

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

Doktora Tezi

## **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri**

Mehmet Fatih Arıcı  
2502010066

Tez Danışmanı  
Prof. Dr. Mehmet Helvacı

İstanbul 2007

## **ÖZ**

Tezimiz dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ticari işletme ve ticari işletmenin devri kavramlarını inceledik. İkinci bölümde, devir sözleşmesini açıkladık. Üçüncü bölümde, devir taahhüdünün ifasını ve borçların üstlenilmesini ve naklini ortaya koyduk. Dördüncü bölümde mal kaçırma amaçlı ticari işletme devrinde alacaklıların korunmasını inceledik.

## **ABSTRACT**

Our thesis consists of four parts. In the first part, we examined the concepts of business enterprise and its asset deal. In the second part, hereafter we explained the contract of asset deal. In the third part, we introduced performing (carrying out) of the asset deal and undertaking of debts and duties. In the fourth part, we examined maintaining the credits of the enterprise's creditors in asset deals which have harmful effects on enterprise's creditors.

## ÖNSÖZ

Akademik hayatımın başlangıcından itibaren doktora tez çalışmamın tamamlanmasına kadar, hiç şüphesiz birçok kişiden destek ve yardım gördüm. Bu vesileyle akademik çalışmalarımın her aşamasında anlayış ve destek gördüğüm, engin bilgisinden ve tecrübesinden yararlandığım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı değerli Hocam Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e minnet ve şükranlarımı arz ederim.

Çalışmalarında yakın ilgisini ve desteğini hiçbir zaman eksik etmeyen, ayrıca doktora tezimi okuyup, engin bilgisinden ve eleştirilerinden yararlanma fırsatı veren değerli Hocam Prof. Dr. Ömer Teoman'a minnet ve şükranlarımı arz ederim.

Değerli Hocam Prof. Dr. Mehmet Helvacı, tıpkı yüksek lisans tez çalışmamda olduğu gibi doktora tezimde de tez danışmanı olmayı üstlenmiştir. Tez çalışmamın her aşamasında engin bilgisinden, görüş ve eleştirilerinden yararlandığım değerli Hocam Prof. Dr. Mehmet Helvacı'ya bilimsel desteği ve katkıları için teşekkür ederim.

Asistanlığımın ilk gününden beri akademik çalışmalarında ilgisini ve desteğini benden esirgemeyen, karşılaştığım sorunlarda yol gösteren, engin bilgisinden ve tecrübesinden yararlanma fırsatı veren değerli Hocam Prof. Dr. Abuzer Kendigelen'e teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Bütün akademik aşamalarımı özel ilgi göstererek yakından takip eden, karşılaştığım sorunlarda yol gösteren, engin bilgisinden ve tecrübesinden yararlanma fırsatı veren değerli Hocam Doç Dr. Arslan Kaya'ya teşekkür ederim.

Tez İzleme Komitesi üyesi olmayı memnuniyetle kabul eden, doktora tezimi başarı ile tamamlayacağım konusunda beni yüreklendiren değerli Hocam Prof. Dr. Fatih S. Mahmutoğlu'na teşekkür ederim.

Aynı kürsüde birlikte çalışmaktan mutluluk duyduğum ve doktora tezimin bir an önce tamamlanması konusunda beni teşvik eden değerli Hocam Doç. Dr. N. Füsün Nomer-Ertan'a teşekkür ederim.

Almanya'nın Heidelberg Üniversitesi'nde tezimle ilgili araştırma yapabilmem için bana yardımcı olan ve destek veren değerli Hocam Doç. Dr. Halil Akkanat'a da teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Son olarak tez çalışmalarım sırasındaki zor zamanlarımda bana destek olan, rahat bir çalışma ortamı hazırlayan sevgili eşim Fatma Arıcı'ya da sabrı ve desteği için teşekkür ederim.

## İÇİNDEKİLER

|              |     |
|--------------|-----|
| ÖZ (ABSTACT) | i   |
| ÖNSÖZ        | ii  |
| İÇİNDEKİLER  | iv  |
| KISALTMALAR  | x   |
| KAYNAKÇA     | xiv |

### GİRİŞ

|  |   |
|--|---|
| I. KONUNUN ÖNEMİ VE SEÇİLİŞ AMACI                  | 1 |
| II. KONUNUN SINIRLANLANDIRILMASI VE İNCELEME PLÂNI | 2 |
| III. TERMİNOLOJİ SORUNU                            | 4 |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ KAVRAMLARI

|   |    |
|---|----|
| I. İŞLETME KAVRAMI  | 6  |
| A. İşletmenin Hukuki Niteliği                               | 6  |
| B. Terminoloji Sorunu                                       | 8  |
| C. İşletmenin Muhtelif Hukuk Dallarındaki Görünüm Biçimleri | 11 |
| II. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI                                  | 16 |
| A. Ticari İşletme-Esnaf İşletmesi Ayrımı                    | 16 |
| B. Ticari İşletmenin Türleri, Unsurları ve Tanımı           | 16 |
| 1. Ticari İşletme Türleri                                   | 17 |
| 2. Ticari İşletmenin Unsurları                              | 20 |
| a. Gelir elde etme amacı                                    | 20 |
| b. Devamlılık   | 21 |
| c. Bağımsızlık  | 22 |
| d. Esnaf faaliyeti düzeyini aşma                            | 22 |
| e. Ticaret siciline tescilin kurucu olmaması                | 26 |
| 3. Ticari İşletmenin Tanımı                                 | 27 |
| III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ KAVRAMI                        | 27 |
| A. Ticari İşletmenin Devrine Hâkim Olan İlkeler             | 27 |

|   |    |
|---|----|
| 1. Genel Olarak _____   | 27 |
| 2. Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifiyle Devri Bakımından _____  | 31 |
| a. BK 179'un iradi devirlere özgü bir düzenleme olması _____  | 31 |
| b. Borçların kanunen topyekûn üstlenilmesi ve nakli imkânı _____  | 32 |
| c. Aktiflerin devrinde cüz'i halefiyet ilkesi _____   | 33 |
| d. BK 179'un borçlardan sorumluluk konusunda emredici düzenleme niteliği-<br>nde olmaması _____                   | 34 |
| B. BK 179'a Göre Devir Konusu Ticari İşletme _____  | 34 |
| 1. Genel Olarak _____   | 34 |
| 2. Özel Malvarlığı Olarak Ticari İşletme _____  | 37 |
| 3. Ticari İşletmeye Ait Malvarlığının Sınırlanması _____  | 41 |
| C. Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması ve BK 179'un Uygulama Alanı _____  | 45 |
| 1. Borcun Nakli _____   | 45 |
| 2. İşletmenin Dolaylı Satımı _____  | 48 |
| 3. İşletmelerin Aktif ve Pasifi ile Birleşmesi _____  | 50 |
| 4. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi _____   | 54 |
| 5. Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi _____  | 57 |
| a. Pozitif hukuk açısından _____  | 57 |
| b. TK Tasarısı açısından _____  | 65 |
| 6. Anonim Şirketin Bir Kamu Tüzel Kişisi Tarafından Devralınması _____  | 67 |
| 7. Bank 19'a Göre Banka İşletmesinin Aktif ve Pasifi İle Devri _____  | 69 |
| 8. TMSF Tarafından El Konulan Şirketlerin Aktif Malvarlığının ve Ticari-<br>İktisadi Bütünlüğünün Satılması _____ | 70 |
| 9. Özelleştirme Kapsamındaki Devirler _____   | 71 |
| 10. İşyeri Devri _____  | 72 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### DEVİR SÖZLEŞMESİ

|   |    |
|---|----|
| I. GENEL OLARAK _____                                       | 74 |
| II. ASLİ EDİM: TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ TAAHHÜDÜ _____       | 76 |
| A. Devir Taahhüdünün Mahiyeti _____                         | 76 |
| B. Borçlandırıcı İşlemin Konusu Olarak Devir Taahhüdü _____ | 79 |

|  |     |
|--|-----|
| C. Devir Taahhüdünde Aktiflerin Öngörülmesi                                    | 83  |
| D. Devir Taahhüdünde Pasiflerin Öngörülmesi                                    | 86  |
| 1. Pasiflerin Devrin Kapsamı Dışında Bırakılması                               | 89  |
| 2. Pasiflerin Sınırlandırılması Sorunu   | 90  |
| E. Devir Taahhüdünün Gayri Maddi İktisadi Değerleri Kapsaması                  | 93  |
| III. DEVREDENİN ÖZELLİK ARZ EDEN DİĞER BORÇLARI                                | 94  |
| A. Rekabet Etmeme Borcu/Rekabet Yasağı   | 94  |
| B. Ayıba ve Zapta Karşı Tekeffül Borcu   | 97  |
| 1. Satıma İlişkin Ayıba ve Zapta Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği | 97  |
| 2. Ticari İşletme Satımında Ayıp Kavramı                                       | 99  |
| a. Lüzumlu vasıflardaki eksiklikten doğan ayıp                                 | 104 |
| b. Vaad edilen vasıflardaki eksiklikten doğan ayıp                             | 107 |
| 3. Ayıptan Doğan Haklar  | 110 |
| a. Ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep hakkı                              | 111 |
| b. Semeninin indirilmesini talep hakkı   | 112 |
| c. Dönme hakkı   | 116 |
| 4. Ayıp İhbar Süreleri ve Ayıptan Doğan Haklarda Zamanaşımı                    | 120 |
| 5. Ticari İşletme Satımında Zapt Kavramı                                       | 122 |
| IV. DEVRALANIN BORÇLARI  | 124 |
| V. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ   | 125 |
| VI. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE TEMSİL   | 127 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### DEVİR TAAHHÜDÜNÜN İFASI ve BK 179'A GÖRE BORÇLARIN ÜSTLENİLMESİ VE NAKLİ

|   |     |
|---|-----|
| I. . MÜNFERİT AKTİFLERİN DEVREDİLEBİLİRLİĞİ VE DEVİR ŞEKLİ                  | 134 |
| A. Özellik Arz Eden Fikri Mülkiyet Hakları ve Gayri Maddi İktisadi Değerler | 134 |
| 1. Marka  | 134 |
| 2. Ticaret Unvanı   | 139 |
| a. Genel olarak   | 139 |
| b. Ticaret unvanının aynen kullanılıp kullanılmayacağı                      | 139 |
| 3. İşletme Adı  | 141 |

|   |     |
|---|-----|
| 4. İmalât ve Ticaret Sırları (Know-How)   | 142 |
| 5. Ticari İtibar (Good-will)  | 150 |
| B. Taşınmazlar  | 143 |
| C. Taşınırlar   | 144 |
| D. Kıymetli Evrak   | 144 |
| E. Alacaklar  | 145 |
| F. Sözleşmeler  | 146 |
| 1. Genel Olarak Sözleşmelerin Devri   | 146 |
| 2. Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifiyle Devri Bakımından  | 149 |
| a. Alacakların temlikinin ve borçların naklinin sözleşmelerin devrini sonuçlandırıp sonuçlandırmayacağı | 149 |
| b. Devrin ilânının/ihbarının sözleşmelerin devri için icap teşkil edip etmediği                         | 154 |
| c. Sözleşmelerin devrine örtülü onay verilmesi  | 156 |
| d. Özel kanun hükümleri uyarınca sözleşmelerin devri  | 158 |
| e. Ara değerlendirme ve sonuç   | 160 |
| II. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE ESKİ BORÇLARDAN SORUMLULUK SORUNU  | 162 |
| A. BK 179'un Düzenleniş Amacı ve HGB § 25 İle Karşılaştırılması   | 162 |
| B. Teminat Teorisi ve Alacaklıların Korunması Düşüncesi   | 165 |
| C. Teminat Teorisinin Eleştirisi  | 169 |
| 1. BK 179'un Lafzî Yorumu   | 170 |
| 2. BK 179'un Kanun Sistematiği İçindeki Yeri  | 173 |
| 3. BK 179'un Düzenleniş Amacı   | 173 |
| 4. Ticari İşletme Devrine Hâkim İlkeler   | 174 |
| 5. Aktiflerin Pasiflerin Teminatı Olduğu Savı   | 177 |
| 6. Teminat Teorisinin Borçlar ve Kişiler Hukuku Kuralları İle Bağdaşmaması                              | 180 |
| 7. Teminat Teorisinin İİK 280/III İle Uyumsuzluğu   | 180 |
| 8. Hukuki Görünüş Nazariyesi Açısından Değerlendirme  | 183 |
| 9. Ara Değerlendirme ve Sonuç   | 184 |
| D. İşletmenin Bütünlüğü İlkesi Açısından Aktiflerin Pasiflerle Bağlılığı Sorunu                         | 185 |
| 1. Genel Olarak   | 185 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Bölünmedeki Ekonomik Bütünlük İlkesi Açısından        | 190 |
| a. Genel olarak  | 190 |
| b. Öğreti  | 191 |
| 3. Türk Hukukundaki Hâkim Görüşün Eleştirisi             | 193 |
| a. Malvarlığı kavramı açısından                          | 193 |
| b. Bölünmenin işlevi (amacı) açısından                   | 196 |
| c. Külli halefiyet ilkesi açısından                      | 199 |
| d. Bölünmenin kötüye kullanılması olasılığı açısından    | 201 |
| e. Alacaklıların korunması açısından                     | 202 |
| f. Ortakların korunması açısından                        | 204 |
| g. KVK 19/20'deki İşletme Bütünlüğü İlkesi Açısından     | 204 |
| III. BK 179 UYARINCA BORÇLARIN ÜSTLENİLMESİNİN ŞARTLARI  | 210 |
| A. Devir Sözleşmesi ve Borçların Yüklenilmesi            | 211 |
| B. Ticari İşletmenin Devri                               | 213 |
| C. Devrin İlânı veya İhbarı                              | 216 |
| 1. İçeriği   | 218 |
| 2. Şekli   | 223 |
| 3. Hukuki Niteliği                                       | 226 |
| 4. İlânı/İhbarı Kimin Yapacağı                           | 228 |
| IV. BK 179 UYARINCA BORÇLARIN ÜSTLENİLMESİNİN HÜKÜMLERİ  | 229 |
| A. Devralan Açısından                                    | 229 |
| B. Devreden Açısından                                    | 231 |
| C. BK 179 Uyarınca Üstlenilen/Nakledilen Borçlar         | 232 |
| D. Müteselsil Sorumluluğun Tâbi Olduğu Hak Düşürücü Süre | 238 |
| E. Alelâde Borcun Nakli Hükümlerinin Uygulanabilirliği   | 240 |
| 1. Borçların Fer'ilerinin Nakli                          | 242 |
| 2. Defî Haklarının Geçişi                                | 243 |
| 3. Sözleşmelerin Devri Açısından                         | 246 |
| V. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN TESCİLİ VE İLÂNI           | 247 |
| VI. BK 179 SİSTEMİNİN ELEŞTİRİSİ VE ÖNERİLER             | 248 |
| A. Genel Olarak  | 248 |
| B. Aktiflerin Devri Açısından                            | 248 |
| C. Pasiflerin Nakli Açısından                            | 249 |

|  |     |
|--|-----|
| D. BK ve TK Tasarıları Açısından Değerlendirme | 252 |
| 1. BK Tasarısı Açısından                       | 252 |
| 2. TK Tasarısı Açısından                       | 254 |

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **MAL KAÇIRMA AMAÇLI TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI**

|   |     |
|---|-----|
| I. GENEL OLARAK   | 260 |
| II. TİCARETİ TERK   | 261 |
| A. Genel Olarak   | 261 |
| B. Ticareti Terke İlişkin Kurallara (İİK 44) Aykırılık                                  | 267 |
| C. BK 179 İle İİK 44 Hükümlerinin Karşılaştırılması                                     | 269 |
| III. ALACAKLILARA ZARAR VERMEK KASTIYLA TİCARİ İŞLETME<br>DEVRİNİN İPTALİ (İİK 280/III) | 271 |
| A. Genel Olarak   | 271 |
| B. İİK 280/III'te Yer Alan Karîne   | 272 |
| C. BK 179 İle İİK 280/III Hükümlerinin Karşılaştırılması                                | 273 |
| IV. YARGITAY UYGULAMASI   | 274 |
| SONUÇ   | 280 |
| ÖZGEÇMİŞ  | 289 |

## KISALTMALAR

|                        |   |
|------------------------|---|
| <b>AATUK</b>           | : Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun  |
| <b>ABGB</b>            | : Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch   |
| <b>a. F.</b>           | : Alte Fassung  |
| <b>a.g.e.</b>          | : Adı geçen eser  |
| <b>a.g.m.</b>          | : Adı geçen makale  |
| <b>Anh.</b>            | : Anhang  |
| <b>Art.</b>            | : Artikel   |
| <b>aş.</b>             | : Aşağıda   |
| <b>AY</b>              | : Anayasa   |
| <b>b.</b>              | : Bent  |
| <b>BasK</b>            | : Basler Kommentar  |
| <b>BATİDER/Batider</b> | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi   |
| <b>BDDK</b>            | : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu  |
| <b>bearb.</b>          | : Bearbeitet von  |
| <b>BGB</b>             | : Bürgerliches Gesetzbuch   |
| <b>BGH</b>             | : Bundesgerichtshof   |
| <b>BGHZ</b>            | : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen  |
| <b>BK Tasarısı</b>     | : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı [ <a href="http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm">http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm</a> , (20.11.2007)]. |
| <b>Bölünme Tebliği</b> | : Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ   |
| <b>c.</b>              | : Cümle   |
| <b>Diss.</b>           | : Dissertation  |
| <b>e.</b>              | : Eski (kanun değişikliğinden önceki)   |
| <b>Ed:</b>             | : Editör  |

|                      |   |
|----------------------|---|
| <b>ESMKK</b>         | : Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu  |
| <b>FS</b>            | : Festschrift   |
| <b>FusG</b>          | : Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) |
| <b>GKK</b>           | : Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun   |
| <b>GVK</b>           | : Gelir Vergisi Kanunu  |
| <b>HD.</b>           | : Hukuk Dairesi   |
| <b>HGB</b>           | : Handelsgesetzbuch   |
| <b>hrsg</b>          | : Herausgeber   |
| <b>İİK</b>           | : İcra ve İflâs Kanunu  |
| <b>İşK</b>           | : İş Kanunu   |
| <b>K.</b>            | : Kapitel   |
| <b>K.</b>            | : Karar   |
| <b>Kararname</b>     | : 25.01.1986 tarihli ve 86/10313 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi                       |
| <b>KHK</b>           | : Kanun Hükmünde Kararname  |
| <b>Koord. Kurulu</b> | : Esnaf ve Küçük Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu           |
| <b>KVK</b>           | : Kurumlar Vergisi Kanunu   |
| <b>MarKHK</b>        | :Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname                                   |
| <b>md.</b>           | : Madde   |
| <b>MK</b>            | : Türk Medenî Kanunu  |
| <b>N.</b>            | : Nummer, Randnummer, Numara  |
| <b>n. F.</b>         | : Neue Fassung  |
| <b>NJW</b>           | : Neue Juristische Wochenschrift  |

|                    |   |
|--------------------|---|
| <b>OR</b>          | : Bundesgesetz betreffend die Erganzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Funfter Teil: Obligationenrecht) |
| <b>ÖUHK</b>        | : Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun  |
| <b>PatKHK</b>      | : Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname  |
| <b>R.G.</b>        | : Resmi Gazete  |
| <b>RG</b>          | : Reichsgericht   |
| <b>RGZ</b>         | : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen  |
| <b>RKHK</b>        | : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun  |
| <b>S.</b>          | : Sayı  |
| <b>s.</b>          | : Sayfa   |
| <b>SigMurK</b>     | : Sigorta Murakabe Kanunu   |
| <b>SJZ</b>         | : Schweizerische Juristen-Zeitung   |
| <b>SZW</b>         | : Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht   |
| <b>TBMM</b>        | : Türkiye Büyük Millet Meclisi  |
| <b>TİRİK</b>       | : Ticari İşletme Rehni Kanunu   |
| <b>TK</b>          | : Türk Ticaret Kanunu   |
| <b>TK Tasarısı</b> | : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2005.)  |
| <b>TKHK</b>        | : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun  |
| <b>TMSF</b>        | : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu  |
| <b>TST</b>         | : Ticaret Sicili Tüzüğü   |
| <b>TTSG</b>        | : Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi   |
| <b>UmwG</b>        | : Umwandlungsgesetz   |
| <b>vd.</b>         | : ve diğerleri  |
| <b>Vor./Vorb.</b>  | : Vorbemerkungen  |

|                  |   |
|------------------|---|
| <b>WM</b>        | : Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht                  |
| <b>y.n.</b>      | : Yazarın notu  |
| <b>Yarg.</b>     | : Yargıtay  |
| <b>YKD</b>       | : Yargıtay Kararları Dergisi                                |
| <b>yuk.</b>      | : Yukarıda  |
| <b>ZGB</b>       | : Schweizerisches Zivilgesetzbuch                           |
| <b>ZHR</b>       | : Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht |
| <b>ZvglRWiss</b> | : Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft          |

## KAYNAKÇA\*

- Acemoğlu, Kevork, **Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971.
- Akıncı (Erkan) Oya, **Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1988.
- Akıntürk Turgut, **Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Medeni Hukuk**, 9. B., İstanbul 2003.
- Akuğur Mehmet, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, İstanbul, Vedat, 2005.
- Amstutz Therese, "Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, Ausschluss wegen Kenntniss oder Kennensollen von Sachmängeln" **Der Schweizer Treuhänder**, 2002/12, s. 1109-1116.
- Aral Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007.
- Arıcı M. Fatih, **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü**, İstanbul, Beta, 2003.
- Arıcı M. Fatih "Ticaret Ortaklığınca Avukata Vekâlet (Temsil Yetkisi) Verilmesi ve Bu Vekâlete, Organ Temsilcinin Yetkisinin Sona Ermesinin veya Sınırlanmasının Etkisi", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağın**, Cilt I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (*Hüseyin Ülgen'e Armağın*)
- Arkan Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Sekizinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005.

---

\* Aynı yazarın birden fazla eserine atıfta kullanılan kısaltma şekli ve birden fazla yazarları olan eserlerde özel bir atıf şeklinden yararlanılmış ise bu atıf şekli, ilgili eserin künyesinin sonunda parantez içinde gösterilmiştir.

- Arkan Sabih, **Marka Hukuku Cilt: II**, 8. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 533, Ankara 1998. (*Marka II*)
- Arslanlı Halil, **Kara Ticareti Hukuku**, Umumi Hükümler, 3. B., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960.
- Aslan Yılmaz/  
Şenyüz Doğan/  
Ergün Mevci,  
Ayiter Nûşin, **İşletme Hukuku**, Bursa, Ekin, 2002.  
**Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.
- Ayrancı Hasan, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara, Yetkin, 2003.
- Bahtiyar Mehmet, “Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi”, **Şirket Birleşmeleri**, (Ed: Sumer/Pernsteiner), İstanbul, Alfa, 2004.
- Baktır Selma, **Ticari İşletme Hukuku**, İzmir, 1997.
- Baldi Peter, **Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft**, Zürich, Schulthess, 1975.
- Barandun Nicolà, **Die Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven**, Diss., Bern, Copy Quick Flamatt, 1993.
- Bamberger H. Georg/  
Roth Herbert (Hrsg), **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, §§ 1-610, München , C. H. Beck, 2003. (*Bamberger/Roth/Yazar*)
- Bassenge Peter vd., **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, 63. neubearbeitete Auflage, München, Verlag, C.H. Beck, 2004. (*Yazar, Palandt BGB*)

- Baştuğ İrfan/  
Erdem Ercüment, **Ticari İşletme Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993.
- Baumbach Adolf/  
Hefermehl Wolfgang, **Wettbewerbsrecht**, 21. Aufl., München, Beck, 2001.
- Becker, H. **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band VI; Obligationenrecht, I. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934; Allgemeine Bestimmungen, Bern, Stämpfli & Cie., 1941.
- Beisel Daniel/  
Klumpp Hans-Hermann/  
Wadle Jutta T., **Der Unternehmenskauf**, 4. Aufl. München, Beck, 2003.[*Yazar (Beisel/Klumpp)*]
- Birsel Mahmut, **Ticari İşletme Hukuku**, C. I, İzmir 1970.
- Boyacıoğlu Cumhur, “Ticaret Unvanının Devamına İlişkin Düzenlemenin (TK 49) Ticaret Unvanının Sürekliliği İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi” **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2003.
- Boyacıoğlu Cumhur, **Konzern Kavramı**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2006. (*Konzern*)
- Boyacıoğlu Cumhur, **Ticaret Unvanı**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2006. (*Ticaret Unvanı*)
- Bozer Ali, “Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme”, **Batider** 1962, C: I, S: 3, s. 363-372.
- Bruch Kurt, **Erwerberhaftung kraft Gesetzes bei Unternehmens- und Vermögensverässerung**, Nürnberg, 1962.
- Bucher Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allg. Teil, 2. Aufl. Zürich, Schulthess, 1988.

- Bucher Eugen, "Organschaft, Prokura, Stellvertretung, Lebendiges Aktienrecht", **Festgabe für Wohlfahrt Friedrich Bürgi**, Hrsg: Max Boemle vd., Zürich, 1971. (*Festgabe für Bürgi*)
- Büdenbender Ulrich, "Grundlagen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf" Hrsg: Dauner-Lieb, Barbara/Henssler Martin, **Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung**, München, Verlag C.H. Beck, 2003.
- Bühler, Albin, **Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht**, Zürich, Buchdruckerei Oberland Interlaken, 1947.
- von Büren Bruno, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allg. Teil, Zürich 1964.
- Canaris Claus-Wilhelm, **Handelsrecht**, 24., vollständig neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2006.
- Cavin Pierre, "Kauf, Tausch, Schenkung", **Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse**, Hrsg: Vischer Frank, Siebenter Band, Erster Halbband, Basel und Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn, 1977.
- von der Crone, H. Caspar/  
Martinez Marolda L., "Vermögensübertragung" **SZW 2004/3**, s. 297-304.
- Çağa Tahir/  
Kender Rayegan, **Deniz Ticareti Hukuku I**, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, İstanbul, Beta, 2002.
- Çelik Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Çitçi Rabia Gamze, **Ölçek Küçültme Stratejileri Çerçevesinde Malvarlığının Devri Suretiyle Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması**, Yeterlik Etüdü, Sermaye Piyasası Hukuk İşleri Dairesi, Ankara 2004.

- Çoştan Hülya, **Anonim Ortaklıklarda Bölünme**, Ankara, Turhan, 2004.
- Domaniç Hayri/  
Ulusoy Erol **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, Arıkan, 2007.
- Domaniç Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, TTK Şerhi II**, İstanbul, Temel, 1988. *(TTK Şerhi II)*
- Erdem Ercüment, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, Beta, 2003.
- Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. B., İstanbul, Beta, 2003.
- Esin İsmail G., **Sachmängelhaftung Beim Unternehmenskauf Nach Deutschem Und Türkischem Kaufrecht**, Unter Besonderer Berücksichtigung der Verkäuferpflichten, Frankfurt am Main; Berlin; New York; Paris; Wien, Peter Lang Verlag, 1998.
- Feyzioğlu, Feyzi N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 2. B., İstanbul 1977.
- Flume Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, Dritte ergänzte Auflage, Berlin Heidelberg New York, Springer Verlag, 1979.
- Früh, Peter, **Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht**, Aarau, H.R. Sauerländer, 1945.
- Gauch Peter vd., **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allg. Teil, Band I-II, 8. Aufl., Zürich, Schulthess, 2003 *(Yazar/Gauch/Schluemp)*
- Gersbach Andreas, “Die Besonderheiten Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung”, (çevrimiçi), [www.vondercrone.ch/publikationen](http://www.vondercrone.ch/publikationen), 20.02.2006
- Giger Hans, **Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Band VI: Das Obligationenrecht, 2.

- Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 1.  
Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, Bern,  
Verlag Stämpfl&Cie AG, 1979.,
- Göle Celal, “Tacir-Esnaf Ayırımı”, **Batider** 1985, C: XIII, S: 2, s. 47-62.
- Guhl Theo vd., **Das Schweizerisches Obligationenrecht**, Bearbeitet von Alfred Koller, Anton Schneider, Jean Nicolas Druey, 9. Aufl. Zürich, Schulthess, 2000. (*Guhl/Yazar*)
- Hämmerle Hermann/  
Wünsch Horst, **Handelsrecht**, 3. Aufl., Graz 1976.
- Hatemi Hüseyin, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.
- Hatemi Hüseyin/  
Serozan Rona/  
Arpacı Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Helvacı Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2001.
- Helvacı Mehmet, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, İstanbul, Beta, 2004. (*Bölünme*)
- Holzapfel Hans-Joachim, “Die Behandlung des share deal”, Hrsg: Dauner-Lieb, Barbara/Henssler Martin, **Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung**, München, Verlag C.H. Beck, 2003.
- Holzapfel Hans-Joachim/  
Pöllath Reinhard, **Unternehmenskauf in Recht und Praxis**, 11. neu bearbeitete Aufl., Köln, RWS, 2003.
- Holzhammer Richard, **Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht**, Achte, verbesserte Aufl., Wien NewYork, Springer, 1998.

- Hommelhoff Peter, **Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf.** Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1975.
- Honsell Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Besonderer Teil, 6. überarbeitete Aufl. Bern, Stämpfli, 2001.
- Honsell, Heinrich/  
Vogt, Nedim Peter/  
Wiegand Wolfgang (Hrsg), **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2003. *(Yazar, BasK, OR I)*
- Huguenin Claire, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, Schulthess, 2004.
- Hübner, Ulrich, **Handelsrecht**, 5. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2004.
- Hüffer Uwe, **Aktiengesetz**, 5. Aufl., München, Beck, 2002.
- Hüffer Uwe, **Staub Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch**, Band 1, Erstes Buch, Handelstand, §§ 1-104. München 1996. *(Hüffer/Staub)*
- İmregün Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul, Yasa, 1989. *(Anonim Ortaklıklar)*
- İmregün Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak) Onüçüncü Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005. *(Kara Ticareti Hukuku)*
- İmregün Oğuz, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, İstanbul 1989. *(Genel İlkeler)*
- İnal Tamer, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Kazancı, 2004.
- Jäggi Peter, “Die Zusage von Eigenschaften der Kaufsache”, **Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl**, Zürich, Polygraphischer Verlag A.G., 1950, s. 67 vd.

- Jauernig Othmar (Hrsg), **Bürgerliches Gesetzbuch** mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 8. Aufl. 1997; 10. Aufl., München 2003. (*Jauernig/Yazar*)
- Jung Peter, **Handelsrecht**, 3. Aufl. München, C. H. Beck, 2004.
- Kaçak Nazif, **Açıklamalı-İçtihatlı Tasarruf İptal Davaları**, Ankara, Seçkin, 2006.
- Karahan Sami, “Ticari İşletme Kavramı, Tacir-Esnaf Ayrımının Kriterleri ve Ticaret Hukukunun Diğer Temel Kavramların Belirlenmesi Açısından”, **BATİDER**, Aralık 1994, C: 17, S. 4, s. 39-64.
- Karahan Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Konya, Mimoza, 2007. (*Ticari İşletme*)
- Karan Hakan/  
Kılıç Mehmet, **Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Karayalçın Yaşar, **Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme**, 3. B., Ankara 1968.
- Kaya Arslan, “Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi ve Hisse Değişimi Konularında 4684 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme ile Oluşan Hukuki Durumun Değerlendirilmesi“, **Banka-Mali ve Ekonomik Yorumlar**, 2001/10, s. 52-61.
- Kaya Arslan, **Marka Hukuku**, İstanbul, Arıkan, 2006. (*Marka Hukuku*)
- Keller Max/  
Schöbi Christian, **Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung**, Basel und Frankfurt am Main, Helbing-Lichtenhahn, 1984.
- Keller Max/  
Siehr Kurt, **Kaufrecht**, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, Schulthess, 1995.

- Kendigelen Abuzer, **Hukukî Mütalâalar** (Mahkeme Kararları İle Birlikte), Cilt IV: 2002, İstanbul 2006. (*Hukuki Mütalâalar IV*)
- Kendigelen Abuzer, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl (1986-2001), Hukukî Mütalâalar** (Mahkeme Kararları İle Birlikte), Cilt III, Ticari İşletme-Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku [Kararları Tamamlanmış 3. Bası], İstanbul 2006. (*Hukuki Mütalâalar III*)
- Kılıçoğlu Ahmet, **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara 1979.
- Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan, 2003. (*Borçlar Genel*)
- Koller/Roth/Morck, **Handelsgesetzbuch**, Kommentar, 3. Aufl., München, Beck, 2002.
- Kostkiewicz J. Kren vd., (Hrsg.), **Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, Orell Fussli Verlag AG, 2002. (*Yazar, HandK OR*)
- Kuru Baki/  
Arslan Ramazan/  
Yılmaz Ejder, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 4949, 5092, 5311 ve 5358 sayılı Kanunlarla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 20. Baskı, Ankara, Yetkin, 2006.
- Larenz Karl, **Lehrbuch des Schuldrechts**, Zweiter Band Besonderer Teil, 1. Halbband, Dreizehnte, vollig neubearbeitete Aufl., München, CH. Beck, 1986.
- Larenz Karl/  
Wolf Manfred, **Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts**, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2004.

- Leupold Michael, **Wettbewerbsverbot bei der Unternehmensübertragung**, Eine rechtsvergleichende Analyse, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1995.
- Lieb Manfred, “Zu den Grundgedanken der §§ 25 ff. HGB”, **FS für Bodo Börner zum 70. Geburtstag**. (Hrsg: Jürgen F. Baur, Christian Müller-Graf und Manfred Zuleeg) Köln, Carl Heymann, 1992.
- Lorenz Stephan, “Das deutsche materielle Recht des Unternehmenskaufs nach der Schuldrechtsreform” Erweiterte schriftliche Fassung eines am 17.10.2003 auf dem 4. Symposium der Juristischen Fakultäten der Karls-Universität Prag und der Ludwig-Maximilians-Universität München zum Thema „*Mergers and Acquisitions*“ gehaltenen Vortrags. s. 1-19, (çevrimiçi), [http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/material/u\\_kauf.pdf](http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/material/u_kauf.pdf) (10.11.2006)
- Lörtscher Thomas, “Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht” **ZvglRWiss**, Band 83, 1984, s. 51-71.
- Lutter Marcus/  
Winter Martin, **Umwandlungsgesetz, Kommentar**, Band I, §§ 1-137, 3. Neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004. (*Yazar, Lutter UmwG.*)
- Mezger Rene, “Die Schuldübernahme kraft Mitteilung bei der Geschäfts- und bei der Vermögensübernahme, OR Art. 181/2”, Basel, Diss. 1955.
- Mimaroğlu Sait Kemal, **Ticaret Hukuku, Birinci Cilt İşletme Hukuku**, (Ekonomi Hukuku, İşletme Hukuku, Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri ve Ticari İşletme), Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.
- Moroğlu Erdoğan, “Kurumların Yeniden Yapılandırılmasında Vergisiz Alternatifler, Bölünme, Birleşme, Hisse Takasları”,

- 24.10.2002, **TÜSİAD Vergi Çalışma Komisyonu**, Ceylan Intercontinental, s. 4 vd.
- Moroğlu Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (*TTK Tasarısı*)
- Mutluer M. Kâmil, **Vergi Genel Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Oechsler Jürgen, **Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht**, München, Verlag Franz Vahlen, 2003.
- Oğuzman Kemal M./  
Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Oğuzman Kemal/  
Seliçi Özer/  
Oktay-Özdemir Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Olgaç, Senai, **Kazai ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, (Yeniden Yazılmış ve En Son İctihatlarla) İkinci Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1969.
- Omağ, Merih Kemal, “Ticari İşletmenin Yapısı”, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul 2007, s. 923-934.
- Özbalcı Oluş Mali Hukuk Bürosu, **Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Ankara, Oluş Yayıncılık A.Ş., 2007.
- Pekcanitez vd., **İcra ve İflâs Hukuku**, 4. Bası, Ankara, Yetkin, 2006. [*Yazar, (Pekcanitez vd.)*]
- Picot Gerhard (Hrsg) , **Unternehmenskauf und Restrukturierung**, München, Beck, 2004.
- Poroy Reha/  
Tekinalp Ünal/  
Çamoğlu Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul, Arıkan, 2005.

- Poroy Reha/  
Yasaman Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Basıdan 12. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- Rebmann Kurt/  
Säcker Franz Jürgen/  
Rixecker Roland, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 2 a, 4. Aufl. München 2003 (*Yazar, MünchK BGB*)
- Rödder Thomas/  
Hötzel Oliver/  
Mueller-Thuns Thomas, **Unternehmenskauf Unternehmensverkauf**, Zivil- und steuerrechtliche Gestaltungspraxis, München, Beck, 2003.
- Ruggli Monika/Vischer Markus, “Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen”, **SJZ** 102 (2001), s. 294-302.
- von Salis, Ulysses, “Fusionsgesetz” Zürich 08/2004, (Çevrimiçi) [www.fusionsgesetz.ch](http://www.fusionsgesetz.ch) (30 Nisan 2005).
- Schleifenbaum Thekla, **Die Unternehmenshaftung bei Unternehmensübertragungen**, Berlin, Duncker&Humblot, 2000.
- Schmidt Karsten (Hrsg), **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, Band 1, §§1-104, München, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 1996. (*Yazar, MünchK HGB*)
- Schmidt Karsten, **Handelsrecht**, Fünfte Neue Bearbeitete Aufl. Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999. (*Handelsrecht*)
- Schön Etienne, **Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht**, Zürich, Schulthess, 1999.
- Schönle Herbert, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Hrsg: Gauch Peter, Teilband V 2a, Art. 184-191, Zürich, Schulthess, 1993.

- Semler Johannes/  
Stengel Arndt, **Umwandlungsgesetz**, München, C. H. Beck, 2003.  
(Yazar, Semler/Stengel UmwG)
- Serozan Rona, **Borç Hukuku Özel Bölüm**, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama Uygulama Çalışmaları, 2 nci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Spirig Eugen, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Hrsg: Gauch Peter, Teilband V 1k, Art. 175-183, Zürich, Schulthess, 1994.
- Spiro Karl, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen**, Band I, Die Verjährung der Forderungen, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1975.
- Tandoğan Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1985.
- Tekin Cem/  
Kartaloğlu Emre, **Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2007.
- Tekinalp Ünal, “Son Gelişmelerin Işığında İşletme Kavramı”, **Ekonomik Hukuk Dergisi**, 1997, S. 2, s. 13/14.
- Tekinalp Ünal, **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, Arıkan, 2005. (Fikrî Mülkiyet)
- Tekinalp Ünal, “Bölünmenin Bugünkü Maddi Hukuk Cephesi” **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004. (Kocayusufpaşaoğlu Armağanı)

- Tekinalp Ünal, “Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4864 sayılı Kanun’un İşlerliği”, **Mükellefin Dergisi**, 2001 (Ekim) S. 106, s. 31-42. (*Mükellefin*)
- Tekinay vd. **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993. (*Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*)
- Teoman Ömer, “Bir Ticaret Ortaklığının Faaliyetlerini Bölünme veya Ayrılma Sureti İle Başka Ortaklıklara Devretmesi”, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, Cilt I: Hukukî Mütalâalar, Kitap 9: 1998-1999, İstanbul, Beta, 2000.
- Tschäni, Rudolf, **Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht**, Ein Handbuch zu Übernahmen, Fusionen und Unternehmenszusammenschlüssen, 2. stark überarbeitete und ergänzte Aufl., Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1991.
- von Tuhr Andreas/  
Escher Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zweiter Band, Dritte Aufl. Zürich, Schulthess, 1974.
- Tunçomağ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, C. I, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. B. İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- Türk Hikmet Sami, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Olgaç Matbaası, 1986.
- Türk Hikmet Sami, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nevilerin Aynı Olması” Koşulu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986. (*Nevilerin Aynı Olması Koşulu*)
- Uyar Talih, **İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları**, (İİY. 277-284) (6183 s. Y. 24-31), 2 misli Genişletilmiş Baskı, Manisa 1992.

- Uygur Turgut, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Dördüncü Cilt (Madde 109-213) Ankara, Seçkin, 2003.
- Ülgen Hüseyin vd., **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006. [Yazar, (Ülgen vd.)]
- Ülgen Hüseyin, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005. (*Hukuki Görünüş*)
- Ülgen Hüseyin, **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluşta Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması** (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1969. (*Anonim Ortaklığın Kuruluşta Sonra Malvarlığı Devir Alması*)
- Ülkü Murat Fatih/  
Karaaslan Erol, “Alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla ticari işletmenin devri ve Türk hukukunda bir bilinmeyen: B.Y. md. 179”, **Manisa Barosu Dergisi**, 1999, S. 70, s. 47-67.
- Üstündağ Saim, **İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 2002.
- Vischer Markus, “Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share und Asset Deals– zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung”, **Mergers & Acquisitions VII**, Tshäni Rudolf (Hrsg), Zürich, Schulhess, 2005. (*Mergers & Acquisitions*)
- Vischer Markus, “Due diligence bei Unternehmenskäufen”, **SJZ** 96 (2000), s. 229-236. [*SJZ 96 (2000)*]
- Vischer Markus, “Sachgewährleistungen bei Unternehmenskäufen”, **SJZ** 97 (2001), s. 361-368. [*SJZ 97 (2001)*]

- Vischer Markus, “Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen” **SZW** 2003/6, s. 335-340. (*SZW 2003/6*).
- Vischer Markus, “Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf”, **SJZ** 2005/10, s. 233-239. (*SJZ 2005/10*)
- Vogel Alexander/  
Heiz Christoph/  
Behnisch Urs, **FusG Kommentar, Fusionsgesetz**, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, Fusionsgesetz artikelweise kommentiert, Änderungen bisherigen Rechts, Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung, unter Mitarbeit von lic. iur. Andrea Sieber, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2005.
- Voigt Annette, **Umwandlung und Schuldverhältnis**, Heidelberg, R.v. Decker's Verlag, 2000.
- Watter Rolf, **Unternehmensübernahmen**, Kontrollwechsel in der Aktiengesellschaft mittels Aktienkauf, Übernahmeangebot, Fusion und verwandter Tatbestände, Zürich, Schulthess, 1990.
- Watter Rolf/Kägi Urs. “Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen” **SZW** 2004/3, s. 231-248.
- Watter Rolf vd. (Hrsg), **Basler Kommentar Fusionsgesetz**, Basel·Genf·München, Helbing& Lichtenhahn, 2005. (*Yazar, BasK FusG*)
- Weber Philippe, “Die Vermögensübertragung”, **Fusionsgesetz**, Auswirkungen auf die Praxis, Kellerhals Andreas / Luginbühl Jürg (Hrsg), Zürich, Schulthess, 2004.
- Westermann Harm Peter (Hrsg), **Erman Bürgerliches Gesetzbuch**, Köln, Dr. Otto Schmidt, 11. Aufl. 2004 (*Yazar, Erman BGB*)

- Wiegand Wolfgang/  
Wichtermann Jürg, **Die Überleitung von Rechtsverhältnissen**, Sonderdruck aus “Rechtliche Probleme der Privatisierung”, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP), Bern 1998.
- Yasaman Hamdi **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalâalar Birlikçi Raporları II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.
- Yasaman Hamdi vd., **Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt I-II, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2004. (*Yasaman, Marka Hukuku veya Yasaman/Yazar, Marka Hukuku*)
- Yasaman Hamdi, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Olgaç Matbaası, 1987. (*Birleşme*)
- Yasaman Hamdi, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. I, İstanbul 2003, s. 695-712. (*Ünal Tekinalp’e Armağan*)
- Yıldırım Kâmil, **İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995.

## GİRİŞ

### I. KONUNUN ÖNEMİ VE SEÇİLİŞ AMACI

Ticari işletme, ticaret hayatında önemli bir iktisadi değer ve özel malvarlığıdır. Bir işletme türü olması nedeniyle ticari işletme aynı zamanda bir organizasyondur. Düzenleniş biçimi açısından ticaret hukukunun *merkez kavramı* ticari işletmedir. Ticari işletmenin devri de şüphesiz ticaret hukukunun önemli bir konusunu oluşturmaktadır. Ticarin ticari işletme faaliyetine daha fazla devam etmek istememesi halinde, önünde iki imkân vardır: Birincisi, işletme faaliyetine son vermektir. İkincisi ise, işletmeyi bir başkasına devretmektir. İşletmenin faaliyetine son verilerek tasfiye edilmesi, bu önemli iktisadi değerın dağılmasına neden olur. Kural olarak ticari işletmenin devri, (emek, sermaye ve zaman harcanarak oluşturulan) bu iktisadi bütünlüğün arz ettiği değerın korunması ve varlığını devam ettirmesi amacına hizmet eder. Bu amacın gerçekleştirilmesi, devir ilişkisinin taraflarına, işletme ilgililerine ve giderek ekonomik düzenin sağlıklı işleyebilmesine yönelik olarak önemli menfaatler sağlar.

Ticari işletmenin devrinin yukarıda arz edilen önemi ve bu kurumu inceleyen bilimsel çalışmaların azlığı, tez konusu olarak tercih edilmesinde etken olmuştur. Ayrıca Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan BK ve TK tasarıları gözönünde bulundurulduğunda, ülkemizde özel hukukun önemli bir kısmını oluşturan borçlar hukuku ile ticaret hukuku alanlarında reform çabaları sürmektedir. İşte temel kanunlara ilişkin sözü edilen reformların hayata geçmesinin eşiğinde, medeni hukuk ve özellikle borçlar hukuku ile ticaret hukukunun dallarının kesiştiği noktada bulunan ticari işletmenin devri konusunun bir doktora tezi çalışması çerçevesinde incelenmesinin yararlı olacağını düşünüyoruz. Özellikle 2005 yılında TBMM'ye gönderilen TK Tasarısı'nda da bir yenilik olarak ticari işletmenin devri konusuna ilişkin özel kurallar konulması, konunun önemini özellikle ticaret hukuku yönünden daha da artırmaktadır. Ekleyelim ki, BK Tasarısı'nda da –temelde BK 179 hükmü korunmakla birlikte– ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devrine ilişkin değişiklik öngörülmektedir. Geline bu noktada, anılan tasarılar arasında uyumun sağlanması da bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Ticari işletmenin devri kurumu değiştirilip yenilenirken, mevcut hukukumuzda bu konuya ilişkin sorunların irdelenmesi ve

eksikliklerinin saptanması, büyük önem taşır. Aksi halde yapılmak istenen kanun değişikliklerinin yeterli veya gerekli olup olmadığı konusunda sağlıklı bir sonuca varılamaz.

## **II. KONUNUN SINIRLANLANDIRILMASI VE İNCELEME PLÂNI**

Tezimizin konusu ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devridir. Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletmenin sahibinin el değiştirmesidir. Türk hukukunda ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devrini ilgilendiren genel düzenleme, “*Bir mamelekin veya bir işletmenin devralınması*” kenar başlığını taşıyan BK 179’da yer almaktadır. Çalışmamızın temelini de TK 1/I uyarınca ticari hüküm olan anılan düzenleme oluşturmaktadır. Buna karşılık işletmelerin aktif ve pasifi ile birleşmesini düzenleyen BK 180 çalışmamızın kapsamına dâhil değildir. Bununla birlikte inceledimiz konunun gereği gibi ortaya konulabilmesi açısından, her iki hukuki kurum karşılaştırılarak, aralarındaki temel farklar açıklanmaya çalışılmıştır.

Bu kapsamda ilk olarak birinci bölümde işletme, ticari işletme ve ticari işletmenin devri kavramları açıklanmıştır. Ayrıca bu bölümde ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri, benzer kavramlarla karşılaştırılarak BK 179’un uygulama alanı saptanmaya çalışılmıştır. Bu bölümde işletmenin ve özellikle ticari işletmenin devrine hâkim olan ilkelere belirlenmesi, çalışmamızda yol gösterici olmuştur. Bununla birlikte tezimizin asıl konusuna ağırlık verebilmek için, işletme ve ticari işletme kavramlarına ilişkin genel açıklamaların çok ayrıntılı olarak yazılmamasına ve kapsamlarının gereksiz yere genişletilmemesine dikkat edilmiştir.

BK 179 anlamında ve tezimiz kapsamında ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri, sadece iradi devirleri yani bir devir sözleşmesine dayalı işletme devirlerini kapsar. Miras yoluyla intikal ve cebri icra yoluyla satış ve iktisaplar tezimizin kapsamı dışındadır. Bu bağlamda tezimizin ikinci bölümünde ticari işletmenin devrinin temelini oluşturan devir sözleşmesi ve bunun içeriği incelenmiştir. Devir sözleşmesi BK 179’da özel olarak düzenlenmemiştir. Devir sözleşmesi değişik sözleşme tipleri görünümünde ortaya çıkabilir. Hatta bu sözleşmenin karşılıklı (her iki tarafa borç yükleyen) sözleşme olması da zorunlu değildir. Devir sözleşmesinde mutlaka bulunması gereken konu ise ticari iş-

letmenin devri taahhüdüdür. Bu açıdan devir sözleşmesi ağırlıklı olarak devredenin asli borcu ve diğer borçları açısından incelenmiştir. Devir sözleşmesinin sık karşılaşılabilecek türü satım sözleşmesi olduğundan, bazı konular örneğin devredenin ayıba/zapta karşı tekeffül borçları satım sözleşmesi dikkate alınarak açıklanmıştır.

Üçüncü Bölümde devir sözleşmesinin ifası ve borçların üstlenilmesi ve nakli aşaması incelenmiştir. Bu bölümde önce aktiflerin devri açıklanmıştır. İşaret edelim ki, ticari işletmenin aktifleri, her türlü malvarlığı unsurlarından oluşabilir. Aktiflerin devri incelenirken, daha çok ticari işletmenin devrinde özellik arz eden yönleri ortaya konulmaya gayret edilmiştir. Zira her bir malvarlığı unsurunun devrinin tâbi olduğu kuralların, genel eserlerden de ulaşılabilecek ayrıntılı açıklaması, tezimizin amacını aşar ve kapsamının gereksiz yere genişlemesine neden olurdu.

BK 179’da ticari işletmenin devri, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri olarak ele alınmış ve konu sadece borçların üstlenilmesi ve nakli açısından özel olarak düzenlenmiştir. Tezimizde irdelenmesi gereken en önemli sorun, ticari işletmeyi devralanın işletme borçlarından sorumluluğudur. Bu konuda öğretilerde genel kabul gören ve *Teminat Teorisi* olarak nitelendirdiğimiz yaklaşım, özellikle ticari işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğunu emredici bir kural olarak kabul etmekte ve ticaret hukukuna özgü bir sorumluluk olarak ele almaktadır. Devralanın sorumluluğu açısından Teminat Teorisi, uygulamada daha katı bir biçimde benimsenmiştir. Nitekim Yargıtay Kararlarında BK 179, alacaklılardan mal kaçırmayı amaçlayan bir icra hukuku düzenlemesi imiş gibi uygulanmaktadır. Ticari işletmenin devrinin ticaret hukukunu ilgilendiren bu temel sorununa tezimizde özel bir ağırlık vermeyi uygun gördük. Bu bağlamda Üçüncü Bölümde BK 179 uyarınca ticari işletmenin borçlarının üstlenilmesinin şartları ve hükümleri de açıklanmıştır. Nihayet ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrine ilişkin BK 179 sisteminin ve uygulamasının genel bir eleştirisi yapılmıştır. Nihayet bu eleştiriler ve öneriler çerçevesinde, BK Tasarısı ile TK Tasarısı’nın ilgili hükümleri değerlendirilmiştir.

Tezimizin konusunu ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri ile sınırlandırmış olduğumuzdan, TK’da ticari işletmenin devri ile dolaylı olarak ilintili genel hükümler (özellikle tacir sıfatının kazanılmasına/kaybedilmesine ilişkin genel sonuçlar), konumuz açısından özellik arz etmediği sürece incelenmemiştir. Örneğin gerçek kişi tacirin sahip

olduğu tek ticari işletmesini devri ile tacir sıfatı sona erer ve tacir sıfatını kaybetmesine paralel olarak artık tacir sıfatına bağlanan hükümlere tâbi olmaz. İşte bu hukuki sonuçların neler olduğu ve kapsamı, çalışmamızın kapsamı dışındadır. Aynı durum ticari işletmeyi devralarak faaaliyete başlayan gerçek kişinin TK 14/I uyarınca tacir sıfatını kazanması veya TK 14/II uyarınca tacir sayılması açısından da geçerlidir. Bu konular ticari işletme hukuku ile ilgili genel eserlerde ayrıntılı olarak incelenmektedir.

Son bölüm olan Dördüncü Bölüm ise alacaklılardan mal kaçırma amaçlı ticari işletme devrinde alacaklıların korunmasına ayrılmıştır. Bu kapsamda İİK'daki doğrudan ticari işletme devri ile bağlantılı olan hükümler (İİK 44, 280/III) açıklanmıştır. Bu konunun ayrı bir başlık altında incelenmesinin bir başka nedeni, anılan hükümleri BK 179 ile ilişkilendiren çok sayıda Yargıtay Kararlarının mevcut olması ve dolayısıyla uygulama için arz ettiği önemdir. Bu bölümde anılan Yargıtay Kararları da BK 179 açısından ayrı bir alt başlık altında değerlendirilmiştir.

BK 179 uyarınca ticari işletmenin devri, şüphesiz aynı zamanda rekabet hukukunun uygulama alanı girer. Bu konuda RKHK hükümlerine de uyulması gerekir. Ancak konunun rekabet hukuku açısından incelenmesi, bağımsız bir çalışma konusu olacak genişlikte olduğundan, tezimizin kapsamı dışında bırakılmıştır.

### III. TERMİNOLOJİ SORUNU

Yukarıda belirttiğimiz gibi tezimizin adını “*ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri*” olarak belirledik. Bu terimin BK 179'da (“*işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan*”) Kanunkoyucu tarafından benimsenmiş olması, tercihimizde etken olmuştur. Kanuni ifade olarak kullanılması dışında bu terim, anılan hükmün *içeriği* bakımından da merkezi önem taşımaktadır. Çünkü BK 179'da ticari işletmenin devrinde borçların üstlenilmesi konusu özel olarak düzenlenmiştir. Açıklanan gerekçelerden dolayı ticari işletmenin *aktif ve pasifi ile* devredildiğinin tezin adında da belirtilmesinin yerinde olacağı düşünülmüştür. Buna karşılık *pasiflerin* kısmen veya tamamen kapsam dışı bırakılarak ticari işletmenin devrinin zaten mümkün olmadığı kabul edilirse, doğal olarak ticari işletmenin devrinin *aktif ve pasifi* içerdiğinin ayrıca belirtilmesine ihtiyaç kalmayabilir. Ancak bu husus tartışmalı olup, zaten tezimizde incelenen ana konulardan/sorunlardan

biridir. Bu açıdan burada ayrıntıya girilmesine gerek görmemekle birlikte şu kadarını ifade edelim ki, ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devrinin vurgulanması, hem BK 179'un içeriği hem tezimizde benimsenen ana düşünce ile uyum sağlamak ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

Nihayet işaret edelim ki, BK 179'da sözü edilen “*aktif ve pasifler*” terimleri, ticari muhasebe ve bilânço hukukunda da kullanılmaktadır. Buna mukabil BK 179 anlamında aktif ve pasif terimleri, muhasebe ve bilânço hukukundaki terimlerden farklılık arz etmekte olup, bunlarla tamamen örtüşmez. BK 179 anlamında aktif ve pasifler, ticari işletmenin malvarlığının içeriğini tanımlamaktadır. Yani aktifler malvarlığı haklarını/unsurlarını, pasifler ise borçları ifade etmektedir (Nitekim bkz. ve karşı. TK 329/b. 3). Hâlbuki ticari işletmenin bilânçosunun aktif tablosunda mevcutlarla alacaklardan başka ayrıca *zarar*, pasif tablosunda ise borçlar gösterilir. Aktif yekûnu ile borçlar arasındaki fark tacirin işletmeye tahsis ettiği ana sermayeyi teşkil eder (TK 74/II). Buna ek olarak *ana sermaye de pasif tablosuna* kaydolunur ve bu suretle aktif ve pasif tablolarının yekûnları denkleşir. *Yedek akçeler ve kâr* ayrı gösterilseler dahi, ana sermayenin cüz'üleri sayılırlar (TK 74/III). Aktif ve pasif tablosu, envanter defterinde ve bu deftere envanterle birlikte kayıt edilen bilançoda söz konusudur. Eğer işletme hesabına göre defter tutuluyorsa, işletme hesabı defterinin sol tarafını *masraflar*, sağ tarafını *hâsılat* kısmı oluşturur (TK 76).

# BİRİNCİ BÖLÜM:

## TİCARİ İŞLETME VE TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

### KAVRAMLARI

#### I. İŞLETME KAVRAMI

Ticari işletme bir işletme türüdür. Ticari işletmenin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından, öncelikle işletme kavramı üzerinde durulması yerinde olur.

#### A. İŞLETMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İşletme iktisat bilimine ait bir kavramdır. İşletme ele alınırken her şeyden önce onun iktisadi yönünün göz önünde bulundurulması gerekir. Bu açıdan işletme, kişi ve sermaye unsurları ile organize edilmiş ekonomik bütünlük sayesinde, sürekli olarak, gelir elde etmeye yönelik, bağımsız olarak yürütülen faaliyettir<sup>1</sup>. Bu faaliyet ile belirli bir piyasaya veya pazara girilir<sup>2</sup>. Öğretide işletme kavramının hukuki niteliği tartışmalıdır. İşletme, bir faaliyet (subjektif teori) veya maddi ve gayri maddi malvarlığı değerlerinin oluşturduğu bir bütünlük (objektif teori) yahut piyasada etkinlik gösteren emek ve sermaye organizasyonu (organizasyon teorisi) olarak nazara alınabilmektedir<sup>3</sup>. Esasen bu teorilerden her biri, işletmenin bir yönüne ışık tutmaktadır.

---

<sup>1</sup> Peter Jung, **Handelsrecht**, 3. Aufl. München, Beck, 2004, s. 109; Honsell Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Besonderer Teil, 6. überarbeitete Aufl. Bern, Stämpfli, 2001, s. 31.

<sup>2</sup> Karsten Schmidt, **Handelsrecht**, Fünfte Neue Bearbeitete Aufl. Köln, 1999, s. 66.

<sup>3</sup> Hermann Hämmerle /Horst Wünsch, **Handelsrecht**, 3. Aufl., Graz 1976, s. 146 vd., Richard Holzhammer, **Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht**, Achte, verbesserte Aufl., Wien/NewYork, Springer, 1998, s. 48.

İşletmenin üzerinde uyuşulan bir tanımı bulunmamakla birlikte<sup>4</sup>, bilinen bir şey vardır ki, işletme onu oluşturan unsurlardan farklı ve fazla değere sahip olabilen bir oluşumdur<sup>5</sup>. Gerçekten işletmenin ele alınışında iki temel özelliği göze çarpmaktadır:

Birincisi, işletmede kişisel unsurların (bedeni ve fikri emek ile organizasyon) ve malvarlıksal unsurların (taşınırlar, taşınmazlar, kıymetli evrak, marka, patent gibi fikri mülkiyet hakları, kurulan sözleşmeler) bir araya getirilmesidir.

İkincisi, gayri maddi iktisadi değerlerin işletmenin çekirdeğini oluşturmasıdır<sup>6</sup>. Gerçekten işletmenin iç düzeni ve yeri, hammadde kaynakları ve tedarik metotları, yönetenlerin ve çalışanların iş görme kapasitesi ve vasıfları, teknik ve ticari sırlar, iş tecrübeleri, müşteri çevresi, peştemaliye (good-will) gibi ağırlıklı olarak gayri maddi iktisadi değerler işletmenin iskeletini meydana getirir<sup>7</sup>.

Sözü edilen unsurlar arasındaki bağlantı ve bunların oluşturduğu organizasyon bütünlüğü ile işletme, yaşayan bir *organizma* olarak karşımıza çıkar. Bu açıdan işletme denilen *iktisadi küle*<sup>8</sup> en iyi şekilde izah eden organizma/organizasyon teorisi tercihe şayandır<sup>9</sup>. Bu teori diğer teorileri (yani sübjektif ve objektif teorileri) birleştirici ve kapsa-

---

<sup>4</sup> Mahmut Birsal, **Ticari İşletme Hukuku**, C. I, İzmir 1970, s. 68.

<sup>5</sup> Kurt Bruch, **Erwerberhaftung kraft Gesetzes bei Unternehmens- und Vermögensverässerung**, Nürnberg, 1962, s. 3, dñn. 4. s. 4/5

<sup>6</sup> Alman hukukunda gayri maddi iktisadi değerlerin işletme bakımından merkezi önemi, ilk defa *Alfred Hueck* (1913 tarihli “Unkörperliche Geschäftswerte” adlı tez çalışması) ve *Julius von Gierke* [ZHR 111, 1947] tarafından ortaya çıkarılmıştır (Michael Leupold, **Wettbewerbsverbot bei der Unternehmensübertragung**, Eine rechtsvergleichende Analyse, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1995, s. 5’ten naklen)

<sup>7</sup> Adolf Baumbach/ Wolfgang Hefermehl, **Wettbewerbsrecht**, 21. Aufl., München, Beck, 2001, Teil I, N. 105; Peter Hommeloff, **Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf**, Köln, Carl Heymanns, 1975, s. 8; Ulrich Hübner, **Handelsrecht**, 5. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, N. 235; İsmail G. Esin, **Sachmängelhaftung Beim Unternehmenskauf Nach Deutschem Und Türkischem Kaufrecht**, Unter Besonderer Berücksichtigung der Verkäuferpflichten, Frankfurt am Main; Berlin; New York; Paris; Wien, Peter Lang Verlag, 1998, s. 72/73.

<sup>8</sup> Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts**, Zweiter Band Besonderer Teil, 1. Halbband, Dreizehnte, völlig neubearbeitete Aufl., München, CH. Beck, 1986, s. 163.

<sup>9</sup> Türk hukukunda da işletmenin organizayon yönü vurgulanmaktadır: Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Basıdan 12. Tıpkı Bası, İstanbul, Ve-

yıcıdır. İktisadi faaliyetin yürütülmesine olanak sağlayacak bir *organizasyona* sahip olmayan bir işletmenin mevcudiyetinden söz edilemez<sup>10</sup>. Eğer organizasyon olmasaydı, işletme basit bir malvarlığı tümlüğü olmaktan öteye bir anlam taşımazdı<sup>11</sup>. Burada sözü edilen organizasyon, insan emeğinin koordinasyonu ile malvarlığı değerleri ve özellikle gayri maddi iktisadi değerlerin birlikte işlev görmesidir<sup>12</sup>.

Özetle işletme, ekonomik kazanç elde etme amacı, devamlılık, bağımsızlık unsurlarından oluşan, iktisadi bütünlük arz eden bir faaliyet ve organizasyondur<sup>13</sup>.

## B. TERMINOLOJİ SORUNU

İşletme ve teşebbüs terimleri çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılır. Bununla birlikte öğretilerde *Karayalçın*<sup>14</sup>, *teşebbüsün* iktisadi-hukuki, *işletmenin* ise teknik-iktisadi bir kavram olduğunu ileri sürmektedir. Anılan yazara göre bu nedenle bir teşebbüs için-

---

dat Kitapçılık, 2007, s. 25, anılan yazarlar işletmeyi, “*sermaye-emek-idare (müteşebbis) üçlüsünün bir araya gelip, belirli bir organizasyon içinde ve bir cüz’ü tam olarak faaliyet göstermesi*” olarak tanımlamaktadır. Birsal, **a.g.e.**, s. 72; Hayri Domaniç/ Ulusoy Erol, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, Arıkan, 2007, s. 139; Sami Karahan, “Ticari İşletme Kavramı, Tacir-Esnaf Ayırımının Kriterleri ve Ticaret Hukukunun Diğer Temel Kavramların Belirlenmesi Açısından”, **BATİDER**, Aralık 1994, C: 17, S. 4, s. 49, dpn. 32; Esin, **a.g.e.**, s. 75/76. Avusturya hukuku bakımından aynı yönde: Hämmerle/Wünsch, **a.g.e.**, s. 147; Holzhammer, **a.g.e.**, 49. Alman hukuku bakımından aynı yönde: Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Teil I, N. 106, 110; Hübner, **a.g.e.**, N. 234 vd.; Jung, **a.g.e.**, s. 109; Stephan Lorenz “Das deutsche materielle Recht des Unternehmenskaufs nach der Schuldrechtsreform” Erweiterte schriftliche Fassung eines am 17.10.2003 auf dem 4. Symposium der Juristischen Fakultäten der Karls-Universität Prag und der Ludwig-Maximilians-Universität München zum Thema „*Mergers and Acquisitions*“ gehaltenen Vortrags. s. 1-19, (çevrimiçi), [http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/material/u\\_kauf.pdf](http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/material/u_kauf.pdf) (10.11.2006), s. 1. İsviçre hukukunda da bu yaklaşım benimsenmektedir: Albin Bühler, **Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht**, Zürich, 1947, s. 11/12; Thomas Lörtcher, “Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht” **ZvGLRWiss**, Band 83, 1984, s. 57, Leupold, **a.g.e.**, s. 3/4; Nicolà Barandun, **Die Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven**, Diss., Bern, Copy Quick Flamatt, 1993, s. 39.

<sup>10</sup> Birsal, **a.g.e.**, s. 73.

<sup>11</sup> Esin, **a.g.e.**, s. 76/77.

<sup>12</sup> Benzer yönde Etienne Schön, **Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht**, Zürich, Schulthess, 1999, s. 18.

<sup>13</sup> Birsal, **a.g.e.**, s. 69, yazar ayrıca aleniyet (gizlilik arz etmeme) unsurunu eklemektedir. Buna karşın diğer karakteristik unsurları içeren bir işletmenin az veya çok aleniyeti de taşıyacağı söylenebilir.

<sup>14</sup> Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme**, 3. B., Ankara 1968, s. 156.

de birden fazla *işletme* bulunabilir. Bozer'e<sup>15</sup> göre teşebbüs işletmenin *çevre ile olan münasebetini*, işletme ise müessesenin *iç durumunu* açıklar. Aslında TK da ticari işletmenin değil, ticari teşebbüsün kanunudur. Teşebbüs yerine *ekonomik girişim* terimini benimseyen Mimaroglu<sup>16</sup> benzer bir yaklaşımı benimsemektedir. Anılan yazar girişimin ya da ticari girişimin, işletme veya ticari işletme kavramından daha geniş bir kavram olduğunu, ticari girişimin işletmenin *dışa dönük ilişki ve faaliyetlerini*, bununla birlikte ticari işletmenin kuruluşun *iç organizasyonunu* tanımladığını belirtmektedir. Buna göre ticari işletme ekonomik girişime nazaran bir alt terimdir. Benzer görüşü paylaşan Türk'e<sup>17</sup> göre de *teşebbüs*, mal ve hizmet üretimi için üretim faktörlerinin yani, emek doğa ve sermayenin bir girişimci eliyle bir araya getirildiği sürekli ve bağımsız ekonomik birim iken, *işletme* ise doğrudan doğruya *üretimin gerçekleştirildiği teknik birimdir*. Domaniç/Ulusoy'a<sup>18</sup> göre, iktisadi işletmenin bir kısmını ve bir türünü oluşturan ticari teşebbüs esnaf işletmesi de dâhil, bütün ticari faaliyetleri içine alır. Her ticari teşebbüs bir ticari işletme ise de her ticari işletme bir ticari teşebbüs değildir.

Buna karşılık Arslanlı'ya<sup>19</sup> göre, teşebbüs ticaret hukukundaki işletme kavramına yakın görünmekle birlikte, önerilen ölçüler belirsiz olup hukuk biliminin aradığı kesinlikten uzaktır. Ticaret hukukunun kavramları ticaret hukukunun belirlediği ölçütlerle tarif edilmelidir. Yasaman<sup>20</sup> da bu görüşe katılmaktadır.

---

<sup>15</sup> Ali Bozer, "Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme", **Batider** 1962, C: I, S: 3, s. 370.

<sup>16</sup> Sait Kemal Mimaroglu, **Ticaret Hukuku, Birinci Cilt İşletme Hukuku**, (Ekonomi Hukuku, İşletme Hukuku, Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri ve Ticari İşletme), Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 184, 188.

<sup>17</sup> Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Olgaç Matbaası, 1986, s. 8/9. Aynı yönde Ercüment Erdem, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, Beta, 2003, 19/20, dpn. 42.

<sup>18</sup> **A.g.e.**, s. 140.

<sup>19</sup> Halil Arslanlı, **Kara Ticareti Hukuku**, Umumi Hükümler, 3. B., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, 17.

<sup>20</sup> Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara 1987, s. 10. Ticari işletme ve (ticari) teşebbüs terimleri açısından benzer yönde Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 26.

Kanımızca da bu son görüş isabetlidir. Öğretide teşebbüs terimi ile ifade edilmek istenen kavram, ticaret hukuku açısından işletmedir<sup>21</sup>. Teşebbüs, işletmenin dışında bir üst kavram değildir. İşletmede eksik, teşebbüste mevcut olduğu belirtilen *dış ilişki* unsuru, esasen işletme kavramının içinde de yer alır. Kanunkoyucu da, ticaret hukukunun merkez kavramı olarak *ticari teşebbüsü* değil, *ticari işletmeyi* kabul etmiştir (TK 11 vd)<sup>22</sup>. Ancak vurgulamak gerekir ki, TK çerçevesinde ticari işletmenin üçüncü kişilerle ilişkiler kurularak yürütülen bir faaliyeti ve dolayısıyla dış ilişkiyi de kapsadığı açıktır. Dış ilişkiye yönelik faaliyeti de kapsayan ticari işletmenin ise teşebbüsün değil yine işletmenin bir türü olduğunda şüphe yoktur. Kaldı ki, teşebbüs terimine özel önem atfeden ve işletme terimini iç organizasyonla sınırlayan yaklaşımın kabulü, bu gün artık değişik hukuk dallarına ilişkin temel kanunlarda benimsenen (özel) hukuki terimlerle de bağdaşmamaktadır. Gerçekten anılan yaklaşım çerçevesinde *işletmeye* yükletilmek istenen anlamın (*iç organizasyon, müessesenin iç durumu, mal ve hizmet üretiminin gerçekleştirildiği teknik birim*), örneğin iş hukukundaki *işyeri*<sup>23</sup> kavramına karşılık geldiği de söylenebilir. Bu durum karışıklığa neden olacağı gibi, kanunda benimsenen teknik bir terim mevcut iken, aynı anlama gelmek üzere farklı bir terimin kullanılması isabetli değildir. Aynı şekilde ticari işletme için önerilen ticari teşebbüs terimi de rekabet hukukundaki teşebbüs<sup>24</sup> terimi ile karışabilecek niteliktedir. Sonuç olarak bu gün artık daha çok yerleşmiş olan işletme terimi, teşebbüs terimine tercih edilmeli ve teşebbüse yükletilmek istenen geniş anlamı (iç organizasyon + dışa dönük faaliyet) karşılamak üzere kullanılmalıdır.

---

<sup>21</sup> Devam eden açıklamalarımızda da belirtildiği üzere, ticaret hukukunun merkez kavramı ticari işletmedir. Ancak sonuçta ticari işletme işletmenin bir türü olduğundan, işletme kavramı da ticaret hukukunu ilgilendirir. Nitekim bu çalışmada işletmeye ilişkin açıklamalarımız, ticari işletmeye ışık tutmak içindir. Kaldı ki yine örneğin tacirlere özgü bazı ticari hükümler, bir tür iktisadi faaliyet yürüten esnafalara da uygulanır (TK 17, 22, 55; MK 950/II; TİRK 1, ek madde 1).

<sup>22</sup> Ticari işletmenin *merkez kavram* olarak nitelendirilmesi ve bunun anlamı konusunda bkz. Ülgen (Hüseyin Ülgen vd.), **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, N. 133 vd., Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 29/30.

<sup>23</sup> İş hukukundaki *işyeri* kavramı hakkında bir sonraki başlık altındaki açıklamalara bkz.

<sup>24</sup> Rekabet hukukundaki *teşebbüs* kavramı hakkında bir sonraki başlık altındaki açıklamalara bkz.

## C. İŞLETMENİN MUHTELİF HUKUK DALLARINDAKİ GÖRÜNÜMLERİ

İşletmenin değişik hukuk dallarında üstlendiği işlevler birbirinden farklıdır. Sözü edilen hukuk dallarındaki kuralların amacına uygun uygulanması, o hukuk kurallarının esas aldığı işletme kavramının saptanması ile gerçekleşebilir<sup>25</sup>. Bu nedenle işletmenin amaca uygun (teleolojik) yorumu esas alınır<sup>26</sup>. Bütün hukuk dallarına uygulanabilir tek bir işletme kavramının ortaya çıkarılması mümkün gözükmemektedir<sup>27</sup>. Özel hukukun temelini oluşturan medeni hukuk daha çok kişileri, hakları ve hukuki durumları düzenleyen kurallar bütünüdür. İşletme ise dinamik bir organizasyonu ifade eder<sup>28</sup>. Hukukun muhtelif dalları, işletme denilen bu karmaşık yapının iktisadi düzendeki çeşitli görünüş biçimleri ile ilgilenir. Her biri kendisini ilgilendiren yönüyle ve belirli bir bakış açısı içinde işletmeyi ele alır<sup>29</sup>.

Ekonomik anlamda bir bütün olsa da işletmenin hukukun her dalı açısından bir bütünlük teşkil ettiği söylenemez<sup>30</sup>. Borçlar hukukunda, işletme en azından borçlandırıcı işlemler açısından bir bütün olarak nazara alınabilir<sup>31</sup>. Bir sözleşmenin (örneğin satım, bağışlama, ortaklık sözleşmeleri) işletmenin bir bütün olarak devrinin vaad edilmesine

---

<sup>25</sup> Örneğin Alman konzern hukukunda bağlı işletmeler AktG § 15 vd. hükümleri ile düzenlenirken işletme terimi, her hangi bir tanım verilmeksizin kullanılmıştır. İşletmenin tanımlanmasındaki pratik zorluklar nedeniyle kanun koyucunun bundan kaçındığı, hatta konzern hukukunda bile tek bir işletme kavramından hareket edilemeyeceği, hakim işletme ile bağlı işletmenin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği belirtilmektedir: Hüffer Uwe, **Aktiengesetz**, 5. Aufl., München, Beck, 2002, § 15, N. 6/7.

<sup>26</sup> Hüffer, **a.g.e.**, § 15, N. 7.

<sup>27</sup> Alman hukukunda hakim olan bu anlayış için bkz. Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Teil I, N. 106 ve orada anılan BGH kararları. Cumhuriyet Boyacıoğlu, **Konzern Kavramı**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2006, s. 128.

<sup>28</sup> Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Teil I, N. 106; Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 128.

<sup>29</sup> Örneğin konzern hukukunda bir gerçek kişi (tacir) veya bir ticaret ortaklığının ortağı dahi konzern kurallarının uygulanması bakımından “işletme” olarak değerlendirilebilmektedir: Hüffer, **a.g.e.**, § 15, N. 6, 8; Ünal Tekinalp, “Son Gelişmelerin Işığında İşletme Kavramı”, **Ekonomik Hukuk Dergisi**, 1997, S. 2, s. 13. Gerçek kişinin bağlı (bağımlı) işletme olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkındaki tartışma için bkz. Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 144.

<sup>30</sup> Bühler, **a.g.e.**, s. 9, yazar işletmenin bir hukuki bütünlük olmadığını belirtmektedir.

<sup>31</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 140.

veya belirli bir süre ile başkasının kullanımına bırakılmasına (örneğin hasılat kirası) yönelik olması, irade özgürlüğü ilkesi uyarınca mümkündür<sup>32</sup>.

Hâlbuki eşya hukuku bakımından ise işletme bir bütünlük arz etmemektedir. Zira işletme onu oluşturan malvarlığı unsurlarından bağımsız bir hukuk objesi değildir<sup>33</sup>. Eşya hukukundaki muayyenlik prensibi gereği<sup>34</sup> işletme üzerinde bir mülkiyet hakkı bulunmamaktadır<sup>35</sup>. İşletmenin unsurlarını oluşturan her mal veya hak, kendi kurallarına tâbidir<sup>36</sup>. Hukukumuzda bir işletmenin tüm aktiflerinin tek bir işlemle (uno actu) devredilmesini öngören<sup>37</sup> genel bir pozitif düzenleme bulunmamaktadır. İşletmenin devri için onu oluşturan her bir malvarlığı unsurunun tâbi olduğu kurallar çerçevesinde ayrı ayrı devredilmesi gerekir.

Ancak ticari hayatın doğurduğu ihtiyaçlar, işletmeye iktisadi açıdan bir bütünlük olarak bakılması anlayışının, hukuki bakımından da yansımalarını ortaya çıkarmaktadır. Nitekim örneğin ticaret siciline veya esnaf ve sanatkâr siciline tescilli işletme üzerinde

---

<sup>32</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 39; Schmidt, **Handelsrecht**, s. 142/143; Jung, **a.g.e.**, s. 110; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Teil I, N. 107; Schön, **a.g.e.**, s. 15, dpn. 31.

<sup>33</sup> Larenz, **a.g.e.**, s. 165; Schmidt, **Handelsrecht**, s. 138; Jürgen Oechsler, **Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht**, München, Verlag Franz Vahlen, 2003, N. 58; Esin, **a.g.e.**, s. 69 ve orada dpn. 150'de anılan diğer yazarlar.

<sup>34</sup> Bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 21.

<sup>35</sup> Ticari işletmenin haksız rekabet hükümleri (TK 56 vd.) uyarınca korunması, işletme sahibine elbette bazı yetkiler vermekte ise de, bu kişinin yine de işletme üzerinde subjektif bir mutlak hakkının bulunduğu söylenemez: Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Teil I, N. 113/114. Zira bu yetkiler mülkiyet hakkı veya diğer mutlak haklardaki gibi tasarrufi yetkiler niteliğinde olmayıp, doğumları haksız rekabet teşkil eden bir tecavüzün varlığını şart kılar. Hâlbuki mülkiyet hakkı ve diğer mutlak hakların bahsettiği yetkiler, başkalarının tecavüz edip etmemesinden bağımsız olarak kullanılabilen haklardır. Kaldı ki haksız rekabet teşkil eden tecavüzün mutlaka belirli bir işletmeye yönelik olması gerekmez; rekabet düzeninin bozulmasına yönelik olması dahi yeterlidir. Örneğin rakipler hakkında geçerli olan iş hayatı kurallarına, kanun ve diğer hukuk kurallarına riayet etmemek bir haksız rekabet teşkil eder (TK 57/b.10). Bu tür bir haksız rekabet fiili, yine bir haksız rekabet türü olan iltibastan (TK 55/b.5) farklı olarak belirli bir işletmeye yönelik tecavüz niteliğinde değildir.

<sup>36</sup> Birsal, **a.g.e.**, s. 88, yazar ticaret ünvanının ticari işletmeden ayrı devredilememesinin buna bir istisna teşkil ettiğine işaret etmektedir (TK 51/I).

<sup>37</sup> Buna karşılık bu imkân istisnaen özel düzenlemelerle getirilmektedir. Örneğin ticaret şirketlerinin birleşmesi temelinde işletmenin/malvarlığının devrinde, külli halefiyet ilkesi geçerlidir (TK 151).

rehin hakkı kurulabilmektedir (TİRK 1). Bu rehin hakkının konusu bir bütün olarak işletmedir. Görüldüğü üzere eşya hukukunda işletmenin bir bütün olarak aynı hakkın konusunu oluşturamaması mutlak değildir. Bununla birlikte TİRK’te yer alan düzenleme sadece işletme üzerinde rehin hakkına ilişkindir ve istisnai nitelik taşımaktadır. Bu düzenlemeden Türk hukukunda işletmenin genel olarak hukuk objesi olarak kabul edildiği sonucuna varılamaz<sup>38</sup>.

İşletme, kişiler hukuku yönünden bir hukuk süjesi de değildir<sup>39</sup>. İşletmeye ait borçların borçlusunu işletme değil, işletmenin sahibidir. Örneğin gerçek kişi tacirin, üstlendiği ticari borçlardan dolayı sorumluluğu işletme malvarlığı ile sınırlı değildir. Kişiler hukuku ve sorumluluk hukuku çerçevesinde işletme “*hukuki bütünlük*” arz etmemektedir<sup>40</sup>.

İcra ve iflas hukuku açısından icra takibinin muhatabı işletme değil, işletmenin sahibidir. İcra takibinin işletmenin sahibine karşı yapılması gerekir. İcra takibi ile başvurulacak malvarlığı da bir bütün olarak işletme değil, eşya hukukundaki muayyenlik

---

<sup>38</sup> Esin, **a.g.e.**, s. 70.

<sup>39</sup> Kevork Acemoğlu, **Borçlar Kanunu’nun 179. maddesine göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971, s. 19; Rudolf Tschäni, **Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht**, Ein Handbuch zu Übernahmen, Fusionen und Unternehmenszusammenschlüssen, 2. stark überarbeitete und ergänzte Aufl., Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1991, § 1, N. 5; Leupold, **a.g.e.**, s. 6; Schmidt, **Handelsrecht**, s. 69/70, V, 1, s. 78; Daniel Beisel / Hans-Hermann Klumpp / Jutta T. Wadle, **Der Unternehmenskauf**, 4. Aufl. München, Beck, 2003, K. 1, N. 21; Gerhard Picot (Hrsg), **Unternehmenskauf und Restrukturierung**, München, Beck, 2004, N. 6, s. 22/23. Alman hukukunda işletmenin hak ve borçlara ehil olup olmayacağı tartışılmış, işletmenin hukuk süjesi olabileceği fikri dahi önceleri *von Völderndorff, Endemann, Thomas Raiser* gibi bazı hukukçular tarafından ileri sürülmüştür (bkz. Schmidt, **Handelsrecht**, s.78/79’den naklen). Elbette bu fikirler, hak ehliyeti ve tüzel kişilik kavramlarını oluşturan dogmatik esaslara ters düştüğü için kabul görmemiştir. Yine *Giesecke*’ye göre gelecekte hukuk düzenince işletmenin bir hukuk süjesi olarak kabul edilmesi, uzak bir ihtimal değildir (Schmidt, **Handelsrecht**, s. 78’den naklen). Schmidt de de lege ferenda işletmenin bir hukuk süjesi, en azından bir hukuk objesi olarak kabul edilmesi yaklaşımına taraftardır: Schmidt, **Handelsrecht**, s. 69/70, 87.

<sup>40</sup> Bühler, **a.g.e.**, s. 18/19.

prensibi uyarınca işletmeyi oluşturan paraya çevrilebilir malvarlığı değerleridir<sup>41</sup>. Ayrıca alacaklılara karşı işletme sahibi tüm malvarlığı ile sınırsız sorumludur<sup>42</sup>.

Rekabet hukukundaki teşebbüs terimi ise 4054 sayılı RKHK m. 3'te şöyle tanımlanmıştır. “*Teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder*”. Rekabet hukuku kurallarının uygulanmasında esas alınan teşebbüs kavramının, işletme ile aynı anlama gelip gelmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre işletme ile teşebbüs sözcüğü aynı anlama gelmektedir<sup>43</sup>. Diğer bir görüşe<sup>44</sup> göre ise teşebbüs ve işletme kavramları birbirinden farklıdır. Teşebbüs işletmeyi de içine alan daha geniş bir kavram olup, piyasa ekonomilerinde işletmeler bir teşebbüsün iç yapısı olarak ortaya çıkarlar. Değişik söyleyişle teşebbüs dış ilişkiyi, işletme ise iç organizasyonu ifade eder. Bu son görüşe göre yapılan ayırım, teşebbüsün işletmeden farkı olarak ileri sürülen gerekçe ikna edici değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere işletmede eksik, teşebbüste mevcut olduğu belirtilen dış ilişki unsuru, işletme kavramının içinde de yer alır.

Buna karşılık kanımızca da teşebbüs işletmeden ayrı bir kavramdır. İşletmenin teşebbüs sayılabilmesi için RKHK md. 3'teki ölçütleri taşıması gerekir. İşletme genellikle karşımıza rekabet hukuku anlamında teşebbüs olarak çıkar. Ancak teşebbüsün işletme ile örtüşmesi zorunlu değildir. İşletme ile teşebbüsün ayrılmasında, özellikle rekabet hukukunda özel anlam taşıyan bağımsız karar verebilme ve ekonomik bütünlük arz etme ölçütleri önem taşır. Örneğin bu şartları taşımasından dolayı birden fazla işletmenin oluşturduğu bir bütün de tek bir teşebbüs olarak kabul edilebilir. Buna karşılık her teşeb-

---

<sup>41</sup> Jung, **a.g.e.**, s. 114.

<sup>42</sup> Hukuk düzeninde işletme sahibinin “ile sorumluluğu”nun sınırlandırıldığına da rastlanmaktadır. Örneğin donatanın deniz işletmesinden doğan ilişkilerinin büyük bir kısmında, birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukukunda da sınırlı sorumluluk esası kabul edilmiştir. TK 948 hükmünde sayılan hallerde “*donatan üçüncü şahsın alacağından dolayı ancak gemi ve navlun ile mesuldür*”. Gemi ve navlun ile bunların surrogatları deniz servetini oluşturur. Bilgi için Tahir Çağa / Rayegan Kender, **Deniz Ticareti Hukuku I**, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, İstanbul, Beta, 2002, s. 147 vd.

<sup>43</sup> Aslan/Şenyüz/Ergün, **İşletme Hukuku**, Bursa, Ekin, 2002, s. 3.

<sup>44</sup> Erdem, **a.g.e.**, s. 20 ve orada dñn. 42'de anılan yazarlar.

büsün, aynı zamanda işletme olması da zorunlu değildir. Teşebbüs bir gerçek kişi dahi olabilir.

İşletme kavramına İşK’da yer verilmiş değildir. İş hukukunda işletmenin yerini işyeri kavramı almaktadır<sup>45</sup>. İşyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime denir (İş K., 2/I, c. 2). İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür (İşK 2/III). İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır (İşK, 2/II).

İşyerinin işletme kavramından farkları şu şekilde özetlenebilir. Birinci olarak işyeri teknik bir amaca yani, mal ve hizmet üretmeye özgülenmiştir. Buna karşılık işletme ekonomik kazanç elde etme gayesine yöneliktir<sup>46</sup>. İkinci olarak işletme işyerinden daha geniş bir kavramdır<sup>47</sup>. Bir işyerinin birden fazla işletmeyi içermesi söz konusu değildir. Bir işletmenin ise birden fazla işyeri olabilir. Örneğin bir banka işletmesinin her şubesi birer işyeridir<sup>48</sup>. İşletme işyerini de kapsarken, işyeri daha ziyade fiziki bir yeri ifade eder. İşletme için ise böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde iş hukuku açısından işletme “*iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütün*” olarak tanımlanmaktadır<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta, 2006, s. 52/53.

<sup>46</sup> Çelik, **a.g.e.**, s. 53.

<sup>47</sup> Çelik, **a.g.e.**, s. 61.

<sup>48</sup> Çelik, **a.g.e.**, s. 62.

<sup>49</sup> Çelik, **a.g.e.**, s. 62..

## II. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI

### A. TİCARİ İŞLETME-ESNAF İŞLETMESİ AYRIMI

TK'da ne işletme ne de ticari işletme tanımlanmıştır. Bunun yerine hangi işletmelerin ticari işletme sayılacağı düzenlenmiştir (TK 11, 12, 13). Bununla birlikte TK 28'e dayalı olarak çıkarılmış TST'de ticari işletmeyi tanımlayan bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm ile ticari işletme dolaylı olarak tanımlanmıştır. TST 14/II uyarınca bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle, TK 17'de tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme faaliyeti sayılamaz. Hükümün zıt anlamından, ticari işletmeyi diğer işletmelerden ayıran özellik ortaya çıkmaktadır: Esnaf faaliyeti düzeyini aşmak. Gerçekten gelir sağlamayı hedef tutmak ve devamlılık unsurları sadece ticari işletmenin değil, aynı zamanda genel olarak işletmenin de karakteristik özellikleridir. Her işletme ticari işletme niteliğinde olmadığından, TK hükümleri kural olarak esnaf işletmeleri hakkında uygulanmaz. İstisnai hükümler saklıdır (TK 17). Ticari işletmenin unsurları ortaya koyulduğunda, dolaylı olarak esnaf işletmesinin sınırları da açıklanmış olur.

### B. TİCARİ İŞLETMENİN TÜRLERİ, UNSURLARI VE TANIMI

Ticari işletmelerin (iktisadi) işletmelerin bir türü olduğundan hareketle öğretide, öncelikle iktisadi işletmenin açıklığa kavuşturulması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>50</sup>. Diğer bir görüş uyarınca, sadece TK hükümleri nazara alınarak ticari işletmenin temel özellikleri belirlenmeye çalışılır<sup>51</sup>. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise ticari işletme TK'da ve TST'de düzenlenmiş olduğundan, aynı zamanda hukuki bir kavramdır. Ticari

---

<sup>50</sup> Karayalçın, a.g.e., s. 157 vd..

<sup>51</sup> Arslanlı, a.g.e., s. 19-21.

işletmenin hukuki nitelendirilmesi açısından, öncelikle anılan tüm düzenlemelerin ve ilgili hükümlerin nazara alınması kaçınılmazdır<sup>52</sup>.

Buna göre bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için her şeyden önce TK'nın kabul ettiği ticari işletme türlerinden birine girmesi zorunludur. Bir işletme, kanunda öngörülen ticari işletme türlerinden biri olarak kabul edilebiliyorsa, ayrıca TST'de sayılan unsurları taşıması şartıyla ticari işletme olarak nitelendirilir<sup>53</sup>.

Bu yüzden aşağıda önce TK'da öngörülen ticari işletmenin türleri ve arkasından TST'de öngörülen ticari işletmenin unsurları açıklanmıştır.

## 1. Ticari İşletme Türleri

TK 11/I'de ticari işletme türlerinin ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerden ibaret olduğu kabul edilmiştir. Bu kapsamda TK 12/I'de hangi tür işletme faaliyetlerinin, ticarethane sayılacağı belirtilmiştir<sup>54</sup>. TK 12/I'de belirtilen faaliyetler, sınırlayıcı değildir. Niteliği itibarıyla anılan faaliyetlere benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan işletmeler de ticarethane olarak kabul edilir (TK 12/I, c.1). TK 12/II uyarınca bir ticari işletme türü olan fabrika faaliyeti, hammadde veya diğer malların ma-

---

<sup>52</sup> Bozer, **a.g.m.**, s. 366-368; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 32; Karahan, **a.g.m.**, s. 39 vd.; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 395; Merih Kemal Omağ, "Ticari İşletmenin Yapısı", **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul 2007, s. 925.

<sup>53</sup> Bu düzenlemelerde açıklığa kavuşmamış hususlarda, (iktisadi) işletme kavramından yararlanılabilir. Örneğin TK 11 ve 12'de ve TST 14/II'te hangi işletmelerin ticari işletme sayılacağı ve bu işletmenin özellikleri ortaya konulmuş ancak işletme kavramı açıkça düzenlenmemiştir. Bu çalışmada işletme kavramı yukarıda incelendiğinden (bkz. yuk. İkinci Bölüm, I), burada ticari işletmenin "işletme" yönü üzerinde tekrar durulmayacaktır.

<sup>54</sup> TK 12/I'de ticarethane olarak sayılan faaliyetler şunlardır: "1. Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekilde sokularak satılması yahut kiraya verilmesi; 2. Kıymetli evrakın satılmak üzere tedariki ve bunların satılması; 3. Her çeşit imal veya inşa; 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. İhtimai 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, komüsyonculuk ve sair bütün tavassut işleri".

kine yahut sair teknik vasıtalarla işlenerek yeni veya değerli mahsuller vücuda getirilmesidir. Kural olarak fabrikacılık esnaf faaliyeti sınırını aşar<sup>55</sup>.

