükarda alacak miktarı ile sınırlı olacak şekilde tazminat yükümlülüğü altına girer⁶⁷⁶.

Bu nedenlerden tasarrufun iptali davası ancak İİK 277 vd. şartlarını taşıyan (aciz vesikası alması vb.) alacaklının alacak miktarı ile sınırlı olmak kaydı iptalini talep ettiği mal veya hak üzerinde haciz varmış gibi satarak almasını sağlayan nispi bir haktır⁶⁷⁷.

Buna karşılık TBK 202 kapsamında devralan tüm malvarlığı ile ve herhangi bir sınır olmaksızın sorumludur. Yine TBK 202 kapsamında devreden ve devralan müteselsil olarak sorumlu olduğundan alacaklı dilediğine ayrı ayrı veya aynı anda başvurabilir, öncelikle devredene (asıl borçlu) başvurma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁷⁸. Bununla birlikte TBK 202 kapsamında devralan herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın borçtan sorumluyken, İİK 277 vd. hükümlerine başvuracak alacaklının ilgili düzenlemeler kapsamındaki sürelere riayet etmesi gerekmektedir⁶⁷⁹. En nihayetinde iptal davasını elinde aciz vesikası bulunması şartı ile tüm alacaklılar açabilecekken, TBK 202 kapsamında devredene yalnızca ticari işletmenin alacaklıları başvurabilecektir⁶⁸⁰.

Bu başlık altında kanaatimizce değerlendirilmesi gereken bir diğer konu ise TBK 202 kapsamında ticari işletmenin borçların devredilmiş olması ihtimalinde de ticari işletme alacaklılarının iptal davası açıp açamayacaklarıdır. Nitekim böyle bir durumda devrin ilan veya ihbarından itibaren devreden ile devralan müteselsil olarak bu sürenin hitamından sonra ise devralan tüm bu borçlardan tek başına sorumlu olacaktır.

⁶⁷⁶ Arıcı, **a.g.e.**, s. 229.

⁶⁷⁷ Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s. 664; Umar, **a.g.e.**, s. 19-20; Börü, **a.g.m.**, s. 486; Uyar, **Tasarrufun İptali Davalarının Konusu**, s. 294; Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.2945; Durman, **a.g.e.**, s. 158; "... Bu tür dava alacaklı davacıya alacağını tahsil olanağı sağlayan nispi nitelikli bir davadır..." [Yarg. HGK E. 2000/4-823 K. 2000/851 T. 03.05.2000 (Börü, **a.g.m.**, s.491, dp. 28.)]. Ayrıca aynı yönde Yargıtay ve Federal Mahkeme kararlar için bkz. Uyar, Uyar, Uyar, **El Kitabı II**, s.2946- 2947.

⁶⁷⁸ Arıcı, **a.g.e.**, s. 230.

⁶⁷⁹ Arıcı, **a.g.e.**, s. 230.

⁶⁸⁰ Arıcı, **a.g.e.**, s. 230.

Bu kapsamda ilk olarak değerlendirmemiz; iki yıllık süre içerisinde ticari işletmenin önceki alacaklılarının iptal davası açmasında hukuki yarar olmadığı gibi böyle bir işlem iptal davasının amacı ile de bağdaşmayacaktır. Nitekim takip konusu borçtan devralan da devreden ile müteselsil ve aynı şartlar ile sorumludur. Bu sebeple doğrudan devralan ve devralanın malvarlığı aleyhine işlem tatbik edebilecek alacaklının, ilgili mal veya hakkın iptalini talep etmesinde hukuki yararı yoktur. Bir an için alacaklının hali hazırda devreden aleyhine kesinleştiği bir takip bulunması sebebi ile yeniden devralan yönünden takip işlemlerini başlatma külfeti yerine böyle bir yolu tercih etme hakkının olabileceği ve hükümlerin kümülatif uygulanacağı düşünülebilir. Ancak bu durumda da özellikle devredenin kendinden beklenen savunma ve itirazları ileri sürmemesi nedeni ile asıl malvarlığında eksilmeye sebebiyet verilecek devralanın elinden tüm savunma ve itiraz haklarının alınması anlamına gelecek olup menfaatler dengesini takip hukukunun esaslarına aykırı şekilde alacaklı lehine bozacaktır. Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz üzere tasarrufun iptali davalarının temel amacı borçlunun henüz haciz veya iflas halinden önce yaptığı işlemler ile malvarlığındaki hak veya alacak aleyhine alacaklıların işlem yapmasını engellemesinin ortadan kaldırılmasıdır. Oysa TBK 202 kapsamında aktifler ile birlikte borçların devredilmesi halinde ticari işletme alacaklıları halen aynı mal veya hak üzerinde haciz tatbik ederek alacağına kavuşabileceğinden, başka bir deyiş ile başvurabilecekleri mal veya hak aynı kalacağından bu kişilerin iptal davası açması kanunun amacı ile de bağdaşmayacaktır.

İki yıllık müteselsil sorumluluk süresinin dolması halinde ise TBK 202 kapsamında devreden işletme borçlarından ötürü artık sorumlu olmayacaktır. Bu sebeple devralan tek ve asıl borçlu olarak kalacak iken devreden ilgili borç yönünden artık borçlu sıfatından kurtulacaktır. Bu yönüyle de ticari işletme alacaklıları için artık devralanın devraldığı mal veya hakkın iptalini istemesinin mümkün olduğunu söylemek kanaatimizce zordur. Nitekim iki yıllık süre hak düşürücü süre niteliğinde olup hakim tarafından re'sen nazara alınacaktır⁶⁸¹. Bu kapsamda İİK 284 hükmünde

⁶⁸¹ Bkz. Yuk., Üçüncü Bölüm, III, B, 2.

her ne kadar dava açmak için 5 yıllık hak düşürücü süre⁶⁸² öngörülmüşse de bu süre içerisinde olsa dahi TBK 202 hükmündeki iki yıllık sürenin dolmasından sonra davanın açılması halinde davacının davasının süresinde olmadığı göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Ticari işletmenin alacaklıları için bir diğer değinilmesi gereken konu ise; İİK 280/4'de yer alan *borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği* karinesidir. TBK 202 hükmü nazarında borçların devredilmesi ve yine bunun hüküm kapsamında ilan veya ihbar edilmesi halinde de kabul edilmesi yine kanunun amacı ve ruhuna aykırı olacaktır. Devralanın ticari işletmenin aktifleri ile birlikte bu borç için süresiz olarak ve ticari işletmenin aktifleri dâhil tüm malvarlığı ile sorumluluğu kabul etmesi başka bir deyiş ile kabul edebileceği en geniş manada sorumluluğu şahsen kabul etmiş olması halinde alacaklıyı ızzar ettiğinin kabul edilmesi hatalıdır. Ayrıca hala alacaklı da ilgili borç yönünden devir bedeli dâhil diğer tüm malvarlığı ile sorumlu kalmaya devam etmektedir. Bu sebeple bütün bunlarla birlikte devrin en az üç ay evvel alacaklıya bildirilmesi veya ilan edilmesinin aranması yerinde olmayacağı gibi bu husus iki hükümde birlikte görülen ilan veya bildirim yönünden hiçbir şekilde uyum ve mantığın sağlanmadığının da göstergesidir. Bu sebeplerle kanaatimizce İİK 280/4 hükmünün lafzi yorumunda TBK 202 hükmü nazarında borçların devredilmesi ve bunun kanuna uygun şekilde devir tarihinden üç ay öncesinde yapılmayan ihbar veya ilanın karineyi ortadan kaldıracığını söylemek mümkün değilse de; kanunun amacı ve ruhuna uygun yorum kapsamında TBK 202 hükmüne uygun şekilde borçların devredilmesi ve bunların ilan veya ihbar edilmesi halinde İİK 280/4'de yer alan karinenin uygulanmayacağı sonucuna varılmalıdır.

Aksi olarak borçların devredilmemesi yahut devralanın TBK 202 kapsamında ilan veya ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ticari işletme alacaklılarının işletmeye ait mal veya haklar için iptal davası açabileceği ve İİK

⁶⁸² Sürenin niteliğine ilişkin pek çokları yerine bkz. Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s. 670.

280/4’de yer alan karineden yararlanacaklarına hiç şüphe olmadığı gibi alacaklıların bu durumda başvurması gereken hukuki kurum da iptal davasıdır⁶⁸³.

Tüm bu nedenlerden ötürü kanaatimizce mevcut hükümler nazarında ticari işletmenin pasiflerinin de TBK 202 kapsamında devredilmesi ve uygun şekilde ilan veya ihbar edilmesi halinde ticari işletme alacaklıları için İİK 280/4 karinesinin uygulanmaması hatta tasarrufun iptali davası açmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmalıdır. Ayrıca bu yönde TBK 202 kapsamında pasiflerin devredilmesi ihtimalinde ticari işletme alacaklıları için istisna bir hükmün İİK 277 vd. hükümlerinde düzenleme altına alınması da kanun tekniği açısından yerinde olacağı gibi yukarıdaki gerekçeler sebebi ile elzem nitelikte de olduğu söylenebilir.

III. İstihkak Davalarında Yargıtay Uygulaması Ve Eleştirisi

A. Genel Olarak

İİK 96 vd. hükümlerinde, İstihkak kavramı ve prosedürü⁶⁸⁴ düzenleme altına alınmıştır.

İstihkak kavramı en geniş şekilde *Uyar*⁶⁸⁵ tarafından “*Borçlu’nun «haczedilen taşınırın kendisine ait olmayıp üçüncü kişiye ait (üçüncü kişinin mülkü) olduğunu» ileri sürmesi, veya Üçüncü kişi’nin «borçluya ait sanılarak haczedilen taşınırın kendisine ait olduğunu» ya da «haczedilen borçluya ait taşınır üzerinde kendisinin rehin hakkı bulunduğunu» ileri sürmesi*” olarak tanımlanmaktadır.

⁶⁸³ Acemoğlu, a.g.e., s. 144; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 379.

⁶⁸⁴ İİK 96; alacaklı, borçlu veya üçüncü kişinin istihkak iddiasını dermeyanı ve bunlara karşı itirazları [Mert Sayın, “Türk İcra ve İflas Hukukunda Dördüncü Kişinin İstihkak İddiası ve Sonuçları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 91, Sayı: 3, Mayıs 2017, s.42; Abdulkadir Kopuz, Mustafa Oğuz Tuna, “Hacizde İstihkak Yöntemi ve Hacze İştirak”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 89, Sayı: 1, Ocak 2015, s. 141; Talih Uyar, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 5: İİK. 82-97)**, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. Baskı, Bilge Yayınevi, 2009, s. 7886 vd. özellikle 8038.], İİK 97 hacizli malın borçlu elinde bulunması halinde istihkak davası (Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s.267 vd.) ve İİK 99 ise hacizli malın üçüncü kişi elinde bulunması halinde istihkak davasını düzenlemektedir [Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s.267 vd.; Talih Uyar, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 6: İİK. 97/a-133)**, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. Baskı, Bilge Yayınevi, 2009, s. 8795 vd.].

⁶⁸⁵ Uyar, **Şerh Cilt: 5**, s. 7886-7887. Kısa olarak ise “*üçüncü şahsa ait olmasına karşın, haciz mahallinde bulunan malların borçluya ait olduğu varsayılarak haczedildikten sonra, üçüncü kişiye ait olmasının tespit ile sonlanan prosedür*” şeklindeki tanım için bkz. Abdurrahim Karlı, **İcra ve İflas Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı**, 2014, s. 301.

Temel olarak istihkak⁶⁸⁶ mal üzerinde bir prosedür⁶⁸⁷ ve düzenleme olmasına karşın Yargıtay⁶⁸⁸ tarafından özellikle alacaklıları korumak gayesi ile kişilerin şahısları üzerinden sorumlu olup olmadıklarına ilişkin bir bakış açısı ile yürütülen bir takip prosedürüne dönüşmüştür⁶⁸⁹.

Bu kapsamda yine uygulamada Yargıtay⁶⁹⁰ haciz için gidilen bir işletmede borçlu dışında bir başka üçüncü kişinin bulunması ve işletmenin bu kişi tarafından işletildiğinin tespit edilmesi halinde işlemi ticari işletme devri olarak nitelendirmektedir⁶⁹¹. Bu nitelendirme bağlamında üçüncü kişiyi borçtan sorumlu tutmak ve istihkak davalarını alacaklı lehine sonuçlandırmak için İİK 44, 280/4 ve TBK 202 (eBK 179) hükümlerinden yola çıkmaktadır⁶⁹².

⁶⁸⁶ İstihkak kavramının *hak ediş, hak isteme* anlamlarına geldiği ve kavramın kökeni ile detaylı bilgi ve araştırma için bkz. Aslan Kudret, **Hacizde İstihkak Davası**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s. 13 vd.