TK 13/I uyarınca ticarethane veya fabrika niteliğinde olmamakla beraber, hacmi ticari muhasebeyi gerektirdiği ve işletmeye ticari bir müessese şekil ve mahiyeti verdiği takdirde, özellikle çiftçilik veya güzel sanatlarla ilgili faaliyetler ticari işletme olarak nitelendirilmiştir. Esasen çiftçilik ve güzel sanatlarla ilgili faaliyetler ticari işletme faaliyeti değildir<sup>56</sup>. Ancak bu faaliyetler TK 13/I'deki şartlar gerçekleştiği takdirde ticari işletme sayılır. TK 13'ün ikinci fıkrasından da anlaşılacağı üzere bu hüküm sınırlayıcı değildir<sup>57</sup>. TK 12'ye göre bir ticarethane veya fabrika niteliğinde olmadığı şüphe götürmeyen serbest meslek faaliyetinin de TK 13'ün uygulama alanı içinde olduğu kabul edilebilir. O halde bir serbest meslek faaliyeti de TK 13 uyarınca ticari işletme niteliğini kazanabilir<sup>58</sup>.

TK 13/I'de belirtilen faaliyetlerin ticari işletme olarak tayininde aranan ölçütler belirsizlik taşıdığı için eleştirilmektedir<sup>59</sup>. Zira ticari muhasebeyi gerektirmek, işletmeye ticari işletme şekil ve mahiyeti vermenin nedeni değil; sonucudur<sup>60</sup>.

Hemen belirtelim ki, bu sorunla ilgili olarak ağırlık kazanan görüşe<sup>61</sup> göre, TK 13/I'de gösterilen ölçütlerin, TK 1463/II'ye dayalı olarak çıkarılan 1986 tarihli Karar-

---

<sup>55</sup> Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak) Onüçüncü Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 10; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Sekizinci Baskı, Ankara 2005, s. 31; İrfan Baştuğ/Ercüment Erdem, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 1993, s. 27. Karş. Bozer, **a.g.m.**, s. 367; Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 197.

<sup>56</sup> Bozer, **a.g.m.**, s. 368; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 404; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Konya, Mimoza, 2007, s. 13, dpn. 13.

<sup>57</sup> Birsal, **a.g.e.**, s. 81.

<sup>58</sup> Birsal, **a.g.e.**, s. 84.

<sup>59</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 406, yazar işlerin kapsamının o müesseseye ticari ve sınai işletme vasfını kazandırıp kazandırmadığının ne şekilde tespit edileceğinin belirsiz olduğunu, işçi sayısı, birden fazla satış yerinin bulunması, kredi kullanılması gibi olguların da sorunu kesin olarak çözmeye yeterli olmadığını belirtmektedir.

<sup>60</sup> TK 13'te yer alan ticari muhasebeyi gerektirecek hacim ve önem ölçütünün, sanki diğer ticari işletme türleri için aranmadığı gibi bir görünüm oluştuğu, ancak ticari muhasebe tutulmasının bütün ticari işletmeler yönünden geçerli bir sonuç olduğu yönünde Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 149.

nameden sonra bir önemi kalmamıştır. Buna göre Kararnamedeki şartların gerçekleşmesi ve özellikle yukarıda incelenen parasal limitlerin aşıldığının belirlenmesi halinde, işletme faaliyeti (TK 13/I'deki ölçütler yönünden) başkaca bir araştırmaya gerek olmaksızın ticari işletme sayılır.

Diğer bir görüşe<sup>62</sup> göre TK 13 uyarınca ticarethane ve fabrika niteliğinde olmayan bir faaliyetin ticari işletme düzeyine ulaşmış sayılabilmesi için, TK 13 uyarınca ticari müessese şekil ve mahiyetini alarak bir ticari işletme niteliğine bürünmüş olması zorunludur. Örneğin iktisadi işletme niteliğinde olmayan bir doktor muayenehanesi sadece Kararnamede öngörülen parasal limitleri aştığı için ticari işletme sayılmaz. Bununla birlikte büyük bir klinik açarak yanında birçok uzman (doktoru) çalıştıran bir doktorun yürüttüğü faaliyet, ticari işletme faaliyeti olarak değerlendirilebilir<sup>63</sup>.

Ekleyelim ki yukarıdaki görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, işletmenin ticari işletme düzeyine ulaştığı sonucuna varılabilmesi için söz konusu işletmenin, ilgili meslek hukuku kurallarına göre serbest meslek faaliyeti özelliğini kaybetmesi şart değildir.

Bir serbest meslek faaliyeti, TK 13 çerçevesinde ticari işletme niteliğini kazanabilirse de bu sonucun gerçekleşebilmesi için herhangi bir kanunî yasaklamanın da bulunmaması gerekir. Örneğin Avukatlık Kanunu md. 44/ A bendi uyarınca avukatların birlikte faaliyette bulunduğu bir avukatlık bürosunda yürütülen faaliyet ticari iş sayılmaz. Dolayısıyla avukatlık bürosu ne kadar kapsamlı bir ekonomik faaliyete dönüşürse dönüşsün, ticari işletme olarak nitelendirilemez.

---

<sup>61</sup> Arkan, **a.g.e.**, s. 30; Oğuz İmregün, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, İstanbul 1989, s. 14; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 407, 413, 434 vd.; karş. Tamer İnal, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2004, s. 57.

<sup>62</sup> Karahan, **a.g.m.**, s. 59.

<sup>63</sup> Aynı yöndeki TK 13'e ilişkin hükümet gerekçesi için bkz. Birsal, **a.g.e.**, s. 84.

## 2. Ticari İşletmenin Unsurları

TK 11/I'de ticari işletmelerin –yukarıda açıklandığı üzere– ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerden ibaret olduğu kabul edilmiştir. TK 12'de ise hangi tür işletme faaliyetlerinin, ticarethane sayılacağı belirtilmiştir. Kanunda ticari işletme türü kabul edilen işletmeler ve özellikle TK 12'de belirtilen faaliyetler dahi ticari işletme unsurlarını taşıyorsa, salt TK 12'de sayıldığı için ticari işletme sayılamaz<sup>64</sup>. TK 12 bir ticari işletme faraziyesini düzenlememektedir.

Öğretide TK 12'nin bir karine getirdiği ve anılan hükümlerdeki faaliyetlerin ticari işletme niteliğinde olmadığını iddia edenin, bunu ispat etmek durumunda olduğu belirtilmektedir<sup>65</sup>. Bu karine TK 12'de öngörülen birçok ticarethane türü ve fabrika için isabetli ise de, bu hükümde ticarethane türü olarak sayılan faaliyetlerin hepsi için uygulanması mümkün değildir<sup>66</sup>.

Açıklanan gerekçelerden dolayı bir işletmenin ticari işletme olarak nitelenebilmesi için ayrıca TST 14/II'de belirtilen unsurların<sup>67</sup> var olması gerekir. Aşağıda bu unsurlar incelenmiştir.

### a. Gelir elde etme amacı

Ticari işletmenin unsurlarından gelir elde etme amacı, genel olarak işletmelerin bir özelliğidir. Bu amaç ile açıklanmak istenen gelir sağlama niyetinin varlığıdır<sup>68</sup>. Örneğin bir hayır derneğince, yoksul kişilere yemek dağıtmak için kurulan bir yemekhane veya lokanta, (ticari) işletme sayılamaz; çünkü bu faaliyette gelir sağlama amacı yoktur.

---

<sup>64</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 411 vd.

<sup>65</sup> İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 10; İmregün, **Genel İlkeler**, s. 9/10; Arkan, **a.g.e.**, s. 26; Karahan, **a.g.m.**, s. 49; Baştuğ/Erdem, **a.g.e.**, s. 27.

<sup>66</sup> Kendigelen (Ülgen), **a.g.e.**, N. 412. Aynı yönde Yarg. 11. HD. 03.02.1975, 563/700 (Kendigelen, **a.g.e.** N. 412).

<sup>67</sup> Ticari işletmenin unsurlarının TK yerine TST'de düzenlenmesinin isabetli olmadığı konusunda bkz. Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 32.

<sup>68</sup> İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 8; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 34; Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 147.

Gelir elde etme amacının mevcut olduğundan söz edebilmek için fiilen gelir elde edilmiş olması şart değildir<sup>69</sup>. Ticari işletme faaliyeti ile elde edilen gelirin sarf şekli de, gelir elde etme amacının saptanmasında önem taşımaz<sup>70</sup>. Sağlanan gelir, kişisel ihtiyaçların tatmini için veya tekrar gelir sağlama amacıyla yani, sermaye olarak kullanılabilir. Ayrıca elde edilen gelir, kamuya yararlı başkaca bir amaçla dahi kullanılabilir

Tartışmalı olmakla birlikte gelir sağlama amacının geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>71</sup>. Buna göre malvarlığında sadece doğrudan doğruya artışa yönelik faaliyetler değil; muhtemel bir eksilmeyi önlemeyi hedefleyen organizasyonlar da gelir sağlama amacını taşır.

### ***b. Devamlılık***

Devamlılık unsuru ile anlatılmak istenen, bir seferlik veya tesadüfi nitelikteki faaliyetlerin, ticari işletme düzeyine ulaşmış sayılamayacağıdır. Faaliyetin niteliği gereği bazen kesintiye uğraması yani aralıklı olması, devamlılık unsurunu ortadan kaldırmaz<sup>72</sup>. Önemli olan işletme faaliyetini gerçekleştirenin devamlılık kastı ve amacıdır<sup>73</sup>. Örneğin bir tatil köyünde sadece yaz sezonlarında faaliyet gösteren bir turizm işletmesi de devamlılık unsurunu gerçekleştirebilir. Devamlılık unsuru da sadece ticari işletmelere özgü değildir. Genel olarak işletmenin temel bir özelliğidir.

### ***c. Bağımsızlık***

Bağımsızlık unsuru genel olarak işletmenin temel bir özelliğidir. TST 14/II'de açıkça belirtilmemekle birlikte, öğretide faaliyetin bağımsız olarak yürütülmesi de işin

---

<sup>69</sup> İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 8; Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 147; Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 190; Arkan, **a.g.e.**, s. 21; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 418.

<sup>70</sup> Arkan, **a.g.e.**, s. 21; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 419; İnal, **a.g.e.**, s. 53.

<sup>71</sup> Karayalçın, **a.g.e.**, s. 158/159; Arkan, **a.g.e.**, s. 21. Karşı görüşte Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 421.

<sup>72</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 34.

<sup>73</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 20; İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 8; Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 146; Arkan, **a.g.e.**, s. 21/22; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 425.

niteliği gereği aranmaktadır<sup>74</sup>. Bir tacirin ticari işletmesinin şubeleri, merkezden tamamen bağımsız olarak faaliyetlerini yürütmediğinden, ayrı birer ticari işletme sayılamazlar<sup>75</sup>.

Bağımsızlığın hukuken var olması yeterlidir. Örneğin bir yavru şirket fiilen başka bir (hâkim) şirkete bağımlı olmasına rağmen hukuken bağımsızdır ve bu açıdan ayrı bir işletmeye sahip olduğu kabul edilir.

#### ***d. Esnaf faaliyeti düzeyini aşma***

Ticari işletmeyi, işletme faaliyetinden ayıran temel özellik esnaf faaliyeti düzeyinin aşılmış olmasıdır (TK 17, TST 14/II). TK 17’de esnaf, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek kadar az olan sanat ve ticaret sahibi kişi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda yer alan belirsizliği<sup>76</sup> gidermek için TK 1463/II’ye dayalı olarak çıkarılan, 25.01.1986 tarihli ve 86/10313 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi (ve bunun eki)<sup>77</sup> ile esnaf ve küçük sanatkâr ile tacir ve sanayici ayırımına ilişkin esaslar öngörülmüştür.

Bu düzenlemeye göre işletmenin esnaf faaliyeti düzeyini aşmış olup olmadığını belirlemek için her şeyden önce ilgili faaliyetin Esnaf ve Küçük Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve küçük sanatkâr kolla-

---

<sup>74</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 34; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 160; Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 190; Arkan, **a.g.e.**, s. 22; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 427; Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 147/148.

<sup>75</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 34; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 427; Karahan, **a.g.m.**, s. 48.

<sup>76</sup> Söz konusu belirsizlik hakkında Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 432, anılan eserde TK 17’deki ölçütlerin büyük ölçüde subjektif nitelik taşıdığı belirtilmektedir. Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 35 anılan eserde örneğin TK 17’deki kazancı geçimini temin etmeye yetecek kadar az olma ölçütünün muğlak olduğu ve aslında *bir rakam tespit edilmedikçe*, bu ölçünün uygulanmasının söz konusu olmadığı belirtilmektedir. Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 151, yazarlar TK 17’deki ölçütlerin uyumsuzluk ve şüpheleri önleyici nitelikte olmadığını beyan etmektedirler.

<sup>77</sup> R.G. 19.2.1986, S. 19024.

rından birine girip girmediğine bakılır<sup>78</sup>. Bunlardan gelir vergisinden muaf olanlar veya kazancı basit usulde<sup>79</sup> vergilendirilenler esnaf işletmesi olarak nitelendirilir. Kararname uyarınca işletme hesabına göre defter tutanların (yani vergi hukuku bakımından ikinci sınıf tacir olanların; VUK 176, 178) esnaf işletmesi düzeyini aşmış sayılması için VUK 177/I, b. 1, 3'teki parasal limitlerin tamamını veya VUK 177/I, b. 2'deki parasal limitlerin<sup>80</sup> yarısını aşp aşmadığı araştırılır<sup>81</sup>.

Buraya kadar anılan esaslar aynı zamanda ESMKK 3/a'ya göre şu şekilde formüle edilmekte ve esnaf ve sanatkâr tanımında yer almaktadır: *“İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr 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 tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tâbi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi*

---

<sup>78</sup> TK 1463 ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu (R.G. 21.6.2005; S. 25852) md. 63 hükümleri gereğince kurulan Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu'nun 1 nolu Kararı'nda esnaf ve sanatkâr kolları belirtilmiştir (R.G. 13.06.2007, S. 26551).

<sup>79</sup> Kararnamede sözü edilen götürü usul 1998 yılında kaldırılmış ve bunun yerine ticari kazancın basit usulde tespiti kuralı getirilmiştir (GVK 37/IV, 46-51). Dolayısıyla artık basit usulde vergilendirilenlerin de esnaf sayılmalıdır: Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 440. Nitekim esnafı tanımlayan ESMKK 3/a'da da, vergi hukukunda yapılan değişiklikle uyumlu biçimde basit usulde vergilendirilmekten söz edilmiştir.

<sup>80</sup> VUK 177 aynen şöyledir: “Aşağıda yazılı tüccarlar, I inci sınıfa dahildirler:

1. Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı **96.000 YTL** lirayı veya satışlarının tutarı **130.000 YTL** lirayı aşanlar;

2. Birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı **52.000 YTL** 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 **96.000 YTL** lirayı aşanlar”. Bu limitler enflasyona göre Maliye Bakanlığınca yeniden belirlenerek değiştirilmektedir: İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 10. Nitekim bu maddede yer alan miktarlar 22/7/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle değiştirilen Mükerrer 414 üncü madde hükmüne istinaden, Maliye Bakanlığının 354 Nolu Tebliği (R.G. 17.12.2005 S. 26026) ile yükseltilmiş ve 1/1/2006 tarihinden itibaren uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>81</sup> Böylece vergi hukuku yönünden (ikinci sınıf) tacir kabul edilen kişiler, ticaret hukuku bakımından da tacir veya yerine göre esnaf sayılabilirler: Bkz. Celal Göle, “Tacir-Esnaf Ayırımı”, **Batider** 1985, C: XIII, S: 2, s. 56.

*kimseler*”dir. Bu tanımda TK 17’den farklı olarak bedeni çalışmanın sermayeye baskın olması aranmamıştır. Bunun yerine ekonomik faaliyetin sermaye ile birlikte bedeni çalışmaya dayandırılması yeterli görülmüştür. Aynı şekilde ESMKK 3/a’daki söz konusu tanımda, –TK 17’den farklı olarak– esnafın *kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olması* öngörülmüştür. Buna karşılık TK 17’de esnaf faaliyetinde kazancın ne ölçüde olması gerektiği konusunda, kazancın geçimi temin etmeye yetecek kadar az olması şartı koyulmuştur<sup>82</sup>.

İşaret edelim ki, Kararnamede tıpkı TK 17’deki gibi “*iktisadi faaliyetinin nakdi sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanması ve kazancı ancak geçimini temin etmeye yetecek kadar az olması*” ölçütünün getirilmesi öğretide eleştirilmektedir. Nitekim bir görüşe<sup>83</sup> göre Kararname, sözü edilen ölçütün belirsizliğini gidermek için getirilmiştir. Dolayısıyla bu şartın tekrar aranması, Kararnamenin getiriliş amacına aykırı ve anlamsızdır. Diğer bir görüşe<sup>84</sup> göre ise, sözü edilen TK 17’deki (ESMKK 3/a’daki) ölçütün aranması yerindedir. Zira her iki ölçüt birlikte gerçekleştiği takdirde, esnaf düzeyini aşmak için gerekli olan kapasite (iktisadi büyüklük) şartı yerine gelmiş olur.

Anılan Kararnameye göre VUK hükümleri uyarınca birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ise tacir sayılırlar. Kararname uyarınca ticari işletmenin ve dolayısıyla tacirin belirlenmesi bakımından, birinci sınıf tacirleri düzenleyen

---

<sup>82</sup> Kazanç konusunda ESMKK 3/a’daki ölçütün TK 17’deki şarta göre daha objektif olduğu yönünde Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 154.

<sup>83</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 442; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 36/37; Arkan, **a.g.e.**, (6. Baskı, 2001) s. 24; ancak yazarın eserinin 8. basısında bu eleştiri yer almamaktadır.

<sup>84</sup> Karahan, **a.g.m.**, s. 58-60. Mevcut hukuki durum açısından temelde benzer yönde Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 154, anılan yazarlar da Kararnamede öngörülen limitlerin aşılmasının veya aşılmamasının, TK 17 ve ESMKK 3/a uyarınca iktisadi faaliyetin emekten çok sermayeye dayanması koşulunun aranmasına engel olmayacağı görüşündedirler. Anılan eserde, herşeyden önce ESMKK 68/IV’ün – Kararnamede belirtilen limitler aşılsa bile– sınıf değiştirmeyi bir yere kadar zorunlu kılmadığı, dolayısıyla limitlerin altında kaldığı için esnaf olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı olanların, kendileri istemedikçe tacir sınıfına geçmeyeceği belirtilmektedir. Bununla birlikte iktisadi faaliyetleri emekten çok sermayeye dayalı hale gelirse, esnaf sınıfından tacir sıfatına geçmek isteğe tâbi olmayacaktır. Ayrıca Domaniç/Ulusoy’a göre esnafın iktisadi faaliyeti sermayeden ziyade emeğe dayansa bile, esnaf faaliyeti limitlerinin altı katını aşarsa, ESMKK 68/IV ve Kararname uyarınca bu faaliyet ticari işletme faaliyeti sayılır.

hükümlere atıf yapılması ile VUK uyarınca birinci sınıf tacir sayılanların tümünün ticaret hukuku bakımından da tacir sayılması gibi bir sonucun kabul edilmesine neden olabilecektir<sup>85</sup>. Bu durum eleştiriye açıktır. Zira vergi hukuku anlamında birinci sınıf tacir sayılan her kişinin, ticaret hukuku bakımından da tacir kabul edilmesi yerinde değildir. Bu bağlamda örneğin VUK 176, 177/b.4 uyarınca bir adi ortaklık birinci sınıf tacir sıfatını taşıyabilir. Hâlbuki adi ortaklık TK sisteminde tacir olarak kabul edilemez (TK 14/I)<sup>86</sup>.

VUK 177’de öngörülen limitlerle esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki ayırımın saptanması, açıklık sağlanması açısından getirilmiş olmakla birlikte, izah edilen düzenleme ile belirsizliğin tamamen kalktığı da söylenemez. Çünkü VUK 177’deki limitler, mal ve hizmet üreten veya sunan işletmenin yıllık ciro miktarları ile ilgilidir. Hâlbuki faaliyetine geçtiği andan itibaren bir işletmenin, ticari işletme olup olmadığının saptanabilmesi gerekir. Gerçi TST 15/II uyarınca Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren henüz bir yıllık süreyi doldurmayan işletmelerin sınıflandırılmasında, o tarihe kadarki cirolarının esas alınacağı düzenlenmiştir. Yani ilgili işletme Kararnamede öngörülen yıllık cirolara bir yıl dolmadan ulaşmışsa, yine ticari işletme olarak kabul edilecektir. Ancak Kararname uyarınca VUK 177’de öngörülen yıllık cirolara ulaşmıyorsa kadarki aşamada, gene de ilgili işletmenin ticari işletme sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıkar. Bu olasılıkta TST 15/II hükmünden hareketle, VUK 177’deki limitlere ulaşılmadığı sürece yeni kurulmuş bir işletmenin esnaf işletmesi düzeyinde kaldığı görüşü ileri sürülmüştür<sup>87</sup>.

Öte yandan Kararnamede öngörülen parasal limitlerin takip eden senelerde düşmesi veya artış göstermesi halinde, ne olacağı açığa kavuşturulmuş değildir. Bu sorunla ilgili bir çözüm olarak, VUK’ta birinci sınıf tacirler ile ikinci sınıf tacirlerin sınıflarının

---

<sup>85</sup> Göle, **a.g.m.**, s. 58; Kendigelen (Ülgen), **a.g.e.**, N. 443.

<sup>86</sup> Ayrıntılı eleştiri için bkz. Göle, **a.g.m.**, s. 58/59; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 443.

<sup>87</sup> Kendigelen (Ülgen), **a.g.e.**, N. 445.

değişmesinde uygulanan kuralların (VUK 179, 180) kıyasen nazara alınması önerilmektedir<sup>88</sup>.

VUK 179 ve 180’de işletmenin iş hacminin VUK 177’de belirtilen yıllık ciro limitlerinin belirli bir oranda (% 20) üstüne çıkmasına veya aynı oranda altına düşmesine göre tacirlerin sınıf değiştirmesini düzenlenmektedir<sup>89</sup>. Bu ölçüt işletmenin iç organizasyonuna ilişkin olduğu gibi, yıllık cirodaki değişim üçüncü kişiler tarafından bilinebilecek ve gözönünde bulundurulabilecek bir husus değildir. VUK 179 ve 180’deki iş hacmindeki değişim ölçütünün, kıyasen ticari işletme düzeyi ve tacir sıfatının kazanılması/kaybedilmesi bakımından işlev görmesi, ticaret hayatındaki işlem güvenliğini zedeleyebilecek niteliktedir. Bu hükümler tacir sıfatının kazanılması veya kaybedilmesi açısından (kıyasen) uygulandığında, –yıllık cirolardaki değişime göre– ticari işletme niteliği ve tacir sıfatının mevcudiyetinde sık sık değişiklik olabilecektir. Tacir sıfatının bir sene kaybedilmesi ve takip eden sene tekrar kazanılması mümkün olabilecektir. TK’da kendisine bağlanan sonuçlar dikkate alındığında tacir sıfatı ile ilgili söz konusu değişiklikler, hem tacirin hem işletme ilgililerinin menfaatlerini önemli ölçüde etkileyebilecek niteliktedir.

#### ***e. Ticaret siciline tescilin kurucu unsur olmaması***

Ticaret siciline tescil, ticari işletmenin mevcudiyeti için kurucu bir unsur değildir. Bir işletme, aranan unsurları taşıması şartıyla kendiliğinden ticari işletme niteliği kazanır. Ticaret siciline tescil sadece tacir sıfatına bağlanan bir yükümlülüktür (TK 42/I). Ticaret siciline tescil kural olarak ilgilinin talebi üzerine yapılabilir (TK 29, 30/I, TST 24, 31)<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Göle, **a.g.m.**, s. 61; Kendigelen (Ülgen), **a.g.e.**, N. 446. Bu sorunun çözümünde ESMKK 68/IV’e (ve TK 17 ve ESMKK 3/a’ya) dayanan farklı görüş için bkz. yuk. dñn. 84’te anılan *Domaniç/Ulusoy*.

<sup>89</sup> Bu düzenleme uyarınca tacirin sınıf değiştirmesi takip eden hesap döneminde hüküm ifader.

<sup>90</sup> Buna karşılık ESMKK 68/IV uyarınca esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hâsılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların kayıtları, sicil marifetiyle ticaret siciline aktarılır. Anılan düzenleme, ticaret siciline tescilin

### 3. Ticari İşletmenin Tanımı

Temel özellikleri ve unsurları yukarıda incelenen ticari işletme, şu şekilde tanımlanabilir. Kanunda (TK 11, 12, 13) belirtilen ticari işletme türlerinden birine dâhil olup, ayrıca gelir sağlama amacıyla, devamlı olarak ve bağımsız bir biçimde esnaf işletmesi düzeyini aşan organizasyona (işletmeye) ticari işletme denir<sup>91 92</sup>.

## III. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ KAVRAMI

Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletmenin sahibinin el değiştirmesidir<sup>93</sup>. Devir sonucunda devralan ticari işletme faaliyetine kendi adına devam etme imkânı kazanır. Kavramın açıklanmasında yol gösterici olacağından, aşağıda devir işlemine hâkim olan ilkeler açıklanmıştır.

### A. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNE HÂKİM OLAN İLKELER

#### 1. Genel Olarak

Ticari işletmenin devrine hâkim olan bazı ilkeler, devam eden açıklamalardan anlaşılacağı üzere, aslında genel olarak işletmenin devri işlemi açısından söz konusudur. Her şeyden önce işletmenin devri, bir hukuki işlem olarak (çalışma ve) *sözleşme özgürlüğü ilkesinin* teminatı altındadır (AY 48/I).

---

ancak ilgilinin talebi üzerine yapılabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir: Kendigelen (Ülgen vd.) **a.g.e.**, N. 446.

<sup>91</sup> TST'deki düzenlemeyi de (md. 14/II) gözönünde bulunduran tanımlar için bkz. İmregün, **Genel İlkeler**, s. 14 ve orada dpn. 8'de anılan diğer yazarlar. Ülgen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 135; Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 394; Birsnel, **a.g.e.**, s. 75; Baştuğ/Erdem, **a.g.e.**, s. 22.

<sup>92</sup> TK Tasarısı'nın 11. maddesinde de ticari işletme tanımlanmıştır: "Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir." Bu tanım da büyük ölçüde TST'deki düzenlemeyi esas almaktadır.

<sup>93</sup> Örneğin benzer açıklama için bkz. Eugen Spirig, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Hrsg: Gauch Peter, Teilband V 1k, Art. 175-183, Zürich, Schulthess, 1994, Art. 181, N. 64.

Çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin kapsamına ticaret hayatında *özel teşebbüs kurma özgürlüğü* de girer (AY 48/I, c. 2). Teşebbüs kurma özgürlüğünün mevcut bir işletmeyi devralma biçiminde de hayata geçirilebileceğine kuşku yoktur. Bu özgürlüğün ancak kamu düzeni gerektiği ölçüde ve emredici kanun hükümleri ile sınırlanması olanaklıdır. Örneğin mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek için kabul edilen RKHK hükümleri bu niteliktedir.

İşletmenin devrinde, *devrin kolaylaştırılması ve esneklik ilkeleri* mevcuttur. Esneklik ilkesi sözleşme özgürlüğü ilkesinin işletme devrindeki görünümüdür. Ticari işletme ile ilgili sözleşmelerde ve bu arada devir sözleşmesinde<sup>94</sup> boşluk bulunması halinde uygulanan TK 11/II, bir yedek hukuk kuralı olarak herşeyden önce taraf iradelerine vurgu yapar<sup>95</sup>. Öte yandan devir konusu işletmenin kapsamlı ve karmaşık yapısının ve işletmenin devrinin kolaylaştırılmasını sağlayan münferit hükümlerin bir bütün olarak değerlendirilmesinden, *devrin kolaylaştırılması ilkesi* ortaya çıkar. Borçların topyekûn nakli imkânını getiren BK 179, ticari işletmenin belirli unsurlarının devrini kolaylaştırıcı diğer düzenlemeler, (kiracılık hakkı: TK 11/II; marka: MarKHK 16/II, III; ticaret unvanı: TK 51/II), devir sözleşmesindeki boşluklara uygulanabilen TK 11/II bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Ticari işletme, ticaret hayatında önemli bir iktisadi değer ve özel malvarlığıdır. Bir işletme türü olması nedeniyle ticari işletme aynı zamanda bir faaliyet ve organizasyondur<sup>96</sup>. Tacirin ticari işletme faaliyetine daha fazla devam etmek arzu etmemesi halinde, önünde iki yol vardır: Ya işletme faaliyetine son verecek, ya da bu işletmesini bir

---

<sup>94</sup> TK 11/II’de geçen “mukavele” sözcüğünün kapsamına devir, rehin, kira, sigorta işlemlerinin girebileceği konusunda Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 38.

<sup>95</sup> Bilindiği üzere TK 11/II ile açıkça sözleşmede belirtilmemesi (ve özellikle aksi yönde açıklık olması) şartıyla ticari işletmeye dâhil olan malvarlığı unsurlarının devrin kapsamında sayılmasına olanak tanınmıştır.

<sup>96</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, A.

başkasına devredecektir. İşletmenin faaliyetine son verilerek tasfiye edilmesi, bu önemli iktisadi değerin dağılmasına neden olur. Ticari işletmenin devri ise ancak devralana bu faaliyetin devam ettirilmesi imkânı sağlanarak gerçekleştirilebilir. Bunun için işletmenin iktisadi bütünlüğünün korunarak devredilmesi zorunludur. Bu gereklilik *işletmenin bütünlüğü/devamı ilkesi* olarak ifade edilebilir<sup>97</sup>. Sonuç olarak işletmenin bütünlüğü ilkesi her şeyden önce, işletmenin sahibine ve devir olasılığında ise devir ilişkisinin taraflarının menfaatine hizmet eder. Anonim ve limited şirketlere ilişkin olarak kısmi bölünme kapsamında işletme veya işletme bölümlerinin/birimlerinin devrinde, işletmenin bütünlüğü ilkesini ve terimini Kanunkoyucu da benimsemiştir. KVK 19, III/a bendi uyarınca, üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> İşletmenin bütünlüğü/ilkesi aslında, devir işlemini de kapsayacak şekilde genel olarak işletme faaliyeti açısından söz konusudur. Hukuk sistemimizdeki birçok düzenleme aynı zamanda işletme bütünlüğünü/devamını korumak işlevi görür. Örneğin serbest rekabet düzenini korumak için getirilen ve tacir olmayan kişileri de kapsamına alıp, iktisadi rekabetin her türlü suistimalini düzenleyen [Teoman, (Ülgen vd), **a.g.e.**, N. 1275/1276] TK 56 vd. hükümlerinde yaptırıma tâbi tutulan birçok haksız rekabet hali, işletme bütünlüğünün/devamının sağlanmasına hizmet eder. Özellikle TK 57/b.1 (kötüleme), TK 57/6 (başkasının yardımcılarını kötüye kullanmak), TK 57/b.7 (Çalışanlarını kandırarak işletmenin sırlarını ele geçirmek), TK 57/b. 8 (işletmenin haksız olarak elde edilen üretim ve ticaret sırlarını kullanmak ve yaymak) bu niteliktedir. Başka bir hukuk dalından örnek vermek gerekirse, vergi hukukunda işletmeye dâhil olan bazı malvarlığı unsurlarına tanınan vergi ayrıcalıkları (istisnaları), işletme bütünlüğünü/devamını teşvik etmek içindir. Nitekim KVK'nın 5. md.sinin (1/e) bendinde, kurumların, en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının satışından doğan kazançların % 75'lik kısmı kurumlar vergisinden istisna edilmiştir. Ancak istisna edilen kazançtan beş yıl içinde *sermayeye ilave dışında* herhangi bir şekilde başka bir hesaba nakledilen veya *işletmeden çekilen* ya da dar mükellef kurumlarca ana merkeze aktarılan kısım için uygulanan istisna dolayısıyla zamanında tahakkuk ettirilmeyen *vergiler ziyaa uğramış sayılır*. Aynı süre içinde işletmenin tasfiyesi (bu kanuna göre yapılan devir ve bölünmeler hariç) halinde de bu hüküm uygulanır (KVK 5/I-e).

<sup>98</sup> İşletme bütünlüğü ilkesinin, esas olarak alacaklıların haklarının korunmasına yönelik olduğunun kabul edilmesi (bkz. Mehmet Akuğur, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, İstanbul, Vedat, 2005, s. 135), anılan ilkenin amacı ve temelinde yatan düşünce açısından isabetli değildir. Devredilen işletme bütünlüğünün korunmasının temelinde yatan, aktiflerin pasiflerin teminatı olması (Teminat Teorisi) değildir. İşletmeyi devralana 'işletme kimliği' korunarak, faaliyetin devamı imkânının tanınmasıdır. Bu amaç, işletmenin aktiflerin yanında bazı sözleşmelerin dolayısıyla belirli bazı (aktif ve) pasiflerin işletme ile birlikte devrini gerektirebilir. Bu durum sadece söz konusu pasifler bakımından dolaylı olarak ve kısmen alacaklıları koruma işlevi de görebilir. Nitekim işletmenin devrinde aktiflerin duru-

Kanunkoyucu istisnai özel kanun hükümleri ile bir işletmenin bazı unsurlarının işletme sahibince işletmeden bağımsız olarak devrini sınırlayarak, yine işletmenin *bütünlüğünün* korunmasını teşvik etmiştir. Örneğin patent hukukunda ön kullanım hakkını düzenleyen PatKHK 77 uyarınca, buluş sahibi tarafından patent başvurusunun yapıldığı tarih ile rüçhan hakkı tarihi arasında buluşu iyi niyetli olarak ülke içinde kullanmakta olan veya kullanım için ciddi ve gerçek tedbirler almış kişi veya kişilere karşı, patent konusunu aynı şekilde kullanmaya devam etmelerini veya alınmış tedbirlere uygun olarak kullanmaya başlamalarını buluş sahibinin önlemeye hakkı yoktur. Ancak üçüncü kişilerin patent konusunu kullanmaya devam etmeleri veya alınmış tedbirlere uygun kullanımları, sahip oldukları işletmenin makul ihtiyaçlarını giderecek ölçüde olabilir. İşte bu kullanma hakkı *ancak işletme ile birlikte devredilebilir*. Örnekleri artırmak mümkündür<sup>99</sup>.

Devrin kolaylaştırılması ve esneklik ilkeleri ile işletme bütünlüğü ilkesi birbiri ile çelişkili değildir. Bir yandan devrin kolaylaştırılması ilkesi ticari hayatta oluşan önemli bir *iktisadi değer*in devrini basitleştirmek suretiyle işletmenin korunması amacına hizmet ederken, diğer yandan esneklik ilkesi de işletme devrinin kapsamının ve unsurlarının belirlenmesi konusunda sözleşme özgürlüğünü ifade eder. Ancak bu esneklik sayesinde, ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılması amacı gerçekleşebilir. Devir ilişkisinin taraflarının iradesi dışında işletme bütünlüğünün mutlak biçimde korunması ise söz konusu değildir.

---

mu açısından ayrıntılı bilgi için bkz. aş. İkinci Bölüm, II, C. Aynı konuyla ilintili olarak pasiflerin durumu açısından ayrıntılı bilgi için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, D.

<sup>99</sup> Bir başka örnek zorunlu lisans sözleşmesinden verilebilir. Patent hukukunda zorunlu lisans sahibi, alt lisans veremez. Bu amaçla yapılan işlem geçersiz sayılır (PatKHK 117/II). Ayrıca bir zorunlu lisansın devrinin geçerli olabilmesi için, işletme ile birlikte devir edilmesi veya lisansın değerlendirilmekte olduğu işletme kısmının devir edilmesi gerekir (PatKHK 117/I). Benzer bir örnek işçi buluşlarında işçinin ön alım hakkında söz konusudur. Bilindiği üzere patent veya faydalı model belgesi ile korunabilir nitelikte buluşlar olan işçi buluşlarında (PatKHK 16/I), işçinin ön alım hakkı düzenlenmiştir. PatKHK 38/I'e göre, işveren iflas eder ve iflas idaresi de buluşu *işletmeden ayrı devir etmek isterse*, işçinin yapmış olduğu ve işverenin de tam hak talebinde bulunduğu buluşu, işçinin öncelikle alma hakkı vardır.

Ticari işletmenin devrinde ayrıca *aleniyet ilkesi* mevcuttur. Ticaret siciline tescil, bildirim ve ilân zorunluluğu getiren münferit hukuk kuralları, devrin aleniyetini sağlamak gayesi de taşır (BK 179/I; TK 42/I, 33/I-II; TST 13, 83; İİK 44; 280/III). Aleniyet ilkesi yerine göre *işlem güvenliği, işletme ilgililerinin ve alacaklıların korunması* amaçlarını sağlamaya yöneliktir. Ancak devrin aleniyetini sağlamayı hedefleyen her bir özel hükmün, hareket noktası ve özel amacı farklılık arz edebilir. Örneğin ticaret terke ilişkin İİK 44 ile tasarrufun iptali davasına ilişkin İİK 280/III mal kaçırma amaçlı işletme devirlerine karşı alacaklıları korurlar<sup>100</sup>. Buna mukabil BK 179'un düzenleniş amacı–aşağıda inceleneceği üzere tartışmalı<sup>101</sup> olmakla birlikte–bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, borçların ve borç ilişkilerinin naklini kolaylaştırmak; buna bağlı olarak devredene bir süre daha başvurma imkânı sağlamak suretiyle alacaklıları korumaktır<sup>102</sup>.

## 2. Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifiyle Devri Bakımından

### a. BK 179'un iradi devirlere özgü bir düzenleme olması

BK 179 sağlar arası iradi devirlere özgü bir düzenlemedir<sup>103</sup>. Bir ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle devri, miras hükümlerine göre külli halefiyet ilkesi uyarınca veya tarafların iradesine bakılmaksızın başkaca özel bir kanun hükmü ile gerçekleşiyorsa, BK 179 uygulanmaz<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> Bkz. aş. Dördüncü Bölüm, I.

<sup>101</sup> Bu tartışma aşağıda ele alınmıştır: Üçüncü Bölüm, II, B.

<sup>102</sup> Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, A.

<sup>103</sup> H. Becker, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band VI; Obligationenrecht, I. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934; Allgemeine Bestimmungen, Bern, Stämpfli & Cie., 1941, § 181, N. 12; Barandun, **a.g.e.**, s. 42.

<sup>104</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 72, dñn. 19.

## ***b. Borçların kanunen topyekûn üstlenilmesi ve nakli imkânı***

Ticari işletmenin devrinde, şartları gerçekleştiğinde BK 179 uyarınca borçlar, kanundan dolayı (ex lege)<sup>105</sup> ve topyekûn devralana geçer<sup>106</sup>. Devralanın eski borçlardan sorumluluğu önce borca katılma şeklinde ortaya çıkar. Kanunda öngörülen sürenin geçmesi ile borcun nakli gerçekleşir. Borçların intikali için alacaklıların rızası aranmadığından, borçların devralana geçişi için genel olarak başka bir işlem; örneğin devralanla alacaklılar arasında yapılan borcun nakli sözleşmesi (BK 176) kurulması zorunlu değildir<sup>107</sup>. İşte bu yüzden borçların (devralan tarafından) kanunen üstlenilmesi ve naklinden söz edilmesi gerekir.

Öte yandan borçların kanunen nakli, devir ilişkisinin taraflar arasında hukuki işlem (devir sözleşmesine dayalı devir) temeline ve bu işlemin üçüncü kişilere bildirilmesi şartına dayanır<sup>108</sup>. Bu açıdan BK 179 uyarınca borçların naklinin taraflar arasındaki devir ilişkisi ve devralan ile alacaklılar arasında olmak üzere iki ayrı cephesi bulunur.

BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinde pasiflerinin kanundan dolayı nakli, külli halefiyetten farklılık arz eder<sup>109</sup>. Külli halefiyetin başlıca örneği olan mirasın MK 599 uyarınca kanunen intikali, herhangi bir şekle tâbi olmadan, kendiliğinden ve belirli

---

<sup>105</sup> Rey/Gauch/Schlupe, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allg. Teil, Band II, 8. Aufl., Zürich, Schulthess, 2003, N. 3831; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allg. Teil, 2. Aufl. Zurich, Schulthess, 1988, s. 589; Claire Huguenin, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, Schulthess, 2004, N. 1390; Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. B., İstanbul, Filiz, 1993, s. 283; Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nevilerin Aynı Olması” Koşulu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s. 189; Hülya Çoştan, **Anonim Ortaklıklarda Bölünme**, Ankara, Turhan, 2004, s. 32.

<sup>106</sup> Bu nedenle külli halefiyet ilkesinden söz eden Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 132. Karşı görüşte Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, C. I, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. B. İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 1142, yazar işletmeyi devralanın, hukuki ilişkilerde devredenine yerine geçmediğini belirterek, külli halefiyetten söz edilemeyeceğini belirtmektedir.

<sup>107</sup> Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 281.

<sup>108</sup> Bununla birlikte BK 179 ile ilgili Teminat Teorisi bakımından bkz. ve karşı. Üçüncü Bölüm, II, B. Bu teorinin değerlendirilmesi için bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, D. Karş. Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara 1979, s. 6, dñn. 11a.

<sup>109</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 38.

bir olayın (ölüm) gerçekleşmesi ile meydana gelir. Külli halefiyet geneldir ve tüm hak, borç ve hukuki ilişkilerin (aktif ve pasiflerin) intikalini kapsar<sup>110</sup>. BK 179 uyarınca işletmenin devrinde kanunen intikal sadece borçlara ilişkindir. Anılan hükümde hak ve geniş anlamda borç ilişkilerini de kanunen intikale tâbi kılan açık bir kural yoktur. Dolayısıyla –aşağıdaki başlık altında da değinileceği üzere- örneğin alacakların (ve diğer aktiflerin) devri açısından cüz’i halefiyet ilkesi geçerlidir. Kaldı ki borçların bile tümünün devri şart olmayıp, bazı borçların devrin kapsamı dışında bırakılması mümkündür<sup>111</sup>. Nihayet borçların üstlenilmesi ve intikali, kanunun (BK 179) aradığı ayrıntılı şartların (devir sözleşmesi, işletmenin devri, devrin ilânı/ihbarı, borçların nakli için devredenin müteselsil sorumluluğunun sona ermesi) gerçekleşmesine bağlıdır. Bu farklar, ticari işletmenin pasifleriyle birlikte devrini, külli halefiyet uyarınca intikalden ayırır.

### *c. Aktiflerin devrinde cüz’i halefiyet ilkesi*

Borçlar Kanunu hükümleri bir bütün olarak nazara alındığında kanuni halefiyet ilkesinin istisnai hallerde, cüz’i halefiyetin ise genel kural olarak düzenlendiği görülür<sup>112</sup>. Örneğin bölünemez borçlarda (BK 69); üçüncü kişinin borcu ifasında (BK 109), müteselsil borçlarda (BK 147/I); kefalette (BK 496/I); sigorta ilişkilerinde (TK 1301, 1306) kanuni halefiyet düzenlenmiştir. Ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile devralınmasını borçlar açısından özel olarak düzenleyen BK 179, aktiflerin devrine ilişkin özel bir düzenleme içermemektedir. Bu yüzden ticari işletmenin aktiflerinin devrinde cüz’i halefiyet ilkesi yürür<sup>113</sup>. Her bir münferit malvarlığı unsuru, tâbi olduğu kurallar uyarınca gerçekleştirilen tasarruf işlemi ile devredilir.

---

<sup>110</sup> Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, İstanbul, Beta, 2004, s. 104; Hasan Ayrancı, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara, Yetkin, 2003, s. 70.

<sup>111</sup> Bkz. Tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş bu yöndedir: İkinci Bölüm, II, D, 2.

<sup>112</sup> Benzer yönde Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 6; Ayrancı, s. 56/57, dñn. 140. Karş. Akuğur, **a.g.e.**, s. 30, dñn. 88.

<sup>113</sup> Nüşin Ayiter, **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 47; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 68/69; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 112; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 41; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1138; Oğuzman Kemal M./Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 973;

#### ***d. BK 179'un borçlardan sorumluluk konusunda emredici düzenleme niteliğinde olmaması***

Türk hukukunda ticari işletmenin devrinde devralanın eski borçlardan sorumluluğu bakımından BK 179'un emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir<sup>114</sup>. Ancak tezimizde savunulduğu üzere<sup>115</sup> BK 179 emredici bir düzenleme değildir. Bu hüküm devralana ticari işletmenin eski borçlarından dolayı emredici bir sorumluluk yüklememektedir; sadece devir ilişkisinin taraflarına borçların topyekûn üstlenilmesi ve nakli imkânı getirmektedir. Anılan düzenleme, ticari işletmenin sadece aktifleri ile veya aktiflerle birlikte münferit bazı pasiflerinin genel kurallar uyarınca (borcun nakli: BK 173 vd.) devri/nakli olanağını bertaraf etmez.

### **B. BK 179'A GÖRE DEVİR KONUSU TİCARİ İŞLETME**

#### **1. Genel Olarak**

BK 179'da devir konusu malvarlığı ile birlikte genel olarak işletmeden söz edilmektedir. Bu işletmenin belirli türde bir işletme ve bu kapsamda özellikle ticari işletme olmasının zorunlu olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır:

Bir görüşe<sup>116</sup> göre anılan hükümde işletme ile kastedilen sadece ticari işletmedir. Bu görüşte olan *Acemoğlu'na*<sup>117</sup> göre işletme deyince ticari işletme anlaşılır. Zira esnaf

---

Türk, *Nevilerin Aynı Olması Koşulu*, s. 189; Yasaman, *Birleşme*, s. 14. BGE 126 III 375, Erw. 2c; von der Crone, Hans Caspar/Martinez Marolda Larissa, "Vermögensübertragung" *SZW* 2004/3, s. 299, dñn. 21'de anılan diğer yazarlar; Huguenin, *a.g.e.*, s. 217, N. 1390.

<sup>114</sup> Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, B.

<sup>115</sup> Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, C.

<sup>116</sup> Bühler, *a.g.e.*, s. 6; Acemoğlu, *a.g.e.*, s. 16; gerekçe belirtmeksizin açıklamalarında ticari işletmeyi nazara alan Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *a.g.e.*, s. 280. Oya (Erkan) Akıncı, "Bir Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1988, s. 33, anılan yazarın ticari işletme ile esnaf işletmesinin farklı kavramlar olduğunu ve "BK 179. madde hükmünde ifade edilen ticari işletme kavramından yalnızca TK 11 vd. maddelerinde düzenlenen ticari işletmeyi" anlamak gerektiğini belirtmesi isabetli değildir. Çünkü BK 179'da zaten ticari işletmeye ifade edilmemekte, genel olarak işletmeye değinilmektedir. Nitekim anılan hükümde ticari işletmeden hiç söz

işletmesi alacaklılarına, ticari işletmenin devrinde alacaklılara tanınan imkânlar verilmez.

Bizim de katıldığımız hâkim görüşe<sup>118</sup> göre BK 179'un uygulama alanına her türlü işletme girer. Bu hükümde ticari işletme şeklinde bir sınırlama getirilmemektedir.

Her iki görüş kapsamında tartışmasız olan, ticari işletmenin devrinin BK 179'un kapsamına girdiğidir. Bu bakımdan BK 179, TK 1/I anlamında ticari hükümdür. Anılan tartışma esasen, ticari işletme dışında bir esnaf işletmesi ve giderek serbest meslek işletmesi bakımından BK 179'un uygulama alanı bulup bulamayacağı ile ilgilidir. Genel olarak işletmeden söz eden BK 179 işletmeyi, ticari işletme ile sınırlamamaktadır. Gerçekten anılan maddenin lafzi yorumu, ticari işletme sınırlamasına engeldir. Bu yorum işletmenin devrinin TK'da değil, BK'da düzenlenmiş olmasıyla da uygundur<sup>119</sup>. Kaldı ki, kendi içinde işlevsel açıdan bir bütünlük arz eden bir *malvarlığının* devrinde bile uygulanan BK 179'un, genel olarak işletme devrinde uygulanmaması düşünülemez<sup>120</sup>. BK 179'da değişiklik yapan 6763 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un hazırlık süreci de bu fikri destekler. Bu kanunun BK 179'la ilgili

---

edilmediği için belirsizlik ve tartışma söz konusudur. Anılan kanunda BK 179'da işletme yerine ticari işletmeden söz edilse idi, bunun TK'da düzenlenen ticari işletme olduğunda kuşkuyla yer olmazdı.

<sup>117</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 16.

<sup>118</sup> Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 9; Max Keller /Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht**, Band IV, Basel Frankfurt am Main, Helbing-Lichtenhahn, 1984, s. 89; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 24; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 512; Türk, **Nevilerin Aynı Olması**, s. 144; Arkan, **a.g.e.**, s. 41; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 41; Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 206; Murat Fatih Ülkü/Erol Karaaslan, "Alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla ticari işletmenin devri ve Türk hukukunda bir bilinmeyen: B.Y. md. 179", **Manisa Barosu Dergisi**, 1999, S. 70, s. 46, dpn. 1. Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 245, dpn. 126.

<sup>119</sup> Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s. 144, dpn. 184.

<sup>120</sup> Tschäni, [Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand (Hrsg)], **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2003, § 181, N. 4.

değişiklik öngören hükmünde açıkça ticari işletmenin devrinden söz edilirken, TBMM Adalet Komisyonu'nda bu sınırlama kaldırılmıştır<sup>121</sup>.

Bununla birlikte işaret edelim ki, ticari işletme dışındaki işletmelerin büyük bir kısmı bunların pasifleri ile birlikte devrine elverişli olmamasından dolayı BK 179 uygulama alanı bulmaz. Özellikle serbest meslek işletmesi bünyesindeki pasifler, bu işletmenin mahiyeti gereği genellikle bir vekâlet veya istisna sözleşmesinden doğarlar ve işletmenin sahibine bağlıdırlar. Bununla kastedilen bu pasiflerin, kişiye sıkı surette bağlı borç niteliğinde olduğudur. Bu tür pasifler kanun veya meslek hukuku kuralları yahut işin niteliği gereği devredilebilir değildirler. Benzer bir durum büyük ölçüde esnaf işletmesi bakımından da söz konusu olabilir. İşte bu tür hallerde, pasiflerin tümünün veya ağırlıklı olan kısmının kanun gereği işletmeyi devralana geçişini düzenleyen BK 179'un uygulama alanı bulmayacağı açıktır<sup>122</sup>. İşletme kapsamındaki borçların BK 179 uyarınca intikal edebilmesi için her şeyden önce nakledilebilir nitelikte olması zorunludur<sup>123</sup>.

Ancak dikkat edilirse esnaf işletmesi veya serbest meslek işletmesinin devrinde BK 179'un uygulama alanı bulamaması, bu hükmün bunları kapsam dışı bırakmasından kaynaklanmamaktadır. Asıl neden, bu işletmelerin pasiflerinin büyük ölçüde borçlunun muvafakati olmaksızın nakledilebilir olmaması olabilir. Bununla birlikte esnaf veya serbest meslek işletmesi için kiralanmış yer, içinde bulunan araç, gereç ve teçhizat, mobilya, bilgisayar programları, bakımından kendi içinde işlevsel açıdan bütünlük arz eden özel bir malvarlığı oluşturabilir. Bunlar, BK 179'ta sözü edilen özel bir *malvarlığı* olarak aktif ve pasifi ile devir konusu yapılabilir.

---

<sup>121</sup> Türk, **Nevilerin Aynı Olması**, s. 144, dpn. 183. 6763 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle (R.G. 9.7.1956, S: 9353) BK 179 ve 180'deki tercüme yanlışları düzeltilmiştir. Bkz. Türk, **Nevilerin Aynı Olması**, s. 124.

<sup>122</sup> Borçlunun kişiliğine sıkı surette bağlı (ad personam) borçların BK 179'un kapsamı dışında kaldığı ve bu hükme dayalı olarak devredilemeyeceği konusunda bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, C.

<sup>123</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, C.

Ekleyelim ki Türk hukuku uygulamasında BK 179'a dayalı olarak malvarlığının pasiflerle birlikte devrine hemen hemen hiç karşılaşılmadığı belirtilmektedir<sup>124</sup>. Serbest meslek ve esnaf işletmelerinin yukarıda açıklanan özellikleri göz önüne alındığında, BK 179'deki işletmenin aktif ve pasifiyle devri kurumu, uygulamada daha çok ticari işletmeler açısından önem taşımaktadır. Nitekim bu çalışmada da konu olarak BK 179 kapsamında ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri seçilmiş ve incelenmiştir.

## 2. Özel Malvarlığı Olarak Ticari İşletme

Malvarlığı hukuk süjesinin sahip olduğu ekonomik değeri olan ve para ile ölçülebilen haklarının ve borçlarının oluşturduğu bütüne denir<sup>125</sup>. Hukuk düzeninde her şahsın bir malvarlığı bulunmaktadır. Buna genel malvarlığı denilebilir. Genel malvarlığından başka bir kişinin belirli bir amaca özgülenmiş özel malvarlığı da bulunabilir<sup>126</sup>. Özel malvarlığı, kişinin malvarlığının belirli bir kısmının özel ölçütlerle sınırlandırılarak, özel bir hukuki rejime tâbi tutulması halinde söz konusu olur<sup>127</sup>. Bu konuda hangi ölçütlerin esas alınacağına öğretide yeterince açıklığa kavuşturulduğu söylenemez<sup>128</sup>. Şu kadarını ifade edelim ki, *belirli bir amaca* özgülenmesi ve bazı açılardan özel düzenlemeye tâbi tutulması özellikleri, özel malvarlığın belirlenmesinde işlev görür.

Kendi başına iktisadi bir bütün olan ticari işletme malvarlığı da belirli bir amaca (gelir sağlamaya) özgülenmiş özel malvarlığına örnek teşkil eder<sup>129</sup>. BK 179'un uygulanması bakımından da ticari işletme, bir hukuki bütün ve özel malvarlığıdır.

---

<sup>124</sup> Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 46, dpn. 1.

<sup>125</sup> M. Fatih Arıcı, **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü**, İstanbul, Beta, 2003, s. 14 orada dpn. 29'da anılan diğer yazarlar.

<sup>126</sup> Özel malvarlığı hakkında bilgi için Ayiter, **a.g.e.**, s. 29 vd.

<sup>127</sup> Ayiter, **a.g.e.**, s. 29.

<sup>128</sup> Özel malvarlığının hukuki niteliğini izah etmeye çalışan görüşler ve yararlanılması önerilen ölçütler için bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 30 vd.

<sup>129</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 30; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 19 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1138; Birsal, **a.g.e.**, s. 105 ve orada dpn. 92'de anılan diğer yazarlar. Karşı görüşte Yasaman, **Birleşme**, s. 9, anılan yazar özel malvarlığının, (kişinin) malvarlığı içinde ayrılmış ve belli bir amaca tahsis edilmiş ve malvarlığından

Gerçekten BK 179'ın uygulanmasında ticari işletmenin malvarlığı cephesi önem taşır<sup>130</sup>. BK 179 bakımından göz önünde bulundurulması gereken, ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin bir *bütün* olarak devralana geçirilmesi suretiyle devridir. Özel olarak aktiflerin devri her ne kadar düzenlemese de, pasiflerin devri bakımından işletmeye sahip olan kişinin değişmesi de bir kanuni şart olarak aranır.

Ancak BK 179 işletmenin bir faaliyet olarak devralana geçişini düzenlememektedir<sup>131</sup>. BK 179 için gerekli olan, bir işletmenin mevcudiyeti ve bunun malvarlığının devredilmesidir<sup>132</sup>. BK 179 bakımından açılması için tüm hazırlıkları tamamlan ve mevcut olan ticari işletmenin faaliyete başlamış olması şart değildir<sup>133</sup>. Aynı şekilde ekonomik bütünlüğünü ve organizasyon olarak varlığını devam ettirdiği sürece, faaliyetine geçici olarak ara vermiş<sup>134</sup> veya tasfiyeye aşamasına geçmiş bir işletme dahi BK 179 uyarınca devir konusu yapılabilir. Ancak tasfiye tamamlanmışsa artık ortada *işletme* veya *özel malvarlığı* bulunmayacağından, BK 179'un uygulanmasını mümkün kılacak bir *devir konusu* kalmaz.<sup>135</sup> Öte yandan yine BK 179'un uygulanabilmesi için devralanın, işletmenin faaliyetini fiilen ve somut olarak devam ettirmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. BK 179 anlamında işletme bir faaliyet olarak devralanmış olsaydı, kanuni sonucun gerçekleşebilmesi (aktiflerin pasiflerle birlikte geçmesi) için, devralanın işletme faaliyetine devam etmiş olması da kanunda bir şart olarak belirtilmesi gerekirdi.

---

farklı özel bir rejime tâbi olan bir bölüm olduğunu; ticari işletmede tek bir malvarlığının var olduğunu; bu malvarlığının tek bir bütün olduğunu; hak ve borçların sahibinin bu işletme olduğunu ve bu işletmenin ayrı özel bir hukuki rejimi bulunmadığını belirtmektedir.

<sup>130</sup> Türk, **a.g.e.**, s. 68.

<sup>131</sup> Bühler, **a.g.e.**, s. 14, 168; Barandun, **a.g.e.**, s. 39; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 17, 19.

<sup>132</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 44.

<sup>133</sup> Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 10; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 88; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 44, dpn. 86. Farklı görüşte Cumhuriyet Boyacıoğlu, **Ticaret Unvanı**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2006, s. 91, dpn. 88, anılan yazar henüz faaliyetine başlamamış bir işletmenin devredilemeyeceğini belirtmektedir. Ancak yazar sonradan bu görüşünden dönmüş gözükmektedir: Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 253, dpn. 166 ve 167.

<sup>134</sup> Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 253, dpn. 166.

<sup>135</sup> Aynı yönde Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 10; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 88; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 44.

BK 179'un uygulanması bakımından ticari işletmenin kendi içinde bağımsız (iktisadi) bütünlük olan kısımlarının (işletme birimlerinin, işyerlerinin) devredilmesi de mümkündür<sup>136</sup>. Bu bağlamda öğretide bir ticari işletmenin şubesinin de BK 179 uyarınca aktif ve pasifi ile devredilebileceği kabul edilmektedir<sup>137</sup>.

Kanımızca ticari işletmenin devrinden farklı olarak bunun bir şubesinin “*şube*” olarak devredilmesi ve bunun “*işletmenin devri*” olarak nitelenmesi olanaklı değildir. Buna karşılık şubeyi oluşturan aktifler veya aktif ve pasifler kendi içinde nispeten bağımsız bir iktisadi bütünlük oluşturur. Bu ekonomik bütünlüğün BK 179 anlamında *şube malvarlığı* olarak devredilmesi ise mümkündür<sup>138</sup>. Zira BK 179 sadece işletmenin devrine değil, malvarlığının devrine de uygulanabilir. BK 179'un anılan devre uygulanabilir-

---

<sup>136</sup> Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1138; Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 8/9; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allg. Teil, Zürich 1964, s. 352; Rey/Gauch/Schluep, **a.g.e.**, s. 305, N. 3828; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 8; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 78; Barandun, **a.g.e.**, s. 27/28. Azınlıkta kalan farklı görüş için bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 27/28; Oya Akıncı, **a.g.e.**, s. 32/33, Alman hukukundan (şimdi mülga olan BGB § 419'dan) etkilenen anılan yazarlar, BK 179'un konusu olabilecek malvarlığının sadece bir kişiye ait *tüm (genel) malvarlığı* olarak kabul etmektedirler. Buna göre kendi içinde iktisadi bütünlük arz eden *özel malvarlığı* BK 179'a göre devredilemez. Bu görüş uyarınca Kanunkoyucu BK 179'da özel malvarlığının devrini de çevresine alıyor idi ise ticari işletmenin devrini de ayrıca zikretmek gereğini duymazdı. Zira ticari işletme bir tür özel malvarlığıdır. Bununla birlikte bu görüş çerçevesinde devredilen malvarlığı borçlunun tüm malvarlığı olmasa bile, tamamına yakın bir kısmını temsil ediyorsa (tüm malvarlığına nazaran devrin dışında bırakılan kısmın önemsiz bir iktisadi değer taşıması halinde) yine BK 179 uygulanır. Ayrıca kanunda açıkça belirtilmiş olduğu için ticari işletme, sahibinin genel malvarlığının ne kadar önemsiz bir kısmı olursa olsun, bunun devri BK 179'un çerçevesine girer.

<sup>137</sup> Bu yönde Arslanlı, **a.g.e.**, s. 116/117; Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s.183, dpn. 283; Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 252, dpn. 161. Sadece merkez şubenin devredilmesi bağlamında Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 112; Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 8, yazar merkez şubenin tasfiye edilmesine rağmen, diğer (bir) şubenin devredilebileceğini belirtmektedir. Karl Spiro, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen**, Band I, Die Verjährung der Forderungen, Bern, Verlag Stämpfli& CIE AG, 1975, § 319, s. 764, dpn. 2. Alman hukuku öğretisi ve mahkeme kararlarında da şubenin devredilebileceği ve bu yolla bağımsızlaştırılarak ayrı bir işletme haline getirilebileceği kabul edilmektedir: Schmidt, **Handelsrecht**, s. 76.

<sup>138</sup> Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 8.

liği açısından<sup>139</sup> fark yaratmasa da Őbenin devrinden söz edilmesi, gene de teknik açıdan isabetli olmayabilir.

Gerçekten bir kere Şube malvarlığını devreden tacirin elinde –tasfiye edilmedikçe– en az bir Şube kalır. Bu halde tacir, işletme faaliyetine devam ettiği sürece, tacirin kişiliğini ve tüm işletmeyi ilgilendiren bir unsurun devri yasak olabilir. Örneğin ticaret unvanı sadece işletme ile devredilebilir (TK 51/I). Bu unvan işletmeden ayrı olarak ve kanımızca örneğin sadece bir Şubenin devri kapsamında temlik edilemez (TK 51/II).

Diğer taraftan niteliği gereği Şubenin devri, ticaret unvanı dışında ayrıca tüm işletmeyi ilgilendiren unsurları da kapsayamaz. Örneğin işletme adı ve tüm işletme faaliyetinde kullanılan marka veya başkaca ayırt edici iŐaretler devredilemez. Aksine sözleşme olmadığı sürece işletmenin daimi unsurlarını sözleşmeye dâhil sayan TK 11/II’deki yedek hukuk kuralı da, Şubenin devrinde tüm işletmeyi ilgilendiren unsurlar bakımından uygulanamaz. Ticaret unvanının, işletme adının ve tüm işletmeye ait diğer ayırt edici işaretlerin devredilmediği bir malvarlığının (Şubenin) devri ise, *işletme devri* olarak nitelenemez.

Bu açıklamamız TK’da ticaret unvanı dışında kalan unsurların işletmeden ayrı olarak devrini yasaklayan bir kural bulunduğundan değil, Şubenin devrinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Yoksa *Şubenin devri* adı altında taraflar, devir sözleşmesinde işletme adının ve tüm işletmeyi ilgilendiren diğer ayırt edici işaretlerin veya başkaca aktiflerin devrini öngörebilirler. Ancak bu halde artık Şubenin devrinden değil, belki de –somut olayın özelliklerine göre– işletmenin devrinden söz edilmesi gerekir. Özetle, Şubenin kendi içinde bütünlük arz eden malvarlığı olarak BK 179 uyarınca devredilmesine ve bađımsızlaŐtırılıp ayrı bir işletmenin çekirdeğini/temelini oluŐturmasına engel yoktur.

---

<sup>139</sup> BK 179 uygulanırken doğurduğu hükümler açısından fark olabilir. Şöyle ki Şartları gerçekleştiğinde BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumluluk, kural olarak sadece devredilen ilgili malvarlığının (“Şubenin”) borçlarını kapsar.

Ticari işletmeye ait olan ancak işletme ve hatta şube düzeyine ulaşacak biçimde bağımsızlık kazanmamış malvarlığı tümlükleri de (işletme düzeyine ulaşmamış bir üretim birimi, içindeki menkul tesisatı ile birlikte bir araştırma laboratuvarı; soğutma donanımlı gıda depolama tesisi vs.) devredilebilir. Yeter ki malvarlığı unsurları kendi içinde organik bir bütünlük arz etsin. Bu hallerde devredilen işletme değil, BK 179 anlamında özel malvarlığıdır<sup>140</sup>.

Ekleyelim ki, devredilen aktif ve pasiflerin işletme faaliyetinin devam ettirilmesi konusunda önemli işlev gördüğü bir gerçektir. Bununla birlikte BK 179'un işletmenin malvarlığının aktif ve pasifi ile devrine ilişkin bir düzenleme olması, borçlandırıcı işlemin konusunun münferit olarak “*işletmeye ait aktif ve pasifler*” olduğu sonucuna götürmemelidir. Bu bağlamda örneğin işletme satıcısı, işletme aktifleri üzerinde devralanın hak sahipliğini sağlamak dışında, ayrıca işletmenin bir bütün olarak faaliyetine devamını sağlayıcı başkaca yükümlülükleri üstlenebilir<sup>141</sup>. İşletmenin devri borcu kapsamındaki bu yükümlülüklerin dayanağı ise BK 179 değil, taraflar arasındaki devir borcu doğuran sözleşmedir. BK 179 uyarınca işletmeyi devralan, devraldığı aktif ve pasiflerle bu faaliyete devam etme imkânı kazanmaktadır<sup>142</sup>.

### 3. Ticari İşletmeye Ait Malvarlığının Sınırlanması

Bir özel malvarlığı olarak ticari işletmenin devrinden söz edildiğinde, üç hususun açıklığa kavuşturulması gerekir. Birincisi, hangi aktiflerin ve pasiflerin genel olarak ticari işletmeye ait sayılacağıdır. İkincisi, ticari işletmeye ait olduğu saptanan aktiflerin ve

---

<sup>140</sup> Örneğin uygulamada karşılaşılan ve “devren satılık” ilanı ile (hatta faaliyetini sona erdirmiş) bir pas-tanenin içinde bulunduğu taşınmaz ve diğer menkul tesisat, araç ve gereçle satılması, (ticari) işletme devri olarak nitelendirilemez. Zira burada artık işletme olarak nitelendirilecek bir *organizasyon* mevcut değildir. Burada kendi içinde işlevsel bütünlük olan bir malvarlığı devri söz konusudur. Bu açıdan sadece işletme devrini değil, malvarlığı devrini de düzenleyen BK 179 burada uygulama alanı bulabilir.

<sup>141</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 39.

<sup>142</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 29.

pasiflerin hangilerinin somut olarak devir sözleşmesinin içerisinde yer aldığıdır<sup>143</sup>. Üçüncüsü, ticari işletmeye ait aktiflerin ve pasiflerin ne ölçüde devredilebilir/nakledilebilir olduğu ve devrin/naklin nasıl gerçekleştirileceğidir<sup>144</sup>. Burada anılan hususlardan birincisi üzerinde durulacaktır.

İşletmenin malvarlığının belirlenmesi, ticaret şirketlerinde zor değildir. Çünkü işletme malvarlığı ile şirketin malvarlığı aynıdır. Buna mukabil gerçek kişi tacirde durum tamamen farklıdır. Gerçek kişi tacirin *kişisel malvarlığı* ile *işletme malvarlığının* sınırları saptanmalıdır<sup>145</sup>. Şüphesiz ticari işletmenin devri bakımından önem taşıyan bu ayrımın güçlüğü ise ortadadır. Zira her iki malvarlığı iktisadi açıdan ayrılmış olmakla birlikte sorumluluk hukuku açısından bir bütündür<sup>146</sup>. İşletme kapsamındaki borçlarından dolayı tacirin özel malvarlığına da başvurulabilir. Bunun tam tersi de olanaklıdır. Tacir özel malvarlığına ilişkin borç ilişkilerinden dolayı işletme malvarlığı ile de sorumludur.

Bir aktifin veya pasifin ticari işletmeye ait olabilmesi için tacire aidiyet ve işletmeye dâhil olma şartlarının ikisinin birlikte bulunması gerekir.

Ticari işletmeye ait unsurlardan söz edebilmek için, bunların her şeyden önce tacire aidiyeti gerekir. İşletmenin tacirin malvarlığının (ticaret şirketlerinde olduğu gibi<sup>147</sup>) tamamını veya (örneğin kişisel malvarlığı da olan gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi) bir kısmını oluşturmasının doğal sonucu, ticari işletme malvarlığının tacire aidiyeti olgusudur. Bu ölçüt ile anlatılmak istenen, en azından ilgili unsurun tacire bir hak, yetki veya onun hâkimiyeti altında olan bir fiili durum (zilyetlik) oluşturmasıdır. Zira devralanın iyiniyetle iktisap imkânı saklı kalmak kaydıyla, kimse sahip olduğundan fazlasını başkasına devredemez.

---

<sup>143</sup> Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir: Bkz. İkinci Bölüm, II, C, D.

<sup>144</sup> Bu konu aktifler açısından ileride ayrıntılı olarak incelenmiştir: Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, I; pasifler açısından bkz. aş. Üçüncü Bölüm, III, IV, C.

<sup>145</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 83.

<sup>146</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 83.

<sup>147</sup> TK 21/I'in karşıt anlamından anlaşılacağı üzere ticaret şirketlerinin adi alanı yoktur.

Tacire aidiyet esası, borçlar bakımından da geçerlidir. Sorumluluk süjesinin devreden tacir olmadığı bir borcun, ticari işletmeye dâhil sayılması söz konusu değildir.

Ticari işletmenin devri kapsamındaki aktif ve pasifler, her şeyden önce kurulma aşamasında veya kurulduktan sonra ticari işletme faaliyetine özgülenmiş olan aktif ve pasiflerdir<sup>148</sup>. Bu aktif ve pasifler özellikle alacakların ve borçların kaynaklandığı borç ilişkisi en geç, devirden veya devrin ilânından/ihbarından hangisi sonra yapılmış ise bu tarihten önce işletme kapsamında mevcut olmalıdır<sup>149</sup>.

Tacir, işletmesini kurarken veya sonradan bazı malvarlığı unsurlarını işletmesine sermaye olarak katabilir<sup>150</sup>. Ticaret hukuku bakımından hangi unsurların ticari işletme faaliyetinde sermaye olarak yer alacağı konusunda, tacirin irade özerkliği söz konusudur<sup>151</sup>. Bu çerçevede ticari işletme kapsamında yer alan bir unsurun faaliyette fiilen kullanılıp kullanılmadığı veya tamamen mi yoksa kısmen mi işletme amacına hizmet ettiği önem taşımaz. Tacirin ticari işletmesini kurarken işletmeye özgülediği unsurlar işletmenin envanter defterinde “*mevcut*” olarak yer alır (TK 73/I, II).

Ticari işletmeyle ilgili olduğu belirlenen unsurların ve borçların, ne ölçüde işletme gayesine hizmet ettiği de önem taşımaz. Bu keyfiyet ticari işletmenin devri sözleşmesinde, –esneklik ilkesi temelinde– hangi unsurların devralınacağı belirlenmesi ve

---

<sup>148</sup> Bu genel ilkeye vurgu yapan Esin, **a.g.e.**, s. 81.

<sup>149</sup> Aynı yönde Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 129, yazar görüşünü pasifler bakımından açıklamaktadır.

<sup>150</sup> Sermaye kavramı sadece ticaret şirketlerine özgü olmayıp, genel olarak işletmenin temel unsurudur. Niteliği gereği bir ticari işletmenin de az veya çok bir sermayesi bulunmak durumundadır. Sermaye kavramının tanımı için bkz. Arıcı, **a.g.e.**, s. 3.

<sup>151</sup> Vergi hukukunda da bir iktisadi kıymetin aktifleştirilebilmesi için her şeyden önce onun işletmeye aidiyeti şartı aranmıştır (“işletmede kullanım: VUK 187; GVK 40; 57; “ticari sermayeye dahil olma”: VUK 293; “işletmede vücuda getirilme veya inşa edilme”: VUK 394). Ancak iktisadi kıymetin işletmeye ait olmasının ne anlama geldiği tartışmalıdır. Hâkim olan görüş ticari defterler ve bilançoda gösterilmenin işletmeye ait olma şartını yerine getirdiği yönündedir. Başaran, **a.g.e.**, s. 180, dnp. 56’da anılan yazarlar. Farklı görüş Başaran, **a.g.e.**, s. 181, anılan yazar işletmeye ait olma konusunda, işletme gayesinin objektif bir bağ bulunmayan, bu gayenin elde edilmesinde hiçbir etkisi bulunmayan iktisadi kıymetlerin işletmeye ait olduğunun kabul edilemeyeceği görüşündedir. Bir başka deyişle bilanço ve defterlerde gösterilmiş olmak yeterli değildir.

bu bağlamda –işletme bütünlüğü ilkesi zedelenmeden– bazı unsurların devrin kapsamı dışında tutulması ihtiyacını gündeme getirebilir<sup>152</sup>.

Ticari işletmeye ait unsurların belirlenmesinde TK 3 anlamında ticari işletme ile ilgili olan işler ve TK 21/I'deki ticari iş karinesi<sup>153</sup> göre ilgili sayılan ticari işler temel ölçüt oluşturur<sup>154</sup>. Bu kapsamda tacirin ticari işletmeyle ilgili üstlendiği veya ticari iş karinesi uyarınca ticari iş sayılan borçlar işletmeye dâhil olur. Devreden tacirin alacaklısının, sahip olduğu alacağın devredilen ticari işletmeye ait olduğunu ileri sürmesi halinde, devralanın TK 21/I'deki karineyi çürütmesi gerekir. Devralan söz konusu alacağın ticari iş niteliğinde olmadığını ispat yükü altındadır<sup>155</sup>.

Kanımızca devreden birinden çok ticari işletmesi olması halinde, alacaklıların, sadece TK 21/I'deki karineden yararlanarak, alacaklarının devir konusu işletmeye ait olduğunu ileri sürebilmeleri ise kabul edilebilir değildir. Çünkü anılan karine uyarınca borcun ticari iş olduğu kabul edilebilecekse de, bu kabul söz konusu borcun birden fazla işletmeden mutlaka devredilen işletmeye ait olduğu sonucuna varılmasına elverişli değildir.

---

<sup>152</sup> Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir: İkinci Bölüm, II, C, D.

<sup>153</sup> TK 3 anlamında ticari işletmeyle ilgili ticari iş ve TK 21/I uyarınca ticari iş karinesi hakkında genel eserlere atıf yapmakla yetiniyoruz: Ülgen vd., **a.g.e.**, N. 176 vd. Arkan, **a.g.e.**, s. 62 vd. Ayrıca bu karinenin sisteme ters düştüğü ve gereksiz olduğu konusunda eleştiri için bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 63; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 25. Bu görüşe göre ticari işletme esasına dayanan TK'da, tacirlerin borçlarında değil, ticari işletmenin borçlarında asli niteliğin ticari olduğundan söz edilmesi daha doğru olurdu. Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Ülgen vd., **a.g.e.**, N. 183, anılan eserde TK'nın ticari işletme esasına üzerine kurgulanmadığı ve temelinde ticari işler/faaliyetler yattığı belirtilmektedir. Bu açıdan bir kısım ticari işin belirlenmesinde “tacir”den hareket edilmesi isabetsiz görülmemelidir.

<sup>154</sup> Buna karşılık TK'da sayılan diğer ticari işler [TK'da düzenlenen işler (TK 3) ile bir taraf için ticari olan sözleşmelerin diğer taraf için de ticari sayılmasından kaynaklanan işler (TK 21/II)], devredilecek ticari işletmenin kapsamının belirlenmesi bakımından önem taşımaz. Şöyle ki, tacirin akdettiği ancak ticari işletmesi ile ilgili olmayan ve TK 21/I'deki ticari iş karinesinin yürümediği bir sözleşme, karşı taraf için ticari nitelikte olabilir. Örneğin bu sözleşme karşı tarafın ticari işletmesi ile ilgili olabilir. Buna bağlı olarak bu sözleşme, TK 21/II uyarınca, artık anılan tacir açısından ticari iş niteliğindedir. Ancak tacirin ticari işletmesi ile ilgili olmayan (ve ticari iş karinesinin aksinin sabit olması şartıyla) bu tür bir ticari borç, tacirin ticari işletme kapsamındaki borçlarının belirlenmesinde işlev görmez. Aynı şey TK'da düzenlenen ticari işler açısından da söylenebilir.

<sup>155</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 129.

Devredilen ticari işletme kapsamında yer alan malvarlığı unsurlarının ve borçların belirlenmesinde, ticari defter kayıtları işlev görebilir<sup>156</sup>. Ancak bunlar mutlak ve tek ölçüt değildir. Özellikle ticari defterlerin usulüne uygun tutulmamış olması örneğin *ticari işletmeyle ilgili* aktif veya pasifin her nasılsa ticari defterlere kayıt edilmemiş olması, tek başına ilgili unsurun ticari işletme dışında tutulması sonucunu doğurmaz.

### **C. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI VE BK 179’UN UYGULAMA ALANI**

BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinin hukuk düzenimizdeki benzer kurumlardan farkının ortaya konulması, hem bu hükmün uygulama alanının hem de bu çalışmanın çerçevesinin belirlenmesi açısından yerinde olur.

#### **1. Borcun Nakli**

Borcun nakli, BK 173-181’de düzenlenmiştir. Borcun nakli borç ilişkisinin borçlusunu değiştiren bir işlemdir. Borcun içeriği ve konusunda bir değişiklik olmasa da<sup>157</sup> borçlunun değiştirilmesi, alacaklı açısından borcun ifasına yönelik tehlikeler taşıyabilir. Bir alacağın değeri, borçlunun ifa gücü ile de bağlantılıdır<sup>158</sup>. Sözleşme ilişkisinin borçlusunu belirleme ve bunun değişip değişmeyeceği konusunda karar verme yetkisi alacaklıya aittir. Nitekim irade özgürlüğü ilkesi de bunu gerektirir.

Borcun nakli konusunda borçtan kurtarma vaadi anlaşması (borcun iç yüklenilmesi) ile borcun nakli (borcun dış yüklenilmesi) anlaşmasının birbirinden ayırt edilmesi gerekir<sup>159</sup>. Borçtan kurtarma vaadinde üçüncü kişi borçluyu bir borcundan kurtarma ta-

---

<sup>156</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 97, 117; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zweiter Band, Dritte Aufl. Zürich, Schulthess, 1974, s. 398, dpn. 128; Becker., **a.g.e.**, § 181, N. 4.

<sup>157</sup> Spirig, **a.g.e.**, vorb. OR § 175-183, N. 36.

<sup>158</sup> Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 76.

<sup>159</sup> Spirig, **a.g.e.**, vorb. OR § 175-183, N. 36; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. B., İstanbul 2003, s. 1196.

ahhüdünde bulunur (BK 173/I)<sup>160</sup>. Bu anlaşma aksine özel hüküm (örneğin BK 238/I) bulunmadığı sürece her hangi bir şekle tâbi değildir<sup>161</sup>. Alacaklının dışında kaldığı bu ilişkinin kurulması ile borcun nakli gerçekleşmez<sup>162</sup>. Borçtan kurtarma vaadinde bulunan, sadece borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girer. Öte yandan bu sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi için alacaklının muvafakati de aranmaz<sup>163</sup>.

Borcun nakli alacaklı ile borcu yüklenecek üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşmedir (BK 174/I)<sup>164</sup>. Bu sözleşme ile eski borçlu borcundan kurtulur; onun yerine borcu yüklenen borçlu sıfatını taşımaya başlar<sup>165</sup>. Borcun naklinin, daha önceden yapılmış olan borçtan kurtarma vaadine alacaklının muvafakat etmesi ile gerçekleşmesine de engel yoktur (BK 174/II, III). Borçlunun rızası bulunmaksızın üçüncü kişinin alacaklıya karşı borcu üstlenmesi ender rastlansa bile<sup>166</sup> geçerlidir. Borcun nakli soyut bir işlemdir (BK 177/III). Yani borcun nakli anlaşmasının hüküm doğurması için geçerli bir hukuki sebebin veya bir borçtan kurtarma vaadi anlaşmasının yahut eski borçlunun muvafakatinin bulunmaları şart değildir (BK 174/I; OR § 176/I, BGB § 414)<sup>167</sup>. Borçtan kurtarma

---

<sup>160</sup> Rey/Gauch/Schlupe, **a.g.e.**, s. 296, N. 3775; Oğuzman./Öz, **a.g.e.**, s. 955.

<sup>161</sup> Feyzi N. Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 2. B., İstanbul 1977, s. 671.

<sup>162</sup> Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 666/667; von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 298, dpn. 17.

<sup>163</sup> Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 666, 671.

<sup>164</sup> Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 76.

<sup>165</sup> Rey/Gauch/Schlupe, **a.g.e.**, s.298, N. 3784; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 680; Eren, **a.g.e.**, s. 1199; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 276.

<sup>166</sup> Benzer yönde Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 674; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 959/960.

<sup>167</sup> Bu yönde von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 383; Becker, **a.g.e.**, § 176, N. 3; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 77; Spirig, **a.g.e.**, vorb. OR § 175-183, N. 89; Guhl Theo vd., **Das Schweizerisches Obligationenrecht**, 9. Aufl. Zürich, Schulthess, 2000, s. 286/287, N. 8/9; Rey/Gauch/Schlupe, **a.g.e.**, s. 298, N. 3785; Bucher, **a.g.e.**, s. 583; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 960; Eren, **a.g.e.**, s. 1200; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 680; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 273; Barandun, **a.g.e.**, s. 55. OR 176/I ve BK 174/I benzeri bir düzenlemeye (BGB § 414) sahip Alman hukuku bakımından aynı yönde H. Peter Westermann, [Hrsg: Westermann, Harm Peter], **Erman Bürgerliches Gesetzbuch**, Köln, Dr. Otto Schmidt, 11. Aufl. 2004, § 414, N. 1, Möschel [Hrsg: Kurt Rebmann vd.], **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 2 a, 4. Aufl. München 2003, § 414, N. 6; Mathias Rohe [H. Georg Bamberger / Herbert Roth (Hrsg)] **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, §§ 1-610, München, C. H. Beck, 2003, § 414, § 415, N. 5; Jauernig/Stürner, [Othmar Jauernig (Hrsg)], **Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**,

vaadinin alacaklıya bildirilmesinin icap teşkil etmesi ve bunu alacaklının kabul etmesinin borcun nakli sonucunun doğurması (BK 174/II-III, 175) farklı bir sonuca varılmasını gerektirmez.

Yeni borçlu açısından bir borçlandırıcı işlem olan borcun nakli, alacaklı açısından bir tasarruf işlemidir<sup>168</sup>. Bu yüzden borcun naklinin çifte karakterinden/etkisinden söz edilir<sup>169</sup>. Nakledilen borcun sona ermeyip aynen varlığını devam ettirmesi, borcun naklinin<sup>170</sup> tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesine engel değildir. Borçlunun değişmesi dahi alacakta değişiklik ve bundan dolayı tasarruf niteliği taşır<sup>171</sup>. Gerçek anlamda borcun nakli de budur<sup>172</sup>. Nihayet tıpkı alacağın temlikinde olduğu gibi, borcun nakli ile sözleşme ilişkisinin tarafı değişmez<sup>173</sup>. Bu yüzden sözleşmenin tarafına tanınmış ve tüm borç ilişkisiyle ilgili fesih veya dönme gibi yenilik doğuran haklar devralana geçmez. Borcun nakli de tıpkı borçtan kurtarma vaadi gibi her hangi bir şekle tâbi değildir.

Borcun naklinin BK 179 ile ilişkisi açısından bakıldığında, her şeyden önce BK 179 uyarınca ticari işletmenin sadece pasiflerinin devri mümkün değildir. Ticari işletme devredildiği için anılan hükümde işletme pasifinin nakli imkânı getirilmiştir. Hâlbuki borcun nakli ise sözleşme ilişkisinin sadece “*pasifinin*” devrine ilişkin bir kurumdur. Borç ilişkisinin “*aktif*” yani alacak, borç nakli ile devredilmiş olmayacağı gibi, bunun

---

10. Aufl., München 2003, § 414, 415, N. 1: Bununla birlikte üçüncü kişinin borcu ifasına kural olarak olanak tanıyan BGB § 267 karşısında, üçüncü kişi lehine sözleşmeye dair BGB § 333 uyarınca eski borçlunun borcun naklini red hakkı (Zurückweisungsrecht) bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Tartışma hakkında bilgi için bkz. Möschel, **MünchK BGB**, § 414, N. 6.

Karş. Ahmet Kılıçoğlu, , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan, 2003, s. 560, yazar borçlunun iradesi dışında onun yerine başkasının geçmesinin mümkün olmadığını söylemektedir.

<sup>168</sup> Tschäni, **BasK, OR I**, § 176, N. 6; Möschel, **MünchK BGB**, Vor. § 414, N. 4.

<sup>169</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 583; Eren, **a.g.e.**, s. 1200; Tschäni, **BasK, OR I**, § 176, N. 6.

<sup>170</sup> Bu özellik borcun naklini tecditten (BK 114/OR § 116) ayırır: Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 79; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 381; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 670.

<sup>171</sup> Spirig, **a.g.e.**, verb. OR § 175-183, N. 48.

<sup>172</sup> Borçtan kurtarma vaadi (anlaşması) terimi (Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.954) yerine borcun iç yüklenilmesi, borcun nakli terimi yerine borcun dış yüklenilmesi terimleri de öğretilerde kullanılmaktadır. Örneğin Eren, **a.g.e.**, s. 1196; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 272.

<sup>173</sup> Becker, **a.g.e.**, verb. § 175-183, N. 3.

aksi de varit değildir. Alacağın devri ile borcun nakli farklı iki işlemdir. Borcun nakli borç ilişkisinden doğan münferit bir borcun bir başka kişiye geçirilmesine ilişkin bir düzenleme iken, BK 179 dar anlamdaki borçların kanundan dolayı, topyekûn üstlenilmesini ve naklini öngörmektedir.

Bir diğer fark olarak, ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri için bir devir sözleşmesinin bulunması zorunludur. Bu devir sözleşmesinin ayrıca ticari işletmeyi devralanın eski borçlarından devredeni kurtarma vaadini içermesi şarttır. Bu yönüyle de ticari işletmenin pasifleri ile devri, borcun naklinden ayrılır. Zira soyut bir işlem olan borcun naklinin hüküm doğurması için üçüncü kişinin, borçluya borçtan kurtarma vaadinde bulunması şart değildir.

Yine borcun naklinden farklı olarak ticari işletmeyi pasifiyle devrinde, borçlar kanunen üstlenildiğinden ve intikal ettiğinden, bunun için alacaklıların muvafakati ve borcun nakli anlaşması yapılması gerekmez<sup>174</sup>.

Borcun nakli iradi bir işleme bağlı bir sonuç iken, alacaklılar nazara alındığında BK 179'a göre borcun intikali kanuna dayalı olarak gerçekleşir.

BK 179 uyarınca ticari işletmenin pasifleri ile birlikte devri ile borcun nakli (BK 173-178) müessesesi arasında açıklanan farklar dikkate alınarak, bu çalışmada borçların naklinin sadece BK 179 bakımından özellik arz eden yönleri incelenmiştir<sup>175</sup>.

## 2. İşletmenin Dolaylı Satımı

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin konusu, bünyesindeki aktif ve pasiflerin devri suretiyle ticari işletme organizasyonunun el değiştirmesidir. Hâlbuki bir ticaret ortaklığının ortağının değişmesi veya anonim ortaklık paylarının devri, işletme malvarlığı ile bunun sahibi arasında bir değişiklik meydana getirmez. Ortaklık hakkının veya payla-

---

<sup>174</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 33; von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 298/299, dpn. 19'da anılan diğer yazarlar; Barandun, **a.g.e.**, s. 82 vd.

<sup>175</sup> Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, E.

rın devri, devralanın ticaret ortaklığında hâkim olmasını sağlayacak şekilde gerçekleşmiş olması da bu gerçeği değiştirmemektedir. Ticaret ortaklığının işlettiği ticari işletmenin sahibi ortaklık tüzel kişisidir; yoksa tüzel kişinin ortakları değil. Bu yüzden anılan hal-lerde BK 179 kesinlikle uygulanamaz<sup>176</sup>.

Öte yandan Alman ve İsviçre öğretilerinde, işletme satımı/devri kavramına, işletmenin ait olduğu ticaret ortaklığının özellikle anonim ve limited ortaklığın payları-  
nın/ortaklık haklarının devri de (share deal) dâhil edilmektedir. Yeter ki ortaklık hakları-  
nın tamamı veya tamamına yakını<sup>177</sup> veya tarafların iradesi de bu yönde olmak kaydıyla  
ortaklıkta hâkim olmayı sağlayacak kısmı itibariyle devri söz konusu olsun<sup>178</sup>. Bu du-

---

<sup>176</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 70/71.

<sup>177</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 149; Oechsler, **a.g.e.**, N. 58; *Beisel* (Beisel/Klumpp), **a.g.e.**, K. 1, N. 27; Hans-Joachim Holzapfel/ Reinhard Pöllath, **Unternehmenskauf in Recht und Praxis**, 11. Aufl., Köln, RWS, 2003, s. 103; Lorenz, **a.g.m.**, s. 3; BGH WM 1980, 1006; BGHZ 65, 246 (Esin, **a.g.e.**, s. 127, dpn. 360'tan naklen); Peter Baldi, **Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft**, Zürich, Schulthess, 1975, s. 140 vd.; Lörtscher, **a.g.m.**, s. 69-71; Honsell, **a.g.e.**, s. 31; Tschäni, **a.g.e.**, s. 19; Rolf Watter, **Unternehmensübernahmen**, Kontrollwechsel in der Aktiengesellschaft mittels Aktienkauf, Übernahmeangebot, Fusion und verwandter Tatbestände, Zürich, Schulthess, 1990, s. 53; Esin, **a.g.e.**, s. 85; Schön, **a.g.e.**, s. 168. İsviçre hukukundaki farklı görüş için bkz. Pierre Cavin, "Kauf, Tausch, Schenkung", **Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse**, Hrsg: Vischer Frank, Siebenter Band, Erster Halbband, Basel und Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn, 1977, s. 78; Max Keller /Kurt Siehr, **Kaufrecht**, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, Schulthess, 1995, s. 129; Honsell, **a.g.e.**, s. 33; aynı yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 107 II 422; BGE 79 II 159 vd. (Keller/Siehr, **a.g.e.**, s. 128'den naklen).

<sup>178</sup> Alman hukuku bakımından aynı yönde örneğin bkz. Putzo [Bassenge Peter vd.], **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, 63. neubearbeitete Auflage, München, Verlag, C.H. Beck, 2004, § 453, N. 23; Oechsler, **a.g.e.**, N. 58; BGH WM 1970, 819; BGHZ 65, 246 (Oechsler, **a.g.e.**, N. 58, dpn. 17'den naklen); Schmidt, **Handelsrecht**, s.149/150; *Klumpp* (Beisel/Klumpp), **a.g.e.**, K. 16, N. 4. İsviçre hukuku öğretisinde hâkim olan benzer yaklaşım için bkz. Baldi, **a.g.e.**, s. 144 vd.; Markus Vischer, "Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen" **SZW** 2003/6, s. 337, dpn. 17; Markus Vischer, "Due diligence bei Unternehmenskäufen", **SJZ** 96 (2000), s. 231; Markus Vischer, "Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf", **SJZ** 2005/10, s. 233, dpn. 6'da anılan diğer yazarlar. Schön, **a.g.e.**, s. 182; Tschäni, **a.g.e.**, s. 49/50; Leupold, **a.g.e.**, s. 7. Ortaklığa hâkimiyeti sağlayacak ortaklık payı devrinde asgari sınır tartışmalıdır. Bu çalışmanın kapsamı dışında kalan bu tartışmalar ve bilgi için örneğin bkz. Bamberger/Roth/*Faust*, **a.g.e.**, § 453, N. 32; *Beisel* (Beisel/Klumpp), **a.g.e.**, K. 1, N. 27; Lieb, [Schmidt Karsten (Hrsg)], **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, Band 1, §§1-104. München, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, 1996, Anh. § 25, N. 157 vd.; İsviçre hukuku bakımından sorunun irdelenmesi ilgili olarak bkz. Baldi, **a.g.e.**, s. 144 vd.; Tschäni, **a.g.e.**, s. 49/50, 115/116.

rum, doğurduğu ekonomik sonuçlar açısından işletmenin satımı ve devrine benzer olduğundan, bu gün artık dolaylı (geniş anlamda) işletme satımı olarak değerlendirilmektedir.

Uygulamada ticaret ortaklıklarında özellikle anonim ortaklığın işletmesinin devralınması bakımından sıklıkla karşılaşılan, ortaklık haklarının/paylarının ilgili ortaklığa hâkimiyeti sağlayacak surette devralınmasıdır. Bu noktada bu çalışmanın çerçevesini, teknik anlamda bir ticari işletmenin aktif ve pasif malvarlığı ile devrinin (asset deal) oluşturduğu ifade edilmelidir. Ticari işletmenin devri ile ticaret ortaklığına ait ortaklık haklarının devri arasındaki nitelik farkı, ticari işletmenin devrinin ortaklıklar hukuku alanında uygulanmayacağı anlamına gelmez. Ticari işletmenin devri, ortaklıklar hukuku alanında da uygulanması mümkün bir reorganizasyon modelidir.

### 3. İşletmelerin Aktif ve Pasifi ile Birleşmesi

Bir işletme diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları bir malvarlığının (işletmenin) devralınmasından doğan haklara sahip olur. (BK 180/I). Önceden gerçek veya tüzel kişi olarak tek bir şahsa ait olup, sonradan kollektif veya komandit şirkete dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm uygulanır (BK 180/II). Görüldüğü gibi BK 180, iki işletmenin birleşmesine BK 179 çerçevesinde bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesinin hukuki sonuçlarını bağlamıştır<sup>179</sup>. Aynı sonuç bir işletmenin kollektif veya komandit şirkete dönüştürülmesinde de geçerlidir.

BK 179 ile BK 180 arasındaki temel fark, BK 179’da devir sonucunda işletmenin sahibi değişirken, BK 180’de işletmenin sahibi/sahipleri yeni kurulan şirkete (adi şirket, kolektif veya komandit şirket) katılır ve işletmenin doğrudan veya en azından dolaylı olarak sahibi olarak kalır<sup>180</sup>. Değinilmesi gereken diğer bir husus şudur: BK 180 içeriği

---

<sup>179</sup> Yasaman, **Birleşme**, s. 15; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 94; Tschäni, **BasK, OR I**, § 182, N. 2.

<sup>180</sup> Benzer yönde Becker, **a.g.e.**, § 182, N. 1; Tschäni, **BasK, OR I**, § 182, N. 2. Bu bağlamda kanunda kullanılan “*aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması*” ibaresinin isabetli olmadığı konusunda-

itibariyle işletmelerin birleşmesinin veya kollektif yahut komandit şirkete dönüştürülmesinin sadece sonuçlarına değinmektedir. Bununla birlikte anılan hükümde bu sonuçların doğması için BK 179'da aranan şartların aranıp aranmayacağı konusunda bir açıklık yoktur.

Öğretide BK 179'da öngörülen ilân/ihbar şartının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Hâkim olan görüşe<sup>181</sup> göre borçlardan sorumluluğun doğması için ilân/ihbar gerekmez. Dolayısıyla bu sorumluluk ile ilgili BK 179'daki iki yıllık süre, birleşme (aktiflerin karşılıklı olarak devralınması) tarihinden itibaren işlemeye başlar. Zira BK 180'de BK 179'a yapılan atıf, malvarlığının/işletmenin aktif ve pasifiyle devrinin şartlarına değil, sonuçlarına ilişkindir. Pasiflerden sorumluluğun başlaması için ilânı/ihbarı şart koşturmak, hem karşı edim söz konusu olmadığından<sup>182</sup>, hem ilânı/ihbarı yapmaya zorlayacak kimse mevcut olmadığından (zira işletmenin birleşmesinde her iki taraf işletme katılmaya devam etmektedir), işletme alacaklılarının durumunu güçleştirir<sup>183</sup>.

İleri sürülen diğer bir görüşe göre, borçlardan sorumluluğun başlaması için tıpkı BK 179'da olduğu gibi ilân/ihbar şarttır<sup>184</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşte

---

ki eleştirisi için bkz. Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 43, anılan eserde BK 180'in çerçevesine giren birleşmelerde, karşılıklı devralmanın söz konusu olmadığı, zira devralmak için ayrı bir varlık olarak devam etmek gerektiği belirtilmektedir.

<sup>181</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 70, dpn. 10; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1148; Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 257; Tschäni, **BasK, OR I**, § 182, N. 8; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 400; Rey/Gauch/Schluemp, **a.g.e.**, s. 308, N. 3839, anılan eserde işletmelerin aktif ve pasifleri ile birleşmesinde ilânın/ihbarın zorunlu olmadığı sonucuna varılırken, bu halde kural olarak işletme alacaklılarının durumun iyileştirildiği gerekçesine dayanılmaktadır. von Büren, **a.g.e.**, s. 355/356; Bucher, **a.g.e.**, s. 592; Barandun, **a.g.e.**, s. 128.

<sup>182</sup> von Büren, **a.g.e.**, s. 355/356.

<sup>183</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 70, dpn. 10. Örneğin BK 182'de öngörülen pasiflerden sorumluluğun işletmelerin birleşmesinden itibaren kendiliğinden gerçekleştiği kabul edilmezse, bu sefer alacaklılara kurulan (adi) şirketin tasfiye payını haczettirmeyi önermek zorunda kalınabileceği ve bu durumun alacaklıların alacaklarını tahsil etmesini zorlaştırıcı bir yol olduğu belirtilmektedir: von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 400.

<sup>184</sup> Becker, **a.g.e.**, § 182, N. 2; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 94 vd.; Spirig, **a.g.e.**, Art. 182, N. 26 vd.

olup, işletmelerin aktif ve pasifi ile birleşmesinde ancak ilândan veya ihbardan sonra borçların geçeceğini ve kurulan şirketin borçları haline geleceğini kabul etmektedir<sup>185</sup>.

Biz de bu son görüşe katılıyoruz. Bir kere mevcut sistemde bir işletmenin aktif ve pasifi ile devralınmasına ilişkin esaslardan (BK 179), iki işletmenin birleşmesinde ayrılmayı gerektiren haklı bir neden yoktur<sup>186</sup>. Örneğin iki işletmenin bir trampa akdine dayalı olarak karşılıklı olarak devralınmasında, –birleşme söz konusu olmadığı için<sup>187</sup>– BK 179’a göre ilân/ihbar şartı aranırken, bu koşulun aynı işletmelerin BK 180 uyarınca birleşmesinde aranmaması tutarlı değildir. Bir an için BK 180’in, BK 179’a sadece işletmenin (aktif ve pasifleri ile) devrinin hükümleri yönünden atıfta bulunduğu kabul edilse bile, bu hükümler arasında müteselsil sorumluluğun devam edeceği iki yıllık sürenin de bulunduğu unutulmamalıdır<sup>188</sup>. Bu süre geçince önceki borçlunun sorumluluğu sona erer ve borçların nakli gerçekleşir. Ancak, ilân/ihbar edilmesine gerek olmaksızın birleşme işlemi/işlemleri ile birlikte söz konusu iki yıllık sürenin işlemeye başlaması ve sonunda işletme alacaklılarının yeni bir borçlu ile muhatap olması kabul edilebilir değil-

---

<sup>185</sup> BGE 60 II 104, 105. (Spirig, **a.g.e.**, Art. 182, N. 26’dan naklen).

<sup>186</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art. 182, N. 27.

<sup>187</sup> Trampa akdine dayalı olarak işletmelerin karşılıklı devralınmasında BK 179’un/e.OR § 181’in uygulanacağı konusunda bkz. Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 25.

<sup>188</sup> Hakim görüşten farklı olarak *Acemoğlu’na* göre bu iki yıllık süre BK 180 sistemine aykırıdır ve süre sınırlaması söz konusu olmamalıdır (**a.g.e.**, s. 70, dpn. 10). Yazara göre eski işletme sahipleri, zamanasını süresi içinde başka bir süre sınırlamasına tâbi olmaksızın borçlardan sorumlu olmaya aynen devam etmelidir. Kanımızca bu yorum kanuna aykırıdır. BK 180’de BK 179’daki malvarlığının/işletmenin devrinin sonuçlarına atıf yapılırken, herhangi bir istisnaya ve farklı bir hükme yer verilmemiştir. Ayrıca *Tunçomağ’ın* (**a.g.e.**, s. 1148) birleşme sonucunda meydana gelen işletme malvarlığının, borçlardan bir süre ile sınırlı olmaksızın sorumlu olacağını, buna karşılık iki yıllık sürenin her iki işletme sahibinin kendi işletmelerinden doğan borçlarından diğer (kişisel) malları ile sorumluluğu bakımından söz konusu olduğunu ileri sürmesinin kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Ne BK 179’da ne BK 180’de işletme “malvarlığının borçlardan sorumlu olması” düzenlenmektedir. Dolayısıyla bir tür işletme malvarlığı ile sınırlı sorumluluk yaratıp, iki yıllık sürenin buna özgülmesi, en azından pozitif düzenleme açısından isabetli değildir.

dir<sup>189</sup>. Zira bu olasılıkta birleşen işletmelerin taraflarının tamamen iç ilişkisi kapsamındaki birleşme işleminden alacaklıların haberdar olma imkânı ortadan kaldırılmaktadır<sup>190</sup>.

Öte yandan BK 180'in ancak ilân/ihbar gerekmeksizin işletmelerin aktif ve pasifi ile birleşmesini düzenlediğinin kabul edilmesi halinde anlam kazanacağı; aksi halde BK 179 hükmünün bir kere daha BK 180'de tekrar edilmiş olacağı itirazı<sup>191</sup> da kısmen yerinde değildir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere iki kanun maddesi arasındaki temel fark, BK 179'da işletmenin devri ve devir sonucunda işletmenin sahibinin değişmesi söz konusudur. Hâlbuki BK 180 uyarınca işletmelerin aktif ve pasifi ile birleşmesinde, önceki işletme sahibi/sahipleri yeni kurulan şirkete (adi şirkete) katılır ve işletmenin sahibi olarak kalır. O halde BK 180/I'de, BK 179'da düzenlenmeyen ve hukuki niteliği farklı olan bir işlem söz konusudur. Buna karşılık işletmenin aktif ve pasifi ile kolektif ve komandit şirkete dönüştürülmesi bakımından BK 180/II'de BK 179'a atıf yapılması gereksizdir. Zira kolektif ve komandit şirketler (adi şirketten farklı olarak) hak ve borçlara ehil birer tüzel kişi tacir olup (TK 136/137), tek kişi işletmesinin anılan şirketlere dönüştürülmesi, işletmenin (sermaye konulmak suretiyle) devrinden farklı bir işlem değildir<sup>192</sup>. Bu işlem sonucunda, işletmenin önceki sahibi, ilgili kişi ortaklığının ortağı olsa bile, hukuken işletmenin sahibinde değişiklik meydana gelmektedir. Bu durum (işletmenin devri) ise zaten BK 179'un uygulama alanına giren bir haldir.

Nihayet tıpkı BK 179'da olduğu gibi, BK 180'de de işletmelerin aktif ve pasifi ile birleşmesinden ve kolektif ve komandit şirkete dönüştürülmesinden söz edebilmek

---

<sup>189</sup> Benzer yönde karşı. Spirig, *a.g.e.*, Art. 182, N. 26.

<sup>190</sup> BK 179'daki iki yıllık süre ve bu süre içinde devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu, önemli bir işleve sahip olup, BK 179 uyarınca işletmeyi devralanın işletme alacaklılarının muvafakatı aranmaksızın işletme borçlarını üstlenmesine (alacaklılar açısından sözleşme özgürlüğü ilkesine istisna getirilmesine) bir denge oluşturmak için kabul edilmiştir.

<sup>191</sup> Barandun, *a.g.e.*, s. 128/129.

<sup>192</sup> Bu açıdan –yukarıda kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde– gereksiz bir hüküm olan BK 180/II kanundan çıkarılmalıdır.

için, birleşmeyi öngören sözleşmede tarafların işletmenin aktif ve pasifi ile devralınması konusunda anlaşmaya varması zorunludur<sup>193</sup>.

#### 4. Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin genel hüküm olan TK 146/I'de birleşme tanımlanmıştır: “*Birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir*”. Öğretide birleşme, bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, külli halefiyet ilkesi uyarınca kendiliğinden geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan değiş-tokuş ölçüsüne göre, birleşilen ortaklıkta kendiliğinden ortaklık payı kazanması olarak tanımlanmaktadır<sup>194</sup>. TK Tasarısı'nda birleşme “*Birleşme devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesi*”dir şeklinde tarif edilmiştir (TK Tasarısı, 136/III).

Anılan tanımlarda belirtilen karakteristik özellikleri nazara alındığında ticaret ortaklıklarının birleşmesinin, ticari işletmenin devrinden farkları ortaya çıkar. Birleşmede külli halefiyet ilkesi geçerlidir. Külli halefiyet ilkesi birleşmenin kanunda yer alan temel hükmü ve sonucudur. Birleşme sonucunda bilinen veya bilinmeyen tüm aktif ve pasifler otomatik olarak ve topyekûn devralana geçer<sup>195</sup> (TK 150, TK 451 vd.). Bunun için her

---

<sup>193</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art. 182, N. 19; Tschäni, **BasK, OR I**, § 182, N. 9.

<sup>194</sup> Ünal Tekinalp/Reha Poroy/Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul, Arıkan, 2005, N. 141; Hamdi Yasaman, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.I, İstanbul 2003, s. 700. Benzer tanımlar için bkz. Yasaman, **Birleşme**, s. 5/6; Türk, **a.g.e.**, s. 37/38. Birleşmenin unsurları yönünden benzer açıklamalar için bkz. Mehmet Bahtiyar, “Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi”, **Şirket Birleşmeleri**, (Ed: Sumer/Pernsteiner), İstanbul, Alfa, 2004, s. 5/6.

<sup>195</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Yasaman, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, s. 701; Yasaman, **Birleşme**, s. 22 vd.; Türk, **a.g.e.**, s. 160 vd.

bir münferit malvarlığı unsurunun devrinin tâbi olduğu şekil kurallarına uyulması gerekmez. Hâlbuki ticari işletmenin devrinde aktifler yönünden BK 179'da özel bir düzenleme bulunmadığından, cüz'i halefiyet ilkesi söz konusudur.

Birleşme işletme malvarlığının devri ile sınırlı bir reorganizasyon modeli değildir. Birleşmede ortaklık haklarının devamı ilkesi mevcuttur<sup>196</sup>. Birleşme ortaklık haklarında önemli değişikliklere yol açar. Malvarlığının yeniden yapılandırılmasından başka, birleşmede ayrıca ortaklık haklarının yeniden yapılandırılması amaçlanır. Birleşen ortaklığın ortaklarına, belirlenen değiş-tokuş ölçüsüne göre birleşilen ortaklıkta ortaklık hakkı tanınır. Birleşme birleşen ve bu şekilde hukuki varlığı sona eren şirketin ortakları ile malvarlığı arasındaki dolaylı hukuki ilişkiyi, birleşilen şirket aracılığıyla devam ettiren bir işlemdir<sup>197</sup>.

Buna karşılık BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devrinde, ortaklık haklarının yeniden yapılandırılması söz konusu değildir. Bir ticaret şirketinin işletmesinin devri, şirketin ortaklarını, satılan malvarlığından yabancılaştıran bir işlemdir. Bu bağlamda ticari işletmenin devrinde birleşmeye özgü olan, ortakların özel korunması sisteminin uygulanması söz konusu değildir.

Birleşmede türlerin aynı olması ilkesi geçerlidir (TK 147). Buna karşın ticari işletmenin devri genel bir müessese olup, devir ilişkisinin taraflarına ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

Birleşmede ayrıca birleşen ortaklık alacaklılarına itiraz hakkı tanınmıştır (TK 150)<sup>198</sup>. Hâlbuki ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri bakımından BK 179'da alacak-

---

<sup>196</sup> Yasaman, **Birleşme**, s. 12, 32/33. Yasaman, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, s. 698, 700-702.

<sup>197</sup> Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s. 122, dpn. 96.

<sup>198</sup> Belirtelim ki anonim şirketlerin birleşmeleri ve anonim şirketin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket tarafından devralınması konusunda TK 451-453'te özel düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemenin kaynağı, İsviçre Borçlar Kanunu'dur (Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 6, dpn. 5). TK 146 vd. hükümleri 1881 tarihli İtalyan eski Ticaret Kanunu'na dayanır (Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 6, dpn. 5). Özel hüküm bulunmadığı sürece birleşmeye ilişkin genel hükümlerin (TK 146 vd.) uygulanacağı anonim şirketlerin birleşmesine ilişkin düzenleme (TK 451/452), birleşen ortaklıkların malvarlıklarının birbirinden ayrı

lılara bir itiraz hakkı tanınmamıştır. Kanunkoyucu BK 179 yönünden hem devralanın hem devredenın müteselsil sorumluluğunun alacaklılar bakımından yeterli koruma sağlayacağını kabul etmiştir.

BK 179'a göre ticari işletmenin devrinde tüm aktif ve pasiflerin devri şart değildir. Bazı aktif ve pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılması, BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinin gerçekleşmesine engel değildir. Buna karşılık birleşmenin konusu, şirketin tüm aktif ve pasiflerinin devridir. Bazı aktif ve pasiflerin kapsam dışı bırakılması birleşmenin niteliği (tasfiyesiz infisah ilkesi uyarınca birleşen şirketin hukuki varlığının birleşmenin tekemmül etmesi ile ortadan kalkması) gereği mümkün değildir.

Açıklanan temel farklar dikkate alındığında, TK hükümlerine göre birleşmenin mevcut olduğu hallerde, artık BK 179'un uygulanması mümkün değildir<sup>199</sup>. Bir başka deyişle BK 179'un birleşme hükümleri ile birlikte uygulanması veya kıyasen birleşme hükümlerini tamamlaması olanaksızdır.

TK hükümleri çerçevesindeki birleşmelerde BK 179'un uygulanmamasından, ticaret şirketlerinin TK anlamında birleşme teşkil etmemek şartıyla, işletmenin devrine/devralınmasına başvuramayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. İşletmenin devri, ticaret şirketleri açısından alternatif bir reorganizasyon modeli olarak kalmaya devam eder. Bu devir modeli ise BK 179'un kapsamına giren bir işlemdir<sup>200</sup>.

---

yönetilmesi esasına dayanır (TK 451/b.2-6). Bu hükümlerde birleşme işlemleri ve prosedürü ayrıntılı düzenlenmediği gibi, TK 150'nin aksine alacaklıların itiraz hakkı da düzenlenmemiştir. Öğretide itiraz hakkını düzenleyen TK 150'nin anonim şirket birleşmelerine uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır: Bir görüşe göre TK 150'deki itiraz hakkı hükümleri anonim şirket birleşmelerine de uygulanabilir (Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, **a.g.e.**, N. 161). Hakim görüşe göre ise birleşen ortaklıkların malvarlıklarının birbirinden ayrı yönetilmesi ile alacaklıların korunması esasına ve farklı bir kaynak kânun sistemine dayanan TK 451 vd. hükümleri çerçevesinde alacaklıların itiraz hakkı yoktur: Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s. 220-222; Yasaman, **Birleşme**, s. 98-99; Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, TTK Şerhi II**, İstanbul, Temel, 1988, s. 1509; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 14/15.

<sup>199</sup> Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s. 178-181; Yasaman, **Birleşme**, s. 15-17.

<sup>200</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 41; Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s. 181-183, dñn. 281'de anılan diğer yazarlar; Yasaman, **Birleşme**, s. 16-18. Farklı görüşte Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 70-72, anılan yazar birleşen ticaret şirketleri aynı neviden değilse, BK 179-180'in uygulanacağını; ancak aynı neviden

## 5. Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi

### a. Pozitif hukuk açısından

Pozitif hukuk açısından bölünme, bir sermaye şirketinin malvarlığının tümünü (iki ayrı şirkete) veya bazı kısımlarını bir bütün halinde mevcut veya kurulacak bir<sup>201</sup> veya daha çok sermaye şirketine<sup>202</sup> devredip, karşılığında devralan şirketin/şirketlerin paylarını ya kendisinin veya ortaklarının kazanmasıdır (KVK 19/III).

Bir reorganizasyon modeli olarak bölünme kurumu, Türk hukukunda genel olarak düzenlenmemiştir. Özel düzenlemelerle ve istisnaen bazı şirketlerde bölünmeye benzer yapılandırma modellerinin kabul edilmiş olması, şirketler hukukunda genel bir düzenlemenin varlığını göstermez<sup>203</sup>.

TK'da bölünme ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, sermaye şirketleri açısından bölünme vergi hukuku açısından düzenlenmiştir (KVK 19/III ve 20/II, III)<sup>204</sup>. Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Anonim ve Limited

---

olup, ilgili şirket anonim veya limited şirket ise, birleşme değil *devir bile mevcut olsa*, artık BK 179'un uygulanamayacağı görüşündedir. Zira TK'da sermaye ortaklıklarının başka sermaye ortaklıkları tarafından devralınması ile ilgili özel hükümler bulunduğu ve alacaklıların korunması amaçlandığından, BK 179'un uygulanması söz konusu olmaz. Bu görüşün haklı eleştirisi için bkz. Yasaman, **Birleşme**, s. 17, yazar BK 179'un kişi ortaklıklarına uygulanıp, diğer ticaret ortaklıklarına uygulanamaması ayrımının yapay olduğunu, TK'da kişi ortaklıklarının birleşmesinin de genel hükümler ile düzenlendiğini ve bu anlamda alacaklıların korunması esasının sermaye ortaklıklarında olduğu gibi, kişi ortaklıklarında da söz konusu olduğunu açıklamaktadır.

<sup>201</sup> Devralan şirketin bir adet olabilmesi, sadece kısmi bölünmede söz konusudur (KVK 19/III, b).

<sup>202</sup> Tam bölünmede devralan sıfatını taşıyan, en az iki sermaye şirketi aranır (KVK 19/III, a). Buna bağlı olarak bölünen en az iki ayrı malvarlığı bölümü bulunmalıdır.

<sup>203</sup> Hukukumuzda bölünmeye benzer kabul edilen münferit ve istisnai düzenlemeler hakkında Helvacı, **Bölünme**, s. 23 vd.; Tekinalp, **Mükellefin**, s. 33/34.

<sup>204</sup> Vergi hukuku açısından bölünme genel olarak ilk defa mülga 3.6.1949 tarihli ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 38. ve 39. maddelerinde, 26.06.2001 tarihli ve 4864 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak düzenlenmiştir. Bu kanun (eski KVK) 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (md. 36) ile yürürlükte kaldırılmıştır. Ancak şimdiki KVK'da da vergi hukuku açısından temelde benzer bir düzenleme mevcuttur (md. 19/20).

Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliği de<sup>205</sup> diğer bir kaynak olarak yer almaktadır<sup>206</sup>.

KVK 19/III-a uyarınca tam mükellef bir sermaye şirketinin tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün mal varlığını, alacaklarını ve borçlarını kayıtlı değerleri<sup>207</sup> üzerinden mevcut veya yeni kurulacak iki veya daha fazla tam mükellef sermaye şirketine devretmesi ve karşılığında devredilen sermaye şirketinin ortaklarına devralan sermaye şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisseleri verilmesi<sup>208</sup>, bu Kanunun uygulanmasında tam bölünme hükmündedir.

Kısmî bölünme ise KVK 19/II-b uyarınca tam mükellef bir sermaye şirketinin veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye'deki işyeri veya daimî temsilcisinin bilançosunda yer alan taşınmazlar<sup>209</sup> ile en az iki tam yıl süreyle elde tutu-

---

<sup>205</sup> RG 19.9.2003; S: 25231. Bu tebliği Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile birlikte çıkaran Maliye Bakanlığının yetkisi mülga KVK 38/son fıkraya dayanmakta ise de, Maliye Bakanlığına aynı konuda tebliğ ile düzenleme yetkisi yeni KVK 19/son fıkra ile tekrar tanınmıştır. Dolayısıyla eski KVK'nın ilga edilerek yeni KVK'nın kabulünün, aynı konuda yeni bir tebliğ çıkarma yetkisi kullanılmadığı sürece bu tebliğin geçerliliğini etkilemediği düşüncesindeyiz. Sonuç olarak aynı yönde Cem Tekin / Emre Kartaloğlu, **Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Ankara, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2007, s. 902.

<sup>206</sup> TK Tasarısı'nın bölünme hükümlerinden esinlenilerek hazırlanan Bölünme Tebliğinin, birçok yönden kanuni dayanağı bulunmadığı ve mahkemece iptalinin mümkün olduğu yönündeki isabetli görüş için bkz. Helvacı, **Bölünme**, s. 26.

<sup>207</sup> VUK 265 uyarınca mukayyet değer, bir iktisadi kıymetin muhasebe kayıtlarında gösterilen hesap değeridir.

<sup>208</sup> Bölünme karşılığı payların bölünen şirkette kalması imkânı sadece kısmi bölünmede söz konusudur. Tam bölünmede bölünen şirket tasfiyesiz infisah olacağından, bölünme karşılığı paylar neticede ortaklara verilir. Ancak bölünmenin ortaklık hukuku yönü düzenlenmediğinden, ortaklara bölünme karşılığı payların nasıl kazandırılacağı tartışmalıdır. Birleşme hükümlerinden (kıyasen) yararlanılabileceği yönünde Ünal Tekinalp, "Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi, Hisse Değişimi ve 4864 sayılı Kanun'un İşleriği", **Mükellefin Dergisi**, 2001 (Ekim) S. 106, s. 42; Erdoğan Moroğlu, "Kurumların Yeniden Yapılandırılmasında Vergisiz Alternatifler, Bölünme, Birleşme, Hisse Takasları", 24.10.2002, **TÜSİAD Vergi Çalışma Komisyonu**, Ceylan İntercontinental, s. 6/7; Akuğur, **a.g.e.**, s. 65, dpn. 203; Çoştan, **a.g.e.**, s. 146, dpn. 390.

<sup>209</sup> Taşınmazların devrinde, iştirak hisselerinden farklı olarak, belirli bir aktifte kalma süresi öngörülmemiştir. Özbalcı Oluş Mali Hukuk Bürosu, **Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Ankara, Oluş Yayıncılık A.Ş., 2007, s. 589.

lan iştirak hisseleri<sup>210</sup> ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını<sup>211</sup> kayıtlı değerleri üzerinden aynî sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devretmesi, bu Kanunun uygulanmasında kısmî bölünme hükmündedir. Ancak, üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur (KVK 19/II-b, cümle 2). Kısmî bölünmede devredilen varlıklara karşılık edinilen devralan şirket hisseleri, devreden şirkette kalabileceği gibi, doğrudan bu şirketin ortaklarına da verilebilir (KVK 19/II-b, cümle 3). Taşınmaz ve iştirak hisselerinin bu kapsamda devrinde, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devri zorunludur ((KVK 19/II-b, cümle 4).

KVK 20/II'deki şartlara uyulduğu takdirde, tam bölünme işleminden ve KVK 20/III uyarınca kısmi bölünme işleminden doğan kazançların *hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği* kabul edilmiştir<sup>212</sup>.

KVK 20/II ve III'de ayrıca tam bölünmede ve kısmi bölünmede, ayrıca bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından bölünen

---

<sup>210</sup> Eski düzenlemede (mülga KVK 38/II) iştirak hisselerinin kısmi bölünmeye konu olabilmesi için herhangi bir süre ile elde bulundurma şartı bulunmamakta idi. Şimdiki hükümdede ise iştirak hisselerinin kısmi bölünme kapsamında vergisiz olarak devredilebilmesi için en az iki tam yıl süreyle işletme aktifinde kayıtlı olma şartı getirilmiştir: Aynı yönde Tekin/Kartaloğlu, **a.g.e.**, s. 908.

<sup>211</sup> Eski düzenlemede (mülga KVK 38/II'de), üretim ve hizmet işletmelerinin yanı sıra, bu işletmelere bağlı gayri maddi haklar, hammadde, yarı mamul ve mamul malların kısmi bölünme uygulaması kapsamında vergisiz olarak devredilebileceği düzenlenmiş idi. Bu durum bir eksiklik olarak görülmüş olmalı ki, Bölünme Tebliğinde kısmi bölünme işleminin bir üretim tesisinin veya işletmenin parça parça elden çıkarılması niteliğinde olmaması ve üretim tesislerinin ve hizmet işletmelerinin faaliyetin devamı için gerekli unsurları ile birlikte bütünlük içinde devralınması gerektiği ifade edilmiştir (md. 1/II). Ancak öğretilde haklı olarak Bölünme Tebliğinin anılan hükümlerinin, ne ölçüde kanuna (mülga KVK 38/II'ye) uygun olduğunun şüpheli olduğu belirtilerek, eleştirilmektedir: İsbetli olan bu tespit için bkz. Helvacı, **Bölünme**, s. 26, dpn. 56. İşte yeni düzenlemede mülga KVK 38/II'de sayılan münferit aktifler ile ilgili ibare çıkarılmıştır. Böylece vergi hukuku açısından bölünme konuları sınırlandırılmıştır. Mülga KVK 38/II'de sayılan ancak mevcut düzenlemede bulunmayan unsurlar, KVK 19 uyarınca ancak işletme ve işletme bölümlerinin devri kapsamında devredilebilir. Aynı yönde Tekin/Kartaloğlu, **a.g.e.**, s. 897.

<sup>212</sup> Buna karşılık bölünme öncesi kıst dönem kazancı genel rejim uyarınca vergiye tâbidir: Özbalcı, **a.g.e.**, s. 578.

kurumun varlıklarını devralan kurumların *müteselsil sorumluluğu* öngörülmüştür. Bunun için tam bölünmede devralan kurumlardan bir taahhütname alınır (KVK 20/II, b). Kısmi bölünmede ise böyle bir taahhütname aranmamış; sorumluluk doğrudan kanunda belirtilmiştir. Ayrıca kısmi bölünmede müteselsil sorumluluk, devralınan varlıkların emsal bedeli ile sınırlıdır (KVK 20/III)<sup>213</sup>.

Ayrıca ekleyelim ki, özellikle vergi hukuku ve vergi istisnasından yararlanmak açısından, KVK 19'a göre yapılacak bölünmelerde aktif ve pasif düzenleyici hesaplar, ilgili olduğu aktif veya pasif hesapla birlikte devrolunur (KVK 19/IV).

KVK'daki bu düzenlemeler yasa yapma tekniği açısından eleştiriye açıktır ve bölünmenin uygulanması kendi içinde birçok sorunu barındırmaktadır<sup>214</sup>. Nitekim eski KVK döneminde, bölünmenin ticaret hukukunda öngörülmeksizin vergisel boyutunun düzenlenmesi eleştirilmiştir<sup>215</sup>.

Öğretide bölünmenin hukuken mümkün olup olmadığı ve mümkün olsa bile bunun hangi hukuki temele göre gerçekleştirileceği tartışmalıdır. Öğretide savunulan ve isabetli olan hâkim görüşe göre, özellikle KVK'da düzenleme ve aynı sermaye konulmasına ilişkin kurallar ile BK 179 uyarınca borçların kanunen nakli imkânından yararlanılarak, bölünmeye benzer bir yapılanma gerçekleştirilebilir<sup>216</sup>. Bu yaklaşım, KVK'da

---

<sup>213</sup> Emsal bedeli ile sınırlama yenilik niteliğinde olup, mülga KVK 39'da böyle bir sınırlama bulunmamaktadır.

<sup>214</sup> Bu çalışmanın kapsamını aşacağından, burada tüm sorunlar irdelenmesi mümkün değildir. Hemen belirtelim ki anılan sorunların başında, Türk hukukunda bölünmenin mümkün olup olmadığı ve mümkün olsa bile hangi temele ve kurallara dayanacağı gelmektedir. Bu konu ise devam eden açıklamalarımızda ortaya konulmuştur.

<sup>215</sup> Örneğin bkz. Moroğlu, *a.g.e.*, s. 5; Yasaman, *Ünal Tekinalp'e Armağan*, s. 708/709; Helvacı, *Bölünme*, s. 30/31.

<sup>216</sup> Tekinalp, *Mükellefin*, s. 33, 39, 40/41; Ünal Tekinalp, "Bölünmenin Bugünkü Maddi Hukuk Cephesi" *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan*, Ankara, Seçkin, 2004 s. 552/553; Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, *a.g.e.*, N. 189h vd.; Arslan Kaya, "Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi ve Hisse Değişimi Konularında 4684 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme ile Oluşan Hukuki Durumun Değerlendirilmesi", *Banka-Mali ve Ekonomik Yorumlar*, 2001/10, s. 56 vd., 60; Moroğlu, *a.g.e.*, s. 9; Helvacı, *Bölünme*, s. 31/32; Çoştan, *a.g.e.*, s. 140 vd., s. 144; Özbalcı, *a.g.e.*, s. 580. Bölünmenin özel olarak düzenlenmediği (FusG'den önceki) dönemde İsviçre hukukunda da bölünme, aynı sermaye

vergi kolaylıkları getirilmekle birlikte, bölünmenin *özel hukuk yönünün* (örneğin külli halefiyet ilkesinin, bölünme prosedürünün ve bu bağlamda intikal eden malvarlığının karşılığında payların bölünmenin tescili ile kendiliğinden kazanılmasına ilişkin esasların) düzenlenmemiş olduğunu esas almaktadır.

İkinci bir görüşe göre ise külli halefiyet ilkesini esaslı unsur olarak barındıran bölünme işleminin, kanunda açıkça düzenlenmemesi karşısında, vergi hukuku kurallarının tanımladığı şekliyle gerçekleştirilmesinin de mümkün değildir<sup>217</sup>. Buna göre bölünmenin düzenlenmiş olmasından söz edebilmek için bölünmenin tanımı, neveleri, usulü, ortakların durumu ve alacaklıların korunmasına ilişkin hükümlerin ihdas edilmiş olması gerekir. Sonuç olarak bu görüş çerçevesinde, bölünmenin TK'da öngörülmemiş olmasının, vergileme rejimi ile ilgili düzenlemenin "*işlerliğe kavuşması*"nı engelleyeceği sonucuna varılmaktadır<sup>218</sup>. Ancak bu görüşü savunan *Yasaman*, sermaye şirketlerinin bölünme yoluna başvurması halinde, kanunda öngörülen vergi istisnalarından yararlanacaklarını, bölünen ortaklığın hak ve borçları ile malvarlığının intikalinin TK'daki genel hükümlere tâbi olduğunu, borçların naklinin ise BK 179 uyarınca gerçekleşebileceğini belirterek<sup>219</sup>, esasen ilk savunulan görüşe yaklaşmıştır.

Tamamen farklı yöndeki üçüncü bir görüşe<sup>220</sup> göre ise KVK'da düzenlenen bölünmede "*külli halefiyet ilkesi açıkça düzenlenmiştir*"<sup>221</sup>. Şöyle ki, kanun (tam) bölünme

---

ye temelinde, cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca ve şartları gerçekleşmişse e.OR § 181'den (BK 179) yararlanılarak gerçekleştirilmekte idi: Bu yönde bkz. Alexander Vogel/Christoph Heiz/ Urs Behnisch, **FusG Kommentar, Fusionsgesetz**, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, Fusionsgesetz artikelweise kommentiert, Änderungen bisherigen Rechts, Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung, unter Mitarbeit von lic. iur. Andrea Sieber, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2005, § 29, N. 6; Morscher, [Rolf Watter vd. (hrsg)], **Basler Kommentar Fusionsgesetz**, Basel-Genf-München, Helbing& Lichtenhahn, 2005, § 1, N. 40; Tekinalp, **Mükellefin**, s. 41, dpn. 12.

<sup>217</sup> Özbalcı, **a.g.e.**, s. 580; Yasaman, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, s. 708 vd. Hem mülga KVK hem şimdiki KVK md. 19 açısından aynı yönde Özbalcı, **a.g.e.**, s. 580.

<sup>218</sup> Özbalcı, **a.g.e.**, s. 580; Yasaman, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, s. 712.

<sup>219</sup> Yasaman, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, s. 711.

<sup>220</sup> Akuğur, **a.g.e.**, 63-66, 69/70, 72/73.

açısından bölünen ortaklığın *tasfiyesiz infisah* edeceğini, devredilen malvarlığı kıymetlerinin intikalini ve bunun karşılığında devralan ortaklıklarda pay sahipliği sıfatını (pay sahipliğinin devam ilkesini) öngörmüştür. Tasfiyesiz infisah ise külli halefiyet ilkesinin bir gereğidir. KVK’da tıpkı TK gibi bir kanun hükmü olduğuna göre, bölünmeye ilişkin KVK’daki düzenleme aynı zamanda “*ticaret hukuku normu*” olarak algılanmalıdır<sup>222</sup>. KVK’da düzenlenmeyen ve kanun boşluğu arz eden konular, mevcut hükümler özellikle “*tersine işlemlerde usulde paralellik ilkesi*” gereğince, TK’daki birleşmeye ilişkin hükümler ile doldurulmalıdır<sup>223</sup>.

Bu son görüş ile ilgili belirtelim ki, bölünme ile ilgili külli halefiyet ilkesi mülga KVK 38’de açıkça düzenlenmemiştir. Nitekim anılan üçüncü görüş çerçevesinde de aslında *tasfiyesiz infisahtan* kanunda söz edildiği için ve yorum yolu ile (yukarıda açıklanan diğer gerekçelerle birlikte) külli halefiyet ilkesinin var olduğu ileri sürülmektedir. O halde kanunda (mülga KVK 38) külli halefiyet ilkesinin açıkça düzenlendiği savı, teknik açıdan isabetsizdir. Öte yandan mülga KVK 38’de ve KVK 19’da en azından kısmi bölünme açısından –ki bu bölünme türünün mahiyeti gereği– tasfiyesiz infisah kabul edilmemiştir. Bu bağlamda tasfiyesiz infisahtan yola çıkılarak külli halefiyet ilkesinin varlığı kabul edilse bile, bu sefer kısmi bölünme açısından külli halefiyet ilkesinin dayanağının ne olacağı açıkta kalmaktadır. Anılan hükümlerde kısmi bölünmenin bir aynı sermaye işlemi olduğu belirtilmektedir. Kaldı ki bu görüşün savunucusu *Akuğur* bir yandan gerek tam gerek kısmi bölünmede külli halefiyet ilkesinin kabul edildiğini belirtirken<sup>224</sup>, diğer yandan ise kısmi bölünmede –tasfiyesiz infisah etmemesi nedeniyle– bölünen şirketin işleminin –hâkim görüşe uygun olarak– bir aynı sermaye koyma işlemi olduğundan söz etmektedir<sup>225</sup>. Hâlbuki TK sisteminde aynı sermaye koyma işleminde ise külli

---

<sup>221</sup> *Akuğur, a.g.e.*, s. 72.

<sup>222</sup> *Akuğur, a.g.e.*, s. 64.

<sup>223</sup> *Akuğur, a.g.e.*, s. 65, dpn. 203.

<sup>224</sup> *Akuğur, a.g.e.*, s. 30.

<sup>225</sup> *Akuğur’un a.g.e.*, s. 65, dpn. 204.

halefiyet ilkesi zaten söz konusu değildir. Ayrıca yazar tam bölünmenin unsurları arasında külli halefiyeti ayrı bir başlık altında incelerken<sup>226</sup>, kısmi bölünmenin unsurlarını açıklayan başlıklarda külli halefiyet unsuruna hiç yer vermemiştir<sup>227</sup>. Külli halefiyet ilkesi ancak kanunla kabul edilebilir. Kanunda külli halefiyet ilkesi kabul edilmemişse, bu ilkenin bir tebliğ ile düzenlenmesi ise olanaklı değildir. Bu nedenle Bölünme Tebliğinde (md. 12) kısmi bölünme açısından külli halefiyetin düzenlenmesinin kanuni dayanağı bulunmamaktadır<sup>228</sup>.

Yukarıdaki tartışma mülga KVK (md. 38/39) döneminde ortaya çıkmakla birlikte bölünmenin ortaklık hukuku açısından halen düzenlenmediği mevcut hukuk düzeni açısından da önem taşımaktadır. Çünkü KVK 19, mülga KVK 38'e nazaran bazı değişiklikler içermekle birlikte, temelde aynen korunmuştur<sup>229</sup>. Yeri geldikçe değinilen değişiklikler bölünmenin özel hukuk açısından düzenlendiği sonucuna varılacak kuralları özellikle külli halefiyet ilkesini içermemektedir.

Burada, işletmenin BK 179 uyarınca aktif ve pasifiyle devri ile bölünmenin karşılaştırılması açısından bizi ilgilendiren, yeniden yapılandırma modeli olarak bölünmenin karakteristik özelliklerinin pozitif düzenlemede (yani KVK hükümlerinde) mevcut olup olmadığıdır<sup>230</sup>. Türk hukukunda bölünme kurumu bu özellikleri taşıyor ise, artık özel bir hüküm olmadığı sürece BK 179 uygulanmaz. Şöyle ki, yeniden yapılandırma

---

<sup>226</sup> Akuğur, **a.g.e.**, s. 71 vd.

<sup>227</sup> Akuğur, **a.g.e.**, s. 112 vd.

<sup>228</sup> Rabia Gamze Çitçi, **Ölçek Küçültme Stratejileri Çerçevesinde Malvarlığının Devri Suretiyle Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması**, Yeterlik Etüdü, Sermaye Piyasası Hukuk İşleri Dairesi, Ankara 2004, s. 40. Kısmi bölünmede aktif ve pasiflerin birbirine bağlılığı ile ilgili açıklamalarında *Akuğur* ise bu bağlılığın “en büyük dayanağı”nın Bölünme Tebliğinde md. 12/13'teki “külli halefiyete ilişkin düzenlemeler” olduğunu belirtmektedir: *Akuğur, a.g.e.*, s. 116.

<sup>229</sup> Özbacı, **a.g.e.**, s. 580.

<sup>230</sup> Türk hukukunda bölünme düzenlenmediğine göre, bölünmenin karakteristik özellikleri ancak bölünmenin karşıladığı ihtiyaçlar ve bu kurumun ticaret hukuku açısından düzenlendiği yabancı hukuk sistemlerinden yararlanılarak ortaya çıkarılabilir. Bu özellikler öğretilde saptanmıştır. Bu özellikleri içeren ve yeniden yapılandırma modeli olarak bölünmenin tanımı için örneğin bkz. Helvacı, **Bölünme**, s. 37. Bölünmenin temel özellikleri hakkında ayrıca bkz. Tekinalp, **Kocayusufpaşaoğlu Armağanı**, s. 549/550.

modeli olarak bir bölünme kurumunda (kısmi) külli halefiyet ilkesi uygulanır. Külli halefiyet ilkesi var ise, artık bölünme işlemine konu olan malvarlığının hem aktifleri hem pasifleri, külli halefiyet ilkesinin kabul edildiği başka ve özel bir kanun hükmünden dolayı, devralan şirketlere intikal eder. Bu halde borçların naklinin hukuki dayanağı, külli halefiyeti öngören sözü edilen kanun hükmü olur. Bu kanun hükmünde açıklık olmadığı sürece, BK 179'un uygulanması ise söz konusu değildir<sup>231</sup>. Zira BK 179 işletmenin iradi devrinde borçların kanunen nakline özgü bir düzenlemedir. Bu hüküm, hem aktiflerin hem pasiflerin yani tümüyle işletmenin devrinde külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu hallerde uygulanmaz.

Buna karşılık yeniden yapılandırma modeli olarak bölünmenin karakteristik özelliklerinin kanunda (KVK hükümlerinde) düzenlenmediği ve mevcut düzende ancak bölünmeye benzer işlemlerle (ayni sermaye temelinde) bölünmenin gerçekleştirileceği kabul edilirse, bu takdirde BK 179 uygulama alanı bulabilir. Nitekim bölünmenin ayni sermaye temeline dayalı olarak gerçekleştirilebileceğine ilişkin yukarıda açıklanan ve isabetli olan hâkim görüş bu yöndedir. BK 179 ayni sermaye olarak konulan işletme ve malvarlığı devirlerine de uygulanır.

Buna göre, kısmi bölünme bir ayni sermaye koyma işlemidir (KVK 19/III, a). Sermaye şirketlerine bir işletmenin (veya kendi içinde işlevsel bütünlük olan bir malvarlığının) ayni sermaye konulması da BK 179'un kapsadığı bir devir şeklidir. Bu işlem sonucunda –şartları da gerçekleşmek kaydıyla– BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumluluk doğabilir.

Bölünen şirketin işletmesinin/malvarlığının tümünün taksim edilip, en az iki şirkete aktif ve pasifiyle devredilmesi olan tam bölünmede, bölünen şirket tasfiyesiz infisah etmekte ve ticaret sicilinden terkin edilmektedir (KVK 19/III, a). Bu halde BK 179 uyarınca işletme bölümlerine (veya kendi içinde bütünlük arz eden iki ayrı malvarlığına)

---

<sup>231</sup> Yeniden yapılandırma modeli olarak bölünmenin, BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinden farkları, bu kurumun ticaret hukuku açısından öngörüldüğü TK Tasarısı bağlamında, aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. aş. Birinci Bölüm, III, C, 5, b.

bağlı eski borçlar, ayrı ayrı devralan şirketlere nakledilmiş olsa bile, devreden/bölünen şirketin iki yıl daha sorumlu olması imkânı ortadan kalkmaktadır. Devreden/bölünen şirketin infisah etmesi ve tüzel kişiliğinin ortadan kalkması, devralan şirketlerin BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumluluğunu etkilemez<sup>232</sup>.

### ***b. TK Tasarısı açısından***

TK Tasarısı 159 vd. hükümleri ile Türk hukukunda ilk defa ortaklıklar hukuku yönünden bölünmeye ilişkin genel bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır. TK Tasarısı'ndaki düzenleme temelde İsviçre hukukundaki FusG § 29 vd. hükümleri esas alınarak gerçekleştirilmiştir<sup>233</sup>.

TK Tasarısı'na göre bölünme iki türlü gerçekleştirilebilir: Bölünen şirketin aktif ve pasifiyle tüm malvarlığı bölünme sözleşmesi veya plânı uyarınca bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir. Buna tam bölünme denir (TK Tasarısı, 159/I, a; FusG § 29, a)<sup>234</sup>.

Ticari işletmenin BK 179'a dayalı olarak devrinden farklı olarak tam bölünmede *a)* bölünen şirketin malvarlığının bölünme sözleşmesi veya bölünme plânındaki bölünme envanteri uyarınca *kısmen* devralan şirketlerden birine, kısmen de diğer devralan şirket intikali *b)* bölünen şirketin hukuki varlığının tasfiyesiz sona ermesi *c)* bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerin ortaklık haklarını kazanması<sup>235</sup> *d)* bölünen şirketin tüm aktif ve pasif malvarlığının bölünmenin ticaret siciline tescili anından itibaren kısmi külli halefiyet ilkesi<sup>236</sup> uyarınca intikal etmesi temel özellikleri bulunur (TK Tasarısı,

---

<sup>232</sup> Tekinalp, **Kocayusufpaşaoğlu Armağanı**, s. 557.

<sup>233</sup> Kaya, **a.g.m.**, s. 54.

<sup>234</sup> Andreas Gersbach, "Die Besonderheiten Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung", (çevrimiçi), [www.vondercrone.ch/publikationen](http://www.vondercrone.ch/publikationen) (20.02.2006), s. 4.

<sup>235</sup> Bu farka değinen Çoştan, **a.g.e.**, s. 32/33.

<sup>236</sup> Külli halefiyetin kısmi olmasının anlamı, tam bölünmede de bölünme sözleşmesi veya bölünme plânı uyarınca bölünen şirketin malvarlığının bölümlere ayrılmasının (TK Tasarısı, 159/I, a, 166) ve kural

179/IV). Hem tam bölünmenin hem de aşağıda değinilecek olan kısmi bölünmenin hüküm ifade edebilmesi için şirket genel kurulu veya ortaklar kurulunca kanunun aradığı özel nisaplarla bölünme kararı alınması gerekir.

Kısmi bölünmede ise bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirkete veya şirketlere devredilir. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketin paylarını ve haklarını elde eder<sup>237</sup> (TK Tasarısı, 159, I, b; karş. FusG § 29, b).

Kısmi bölünmede bölünen şirketin malvarlığının bölünme envanterinde açıklanan *kısımının* devralan şirkete veya şirketlere intikal etmesi *b)* bölünen şirketin kendisinin veya ortaklarının devralan şirketlerin ortaklık haklarını kazanması *d)* bölünme konusu hem aktif hem pasif malvarlığının bölünmenin ticaret siciline tescili anından itibaren kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca intikal etmesi temel özellikleri bulunur.

Bölünmede alacaklıların korunması sistemi hem bölünme gerçekleşmeden önce hem de gerçekleşikten sonra söz konusudur. Şöyle ki TK Tasarısı 175 (FusG § 43) uyarınca bölünmeye katılan şirketlerin borçları alacaklılara karşı güvence altına alınmadığı sürece, TK Tasarısı 173 uyarınca bölünme kararı verilemez. Alacaklıların zarara uğramayacağını bölünmeye katılan şirketçe ispatı veya borcunu diğer alacaklılar zarara uğratmaksızın ifa etmesi bundan müstesnadır (TK Tasarısı, 175/II, III). BK 179'a göre ticari işletmenin devrinin gerçekleştirilebilmesi için ise alacaklılara güvence verilmesi ka-

---

olarak sadece bölünme envanterinde belirtilen kısmının devralan şirketlerden birine geçmesinin söz konusu olmasıdır (TK Tasarısı, 179/IV, FusG § 29). Benzer yönde bkz. Ulysses von Salis, **Fusionsgesetz**, Zürich 08/2004, www.fusionsgesetz.ch. (05.03.2005), s. 200 vd.; Teichman, [Marcus Lutter/ Martin Winter], **Umwandlungsgesetz, Kommentar**, Band I, §§ 1-137, 3. Neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, § 123, N. 8; Stengel/Schwanna, [Johannes Semler/Arndt Stengel], **Umwandlungsgesetz**, München, C. H. Beck, 2003, § 123, N. 4. Karş. sadece kısmi bölünmede kısmi külli halefiyet ilkesinden söz eden Gersbach, **a.g.e.**, s. 16. Kısmi külli halefiyet teriminin eleştirisi ve farklı görüş için bkz. Helvacı, **Bölünme**, s 104 vd., 108/109.

<sup>237</sup> İsviçre hukukunda ise bölünen malvarlığı karşılığında bölünen şirketin devralan şirketin ortaklık haklarını iktisap etmesi bölünme kavramına yabancıdır: FusG § 29, 69/I. von Salis, **a.g.e.**, s. 201; Gersbach, **a.g.e.**, s. 3/4.

nuni bir zorunluluk değildir. BK 179 bakımından alacaklıların tek güvencesi, devredenin de devralanla birlikte belirli bir süre müteselsil sorumluluğudur.

Bölünme işlemi ile kendisine borç tahsis (nakil) edilen şirket, bu borcunu/borçlarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketlerin (ikinci derecede) müteselsil sorumluluğu doğar (TK Tasarısı, 176; FusG § 47)<sup>238</sup>. Ancak ikinci derecede müteselsil sorumlu olan şirketlerin takip edilebilmeleri için TK Tasarısı 176/II'deki özel şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu sorumluluk bölünmeden sonraki aşamada alacaklıların korunmasına yöneliktir<sup>239</sup>.

TK Tasarısı'nın kanunlaşması halinde, açıklanan özel kurallar karşısında, bölünmenin mevcut olduğu hallerde artık BK 179 uygulama alanı bulmayacaktır. Özellikle kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca intikal, bölünme ile nakledilen borçlardan farklı bir teselsül sisteminin belirlenmiş olması, bölünmeyi ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinden ayırır. Bir başka deyişle BK 179'un bölünme hükümleri ile birlikte kümülatif uygulanması mümkün değildir.

Ancak TK Tasarısı'nın kanunlaşması halinde, bölünmeye başvurabilecek ticaret şirketlerinin, işletmelerini veya malvarlığı bölümlerini genel hükümler uyarınca (aktifleri cüz'i halefiyet ilkesi ve pasifleri BK 179 uyarınca) devredebilmesi, alternatif bir imkân olarak var olmaya devam edecektir.

## **6. Anonim Şirketin Bir Kamu Tüzel Kişisi Tarafından Devralınması**

TK 454 uyarınca bir anonim şirketin malları devlet, vilayet, belediye gibi bir kamu tüzel kişisi tarafından devralınırsa, şirketin genel kurulu tasfiye yapılmamasına karar verebilir. Bu karar, infisah hakkındaki hükümlere göre verilir ve tescil ve ilan etti-

---

<sup>238</sup> von Salis, **a.g.e.**, s. 201.

<sup>239</sup> Ayrıca bölünmede bölünen ve devralan şirket türleri bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerlidir. Sadece sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler (TK Tasarısı, 160). Buna karşın ticari işletmenin devri genel bir müessese olup, devir ilişkisinin taraflarına ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

rilir (TK 454/II). Ticaret siciline tescil ile şirketin tüm aktif ve pasifleri kamu tüzel kişiliğine intikal etmiş olur ve sicilden şirketin unvanı silinerek keyfiyet ilân olunur (TK 454/III). Bu hüküm kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceğini öngören Anayasa 47/I'in özel bir görünümüdür. Anayasa 47/II uyarınca devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Kamu kurumları tarafından işletmelerin devralınması halinde BK 179 uygulanmaz<sup>240</sup>.

TK 454 kapsamında gerçekleşen devrin karşılığını oluşturan ivaz nakden ödenir<sup>241</sup>. Bundan yola çıkılarak her ne kadar anonim şirketin TK 454'e göre devrinin ortaklık hakkının devamı ilkesinin istisnası olduğu belirtilse de<sup>242</sup>, kanımızca devralanın bir ticaret ortaklığı olmadığı bu tür bir devirde anılan ilkeye istisnadan değil, ortada teknik anlamda ticaret ortaklıklarının birleşmesi halinin mevcut olmadığından söz edilmesi uygun olur. Zira anılan özel düzenleme uyarınca anonim şirketin aktif ve pasifiyle devri de bir tür (ticari) işletme devri niteliğindedir. Ancak BK 179 iradi devirlere özgü bir düzenleme iken, TK 454 bakımından gerçekleşen devir bir kamu hukuku işlemine dayanabilmektedir. Bununla birlikte anonim şirketin işletmesinin TK 454'e dayalı olarak aktif ve pasifiyle devrinin rızaen gerçekleşmesine de bir engel bulunmamaktadır<sup>243</sup>. TK 454'e göre ticaret siciline tescile dayalı olarak ve külli halefiyet ilkesi uyarınca aktifler devralana intikal eder. Ayrıca TK 454 uyarınca pasiflerin devrinden aktif ve pasif malvarlığını devreden anonim şirketin BK 179 uyarınca sorumluluğu ise mevcut değildir, çünkü yukarıda değinildiği üzere TK 454 kapsamındaki aktif ve pasiflerin devri devletleştirme işlemine dayanmaktadır. Kaldı ki TK 454'te açıkça devredilen anonim şirketin, külli halefiyet ilkesi ile aktif ve pasifinin intikali gerçekleştikten sonra ticaret sicilinden terkin edileceği ve tüzel kişiliğin ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca devre-

---

<sup>240</sup> von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 298, dpn. 16; BGE 87 I 301.

<sup>241</sup> 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun, md. 4 [R.G. 1.12.1984, S:18592]. Karş. Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, **a.g.e.**, N. 144b.

<sup>242</sup> Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, **a.g.e.**, N. 144b.

<sup>243</sup> Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul, Yasa, 1989, s. 477.

denin BK 179 temelinde dayalı olarak ticari işletmenin devrinden eski borçlardan iki yıllık süre ile sorumluluğunun bertaraf edildiği sonucuna varılması kaçınılmazdır<sup>244</sup>. Nihayet işaret edelim ki, pay sahiplerinin (karar organının) anonim şirketin anasözleşmesini usulüne uygun olarak değiştirerek başka bir işletme konusunda faaliyet yapmaya devam etmek yolunu seçmeleri ve böylece şirketin tüzel kişiliğinin ortadan kalkmasına engel olmaları mümkündür<sup>245</sup>. Ancak bu imkân TK 454'ün kapsamına giren hallerde BK 179'un uygulanmayacağına yönelik vardığımız sonucu değiştirmemektedir.

## 7. BankK 19'a Göre Banka İşletmesinin Aktif ve Pasifi İle Devri

BankK 19/I'e göre Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun iznine bağlıdır. İzin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarıca karar alınarak gerekli işlemlere geçilmediği takdirde, verilen izin geçersiz olur. Aynı esas birleşme, bölünme muameleleri bakımından da geçerlidir. Anılan hüküm uyarınca bankaların devirlerinde, TK ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz.

Bu kapsamda birleşme veya devir işleminin kesinleşmesinin ardından, devredilen kuruluşun bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülükleri devralan bankaya geçer ve devredilen kuruluşun tüzel kişiliği sona ererek, kaydı Ticaret Sicilinden terkin edilir.

---

<sup>244</sup> Bununla birlikte 3082 sayılı Kanun 7/III'te devredilen işletmenin personelinin, devletleştirme kararının RG ile ilânından önceki çalışma sürelerine göre işlemiş kıdem tazminatları, ücret ve diğer sosyal haklarından önceki işveren idare ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir.

<sup>245</sup> Aynı yönde Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 1517; benzer yönde İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 477, ancak yazar vardığı bu sonucu rızai devirlere hasretmekte, gerekçe belirtmeksizin devletleştirmede mutlak bir şekilde anonim şirketin maksadının elde edilmesinin olanaksızlığı nedeniyle (TK 434/I, b.1) infisah edeceğini benimsemektedir.

Anılan düzenlemedeki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla bankanın tüm malvarlığının aktif ve pasifiyle devrinde BK 179 uygulama alanı bulabilir. Yeter ki anılan hükmün şartları gerçekleşmiş olsun.

## **8. TMSF Tarafından El Konulan Şirketlerin Aktif Malvarlığının ve Ticari ve İktisadi Bütünlüğünün Satılması**

BankK 134/III uyarınca TMSF'nin yönetim ve denetimine sahip olduğu şirketlerin ve/veya anılan fıkra uyarınca yönetimini ve denetimini devir aldığı şirketlerin, *Fon tarafından atanan yönetim ve denetim kurulu üyeleri ve müdürleri ile Fonun atadığı bu yöneticiler tarafından şirketi temsil ve ilzam ile yetkili kılınan genel müdür, genel müdür yardımcısı ve müdür gibi şirket çalışanları veya Fon, BankK 134/III'de sayılan gerçek veya tüzel kişilere ait şirket hisselerinin ve/veya bu şirketlerdeki tüm hak ve varlıklarının ve/veya bu hisselerle orantılı aktiflerinin satışını gerçekleştirmeye yetkilidirler*<sup>246</sup>.

Bu düzenleme uyarınca gerçekleştirilen satışların bir iktisadi bütünlüğün veya işletmenin satışına ilişkin olması zorunlu değildir. Bu olasılık gerçekleşmediği sürece, BankK 134/III uyarınca satışlara – bunlar özel hukuk kurallarınca gerçekleştirilen bir iradi devir olduğu kabul edilse bile– BK 179'un uygulanması söz konusu değildir. Kaldı ki BankK 134/VIII, bu kanun (Bank) kapsamında verilen yetkiye dayanılarak gerçekleştirilen satışların cebri icra yoluyla gerçekleştirileceğini ifade etmektedir.

TMSF Kurulu BankK 134/V'e göre, TMSF alacaklarının tahsilini teminen, AATUK hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile diğer *tüm hak ve varlıkları*<sup>247</sup> bir araya getirerek, *ticarî ve iktisadî bütünlük* oluşturarak *satışına* yetkilidir. Bu kapsamda TMSF Kurulu ayrıca satılacak ticarî ve iktisadî bütünlüğü alacağına mahsuben satın almaya, satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, e-

---

<sup>246</sup> Aynı şekilde bu satışlardan elde edilen tutarlar TMSF alacaklarına mahsup edilebilir veya şirketlerin kamu borçları ve/veya Sosyal Sigortalar Kurumuna (Sosyal Güvenlik Kurumuna) borçları ile sair borçlarını ödemede kullanılabilir ve bu işlemler ile ilgili kararlar alınabilir.

<sup>247</sup> Bu varlıklara lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklar ve bu varlıkların ferî veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden doğan, ancak başlı başına iktisadî değeri olmayanlar da dâhildir.

kipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye yetkilidir. Satış ihale yoluyla gerçekleştirilir.

Buradaki satış, amme alacağının tahsili için haczedilen malvarlığının cebri icra ve ihale yoluyla satılmasına ilişkindir (BankK 134/VIII). Yukarıdaki değinildiği üzere bu satış gerçekleştirilmeye TMSF yetkilidir. Esasen anılan düzenlemede sözü edilen satış konusu ticari ve iktisadi bütünlük, çoğu zaman bir işletme niteliği arz eder.

BankK 134/V uyarınca *ticarî ve iktisadî bütünlük* satışının bir diğer özelliği de aktiflerin pasiflerden ayrılarak satışının bir örneğini oluşturmasıdır. İradi devirlere ilişkin bir düzenleme olan BK 179'un, BankK 134/V uyarınca gerçekleştirilen ticari ve iktisadi bütünlüğün cebri icra yoluyla satışına uygulanması ise mümkün değildir.

Bununla birlikte BankK 134/VIII uyarınca gerçek ve tüzel kişilerin sahip olduğu varlıkların, bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde ticari ve iktisadi bütünlük kapsamında veya bu Kanunda yer alan hükümler çerçevesinde ayrı ayrı cebri icra yoluyla satışlarından elde edilen bedelden; satış tarihine kadar tahakkuk etmiş olmak şartıyla, *sirasıyla* Fon Kurulu tarafından karar verilmesi halinde şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçları, kişilerin Devlete ve sosyal güvenlik kuruluşlarına olan 6183 sayılı Kanun kapsamındaki borçları ile GSM imtiyaz sözleşmesinden doğan Hazine payı borçları ödendikten sonra kalan kısım, kişilerin diğer kamu kurum ve kuruluşları ile üst kurullara olan borçlarına garameten taksim edilerek ödenir.

## 9. Özelleştirme Kapsamındaki Devirler

ÖUHK<sup>248</sup> özelleştirme yöntemlerinden bir tanesi olarak, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarının işletmelerinin aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleriyle varlıklarının mülkiyetinin bedeli karşılığında özelleştirme kapsamında olmayan bir özel hukuk tüzel kişisine veya gerçek kişiye satışını ve devrini (4046 sayılı Kanun md. 18/ A, a

---

<sup>248</sup> R.G. 27.11.1994, S:22124.

bendi) kabul etmiştir. Özel hukuk hükümleri uyarınca gerçekleştirilen işlemler niteliğinde olan bu tür devirlere de BK 179 uygulanabilir<sup>249</sup>. Buna karşın ÖUHK 20 uyarınca Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, sermayesinin tamamı İdareye ait olan anonim şirket statüsündeki kuruluşlarının aktiflerinin veya anonim şirket statüsünde olmayan kuruluşların ise varlıklarının tamamının veya bir kısmının özelleştirme programında bulunan ve sermayesinin tamamı İdareye ait başka bir anonim şirkete veya kuruluşa bedelli veya bedelsiz olarak devrine karar verebilir. İlgili hükümde bu tür tasarruflara Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir [4046 sayılı Kanun, md. 20, A)]. Bu istisnanın amacı devrin prosedürel anlamda gerçekleştirilmesini kolaylaştırmaktır. Yoksa idarenin bu tür tasarruflarının özel hukuk hükümlerine tâbi olmasının istenmediği sonucuna varılamaz. Ayrıca anılan hüküm ile Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmemiştir. O halde özel hukuk hükümlerine tâbi bu tasarruflara da BK 179 uygulanabilir.

## 10. İşyeri Devri

İş hukuku bakımından işyerinin devri özel olarak düzenlenmiştir (İŞK 6). Bu düzenlemenin kapsamına giren hususlarda, anılan düzenleme öncelikle uygulanır. İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (İŞK, 6/I).

Ayrıca devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Devreden işverenin bu borçlardan sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (İŞK, 6/III).

İŞK'daki özel düzenleme, işyeri devrinde iş sözleşmelerinin devri ve devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken (iş sözleşmelerinden kaynakla-

---

<sup>249</sup> ÖUHK hükümleri gereğince özelleştirme programına alınan kuruluşlar özel hukuk hükümlerine tâbi olup, bunlar hakkında varsa kendi kuruluş kanunları ile diğer kanunlarda yer alan bu Kanuna aykırı hükümler ve 233 sayılı KHK hükümleri uygulanmaz (md. 37/a).

nan) borçlardan devredenin ve devralanın müteselsil sorumluluğu bakımındandır. Bu sorumluluğun doğması için ayrıca BK 179'un şartlarının gerçekleşmesi gerekmez. Ayrıca BK 179 sözleşmelerin değil, dar anlamda borçların üstlenilmesini ve naklini düzenlemektedir<sup>250</sup>. Öte yandan işyerinin devrinden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devredenin ve devralanın müteselsil sorumluluğuna ilişkin İŞK 6 emredici niteliktedir<sup>251</sup>.

Ancak İŞK'da düzenlenmeyen konularda, BK 179 bertaraf edilmiş değildir. BK 179 (ticari) işletmenin bir kısmının örneğin kendi içinde iktisadi bütünlük arz eden malvarlığı kısımlarının ve bu kapsamda işyerinin devri halinde de uygulanır. Dolayısıyla İŞK 6 uyarınca devredilen işyerinin, iş sözleşmelerinden kaynaklanmayan borçlarının, şartları gerçekleştiğinde BK 179 uyarınca intikali mümkündür.

---

<sup>250</sup> Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, I, F, 1, 2.

<sup>251</sup> Bununla birlikte BK 179'un emredici bir düzenleme olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır. Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, B, C.

## İKİNCİ BÖLÜM: DEVİR SÖZLEŞMESİ

### I. GENEL OLARAK

Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletmenin sahibinin el değiştirmesidir<sup>1</sup>. Devir sonucunda devralan ticari işletme faaliyetine kendi adına devam etme imkânı kazanır.

Ticari işletmenin devrinden, hukuki işlem yoluyla gerçekleştirilen devirler anlaşılır. Devir, borçlandırıcı işlem ve bu işlemin ifası aşamalarından oluşur. Ticari işletmenin devri için her şeyden önce işletmeyi devir borcunu doğuran bir anlaşmanın bulunması gerekir. Bu anlaşma devir sözleşmesidir<sup>2</sup>. BK 179 devir sözleşmesini ayrıca düzenlememiş, ancak işletmenin aktif ve pasifiyle devri için bu sözleşmeyi şart koşmuştur.

Devir sözleşmesi değişik sözleşme türleri görünümünde ortaya çıkabilir<sup>3</sup>. Bu sözleşmelerin içinde en sık karşılaşılanı ve ticari hayatta en çok önem taşıyanı satım sözleşmesidir<sup>4</sup>. Örneğin Alman ve İsviçre hukuklarında işletme devirleri yaygın uygulaması nedeniyle “*işletme satımı*” başlığı altında incelenmektedir. Bu bağlamda işletme satımları, BK 179/e.OR § 181’in tipik uygulama alanıdır<sup>5</sup>.

Her ne kadar sık karşılaşılsa da devir sözleşmesi satım sözleşmesinden başka bir sözleşme de olabilir. Devir sözleşmesi işletme bünyesindeki aktifleri temlik borcu

---

<sup>1</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 64.

<sup>2</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, 44. Devir borcu doğuran ilişkiyi ifade etmek üzere “devir sözleşmesi” terimi öğretilerde de benimsenmektedir: Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 515 vd.; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 25; Eren, **a.g.e.**, s. 1204; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 49.

<sup>3</sup> Baldi, **a.g.e.**, s. 97.

<sup>4</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 41.

<sup>5</sup> Huguenin, **a.g.e.**, s. 217, N. 1390.

doğuran örneğin bağışlama, ortaklık, ölünceye kadar bakma gibi bir sözleşmeden kaynaklanabilir. Örneğin ticari işletme bir ticaret şirketine sermaye olarak konulabilir<sup>6</sup>.

Hangi sözleşme biçimde ortaya çıkarsa çıksın, devir sözleşmesi her halükârda işletme sahipliğinin karşı tarafa geçirilmesi borcu doğurmalıdır. Ticari işletmenin kesin ve temelli devri budur. Sadece belirli bir süre içinde ticari işletmeyi işletme imkânı (yararlanma hakkı) tanıyan sözleşmeler, devir sözleşmesi niteliğinde değildir. Zira bu tür sözleşmelerde işletme sahibi değişmeksizin işletmenin işleteni değişmektedir. İşletmeyi karşı tarafın kullanımına bırakan, tüm aktiflerin maliki ile ve sahibi olmaya devam etmektedir.<sup>7</sup>.

Hemen belirtelim ki, öğretilerde savunulan bir görüşe<sup>8</sup> göre (ticari) işletmenin devri kavramının geniş anlaşılması gerekir. BK 179'un uygulanması açısından borçlandırıcı işlem niteliğindeki devir sözleşmesi kavramı, mülkiyetin/aktiflerin devri söz konusu olmaksızın işletmenin bir süreyle sınırlı olarak bir başkasına bırakılması taahhüdünü içeren sözleşmeleri de içerecek şekilde geniştir. Örneğin hâsılat kirasında, ticari işletme üzerinde intifa hakkı sözleşmesinde, ticari işletmenin kullanma hakkının (kiracılık hakkının) bir ortaklığa sermaye olarak konulmasında, ticari işletmenin sahibi belirli bir süreyle sınırlı olarak değişir.

Özellikle Türk hukuku öğretisinde savunulan diğer bir görüşe göre, ticari işletmenin devri temelli devir olarak anlaşılmakta ve sınırlanmaktadır. Örneğin görüşlerini hâsılat kirasında kiracılık hakkı yönünden açıklayan *Poroy/Yasaman*<sup>9</sup> isabetli olarak bu halde işletmenin değil, kiracılık hakkının devredildiğini belirtmektedirler. *Ülkü/Karaaslan*'a göre<sup>10</sup> kira sözleşmesi gibi mülkiyet devri sonucunu doğurmayan söz-

---

<sup>6</sup> Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 765, dpn. 11.

<sup>7</sup> Becker, **a.g.e.**, § 181, N. 14.

<sup>8</sup> Becker, **a.g.e.**, § 181, N. 14; Spirig, Art. 181, **a.g.e.**, N. 29; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 764, dpn. 3; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 2/3; Ayiter, **a.g.e.**, s. 47; Barandun, **a.g.e.**, s. 43.

<sup>9</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 43, dpn. 50.

<sup>10</sup> Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 48.

leşmeler ticari işletmenin devri sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Çünkü bu hallerde BK 179'a göre eski borçlardan devralanı sorumlu tutmanın anılan maddenin amacına aykırıdır.

Aşağıda ticari işletmenin devrinin borçlandırıcı işlem aşaması, uygulamada taşıdığı önem ve en çok karşılaşılan tür olması nedeniyle özellikle satım sözleşmesi nazara alınarak incelenmiştir. Buna karşılık yukarıda da belirtildiği üzere işletme devrinin BK 179 uyarınca eski borçların nakli sonucunu doğurması açısından ise devir sözleşmesinin türü önem taşımaz.

## II. ASLİ EDİM: TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ TAAHHÜDÜ

### A. DEVİR TAAHHÜDÜNÜN MAHİYETİ

Devir sözleşmesinin konusu ticari işletmenin devri taahhüdüdür. Devir taahhüdü ile ticari işletmenin<sup>11</sup> bir iktisadi bütünlük ve 'organizasyon' olarak devralanın hâkimiyetine sokulması üstlenilir<sup>12</sup>. Bu organizasyondur ki, devralana işletme faaliyetine devam imkânı sağlar. Esasen işletme devri taahhüdü de devralana bu imkânı sağlamak amacı ile yapılır<sup>13</sup>.

İşletme aktiflerin (ve pasiflerin) toplamı demek değildir<sup>14</sup>. Bu anlamda işletmenin devri borcu, sadece münferit malvarlığı unsurlarının ve pasiflerin oluşturduğu bir malvarlığı topluluğunun devralana geçirilmesinden öte bir anlam taşır. Aktiflerin devralana geçirilmesi bu amacın gerçekleştirilmesi için gerekli ise de yeterli değildir. Daha öncede üzerinde durulduğu üzere işletme denilen bu dinamik iktisadi bütünlük, sadece malvarlıksal unsurlarının bir araya gelmesi ile oluşmamaktadır. Bu işletmeyi organizas-

---

<sup>11</sup> Bu esas ticari işletmenin devrine özgü olmayıp, genel olarak işletmenin devri bakımından geçerlidir. Çünkü organizasyon niteliği işletmenin karakteristik özelliğidir.

<sup>12</sup> İşletme satımı bakımından aynı yönde Esin, **a.g.e.**, s. 75; Lorenz, **a.g.m.**, s. 1.

<sup>13</sup> İşletme satımı açısından aynı yönde Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 2; Lorenz, **a.g.e.**, s. 165; BGH NJW 2002, 1042, 1043. (Lorenz, **a.g.m.**, s. 3'ten naklen).

<sup>14</sup> Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 93; Lorenz, **a.g.m.**, s. 1.

yon yapan gayri maddi iktisadi değerler<sup>15</sup> de devralana sağlanmalıdır<sup>16</sup>. Her işletmenin devri, kural olarak işletmeyi devreden rekabet yasağını şart kılar<sup>17</sup>.

Öte yandan işletmenin malvarlığının tamamen devrin kapsamı dışında bırakılarak, sadece gayri maddi iktisadi değerlerin geçirilmesi suretiyle işletmenin devrinin gerçekleştirilmesi de olanaklı değildir. Çünkü bazı malvarlığı unsurları işletmede zorunlu/ana unsur niteliğinde olabilir. Yine bazı gayri maddi iktisadi değerlerin (örneğin ticari itibar/peştemaliye) işletmeden ayrı olarak tek başına devri, bunların niteliği gereği olanaklı değildir. Bütün bu özellikler, üstlendiği işlev açısından işletmeyi oluşturan unsurların arasındaki iktisadi bağın ne denli kuvvetli olduğunu ortaya koymaktadır.

O halde devir sözleşmesinin konusunun sadece işletmeyi oluşturan haklar (ve yerine göre borçlar) kümesinin olduğunu söylemek eksik ve dolayısıyla yanlış olabilir. İşletme özel bir malvarlığı veya iktisadi değerler manzumesi olmaktan da öte bir anlam taşır. İşletmenin devrinde, devri taahhüt edilen münferit unsurlar ‘topluluğu’ (kümesi) olmayıp, işlevsel açıdan unsurları arasında özel bir bağlantı bulunan bir “*bütün*” olarak işletmedir<sup>18</sup>. Örneğin işletme satımında, satış bedeli ile karşılık ilişkisi içinde olan, bir bütün olarak işletmedir, yoksa onu oluşturan münferit unsurlar değil<sup>19</sup>. Organizasyon ve bununla bağlantılı iktisadi kül/bütünlük nitelikleri, işletmenin devri bakımından bu sonuca varılmasını gerektirir<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Bu iktisadi değerler arasında müşteri çevresi/ilişkileri, ticari itibar (good-will) elde edilen pazarlama olanakları, tedarik kaynakları, ticari ve teknik tecrübeler, işletme sırları sayılabilir: Bkz. yuk. Birinci Bölüm, I. A.

<sup>16</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 141. Çoğu zaman işletmeyi oluşturan gayri maddi unsurlar, işletmenin devralınmasının hareket noktasını oluştururlar. Çünkü genellikle işletmeyi piyasada rekabet edilebilir ve değerli kılan, anılan gayri maddi iktisadi değerlerdir: Hommelhoff, **ZHR** 150 (1986), s. 261, (Leupold, **a.g.e.**, s. 6’dan naklen).

<sup>17</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 141.

<sup>18</sup> Bamberger/Roth/*Faust*, **a.g.e.**, § 453, N. 27; Schmidt, **Handelsrecht**, s. 145, dpn. 21; Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 4.

<sup>19</sup> Esin, **a.g.e.**, s. 107/108.

<sup>20</sup> Lörtscher, **a.g.m.**, s. 52, dpn. 4.

Ne zaman bir bütün olarak ticari işletmenin devri taahhüdünün var olduğu, her şeyden önce sözleşmenin içeriğine, varsa teamüllere ve ticari hayat tecrübelerine ve somut olayın (devir konusu ticari işletmenin) özelliklerine göre belirlenir<sup>21</sup>. Özellikle bazı unsurların kapsam dışı bırakılabilmesi olanağı (TK 11/II) karşısında, devir konusuna ilişkin genel bir iktisadi değerlendirme esas alınır<sup>22</sup>.

Gerçekten ticari işletmenin devrinden söz edilebilmesi için öncelikle tarafların iradesi önem taşır. Bu açıdan objektif inceleme sonucunda, devir konusunun teknik anlamda bir işletme olduğu anlaşılrsa bile tarafların iradesi, işletmenin sadece özel bir malvarlığı olarak devredilmesi yönünde olabilir. Özellikle devralanın ticari işletme faaliyetine devam etmek istemediği hallerde, bu tür bir devir sözleşmesi akdedilmesi tercih edilebilir<sup>23</sup>.

Bunun tam aksi de söz konusu olabilir. Devir konusunun incelenmesi sonucunda objektif biçimde organizasyon olarak işletme saptanamıyorsa, sözleşmede özel malvarlığı tümlüğü bir işletme olarak nitelendirilse dahi işletmenin devrinden söz edilemez<sup>24</sup>.

Örneğin üç yıl önce faaliyeti sona ermiş, dolayısıyla iç düzeni (personeli vs.) ve müşteri çevresi dağılmış, atıl vaziyetteki bir fabrika, üzerinde bulunduğu arsa çok değerli olduğu için halen çalışabilir durumdaki tüm tesisatı ile birlikte devralınmış olsun<sup>25</sup>. Burada devir sözleşmesinde işletmeden söz edilmiş olsa bile sadece bir iktisadi bütünlük

---

<sup>21</sup> Esin, **a.g.e.**, s. 77; Lorenz, **a.g.m.**, s. 3/4.

<sup>22</sup> Alman hukuku bakımından aynı yönde BGH NJW 2002, 1042, 10434, (Lorenz, **a.g.m.**, s. 4'ten naklen).

<sup>23</sup> Örneğin bir rakibi ortadan kaldırmak amacı ile (işletme) malvarlığı devralmalarında bu yola başvuru-  
labilir. Bu halde devralan, devraldığı ticari işletme faaliyetini sona erdirmeyi tercih edebilir.

<sup>24</sup> Lorenz, **a.g.m.**, s. 3.

<sup>25</sup> Esin, **a.g.e.**, s. 78.

ve özel malvarlığı devri mevcuttur; işletmenin devri değil<sup>26</sup>. Çünkü söz konusu malvarlığı tümlüğünün bir organizasyon ve dolayısıyla işletme niteliği yoktur<sup>27</sup>.

İşaret edelim ki, ticari işletmenin devri taahhüdünün yukarıda açıklanan özellikleri, bir “işletme” olarak ticari işletmenin niteliğinden ve devir sözleşmesinin yöneldiği amaçtan çıkarılmaktadır. Yoksa borçlandırıcı işlem olarak ticari işletmenin devri sözleşmesine ilişkin herhangi bir kural içermeyen BK 179’dan, ticari işletmenin niteliğine ilişkin özellikler saptanamaz.

BK 179 hükmü ticari işletmenin devrini bir tür özel malvarlığı devri olarak kabul eder. Zira anılan hüküm malvarlığının veya işletmenin devrinde borçların naklini düzenlemektedir. Ayrıca anılan hükmün uygulanması açısından devir konusunun işletme düzeyine ulaşmamış özel malvarlığı veya işletme olması arasında pratik bir fark bulunmamaktadır. Çünkü şartları (devrin ilanı/ihbarı) gerçekleşmek kaydıyla BK 179’a göre borçların nakli, hem işletmenin hem de diğer malvarlıklarının devrinde söz konusu olmaktadır.

## **B. BORÇLANDIRICI İŞLEMİN KONUSU OLARAK DEVİR TAAHHÜDÜ**

Ticari işletme eşya hukuku bakımından kural olarak bir hukuk objesi değildir<sup>28</sup>. Ayrıca malvarlığı unsurlarını ve buna bağlı olarak hukuk objelerini içermesine rağmen ticari işletme, başka iktisadi değerleri de bünyesinde barındırmaktadır. Her şeyden önce eşya hukukundaki münferit ve belirli hukuk objelerinin (ayni/mutlak) hakkın konusu olduğunu öngören muayyenlik ilkesinin aksine, birden fazla hukuk objesinin veya ikti-

---

<sup>26</sup> Esin, **a.g.e.**, s. 78.

<sup>27</sup> İşletmeden dışında ayrıca (özel) malvarlığı devrinde de uygulanan BK 179 bakımından verilen örnekteki ayrımın anlamı bulunmamaktadır. Çünkü sözü edilen, tesisatı halen çalışır durumdaki atıl fabrika bu sefer özel bir malvarlığı olarak BK 179’un uygulama alanına girebilecektir. Ancak faaliyetin terkinden sonra borçlar da tasfiye edilmiş olabilir. Bu olasılıkta BK 179 uyarınca eski borçların nakli söz konusu olmayacaktır.

<sup>28</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, I, C.

sadi değerin oluşturduğu topluluk, borçlandırıcı işlemin konusunu oluşturabilir<sup>29</sup>. İşte ticari işletmeyi oluşturan gayri maddi iktisadi değerler, teknik anlamda bir malvarlığı hakkı seviyesine ulaşmasa bile işletmenin aktifleri ile birlikte borçlandırıcı işlem niteliğindeki devir sözleşmesinin konusunu oluşturabilir<sup>30</sup>.

En çok karşılaşılan devir sözleşmesi olan satım sözleşmesi ile ilgili BK 182/I'de satım konusu olarak "mal"dan söz edilmesine rağmen, anılan hüküm öğretide geniş yorumlanmaktadır. Buna göre satım konusunu mutlaka teknik anlamda bir malvarlığı unsurunun oluşturması zorunlu değildir. Para ile değiştirilmesi (devri) mümkün ve iktisadi değeri olan bütün maddi ve maddi olmayan varlıklarının satılması olanaklıdır<sup>31</sup>. Bu çerçevede ekonomik fayda örneğin müşteri çevresi<sup>32</sup>, belirli bir bilgi (haber) ve ticari sır<sup>33</sup> satılabilir<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Lörtscher, **a.g.m.**, s. 51/52; Baldi, **a.g.e.**, s. 97.

<sup>30</sup> Lorenz, **a.g.m.**, s. 1. Ayrıca bir önceki dpn.ta anılan yazarlar.

<sup>31</sup> Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1985, s. 79; Serozan [Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı], **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi 1992, s. 69; Herbert Schönle, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Hrsg: Gauch Peter, Teilband V 2a, Art. 184-191, Zürich, Schulthess, 1993, Art., 184, N. 63; Larenz, **a.g.e.**, s. 164 ve orada dpn. 12'de anılan diğer yazarlar.

<sup>32</sup> Hans Giger, **Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, Bern, Verlag Stämpfl&Cie AG, 1979, Art. 184, N. 23; Keller/Siehr, **a.g.e.**, s. 9; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007, s. 66/67; Serozan/Hatemi/Arpacı, **a.g.e.**, s. 69. Anılan görüşten farklı olarak müşteri çevresinin oluşturduğu ticari itibarın, mahiyeti gereği işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceği ve dolayısıyla satılamayacağı düşüncesindeyiz. Aynı yönde Tandoğan, **a.g.e.**, s. 79; Esin, **a.g.e.**, s. 106. Yani müşteriler bir sözleşmeye konu olamayacağından, bunların hukuki anlamda (işletmeden bağımsız olarak) satımından ve devrinden söz edilemez: Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 145; Mimaröęlü, **a.g.e.**, s. 205. Farklı gerekçelerle aynı sonuca varan Cavin, **a.g.e.**, s. 10, yazar müşteri çevresinin devri için devredenin esas olarak (aslı edim niteliğinde) yapmama (non facere) borcu yani rekabet etmeme borcu üstlendiğini, bu tür bir borcun satım sözleşmesinin asıl edimi olamayacağını belirtmektedir. Ayrıca bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 175.

<sup>33</sup> Tandoğan, **a.g.e.**, s. 79; Schönle, **a.g.e.**, Art. 184, N. 64.

<sup>34</sup> Hatta bazı yazarlar şansların satılabileceğinden söz etmektedir: Schönle, **a.g.e.** Art., 184, N. 65; Keller/Siehr, **a.g.e.**, s. 9; Aral, **a.g.e.**, s. 67.

Buna ek olarak birden fazla malvarlığı unsurundan (ve iktisadi değerden) oluşan hukuki veya fiili bütünlüğün yani eşya birliklerinin<sup>35</sup> tek bir satım sözleşmesinin konusunu oluşturmaya engel yoktur<sup>36</sup>. Yeter ki satım sözleşmesinin konusunu oluşturan unsurlar arasında doğal veya iktisadi bir bağ bulunsun veya tarafların iradeleri söz konusu unsurları bir bütün olarak kabul etmek yönünde olsun<sup>37</sup>. Bu şart gerçekleşmemiş ise yani ticaret ve işlem hayatında birbirinden ayrı olarak değerlendirilen birden fazla şeyin satılması halinde, satılan şey kadar satım sözleşmesi kurulur<sup>38</sup>.

Bu açıklamalardan çıkan sonuç, bir iktisadi kül ve organizasyon olan ticari işletmenin de borçlandırıcı işlem niteliğindeki tek bir devir sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğidir. Nitekim öğretilerde de isabetli olarak bir bütün olarak (ticari) işletmenin ‘tek’ bir satım sözleşmesinin (BK 182 vd.; OR 184 vd., BGB § 433 vd. § 453<sup>39</sup>) konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> Eşya birliğine bir kütüphane, stoklanmış belirli bir seride üretilmiş emtia (elbise vs.); bir ofisin veya mağazanın tefrişinde kullanılan (taşınmazdan ayrılabilir) mobilya/demirbaş eşya, bir küçükbaş veya büyük baş hayvan sürüsü örnek verilebilir. Benzer yönde Honsell, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>36</sup> Keller/Siehr, **a.g.e.**, s. 9; Schönle, **a.g.e.** Art., 184, N. 53; Larenz, **a.g.e.**, s. 163.

<sup>37</sup> Cavin, **a.g.e.**, s. 11.

<sup>38</sup> Cavin, **a.g.e.**, s. 10/11.

<sup>39</sup> Alman hukukunda 26.11.2001 tarihinde yasalanan BGB reformundan sonra da işletme satımı özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte önceden de düzenleme konusu yapılmış (a.F. BGB § 433/I, § 437 vd.) hakların satımı ile birlikte bu sefer ayrıca özel satım konuları da (sonstige Gegenstände) belirtilmiştir (n. F. BGB § 453). Özel satım konuları arasına işletmenin de dâhil olduğu yasa gerekçesinde belirtilmiştir. Bkz. Bundestags – Drucksache, 14/6040, s. 242. Bu husus öğretilerde de benimsenmektedir: Bamberger/Roth/Faust, **a.g.e.**, § 453, N. 25 vd.. Böylece eşya satımına (Sachkauf) ilişkin hükümler (BGB § 433 vd.), hak satımlarına, özel satım konusu ve bu arada işletme satımlarına mahiyetine uyduğu ölçüde uygulanır (n.F. BGB § 453): Ulrich Büdenbender, „Grundlagen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf“ [Hrsg: Dauner-Lieb, Barbara/Henssler Martin], **Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung**, München, Verlag C.H. Beck, 2003, s. 21.

<sup>40</sup> Bu yönde Peter Hommelhoff, **Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf**. Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1975, s. 13 vd., özellikle 18/19; Larenz, **a.g.e.**, s. 164; Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 4 vd., dpn. 6; Schmidt, **Handelsrecht**, s. 145, dpn. 20, s. 146, 149; Bamberger/Roth/Faust, **a.g.e.**, § 453, N. 27; Oechsler, **a.g.e.** N. 58; Picot, **a.g.e.**, N. 8, s. 119; *D. Beisel* (Beisel/Klumpp), **a.g.e.**, K. 1, N. 19; Lorenz, **a.g.m.**, s. 1/2; aynı yönde Alman Federal Mahkemesi İçtihatları: BGH NJW 1969, 184; BGH 1978, 59, 60 (Hans-Joachim Holzapfel, “Die Behandlung des share deal”, Hrsg: Dauner-Lieb, Barbara/Henssler Martin, **Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung**, München, Verlag C.H. Beck, 2003, s. 88, dpn. 1’den naklen). İsviç-

Ticari işletmeyi oluşturan bazı gayri maddi iktisadi değerlerin ve hatta ‘borçların’ tek başına satılabilir olmaması, varılan sonucu değiştirmez. Zira incelediğimiz meselede ticari işletme borçlandırıcı işleme bir bütün olarak konu olmaktadır. Aynı şekilde ticari işletmeyi oluşturan münferit unsurlarının devrinin (tasarruf işleminin) farklı kuralara tâbi olması ve cüz’i halefiyet ilkesi uyarınca ayrı ayrı tasarruf işlemi ile gerçekleştirilecek olması, ticari işletmenin tek bir satım sözleşmesinin konusu olmasına engel olmaz<sup>41</sup>.

Kanunda öngörülen tipik satımın konusu (BK 182/I; “mal”) olmaması, ticari işletmenin bedel karşılığı devrinin, satım olarak nitelendirilmesine engel olmaz. Böyle bir olasılıkta olsa olsa atipik bir satımdan söz edilir; yoksa isimsiz (atipik) bir sözleşmeden değil<sup>42</sup>. Çünkü esaslı unsurları kanunda öngörülen belirli bir sözleşme tipine altlanabilen bir sözleşme, isimsiz sözleşme olarak nitelendirilemez<sup>43</sup>.

---

re/Türk hukuku yönünden aynı yönde Cavin, **a.g.e.**, s. 11; Vischer, **SZW** 2003/6, s. 336, 338, dpn. 22; Giger, **a.g.e.**, Art. 184, N. 21; Schönle, **a.g.e.**, Art. 184, N. 68; Keller/Siehr, **a.g.e.**, s. 9; Tschäni, **a.g.e.**, s. 99; Leupold, **a.g.e.**, s. 7, dpn. 35; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 79; Serozan/Hatemi/Arpacı, **a.g.e.**, s. 70; Esin, **a.g.e.**, s. 107; 124-126; Arkan, **a.g.e.**, s. 44; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 546. Alman hukukunda özellikle BGB reformundan önce durum tartışmalı idi: Azınlıkta kalan farklı görüşler için bkz. Esin, **a.g.e.**, s. 124-126. İsviçre Federal Mahkemesi de farklı görüştedir: BGE 129 III 18, BGE anılan nispeten yeni tarihli kararında (ticari) işletme devri sözleşmesinin satım sözleşmesi niteliğinde olmayıp, kendine özgü (“sui generis”) bir sözleşme olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme gerekçe olarak devredilen işletmenin birçok münferit unsurdan (menkuller, tesisat, teçhizat, kira sözleşmesi, müşteri çevresi vs.) oluştuğunu ve bu unsurlar kadar değişik borcun söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşımın haklı eleştirisi için bkz. Vischer, **SZW** 2003/6, s. 336/337. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi önceki bazı kararlarında farklı sonuca varmıştır. Nitekim özellikle BK 194 (OR § 197) anlamında işletmenin vasıflarının tekeffül edilmesiyle ilgili uyumsuzluklarda, “modaevinin” (BGE 91 II 353); “kasap dükkânının” (işletmesinin) (BGE 88 II 410); “lokantanın” ((BGE 63 II 77) satım konusu oluşturduğuna dair BGE kararları mevcuttur. Ancak eskiden beri İsviçre Federal Mahkemesi, işletmenin vasıflarının özel olarak tekeffül edilmemesi halinde, BK 194’ü (OR § 197) münferit unsurlardaki ayıplar bakımından uygulamaktadır: Vischer, **SZW** 2003/6, s. 336, dpn. 11.