⁶⁸⁷ Kuru, **İstinaf Sistemine Göre**, s.266.

⁶⁸⁸ Yarg. 21. HD 30.04.200 T. E:3021, K:3622 sayılı kararı; “*icra hukukuna ilişkin istihkak davasının davacı gerçek malikin belli edilmesi olmayıp uygulanan haczin belli bir hak iddiasına karşı geçerli sayılması gerekip gerekmediğinin tespitidir.*” (Uyar, **Şerh Cilt: 5**, s.8069.)

⁶⁸⁹ Özellikle Yargıtay’ın bu yönde kendisine *organik bağ* kavramını esas aldığı ancak bu hususta organik bağı temel kriterlerden ziyade her somut olayda alacaklıya zarar verici şekilde gerçekleşen işlemde borçlu ile bu işlemin diğer tarafını oluşturan aktör arasında herhangi bir bağ teşkil edecek unsur olarak ele aldığına ilişkin bkz. Murat Yavaş, “İcra ve İflas Hukukunda Tüzel Kişiliğin Perdesinin Kaldırılması Teorisi”, **THD**, Cilt: 3, Sayı: 24, Ağustos 2008, s. 24 vd. özellikle 25. Ayrıca Yargıtay’ın bu yönde verdiği kararlara ilişkin örnekler ile zengin emsal kararlar derlemesi için bkz. Talih Uyar, Alper Uyar, Cüneyt Uyar, **(İcra Hukukunda) İstihkak Davaları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018, s. 181.

⁶⁹⁰ Yarg. 21. HD 01/03/2005 T. E: 2004/4554, K: 2004/4873; “*...Haciz borçlu tarafından borcun doğumundan sonra 14.12.2003 tarihinde davacı borçlu üçüncü kişiye devredilen mobilya iş yerinde yapılmıştır. Borçlu ile davacı arasındaki ilişki ticari işletme devri niteliğinde bulunduğundan...*”; Yarg. 17. HD 25/06/2012 T. E: 2012/6920, K: 2012/7928 ; “*...Bunun yanı sıra borçlunun yanında sigortalı olarak çalışan üçüncü kişinin çek tarihinden kısa bir süre önce borçlunun iş yerinde ve aynı iş kolunda faaliyete başlaması alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik örtülü iş yeri devri olarak da kabul edilmelidir...*”(Akçaal, **a.g.e.**, s.190, dp. 43.). Aynı yönde bkz. Yarg. 17. HD., E. 2014/10232 K. 2014/15155 T. 6.11.2014; “*...Dava konusu menkullerin satın alındığı ileri sürülen dava dışı... Ltd. Şti ile 3.kişinin ortaklarının adreslerinin aynı olduğu bu şirketin eski unvanının borçlu şirket ile aynı olduğu, davacılar ile borçlu arasındaki ilişkinin örtülü işletme devri niteliğinde bulunduğu, işletmeye dahil emtianın büyük bir kısmını devir alan 3.kişinin borçlunun alacaklılarını zarara uğratma, kastını bildiğinin kabul olunacağı, haciz mahallinde borçluya ait belgeler bulunduğu 3.kişinin karine aksini ispat edemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı 3.kişiler vekilince temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı 3.kişiler vekilinin yerinde görülmeden tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA...*” (LexperaHBS).

⁶⁹¹ Akçaal, **a.g.e.**, s.190; Durman, **a.g.e.**, s.201; Erişir, **a.g.m.**, s.277.

⁶⁹² Arıcı, **a.g.e.**, s.232; Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s. 3522.

B. Yargıtay'ın İİK 44'e Aykırılık Gerekçesinin İncelenmesi

Yargıtay tarafından alacaklıları korumak ve istihkak davalarını alacaklı lehine sonuçlandırmak için çok uzunca bir süre İİK 44'e aykırı yapılan devirlerin alacaklılar aleyhine sonuç doğurmayacağı başka bir deyişle alacaklıların haklarını etkilemeyeceğine ilişkin içtihadını korumuştur⁶⁹³.

Bu yönde Yargıtay 17. HD kararı⁶⁹⁴ şöyledir: “...*Biran için devrin danışıklı olmadığı düşünülse dahi borçlu şirketin devamı niteliğinde olan dava dışı E. ile davacı arasındaki 18.10.2008 tarihli satışla sağlanan işyeri devrinin, İİK'nun 44.madde koşullarına uygun yapıldığı iddia ve ispat edilmediği gibi...*”

Başka örnek bir 21. HD kararı⁶⁹⁵ şöyledir. “...*Öte yandan Borçlu ile davalı 3.kişi arasındaki ilişki işyeri devri niteliğinde olup İİK'nun 44. maddesi hükmüne göre ticareti terk etme ve işyerini devretmek belli koşullara bağlıdır. Borçlunun ticareti terk ettiğini kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmediği ve gerekli olanları yaptırmadığı anlaşılmaktadır...*”

Bu hususta özellikle uzun süreli içtihat olması yönünden eski tarihli örnek bir 15. HD kararı⁶⁹⁶ ise şöyledir: “... *Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle İİK'nun 44. maddesindeki koşullara uyulmadan yapılan iş yeri devrinin alacaklılara karşı geçerli olmayacağına göre, davacı 3. kişi vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün (onanmasına)...*”

⁶⁹³ Yargıtay'ın bu görüşünde özellikle İİK 86/3 benzeri mahcuz malın devrinin alacaklıların haklarını baltaladığı oranda batıl olmasının model alındığı, işlemi tamamen batıl saymamak ile birlikte alacaklının alacağını elde edemediği oranda paraya çevrilmesi yolunu açtığına ilişkin yerinde tespitler için bkz. Erişir, **a.g.m.**, s.282.

⁶⁹⁴ Yarg. 17. HD E. 2012/13977 K. 2014/4323 T. 25.3.2014 (LexperaHBS). Aynı dairenin benzer yönde diğer kararları için bkz. E. 2012/14139 K. 2014/4325 T. 25.3.2014; 2012/11113 K. 2014/2087 T. 18.02.2014 (LexperaHBS).

⁶⁹⁵ Yarg. 21. HD E. 2006/20412 K. 2007/21286 T. 27.11.2007 (LexperaHBS).

⁶⁹⁶ Yarg. 15. HD E. 665 K. 800 T. 25.3.1993 (Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3525.). Aynı yönde Yarg. 15 HD E. 1096 K. 1375 T. 19.3.1993(Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3525.).

Bu konuda önceki tarihli 8. HD kararı⁶⁹⁷ ise şu şekildedir: “...Öte yandan; 06.04.2011 tarihli faturalar ile davalı borçluya ait menkullerin davacı 3. kişiye satıldığı ve bu satımın davalı borçlunun sahip olduğu emtiaların mühim bir kısmına teşkil ettiği dikkate alındığında, taraflar arasında bir işyeri devrinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu devir, İİK. 44. maddesine uygun olarak gerçekleştirilmediğinden, devir alacaklıların haklarını da etkilemeyecektir...”

Ancak 8. HD daha sonraki tarihte görüşünü değiştirmiş bu minvalde verdiği çok yeni tarihli bir kararında⁶⁹⁸; “...Ayrıca, İİK'nin 44.maddesinde yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi işletmenin devrini sakatlamaz. Anılan hükmün yalnız cezai yaptırımını vardır. (İİK 337/a md) Aktiflerin devreden malvarlığından çıkmamış kabul edilmesini, yani haczedilmesini sağlayacak tek yol, muvazaanın iddia ve ispat edilmesidir...” diyerek İİK 44'e aykırılığın malvarlığı devri yönünden bir etki yaratmayacağını belirtmiştir. Yine yakın tarihli diğer kararlarında da bu içtihadını devam ettirdiği görülmektedir⁶⁹⁹.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin yakın zamanda verdiği kararları ve içtihadı yukarıda da detaylı olarak değerlendirdiğimiz ve kabul ettiğimiz yönde İİK 44'e aykırılığın yalnızca cezai müeyyidesinin olduğu ve malvarlığının devri yönünden bir etkisi bulunmadığı görüşümüz ile uyumlu ve isabetlidir⁷⁰⁰. Gerek yukarıda değindiğimiz gerekçelerimiz gerekse de Yargıtay'ın güncel içtihadı nazarında; İİK 44 kapsamında yükümlülüklerin yerine getirilmediğinden bahisle ticari işletme devrindeki aktifler üzerinde devralan aleyhine haciz tatbik edilmesi ve istihkak davalarının alacaklı lehine sonuçlandırılması kanaatimizce mümkün değildir.

⁶⁹⁷ Yarg. 8. HD E. 2016/5899 K. 2016/6792 T. 14.4.2016 (LexperaHBS). Aynı yönde ayrıca bkz. “...Bu durumda, danışıklı işyeri devri alacaklıların haklarını etkilemeyecektir. Bir an için işyeri devrinin danışıklı olmadığı düşünülse dahi, bu devrin İİK'nun 44.madde koşullarına uygun olarak yapıldığı iddia ve ispat edilmediğinden alacaklıların hakları yine etkilenmeyeceğinden davacı alacaklının davasının kabulüne, aksi halde, yani devir borcun doğumundan önce yapılmış ise alacaklının açtığı davanın reddine karar verilmesi gerekir...” [Yarg. 8. HD., E. 2014/8716 K. 2016/3853 T. 3.3.2016(LexperaHBS)].

⁶⁹⁸ Yarg. 8. HD E. 2015/21967 K. 2018/15681 T. 13.09.2018 (LexperaHBS).

⁶⁹⁹ Yarg. 8. HD E. 2018/10334 K. 2018/13497 T. 31.5.2018; E. 2015/17746 K. 2018/2555 T. 21.2.2018; E. 2015/8509 K. 2017/10824 T. 14.9.2017 (LexperaHBS).

⁷⁰⁰ Bu yönde tartışmalar, kapsamlı gerekçe ve görüşümüz için bkz. Yuk. Dördüncü Bölüm, E, 2, b.

C. Yargıtay'ın TBK 202 (eBK 179)'a Aykırılık Gerekçesinin İncelenmesi

Yargıtay yine alacaklıları korumak ve istihkak davalarını alacaklılar lehine sonuçlandırmak için uzunca süre pek çok farklı somut uyuşmazlıkta TBK 202 (eBK 179) hükmünü kendisine gerekçe yapmakta ve özellikle bu kapsamda verdiği kararlarda İİK 44 ile İİK 280/4 hükümlerini de aynı gerekçe de anmaktadır.

Örnek olarak verebileceğimiz Yargıtay 8. HD kararında⁷⁰¹; “...Aradaki devir işlemi gerçek kabul edilse bile İİK'nun 44. TBK'nun 202. maddesindeki gereklerin yerine getirildiği iddia ve ispat edilemediğine göre iş yerini devralan üçüncü kişinin 6098 sayılı TBK'nun 202. (BK'nun 179.) maddesi uyarınca borçlu ile birlikte işletmenin borçlarından zincirleme olarak sorumlu olacağı dikkate alınmalıdır...” yer aldığı şekilde pek çok farklı dairenin yine pek çok kararında TBK 202 ve İİK 44'e aykırılık gerekçesi ile alacaklı lehine istihkak iddiasının kabul edilmesi gerektiği Yargıtay tarafından vurgulanmıştır⁷⁰².

Ayrıca yine TBK 202 (eBK 179), İİK 44 ve İİK 280/4 hükümlerini beraber değerlendirdiği karara ilişkin örnek mahiyetinde verebileceğimiz Yargıtay 17. HD kararı⁷⁰³ şöyledir: “...ortaklığının tesbiti halinde davacı ile borçlu arasındaki devrin

⁷⁰¹ Yarg. 8. HD 2013/7638 K. 2013/13152 T. 24.09.2013 (LexperaHBS).

⁷⁰² Bu yönde tespit ve kararlar için bkz. Uyar, **Şerh Cilt: 3**, s.3523-3525; Uyar, Uyar, Uyar, **İstihkak Davaları**, s.170vd., s. 170, dp. 530'da yer alan kararlar; Arıcı, **a.g.e.**, s.230 vd.; Akçaal, **a.g.e.**, s.191 ve dp. 44'de yer alan kararlar.