<sup>41</sup> Vischer, **SZW** 2003/6, s. 336.

<sup>42</sup> Rona Serozan, **Borç Hukuku Özel Bölüm**, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama Uygulama Çalışmaları, 2 nci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 54.

<sup>43</sup> Serozan, **a.g.e.**, s. 55.

## C. DEVİR TAAHHÜDÜNDE AKTİFLERİN ÖNGÖRÜLMESİ

Geçerli bir devir taahhüdü için işletmedeki bütün aktiflerin devrinin üstlenilmesi şart değildir (TK 11/II)<sup>44</sup>. Bazı aktiflerin devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılmasına rağmen, yine de ticari işletmenin devrinin söz konusu olabilir. Devir konusunda belirleyici olan, ticari işletmeyi ticari işletme yapan yani *faaliyete devam etme imkânı* sağlayan unsurların devrinin taahhüt edilmesidir<sup>45</sup>.

Bu unsurlar öğretide maddi-gayri maddi öge ayrımı yapılarak gayri maddi öge olarak ifade edilmiştir<sup>46</sup>. Müşteri çevresinin yarattığı “iş değeri”nin yani peştemaliyenin maddi olmayan ögeyi bir ölçüde açıkladığını<sup>47</sup>, işletmenin işletme yeteneğini koruması şartıyla bazı maddi ögelerin devrin kapsamı dışında bırakılabileceği belirtilmiştir<sup>48</sup>. Sonuçta bu görüş kapsamında işletme yeteneğini muhafaza eden unsurlar, gayri maddi öge olarak nitelendirilmiştir.

Bir başka görüşe göre ise işletme unsurlarının maddi-gayri maddi ölçütüne göre ayrılması isabetli değildir. Çünkü ticari işletme devrinde önem taşıyan müşteri çevresini bir arada tutan unsurların devredilmesidir. Bu unsurlar işletmenin devri bakımından esas unsurlar olarak nitelendirilebilir (asli – tali unsur ayrımı)<sup>49</sup>. Ancak bunlar her işletmede

---

<sup>44</sup> TK 11/II’de geçen mukavele sözcüğü, konusu ticari işletme olan her türlü sözleşmeyi ifade eder: Kirâ, sigorta, satım sözleşmeleri vb.

<sup>45</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, 115; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 40; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 521; İmregün, **a.g.e.**, s. 11/12; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 37; Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 253, dpn.164; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 8 (işletmenin “yapısal açıdan kendi içinde bütünlük arz eden” kısmı).

<sup>46</sup> İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 11/12.

<sup>47</sup> İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 11.

<sup>48</sup> İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 12.

<sup>49</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 40; Ülku/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 50, dpn. 20. Bu şekilde bir ayrımın mümkün olduğunu belirten Acemoğlu, **a.g.e.**, 23, ancak yazar bütün işletmeler bakımından geçerli olacak bir ölçüt bulmanın zorunlu olduğundan hareketle, müşterilerin ticari işletmenin ve bunun devrinin vazgeçilmez bir unsuru olduğunu belirtmektedir (Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 24).

farklılık arz eder. İsmarlama ayakkabıcıda unvan, muhallebicide yer itibariyle kiracılık hakkı, sınaî bir işletmede patent, bir plaj işletmesinde tesisat ana unsur olabilir<sup>50</sup>.

Buna karşılık bu tür ayrımların benimsenmesinin yerinde olmadığı da ileri sürülmüştür<sup>51</sup>. Bu yaklaşıma göre önemli olanın işletmenin devralınan unsurlarla bir işletme olarak faaliyetine devam edip edemeyeceğidir. Asli unsur olarak nitelendirilen bazı unsurların (ticaret unvanı, işletme adı, marka vs.) devrin kapsamı dışında bırakılması mümkündür (TK 11/II).

Kanımızca yukarıda izah edilen görüş farklılığı, aslında aynı ilkenin farklı tanım ve ifadelerle ifade edilmesidir ve pratik açıdan pek önem taşımamaktadır. Çünkü anılan görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, üzerinde uzlaşılan bir ölçüt mevcut gözükmemektedir. O da devrin bir organizasyon olarak işletme faaliyetini devam ettirme imkânı sağlayacak ve müşteri çevresini bir arada tutacak unsurları kapsamasının zorunlu olduğudur<sup>52</sup>.

Hangi unsurların devredilen işletme malvarlığının, ticari işletmenin devri sonucunu doğuracak nitelikte “zorunlu” (esaslı) unsur olarak değerlendirileceği, somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Bu özelliklerin tayininde örneğin ticari işletmenin konusu, faaliyetin türü, hacmi, bulunduğu yer, hitap ettiği müşteri çevresi vs. göz önünde bulundurulabilir. Genel olarak hiçbir münferit malvarlığı unsurunun, tüm işletme türlerinin devri bakımından esaslı unsur olduğu önceden ve kesin olarak saptanamaz. Buna karşılık ticari işletmeyi devam ettirme imkânını sağlayacak unsurlarının ağırlıklı kısmının devredende kaldığı bir devir, işletme devri olarak nitelendirilemez. Örneğin taciri, işletmeyi ve mal ve hizmetleri ayırt edici tüm işaretlerin; yani ticaret unvanının, –var ise– işletme adının ve markanın hiçbirinin devredilmediği veya bunların kullanma hakkının/yetkisinin tanınmadığı bir malvarlığı devrinin ticari işletme devri olarak nitelendi-

---

<sup>50</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 40.

<sup>51</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 522.

<sup>52</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 115; Arkan, **a.g.e.**, s. 42; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 521; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 37.

rilmesi olanaklı değildir. Zira bu olasılıkta müşterileri bir arada tutmaya yarayacak unsurların ağırlıklı ve önemli kısmı, devrin kapsamından ayırık tutulmuş olmaktadır.

Devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı sürece, işletmeye dâhil olan tüm malvarlığı unsurlarının yani kanunun deyimıyla “*daimi unsurların*” devralana geçtiği kabul edilir (TK 11/II). Bu husus ticaret unvanı bakımından kanunda özel olarak belirtilmiştir. Bir ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinde aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, ticaret unvanının dahi devrini içerir (TK 51/II)<sup>53</sup>. Bu hükümler tamamlayıcı yedek hukuk kuralıdır. Devir sözleşmesinde aksine düzenleme yapılması mümkündür.

TK 11/II hükmünün uygulanabilmesi için en azından mevcut ve geçerli bir devir taahhüdü bulunmalıdır. Bu bağlamda devir sözleşmesinde en azından esaslı unsurların belirli veya belirlenebilir olması zorunludur. Diğer taraftan ticari işletme kapsamındaki unsurların ayrıntılı olarak belirtilmesi, taraflar arasındaki muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmesi bakımından gereklidir. Devrin konusu olan unsurların belirlenebilirliği, ticari işletmenin defter ve kayıtlarına dayanılarak da sağlanabilir.

Öte yandan borçlandırıcı işlem bakımından devir konusunun belirlenebilir olması yeterlidir<sup>54</sup>. Ticari işletmenin devri sözleşmesi özel bir şekle tâbi kılınmadığından (BK 179), ayrıca yazılı bir devir envanteri ve bilânçosu düzenlenmesi şekil açısından bir geçerlilik şartı değildir<sup>55</sup>.

Bununla birlikte bu durum devir sözleşmesi ile birlikte veya onun eki niteliğinde bir devir bilânçosu ve envanteri tanzim edilmesinin hukuken gerekli olmadığı anlamına gelmez. Ticari işletmenin karmaşık ve kapsamlı bir malvarlığı oluşu dikkate alındığında,

---

<sup>53</sup> Aynı yönde Yarg. 11. HD. 9.11.1989, E. 8241 K. 6118 (Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, Dördüncü Cilt (Madde 109-213) Ankara, Seçkin, 2003, s. 4473/4474).

<sup>54</sup> Satım açısından aynı yönde Becker, **a.g.e.**, Art. 184, N. 10.

<sup>55</sup> Abuzer Kendigelen, **Hukukî Mütalâalar** (Mahkeme Kararları İle Birlikte), Cilt IV: 2002, İstanbul 2006, s. 11

devir taahhüdünün belirlenebilirliği bakımından bir devir bilançosu/envanteri düzenlenmesi önem taşır.

Gerçekten devir bilânçosu/envanterinin düzenlenmesi, her şeyden önce devredenin açıklama yükümlülüğünün gereğidir<sup>56</sup>. Anılan yan edim yükümlülüğü devralana da bu konuda bir talep yetkisi tanır. Devir taahhüdünün kapsamını belirleyecek devir bilânçosu/envanteri düzenlenmeksizin, ticari işletmenin devri sözleşmesi yapılması, devralan tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne (TK 20/II) de aykırılık oluşturabilir<sup>57</sup>. Özellikle ticari defterlerin usulüne uygun tutulmamış olması halinde durum böyledir. Aynı şekilde işletmeyi devralan bir ticaret şirketi ise, devir işlemini gerçekleştiren organ temsilcinin görevini özenle yerine getirmemesinden dolayı sorumluluğu gündeme gelebilir. Demek ki, BK 179’da devir envanterinin devir sözleşmesinin geçerlilik şartı olmaması, devir envanteri düzenlenmemesinin hiçbir sonuç doğurmayacağını göstermez.

Açıkça bir devir envanteri ve bilânçosu düzenlenmemesi halinde, ticari işletmeye dâhil olan unsurların belirlenmesinde, devir sözleşmesinin bu konuda açıklık taşıyan hükümlerinden ve ayrıca işletmeye ait ticari defterlerden (bilanço ve envanter defteri) yararlanılabilir<sup>58</sup>.

#### **D. DEVİR TAAHHÜDÜNDE PASİFLERİN ÖNGÖRÜLMESİ**

Ticari işletmeyi “*aktif ve pasifiyle birlikte devralan*”dan söz eden BK 179’un açık lafzı uyarınca, pasiflerin nakledilebilmesi için, bunun devir sözleşmesinde öngörülmesi gerekir. Bu anlaşma/şart, BK 173/I anlamında borçtan kurtarma vaadi (borcun iç

---

<sup>56</sup> Kendigelen, **Hukuki Mütalâalar IV**, s. 12.

<sup>57</sup> Kendigelen, **Hukuki Mütalâalar IV**, s. 12. Devralan tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, devreden (tacirin) açıklama yükümlülüğünün ortadan kaldırmaz. Ancak bu durum devralanın, açıklama yükümlülüğünü yerine getirmeyen devredene buna rağmen devir sözleşmesi yaparak basiretli iş adamı gibi özenli hareket etmediği gerçeğini değiştirmez.

<sup>58</sup> Picot, **a.g.e.**, N. 53, s. 82, yazar bilânçolanan işletmelerin devrinde, devir envanteri ile bilânçonun devredilen hakların ve malların belirlenmesinin ve devrinin dayanağını oluşturacağını ifade etmektedir.

yüklenilmesi) anlaşması niteliğindedir<sup>59</sup>. Eğer devir sözleşmesinden borçların naklinin kesinlikle kararlaştırılmadığı anlaşılıyorsa, BK 179'un uygulanmasının bir şartı gerçekleşmemiş demektir<sup>60</sup>.

Devir sözleşmesinde borçların üstlenilmesi ve nakli, açıkça ya da örtülü olarak kararlaştırılabilir<sup>61</sup>. Devralan, sözleşmede aksi yönde açıklık yok ise kural olarak işletmeye ait borçların üstlenilmesi ve ifası borcunu da üstlenir. Yeter ki, sadece aktifleri değil, bir bütün olarak işletmeyi devralmış olsun<sup>62</sup>. Ticari işletmeye borçlar da dâhil olduğuna göre tarafların farazi iradelerine uygun olan, borçların da devralan tarafından üstlenilmesi ve ifa edilmesidir<sup>63</sup>.

Ne var ki, kanımızca bu yorum ilkesi işletmeye ait *muaccel (ve ihtilaflı olmayan) borçlar* ile devralan tarafından bilinmeyen/bilinmesi gerekmeyen *şaşırtıcı* borçlar bakımından yürümez<sup>64</sup>. Çünkü devredenin muaccel borçlarını ifa etmesi, ticari dürüstlükten kaynaklanan doğal bir zorunluluktur<sup>65</sup>. Öte yandan güven ilkesince yorum çerçevesinde, bilinmeyen borçların ve böylece içeriği ve sınırları öngörülemez risklerin devralan tarafından üstlenilmesinin, makul ve dürüst hareket eden devreden tarafından *beklenebilir* olduğu da söylenemez<sup>66 67</sup>.

---

<sup>59</sup> Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 9.

<sup>60</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 395/396; Becker, **a.g.e.**, § 181, N. 2; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 9.

<sup>61</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 975.

<sup>62</sup> Claus-Wilhelm Canaris, **Handelsrecht**, 24., vollständig neu bearbeitete Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2006, § 8, II, N. 11.

<sup>63</sup> Canaris, **a.g.e.**, § 8, II, N. 11.

<sup>64</sup> Canaris, **a.g.e.**, § 8, II, N. 12. Örneğin ticari defter kayıtlarında yer almayan ve devir bilançosunda gösterilemeyen borçlar bu niteliktedir.

<sup>65</sup> Canaris, **a.g.e.**, § 8, II, N. 12.

<sup>66</sup> Canaris, **a.g.e.**, § 8, II, N. 12.

<sup>67</sup> İşaret edelim ki, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, *güven ilkesi uyarınca yorum çerçevesinde* devrin kapsamı içindeki borçların tayininde, iç ilişki (devir sözleşmesi) ve dış ilişki (devrin i-lân/ihbar ile alacaklılara karşı hüküm ifade eden içeriği) birbirinden ayrılmalıdır. Zira iç ilişkideki hukuki durum ile dış ilişkideki menfaatler dengesi birbirinden farklıdır. Bu bağlamda dış ilişkide üstlenilen borçlar, iç ilişkide üstlenilen borçlardan daha geniş kapsamda da olabilir. Nitekim dış ilişkide,

Vurgulamak gerekir ki bu yorum kuralları, devir sözleşmesinde pasifler açısından boşluk bulunması halinde devreye girer. Buna mukabil devir sözleşmesinde ticari işletmenin eski borçlarının üstlenilip üstlenilmediğinin açıkça öngörülmesi yerinde olur. Özellikle borçların devrin kapsamı dışında bırakılmak istenmesi halinde, bunun devir sözleşmesinde açıkça ortaya konulması isabetli olur. Çünkü devir sözleşmesinde borçların nakli konusunda hiçbir hükmün bulunmaması, borçların naklinin öngörülmediğini göstermez. Bu halde borçların nakli konusunda devir sözleşmesinin bir boşluk taşıdığı söylenmelidir. Bu boşluğun devir konusunun bir ticari işletme olması da dikkate alınarak doldurulması gerekir. Devirden öncesi itibarıyla ticari işletmenin kapsamına borçlar da dâhildir. O halde, devirden sonra borçların akıbetinin açıklığa kavuşturulmaması halinde, ticari işletmenin borçlarının da nakledilmek istendiği sonucuna varılır. Kaldı ki TK 11/II'nin uygulama olanağı bulması ile borçların devir sözleşmesi kapsamına kendiliğinden dâhil olması mümkündür<sup>68</sup>.

Ancak yukarıda açıklandığı üzere devir sözleşmesinde aksine açıklık olmaması nedeniyle borçların da sözleşmenin kapsamına dâhil edilmesinde, güven ilkesi esas alınır. Bu ilkeye göre yorum, sınırsız biçimde işletmeye ait tüm borçların devir sözleşmesinin kapsamına alınması anlamına gelmez. Devir sözleşmesinde boşluk bulunması halinde bir kısım borçların (devirden önce muaccel olan veya gizlenmiş borçların) kapsam dışında bırakılması gereklidir.

---

yani alacaklılara yönelik olarak devrin ilânında/ihbarda, pasiflerden dolayı sorumluluk sınırlandırılmalarının açıkça belirtilmesi gerektiği ve bu konudaki belirsizliklerin, güven prensibi uyarınca işletmeyi devralan aleyhine yorumlanacağı konusunda bkz. aş. Üçüncü Bölüm, III, C, 1. Anılan yerde açıklandığı üzere, örneğin BK 179 uyarınca ilânda/ihbarda eski borçlardan sorumluluk belirli bir tarih (örneğin devir tarihi) belirtilerek daraltılmamış ise, muaccel borçlar da devralan tarafından üstlenilmiş sayılır.

<sup>68</sup> Aksine hüküm olmadığı sürece daimi unsurların ticari işletmeyle ilgili sözleşmeye dâhil olacağını öngören TK 11/II'de borçlar sayılmamıştır. Ancak anılan hüküm sınırlayıcı değildir. Bu gerekçeden dolayı borçların bir iktisadi bütünlük olan ticari işletmenin “daimi unsurları” arasında sayılması olanaklıdır.

## 1. Pasiflerin Devrin Kapsamı Dışında Bırakılması

Savunulan Teminat Teorisi uyarınca ticari işletmenin devrinin kapsamına, BK 179 uyarınca mutlak ve emredici olarak eski borçların da dâhil olduğu öğretilerde genel kabul görmektedir<sup>69</sup>. Ancak hâkim görüşün savunucuları arasında, açıkça öngörülme suretiyle borçların tamamen (veya bunların ağırlıklı kısmının) devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılmasının nasıl bir sonuç doğuracağı ise tartışmalıdır.

Bir görüşe göre sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşme geçersizdir<sup>70</sup>. Doğal olarak devir sözleşmesi geçersiz ise, BK 179'a dayalı olarak borçların nakli de gerçekleşmez.

Diğer bir görüşe göre ise aktiflerin devrini öngören devir sözleşmesi geçersiz olmaz. Bu halde devir sözleşmesindeki sadece borçların naklini engelleyen anlaşma/şart geçersiz olur<sup>71</sup>. Buna bağlı olarak ticari işletmenin devri sözleşmesi geçerli olduğundan, BK 179 çerçevesinde borçlarının da kanunen devralana geçeceği kabul edilmiş olmaktadır. Bu sonuç borçların naklini bertaraf eden şarta rağmen gerçekleşir. Bu kapsamda bir ticari işletmenin tüm aktiflerini devralan, özellikle BK 179'daki ilân/ihbar şartı da gerçekleştikten sonra, işletmenin pasiflerini de üstlenmiş olur.

Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe<sup>72</sup> göre ise pasiflerin tamamen devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılması geçerlidir. Bu halde hem devir sözleşmesi ve bu

---

<sup>69</sup> Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, B.

<sup>70</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; Arkan, **a.g.e.**, s. 42, dpn. 3; Ömer Teoman, "Bir Ticaret Ortaklığının Faaliyetlerini Bölünme veya Ayrılma Sureti İle Başka Ortaklıklara Devretmesi", **Yaşayan Ticaret Hukuku**, Cilt I: Hukukî Mütalâalar, Kitap 9: 1998-1999, İstanbul, Beta, 2000, s. 92; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 37; Aslan/Şenyüz/Ergün, **a.g.e.**, s. 15, dpn. 17; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop **a.g.e.**, s. 281, dpn. 2; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 975. Bu görüşü savunan bazı yazarlar (Arkan, **a.g.e.**, s. 42, dpn. 3; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 42), bu yaklaşımın taraftarı olarak *Acemoğlu'na* (s. 41) atıf yapmaktadırlar. Bununla birlikte, sözü edilen yazar devam eden açıklamalarımızda açıklanan farklı bir fikri savunmaktadır.

<sup>71</sup> Acemoğlu, s. 35 vd. özellikle s. 38-41, 119/120; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1138, dpn. 41; Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 520.

<sup>72</sup> Bu görüş İsviçre hukukunda genel kabul görmektedir: Bu yönde bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, C, 1.

devir sözleşmesine dayalı olarak aktiflerin devri hem de pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin anlaşma hüküm ifade eder. Bu tür bir sözleşme karşısında artık BK 179 uyarınca borçların nakli imkânı ortadan kalkar. BK 179 emredici olarak pasiflerin naklini düzenleyen bir hüküm değildir. Pasiflerin devrin tamamen kapsamı dışında bırakılması anlaşması/kaydı, ihbarda/ilânda açıkça belirtilmek kaydıyla alacaklılara karşı da ileri sürülebilir<sup>73</sup>. Bununla birlikte, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan ticari işletme devirleri bakımından, icra hukukundaki düzenlemelere (İİK 44, İİK 96 vd., İİK 277 vd.) başvurma imkânı mevcuttur.

## 2. Pasiflerin Sınırlandırılması Sorunu

Devir sözleşmesinde BK 179 uyarınca üstlenilen/nakledilen eski borçların açıkça öngörülmek suretiyle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ve işletme alacaklılarına karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe<sup>74</sup> göre devir sözleşmesinde yani iç ilişkide işletmeye ait bazı borçların sınırlandırılması olanaklıdır. Ancak bu sınırlandırma dış ilişkide ve BK 179 uyarınca yapılan ihbarda/ilânda belirtilse bile, alacaklılara karşı hüküm ifade etmez. Türk hukukunda ağırlık kazanan ikinci bir görüşe<sup>75</sup> göre ise münferit bazı borçların hem devir sözleşmesinde açıkça öngörülmek suretiyle sınırlandırılması, hem ihbarda/ilânda açıkça belirtilmek şartıyla işletme alacaklılarına karşı ileri sürülmesi mümkündür<sup>76</sup>. Şu şartla ki, tüm pasiflerin veya bunların büyük bir kısmının geçişini ber-

---

<sup>73</sup> Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, III, C, 1.

<sup>74</sup> Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Kendigelen (Ülgen), **a.g.e.**, N. 536; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 39; Selma Baktır, **Ticari İşletme Hukuku**, İzmir, 1997, s. 38; Çitçi, **a.g.e.**, s. 28/29.

<sup>75</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 40, 117; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1143; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 281; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 975, dpn. 230; Tekinalp, **Mükellefin**, s. 40, dpn. 10; Akuğur, **a.g.e.**, s. 25, dpn. 75. *Poroy/Yasaman* ise sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşmeyi geçersiz sayarken, pasiflerin sınırlanması sorununa açıklık getirmemektedir (**a.g.e.** s. 42). Bazı unsurların devredilmemesi halinde yine de BK 179'un uygulanacağını belirten yazarların, bu "unsurlar"ın kapsamına borçları dâhil edip etmedikleri anlaşılmalıdır.

<sup>76</sup> Yargıtay da bir kararında bu yaklaşımı benimsemiş ve "(B)ir ticari işletmenin faaliyetine tahsis edilen şeyler, aksine bir hüküm olmadıkça işletmeye dâhil unsurlar arasında kabul edilir. Davalılara ait devir sözleşmesinde, hususi hat ile telefonun hariç tutulduğu yazılı olmadığına göre, artık bunların işletme ile birlikte devralana devredildiğini kabul etmekte zorunluluk vardır...(İ)şletmenin devirden önceki borcuna gelince...işletmenin aktif ve pasif ile birlikte devrinde [borç] alacaklıların rızasına ihtiyaç

taraf eden anlaşmalar, ihbarda/ilânda belirtilmiş bulunsalar bile, alacaklılara karşı ileri sürülemez.

Yukarıda arz edilen farklı görüşler itibariyle, Türk hukukunda genel kabul gören Teminat Teorisi taraftarları arasında, eski borçların sınırlandırılması ve üçüncü kişilere ileri sürülmesi meselesinde birlik olmadığı görülmektedir. Buna rağmen bunların içinde ağırlık kazanan görüş, münferit borçlar bakımından sınırlandırmanın mümkün olduğu yönündedir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe<sup>77</sup> göre ise devir sözleşmesinde (iç ilişkide) bazı borçların ayrı tutulması şeklinde sınırlandırmalar öngörülebilir ve BK 179'a göre ihbar/ilânda açıkça belirtmek şartıyla işletme alacaklıları bakımından da geçerli hale gelir. Buna mukabil tüm pasiflerin veya bunların büyük bir kısmının naklini engelleyen anlaşmalar pasiflerin sınırlandırılması kavramıyla bağdaşmaz ve artık BK 179 uygulanmaz. Ancak tüm pasiflerin veya bunların büyük bir kısmının naklini engelleyen anlaşmalar geçerli olup, tarafların BK 179'daki borçların nakli imkânından yararlanmak istemediğini gösterir. Örneğin devir sözleşmesinde işletmenin devri ile birlikte, sadece münferit bazı borçların nakli öngörülmüşse, artık BK 179 uygulanma alanı bulmaz. Bu halde borcun nakli kurumunun genel kuralları (BK 173 vd.) uygulanır.

---

kalmaksızın yeni malike intikal" edeceği sonucuna varmıştır (Yarg. 11. HD. 20.02.1975, E. 74/3926 K. 75/1217 (Batider, C. VIII, S. 2, s. 148). Anılan kararı benimseyen İnal, **a.g.e.**, s. 72/73.

Karara konu olan olayda "Son Baskı Gazetesi" adlı işletme devredilmiş, devralan ise aynı gazete işletmesini bir başka kişiye devretmiştir. Bu gazeteye ait olduğu konusunda ihtilaf bulunmayan telefon ve hususi hat konusundaki abonmanlık sözleşmesinin tarafı olan PTT idaresi, anılan mukavele kapsamında doğan borçların tahsilini, işletmeyi devralan davalılardan, işletmeye sahip oldukları devreler itibariyle talep etmiştir. Davalılar ise abonman sözleşmesinin tarafının gazetenin eski sahibinin olduğunu, bu sözleşmenin ise PTT idaresi nezdinde yapılacak işlemle nakledilmesi gerektiğini ve dolayısıyla kendilerine bir sorumluluk terettüp etmediğini ileri sürmüşlerdir. Anılan uyuşmazlık kapsamında Yargıtay, işletmeye dâhil olan (ve işletme devirlerinden önce kurulan) sözleşmeden, işletmenin devrinden sonra doğan borçlardan sorumluluğu da değerlendirmiştir. Bu açıdan anılan karara yapılan atıf için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, C.

<sup>77</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, 115-116; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 695/696; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 53; Bu yaklaşım İsviçre'de genel kabul görmektedir: Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 291, N. 21; Rey/Gauch/Schluemp/, **a.g.e.**, s. 306, N. 3832; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 398, dpn. 130; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 767, dpn. 26; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 11. Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 151; Barandun, **a.g.e.**, s. 83.

Savunduğumuz yaklaşım, Türk hukukunda ağırlık kazanan görüş ile temelde aynıdır. Fark şu noktadır: Tezimizde Teminat Teorisi kabul edilmemiş ve BK 179'un emredici karakterde olmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla devir sözleşmesinde bazı borçların ayrı tutulması şeklinde sınırlandırmalar yapılabilir. Bu sınırlandırmalar BK 179'a göre ihbar/ilânda açıkça belirtilmek kaydıyla, işletme alacaklıları bakımından da hüküm ifade eder. Buna karşılık devir sözleşmesinde eski borçların tamamının veya ağırlıklı olan kısmının devrin kapsamı dışında bırakılması halinde ise devir sözleşmesi veya pasiflerin nakline ilişkin anlaşma ("*iç ilişki*") geçersiz olmaz, ancak bu devir sözleşmesine BK 179'un uygulanamayacağı sonucuna varılır<sup>78</sup>. Çünkü kanuni düzenleme borçların topyekûn nakline ilişkindir. Bu hükmün uygulanabilmesi için münferit borçlar veya bazı borç grupları sınırlandırılmış olsa bile, *genel olarak geriye kalan tüm borçların nakledileceği* öngörülmalıdır<sup>79</sup>. Yani sınırlandırma istisna, borçların nakli asıl olmalıdır. İşletmeye ait borçların tamamı ve önemli bir kısmı topyekûn nakledilmek yerine münferit bazı borçlar nakledilmek isteniyorsa, izlenecek yol, borcun nakline ilişkin genel kurallara başvurmaktır (BK 173 vd.). Bu olasılıkta artık uygulanabilir olmayan BK 179 uyarınca ihbar/ilân yapılmasına da ihtiyaç bulunmayacaktır. Bununla birlikte bu tür bir devir sözleşmesi geçerlidir.

Nihayet Türk hukukunda Teminat Teorisini yumuşatmaya çalışan, yukarıda belirtilen ikinci görüşün kendi içinde eleştiriye açık olduğunu belirtelim. Çünkü bir yandan Teminat Teorisini benimseyerek BK 179'un emredici olduğunu, diğer yandan bazı borçların devrin kapsamı dışında bırakılabileceğini ve bunun ihbarda/ilânda belirtilmek şartıyla üçüncü kişilere ileri sürülebileceğini kabul etmek, kendi içinde tutarlı değildir. Bir hüküm ya emredicidir ya da değildir. İleri sürüldüğü üzere aktiflerin pasiflerin teminatı olması ve alacaklıların korunması bakımından BK 179 emredici karakterde ise, bu ko-

---

<sup>78</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 83/84; Bühler, **a.g.e.**, s. 57.

<sup>79</sup> Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 767, dpn. 26.

rumadan tüm alacaklılar yararlanmalı idi<sup>80</sup>. O halde Teminat Teorisi açısından, devir ilişkisinin taraflarının aksine anlaşma yapmak suretiyle bu sonucun doğmasına engel olamaması gerekirdi. Bu görüş çerçevesinde neden bazı alacaklıların bu korumadan yararlanamayacağı anlaşılamamaktadır.

## **E. DEVİR TAAHHÜDÜNÜN GAYRİ MADDİ İKTİSADİ DEĞERLERİ KAPSAMASI**

Ticari işletmenin devri, sadece işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının örneğin menkullerin, gayrimenkullerin veya fikri hakların devri suretiyle gerçekleştirilmiş olmaz. Ticari işletmenin bir işletme olarak devrinin taahhüt edilmesi halinde, bu taahhüdün ifası ile devralan işletme faaliyetini devam ettirebilmek imkânını elde etmesi zorunludur. Bu kapsamda devir sözleşmesi uyarınca ticari işletmenin devrinin gerçekleştirilebilmesi için gayri maddi iktisadi değerlerin de devralana sağlanması gerekir.

Genel olarak gayri maddi iktisadi değerlerin devralana sağlanmasına ilişkin borçların kapsamına, açıklama, bildirme, işletmeyi tanıtma edimleri dâhil edilmektedir<sup>81</sup>. İçeriği bakımından bu borçlar, tedarik kaynakları ve metotları ve bunların özellikleri hakkında devralanı bilgilendirme, devralana işletme organizasyonunun işleyişini gösterme (a-lıştırma), teknik/ticari sırları açıklama (know-how sağlama), devralanı müşteri çevresine, tedarik kaynaklarını oluşturan işletmelere, kredi kurumlarına tanıtma biçiminde ortaya çıkabilir<sup>82</sup>. Müşteri listelerinin, varsa başkaca konulardaki bilgi/veri derlemelerinin verilmesi yine anılan borçların kapsamına girer.

---

<sup>80</sup> Teminat Teorisi bakımından mutlaka bir sınırlama yapılmak isteniyorsa, bu bazı borçların devrin kapsamı dışında bırakılması şeklinde değil, işletmenin aktifleri ve bunların değeri ile sınırlama olarak düşünülebilirdi. Ancak bu düşüncenin de BK 179'da bir dayanağı bulunmamaktadır.

<sup>81</sup> Leupold, **a.g.e.**, s. 8, dpn. 40.

<sup>82</sup> Leupold, **a.g.e.**, s. 8.

### III. DEVREDENİN ÖZELLİK ARZ EDEN DİĞER BORÇLARI

#### A. REKABET ETMEME BORCU/REKABET YASAĞI

Ticari işletme devrinde ve özellikle işletme satımında genellikle devredene rekabet etme yasağı getirilir. Rekabet yasağı, yan edim olarak devir sözleşmesinde ya da asli edim olarak ayrı bir rekabet yasağı anlaşması ile öngörülebilir. Sözleşme ile açıkça öngörülmediği takdirde, devredeninin yine de rekabet yasağına tâbi olup olmadığı sorusu karşımıza çıkar. Bu tür bir rekabet yasağının ancak ticari işletmenin devri taahhüdünün gereği gibi ifası ve özellikle gayri maddi iktisadi değerlerin devralana sağlanması için objektif olarak zorunlu olması, anılan yasağın kabulünü haklı kılar.

Sözleşmenin MK md. 2 uyarınca yorumu sonucunda, (i) tarafların ortak iradesinin işletmenin müşteri çevresinin de devrine yönelik olması, (ii) objektif olarak devir sözleşmesinin gereği gibi ifası ve amacına ulaşması için rekabet yasağının zorunlu olması, (iii) işletme satımları açısından özellikle ivazın/satış bedelinin karşılığını oluşturan işletme değeri içinde müşteri çevresi ve ticari itibarın yer alması (iv) şartlarının mevcut olduğunun kabul edilmesi halinde, devredeninin rekabet yasağı borcu altında olduğu sonucuna varılmalıdır.

Anılan şartlar genellikle her işletme devrinde veya satımında mevcut olacağından, kural olarak devredeninin rekabet etme borcu da vardır. Nitekim öğretide<sup>83</sup> ticari işletmesi devirlerinde devredeninin, –sözleşmede açıkça öngörülme dahi– bu ilişkinin niteliği gereği rekabet etmeme borcu altında olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 86; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 517; Hommelhoff, **a.g.e.**, s. 16; Leupold, **a.g.e.**, s. 97, dpn. 38; s. 217/218, dpn. 2 ve 5, s. 219 vd.; Monika Ruggli /Markus Vischer, “Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen”, **SJZ** 102 (2001), s. 295, dpn. 10; Schmidt, **Handelsrecht**, s. 141; Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 26.

<sup>84</sup> Aynı sonuca işletmenin dolaylı satımları bakımından varılmaktadır: Ruggli/Vischer, **a.g.m.**, s. 295.

Devir sözleşmesi ile devredene yükletilen rekabet etmeme borcunun hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre ise rekabet etmeme borcu yan edim<sup>85</sup> niteliğindedir<sup>86</sup>. Diğer bir görüşe göre rekabet yasağı devir sözleşmesine ait asli borçtur ve özellikle satım karşılık ilişkisinin içinde yer alır<sup>87</sup>. Üçüncü bir görüş uyarınca, rekabet yasağı, taraflar arasında örtülü olarak kurulan devir ilişkisinin dışındaki ayrı bir anlaşmadan kaynaklanır<sup>88</sup>.

Kanımızca yan borç niteliğinde olsa bile rekabet etmeme borcunun, işletme satımlarında sözleşmenin bütünü bakımından arz ettiği önem dolayısı ile karşılık ilişkisinin içinde yer aldığı kabul edilmelidir<sup>89</sup>. Bir borcun yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi, onun karşılık ilişkisi içinde kabul edilmesine engel değildir. Bu sonuca varıldıktan sonra ise rekabet borcunun niteliği ile ilgili tartışma, BK 81 ve BK 106 vd. düzenlenen hakların kullanılabilmesi bakımından pratik önemini yitirmektedir. Çünkü anılan hükümler karşılık ilişkisi içinde yer alan borçlar açısından –bu borçlar yan edim niteliğinde olsa bile– uygulama alanı bulur.

Sözleşmede açıkça öngörülen rekabet borcunun içeriği, sözleşmenin buna ilişkin hükümlerine göre belirlenir. Sözleşmede düzenlenmemiş olan rekabet borcunun içeriği, devir konusu işletmenin özelliklerine göre değişir<sup>90</sup>. Bu konuda örneğin işletmenin türü ve konusu, hitap ettiği müşteri çevresi, ticaret hacmi, ne zamandan beri faaliyette bulunduğu, yani müşteri ilişkilerindeki süreklilik vb. olgular nazara alınır. Önemli olan işlet-

---

<sup>85</sup> Yan edim yükümlülükleri asli edime tâbi olmakla birlikte, asıl borçtan bağımsız olarak talep ve dava edilebilirler. Bu özellik onları yan yükümlerden ayırır: Eren, **a.g.e.**, s. 33.

<sup>86</sup> Giger, **a.g.e.**, Art. 184, N. 134; Canaris, **a.g.e.**, § 8, I, N. 9; Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 26 ve orada dpn. 36’da anılan diğer yazarlar; Holzapfel/Pöllath, **a.g.e.**, s. 507; *D. Beisel* (Beisel/Klumpp), **a.g.e.**, K. 12, N. 2.

<sup>87</sup> Esin, **a.g.e.**, s. 96-98108; Leupold, **a.g.e.**, s. 222; Ruggli/Vischer, **a.g.m.**, s. 295.

<sup>88</sup> Lukas Cotti, “Das vertragliche Konkurrenzverbot”, herausgegeben von Peter Gauch, Freiburg 2001, 104 vd., 107 (Ruggli/Vischer, **a.g.m.**, s. 295, dpn. 13’ten naklen).

<sup>89</sup> Yan edim yükümlülüklerinin karşılık ilişkisine dâhil olup olmadığı sorunu hakkında bkz. Koller, **BasK, OR I**, § 184, N. 72, yazar bu soruya genel bir cevap verilemeyeceği görüşündedir. Buna karşılık yan edim yükümlülüğünün her halde karşılık ilişkisi içinde yer aldığı yönünde Eren, **a.g.e.**, s. 34.

<sup>90</sup> Leupold, **a.g.e.**, s. 118; Ruggli/Vischer, **a.g.m.**, s. 296.

meye ait gayri maddi iktisadi değerlerin var olması ve bunların devralana sağlanması amacının gerçekleştirilmesidir. Bu ölçütler çerçevesinde, rekabet borcunun içeriği de somut olayın özelliklerine göre farklılık arz eder<sup>91</sup>.

Örneğin devreden tacir ile gayri maddi iktisadi değerler arasındaki bağlantı ne kadar zayıfsa, rekabet borcunun kapsamı da o ölçüde dar olur. İşletmesinin yönetiminde yer almayan, işletme ilgilileri ile kayda değer bir ilişkisi olmayan tacirin işletmesini devretmesinde bu durumla karşılaşılabılır<sup>92</sup>.

Sözleşmede aksine hüküm yoksa rekabet yasağı, devreden devralanla rekabet etmesinin oluşturacağı tehlikenin, bir üçüncü kişininkinden farksız olduğu zamana kadar devam eder<sup>93</sup>. Bunun için ortalama iki veya üç yıllık bir sürenin<sup>94</sup> (azami beş yıl<sup>95</sup>) gerekli olacağı kabul edilmektedir.

Konu bakımından rekabet yasağı, işletmenin devri anında, fiilen faaliyette bulunduğu piyasada etkide bulunan davranışları kapsar. Dolayısıyla devreden, anılan piyasada doğrudan veya dolaylı olarak etki ve sonuç doğuracak işlem ve eylemlerden kaçınmalıdır. Bu işlem ve eylemlerin başında, devredilen işletme ile ‘aynı müşteri çevresine hitap edecek şekilde’ devreden kendi adına ve hesabına işletmek üzere bir rakip işletmeyi açması gelir. Devreden rakip işletmeye gizli ortak olarak iştirak etmesi veya rakip işletme için (organ temsilci, vekil/temsilci olarak) faaliyette bulunması da rekabet yasağının ihlâli hallerine girer.

---

<sup>91</sup> Leupold, **a.g.e.**, s. 118; Ruggli/Vischer, **a.g.m.**, s. 296.

<sup>92</sup> Ruggli/Vischer, **a.g.m.**, s. 296.

<sup>93</sup> Ruggli/Vischer, **a.g.m.**, s. 296.

<sup>94</sup> Ruggli/Vischer, **a.g.m.**, s. 296.

<sup>95</sup> Holzapfel/Pöllath, **a.g.e.**, s. 509, yazarlar iki yılı aşan sürenin “gri alan” teşkil ettiğini belirtmektedirler.

## B. AYIBA VE ZAPTA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin en çok karşılaşılan şekli satım sözleşmesidir. Satım sözleşmesinde ayıba/zapta karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümler, başka sözleşme türlerinde de uygulama alanı bulur. Örneğin adi ortaklık ilişkisinde (BK 521/II) ve mirasın taksiminde (MK 679/I) durum böyledir.

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, eski borçlardan sorumluluk sorunundan sonra ticari işletmenin devrinin en tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır. Bu yüzden sözü edilen sorumluluk, İsviçre<sup>96</sup> ve Alman hukuku<sup>97</sup> uygulamasında, yaygın biçimde sözleşmesel düzenlemeye bağlı kılınmaktadır. Böylece ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin kanuni düzenlemelere önemli ölçüde istisna getirilmektedir.

Aşağıda işletme satımına ilişkin ayıba ve zapta karşı tekeffül borcu ve sorumluluğu incelenmiştir. Ayıba ve zapta karşı tekeffül borcunun tüm yönlerinin (şartları, hükümleri vs.) incelenmesi, bu çalışmanın kapsamının dışında kalmaktadır. Bu yüzden anılan kurum, işletme satımında özellik arz eden yönleri ile ortaya konulmuştur.

### 1. Satıma İlişkin Ayıba ve Zapta Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği

BK'da satım sözleşmesi konusuna göre ikili bir ayırım ile menkul satımı (BK 184 vd.) ve gayrimenkul satımı (BK 213 vd.) olarak düzenlenmiştir. Gayrimenkulden başka her türlü şeyin satımı ise menkul hükümlerine tâbidir (BK 184/I)<sup>98</sup>. Her satım bu iki türden birine girer ve özel düzenleme (örneğin alacak satımında tekeffülle ilgili BK 171 vd.) bulunmadıkça, ilgili hükümler uygulanır<sup>99</sup>. Ayrıca açıkça öngörülen ayıba karşı te-

---

<sup>96</sup> İsviçre'de genel olarak ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanun hükümleri ile uygulama arasında, kanuni düzenlemeden ayrılan sözleşmelerden dolayı "büyük bir uçurum" bulunduğu belirtilmektedir: Honsell, **BasK, OR I**, vorb. § 197–210, N. 1.

<sup>97</sup> Bamberger/Roth/*Faust*, **a.g.e.**, § 453, N. 26, yazar özellikle BGB reformundan öncesi için bu tespiti yapmaktadır.

<sup>98</sup> Tandoğan, **a.g.e.**, s. 100.

<sup>99</sup> Aral, **a.g.e.**, s. 68.

keffüle ilişkin bazı özel kurallar (BK 215) dışında, taşınmaz satımında da menkul satımına ilişkin (ayıba ve zapta karşı) tekeffül hükümleri kıyasen uygulanır (BK 217).

Satılan ticari işletmenin içinde bir gayrimenkul bulunsa bile, yukarıda açıklandığı üzere satım konusu ticari işletmedir. Dolayısıyla ticari işletme satımı sözleşmesine de menkul satımına ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri (BK 194 vd.), mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanır<sup>100</sup>. Anılan hükümlerin kıyasen uygulanmasında satım konusunun yani işletmenin kendine özgü niteliği ve taşıdığı özellikler dikkate alınır.

Ticari işletme satımında alıcı işletmeyi ticari ve mesleki amaçlarla edindiğinden, ticari işletme satımına TKHK hükümleri ve dolayısıyla anılan kanundaki ayıp hükümleri (TKHK 4 vd.) uygulanmaz (TKHK, 3, d).

İşaret edelim ki, Türk hukuku öğretisinde ticari işletmenin devrinin dayandığı sözleşmenin türü ne olursa olsun (örneğin trampa, bağışlama, ortaklık sözleşmesi vs.), her halükârda satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>101</sup>.

Kanımızca satım sözleşmesinde ayıba ve zapta tekeffül hükümlerinin, devrin dayandığı sözleşmenin türüne bakılmaksızın her ticari işletmenin devrinde uygulanacağına dair genel bir kuraldan söz edilemez. Bu konuda öncelikle anılan hükümlere (BK 189 vd.; 194 vd.) atıfta bulunan özel hükümlerin nazara alınması gerekir. Örneğin adi ortaklık ilişkisinde (BK 521/II) ve mirasın taksiminde (MK 679/I) durum böyledir. Buna karşılık ticari işletmenin bağışlanması söz konusu ise satımdan farklı olarak BK 243 (OR § 238) uyarınca bağışlayan ancak açıkça taahhüt ettiği takdirde bağışladığı şey (veya tem-

---

<sup>100</sup> Ayrıntılı gerekçelerle aynı yönde için bkz. Esin, **a.g.e.**, s. 104 vd. 109-111; Serozan/ Hatemi/Arpacı, **a.g.e.**, s. 70; Lörtscher, **a.g.m.**, s. 53, dpn. 5; Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 1; Vischer, **SJZ** 2005/10, s. 234, dpn. 9; Vischer, **SZW** 2003/6, s. 337/338; Tschäni, **a.g.e.**, s. 110/111; Therese Amstutz, "Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, Ausschluss wegen Kenntniss oder Kennensollen von Sachmängeln" **Der Schweizer Treuhänder**, 2002/12, s. 1110; Barandun, **a.g.e.**, s. 112, BGE 88 II 410 vd.; 63 II 77 vd. (Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110, dpn. 16'dan naklen). Farklı görüşte Tandoğan, **a.g.e.**, s. 102/103.

<sup>101</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 90 ve orada dpn. 105'de anılan diğer yazarlar; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 546.

lik ettiği alacak) için ayıba ve zapta karşı tekeffül borcu altına girer<sup>102</sup>. Örnekleri artırmak mümkündür<sup>103</sup>. Ayrıca satım sözleşmesindeki ayıba ve zapta karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin uygulanması imkânı doğsa bile, anılan hükümler kıyasen ve ilişkinin mahiyetine uyduğu ölçüde uygulanır. Örneğin ticari işletmenin devrinin ivaz karşılığında taahhüt edilmediği bağışlamada, satılarda ayıptan doğan haklardan bedel indiriminin (BK 202/I) söz konusu olmadığı izahtan varestedir.

İşte bu farklar gözetilmek kaydıyla, satılan ticari işletmede ayıp ve zapt konusunda saptanan esaslar, edimin konusunun ticari işletmenin devri olduğu diğer sözleşmeler bakımından da önem taşır ve nazara alınabilir. Örneğin satım konusu ticari işletmede hangi eksikliklerin/olumsuzlukların ayıp teşkil edeceği; alıcının ayıptan doğan haklardan sözleşmeden dönme hakkını, devir gerçekleştikten sonra kullanmasının mümkün olup olmadığı vs. konularında tespit edilen kurallar bu niteliktedir. Çünkü bu hususlarda, taahhüt edilen edimin yani ticari işletmenin devri taahhüdünün özelliklerinin nazara alınması kaçınılmazdır.

## 2. Ticari İşletme Satımında Ayıp Kavramı

Türk hukuku öğretisinde ticari işletmenin satım sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği<sup>104</sup> ve satıma ilişkin ayıp hükümlerinin (BK 189 vd.; 194) uygulanacağı<sup>105</sup> belirtilmesine rağmen, bunun nasıl gerçekleştirileceği sorunu yeterince irdelenmemektedir. Bu kapsamda önemli problemlerden bir tanesi de ticari işletme satımında ayıp kavramının açıklığa kavuşturulmasıdır.

---

<sup>102</sup> Tandoğan, **a.g.e.**, s. 371; Aral, **a.g.e.**, s. 203.

<sup>103</sup> Örneğin trampa akdinde ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğu BK 233'te ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ayıp veya zapt nedeniyle trampa konusunu reddeden taraf muhayerdir; dilerse zarar ve ziyarı diğer tarafa tazmin ettirir, dilerse vermiş olduğu şeyin iadesini talep edebilir.

<sup>104</sup> Tandoğan, **a.g.e.**, s. 79.

<sup>105</sup> Arkan, **a.g.e.**, s. 44; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 546; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 89 vd.

Bu konuda görüş açıklayan yazarlar, ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, satım konusu ticari işletmeyi oluşturan münferit unsurlardaki tüm ayıplar bakımından ayrı ayrı uygulanması imkânına taraftardır<sup>106</sup>. Gerçekten *Tandoğan'a*<sup>107</sup> göre gayrimenkulü de içeren işletme satımlarında, gayrimenkul satımına ilişkin hükümler [ve dolayısıyla öncelikle ayıba karşı tekeffüle ilişkin özel hüküm niteliğindeki BK 215, (y.n.)] uygulanır. Menkullerin ayıplı olması halinde menkul satışında ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır. Anılan yaklaşımı daha açık biçimde savunan *Acemoğlu'na*<sup>108</sup> göre de devreden ticari işletmeyi teşkil eden aktifleri “teker teker” sağlama (tekeffül) borcu altındadır. Dolayısıyla ticari işletme satımında (devrinde) ayıp kavramı bir özellik taşımamaktadır.

Anılan yaklaşım kabul edilirse, bir ticari işletmenin satımında her hangi bir münferit unsurun “*lüzumlu vasıflarındaki*” eksiklikten bahisle örneğin çalışma masasının veya bilgisayarlardan bir tanesinin bozulmuş, işletmeye ait bir aracın tamire ihtiyacı olmasından dolayı ayıp hükümlerine başvurulması mümkün olabilecektir. Buna bağlı olarak alıcı, işletmeye ait her hangi bir münferit unsurdaki ayıptan dolayı satıcının sorumluluğuna başvurabilecektir. Bu sonuç, gelir elde etme kapasitesi alıcının beklentilerine uygun bir işletmenin satımında bile, satıcının borcunu ayıpsız ifa etmesini neredeyse imkânsız kılacaktır<sup>109</sup>. Böyle bir yaklaşım, ticari işletme satımı ilişkisinin altında yatan düşünceye, ilişkinin niteliğine ve amacına yabancıdır. Taraflar arasındaki menfaatler dengesine aykırı olan bu bakış açısı, aslında teknik olarak satış bedeli ile karşılık ilişkisi içinde olanın münferit unsurlar olmadığını da göz ardı etmektedir. Bizim de katıldığımız İsviçre hukuku<sup>110</sup> ve Alman hukuku<sup>111</sup> öğretisinde hâkim olan ve Türk hukukunda azın-

---

<sup>106</sup> *Esin'in* (a.g.e., s. 122, dñn. 333'e bağlı metin) bu sorunun Türk hukukunda hiç irdelenmediği ve somut bir yaklaşımın bulunmadığı saptaması yerinde değildir.

<sup>107</sup> Tandoğan, a.g.e., s. 102/103 ve orada dñn. 11'de anılan Oser/Schönenberger.

<sup>108</sup> a.g.e., s. 90; benzer yönde Kendigelen (lgen vd.), a.g.e., N. 546.

<sup>109</sup> Büdenbender, a.g.m., s. 25.

<sup>110</sup> Bu yönde Watter, a.g.e., s. 53/54, 147, 150 dñn. 468, s. 169; Lörtscher, a.g.m., s. 52/53; Tschni, a.g.e., s. 111; Barandun, a.g.e., s. 117/118; Amstutz, a.g.m., s. 1110, dñn. 17.

lıkta kalan<sup>112</sup> bir görüşe göre ayıp, satım konusu işletmenin bütünü (organizasyonu) ile bağlantılı olmalıdır. Bu ayıp işletmenin değerini veya faydasını/elverişliliğini önemli ölçüde tenkis etmelidir (BK 194/I; OR § 197/I). Çünkü satım konusu işletmedir, yoksa işletmeyi oluşturan münferit unsurlar (menkuller, alacaklar ve hatta gayrimenkuller vs.) değil. O halde işletmeyi oluşturan unsurlardaki münferit (etkisi ilgili unsurla sınırlı) ayıplar, işletme için ayıp teşkil etmez. Hatta münferit ayıbın ilişkin olduğu unsur/aktifin değeri veya faydası önemli ölçüde azalmış olsa bile, varılan sonuç değişmez.

Münferit unsurdaki ayıbın ancak işletme ayıbı sayılabilecek derecede önemli olması halinde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğar. Kaldı ki bu halde artık münferit ayıptan da söz edilemez. Zira münferit ayıplar, satım konusunun yani işletmenin değerini veya faaliyete devama (kullanıma) elverişliliğini, “önemli ölçüde etkilemeyen” ayıplardır (BK 194/I). Bu olasılıkta satım konusunda ayıp mevcut olmadığından, artık satıma ilişkin ayıp hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Örneğin satıma konu olan ticari işletme içinde yer alan bir gayrimenkulün münferit ayıplı olması, gay-

---

<sup>111</sup> Esasen İsviçre hukuku öğretisini de etkileyen bu yaklaşım, Alman hukuku öğretisinde de özellikle BGB reformundan önce (a.F. BGB § 459; a.F. BGB § 434 vd.) genel kabul görmekte idi: Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 166; Hommelhoff, **a.g.e.**, s. 37 vd.; Schmidt, **Handelsrecht**, s. 151, dpn. 51; Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 93; Jauernig/*Vollkommer*, **a.g.e.**, 8. Aufl., § 459, N. 23; Esin, **a.g.e.**, s. 119, dpn. 321’de anılan yazarlar. BGH NJW 1970, 556 [(*Klumpp* (Beisel/Klumpp), **a.g.e.**, K. 16, N. 12’den naklen]. BGH NJW 1995, 1547, 1548 vd. (Holzapfel, **a.g.m.**, s. 88’den naklen). BGB reformundan sonra (n.F. BGB § 453; n.F. BGB § 434 vd.) ise durum tartışmalı olmakla birlikte yine hâkim olan yaklaşım bu yöndedir: Kanun değişikliğinden sonra da aynı yönde Bamberger/Roth/*Faust*, **a.g.e.**, § 453, N. 27; Büdenbender, **a.g.m.**, s. 25 (yazar BGB reformundan önceki bu yöndeki yargı içtihatlarının anılan reformdan sonrası için de geçerli olduğunu belirtmektedir.); Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, **Unternehmenskauf Unternehmensverkauf**, Zivil- und steuerrechtliche Gestaltungspraxis, München, Beck, 2003, § 9, N. 34, dpn. 57; Hölzapfel/Pöllath, **a.g.e.**, s. 336; Picot, **a.g.e.**, N. 85, s. 125, N. 86, s. 130. Farklı görüş için örneğin bkz. Grunewald, **Erman BGB**, § 434, N. 44.

Anılan BGB reformu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesi için ayıbın, satım konusunun değerini veya kullanıma elverişliliğini önemli ölçüde (Wesenlichkeit des Mangels) azaltması şartı (kısıtlaması) kaldırılmıştır (Bkz ve karşı. n.F. BGB § 434/I.; a.F. BGB § 459/I). Bu şartın gerçekleşmemesi yani ayıbın önemli olmayışı, ayıba karşı sorumluluğun (borca aykırılığın) gerçekleşmesine engel olmaz. Ayıbın önemli olmaması ayıptan doğan bazı hakların kullanılmasında önem taşır. Örneğin sözleşmeden dönme için ayıbın önemsiz (“unerheblich”) olmaması gerekir (BGB § 323/V; BGB § 437). Buna karşılık ayıbın giderilmesi veya satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesi talepleri (Nacherfüllung: BGB § 439, BGB 434/I) için ayıbın önemli olması zorunlu değildir. Bilgi için bkz. Büdenbender, **a.g.m.**, s. 42/43.

<sup>112</sup> Esin, **a.g.e.**, s. 128 vd., 133-136, 149/150, özellikle 152, dpn. 458.

rimenkul satımına özgü ayıba karşı tekeffüle ilişkin BK 215'in (OR § 219) kapsamında değildir<sup>113</sup>.

Münferit ayıbın veya zaptın söz konusu olduğu unsur, farklı tekeffül hükümlerine tâbi olsa bile, söz konusu hükümler uygulanmaz. Örneğin ticari işletmeye ve dolayısıyla satım sözleşmesinin içeriğine dâhil olan münferit bir alacağın mevcut olmaması halinde, alacağı temlik edenin tekeffül (garanti) sorumluluğuna ilişkin hükümler (BK 169, 171) devreye girmez<sup>114</sup>. Çünkü burada alacak satımı sözleşmesi değil, ticari işletme satımı sözleşmesi mevcuttur.

Bununla birlikte işletmeye ait bazı münferit unsurlar ile ilgili zapt olguları veya bunların hiç mevcut olmaması yahut eksik olması bir işletme ayıbı teşkil edebilir<sup>115</sup>. Bu halde şartları gerçekleşmek kaydıyla ticari işletmede ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır<sup>116</sup>. Ancak ayrıca münferit unsurlarla ilgili olarak zapta karşı tekeffül hükümleri (BK 189 vd.) alternatif olarak uygulanmaz<sup>117</sup>. Zira satıcının tekeffül sorumluluğunun

---

<sup>113</sup> Vischer, **SZW** 2003/6, s. 338, dpn. 23.

<sup>114</sup> Watter, **a.g.e.**, s. 150, dpn. 468; Vischer, **SZW** 2003/6, s. 338, dpn. 20-22. Karşı görüşte Barandun, **a.g.e.**, s. 114; Tschäni, **a.g.e.**, s. 112.

<sup>115</sup> Larenz, **a.g.e.**, s. 166; Schmidt, **Handelsrecht**, s. 152, dpn. 62'ye bağlı metin; Büdenbender, **a.g.m.**, 10, 26/27; Watter, **a.g.e.**, s. 145, dpn. 453; Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 1, 4; Vischer, **SJZ** 2005/10, s. 235, dpn. 28; Barandun, **a.g.e.**, s. 114.

<sup>116</sup> Alman hukukunda BGB reformu ile önceden ayrı olarak düzenlenmiş olan zapta karşı tekeffül sorumluluğu hükümleri (a.F. BGB § 434 vd.) kaldırılmıştır. Buna bağlı olarak zapt halinde de temelde ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerin aynen uygulanacağı hükme bağlanmıştır (n. F. BGB § 435, 437 vd. 453). Dolayısıyla ayıba-zapta karşı tekeffül ayrımı anlamını büyük ölçüde yitirmiştir: Büdenbender, **a.g.m.**, s. 26.

<sup>117</sup> Watter, **a.g.e.**, s. 145, dpn. 453, s. 147, s. 168/169; Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 1, 4; Bamberger/Roth/*Faust*, **a.g.e.**, § 453, N. 27; Büdenbender, **a.g.m.**, s. 26; BGB reformundan önceki düzenleme bakımından ayrıntılı gerekçelerle aynı yönde Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 144 vd., anılan eserde, çok tartışmalı olan bu konuda ileri sürülen diğer görüşler de yer almaktadır. Münferit unsura ilişkin zapttan dolayı tekeffül hükümleri ile işletme ayıbından dolayı tekeffül hükümlerinin yarışacağı yönünde Larenz, **a.g.e.**, s. 166. İsviçre hukuku bakımından bu yönde Vischer, **SJZ** 2005/10, s. 235, 237, yazar şartları gerçekleşmek kaydıyla hem münferit unsurlara ilişkin zapt hükümlerinin, hem de ticari işletmede ayıba dair tekeffül hükümlerin alternatif olarak uygulanabileceği görüşündedir. Yazara göre münferit unsura ilişkin her zapt olgusu, her halükârda ticari işletme için ayıp teşkil eder. Yazar bir başka makalesinde, münferit unsurlardaki ayıp ve zapt olguları arasında işletme ayıbı teşkil etmesi bakımından bir fark olmadığını belirtmektedir: Vischer, **SJZ** 96 (2000), s. 232. Her münferit ayıbın işletme ayıbı sayılamayacağını kabul eden yazarın, bu yaklaşımı ile her zaptın bir iş-

esaslarının belirlenmesinde, satım konusunun bir bütün olarak işletme olduğu gözden uzak tutulmamalıdır<sup>118</sup>. Değişik söyleyişle zaptın gerçekleştiği münferit hak veya mal, işletme satımı sözleşmesinin teknik anlamda konusu değildir. Münferit ayıplar bakımından kabul edilen genel yakaşım ve ölçüt (işletme faaliyetini veya değerini önemli ölçüde etkilemek), münferit unsurlardaki zapt olguları bakımından da uygulanmalıdır<sup>119</sup>. Gerçekten faaliyetin devamı esnasında işletme içinde bazı mal veya haklarla ilgili zapt olgusu gerçekleşmiş olabilir. Yani üçüncü kişi işletmenin münferit malvarlığı unsuru ile ilgili bir üstün hak örneğin mülkiyet hakkı, rehin hakkı veya tapu siciline şerh edilen kişisel bir hak ileri sürmüş olabilir. İşte alıcı bakımından önemli olan, işletme ayıbı oluşturmadığı sürece, bu unsurların işletme hukuku kurallarına aykırı olarak yani ticari defterler ve bilânçolarda, bu durumları nazara alınmaksızın gerçeğe aykırı olarak aktifleştirilip aktifleştirilmediğidir (TK 75)<sup>120</sup>. Zaten bilânçolarda açıklık ve doğruluk esaslarına uygun olarak, gerçeğe uygun değeriyle yer almakta ise (ticari) işletme satımında zapta karşı tekeffül sorumluluğu hiçbir şekilde doğmaz<sup>121</sup>. Bunun aksine bir durum söz konusuysa ve bilânçodaki gerçeğe aykırılık ile birlikte ilgili zapt olgusu, işletme ayıbı olarak nitelenebilecek önemde ise satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğabilecektir.

Özetle, münferit bir unsurla ilgili zapt hallerinde, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesi için zapt olgusunun satılan ticari işletme için bir ayıp teşkil edip etmediğine bakılır. Bu konuda ticari işletme satımında ayıp kavramına ilişkin yukarıdaki açıklamalar ve aşağıda belirlenen ölçütler geçerlidir.

---

letme ayıbı teşkil edeceği fikrini nasıl telif ettiği anlaşılammaktadır. Münferit unsurlara ilişkin zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanma olasılığının, özellikle menkul ve gayrimenkullerle ilgili iyiniyetle iktisap hükümleri karşısında oldukça düşük olduğu görüşünde olan Barandun, **a.g.e.**, s. 113/114.

<sup>118</sup> Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 149; Büdenbender, **a.g.m.**, s. 26.

<sup>119</sup> Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 144; Büdenbender, **a.g.m.**, s. 26.

<sup>120</sup> Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 148.

<sup>121</sup> Lieb, **MünchK HGB**, Anh. § 25, N. 149.

### ***a. Lüzumlu vasıflardaki eksiklikten doğan ayıp***

Bilindiği üzere BK 194 anlamında vasıf, ticaret hayat tecrübelerine ve alıcının satıcı tarafından bilinen veya bilinebilen menfaatlerine göre satılanın (işletmenin) değerini veya kullanılmaya (faaliyete devama) elverişliliğini önemli ölçüde etkileyen her türlü özelliğidir<sup>122</sup>. Bu özellikler, maddi, hukuki veya iktisadi nitelik taşıyabilir<sup>123</sup>.

İşletme satımında, BK 194/I (OR § 197/I) uyarınca satıcı tarafından özel olarak vaad edilmediği sürece, ayıptan söz edilebilmesi için 'işletmenin' lüzumlu (beklenen, varsayılan) vasıflarında bir eksiklik bulunmalıdır. Sözü edilen eksiklik, işletmenin faaliyetine devam etmeye elverişli olmasını veya değerini önemli ölçüde etkilemeli veya ortadan kaldırmalıdır.

Ticari işletmenin bütününe ilişkin ayıbın saptanması, objektif bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu değerlendirmede işletmenin amacı ve faaliyet türü, faaliyete devama elverişlilik açısından organizasyonun fiilen ve hukuken ortalama bir durumda (kalite/nitelik standardında) bulunup bulunmadığı araştırılır<sup>124</sup>. Ticari işletmenin BK 194/I anlamında lüzumlu vasıflarının (olması gereken durumda bulunup bulunmadığının), önceden her işletme bakımından genel olarak tanımlanması güçtür. Çünkü ticari işletme satımı bir yana, genel olarak satımda ayıbın mevcut olup olmadığı, satım konusunun nitelikleri ve işlevleri göz önünde bulundurulur somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Ticari işletme satımının konusu misli bir eşyaya ilişkin değildir<sup>125</sup>. Burada satıcının borcu aynı zamanda parça borcudur. Dolayısıyla ayıbın saptanmasında ticari işletmenin benzer bir ticari işletme ile kıyas edilmesi de olanaklı değildir. Nitekim öğretide işletme

---

<sup>122</sup> Watter, **a.g.e.**, s. 171; Aral, **a.g.e.**, s. 111.

<sup>123</sup> Tandoğan, **a.g.e.**, s. 164.

<sup>124</sup> Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110.

<sup>125</sup> Buna karşılık işletmeyi oluşturan münferit unsurlar misli eşya niteliğinde olabilir veya ortalama bir vasıfta bulunup bulunmadığı dürüstlük kuralına ve ticari hayat tecrübelerine göre daha kolay saptanabilir. Münferit unsurların ayıplı olması, bunların istisnaen işletme ayıbı teşkil edecek kadar önemli olması bakımından rol oynar. Bu hususa devam eden açıklamalarımızda değinilmiştir.

gibi kendine özgü ve karmaşık bir satım konusunun, BK 194/I (OR § 197/I) anlamında lüzumlu vasıflarının, önceden kesin olarak tayin edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>126</sup>.

Bununla birlikte ayıp tayininde, yani ticari işletmenin lüzumlu vasıfları bakımından hiçbir objektif ölçüt bulunmadığı da söylenemez<sup>127</sup>. Bu konudaki temel ölçüt, yukarıda belirtildiği üzere işletmenin iktisadi bütünlüğünü (“*değerini*”) veya organizasyon olarak faaliyete devam etmeye (“*kullanılmaya*”) elverişliliğini önemli ölçüde ortadan kaldıran/azaltan ayıpların işletme ayıbı sayılmasıdır. Bu ölçütün gerçekleşip gerçekleşmediği somut olayın özelliklerine göre belirlenir<sup>128</sup>.

İşletmede ayıp kategorik açıdan iki şekilde ortaya çıkabilir: Birincisi; işletmenin münferit unsurlarındaki ayıbın (veya zapt olgusunun), işletme ayıbı teşkil edecek kadar önemli olmasıdır<sup>129</sup>. Bu tür ayıbın etkisi ilgili münferit unsurla sınırlı değildir. Ayıp, etkisini tüm işletme bakımından doğurmaktadır. Münferit unsurdaki ayıbın, işletme ayıbı düzeyine ulaşmasında, zorunlu (esaslı) unsur niteliğindeki aktiflerin ayıplı olması önem taşır<sup>130</sup>. Örneğin üretim tesisatının ve teçhizatın genel olarak arızalı veya üretime elverişli olmaması<sup>131</sup>, maden işletmesinin işlettiği maden ocağının madenin sözleşmede kararlaştırılan aksine büyük ölçüde tükenmiş olması ve devralınan işletmenin ancak sınırlı ve çok kısa bir süre için faaliyete devam edebilecek olması<sup>132</sup>; işletmedeki üretim için büyük önem taşıyan bir patentin hükümsüzlüğü, tacirin kiracı sıfatıyla faaliyette bulun-

---

<sup>126</sup> Tschäni, **a.g.e.**, s. 111; Lörtscher, **a.g.m.**, s. 55, dpn. 20; Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110, dpn. 19; Holzapfel, **a.g.m.**, s. 91; *Klumpp* (Beisel/Klumpp), **a.g.e.**, K. 16, N. 7, anılan eserde satım konusunda ayıbı (Sachmängel) düzenleyen BGB § 434/I ile ilgili olarak, ayıp tanımının içeriğinin doldurulmasının hakim takdir alanında yer aldığı belirtilmektedir. Ayıba ilişkin BGB 434’te satım konusunun nitelikleri/vasıfları (Beschaffenheit) konusunda bir tanımın bilinçli olarak yapılmadığı yönünde Bundestags – Drucksache, 14/6040, s. 243.

<sup>127</sup> Alman hukuku (BGB § 434/I, S. 2) bakımından aynı yönde Büdenbender, **a.g.m.**, s. 36.

<sup>128</sup> Amstutz, **a.g.m.**, s. 110, dpn. 19.

<sup>129</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 151. Aynı yönde Bkz. Honsell, **BasK**, § 197, N. 4.

<sup>130</sup> Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110.

<sup>131</sup> Lörtscher, **a.g.m.**, s. 55.

<sup>132</sup> Büdenbender, **a.g.m.**, s. 10; BGH, WM 1970, s. 819; NJW 1979, s. 33 (Büdenbender, **a.g.m.**, s. 10, dpn. 11’den naklen).

duğu yegâne taşınmaza ilişkin kiracılık hakkının devralana sağlanamamış olması<sup>133</sup> bu niteliktedir. Yine örneğin işletme için ana unsur niteliğindeki bir taşınmazın tapuya şerh verilmiş alım hakkı ile kısıtlanmış olmasının, işletmenin iktisadi değerini veya faaliyete devam etmeye (“*kullanılmaya*”) elverişliliğini ortadan kaldırması/azaltması<sup>134</sup> bu niteliktedir.

İkincisi; münferit unsurlarda ayıp söz konusu olmaksızın, doğrudan işletmenin bir organizasyon olarak ayıplı olmasıdır<sup>135</sup>. Ticari defterlerin kanuna ve usulüne uygun olarak tutulması konusunda önemli eksiklikler bulunması, bu kapsamda örneğin bilânçolarda aktiflerin genel olarak aşırı değerli gösterilmiş olması; işletme faaliyetinin önemli bir kısmının emredici hukuk düzenlemelerine aykırı olarak yürütülmüş olması<sup>136</sup> işletme ayıbı olarak değerlendirilebilir<sup>137</sup>. BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, sonradan gizlenmiş borçların (verschwiegene Schulden) ortaya çıkması ve özellikle işletmenin borca batık olması veya ödeme güçlüğü içinde olması işletme bakımından ayıp teşkil eder<sup>138</sup>.

İşletmeyi oluşturan ve hatta aktifleştirilmesi her zaman için mümkün olmayan iktisadi değerlerdeki ayıplar bile, yerine göre işletme ayıbı olarak ele alınabilir. Örneğin işletmenin müşteri çevresini gösteren ve alıcıya tevdi edilen müşteri listesinde yer alan kişilerin büyük bir kısmının iflâs etmiş, ölmüş veya –ticaret şirketi ise– ticaret sicilinden

---

<sup>133</sup> BGH NJW 1970, s. 556 [*Klumpp* (Beisel/Klumpp), **a.g.e.**, K. 16, N. 12’den naklen]; BGH NJW 1969, s. 184 (Büdenbender, **a.g.m.**, s. 10, dpn. 14’ten naklen).

<sup>134</sup> Benzer örnek için bkz. Honsell, **BasK**, § 197, N. 4, yazar taşınmazın önalım hakkı ile kısıtlanması örneğini vermektedir.

<sup>135</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 151.

<sup>136</sup> Bir fabrikanın çevre hukuku mevzuatına ağır biçimde aykırı olarak çevre ve insan sağlığına aykırı faaliyetleri nedeni ile önemli hukuki sorumluluk (tazminat), cezai sorumluluk (örneğin para cezaları) ve idari yaptırım (örneğin Çevre Kanunu 15 uyarınca yetkili makam tarafından işletme faaliyetinin süresiz durdurulması) sebeplerinin gerçekleşmiş olması, işletmenin emredici hukuk düzenlemelerine aykırı faaliyet yürütülmesine örnek olarak verilebilir.

<sup>137</sup> Benzer yönde Lörtscher, **a.g.m.**, s. 55-57; Vischer, **SJZ** 96 (2000), s. 231/232; Vischer, **SZW** 2003/6, s. 338/339; Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110, dpn. 20; Honsell, **BasK**, § 197, N. 4. Alman hukuku (BGB § 434/I, c. 2) bakımından benzer yönde Büdenbender, **a.g.m.**, s. 36; Holzapfel, **a.g.m.**, s. 91.

<sup>138</sup> Bkz. bir önceki dpn.ta anılan yazarlar.

terkin edilerek sona ermiş yahut genel olarak hayali kişilerden oluşması, işletmede ayıp olarak nitelendirilebilir. Aynı şekilde satın alınan bir otelin, gerçekte randevuevi olarak işletildiğinin öğrenilmesi<sup>139</sup> bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu halde işletmenin ticari itibarındaki eksiklik ve noksanlık, yani “*kötü şöhret*” bir ayıp olarak nitelendirilebilir<sup>140</sup>. Esasen burada oluşan kötü şöhret, bizatihi ayıbın kendisi değil, sonucudur<sup>141</sup>. Çünkü ticari itibar, bir işletmenin mevcut ve muhtemel müşteri çevresi ile arasındaki ilişkiler ile bulunduğu piyasa içindeki pozisyonunun arz ettiği iktisadi değerdir<sup>142</sup>. Ticari itibarın oluşması veya kötüleşmesi, –verilen örnekte olduğu gibi– genellikle ticari işletmenin koordinasyonundan ve yönetiliş tarzından, yani kısaca organizasyonundan kaynaklanır. Sonuç olarak bu tür bir ayıp, doğrudan işletmenin bir organizasyon olarak ayıplı olduğunu gösterir.

### ***b. Vaad edilen vasıflardaki eksiklikten doğan ayıp***

BK 194 (OR § 197) uyarınca satıcı zikir ve vaad ettiği vasıflardaki eksikliklerden dolayı ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumludur. Vasıf vaadi<sup>143</sup> ile satım konusunun belirli olumlu niteliklerinin bulunduğu veya belirli olumsuz vasıflarının mevcut olmadığı beyan edilebilir<sup>144</sup>. Vasıf vaadi açıkça veya örtülü olarak ortaya çıkabilir<sup>145</sup>.

---

<sup>139</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 151, dpn. 53; Büdenbender, **a.g.m.**, s. 11, dpn. 17.

<sup>140</sup> Büdenbender, **a.g.m.**, s. 28.

<sup>141</sup> Büdenbender, **a.g.m.**, s. 28.

<sup>142</sup> Büdenbender, **a.g.m.**, s. 28.

<sup>143</sup> Vasıf vaadinin hukuki niteliği tartışmalıdır. İleri sürülen görüşler için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 165. Hakim olan görüş, vasıf vaadinin bir tasavvur açıklaması niteliğinde olduğudur. Bkz. Peter Jäggi, “Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache”, **Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl**, Zürich, Polygraphischer Verlag A.G., 1950, s. 67 vd.; özellikle 75 vd.; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 165, dpn. 14’te anılan yazarlar; Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 14; Lörtscher, **a.g.m.**, s. 54; Aral, **a.g.e.**, s. 114. Buna bağlı olarak vasıf vaadinin, kanundan doğan bir tekeffül borcu doğurduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla vaad edilen vasıflar konusunda satıcının açık bir borçlanma iradesine (Aral, **a.g.e.**, s. 114, dpn. 22) veya alıcının kabulüne (Tandoğan, **a.g.e.**, s. 165, dpn.14) ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir. Bunun pratik önemi, satım sözleşmesinin şekle tâbi olması halinde bile vasıf vaadinin söz konusu şekle uyulmaksın gerçekleşebilmesindedir: Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 15.

<sup>144</sup> Aral, **a.g.e.**, s. 113, dpn. 17.

<sup>145</sup> Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 14; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 166.

Örtülü olarak vaad edilen vasıfların, lüzumlu vasıflardan ayırt edilmesi oldukça güçtür. Genel olarak bir satım sözleşmesinde ne kadar ayrıntılı vaad edilen vasıflar katalogu varsa, o kadar az örtülü vasıf vaadinin varlığından söz edilebilir<sup>146</sup>.

Lüzumlu vasıf ile vaad edilen vasıf ayrımı pratik açıdan önem taşır. Satılanın vaad edilen vasıflarındaki eksikliğin, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğurabilmesi için satılanın değerini veya kullanıma elverişliliğini önemli ölçüde ortadan kaldırması veya azaltması şartı yoktur<sup>147</sup>. Yeter ki vasıf vaadi, alıcının sözleşme kurma kararını etkileyecek hususlarla ilgili olsun. Satılanın değerini veya kullanıma elverişliliğini önemli ölçüde ortadan kaldırması veya azaltması şartının bulunmadığı vaad edilen vasıf kavramı, doğurduğu hükümler açısından lüzumlu vasıf kavramından ayrılır.

Her bilgi açıklaması vasıf vaadi olarak nitelendirilemez. Vasıf vaadi, satıcının satılanın özelliklerine ilişkin ciddi biçimde gerçekleşen beyanlarıdır<sup>148</sup>. Satılan işletmeye ilişkin soyut 'övgüler' veya reklâm amaçlı sözler, vasıf vaadi olarak kabul edilemez<sup>149</sup>. Bağlayıcılığı söz konusu olmadığı açıklanarak verilen bilgiler de vaad edilen vasıf kavramının dışında kalır. Örneğin bilânçonun geçici ve tahmini olduğu veya denetlenmediği saklı tutularak, alıcıya işletmenin finansal verilerinin tevdi edilmesi, vasıf vaadi olarak nitelendirilemez<sup>150</sup>.

Ticari işletme satımında münferit unsurların özellikle aktiflerin (maddi, hukuki veya iktisadi) nitelikleri vasıf vaadinin konusunu oluşturabilir. Örneğin işletme alacakları, işletmenin taşınmazları, işletme adı, ticaret unvanı, marka ve patent hakları ve bunların belirli özellikleri (örneğin işletme taşınmazı üzerinde ipotek bulunmadığı) vasıf vaa-

---

<sup>146</sup> Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110, dpn. 25.

<sup>147</sup> Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 2.

<sup>148</sup> Tandoğan, **a.g.e.**, s. 166.

<sup>149</sup> Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 16.

<sup>150</sup> Lörtscher, **a.g.m.**, 54, 56.

inin içeriğinde yer alabilir<sup>151</sup>. Münferit unsurların vasıf vaadinin konusunu oluşturabilmesi için bunların teknik anlamda bir hak olması şart değildir. Bu kapsamda ayrıca işletmenin ticari itibarı, işletme sırları, müşteri çevresi (listeleri) vasıf vaadinin konusunu oluşturabilir<sup>152</sup>. Ekleyelim ki, bir bütün olarak işletmenin iktisadi özelliklerinin de satıcı tarafından özel olarak vaad edilmesi olanaklıdır. Örneğin işletme hesabı hülasası veya bilanço verileri, bu bağlamda aktif ve pasiflerin yekûnu, pasiflerin belirli bir tutarı aşmadığı<sup>153</sup>, işletmenin gerçekleşen cirosu<sup>154</sup>, elde ettiği yıllık net geliri<sup>155</sup> vs. vasıf vaadinin konusunu oluşturabilir<sup>156</sup>.

Buna karşılık işletmenin devrinden sonraki (gelecekteki) sonuçların, örneğin ulaşılabilecek belirli bir ciro miktarının veya elde edilebilecek gelir meblağının belirli bir azami miktara kadar tekeffül edilmesi vasıf vaadi olarak nitelendirilemez<sup>157</sup>. Çünkü sadece ti-

---

<sup>151</sup> Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 4.

<sup>152</sup> Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 4.

<sup>153</sup> Baldi, **a.g.e.**, s. 73; Barandun, **a.g.e.**, s. 120. Sonuç olarak aynı yönde Lörtscher, **a.g.m.**, s. 56, yazar İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına (BGE 81 II 220) atfen, aslında aktiflerin aksine borçların satım konusu olamayacağı gerekçesi ile borçlarla ilgili vasıf vaadinin olanaklı olmayacağını belirtmektedir. Yazara göre buna rağmen netice itibariyle borçların özelliklerinin vasıf olarak vaad edilmesi, aktiflerin dolaylı olarak tekeffül edilmesini anlamını taşır ve hukuken mümkündür (**a.g.m.**, s. 56, dpn. 28). Kanımızca bu kadar dolaylı ve zorlama yorumuna ihtiyaç yoktur. Pasiflerin özelliklerinin (belirli bir yekûnu aşmadığının) vaad edilmesi, bir bütün olarak işletmenin özelliklerinin vaad edilmesi niteliği taşır, yoksa münferit olarak aktiflerin değil. Çünkü işletme basit bir eşya veya bir eşya birliği değildir. Vasıf vaadinin işletmenin aktifleri ve maddi/fiziki özellikleri ile sınırlanması, işletme satımının mahiyetiyle bağdaşmamaktadır.

<sup>154</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de işletmenin iktisadi niteliklerinin (örneğin gerçekleşen cironun) vasıf vaadinin konusunu oluşturabileceği görüşündedir. Bkz. BGE 63 I 78, 79; BGE 79 II 158; BGE 88 II 414, 415.

<sup>155</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 152, dpn. 59.

<sup>156</sup> Benzer örneklerle aynı yönde Watter, **a.g.e.**, s. 171; Lörtscher, **a.g.m.**, s. 55; Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110, dpn. 21; Vischer, **SJZ** 96 (2000), s. 231/232; Vischer, **SZW** 2003/6, s. 338/339; Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 4.

<sup>157</sup> Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 17; Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110; Markus Vischer, Sachgewährleistungen bei Unternehmenskäufen“, **SJZ** 97 (2001), s. 368, dpn. 100; farklı görüşte Watter, **a.g.e.**, s. 172, 166/177.

cari işletmenin devrinden (satılanın tesliminden) yani yarar ve hasarın intikalinden (BK 183) önceki olgular ayıp olarak kabul edilebilir<sup>158</sup>.

Aynı şekilde işletmenin belirli bir parasal tutar olarak 'değeri' vasıf olarak vaad edilemez<sup>159</sup>. Çünkü işletmenin sözü edilen değeri, onun (satılanın) bir vasfı değildir<sup>160</sup>. O halde bu tür bir vaadin gerçekleşmemesi, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu neticelendirmez. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, işletmenin değerini oluşturan faktörler (iktisadi nitelikler) örneğin malvarlığının durumu, mevcut ciro ve gelir kapasitesi vaad edilebilir vasıf niteliğindedir<sup>161</sup>. Bu bağlamda, her hangi bir ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin, güncel envanter listesinin veya bilançonun yahut işletme hesabı hülasasının alıcıya verilmesi; aynı şekilde işletmenin değerlemesinde esas alınacak önemli iktisadi faktörlerin karşı tarafa açıklanması, işletmenin vasıflarının zikir ve vaad edilmesi niteliğindedir<sup>162</sup>.

İşletmeyle ilgili gelecekteki sonuçlar örneğin ulaşılabilecek ciro veya elde edilebilecek gelir miktarı, icabında belirli bir azami miktarla da sınırlanarak, bağımsız bir garanti taahhüdünün (sözleşmesinin) konusunu oluşturabilir<sup>163</sup>.

### 3. Ayıptan Doğan Haklar

Ayıba karşı tekeffüle bağlı sorumluluğun gerçekleşmesi ile alıcıya tanınan hakların ticari işletme satımında nasıl ve ne ölçüde uygulanabilir olduğu özellik arz eder. Burada bu özelliklere değinilmiştir. Bununla birlikte, çalışmanın kapsamı dışında kalan,

---

<sup>158</sup> Giger, **a.g.e.**, Art. 197, N. 20; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 175; Aral, **a.g.e.**, s. 117, dpn. 43'te anılan diğer yazarlar.; BGE 88 II 414.

<sup>159</sup> BGE 91 II 353 vd.

<sup>160</sup> Lörtscher, **a.g.m.**, s. 55, dpn. 24; Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 2; Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110, dpn. 23.

<sup>161</sup> Giger, **a.g.e.**, Art. 197, N. 36; Lörtscher, **a.g.m.**, s. 55, dpn. 24; Amstutz, **a.g.m.**, s. 1110, dpn. 24.

<sup>162</sup> Giger, **a.g.e.**, Art. 197, N. 36; Lörtscher, **a.g.m.**, s. 55 vd.; Watter, **a.g.e.**, s. 173; Barandun, **a.g.e.**, s. 120.

<sup>163</sup> Pestalozzi, **BasK, OR I**, § 111, N. 5; Honsell, **BasK, OR I**, § 197, N. 17.

anılan hakların doğumu için aranan tüm şartların (ayıp ihbarı vs.) incelenmesine gerek görülmemiştir.

### ***a. Ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep hakkı***

Kanunda düzenlenen satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesi hakkı, ticari işletme satımında bir bütün olarak satım konusu bakımından mevcut değildir. Çünkü anılan hak çeşit satımında mevcuttur (BK 203). Hâlbuki ticari işletmeyi devretme borcu, parça borcu niteliği taşır. Kendine özgü bir satım konusu olan ticari işletmeyi devir borcu üstlenen satıcıya karşı satılanın ayıpsız bir başkasıyla değiştirilmesinin talep edilmesi olanaklı değildir<sup>164</sup>.

Buna karşılık işletmenin zorunlu (esaslı) unsurlarının ayıplı olması ve bundan dolayı işletmenin ayıplı sayılması halinde, aynı sonuca varılamaz. Bu tür aktiflerin misli eşya niteliği taşıması ve piyasadan temin edilebilir olması halinde, alıcının ilgili unsurun veya unsurların ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini talep etme hakkı vardır (kıyasen BK 203; OR § 206)<sup>165</sup>. O halde anılan hakkın mevcut olup olmadığı bakımından ayıplı olan işletme unsurunun niteliğine göre bir sonuca varılmalıdır.

İşletmeyi oluşturan bir aktifin değil de bir bütün olarak işletmenin ayıplı olması halinde yukarıda belirtildiği üzere satılanı ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep hakkı söz konusu değildir. Örneğin BK 179 uyarınca intikal eden borçlar arasında büyük meblağları içeren gizlenmiş borçların ortaya çıkması halinde, münferit unsurlarda ayıp söz konusu değildir. Bir kere borçlar bağımsız olarak satım konusu yapılamayacağından zaten pasiflerin ‘ayıplı’ olmasından söz edilemez. Burada ayıp bir bütün olarak işletme ile ilgilidir. Kaldı ki incelenen olasılıkta, satım sözleşmesinde belirli veya belirlenebilir borçların dışında “*ilâve*” ve başka borçların ortaya çıkması söz konusudur. Yani işletme

---

<sup>164</sup> Alman hukuku bakımından benzer yönde Büdenbender, **a.g.m.**, s. 38.

<sup>165</sup> Alman hukuku bakımından benzer yönde Büdenbender, **a.g.m.**, s. 39.

satımı sözleşme ilişkisinde belirli veya belirlenebilir borçlarla ilgili bir eksiklik veya olumsuzluk söz konusu değildir.

İşaret edelim ki, BK'da satım sözleşmesinde alıcının ayıptan doğan hakları arasında ayıbın giderilmesi hakkı düzenlenmediğinden<sup>166</sup>, işletmeye ait ayıbın giderilmesi adı altında, ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca gizlenmiş borçların satıcı tarafından üstlenilmesi de talep edilemez. Buna karşılık devir sözleşmesi kapsamında devralan taraftan üstlenilmeyen bu tür borçlardan, (iç ilişkide) devreden hem devralana hem şartları gerçekleşmişse üçüncü kişilere karşı BK 179'da öngörülen süre içinde sorumlu olacağına tereddüt edilmemelidir. Ayrıca BK 179 uyarınca intikal eden borçlar arasında gizlenmiş borçların ortaya çıkması halinde, devralan semen indirimi hakkını veya şartları gerçekleşmişse sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir. Bu iki imkân aşağıda incelenmiştir.

Nihayet ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yedek hukuk kuralı niteliğinde olması karşısında, satım sözleşmesinde alıcı için ayıbın giderilmesi hakkı ve satıcı bakımından da bu nitelikteki bir hak/yükümlülük öngörülebilir<sup>167</sup>. Bu tür bir sözleşmesel düzenleme, ayrıca semenin indirilmesindeki zorluklarından ve tazminatla ilgili uyumsuzlıklardan kaçınılması bakımından önem taşır. Bu tür bir düzenleme yapılırken, sözleşme ile getirilen ayıbın giderilmesi hakkının/yükümlülüğünün, hangi şartlarla kullanılabilceği ve ayıba karşı tekeffülle ilgili diğer haklarla ilişkisinin açıkça öngörülmesi yerinde olur. Örneğin hakların kullanılmasında kademeli bir sistemin ve ayıbın giderilmesi hakkının önceliği ilkesinin benimsenmesi düşünülebilir.

### ***b. Semen indirilmesini talep hakkı***

İşletme alıcısının kural olarak ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre başvurabileceği hak, semenin indirilmesi talebidir. Kanunda semenin indirilmesi yöntemine ilişkin

---

<sup>166</sup> Aral, **a.g.e.**, s. 129, dpn. 109'de anılan yazarlar; Tschäni, **a.g.e.**, s. 110; Vischer, **SJZ** 97 (2001), s. 364, dpn. 50.

<sup>167</sup> Vischer, **SJZ** 97 (2001), s. 364, dpn. 52/53.

bir hükme yer verilmiş değildir. Semeninin indirilmesi gereken miktarın hangi metoda göre belirleneceği tartışmalıdır.

Soyut/mutlak metoda göre<sup>168</sup> bedel indirimi miktarı (İ), satılanın ayıpsız objektif değeri (D) ile bunun ayıplı objektif değeri (d) arasındaki farktır. Bu metod bir formülle şu şekilde ifade edilebilir:

$$\dot{I} = D - d$$

Öğreti ve uygulamada kabul gören nisbi metoda göre<sup>169</sup> ise bedel indirimi miktarı (İ), satış bedelinin (S), satılanın ayıpsız objektif değeri (D) ile bunun ayıplı objektif değeri (d) arasındaki fark (D – d) ile çarpılması ve ayıpsız objektif değere (D) bölünmesi ile saptanır<sup>170</sup>. Bu metod bir formülle şu şekilde ifade edilebilir:

$$\dot{I} = S \times (D - d) / D$$

Hangi metod benimsenirse benimsensin, her şeyden önce işletmenin ‘objektif değerinin’ saptanması gerekir. İşletmenin mutlak objektif değeri yoktur. Doğru olan mümkün merteye objektifleştirilmiş değerdir. Bu değer saptanmasında, dürüst ve makul kişiler olarak tarafların benzer şartlarda hangi metodu seçmek isteyeceğinin belirlenmesi suretiyle, işletmenin (objektif) değerini saptayacak metod tayin edilir<sup>171</sup>. Ticari işletme satımında semeninin belirlenmesi için işletme değerlemesi yapılması kararlaştırılmışsa, bu değerlendirme sonucunda saptanan işletmenin değeri de ayıpsız objektif değer olarak nazara alınabilir.

---

<sup>168</sup> Vischer, **SJZ** 97 (2001), s. 362, dph. 12’de anılan *Venturi*. Bu metod hakkında ayrıca bilgi için Schön, **a.g.e.**, s. 183; Honsell, **BasK, OR I**, § 205, N. 8.

<sup>169</sup> Tandoğan, **a.g.e.**, s. 197 Aral, **a.g.e.**, s. 142; Keller/Siehr, **a.g.e.**, s. 92; Giger, **a.g.e.**, Art. 205, N. 17 vd. Bu yönde Yarg. 3. HD. 29.11.1966, E. 7843, K. 7506; Yarg. 13. HD. 10.11.1980, E. 5071, K. 5769 (Aral, **a.g.e.**, s. 142/143’den naklen).

<sup>170</sup> Bu metod, satımda satılanın ayıpsız objektif değeri ile semeninin genellikle birbirinden farklı olacağı düşüncesine dayanmaktadır: Honsell, **BasK, OR I**, § 205, N. 8.

<sup>171</sup> Vischer, **SJZ** 97 (2001), s. 362, dph. 19.

İşletmenin ayıplı veya ayıpsız objektif değerinin belirlenmesinde esas alınması gereken tarih ise, hasar ve yararın intikal ettiği, yani işletmenin devredildiği tarihtir<sup>172</sup>.

İşletmenin objektif değerinin belirlenmesindeki zorluklar nedeniyle indirim miktarının tayininin kolaylaştırılması için belirli kabullerden/tahminlerden yararlanılması da imkân dâhilindedir<sup>173</sup>. Örneğin semenin işletmenin objektif değeri ile eşit olarak kabul edilmesi bu niteliktedir. Bu halde, yukarıda açıklanan soyut/mutlak metot ile nispi metot arasındaki fark ortadan kalkmaktadır. Yine, ayıbın ortadan kaldırılması için gerekli masrafin bedel indirimi miktarı olarak nazara alınması mümkündür<sup>174</sup>.

Uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından ticari işletme satımında semen indiriminde esas alınacak metodun (formülün) açıkça belirlenmesi tavsiyeye şayandır<sup>175</sup>. Satıma ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin emredici karakterde olmayışı ve kural olarak (hile hariç<sup>176</sup>) ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu bertaraf eden veya sınırlayan sözleşme hükümlerinin geçerli oluşu (BK 196)<sup>177</sup> dikkate alındığında, bedel indirimine ilişkin kuralları tarafların serbestçe belirleyebileceklerinde kuşku yoktur.

İndirilecek bedel miktarı, semeni aşamayacağı gibi semen miktarına da ulaşmalıdır (BK 202/III; OR § 205/III). Bu kural özellikle soyut/mutlak metoda göre indirim yapılması halinde önem taşır. Öte yandan nisbi metoda göre hesaplanan indirim miktarının ise semeni aşması olası değildir. Anılan hukuk kuralı ile Kanunkoyucu, alıcının bir yandan satılanı elinde tutarken, diğer yandan semeni tamamen geri almasını sağlayacak

---

<sup>172</sup> Aral, **a.g.e.**, s. 144, dpn. 183; Honsell, **BasK, OR I**, § 205, N. 9; Vischer, **SJZ** 97 (2001), s. 363, dpn. 21'de anılan diğer yazarlar.

<sup>173</sup> Nitekim İsviçre uygulaması bakımından bu yönde Honsell, **BasK, OR I**, § 205, N. 8; Vischer, **SJZ** 97 (2001), s. 363, dpn. 28.

<sup>174</sup> BGE 111 II 163 (Honsell, **BasK, OR I**, § 205, N. 8'den naklen).

<sup>175</sup> Tschäni, **a.g.e.**, s. 117.

<sup>176</sup> Satıcın hile ile gizlediği ayıplar yönünden, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu bertaraf eden anlaşma geçerli olmaz. Hileden söz edebilmenin ön şartı, satıcının açıklama yükümlülüğünün mevcut olmasıdır. Aynı yönde BGE 116 II 434, Erw. 3a.

<sup>177</sup> Honsell, **BasK, OR I**, § 199, N. 1 vd.

şekilde “*bedel indirimi*” imkânına başvurmasını kabul etmemiştir<sup>178</sup>. Satılan işletme, ayıp nedeniyle tamamen değersiz ise alıcı sözleşmeden dönme imkânına başvurmalıdır.

Semenin indirilmesi, alıcının ayıplı ifadan doğan tüm zararlarını karşılamayabilir. Bu zararlar ayıbın doğrudan veya dolaylı sonucu olarak ortaya çıkabilir. Dönme hakkıyla ilgili BK 205’in aksine, semenin indirilmesi hakkının kullanılması halinde anılan zararların tazminine yönelik bir hüküm yoktur. O halde burada özellikle ayıptan doğan doğrudan zararlar için kusura dayanmayan tazminat sorumluluğu öngören BK 205/II’nin (ve dolaylı zararlardan kusura dayalı sorumluluk öngören BK 205/III’ün) kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna cevap bulunması gerekir.

İsviçre Federal Mahkemesi bu halde sadece BK 96’ya dayanılabileceğini, ayıptan doğan doğrudan doğruya zararlardan kusursuz sorumluluğu öngören BK 205/II’nin uygulanmayacağını kabul etmiştir<sup>179</sup>.

Bununla birlikte öğretilde zarara sebebiyet veren olaylar bakımından dönme ile semenin tenzili arasında ayırım yapmayı gerektirecek bir fark bulunmadığına ve küçük bir ayıbın önemli bir zarara neden olabileceğine işaret edilmektedir<sup>180</sup>. Buna bağlı olarak bu tür bir zararını tazmin ettirmek için alıcının dönme yolunu seçebileceğinin yeterli bir çözüm olmadığı, kaldı ki hâkimin dönme davası üzerine BK 202/II uyarınca semenin indirilmesine karar verebileceği ve sonuç olarak semenin indirilmesi halinde de BK 205/II, III hükmünün kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> Honsell, **BasK, OR I**, § 205, N. 10.

<sup>179</sup> BGE 107 II 165; 82 II 139; 63 II 405 (Aral, **a.g.e.**, s. 154, dpn. 186’ten naklen). İsviçre Federal Mahkemesine göre BK 96 uyarınca tazminat talebinin, ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca yarışabilmesi için ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartlarının da gerçekleşmesi gerekir. Aynı saptama için bkz. Tschäni, **a.g.e.**, s. 117. Örneğin süresinde ayıp ihbarında bulunmayan (OR § 210; BK 207, TK 25/II, b. 3) ve dolayısıyla ayıptan doğan hakları sukut eden alıcı, bu sefer BK 96 uyarınca tazminat talep edemez.

<sup>180</sup> Aral, **a.g.e.**, s. 144.

<sup>181</sup> Aral, **a.g.e.**, s. 144 ve orada dpn. 188’de anılan diğer yazarlar. Sonuç olarak BK 205/II (OR § 208/II) ile ilgili olarak aynı yönde Vischer, **SJZ** 97 (2001), s. 364. Anılan yazar İsviçre Federal Mahkemesi’nin içtihatlarının sadece mutlak metoda göre indirim yapılması halinde doğru olduğunu belirtmek-

### *c. Dönme hakkı*

Ticari işletme satımında ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna dayalı dönme hakkı, alıcının istisnaen başvurabileceği bir imkândır<sup>182</sup>. Gerçekten ticari işletme satımında ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sonucu olarak sözleşmeden dönme hakkının kullanılması çoğu zaman olanaklı değildir. Zira BK 204/II uyarınca satılan, alıcının kusuru yüzünden<sup>183</sup> telef olmuş yahut alıcı başkasına devretmiş veya şeklini değiştirmişse ancak semenin indirilmesini talep edebilir. Bu hüküm ticari işletme satılıp devredildikten sonra sözleşmeden dönme hakkına önemli bir sınırlama teşkil eder. Ticari işletmenin devrinden sonra alıcı sadece faaliyete devam etmez. İşletmenin yeni sahibi sıfatıyla yaptığı bazı işlemler, –anılan hüküm anlamında– satılanın önemli ölçüde değiştirilmesi sonucunu doğurabilir. Sık karşılaşılabilecek bu olasılıkta ticari işletmenin sözleşme kurulmadan önceki durumu ile iadesi olanaklı değildir<sup>184</sup>. Bu nedenle dönme hakkının kullanılması mümkün olmaz.

Örneğin işletmenin yeniden yapılandırılması, özellikle duran malvarlığı yapısının veya personelin değiştirilmesi, önemli sözleşmelerin (kira, iş, bayilik sözleşmeleri vs.) feshedilmiş olması, zorunlu (esaslı) unsur niteliğindeki başkaca aktiflerin satılması, yeni finansman araçlarına başvurulması (önemli kredi sözleşmeleri akdedilmesi vs.), işletme politikalarındaki değişiklik nedeniyle eski müşteri çevresinin dağılması, organizasyonun kötü yönetilmesi nedeniyle aktif ve pasifler arasındaki dengenin ikincisi yönünde önemli

---

tedir. Zira bu metoda göre indirim yapılması halinde ayrıca doğrudan zarar söz konusu olamaz ve BK 205/II (OR § 208/II)'ye başvurulmasının bir anlamı yoktur. Buna karşılık nispi metoda –ki bu metoda başvurma eğilimi hâkim görüştür (y.n.)– göre indirimde BK 205/II'nin kıyasen uygulanması gerekir.

<sup>182</sup> Tschäni, **a.g.e.**, s. 111, 117; Watter, s. 169, 175 vd.; BGE 81 II 220: İsviçre Federal Mahkemesi anılan kararında, hile ile gizlenen ve vaad edilen bir vasıftaki eksiklikten doğan ayıba ilişkin bir uyumsuzlukta, dönme hakkı talebini reddetmiştir (Honsell, **BasK, ORI**, § 205, N. 7'den naklen). Semen indirimi imkânının tercih edildiği anılan karar, işletmenin dolaylı (anonim ortaklığın paylarının devri suretiyle) satımına ilişkindir.

<sup>183</sup> Buradaki kusur teknik anlamda kusur değildir. Zira alıcının devir ve teslim edilmiş olan ve artık kendisine ait olan satılanı telef etmesi hukuka aykırı değildir: Aral, **a.g.e.**, s. 133. Buradaki kusurdan anlaşılması gereken, alıcının kendi riziko alanında ve kendi davranışları sonucunda gerçekleşen durumdan sorumlu olmasıdır. İşte bu yüzden sözleşmeden dönme hakkını da kullanamayacaktır.

<sup>184</sup> Lörtscher, **a.g.m.**, s. 59; Barandun, **a.g.e.**, s. 120/121.

ölçüde bozulmuş olması, ticari defterlerin kanuna ağır biçimde aykırı olarak tutulmuş olması, işletmenin önemli ölçüde değişmesinde rol oynayabilecek eylemler ve işlemler arasında yer alır<sup>185</sup>. Açıklanan olgular örnek niteliğindedir ve hepsinin bir arada gerçekleşmesi şart değildir. İşletmenin önemli ölçüde değişip değişmediği, devirden önceki ve sonraki işletme faaliyetinin bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle belirlenir.

Öte yandan bu etkenlerin gerçekleşmesi elbette az çok bir zaman dilimine ihtiyaç gösterir. Ticari işletme devrinden sonra ne kadar çok zaman geçerse, işletmenin değişmesi ihtimali o kadar artar ve dönme hakkına başvurma imkânı da o ölçüde azalır.

Ayrıca BK 202/II uyarınca hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Buna göre hâkim hakkaniyet ilkesi uyarınca (MK 4) somut olayın özellikleri ayıptan doğan haklardan dönme hakkının kullanılmasını gerektirmiyorsa, semenin indirilmesine karar verebilir<sup>186</sup>. Ticari işletmenin iadesinin büyük masrafı gerektirmesi, dönmenin alıcıya sağladığı menfaat ile satıcıya verdiği zarar arasında açık bir orantısızlık bulunması yine yukarıda belirtildiği üzere satılanın (işletmenin) değişmiş olması hallerinde, kural olarak hâkimin semenin indirilmesine karar vermesi gerekir<sup>187</sup>.

Ayıbın işletmenin değerini azalttığı ancak işletmenin işlev görmesini (faaliyetin devamını) önemli ölçüde etkilemediği hallerde semenin indirilmesi söz konusu olur. Örneğin bir fabrikanın zorunlu (esaslı) unsur niteliğindeki üretim tesisatının önemli ölçüde arızalı ve bozuk olması ve hatta kapsamlı tamiratın yapılabilmesi için fabrikanın bir ay faaliyette bulunamayacak olması halinde, semenin indirilmesi talep edilebilir; dönme hakkı kullanılamaz<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> Benzer yönde bkz. Watter, **a.g.e.**, s. 176; Tschäni, **a.g.e.**, s. 117.

<sup>186</sup> Aral, **a.g.e.**, s. 132.

<sup>187</sup> Dönme hakkının sınırlanmasında, alıcının menfaati ile satıcının zararı arasında açık orantısızlık ölçütü öğretide de benimsenmektedir: Aral, **a.g.e.**, s. 132, dpn. 128'de anılan yazarlar. Keller/Siehr, **a.g.e.**, s. 87.

<sup>188</sup> Farklı görüşte Watter, **a.g.e.**, s. 146/147, 169. yazar benzer bir örnekle (makinelere kötü durumda oluşu nedeniyle yapılması gereken kapsamlı tamirat için bir ay üretimin duracak olması) ilgili olarak,

Hâkim sözleşmeden dönme hakkı talebini sadece ilgili ayıbın satım sözleşmesinin amacının gerçekleştirilmesini olanaksız kıldığı veya oldukça güçleştirdiği ve özellikle semenin indirilmesi imkânının haksız ve hakkaniyete aykırı olduğu istisnai hallerde kabul etmelidir<sup>189</sup>. İşletmenin değerini tamamen ortadan kaldıran (BK 202/III) veya önemli ölçüde azaltan yahut faaliyetine devamını önemli ölçüde sekteye uğratan bir ayıbın ortaya çıkması hallerinde, semenin indirilmesine karar verilmesi hakkaniyete aykırıdır. Bu tür hallerde, mahkemece sözleşmeden dönme hakkı talebinin kabul edilmesi gerekir. Örneğin –lüzumlu veya vaad edilen vasıflarındaki eksiklik teşkil edecek şekilde– BK 179 uyarınca devralınan işletmenin borca batık olması<sup>190</sup> veya satın alınan bir otelin gerçekte randevu evi olarak işletilmiş olması<sup>191</sup> hallerinde sözleşmeden dönme imkânı mevcuttur.

Sözleşmeden dönme hakkının istisnai karakteri karşısında, satım sözleşmesinde dönme hakkının açıkça bertaraf edilmesi<sup>192</sup> veya istisnaen hangi hallerde (sebeplerle) kullanılabileceği belirtilerek sınırlanması tavsiyeye değer niteliktedir. Yukarıda belirtildiği üzere, ayıba karşı tekeffül hükümleri emredici karakterde olmadığından (BK 196), önerilen düzenlemenin sözleşmeye konulmasına bir engel yoktur.

Sözleşmeden dönme hakkını kullanan alıcı, ayrıca BK 205/II uyarınca ayıptan doğan doğrudan zararları nedeniyle tazminat talep edebilir. Bu tazminatın dayanağı kusura dayanmayan sebep sorumluluğudur. Buna karşılık BK 205/III'e göre alıcının ayıp-

---

işletme için önemli sayılmayacak bir ayıp mevcut olduğu ve dolayısıyla alıcının ayıba karşı tekeffülden bahisle hiçbir hak talep edemeyeceği sonucuna varmaktadır.

<sup>189</sup> Watter, **a.g.e.**, s. 175; Vischer, **SJZ** 97 (2001), s. 362, dpn. 11.

<sup>190</sup> Borca batık olması işletmenin genellikle aynı zamanda ticari itibarı (“kötü şöhret”) bakımından da bir ayıp teşkil edebilir.

<sup>191</sup> Watter, **a.g.e.**, s. 146/147

<sup>192</sup> Nitekim İsviçre’de işletme satımı uygulamasında, bu yola sıklıkla başvurulduğu yönünde Vischer, **SJZ** 97 (2001), s. 362, dpn. 11

tan doğan dolaylı zararlarından (kanunun ifadesiyle “*diğer her türlü zararlar*”dan) satıcının kusura dayalı sorumluluğu söz konusudur<sup>193</sup>.

Ayıptan doğan ‘doğrudan zararlar’ arasına örneğin işletmenin devralınmasının finanse edilmesi için gerçekleştirilen masraflar, işletme ayıbı seviyesine ulaşan münferit unsurdaki ayıbın doğrudan meydana getirdiği masraflar; işletmeyi devralanın, BK 179 (e.OR § 181) uyarınca üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun söz konusu olduğu gizlenmiş borçlar sokulmaktadır<sup>194</sup>. Buna karşılık elde edilmesinden mahrum kalınan kâr, sermaye sağlanması masrafları, işletmenin mali durumunun düzeltilmesi için alınan tedbirler, işletme ayıbından doğan ‘dolaylı zararları’ oluşturur<sup>195</sup>. Anılan dolaylı zararların tazmin edilebilmesi için işletme ayıbından satıcının kusura dayalı sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi gerekir (BK 205/III).

İşletme ayıbı münferit unsurlardaki bir ayıptan dolayı ortaya çıkmışsa, BK 206/I uyarınca dönme hakkının sözü edilen ayıplı unsurla ilgili olarak kullanılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre kısmi dönme olanaklıdır (BK 206/I; OR § 209/I)<sup>196</sup>. Diğer bir görüşe<sup>197</sup> göre kısmi dönme fikri işletme satımının niteliğine aykırıdır. Bu fikri savunan *Lörtscher*’e göre, işletme satımı basit bir eşya birliği satımı değildir. Bu yüzden birden fazla malın satımında, münferit unsurlar bakımından dönme olanağı getiren BK 206 (OR § 209), ticari işletme satımıyla ilgili değildir ve buna uygulanamaz. Kaldı ki kısmi dönme fikrinin benimsenmesi halinde, iade edilmesi gereken semenin tayini zordur; çünkü başlangıçta semen belirlenirken sadece işletmenin net varlığı

---

<sup>193</sup> Doğrudan zarar-dolaylı zararlar arasındaki sınırın çizilmesi kolay değildir. Nitekim genel olarak satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül bakımından, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımının hangi ölçüde göre gerçekleştirileceği tartışmalıdır: Bilgi için bkz. Aral, **a.g.e.**, s. 139.

<sup>194</sup> Lörtscher, **a.g.m.**, s. 64.

<sup>195</sup> Lörtscher, **a.g.m.**, s. 64.

<sup>196</sup> Bu yönde Baldi, **a.g.e.**, s. 99, dpn. 25, ancak yazar zaten münferit unsurdaki her ayıba, ayıba karşı tekeffül hükümlerini uygulamaktadır.

<sup>197</sup> Lörtscher, **a.g.m.**, s. 60.

(aktiflerin pasifler çıktıktan sonraki toplamının) değil, aynı zamanda gelir elde etme kapasitesi nazara alınır.

Kanımızca dönme hakkının kısmen yani işletme ayıbının kaynaklandığı münferit unsurlar bakımından kullanılması mümkündür. Birden ziyade malın (eşya birliği) satımından farklı ve özellikli bir satım olan işletme satımında BK 206, doğrudan olmasa bile en azından kıyasen uygulanmalıdır. Münferit unsur, ayıp nedeniyle tamamen değersiz veya kullanıma elverişsiz olabilir. Buna rağmen bu durum, –işletme ayıbı teşkil etse bile– tüm işletme bakımından dönme hakkının kullanılmasını gerektirmeyebilir. Yani bu ayıbın –tıpkı semenin indirilmesinin ön şartında olduğu gibi– ticari işletme satın alınmasının amacının gerçekleştirilmesini olanaksız kıldığı veya oldukça güçleştirdiği yahut kısmi dönme imkânının haksız ve hakkaniyete aykırı olduğu sonucuna varılamayabilir. Bu olasılıkta en azından ilgili münferit unsur bakımından, dönme hakkın kullanılmasına bir engel bulunmamalıdır. Aynı sonuca ticari satımlara ilişkin TK 25/II, b. 1’den de varılabilir. Böylece kısmi dönme, aslında iktisadi açıdan semenin indirilmesine benzer bir sonuç doğurur. Kısmi dönmenin semenin indirilmesinden farkı ise münferit unsurun iadesi zorunluluğudur. Bu sonuç alıcının bir yandan tamamen değersiz veya kullanıma elverişsiz şeyi uhdesinde tutmaya devam edip, diğer yandan semenin indirilmesi imkânından yararlanması yasaklayan BK 202/III’ün ruhuna da uygundur. Ayrıca kısmi dönme hakkının kabul edilmesi halinde kısmen iade edilecek semenin belirlenmesindeki güçlükler, semenin indirilmesi halinde karşılaşılabilecek olanlardan farklı ve fazla değildir. Bu yüzden hesaplama ve değerlendirme konusundaki zorluklara ilişkin gerekçe, tek başına farklı bir sonuca varılmasını gerektirmez. Vurgulayalım ki, eğer ayıplı münferit unsurun işletmenin bütününden ayrılması alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin mümkün olmazsa, dönme bütün satılanı kapsamalıdır (BK 206/II; OR § 209/II). Özetle ve sonuç olarak kısmi dönme hakkı kıyasen BK 206/I (OR § 209/I) uyarınca kullanılabilir.

#### **4. Ayıp İhbar Süreleri ve Ayıptan Doğan Haklarda Zamanaşımı**

Ticari işletme satımı, tacirler arasındaki ticari satım niteliğinde ise, ayıp ihbar süreleri ve ayıptan doğan haklarda zamanaşımı bakımından, TK 25/II, b. 3, 4’te yer alan kurallar uygulanır. Her iki tarafın tacir olmadığı ticari satımlarda, ayıp ihbarının yapıla-

bilme zamanı ve zamanaşımı konularında BK'daki genel hükümler uygulanır (BK 198, 207).

Ticari işletme satımları, genelde faaliyetin devam ettirilmesi için yapıldığından, çoğu zaman karşımıza tacirler arasındaki ticari satım şeklinde çıkar. Satın alan ticari işletmeyi sona erdirmek ve tasfiye etmek için almışsa durum farklıdır. Gerçekten devreden ticari işletmenin devrinden sonra tacir sıfatını yitirse bile, ticari işletme satımı sırasında tacir sıfatını taşımaktadır. Devralan ticari işletme satımı sırasında tacir olmasa bile, ticari işletmeyi devralıp faaliyete başladıktan sonra tacir sıfatını kazanır (TK 14/I). Buna karşılık devralan hem ticari işletme satımından önce tacir sıfatını taşımayıp, hem satımdan sonra da faaliyeti devam ettirmemiş ise, sadece işletmeyi satın almış olmasından dolayı tacir sıfatını kazanmaz. Bu sonuca varılabilmesi için ayrıca devralınan ticari işletme ile ilgili, devralan tarafından TK 14/II anlamında herhangi bir duyuru veya ticaret siciline tescil ve ilân işlemlerinin gerçekleştirilmemiş olması gerekir. Aksi halde ticari işletmeyi devralan bu sefer TK 14/II uyarınca tacir sayılır.

Tacirler arasındaki ticari işletme satımlarla ilgili ayıp ihbarlarında, TK 25/II, b.3'teki ayıp ihbar süreleri dikkate alınır. Anılan hükümde öngörülen süreler içinde ihbar edilmeyen ayıplardan doğan haklar sukut eder. İhbarda bulunulmuş olsa bile, ayıptan doğan hakların zamanaşımı süresi içinde ileri sürülmesi gerekir. Aksi halde anılan haklar zamanaşımına uğrar.

Ancak ticari işletme gibi karmaşık ve kapsamlı bir satım konusunda, anılan ayıp ihbar sürelerinin, oldukça kısa ve elverişsiz olduğu söylenmelidir. Özellikle açık ayıplar bakımından teslimden/işletmenin devrinden itibaren iki günlük ve muayene suretiyle ortaya çıkan ayıplar bakımından sekiz günlük süre yeterli değildir. Aynı şekilde gizli ayıplar bakımından teslimden/devirden itibaren altı aylık ayıp ihbar süresinden sonra ortaya bazı işletme ayıpları ortaya çıkabilir. Süresi içinde ayıp ihbarında bulunulmadığında ayıp ihbarından doğan haklar sukut edeceğinden, anılan kısa ayıp ihbar süreleri adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

Gerçekten TK 25/II, b. 3'ün BK 198'e atfı uyarınca gizli ayıplar, öğrenildiği tarihten itibaren derhal ve en geç zamanaşımı süresi dolmadan önce ihbar edilebilir. Öte

yandan TK 25/II, b. 4 uyarınca BK 207'deki zamanaşımı süresi altı aya indirilmiştir. Hangi tür ayıp söz konusu olursa olsun, ayıptan doğan haklar aynı zamanaşımı süresine tâbidir. Anılan zamanaşımı süresi gizli ayıplar bakımından aynı zamanda ayıp ihbar süresidir.

TK Tasarısı'nda, genel olarak tacirler arasındaki ticari satımlarda, en azından mevcut düzenlemedeki gizli ayıplar bakımından uygulanan 6 aylık ayıp ihbar süresi isabetli olarak kaldırılmıştır. Bunun yerine tacirler arasındaki ticari satımlar bakımından iki yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür (TK Tasarısı, md. 23/I, c, d). Anılan düzenleme uyarınca da gizli ayıplar, öğrenildiği tarihten itibaren derhal ve her halükârda zamanaşımı süresi içinde ileri sürülebileceğinden, anılan zamanaşımı süresi aynı zamanda gizli ayıplar bakımından ayıp ihbar süresinin üst sınırını oluşturur (TK Tasarısı, md. 23/I, c, d; BK 198).

## 5. Ticari İşletme Satımında Zapt Kavramı

Ticari işletme kural olarak hukuk objesi değildir. Bu yüzden üçüncü kişiye ait bir mutlak hakkın (örneğin mülkiyet hakkının) konusunun ticari işletme olması söz konusu değildir. Aynı şekilde konusu ticari işletme olan ve tapu siciline şerh edilen kişisel bir hak mevcut değildir. Ticari işletmenin üzerinde bir mutlak hak kurulamamasının tek istisnası ticari işletme rehnidir (TİRK 1 vd.). O halde kural olarak zapt olgusu ancak işletmeye ait münferit unsurlar (taşınmazlar, taşınırlar vs.) üzerinde söz konusu olabilir. Söz edilen türde bir zapt olgusunun gerçekleşmesi halinde, zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmayacağı; bununla birlikte bu tür olumsuzlukların –şartları gerçekleşmişse– işletme ayıbı olarak nitelendirilebileceği yukarıda açıklanmıştır<sup>198</sup>. Bu kapsamda özellikle işletmenin zorunlu (esaslı) unsurları ile ilgili zapt olguları, işletme ayıbı olarak nitelendirilebilecektir.

---

<sup>198</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm, III, B, 2.

Ticari işletmenin üzerinde bir mutlak hak kurulamamasının tek istisnası, yukarıda da değindiğimiz gibi ticari işletme rehnidir. O halde bu çerçevede nasıl bütün işletme ile ilgili ayıp söz konusu olabiliyorsa, işletme bütününe ilgilendiren zapt olgusunun en azından teorik olarak söz konusu olabileceği söylenebilir.

Ancak kanımızca ticari işletme üzerinde ticari işletme rehni bulunması nedeniyle zapt olgusu gerçekleşse bile, kanuni düzende satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun doğması fiilen mümkün değildir. Çünkü anılan hükümler uyarınca zapta karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesinin olumsuz şartı, alıcının satım sözleşmesinin kurulması anında zapt teşkil eden olguyu bilmemesidir (BK 189/II). Hâlbuki TİRK 9/I uyarınca ticari işletme rehni hakkı, ticari işletmeyi devralan herkese karşı ileri sürülebilir. Ayrıca TK 39/I’de düzenlenen ticaret sicilinin olumlu işlevi uyarınca kanunda tescil edilmesi veya tescil ve ilân edilmesi açıkça öngörülen hususları üçüncü kişilerin bildiği varsayılır. Üçüncü kişiler tescil veya tescil ve ilân edilen hususu bilmediklerini ileri sürmezler. O halde ticari işletme rehni de ticaret siciline tescili kanunda öngörülen bir husus olduğundan (TİRK 5, 6), işletme satımında alıcının ticari işletme rehni hakkını bilmediğini ileri sürmesi mümkün değildir.

Ticari işletme rehninin doğması için ticaret siciline tescil kurucu niteliktedir (TİRK 5/I). Dolayısıyla rehin sözleşmesi yapılmış olsa bile, rehin hakkının henüz tescil edilmemiş olduğu dönemde doğması da söz konusu değildir. Buna bağlı olarak mevcut olmayan bu rehin hakkının, rehin sözleşmesinin kuruluşu ile ticaret siciline tescili arasındaki aşamada, satılan işletmenin alıcısına üstün hak olarak ileri sürülemez. O halde işletme alıcısının zapt olgusunu (üçüncü kişinin rehin hakkını) bilmediğini ileri sürerek, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna gidebilmesi şeklinde bir ihtimalin gerçekleşmesi de imkânsızdır. Çünkü ticaret siciline tescil edilmemiş bir rehin hakkının mevcudiyetinden söz edilemez.

Buna karşılık ticari işletme satımından sonra, ifanın (devrin) gerçekleşmesine kadarki aşamada ticari işletme rehninin kurulması bir ihtimal olarak söz konusu olabilir. Ancak kanuni düzende zapta karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesi için satım sözleşmesinin kurulduğu anda zaptı sağlayacak üstün hakkın gerçekleşmesi gerekir (BK 189/I). Dolayısıyla yine zapta karşı tekeffül sorumluluğu gündeme gelmez.

Buna karşılık satıcının, satımdan sonra ve fakat devirden önce ticari işletme üzerinde rehin hakkı tesis etmesi, borca aykırı bir davranıştır. Bu davranış, BK 96 uyarınca tazminat sorumluluğunu gündeme getirir<sup>199</sup>.

#### IV. DEVRALANIN BORÇLARI

Bilindiği üzere devir sözleşmesi değişik sözleşme görünümünde ortaya çıkabilir. İşte devralanın (asli) borcu da devir sözleşmesine göre tayin edilir<sup>200</sup>. Devir sözleşmesinin mutlaka karşılıklı akit olması gerekmez. Dolayısıyla devir sözleşmesi ivazlı olabileceği gibi ivazsız da yapılabilir<sup>201</sup>. Devrin ivazlı olması halinde devralan sözleşmede kararlaştırılmış karşı edimi ifa etmek zorundadır. Devir karşılıksız ise devralanın borcu bağışlananın borcunu düzenleyen hükümlere göre tayin olunur (BK 240, 241, 244, 245)<sup>202</sup>.

İvaz devir sözleşmesinin esaslı unsuru olmadığından, devralanın borçları bu çalışmada ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Şu kadarını belirtelim ki, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devralınmasında, devralan işletmenin borçlarını üçüncü kişilere karşı üstlenmek zorundadır<sup>203</sup>. Sözleşmeden doğan bu borcun yerine getirilmesi için, devralan tarafından BK 179'da öngörülen ihbar/ilân koşulunun<sup>204</sup> gerçekleştirilmesi zorunludur.

Devir taahhüdünün bir ivaz karşılığında veya ivazsız yapılması, BK 179'un uygulanması yönünden önem taşımayacağı belirtilmişti. Bu açıdan karşı edimin en az devir konusu ticari işletme kadar güvenli bir karşılık oluşturması veya oluşturmaması, BK

---

<sup>199</sup> Üçüncü kişinin satılanın alıcıya tesliminden önce zapt ettiği takdirde, satıcının BK 96 vd. uyarınca borca aykırılık hükümlerine göre sorumlu olacağı yönünde Aral, **a.g.e.**, s. 104.

<sup>200</sup> Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1143.

<sup>201</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 1204; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 42. *Oya Akıncı'nın* (**a.g.e.**, s. 31) mutlak bir ifade ile devir sözleşmesinin "*karşılıklı taahhütleri havi tam iki taraflı bir sözleşme*" olduğunu beyan etmesi hatalıdır. Bu ifadeye rağmen aynı yazarın bir başka yerde (**a.g.e.**, s. 34) devir sözleşmesinin bağışlama teşkil etmesi olasılığına değinmesi ise çelişkilidir.

<sup>202</sup> Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1144.

<sup>203</sup> Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1143.

<sup>204</sup> Bu koşul hakkında bilgi için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, III, C.

179'un uygulanmasında belirleyici değildir ve anılan hükmün şartları gerçekleştiğinde eski borçların intikaline engel olmaz.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe<sup>205</sup> göre özellikle trampa akdinde ve karşı edimin “çok sağlam karşı edim” örneğinin bir malvarlığı veya ticari işletme olması (trampa akdi) şartıyla BK 179'un uygulanmasına istisna getirilmesi gerekir.

Kanımızca anılan fikir kabul edilebilir değildir. Bir kere böyle bir istisna getirilmesi kanuna (BK 179'a) aykırı bir yorumdur. Çünkü kanunda böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. İkincisi BK 179'un uygulanabilmesi açısından devir sözleşmesinin ivazlı veya ivazsız olmasının öneminin olmadığını isabetli olarak kabul ettikten sonra<sup>206</sup>, bu sefer ivazın güvenli bir karşılık teşkil edip etmediğine bakılması, kendi içinde tutarlı bir yaklaşım olamaz.

Kaldı ki faraza BK 179'un uygulanmasında ivazın, güvenli bir karşılık oluşturup oluşturmadığına bakılması gerektiği kabul edilse bile, trampa akdi ile örneğin satım sözleşmesi arasında bu tür bir ayırım yapılmasının gerekçesi de anlaşılamamaktadır. Satım sözleşmesinde karşı edim (satış bedeli) ticari işletmenin gerçek değerine uygun miktarda olabilir. O halde devralan bu olasılıkta da –sözü edilen görüş çerçevesinde– işletmeyi gerçek değeri ile satın aldığı ve alacaklıların menfaatini zedelediği gerekçelerine dayanabilmesi ve eski borçlardan BK 179 uyarınca sorumlu olmaması gerekirdi.

## V. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Ticari işletmenin devri herhangi bir şekle tâbi tutulmamıştır. Devir sözleşmesi sözlü olarak da yapılabilir (BK 11/I)<sup>207</sup>. Bu nedenle tabi olduğu hükümler uyarınca herhangi bir şekle tâbi tutulmayan aktif unsurların devri borcunun üstlenilmesi, ticari işlet-

---

<sup>205</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 42/43, dpn. 77.

<sup>206</sup> Bu yönde Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 42.

<sup>207</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 395; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 125; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 90; Barandun, **a.g.e.**, s. 49.

me devri bakımından da şekle tâbi değildir. Örneğin alacakların temliki vaadi (BK 163/II) ve kıymetli evrakın devri taahhüdü her hangi bir şekle tâbi değildir.

Ticari işletmenin içerisinde, devri özel bir şekle bağlı kılınmış unsurların varlığı halinde ise bunların devri borcunun geçerli olarak üstlenilebilmesi için öngörülen özel şekle uyulması gerekir<sup>208</sup>. Örneğin taşınmazlar için resmi senet düzenlenmesi (MK 706), motorlu taşıt araçlarının devri bakımından sözleşmenin noterde yapılması (KTK 20/I, d), telif haklarını devri açısından sözleşmenin yazılı şekilde olması gerekir (FSEK 52).

Ayrıca devir sözleşmesinin türü gereği kanunen bir geçerlilik şekline tâbi kılınmış olabilir. Örneğin devir sözleşmesi bir bağışlama veya ölünce bakma sözleşmesi biçiminde ortaya çıkmışsa, ilkinin yazılı (BK 238) ikincisinin resmi şekilde (BK 512, MK 545, 532) kurulması şarttır.

Ticari işletme gibi önemli bir iktisadi değer devri sözleşmesinin hiçbir şekle bağlı olmaksızın kurulması, uygulamada ender rastlanacak bir durumdur. Devir sözleşmesi en azından ispat koşulu açısından yazılı şekilde ve hatta uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla bir devir envanteri ve bilânçosu ile birlikte yapılması yerinde olacaktır<sup>209</sup>. Nitekim TK Tasarısı'nda isabetli olarak işletmenin bir bütün olarak devri sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği özel olarak düzenlenmiştir (md. 11/III)<sup>210</sup>. TK Tasarısı'nda öngörülen bu şeklin aynı zamanda bir geçerlilik şekli olduğu söylenmelidir (BK 11/II).

---

<sup>208</sup> Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 516; İmregün, **a.g.e.**, s. 12.

<sup>209</sup> Acemoğlu, **a.g.e.** s. 52, anılan yazar noter senedi ile yapılmasını salık vermektedir. Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 251, dñn. 154. Nitekim uygulamada ticari işletme devri sözleşmelerinin genellikle yazılı olarak yapıldığı yönünde Yasaman/Altay, [Hamdi Yasaman vd.], **Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi**, Cilt I-II, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2004, s. 688; Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 178.

<sup>210</sup> TK Tasarısı 11/III'ün bu açıdan değerlendirilmesi konusunda bkz. aş. Üçüncü Bölüm, VI, D, 2.

## VI. DEVİR SÖZLEŞMESİNDE TEMSİL

Taraflardan birisi temsilcisi vasıtasıyla ticari işletmenin devri sözleşmesini akdedilebilir. Devir sözleşmesinin geçerliliği bakımından mutlaka dikkat edilmesi gereken konulardan birisi de temsilcinin temsil yetkisinin mevcut olup olmadığıdır.

Tacirin iradi temsilcilerinin ve özellikle tacir yardımcılarının ticari işletmenin devri konusunda özel temsil yetkisi bulunmalıdır. Ticari işletmenin devri, tacirin kişiliğine özgü bir temel işlemdir. Özel yetki verilmedikçe ticari mümessil dâhil, tacir yardımcılarında hiçbirisi, ticari işletmenin kapatılması veya devri konusunda yetkili değildir<sup>211</sup>.

Ticari işletmeyi devreden ticaret şirketinin organ temsilcisi/temsilcileri de ticari işletmenin devri konusunda yetkili olmalıdır. Ticaret şirketlerinde temsil organı kural olarak her türlü işlemi yapmaya ve şirketin malvarlığı unsurlarını devretmeye yetkilidir. Ticaret şirketlerinde temsil organının yetki sınırlamaları açısından, ticari işletmenin devri işleminin temsil organının yetkisi içinde olup olmadığına açıklanması yerinde olur.

Bu konuda her şeyden önce istisnai hükümler dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda örneğin ticaret unvanı işletmeye ait bir unsur olmakla birlikte, devri için ortaklık sözleşmesinin veya anasözleşmenin değiştirilmesini gerekir<sup>212</sup>. Organ temsilci bu değişiklik yapılmaksızın, ticaret şirketinin ticaret unvanını (TK 155/I, b. 3; 244; 279/II, b. 1; 506/b.1) işletme ile birlikte devretmeye yetkili değildir.

Öte yandan temsil organının yetkisi şirketin işletme konusu ile sınırlı olduğundan, ortaklığın konusunun elde edilmesini; kanunda geçen deyişle “maksadının husulü-

---

<sup>211</sup> Bir çok yazar yerine bkz. Teoman (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 1718.

<sup>212</sup> M. Fatih Arıcı, “Ticaret Ortaklığınca Avukata Vekâlet (Temsil Yetkisi) Verilmesi ve Bu Vekâlete, Organ Temsilcinin Yetkisinin Sona Ermesinin veya Sınırlanmasının Etkisi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, Cilt I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 150.

nü” imkânsız kılan<sup>213</sup> işlemler yapamaz (TK 185/I, 267; BK 535/b. 1; TK 434/b. 2)<sup>214</sup>. Bu tür işlemler olağanüstü işlem ya da “temel işlem” niteliğinde olup, fiilen ortaklığın sona ermesi ve tasfiyeye girmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Temel işlemler, sadece işletme konusu ile ilgili değil, ortaklığın kendisi ile ilgili işlemlerdir<sup>215</sup>. İşte bu yüzden ki, ticaret şirketinin sona ermesi ve tasfiyeye girmesi sonucunu doğuracak şekilde, ortaklığın ticari işletmesini bütün aktif ve pasifi ile satmaya yetkili değildir<sup>216</sup>. Yargıtay’ın bu konuda müstakar içtihatları bulunmamaktadır<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> Anonim ortaklığın gayesi kâr elde etmektir. TK 434/b.2’de sözü edilen maksat (ayrıca bkz. TK 271, 279, 321) ise esasen işletme konusunu (inşaat, taşıma, basım yayım vs.) ifade eder. Yani sözü edilen maksat, TK 137 anlamında iştigal konusudur. Bu faaliyet alanı içine birçok münferit mevzu girebilir: Bu yönde İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 470; Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, **a.g.e.**, N. 1548; Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2001, s. 84, yazar TK 321/I’le ilgili olarak “konu” dışında ayrıca özel bir hukuki anlam ifade eden “maksat”tan söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Arıcı, **Hüseyin Ülgen’e Armağan**, s. 149. Aynı yönde Yarg. TD 26.3.1963 E. 3484, K. 4856 (Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 1467’den naklen). Anonim ortaklığın maksadının elde edilmesi ile infisahının sık karşılaşılabilecek bir durum olmadığı; zira maksadın içinde yer alan münferit bir konunun elde edilmesinin imkânsızlaşmasının, şirketin statüsünde belirtilen diğer konuların ve buna bağlı olarak maksadın imkânsızlaştığını kabule yeterli olmadığı belirtilmektedir: İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 470; Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, **a.g.e.**, N. 1548.

<sup>214</sup> Diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak limited şirketin infisahına ilişkin sebepler arasında şirketin maksadının elde edilmesinin imkânsızlığına yer verilmemiştir (TK 549). Bununla birlikte ortaklık sözleşmesinde anılan durum, bir infisah sebebi olarak açıkça öngörülebilir (TK 549/b. 1). Aynı yönde Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, **a.g.e.**, N. 1741. Ancak ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile şirketin maksadının elde edilmesinin imkânsızlığı, en azından talep üzerine mahkemece verilecek fesih kararı için haklı sebep kabul edilmelidir (TK 549/b. 4).

<sup>215</sup> Teoman, **a.g.e.**, s. 95, yazar incelediği sorun bağlamında anonim ortaklık açısından görüşünü açıklamaktadır.

<sup>216</sup> Teoman, **a.g.e.**, s. 95/96 (anonim ortaklık bakımından); Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 71; Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 243/244; BGE 116 II 320 vd.; von Salis, **a.g.e.**, s. 397, 400; Arıcı, **Hüseyin Ülgen’e Armağan**, s. 149. Farklı görüşte Eugen Bucher, "Organshaft, Prokura, Stellvertretung, Lebendiges Aktienrecht", **Festgabe für Wohlfahrt Friedrich Bürgi**, Hrsg: Max Boemle vd., Zürich, 1971, s. 49, yazar ortaklıklar hukukunda organ temsilcinin yetkisinin, ticari mümessilinkinden daha geniş olduğunu açıklarken, organ temsilcinin, ticari mümessilden farklı olarak işletmeyi devir ve tasfiye edebileceğini belirtmektedir.

<sup>217</sup> Yargıtay bir kararında anonim ortaklığın merkezinin ve işyerinin bütün emtia ve demirbaşları ile birlikte devredilmesinin infisah sonucunu doğuracağını (yani devrin geçerli olduğunu) kabul etmiştir: Yarg. 11. HD 25.3.1985, E. 1278, K. 1669 (İmregün, s. 470, dpn. 10). Yargıtay yeni tarihli bir kararında ise limited şirketin tek malvarlığı olan ve üzerinde faaliyetini sürdürdüğü fabrikanın bulunduğu arsanın ortaklık müdürü tarafından satılmasının yetkisi dışında olduğu; söz konusu işlemin ortaklık

Temsil organının ticari işletmeyi devre yetkili olmadığı hallerde, ticaret şirketinin karar organının bir karar alması gerekir. Ticari işletmenin devrine onay veya izni de içermesi gereken bu karar, karar organının tercihine göre iki yönde ortaya çıkabilir. Birincisi alınan kararlar şirket sözleşmesinde veya anasözleşmede yer alan işletme konusu değiştirilebilir<sup>218</sup>. Böylece artık şirket yeni işletme konusu çerçevesinde faaliyetine devam eder. İkincisi ortaklığın tasfiyesi ve tüm malvarlığı ile devrine onay konusunda bir karar verilebilir. Bu karar sonucunda şirketin tüzel kişiliğinin ortadan kalkması ile sonuçlanacak tasfiye süreci başlamış olur. Her halükârda alınacak kararın çeşidine ve ticaret şirketinin türüne göre kanunda öngörülen ilgili nisaplara uyulması gerekir.

Öğretide anonim şirketin tasfiyeye girmesini doğurabilecek ticari işletme devrinin nasıl kararlaştırılacağı ve dolayısıyla temsil organının nasıl yetkilendirileceği konusu tartışmalıdır.

Bir görüşe<sup>219</sup> göre her hangi bir düzenleme bulunmayan bu konuda, henüz tasfiyeye girmemiş ve faaliyet halindeki anonim şirketler bakımından da TK 443/II kıyasen uygulanmalıdır. Böylece anılan hükme uygun olarak genel kuruldan karar alınması menfaatler dengesine uygun düşmektedir.

TK 443/II'de tasfiye hâlindeki anonim şirkette tasfiye memurlarının (işletme malvarlığındaki) aktiflerinin toptan satışı yoluna, genel kurulun TK 388/III, IV'te belirtilen nisaplarla bu satışa onay vermesi şartıyla gidebileceği düzenlenmiştir.

---

maksadını aştığı (TK 542'nin 321'e atfı nedeniyle TK 443/2 uyarınca bu işlem için onay alınması gerektiği) sonucuna varmıştır: Yarg. 11 HD.17.1.2000, E. 8298, K. 19 (Uygur, s. 1249/1250).

<sup>218</sup> Devralma sonucunda devreden anonim şirketin holding ortaklığına dönüşecek olması konusunda bir örnek için Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 245.

<sup>219</sup> Türk, **Nevelerin Aynı Olması Koşulu**, s. 376; Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 242-244; Yarg. 11 HD.17.1.2000, E. 8298, K. 19 (Uygur, s. 1249/1250). Aktiflerin satışının fesih veya infisah sonucunu doğurmaması koşuluyla benzer yönde Teoman, **a.g.e.**, s. 97/98. Farklı yönde Eriş, **Şirketler**, s. 2694, yazar TK 443/II'ye aykırı satışların iptalinin istenebileceği görüşündedir.

Diğer bir görüşe<sup>220</sup> göre ise her şeyden önce TK 443/II iç ilişkiye ilişkin bir hükümdür. Anılan hükme göre karar alınmamasına rağmen tasfiye memurlarınca işlem gerçekleştirilmişse, bu eksiklik iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez<sup>221</sup>. Bunun dışında bu fikre göre TK 443/II’de yer alan *aktiflerin toptan satılabilmesi* iki şekilde yorumlanabilir. Birincisi aktiflere dar anlam verilebilir ve sadece duran varlıkların kastedildiği benimsenebilir<sup>222</sup>. İkincisi aktiften, aktif ve pasif ile tüm malvarlığı anlaşılabilir. Bu halde işletme devri söz konusu olduğundan, işlem BK 179/180’e tâbi olur. Ancak anılan görüşe göre birinci yorum TK’ya daha uygundur.

Kanımızca TK 443/II iç ilişkiye özgü bir hüküm değildir. TK 443/II’nin lafzı<sup>223</sup>, anonim şirket tasfiye memurlarının yetkilerini sınırlayıcı niteliktedir<sup>224</sup>. Ayrıca tescil ve ilân edilmek şartıyla, yetkileri her yönden (örneğin konu) daraltılması olanaklı olan tasfiye memurlarının (TK 221, 450)<sup>225</sup>, özel bir kanun hükmü ile şirket için önem arz eden bir işlem bakımından yetkilerinin sınırlanması, TK’nın sistemine aykırı da değildir. İşte TK 443/II tasfiye memurlarının, şirketin tüm malvarlığının devri konusunda yetkilerini sınırlamakta ve genel kurulun iznini veya onayını aramaktadır. Burada organ temsilcilerinin yetkilerinin sınırlanması açısından kanun hükmü (TK 443/II) ile sağlanan aleniyet, tescil ve ilânın yerini tutmaktadır.

Öte yandan çoğun içinde az da vardır kuralı uyarınca tasfiye aşamasında aktiflerin toptan devrinde genel kurul kararı arayan TK 443/II, aktifler ve pasiflerle birlikte tüm malvarlığının devrinde evleviyetle uygulanır. Zira şirket aktifleri ve pasifleri ile bir-

---

<sup>220</sup> Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, **a.g.e.**, N. 1595.

<sup>221</sup> Karşı görüşte Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 1480. Ayrıca bkz. yuk. dpn. 219’de ilk iki cümlede anılan yazarlar.

<sup>222</sup> Benzer yönde TK 443 uyarınca aktiflerin satışında pasiflerden hiç söz etmeyen Domaniç, **TTK Şerhi II**, s. 1480

<sup>223</sup> Bu hükme göre “Aktiflerin toptan satılabilmesi için umumi heyetin kararı gereklidir.”.

<sup>224</sup> Teoman, **a.g.e.**, 96.

<sup>225</sup> Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N. 349. Bu özellik dış ilişki bakımından ortaklığın temsili konusundaki ana kurala (kural olarak yetkinin daraltılmaması) önemli bir istisnadır: Aynı yönde İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 485/486;

likte tüm malvarlığının devrinde, aktiflerin de devredildiği ortadadır. Dikkat edilirse bu son olasılıkta BK 179/180'in uygulanması veya uygulanmaması, TK 443/II hükmünü bertaraf etmez. Çünkü BK 179/180 işletmenin pasifleriyle birlikte geçişine ilişkin borçlar ve ticari işletme hukuku düzenlemesidir<sup>226</sup>. Hâlbuki TK 443/II, anonim şirketler hukukuna (şirket organizasyonuna) ilişkin bir hükümdür. Bu yüzden anonim şirkette ticari işletmenin devrinde kimin yetkili olduğu ve nasıl karar alınacağı konusunda BK 179/180'de çözüm aranması boşunadır.

Kaldı ki hâkim görüş olan Teminat Teorisi çerçevesinde BK 179 alacaklıların korunması açısından emredici bir düzenleme olarak kabul edildiğinden, bir malvarlığı veya işletmenin devrinde pasiflerin (tamamen veya önemli ölçüde) bertaraf edilmesi, anılan hükme aykırılık teşkil eder. Ancak bu aykırılığın nasıl bir sonuç doğurduğu ise bu Teori çerçevesinde tartışmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere Teminat Teorisini savunan bazı yazarlar<sup>227</sup>, işletme malvarlığının tüm aktiflerinin devredilmesi halinde, pasiflerin kanunen devralana geçeceğini kabul etmektedirler. Bu görüş çerçevesinde TK 443/II uyarınca sadece aktiflerin toptan devri yolu seçilse bile, BK 179'a dayalı olarak pasiflerin üstlenilmesi ve nakli yine de gerçekleşebilir.

Geldiğimiz bu noktada TK 443/II'nin faaliyette bulunan bir anonim şirkette kıyasen uygulanmasına ihtiyaç bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere şirketin tüm işletme malvarlığının devri tasfiye sonucunu doğuracaksa, genel kurulun fesih (tasfiye) ve böylece ticari işletmenin devrine onay kararı alması gerekir. Fesih kararı konusunda nisaplar kanunda öngörülmüştür (TK 434/b. 9, 388/II, IV). Eğer ticari işletmenin devri ile birlikte işletme konusu değiştirilecekse, yine TK 388/II ve IV uygulanır. Görüldüğü üzere tasfiye aşamasına ilişkin TK 443/II, faaliyette bulunan anonim şirket bakımından kıyas edilebilir nitelikte değildir.

---

<sup>226</sup> Bucher, **a.g.e.**, s.589.

<sup>227</sup> Bu tartışma ve söz konusu görüş için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, D, 1. Teminat Teorisi hakkında ayrıca bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, B.

Kaldı ki bir kere ticari işletmenin tamamen devrinin tasfiye sonucunu doğuracak bir işlem olduğunu kabul ettikten sonra, tasfiye aşamasına ilişkin TK 443/II uyarınca bir karar alınmasının tasfiyeye nasıl engel olacağı (veya tasfiyeyi gerçekleştireceği) de şüphelidir. Çünkü TK 443/II'ye dayalı olarak genel kurulun izin/onay kararı için yapılacak toplantıda, bu hükmün atfı ile TK 388/III ve IV'teki nispeten daha hafif nisaplara uyulması yeterli olacaktır. Fakat tasfiyeye engel olacak şekilde işletme konusunun değiştirilmesine (anasözleşme değişikliği) veya feshe (TK 434/I, b. 9) ilişkin nisaplar, TK 388/II ve IV'e göre belirlenir. Bu nisaplar ilkinden farklı ve daha ağırdır.

Buna karşılık faaliyetine devam eden bir anonim şirketin tasfiye sonucunu doğurmayacak biçimde aktiflerin toptan satışına, TK 443/II'nin kıyasen uygulanması görüşü<sup>228</sup> kabul edilebilir. Zira bu satış bir fesih ya da infisah nedeni oluşturmadığından TK 434/I, b. 9'un yollama yaptığı TK 388/II uygulanmaz<sup>229</sup>.

Sonuç olarak anonim şirket işletmesinin devrinde yukarıdaki belirtilen şekilde karar alınması zorunluluğu, anonim şirkette yönetim kurulunun temsil yetkisine bir sınırlama teşkil eder. Yönetim kurulunun veya üyelerinin yetkilerinin konu ve miktar bakımından iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sınırlanamaması (TK 321/II), farklı bir sonuca varılmasını gerektirmez. Bu konuda anonim şirkette organların yetki ayrılığı prensibi ve anasözleşmeyi değiştirmeye yetkili olan organın genel kurul olması dikkate alınmalıdır. Şirketin tasfiyeye girmesi sonucunu doğuracak şekilde şirketin işletme malvarlığının tüm aktiflerinin veya aktif ve pasiflerinin satılması, temsil organının yetkisini aşması sonucunu doğurur. Bu durum karar organının yetki alanına bir tecavüz teşkil eder. Anonim şirketin feshine karar verme yetkisi genel kurulun vazgeçilemez yetkileri arasındadır (TK 434/b. 9)<sup>230</sup>. Ticari işletmenin aktiflerinin (ve yerine göre pasiflerinin) toptan devri, TK 434/b.2 anlamında şirketin maksadının elde edilmesinin imkânsızlaşmasına ve

---

<sup>228</sup> Teoman, **a.g.e.**, s. 97/98.

<sup>229</sup> Teoman, **a.g.e.**, s. 98

<sup>230</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, N. 664a.

tasfiyeye girmesine neden olacaksa, bu satış ve devir yönetim kurulunun yetkisinin dışındadır. Bu satış işlemi şirketi bağlamaz.

Anonim şirketin (ticari) işletmeyi devralan şirket olması halinde ise her şeyden önce kuruluşun sonra malvarlığı devralınmasına ilişkin TK 311 hükmü nazara alınır. Buna göre bir işletmenin (tesisat, veya başka mal ve hakların) esas sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurul tarafından tasdik ve ticaret siciline tescil edilmelidir (TK 311/I)<sup>231</sup>. Gerek genel kurul tarafından tasdik gerek ticaret siciline tescil devralma sözleşmesinin geçerlilik şartıdır (TK 311/I)<sup>232</sup>. Anılan hükmün kapsamına, devralan şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde gerçekleşen sözleşmeler ve devralmalar girer. Buna karşılık TK 311'in bir diğer şartı, devrin konusunun bir yatırım malvarlığı oluşturması zorunluluğudur. Döner malvarlığı bunun dışındadır. Devralma konusunun bir ticari işletme olması halinde, bu şartın gerçekleştiğine kuşku yoktur.

---

<sup>231</sup> TK 311'in uygulanma şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Ülgen, **Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklığın Kuruluşun Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması** (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1969, s. 37 vd.; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.** N. 511 vd.

<sup>232</sup> Ülgen, **Anonim Ortaklığın Kuruluşun Sonra Malvarlığı Devir Alması**, s. 74, 96.

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:**  
**DEVİR TAAHHÜDÜNÜN İFASI VE**  
**BK 179'A GÖRE BORÇLARIN ÜSTLENİLMESİ VE NAKLİ**

**I. MÜNFERİT AKTİFLERİN DEVREDİLEBİLİRLİĞİ VE**  
**DEVİR ŞEKLİ**

Ticari işletmenin aktiflerini tek bir işlemle (uno actu) devralana geçirecek bir tasarruf işlemi Türk hukukunda (BK 179) kabul edilmemiştir<sup>1</sup>. Ticari işletmeye ait malvarlığı unsurlarının her biri ile ilgili tasarruf işleminin, o unsurun tâbi olduğu kurallar uyarınca yerine getirilmesi gerekir. İşletmedeki gayri maddi iktisadi değerlerin de, niteliklerine uygun biçimde devralana sağlanması zorunludur.

İşletmeye ait malvarlığı unsurlarının ve diğer iktisadi değerlerin devredilebilirliği ve devir şekli, ticari işletmenin devrinde özellik arz eden yönleri açısından aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenmiştir.

**A. ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI VE GAYRİ**  
**MADDİ İKTİSADİ DEĞERLER**

**1. Marka**

Marka ticari işletme ile birlikte devredilebileceği gibi ayrı olarak da devredilebilir (MarKHK 15/I, 16/II)<sup>2</sup>. Marka siciline tescil edilmemiş markalar da devredilebilir<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 44, dph. 90, Ayiter, **a.g.e.**, 50 vd.

<sup>2</sup> Ayrılık İlkesi olarak nitelendirilen bu kural hakkında bilgi için Ünal Tekinalp, **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul, Arıkan, 2005, § 28, N. 2.

<sup>3</sup> Hamdi Yasaman, **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalâalar Bilirkişi Raporları II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 250/251, yazar tescil edilmemiş markanın işletme ile birlikte devri konusundaki bir uyuşmazlık bağlamında görüşünü açıklamaktadır. Karşı görüşte olan *Kutlu Oytaç*, MarKHK 1 ve 6'da tescil esası kabul edildiğinden, TPE markalar siciline tescil işlemine dayandırıl-

MarKHK 16/III uyarınca markanın devri yazılı olarak yapılır. Bu şekil kanunun açık hükmü gereği bir geçerlilik şartıdır (MarKHK 16/III, c. 2)<sup>4</sup>. Devir işleminin marka siciline kaydedilmesi ise devrin hükümlerini doğurması bakımından kurucu etkiyi haiz değildir<sup>5</sup>. Buna karşılık MarKHK 16/VII uyarınca devir, sicile kayıt edilmediği sürece markanın tescilinden doğan yetkiler iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Garanti markası ve ortak markanın devrinin geçerli olabilmesi için, devrin ayrıca marka siciline tescili şarttır (MarKHK 60). Garanti ve ortak marka dışında kalan diğer markaların devrinin iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi için sicile tescili zorunludur (MarKHK 16/son f.). Kanunda öngörülen adi yazılı şekil sadece tasarrufi işlem (devir) için geçerlidir. Markanın devri taahhüdüne ilişkin borçlandırıcı işlem ise herhangi bir şekle tâbi değildir<sup>6</sup>.

Kanunda markanın işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devri konusunda özel düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre aksi kararlaştırılmamışsa işletmenin aktif ve pasifiyle devri, markanın da devrini kapsar (MarKHK 16/II). Bu kurala göre işletmenin devrinde açıkça markanın devrinin taahhüt edilmesi ve anlaşmanın markayı da kapsamı zorunlu değildir. Ayrıca markanın devrini yazılı şekle tâbi kılan MarKHK 16/III, önceki fıkrayı saklı tutmuştur. Böylece işletmenin devriyle bağlantılı olarak markanın devrinde

---

mayan bir markanın devrinin olanaksız olduğu görüşünü savunmuştur: Bkz. Yasaman, **a.g.e.**, s. 252'de yer alan Kutlu Oytaç'a ait muhalefet şerhi). Marka hakkının doğumunu tescile bağlamak isabetli değildir. Tescilden önceki ilk kullanma ile marka hakkı doğar: Teoman (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 1295; Yasaman/Yusufoğlu **Marka Hukuku C. I**, s. 4; Yasaman, **Marka Hukuku C. I**, s. 174. Karşı görüşte Tekinalp, **Fikrî Mülkiyet**, § 22, N. 7, § 23, N. 2/3. Tescil, markaya MarKHK'de belirtilen hakları ve korumayı sağlar. Sadece bu bakımdan tescilin kurucu etkiye sahip olduğu yönünde Arslan Kaya, **Marka Hukuku**, İstanbul, Arıkan, 2006, s. 47/48.

<sup>4</sup> Daha ağır bir devir şeklini (noter tasdikli devir senedi) öngören yönetmelik hükmü [MarKHK'nin Uygulanma Şeklini Gösterir Yönetmelik, md. 22/II, a (R.G., 9.4.2005, S: 25781)] kanuna ve kurallar kademelenmesine aykırıdır: Tekinalp, **Fikrî Mülkiyet**, § 28, N. 7; Yasaman/Altay, **Marka Hukuku C. II**, s. 685, dpn. 26.

<sup>5</sup> Tekinalp, **Fikrî Mülkiyet**, § 28, N. 10; Yasaman/Altay, **Marka Hukuku C. II**, s. 686; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 210; Hakan Karan/Mehmet Kılıç, **Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 330.

<sup>6</sup> Sabih Arkan, **Marka Hukuku Cilt: II**, 8. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 533, Ankara 1998, s. 179; Yasaman/Altay, **Marka Hukuku C. II**, s. 685, dpn. 25. Farklı görüşte Kaya, **Marka Hukuku**, s. 210.

yazılı şekil şartı da kaldırılmıştır<sup>7</sup>. İşletme devri sözleşmesi yerine getirilmiş ve işletme devredilmiş ise, marka da her hangi bir işleme gerek kalmaksızın devredilmiş olur.

MarKHK 16/II ve III'te yer alan anılan düzenleme öğretide markanın devir şekline istisna getirilmesi açısından eleştirilmektedir<sup>8</sup>. Şöyle ki, işletmenin aktif ve pasifi ile devri kanunda (BK 179) genel olarak herhangi bir şekle tâbi tutulmamıştır. Kural olarak yazılı şekle dahi gerek olmaksızın gerçekleştirilebilecek işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, yazılı şekle tâbi olan markanın da şekle tâbi olmaksızın devredilmesi –de lege ferenda– isabetli bulunmamaktadır.

Kanımızca TK 11/II'ye benzer bir hüküm olan MarKHK 16/II işletme *devri sözleşmesinin (borçlandırıcı işlemin)* açıklık taşımasa bile, markanın devri taahhüdünü de kapsadığını düzenler. Zira MarKHK 16/II, c. 2 uyarınca, anılan hüküm “*sözleşmeden doğan yükümlülük*” yani, işletmenin devri taahhüdü aşamasında uygulanır<sup>9</sup>. Böylece MarKHK 16/II işletmenin bir sözleşme ile devredildiği hallerde, işletmenin devri taahhüdünün kural olarak markanın devri vaadini *içerdiğini* belirten tamamlayıcı yedek hukuk kuralıdır. Aksine sözleşmesel düzenleme kural olarak geçerlidir. Markanın devir şeklini düzenleyen MarKHK 16/III'ün önceki fıkrayı saklı tutmasından dolayı, artık *tassarruf işlemi (işletmenin devri)* aşaması açısından da markanın devri yazılı şekle tâbi değildir. Sonuçta işletmenin devri gerçekleşmişse, marka herhangi bir işleme gerek olmaksızın devredilmiş olur.

---

<sup>7</sup> Arkan, **a.g.e.**, s. 42, dpn. 4; Yasaman/Altay, **Marka Hukuku C. II**, s. 687/688, Kaya, **Marka Hukuku**, s. 213/214. Farklı görüşte Tekinalp, **Fikrî Mülkiyet**, § 28, N. 8, yazar BK 179 anlamında işletmenin devri sözleşmesinin yazılı şekle tâbi olduğunu ve bu yazılı şekle uyulması halinde marka için öngörülen yazılı şeklin de gerçekleştirilmiş olacağı görüşündedir. Aynı görüşte Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 330, yazarlar işletmelerin devrinde BK'nın yazılı şekil şartını aradığını belirtmektedirler. Ancak BK 179'da işletmenin devrinin yazılı şekle bağlı kılan herhangi bir kural yer almamaktadır.

<sup>8</sup> Yasaman/Altay, **Marka Hukuku C. II**, s. 687/688, dpn. 35, yazarlar mevcut düzenlemenin isabetinin tartışma götürür nitelikte olduğunu belirterek, *de lege ferenda* ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı şekle tâbi kılınmasını ve böylece markanın devrinin de bu şekle uyularak gerçekleştirilmesini önermektedirler. Kaya, **Marka Hukuku**, s. 213/214.

<sup>9</sup> Arkan, **Marka II**, s. 178/179.

Görüldüğü üzere Kanunkoyucu, işletmenin aktif ve pasifiyle devri sözleşmesinde kural olarak işletme içindeki markayı (ve bunun devredilip edilmeyeceğini) sözleşmenin objektif esaslı unsuru olarak değil, *yan unsuru* olarak öngörmektedir. Bilindiği üzere bir sözleşme yan unsurlar üzerinde anlaşılmasa bile kurulur<sup>10</sup>. Ancak bu durumda sözleşmede yer alan boşluk, varsa tamamlayıcı yedek hukuk kuralı ile doldurulur<sup>11</sup>. İşte TK 11/II'ye paralel bir düzenleme olarak MarKHK 16/II bu niteliktedir<sup>12</sup>. Ticari işletme gibi kapsamlı ve karmaşık bir malvarlığının devrinde, özellikle özel bir geçerlilik şekli öngörülmediği sürece devir sözleşmesi bakımından her bir unsurun genel olarak esaslı/zorunlu unsur sayılması isabetli olamaz. Kaldı ki, genel olarak markanın devri taahhüdünün herhangi bir şekle bağlı kılınmadığı kabul edildikten sonra, MarKHK 16/II'nin markanın devir şekline (isabetli olmayarak) istisna getiren bir düzenleme olması da söz konusu değildir. Dolayısıyla MarKHK 16/II hükmünün, en azından pozitif düzenleme bakımından uyumlu ve tutarlı bir hüküm olduğu düşüncesindeyiz<sup>13</sup>.

Öte yandan istisnaen şekle tâbi unsurları nedeniyle işletmenin devri sözleşmesinin özel geçerlilik şekline bağlı kılındığı hallerde de, MarKHK 16/II'ye göre kural olarak açıkça belirtilmese bile, markanın devri borcu da üstlenilmiş olur. Bunun nedeni söz-

---

<sup>10</sup> Bucher, **BasK, OR I**, § 1, N. 24.

<sup>11</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 213.

<sup>12</sup> Her ne kadar işletmenin devri sözleşmesi yönünden işletmeye dâhil olan marka –kural olarak– yan unsur niteliğinde ise de subjektif esaslı unsur haline getirilebilir. MarKHK 16/II emredici bir düzenleme olmadığından, bu imkânı ortadan kaldırmaz. Eğer markanın ticari işletme ile birlikte devredilip devredilmeyeceği hususu, subjektif esaslı unsur haline getirilmişse, artık MarKHK 16/II ve dolayısıyla ona atıf yapan MarKHK 16/III uygulama alanı bulmaz. Tarafların objektif olarak yan unsur olan bir konuyu örneğin markanın işletme ile birlikte devredilip devredilmeyeceğini, görüşmeler aşamasında müzakere etmiş olmaları, markayı subjektif esaslı unsur niteliği kazandırmaz. Objektif yan unsurun subjektif esaslı unsur haline getirilmesi için karşı tarafa bunun açıkça bildirilmesi gerekir: Eren, **a.g.e.**, 211.

<sup>13</sup> Hemen belirtelim ki, TK Tasarısı 11/III'te de ticari işletmenin devri sözleşmesinin (borçlandırıcı işleminin) geçerlilik şartı olarak yazılı şekle bağlı kılınmasına rağmen, açıkça belirtilmese bile duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul edilmiştir. Ancak TK 11/II'ye paralel bir hükmün, devir sözleşmesinin *yazılı şekle* tabi tutulduğu TK Tasarısı'nda muhafaza edilmesinin eleştirisi için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, VI, D, 2.

leşmelerin kuruluşundaki objektif/sübjektif esaslı unsur-yan unsur ayırımına ilişkin esasların, kural olarak şekle tâbi sözleşmeler bakımından da uygulanabilmesidir<sup>14</sup>.

MarKHK 16/II-III'teki markanın işletmenin aktif ve pasifi ile devrine ilişkin özel düzenleme açısından, devredilen işletmenin bir ticari işletme düzeyinde olması zorunlu değildir.

MarkKHK 16/II'de bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrinden sözü edilmesi karşısında, sadece aktifleri ile işletmenin devrinde açıklanan özel düzenlemenin (MarKHK 16/II-III'ün) uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelebilir. Anılan hükmün açık lafzı karşısında sadece aktiflerle birlikte işletmenin devrinde MarKHK 16/II ve ona atıf yapan MarKHK 16/III uygulanamaz<sup>15</sup>. Ancak MarKHK 16/II'de aranan şartın (işletmenin aktif ve pasifi ile devri) oluşmaması nedeniyle MarKHK 16/II-III'teki sözü edilen özel düzenlemenin (yedek hukuk kuralının) uygulanmaması, sadece aktifleri ile işletmenin devrinde markanın devrinin yasaklandığı anlamına gelmez. Bu halde marka genel kurala (yazılı devir sözleşmesi, MarKHK 16/II) göre devredilebilir.

---

<sup>14</sup> BK 2/III, aynı maddenin bir önceki fıkrasını (md. 2/II) bertaraf eden bir hüküm değildir. Geçerliliği şekle tâbi olan sözleşmelerde objektif ve sübjektif esaslı unsurların yer alması gerektiği yönünde Eren, **a.g.e.**, s. 214. Bununla birlikte kanunda geçerlilik şekli öngören hüküm, bu şeklin kapsamına neyin girdiğini açıkça belirtmiş ise bu özel hüküm öncelikle uygulanır: Eren, **a.g.e.**, s. 214. Buna ticari işletmeye ilişkin bir başka sözleşmeden örnek verilebilir: Ticari işletme rehni sözleşmesinin noter tarafından düzenlenmesini öngören TİRK'te, ticaret unvanı, işletme adı ve menkul işletme tesisatının rehin dışında bırakılmayacağı açıkça düzenlenmiştir (TİRK 3, 4).

<sup>15</sup> Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 336. Mevcut düzenleme bakımından aynı yönde Yarg. 11. HD. 25.11.2002, E. 02/6575, K. 02/10964; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 336'dan naklen. Farklı görüşte Yasaman/Altay, **Marka Hukuku C. II**, s. 688, dpn. 36/37, yazarlar sadece aktifleri ile ticari işletmenin devrinin BK 179 karşısında geçersiz olmasından dolayı, markanın devrinin de söz konusu olamayacağını belirtmektedirler. Bununla birlikte bu son görüş kapsamında markanın işletmeden bağımsız olarak devredilmesi mümkündür. Bu yaklaşım BK 179'un emredici olduğuna ilişkin Teminat Teorisinin (bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, B.) bir görünümüdür. BK 179'un emredici olarak kabul edilmesinin eleştirisi için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, C, D.

## 2. Ticaret Unvanı

### a. Genel olarak

Ticari işletme satımında ticaret unvanı devredilebilir. Esasen ticaret unvanının yegâne devredilebileceği hal, işletme ile birlikte devredilmesidir (TK 51/I). Ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak devredilemez. Bir ticari işletmenin devri, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ticaret unvanının da devrini içerir (TK 51/II)<sup>16</sup>. Böylece işletme devri sözleşmesinde açıkça belirtilmese bile, ticaret unvanının devir taahhüdünün kapsamında olduğu kabul edilir. TK 51/II uyarınca, aksi yöndeki sözleşme hükümleri geçerlidir. Ticari işletmenin bir kısmının devredilmesi halinde, ticaret unvanı devredilemez<sup>17</sup>. Devrin ifası, ticaret unvanının da başka bir işleme gerek olmaksızın geçmesi sonucunu doğurur<sup>18</sup>. Ayrıca bu hususla ilgili ticaret sicilinde gerekli tescil ve ilânın yapılması gerekir (TK 42/I; 33/I-II; TST 83).

### b. Ticaret unvanını aynen kullanılıp kullanılmayacağı

İşletme ile birlikte ticaret unvanının devrinde karşılaşılan en önemli sorun, işletmeyi devralanın ticaret unvanını aynen kullanıp kullanamayacağıdır. Bu sorun özellikle gerçek kişiler arasındaki işletme devrinde özellik arz eder. TK 51’de ticaret unvanının devri düzenlenmiş, ancak devralanın ticaret unvanını aynen kullanıp kullanamayacağı konusunda açık bir yasak konulmamıştır. Öte yandan gerçek kişi unvanlarının ana unsurunun gerçek kişinin adından oluşması zorunluluğu, ticaret unvanının oluşumu sırasında aranmış fakat devam ettirilmesinde sınırlanmıştır. Şöyle ki TK sisteminde işletme için önem arz eden bir iktisadi değer (“*ticari itibar*”) ve hak olan ticaret unvanının devamı ilkesi benimsemiştir. Bu ilkenin amacı, meydana gelebilecek bazı değişikliklere rağmen, ticaret unvanını mümkün mertebe aynen muhafaza etmek ve iktisadi değerini korumak-

---

<sup>16</sup> Aynı yönde Yarg. 11. HD. 9.11.1989, E. 8241 K. 6118 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4473/4474).

<sup>17</sup> Boyacıoğlu, **Ticaret Unvanı**, s. 91.

<sup>18</sup> Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 204.

tır<sup>19</sup>. Bu ilkeye göre örneğin ticari işletme sahibinin adı değişse bile unvan olduğu gibi kalabilir (TK 49/I). Yine TK 49/II uyarınca adı ticaret unvanında yer alan ortağın şirketten (kollektif, komandit şirketlerden veya donatma iştirakinden) ayrılması halinde, unvanın aynen kullanılmasına izin verilmiştir. Bu imkân için ayrılan ortağın onayının bulunması yeterli görülmüştür. Buna karşı TST 83/I’de bir gerçek kişi tarafından unvanı ile birlikte işletmenin diğer bir gerçek kişi tacirden devralınması halinde, o unvana ait kayıtlardan yalnız devir sebebiyle değiştirilmesi gerekli olanların değiştirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede devir sebebiyle ticaret unvanında nasıl bir değişikliğin gerektiği ise açıklanmamıştır.

Öğretide yukarıda belirtilen kurallar değerlendirilerek, ticaret unvanı ile birlikte ticari işletmeyi devralanın, bu unvanı aynen kullanabileceği hâkim görüştür<sup>20</sup>. Bu yaklaşıma göre her ne kadar TST 83/I’de gerçek kişiler arasındaki işletme devirlerinde, ticaret unvanına ait kayıtlardan yalnız devir sebebiyle değiştirilmesi gerekli olanların değiştirileceği hükme bağlanmışsa da, kanunda (TK 51) öngörülmemiş bir yükümlülüğün tüzükle getirilmesi mümkün değildir.

Azınlıkta kalan diğer bir görüşe<sup>21</sup> göre ise bir gerçek kişiden ticaret unvanı ile birlikte işletmeyi devralan gerçek kişi unvanı aynen kullanamaz. Özellikle tacirin kimliğinde yanılığa neden olmaması açısından (TK 48/I), mutlaka ticaret unvanına ek yapılması gerekir. Gerçek kişiler arasındaki işletme devirlerinde yapılması zorunlu sicil

---

<sup>19</sup> Cumhuriyet Boyacıoğlu, “Ticaret Unvanının Devamına İlişkin Düzenlemenin (TK 49) Ticaret Unvanının Sürekliliği İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi” **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2003, s. 71/72; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 333/334.

<sup>20</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 116/117; İmregün, **a.g.e.**, s. 75; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 339/340; Arkan, **a.g.e.**, s. 258/259; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 94; Helvacı (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 949; Boyacıoğlu, **Ticaret Unvanı**, s. 95.

<sup>21</sup> Karayalçın, **a.g.e.**, s. 388. Hakim görüşüne katılmakla birlikte bu yaklaşımın savunulabilir olduğunu belirten Arkan, **a.g.e.**, s. 259. Ayrıca bkz. ve karşı. Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 179, anılan yazarlar ticari işletmenin devrinin ticaret unvanı bakımından sonuçlarına ilişkin açıklamalarında, ticaret unvanının aynen kullanılıp kullanılmayacağı sorununa değinmemektedirler. Ancak anılan yazarlara göre, ticaret unvanının ticari işletme ile birlikte devrinde, ticaret unvanının tacirleri birbirinden ayırt etme fonksiyonu, *ayırt edici olmanın tam tersine karmaşaya yol açacaktır*.

işlemleri ile ilgili TST 83/I’de sözü edilen, ticaret unvanına ait kayıtlarda devir sebebiyle yapılması gerekli değişiklik budur.

Kanımızca en azından TK 42/I uyarınca devredilen ticari işletme ve ticaret unvanı (devralan adına) ticaret siciline tescil ve ilân edilene kadar, ticaret unvanının halefiyeti gösteren bir ibare eklenerek kullanılması zorunludur. Zira bu halde ticaret unvanının tacirin kimliği konusunda yanılığa düşüreceğinde şüphe yoktur. Ticari işletmenin devri konusunda tescil ve ilân kurucu değildir. Ticari işletmenin devrinde ticaret unvanının aynen kullanılıp kullanılmayacağı sorununda benimsenen çözüm (kural), işletmenin devri ve ticaret unvanının kazanılması tarihi itibarıyla uygulanır.

Gerçek kişiler arasındaki devirlerin dışında kalan işletme devirlerinde ticaret unvanının oluşturulmasına (TK 43 vd.) ilişkin kurallara uyulmalıdır. Bu hallerde özellikle tacirin kimliği ve işletmenin genişlik ve çapı, mali durumu konusunda yanılıcı ve gerçeğe aykırı şekilde aynen kullanılması yasaktır (TK 48). Bu kapsamda ticari işletmenin başka bir kişi tarafından devralınmasında hukuki tür (nev’i) değişikliği söz konusu ise ya halefiyeti gösteren bir ek alınmalı; ya da yerine göre tür değişikliği unvanın bir kısmı silinmek suretiyle giderilmeli ve gerekiyorsa yeni türü gösteren bir ek kullanılmalıdır<sup>22</sup>.

### **3. İşletme Adı**

Tacir, ticaret unvanından farklı olarak (TK 20/I ve TK 41/I), işletme adı kullanmak zorunda değildir. Buna mukabil işletme adını kullanan tacir ya da esnaf bunu tescil ettirmek zorundadır (TK 55/c. 1; TST 23/I).

İşletme adı hakkında uygulanacak hükümleri belirleyen TK 55, ticaret unvanının devrine ilişkin hükme atıf yapmamıştır. Ayrıca ticaret unvanına ilave olarak kullanılan işletme adlarını ticaret unvanı hakkındaki hükümlere tâbi kılan TST 23/IV’deki atıf, ticaret unvanının oluşturulması ve getirilecek ilaveleri düzenleyen TK 48 yönündendir.

---

<sup>22</sup> Boyacıoğlu, **a.g.m.**, s. 73.

İşletme adının ticari işletmenin devri ile birlikte devredilmesine engel yoktur<sup>23</sup>. Devir sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça, bu sözleşme işletme adının devrini de içerir (TK 11/II) <sup>24</sup>. TK'da işletme adının devrinde uyulacak geçerlilik şekline ilişkin özel bir düzenleme yoktur. İşletme adının mevcut olması ve devri için tescil ve ilân da kurucu nitelikte değildir (TK 55).

Buna mukabil ticari işletmeyi devreden ticaret sicilinde gerekli değişiklikleri yapması kanuni bir zorunluluktur (TK 55, 33/I-II). İşletme adının devralan adına ticaret siciline tescil edilmesini sağlamak ve devralanın kendi adına tescil talebine muvafakat etmek bu kapsamdadır.

#### **4. İmalât ve Ticaret Sırları (Know-How)**

Satım sözleşmesinde, imalât ve ticaret sırlarının karşı tarafa verilmesinin ve geçirilmesinin üstlenilmesi olanaklıdır. Bu tür bir taahhüdün ifası söz konusu sırlarla ilgili her tür bilginin karşı tarafa fiilen verilmesi veya alıcının bu bilgileri edinmesinin temini ile gerçekleştirilir. Anılan bilgilerin verilmesi işlemi, bu bilgilerin yer aldığı araçların (belge ve yazıların, bilgisayar ortamında yer alıyorsa disket, CD vs.) teslimi ile veya bu bilgilerin açıklanması/bildirilmesi ile gerçekleştirilebilir<sup>25</sup>.

#### **5. Ticari İtibar (Good-will)**

Ticari itibar, daha önce de değinildiği üzere bir işletmenin mevcut ve muhtemel müşteri çevresi ile arasındaki ilişkiler ile bulunduğu piyasa içindeki pozisyonunun arz ettiği iktisadi değerdir<sup>26</sup>. Dolayısıyla işletmenin devrinde müşteri çevresinin devrinden söz edilmesi isabetli olmaz<sup>27</sup>. Devredilen tanımda belirttiğimiz iktisadi değerdir.

---

<sup>23</sup> Doğrudan konumuzla ilgili olmamakla birlikte, işletme adının ticari işletmeden ayrı olarak devredilip devredilemeyeceği hakkındaki tartışma ve bilgi için bkz. Helvacı (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 979.

<sup>24</sup> Helvacı (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 978.

<sup>25</sup> Esin, **a.g.e.**, s. 107.

<sup>26</sup> Benzer yönde Büdenbender, **a.g.m.**, s. 28.

<sup>27</sup> Karayalçın, **a.g.e.**, s. 175; benzer yönde Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 40.

Ticari itibar, işletmenin aktiflerin devredilmesi ve devralana faaliyete devam imkânı sağlanması ve özellikle gayri maddi iktisadi değerlerin devralana geçirilmesi konusundaki borçların<sup>28</sup> yerine getirilmesi suretiyle devredilir.

## B. TAŞINMAZLAR

Bir taşınmazın devredilen işletme içinde yer alması halinde devir sözleşmesinin, tapuda resmi şekilde düzenlenmesi geçerlilik şartıdır (MK 706, Tapu Kanunu 26). Taşınmazı da içeren bir işletmenin devrinde, tüm devir sözleşmesinin mi yoksa sadece taşınmazın devri borcuna ilişkin kısmının mı resmi şekle tâbi olarak yapılması gerektiği sorusu akla gelebilir.

Taşınmazın devrinde resmi şeklin amacı iyi düşünülmeden sözleşme kurma tehlikesine karşı borç altına gireni korumak, tapudaki tescilin dayandığı sözleşmenin açık olarak saptanmasını sağlamak ve böylece tescilin hukuken geçerli sebebini ortaya koymaktır. Öğretide tüm bu ihtiyaçların karşılandığından hareketle, işletme devri sözleşmesinin iki ayrı kısma ayrılarak sadece taşınmazın devrine ilişkin sözleşmenin resmi şekle uygun olarak düzenlenmesinin yeterli olacağı savunulmaktadır<sup>29</sup>.

Kanımızca taşınmaz, devir sözleşmesine konu olan işletmenin zorunlu unsuru ise bu sözleşmenin tümünün taşınmaz için aranan şekle tâbi olarak gerçekleştirilmesi şarttır<sup>30</sup>. Yani tarafların farazi iradesine göre, ilgili taşınmaz olmaksızın, taraflarca devir sözleşmesi hiç yapılmayacak idiyse (BK 20/II), tüm devir sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olur (BK 11, 19)<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, E.

<sup>29</sup> Tschäni, **a.g.e.**, § 3, N. 5.

<sup>30</sup> Alman hukuku bakımından aynı yönde, Schmidt, **Handelsrecht**, s. 147, dpn. 31'e bağlı metin. Alman hukukunda da taşınmaz devri borcu doğuran sözleşmeler, resmi şekle (noterce düzenlenme koşuluna) tâbi kılınmıştır (a. F. BGB 313, n. F. BGB 311b/I).

<sup>31</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 52/53; Esin, **a.g.e.**, s. 84, Barandun, **a.g.e.**, s. 51/52, anılan yazar işletmenin devrinin, taşınmazın devrinin dayandığı hukuk ilişkisinin temel karakteristiğini oluşturması şartıyla işletmenin devri sözleşmesinin taşınmaz için aranan şekle uygun olarak icra edilmesi gerektiğini belirtir.

Yan unsur (ikincil nokta) teşkil etmesi kaydıyla taşınmazın devir sözleşmesinden bağımsız olarak devrinin taahhüt edilmesi mümkündür. Bu yola başvurulması, şekle aykırılıktan bahisle işletme devri sözleşmesini tamamen geçersiz kılmaz. Taşınmazın işletme satım sözleşmesinden ayrılarak devri imkânına, özellikle devir sözleşmesinin ticari sırları da içermesi ve tapuda resmi şekilde yapılmak istenmemesi halinde başvurulmak istenebilir. Yukarıdaki açıklamalarımız çevresinde bu halde ilgili taşınmazla ilgili ayrı bir sözleşmesi yapılabilir. Buna karşılık bu taşınmazın işletme devri sözleşmesi bakımından esaslı unsur oluşturup oluşturmadığı konusunda şüpheye düşülmesi halinde, tüm devir sözleşmesinin taşınmaz için aranan resmi şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi yerinde olur<sup>32</sup>.

### **C. TAŞINIRLAR**

Taşınırın devri konusunda eşya hukukuna ilişkin genel kurallar geçerlidir (MK 763 vd.).

### **D. KIYMETLİ EVRAK**

Kıymetli evrakın devri konusunda kıymetli evrak hukukundaki genel hükümler göz önünde bulundurulur. Bu bağlamda hamiline yazılı kıymetli evrakın devri için zilyetliğin nakli yeterlidir. (TK 559/I). Nama yazılı kıymetli evrakta temlik beyanına ile birlikte zilyetliğin nakli gerekir (TK 559/II). Bu temlik beyanının mutlaka kıymetli evrakın üzerinde yer alması zorunlu değildir (TK 559/II, c. 2). Emre yazılı kıymetli evrakta ise devir için zilyetliğin nakli ile birlikte aranılan ciro işlemi, kıymetli evraktan (veya ona bağlı alonjdan) ayrı bir belgede örneğin işletmenin devri sözleşmesinde yer alamaz (TK 560, 595/I).

---

mektedir. Ancak yazara göre bu durum işletme devirlerinde (kural olarak) söz konusu değildir. Farklı görüşte Tandoğan, **a.g.e.**, s. 102, yazar bir ayırım yapmaksızın taşınmazın içinde yer aldığı işletmenin devrinde satış sözleşmesinin her halükârda resmi şekle tâbi olarak yapılması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>32</sup> Schmidt, **Handelsrecht**, s. 147, dpn. 32'ye bağlı metin.

## E. ALACAKLAR

Tıpkı diğerk malvarlığı unsurlarında olduğu gibi, alacakların ticari işletme ile birlikte devrinde, cüz’i halefiyet ilkesi geçerlidir. Cüz’i halefiyet ilkesi uyarınca iradi işleme dayalı olarak alacakların devrine ilişkin genel kurallar uygulama alanı bulur (BK 162 vd.). Bu kapsamda ancak temlik edilebilir alacaklar işletme ile birlikte devredilebilir. Kural olarak bir borç ilişkisinden doğan tüm alacaklar temlik edilebilir. İstisnaen kanundan, sözleşmeden<sup>33</sup> ve işin niteliğinden kaynaklanan bir temlik engeli mevcut olabilir. İşletmeye ait alacakla ilgili bir temlik engeli (BK 162/I) mevcut ise, söz konusu alacak devredilebilir nitelikte değildir.

Alacağın temliki geçerlilik koşulu olarak yazılı şekle bağlı tutulmuştur (BK 163/I). Temlik beyanı yazılı olarak düzenlenen devir sözleşmesinde veya borçlandırıcı işlem aşaması ile ifa aşaması ayrı zamanlarda gerçekleştiriliyorsa, ayrı bir belgede (temlikname) düzenlenebilir.

Ticari işletmenin devrinde topyekûn temlik imkânından yararlanılarak alacaklar temlik edilebilir<sup>34</sup>. Bir yazılı temlik beyanı (BK 163/I) ile işletme kapsamındaki mevcut ve –belirli hukuki temele dayalı– müstakbel alacaklar, işletmeyi devralana temlik edilebilir. İşletmenin devri bağlamında gerçekleştirilen alacakların topyekûn temlikinde, tica-

---

<sup>33</sup> Sözleşmesel temlik yasağı kapsamındaki alacak yazılı bir belgede yer almışsa ancak aynı belgede temlik yasağı şartı yer almıyorsa, bu belgeye dayalı olarak alacağın iyiniyetle temellükü korunur (BK 162/II).

<sup>34</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 62. Bir kimsenin mevcut borç ilişkisinden (veya ilişkilerinden) kaynaklanan tüm alacak haklarını başkasına devretmesi mümkündür (Eren, **a.g.e.**, s. 1187). Bu halde alacağın temliki için aranan, temlik edilecek alacağın belirli veya belirlenebilir olması şartı gerçekleşmiş olur. Buna karşılık bir kimsenin üçüncü kişilere karşı ileride doğacak her türlü alacak hakkını temlik etmesi, kişilik hakkının, özellikle hak ehliyetinin ve özgürlüğünün ahlâka aykırı bir şekilde kısıtlanması anlamına geldiği ve böyle bir toptan temlikin MK 23’e göre geçerli olmadığı yönünde Eren, **a.g.e.**, s. 1187. Alacakların topyekûn temlikinin kural olarak geçerli olduğu ancak iktisadi özgürlüğün ahlâka aykırı biçimde kısıtlanmasının, (müstakbel ve doğumu veya vadesi şarta bağlı) alacakların topyekûn temliki için bir sınır oluşturduğu yönünde Girsberger, **BasK, OR I**, § 164, N. 36/37. Ticari işletmenin aktifleri kapsamındaki alacakların toptan temlikinin, söz konusu sınırı aşmadığında şüphe yoktur.

ri işletmenin ticari defter kayıtları ve bunların dayandığı belgeler esas alınabilir. Bu sayede tasarruf işlemlerindeki muayyenlik prensibine uygunluk sağlanmış olur<sup>35</sup>.

İşletme borçlularının BK 165 uyarınca işletmeyi devredene iyi niyetle borçlarını ifa etme yolunun kapatılması için alacağın temlik edildiğinin borçlulara ayrıca bildirilmesi gerekir.

## F. SÖZLEŞMELER

### 1. Genel Olarak Sözleşmelerin Devri

Ticari işletmenin devrinde ticari açıdan sözleşmelerin devri büyük önem taşır<sup>36</sup>. İşletmeyi devralan, genellikle işletme faaliyetini de devam ettirmek ister. Bu faaliyet ise büyük ölçüde o zamana kadar akdedilen sözleşmeler ile şekillenmiştir<sup>37</sup>. Özellikle sürekli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmeler, faaliyeti devam ettirilecek işletme için hayati önem arz ederler<sup>38</sup>. Bunlara kira sözleşmeleri, iş akitleri<sup>39</sup>, finansal kiralama sözleşmeleri, lisans sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri örnek olarak verilebilir. Hatta bu tür sözleşmeler, işletmenin devrinde zorunlu (esaslı) unsur niteliği taşıyabilir. İşletme kapsamındaki sözleşmelerin tarafı olan üçüncü kişilerin de devirden sonra işletmeyi devralanla sözleşmeleri devam ettirmekte menfaatleri bulunabilir. Zira işletmeyi devreden, devir-

---

<sup>35</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 62, dpn. 13.

<sup>36</sup> Peter Früh, **Die Vertragsübertragung im Schweizerischen Recht**, Aarau, H.R. Sauerländer, 1945, s. 125; Bucher, **a.g.e.**, s. 592, dpn. 85.

<sup>37</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 69.

<sup>38</sup> Gerçekten günümüzde işletmenin değeri git gide daha az aktif ve pasifleri tarafından belirlenmektedir. Daha çok müşteriler, bayi ve dağıtıcılar, işçiler, işletme partnerleri, lisan verenler/alanlar, kiralayanlar, bankalar ile olan ilişkiler işletmenin değerini tayin etmektedir. Bu ilişkiler ise zamana yayılan veya sürekli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmelere dayanır. Bu yönde Rolf Watter /Urs Kägi, “Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen” **SZW** 2004/3, s. 231.

<sup>39</sup> İş akitlerinin devri kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, I, F, 2, d.

den sonra sözleşmeleri devam ettirme imkânı bulunmayabilir veya artık bu sözleşmeleri devam ettirmekte ekonomik menfaati kalmayabilir.

BK'da alacağın temliki (BK 162 vd.) ve borcun nakli (BK 173 vd.) düzenlenmiştir. Buna karşılık genel olarak sözleşmenin devri (nakli)<sup>40</sup> öngörülmemiştir<sup>41</sup>. Öte yandan işletmenin aktif ve pasifiyle devrini düzenleyen BK 179/e.OR § 181 dahi sözleşmelerin devrine ilişkin özel bir kural yoktur<sup>42</sup>. BK 179 sadece dar anlamda borçların üstlenilmesine ve nakline özgü bir düzenlemedir.