⁷⁰³ Yarg. 17 HD E. 2010/11725 K. 2011/4257 T. 03.05.2011 (LexperaHBS). Benzer yönde kararlar için ayrıca bkz. Uyar, Uyar, Uyar, **İstihkak Davaları**, s.171; Uyar, **Şerh Cilt: 12**, s.19407, dp. 188-189-190'da yer alan kararlar. Aksi yönde Yarg. 15. HD E. 1987/4355 K. 1988/383 T. 03.02.1988 sayılı kararı şöyledir: “...Gerçekte İİK. nun 277 ve müteakip maddelerinde yer alan tasarrufun iptali davaları, bir borcun doğumundan sonra, borçlunun maddi hukuk açısından geçerli bir akitle, fakat alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarruflara ilişkin olup, yapılan tasarrufa konu mal veya hak üzerinden alacağın tahsiline imkân sağlar (İİK. md. 283). İptal davalarında tasarrufa konu mülkiyet veya hakkın alıcısına geçtiği hususu tartışmasızdır. Ancak yapılan bu tasarrufta satıcı olan borçlunun kötü niyetini, yasa maddesinde açıklanan koşullarda alıcının da bildiği ve bu karinenin aksinin üçüncü kişi tarafından anılan Yasanın 279/son ve 280/4. maddelerinde açıklanan şekilde ispat edilebileceği kabul edilmiştir. Oysaki icra hukukunda istihkak, mahcuz mal üzerinde üçüncü kişinin mülkiyet veya aynî veya kişisel hak iddiasında bulunmasıdır. İİK. nun 97/II. maddesi gereğince umumî hükümler dairesinde çözümlenmesi gereken istihkak davalarında menkulü elinde bulunduran üçüncü kişi yararına 97/a maddesinde kabul edilen mülkiyet karinesinin aksini ispat yükümlülüğü alacaklıya düşer. O halde iptal davalarının ispatında genel olarak ortaya çıkan güçlükler nedeniyle yasa koyucunun alacaklı yararına kabul ettiği karinelerin, ayrı kurallara ve ayrı bir prosedüre tabi olan

İİK 280/3-4, İİK 44, BK 179. maddeler gereği değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiştir...”

Yargıtay’ın bu yönde vermiş olduğu kararlar doktrinde pek çok açıdan eleştiri konusu olmuştur⁷⁰⁴.

Bu eleştirilerin başında TBK 202 (eBK 179) hükmü kapsamında devralanın borçtan sorumlu olması için ilan veya ihbarın gerçekleşmesinin devir şartı olduğunun göz ardı edilmesi gelmektedir⁷⁰⁵. Bu kapsamda İİK 44 ve İİK 280/4 hükümlerinde öngörülen karinelerin var olmasının şartı ihbar veya ilan yapılması iken, TBK 202 yönünden devralanın sorumlu olması için ise ilan veya ihbar yapılması şarttır. Bu nedenle İİK 44 ve İİK 280’de yer alan ihbar veya ilan olumsuz bir şart iken TBK 202’de yer alan ihbar veya ilan olumlu şart niteliğinde olup ilgili hükümlerin birlikte gerekçe olarak değerlendirilmesi çelişkili, teknik ve mantıken imkânsızdır⁷⁰⁶.

TBK 202 hükmünün emredici nitelikte olmaması ve taraflar arasında borcun kısmen veya tamamen devredilmeyeceğinin kararlaştırılabilmesi mümkün olduğundan sadece devir olgusunun varlığı ile devralanın borçlardan sorumlu tutulması hatalı bir yaklaşımdır⁷⁰⁷.

Yine ilan veya ihbar şartı yerine getirilmiş yahut üçüncü kişi TBK 202 kapsamında sorumlu tutulmuş olsa dahi; haciz aşamasında bir anda borçlu konumuna

istihkak davaları için uygulama olanağı bulunduğu söylenemez...”(LexperaHBS). Ayrıca İİK 44 yönünden İİK 280/4’de yer alan karinenin uygulanabilirliği yönünden tartışmalar ile gerekçe ve uygulanamayacağına ilişkin görüşümüz için bkz. Yuk. Dördüncü Bölüm, I, C.

⁷⁰⁴ Arıcı Yargıtay’ın kararlarını hukuki ve teknik açıdan eleştirmek ve yerinde bulmamak ile birlikte somut uyuşmazlıklar yönünden önemli bir adaletsizlik ve haksızlığı engellediğini ancak bu şekilde TBK 202 (eBK 179) hükmü kapsamında devralanın borçlardan sorumlu kabul edilmesinin ileride devralan aleyhine genel mahkemelerde dava açılarak tüm malvarlığı ile sorumlu olabileceği şekilde ağır sonuçlara sebebiyet verebileceğini belirtmektedir (**a.g.e.**, s.234.).

⁷⁰⁵ Arıcı, **a.g.e.**, s.233; Erişir, **a.g.m.**, s. 289; Durman, **a.g.e.**, s. 199-200; Akçaal, **a.g.e.**, s. 191. Ayrıca Yargıtay’ın genel mahkemelerde açılan davalar yönünden TBK 202 kapsamında devir borçlarından devralanın sorumluluğu için ihbar veya ilanı aradığına ilişkin kararlar için bkz. Yuk. Dördüncü Bölüm, III, A, 5, dp. 512’de yer alan kararlar.

⁷⁰⁶ Arıcı, **a.g.e.**, s.233-234.

⁷⁰⁷ Arıcı, **a.g.e.**, s.233.

getirilen üçüncü kişi⁷⁰⁸ kendisine savunma hakkı tanınmaksızın kesinleşmiş bir icra takibinin sonuçları ve haciz tehdidi ile karşı karşıya kalmaktadır⁷⁰⁹. Bu kapsamda üçüncü kişi borçlu ile arasındaki devir ilişkisi⁷¹⁰ yönünden – sözleşmenin geçersizliği, borçların devredilmediği, henüz ihbar veya ilan yapılmadığı vb.- itirazları yahut borçlunun ihmal ettiği borçtan kaynaklanan zamanaşımı vb. def'i ile diğer itirazları ileri sürememekte, takibe itiraz dâhil hiçbir itiraz hakkını kullanamamaktadır.

En nihayetinde ticari işletme devrinde borçların devredildiğinden bahisle takipte borçlu tarafın değişmesi mümkün olmayacağı gibi, yine müteselsil sorumluluk kapsamında da devralanın da devreden ile birlikte aynı takipte borçlu olması ise takipten sonra sübjektif taraf yığılması teşkil edecek olup icra hukukunda böyle bir yol mevcut değildir⁷¹¹.

Bu gerekçeler ile maddi hukuka ilişkin bir düzenleme olan TBK 202 hükmünün alacaklıları korumak için icra hukuku düzenlemesi gibi yorumlanarak; istihkak prosedürü içerisinde ticari işletmeyi devralanın yahut bir adım ileri giderek devraldığı varsayılan kişinin borçtan sorumlu tutulması ve takip hukukuna ilişkin hiçbir savunma hakkı kullandırılmaksızın ticari işletme içerisindeki mal varlıklarının satışına katlanmak zorunda bırakılması hatalı bir yorum olmanın ötesinde hukuk garabetidir.

Bu sebeple bir üst başlıkta değindiğimiz üzere Yargıtay 8. HD güncel tarihli kararlarında istihkak davalarında ticari işletme devri yönünden devralanın aleyhine karar verilebilmesinin tek dayanağının *muvazaanın iddia ve ispat edilmesi* yönündeki içtihadı yerinde ve bilimsel görüşe uygundur⁷¹².

⁷⁰⁸ Erişir bu kişi için *borçlu yerine dahil olan üçüncü kişi* ibaresini kullanmaktadır (a.g.m., s.290.).

⁷⁰⁹ Erişir, a.g.m., s.290. Yazar bu durumun devralanın ilam veya ödeme emrinin yokluğunda hem ticari işletmeye dahil hem de kişisel mallarına el atılması anlamına geleceğini belirtmektedir (A.m., s.290.).

⁷¹⁰ Erişir, a.g.m., s.290.

⁷¹¹ Erişir, a.g.m., s.289-292.

⁷¹² Muvazaalı devir halinde istihkak prosedürünün uygulanacağına ilişkin bkz. Durman, a.g.e., s.202.

D. Yargıtay'ın TTK 11/3'e Yönünden Eksik Değerlendirmesi Üzerine İnceleme

Yukarı da geniş olarak izah ettiğimiz üzere istihkak davalarında ticari işletme devri olgusunun tespit edilmesi halinde Yargıtay haciz mahallinde tespit edilen mallar üzerinde alacaklının haciz işlemi uygulayabilmesini ve bunları satarak alacağına kavuşmasını temin etmek için sıkça İİK 44 ve TBK 202 hükümlerine başvurmaktadır. Yeni içtihatlarında ise doktrinde yer alan haklı eleştirilere uygun ve bilimsel görüş ile uyumlu olarak bu hükümlerin uygulanmayacağını belirtmekte yalnızca muvazaa yönünden değerlendirmede bulunmaktadır⁷¹³. Oysa ticari işletmenin aktiflerinin devrine ilişkin düzenleme getiren ve malvarlığının üçüncü kişiye devir olup olmadığı sorununun çözümünde odak hüküm olan TTK 11/3 hükmünün Yargıtay tarafından hiç değerlendirilmediği yahut istisnai kararlarda bu hükümler ile birlikte yalnızca madde olarak atıf yapıldığı görülmektedir⁷¹⁴.

Ticari işletmenin aktiflerinin bir bütün olarak devredilebilmesi ancak TTK 11/3 hükmü kapsamında ve yine bu hüküm ile getirilen şartların yerine getirilmesi ile mümkündür. Ancak bu noktada önemle hatırlatmak isteriz ki ticari işletmenin devrinde TTK 11/3 hükmü devir için getirilmiş bir kolaylık olup zorunlu değildir. Taraflar istemeleri halinde ticari işletme bünyesindeki aktifleri her bir unsur için öngörülen şartları yerine getirmek şartı ile münferit olarak da devredebilirler⁷¹⁵.

Ancak Yargıtay kararlarının birçoğunda somut uyuşmazlıklarda istihkak iddia eden üçüncü kişilerin çoğunluk ile ticari işletmeyi bütün olarak devraldığını beyan

⁷¹³ Bkz. Yuk. Dördüncü Bölüm, III, B ve C.

⁷¹⁴ Bu yönde [Yarg. 11. HD E. 2015/12704 K. 2017/457 T. 24.01.2017](#) sayılı kararı şöyledir: “...TTK'nın 11 ve 818 sayılı BK'nın 179, 6098 sayılı TBK'nın 202. maddeleri uyarınca ticari işletme devri hususunda değerlendirme yapıp, böyle bir devrin varlığı halinde asıl borçlu ile birlikte davalının da müteselsil sorumlu ve bu sorumluluk nedeniyle de davacının davalıdan talep etme hakkının bulunduğu göz önünde bulundurularak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yanılığılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” (LexperaHBS).

⁷¹⁵ Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 379; Aydın, **Ticari İşletme Kavramı**, s. 16; Demir, **a.g.m.**, s. 117; Topuz, **a.g.m.**, s. 32.

ettiği⁷¹⁶ yahut üçüncü kişinin borçlu ile aralarında ticari işletmenin - faaliyetine devam edebilecek nitelikte - aktiflerinin devrine ilişkin sözleşme sunduğu⁷¹⁷ bazen ise somut uyumsuzluğun şartlarından ticari işletmenin bütün olarak devraldığının sonucuna varıldığı⁷¹⁸ görülmektedir.

Kanaatimizce üçüncü kişinin bu yönde ticari işletmeyi bütün halinde devraldığını beyan etmesi, bu yönde sözleşme sunması veya halin şartlarından bu durumun anlaşılması halinde; öncelikle Yargıtay'ın içtihatlarında da benimsediği şekilde taraflar arasındaki devrin gerçek bir devir olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu kapsamda tarafların gerçek iradesinin ticari işletmenin devredilmesi yönünde olmayıp sadece alacaklıları zarara uğratmak ve borçlu aleyhine haciz yapılmasını engellemek maksadı ile muvazaalı olarak ticari işletmenin devredildiğinin tespiti halinde yapılan devir yok hükmünde olacağından üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddine karar verilmelidir⁷¹⁹.

⁷¹⁶ “...Davacı şirketin 3.1.2011 tarihli devir sözleşmesi ile borçlu şirketi devraldığını, bu durumun haciz sırasında davacı 3.kişi yetkililerince de beyan edildiğini...” [Yarg. [17. HD E. 2013/166 K. 2013/3363 T. 14.03.2013](#) (LexperaHBS)]; “...3.kişinin haciz yapılan işyerini borçlulardan devraldığını beyan ederek istihkak iddiasında bulunduğunu...” [Yarg. [8. HD E. 2015/21967 K. 2018/15681 T. 13.09.2018](#) (LexperaHBS)].