Her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsa da sözleşmenin devri, irade özgürlüğü ilkesi gereği mümkündür<sup>43</sup>. Sözleşmede kalan tarafın irade (özellikle sözleşmenin tarafını belirleme) özgürlüğünün ihlâl edilmemesi de vazgeçilmez bir koşuldur<sup>44</sup>. Bir tasarruf işlemi niteliği taşıyan bu devir ile sözleşmenin tarafında bir değişiklik meydana

---

<sup>40</sup> Çalışmamızda “sözleşmenin devri ” dışında aynı anlama gelmek üzere “sözleşmenin nakli” terimi de kullanılmıştır. Öğretide sözleşmenin devri yerine sözleşmenin yüklenilmesi terimi de kullanılmaktadır. Örneğin bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s. 31, dñn. 5'de anılan yazarlar. Ancak kanımızca bu terim şu nedenlerle isabetli değildir: Birincisi bu terim işlemin sadece bir tarafını (devralanı) dikkate alıyor. Bu yüzden devralana “yüklenen” denirken, sözleşmeden ayrılan tarafa yine “devreden” denilmek zorunda kalıyor (Örneğin bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s. 67/68, 102/103, 119, 146/147). İkincisi sözleşme devri bir tasarruf işlemi iken, sanki sadece borçlandırıcı işlem (taahhüt, yüklenme) söz konusu imiş gibi bir anlam çıkıyor. Üçüncüsü, sadece borçlar yüklenebilir; hâlbuki sözleşmenin devri bir bütün olarak borç ilişkisini yani alacakları ve diğer hakları da kapsar. Dördüncüsü, sözleşmenin yüklenilmesi, sözleşmenin devrinin “sözleşmeye katılma”dan farkını ortaya koyamıyor. Beşincisi bazı özel kanuni düzenlemelerde “sözleşmenin devri” terimini Kanunkoyucu da benimsemektedir: Örneğin 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, md. 12; 4735 Sayılı Kamu İhale Kanunu, md. 16. Benzer gerekçelerle aynı yönde Früh, **a.g.e.**, s. 2/3.

<sup>41</sup> Tschäni, **BasK OR I**, § 175, N. 2.

<sup>42</sup> Tschäni, **BasK OR I**, § 181, N. 2. Kavramsal açıdan bir bütün olarak sözleşme ilişkisinin kural olarak ne aktif ne pasif kavramına girdiği yönünde Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 235, dñn. 34-37.

<sup>43</sup> Früh, **a.g.e.**, s. 78 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s. 592; Spirig, **a.g.e.**, vob. Art. 175-183, N. 228; Wolfgang Wiegand/Jürg Wichter mann, **Die Überleitung von Rechtsverhältnissen**, Sonderdruck aus “Rechtliche Probleme der Privatisierung”, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP), Bern 1998, s. 79, dñn. 90. Sözleşmenin devrinin genel olarak düzenlenmediği Alman hukuku bakımından aynı yönde örneğin bkz. Karl Larenz/ Manfred Wolf, **Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts**, 9., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2004, s. 237, N. 49; Bamberger/Roth/Rohe, **a.g.e.**, § 414, 415, N. 26.

<sup>44</sup> Ayrancı, **a.g.e.**, s. 97; Annette Voigt, **Umwandlung und Schuldverhältnis**, Heidelberg, R.v. Decker's Verlag, 2000, s. 35; Wiegand/ Wichter mann, **a.g.e.**, s. 80.

gelir<sup>45</sup>. Buna karşılık devredilen sözleşmenin içeriği değişmez. Sözleşmenin devri ile içerdiği tüm hak ve borçlarla bir bütün olarak sözleşme ilişkisi nakledilir<sup>46</sup>. Buna bağlı olarak taraflardan biri sözleşmeden ayrılır; onun yerine üçüncü bir kişi sözleşmenin tarafı sıfatıyla ikame olur<sup>47</sup>. Böylece dar anlamda borçlar ve alacaklardan başka, ayrıca sözleşmenin tarafı olmaktan kaynaklanan sözleşme ilişkisini değiştiren veya ortadan kaldıran yenilik doğuran haklar (örneğin sözleşmeden dönme, irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkı) ve hukuki durumlar dahi devralana geçer.

Genel kabul gören anlayışa<sup>48</sup> göre sözleşmenin devri üç taraflı kendine özgü bir sözleşme ile gerçekleştirilebilir. Aynı sonuca, sözleşmenin bir tarafının üçüncü kişi ile sözleşmenin devri konusunda anlaşması ve bu anlaşmaya (devredilecek) sözleşmenin diğer tarafının izin/onay vermesi suretiyle de ulaşılabilir. Sözleşmenin devri, taraf değişikliği sonucunu doğuran bir tasarruf işlemidir<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Roth, **MünchK BGB**, § 398, N. 190, dpn. 517.

<sup>46</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 1206; Bucher, **a.g.e.**, s. 592; Tschäni, **BasK OR I**, § 175, N. 2; Barandun, **a.g.e.**, s. 71; Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 240. Farklı görüşte olan *Ayrancı* (**a.g.e.**, s. 120), devreden ve devralan (yüklenen taraf) arasındaki ilişki açısından, sözleşmenin devrinden önce meydana gelen alacaklar ve borçlardan *devreden tarafın* sorumlu olduğunu ifade etmektedir. Bunun sürekli borç ilişkilerinde daha büyük önem arz edeceğini belirten yazarın, görüşünü sürekli borç ilişkileri ile de sınırlamadığı anlaşılmaktadır. Bu dpn.a bağlı metinde belirtildiği üzere, sözleşmenin devri ile içerdiği tüm hak ve borçlarla bir bütün olarak sözleşme ilişkisi nakledilir. Bu kapsama devirden önce mevcut olan hak ve borçlar da dâhildir. Aksine sözleşme yapılabilir. Gerek *devreden- sözleşmede kalan* gerek *devralan (yüklenen)-sözleşmede kalan* taraflar arasındaki ilişkilerde, mevcut ve ileride doğacak hakların ve borçların devralana geçeceğini kabul eden yazar (bkz. *Ayrancı*, **a.g.e.**, s. 116/117), neden devreden- devralan (yüklenen taraf) arasındaki ilişki açısından farklı sonuca vardığının gerekçesini ise açıklamamaktadır.

<sup>47</sup> Möschel, **MünchK BGB**, Vor. § 414, N. 1.

<sup>48</sup> Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 38; Bucher, **a.g.e.**, s. 592/593, dpn. 92; Tschäni, **BasK OR I**, § 175, N. 2; Spirig, **a.g.e.**, vorb. Art. 175-183, N. 229 vd.; Wiegand/ Wichter mann, **a.g.e.**, s. 80; Larenz/Wolf, **a.g.e.**, s. 237/238, N. 49; Bamberger/Roth/Rohe, **a.g.e.**, § 414, 415, N. 27; Westermann, **Erman BGB**, Vor. § 414, N. 1. Möschel, **MünchK BGB**, Vor. § 414, N. 8; Roth, **MünchK BGB**, § 398, N. 191; Voigt, **a.g.e.**, s. 35; Barandun, **a.g.e.**, s. 73/74; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 317; *Ayrancı*, **a.g.e.**, s. 53, 97 vd. 105.

<sup>49</sup> Fröh, **a.g.e.**, s. 8 vd.; *Ayrancı*, **a.g.e.**, s. 64-69. *Ayrancı* sözleşmenin devrinin sadece devreden ve sözleşmede kalan açısından tasarruf işlemi niteliği taşıdığını; buna karşılık sözleşmeyi devralan açısından taahhüt işlemi söz konusu olduğunu belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 67/68, dpn. 198 ve 201). Kanımızca özellikle karşılıklı sözleşme niteliğindeki bir sözleşmeyi devralmanın, *devralan* açısından sadece bir taahhüt (borçlanma) işlemi olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. Sözleşmenin devri devralan için

Sözleşmelerin devri yukarıda açıklanan sözleşmenin devri işlemi dışında, ayrıca kanunun bunu açıkça öngörmesi halinde mümkündür. Nitekim kanunda özel hükümler uyarınca bu tür sözleşme devirleri<sup>50</sup> düzenlendiği gibi, ayrıca yine külli halefiyetin öngörüldüğü hallerde sözleşmelerin intikali söz konusu olabilir.

## 2. Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifiyle Devri Bakımından

### *a. Alacakların temlikinin ve borçların naklinin sözleşmelerin devrini sonuçlandırıp sonuçlandırmayacağı*

Bilindiği üzere ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrinde, işletme kapsamındaki alacakların temliki ile devralana geçmesi olanaklıdır. Ticari işletmeye ait borçlar ise BK 179'un şartları yerine getirilmek suretiyle devralana nakledilebilir<sup>51</sup>. Neticede işletmenin devri ile birlikte kural olarak tüm alacaklar ve borçlar aynı kişiye yani devralana geçirilebilmektedir. Acaba işletmeye dâhil olan sözleşmelerden doğan dar anlamda tüm mevcut/müstakbel alacakların ve borçların, işletmeyi devralana geçirilmesi/nakli, ilgili sözleşmelerin devri anlamına gelir mi?

Bir sözleşmeden kaynaklanan mevcut ve müstakbel tüm alacakların ve borçların aynı kişiye temlikinin/naklinin, sözleşmenin de devrini sonuçlandırıp sonuçlandırmayacağı sorusuna verilecek cevap, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinin sözleşmelerin nakline etkisinin belirlenmesinde de işlev görür.

Bir sözleşmeden doğan mevcut ve müstakbel alacak ve borçların aynı kişiye temlikinin/naklinin, sözleşmenin de devri sonucu doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır.

---

de aynı zamanda bir tasarruf (kazandırıcı harcama) işlemidir. Çünkü devralan sözleşmenin devri ile sadece borçları üstlenmemekte, alacaklar ve diğer haklarla birlikte bir bütün olarak sözleşmeyi iktisap etmektedir. Bu bağlamda sözleşmenin devri, taahhüt ile tasarruf işleminin ayrılmaz biçimde birbirine bağlı olduğu bir işlemdir.

<sup>50</sup> Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, I, F, 2, d.

<sup>51</sup> BK 179 uyarınca işletmenin aktif ve pasifiyle devri, önce devralanın borca katılması ve sonra devralana borçların nakli sonucunu doğurduğundan (bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, A.), devam eden açıklamalar BK 179 uyarınca borcun naklinin gerçekleştiği aşamaya ilişkindir.

Öğretide hâkim görüş olan Birlik Teorisine<sup>52</sup> göre sözleşmenin devri, taraf değişikliğine yönelik tek ve bağımsız bir işlemdir<sup>53</sup>. Bu işlem alacağın devri ile borcun nakline bölünemez<sup>54</sup>. Hem alacağın temliki hem borcun nakli dar anlamda alacakları/borçları kapsar. Sözleşme ilişkisinden doğan haklar ise alacak ve borçlardan ibaret değildir. Anılan hukuki işlemler, örneğin yenilik doğuran hakların (sözleşmeden dönme, iptal hakkı vb.)<sup>55</sup> devri sonucunu doğurmaz<sup>56</sup>. Alacağın temliki ile borcun naklinin *birleşimi*, üçüncü kişiye sözleşmenin tarafı olma sıfatı ve mevkiini kazandırmaz. BK 168/I (OR 170/I) uyarınca temlik edilen alacakla bağlantılı olan yenilik doğuran haklar sadece alacakla bağlantılı olanlardır. Sözleşme ilişkisini değiştiren veya ortadan kaldıran yenilik doğuran hakların (dönme, fesih, iptal hakkı) ne BK 168/I kapsamında temlik edilen alacakla birlikte ne de bağımsız olarak devredilmesi mümkündür<sup>57</sup>.

Yukarıda açıklanan Birlik Teorisi, etkilerini özellikle BK 179 uyarınca işletmenin devrinde de hissettirmiştir. Nitekim öğretide BK 179/e.OR § 181 uyarınca sadece dar anlamda alacaklar ve borçlar (pasifler) devralana geçtiğinden, işletmenin devrinin sözleşmelerin devri sonucunu doğurmayacağı görüşü hâkimdir<sup>58</sup>. Bu kabul, BK 179 uya-

---

<sup>52</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 1207; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 40, dpn. 44'te anılan yazarlar, s. 50-53; Rey/Gauch/Schlupe, **a.g.e.**, s. 293, N. 3756; Früh, **a.g.e.**, s. 42 vd.; Barandun, **a.g.e.**, s. 69; Voigt, **a.g.e.**, s. 27/28, dpn. 6, 34; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 78. Birlik Teorisi Alman Hukukunda da hakim kanaattir: Larenz/Wolf, **a.g.e.**, s. 237/238, N. 49; Möschel, **MünchK BGB**, Vor. § 414, N. 8, ve anılan yerde dpn. 34'te anılan diğer yazarlar; Roth, **MünchK BGB**, § 398, N. 190; Bamberger/Roth/*Rohe*, **a.g.e.**, § 414, 415, N. 27.

<sup>53</sup> Ayrancı, **a.g.e.**, s. 50/51.

<sup>54</sup> Früh, **a.g.e.**, s. 40, dpn. 3'te anılan *Siber*.

<sup>55</sup> Früh, **a.g.e.**, s. 60 vd.

<sup>56</sup> Früh, **a.g.e.**, 87 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1207.

<sup>57</sup> Örneğin bkz. Bucher, **a.g.e.**, s. 539, 571. Eren, **a.g.e.**, s. 1207, yazar alacağın temliki ile borcun naklinin yenilik doğuran hakları kapsamadığını belirtmektedir.

<sup>58</sup> Früh, **a.g.e.**, s. 126; Bucher, **a.g.e.**, s. 591/592; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 40/41; Wiegand/Wichtermann, **a.g.e.**, s. 81, dpn. 97; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 92. Eski borçlardan sorumlulukla ilgili HGB § 25'in mevcut olduğu Alman hukuku öğretisinde de işletmenin devrinde sözleşmelerin nakli konusunda, kural olarak üç taraflı sözleşme ve sözleşmede kalan tarafın rızasını arayan hakim görüş için bkz. Uwe Hüffer, **Staub Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch**, Band 1, Erstes Buch, Handelstand, §§ 1-104. München 1996, § 25, N. 95; *Klump* (Beisel/Klump), **a.g.e.**, K. 9, N. 27; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, **a.g.e.**, § 4, N. 24-26.

rınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, sözleşmelerin nakledilebilmesi için ayrıca sözleşmelerin devri işlemlerinin yapılması mecburiyetini beraberinde getirmektedir. Yani her bir sözleşmenin devri için kural olarak sözleşmelerin tarafı olan üçüncü kişilerin rızalarının alınmasını zorunludur. Meğerki sözleşmenin devrini sağlayan özel bir kanun hükmü bulunsun.

Sözleşmenin devri konusunda ortaya atılan Kombinasyon Teorisi uyarınca mevcut ve müstakbel alacakların temlik ve/veya borçların nakli işlemleri sözleşmenin devri sonucunu doğurur<sup>59</sup>. Doğal olarak burada alacağın devredildiği kişiye borcun nakledilmesi gerekir. Sözleşmenin devri ile birlikte yenilik doğuran haklar da üçüncü kişiye geçer<sup>60</sup>. Anılan hakların, sözleşmenin ifası ile ilgili olmayan ve bu sözleşme ilişkisi ile ilgilenmeyen eski tarafta bırakılması menfaatler dengesine de aykırıdır. Modern Kombinasyon Teorisi, sözleşmenin üç taraflı bir devir anlaşması ile devredilmesi imkânını da reddetmemektedir; sadece alternatif bir imkân getirmektedir<sup>61</sup>.

Son zamanlarda özellikle işletmenin devri ve yeniden yapılandırılması (reorganizasyonunda) konusuna eğilen bazı yazarlar, Birlik Teorisine kuvvetli eleştiriler yönelt-

---

<sup>59</sup> Asıl temsilcisi *Heinrich Demelius*'tur (Früh, **a.g.e.**, s. 40, dpn. 1'den naklen); Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 921, dpn. 10 ve orada anılan diğer yazarlar; Yavuz, **a.g.e.**, s. 258/259; Becker, **a.g.e.**, Vor. § 164-174, N. 6; Tschäni, **a.g.e.**, s. 24, Roth, **MünchK BGB**, § 398, N. 4, dpn. 11'de anılan yazar ve mahkeme kararları; Ani edimli ("süreksiz") sözleşmelerle sınırlı olarak aynı yönde Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 317. Bu son esere atıf bakımından karşı. Ayrancı, **a.g.e.**, s. 94, dpn. 40. Teori hakkında ayrıntılı bilgi için Früh, **a.g.e.**, s. 40-42; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 41-45.

<sup>60</sup> Ayrancı, **a.g.e.**, s. 42, dpn. 49'da anılan *Demelius*.

<sup>61</sup> Bu yönde örneğin bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 921/922; Roth, **MünchK BGB**, § 398, N. 4. Bu bağlamda Kombinasyon Teorisinin ilk savunucularından *Demelius*'un 1922 yılında yayınlanan eserinde savunduğu (Vertragsübernahme, *Jheringsjahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 72, s. 290; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 45'ten naklen), tek bir işlem olarak sözleşmenin devrinin kanunda düzenlenmediği ve böyle bir işlemin kıyas yoluyla yaratılamayacağı görüşü, bu teorinin günümüzdeki tüm savunucularına atfedilemez. Karşı. Ayrancı, **a.g.e.**, s. 52, dpn. 112 ve ona bağlı metin: "...birlik teorisi iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin yüklenilmesi halinde, alacağın temlik ve borcun üstlenilmesini tek bir işlemle gerçekleştirmek suretiyle basitleştirmektedir." Değindiği üzere Kombinasyon Teorisi bu "basitleştirmeye" ve tek işlemle devre karşı çıkmamakta; buna alternatif getirmektedir.

miş ve “eskimiş” olduğu belirtilen<sup>62</sup> Kombinasyon Teorisi, tekrar taraftar bulmaya başlamıştır<sup>63</sup>.

Kanımızca da isabetli olan bu yaklaşıma göre, hem Türk/İsviçre hem Alman hukukları açısından, Kanunkoyucunun sözleşmenin devrini düzenlememesinin nedeni, kanunu (BK, OR, BGB) ihdas ettiği zamanda, sözleşmeyi ondan doğan alacakların ve borçların toplamından ibaret görmesi olabilir<sup>64</sup>. Nitekim önceden, yani BK'nın (OR'nin) kabulü zamanında Birlik Teorisi değil, Kombinasyon Teorisi hâkim görüş idi<sup>65</sup>. Aynı kimseye, bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan mevcut ve müstakbel tüm alacaklarını temlik eden ve aynı şekilde tüm borçlarını nakleden tarafın, “çıplak” sözleşme ilişkisinde taraf sıfatıyla devam etmesinde bir menfaati kalmamaktadır<sup>66</sup>. Bu kişinin sözleşme ilişkisini değiştiren veya ortadan kaldıran yenilik doğuran hakları kullanacak olması, sözleşmenin karşı tarafının ve alacağı/borçları temellük eden/üstlenen üçüncü kişinin menfaatine de değildir. Sözleşmenin ondan doğan haklarla birlikte bir “bütün” olarak ele alınması, ilgililer arasındaki menfaatler dengesine daha uygundur<sup>67</sup>. Kaldı ki, sözleşme ilişkisini değiştiren veya ortadan kaldıran yenilik doğuran hakların (dönme, fesih, iptal hakkı) temlik edilen alacakla birlikte dahi devredilemeyeceği dogması<sup>68</sup>, gitgide

---

<sup>62</sup> Spirig, **a.g.e.**, vorb. Art. 175-183, N. 231.

<sup>63</sup> Tschäni, **a.g.e.**, § 2, N. 16; Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 232 vd. 240; von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 303.

<sup>64</sup> *Larenz'e* (Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, s. 617) atfen bu tespiti yapan Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 232.

<sup>65</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 592; Früh, **a.g.e.**, s. 40 vd.; Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 232.

<sup>66</sup> Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 233.

<sup>67</sup> von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 303, yazarlar görüşlerini FusG uyarınca malvarlığı devri bakımından açıklamaktadır. Ancak bu fikir BK 179/OR § 181 hükmü bakımından da önem taşımaktadır.

<sup>68</sup> Kombinasyon Teorisi, yenilik doğuran hakların devrini açıklayamadığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Örneğin Rey/Gauch/Schluep, **a.g.e.**, s. 293, N. 3756.

daha çok tartışılır hale gelmektedir<sup>69</sup>. Sonuç olarak aynı kimseye bir sözleşmeden doğan tüm alacakların devri ve borçların nakli, sözleşmenin devri hükmündedir<sup>70</sup>.

Alacağın temlik için borçlunun rızasına (BK 162 vd.), borcun nakli için alacaklının/alacaklıların onayına ihtiyaç olmayan bir sistemde; yani ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde (BK 179), muhtevası boşaltılarak “iskelete” dönmüş sözleşme ilişkilerinin devredilmiş olmayacağına kabulü isabetli değildir<sup>71</sup>. Bu halde kıyasen BK 168/I uyarınca dar anlamda alacağın/alacakların dışında kalan hakların da devredilmiş sayılması zorunludur<sup>72</sup>.

İncelenen sorunun tartışmalı oluşu dikkate alındığında, ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin devrine ilişkin genel kurala uyulması en güvenli yoldur. Genel kural devredilecek sözleşmeler için, üç taraflı sözleşme devri anlaşması yapılması veya sözleşmenin tarafı olarak kalan üçüncü kişilerin onayının alınmasıdır. Ayrıca pasiflerin tamamen

---

<sup>69</sup> Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 232, dpn. 10/11. Huguenin, **a.g.e.**, s. 218. Tartışma hakkında ayrıntılı bilgi ve getirilen eleştiriler için Girsberger, **BasK, OR I**, § 164, N. 5a. Anılan eserde konuyu özellikle ayıptan doğan yenilik doğuran haklar açısından ele alan *Girsberger*, bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasından doğan alacağın temlik edilebileceği noktasında bir tartışmanın bulunmadığını; buna karşılık yenilik doğuran hakların bu haliyle temlik konusunda uzlaşma oluşmadığını belirterek, bu konudaki tartışmaya değinmektedir. Ardından *yazar* isabetli olarak, çoğunlukla *alacak benzeri* veya *alacağa bağlı* hakların örneğin (bir borçlar hukuku sözleşmesinden kaynaklanan) yenilik doğuran hakların temlikinde, temlik hukuku kurallarının kıyasen uygulanması gerektiğini; ancak hukuki ilişkinin niteliğinin bu kurala istisnalar ortaya çıkarabileceğini; örneğin bu tür bir istisnanın alacaktan *bağımsız olarak* ayıba karşı tekeffülden doğan hakların (özellikle satım hukukundaki dönme veya bedel indirimi haklarının) temlik edilebilirliği sorununda mevcut olduğunu; buna karşılık ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tekeffül konusu edim ile yahut bunlara yönelmiş alacakla birlikte temlikinin geçerli olduğunu savunmaktadır.

<sup>70</sup> Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 232-234, 237, 240.

<sup>71</sup> von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 303, yazarlar görüşünü sözleşme devrinin hükme bağlanmadığı FusG uyarınca malvarlığı devri ile ilgili olarak açıklamaktadır. Birlik Teorisini savunmasına rağmen, sadece BK 179 bakımından aynı yönde Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 79, yazar BK 179 uyarınca (dar anlamda) borçların kanunen intikal ettiğine, tek tek üçüncü kişilerden (sözleşmede kalan taraflardan) rıza alınmasının güçlükle arz edeceğine, işletmenin bir hukuki bütün teşkil ettiğine ve bütünlüğü öngören TK 11/II'e dayanmaktadır. *Acemoğlu*'nu takiben bazı gerekçeler ve varılan sonuç bakımından aynı yönde *Akuğur*, **a.g.e.**, s. 26/27. Sonuç olarak aynı yönde *Domanıç/Ulusoy*, **a.g.e.**, s. 180, anılan eserde sözleşmelerin devri sonucuna varılırken, TK 11/II'ye dayanılmaktadır.

<sup>72</sup> BK 168/I'in kıyasen uygulandığından söz etmemizin nedeni, anılan hükmün alacağın temlik ile borcun naklinin birleşimi nedeniyle ve sözleşmeden doğan diğer tüm haklar açısından uygulanıyor olmasındandır: Benzer yönde Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 234, dpn. 24.

ve kısmen kapsam dışı bırakılarak ticari işletmenin devrinde, söz konusu borçların ilişkin olduğu sözleşme ilişkileri bakımından artık Kombinasyon Teorisi uygulanamaz. Bu olasılıkta da devir için her halükârda sözleşmenin karşı tarafının onayının aranması gerekecektir. Son olarak belirtelim ki, BK 179 uyarınca ticari işletmenin devri, borçlar açısından önce borca katılma sonra borcun nakli sonucunu doğurduğundan<sup>73</sup>, sözleşmelerin devri de en erken borcun nakli ile birlikte gerçekleşebilir.

### ***b. Devrin ilânının/ihbarının sözleşmelerin devri için icap teşkil edip etmediği***

Öğretide işletmenin devrinde sözleşmelerin devrini gerçekleştirmek amacıyla BK 179 (e.OR § 181) uyarınca yapılan ilânın sözleşmenin devri konusunda alacaklılara yöneltilmiş bir icap oluşturduğu ileri sürülmüştür<sup>74</sup>. Bir icabın örtülü olarak kabul edilebileceğinden (BK 1/II; OR § 1/II) hareket eden bu fikre göre, BK 179 (e.OR § 181) kapsamında gerçekleştirilen işletmenin aktif ve pasifleri ile devralındığı konusundaki ilân veya ihbar, işletme bünyesindeki sözleşmelerin de devralınmak iradesinin açıklandığı bir icap teşkil eder. Varması gerekli irade beyanı niteliğindeki bu icaba<sup>75</sup> alacaklıların münasip bir süre içerisinde itiraz etmemesini, işletmeyi devralan kabul olarak değerlendirebilir ve sözleşmeleri devralmış olur<sup>76</sup>. Varılan bu sonucun işletme alacaklılarının da yararına olduğu, çünkü devirle birlikte işletmeyi devralanın sözleşmeleri en iyi yerine getirebilecek kişi konumuna geldiği belirtilmektedir<sup>77</sup>. Ancak eğer sözleşmenin niteliğinden

---

<sup>73</sup> Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, A.

<sup>74</sup> Früh, **a.g.e.**, s. 126/127; Barandun, **a.g.e.**, s. 74 vd.

<sup>75</sup> BK 179 kapsamında işletmenin pasiflerinin nakli için yapılan ilânın alacaklılara varması gerekli değildir. Ancak sözleşmenin devri konusunda icabın varması gerekli bir irade açıklaması olduğu belirtilmektedir: Barandun, **a.g.e.**, s. 75, dpn. 55.

<sup>76</sup> Früh, **a.g.e.**, s. 126/127; Barandun, **a.g.e.**, s. 76.

<sup>77</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 76.

veya açık bir hükmünden<sup>78</sup> kaynaklanan bir (alacağı) temlik yasağının mevcut olması halinde, alacaklıların sessiz kalması kabul anlamına gelmez.

*Acemoğlu'nun da* isabetli olarak belirttiği üzere, BK 179 uyarınca yapılan ilân/ihbar, icap olarak nitelendirilemez<sup>79</sup>. Ayrıca anılan “icap” görüşü oldukça yapaydır ve bazı noktalardan eleştiriye açıktır. Bir kere susmanın irade beyanı sayılması istisnadır; asıl olan susmanın irade beyanı teşkil etmemesidir<sup>80</sup>. İşin niteliği gereği veya dürüstlük kuralı uyarınca zorunlu olduğu halde susmak, örtülü irade beyanı oluşturabilir (halin icabı dolayısıyla: BK 6)<sup>81</sup>.

Savunulanın<sup>82</sup> aksine, işletmenin devri keyfiyetini ve bu kapsamda sözleşmelerin devri konusunda onaylarının gerektiğini alacaklıların bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, örtülü kabulden (nitelikli susma) söz etmek için yeterli değildir. Belirleyici olan, susanın bu davranışının muhatap nezdinde dürüstlük kuralı uyarınca kabul olarak değerlendirileceğini, objektif olarak fark edebilecek olmasıdır<sup>83</sup>. BK 6/OR § 6 anlamında örtülü kabulün temel ölçütü, en azından bu konuda bir teamülün veya ticari teamülün bulunmasıdır<sup>84</sup>.

Nihayet BK 179 anlamında “ilân”ın hüküm doğurması için alacaklılara ulaşması gerekli değildir. Hâlbuki sözleşmenin devri konusundaki icap, muhataba ulaşması gerekli bir irade beyanıdır (BK 5). Dolayısıyla eğer sözleşmenin karşı tarafına özel bir bildi-

---

<sup>78</sup> Bu tür anlaşmalara lisans sözleşmelerinde veya know-how sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılmaktadır: Barandun, **a.g.e.**, s. 76, dpn. 60.

<sup>79</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 108/109.

<sup>80</sup> Bu genel esas hakkında örneğin bkz. Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, Dritte ergänzte Auflage, Berlin Heidelberg New York, Springer Verlag, 1979, s. 64 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 125.

<sup>81</sup> Eren, **a.g.e.** s. 125; Flume, **a.g.e.**, s. 66, ve orada dpn. 7’de anılan BGH kararı.

<sup>82</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 76, dpn. 59.

<sup>83</sup> Flume, **a.g.e.**, s. 66;

<sup>84</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 134.

rim yapılmamışsa, söz konusu ilânın ulaşması gerekli bir beyan olarak nitelendirilmesi güçtür.

### ***c. Sözleşmelerin devrine örtülü onay verilmesi***

Hâkim görüş (Birlik Teorisi) kabul edildiğinde, sözleşmede kalan tarafın rızasının aranması (üç taraflı sözleşme), ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri ile birlikte sözleşmelerin nakli açısından tek imkân olarak gözükmektedir. Sözleşmede kalan tarafın devir sözleşmesinin kurulmasından önce bu rızasını açıklaması halinde problem yoktur. Ne var ki, işletmenin devrinde çok sayıda sözleşmenin bulunması karşısında, her bir âkitten bu rızanın alınması pratik güçlük arz eder. Devirden önce üçüncü kişilerden (sözleşmede kalacak taraflardan) onay alınması girişimleri, çoğu zaman işletme devri görüşmelerinin mahremiyetini de ortadan kaldırır<sup>85</sup>.

Araştırılması gereken husus, Birlik Teorisi kabul edilse bile, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, devrin kapsamına dahil edilen sözleşmelerin naklini sağlayacak bir başka imkân olup olmadığıdır.

Her şeyden önce taraflar sözleşmenin ticari işletmenin devri ile birlikte kendiliğinden devralana nakledilmesine yönelik açık hükümler getirmiş olabilirler. Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca bu tür bir sözleşmesel düzenleme kabul edilebilir. Sözleşmede açık hüküm, işletme devrinde sözleşmenin devrinin yasaklanması şeklinde ortaya çıkabilir; ya da ticari işletmenin devrinde üçüncü kişiye (âkit tarafa) bir dönme/fesih hakkı dahi tanıyabilir. Sözleşme özgürlüğü kapsamında bu içerikteki düzenlemeler de geçerlidir.

Bu tür özel bir düzenlemenin devredilecek sözleşmede bulunmaması varsayımında, sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişi devre muvafakatini sonradan açık veya örtülü olarak açıklayabilir. Çünkü sözleşmenin devri kural olarak şekle tâbi değildir. Devredilmek istenen sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişinin sözleşme ilişkisini, işletmeyi dev-

---

<sup>85</sup> Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, **a.g.e.**, § 4, N. 25.

ralanla devam ettirmesi, örtülü onay teşkil eder. Örtülü onay verilmesi, işletmenin devri ile birlikte sözleşmelerin nakli açısından işlev görebilir.

Bununla birlikte sözleşmelerin devrine sonradan örtülü onay alınması imkânı, iki nedenle işletmenin devrinde tatmin edici bir hukuki yol olmayabilir ve bu nedenle sınırlı uygulama alanı bulabilir.

Birinci olarak, işletmeyi devralan, devirden önce işletme kapsamındaki hangi sözleşmeleri devralacağını bilmek ister. Devralan özellikle işletmenin devamı için önem arz eden sözleşmeler bakımından, sözleşmede kalacak taraflardan “açık onay”ın sağlanmasını arar.

İkinci olarak, devir konusu sözleşme için bir geçerlilik şekli var olabilir. Özel bir geçerlilik şekline bağlı olan sözleşmelerin devrinin de şekle tâbi olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bu tartışma sonucunda sözleşme devrinin de özel şekle veya en azından yazılı şekle bağlı olduğu görüşü benimsendiğinde, sözleşmelerin devrine sözleşmede kalan tarafların “örtülü onay” vermesi söz konusu olmayacaktır.

Nitekim bir görüşe<sup>86</sup> göre sözleşmenin devri sözleşmesi, devredilen sözleşmenin geçerlilik şekline tâbidir. Nasıl ki, sözleşmeyi devralanla aynı içerikteki bir akit yapılması şekle tâbi ise, sözleşmenin yüklenilmesi de aynı surette şekle tâbi olmalıdır.

İkinci bir görüşe<sup>87</sup> göre ise devir konusu sözleşme şekle tâbi ise, devir sözleşmesi için alacağın temlikine ilişkin yazılı şekil şartına uyulması yeterlidir.

Katıldığımız üçüncü bir görüşe<sup>88</sup> göre ise asıl sözleşmenin şekle bağlı olması, devir sözleşmesinin de şekle tâbi olmasını gerektirmez. Bu hususta devredilecek sözleşmeyi şekle tâbi kılan hükmün amacına bakılarak bir sonuca varılmalıdır. Sözleşme

---

<sup>86</sup> Früh, **a.g.e.**, s. 114; Eren, **a.g.e.**, s. 1207; Bucher, **a.g.e.**, s. 593; Spirig, **a.g.e.**, vorb. Art. 175-183, N. 236; Barandun, **a.g.e.**, s. 73, dpn. 44.

<sup>87</sup> Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 317.

<sup>88</sup> Ayrancı, **a.g.e.**, s. 113/114, dpn. 133'te anılan yazarlar: Roth, **MünchK BGB**, § 398, N. 192; Bamberger/Roth/Rohe, **a.g.e.**, § 414, 415, N. 28, 16.

kurmak isteyen acelecilikten korumak, sözleşme içeriğinin (iradenin) kolay tespit edilebilirliğini ve işlemin ilgililere/kamuya duyurulmasını sağlamak bu amaçlar arasındadır<sup>89</sup>. Bununla birlikte örneğin acelecilikten koruma amacı taşıyan şekil zorunluluğunun mevcut olduğu hallerde, sözleşmenin kalan tarafının korunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü sözleşmede kalan tarafın hakları ve yükümlülükleri, sözleşmenin devri ile artmamaktadır<sup>90</sup>. Bu çerçevede özellikle sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişinin (sözleşmede kalan tarafın), sözleşmenin devri anlaşmasına katılmaksızın, sözleşmeye muvafakat etmesi hallerinde, –devir konusu sözleşme şekle tâbi olsa bile– söz konusu muvafakat şekle tâbi değildir<sup>91</sup>.

Son olarak belirtelim ki, ticari işletmenin devri kapsamında sözleşmelerin (tarafı olan üçüncü kişilerce) örtülü onay verilmesi ile nakli, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri sözleşmesinin kapsamına dâhil edilen sözleşmeler açısından söz konusudur. Eğer ticari işletmeye ait bir sözleşme zaten ticari işletmenin devri kapsamı dışında bırakılmış ise<sup>92</sup> bu sözleşmenin (açık veya) örtülü onay ile nakli mümkün değildir.

#### ***d. Özel kanun hükümleri uyarınca sözleşmelerin devri***

Özel bir kanun hükmü sözleşmelerin devrine imkân tanıyabilir. Bu halde sözleşmeler söz konusu özel hükümler ve sadece orada aranan şartlar uyarınca devredilebilir.

Örneğin devredilen taşınmazı iktisap edenin kanunda öngörülen şartlar içinde taşınmaz kirası sözleşmesinin tarafı haline gelebilmesi bu niteliktedir (BK 254/II; GKK 7/d).

---

<sup>89</sup> Früh, **a.g.e.**, 111. Aynı yönde Ayrancı, **a.g.e.**, s. 113, dpn. 134'e bağlı metin.

<sup>90</sup> Ayrancı, **a.g.e.**, s. 114.

<sup>91</sup> Möschel, **MünchK BGB**, Vor. § 414, N. 8; Grüneberg, **Palandt**, § 398, N. 39; Roth, **MünchK BGB**, § 398, N. 192; Ayrancı, **a.g.e.**, s. 114, dpn. 138.

<sup>92</sup> Sözleşmeden doğan alacaklar ve borçlar, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinin kapsamı dışında bırakılmış ise artık ilgili sözleşmenin de işletme devrinin kapsamı dışında bırakıldığı sonucuna varılmalıdır.

Yine sigorta sözleşmesi süresi içinde sigortalı malın sahibi her hangi bir surette değişmişse, sigortadan doğan haklar ve borçlar yeni malike geçer (TK 1303/I)<sup>93</sup>. Bu hüküm emredici olmayıp aksi sözleşmede öngörülebilir.

İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (İş Kanunu, 6/I)<sup>94</sup>.

Değınilmesi gereken diğeri bir konu, tacirin kendisine ait olmayan bir taşınmazda kiracılık hakkına dayanarak faaliyette bulunduğu hallerde, işletmesini devretmesinin kiracılık hakkının da devri sonucunu doğurup doğurmayacağıdır. TK 11/II'de bir bütün olarak ticari işletmenin sözleşme konusunu oluşturduğu hallerde, kural olarak kiracılık hakkının ticari işletmenin unsurlarına dahil olduğu öngörülmüştür. Anılan hükümde sözü edilen sözleşme kavramına, devir sözleşmesinin de gireceğinde kuşku yoktur. Halbuki GKK 12/I uyarınca kiracı, aksine sözleşme yoksa kiralanan yeri kısmen veya tamamen başkasına kiralayamaz yahut kiracılık hakkını veya mukavelesini başkasına devredemez. Anılan hüküm kanundan kaynaklanan bir temlik engelidir.

Bizim de katıldığımız bir görüşe<sup>95</sup> göre, özel hüküm niteliğinde olan TK 11/II uyarınca, ticari işletme kapsamındaki kiracılık hakkı, kira sözleşmesinde açıklık olmasa veya sonradan kiraya verenin muvafakati alınmamış olsa bile devredilebilir. Kiracılık hakkının ticari işletmenin devri kapsamında değerlendirilmesi konusunda devreden ve devralanın korunmaya değer menfaati vardır. Aksi halde kanundan kaynaklanan temlik engeline rağmen, TK 11/II'de kiracılık hakkının sözleşmeye (devir) dâhil olabileceğinin

---

<sup>93</sup> Sigortacı sigorta priminden dolayı önceki malike müracaat edebilir (TK 1303/II).

<sup>94</sup> Bununla birlikte devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (İş Kanunu, 6/III).

<sup>95</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 113/114; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 80/81; Türk, **a.g.e.**, s. 168, dph. 138; Arkan, **a.g.e.**, s. 44; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 524; Aslan/Şenyüz/Ergün, **a.g.e.**, s. 16. Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 180, anılan eserde kiracılık hakkı ve kira sözleşmesinden başka, ticari işletmesini devreden tacirin, ticari işletmesini işletirken yaptığı bütün sözleşmelerin devralanca yüklenilmiş olduğu belirtilmektedir.

düzenlenmesi anlamsız olurdu. TK 11/II ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılması ilkesinin bir görünümüdür.

Diğer bir görüş<sup>96</sup> ise TK 11/II karşısında GKK 12'ye üstünlük tanımakta ve kiraya verenin muvafakati olmaksızın ticari işletmenin devrinin, kiracılık hakkının devri sonucunu doğurmayacağı sonucuna varmaktadır.

İşletme devriyle bağlantılı olarak sözleşmelerin kanunen devrine bir başka örnek zorunlu lisans sözleşmesinden verilebilir<sup>97</sup>. Patent hukukunda zorunlu lisans sahibi, alt lisans veremez. Bu amaçla yapılan işlem geçersiz sayılır (PatKHK 117/II). Ancak istisnaen zorunlu lisansın devrinin geçerli olabilmesi için, işletme ile birlikte devir edilmesi veya lisansın değerlendirilmekte olduğu işletme kısmının devir edilmesi gerekir (PatKHK 117/I).

### ***e. Ara değerlendirme ve sonuç***

Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde sözleşmelerin nakli konusunda temel esaslar ise şunlardır:

(1) Genel kabul gören kural uyarınca sözleşmelerin devri üç taraflı kendine özgü bir sözleşme ile gerçekleştirilebilir. Aynı sonuca devreden ile devralanın sözleşmenin devri konusundaki anlaşmasına, sözleşmede kalan tarafın muvafakat (izin, onay) vermesi suretiyle de ulaşılabilir.

---

<sup>96</sup> Karayalçın, **a.g.e.**, s. 181; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 42/43, anılan yazarlar görüşlerini kira sözleşmesi yönünden açıklamaktadır. Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 205; İnal, **a.g.e.**, s. 72; Baktır, **a.g.e.**, s. 34/35.

<sup>97</sup> *Ayrancı*'nın herhangi bir kanun hükmüne dayanmaksızın, sözleşmenin kanuni devri (bkz. **a.g.e.**, s. 71 vd.) başlığı altında işletme ile birlikte, bu işletmeye hizmet edebilecek (her türlü, y.n.) *lisansın* devrini, Kanunkoyucunun "*sözleşmede kalan tarafın iradesini görmezden geldiği*" bir hal olarak açıklaması (**a.g.e.**, s. 74) isabetli değildir. Birincisi, kanunda özel olarak düzenlenen tüm lisans sözleşmeleri (örneğin marka lisansı) bakımından, işletmenin devrinde sözleşmelerin kanuni devrine ilişkin özel bir kanun hükmü mevcut değildir. Buna karşılık Birlik Teorisini savunan *yazarın* (**a.g.e.**, s. 45 vd.), pasiflerin kanunen intikalini düzenleyen BK 179'a da dayanması da olası değildir. Çünkü BK 179 dar anlamda borçların nakline ilişkin bir hükümdür; sözleşmelerin naklini öngörmemektedir İşletme devrinde alacakların cüz'i halefiyet ilkesine göre temlik (BK 162 vd.) ve bu işlemlere eklenen borçların BK 179 uyarınca nakli, Birlik Teorisine çerçevesinde sözleşmelerin devrini sonuçlandırmaz.

(2) Kural olarak sözleşmenin devri şekle tâbi olmadığından, sözleşmede kalan tarafla söz konusu rıza açık veya örtülü olarak verilebilir. Ticari işletmenin devrinde de belirtilen yollarla ticari işletmenin devrine bir engel bulunmamaktadır. Yeter ki ticari işletmenin devri ilişkisinde, sözleşmelerin nakli konusunda anlaşılmiş olsun. Yani ilgili sözleşmeden doğan alacaklar ve borçlar devrin kapsamı dışında bırakılmamış olmalıdır.

(3) Genel kabul gören kuralın *istisnası* olarak, –savunduğumuz Kombinasyon Teorisi uyarınca–, sözleşmeden kaynaklanan tüm alacakların ve borçların devredilmesi halinde, bir bütün olarak ilgili sözleşmenin nakli gerçekleşir. Bu durum özellikle ticari işletmenin *aktif ve pasifiyle* devrinde (BK 179) karşımıza çıkar. Bu olasılıkta artık sözleşmenin karşı tarafının rızası alınmaksızın, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri ile birlikte sözleşmelerin nakli gerçekleşir.

Kombinasyon teorisi çerçevesinde iki taraflı hukuki işlem ile sözleşmelerin nakledilebilmesi için, devredilecek sözleşmelerin ticari işletmenin devrinin (sözleşmenin) kapsamına alınması yani devredilecek sözleşmelerden doğan tüm alacak ve borçların BK 179 uyarınca geçirilmesi/nakli zorunludur. Ticari işletmenin devrinde, sözleşmelerin karşı tarafın rızası alınmaksızın nakli, iki taraflı sözleşme ile yani işletme devri sözleşmesine ve devir işlemine dayanır. Ticari işletmenin devri olgusuna bağlı olarak kendiliğinden gerçekleşmez. Ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin nakli genel olarak kanun ile düzenlenmediği gibi, doğal olarak bu nakli zorunlu kılan bir emredici kural da yoktur. O halde devrin kapsamı dışında bırakılan yani kendisinden doğan alacak ve borçların temlik edilmediği/nakledilmediği bir sözleşmenin, karşı tarafın açık veya örtülü rızası olduğundan bahisle nakledilmiş sayılması ise söz konusu değildir.

(4) Sözleşmelerin devri özel bir kanun hükmüne dayalı olarak gerçekleşebilir.

## II. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE ESKİ BORÇLARDAN SORUMLULUK SORUNU

### A. BK 179'UN DÜZENLENİŞ AMACI VE HGB § 25 İLE KARŞILAŞTIRILMASI

BK 179/I'e göre “Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerle ilân ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mes'ul olur; şu kadar ki, iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar.”.

*Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır.”.*

BK 179 ticari işletmenin devri kavramını düzenlememektedir. Anılan hüküm ticari işletmenin devrinde, aktiflerin devir/temlik şekline ve usulüne ilişkin özel bir düzenleme de içermemektedir. BK 179 bir malvarlığı veya işletmenin devrini sadece borçlar açısından hükme bağlamaktadır<sup>98</sup>. Bu açıdan BK 179'un “Bir mamelekin veya bir işletmenin devralınması” ibaresini içeren kenar başlığının yanıltıcı olduğu söylenebilir.

BK 179 uyarınca malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifiyle devri, önce borca katılma; sonradan ise borcun kanun gereği nakli sonuçlarını doğurur<sup>99</sup>. Zira BK 179'un şartları gerçekleşip devralanın eski borçlardan sorumlu olması, devreden borçlu sıfatını kaldırmamaktadır. Devreden ve devralan, kanunda belirtilen hak düşürücü sürenin sona ermesine kadar, müteselsil olarak sorumlu olurlar. Bu süre bitince devreden (mü-

---

<sup>98</sup> Birsell, a.g.e., s. 94; Spirig, a.g.e., Art. 181, N. 94; Tschäni, BasK, OR I, § 181, N. 1. Benzer yönde Keller/Schöbi, a.g.e., s. 89, 91.

<sup>99</sup> Ayrıca bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, A.

teselsil) sorumluluğu ortadan kalkar. Bundan sonra artık borca katılma, borcun (kanun gereği) nakline dönüşür.

BK 179 uyarınca ticari işletme aktif ve pasifiyle devredilebilmesi için ayrıca alacaklıların rızası aranmaz. Böylece borcun nakli için alacaklının muvafakatini arayan BK 174/I'e (OR § 176/I) de istisna getirildiği açıktır. Aynı kural kanunda genel olarak düzenlenmeyen borca katılma açısından da geçerlidir. Üçüncü kişinin ancak alacaklı ile anlaşması şartıyla borca katılması mümkündür<sup>100</sup>. Hâlbuki BK 179 uyarınca devralanın işletme borçlarına katılmasında bu şart aranmamaktadır.

Bu noktada önemli bir sorun ile karşılaşılmaktadır. O da ticari işletmenin devrinde, devralanın eski borçlardan sorumluluğu için devir ilişkisinin taraflarının iradesinin aranıp aranmayacağıdır. Bu hususta kanun hükmünün düzenleniş amacının saptanması şarttır.

BK 179'un düzenleniş amacı –aşağıda inceleneceği üzere tartışmalı<sup>101</sup> olmakla birlikte– kanımızca (bir malvarlığı veya) ticari işletmenin devrinde, borçların ve borç ilişkilerinin naklini kolaylaştırmak; buna bağlı olarak devredene bir süre daha başvurma imkânı sağlamak suretiyle alacaklıları korumaktır<sup>102</sup>.

BK 179/e.OR § 181, Alman hukukundaki ticari işletmenin eski borçlarından sorumluluğuna ilişkin HGB § 25 ve şimdi yürürlükte olmayan malvarlığının devrinde eski borçlardan sorumlulukla ilgili BGB § 419'un etkisi altında düzenlenmiştir. Fakat e.OR § 181 taşıdığı özellikler itibariyle, Alman hukukundaki söz konusu düzenlemelerden ö-

---

<sup>100</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 1206.

<sup>101</sup> Bu tartışma aşağıda ele alınmıştır: Üçüncü Bölüm, II, B, C.

<sup>102</sup> R Mezger, "Die Schuldübernahme kraft Mitteilung bei der Geschäfts und bei der Vermögensübernahme, OR Art. 181/2", Basel, 1955, s. 31; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 3; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 3; von Büren, **a.g.e.**, s. 352; Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 249. BK 179'un düzenleniş amacı, alacaklıların işletme aktiflerinin el değiştirmesine engel olma yetkilerinin bulunmamasından dolayı korunmasını sağlamak değildir. Karşı görüşte Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1145.

nemli ölçüde ayrılmıştır<sup>103</sup>. BK 179/e.OR § 181 sistemi, Alman hukukundaki HGB § 25'e göre ticari işletmenin devrinde eski borçlardan sorumluluk sistemi ile mukayese edildiğinde şu farklar ortaya çıkar:

HGB § 25 sadece ticari işletmenin ve bunun devri ile ilgili bir düzenlemedir. e.OR § 181 ise genel olarak bir malvarlığının veya işletmenin devrinde eski borçların üstlenilmesi ile ilgilidir. Alman hukukunda malvarlığının devrinde eski borçlardan sorumluluk, şimdi yürürlükte olmayan BGB § 419'da düzenlenmiş idi<sup>104</sup>. HGB § 25 devralınan ticari işletmenin *ticaret unvanını ile devamına* eski borçlardan sorumluluk sonucunu bağlarken (HGB § 25/I), e.OR § 181'de ticaret unvanı ile faaliyetin devamına özel bir sonuç bağlanmamıştır. Sadece devir anlaşmasına ve devre dayalı olarak üçüncü kişilere bildirim/ilânı esas almıştır. BK 179'da düzenlenen bu yolla eski borçlardan sorumluluk, HGB § 25/III'te ayrıca düzenlenmiştir. HGB § 25'in düzenleniş amacı, tartışmalı olmakla birlikte işlem güvenliği ve dolayısıyla işletme ilgilileri ve üçüncü kişilerin korunması iken<sup>105</sup>, e.OR § 181'in düzenleniş amacı yine tartışmalı olmakla birlikte malvarlığı veya işletmenin devrinde devir ilişkisinin taraflarının, eski borçların topyekûn (kümülatif) devralana nakli amaçlarına ulaşmalarının kolaylaştırılmasıdır. e.OR § 181'de devredenin eski borçlardan sorumlu tutulmasındaki amaç, alacaklıların muvafakati alınmaksızın borcun naklinin gerçekleşmesine bir denge oluşturmak içindir<sup>106</sup>. Bununla bağlantılı olarak, HGB § 25 uyarınca ortada mevcut ve geçerli bir devir anlaşması bulunmasa bile ticari işletme faaliyetine fiilen devam edenin eski borçlarından sorumluluğu doğabilecek

---

<sup>103</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 589; Bühler, **a.g.e.**, s. 16. *Esin'in* (**a.g.e.**, s. 23) BK 179'un içeriği itibariyle BGB 419'a uyan bir düzenleme olduğunu belirtmesi yerinde değildir.

<sup>104</sup> Jauernig/ *Stürner*, **a.g.e.**, 8. Aufl., § 419, N. 1 vd.

<sup>105</sup> Hüffer/Staub, **a.g.e.**, § 25, N. 1, 27 vd.; Koller/Roth/Morck, **Handelsgesetzbuch**, Kommentar, 3. Aufl., München, Beck, 2002, Art. 25, N.2; Jung, **a.g.e.**, § 19, N. 24; *Klump* (Beisel/Klump), **a.g.e.**, K. 9, N. 51; 54. Bu yaklaşımın dikkate değer eleştirisi için bir çok yazar yerine bkz. Thekla Schleifenbaum, **Die Unternehmenshaftung bei Unternehmensübertragungen**, Berlin, Duncker&Humblot, 2000, s. 109 vd.

<sup>106</sup> Karayalçın, **a.g.e.**, s. 183; Mimaroglu, **a.g.e.**, s. 206. Bu husus İsviçre hukuku öğretisinde genel kabul görmektedir: von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 300 ve orada dpn. 31'de anılan yazarlar.

iken<sup>107</sup>, mevcut ve geçerli bir devir anlaşması bulunmaksızın e.OR § 181 uyarınca borçlardan devralan sorumlu olmaz.

## B. TEMİNAT TEORİSİ VE ALACAKLILARIN KORUNMASI DÜŞÜNCESİ

BK 179'un düzenleniş amacının saptanması, ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri ile ilgili sorunların çözümünde büyük önem arz eder. Ancak bunun yine de o kadar kolay olmadığını belirtelim. BK 179'un düzenleniş amacı öğretide tartışmalıdır.

Türk hukukunda BK 179 konusunda yayınlanmış tek monografinin yazarı *Acemoğlu'na*<sup>108</sup> göre ticari işletmenin sadece aktiflerinin devrinde alacaklıların hakları büyük tehlikeye girer. Bu konuda icra hukukundaki iptal davası yeterli koruma sağlamaz. Ayrıca BK 179 da olduğu gibi, teselsül bir kanun hükmünden kaynaklanıyorsa, kamu düzeni gereği, bunu bertaraf eden bir anlaşma yapılamaz. Pasifleri malvarlığı veya ticari işletmenin devri kapsamı dışında bırakan bir anlaşma da bu kapsamda geçersizdir<sup>109</sup>. Ticari işletmenin pasifleri ile birlikte devri konusunda tarafların iradeleri önem taşımaz<sup>110</sup>. Anılan yazara göre BK 179 emredici bir hükümdür ve buna aykırı olduğundan pasiflerin devrini engelleyen anlaşma geçersizdir<sup>111</sup>. BK 179 uyarınca borçların nakli, tarafların iradelerine rağmen gerçekleşmektedir. Hem aktif ve hem de pasif işleme konu oluşturuyorsa, ticari işletmenin devrinden söz edilemez<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Hüffer/Staub, **a.g.e.**, § 25, N. 39; Koller/Roth/Morck, **a.g.e.**, Art. 25, N.4; von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 298, dpn. 16. Aksi görüşte Canaris, **a.g.e.**, § 7, N 24. Karş. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 136, 138.

<sup>108</sup> **A.g.e.**, s. 35 vd.

<sup>109</sup> **A.g.e.**, s. 38. Aynı yönde Yarg. 4. HD. 3.4.1961, E. 961/3748 K. 2899 (Senai Olgaç, **Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, (Yeniden Yazılmış ve En Son İçtihatlarla) İkinci Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1969, s. 1147'den naklen).

<sup>110</sup> **A.g.e.**, s. 39.

<sup>111</sup> **A.g.e.**, s. 40/41. Atıf bakımından karşı. Ülkü/Karaaslan (**a.g.e.**, s. 51, dpn. 26).

<sup>112</sup> **A.g.e.**, s. 39.

BK 179'un düzenleniş amacının saptanmasında, ağırlıklı olarak aktiflerin pasiflerin teminatı olduğu dayanağından yola çıkan bu yaklaşımı, kısaca Teminat Teorisi olarak adlandırıyoruz.

*Acemoğlu'nun* ileri sürdüğü Teminat Teorisi ve gerekçeleri öğretiyi önemli ölçüde etkilemiştir. Bugün Türk hukuk öğretisinde, e.OR § 181'le ilgili İsviçre hukuku öğretisinden ve uygulamasından tamamen farklı yönde gelişen bu yaklaşım, zaman içinde kabul görmüştür.

Nitekim *Poroy/Yasaman*<sup>113</sup> ticari işletmenin aktiflerinin, pasiflerinin ve dolayısıyla alacaklıların doğal *güvencesi* teşkil ettiğine vurgu yaparak, BK 179'un emredici olduğu sonucuna varmaktadır. Anılan yazarlara göre ticari işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğu tarafların iradesi dışında bir kanun hükmünden kaynaklanmaktadır. *Domaniç/Ulusoy*<sup>114</sup> işletmeyi devralanın devralma tarihinden itibaren işletmenin tüm eski yükümlülüklerinden sorumlu tutulacağını, BK 179'un işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluk şartlarını düzenlediğini kabul etmektedir. Aynı şekilde *İmregün*<sup>115</sup> de mutlak bir ifade ile işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumlu olacağını belirtmektedir. *Arkan'a* göre BK 179 ticari işletme alacaklıları ve üçüncü kişilerin korunmasına yönelik emredici bir düzenlemedir ve sadece aktiflerin devrini öngören sözleşme geçersizdir<sup>116</sup>. *Kendigelen'e*<sup>117</sup> göre de BK 179 alacaklıların korunması amacıyla ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle devrini emredici olarak düzenlemektedir. Öğretide ayrıca *Karahan*<sup>118</sup>, *Aslan/Şenyüz/Ergün*<sup>119</sup> ve *İnal*<sup>120</sup> genel kabul gören yaklaşımın diğer

---

<sup>113</sup> A.g.e., s. 42. Aynı yönde Yasaman, **Birleşme**, s. 18; Yasaman/Altay, **Marka Hukuku C. II**, s. 688; Yasaman, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, s. 712.

<sup>114</sup> A.g.e., s. 162, karşı. a.g.e., s. 178/179.

<sup>115</sup> **Kara Ticareti Hukuku**, s. 12; İmregün, **Genel İlkeler**, s. 18.

<sup>116</sup> A.g.e., s. 42, dpn. 3.

<sup>117</sup> A.g.e., N. 519. Abuzer Kendigelen, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl (1986-2001), Hukukî Mütalâalar** (Mahkeme Kararları İle Birlikte), Cilt III, Ticari İşletme-Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku [Kararları Tamamlanmış 3. Bası], İstanbul 2006, s. 76.

<sup>118</sup> **Ticari İşletme**, s. 38.

savunucuları olup, aktiflerin ticari işletmenin alacaklılarının güvencesini oluşturduğu için BK 179'un aktif ve pasif kalemlerinin birlikte devrini öngördüğünü yazmaktadırlar. Bu sorunla ilgili fikri kesin olarak anlaşılamayan *Türk*'e göre ise alacaklıların korunmasına ilişkin BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinde aktifler ve pasifler kanun gereği intikal eder. Ayrıca pasiflerin naklinin öngörülmesi gerekmez. Ticari işletmede aktif ve pasifler kanun (BK 179) gereği birbirlerine bağımlı kılınmıştır<sup>121</sup>.

*Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, malvarlığı veya işletmenin devrinde pasifleri devrin kapsamında bırakan anlaşmanın, alacaklıların haklarını ağır şekilde ihlâl edeceğinden hükümsüz olduğunu savunmaktadırlar<sup>122</sup>. *Tunçomağ'a* göre BK 179 anlamında bir devrin söz konusu olabilmesi için işletmenin aktif ve pasifiyle devredilmesi zorunludur. Sadece aktiflerin devrinin kararlaştırılması halinde BK 179 uygulama alanı bulmaz denebilirse de, bu yorumun kabulü halinde alacaklıların uğrayacakları haksız zararlar göz önünde tutulursa, böyle bir anlaşmanın hükümsüz sayılması ve giderek bu devre de BK 179'un uygulanması isabetli görülebilir<sup>123</sup>. *Oğuzman/Öz*<sup>124</sup> de sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşmenin geçersiz olacağı yaklaşımını kabul ediyor gözükmektedir.

---

<sup>119</sup> **A.g.e.**, s. 15/16, yazarlar BK 179'un emredici olduğunu belirtmektedirler (**a.g.e.**, s. 16).

<sup>120</sup> **A.g.e.**, s. 74.

<sup>121</sup> Türk, **Nevelerin Aynı Olması Koşulu**, s. 189. Anılan *yazar* ticari işletmenin sermaye şirketine sadece aktifleriyle birlikte sermaye olarak konulabileceği düşüncesine karşı çıkarken, sadece sermaye şirketi alacaklılarını korumaya çalışmanın uygun olmayacağını; zira BK 179'un da işletmenin devrinde alacaklıları koruyan bir düzenleme olduğunu; aktif ve pasifleri arasındaki bağıllığın bir diğer dayanağının TK'nın envanter ve bilançoya ilişkin hükümleri olduğunu; BK 179'un bu "bağımlılığı" kaldırdığını savunmaktadır: Türk, **Nevelerin Aynı Olması Koşulu**, s. 187, dpn. 297. Ancak bununla birlikte koşulları varsa sadece aktifleri ile ticari işletmenin devrinin İİK 280/IV uyarınca iptal edilebileceğini savunan *yazar*, alacaklıların korunmasına ilişkin bir düzenleme olduğunu ve aktif ile pasifleri arasındaki bağıllığı kaldırmadığını ifade ettiği BK 179 ile İİK 280/IV'ün nasıl telif edileceğini açıklamaktadır. Buna mukabil bir başka yerde *Türk* "dağılan ortaklığın malvarlığı veya işletmesi aktif ve pasifleriyle devralınmadıkça, dağılan ortaklığın borçlarından devralan ortaklığın sorumlu tutulabileceğini" sanmadığını belirtmektedir (Türk, **Nevelerin Aynı Olması Koşulu**, s. 370).

<sup>122</sup> **A.g.e.**, s. 281, dpn. 2; savunulan bu yaklaşıma eleştirmeksizin atıfta bulunan *Oğuzman/Öz*, **a.g.e.**, s. 975 ve orada dpn. 229/230'a bağlı metin.

<sup>123</sup> *Tunçomağ*, **a.g.e.**, s. 1138, dpn. 41. Ülkü/Karaaslan'ın (**a.g.e.**, s. 51, dpn.24) atıf yaptığımız (*Tunçomağ'a* ait) aynı eserin aynı sayfasına atıf yapmakla birlikte, *Tunçomağ'ı* karşı fikrin savunucu imiş gibi göstermeleri hatalıdır.

Yukarıda açıklanan ve büyük bir çoğunluk tarafından savunulan hâkim görüş son dönemde, konuyla yakından ilgili olan yeni çalışmalarda da tartışılmaksızın aynen benimsenmektedir<sup>125</sup>. Bazı tezlerde ise Teminat Teorisi hakkında görüş beyan edilmemekte, sadece tartışmaya atıf yapılmakla yetinilmektedir<sup>126</sup>.

Teminat Teorisi, sadece öğretilerde savunulan bir görüş olmayıp, Yargıtay da eskinden beri bu görüşü kabul etmektedir<sup>127</sup>.

Buna karşılık öğretilerde azınlıkta kalan diğer bir görüşe göre ise BK 179 borçların intikali bakımından emredici bir düzenleme değildir. Gerçekten bu görüşü savunan Ayiter<sup>128</sup>, Karayalçın<sup>129</sup>, Feyzioğlu<sup>130</sup> ve Ülkü/Karaaslan'a<sup>131</sup> göre anılan hüküm *bir imkân* olarak malvarlığı veya işletmenin devrinde pasiflerin devralana geçişini öngörmektedir. Devir sonucunda pasiflerin devralana nakli için bunun ayrıca *devir anlaşmasında öngörülmesi ve işletmenin devri* ile birlikte devralan tarafından üçüncü kişilere *bildirilmesi* gerekir<sup>132</sup>. Pasifler nakledilmeksizin aktiflerin devredilmesi halinde BK 179 uygu-

---

<sup>124</sup> A.g.e., s. 975, ancak yazarlara göre bazı borçlar devrin kapsamı dışında bırakılabilir (a.g.e., s. 975, dpn. 230).

<sup>125</sup> Akuğur, a.g.e. s. 25/26, yazar bir malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde sadece aktiflerin devredilmesinin BK 179 uyarınca mümkün olmadığı görüşündedir (s. 26).

<sup>126</sup> Çoştan, a.g.e., s. 32, dpn. 92; Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 253-255; karş. Boyacıoğlu, **Ticaret Unvanı**, s. 100.

<sup>127</sup> Yarg. 15. ve 21 Hukuk Dairelerinin ilgili kararları ve eleştirisi için bkz. aş. Dördüncü Bölüm, IV. Ayrıca bkz. Yarg. 13. HD. 08.12.1994, E. 9457, K. 11059, YKD C. XXI, S. 7, s. 1085/1086, anılan yerleşik içtihatlarda işletmenin aktiflerinin pasifleri ile birlikte devrinin, alacaklıların korunması amacıyla getirilmiş emredici bir prensip olduğu kabul edilmektedir.

<sup>128</sup> A.g.e., s. 49.

<sup>129</sup> A.g.e., s. 184/185.

<sup>130</sup> A.g.e., s. 691, 695/696, dpn. 138.

<sup>131</sup> A.g.e., s. 52.

<sup>132</sup> Kısmen bu yönde Arslanlı, a.g.e., s. 114-116, ancak yazar bu görüşü sadece BK 179'un *de lege lata* yorumlanması bakımından benimsemektedir. Bununla birlikte Arslanlı da BK 179'u eleştirerek, aktiflerin ve pasiflerle karşılıklı denge oluşturduğu ticari işletmenin borçlar hariç tutularak devrinde üçüncü kişilerin korunması gerektiğini, BK 179'un devrin alacaklılar için doğuracağı tehlikeleri önleyecek nitelikte olmadığını belirtmektedir. Ayrıca Arslanlı –devam eden açıklamalarımızda görüleceği üzere–, BK 179'da hiç söz edilmemesine rağmen, ticari işletmeyi devralanın eski ticaret unvanını değiştirmeksizin kullanmasına, emredici nitelikte olmak üzere eski borçlardan sorumluluk bağlamaktadır

lanmaz ve bu hüküm uyarınca borçların naklinden söz edilemez<sup>133</sup>. Ancak hacizli alacaklıların, mal kaçırma amaçlı devirlere karşı İİK hükümleri uyarınca (md. 277 vd.) *iptal davası* açma hakkı saklıdır<sup>134</sup>.

Öğretide ileri sürülen farklı bir görüşe<sup>135</sup> göre kanun (TK), ticari işletmenin halefiyeti gösteren bir ibare eklenmeden ticaret unvanı ile birlikte devrine olanak tanımıştır. Ancak ticari işletmeyi devralan, aynı ticaret unvanı ile faaliyete devam ederse, yeni malik bu unvan altında üstlenilen eski borçlardan da sorumludur. Bu görüş, ticari işletmeyi devralanın aynı ticaret unvanı ile faaliyete devam etmesinden dolayı eski borçlardan sorumluluğunun açıkça düzenlendiği HGB § 25'in ve Alman hukukunun etkisi altında ortaya atılmış gözükmektedir<sup>136</sup>. Alman hukukunun aksine, Türk hukukunda bu tür bir düzenleme (HGB § 25) mevcut olmadığından, anılan görüşün kanuni dayanağı da bulunmamaktadır.

### C. TEMİNAT TEORİSİNİN ELEŞTİRİSİ

BK 179'un düzenleniş amacını açıklamaya yönelik olan ve öğretilerde ve uygulamada genel kabul gören Teminat Teorisinin tartışılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira BK 179'un lâfzı, Teminat Teorisinin tereddütsüz ve kolaylıkla kabulüne engeldir. Kanunlar bir hukuki ilişkiyi düzenlerken, birbirine zıt menfaatler arasında bir denge sağlayarak adaleti gerçekleştirmek isterler. Söz konusu menfaatlerden bazen birini bazen diğerini daha fazla korumak suretiyle menfaatler dengesini temin ederler<sup>137</sup>. Kanunun lafzının açık olmadığı veya en azından kanun hükmünden değişik anlamlar çıkarıldığı du-

---

<sup>133</sup> Karayalçın, **a.g.e.**, s. 185; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 691, yazar aktifler devredilmeksizin sadece pasiflerin devredilmeye kalkışılması halinde de BK 179'un uygulanmasının söz konusu olmadığını belirtmektedir. Zira BK 179 aktiflerin ve pasiflerin birlikte devralınması halinde borçların topyekûn nakli imkânını getirmiştir.

<sup>134</sup> Ayiter, **a.g.e.**, s. 49; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 185.

<sup>135</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 114.

<sup>136</sup> HGB § 25 ile BK 179'un karşılaştırılması için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, A.

<sup>137</sup> Turgut Akıntürk, **Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Medeni Hukuk**, 9. B., İstanbul 2003, s. 73.

rumlarda, kanunun amacına ve korunması gereken menfaatler dengesine en uygun yorumun yapılması kaçınılmaz olur. Tartıcı ve eleştirici bakış açısını esas alan gaî yorum metodu bize bunu emreder<sup>138</sup>.

## 1. BK 179'un Lafzi Yorumu

Lafzi nazara alındığında BK 179'un Teminat Teorisine dayandığını ve hükmün emredici bir düzenleme olduğunu kabul etmek güçtür. BK 179/I'e göre "*Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerle ilân ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mes'ul olur*". Bu hükmün lafzından bir malvarlığının veya işletmenin ancak borçlarıyla birlikte devralındığı takdirde, eski borçlardan sorumluluğun doğabileceği anlaşılmaktadır<sup>139</sup>. Bunun için işletmenin borçları ile devri konusunda anlaşmaya varılması (ve bu keyfiyetin devralan tarafından ilân/ihbar edilmesi) şarttır<sup>140</sup>. Borçlandırıcı işlem niteliğindeki devir sözleşmesinden e.OR § 181/BK 179'da açıkça söz edilmemiştir. Ancak bu hükümde devir sözleşmesi ve bu kapsamda borçların nakli konusunda anlaşma (borçtan kurtarma vaadi/borcun iç yüklenilmesi) ve dolayısıyla devralanın iradesi şart koşulmuştur. BK 179'un "*...aktif ve pasifleriyle devralan kimse...*" ibaresi, bu sonuca varılmasını zorunlu kılar. Aksi halde kanunda *işletmenin aktif ve pasifleri ile devralınmasından* söz edilmesi anlamsız olurdu. Kanunkoyucu işletmenin devralınmasına (ve bunun ilânına/ihbarına) borçlardan sorumluluk sonucu bağlasa idi, doğrudan işletmenin devrinden söz etmesi yeterli olurdu.

BK 179/e.OR § 181 bakımından irade (sözleşme) özgürlüğü ilkesini esas alan bu yaklaşım, İsviçre hukuku öğretisinde genel kabul görmektedir<sup>141 142</sup>. Buna göre taraflar-

---

<sup>138</sup> Yargıtay da gaî yorum metodunu benimseyip kullanmaktadır: Akıntürk, **a.g.e.**, s. 74.

<sup>139</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 114.

<sup>140</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 115.

<sup>141</sup> Becker, **a.g.e.**, § 181, N. 2/3; Bühler, **a.g.e.**, s. 25/26; Mezger, **a.g.e.**, s. 22/23; Barandun, **a.g.e.**, s. 84; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 395/396; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 90; Bucher, **a.g.e.**, s. 589; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 12, 62, 91; 105, 107; Rey/Gauch/Schlupe, **a.g.e.**, s. 306, N. 3830; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s.

ca pasiflerin ayrık tutulduğu (veya önemli ölçüde sınırlandırıldığı) bir malvarlığı veya işletme devri olanaklıdır. Bu tür bir devir, e.OR § 181/BK 179 kapsamına girmez. BK 179 sözü edilen devirleri geçersiz kılacak emredici bir düzenleme değildir. İşletmenin devri ile birlikte sadece belirli bazı münferit borçlar nakledilmek isteniyorsa, artık borcun nakline ilişkin genel kurallar uygulanır (OR § 175 vd./BK 173 vd.).

Türk hukukunda BK 179'un en azından iradi devirlere özgü bir düzenleme olduğu konusunda da bir tartışma bulunmamaktadır. Nitekim Teminat Teorisi taraftarlarıncaya<sup>143</sup> BK 179'un uygulanabilmesinin kaçınılmaz şartının, taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem niteliğindeki devir sözleşmesi olduğu benimsenmektedir. Bir yandan BK 179'un uygulanabilmesi için devir sözleşmesinin şart olduğunu kabul edip, diğer yandan pasiflerin devralana geçişi bakımından *anlaşmayı* aramamak tutarlı olamaz. Devir sözleşmesi hem aktiflerin devrini öngörmeli, hem pasiflerin naklini kapsamalıdır. Keza aynı şey açıkça pasiflerin bertaraf edilmesini öngören bir anlaşmayı yasaklamak için de söylenebilir. BK 179'da bu tür yasağı içeren emredici bir kural yer almamaktadır.

Nitekim Türk hukukunda Teminat Teorisinin önemli savunucusu *Acemoğlu*<sup>144</sup> da BK 179'da devir sözleşmesinde pasiflerin naklini engelleyen anlaşmayı yasaklayan emredici bir kural bulunmadığını, ancak bu "*boşluğun*" amaca uygun yorum yoluyla doldurulması gerektiğini ve bu yolla emredici bir kuralın çıkarılabileceğini belirtmektedir

Ne var ki, Türk Hukukunda kanunda *emredici kural boşluğundan* söz edilemez. Elbette emredici kurallar da yorumlanabilir. Ancak hâkim, emredici kural boşluğundan

---

765, dpn. 6; Tschäni, **BasK, ORI**, § 181, N. 9, 16; Tschäni, **a.g.e.**, s. 19, 25; Huguenin, **a.g.e.**, s. 217, N. 1390. Azınlıkta kalan farklı görüş için bkz. Oser/Schönenberger, **Art.** 181, N. 5 (Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 35, dpn. 44'ten naklen).; von Büren, **Obligationenrecht, a.g.e.**, s. 353.

<sup>142</sup> Türk hukuk öğretisinde benzer yönde Arslanlı, **a.g.e.**, s. 114; Ayiter, **a.g.e.**, s. 49; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 184/185; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 691, 696, dpn. 138.; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 52.

<sup>143</sup> Örneğin bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 25 vd.; Arkan, **a.g.e.**, s. 42; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 515 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 283; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1139/1140; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 975.

<sup>144</sup> **A.g.e.**, s. 40. Yazar eserinin sonuç bölümünde BK 179'un uygulanabilmesini tarafların iradelerine bağlı olmaktan kurtarmak için bazen kanuna aykırı ("contra legem") bile sayılabilecek yorumlara başvurduğunu belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 154).

hareketle, bir kamu düzeni kuralı yaratamaz<sup>145</sup>. Bu temel ilkeye aykırı olarak BK 179'a atfedilmek istenen emredici hüküm niteliği, kanunun yorumu ve boşluk doldurma prensiplerine aykırıdır.

Kanunkoyucunun borçların naklinde devir ilişkisinin taraflarının ve bu kapsamda devralanın iradesini aradığının bir başka gerekçesi de devrin bildirim ve ilân şartıdır. Gerçekten BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumluluğun temel şartlarından bir diğeri, sadece işletmeyi devralan tarafından gerçekleştirilebilecek olan devrin bildirim ve ilânıdır<sup>146</sup>. Ticari işletmenin devrine rağmen anılan bildirim/ilân yapılmamışsa, devralanın eski borçlardan sorumluluğu söz konusu değildir<sup>147</sup>. Eğer BK 179 uyarınca ticari işletmenin devri ile birlikte eski borçların intikali tarafların iradesine rağmen gerçekleşse idi, bu sonuç devralanın iradesine (davranışına)<sup>148</sup> bırakılmış olmazdı.

Nitekim BK 179'un eski borçların üstlenilmesini devralanın iradesine bırakan düzenlemesi, Teminat Teorisinin savunucuları tarafından alacaklıların menfaatlerini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle isabetli bulunmamakta ve eleştirilmektedir<sup>149</sup>. BK 179 sisteminin, Teminat Teorisine uygun ve bu teori çerçevesinde isabetli olup olmadığı ayrı bir konudur. Burada saptanan husus, BK 179'un –lafzı dikkate alındığında– eski borçlardan sorumluluk için devralanın iradesini aradığıdır. Kaldı ki, BK 179'a yönelik anılan eleştiri, en azından *pozitif düzenleme yönünden* savunduğumuz görüşün isabetine dolaylı olarak işaret etmektedir.

---

<sup>145</sup> Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 78/79.

<sup>146</sup> Arkan, **a.g.e.**, 45; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 532; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 975; Eren, **a.g.e.**, s. 1205; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 54; Tschäni, **BasK, ORI**, § 181, N. 7.

<sup>147</sup> Öğretide bu yöndeki genel kabul gören görüş için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, III, C.

<sup>148</sup> Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 55. BK 179 anlamında ihbarın/ilanın sadece hukuki işlem benzeri fiil ve bir tasavvur açıklaması olması vardığımız sonucu değiştirmemektedir. Hukuki işlem benzeri fiiller de bir irade açıklaması içerirler. Ancak meydana gelen hukuki sonuç, açıklanan iradenin değil, hukuk düzeninin öngördüğü sonuçtur. Bunlara kıyasen hukuki işlemlere ilişkin kurallar uygulanır: Bilgi için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 149/150; tasavvur açıklaması bağlamında aynı yönde Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 109.

<sup>149</sup> Örneğin bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 107/108; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 532.

## 2. BK 179'un Kanun Sistematığı İçindeki Yeri

BK sistematığı içindeki yeri nazara alındığında BK 179 hükmünün bir malvarlığı veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesi açısından irade serbestisi ilkesini nazara aldığı anlaşılmaktadır.

Alelaide borcun nakline ilişkin kurallara nazaran, BK 179 özel bir hükümdür<sup>150</sup>. Anılan madde borcun nakli hükümleri (BK 173 vd.; OR § 175 vd.) arasında yer almaktadır. Borcun dış yüklenilmesinin gerçekleşmesinde ise borcu üstlenen ile alacaklı arasında bir anlaşma yapılması şarttır (BK 174/I; OR § 176/I). Özel hüküm sadece düzenlediği konu ve sınırlar çerçevesinde genel hükmü bertaraf eder. BK 179'da sadece alacaklıların muvafakati bakımından istisna getirilmiş; buna karşılık borcu üstlenenin yani işletmeyi devralanın iradesi aranmıştır. Tıpkı BK 173 uyarınca borçtan kurtarma vaadinde (borcun iç yüklenilmesi anlaşmasında) borcun naklinin taahhüt edilmesinde olduğu gibi, işletmeyi devralan tarafından bu iradenin devir sözleşmesinde açıklanması gerekir.

## 3. BK 179'un Düzenleniş Amacı

Bir hükmün yorumlanmasında sadece lafzının değil, düzenleniş amacının da nazara alınması gerekir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, BK 179'un düzenleniş amacı bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, borçların ve borç ilişkilerinin *naklini kolaylaştırmak*, bunların rasyonel bir şekilde yeniden düzenlenmesini sağlamak ve devredene bir süre daha başvurma imkânı sağlamak suretiyle alacaklıları korumaktır<sup>151</sup>. Bu anlamda BK 179'da öncelikle devir ilişkisinin taraflarının menfaatleri ele alınmaktadır.

BK 179 genel olarak bir (ticari) işletmenin devrini düzenlememektedir. Bu işlemin karakteristik özelliklerini ortaya koymamaktadır. Bu hüküm sadece pasiflerin de devir konusu işletmenin unsurlarını oluşturabileceğini belirtmektedir<sup>152</sup>. Alacaklılara ko-

---

<sup>150</sup> von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 288/289.

<sup>151</sup> Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 765, dpn. 6; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 3; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 3.

<sup>152</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 93.

runma sağlanmasının nedeni, BK 179’da borcun nakli/dış yüklenilmesi için alacaklının muvafakatini arayan BK 174/I’e istisna getirilmiş olmasına bir denge oluşturmak içindir<sup>153</sup>. BK 179 bir malvarlığı veya işletme devrinde pasiflerin kaderini mutlak bir şekilde aktiflere bağlamak ve bunları hiçbir surette birbirinden ayrılmaz bir kül haline getirmek amacını taşımamaktadır. BK 179’da devir ilişkisinin taraflarına, bir malvarlığı veya işletmenin aktiflerini pasifleri ile bütün halinde devretme/devralma *imkânı* getirilmektedir.

#### 4. Ticari İşletme Devrine Hâkim İlkeler

Teminat Teorisinin ticari işletmenin devrinde menfaatler dengesine uygunluk arz ettiği de söylenemez. Zira BK 179’un uygulama alanına giren ticari işletmenin devrinin dayanağının bir devir sözleşmesi olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bir sözleşme temeline dayanan ticari işletmenin devrinde, her şeyden önce *irade serbestisi ilkesi* hâkimdir. Bu ilkenin kapsamına doğal olarak ticari işletmenin devri sözleşmesinin içeriğini tayin etme hak ve yetkisinin girdiği şüphesizdir. Devir ilişkisinin tarafları devir sözleşmesine ticari işletmenin aktif ve pasif unsurlarının ne ölçüde dâhil olacağını da belirleme imkânına sahip olmalıdırlar.

Hâlbuki Teminat Teorisi, ticari işletmenin devrinde aktiflerle birlikte kural olarak tüm borçların devralana intikalini kabul ederek (veya devir sözleşmesini tümden geçersiz sayarak)<sup>154</sup>, sözleşme özgürlüğü ilkesine de istisna getirmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, ticari işletmenin devrinde irade serbestisini savunanların değil; anılan ilkeyi sınırlayanların bunu gerekçelendirmesi gerekir.

Öte yandan ticari işletmenin iktisadi açıdan işlevsel bütünlüğünün muhafaza edilebilmesi için devirde mutlaka pasiflerin tamamının veya büyük bir çoğunluğunun naklinin gerektiği ve bu yüzden BK 179’un aktif ve pasiflerin birlikte devrini öngörmeyi

---

<sup>153</sup> Aynı yönde Früh, **a.g.e.**, s. 126, yazar haklı olarak BK 179’a göre hem devralanın hem de devredeninin (iki yıllık süre ile sınırlı olarak) müteselsilen sorumlu olması karşısında, borçların nakli için ayrıca alacaklıların muvafakatinin alınmamasının alacaklılar için önem taşımayacağını belirtmektedir.

<sup>154</sup> Teminat Teorisi savunucuları arasında, pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılmasının hukuki sonucu konusunda görüşler farklılık arz etmektedir: Bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, D, 1.

amaçladığı da söylenemez<sup>155</sup>. İktisadi gerekçelerle ve işlevsel bütünlüğünün korunmasından bahisle bir ticari işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğunun *emredici bir düzenleme* ile öngörülmesi yerinde değildir<sup>156</sup>. Aktif ve pasif birlikteliğinin gerekip gerekmediğini veya ne ölçüde gerekli olduğunu en iyi bilebilecek olan devir ilişkisinin tarafları ve özellikle ticari işletmeyi devralandır.

Genel kabul gören Teminat Teorisince BK 179'un eski borçlardan sorumluluk konusunda emredici bir düzenleme olarak kabul edilmesinin, ticari işletmenin devralınması uygulamasını önemli ölçüde kısıtladığı düşünülmektedir. Zira devralan açısından Teminat Teorisine göre yorumlanan BK 179 uyarınca ticari işletmenin devralınması, bünyesinde büyük riskler barındırmaktadır. Özellikle bildiği bilmediği, ticari defterlerde ya da devir envanterinde/bilânçosunda gösterilen veya gösterilmeyen tüm eski borçlardan sorumlu olan devralan tacir açısından, sonradan ortaya çıkacak “*sürpriz*” eski borçlar, bir iktisadi yıkımın veya ticari yönden hayatta kalma mücadelesinin habercisi olabilir<sup>157</sup>. Bu risklerin iç (devir) ilişkide düzenlenebilmesi ve devredene rücu olanağı da devralan açısından her zaman için tatmin edici bir güvence olamaz.

---

<sup>155</sup> Birsal, **a.g.e.**, s. 95, ticari işletmenin sadece aktifleri ile (sermaye olarak bir anonim veya limited şirkete) devredilebileceği görüşündedir. Farklı görüşte von Büren, **Obligationenrecht**, s. 353. Yazar malvarlığı veya işletmenin aktifler ve pasiflerden oluştuğundan, sadece aktiflerin devredilmesi halinde işletme devrinden söz edilemeyeceği görüşündedir. Bu yüzden von Büren OR § 181'in hem aktif ve pasiflerden bahseden ifade biçimi manâsız bulmaktadır.

<sup>156</sup> Aynı yönde Schleifenbaum, **a.g.e.**, s. 159/160, yazar görüşlerini HGB § 25'le ilgili Sorumluluğun Devamlılığı Teorisi açısından açıklamakla birlikte, dolaylı olarak konumuz bakımından da önem taşır. İşaret edelim ki, Alman hukukunda HGB § 25/II'nin açık ifadesi uyarınca taraflarca ticari işletmenin (ticaret unvanının devamı suretiyle) devralınmasından doğan eski borçlardan sorumluluğun aksi kararlaştırılabilir. Bu anlaşma ticaret siciline tescil ve ilân edilmişse veya üçüncü kişilere bildirilmiş ise alacaklılara/üçüncü kişilere karşı da karşı ileri sürülebilir. Dolayısıyla ticari işletmenin devrinde aksi öngörülemeyen nitelikte emredici bir sorumluluk, Alman hukukunda ticari işletmenin devri ile ilgili HGB § 25'te de bulunmamaktadır.

<sup>157</sup> Bu sonuçtan bir ölçüde kurtulma imkânı mevcuttur. Devralan tacir, –şartları gerçekleşmişse– ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sözleşmeden dönerek, devir sözleşmesini ortadan kaldırılabilir. Devir sözleşmesinin geçersiz olması halinde ise BK 179 uyarınca eski borçlar devralana geçmez. Ancak devralanın gerçeği yansıtmaz hale gelen ilândan/ihbardan dolayı alacaklıların uğradığı zararları tazmin sorumluluğu devam eder.

BK 179'a kaynaklık eden e.OR § 181'le ilgili İsviçre hukuku uygulamasında da, e.OR § 181 anlamında yapılacak bildirimlerden çoğunlukla kaçınılmakta veya devir bildirimlerinde açıkça e.OR § 181'in uygulanmayacağı öngörülmekte idi<sup>158</sup>. Nitekim İsviçre hukukunda FusG'nin kabul edilmesi ile birlikte e.OR § 181'de değişiklik yapılarak, ticaret siciline tescilli tacirlerin (malvarlığı veya) işletme devirlerinde bu hükmün (OR § 181/I, II, III) uygulanmayacağı kabul edilmiş ve önemli ölçüde uygulama alanı<sup>159</sup> daraltılmıştır<sup>160</sup>.

Açıklanan gerekçelerle ticari işletmenin pasifleriyle birlikte devrinin bütün tarafların ve bu arada devralanın menfaatine uygun olduğu fikri<sup>161</sup>, ticari hayat tecrübeleri ile

---

<sup>158</sup> Bu yönde Bühler, **a.g.e.**, s. 17; Philippe Weber, "Die Vermögensübertragung", **Fusionsgesetz**, Auswirkungen auf die Praxis, Kellerhals Andreas / Luginbühl Jürg (Hrsg), Zürich, Schulthess, 2004, s. 146; Markus Vischer, "Auswirkungen des Fusionsgesetzes auf Share and Asset Deals– zugleich ein Beitrag zur Vermögensübertragung", **Mergers & Acquisitions VII**, Tshäni Rudolf (Hrsg), Zürich, Schulthess, 2005 s. 215, dpn. 23. Bunun yerine devralınmak istenen borçlar belirlenerek, münferit borcun nakli işlemleri gerçekleştirilmekteydi. Bazı yazarlar, işletme devrinde genelde pasiflerin de devralındığını (Honsell, **a.g.e.**, s. 32) ve bunun işletme devrinin bir karakteristiği olduğunu (Lörtscher, **a.g.m.**, s. 52) belirtmektedir. Ancak bu tamamen kanuni düzenlemeyi (BK 179/OR § 181) açıklayan soyut bir saptama olup, İsviçre'deki eskiden beri mevcut olan fiili durum ve uygulamayı yeterince yansıtmamaktadır.

<sup>159</sup> Buna karşılık OR § 181 adi ortaklık veya ticaret siciline tescilli olmayan tek kişi işletmelerinin devrinde uygulanabilecektir.

<sup>160</sup> Gerçekten İsviçre'de 1 Haziran 2004'te yürürlüğe giren FusG ile birleşme, bölünme, nev'i değiştirme ve malvarlığı devri (Vermögensübertragung) kurumlarının hepsi aynı çatı altında düzenlenmiştir. OR § 181'de yapılan değişiklik ile FusG kapsamında ticaret şirketlerinin, kooperatiflerin, ticaret siciline tescilli diğer tacirlerin (derneklerin, vakıfların, gerçek kişilerin) malvarlığı ve işletmelerinin devri bakımından FusG'nin uygulanacağı öngörülmüştür (OR § 181/IV). Öğretide FusG'deki düzenlemelerin OR § 181'e nazaran özel düzenleme olduğu, emredici olarak uygulanacağı ve artık OR § 181/IV'te sayılan hukuk sükreleri açısından, OR § 181/I, II, III'ün uygulanmayacağı kabul edilmektedir: Bkz. Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 69, N. 19; Schaufelberger, [J. Kren Kostkiewicz vd., (Hrsg.)], **Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, Orell Fussli Verlag AG, 2002, § 181, N. 1, 11; von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 301/302. Benzer yönde Huguenin, **a.g.e.** s. 217, N. 1390. Bu konuda başvurulacak yegâne kurum, FusG ile düzenlenen malvarlığı devridir. Böylece FusG'deki hükümlerin dolanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır: Bkz. von Salis, **a.g.e.**, s. 392. Karş. Çoştan, **a.g.e.**, 2004, s. 34. Temel unsurları nazara alındığında İsviçre'de FusG § 69 vd. ile öngörülen malvarlığı devri; ticaret siciline tescilli bir hukuki sujesi tarafından, yazılı şekle tâbi malvarlığı devri sözleşmesinde (*sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca*) belirlenen işletmenin malvarlığı, işletme kısımları veya belirli aktiflerin yahut aktif ve pasiflerin, aktifin pasiften fazla olması (pozitif saldo) şartıyla ticaret siciline dayalı tescil şeklindeki bir tek işleme (uno actu) kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca devralana geçirilmesine denir: von Salis, **a.g.e.**, s. 10, 389/390.

<sup>161</sup> Acemoğlu, s. 1; Akuğur, **a.g.e.**, s. 21.

kesinlikle bağdaşmamaktadır<sup>162</sup>. Devralan belki de eski borçlardan sorumlu olmaksızın devraldığı ticari işletmeyi –ceteris paribus– daha iyi devam ettirebilir<sup>163</sup>. Ticari işletmenin devrinde tarafların neyin kendi menfaatlerine olduğunu irade serbestisi ilkesi çerçevesinde belirleme yetkisi vardır ve olmalıdır<sup>164</sup>. Pasiflerin aksi öngörülemez ve emredici şekilde devralana geçirilmesi zorunluluğu, ticari işletmenin devrini zorlaştırmakta ve büyük ölçüde kısıtlamaktadır. Bu keyfiyet ise işletme satımlarında/devirlerinde *esneklik ilkesine* de aykırıdır<sup>165</sup>.

## 5. Aktiflerin Pasiflerin Teminatı Olduğu Savı

Teminat Teorisinin dayandığı temel gerekçe, ticari işletmenin aktiflerinin pasiflerinin *teminatı* olduğu ve bunların birlikte devrinin, *alacaklıların menfaatlerini korumak* için zorunlu olduğudur.

Kanımızca ticari işletmenin devrinde alacaklıları korumak amacıyla aktiflerin ve pasiflerin birbirinden ayrılmasının yasaklanması, sadece pozitif hukukumuz bakımından değil, de lege ferenda da kabul edilebilir değildir<sup>166</sup>. Unutulmamalıdır ki, özellikle normal (“*sağlıklı*”) işletme devirlerinde, işletmeyi geçerli olarak ve gerçek değerinde satan ve devreden malvarlığında karşı edim yer alır. İşletmenin yerine ikame olunan karşı edim ise alacaklılar için teminat oluşturmaya devam eder<sup>167</sup>. Buna rağmen devralanın (devredenle birlikte) eski borçlardan emredici olarak sorumlu olması gerektiği düşünce-

---

<sup>162</sup> Tarafların menfaatleri ve işletme bütünlüğü ilkesi açısından ayrıntılı değerlendirme aşağıda yapılmıştır: Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, D, 1.

<sup>163</sup> Börner, **a.g.m.**, s. 39.

<sup>164</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 589.

<sup>165</sup> Bu ilkeyi incelediği konu bağlamında ele alan Schleifenbaum, **a.g.e.**, s. 155 vd. Esneklik ilkesi için bkz. von Salis, **a.g.e.**, s. 2, yazar işletmenin devrini de malvarlığı devri adı altında kapsamına alan FusG açısından, kanunda açıkça söz edilmemesine rağmen, “esneklik ilkesi”nin, yeniden yapılandırılmadıkça yeniliklerin getiriliş amaçları arasında ilk sırada yer aldığını belirtmektedir.