⁷¹⁷ “...Mahkemece, borçlu şirketin Ticaret Sicilden bildirilen adresinde davaya konu malın haczedildiği, haciz esnasında davalının 25.06.2012 tarihli adi yazılı sözleşmeyi sunduğu, bu sözleşmede davalının borçlu şirketin aktif ve pasiflerinin de bir kısmını devraldığının düzenlendiği...” [Yarg. [8. HD E. 2013/16396 K. 2014/5621 T. 28.3.2014](#) (LexperaHBS)] “...Dava konusu çek keşidecisi ... Tic. Ltd. Şti. ile davalı arasında düzenlenen 13/07/2011 tarihli “İşletme Hakkının Devri Sözleşmesi” incelendiğinde, 5.000,00 TL bedel karşılığında devreden şirket bünyesinde bulunan Özel Yeni... Kursunun işletme hakkının tamamının içinde bulunan demirbaşlarıyla birlikte, satıştan önceki her türlü vergi, primleri, personel ücret ve tazminatları, çek senet ve üçüncü şahıslara borçlar şirkete ait olmak üzere devredildiğinin, devir bedelinin nakden ve tamamen alındığının bildirildiği görülmektedir. İşbu sözleşmenin ifade edilen hükümleri nazara alındığında, ticari işletme devri niteliğinde bulunduğu anlaşılmakta olup mahkemenin keşideci şirketçe davalıya yapılan devir işleminin ticari işletme devri mahiyetinde olmayıp, kiralama niteliğinde işletme hakkı devri niteliğinde olduğu, bu nedenle ticari işletme devrinin hukuki neticelerini doğurmayacağı yönündeki gerekçesi yerinde görülmemiştir...” [Yarg.[11. HD E. 2016/122 K. 2016/7855 T. 6.10.2016](#) (LexperaHBS)].

⁷¹⁸ “...Dosyada bulunan delillerin değerlendirilmesi sonucunda, takibe konu alacağın 2009 yılında hatalı tıbbi müdahaleden doğan tazminat alacağı olduğu, davanın 13.01.2010 tarihinde açıldığı, 05.02.2013 tarihinde davanın kabulüne karar verildiği, davacı 3. kişi şirketin borcun doğumundan sonra kurulduğu, yine borcun doğumundan sonraki bir tarih olan 22/02/2011 tarihinde 3. kişi ve borçlu şirket arasında hastane ruhsat devir sözleşmesi imzalandığı, ticaret sicil bilgilerine göre borçlu şirketin 01.03.2011 tarihli kararlı işletme unvanını ... olarak değiştirdiği, daha sonra 3. kişi şirketinde Özel Deniz Hastanesi adını kullandığı tespit edilmiştir. Hastane ruhsatının devri ile taraflar arasında işletme devri olduğu hususu tartışmasızdır...” [Yarg.[8. HD E. 2014/10615 K. 2016/1708 T. 1.2.2016](#) (LexperaHBS)].

⁷¹⁹ Akçaal, a.g.e., s.191-192; Durman, a.g.e., s.202; Kendigelen (Ülgen v.d.), **Ticari İşletme**, N. 407.

Ancak aksi yönde taraflar arasında gerçek bir devir iradesinin bulunması ihtimalinde ise; ticari işletmenin aktiflerinin bütün halinde devredilip devredilmediğinin öncelikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda taraflar arasındaki sözleşmenin içeriği, somut olay ve tarafların gerek haciz mahallinde gerekse de mahkeme önündeki beyanları dikkate alınmalı, özellikle malvarlıklarının münferit olarak devredildiğine ilişkin somut delil yahut bulguların var olup olmadığına bakılmalıdır. Ancak ticari işletmenin devir öncesi ve devir sonrası durumlarının büyük oranda aynı yahut benzer bulunması başka bir deyişle; objektif kriterlere göre yalnızca işletenin değiştiği diğer unsurların aynı veya ayniyet derecesin benzer şekilde kaldığı durumlarda, münferit devrin hayatın olağan akışına, ticari örf ve adet ile ticari hayatın gereklerine aykırı düşeceğinden ticari işletmenin bütün olarak devredildiği kabul edilmelidir.

En nihayetinde ticari işletmenin bütün olarak devredildiği sonucuna varılması halinde devrin TTK 11/3 yönünden gerekli şartları ihtiva edip etmediği, özellikle devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılıp yapılmadığı ve devrin TSG'ye tescil edilip edilmediğinin araştırılarak bu şartları taşımaması halinde devrin gerçekleşmeyeceğinden bahisle mallar hala devreden – borçlunun- malvarlığında kabul edilmeli ve istihkak davaları alacaklı lehine sonuçlandırılmalıdır. Özellikle ticari işletmenin aynı adreste faaliyetine devam etmesi ve ilgili adreste ticari işletmeyi bütün halinde devraldığını iddia eden üçüncü kişinin devir sözleşmesi ile devrin TSG'ye tescil edildiğine ilişkin yazılı delillerini sunamaması halinde İİK 97/2 yönünde takibin talikinin reddi yönünde karar verilmesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

Gerek eTK ve 6102 Sayılı TTK'nın gerekçelerinde gerekse de doktrindeki çoğunluk görüşünde kabul ettiği üzere Türk ticaret hukukunda merkez kavram olarak ticari işletme kavramı kabul edilmiştir. Gerçekten de özellikle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu bilinçli şekilde ticari işletme merkezli bir yapıyı kabul etmiştir. Bu kapsamda bu denli önemli bir kavrama ilişkin açık ve yerinde bir tanımlamanın kanunda yer alması isabetli olmuştur.

Tanım içerisinde ikinci kez işletme ibaresi kullanılması eleştirilmişse de bu eleştiriye katılmamız mümkün olmamıştır. Nitekim bu yönde ilk sorun alternatif kelime, kavram yokluğudur. Alternatif olarak akla ilk gelebilecek “faaliyet” kavramı soyut nitelik arz edeceğinden somut bir birim olan ticari işletmenin soyut bir kavramla tanınması gibi bir durum ortaya çıkacak olup böyle bir düzenleme yerinde olmayacaktır. İkinci alternatif ise “müessese” kavramı olup gelişen çağın ve gerekliliklerinin karşılanması yetersiz olduğu için terk edilen bir kelimenin yeniden kanundaki tanımda yer verilmesi de kanaatimizce uygun olmayacaktır. En nihayetinde tanımın sonunda yer alan işletme kavramını bir tekrar olarak değil tanımın sınırını belirleyen ve kendi içerisinde döngü, kapalılık yaratan bilinçli bir kullanım olarak görmek daha uygundur. Aksi takdirde ne olduğu önemli olmaksızın ikincil bir kavram getirilmiş olması halinde ayrıca bu kavramın da özellikleri, unsurlarını dikkate almak gerekecek ve şu anda ki kesinlikte kullandığımız şekilde “ticari işletme aynı zamanda bir iktisadi işletmedir” yöntem ve belirliliği imkânı ortadan kalkacaktır. Ayrıca ikincil bir kavram getirilmesi sonucunda artık iki farklı unsur bulunduğundan sınırsız türetme imkânı ile mevcut belirlilik ve kapalılık ortadan kalkacaktır. Bu sebeple bu kadar önemli bir kavramın sınırlarının belirli olarak; somut değişimlere açık ancak kavramsal olarak kendi içerisinde kapalı şekilde tanımlanması kanaatimizce uygun olmuştur.

Ticari işletmenin kavram olarak tanımlanması kadar, tespiti için sınırlarının ve bu sınırları çizen unsurlarının da doğru şekilde tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda bazı eserlerde karşılaştığımız üzere işletmenin bağımsız bir

unsur olarak yeniden değerlendirilmesi belirleyici ve anlamlı olmayacaktır. Ayrıca *esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutmak* yönünde iki unsuru tek bir unsur olarak kabul etmek ve değerlendirmek de doğru olmayacaktır. Eğer gerçek manada bu unsuru tek bir unsur ve mana ile kabul etmemiz halinde ticaret hukuku yönünden esnaf işletmesi – ticaret işletmesi ayrımı yönünden; ticari işletmeyi belirlemede en temel ve belirleyici kıstas olan *esnaf işletmesi boyutunun aşılması* kıstası müteşebbisin kendi amacına, hedefine bağlanmış olacaktır. Bu da somutlaştırılması istenen bir unsurun tamamen sübjektif bir unsura bağlanması olacaktır ki bu hem kanun koyucunun hem de doktrindeki yazarların görüş ve niyetlerine aykırı olacaktır. Eğer bazı yazarların kendi eserlerinde de bu başlık altındaki incelemelerinde yaptığı gibi tek başlık altında iki unsur ayrı ayrı incelenecekse bu kez iki unsurun anlaşılması ve açıklanmasını zorlaştıracak ve herhangi bir fayda sağlamayacak bu yöntemin tercih edilmesi mantıklı olmayacaktır. Bu kapsamda unsurların gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırının aşılması olarak ele alınması en sağlıklı metot olacaktır.

Yine gerek eTK gerekse de TST 14/2’de yer almayan ancak doktrinde görüş birliği ile zikredilen bağımsızlık unsurunun TTK 11 hükmündeki tanımda açıkça yer verilmiş olması da yerinde olmuştur.

Ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımında vergi hukuku hükümleri nazara alınarak yapılmış olması gerek düzenlemeler arası uyumun sağlanamaması gerekse de ticaret hukuku ile vergi hukukunun temel ilkelerinin farklı olması sebebi ile pek çok sorun yaratmaktadır. Bu sorunları bertaraf etmek adına TTK içerisinde daha tutarlı ve belirli bir yöntem öngörülmesi yerinde olacaktır.

Özellikle ticari işletme ve esnaf işletmesi ayrımında ortaya çıkan en büyük sorun ise mevcut düzenlemeler ışığında ilk yıl VUK hükümlerine göre ilgili sınırın aşılmış olup olmadığına tespiti mümkün olmayacağından işletmenin niteliğinin belirlenememesi oluşturmaktadır. Kanaatimizce kanuni bir düzenleme getirilmesi şart olmakla birlikte yeni bir düzenleme yapılana kadar en uygun yorum şekli şu şekildedir: Mevcut düzenlemelere uygun olarak yeni kurulan bir işletmenin ihtiyari olarak bilanço esasına göre defter tutması veya kurul tarafından yayımlanan listede

yer almaması halinde ticari işletme, basit usulde defter tutması veya muaf olması halinde ise esnaf işletmesi olarak kabul edilmelidir. Ancak bu kıstaslara göre ticari mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğunun tespiti mümkün olmayan yeni veya bir yılını doldurmayan bir işletmenin tespitinde; tespitin yapıldığı tarihte işletmenin nakdi sınırları aştığı veya bir yılsonunda aşacağı o ana kadarki işletmenin alım-satımı, organizasyonu, işletme hacmi ve diğer ekonomi biliminin verilerine göre muhasebe tekniği ışığında öngörülmekte ise en baştan itibaren ticari işletme olarak kabul edilmelidir.

TTK 11/3 hükmü ile ticari işletmenin aktiflerinin bütün halinde devredilebilmesine ilişkin getirilen düzenleme büyük bir yenilik ve kolaylık niteliğindedir. Ancak ilgili düzenleme ile yalnızca aktiflerin devri öngörülüp borçların devri ve alacaklılar yönünden sonuçları için herhangi bir düzenlemeye gidilmemesi ve bu konularda TBK ve İİK düzenlemelerinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı gibi bu hükümler ile uyum da sağlanamamıştır. Bu sebeple getirilen yenilik ve kolaylık sadece ticaret hukuku yönünde kalmış, uygulamada başvuru bir kolaylık olmaktan ziyade diğer kanunlardaki ağır yükümlülükler sebebi ile kaçınılan bir işleme dönüşmüştür.

TTK içerisinde aynı yahut benzer nitelikteki amaca ulaşmak için; TTK 11/3 hükmü ile ticari işletme devri, TTK 127 kapsamında ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi, TTK 159 vd. hükümlerince bölünme, TTK 136 vd. hükümlerince birleşme ve en nihayetinde TTK 194 ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme imkân ve düzenlemelerine yer verilmiştir. Aynı kanun içerisinde benzer amaç ve sonuçlar için bu kadar çeşitli hükümlerin öngörülmesinin gerekli olup olmadığının değerlendirilmesi ve bunların gerçek anlamda fark ve sınırlarının doğru şekilde belirlenmesi kanaatimizce elzemdir. Ayrıca tüm bu hükümlere rağmen uygulamada ticari işletmenin devrinin, en masrafsız ve sorumluluk yönünden en dar kapsamlı sonuca ulaştırılan ticari işletmeyi işleten sermaye ortaklıklarının hisselerinin devri ile gerçekleştirildiği nazara alındığında; gerçekten bu düzenlemelerin bir kolaylık sağlayıp sağlamadığı ve uygulamadaki ihtiyaca cevap verip vermediği tekrar düşünülmelidir.

Ticari işletmenin devir kapsamının belirlenmesine ilişkin olumlu bir düzenleme getirilmesi gerekmesine karşın gerek TTK gerekse TSY ile devir kapsamı dışındaki unsurların belirlenmesi şeklinde olumsuz bir şart getirilmesi yerinde olmamıştır. Bu kapsamda eşya hukukunun temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesinin terk edilmesi gerekli olmadığı gibi yerinde de olmamıştır.

Ticari işletme bünyesindeki kiracılık hakkının TBK 323 hükmüne rağmen TTK 11/3 hükmü kapsamında devredilip devredilemeyeceği sorunu yönünden devredilebileceğini ifade eden ilk görüşe göre sorunun cevaplanması halinde devir gerçekleşecek ve haklı nedenin varlığı sebebi ile kiralayan sözleşmenin feshi ve tahliyesini talep edecektir. İkinci görüşe göre hareket edilmesi halinde ise kiralayanın rıza göstermemesi halinde devreden veya devralan haklı sebebin var olmadığına ilişkin tespit veya eda davası açacaktır. Bu durumda pratikte iki görüş arasındaki farkı kiralayanın rızası olmaması halinde haklı sebebin var olup olmadığına ilişkin kimin dava açacağı oluşturmaktadır. Bu durumda dava açma yükümlülüğünün kiracı tarafa bırakılması halinde; bu süreç boyunca devrin sürüncemede kalması TTK 11/3 kapsamında getirilmek istenen kolaylık ve hızlilik ilkeleri ile çelişeceği gibi kiracı lehine yorum ilkesine de aykırı olacaktır. Hem bu gerekçeler hem de doktrinde yer verilen diğer haklı gerekçeler ile mevcut düzenlemeler ışığında kiracılık hakkının TTK 11/3 kapsamında kiralayanın ayrıca rızası aranmaksızın devredilebileceğini kabul ettiğimizi belirtiriz. Ancak bu uyumsuzluğun giderilmesi için kanaatimizce TBK 323 hükmüne bir fıkra eklenerek işletme devri halinde rızanın aranmayacağı ancak kiralayanın bu devirden kaynaklı haklı bir gerekçesi olması halinde belirli bir hak düşürücü süre içerisinde - diğer düzenlemeler ile uyumlu olarak 1 ay denilebilir - dava açarak sözleşmeyi fesih ve tahliye hakkı tanınması en doğru çözüm yolu olacaktır.

Ticari işletmenin içerdiği tüm malvarlığı unsurları ile birlikte devri için tek başına adi yazılı sözleşme öngörülmesi büyük bir kolaylık sağlamışsa da bu durumun üçüncü kişiler yönünden sonuçları, özellikle iyi niyetli üçüncü kişilerin iktisabının göz ardı edilmesi yerinde olmamıştır. Ancak başkaca aleni bir sicilde yer alan kayıtların iyi niyeti ortadan kaldıracığına ilişkin genel ilkenin -aksine açık veya örtülü bir düzenleme de olmadığı nazara alındığında- terk edilmesini gerektirecek bir

durum olmadığından sicil kapsamında yapılacak ilan ile üçüncü kişilerin iyi niyetleri korunmayacaktır. Yine TSY 135/5 hükmü kapsamında diğer sicillere eş zamanlı olarak bildirim öngörülmüş olmakla da üçüncü kişilerin iyi niyetli iktisaplarına engel olunabilecektir. Ancak gerek TTK 11/3 gerekse 133/2-(b) düzenlemelerine göre hangi unsurların devredildiği değil hangi unsurların devredilmediğinin tescil ve ilan öngörülmüştür. Bu sebeptir ki devir konusu edilen malvarlıklarının açıkça yazılması, tescil ve ilan gerekli değildir. Bu nedenlerle sorunun çözümü için ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Ticaret siciline yapılacak tescilde özel sicile kayıtlı malvarlığının açıkça belirtilmesi halinde artık bu sicile tescil ile birlikte iyi niyetin ortadan kalkacağı söylenmelidir. Ancak aksi durumda ticari işletmenin salt devredildiğinin veya bazı unsurlar dışında bırakılarak devredildiğinin tescil edilmesi karşısında hangi unsurların ticari işletmeye ait olduğu ve devir kapsamında yer aldığı üçüncü kişiler tarafından bilinmesinin beklenemeyeceğinden üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması gerekmektedir.

TTK 11/3 hükmü ile ticari işletmenin devrine ilişkin yazılı sözleşme ile birlikte devrin tescil ve ilan da öngörülmüştür. Kanun ile öngörülen bu üç işlemin birbirleri ile ilişkileri ve hukuki niteliklerinin açıkça belirlenmemiş olmaması özellikle tasarruf işleminin hangi aşamada aranacağı ve devir anının belirlenmesi hususlarında pek çok ihtilafa sebebiyet vermektedir. Bu yönü ile düzenleme eksik olup kanaatimizce daha sonra her ne kadar TSY ile tescile kurucu nitelik tanındığı belirtilmişse de kanun sistematığı açısından bu düzenlemenin açıkça kanun hükmü içerisinde zikredilmesi yerinde olacaktır.

Bu eksiklik sebebi ile doktrinde sözleşme ve tescilin hukuki niteliğine yönelik tartışmalar yönünden görüşümüz şu şekildedir: Tescilin kurucu nitelikte olduğunun yönetmelik değil kanunda açık bir hüküm ile düzenlenmesi gerektiğine ilişkin haklı eleştiriye katılmak ile birlikte ticari işletme devri özelinde aksi yönde özel bir hüküm bulunmadığından yönetmeliğin kanuna aykırı olduğu yönündeki fazla iddialı görüşe katılmamız ve yönetmeliği tamamen yok saymamız uygun olmayacaktır. Bu sebeple gerek yönetmelikteki açık düzenleme gerekse doktrinde bu yönde ifade edilen diğer haklı gerekçe ve hukuka uygun yorumlara katılarak mevcut düzenlemeler ışığında ve

Türk hukukundaki ilkeler kapsamında tescile kurucu, devir sözleşmesine ise borçlandırıcı nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.

TBK 202 hükmü ile ticari işletmenin aktiflerinin devri ile birlikte borçlarının da bütün olarak alacaklıların rızasına gerek olmaksızın devredilebilmesi imkânı eBK 179 hükmüne paralel olarak yeni kanun ile de kabul edilmiştir. Ancak bu kez aktiflerin bütün olarak devrini düzenleyen TTK 11/3 hükmünün nazara alınması gerekirken hiçbir yönü ile TTK 11/3 düzenlemesi göz önünde bulundurulmamış ve ayrıca önceki pek çok soruna da cevap vermeksizin eBK 179 hükmünün neredeyse aynen tekrar kanunlaştırılması yerinde olmamıştır.

TBK 202 hükmü kapsamında borçların devrinin aksinin öngörülüp öngörülemeyeceğine ilişkin tartışma yönünden kapsam dışı bırakılabileceğine ilişkin tez içerisinde geniş olarak yer verdiğimiz önceki yazarların tüm gerekçelerine ayrı ayrı katıldığımızı ve kapsam dışında bırakılabileceğine ilişkin görüşü kabul ettiğimizi belirtiriz. Katıldığımız gerekçelere ek olarak belirtmek isteriz ki; ticari işletmenin aktiflerinin TTK 11/3 ile pasiflerinin ise TBK 202 ile devredilmesini öngören mevcut hukuki sistemin aktif ve pasiflerin beraber devredilmesi ve ikisinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü ile çelişmektedir. Ayrıca aktif ve pasiflerin devir anlarının ve devir şartlarının ayrı olması da bu hususu destekler niteliktedir. Yine ilk görüş taraftarlarınca ileri sürüldüğü şekilde borçların ticari işletmeye bağlı olduğu ve devir ile birlikte emredici hüküm sebebi ile kendiliğinden devralana geçeceği iddiası da aynı yönde düzenlemeler ile aykırılık içermektedir. Nitekim bu şekilde eşyaya bağlı bir borç ve emredici düzenleme kapsamında devir öngörülmüş olsa idi tasarruf işlemi ile birlikte kendiliğinden gerçekleşmesi gerekirdi. Oysa kanun koyucu pasiflerin ayrı tutulması veya devir kapsamında tutulması imkânlarından taraf iradelerine göre seçilenin ilan yahut ihbarın içeriğine eklenerek hukuki sonuç doğurması için imkân tanımış ayrı bir düzenlemeye gitmiştir.

Bunlarla birlikte küçük bir işletme sahibinin işletmeden elde ettiği gelirleri ile işletme dışında bir taşınmaz alımı ile yatırım ve tasarrufta bulunduğu varsayımında işletmeden kat be kat daha değerli olan taşınmazın alacaklılar yönünden işletmenin kendisinden daha büyük bir teminat olduğu şüphesizdir. Lakin bu örnekte işletme

sahibinin taşınmazı satması halinde taşınmazın alacaklıların teminatı olduğu varsayımı ile yeni maliki bu borçlardan sorumlu tutamayacağımız da aynı şekilde aşıkârdır. Bu sebeple salt ticari işletmenin aktiflerinin pasiflerinin teminatı olduğu yaklaşımı ile devralanı bu borçlardan sorumlu tutmak hukuki dayanaktan yoksun olmasının yanı sıra fiili gerçeğe de çok uygun değildir. Ayrıca aynı örnekte işletme sahibinin taşınmazını ve işletmesinin malvarlığı unsurlarını hatta başka malvarlıklarını da ayrı ayrı satması varsayımında bu işlemler sebebi ile zarara uğrayan alacaklılar İİK 277 vd. kapsamında korunmalarına karşın salt ticari işletmenin bütün olarak devre konu olması halinde İİK 280/4 kapsamında özel olarak öngörülen karine ile birlikte İİK 277 vd. hükümlerinin gerekli korumayı sağlamayacağına iddia edilmesi de gerekçesiz kalmaktadır.

En nihayetinde pasiflerin devir kapsamı dışında tutulamayacağına söylenmesi ticari işletmenin devrini kolaylaştırmak amacı ile getirilen her iki düzenlemenin de amaç ve ruhuna aykırılık teşkil etmektedir. Ve çok büyük bir yenilik ve atılım olarak ifade edilen düzenlemeler sağlayacağı faydadan daha büyük risk ihtiva ettiğinden uygulanması mümkün olmayan ve salt doktrinde tartışılan hükümlerden ibaret kalacaklardır.

Bu noktada özellikle bizlerin devir kapsamında borçların sınırlandırılabilceğini de kabul ettiğimiz nazara alındığında incelenmesi gereken bir diğer önemli husus ise borçların devrine ilişkin ilan veya ihbarın içeriği ile devir sözleşme arasında uyumsuzluk bulunması ihtimalidir. Buna ilişkin ilk ihtimal devir sözleşmesinde yer alan bir sınırlamanın ilan veya ihbarda yer almamasıdır. Bu durumda üçüncü kişilerin taraflar arasındaki iç ilişkiyi araştırma yükümlülüğü olmaması ve güven teorisi uyarınca üçüncü kişi alacaklılar yönünden ilan veya ihbara öncelik tanınacak ve önceki borçlar ilan veya ihbara göre devrolmuş kabul edilecektir. Taraflar arasındaki sözleşme de iç ilişkide bağlayıcılığını sürdürecektir. Ancak bu durumda devreden ve devralan arasındaki anlaşmaya aykırı olarak devralanın tek taraflı işlemi ile anlaşma dışında bir yükümlülük ve hukuki sonuç yaratılmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce devralanın hiç ilan veya ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediğine benzer şekilde devredenin kaydın

düzeltilmesini talep etme veya taraflar arasındaki edimin aşırı derecede bozulacağı gerekçesi ile sözleşmeden dönme ve bu durumu alacaklılara karşı ileri sürebilme hakkı olduğu kabul edilmelidir.

Aksi ihtimalde devir sözleşmesinde yer almayan bir sınırlamanın ihbar veya ilanda yer alması halinde ise gerçeğe aykırı bu ilan veya ihbarın korunmasına ilişkin bir hukuki gerekçe veya korunmaya değer bir hukuki yarar olmadığından geçersiz sayılacaktır. Nitekim böyle bir ilan veya ihbar yalnızca devreden lehine durum yaratmakla devreden kendi anlaşmasına ve iradesine aykırı ilan veya ihbara dayanarak borçtan kaçınması halinde korunacak bir hukuki yarar olmadığı gibi devreden iyi niyetinden bahsetmek de mümkün olmayacağından sicile güven ilkesinin uygulama bulması da mümkün değildir.

Devralanın devir konusu borçlardan sorumluluğuna ilişkin aynı zamanda süre yönünden de bir sınır yoktur. Doktrinde ağırlıklı olarak devralanın süreye ilişkin sorumluluğunun açıklanmasında, her borcun tabi olduğu zamanaşımı süresince sorumlu olduğu belirtilmekteyse de zamanaşımı nihayetinde borcu sona erdiren bir işlem olmayıp ancak talep edilebilirliğini ortadan kaldırdığından bunun doğru bir ifade olmadığı kanaatindeyiz. Bu sebeple devralanın borçtan, borcun sona ermesine kadar herhangi bir süre kısıtlaması olmaksızın sorumlu olduğunu söyleyebiliriz.