<sup>166</sup> HGB § 25’e dayalı sorumluluk bakımından aynı yönde Manfred Lieb, “Zu den Grundgedanken der §§ 25 ff. HGB”, **FS für Bodo Börner zum 70. Geburtstag**. Hrsg: Jürgen F. Baur, Christian Müller-Graf und Manfred Zuleeg, Köln, Carl Heymann, 1992, s. 749/750.

<sup>167</sup> Hübner, **a.g.e.**, s. 92.

si, alacaklıları haklı bir neden olmaksızın, devirden önceki konumlarına nazaran daha avantajlı bir duruma sokar. Bu sonuç alacaklıların korunması gayesini de aşar. Menfaatler dengesi alacaklılar lehine ve devir ilişkisinin tarafları ve özellikle devralan aleyhine ölçsüz bir şekilde bozular.

Ticari işletmenin sahibinin (borçlunun) alacaklılara zarar vermek amacıyla düşük değerli veya muvazaalı olarak yahut böyle amacı olmasa bile aynı tehlikeyi doğuracak şekilde (örneğin bağışlama) işletmeyi devretmesi tehlikelerine engel olmak, kural olarak icra ve iflâs hukukunun görevidir, yoksa maddi hukukun değil<sup>168</sup>. Bu tehlikenin işletme devirlerinde özellikler taşıması ve mevcut düzenlemenin yeterli olmaması halinde, icra- iflâs hukuku düzenlemelerinde değişiklik yapılması elbette düşünülebilir. Dolayısıyla icra hukukundaki iptal davası (İİK 277 vd.) imkânının yeterli koruma sağlamayacağı gerekçesi de incelediğimiz meselede bir dayanak olamaz. Gerek lafzı gerek ruhu itibarıyla BK 179, borçlunun alacaklılardan mal kaçırmasını engellemek amacıyla getirilmiş bir hüküm değildir.

Kanunkoyucu BK 179'da bir ayırım yapmaksızın doğrudan her türlü işletme devrinde, emredici olarak ve alacaklılara güvence oluşturmak üzere devralanın eski borçlardan sorumluluğunu kabul etseydi bile, en azından devralanın eski borçlardan ticari işletme (aktifleri) *ile sınırlı sorumluluğunu* veya işletme malvarlığının değeri miktarınca şahsi sorumluluğunu<sup>169</sup> kabul etmesi gerekirdi<sup>170</sup>. Zira devralanı ticari işletmenin pasiflerinden sorumlu tutmanın dayanağı, aktifleri devralmış olmasıdır.

---

<sup>168</sup> Alman hukukunda HGB § 25 uyarınca işletmenin devrinde eski borçlardan sorumluluk açısından benzer görüş için Schleifenbaum, **a.g.e.**, s. 106/107; Türk hukuku ve BK 179 bakımından aynı yönde Ülkü/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 52.

<sup>169</sup> De lege ferenda bunun işletme (Unternehmen) yönünden savunulabileceği yönünde Bühler, **a.g.e.**, s. 14, 19.

<sup>170</sup> Benzer yönde Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 2. Nitekim Alman hukukunda şimdi yürürlükte olmayan, BGB § 419 uyarınca malvarlığı devrinde, devralanın aksi sözleşmeyle bertaraf edilemez nitelikteki sorumluluğu (BGB § 419/III) malvarlığı ve onun değeri ile sınırlanmış idi (BGB § 419/II). Bu düzenleme de (BGB § 419), 31.12.1998 tarihi itibarıyla tamamen yürürlükten kaldırılmıştır: Möschel, **MünchK BGB**, § 419, N. 1. Aynı şekilde Avusturya hukukundaki, işletmenin malvarlığının borçları-

Hâlbuki BK 179 eski borçlardan ticari işletmeyi devralanın sorumluluğuna sözü edilen şekilde bir kısıtlama da getirmemektedir. Gerçekten BK 179 uyarınca ticari işletmenin eski borçlarını üstlenen (devralan) tüm malvarlığı ile sınırsız sorumlu olur<sup>171</sup>. Yoksa devralanan ticari işletme *aktifleri ile sınırlı sorumluluk* söz konusu değildir. BK 179 sistemi içinde bunun nedeni ise devralanın bu yöndeki iradesi (devir anlaşması) ve onun açıklanan iradesinin (aktif ve pasifle devrin ilânı/bildirimi) güven prensibince yorumudur. Bir kere BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumluluğun şartları gerçekleştikten sonra, ticari işletmenin pasiflerinin aktiflerinden fazla olması olgusu dahi, alacaklılara karşı devralanın eski borçlardan sorumluluğunu bertaraf etmez veya sınırlandırmaz.

Ayrıca Türk hukukunda ticari işletmenin devrinde, borçların işletmenin aktiflerinin mukadderatına tâbi olması gerektiği konusunda ne bir ticari teamül ne de bir ticari örf ve adet hukuku kuralı vardır<sup>172</sup>.

---

nın teminatı olduğu teorisinin pozitif düzenlemedeki bir görünümü olan devralanın işletmenin eski borçlarından sorumluluğu (ABGB, § 1409/I, 1) iki şekilde sınırlanmıştır. Birincisi, devralanın eski borçları bilmesi veya bilmesi gerekmesi şartı ile birlikte ve ikincisi, –kendi içinde tutarlı bir biçimde– işletme aktiflerinin değeri ile sınırlı olarak kabul edilmiştir (ABGB, § 1409/I, 2).

<sup>171</sup> Nitekim Türk hukukunda Teminat Teorisinin kurucusu Acemoğlu, bu durumu BK 179'daki çözümün “biraz ileriye gittiği” şeklinde açıklamaktadır (a.g.e., s. 125, dpn. 10). Ancak gene de yazar, ticari işletmenin devrinde aktiflerle sınırlı sorumluluğun, çok kere menfaatler dengesine aykırı olacağı, dinamik haklar topluluğu olan işletmenin aktiflerinin her an el değiştirebileceği, aktiflerinin toplam değerinin saptanmasında belirsizlik ortaya çıkaracağı, çünkü bu konuda muvazaa yapılabileceği, devir sırasında devralana ek bir külfet getireceği, açık ve kesin bir çözümün devralanı sınırsız sorumlu tutmayı gerektirdiği görüşündedir (a.g.e., s. 125/126).

Kanımızca, anılan gerekçelerden hiçbiri kabul edilebilir değildir. Aktiflerin toplam değerini saptama külfetinden kurtarmak için devralanı, onun iradesine rağmen tüm işletme borçlarından sınırsız sorumlu tutmak ikna edici değildir. Ayrıca ticari işletme faaliyeti kâr elde etmek amacıyla yürütülür. Aktiflerin el değiştirmesi halinde, çok kere bir başka değer işletmeye dâhil olur. Kaldı ki *de lege ferenda* yerindeliği tartışılan sözü edilen sorumluluk, aktiflerin kendisi ile değil, toplam değeri ile sınırlılık esasına dayanır. Aktiflerin toplam değerinin saptanmasında zorluklar ortaya çıkabilecek olması, bunun imkânsız olduğunu göstermez. Aktiflerin toplam değeri, objektif ölçütlere ve piyasa rayicine göre saptanır. Devir ilişkisinin taraflarının takdir ettiği değer mutlak bir ölçüt olmaz. Aktiflerin değerinin takdir edilirken veya satış bedeli belirlenirken muvazaa yapılması, aktiflerin değerinin takdirini etkilemeyecektir.

<sup>172</sup> Tam aksine özellikle devir sözleşmesinde açıklık olmaması halinde, sözleşme yorumlanırken gizlenen borçlar ile muaccel borçların sözleşme kapsamı dışında kabul edilmesi gerektiği konusunda bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, D. Ayrıca işletme bütünlüğü ilkesi açısından işletme borçlarının önemli kısmının devrin kapsamı dışında bırakılabileceği konusunda bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, D, 1. Ticari işletmenin

## 6. Teminat Teorisinin Borçlar ve Kişiler Hukuku Kuralları İle Bağdaşmaması

Teminat Teorisi her şeyden önce borçlar hukukundaki borçların nispiyeti ilkesine aykırıdır. Teminat Teorisi, borçları işletmeye ayrılmaz bir şekilde bağlamaktadır. Bu zorunluluk kişiler hukuku ve sorumluluk hukuku kurallarına da aykırıdır. Çünkü Teminat Teorisinde ticari işletme bir hukuk süjesi imiş gibi nazara alınmaktadır. İşletmenin hukuk süjesi olmadığı ise en azından mevcut düzende tartışmasız bir gerçektir. Anılan teori ise işletmenin bu *eksikliğini* eski borçları devralana yüklemek suretiyle *telafi etmektedir*. Hâlbuki işletme her ne kadar iktisadi bütünlük ise de, kişiler ve sorumluluk hukuku açısından bir hukuk süjesi değildir. Nitekim mevcut düzende tacirin işletmesi nedeniyle üstlendiği borçlardan sorumluluğunun işletme malvarlığı ile sınırlanmamasının altında yatan neden de budur<sup>173</sup>.

## 7. Teminat Teorisinin İİK 280/III İle Uyumsuzluğu

Bilindiği üzere borçlunun, alacaklılara zarar vermek amacıyla gerçekleştirdiği tasarruflar, İİK 277 vd. hükümleri çerçevesinde iptal edilebilir. Buradaki iptale tâbi tasarruflar, hukuken geçerli tasarruflardır. Ayrıca iptal davası ile tasarruf konusu mal veya hakkın, tekrar borçlunun malvarlığına intikal etmesi söz konusu değildir. Tasarrufun iptali kararı ile davacı/alacaklı sadece devredilen mallardan veya haklardan cebri icra yoluyla hakkını alma yetkisi kazanır (İİK 283/I).

Tasarrufun iptali davası hükümlerinden İİK 280/I uyarınca, malvarlığı borçlarına yetmeyen borçlunun, alacaklılara zarar vermek kastıyla yaptığı tasarruflar iptal edilebilir. Bunun için tasarruf işleminin karşı tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu sabit olmalıdır. Ayrıca işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren

---

devrinde mutlak bir şekilde aktif ve pasif bütünlük olarak nazara almasının etkileri, bir yeniden yapılandırma modeli olan bölünme bakımından da söz konusudur. Bu konu açısından ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, D, 2, 3.

<sup>173</sup> Aslan/Şenyüz/Ergün, **a.g.e.**, s. 12, işaret edelim ki, anılan yazarlar Teminat Teorisinin savunucuları arasında yer almaktadır (**a.g.e.**, s. 15).

beş yıl içinde, borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır (İİK 280/I, c. 2). Görüldüğü gibi bu tür bir davanın başarıya ulaşabilmesi için özel önem taşıyan husus, borçlunun zarar verme kastının ve tasarruf işleminin diğer tarafının bu kastı bildiğinin veya bilmesi gerektiğinin ispatlanmasıdır.

İşte borçlunun alacaklılara zarar vermek kastıyla yaptığı işlem, ticari işletmenin devri suretiyle de ortaya çıkabilir. Nitekim bu olasılığı göz önünde bulunduran Kanunkoyucu, özel olarak ticari işletmenin devri yönünden tasarrufun iptalini düzenlemiştir. Bu kapsamda İİK 280/III'te ticari işletmenin devrinde tasarrufun iptali kolaylaştırılmıştır. Anılan hükümde her ticari işletmenin devrinde borçlu bakımından ızzar kasdı karinesi ile tasarrufun karşı tarafı bakımından ızzar kasdının bilindiği karinesi kabul edilmiştir. Bu karinelerin çürütülmesi için ya iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini ya da ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların haberdar olmasını temin edecek münasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispat etmek zorunludur.

Teminat Teorisinin İİK'daki iptal davası hükümleri bağlamında tartışılması açısından bizi ilgilendiren, ticari işletmenin devri ile ilgili mahkemenin verdiği tasarrufun iptali kararının hükmü ve sonucudur. Tasarrufun iptali kararı ile birlikte alacaklılar, sadece devir konusu işletmenin aktiflerine veya bunların yerine geçen değerlere başvurabilirler (İİK 283/I, II). Bir başka deyişle devir konusu işletmenin aktifleri dışında, ticari işletmeyi devralanın başka bir malvarlığından cebri icra yoluyla haklarını elde edemezler.

O halde iptal edilen tasarrufun/tasarrufların diğer tarafının (ticari işletmeyi devralanın), icra hukuku açısından alacaklılara karşı sorumluluğunun en geniş sınırını işletme aktifleri (ve onların yerine geçen değeri) teşkil etmektedir<sup>174</sup>. Yani ızzar (mal kaçırma)

---

<sup>174</sup> Kendigelen, (Ülgen vd.), a.g.e., N. 535.

amaçlı ticari işletme devirlerinde bile alacaklılar, devralanın *işletmenin aktifleri ile sınırlı olarak* sorumlu tutulması ile korunmaktadır (İİK 280/III).

Durum böyle iken, BK 179'un emredici olarak ve tarafların iradesine rağmen, işletmenin eski borçlarından devralanın tüm malvarlığı ile sınırsız sorumlu olmasını düzenlediğinin kabul edilmesi, tasarrufun iptali hükümleri ve özellikle İİK 280/III ile uyumsuzluk arz etmektedir.

Gerçekten ticari işletmenin devrinin (en az üç ay öncesinden) bildirilmemesinin/ilân edilmemesinin yani devrin gizli ve el altından gerçekleştirilmesinin icra hukukundaki yaptırımını, devralanan aktiflere alacaklıların cebri icra yoluyla başvurmasına katlanmaktadır. Buna mukabil ticari işletme devrinin bildirimini/ilân edilmesinin sonucu bundan daha ağır olmaktadır: Bu sonuç *devralanın işletmenin kural olarak tüm eski borçlarından kendi malvarlığı ile sınırsız sorumlu olmasıdır*.

Hâlbuki BK 179 alacaklıları ızzar kasdı taşıması gibi bir şart aranmaksızın, tüm ticari işletme devirlerine uygulanabilen genel bir hükümdür. Kanunkoyucunun alacaklıları ızzar kasdı ile yapılan ticari işletme devirlerinden daha ağır ve katı bir sorumluluk sistemini, BK 179 temelinde normal ("*sağlıklı*") işletme devirlerinde benimsediği söylenemez. Bu tespitlerimizin Teminat Teorisine göre yorumlanan BK 179 hükmü ile İİK 280/III arasında telifi güç bir uyumsuzluğa<sup>175</sup> yeterince ortaya koyduğu düşüncesindeyiz.

---

<sup>175</sup> Teminat Teorisi taraftarları ise iki madde arasındaki bu uyumsuzluğa hiç değinmemektedirler. Örneğin *Arkan*, İİK 280/III (eski İİK 280/IV) ile devralanın alacaklıların açacağı iptal davasından kurtulmasının, devir keyfiyetinin ihbar ya da ilânına bağlandığını belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 44, dpn. 4). Ancak bu halde devralan alacaklıların açacakları iptal davasından kurtulmakla birlikte, bu sefer Teminat Teorisine göre –üstelik daha ağır bir sorumluluk üstlenmek suretiyle– alacaklılarının taleplerine muhatap olmaktadır.

## 8. Hukuki Görünüş Nazariyesi Açısından Değerlendirme

Hukuki görünüş nazariyesi uyarınca hukuki görünüş, belirli bir olgunun dışı (harice) karşı açığa vurduğu öyle bir görünüşdür ki, gerçekte mevcut olmayan bir hukuki duruma (hak, yetki, ya da hukuki ilişki) işaret eder<sup>176</sup>.

Hukuki görünüş ilkesinin uygulanması için şu şartların hepsinin birlikte bulunması zorunludur: Bir (i) hukuki görünüş var olmalıdır. Bu hukuki görünüş ilgiliye (ii) isnat edilebilir olmalıdır. Ayrıca (iii) bu hukuki görünüşe dayanılarak işlem yapılmalı ve (iv.) bu işlem ile hukuki görünüş arasında nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>177</sup>.

Devralanın ticari işletme faaliyetine devam etmesi, tek başına hukuki görünüşe güvenden dolayı eski borçlardan sorumluluk doğurmaz. Çünkü diğer unsurlar bir yana sadece (iii) hukuki görünüşe dayalı işlem yapma unsuru ele alındığında, bu şart uyarınca hukuki görünüşe güvenerek üçüncü kişilerin bir işlem yapması gerekir. Gerçekten öğretide Ülgen'in bu alandaki monografik eserinde<sup>178</sup> belirttiği üzere “(H)ukuki görünüşe itibarın korunması gayesini kendi bünyesinde taşımaz. Bir başka deyişle, hukuki görünüş sırf 3. kişilere buna itibarın vaki olması nedeniyle korunmaz. Burada korumanın nedeni 3. kişilerin hukuki görünüşe itibar ederek belirli bir davranışta bulunmaları, özellikle bir hukuki işlem yapmış olmalarıdır”. BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinde söz konusu olan, devirden önce ya kendisi ya da en azından dayandığı borç ilişkisi doğmuş borçların naklidir. Alacaklıların borçlandırıcı işlemlerin doğduğu tarihte, gelecekte gerçekleşecek ticari işletmenin devrinin oluşturduğu görünüşe güvenmeleri ise söz konusu değildir. Dolayısıyla sadece ticari işletmenin devrinin, hukuki görünüşten dolayı devralanın sorumluluğunu doğurması söz konusu değildir.

---

<sup>176</sup> Hüseyin Ülgen, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi**, (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul, Vedat Kitapçılık 2005, sh. 181.

<sup>177</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen, **Hukuki Görünüş**, s. 180 vd.

<sup>178</sup> Ülgen, **Hukuki Görünüş**, s. 224.

Ticari işletmenin devralınmış olmasının, en azından *devir tarihinden* itibaren ve *faaliyete devam* nedeniyle alacaklılar nezdinde devralanın borçları üstlendiği ve ödeneceği konusunda bir hukuki görünüş oluşturduğu düşüncesi akla gelebilir. Ancak bu olasılıkta ticari işletmeyi devralanın, bu hukuki görünüşün oluşmasına engel olma imkânının mevcut olması gerekirdi. Bu imkân eski borçların devrin kapsamı dışında bırakıldığı ve BK 179'un uygulanmayacağı, devrin ilânında/ihbarında açıkça belirtilmesidir. Teminat Teorisi savunucuları, *emredici* olduğunu belirttikleri BK 179'a aykırı buldukları için, bu imkânı dahi devralanın elinden almaktadırlar. Devralana bu imkânı tanımayanların, hukuki görünüş teorisine dayanması da mümkün değildir.

## 9. Ara Değerlendirme ve Sonuç

Özetle Türk hukukunda *Ayiter*<sup>179</sup>, *Karayalçın*<sup>180</sup>, *Fezyioğlu*<sup>181</sup> ve *Ülkü/Karaaslan*<sup>182</sup> ile birlikte, BK 179'un bir malvarlığı veya işletmenin devrinde pasiflerin devralana geçişini düzenlediği, ancak sadece bir imkân getirdiği ve emredici bir düzenleme olmadığı sonucuna varıyoruz<sup>183</sup>. Buna göre devir sonucunda pasiflerin devralana nakli için bunun ayrıca devir anlaşmasında öngörülmesi ve işletmenin devri ile birlikte devralan tarafından üçüncü kişilere bildirilmesi gerekir<sup>184</sup>. Pasiflerin tamamen veya kısmen ticari işletmenin devri kapsamı dışında bırakılması, BK 179 uyarınca devir sözleşmesinin ve aktiflerin devrinin geçersiz olması veya devralanın eski borçlardan emredici olarak sorumlu olması sonuçlarını doğurmaz<sup>185</sup>. Türk hukukunda, BK 179 uyarınca

---

<sup>179</sup> A.g.e., s. 49.

<sup>180</sup> A.g.e., s. 184/185.

<sup>181</sup> A.g.e., s. 691, 695/696, dpn. 138.

<sup>182</sup> A.g.e., s. 52.

<sup>183</sup> Kısmen bu yönde Arslanlı, a.g.e., s. 114/115

<sup>184</sup> Devir sözleşmesinin yorumlanmasında TK 11/II hükmü de nazara alınmalıdır.

<sup>185</sup> Devir sözleşmesinin ve aktiflerin devrinin geçersiz olması ile (devir sözleşmesi ve aktiflerin devri geçerli olmakla birlikte) pasiflerden devralanın emredici olarak sorumlu olması, bir arada gerçekleşmesi mümkün olmayacak sonuçlardır. Burada her iki olasılıktan söz edilmesinin nedeni, –yukarıda açıklandığı üzere– ticari işletmenin devrinde BK 179'a aykırı olarak pasiflerin, devrin kapsamı dışında

ticari işletmenin devrinde eski borçlardan sorumluluk bakımından Teminat Teorisi terk edilmelidir.

## **D. İŞLETMENİN BÜTÜNLÜĞÜ İLKESİ AÇISINDAN AKTİFLERİN PASİFLERLE BAĞLILIĞI SORUNU**

### **1. Genel Olarak**

Aktiflerin pasiflerle bağılılığı sorunu işletme bütünlüğü ilkesi açısından da incelenmelidir. Bu yönden inceleme BK 179'a ilişkin Teminat Teorisi'nin eleştirisinde sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için de gereklidir. Zira Teminat Teorisi'ni desteklemek için işletmenin bütünlüğü ilkesine de dayanılmaktadır<sup>186</sup>. Ticari işletmenin devrinde pasiflerin naklinin, işletmenin bütünlüğü ilkesi bağlamında zorunlu olup olmadığı üzerinde durulurken, TK 11/II ile BK 179 arasındaki ilişkinin de irdelenmesi gerekir. Ancak hemen belirtelim ki, işletmenin bütünlüğü ilkesi her şeyden önce, işletmenin sahibine ve devir olasılığında ise devir ilişkisinin taraflarının menfaatine hizmet eder<sup>187</sup>. Bu konudaki değerlendirmelerde, ilkenin altında yatan bu temel düşüncenin nazara alınması kaçınılmazdır.

TK 11/II'de ticari işletmeye ait daimi unsurlar sayılırken borçlar sayılmamıştır. Aktifler açısından ise TK 11/II'de ticari işletmenin devrinde hiçbir münferit malvarlığı unsurunun özellikle aktif değerlerin (ticaret unvanı, işletme adı, kiracılık hakkı, marka, fikri mülkiyet hakları vs.) mutlak biçimde ve aksi öngörülemez şekilde devredilen ticari işletmeye bağlanması öngörülmemiştir. Emredici şekilde devrin kapsamına girmesi bir yana, sözü edilen münferit unsurların hiçbirinin önceden ve her türlü ticari işletmenin devri yönünden esaslı (zorunlu) unsur olduğu da söylenemez. Hiçbir aktif unsur

---

bırakılmasına ilişkin anlaşmaların hangi hükümleri doğuracağı konusunun, Teminat Teorisi çerçevesinde tartışılmalıdır. Bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, D, 1.

<sup>186</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 39, yazar hem aktif hem pasif bir işleme konu teşkil etmiyorsa, zaten ticari işletmeden söz edilemeyeceğini belirtmektedir. İleri sürülen bu gerekçe Teminat Teorisi ile değil; esasen işletme bütünlüğünün korunmasında pasiflerin işlevi ile bağlantılıdır.

<sup>187</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, A, 1.

için önceden ve kesin olarak esaslı unsur sonucuna varılamazken, ticari işletmenin borçlarının topyekûn nakli bakımından farklı sonuca varılması isabetli değildir. Zira TK 11/II bir yedek hukuk kuralı olması yönüyle, devir ilişkisinde sözleşme özgürlüğü ilkesi ile esneklik ilkesini teyid eden bir düzenlemedir.

Ticari işletmenin devrinde yegâne ölçüt, işletme devrinin işletme faaliyetini devam ettirme imkânı sağlayacak unsurları kapsamasıdır<sup>188</sup>. İşletme bütünlüğü ilkesi uyarınca işletmenin devrinin sağlanabilmesi için nakli gerekli olan pasiflerin belirlenmesinde de bu temel ilkenin nazara alınması gerekir.

Ticari işletmeyi devralanın, ticari işletmenin eski borçlarının tamamını veya ağırlıklı kısmını üstlenmez ise ticari işletme faaliyetine devam etme imkânının bulunmadığı da söylenemez. Bir kere şartları gerçekleştiğinde, BK 179 uyarınca kaynağına bakılmaksızın tüm eski borçlar intikal eder. Hâlbuki haksız fiillerden örneğin işletmeye ait araçların yaptığı trafik kazalarından kaynaklanan tazminat borçlarının veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçların işletme faaliyetini devam ettirebilmek açısından vazgeçilmez bir işleve sahip olduğu söylenemez.

Vurgulayalım ki, tacirin ticari işletmesiyle ilgili borçların kaynaklandığı her sözleşmenin, işletmenin devamı ilkesi bakımından da özel önem taşıdığı söylenemez. Bazı sözleşmeler özellikle sürekli borç ilişkilerinin veya nispeten geniş zaman yayılan sözleşme ilişkilerinin işletmenin bütünlüğü (devamı) ilkesi bakımından özel öneme sahip olabilir. Bu sözleşmeler işletmenin bütünlüğünün korunması açısından zorunlu unsur sayılabilir. Hangi sözleşmelerin bu nitelikte olduğu ise somut olayın ve devredilecek işletmenin özelliklerine göre değişiklik arz edebilir.

Bazı sözleşmelerin dolayısıyla borç ilişkilerinin işletmenin devri ile birlikte devredilmesi ise zaten kanunda öngörülmüştür. Örneğin işyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde

---

<sup>188</sup> Aktifler açısından bu temel ölçüt/ilke ile ilgili açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, II, C.

veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (İş Kanunu, 6/I).

Ancak devredilen işletmenin iktisadi bütünlüğünün korunması için sözleşmelerin devri zorunluluğu, ticari işletme içindeki tüm sözleşme ilişkileri bakımından genelleştirilemez<sup>189</sup>.

Ticari işletmenin devamı açısından *doğrudan işletme konusuna* giren borçlar özel önem taşır. Ticari işletmenin devrinde ticari işletme faaliyetinin devamı için doğrudan işletme konusu ile ilgili üstlenilen borçların genellikle devralan tarafından ifa edilmesi beklenir. Örneğin ayıplı malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi veya buna benzer borçlar bu niteliktedir<sup>190</sup>. Ancak doğrudan işletme konusuna giren borçların dahi tümünün devralan tarafından karşılanması, ticari hayat tecrübeleri açısından olağan ve beklenebilir değildir. Ticari işletmenin devrine kadar muaccel olmuş borçlar bu niteliktedir. İşte vadesi gelmiş (ve uyuşmazlık konusu olmayan) bu borçların, devir tarihine kadar tek başına borçlu sıfatını taşıyan tacir tarafından ifa edilmesi, ticari ahlâktan kaynaklanan doğal bir zorunluluktur<sup>191</sup>. Devir sözleşmesinde aksine düzenleme yapılması mümkündür. Vadesi gelmiş veya temerrüde düşülmüş borçların devir sözleşmesinde neden mutlaka devralan tarafından üstlenilmesi gerektiğinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Özellikle işletme satımlarında, *devirden sonra* doğacak veya muaccel olacak borçların devralan tarafından üstlenilmesinin tipik bir özellik olduğu belirtilmektedir<sup>192</sup>.

Aynı durum devralan tarafından bilinmeyen (veya bilinmesi gerekmeyen), devreden tarafından gizlenmiş eski borçlar açısından da söz konusudur. Devirden sonra doğacak veya muaccel olacak olsa bile, devir sözleşmesinde bu tür borçların üstlenilmeyeceğinin öngörülmesi ve sınırlanması mümkündür. Faaliyetin devamı için ve devir ilişki-

---

<sup>189</sup> Hangi sözleşmelerin işletme bütünlüğü açısından zorunlu unsur olduğu ise işletmenin konusuna, türüne, faaliyetlerinin hacmine ve neticede somut olayın özelliklerine göre değişebilir.

<sup>190</sup> Canaris, **a.g.e.**, § 7, I, N. 1.

<sup>191</sup> Canaris, **a.g.e.**, § 7, I, N. 9; § 8, II, N. 12.

<sup>192</sup> Canaris, **a.g.e.**, § 7, I, N. 8/9

sinin her iki tarafının menfaatleri açısından bu borçların devralan tarafından üstlenilmesi gerektiği savı, yerinde değildir<sup>193</sup>.

Öte yandan *dolaylı olarak işletme konusuna giren* bazı borçların faaliyetin devamı için zorunlu olduğu ve devralan tarafından karşılanmasının ticari hayat tecrübeleince olağan ve beklenebilir olduğu söylenemez. Bu borçlara, alınan yüksek meblağlı krediler, işletmeye satın alınan aktiflerden doğan semen borçları örnek olarak verilebilir<sup>194</sup>. Gerçekten tacirin işletme gayesine erişmek için gerekli olmadığı halde, TK 3 ve 21/I uyarınca ticari iş niteliğinde olmak üzere üstlendiği para borçlardan, aldığı ödünçlerden ve kredilerden, devralanın sorumlu olmasının zorunlu olduğu söylenemez<sup>195</sup>. Kaldı ki, işletmesini devredecek tacir bu borçları üstlenmeyi işletme gayesine erişmek bakımından gerekli görmüş olsa bile, aynı şey işletmeyi devralacak tacir için söylenemeyebilir. Neticede ticari işletmenin devrinin bir yeniden yapılandırma modeli olduğu ve işletmeyi devralanın kendi ticari stratejilerine göre işletmeyi devam ettirmek isteyebileceği de unutulmamalıdır. Hâlbuki eski borçların devredilen ticari işletmeye mutlak bir biçimde bağlanması, bu olanakları işletmeyi devralacak kişiden yoksun bırakmaktadır.

İşletme bütünlüğü ilkesine ticari işletmeyi devreden açısından bakıldığında, ticari işletmenin devrinden sonra işletmesinden artık yoksun olan devreden tacirin bazı eski borçları ifa etmek konusunda güçlüklerle karşılaşabileceği olasılığı akla gelebilir. Gerçekten bu olasılıkta devreden tacir, işletme konusuyla doğrudan bağlantılı bazı borçların ifası bakımından en azından sübjektif imkânsızlık olgusuyla karşı karşıya kalabilir. Ancak bunun her türlü borç bakımından söz konusu olmayacağı belirtilmelidir. Özellikle

---

<sup>193</sup> Ayrıca devir sözleşmesinde pasiflerin öngörülmesi konusundaki açıklamalarımıza bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, D.

<sup>194</sup> Canaris, **a.g.e.**, § 7, I, N. 2, yazar HGB § 25 uyarınca eski borçlardan sorumluluk açısından, devralanın haberdar olmadığı yüksek kredi veya semen borçlarının “kötü bir sürpriz” olacağını belirtmektedir.

<sup>195</sup> Nitekim yukarıda, bir malvarlığı unsurunun veya borcun ticari işletmeye özgülenmesinde ve işletmenin içinde yer alıp almadığının saptanmasında, bunların ne ölçüde işletme gayesine hizmet ettiğinin önem taşımadığı; dolayısıyla bu durumun devri sözleşmesinde, hangi unsurların devralınacağını belirlemesi ve –işletme bütünlüğü ilkesi zedelenmeden– bazı unsurların devrin kapsamı dışında tutulması ihtiyacını gündeme getirebileceği açıklanmıştı: Bkz. Birinci Bölüm, III, B, 3.

para borçlarının ifası bakımından subjektif imkânsızlık durumu hiçbir zaman ortaya çıkmaz. Bunun dışında devir sözleşmesinin akdinden sonra devrin ifası aşamasına kadar bir süre tanınabilir ve işletmeyle işlevsel bağlantılı olan bu borçların tasfiyesi olanağı yaratılabilir. Ayrıca işletmeye ait borçların, BK 174 uyarınca borcun nakli anlaşması veya sözleşmenin nakli kurumuna başvurularak geniş anlamda borç ilişkisi ile birlikte devredilmesi de mümkündür. Alacaklıların muvafakat vermemesi nedeniyle borcun nakli veya sözleşmenin nakli gerçekleşmeyebilir. Bu olasılıkta bile iç ilişkide yani devir sözleşmesinde açıkça öngörülerek işletmeyi devralanın söz konusu borçları üstlenmesi (borçtan kurtarma vaadi, BK 173) olanaklıdır<sup>196</sup>. Borcun, bizzat borçlu (işletmeyi devreden) tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; üçüncü kişi yani işletmeyi devralan borcu ifa etme yetkisine sahiptir (BK 67).

Özellikle borçlunun (tacirin) kişiliğine sıkı surette bağlı olmayan borçlarda durum böyledir. Kaldı ki tartıştığımız sorun, devreden tacirin işletmesinden yoksun kaldığı için ifada zorlanacağı eski borçlar olup, bunlar işletme (iktisadi kimliği) ile işlevsel bağlantı içinde olanlardır. Bu nitelikte olan borçların ise işletmeyi devralan tarafından BK 67 uyarınca ifa edilmesinin mümkün olduğu şüphesizdir. Tacirin kişiliğine sıkı surette bağlı olan borçların ise zaten ticari işletmeyle birlikte devri söz konusu değildir<sup>197</sup>.

Özetle ve sonuç olarak ticari işletmenin devrinde, işletmenin bütünlüğü (devamı) ilkesi yani işletme faaliyetinin devirden sonra da devam ettirilebilmesi bakımından, eski borçların tamamının veya ağırlıklı kısmının mutlaka devir sözleşmesinin kapsamında yer almasının zorunlu olmadığı sonucuna varmış bulunmaktayız. O halde ticari işletmeye ait borçların devir taahhüdünün kapsamına alınıp alınmayacağı konusu, devir sözleşmesinde öngörülebilir.

---

<sup>196</sup> İşletme satımında, devirden sonra doğacak veya muaccel olacak borçların devralan tarafından iç ilişkide üstlenilmesinin tipik bir özellik olduğunu belirten Canaris, **a.g.e.**, § 7, I, N. 8/9.

<sup>197</sup> Bu konuda ayrıca bkz. aş. Üçüncü Bölüm, IV, C.

## 2. Bölünmedeki Ekonomik Bütünlük İlkesi Açısından

### a. Genel olarak

Yeniden yapılandırma modeli olarak bölünme kurumunda *ekonomik bütünlük ilkesi*, öğretide bölünmenin karakteristik özelliği olarak görülmekte ve ekonomik bütünlüğün oluşmasında *aktiflerin pasiflere bağlılığı* vazgeçilmez (aksi öngörülemez) bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir. Şüphesiz bu konuda ileri sürülen görüşler, ticari işletmenin devrinde aktiflerin pasiflerle bağlılığı sorunu açısından da özel önem taşımaktadır. Aslında bunun tam tersini de söylemek mümkündür. Şöyle ki, bir (ticari) işletmenin devrinde aktiflerin pasiflerle bağlılığı sorununa getirilen çözüm, büyük ölçüde bölünmenin konusunun belirlenmesinde de önem taşır<sup>198</sup>. Çünkü bölünmenin konusu açısından zorunlu görülen ekonomik bütünlüğün mutlaka bağımsız bir işletme veya ticari işletme olması şart değilse de, bir (ticari) işletme, ekonomik bütünlüğün başta gelen örneğini teşkil eder. Nitekim öğretide bölünme konusu bağımsız bölüm bir işletme düzeyinde ise bu işletmeye dâhil olan aktif ve pasiflerin arasındaki ekonomik/hukuki bağın ayrıca saptanmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir<sup>199</sup>.

Fikrimizce BK 179 temelinde işletmenin devrinde pasifleri aktiflere zorunlu olarak bağlayan hâkim görüş, etkilerini bölünme kapsamında bölünebilecek malvarlığı bölümlerinin belirlenmesinde de kendisini göstermektedir. Bu saptamamızda, özel hukuk açısından düzenlenmeyen bölünmenin, mevcut hukuk düzeninde aynı sermaye temelinde gerçekleştirileceğinin ve BK 179'un uygulama alanı bulacağıın genel kabul görmesi<sup>200</sup> de etkili olmuştur.

---

<sup>198</sup> Elbette bölünme kurumunun niteliği veya kendine özgü özellikleri (örneğin bölünmeye katılan şirketlerin bir sermaye şirketi olması ve bunların organizasyonuna ilişkin hukuk kuralları) de nazara alınmak durumundadır.

<sup>199</sup> Örneğin bkz. Helvacı, **Bölünme**, s. 100.

<sup>200</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, C, 5, a.

Ticari işletmenin devrinde işletme bütünlüğü ilkesi üzerinde yeterince durulmasına karşılık, bölünme konusunda durum tam tersidir. Bu açıdan ticari işletmenin devrinde işletme bütünlüğü konusunda, bölünme bağlamında ortaya çıkan görüşlerden yararlanılması ve bunların değerlendirilmesi yerinde olur.

### ***b. Öğreti***

Öğretide gerek KVK'da bölünmeye ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmadığı aşamada<sup>201</sup> ve yine mülga KVK 38 döneminde, kısmi bölünmenin konusunu aktif ve pasiflerle birlikte bağımsız ekonomik/hukuki bütünlük (kül) olan bir malvarlığının oluşturabileceği savunulmuştur<sup>202</sup>. Bölünme konusu bir işletme düzeyine ulaşmasa bile, en azından bir malvarlığı bölümü olması gerekir. Ancak genel olarak bir kimsenin veya bir ticaret ortaklığının malvarlığının ise –hangi oranda olursa olsun– aktif ve pasiflerden oluşan bir bütünlük olduğu belirtilmektedir<sup>203</sup>. Yani hak ve borçlardan oluşan bütünlük koşulu, malvarlığı kavramının temel özelliğidir<sup>204</sup>.

İşletme bütünlüğü veya ekonomik bütünlük ilkesi, sadece kısmi bölünme ile sınırlanmamakta, genel olarak bölünme ve dolayısıyla tam bölünme açısından da kabul edilmektedir. Buna göre bölünme işlemine ancak birbirine bağlı aktif ve pasiflerin bir kül halinde konu olabileceği kabul edilmektedir<sup>205</sup>. Yeniden yapılandırma modeli olarak bölünmede, bölünen ortaklık bünyesinde çalışan birden fazla farklı işletme alanı olduğu takdirde, bunların birer *bağımsız işletme olarak* bölünmelerinin sağlanması gerekir<sup>206</sup>.

---

<sup>201</sup> Olması gereken hukuk açısından Teoman, **a.g.e.**, s. 90/91.

<sup>202</sup> Tekinalp, **Mükellefin**, s. 40/41, Yasaman, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, s. 704; Helvacı, **Bölünme**, s. 25, 44, 100, 106; Çoştan, **a.g.e.**, 113 vd.; Akuğur, **a.g.e.**, s. 115-117.

<sup>203</sup> Örneğin bkz. Helvacı, **Bölünme**, s. 99.

<sup>204</sup> Çoştan, **a.g.e.**, s. 111.

<sup>205</sup> Moroğlu, **a.g.e.** s. 6; Yasaman, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, 711, dpn. 39'da anılan diğer yazarlar. Helvacı, **Bölünme**, s. 99/100; Akuğur, **a.g.e.**, s. 68, 72/73; Çoştan, **a.g.e.**, s. 110/111.

<sup>206</sup> Helvacı, **Bölünme**, s. 44, 100.

Bölünme konusu ayrı ve bağımsız bir işletme olmasa bile, en azından aktif ve pasif unsurlardan oluşan bağımsız bir bütünlük olmalıdır<sup>207</sup>.

Aktif ve pasiflerden oluşan bütünlük ilkesinin kabulüne, külli halefiyet ilkesi de dayanak gösterilmektedir<sup>208</sup>. Şöyle ki, kavramsal açıdan (yeniden yapılandırma modeli olarak) bölünmenin temel unsurlarından biri külli halefiyet ilkesidir. Külli halefiyet ilkesi, en genel anlamıyla bir kişiye ait hak ve borçların bütün olarak tek bir işlemle bir diğer kişiye geçirilmesidir. Örneğin miras hukukunda murisin veya ticaret ortaklıklarının birleşmesinde, bir ortaklığın tüm malvarlığının intikali söz konusudur (MK 599; TK 151, 451/I, 452, 453, 454, 476/2, 555/I). Bu ilke gereğince aktif ve pasifleri ile bütünlük oluşturmeyen malvarlığının külli halefiyet ilkesi uyarınca devredilebileceğinin kabulü, hukuk düzeninin ihlalidir<sup>209</sup>. Hukuk düzeninde külli halefiyet ilkesinin istisnai karakteri dikkate alındığında, bu istisnanın sınırlarının belirlenmesi zorunludur<sup>210</sup>. Görüldüğü üzere bu görüş, özetle külli halefiyet ilkesinin tanımına (kapsamına), kanunda düzenlenmiş diğer örneklerdeki özelliklerine ve istisnai karakterine dayanmaktadır.

İşletme bütünlüğü veya en azından malvarlığının ekonomik bütünlüğü ilkesinin kabul edilmemesi halinde, bölünmeye gizli bir tasfiye yönetimi olarak başvurulabileceği<sup>211</sup>, bölünmenin kötüye kullanılabilmesi<sup>212</sup> ve alacaklıların haklarının tehlikeye düşürüleceği öne sürülmektedir<sup>213</sup>.

---

<sup>207</sup> Helvacı, **Bölünme**, s. 100, 106; Çoştan, **a.g.e.**, s. 112.

<sup>208</sup> Çoştan, **a.g.e.**, s. 111/112; Akuğur, **a.g.e.**, s. 116.

<sup>209</sup> Çoştan, **a.g.e.**, s. 112. Bununla birlikte anılan yazar, Avrupa Birliği'nin bölünmeyi düzenleyen Altıncı Yönergesi ile İsviçre ve Alman kanunlarının (sırasıyla FusG, UmwG) bölünme konusu malvarlığı bölümlerinin nasıl belirleneceği konusunda açıklık taşımadığını belirtmektedir. Aynı yazar buna bağlı olarak anılan yabancı mevzuatın, bölünmeye katılan ortaklıklara malvarlığı bölümlerinin saptanmasında ve bu bağlamda bir kısım aktif ve pasiflerin bölünme dışında bırakılması konusunda yetki (imkân) verdiğini ifade etmektedir (**a.g.e.** s. 112).

<sup>210</sup> Çoştan, **a.g.e.**, s. 115.

<sup>211</sup> Helvacı, **Bölünme**, s. 100.

<sup>212</sup> Çoştan, **a.g.e.**, s. 115

<sup>213</sup> Akuğur, **a.g.e.**, s. 116.

TK Tasarısı'nda ise bölünme konusunun aktif ve pasiflerinden oluşmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir kural yoktur. Sadece bölünmenin “malvarlığı bölümlerinden” oluşmasından söz edilmektedir (TK Tasarısı, 159). Bununla birlikte henüz özel hukuk yönünden bölünmenin genel bir düzenlemeye tâbi olmadığı Türk hukuku öğretisinde yukarıda açıklandığı üzere genel kabul gören, bölünme konusunun “aktif ve pasiflerden oluşan ekonomik bütünlük” olması gerektiği görüşünün<sup>214</sup>, TK Tasarısı'nın kanunlaşması halinde “malvarlığı bölümünün” içeriğinin yorumlanmasında da etkili olması kuvvetle muhtemeldir. Bu açıdan hâkim görüş ve gerekçeleri aşağıda ayrıntılı olarak irdelenmiştir.

### 3. Türk Hukukundaki Hâkim Görüşün Eleştirisi

Öncelikle Türk hukuku öğretisinde hâkim görüşün, bölünme konusunun aktif ve pasiflerden oluşan ekonomik bütünlük olması gerektiği ve bu bütünlüğün mutlaka hem aktiflerden hem pasiflerden oluşmasının zorunlu olduğu sonucuna varırken dayandığı gerekçeler saptanmalıdır: Anılan sonuca varılırken; (i.) *malvarlığı kavramından* (ii.) *yeniden yapılandırma modeli olarak bölünmenin işlevinden (amacından)* (iii.) *külli halefiyet ilkesinin mahiyetinden* (iv.) *alacaklıların korunması düşüncesinden* (v.) *aksine bir düşüncenin kabulü halinde bölünme kurumunun kötüye kullanılabileceğinden* hareket edilmektedir. Bu gerekçelere şimdi bir de (vi.) *KVK 19'da işletme bütünlüğü ilkesine vurgu yapan yeni düzenleme* eklenebilir. Bu dayanakların teker teker değerlendirilmesi gerekir.

#### a. Malvarlığı kavramı açısından

Sadece ekonomik bütünlük arz eden malvarlığı bölümlerinin bölünme konusu yapılabileceğini savunan hâkim görüş, *ekonomik açıdan* bu bütünlüğün neden mutlaka

---

<sup>214</sup> Bu tespit en azından olması gereken hukuk ve mevcut düzende bölünme benzeri yeniden yapılandırmalar (KVK 19/III, 20/II, III) açısındandır. Çünkü öğretilerde ağırlık taşıyan görüş, bölünmeyi özel hukukta genel olarak düzenleyen pozitif düzenleme bulunmadığı ve vergi hukuku hükümlerinden (KVK) farklı bir sonuca varılamayacağıdır. Bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, C, 5, a.

aktif ve pasiflerden oluşması gerektiğini yeterli olarak gerekçelendirebilmiş değildir<sup>215</sup>. Bölünmenin ekonomik bütünlük olması gerekip gerekmediği sorunu ile ekonomik bütünlüğün mutlak biçimde aktif ve pasif birlikteliğine bağlanması problemi birbirinden ayrılmalıdır.

Öncelikle belirtelim ki, malvarlığı kavramının mutlaka hak ve borçlardan oluşan bir küle (Einheit) olduğu, tartışmasız kabul edilen bir husus değildir. Bu konuda Türk hukukunda ilk monografinin yazarı Ayiter, ileri sürülen tüm görüşleri değerlendirdikten sonra, isabetli olarak malvarlığının (“mamelek”) iki anlamını ayırt etmek gerektiğini yazmaktadır<sup>216</sup>. Yazar devamla, “ferdin ekonomik değeri olan münasebetlerinden doğan hak ve borçlarla, bu neviden münasebetler kurma ehliyetini ayırdığımızda, mamelekin asıl manası ile karşılaşırız. Bu manâda... (m)amelek ehliyeti parçalanmaz bir bütün, şahsa bağlı bir sıfat olduğu halde gerçek manâsı ile mamelek bir tüm değildir.” Hak ve borçların aynı kişiye ait olması dolayısıyla tüm telâkki edilmesi isabetli değildir<sup>217</sup>.

Farklı görüşte olan Acemoğlu pasiflerin malvarlığının mütemmim cüz’ü (tamamlayıcı parça) olduğunu belirtmektedir<sup>218</sup>. Acemoğlu’nun pasifleri mütemmim cüz’e benzetmesi, teknik açıdan değil, aktifler ile pasifler arasında savunduğu bağın ne kadar kuvvetli olduğunu ifade etmek için olsa gerektir. Zira bütünleyici parça kavramı eşya hukukundaki mülkiyet hakkına ilişkin bir kavramdır. MK’ya göre bir şeye malik olan, onun bütünleyici parçasına da malik olur (MK 684/I). Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve *o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe* ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır (MK 684/II). Gerçekte bir malvarlığının aktifleri ve pasifleri arasında, teknik açıdan asıl şey ile bütünleyici par-

---

<sup>215</sup> Buna karşılık hukuki açıdan bölünme konusunun aktif ve pasiflerden oluşması gerektiği konusunda, üzerinde durulması gereken gerekçeler (bölünmenin kötüye kullanılması, alacaklıların korunması) ileri sürülmüştür. Bu gerekçeler devam eden açıklamalarımızda ayrıca değerlendirilmiştir.

<sup>216</sup> Ayiter, **a.g.e.**, s. 27.

<sup>217</sup> Ayiter, **a.g.e.**, s. 27.

<sup>218</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 14/15. Temel olarak aynı yönde Çitçi, **a.g.e.**, s. 31, dñn. 68

ça arasındaki ilişkiye benzer bir bağ bulunmamaktadır. Her şeyden önce bütünleyici parça *borç* değil, bir tür eşyadır. Öte yandan bir kişinin malvarlığındaki tüm hakların mülkiyet hakkı niteliğinde olması zorunlu olmadığı gibi, bir kül teşkil etmediği için aktiflerin tümü üzerinde tek bir mülkiyet hakkı da bulunmamaktadır. Örneğin aktifler arasında önemli bir yer tutacak alacaklar bu kapsamda sayılabilir.

Türk-İsviçre hukuklarında malvarlığının aktif ve pasiflerden oluşan bir kül olduğunun kabul edildiği tespiti<sup>219</sup> de isabetli değildir. Alacakların borçlardan bağımsız olarak temlikinin (BK 162 vd.), borçların alacaklardan bağımsız olarak naklinin (BK 173 vd.) düzenlendiği İsviçre-Türk hukuku sisteminde, *aynı borç ilişkisinden kaynaklanan alacaklar ve borçlar arasında bile* ayrılmaz bir bağ bulunmadığı ortadadır. O halde işletme içinde, aralarında böyle bir hukuki bağ/ilişki bulunmayan ve sadece iktisadi bağlantı bulunan hak ve borçların, (aksine özel kanun hükmü bulunmadığı sürece) ayrılmaz biçimde birbirine bağlı olmadığının evleviyetle kabulü gerekir. Örneğin ödünç aldığı para ile bir taşınmaz iktisap eden malikten bu taşınmazı devralan, ödünç borcunu da üstlenmiş olmaz.

Eğer malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifiyle devrini düzenleyen BK 179'a dayanılarak, aktif ve pasifler arasında böyle bir bağ kurulduğu kast ediliyor ise, BK 179'un emredici olarak borçların naklini düzenleyip düzenlemediği tartışmalıdır<sup>220</sup>. Ancak özellikle İsviçre hukukunda, hiçbir zaman BK 179'un (e.OR § 181'in) emredici olarak borçların naklini düzenlediği fikri hâkim görüş olmamıştır<sup>221</sup>.

Öte yandan sadece belirli aktiflerden oluşan bir malvarlığı bölümünün kendi içinde ekonomik bütünlük arz etmediği de söylemez. Gerçekten ekonomik bütünlük kavramı, esasen adı üstünde hukuki bir kavram olmayıp, iktisadi bir kavramdır. Önemli olan ticaret hayatının gereksinimleri açısından, sadece aktiflerden oluşan bir malvarlığı bö-

---

<sup>219</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 14.

<sup>220</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B ve C.

<sup>221</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, C, 1. Nitekim *Acemoğlu'nun* görüşünü ortaya attığı dönemde de emredici olarak borçların naklini düzenlemediği hakim görüş idi (Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 34/35).

lümünün ekonomik bütünlük olarak algılanıp algılanamayacağıdır. Bir ekonomik bütünlük olarak örneğin ticari işletmenin, kural olarak eski borçlarının tamamından veya önemli kısmından bağımsız olarak devrinin işletme bütünlüğünü zedelemeyeceği yukarıda ayrıntılığı olarak açıklanmış idi<sup>222</sup>. Kanımızca işletme veya ticari işletme düzeyine ulaşmayan iktisadi bütünlükler açısından da aynı sonuca varılmalıdır. Buna karşılık tıpkı işletmede olduğu gibi bir iktisadi bütünlüğün varlığını devam ettirebilmesi için istisnaen belirli borçlar veya özellikle sözleşmeler vazgeçilmez nitelikte olabilir. Ancak bu durum, ilgili ekonomik bütünlüğün belirli bir anda kapsamında yer alan tüm borçların bu nitelikte olduğunu göstermez.

Kaldı ki mevzuatımızda bir ticari ve iktisadi bütünlüğün – ki bu bütünlük genellikle bir (ticari) işletmedir– borçlarından ayrı olarak (cebri icra yoluyla) satışı imkânını düzenleyen özel düzenleme dahi bulunmaktadır<sup>223</sup>. Eğer ticaret hayatın gereksinimleri, pasifler olmaksızın bir ticari ve iktisadi bütünlüğün satılamayacağı veya devralınmayacağı yönünde olsaydı, söz konusu kanuni düzenlemenin kabul edilmesi de gereksiz olurdu.

### ***b. Bölünmenin işlevi (amacı) açısından***

Bölünme kurumunun işlevi, bölünen şirketin malvarlığı bölümlerinin devrini kolaylaştırarak yeni bir yeniden yapılandırma modeli oluşturulmasıdır<sup>224</sup>. Bu yeniden yapı-

---

<sup>222</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, D, 1.

<sup>223</sup> BankK 134/V uyarınca TMSF tarafından amme borçlusu bir şirketin/kişinin haczedilen varlıklarının, ticari ve iktisadi bütünlük olarak satışında, *tüm hak ve varlıkları* bir araya getirerek ve en önemlisi borçlardan ayrı olarak satılmaktadır. Örneğin güncel bir olay olarak, Türkiye'nin sayılı şirketlerinden, Sagra markalı gıda ürünlerini üreten SAGRA Gıda Üretim Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.'nin TMSF tarafından el konulan tüm aktifleri, BankK 134 uyarınca ticari ve iktisadi bütünlük olarak 39 Milyon ABD Doları muhammen bedel ile borçlarından arı olarak satılması ilân verilmiştir (R.G. 16 Temmuz 2007, 26584). Satışa konu ticari ve iktisadi bütünlük; Sagra Gıda Fabrikasının *faaliyetini sürdürebilmesi için* yararlı veya gerekli olan gayrimenkuller, makine-teçhizat, döşeme-demirbaşlar (menkuller) ve marka/marka başvuruları ile bu mal, hak ve varlıkların ferî veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden oluşmaktadır. BankK 134/V temelinde ticari ve iktisadi bütünlük satış hakkında bilgi için bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, C, 8.

<sup>224</sup> Stengel/Schwanna, **Semler/Stengel UmwG**, § 123, N. 2; Teichmann, **Lutter UmwG**, § 123, N. 5.

landırma modeli, bölünmeye katılan ortaklıkların ortaklık yapısını ve dolayısıyla ortakların menfaatlerini ve hatta alacaklıların menfaatlerini etkileyebilir. Ancak bölünme suretiyle devredilen malvarlığı bölümünün içeriğinin belirlenmesinde, bizi öncelikle malvarlığı devrinin kolaylaştırılması amacı ilgilendirir.

Esasen bölünmenin anılan işlevi ve ayrıntılı ve masraflı bir prosedür olduğu dikkate alındığında, bölünmeye genellikle çok sayıda malvarlığı unsurlarının devrinde başvurulur. Özellikle işletme ve işletme birimlerinin devri bu kapsamdadır. Bölünmede işletme bütünlüğü ilkesinin var olduğu vergi hukuku mevzuatındaki vergi istisnasından yararlanmak amacı da bu olasılığı güçlendirir. Zira vergi hukuku kuralları, belirli özellikleri taşıyan bölünmeleri örneğin; işletme birimlerinin işletme bütünlüğü ilkesine uygun bölünmesini vergi istisnasından yararlandırmaktadır (KVK 19).

Ancak özel hukuk açısından şirketlerin yeniden yapılandırılması konusunda yarar sağlayacak ise ekonomik bütünlük teşkil etmeyen aktiflerin veya aktif ve pasiflerin yahut tek bir aktifin<sup>225</sup> örneğin bir taşınmazın bölünme yoluyla devri mümkün olmalıdır. Hangi malvarlığı unsurlarının devrinin yeniden yapılandırma için yararlı olduğunu tayin yetkisi, irade özgürlüğü<sup>226</sup> çerçevesinde bölünmeye katılan ortaklıklara tanınmalıdır<sup>227</sup>. Bu çerçevede aralarında iktisadi bağlantı bulunsa bile aktifler, pasiflerden ayrı olarak da devredilebilir<sup>228</sup>. Bölünme sonucunda devredilen malvarlığının devralan şirket tarafından hangi amaçla kullanılacağı ve ne surette sarf edileceğinin de önemi yoktur<sup>229</sup>.

---

<sup>225</sup> von Salis, **a.g.e.**, s. 274, Yazar bölünen şirketin aktiflerinde yer alan çok değerli bir aktifin bölünme ile devrinin iktisadi açıdan amaca uygun ve en azından ortakların ve alacaklıların menfaatleri haleldar etmeyecek nitelikte olabileceğini belirtmektedir. Aktiflerin pasiflerle bağlılığı sorunu aşağıda ortaklar ve alacaklılar açısından ayrıca değerlendirilmiştir: bkz. aş. Üçüncü Bölüm, II, D, 3, e, f.

<sup>226</sup> Bölünmenin amacını belirtirken irade özgürlüğüne vurgu yapan Teichmann, **Lutter UmwG**, § 123, N. 5.

<sup>227</sup> Özellikle azınlığın (veya küçük pay sahibinin) korunması açısından şeffaflık ve açıklık ilkelerine uygun hareket edilmesi gerekir.

<sup>228</sup> von Salis, **a.g.e.**, s. 275.

<sup>229</sup> von Salis, **a.g.e.**, s. 274.

Bölünmenin işlevinden/amacından, aktiflerin pasiflerle birleştirilerek devri şartı çıkarılamaz<sup>230</sup>.

Türk hukukunda bölünmeyi genel olarak ortaklıklar hukuku açısından düzenleme amacı taşıyan TK Tasarısı'nda da bölünme konusunun bir malvarlığı bölümü olarak belirtilmesi (TK Tasarısı, 159; FusG § 29), bir sınırlamayı ifade etmemektedir<sup>231</sup>. Ekonomik bütünlük teşkil etmeyen malvarlığı unsurları, hatta tek bir malvarlığı unsuru da malvarlığı bölümü olarak kabul edilebilir.

Öte yandan Türk hukuku öğretisinde hâkim olan, bölünme konusunu aktif ve pasiflerin birlikteliğine bağlayan ekonomik bütünlük anlayışı, İsviçre ve Alman hukuku çevrelerinde de kabul görmemektedir.

Gerçekten TK Tasarısı'ndaki bölünme hükümlerinin esin kaynağı olan İsviçre hukukundaki bölünme kurumunda (FusG § 29 vd.)<sup>232</sup>, malvarlığı bölümü bakımından herhangi bir sınırlamanın mevcut olmadığı kabul edilmektedir<sup>233</sup>. Bölünme ile hangi aktif ve pasiflerin devredileceği serbestçe belirlenebilir. Bölünme konusunun, e.OR § 181'den (BK 179'dan) farklı olarak, işletme veya işletme (işyeri) bölümü olması zorunlu değildir<sup>234</sup>. Bununla birlikte vergi istisnasından ancak işletme veya işletme (işyeri) bölümleri yararlanabileceğinden, pratikte ağırlıklı olarak işletme veya işletme (işyeri) bölümlerinin devrinde bölünmeye başvurulabileceği tahmin edilmektedir<sup>235</sup>.

---

<sup>230</sup> von Salis, **a.g.e.**, s. 274.

<sup>231</sup> Bölünme sözleşmesi ve bölünme plânının içeriğine ilişkin kurallar koyan TK Tasarısı 167/b'de tahsis edilen "aktif ve pasif malvarlığı konularının" tanımlanmasını gösteren listeden söz edilmesi de aktif ve pasiflerin serbestçe belirlenmesini sınırlamamaktadır.

<sup>232</sup> TK Tasarısı'nın bölünme hükümlerinin İsviçre FusG'den yararlanılarak hazırlandığını yönünde Tekinalp, **Mükellefin**, s. 36.

<sup>233</sup> Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 29, N. 14; von Salis, **a.g.e.**, s. 200, 274/275. Riedweg/Grünblatt, **BasK FusG**, vor § 29, N. 40.

<sup>234</sup> Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 29, N. 14; von Salis, **a.g.e.**, s. 274/275; Riedweg/Grünblatt, **BasK FusG**, vor § 29, N. 40.

<sup>235</sup> Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 29, N. 14.

Alman hukukunda bölünmeyi düzenleyen UmwG § 123 vd. hükümleri, İsviçre hukukundaki pozitif düzenlemeden farklı olarak, malvarlığı bölümlerinin kül olarak (“*Vermögensteile als Gesamtheit*”) bölünebileceğinden söz etmektedir (UmwG § 123). Bu ibareye rağmen Alman hukuku öğretisinde de özel hukuk yönünden malvarlığı bölümünün aktif ve pasiflerden oluşan işletme, işletme bölümü veya ekonomik bütünlük arz etmesi zorunluluğu benimsenmemektedir<sup>236</sup>. Alman hukuku öğretisinde, bölünme konusunun tek bir malvarlığı unsurundan da oluşabileceği genel kabul görmektedir<sup>237</sup>.

Avrupa Birliği'nin bölünmeyi düzenleyen Altıncı Yönergesi de bölünme konusu malvarlığı bölümlerinin nasıl belirleneceği konusunda açıklık taşımamakta ve dolayısıyla herhangi bir sınırlama getirmemektedir<sup>238</sup>.

### ***c. Külli halefiyet ilkesi açısından***

Türk hukukunda genel olarak bölünme açısından bu ilkeyi düzenleyen açık bir düzenleme yoktur. Devam eden açıklamalarımız olması gereken hukuk açısından dır. Yeniden yapılandırma modeli olarak bölünmedeki külli halefiyet ilkesi, bölünen malvarlığının ticaret siciline tescil işlemi ile (uno actu) bir başka ortaklığa intikal etmesini ifade eder. Külli halefiyet ilkesi gerek birleşmede gerek bölünmede, devrolunan ortaklığın infisah ederek tüzel kişiliğini yitirmesi ile miras hukukunda miras bırakanın ölümü ile benzerlik arz eder.

Bununla birlikte bölünmedeki külli halefiyet ilkesi ile miras hukukundaki külli halefiyet ilkesinin amaçları birbirine karıştırılmamalıdır. Miras hukukundaki külli halefiyet ilkesi, bir (gerçek) kişinin ölümü ile kişiliğinin sona ermesinin sonucudur. Sis-

---

<sup>236</sup> Bununla birlikte Alman hukukunda, vergi hukuku yönünden ve vergi muafiyetinden yararlanabilmek için bölünmenin en azından işletme/işyeri bölümü (Teilbetrieb) teşkil etmesi gerekir: Teichmann, **Lutter UmwG**, § 123, N. 5.

<sup>237</sup> Stengel/Schwanna, **Semler/Stengel UmwG**, § 123, N. 6, dpn. 9; Teichmann, **Lutter UmwG**, § 123, N. 8.

<sup>238</sup> Çoştan, **a.g.e.**, s. 112, ancak yazar gene de bölünmenin konusunun ekonomik bütünlük olması gerektiği görüşündedir.

tematik açıdan gerek birleşmede gerek bölünmede külli halefiyet ilkesinin amacı ise malvarlığının, borç ilişkilerinin ve hukuki durumların, cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca devre nazaran, daha kolay geçirilmesidir<sup>239</sup>. Külli halefiyet ilkesi, anılan hallerde cüz'i halefiyet ilkesine göre devrin pratik zorlukları karşısında getirilmiş alternatif bir imkândır.

Özellikle bölünmedeki kısmi halefiyet ilkesinde bir adım daha ileri gidilmektedir: Kısmi külli halefiyette, irade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde hukuki işlem (bölünme sözleşmesi/bölünme plânı) ile belirlenen malvarlığı unsurlarının tek bir hukuki fiil (bölünmenin ticaret siciline tescili) ile devri söz konusudur (TK Tasarısı, 159/II, 179/IV)<sup>240</sup>. Bu ilke bir yandan kısmiliği, diğer yandan iradiliği ifade eder. Kısmi külli halefiyetin varlığı, yeniden yapılandırma hukukundaki külli halefiyet ilkesine yeni bir anlam kazandırmaktadır. Külli halefiyet kuralı olarak birçok malvarlığı unsurunun *irade özgürlüğü ilkesinin* şekillendirdiği *hukuki işlem* ile harekete geçirilen devir tarzı olarak nitelendirilmelidir<sup>241</sup>. Bölünen malvarlığının kanundan dolayı intikali, bu gerçeği değiştirmemektedir. Kısmi külli halefiyet sadece kısmi bölünmede değil, tam bölünmede de geçerlidir<sup>242</sup>. Çünkü tam bölünmede en az iki devralan/yeni kurulan şirketin bulunması ve bu şirketlere malvarlığının paylaşılması zorunludur.

Külli halefiyetin istisnai bir devir yolu olduğundan yola çıkarak bölünmenin içeriğinin (bölünen malvarlığının) dar yorumlanması gerektiği fikrine bu açıdan bakıldığında, istisnai kuralın dar yorumlanmasının temel bir hukuk ilkesi olduğunda kuşku yoktur. Bununla birlikte istisnai kuralın varlık amacı (yeniden yapılandırma için devrin kolaylaştırılması) dikkate alınmazsa, getirilen yorum yerinde olmaz. Bölünmedeki külli halefiyet ilkesi, bölünme konusunun mutlaka aktif ve pasiflerden oluşan işletme (bölümü) veya ekonomik bütünlük olmasının dayanağı olamaz.

---

<sup>239</sup> Teichmann, **Lutter UmwG**, § 123, N. 6.

<sup>240</sup> Teichmann, **Lutter UmwG**, § 123, N. 8; Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 29, N. 14; § 52, N. 1.

<sup>241</sup> Teichmann, **Lutter UmwG**, § 123, N. 8; Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 29, N. 14.

<sup>242</sup> Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 52, N. 7.

#### ***d. Bölünmenin kötüye kullanılması olasılığı açısından***

Her hukuki müessese gibi bölünmenin kötüye kullanılması ihtimal dâhilindedir. Bu durum, hangi malvarlığı unsurlarının bölünmenin konusu olacağı sorunu ile sınırlı da değildir. Örneğin bölünmedeki ortaklık haklarının devamı ve eşit işlem ilkesine aykırı olarak ve azınlığa zarar vermek amacıyla bölünme işlemine başvurulmak istenebilir. Bölünmenin konusu irade özgürlüğü ilkesine göre belirlenirken ortaya çıkabilecek kötüye kullanma olasılıkları, bölünme kurumunun kendine özgü niteliğinden de kaynaklanabilir. Cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca devirde uyulması gereken zorunluluklardan (örneğin özel geçerlilik şekli öngören kanun hükümleri; sözleşmenin devri için karşı tarafın onayı) veya devir engellerinden (örneğin alacağın temliki yasaklarından) kaçınmak için bölünmeye başvurulabilir.

Ancak bölünme konusu malvarlığının belirlenmesi aşaması ile ilgili bu kötüye kullanması olasılıklarının tümü, işletmenin veya malvarlığı bölümünün devrinde aktiflerin pasiflere bağlılığı sorunu ile doğrudan ilgili değildir. Yani bölünmenin konusunun aktif ve pasiflerden oluşan işletme bölümü veya ekonomik bütünlük teşkil etmesi varsayımında bile, söz konusu kötüye kullanma girişimleri ile karşılaşılabilir<sup>243</sup>.

O halde bölünmenin kötüye kullanılabilir olması, genel olarak tüm bölünmelerde işletmenin veya bağımsız ekonomik bütünlüğün” e bunlarla ilgili tüm aktif ve pasiflerin devri zorunluluğu getirilmesinin için gerekçe olamaz<sup>244</sup>. Bölünmeye ilişkin kötüye kullanma olasılıklarına karşı başvurulacak imkânlar mevcut olup, bunlar bölünmeye ilişkin eserlerin veya çalışmaların konusunu oluşturmaktadır<sup>245</sup>. Tezimizde bölünmenin incelenmesinin nedeni, ister cüz'i halefiyet ister külli halefiyet uyarınca gerçekleş-

---

<sup>243</sup> Örneğin bölünme ile bir işletme ve işletme bölümünün devri amaçlanmasına rağmen, bu işletme ile iktisadi bağlılık içinde olan sözleşmelerin bilinçli şekilde ve anılan sözleşmelerin karşı taraflarına zarar vermek amacıyla bölünme kapsamına alınmaması ve buna rağmen bölünmenin icra edilmiş olması bu niteliktedir. Bölünmenin kötüye kullanılması sorunu ve sözleşmelerin devredilebilirliği hakkında bkz. Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 52, N. 13/14.

<sup>244</sup> Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 29, N. 15.

<sup>245</sup> Bu imkânlar hakkında Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 29, N. 15.

sin, işletmenin (veya işletme bölümünün) devrinde aktiflerin pasiflerle bağlılığını gerektiren ortak bir nedenin bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Bölünme kurumunun kötüye kullanılabilmesinin, tek başına ikna edici bir dayanak olmadığı düşünülmektedir.

Bölünme ayrıca alacaklılara veya ortaklara zarar vermek amacıyla kötüye kullanılabilir. Bu hususlar aşağıda ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

### *e. Alacaklıların korunması açısından*

Bölünme konusu malvarlığı bölümü, sözleşme özgürlüğü ilkesine göre serbestçe belirlenebilir. Bu konuda alacaklıların menfaatlerinin de korunması zorunludur. O halde işletme, işletme bölümlerinin veya ekonomik bütünlüklerin devrinde aktiflerin pasiflerle bağlılığı sorununun, bir de alacaklıların menfaatleri açısından değerlendirilmesi gerekir.

Olması gereken hukuk açısından bakıldığında, bir yeniden yapılandırma modeli olarak bölünmenin pozitif düzenlemeye tâbi kılınması halinde, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklılarının *alacakları güvence* altına alınır (TK Tasarısı, 174, 175; FusG § 45, 46). Aynı şekilde bölünme sözleşmesi veya bölünme plânıyla kendisine borç tahsis edilen şirketin, alacaklıların alacaklarını ifa etmemesi halinde, bölünmeye katılan diğer şirketlerin *müteselsil sorumluluğu* öngörülür (TK Tasarısı, 176; FusG § 48). Bunun dışında bölünmeye katılan sermaye şirketlerinin tâbi olduğu sermayenin korunması ilkesine ilişkin kurallar da alacaklıların korunmasında işlev görür<sup>246</sup>. Söz konusu özel kurallar karşısında, bölünme konusu malvarlığı bölümünün, bölünmeye katılan şirketlerce serbestçe belirlenmesinin, alacaklıların menfaatlerini tehlikeye düşürmeyeceği söylenmelidir. Yani bölünen malvarlığının aktif ve pasiflerden oluşması zorunlu bir ekonomik kül olup olmadığı, alacaklıların korunması açısından önem ifade etmez<sup>247</sup>. Özellikle sermayenin korunması kurallarına uyulduğu sürece, devralan şirketin nasıl finanse edileceği veya

---

<sup>246</sup> von Salis, **a.g.e.**, s. 275.

<sup>247</sup> Ancak bölünme sonucunda bölünen şirketin değerli aktiflerinin devredilmesi ve büyük ölçüde bir borç kümesinin geride bırakılması suretiyle şirketin mali durumun bozulması veya iflâsına neden olunması gibi istisnai haller, şirketin temsil organının sorumluluğunu gündeme getirir: von Salis, **a.g.e.**, s. 275.

bölünen şirketin nasıl yeniden yapılandırılacağı konularında, alacaklıların korunması düşüncesi ile kısıtlama getirilmesi isabetli değildir. Bu açıdan bölünmede alacaklıların korunmasından bahisle malvarlığı bölümünün aktif ve pasiflerin zorunlu biçimde birbirine bağlandığı bir bütünlük/kül olması gerektiği söylenemez.

Mevcut düzende ise bölünmenin TK'da düzenlenmediği ve alacaklıların korunması için yukarıda açıklanan özel düzenlemelerin bulunmadığı açıktır. Ancak bu eksiklik, bu sefer bir (ticari) işletmenin veya malvarlığının devrinde BK 179'a dayanılarak aktiflerin zorunlu olarak pasiflerle bağlılığının savunulmasını haklı kılmaz.

Kanımızca bir an için bölünmenin mahiyetinin işletme veya işletme bölümlerinin devrinde ilgili aktiflerin pasiflere bağlanmasını zorunlu kıldığı kabul edilse bile, bu durum genel olarak (ticari) işletmenin devri bakımından genelleştirilemez.

Nihayet bölünme TK'da düzenlenmemiş olsa bile, bölünmeye benzer yeniden yapılandırmada aynı sermaye konulmasına, sermayenin sağlanması ve korunmasına, gerektiğinde sermayenin artırılması ve azaltılmasına ilişkin TK hükümleri uygulama alanı bulur. Bu kapsamda örneğin TK 303 ve Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığının ortak tasarrufu olarak çıkarılan Bölünme Tebliği md. 7 uyarınca bölüme sözleşmesi ve ara bilânço bilirkişilere denetletirilir. Bu bağlamda özellikle bölünen şirketin öz sermayesinin bölünme için yeterli olup olmadığı, bölünmeye konu varlıkların mukayyet ve varsa cari değerlerinin parasal tutarı, bölünmede kullanılan yöntemlerin örneğin değerlendirme yönteminin yeterli olup olmadığı ve Bölünme Tebliği md. 7'de belirtilen diğer hususlar incelenir. Kısmi bölünme karşılığında edinilen ortaklık paylarının, ortaklara dağıtılması olasılığında, sermaye azaltılması ihtiyacı ortaya çıkabilir (Bölünme Tebliği, md. 2/1). Bu halde sermaye azaltılmasına ilişkin TK 397 uyarınca alacaklıların alacakları güvence altına alınır. Uygulamaya yön veren Bölünme Tebliği, kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı tartışılır olmakla birlikte, sermaye azaltılmasa bile alacaklıların güvence altına alınmasını her türlü bölünme bakımından genelleştirmektedir (md. 5). Devralan sermayesi devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktarda artırılır (Bö-

lünme Tebliği, md. 3). İşte tüm bu hükümler aynı zamanda bölünmede alacaklıların korunmasına hizmet eder<sup>248</sup>.

### ***f. Ortakların korunması açısından***

Bölünmede aktiflerin pasiflerle bağlı olduğu ekonomik bütünlüğü savunan hâkim görüş, ortakların korunmasına ilişkin özel bir gerekçe sunmamaktadır. Bu yüzden bu açıdan ayrıntılı bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Bölünme kurumunun kötüye kullanılabilmesi gerekçesi kapsamına ise dolaylı olarak ortakların menfaatlerinin korunmasını da sokulabilir. Aslında bölünme konusu malvarlığının hangi aktiflerden ve pasiflerden oluşacağını bölünmeye katılan şirketlerce serbestçe belirlenmesi, en çok ortakların ve özellikle azınlığın menfaatlerini zedeleyebilir.

Buna karşılık yeniden yapılandırma modeli olarak bölünmede ortaklara tanınan imkânların, onların korunması açısından yeterli olduğu düşüncesindeyiz. Bu kapsamda bölünmede şeffaflık ilkesi ve bu bağlamda bölünme belgelerini inceleme ve denetleme haklarının (TK Tasarısı, 166 vd.), bölünme raporunda bölünmenin hukuki ve ekonomik yönden gerekçelendirmesi zorunluluğunun (TK Tasarısı, 169/II), bölünme kararına ilişkin nitelikli yetersayıların (TK Tasarısı, 173); bölünme karşılığında edinilen payların bölünen şirketin ortaklarına dağıtıldığı bölünmede, ortaklık haklarının devamı ilkesinin, anılan hükümlere aykırılık halinde iptal davası imkânının ortakların korunmasını sağlayacak kurallar arasında yer aldığı söylenmelidir.

### ***g. KVK 19/20'deki İşletme Bütünlüğü İlkesi Açısından***

Daha önce de değindiğimiz üzere<sup>249</sup>, bölünme KVK md. 19/III ve 20/II, III hükümleri ile vergi hukuku açısından düzenlenmiştir. Bölünmenin özel hukuk ve ortaklıklar hukuku yönünü düzenlemek bu hükümlerin amaçları arasında değildir. Bu hükümler-

---

<sup>248</sup> Öğretide ayrıca tam bölünmede alacaklıların korunması açısından, birleşmeye ilişkin TK 150'nin kıyasen uygulanması suretiyle alacaklılara itiraz hakkı tanınabileceği ileri sürülmüştür: Akuğur, **a.g.e.**, s. 107/108.

<sup>249</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, C, 5, a.

deki temel amaç, hangi tür bölünmelerden doğan kârların vergilendirilmeyeceğini hüküm altına almaktır (KVK 20/II, III)<sup>250</sup>. KVK 20/II'deki şartlara uyulduğu takdirde, tam bölünmeden; KVK 20/III uyarınca kısmi bölünmeden doğan kazançların *hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği* öngörülmüştür. Öte yandan hem tam bölünmeye ilişkin KVK 19/III'in "a" bendinde hem kısmi bölünmeye ilişkin "b" bendinde, "*bu Kanunun uygulanması*" açısından bölünmenin tanımlandığı açıkça vurgulanmaktadır.

Ancak hemen belirtelim ki, bir özel hukuk kurumu olarak bölünme ile hangi bölünmelerin vergilendirilmeyeceği, birbirinden ayrı konulardır. O halde KVK'nın anılan hükümlerinden, hakların (aktiflerin) borçlarla zorunlu olarak birbirine bağlandığı işletme (bölümü) bütünlüklerinin ancak bölünme konusu olabileceği sonucuna varılsa bile, bu kural ortaklıklar hukuku açısından tüm bölünmelere yaygınlaştırılmaz. Bölünmenin karakteristik özellikleri ile hangi malvarlığı bölümlerinin bölünmeye konu olabileceğini özel hukuk ve özellikle ortaklıklar hukuku kuralları tayin eder.

Konuya ilişkin temel bakış açımızı ortaya koyduktan sonra, şimdi KVK'daki vergiye tâbi olmayan bölünme düzenlemesini inceleyelim. Vergilendirilmeyecek bölünmeleri düzenleyen KVK 19/III-b'de kısmi bölünme açısından işletme bütünlüğü ilkesi kabul edilmiştir<sup>251</sup>. Ancak bu ilke, anılan hüküm kapsamında gerçekleştirilecek bölünmenin konusunun mutlaka bir işletme veya işletme bölümü olması anlamına gelmemektedir. Gerçekten kısmi bölünmeye ilişkin KVK 19/III, b bendi uyarınca, bölünebilecek malvarlığı unsurları/bölümü olarak üç konu özel olarak belirtilmiştir. Birincisi, taşınmazlar, ikincisi en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ve nihayet üçüncüsü üretim veya hizmet işletmeleridir. İşte bu malvarlığı konuları kısmi bölünme kapsa-

---

<sup>250</sup> İşaret edelim ki, KVK 19/III'ün gerekçesinde bölünme konusu "(v)arlıklar, devir olan şirket tarafından da kayıtlı değer değerleriyle intikal ettirilecektir. Böylece bölünme işlemiyle gerçekte bir vergi ertelenmesi yapılmış ol"duğu ifade edilmiştir. Yine kanunun gerekçesinde devamla "Zira varlıkları devralan şirket ilerde bunu elden çıkardığında, satış bedeliyle kayıtlı bedel arasındaki fark, kurum kazancına dahil edilecektir." denilmektedir. Aynı yönde KVK Genel Tebliği (Seri No:1), md. 19.2.1. Vergi ertelenmesi nitelenmesi açısından aynı yönde Tekin/Kartaloğlu, **a.g.e.**, s. 880. Mülga KVK 38 ve 39 açısından aynı yönde Akuğur, **a.g.e.**, s. 147, dpn. 481'de anılan diğer yazarlar.

<sup>251</sup> Özbalcı, **a.g.e.**, s. 588.

mında tam mükellef bir sermaye şirketi tarafından, diğer bir tam mükellef sermaye şirketine aynı sermaye olarak konulmaktadır.

Anılan malvarlığı bölümleri dışında kalan bir münferit malvarlığı unsurunun veya malvarlığı bölümlerinin (örneğin menkullerin, motorlu taşıtların, hammadelerin), bölünme kapsamında devri<sup>252</sup>, KVK 19/20’de öngörülen vergi istisnasının dışında kalır<sup>253</sup>. Aynı hükümde kısmi bölünme kapsamında üretim ve hizmet işletmelerinin devrinde, “işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli” aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Görüldüğü üzere bölünme temelinde eğer işletme veya işletme bölümleri (üretim ve hizmet işletmesi) devrediliyor ise, işletme bütünlüğünün korunması gerekir.

Bununla birlikte Bölünme Tebliği’nde ayrıca bölünme sonucunda, bölünen şirketin geriye kalan malvarlığı açısından da işletme bütünlüğünün korunması esası kabul edilmiştir. Şöyle ki, kısmi bölünme bölünen şirketin üretim tesisinin veya işletmesinin parça parça elden çıkarılarak, üretim ve hizmet ifası faaliyetinden alıkonulması sonucunu doğurmamalıdır (Bölünme Tebliği, md. 1; KVK Genel Tebliği (Seri No: 1) md. 19.2.2.1). KVK Genel Tebliği (Seri No: 1) md. 19.2.2.1 uyarınca da kısmi bölünme sonucunda, hem bölünen şirket işletmesinin hem de bölünme sonucunda varlıkları devralan şirket işletmesinin faaliyetine devam etmesi esastır<sup>254</sup>.

Böylece vergilendirilmeyecek kısmi bölünme temelinde malvarlığı bölümlerinin devrinde, *çifte işletme bütünlüğü ilkesi* geçerlidir. Şüphesiz, bu anlamdaki işletme bütünlüğü ilkesi, bölünen şirketin işletme (bölümü) dışında kalan ve KVK 19/III, b’de sözü edilen diğer konuların devrinde özel önem taşır. Bu bağlamda örneğin bir taşınmazın

---

<sup>252</sup> Bu unsurlar ancak bölünme temelinde devredilen işletme (bölümü) kapsamında ise devredilebilir.

<sup>253</sup> Tekin/Kartaloğlu, **a.g.e.**, s. 896/897. Buna karşılık mevcut düzende bölünme aynı sermaye temelinde gerçekleştirilmektedir. Ortaklıklar hukukunda, aynı sermaye konulabilecek değerler açısından, KVK 19/III-b’de sözü edilen biçimde bir sınırlama bulunmamaktadır: Kısmi bölünmeyi vergi hukuku açısından incelerken, bu farka işaret eden Özbacı, **a.g.e.**, s. 589.

<sup>254</sup> Tekin/Kartaloğlu, **a.g.e.**, s. 909/910.

bölünme temelinde devri, bölünen şirketin işletmesinin faaliyetine devamına engel olacak şekilde, onun parça parça elden çıkarılması sonucunu doğurmamalıdır<sup>255</sup>.

Anılan düzenlemeden (KVK 19/III'ten) anlaşılan bir diğer husus, bölünmenin konusunun mutlaka hak ve borçlardan oluşan bütünlük/kül teşkil etmesinin zorunlu olmadığıdır. Zira kısmi bölünmeye ilişkin KVK 19/III-b bendinde ayrıca taşınmaz ve iştirak hisselerinin bu bent kapsamında devrinde, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devrinin zorunlu olduğu hükmü<sup>256</sup> getirilmiştir<sup>257</sup>. Görüldüğü üzere bölün-

---

<sup>255</sup> Örneğin üretim veya hizmet işletmesi ile fiziki ve teknik bütünlük arz eden taşınmazlar bu niteliktedir: Tekin/Kartaloğlu, **a.g.e.**, s. 910.

<sup>256</sup> Eski düzenlemede (mülga KVK 38) bölünme temelinde taşınmazların devrinde borçların intikal ettirilmesi zorunluluğu öngören hüküm bulunmamaktaydı. Tartışılması gereken bu “yeniliğe” ilişkin olarak KVK 19/III-b'nin gerekçesinde “*Hisselerin, şirketin hisselerini devreden ortaklarına verilmesi halinde, aynı sermaye olarak aktifinden bir varlık çıkan şirketin bilançosunun, sermaye azaltılmasıyla dengelenmesi mümkün olabilecektir. Ayrıca söz konusu taşınmazlar ile iştirak hisselerinin bu bent kapsamında devredilmesi durumunda, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi aşamasında, devredilen taşınmazlara ya da iştirak hisselerine ilişkin borçların da devrinin zorunlu olduğu*” belirtilmektedir. Edinilen hisselerin ortaklara verildiği bu olasılıkta, devredilen taşınmazla veya iştirak hisseleriyle ilgili borçların bölünen şirkette kalması (muhtemelen alacaklıların korunması vs. açısından) sakıncalı görülmüştür. Hâlbuki sadece aktifin (taşınmazın/iştirak hisselerinin) çıkması ve bölünme sonucu edinilen hisselerin ortaklara dağıtılmasında sermayenin azaltılması ile bilanço nasıl dengeleniyor ise, aktifin bağlı olduğu pasifin bölünen şirkette kalıp sadece aktifin devredilmesinde de bilançonun aynı yolla dengelenmesi mümkün olabilir. Kaldı ki, ticaret hukuku ve ortaklıklar hukuku açısından, bir sermaye şirketinin esas sermaye miktarını aşan öz sermayesi üzerinde tasarruf hakkı vardır. Örneğin bölünen anonim şirketin bölünmeden sonraki öz sermayesi tutarı esas sermaye miktarının altına düşmüyorsa, sermaye azaltılması bile gerekli olmaz: Aynı yönde bkz. von Salis, **a.g.e.**, s. 243.

Kanımızca bu örnekte olduğu gibi, ticaret ve ortaklıklar hukuku konularının/sorunlarının vergi kanunlarında düzenlenmesi eğilimi isabetli olmayan bir yaklaşımdır. Zira vergiye tâbi kılınmayacak bölünmelerin düzenlenmesinin amacı, bölünen şirketlerin ekonomik olarak güçlenmelerini ve daha verimli faaliyette bulunarak, ekonomik düzene katkıda bulunmalarını teşvik etmektir. Bu açıdan örneğin işletme hukukunda da yeri olan işletme bütünlüğü ilkesinin vergi ayrıcalıklarının tanınmasında da benimsenmesi, isabetli olmakla birlikte, aynı şey örneğin taşınmazların borçları ile birlikte intikal ettirilip ettirilmeyeceği sorunu açısından söylenemez. Kaldı ki, eğer taşınmazların ve iştirak hisselerinin ancak ilgili borçları ile naklinin, vergilendirilmemeyi hak ettiği ve bölünmeye katılan şirketlerin ticari faaliyetleri ve yeniden yapılandırılmaları açısından anlamlı olduğu varsayılıyorsa, bu zorunluluk her türlü kısmi bölünme için aranmalı idi.

<sup>257</sup> Hemen belirtelim ki, bölünmenin özel hukuk yönünü ve özellikle külli halefiyet ilkesini düzenleyen özel hüküm olmadığından, kanımızca bölünme kapsamında tek bir taşınmazla ilgili borçların nakli bakımından borcun nakline ilişkin genel kurallar uygulanır (BK 173 vd.). Bu kapsamda alacaklıların rızası alınmaksızın, borçlar nakledilemez. Tek bir taşınmaz, BK 179 anlamında malvarlığı veya işlet-

me sonucu edinilen hisselerin bölünen şirkette kaldığı bölünmelerde, bu şirket tarafından devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların<sup>258</sup> devri zorunlu değildir<sup>259</sup>.

Bölünmenin konusunun işletmeden veya işletme bölümünden oluşması olasılığında durum farklıdır. Kısmi bölünme kapsamında üretim ve hizmet işletmelerinin devrinde, “*işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli*” aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi şarttır<sup>260</sup>. Bu ölçüt aslında genel olarak işletmenin devrinin gerçekleşebilmesi için, devrin kapsamında yer alacak hak ve borçların belirlenmesinde dayanılan temel bir ölçüttür<sup>261</sup>. Bu esasın vergi hukukunda da kabulü, ilk bakışta ticaret hukuku ile vergi hukuku kurallarının, temel bir konuda ilke olarak uyuş-

---

me sayılamayacağından, borçların BK 179 uyarınca kanuna dayalı olarak topyekûn nakli imkânından da yararlanılamaz. Görüldüğü gibi, özel hukuk yönü düzenlenmeksizin bölünmenin vergi hukuku açısından düzenlenmesi, birçok yönden pratik güçlükler taşımaktadır.

<sup>258</sup> İştirak hisseleri ile ilgili borçlar ile kastedilen, iştirak hisselerinden kaynaklanan sermaye borçları değildir. Sermaye borçlarından zaten iştirak hisselerini devralan pay sahibi veya ortak sıfatıyla sorumlu olur. Buna karşılık örneğin devreden şirket tarafından iştirak hisseleri satın alınarak iktisap edilmiş ise satış bedeli veya satış bedelinin ödenmesi için alınan banka kredileri, iştirak hisseleri ile ilgili borç olarak değerlendirilebilir.

<sup>259</sup> Bu hüküm KVK 19’a göre yapılacak bölünmelerde aktifi ve pasifi düzenleyici hesapların, ilgili olduğu aktif veya pasif hesapla birlikte devrolunacağını öngören KVK 19/IV’ün kapsamının belirlenmesinde de önem taşır. Kurumlar vergisi hukukundaki aktif ve özellikle “pasif hesap kalemleri” ile malvarlığı bölümünün devrinde sözü edilen hak ve özellikle “borçların” kesiştiği noktalar bulunmakla birlikte, tamamen aynı kavramlar da değildir. Bilâncoda borçlar da pasif hesaplarda yer alır. Ancak örneğin amortismanlar, gizli yedekler ve yeniden değerlendirme fonları da pasif hesaplarda yer alır. KVK’da bölünmeye bağlı vergileme yapılmaması, ilgili kıymetlerin kayıtlı değer üzerinden intikal ettirilmesi sayesinde uygulanmaktadır [Özbalcı, **a.g.e.**, s. 589; Tekin/Kartaloğlu, **a.g.e.**, s. 882, 894, 897/898]. KVK 19/IV hükmü de bu amacı gerçekleştirmeye hizmet eder. Aksi halde kayıtlı değerler üzerinden değil, cari değerler üzerinden bölünme gerçekleştirilmek zorunda kalınır ki, vergi istisnası getiren düzenlemenin bir anlamı kalmaz. O halde bölünmede borçların devrin kapsamına alınması meselesi açısından, KVK 19/III-b hükmü özel hüküm olup, KVK 19/IV’e nazaran öncelikle nazara alınır.

<sup>260</sup> Ancak kısmi bölünmede söz konusu pasifler kapsamında, zararların intikal ettirilmesi mümkün değildir: Tekin/Kartaloğlu, **a.g.e.**, s. 910; Özbalcı, **a.g.e.**, s. 588. Çünkü zarar mahsubuna ilişkin KVK 9, beş yıldan fazla nakledilmemek şartıyla geçmiş yılların beyannamelerinde yer alan zararların KVK 20/II kapsamında gerçekleştirilen *tam bölünme işlemi sonucunda* bölünen kurumdaki öz sermayesinin devralınan tutarını geçmeyen ve devralınan kıymetle orantılı zararların indirilmesinde kabul etmektedir. Kısmi bölünme açısından benzer bir hüküm yoktur. Zarar mahsubunu sadece tam bölünme açısından mevcut olduğu yönünde KVK Genel Tebliği (Seri No: 1) md. 9.2; md. 19.2.2.1.

<sup>261</sup> Anılan ölçütlerle ilgili olarak aktifler açısından bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, C. Pasifler açısından bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, D, 1.

ması anlamına gelmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, *faaliyetin devamı için gerekli olma ölçütü* ticaret hukuku açısından devredilen işletme veya işletme bölümü ile ilgili devirden önce mevcut olan tüm aktif ve pasiflerin devredilmesinin şart olduğu şeklinde anlaşılmamaktadır<sup>262</sup>.

Buna karşılık vergi hukuku uygulamasında, bölünme temelinde devredilen aktiflerin ve pasiflerin devredilmesinde, zorunlu olarak bilânço esas alınmaktadır<sup>263</sup>. Buna ek olarak bilânçoda (devredilen) işletme ile bağlantısı kurulamayan pasiflerin bile dengeli olarak yine devredilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>264</sup>. Şöyle ki bölünme konusu aktiflerin, bölünen şirketin tüm aktiflerine oranı esas alınarak, bilânçoda devredilen işletme ile bağlantısı kurulamayan pasiflerin de belirli bir kısmının devredilmesi öngörülmektedir<sup>265</sup>. Dolayısıyla KVK 19 ve 20 anlamında vergi istisnası getirilen bölünme işlemlerinde, işletme veya işletme bölümlerinin devrinde, aktiflerin pasiflere bağlılığının daha katı bir biçimde uygulandığı söylenmelidir.