Ticaretin kısmen terki halinde ticareti kısmen terk eden tacir yönünden tam manası ile ticareti terk hali gerçekleşmediğinden ne İİK 44’de yer alan yükümlülüklerin herhangi biri ne de İİK 337/a uygulanmayacaktır.

İİK 44’e aykırılık halinde malvarlığı devrinin alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceğine ilişkin görüşü savunan yazarlar kanunun gerekçesinden yola çıkarak alacaklıları koruma gayeleri kanunda yer almayan bir yaptırımın uygulanması sonucuna ulaşmaktadır ki bu yorum doğru değildir. Bu sebeple böyle bir yaptırımın kanunda düzenlenmemiş olması ve özellikle de İİK 44/3 kapsamında tasarruf yasağının ancak İİK 44/1 kapsamında yapılacak bildirim ile başlayacağı ve mümkün olacağı gerekçeleri ile İİK 44’e aykırılığın malvarlığının devrini geçersiz kılması mümkün değildir.

Yargıtay'ın güncel içtihatlarında da İİK 44'e aykırılığın yalnızca İİK 337/a kapsamında cezai müeyyideye tabi kılındığı ve malvarlığının devrine ilişkin bir etkisi olmayacağına ilişkin görüş değişikliği ve istihkak davalarını bu yönü ile alacaklı aleyhine sonuçlandırması son derece isabetli olmuştur.

Kanaatimizce tek bir ticari işletmesi olan ve bunu devrederek ticareti terk eden tacir yönünden TTK 11/3 kapsamında öngörülen tescil ve ilan yapılması halinde İİK 44/1 kapsamında da ticareti terk halinin bildirildiği kabul edilmeli ve iflas yönünden takip edilebileceği bir yıllık süre de bu ilandan başlatılmalıdır. Mal beyanı yönünden ise devreden ticari işletmesini devretmesi ve terk olgusu aynı anda gerçekleşeceğinden ticari işletme aktifi ticari terk ve bildirim anında devreden malvarlığında bulunmamış olacağından mal bildiriminde yer alması ve İİK 44/3 kapsamında tasarruf yasağına tabi olması mümkün olmayacaktır. Ancak devir bedeli – ivaz – ise mal bildirimini olarak kabul edilmeli ve bu ivaz yönünden temlik hakkının tahdit edildiği sicil memurluğu tarafından ilgili kuruma bildirilmelidir. Örneğin ivazın para olması halinde İİK 44 kapsamında Türkiye Bankalar Birliği'ne durum bildirilmelidir.

TTK 11/3 kapsamında devrin tescil edilmesi ile ticari işletmenin devredilmesi öngörülmesine karşın İİK 280/4'de yer alan ağır karinenin aksinin ispatı için üç ay evvelden ilan şartı öngörülmüştür. Bu ilan şartının yerine getirilmemesi halinde diğer şartların da varlığı ile birlikte her zaman iptal davalarına konu olma riski taşıması yine TTK 11/3 hükmünün getirmek istediği amaç ve kolaylık ile uyuşmamakta, tarafların üç ay gibi uzun bir süre alacaklıların işlem yapabilme riski ile beklemelerini öngörmektedir. Ayrıca ticari işletmenin aktiflerinin devredildiğinin hem devirden en az üç ay önce bildirilme şartı hem de TTK 11/3 kapsamında devrin gerçekleştiği anda tescil ve ilan öngörülmesi de iki kez ilan yükümlülüğü getirmektedir.

Ayrıca kanaatimizce mevcut hükümler nazarında ticari işletmenin pasiflerinin de TBK 202 kapsamında devredilmesi ve uygun şekilde ilan veya ihbar edilmesi halinde ticari işletme alacaklıları için İİK 280/4 karinesinin uygulanmaması hatta tasarrufun iptali davası açmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmalıdır. Ayrıca

bu yönde TBK 202 kapsamında pasiflerin devredilmesi ihtimalinde ticari işletme alacaklıları için istisna bir hükmün İİK 277 vd. hükümlerinde düzenleme altına alınması da kanun tekniği açısından yerinde olacağı gibi tez kapsamında yer verdiğimiz geniş gerekçeler sebebi ile elzem nitelikte de olduğu söylenebilir.

TBK 202 kapsamında devreden borçtan sorumlu olabilmesi için ilan veya ihbar şartının mutlak surette yerine getirilmiş olması gerekmekte olup ilan veya ihbar borçların devri için kurucu niteliktedir. Bu açık kanuni düzenleme ve neredeyse doktrinde istisnasız olarak kabul edilen bilimsel yaklaşıma aykırı şekilde uzunca süre Yargıtay'ın borçların devrolduğunun ilan veya ihbar edilmemesi halinde devralan aleyhine istihkak davalarını sonuçlandırdığı görülmektedir. Bu kapsamda maddi hukuka ilişkin bir düzenleme olan TBK 202 hükmünün alacaklıları korumak için icra hukuku düzenlemesi gibi yorumlanarak; istihkak prosedürü içerisinde ticari işletmeyi devralanın yahut bir adım ileri giderek devraldığı varsayılan kişinin borçtan sorumluluk yönünden ilan veya ihbar şartı yerine gelmeksizin hatta aksine gerekçe yapılarak borçtan sorumlu tutulması ve takip hukukuna ilişkin hiçbir savunma hakkı kullandırılmaksızın ticari işletme içerisindeki mal varlıklarının satışına katlanmak zorunda bırakılması hatalı bir yorum olmanın ötesinde hukuk garabetidir.

Bu yönde Yargıtay'ın güncel tarihli içtihatlarında istihkak davalarında ticari işletme devri yönünden devralanın aleyhine karar verilebilmesinin tek dayanağının *muvazaanın iddia ve ispat edilmesi* yönündeki içtihadı yerinde ve bilimsel görüşe uygundur.

Ticari işletmenin aktiflerinin devrine ilişkin düzenleme getiren ve malvarlığının üçüncü kişiye devir olup olmadığı sorununun çözümünde odak hüküm olan TTK 11/3 hükmünün Yargıtay tarafından hiç değerlendirilmediği yahut istisnai kararlarda bu hükümler ile birlikte yalnızca madde olarak atıf yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda ticari işletmenin bütün olarak devredildiği sonucuna varılması halinde devrin TTK 11/3 yönünden gerekli şartları ihtiva edip etmediği, özellikle devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılıp yapılmadığı ve devrin TSG'ye tescil edilip edilmediğinin araştırılarak bu şartları taşımaması halinde devrin gerçekleşmeyeceğinden bahisle mallar hala devreden – borçlunun- malvarlığında

kabul edilmeli ve istihkak davaları alacaklı lehine sonuçlandırılmalıdır. Özellikle ticari işletmenin aynı adreste faaliyetine devam etmesi ve ilgili adreste ticari işletmeyi bütün halinde devraldığını iddia eden üçüncü kişinin devir sözleşmesi ile devrin TSG'ye tescil edildiğine ilişkin yazılı delillerini sunamaması halinde İİK 97/2 yönünde takibin talikinin reddi yönünde karar verilmesi yerinde olacaktır.



KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork : **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971.
- Ağaoğlu, Cahit : Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Şirket Birleşme ve Devralmalarında Teminat ve Denkleştirmeler", 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, **MÜHAD**, S. 2, 2012, s. 221-230.
- Akay, M. Hasanali : Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar (6102 Sayılı TTK m. 11/3 kapsamında)", **İMÜHFD**, C. 1, S. 1, 2014, s. 163-178.
- Akbulak, Yavuz : Yavuz Akbulak, "Ticari İşletme Rehni", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 90, S. 2016/3, 2016, s. 337-350.
- Akçaal, Mehmet : **İşletmenin Devri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Akdağ Güney, Necla : **Anonim Şirketlerde Kuruluş**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Akdeniz, Umut : **Taşıma İşleri Komisyonculuğu Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

- Aker, Halit : **Ticari İşletme Kirası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Aker, Halit : “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: ‘Hâkim Teşebbüs’” **BATİDER**, C. XXV, S. 2, 2009, s. 229-295.
- Akgöl, İzel : **Ticari İşletmelerin Devri**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Akyazan, Sıtkı : **İcra ve İflas Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar**, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1965.
- Altaş, Hüseyin : **Hasılat ve Şirket Kirası (Bk. mad. 270-298)**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009.
- Altaş, Soner : **Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirketler**, Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, Ankara, 2019.
- Altay, Sümer : **Türk İflas Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.
- Altay, Sümer : **Türk İflas Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

- Ansay, Tuğrul : “Ticari İşletmenin Sorgulanması”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, İstanbul, 2010, s. 174-218.
- Arda Bağce, Duygu Hidayet : **Alacağın Devri ve Diğer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.
- Arıcı, M. Fatih : **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Arıcı, M. Fatih : “Alman Hukukunda Ticari İşletmeyi Devralanın Ticaret Unvanı ile Faaliyeti Devam Ettirmesinden Dolayı Eski Borçlardan Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 301-325.
- Arıkan, Mustafa : “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki”, **SÜHFD, C.13, Sayı:1**, 2005, s. 129-155.
- Arkan, Sabih : **Ticari İşletme Hukuku**, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 23. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017.
- Arkan, Sabih : “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler”, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-**

- Tartışmalar (13-14 Mayıs 2005)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2005, s. 41-49.
- Arslan, İbrahim : **Şirketler Hukuku Bilgisi**, 12. Baskı, Konya, 2007.
- Arslanlı, Halil : **Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960.(*Kara Ticareti*)
- Arslanlı, Halil : **Anonim Şirketler I-Umumi Hükümler**, 3. Bası, İstanbul, 1960. (*Umumi Hükümler*)
- Aslan, İ. Yılmaz : **Rekabet Hukuku**, 2. Baskı, Bursa, 2001.
- Atasoy, Abdurrahman : **Ticari İşletmenin Devri ve Devrin Kapsamı**, Yüksek Lisans Tezi, Konya,1996.
- Ayan, Mehmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.
- Aydın, Alihan : “Ticari İşletme Kavramı, Unsurları ve Hukuki İşlemlere Konu Olması”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011)**, İstanbul, 2012, s. 9-20. (*Ticari İşletme Kavramı*)

- Aydın, Alihan : “TTK Tasarısı’nda, Taşıma İşlerine Dair Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **HPD**, S. 6, 2006, s. 67-73. (TTK Tasarısı)
- Aydın, Sema, : “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları” **GÜHFD**, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 229-260.
- Kaplan, Hasan Ali,
- Şen Kalyon, Arzu
- Aydoğan, Fatih : **Tek Kişi Ortaklığı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Ayhan, Rıza, : “Ticari İş-Ticari İşletme-Tacir-Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet”, **EÜHFD**, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 31-53.
- Ayhan, Rıza, : **Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar**, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Çağlar, Hayrettin
- Ayhan, Rıza, : **Ticari İşletme Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2015.
- Özdamar, Mehmet,
- Çağlar, Hayrettin
- Ayiter, Nûşin : **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.

- Bahtiyar, Mehmet : **Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Soru Örnekleri**, Güncellenmiş 18. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2017. (*Ticari İşletme*)
- Bahtiyar, Mehmet : **Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler-Dersler-Soru Örnekleri**, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2017. (*Ortaklıklar Hukuku*)
- Bahtiyar, Mehmet : **Ticaret Hukuku**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2905, 1. Baskı, Eskişehir 2013. (*Ticaret Hukuku*)
- Bahtiyar, Mehmet : “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, **LHD**, S. 106, 2011, s. 3889-3910. (*Ticari İşletmenin Devri*)
- Bahtiyar, Mehmet : “TTK. 194/1 Hükümünün Uygulanmasına İlişkin Güncel Bir Sorun”, **YÜHFD**, C. XIII, S. 1, Özel Sayı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı C. I, 2016, s. 113-120. (*TTK 194/1*)
- Bakırcı, Münevver Kübra : “Ticari İşletme Kirası”, **BaÜHFD**, Cilt 13, Sayı, 161-162, Ocak-Şubat 2018, s. 59-98.
- Barlas, Nami : **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme**

- İlişkileri**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Baştuğ, İrfan,
Erdem, Ercüment : **Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.
- Berzek, Ayşe Nur : **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.
- Biçer, Levent,
Hamamcıoğlu, Esra : “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK m. 408/2-f)”, **KHÜHFD**, S. 1, 2013, s. 33-52.
- Bilge, Mehmet Emin : “Tacir Sıfatının Sona Ermesi”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. I, 2002, s. 175-196.
- Bilgili, Fatih,
Demirkapı, Ertan : **Ticari İşletme Hukuku**, Dora Yayınları, 6. Baskı, Bursa 2016. (*Ticari İşletme*)
- Bilgili, Fatih,
Demirkapı, Ertan : **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 12. Baskı, Bursa, Dora Yayınları, 2017. (*Ticaret Hukuku*)
- Bilgili, Fatih,
Cengil, Murat : “Ticari İşletmenin Devri ve Bilhassa Ticari İşletmenin Devri Düzenlemesinden Kaynaklanan Sorunlar”, **Türk Ticaret**

Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu, Ankara
2018.

Birsel, Mahmut Tevfik : **Ticari İşletme Hukuku, C. 1**, İzmir,
Ticaret Matbaacılık, 1970.

Bozer, Ali : “Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre
Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir
İnceleme”, **BATİDER**, C. I, S. 3, 1962, s.
363-372.

Bozer, Ali,
Göle, Celal : **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve
Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Banka ve
Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
Yayınları, 2017.

Bozkurt, Tamer : **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Legem
Yayıncılık, 2017. (*Ticari İşletme*)

Bozkurt, Tamer : **Şirketler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş,
Güncellenmiş, Genişletilmiş 9. Baskı,
Ankara, Legem Yayıncılık, 2018. (*Şirketler
Hukuku*)

Börü, Levent : “İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme
Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M.
280)”, **AÜHFD**, C. 58, S. 3, 2009, s. 481-
537.

Can, Mertol : **CMR ve Alman Ticaret Kanunu
Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk
Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. 1**,

Taşıma Hukukuna Giriş, Eşya Taşıma İşleri, Ankara, İmaj Yayınları, 2017.

Coştan, Hülya : **Anonim Ortaklıklarda Bölünme**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004. (*Bölünme*)

Coştan, Hülya : **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme Ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılandırmasında Alacaklıların Korunması**, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2009. (*Birleşme, Bölünme Ve Tür Değişirme*)

Çankaya, Osman Güven, : **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Çil, Şahin

Çebi, Hakan : **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010. (*Bölünme*)

Çebi, Hakan : **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

Çeker, Mustafa : **Ticaret Hukuku Genel Esaslar**, Adana, Karahan Kitabevi, 2014.

Çelik, Aytekin : **Ticaret Hukuku**, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.

- Çelik, Nuri. : **İş Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- Çelikboya, Kerem : **Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Çelikboya, Kerem : “Anonim Şirketin TTK m. 11 f. 3 Uyarınca Ticari İşletmesini Devretmesi”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 163-214.
- Çetiner, Selma, : **Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- Bozkurt Yüksel, A. Ebru
- Çonkar, M. Halil : **Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.
- Dayınlarlı, Kemal : **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki**, Ankara 2010.
- Demir, Koray : “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”, **İÜHFİM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 103-120.
- Demirkapı, Ertan : “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, **GÜHFD**, C. XVII S. 1-2, 2013, s. 371-441.
- Dinç, Serhan : **Ticaret Hukuku Bilgisi**, Seçkin Yayınları,

1. Baskı, Mayıs, 2017.

- Dinç, Serhan : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Tacir Kavramı”, **TAAD**, S. 23, 2015, s. 117-133.
- Doğanay, İsmail : **Türk Ticaret Kanunu Şerh**, C. 1, İstanbul, 2004.
- Doğrusöz, A. Bumin,
Tuncel Töralp, Funda,
Onat, Öznur : **Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, C. 1, 2011.
- Domaniç, Hayri : **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Domaniç, Hayri,
Ulusoy, Erol : **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2007.
- Dural, Halil Ali : “Anonim Şirketin Önemli Miktarda Varlığının Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 225-240.
- Durman, Okay : **İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2009.

- Edis, Seyfullah : “Türk Medeni Kanunda İyiniyet (sübjektif hüsnüniyet)”, **Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 135-166
- Engin, Baki İlkay : “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 159-169.
- Er, Hakkı : **Ticari İşletmenin Aktif Ve Pasifiyle Devri**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
- Ercan, Tayfur : **Yeni Ticaret Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler ve Mali Hukuka Etkileri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Erdem, Ercüment : “Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”, **YÜED**, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 1, s. 987-1017.
- Erdoğan, İhsan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, Gazi Kitapevi, 2017.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Ergün, Mevci : **Ticari İşletme Hukuku**, Bursa Ticaret ve

Sanayi Odası Yayınları, Bursa, 2015.

Eriş, Gönen : **Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.

Erişir, Evrim : “Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki - Karar İncelemesi-”, **BATİDER**, C. XXIV, S. 4, 2008, s. 271-301.

Erkan Akıncı, Oya : **Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1988.

Eroğlu, Muzaffer, Demir, Aybüke : “Anonim Şirkette Organlar Arası İşbölümü ve Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri”, **KHÜHFD**, C. 2, S. 2, 2014, s. 79-99.

Erten, Ali : “İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar”, **Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 179-212.

Evirgen, Betül : **Ticari İşletmelerin Devri**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Nisan, 2015.

- Feyzioğlu, Necmeddin : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2,** Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.
- Franko, Nisim : Alacağın Temliki, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 49,** Sayı: 1-2, Yıl:1994, s. 177-197.
- Göle, Celal : “Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu”, **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatrasına Armağan,** Ankara, 1986, s. 185-206. (*Merkez ve Şube*)
- Göle, Celal : “Tacir-Esnaf Ayrımı” , **BATİDER, C. XIII, S. 2,** 1985, s. 47-62. (*Tacir-Esnaf*)
- Güleç, Nuri : “Ticaret Şirketleri İçin Ticareti Terk Mümkün Müdür?”, **TAAD, S. 10,** 2012, s. 1-34.
- Güncean, Atahan : **Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması,** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Güngör, Seda Ş. : “Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında İşletme Adı ve İşletme Adının Korunması”, **EÜHFD, C. XVIII, S. 1-2,** 2014, s. 193-209.
- Gürbüz Usluel, Aslı E. : “Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal

Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Aynı Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları” **İÜHF**M, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 145-164.

Gürdoğan, Burhan : **İflas Hukuku Dersleri (İflas/Konkardato/İptal Davaları)**, Ankara, 1966.

Hatemi, Hüseyin, : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
Gökyayla, Emre

Hazıroğlu, Elif Cemre : “Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu”, **TFM**, C. 3, S. 1, 2017, s. 71-82.

Helvacı, Mehmet : **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

Hirsch Ernst : **Ticaret Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 1948.

İmregün, Oğuz : **Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, 13. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2005. (*Kara Ticareti Hukuku*)

İmregün, Oğuz : **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2004. (*Genel İlkeleri*)

- İnal, Tamer : **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.
- İpekel Kayalı, Ferna : **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- İzmirli, Yedigâr : “Tacir-Esnaf Sıfatının Tayininde Ticari İşletme Unsuru”, **Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan**, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1991, s. 465-477.
- Kahraman, Zafer : **Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Kahraman, Zafer : “Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali”, **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan**, BaÜHFD, Özel Sayı, C. 11, S. 145-146, 2016, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 587-630.
- Kahveci, Nalan : “6098 Sayılı TBK'nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk”, **DEÜHFD.**, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı 2017, s. 695-728.
- Karahan, Sami : **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Baskı, Konya,

Mimoza Yayınları, 2015. (*Ticari İşletme*)

- Karahan, Sami : “Ticari İşletme ve Tacir Kavramları İle İlgili 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012)**, **MÜHF-HAD**, C. 18, S. 2, Özel Sayı, 2012, s. 3- 9. (*Ticari İşletme ve Tacir Kavramları*)
- Karahan, Sami : “Ticari İşletme Kavramı, Tacir-Esnafların Ayrımının Kriterleri ve Ticaret Hukukunun Diğer Temel Kavramlarının Belirlenmesi Açısından”, **BATİDER**, C. 17, S. 4, 1994, s. 39-64. (*Tacir-Esnaflar*)
- Karaman Coşgun, Özlem : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, **MÜHF-HAD**, C. 21, S. 1, 2015, s. 107-166.
- Karaman Coşgun, Özlem : **Şirketler Hukuku** (Editör: Sami Karahan), Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- Karayalçın, Yaşar : **Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme**, 3.Baskı, Ankara, 1968.
- Karlı, Abdurrahim : **İcra ve İflas Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı**, 2014.
- Kaya, Arslan : “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Acenteliğe

İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi
Eleştiriler-Öneriler, Yeni Türk Ticaret
Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku
Alanında Getirdiği Yenilikler”, **Kadir Has
Üniversitesi Hukuk Fakültesi - 25-26
Kasım 2011 Sempozyumu**, İstanbul, 2012,
s. 53-69.

- Kayar, İsmail : **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na
Göre Ticaret Hukuku**, Güncellenmiş 4.
Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- Kayıhan, Şaban, : **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve
Yasan, Mustafa Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin
Yayınları, 2017.
- Kendigelen, Abuzer : **Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk
Ticaret Kanunu**, İstanbul 2011. (*Gerekçeli
TTK*)
- Kendigelen, Abuzer : **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler,
Yenilikler ve İlk Tespitler**, Güncellenmiş
2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki
Levha Yayınları, 2016. (*İlk Tespitler*)
- Kendigelen, Abuzer : **Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili
Mevzuat**, Güncelleştirilmiş 5. Bası,
İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.
(*Notlu TTK*)
- Kendigelen, Abuzer : **Ticaret Hukuku Kursüsünde Onbeş Yıl**

(1986- 2001), **Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. III, Ticari İşletme- Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku** [Kararları Tamamlanmış 3. Bası], İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006. (*Mütalâalar III*)

Kendigelen, Abuzer : **Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C. IV: 2002**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006. (*Mütalâalar IV*)

Kılıç, Mehmet : **Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Kılıçoğlu, Ahmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 21. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017

Kırca, İsmail : **Ticari Mümessillik**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

Kırca, İsmail : “Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C. XXIV, S. 2, Seza Reisoğlu'na Armağan Sayısı, 2007, s. 295-304. (*Esnaf ve Sanatkarlar*)

Kırca, İsmail : “Nispi Ticari Davaya Dair”, **BATİDER**, C. XXXIII, S. 1, 2017, s. 55-61. (*Nispi*)

- Kırca, İsmail : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi”, **BankD**, S. 79, 2011, s. 71-79. (*Ehliyeti ve Birleşmesi*)
- Kırca, İsmail, Şehirali Çelik, Feyzan H., Manavgat, Çağlar : **Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Kırtepe, Ahmet : **Ticari İşletme Rehni**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.
- Koç, Nevzat : “Genel Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantısı Toplantıları – I, **TBB**, Ankara, 2008.
- Kopuz, Abdulkadir, Tuna, Mustafa Oğuz : “Hacizde İstihkak Yöntemi ve Hacze İştirak”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 89, Sayı: 1, Ocak 2015, s. 140-156.
- Köseoğlu, Ali Cengiz : **İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi**, İstanbul, 2004.
- Kudret, Aslan : **Hacizde İstihkak Davası**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005.
- Kuru, Baki : **İcra ve İflas Hukuku Cilt: 3**, 1. Baskı,

- İstanbul, 1993 (*İcra ve İflas Cilt: 3*)
- Kuru, Baki : **İcra ve İflas Hukuku Cilt: 4**, 3. Baskı, İstanbul, 1997(*İcra ve İflas Cilt: 4*)
- Kuru, Baki : **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016. (*İstinaf Sistemine Göre*)
- Kuru, Baki : “Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler”, **AÜHFD**, C. 27, S. 1-2, 1970, s. 109-118.
- Mimaroğlu, Sait Kemal : **Ticaret Hukuku, C. 1, İşletme Hukuku (Ekonomi Hukuku, İşletme Hukuku, Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri ve Ticari İşletme)**, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.
- Moroğlu, Erdoğan : **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.
- Mutluer, M. Kamil, Uçaryılmaz, Talya Şans : **İşletme Hukuku**, Ankara, Turhan Yayınları, 2014.
- Nomer Ertan, N. Füsun : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Olarak Yapılan Değişiklikler”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk**

Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011), İstanbul, 2012, s. 71-88.

Oğuzman, Kemal,

Öz, Turgut

: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I,** 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (C.I)

Oğuzman, Kemal,

Öz, Turgut

: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II,** 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017. [C.II(2017)]

Oğuzman, Kemal,

Öz, Turgut

: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II,** 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. (C.II(2013))

Oğuzman, Kemal,

Seliçi, Özer,

Oktay Özdemir, Saibe

: **Eşya Hukuku,** 21. Baskı, Filiz Kitapevi,2018.