---

<sup>262</sup> Aktifler açısından bkz. İkinci Bölüm, II, C. Pasiflerin sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın üçüncü kişilere ileri sürülebileceği konusundaki hâkim görüş için bkz. İkinci Bölüm, II, D, 2. Ancak hâkim görüş çerçevesinde pasiflerin tamamen veya önemli ölçüde kapsam dışı bırakılması mümkün değildir.

<sup>263</sup> KVK Genel Tebliği (Seri No:1), md. 19.2.2.1'in üçüncü fıkrası uyarınca, kısmi bölünmede *kurum bilânçosunda* yer alan, devredilen üretim ve hizmet işletmeleri ile doğrudan ilgili olan nakit, alacaklar, menkul kıymetler ve borçların da devri zorunludur.

<sup>264</sup> Kısmi bölünmeye ilişkin KVK Genel Tebliği (Seri No:1), md. 19.2.2.1'in dördüncü fıkrasında, aynı maddenin üçüncü fıkrasında sayılan devri zorunlu kıymetlerden nakit, alacaklar ve menkul kıymetlerin devredilen işletme ile doğrudan bağının kurulamaması halinde, bu kıymetlerin devri ihtiyari olduğu belirtilmiştir. Buna rağmen "*mevcut kayıtlardan bu kıymetlerin devredilen işletme ile ilgili olanların tespit edilebilmesi halinde, bu tutar; kayıtlardan devredilen işletme ile ilgili olanların tespit edilememesi halinde ise mükellefin belirleyeceği uygun dağıtım anahtarlarına göre hesaplanan tutar dikkate alınacaktır*" denilmektedir. Örneğin; aktif toplamı 2000 birim olan şirketin aktif içindeki payı 500 birim olan cam üretim işletmesinin kısmi bölünme kapsamında devredilmesi ancak, mevcut kayıtlardan da bu işletme ile doğrudan ilgili nakit, alacaklar, menkul kıymetler ve borçların tutarlarının gerçek durumunun tespitinin mümkün olamaması halinde, *dağıtım anahtarı %25 olarak dikkate alınacak ve buna isabet eden borç tutarı* devre konu olacaktır. (KVK Genel Tebliği (Seri No:1), md. 19.2.2.1'in yedinci fıkrası). Tam bölünme açısından Özbacı, **a.g.e.**, s. 582/583.

<sup>265</sup> KVK 19/III-b'de sözü edilen "*faaliyetin devamı için gerekli olma ölçütü*"ne göre hangi aktif ve pasiflerin devre konu olduğunun belirsizlik arz ettiği, vergi idaresinin açıklamaları ve yargı içtihatlarının beklenmesi gerektiği belirtilmektedir: Özbacı, **a.g.e.**, s. 588

İşaret edelim ki, kısmi bölünmede kanunda açıkça kabul edilen işletme bütünlüğü ilkesinden, tam bölünmede hiç söz edilmemektedir (KVK 19/III-a). Bu nedenle tam bölünmede işletme bütünlüğü ilkesinin mevcut olup olmadığı belirsizlik arz etmektedir<sup>266</sup>. Tam bölünmeye ilişkin KVK Genel Tebliği, md. 19.2.1.de bu hususa değinilmemiştir. Bununla birlikte, aktifi ve pasifi düzenleyici hesapların, ilgili olduğu aktif veya pasif hesapla birlikte devrolunacağı hükmü, tam bölünme için de geçerlidir (KVK 19/IV; KVK Genel Tebliği (Seri No:1), md. 19.2.1., son fıkra). Kanımızca kısmi bölünmedeki işletme bütünlüğü ilkesi tam bölünme açısından da kıyasen uygulanır<sup>267</sup>.

### III. BK 179 UYARINCA BORÇLARIN ÜSTLENİLMESİNİN ŞARTLARI

BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinde, devralanın işletme borçlarına katılması ve takiben borçların devralana nakli imkânı getirilmiştir. Bu imkân sayesinde artık ayrıca borcun nakli anlaşması yapılmasına ve dolayısıyla alacaklıların muvafakatine (BK 174/I) ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>268</sup>.

BK 179 uyarınca ticari işletmenin borçlarından devralanın sorumluluğunun doğabilmesi için üç temel şart aranmaktadır. Birincisi, ticari işletmenin devri sözleşmesinin kurulması ve bu sözleşmede borçların yüklenilmesinin öngörülmesidir. İkincisi, ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devridir. Üçüncüsü, söz konusu devrin üçüncü kişilere duyurulmasıdır. Yani bu konuda alacaklılara ihbar veya ilân yapılmasıdır (BK 179/I).

Bu şartlar birlikte gerçekleşince, kanundan dolayı ticari işletmenin borçlarından devralan sorumlu olur<sup>269</sup>. Öncelikle tarafların menfaatlerini göz önünde bulunduran

---

<sup>266</sup> Bu belirsizliğe işaret eden ve değerlendiren Özbacı, **a.g.e.**, s. 581. Anılan belirsizlikten hiç söz etmeyen Tekin/Kartaloğlu, **a.g.e.**, s. 881 vd.

<sup>267</sup> Vergi hukukuna ilişkin ilave gerekçelerle aynı sonuca varan Özbacı, **a.g.e.**, s. 581.

<sup>268</sup> Bir çok yazar yerine örneğin bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, 106, 124; Huguenin, **a.g.e.**, s. 217, N. 1390. Karş. Tekinalp, **Mükellefin**, s. 40, anılan yazar BK 179 ile ilintili açıklamalarında “*ayrıca borcun naklinde alacaklının muvafakati alınmalıdır*” demektedir.

<sup>269</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 398; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 76;

(borçların nakli için alacaklıların muvafakati/onayı şartının kaldırılması) bu kanuni düzenleme sayesinde, işletmenin pasiflerle birlikte devri, önemli ölçüde kolaylaştırılmıştır<sup>270</sup>. Bunun karşısında, alacaklıların da menfaatlerinin korunması açısından, devreden devralanla birlikte (belirli bir süre) müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür.

### **A. DEVİR SÖZLEŞMESİ VE BORÇLARIN YÜKLENİLMESİ**

BK 179 uyarınca eski borçların intikalinin ilk şartı, devrin mevcut ve geçerli bir devir sözleşmesine dayanmasıdır. Devir sözleşmesi BK 179 uyarınca özel olarak düzenlenmemiş ancak eski borçlardan sorumluluğun şartı olarak kabul edilmiştir. Bu husus öğretide büyük ölçüde kabul edilmektedir<sup>271</sup>.

Sadece devir sözleşmesinin mevcut olması dahi yeterli değildir. Tartışmalı olmakla birlikte devir sözleşmesinde ayrıca borçların yüklenilmesi de aranır<sup>272</sup>. Eğer devir sözleşmesinden borçların yüklenilmesinin kesinlikle kararlaştırılmadığı sonucuna varılıyor ise, BK 179'un uygulanmasının bir şartı gerçekleşmemiş demektir<sup>273</sup>. Bu anlaşma, BK 173/I anlamında borçtan kurtarma vaadi (borcun iç yüklenilmesi) anlaşması ile benzerlik arz etmektedir. Bu anlaşmanın BK 173/I'teki borçtan kurtarma vaadinden birinci farkı, sözü edilen anlaşmanın yerine getirilmesi için işletmeyi devralan/borcun nakli müteahhidince alacaklılarla borcun nakli anlaşması (BK 174) yapılmasının gerekmemesidir.

İkinci bir fark şu noktadadır: Borçların yüklenilmesinin kararlaştırılması, devir sözleşmesinden ayrı ve bağımsız bir anlaşma niteliğinde değildir. Şöyle ki, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ticari işletmenin devri taahhüdü, tek bir devir (veya satım) sözleşmesinin konusunu teşkil eder<sup>274</sup>. Bu tespit, ticari işletmenin hem aktiflerinin devri

---

<sup>270</sup> Barandun, **a.g.e.**, sh. 82.

<sup>271</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, C. 1.

<sup>272</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, C. 1. Tartışma hakkında bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, B. Devir sözleşmesinde bu anlaşmanın/şartın düzenlenmesi hakkında bilgi için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, D.

<sup>273</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 395/396; Becker, **a.g.e.**, § 181, N. 2; Tschäni, **BasK, ORI**, § 181, N. 9.

<sup>274</sup> Bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II, B.

hem pasifleri nakli bakımından geçerlidir. O halde devir sözleşmesinde borçların yüklenilmesi, içeriği itibariyle borçların (iç) yüklenilmesi niteliğinde olmakla birlikte<sup>275</sup>, devir sözleşmesinden bağımsız değildir. Bu anlaşma aktif ve pasifiyle işletmenin devri sözleşmesinin bir unsuru niteliğindedir. Bu bağlamda borçların (iç) yüklenilmesi anlaşmasının geçerliliği de devir sözleşmesinin geçerliliğine tâbidir.

Bu yüzden ki, öğretilerde birçok yazar isabetli olarak, işletmenin devrinde borçların naklinin bir şartı olarak, borcun (iç) yüklenilmesi (borçtan kurtarma vaadinin) terimini değil; onu da kapsayacak şekilde devir sözleşmesini/devri esas almış ve kullanmıştır<sup>276</sup>.

Borcun (iç) yüklenilmesini de içeren devir sözleşmesi örneğin irade sakatlığı veya başka bir sebeple geçersiz (hale gelmiş) ise, BK 179 uyarınca eski borçların nakli sonucu doğmaz<sup>277</sup>.

Alelade borcun nakli, sebepten mücerret bir işlemdir (BK 177/III/OR § 179/III). Yeni borçlu ile alacaklı arasındaki borcun nakli sözleşmesi, geçerli bir borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin (borçtan kurtarma vaadi) varlığına bağlı değildir<sup>278</sup>. Bununla birlikte anılan kural (BK 177/III), ticari işletmenin devrinde BK 179 uyarınca borcun nakli bakımından uygulanmaz. Burada geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması şarttır. Alelade borcun nakline ilişkin hükümler, özel hüküm olan BK 179'da aksine bir kural bu-

---

<sup>275</sup> Aynı yönde Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 9.

<sup>276</sup> Örneğin bkz. Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 515 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 975; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1139; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 694; Eren, **a.g.e.**, s. 1204; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 90 vd.; Rey/Gauch/Schlupe, **a.g.e.**, s. 305 vd., N. 3827 vd.; Barandun, **a.g.e.**, s. 40 vd. Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 7, yazar işletmenin devralınması (Übernahme eines Geschäftes) terimini kullanmaktadır. Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 104 vd., yazar işletmenin/malvarlığının devri terimini de borçlandırıcı işlem niteliğindeki devir sözleşmesi anlamında kullanmaktadır (**a.g.e.**, N. 174 vd.). Aynı eserde ayrıca borcun yüklenilmesi (nakli) anlaşması terimi de kullanılmaktadır (**a.g.e.**, N. 126).

<sup>277</sup> BGE 60 II 107; Rey/Gauch/Schlupe, **a.g.e.**, s. 306, N. 3833; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 397; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 176/177; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop **a.g.e.**, s. 283. Bucher, **a.g.e.**, s. 590, yazar kural olarak bu yaklaşımı kabul etmekle birlikte, burada ilkenin çok genel olarak ele alındığı ve bazen işlem güvenliğinin kabul edilemeyecek şekilde zedelenebileceği şüphesini taşımaktadır.

<sup>278</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, C, 1.

lunmadıkça uygulanabilir. Bu bağlamda BK 179 uyarınca borçların nakli illidir (sebebe bağlıdır). Bu yaklaşım öğretide genel kabul görmektedir<sup>279</sup>.

Devir sözleşmesinin yokluğunu veya geçersizliğini, –BK 179’a göre borçların naklinin diğer bir şartı olan– ilânın/ihtarın düzeltilmesi ve alacaklılara ileri sürülmesine engel olması ise söz konusu değildir.

Ayrıca BK 179 kapsamında ticari işletmenin devrinde borçlar dış ilişkide kanunen intikal etmektedir<sup>280</sup>. Devralan ile alacaklılar arasında borcun nakli anlaşması yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>281</sup>. Bu hukuki nitelik farkıdır ki, borcun naklinin sonuçlarına ilişkin genel hükümlerin, işletmenin pasifleriyle devrinde aynen uygulanmamasını haklı kılmaktadır<sup>282</sup>. İşte BK 177/III’ün incelediğimiz konuda uygulanmamasının bir başka gerekçesi budur.

Nihayet ekleyelim ki, devir sözleşmesinin mevcut olmamasının veya geçersizliğinin yahut sonradan ortadan kalkmasının BK 179’a dayalı olarak borçlardan sorumluluğun doğmasına engel olması, işletme alacaklılarını zarara uğratabilir. Özellikle devrin ilânından/ihtarından sonra bu durum ortaya çıkabilir. Bu konuya ilişkin açıklamalar, bir sonraki başlık altında yapılmıştır.

## B. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

BK 179 uyarınca borçların sorumluluk için bir tasarruf işlemi olarak ticari işletmenin devrinin gerekli olup olmadığının irdelenmesi gerekir. Bazı yazarlar borçların üst-

---

<sup>279</sup> Açıkça bu yönde Bühler, **a.g.e.**, s. 28; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 397 dpn. 127; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 92; Barandun, **a.g.e.**, s. 57. Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop **a.g.e.**, s. 282. Ayrıca BK 179 uyarınca eski borçların intikalinin, geçerli bir “devir sözleşmesi” şartına bağlı olduğunun öğretide tartışmasız kabul edilmesi karşısında, en azından devir sözleşmesi ile BK 179 uyarınca borçların intikali arasındaki ilişki bağlamında “illilik” yaklaşımın öğretide ağırlıklı olarak benimsendiği söylenebilir: Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, C. 1.

<sup>280</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, A, 2, b.

<sup>281</sup> Buna karşılık alacaklıların devralan ile BK 174 anlamında borcun nakli anlaşması (veya borca katılma sözleşmesi) yapmasına bir engel bulunmamaktadır: Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 91.

<sup>282</sup> Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 92; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop **a.g.e.**, s. 283.

lenilmesi ve nakli için (ticari) işletmenin devri sözleşmesinin yapılmasını ve bunun duyurulması yeterli kabul ediyor gözükmektedirler<sup>283</sup>. İkinci bir görüşe<sup>284</sup> göre ise ayrıca bir tasarruf işlemi olarak ticari işletmenin devrinin gerçekleştirilmesi şarttır. Yani akdedilen devir sözleşmesi yerine getirilmeli ve aktifler devralana geçirilmelidir. Yapılan duyuru, bu sözleşmenin ifası şartıyla eski borçların nakli sonucunu doğurur.

Fikrimizce ikinci görüş isabetlidir. Ticari işletmenin devri, eski borçların BK 179 uyarınca naklinin bir şartıdır. Eski borçların nakli esasen gerçekleştiği duyurulan *işletmenin devrine* bağlanan bir sonuçtur. Eğer ticari işletmenin devri gerçekleştirilmemişse veya gerçekleştirilmiş ancak bu devir geçersiz ise, ilâna/ihbara rağmen eski borçların nakli söz konusu olmaz. İşletmeyi devralan kimsenin devri ilân veya ihbar edeceğini düzenleyen BK 179'dan, sadece borçlandırıcı işlemin (devir sözleşmesinin) yapılmasının yeterli olmadığı, devir borcunun ifa edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İlânın/ihbarın konusu, gerçekleşmiş olan devirdir<sup>285</sup>. Bu hükümdeki söz edilen "*devrin*" sadece borçlandırıcı sözleşmeyi; "*devralan*"ın ise bu sözleşmenin tarafını ifade ettiği kabul edilemez.

Böyle bir sonucun kabul edilmesi hükmün amacına da uygundur: Şöyle ki, BK 179 sisteminde işletmenin pasiflerinin aktifleri ile birlikte devredilmesi imkânı getirilmiştir. Bu imkâna başvuran devir ilişkisinin tarafları, pasiflerin aktiflerle birlikte oluş-

---

<sup>283</sup> Açıkça bu yönde Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 15; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 116; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 175, 176, 177, 183 ancak anılan yazara göre devir sözleşmesi geçersiz ise buna bağlı olarak artık devir de gerçekleşmez (**a.g.e.**, Art. 181, N. 66). Açıklamalarının bütününden aynı yönde olduğu anlaşılan eserler için bkz. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 395-397; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 694; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1137-1141, özellikle s. 1140, 1144; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 973, 975; Eren, **a.g.e.**, s. 1204/1205; Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 292, N. 20, 22, anılan eserlerde devir sözleşmesinin ilânına/ihbarına vurgu yapılmakta ve buna karşılık eski borçların nakli için devrin (ifasının) gerçekleşmesi bir şart olarak aranmamaktadır. Anılan son eserde (Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 292, N. 22) ilânda/ihbarda işletmenin aktif ve pasifleriyle devredilmiş olduğunun açıklanması gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu açıklamadan yazarların devrin ifasını kurucu unsur olarak aradıkları sonucuna varılamaz.

<sup>284</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 45-50, 140/141; Barandun, **a.g.e.**, s. 57, 103; Arkan, **a.g.e.**, s. 41-44; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36/37; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 529 vd. Açıklamalarının bütününden bu görüşte oldukları sonucuna varılan eserler için bkz. Birsal, **a.g.e.**, s. 94/95; Aslan/Şenyüz/Ergün, **a.g.e.**, s. 15/16; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 282; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 48/49;

<sup>285</sup> İhbarın içeriği konusundaki ayrıntılı açıklama için bkz. aş. Üçüncü Bölüm, III, C, 1.

turduğu iktisadi bütünlüğü nazara almışlar demektir. Geçerli bir işletme devri bulunmaksızın, işletme borçlarının intikali gibi ağır bir sorumluluğu devralana yüklemek BK 179'un sistemine aykırıdır.

Devir sözleşmesinin veya devrin geçersiz olması nedeniyle objektif olarak gerçeğe aykırı ilâna/ihbara güvenmelerinden dolayı alacaklılar zarara uğrayabilirler. İlâna/ihbara güvenerek işlem yapan alacaklıların uğradığı zararlardan, ilânı/ihbarı gerçekleştirenin sorumluluğu saklıdır<sup>286</sup>. Kural olarak alacaklıların böyle bir zarara uğraması olası değildir. Çünkü bu sorumluluk için alacaklının ilâna/ihbara güvenerek *bir işlem yapması* ancak bu güvenin boşa çıkması nedeniyle bir zarara uğraması şarttır. Örneğin yeni tacirin (devralanın) ticari işletmenin borçlarını üstlenmesine güvenip, eski borçluya (devredene) yönelik haczin kaldırılmasından dolayı uğranılan zararlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

Öte yandan başkalarını ızzar kasdıyla gerçeğe aykırı olarak yapılan ihbarı/ilânı yapanın verdiği zararlardan dolayı BK 41/II uyarınca sorumluluğu da doğar<sup>287</sup>.

Buna karşılık alacaklıların güveninin korunmasından bahisle, devralanın kanuna aykırı veya gerçeği yansıtmayan ilândan/ihbardan dolayı kural olarak tüm eski borçlardan sorumlu tutulması kabul edilemez<sup>288</sup>. İlânın/ihbarın gerçeği yansıtmaması veya yansıtmaz hale gelmesinden dolayı işletmeyi devralmak isteyen eski borçlardan sorumlu tutmak, menfaatler dengesine aykırı ve ölçüsüz bir sonucun benimsenmesi anlamına gelir. Burada devralanın geçersiz devirden (veya devir sözleşmesinden) dolayı işletmenin eski borçlarından sorumlu olmamaya ilişkin menfaati, alacaklıların müteselsil sorumlu iki borçluya muhatap olmak konusundaki menfaatine üstün tutulmalıdır<sup>289</sup>. Eğer işletme devredilmediğinden veya devir geçersiz olduğundan dolayı ilân/ihbar eski borçların nak-

---

<sup>286</sup> Devir sözleşmesinin geçersiz olması açısından aynı yönde Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 975, dpn. 228; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 397.

<sup>287</sup> Devir sözleşmesinin geçersiz olması bağlamında aynı yönde von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 397, dpn. 126.

<sup>288</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 975, dpn. 228.

<sup>289</sup> Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 93; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 397.

li sonucunu doğurmamışsa, işletmenin mevcut sahibi borçlarından asıl borçlu olarak sorumlu olmaya devam eder<sup>290</sup>. Hatta bu sorumluluk, artık şartları gerçekleşmeyen BK 179'daki iki yıllık süre sınırı da söz konusu olmaksızın mevcuttur. Bu olasılıkta alacaklılar, mevcut borçlunun yanında yeni bir borçlunun borca katılması ayrıcalığından mahrum kalmaktadırlar o kadar<sup>291</sup>. Bu ayrıcalıklı sonuç ise kanunun (BK 179) aradığı şartlar gerçekleşmediği için doğmamaktadır.

Ticari işletmenin devrinin nasıl gerçekleştirileceği yukarıda ayrıntılı olarak incelenmişti. Bu yüzden bu konuda oraya atıfta bulunmakla yetiniyoruz<sup>292</sup>.

### C. DEVRİN İLÂNI VEYA İHBARI

Borçlardan sorumlu olabilmesi için devralan tarafından ticari işletme devrinin alacaklılara ihbar veya ilân edilmesi şarttır (BK 179/I). Kanunda açıkça ifade edilen bu şart gerçekleşmediği sürece, ticari işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğu doğmaz<sup>293</sup>. Ticari işletmenin devri ile ilgili duyuru, alacaklılara yapılacak ihbar veya ilân şeklinde icra edilebilir. Bu iki yoldan birinin seçilmesi yeterlidir; hem ihbar hem ilân yapılması şart değildir. İhbar her bir alacaklıya ayrı ayrı yapılan bildirimdir<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> Benzer yönde Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 46; Rey/Gauch/Schluep, **a.g.e.**, s. 306, N. 3833.

<sup>291</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 397.

<sup>292</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, I.

<sup>293</sup> Ticari işletmeyi devralanın borçlardan sorumlu olabilmesi için devri ilân/ihbar etmesinin kurucu unsur olduğu yönünde Arslanlı, **a.g.e.**, s. 115/116; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 106 vd.; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 41/42; Arkan, **a.g.e.**, 45; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 532; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36, 38; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 693; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 975; Eren, **a.g.e.**, s. 1205; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 53/54; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 7; Bühler, **a.g.e.**, s. 26; Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 16; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 397; Bucher, **a.g.e.**, s. 590; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 185; von Büren, **Obligationenrecht**, s. 353; Barandun, **a.g.e.**, s. 85. Farklı görüşte Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 162, yazarlar kanunun açık ifadesine rağmen, devralanın eski borçlardan sorumlu olabilmesi için *işletmeyi devralmasını* yeterli görmekte ve *devralma tarihinden* itibaren sorumlu tutulacağını ileri sürmektedirler [Bu yöndeki Yargıtay kararları ve bu kararların eleştirisi için bkz. aş. Dördüncü Bölüm, IV]. *Domaniç/Ulusoy*, devrin ilânına/ihbarına, sadece devredenin müteselsil sorumluluğunun tâbi olduğu iki yıllık hak düşürücü sürenin başlaması bakımından işlev yüklemektedir (**a.g.e.**, s. 162).

<sup>294</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 976.

Ne var ki, diğer şartlar gerçekleşmeden (devir sözleşmesi ve devir) tek başına ilân/ihbar, borçların nakli sonucunu doğurmaz. Bu kapsamda ticari işletmenin devrinin gerçeğe aykırı olarak ticaret siciline tescil ve ilân edilmiş olması, eski borçların naklini neticelendirmez. Yani ticaret siciline tescil ve ilân edilen hususun (ticari işletmenin devrinin) gerçeği yansıtmaması veya yansıtmaz hale gelmesi, bu tescil ve ilâna güvenilerek hak iktisabını<sup>295</sup> sağlamaz. Her ne kadar TK 39'un kenar başlığı, "*sicile itimat*" ise de, bu madde yolsuz tescile dayanılarak iyiniyetle hak iktisabını düzenlememektedir. Ticaret sicili sistemi açısından bu anlamda bir sicile güven prensibinin TK'da öngörülmediği kabul edilmektedir<sup>296</sup>. Bu yönüyle ticaret sicili, tapu sicilinden ayrılır. Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur (MK 1023). Ticaret siciline tescil ve ilânda güvenin korunduğu istisnai hal, tescil ve ilânın olumsuz işlevi yönündendir (TK 39/II). Yani kanunen ticaret siciline tescil (tadil, terkin) edilmesi gereken ancak tescil ettirilmemiş olan veya tescil edilip ilânı gerekirken ilân edilmemiş bir husus, bunu bilmeyen üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

Gerçeğe aykırı tescil ve ilân, BK 179 uyarınca eski borçların nakli sonucunu doğurmasa bile, sicilde işlem yaptıran veya yapılması için başvurmakla yükümlü olan kişilerin, bundan doğan zararlardan BK 41 vd. uyarınca haksız fiil sorumluluğu saklıdır (TK 40)<sup>297</sup>. Ayrıca ticaret sicilinin yanlış ve gerçeğe aykırı olarak tutulmasından doğan zararlar sebebiyle, şartları gerçekleşmek kaydıyla sicil memurunun BK 41 vd. ve ticaret (ve sanayi) odasının BK 55 uyarınca haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilir.

---

<sup>295</sup> Hak iktisabı sözü, alacaklılar nazara alınarak kullanılmıştır. Zira borçların BK 179 uyarınca (devredenden yanında ayrıca) devralana ileri sürülmesinin kabulü, işletme alacaklıları açısından yeni bir borçludan alacaklarını talep etmek imkânı getirmektedir.

<sup>296</sup> Bu yönde Arslanlı, **a.g.e.**, s. 159; Ülgen, **Hukuki Görünüş**, s. 147/148; Arkan, **a.g.e.**, s. 246; Nomer Ertan, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 871. İstisnai olarak TİRK 5/IV uyarınca, ticaret (veya esnaf ve sanatkâr) sicilindeki kayda istinaden iyiniyetle ticari işletme üzerinde rehin hakkı iktisap edenin bu iktisabı geçerlidir.

<sup>297</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 160; Nomer Ertan, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 873.

## 1. İçeriği

Devrin ihbarında/ilânında, bir ticari işletmenin *devralındığı* açıklanır<sup>298</sup>. Yani ihbarın/ilânın zorunlu içeriği, devrin gerçekleştiğinin açıklanmasıdır (BK 179/I). İhbarın içeriği açık ve belirli olmalıdır. Bu kapsamda ihbar/ilân, devir işlemini, devir ilişkisinin taraflarını ve devredilen ticari işletmeyi anlaşılır biçimde belirtmelidir.

Dış ilişkide ilânın/ihbarın içeriği, iyiniyetli alacaklıların işlem hayatındaki güven prensibi çerçevesinde verecekleri anlama göre belirlenir<sup>299</sup>. Bu esas, özellikle eski borçların üstlenilmesi ve sınırlandırılması bakımından önem taşır. Çünkü ticari işletmenin devri ile ilgili BK 179 uyarınca yapılan ihbarın/ilânın en önemli işlevi, devralanın eski borçlardan sorumluluğunun tayinidir.

İlândan/ihbardan ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devralındığı sonucu çıkarılmalıdır<sup>300</sup>. Buna karşılık anılan sonuca varılabilmesi için, işletmenin devralındığı belirtildikten sonra, (tüm) pasiflerin üstlenildiğinin ayrıca ve açıkça belirtilmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir<sup>301</sup>. Gerçi “(i)şletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilân et”melidir diyen BK 179 uyarınca, pasiflerin de üstlenildiğinin açıkça belirtilmesi gerektiği düşüncesi akla gelebilir. Ancak bir kere BK 179 uyarınca yapıldığı belirtilen ihbar/ilân, zaten ka-

---

<sup>298</sup> Bu yönde Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 90; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 145; Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 291, N. 23; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 115, 45 vd. Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 531; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 54. Buna karşılık BK 179 uyarınca eski borçların intikali için devri, zorunlu bir şart olarak aramayan yazarlar ise devir sözleşmesinin ilânını/ihbarını yeterli görmekteirler: Örneğin bkz. Tunçomağ, **a.g.e.** s. 1141.

<sup>299</sup> Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 11. BGE 129 III 167, Erw. 2.2 (von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 298, dpn. 11'dan naklen).

<sup>300</sup> Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 291, N. 23; Bucher, **a.g.e.**, s. 590; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 767, dpn. 21; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1140/1141.

<sup>301</sup> Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 291, N. 23. BGE 75 II 302; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 767; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 54, dpn. 43. BK 179'un emredici olduğunu kabul eden yazarlar da doğal olarak “devrin” ihbarını yeterli görmektedir: Örneğin Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 115; Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 531; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1140/1141; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Alttop **a.g.e.**, s. 282.

nundan dolayı işletmenin aktif ve pasifleri ile devrini ifade eder<sup>302</sup>. Ayrıca TK 11/II uyarınca, aksi yönde açıklık olmadığı sürece borçlar da ticari işletmenin daimi unsurları arasında değerlendirilir<sup>303</sup>. Dolayısıyla aksine açıklık yok ise, devralanın işletmeye ait (tüm) borçları/pasifleri de üstlendiği kabul edilir<sup>304</sup>. İhbarın/ilânın güven prensibi çerçevesinde yorumu, bu sonuca varılmasını gerektirir.

Pasifleri üstlenmek istemeyen devralanın, ihbarda/ilânda bunu açıkça belirtmesi, yani BK 179 uyarınca eski borçların üstlenilmediğini/nakledilmediğini açıklaması şarttır.

İhbarda/ilânda üstlenilen eski borçlar sınırlandırılabilir. Böylece devir sözleşmesinde eski borçlarla ilgili sınırlandırmalar, devralan tarafından alacaklılara karşı ileri sürülebilir. Tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş bu yöndedir<sup>305</sup>. Ancak devir sözleşmesindeki eski borçlara ilişkin sınırlandırmalar, ihbarda/ilânda belirtilmediği sürece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez<sup>306</sup>. Yani üstlenilen borçların kapsamı bakımından ilân/ihbar, taraflar arasındaki anlaşmadan üstün tutulur<sup>307</sup>. Zira alacaklıların taraflar arasındaki iç ilişkiyi araştırmak ve bilmek zorunda olması söz konusu değildir. Bununla birlikte devir sözleşmesinde yer alan sınırlandırmalar, iç ilişkide geçerli olmaya

---

<sup>302</sup> Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 91.

<sup>303</sup> TK 11/II'de sayılan unsurlar sınırlayıcı değildir. Ticari işletmenin sadece aktifleri ile devredilebilme imkânı, kural olarak devrin işletmenin pasiflerini de kapsadığı gerçeğini değiştirmez: Genel olarak işletme kavramı ve BK 179/OR 181 açısından bu yönde Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 90.

<sup>304</sup> Buna karşılık İsviçre hukukunda e.OR § 181/BK 179 ile ilgili mahkeme içtihatlarında –istikrar kazanmış olmamakla birlikte– ihbarda/ilânda hem aktiflerin hem de pasiflerin devralındığının belirtilmesi gerektiği kabul edilmektedir (BGE 75 II 302; BGE 79 II 155; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 10'den naklen).

<sup>305</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, D, 2.

<sup>306</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 116; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 398; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 91; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 769, dpn. 33; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 197/198, 205; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 11; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1143. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir: BGE 129 III 167, Erw. 2.1 (von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 298, dpn. 9'dan naklen). BGE 79 II 289 Erw. 4b/4c; BGE 60 II 100, Erw. 1. Azınlıkta kalan karşı görüş için bkz. Bühler, **a.g.e.**, s. 26 vd.

<sup>307</sup> von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 298, dpn. 9'a bağlı metin; s. 299/300.

devam eder<sup>308</sup>. Üstlenilen borçlar bakımından ilânın/ihbarın kapsamının, devir sözleşmesinden daha geniş olmasından dolayı, devralanın üçüncü kişilere gerçekleştirdiği ifa işlemleri, devredene rücu hakkı doğurur<sup>309</sup>.

Üstlenilen borçlar bakımından ilânın/ihbarın kapsamı, devir sözleşmesinden daha dar olabilir. Yani devir sözleşmesine aykırı olarak bazı borçlar, ilânda/ihbarda ayrık tutulmuş ve üstlenilmemiş olabilir. Bu kayıtlar üçüncü kişilere ileri sürebilir<sup>310</sup>. İç ilişkide devralan, devredene karşı devir sözleşmesi (ve borcun iç yüklenilmesi) uyarınca sorumlu olmaya devam eder<sup>311</sup>. Üstlenilen borçlar bakımından ilânın/ihbarın kapsamının devir sözleşmesinden daha dar olması, alacaklıları zarara uğratmaz. Çünkü devreden bu borçlardan sorumlu olmaya eskisi gibi devam eder<sup>312</sup>. Borçların kapsamı açısından devir sözleşmesine oranla daha dar içerikte olan ilânın/ihbarın, üçüncü kişiler nezdinde (iç ilişkinin esas tutulmasına yönelik) korunması gereken bir *güven* tesis etmesi de söz konusu değildir.

Devralan, alacaklılara yapacağı ihbarda/ilânda, pasiflerden dolayı sorumluluk sınırlandırmalarını açıkça belirtmelidir<sup>313</sup>. Sorumluluk sınırlandırmasındaki belirsizlikler, güven prensibi uyarınca devralan aleyhine yorumlanır<sup>314</sup>. Örneğin ihbarda/ilânda aksine açıklık saptanamadığı sürece, işletme kapsamındaki tüm borçların devralındığı kabul

---

<sup>308</sup> Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 91.

<sup>309</sup> Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 292, N. 25.; aynı yönde Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 219; von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 300, dpn. 30. Anılan yazarların *Spirig* de devralanın rücu hakkına (“Rückgriffsrecht”) sahip olacağını belirtmesine rağmen, onun dönme hakkını (“Rücktrittsrecht”) kabul ettiğinden söz etmeleri, yanlıştır (**a.g.m.**, s. 300).

<sup>310</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 203; Bucher, **a.g.e.**, s. 590; von Büren, **Obligationenrecht**, s. 353. Karşı görüşte Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 130, yazar bir tasavvur açıklaması olan ilânın/ihbarın gerçeğe aykırı olması halinde hüküm doğurmayacağını, BK 20/II uyarınca gerçeğe [devir sözleşmesine, *y. n.*] aykırı sınırlamaların geçersiz olacağını ileri sürmüştür. Sonuç olarak, yazara göre söz konusu sınırlamalar geçersiz olduğundan, devralan tüm borçlardan sorumludur.

<sup>311</sup> Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 292, N. 25; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 204.

<sup>312</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 203.

<sup>313</sup> Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 11.

<sup>314</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 118.

edilir<sup>315</sup>. Açıklığı sağlamanın en güvenilir yolu, sorumluluktan istisna edilen borçları tek tek belirtmektir<sup>316</sup>. Bundan başka eski borçlardan sorumluluğun bir tarih (devir tarihi veya devirden önceki bir tarih) belirtilerek sınırlandırılması da mümkündür<sup>317</sup>. Aksi halde devralanın alacaklılara karşı devirden önce doğan ve muaccel olan borçları da üstlenmiş olduğu kabul edilir.

Borçlardan sorumluluğun genel olarak, toplam bir üst miktar ile sınırlanması ise olanaklı değildir. Zira bu halde hangi borcun, devrin kapsamı dışında bırakıldığı anlaşılamaz. Buna karşılık özel olarak hangi borca veya borçlara ilişkin olduğu açıkça belirtilen miktar sınırlaması geçerlidir<sup>318</sup>.

Yapılacak ihbarda/ilânda, bilânçoya atıfta bulunmak suretiyle eski borçlardan sorumluluğun sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre pasiflerin naklinin, atıfta bulunulan devir bilânçosunda gösterilen borçlar ile sınırlandırılması olanaklıdır<sup>319</sup>.

Bizimde katıldığımız ikinci görüşe göre ise “... *tarihli*” bilânçoya göre işletmenin aktiflerinin ve pasiflerinin devralındığının belirtilmesi, eski borçların sınırlandırılması sonucunu doğurmaz<sup>320</sup>. Alacaklılar bu tür bir ilânda/ihbarda dayanılan bilânçoyu ticari işletmenin devrine yönelik, kural olarak tüm borçları kapsayan nihai bilânço/sonuç bilânçosu olarak kabul etmekte haklıdırlar<sup>321</sup>. Bilânçoda belirli borçların açıkça istisna

---

<sup>315</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 589; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 198.

<sup>316</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 118; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 53.

<sup>317</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 118.

<sup>318</sup> Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 26; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 119.

<sup>319</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop **a.g.e.**, s. 282; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 53, dpn. 39; Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 4; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 120. Benzer yönde Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 119, ancak yazara göre özellikle devralanın eski borçları bilânço ile sınırlama iradesinin açıkça anlaşılması ve saptanması gerekir. Bilânçoya yapılan basit bir atıf yeterli değildir.

<sup>320</sup> BGE 60 II 104; 79 II, 289. Aynı yönde Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 11; Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 291/292, N. 24; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 767, dpn. 26.

<sup>321</sup> Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 292, N. 24.

edilmediği ve bu bilânço ihbarda/ilânda yer almadığı sürece ilgili sınırlama alacaklılara karşı ileri sürülemez<sup>322</sup>.

Gerçekten bilânço, envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifi ve karşılıklı olarak değerleri itibariyle tertiplenmiş hülasasıdır (TK 74/I). Kanaatimizce bu özellikleri taşıyan bir bilânçodan, somut olarak hangi borcun istisna edildiği anlaşılabilir. Yani bilânçoya genel bir atıf, borçların sınırlanmasına elverişli değildir. Anılan bilânçoda belirli borçlar açıkça istisna edilmiş olsa bile, bu bilânço veya sınırlamalar ihbarda/ilânda yer almadığı sürece, farklı bir sonuca varılmaz. Zira aksi halde ihbar/ilân, hangi borçların devrin kapsamı dışında bırakıldığı konusunda belirsizlik taşımaya devam etmektedir. Aynı belirsizlik, pasiflerin toplam tutarının devir bilânçosunda belirtilmesi ve sadece bu miktarlar çevresinde (kısmen) işletmenin devralındığının belirtilmesi halinde de mevcuttur.

Ayrıca devir bilânçosunda hangi borçların üstlenildiği (devir bilânçosunda) gösterilmiş olsa bile, bu olgu hangi borçların devralınmadığının belirtildiği anlamına da gelmez.

Aynı şekilde ticari işletmenin ticari defter ve bilânçolarına göre devralındığının ilân edilmesi halinde, bu genel atıf, eski borçların ticari defter ve bilânçoda yer alanlar ile sınırlandırıldığını ortaya koymaz<sup>323</sup>. Buna ek olarak işletme faaliyeti kapsamında yer alan tüm borçlar, kanuna uygun tutulması zorunlu ticari defterler ve bilânçoda yer alması gerekir. Ticari işletme ile ilgili belirli bir borcun ticari defterlerde yer almaması, olsa olsa ticari defterlerin kanuna uygun tutulmadığını gösterir. Böyle bir durumun alacaklarını ispatlayan işletme alacaklılarına ileri sürülmesi sonuç doğurmaz<sup>324</sup>. O halde ilânda/ ihbarda, üstlenilen borçların ticari defterlerle sınırlanmış olduğu açıklansa bile, maddi hukuk açısından *tüm borçların* işletmeyi devralan tarafından üstlenildiği kabul edilmelidir.

---

<sup>322</sup> von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 299 ve orada anılan BGE 129 III 167 Erw. 2.2.

<sup>323</sup> Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 767, dpn. 26.

<sup>324</sup> Benzer yönde Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 767, dpn. 26.

Kaldı ki üçüncü kişilerin pasiflerle ilgili sınırlamayı ilândan/ihbardan anlaması gerekir. Bunun dışında ayrıca araştırmayı gerektiren örneğin ticari defter kayıtları ile sınırlamalar, alacaklılar aleyhine sonuç doğurmaz.

## 2. Şekli

Alacaklılara yapılacak ihbar, kanunda özel bir şekil koşuluna tâbi kılınmamıştır. İhbar herhangi bir duyuru biçimi (telefon, afiş asmak, sirküler, e-posta vb.) yoluyla yapılabilir<sup>325</sup>. Ticari işletmenin devri ile ilgili sözü edilen ihbar, tacirler arasında söz konusu olsa bile, bir temerrüt ihtarı veya sözleşmeyi fesih yahut sözleşmeden dönme ihbarı olmadığından, TK 20/III'te aranan özel şekil şartına da tâbi değildir<sup>326</sup>. İhbar özel bir şekle tâbi değilse de devralanın dış ilişkide kendisini başka bir surette devredenine halefi olarak sunması (yansıtmayı), tek başına ihbar anlamına gelmez<sup>327</sup>. Örneğin devralanın, devraldığı ticari işletmeyi yönetmeye başlaması veya ticaret unvanına halefiyeti gösteren bir ibare eklemesi, ihbar yerine geçmez<sup>328</sup>.

İhbar muhataba varması gereken bir işlemdir. İhbarı muhatabın öğrenmesi şart değildir. İhbarın onun hâkimiyet alanına girmiş olması yeterlidir.

İhbarın kural olarak alacaklıların tümüne yapılması gerekir. Ancak alacaklıların *önemli bir kısmına* ihbar yapılmışsa artık BK 179 uyarınca devrin duyurulmasını şartı

---

<sup>325</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 113; Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 54; Barandun, **a.g.e.**, s. 88. Farklı görüşte Oya Akıncı, **a.g.e.**, s. 71, anılan yazar isabetsiz olarak ihbarın şekli konusunda TK 20/III hükmünün uygulanacağını belirtmektedir.

<sup>326</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 116; Arkan, **a.g.e.**, s. 45, dpn. 2; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 54, dpn. 41.

<sup>327</sup> Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 137.

<sup>328</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 113, dpn. 44a'da anılan (diğer) yazarlar. *Acemoğlu* isabetli olarak, aksine bir yorumun kabulü halinde, borçların naklinin *ipso facto* gerçekleşeceğini ve bunun kanunun amacına uygun olmadığını belirtmektedir (**a.g.e.**, s. 113, dpn. 45'e bağlı metin). Karşı görüşte Oya Akıncı, **a.g.e.**, s. 65, anılan yazar halefiyeti gösteren bir ek yapılması halinde, işletme borçlarından sorumluluğun doğacağını belirtmektedir. Ancak anılan yazarın bir yandan bu görüşü savunurken, diğer yandan BK 179 uyarınca ilânda/ihbarda işletmenin *aktif ve pasifi ile birlikte devraldığının açıkça* belirtilmesini araması tutarlı değildir (**a.g.e.**, s. 65, karş. **a.g.e.**, s. 70). Çünkü ticaret unvanını halefiyeti gösteren bir ibare ekleyerek kullanmak ve faaliyete devam etmek, kesinlikle borçların da *açıkça üstlenildiğini* göstermez.

gerçekleşmiş demektir<sup>329</sup>. Bu durumda kendisine ihbar yapılmayan alacaklılardan, diğer alacaklılara bildirilen devirden haberdar olanların borçları dahi devralan tarafından üstlenilmiş olur. Gerçekten ihbar, alacaklıların ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrine müspet vukufunu sağlamak için yapılır. Bundan dolayıdır ki, anılan olasılıkta, keyfiyette zaten haberdar olan alacaklılara ihbar yapılmış olması şart değildir<sup>330</sup>. Sözü edilen alacaklılar, devrin (devreden veya devralan tarafından) ileri sürülmesi karşısında, kendilerine ihbarın yapılmadığına dayanamazlar. Ne var ki, hem devir kendilerine ihbar edilmemiş hem devir ve ihbarlardan haberdar olmayan alacaklıların borçları nakledilmiş olmaz<sup>331</sup>. Buna karşılık ne (alacaklıların tamamına veya bir kısmına) ihbar ne ilân yapılmasına rağmen, üçüncü kişilerin gerçekleşen devirden haberdar olduklarından bahisle, eski borçların intikal ettiğini ileri sürmeleri ise hukuken kabul edilemez<sup>332</sup>.

Taşıdığı pratik güçlükler, yapılıp yapılmadığı konusundaki olası uyuşmazlıklar ve ispat sorunları karşısında, ihbar yerine ilân yoluna başvurulması tercihe şayandır.

Hâkim görüşü<sup>333</sup> göre devrin ilânı, BK 179'un açık lafzı gereği gazetelerde yapılmalıdır. Buna göre ticari işletmenin devrine ilişkin BK 179'daki sözü edilen ilânın,

---

<sup>329</sup> İhbarın yapılması şartı bakımından daha esnek ve farklı görüş için bkz. Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 54, anılan makalede alacaklıların "bir kaçına" yapılan bildirim, (en azından bildirim yapılan alacaklılar bakımından) yeterli olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe göre bildirim yapılmayan alacaklıların ise devirden haberdar olup olmadıklarına bakılmalıdır. Benzer yönde Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 114/115; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop **a.g.e.**, s. 282, yazarlar ihbarın alacaklıların "bir kısmına" yapılması olasılığı kapsamında görüşlerini açıklamaktadırlar. Aynı yönde Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 533, yazar müşterilere yapılan ihbarı da yeterli görmektedir. Karşı görüşte Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 976, yazarlar ihbarın her bir alacaklıya ayrı ayrı yapılması gerektiği; aksi halde ihbarda bulunulmamış alacaklıların borçlarının nakledilmemiş olacağı görüşündedirler.

<sup>330</sup> İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, devir sözleşmesinin akdedilmesine gayret eden, kurulup kurulmadığı konusunda devamlı bilgi alan bir alacaklıya ihbar yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir: BGE 60 II 105 (Barandun, **a.g.e.**, s. 89'dan naklen).

<sup>331</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 89, dpn. 32; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 55.

<sup>332</sup> Aynı yönde Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 114; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop **a.g.e.**, s. 282, dpn. 5; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 767, dpn. 19.

<sup>333</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 115/116; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 112/113; Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 533/534; Baştuğ/Erdem, **a.g.e.**, s. 36; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 36, 38; İnal, **a.g.e.**, s. 73; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1141; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 976; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop **a.g.e.**,

TTSG’de yapılması zorunlu değildir. Dürüstlük kuralı (MK 2) çerçevesinde, alacaklılar tarafından devrin öğrenilmesini sağlayacak biçimde, herhangi bir gazetede ilân yeterlidir. Ancak BK 179’un “*gazetelerde*” şeklindeki çoğul ifadesinden dolayı, en az iki gazetede ilân yapılması gerektiği de savunulmaktadır<sup>334</sup>.

Azınlıkta kalan *İmregün*’ün görüşüne göre ise ticari işletmenin devri, alacaklılara ve iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, ticaret siciline tescil ve ilân ile hüküm ifade eder<sup>335</sup>.

Kanaatimizce bu son görüş isabetlidir. Gerçek kişi veya tüzel kişi her tacir, işletmesini ticaret siciline tescil ettirmeye mecburdur (TK 42/I, TST 13). Tescil edilmiş hususlarda vukubulacak her türlü değişiklikler de tescil ve ilân olunur (TK 33/I). Yine TK 33/II uyarınca tescilin dayandığı olgu veya işlem tamamen veya kısmen sona ererse, sicildeki kayıt da tamamen veya kısmen silinir. O halde ticari işletmenin devri, kanunen ticaret siciline tescil ve TTSG ilân ettirilmesi gereken bir husustur (TK 42/I, 33/I-II, TST 13, 83). Ticari işletmenin devrine ilişkin hem tescil hem ilân açıklayıcı niteliktedir. Ticari işletmenin devrinde tescil ve ilân yükümlülüğü özellik arz eder<sup>336</sup>; bu yükümlük sadece devreden açısından değil, ticari işletme faaliyetine devam etmek şartıyla devralan açısından da mevcuttur<sup>337</sup>. Söz konusu yükümlülük yerine getirilmemişse, TK 39/II uyarınca ticaret siciline tescilin olumsuz işlevi devreye girer. Tescili edilip de ilanı gerekirken,

---

s. 282; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 55. Aynı yönde Yarg. 11. HD. 20.02.1975, E. 74/3926 K. 75/1217 (Batider, C. VIII, S. 2, s. 148).

<sup>334</sup> Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 694; benzer yönde Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1141, yazar ilânın geçerliliği için biricik koşul olarak, alacaklıların kendisinden bilgi edinmesi olasılığı bulunan yayın araçlarından (*gazetelerden, y.n.*) “*bir kaçının*” kullanılmasını aramaktadır.

<sup>335</sup> İmregün, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 12. Aynı yönde Aslan/Şenyüz/Ergün, **a.g.e.**, s. 16. Tartışmaya değinmeksizin bu yönde Çitçi, **a.g.e.**, s. 28.

<sup>336</sup> Ticari işletmenin devri söz konusu olmaksızın ticaretin terkinde ise sadece devreden açısından tescil (terkin) ve ilân zorunluluğu söz konusudur (TK 42/I, 33/I; İİK 44/I).

<sup>337</sup> Ticari işletmeyi devralarak faaliyete devam eden tacir sıfatını kazanır (TK 14/I). Bkz. ve karşı. bir ayırım yapmaksızın ticari işletmenin devrinde işletme sahibi tacirin değişmiş olacağından söz eden İmregün, **Genel İlkeler**, s. 18, dpn. 14. Devraldığı ticari işletme ile faaliyete devam eden tacirin, işletmesini kendi adına tescil ve ilân ettirme yükümlülüğü doğar (TK 42/I). Devrin ticaret siciline tescili, bu yükümlülüğün yerine getirilmesine de hizmet eder. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen devralanın, devri iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürebilmesi mümkün değildir (TK 39/II).

tescil ve ilân edilmemiş olan bir husus, bunu bildikleri ispat edilmedikçe, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (TK 39/II).

BK 179'daki ilânın amacı, ticari işletmenin devrinin üçüncü kişilere duyurulmasıdır. İlân yapılıncaya, artık devirden tüm alacaklıların haberdar oldukları varsayılmaktadır<sup>338</sup>. Yani ilânın hükümlerini doğurabilmesi için, alacaklıların bundan bilgi edinip edinmediğini veya ne zaman edindiğini aramaya yer yoktur<sup>339</sup>. BK 179 kapsamında gazetelerde ilâna yüklenen bu işlevi, TK sisteminde ticari işletmenin devri bakımından ancak ticaret siciline tescil ve ilân yerine getirir. O halde herhangi bir gazetede yapılan ilân, ticari işletmenin devrinin tüm alacaklılar tarafından bilindiğinin varsayılmasını sonuçlandırmaz.

İlân konusunda BK 179'un *genel bir hüküm* olduğuna işaret etmeden de geçemeyeceğiz. Anılan hüküm borçların naklini genel olarak bir malvarlığının veya işletmenin devri bakımından düzenler. Bu hüküm ile devrin her hangi bir gazetede (gazetelerde) ilânının üçüncü kişilere ileri sürülebilmesi imkânı getirilmiş ise de, ticari işletmenin devrinin aleniyetini sağlama konusunda TK'daki *özel hükümlere* uyulması zorunludur.

### 3. Hukuki Niteliği

BK 179 uyarınca yapılan ilân/ihbar, bir irade beyanı niteliğinde değildir<sup>340</sup>. İrade beyanı, belir bir hukuki sonuca yönelik iradenin açıklanmasıdır. Hâlbuki ilânın/ihbarın gayesi, karşı tarafa ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri konusunda bilgi vermektir. Devralanın açıkladığı bu tasavvuru ile bir hukuki sonuç doğurmayı istemiş olması gerekmez. Devredilen işletmeyle birlikte borçlar, devralana *kanundan dolayı* intikal eder<sup>341</sup>. Dolayısıyla bu ilân/ihbar, BK 176/II'nin aksine bir icap niteliğinde de değildir<sup>342</sup>.

---

<sup>338</sup> Örneğin bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop **a.g.e.**, s. 282.

<sup>339</sup> Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1141; Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 534; Spirig, **a.g.e.**, § 181, N. 191.

<sup>340</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 109; Bühler, **a.g.e.**, s. 29; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 397, dpn. 121.

<sup>341</sup> Meydana gelen hukuki sonucun, istenmiş olmasına bakılmaksızın ve kanundan dolayı gerçekleşmesinin, tasavvur açıklamasını irade beyanından ayıran bir özellik olduğu konusunda bkz. Ülgen, **Hukuki Görünüş**, s. 156 ve oradan anılan *Gödeke*.

Alacaklılar tarafından açıkça veya zımni olarak kabul edilmesi gerekmez<sup>343</sup>. Devrin ilânı/ihbarı, belirli bir olgunun (aktif pasifiyle işletme devrinin) açıklanması ve duyurulması olduğu için, genel olarak hukuki işlem benzeri fiil ve özel olarak tasavvur açıklaması olarak nitelendirilir<sup>344</sup>.

İlân/ihbar, tek başına genel hükümlere göre her bir alacaklı ile borcun dış yüklenilmesi sözleşmesi kurulmasına temel oluşturmaz. Bunun nedeni, hukuki niteliği itibarıyla bir irade beyanı veya icap olmayışıdır.

Hukuki işlem benzer fiil olan ilâna/ihbara, hukuki işleme ilişkin kurallar, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır<sup>345</sup>. İlân/ihbar, doğum ve geçerlilik şartları örneğin fiil ehliyeti, temsil vs. açısından genel hükümlere tâbidir. Ancak öğretilerde hata ve hileye ilişkin irade sakatlıkları dolayısıyla ilânın/ihbarın iptalinin (BK 23-28, 31) mümkün olmadığı savunulmaktadır<sup>346</sup>. Yeter ki irade sakatlığı asıl devir sözleşmesine bulaşmamış olsun. Kanımızca da bu görüş isabetlidir. Devralan, devir sözleşmesini irade sakatlığı sebebiyle iptal edebilir. İptal işletmenin devrinden ve devrin ilânından/ihbarından sonra dahi gerçekleşebilir. Bundan sonra BK 179 uyarınca devreden eski borçlardan sorumluluğu kalmaz. Çünkü bu olasılıkta artık BK 179'un uygulanmasının bir diğer şartı (devir sözleşmesi) gerçekleşmemiş olur. Artık devralanın hüküm ve sonuç doğurmayan ilânı/ihbarı iptal etmesine ihtiyacı yoktur<sup>347</sup>. Buna karşılık geçerli bir devir sözleşmesi mevcut ve yerine getirilmiş ve işletmenin devri ilân/ihbar edilmiş ise sadece ilânın/ihbarın, irade sakatlığına dayanılarak iptal edilmesi mümkün değildir.

---

<sup>342</sup> Bühler, **a.g.e.**, s. 29; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 397.

<sup>343</sup> Huguenin, **a.g.e.**, s. 217, N. 1390.

<sup>344</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 108/109; Bühler, **a.g.e.**, s. 33; Barandun, **a.g.e.**, s. 88;

<sup>345</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 109.

<sup>346</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 110; Bühler, **a.g.e.**, s. 34.

<sup>347</sup> Benzer yönde Barandun, **a.g.e.**, s. 103, yazar işletme devri ve ilân/ihbar yapılmış olsa bile, devir sözleşmesinin ortadan kalktığına örneğin irade sakatlığı nedeniyle iptal edildiğinin ileri sürülebileceğini belirtmektedir.

#### 4. İlânı/İhbarı Kimin Yapacağı

BK 179'un açık ifadesi uyarınca ilânı/ihbarı devralanın yapması zorunludur<sup>348</sup>. Hukuki işlem benzeri fiil olan ilâna/ihbara, temsil hükümlerinin uygulanmasına engel yoktur<sup>349</sup>. Bu nedenle devralan başka bir kişiye bu arada devredene ilân/ihbar konusunda temsil yetkisi verebilir<sup>350</sup>. Öğretide BK 174/II'de olduğu gibi, bu ilânı/ihbarı devralanı temsilen devredenin/borçlunun da yapabileceği kabul edilmektedir<sup>351</sup>.

Kanaatimizce BK 174/II'ye dayanılması isabetli olmadığı gibi<sup>352</sup>, bu görüş ile neyin kastedildiği de anlaşılammaktadır. Eğer kastedilen devredenin özel olarak yetkilendirilmese bile ilân/ihbar yetkisine sahip olacağı ise, buna katılmak mümkün değildir. Devralan tarafından özel olarak yetkilendirilmedikçe, devredenin yapacağı ilân/ihbar, eski borçların intikali sonucunu doğurmaz<sup>353</sup>. Bir kere BK 174/II'de borç yüklenenin (borcun nakli müteahhidi) yetkilendirmesi ile borçlunun (*örtülü*) *icapta*<sup>354</sup> bulunabileceği düzenlenmektedir<sup>355</sup>. Değişik söyleyişle BK 174/II temsil yetkisi (verilmesi) konusunda istisnai bir düzenleme değildir. Borcu yüklenen tarafından yetki verilmemişse veya verilen yetki geri alınmışsa, borçlunun bildirim, BK 174/II uyarınca alacaklının kabul edebileceği bir icap teşkil etmez<sup>356</sup>. Yani borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin yapılması, tek başına borçluya örtülü olarak temsil yetkisi bahşetmez. Bu nedenle borcu yüklenen ile ticari işletmeyi devredenin hukuki durumları birbirine benzetilerek, BK 174/II'den kıyasen yararlanılması mümkün değildir. Ticari işletmeyi devredenin, devra-

---

<sup>348</sup> Arkan, **a.g.e.**, s. 45; Kendigelen, (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 531/532.

<sup>349</sup> Bühler, **a.g.e.**, s. 35.

<sup>350</sup> von Tuhr, **a.g.e.**, s. 396; Bühler, **a.g.e.**, s. 35; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 141; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 111.

<sup>351</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 396, dpn. 113; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1140; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 693.

<sup>352</sup> Aynı yönde Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 54.

<sup>353</sup> Aynı yönde Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 54.

<sup>354</sup> BK 174/II'de borçtan kurtarma vaaadinin bildirilmesinin örtülü icap oluşturduğu öngörülmektedir.

<sup>355</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 1201; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 961.

<sup>356</sup> Tschäni, **BasK OR I**, § 176, N. 8.

lanı temsilen ihbarda/ilânda bulunması konusunda, temsile ilişkin genel kurallar uygulanır (BK 32 vd.).

Kaldı ki, BK 179 uyarınca borçlar kanunen intikal eder. BK 174/II borcun nakli sözleşmesinin kurulması için (örtülü) icapta bulunulmasına ilişkindir. Buna karşın BK 179 sisteminde, bir borcun nakli (dış yüklenilmesi) sözleşmesi aranmadığı gibi, ihbar/ilân da icap niteliğini haiz değildir<sup>357</sup>. O halde BK 174/II, BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde kıyasen uygulanmaz.

BK 179 uyarınca borçların üstlenilmesinin diğer şartları gerçekleşmesine rağmen (devir sözleşmesi ve ticari işletmenin devri) devralanın ilânı/ihbarı yapmaması, devir sözleşmesine ve borca aykırılık teşkil eder<sup>358</sup>. Devreden BK 96 vd. hükümleri uyarınca devralanı ifade bulunmaya zorlayabilir (BK 97/I)<sup>359</sup>. Bu konuda açılan davada hâkimin kararının devralanın iradesinin yerine geçeceği ve anılan kararın (gazetelerde) ilânı halinde kanuni borç naklinin gerçekleşeceği belirtilmektedir<sup>360</sup>.

## IV. BK 179 UYARINCA BORÇLARIN ÜSTLENİLMESİNİN HÜKÜMLERİ

### A. DEVRALAN AÇISINDAN

Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinin ilânı/ihbarı sonucunda, devralan alacaklılara karşı tüm işletme borçlarından sorumlu olur<sup>361</sup>. Bu hüküm müeccel ve muaccel borçlar ile devralan tarafından varlığı bilinen veya bilinmeyenler<sup>362</sup> de dâhil olmak üzere

---

<sup>357</sup> Bühler, **a.g.e.**, s. 35.

<sup>358</sup> Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devralınmasında, devralanın işletmenin borçlarını üçüncü kişilere karşı üstlenmesinin, sözleşmeden kaynaklanan bir borç olduğu konusunda bkz. İkinci Bölüm, IV.

<sup>359</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 122/123; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1141; Boyacıoğlu, **Konzern**, s. 250, dpn. 145.

<sup>360</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 123.

<sup>361</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 94; Schaufelberger, **HandK OR**, § 181, N. 8; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 398; Becker, **a.g.e.**, § 181, N. 24.

<sup>362</sup> Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 42.

tüm borçlar açısından kanun gereği doğar. Bu sonuç, ihbarın bildirilmesinden veya ilân tarihinden itibaren gerçekleşir<sup>363</sup>.

BK 179 uyarınca işletmenin aktif ve pasifiyle devri, önce borca katılma<sup>364</sup>; sonradan ise borcun kanun gereği nakli (dış üstlenilmesi) sonucunu doğurur<sup>365</sup>. Zira BK 179'un şartları gerçekleşip devralanın eski borçlardan sorumlu olması, devreden borçlu sıfatını kaldırmamaktadır. Devreden ve devralan, kanunda belirtilen hak düşürücü sürenin sona ermesine kadar, müteselsil olarak sorumlu olurlar. Bu bir kanuni teselsül halidir (BK 141/II)<sup>366</sup>. Söz konusu süre sona erdikten ve devreden (müteselsil) sorumluluğu ortadan kalktıktan sonra artık borca katılma, borcun nakline dönüşür. Yani hak düşürücü süre sonunda borç değil, müteselsil sorumluluk kalkar. Artık devralan nakledilen borçlardan tek başına sorumlu olur.

Devralanın üstlendiği borçlardan sorumluluğu, işletme malvarlığı ile sınırlı olmayıp, tüm malvarlığı ile sınırsız sorumluluktur<sup>367</sup>.

Devralanın borçlardan sorumluluğu, devredenden farklı olarak bir süre ile sınırlanmamıştır. Devralandan, tüm borçlardan tâbi oldukları zamanaşımı süreleri uyarınca sorumludur.

Özetle devralan, ticari işletmenin kural olarak tüm borçlarından *i.* kanundan dolayı, *ii.* bir süre ile sınırlı olmaksızın, *iii.* tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur. Kanuni hak düşürücü süre içinde ise devralanın müteselsil sorumluluğu mevcuttur.

---

<sup>363</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 116.

<sup>364</sup> Schaufelberger, **HandK OR**, § 181, N. 9. Borca katılma BK'da genel olarak düzenlenmemiştir. İşte BK 179/OR § 181 aynı zamanda borca katılmayı öngören özel bir hükümdür: Tschäni, **BasK ORI**, § 176, N. 2. Borca katılmaya borçlar hukukuna ilişkin genel kurallar ve özellikle müteselsil borçlara ilişkin hükümler uygulanır (BK 141 vd.). Borca katılma yerine *kümülatif borç nakli* terimini benimseyen Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 104; Boyacıoğlu, **Konzern**, s.247.

<sup>365</sup> Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 293, N. 28, 31.

<sup>366</sup> Spirig, **a.g.e.**, § 181, N. 237/348; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 125.

<sup>367</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 116.

## B. DEVREDEN AÇISINDAN

BK 179/I uyarınca devreden, ticari işletme aktif ve pasifiyle devredildikten sonra, –alelade borcun naklinden farklı olarak– alacaklılara karşı işletme borçlarından müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Bu sorumluluk gereği devreden, işletme borçlarının gereği gibi ifasından, tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur.

İşletme kapsamındaki bir borcun işletmenin devrinden sonra doğmuş olması, devreden bu borçtan BK 179 uyarınca sorumluluğuna engel değildir. Önemli olan, ilgili borcun işletmenin devrinden önceki bir sözleşme ilişkisine veya başkaca bir hukuki ilişkiye dayanmasıdır<sup>368</sup>. Örneğin BK 179 uyarınca bir işletme devredilmiş ve borçlar nakledilmiş olsa bile, sonradan vadesi gelen bir borcun ifa edilmemesinden veya işletmenin devrinden önce ifa edilen bir edimde, sonradan ortaya çıkan gizli ayıba karşı tekeffülden doğan borçlar, devreden sorumluluğunun kapsamındadır.

Buna karşılık yeni borçlardan, kural olarak devreden bir sorumluluğu söz konusu değildir. Yeni borçlar ile kast edilen, tamamen işletmenin devrinden ve ilânın/ihbarın yapılmasından sonra ortaya çıkan bir hukuki temelden doğan veya doğacak olan borçlardır.

BK 179 uyarınca nakledilen borcun bir para borcu olmaması, işletmenin devri ile birlikte aynen ifayı sağlayacak tüm araçlardan yoksun kalmasından dolayı devralanı zor durumda bırakabilir. Alacaklıların muhtemelen aynen ifayı gerçekleştirme imkânına sahip *devralana* başvuracak olması da, devreden (devirden sonra) borçlu sıfatının devam ettiği gerçeğini değiştirmemektedir<sup>369</sup>. Bir alacaklının doğrudan devredene başvurması halinde, devreden bu borcu şahsen ifa edebileceği gibi, bu konuda devralanı veya bir ü-

---

<sup>368</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 96.

<sup>369</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 97.

çüncü kişiyi görevlendirebilir ya da tevkil edebilir<sup>370</sup>. Alacaklıların devredene yönelttiği talep, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturuyor ise hukuken korunmaz<sup>371</sup>.

### C. BK 179 UYARINCA ÜSTLENİLEN/NAKLEDİLEN BORÇLAR

BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri gerçekleşince, hangi borçların üstlenildiğini/nakledildiğinin belirlenmesinde üç şart aranır. Aşağıda sayılan üç şart var olmadığı sürece, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri kapsamında ilgili borcun BK 179 kapsamında devralan tarafından üstlenildiğinden söz edilemez.

Birincisi, borcun devir konusu ticari işletmeye dâhil olmasıdır. En geniş çerçevede hangi pasiflerin ticari işletmeye ait olacağı yukarıda açıklanmıştır<sup>372</sup>.

İkincisi, ticari işletme kapsamındaki borcun devrin kapsamı dışında bırakılması veya sınırlanmamış olmasıdır. Taraflar arasında hüküm ifade etmek üzere devir sözleşmesinde ve üçüncü kişilere karşı etkili olmak üzere ilânda/ihbarda borçlar açıkça sınırlanmış olabilir<sup>373</sup>.

Üçüncüsü, ticari işletme kapsamındaki borcun nakledilebilir nitelikte olmasıdır<sup>374</sup>. Aşağıda şimdiye kadar incelemediğimiz bu üçüncü şart üzerinde durulmuştur.

BK 179'un şartları gerçekleştiğinde işletmeye ait hangi borçların nakledilebilir olduğu açıklanmamıştır. Sadece devredeninin müteselsil sorumluluğunun süresi tayin edilirken, borcun vadesinin gelip gelmediği (müeccel-muaccel borç) esas alınmıştır. Kural olarak işletme kapsamına dâhil olan tüm borçların BK 179 uyarınca üstlenilmesi/nakledilmesi mümkündür. Üstlenilen/nakledilen borç mevcut, muaccel, müeccel veya

---

<sup>370</sup> Bu bakımdan devir sözleşmesinde, devredeninin talimatı ile devralanın borcu ifa etmesinin şartlarının ayrıca düzenlenmesi tavsiye edilmektedir: Barandun, **a.g.e.**, s. 97.

<sup>371</sup> Buna örnek olarak alacaklının sadece devredene ve sırf onun (subjektif olarak) borcu yerine getirme imkânı olmadığı için başvurusu verilmektedir: Barandun, **a.g.e.**, s. 97, dpn. 64.

<sup>372</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, B, 3.

<sup>373</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, D.

<sup>374</sup> Tschäni, **BasK OR I**, § 181, N. 5; Schaufelberger, **HandK OR**, § 181, N. 3.

şarta bağlı yahut zamanaşımına uğramış dahi olabilir<sup>375</sup>. Yargıtay da bir kararında, işletmenin devrinden önce kurulan bir borç ilişkisinden (telefon abonmanlığı sözleşmesinden) dolayı, işletmenin devrinden sonra doğan borçlardan işletmeyi devralanları sorumlu tutmuştur<sup>376</sup>. Buna karşı her hangi bir hukuki temele dayanmayan muhtemel borçlar, BK 179 uyarınca işletmeyi devralana geçmez<sup>377</sup>. Üstlenilen/nakledilen borçların belirlenmesinde, işletmeyi devralanın ilgili borcu bilip bilmemesi de önem taşımaz<sup>378</sup>.

BK 179 uyarınca nakledilebilmesi için ticari işletmeye dahil olan borçların kural olarak hangi hukuki temele dayandığı önem taşımaz<sup>379</sup>. Yani borç sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya vekâletsiz işgörmeden kaynaklanabilir. Ancak bu açıklamamız, özel hukuk kurallarına tâbi hukuki ilişkilerden doğan borçlar bakımındandır.

Hemen belirtelim ki öğretilerde BK 179'un uygulandığı hallerde, kamusal borçların örneğin vergi hukukundan doğan borçların da, mahiyetleri icabı şahsa bağlı olanlar dışında (mesela vergi cezaları) dışında nakledilebilir nitelikte olduğu ileri sürülmüştür<sup>380</sup>.

Kanımızca kamu hukukuna tâbi hukuki ilişkilerden doğan borçlar, BK 179 kapsamında nakledilebilir nitelikte değildir. Meğerki söz konusu hukuki ilişkilerin veya borçların nakledilebilirliği konusunda, bunların tâbi olduğu hukuk kuralları arasında özel bir hüküm bulunsun. Bu konuda BK 179 özel hüküm değildir. Zira anılan madde özel hukuk düzenlemesidir. Kaldı ki özel hukuktan kaynaklanan borçların *nakledilebilirliği* konusunda da –yukarıda da belirtildiği üzere– BK 179 özel bir kural içermemektedir.

---

<sup>375</sup> Tschäni, **BasK OR I**, § 181, N. 5; Barandun, **a.g.e.**, s. 94, 96; Birsell, **a.g.e.**, s. 94, dpn. 66.

<sup>376</sup> Yarg. 11. HD. 20.02.1975, E. 74/3926 K. 75/1217.

<sup>377</sup> Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 246, dpn. 135; Spirig, **a.g.e.**, Art. 181, N. 114.

<sup>378</sup> Arslanlı, **a.g.e.**, s. 116; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 131/132; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 42; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 398; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 111; Becker, **a.g.e.**, § 181, N. 24; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 769, dpn. 30; Tschäni, **BasK OR I**, § 181, N. 5; BGE 60 II 105.

<sup>379</sup> Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 768, dpn. 27; Barandun, **a.g.e.**, s. 37; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 130/131; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 89.

<sup>380</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 127, dpn. 25.

Borçların ve borç ilişkilerinin devredilebilirliği açısından ise özel hukuk–kamu hukuku ayrımı dikkate alınmalıdır.

Özel hukukta, hakların, hukuki ilişkilerin ve nihayet borçların kural olarak devredilebileceği esası mevcuttur<sup>381</sup>. Hâlbuki kamu hukukundan doğan hukuki ilişkilerde kural olarak hukuk süjesi/ taraf değişikliğine izin verilmediği gibi<sup>382</sup>; haklar ve borçlar dahi devredilebilir değildir<sup>383</sup>.

Vergi borçları açısından da durum farklı değildir. İlke olarak vergi hukukunda vergi borcunun nakli kabul edilmemiştir<sup>384</sup>. Borcun nakline ilişkin sözleşme hukuku kuralları vergi hukukunda uygulanmaz. Nitekim VUK 8/III’te açıkça “*Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna mütaallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz*” hükmü getirilmiştir<sup>385</sup>.

Genel ilkeye istisna getiren vergi hukukunda vergi borcunun nakline veya vergi borcundan müteselsil sorumluluğa ilişkin özel düzenlemeler nazara alınır. Örneğin KVK 19, 20 uyarınca kurumların devir ve bölünmelerinde, devralınan (bölünen) kurumların tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından, devralan kurumların müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür (KVK 20). AATUK 36 uyarınca da, anılan kanunun tatbiki ve amme alacaklarının tahsili bakımından, KVK 19 anlamındaki bölünme sonucunda (ve de-

---

<sup>381</sup> Wiegand/ Wichter mann, **a.g.e.**, s. 68; haklar bağlamında aynı yönde Larenz/Wolf, **a.g.e.**, s. 236, N. 41/42.

<sup>382</sup> Özel hukuk sistemimiz irade özgürlüğü ilkesine dayanır ve esas olarak tamamlayıcı hukuk kurallarından oluşur. Bunun tam aksine kamu hukuku kuralları ise emredici niteliktedir. Ancak bu şematik kategorileştirmeye, ayrıntılarda çoğu kez istisna getirilir. Bu yönde Wiegand/Wichter mann, **a.g.e.**, s. 69, dpn. 56.

<sup>383</sup> Wiegand/ Wichter mann, **a.g.e.**, s. 74.

<sup>384</sup> M. Kâmil Mutluer, **Vergi Genel Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 84.

<sup>385</sup> Bu hükmün amacının, vergi idaresinin vergi alacağını güvence altına almak olduğu yönünde Mutluer, **a.g.e.**, s. 85. Ancak önce müteselsil sorumluluğun doğduğu ve ancak kanundaki (BK 179) iki yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra borcun naklinin gerçekleştiği BK 179 sisteminde, vergi borçlarının devrin kapsamı dışında kalmasının daha kapsamlı güvenceden yoksun kalma anlamına geldiği de söylenebilir.

vir, birleşme, nevi değiştirme işlemlerinde) devralan tüzel kişiliğin, bölünen kişinin yerine geçeceği düzenlenmiştir.

O halde BK 179 kapsamına giren (ticari) işletmenin devri, KVK 19 ve 20 anlamında kurumların devri ve bölünmesi teşkil etmediği sürece, vergi borçlarının nakli veya anılan borçlardan müteselsil sorumluluk sonucunu doğurmaz.

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 82. maddesinin uyarınca sigortalıların çalıştırıldığı işyeri devredilir<sup>386</sup> veya intikal ederse, eski işverenin kuruma olan sigorta primi ile gecikme zammı ve faiz borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müteselsilen sorumludur (md. 82/I)<sup>387</sup>. Bu hükme aykırı sözleşmeler batıldır (md. 82/II).

Ticari işletmenin devrinde, kamusal borçların intikal etmelerini veya devralanın müteselsilen sorumlu olmasını sağlayan özel bir kanun hükmü bulunmasa bile, sözü edilen kamusal borçların ve vergi borçlarının, borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesine engel yoktur<sup>388</sup>.

Özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan ancak BK 67/OR § 68 anlamında borçlunun kişiliğine sıkı surette bağlı borçlar da, BK 179 uyarınca nakledilebilir değildir<sup>389</sup>. Çünkü BK 179'un amacı alacaklıların rızasına ihtiyaç olmaksızın borçlunun değişmesidir; bununla birlikte borcun muhtevasında değişiklik yapılması değildir. BK 179 uyarınca borçlunun kişiliğine sıkı surette bağlı borçların da nakledilebilir olduğu kabul edil-

---

<sup>386</sup> İşyerinin işler bir halde sigortalıları ile birlikte devredilmesi gerektiği yönünde Yarg. 10. HD. 23.9.1997, E. 5377 K. 6053 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4465/4466); Yarg. 21. HD. 4.7.1996, E. 3867, K. 4020 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4466).

<sup>387</sup> Bu sorumluluğun halkalarının devreden ve devralan dışında kalan daha önceki veya sonraki işverenlere uzatılamayacağı yönünde Yarg. 10. HD. 13.04.1993, E. 11117 K. 3693 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4463-4465).

<sup>388</sup> BGE 92 III 62; Schaufelberger, **HandK OR**, § 176, N. 2.

<sup>389</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 398, dpn. 129; Tschäni, **BasK OR I**, § 181, N. 5; Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 123; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 768, dpn. 28. Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s. 179, anılan yazarlar BK 179 uyarınca ticari işletmenin devri kapsamında nakledilmesi mümkün olmayan borçlara, bankalardan alınmış kredi borçlarını örnek olarak vermektedir. Zira kredi, bir güven ve itibar kazandırma anlamına gelir ve geri ödeyeceğine inanılan kişilere verilir. Kanımızca bankalardan alınmış kredi borçları da BK 179 uyarınca nakledilebilir niteliktedir.

seydi, bu durum borcun içeriğinde de bir değişiklik meydana getirebilirdi. Bununla birlikte BK 179 uyarınca nakledilebilir olmayan sözü edilen nitelikteki borçların, BK 174 uyarınca borcun nakli anlaşması ile devredilmesine ise engel yoktur<sup>390</sup>.

İşaret edelim ki, borçlunun kişiliğine sıkı surette bağlı borç (ad personam) borç kavramı, ticari işletmesi icabı borç üstlenen tacir ve özellikle tüzel kişi tacirler bakımından özellik arz eder. Bu tür bir borcun mevcut olup olmadığı konusunda, söz konusu edimin konusunun işletme ile mi yoksa doğrudan işletmenin sahibi ile mi bağlantılı olduğu araştırılmalıdır<sup>391</sup>. Özellikle işlevsel olarak ticari işletme organizasyonu ile bağlantılı borçlar, kişisel borç olarak kabul edilemez. Tüzel kişi tacirlerin özellikle sermaye şirketlerinin üstlendiği borçlarda kural olarak durum böyledir<sup>392</sup>. İşletmeyle değil de, işletmenin sahibi tüzel kişilikle bağlantılı kişisel borçlara istisnai hallerde karşılaşılr. Bu sonuca varılırken tüzel kişi tacirlerin özellikle sermaye şirketlerinin kurumsal kişiliklerinde, esasen kişisel unsurların ve özelliklerin gerçek kişilere nazaran daha az izler taşıdığı; nitekim yöneticilerinin ve ortaklarının değişebileceği veya anasözleşmelerinin (kuruluş sözleşmelerinin) her zaman değiştirilebileceği olguları göz önünde bulundurulmuştur<sup>393</sup>. Kişisel edim içeren borç işletmeye bağlanmış ve işletme tamamen veya söz konusu pasifle ilgili işletme kısmı devredilmişse, devralan borcu ifa edebilecek konuma gelir. Böyle bir durumda ise kişisel borcun nakledilmesi, kanuna (BK 179) uygun ve geçerli olur. Yeter ki işletmenin ekonomik kişiliği devralana geçmiş<sup>394</sup> ve borç devralan tarafından ifa edilebilecek hale gelmiş olsun.

Örneğin tacirin kişiliğinden ziyade, ticari işletme ile bağlantılı olmak şartı ile sözleşmesel rekabet yasağından doğan borç, ticari işletmenin pasifiyle devri kapsamında

---

<sup>390</sup> Tschäni, **BasK OR I**, § 181, N. 5; Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 765, dpn. 28. Karş. Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 317.

<sup>391</sup> Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 244/245.

<sup>392</sup> Genel olarak tüzel kişi tacirler bakımından bu yönde Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 244, dpn. 126.

<sup>393</sup> Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 244.

<sup>394</sup> Konzern içi işletme devirlerinde, borcun iktisadi bütünlük içinde nakledildiği ve iktisadi kişiliğin değişmediğine işaret eden Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 245.

nakledilebilir niteliktedir<sup>395</sup>. Tacirin kişiliğine bağlı rekabet yasağından doğan borç ise, BK 179 uyarınca nakledilemez<sup>396</sup>. Ticari işletmenin devri ile birlikte nakledilemeyen bu tür bir borçtan dolayı devreden borçlu sıfatıyla sorumluluğu aynen devam eder. Bu sorumluluk kanunda (BK 179/I) öngörülen hak düşürücü süre ile de sınırlı değildir<sup>397</sup>. Ayrıca rekabet yasağı sözleşmelerinde, işletmenin devri olasılığında devreden rekabet yasağına uygun hareket etmesi borcunu içeren bir anlaşmayı devralanla yapması yükümlülüğü de öngörülebilir<sup>398</sup>.

Öğretide özellikle sözleşme devrinde Birlik Teorisini savunan bazı yazarlara göre, BK 179/e.OR § 181'e dayalı olarak, sürekli borç ilişkilerinden doğan münferit alacak ve borçlar da devredilemez<sup>399</sup>. Fikrimizce bu görüş eleştiriye açıktır. Bir yandan dar anlamda borç/alacak-sözleşme ayrımına dayanarak alacağın temlikinin ve borcun naklinin, sözleşmenin devrini sonuçlandırmayacağını benimsemek, diğer yandan sözleşmenin devredilmeyeceğinden hareketle alacakların/borçların BK 179/ e.OR § 181'e göre devredilmeyeceğini kabul etmek isabetli değildir<sup>400</sup>. Zira bu nihai sonuca varılırken, başlangıçta başvuru dayanak (dar anlamda alacak/borç- sözleşme ayrımı) bir kenara bırakılmaktadır. Bu gerekçeler karşısında kanımızca kural olarak sürekli borç ilişkisinden

---

<sup>395</sup> Becker, **a.g.e.** Art. 181, N. 29; Spirig, **a.g.e.** Art.181, N. 116.

<sup>396</sup> Spirig, **a.g.e.** Art.181, N. 124. Karş. Tschäni, BasK **OR I**, § 181, N. 5. Farklı görüşte von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 398, dpn. 129, yazarlar bir ayırım yapmaksızın rekabet yasağından doğan borçların nakledilmeyeceği görüşündedir.

<sup>397</sup> Karş. von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 398, dpn. 129; Spirig, **a.g.e.** Art.181, N. 124.

<sup>398</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 398, dpn. 129; Spirig, **a.g.e.** Art.181, N. 124.

<sup>399</sup> Ayrancı, **a.g.e.**, s. 46, dpn. 72; Rey/Gauch/Schlupe, **a.g.e.**, s. 307, N. 3834.; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 92; Spirig, **a.g.e.** Art.181, N. 41. Anılan yazarların atf yaptığı Bucher, **a.g.e.**, s. 591. Ancak Bucher'in eserinin atf yapılan yerinde, dar anlamda borç ve alacak kavramı ile bunlardan bağımsız sözleşme ilişkisi (temel ilişki) arasındaki ayırım belirsizlik taşımaktadır. Dar anlamda alacakların ve borçların devrinin sözleşme ilişkisinin (özellikle sürekli borç ilişkilerinin örneğin kira sözleşmesi, lisans sözleşmesi) devredilmesi sonucunu doğurmayacağını belirten yazar (**a.g.e.**, s. 591), buna rağmen sürekli borç ilişkisinden doğan münferit alacakların ve borçların ise tâbi olduğu kurallar uyarınca devredilip devredilmeyeceğine ve tek başına sürekli borç ilişkisinden kaynaklanmalarının bir engel oluşturup oluşturmayacağına ayrıca değinmemektedir (**a.g.e.**, s. 592, dpn. 85).

<sup>400</sup> Watter/Kägi, **a.g.m.**, s. 246.

doğan münferit borçlar dahi BK 179/e.OR § 181 uyarınca nakledilebilir<sup>401</sup>. Ancak bu sonuca varılabilmesi için nakledilmek istenen borçların, borçlunun kişiliğine sıkı surette bağlı borç niteliğinde olmaması gerekir (BK 67).

İşletmenin kısmen kendi içinde iktisadi bütünlük oluşturan malvarlığının veya işyerinin devredilmesi halinde, BK 179 temelinde sadece devredilen malvarlığına ait olan borçlar nakledilir<sup>402</sup>.

#### **D. MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN TÂBİ OLDUĞU HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE**

BK 179/e.OR § 181 uyarınca devreden, nakledilen borçlardan dolayı iki yıl daha müteselsilen sorumlu kalır. Bu süre bir hak düşürücü süredir; zamanaşımı süresi değildir<sup>403</sup>. Çünkü kanun gereği devreden borçlu sıfatıyla sorumluluğu iki yılın geçmesi ile sona erer. Böylece işletme borçlarının (topyekûn) nakli gerçekleşir.

Muaccel borçlar için sürenin başlamasında, devrin ilânı/ihbarı belirleyicidir (BK 179)<sup>404</sup>. Devir birden fazla ilân/ihbar edilmişse, ilk ilân/ihbar esas alınır<sup>405</sup>. Devrin duyurulmasının BK 179'a uygun olarak ihbar yoluyla gerçekleştiği hallerde, her nasılsa kendisine ihbar gönderilmemiş alacaklılar bakımından, devir ve ihbarları öğrenme tarihi nazara alınır.

---

<sup>401</sup> Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 6; Watter/Kägi, **a.g.e.**, s. 246; Schaufelberger, **HandK OR**, § 181, N. 3.

<sup>402</sup> *Şube malvarlığının devri* açısından bu yönde Spirig, **a.g.e.**, Art.181, N. 112; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 116/117. *Şubenin devri* nitelendirmesinin eleştirisi için bkz. yuk. Birinci Bölüm, III, B, 2.

<sup>403</sup> Bu yönde bkz. Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 148-150; Arkan, **a.g.e.**, s. 46; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 540; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1147, dpn. 67; Eren, **a.g.e.**, s. 1205; von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 300, dpn. 32, s. 304, dpn. 67; Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 29; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 399; Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 292/293, N. 28; Bühler, **a.g.e.**, s. 44; Spirig, **a.g.e.**, § 181, N. 244; von Büren, **a.g.e.**, s. 354; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 14; Bucher, **a.g.e.**, s. 591, dpn. 79; Barandun, **a.g.e.**, s. 97, dpn. 64. Aynı yönde BGE 108 II 109 vd. Farklı görüşte Spiro, **a.g.e.**, § 319, s. 760 vd. Anılan yazar iki yıllık sürenin zamanaşımı süresi olduğu fikrindedir. Karş. Feyzioğlu, **a.g.e.** s. 695, dpn. 136.

<sup>404</sup> Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 16; Spirig, **a.g.e.**, § 181, N. 249.

<sup>405</sup> İhbarlar bağlamında bu yönde Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1147.

Müccel borçlar için süre, vadeden itibaren işlemeye başlar (BK 179/I). Devrin ilânı ve ihbarından sonraki fesih veya sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkacak borçlar için ise süre, feshin veya sözleşmeden dönme şartlarının doğmasından itibaren başlar<sup>406</sup>. Fesih veya sözleşmeden dönme hakkının daha sonraki bir tarihte kullanılmış olması önem taşımaz.

İki yıllık süre hak düşürücü nitelikte olduğundan, hâkim tarafından resen nazara alınır<sup>407</sup>.

İki yıllık süre, devreden her bir münferit borcu için ayrı ayrı söz konusudur. Yani sürenin geçmesi devreden sorumluluğunu genel olarak ortadan kaldırmaz. Böylece devreden bazı borçlardan örneğin muaccel borçlardan sorumluluğu sona ermişken, diğer bazı borçlardan örneğin müccel borçlardan sorumluluğu devam edebilir.

İki yıllık sürenin devir sözleşmesinde öngörülerek veya ihbarda/ilânda belirtilecek, alacaklılara karşı kısaltılması geçerli değildir. Zira anılan süre aynı zamanda alacaklıları korumaya yöneliktir. Sürenin alacaklıların rızaları alınmaksızın kısaltılması, onların menfaatlerini zedeler. Bununla birlikte alacaklıların, BK 179/I'de öngörülen sürenin bitmesinden önce devreden borçtan kurtarılması konusunda sözleşme yapmaları geçerlidir<sup>408</sup>. Bu bakımdan BK 179/I emredici değildir. Örneğin alacaklıların iki yıllık süre içerisinde devreden ile ibra sözleşmesi veya devralan ile BK 173 vd. uyarınca alelade borcun nakli sözleşmesi akdederek, devredeni borçtan kurtarması mümkündür<sup>409</sup>.

İki yıllık süre sonunda devreden sorumluluğunun sona ermesini, alacaklıların hangi işlemlerle engelleyebileceği konusunda BK 179'da açıklık yoktur. Zamanaşımı süresi olmadığından, iki yıllık sürenin BK 132/133 kuralları çerçevesinde durması veya

---

<sup>406</sup> BGE 63 II 16; Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 292/293, N. 28; Bucher, **a.g.e.**, s. 591; von Büren, **a.g.e.**, s. 354; Spirig, **a.g.e.**, § 181, N. 257; Barandun, **a.g.e.**, s. 98, dpn. 65.

<sup>407</sup> Arkan, **a.g.e.**, s. 46; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 39; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 540.

<sup>408</sup> BGE 117 II 70; Schaufelberger, **HandK OR**, § 181, N. 9.

<sup>409</sup> von Tuhr /Escher, **a.g.e.**, s. 399; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1147, dpn. 68.

kesilmesi söz konusu değildir<sup>410</sup>. Örneğin alacaklının açtığı bir dava veya borçlunun ikrarı nedeniyle BK 179'daki iki yıllık süre baştan ve yeniden işlemeye başlamaz.

Buna karşılık öğretide dava veya def'i zımında mahkemeye<sup>411</sup> veya hakeme müracaatın, icra takibinin<sup>412</sup> yahut iflâs masasına müracaatın, anılan işlemler devam ettiği sürece iki yıllık sürenin durmasını sağlayacağı benimsenmektedir<sup>413</sup>. Devredene yöneltilen alelade bir talep ise, iki yıllık sürenin durmasına yetmez. Alacaklının ancak alacağı tahsil konusunda üzerine düşeni yerine getirmesi, iki yıllık sürenin korunmasına (durmasına) gerekçe olabilir. Alacağın tahsili girişimi, gerektiğinde devletin kamusal erkinin kullanılmasına gerektiren bir işleme başvurmayı zorunlu kılar.

### E. ALELADE BORCUN NAKLİ HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

BK 179/II uyarınca borçların BK 179/I'ye göre topyekûn naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır. BK 179/II'deki alelade borcun nakli hükümlerine yapılan genel atıf, bu hükümlerin doğrudan doğruya uygulanması anlamına gelmez. Anılan hükümlere, borçların BK 179/I uyarınca nakli kurumunun mahiyetine uygun düştüğü ölçüde başvurulabilir.

Bu bağlamda özellikle, BK 179 uyarınca borçların geçişinin, önce borca katılma, sonra borcun nakli sonucu doğurduğu ve alelade borcun nakli sözleşmesi yapılmaksızın kanundan dolayı borçların intikal ettiği göz önünde bulundurulmalıdır.

---

<sup>410</sup> Bu yönde Becker, **a.g.e.** Art. 181, N. 29; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 149; Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 540.

<sup>411</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 591, dpn. 79; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1147; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 695; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 149.

<sup>412</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 591, dpn. 79; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1147; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 695; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 149.

<sup>413</sup> Schaufelberger, **HandK OR**, § 181, N. 9; von der Crone/Martinez, **a.g.m.**, s. 300, dpn. 32; Becker, **a.g.e.**, Art. 181, N. 29; Guhl/Koller, **a.g.e.**, s. 292, N. 28; Spirig, **a.g.e.**, § 181, N. 263 vd.; Barandun, **a.g.e.**, s. 98, dpn. 67.

Bu kapsamda borcun nakli (dış yüklenilmesi) sözleşmesinin kuruluşu için yapılan icabı, alacaklının zımni kabulü hakkındaki BK 174/III işletmenin devrinde uygulanmaz<sup>414</sup>. Bu kapsamda BK 174/III'te olduğu gibi, alacaklının ihtirazi kayıt dermeyan etmeksizin devralanın ödemesini veya borçlu sıfatıyla yaptığı diğer herhangi bir muameleye razı olması, alacaklı ile devralan arasında ayrı bir alelade borcun nakli sözleşmesi kurulmasını sonuçlandırmaz. Çünkü bu konuda BK 179'da özel bir düzenleme vardır. Alacaklıların korunması için iki yıllık süre ile devreden devralanla müteselsil sorumluluğu kanunen öngörülmüştür. Alacaklıların müteselsil sorumlulardan devralanın borçlu sıfatıyla yaptığı bir işleme razı olması, kesinlikle örtülü olarak devredeni borçtan kurtarma iradesini açıkladığı anlamına gelmez.

Alelade borcun naklinin konusunu her türlü borç oluşturabilir. Hatta kişisel (olarak ifa edilmesi gereken) borçlar dahi alelade borcun naklinin konusunu oluşturabilir<sup>415</sup>. Zira alacaklının borçlunun borcunu şahsen ifa etmesinden vazgeçmesi olanaklıdır. Alelade borcun nakli sözleşmesinin kurulabilmesi ise rızasını (icap/kabul) açıklayan alacaklı, söz konusu vazgeçme iradesini açıklamış demektir. Ancak yukarıda