Oktar, İsmail Mert

: **Ticari İşletmenin Devri,** Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

- Omağ, Merih Kemal : “Ticari İşletmenin Yapısı”, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın Ltd. Şti., 2007, s. 923-934.
- Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay : “Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları”, **MÜHF-HAD**, C. 22, S. 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. III, 2016, s. 2927-2948..
- Önder, Mehmet Fahrettin : “Tüzel Kişi Tacirlerin Ticareti Terk Etmelerinin Anlamı ve Sonuçlarının Yargıtay Kararları Açısından Değerlendirilmesi”, **SDÜHFD**, C. I, S. 2, 2011, s. 71-104.
- Öz, Turgut : “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İstanbul, 2013, s. 95-120.
- Özbilen, Arif Barış : **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Özcan, Didem : **Borcun Üstlenilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017.

- Özen, Burak : **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Özen, Burak : “Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak ‘Ticari İşletme’”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II**, İstanbul, 2003, s. 707-725.
- Özsunay, Ergün : **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1983
- Özşungur, Fahri : “Ticaret Sicili Müdürlüklerinin Resmi Kurumlara Bildirim Yükümlülükleri”, **AÜHFD, C. 63, S. 3, 2014**, s. 623-642.
- Paslı, Ali : **Anonim Ortaklığın Devralınması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Pazarcıkcı, Nusret Alper : “Ticareti Terk Yükümlülüğüne Aykırılık Suçunun Hukuk Düzenindeki Yeri”, **THD, S. 65, 2012**, s. 14-23.
- Platon : **Parmenides**, 5. Baskı, Çev. Saffet Babür, Ankara, 2018.
- Poroy, Reha : “Son Elli Yılda Türkiye’de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağanı, Cumhuriyet**

Döneminde Hukuk, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 581-632.

Poroy, Reha,
Yasaman, Hamdi : **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Poroy, Reha,
Yasaman, Hamdi : **Ticari İşletme Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, 2004. (*Eski Baskı*)

Poroy, Reha,
Tekinalp, Ünal,
Çamoğlu, Ersin : **Ortaklıklar Hukuku I**, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014. (*Ortaklıklar Hukuku*)

Pulaşlı, Hasan : **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Sağlam, İpek : “Ticari İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması”, **MÜHF-HAD**, C. 19, S. 1, 2013, s. 131-166. (*Benzer Hukuki İlişkiler*)

Sağlam, İpek : “Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi”, **MÜHF-HAD**, C. 19, S. 1, 2013, s. 167-202. (*İşletme*)

Uysurları)

- Sarper, Süzek : **İş Hukuku**, Beta Yayınları, 2016.
- Sayın, Mert : “Türk İcra ve İflas Hukukunda Dördüncü Kişinin İstihkak İddiası ve Sonuçları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 91, Sayı: 3, Mayıs 2017, s. 40-56.
- Serozan, Rona : Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Sertoğlu, Burak : **Ticari İşletme Devri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü zel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Sevi, Ali Murat : **Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Sümer, Ayşe : **Ticaret Hukuku**, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- şener, Oruç Hami : **Ticari İşletme Hukuku, Ders Kitabı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016. (*Ticari İşletme*)
- şener, Oruç Hami : **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar**

- Hukuku, Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş
3. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017. (
Uygulamalı Ortaklıklar)
- Şener, Oruç Hami : **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin Yayınları,
2008. (*Adi Ortaklık*)
- Şener, Oruç Hami : **Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi**,
Ankara, Adalet Yayınevi, 2015. (*Ticari
Temsilci*)
- Şenyüz, Doğan : **Borçlar Hukuku Genel ve Özel
Hükümler**, Ekin Yayıncılık, 8. Bası, Bursa,
2016.
- Tekil, Fehiman : “Ticaret Kanununun Revizyonu Üzerinde
Düşünceler”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e
Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yayını, İstanbul, 1998, 17 no.lu
Başlık.
- Tekinalp, Ünal : **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**,
Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle
Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, Vedat
Kitapçılık, 2015. (*Sermaye Ortaklıkları*)
- Tekinalp, Ünal : “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme
Bağlamında Yeniden Düşünmek”,
BATİDER, C. XXIV, S. 3, 2008.s. 5-16.
(*Yeniden Düşünmek*)

- Tekinalp, Ünal : “Ticari İşletmenin TK m. 11(3)’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı**, Ankara, 2015, s. 3-17. (*Hukuki Yazgı*)
- Tekinalp, Ünal : “Bölünmenin Bugünkü Maddi Hukuk Cephesi”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 547-559 (*Bölünme*)
- Tekinalp, Ünal, Ersin, Çamoğlu : **Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. (*Açıklamalı*)
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla : **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993.
- Tercier, Pierre, Pichonnaz, Pascal : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.
- Develioğlu, H. Murat
- Toksal, Baki : **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Ankara, 1986.

- Topçuoğlu, Metin : “İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Etkisi”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II**, İstanbul, 2003, s. 71-118. (*İşletmenin Devri*)
- Topçuoğlu, Metin : “Yeni TTK’nın ve Yeni TBK’nın Ticari İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **THD**, S. 81, 2013, s. 14-27. (*Kiracılık Hakkı*)
- Topuz, Murat : “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu”, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012)**, **MÜHF-HAD**, C. 18, S. 2, Özel Sayı, 2012, s. 19-79.
- Topuz, Seçkin, Canbolat, Ferhat : “Kira İlişkisinin Devri - (Yeni) Türk Borçlar Kanunu’nun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi”, **TBBD**, S. 95, 2011, s. 97-133.
- Tschanl, Rudolf, Röthell, Andreas : “Yeni İsviçre Birleşme Kanunu”, **AnkBD**, Çev. Neslihan Özensoy, S. 1, 2005, s. 91-96.
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler**, Üzerinde Çalışılmış Ve Geliştirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 1976.

- Türk, Hikmet Sami : **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.(*Birleşme*)
- Türk, Hikmet Sami : **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde «Nevilerin Aynı Olması» Koşulu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1986. (*Nevilerin Aynı Olması*)
- Türk, Hikmet Sami : Hikmet Sami Türk, “Ticaret Ortaklıklarının Nevi Değiştirmesine İlişkin Yargıtay Kararları”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II**, 1985.
- Türkmen, Emre : **Tacirin Ticareti Terkinin İcra Ve İflas Kanununun 44. Maddesi Bağlamında Hüküm Ve Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013.
- Uçar, Salter : **Hukukumuzda Ticaret Sicili, Tacir ve Esnaf Kavramı**, İstanbul, 1993.
- Ulukapı, Ömer : **İcra ve İflâs Hukuku**, Konya, Mimoza Yayınları, 2015.
- Ulusoy, Yılmaz : **Ferdi İşletmelerin Sermaye Şirketlerine ve Kolektif Komandit Şirketlerin Sermaye Şirketlerine Dönüşmesi**, Ankara,

1983.

- Umar, Bilge : **Türk İcra-İflas Hukukunda İptal Dâvası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.
- Uyar, Talih : **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 3: İİK. 43-67)**, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. Baskı, Bilge Yayınevi, 2008. (*Şerh Cilt: 3*)
- Uyar, Talih : **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 12: İİK. 277-307)**, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. Baskı, Bilge Yayınevi, 2008. (*Şerh Cilt: 12*)
- Uyar, Talih : **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 5: İİK. 82-97)**, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. Baskı, Bilge Yayınevi, 2009. (*Şerh Cilt: 5*)
- Uyar, Talih : **İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Cilt 6: İİK. 97/a-133)**, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. Baskı, Bilge Yayınevi, 2009. (*Şerh Cilt: 6*)
- Uyar, Talih : “İİK’nun 337/a Maddesi Üzerine Bir İnceleme (Ticareti Terk Edenlerin Cezası)”, **YargDün**, S. 192, 2011, s. 11-21. (*337/a*)
- Uyar, Talih : “Tasarrufun İptali Davalarının Konusu (İİK m. 278, 279, 280)”, **TBBD**, S. 78, 2008, s. 287-314. (*Tasarrufun İptali Davalarının Konusu*)
- Uyar, Talih : “Tasarrufun İptali Davası ve ‘Muvazaa’, ‘Nam-ı Müstear’, ‘İşletmenin Devri’,

'Kanuna Karşı Hile' ve 'Perdeyi Kaldırma Teorisi'", **AnkBD**, S. 2, 2016, s. 343-403. (*Muvazaa*)

Uyar, Talih, : **İcra ve İflas Kanunu Şerhi «El Kitabı» (İİK 1-134) Cilt: I**, 1.Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2010. (*El Kitabı I*)

Uyar, Alper,

Uyar, Cüneyt

Uyar, Talih, : Talih Uyar, Alper Uyar, Cüneyt Uyar, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi «El Kitabı» (İİK 135-370) Cilt: II**, 1.Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2010. (*El Kitabı II*)

Uyar, Alper,

Uyar, Cüneyt

Uyar, Talih, : **(İcra Hukukunda) İstihkak Davaları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018. (*İstihkak Davaları*)

Uyar, Alper,

Uyar, Cüneyt

Uzel, Necdet : "Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun", **Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2017, s. 717-811.

Uzunallı, Sevilay, : **Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku**, Yeni Mevzuata Göre Yeniden Hazırlanmış 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.

Şener, Oruç Hami

Ülgen, Hüseyin : **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)**, 1.Basıdan

(1975'ten) Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

Ülgen, Hüseyin,
Helvacı, Mehmet,
Kendigelen, Abuzer,

: **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015. [*Yazar (Ülgen v.d.), Ticari İşletme*]

Kaya, Arslan,

Nomer Ertan, N. Füsün

Ülgen, Hüseyin,
Helvacı, Mehmet,
Kendigelen, Abuzer,

: **Ticari İşletme Hukuku**, 1. Basıdan 3. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006. [*Yazar (Ülgen v.d.), Ticari İşletme Önceki "2006" Bası*]

Kaya, Arslan,

Nomer Ertan, N. Füsün

Ülgen, Hüseyin,
Arıcı, M. Fatih

: "İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II**, İstanbul, 2010, s. 1767-1804.

Ülkü, Murat Fatih,
Karaaslan, Erol

: "Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: B.Y. md. 179", **MBD**, S. 70, 1999, s. 47-67.

Üstündağ, Sami

: **İcra Hukukunun Esasları**, Baştan Sona Gözden Geçirilmiş ve (4949 Sayılı Kanun

- Hükümleri Gözönünde Tutulmak Suretiyle)
Yenilenmiş 8. bası, İstanbul, 2004.
- Yakuppur, Sendi : **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.
- Yasaman, Hamdi : **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987.
- Yasaman, Hamdi : “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.I, İstanbul, 2003, s. 695-715.
- 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, Doç. Dr. Nurkut İnan’a Armağan Sayısı, 2013, s. 159-185.
- Yavaş, Murat : “İcra ve İflas Hukukunda Tüzel Kişiliğin Perdesinin Kaldırılması Teorisi”, **THD**, Cilt: 3, Sayı: 24, Ağustos 2008, s. 17-46.
- Yavuz, Cevdet : “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Borcun Üstlenilmesi (m. 195-204) ile Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma (m. 205-206) Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu**

Genel Hükümler Konferansları III, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri Borç İlişkilerinde Özel Durumlar-Taraf Değişiklikleri, TBK Değerlendirmeleri ve İrdelemeleri 26-27 Mayıs 2012, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 264-271.

- Yavuz, Nihat : **Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Yıldırım, M. Kamil : **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.
- Yıldırım, M. Kamil : “Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi”, **MÜHF-HAD**, C. 19, S. 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, 2013, s. 471-482. (*Ticari İşletme Devri Karinesi*)
- Yıldırım, M. Kamil : “4949 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler”, **YÜHFD**, C. I, S. 2, 2005, s. 471-484. (*4949*)
- Yıldız Portakal, Seda : **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.

Yıldız, Şükrü : “6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Gerçek Kişilerde Tacir Sifatının Kazanılması”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu (25-26 Kasım 2011)**, İstanbul, 2012, s. 21-32.

Yılmaz, Aslan : **Ticaret Hukuku Dersleri**, Ekin Yayıncılık, 11. Baskı, 2017.

Zeytinci, Merve : **Ticari İşletmenin Devredilmesi Ve Bundan Doğan Sorumluluk**, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2016.

Hukuku Anabilim Dalı’na Hazırlanan Görüş, **BATİDER**, C. XXIII, S. 2, 2005, s.

211-248. (*AÜHF Tasarı Görüşü*)

Kurumlar Vergisi Kanunu Tasarısı Ve Gerekçesi için bkz. “<http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/mevzuatek/eski/kurumlarvertumtaslak.htm>”

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi: Mevzuat, İçtihat, Literatür & Örnekler (*LexperaHBS*)

TBMM Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Yasama Dönemi: 23 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96.

TBMM – Zabıt Ceridesi, Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni
Mazbatas1 (1/150), Devre: X, İçtima: 2, S. Sayısı: 198.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret

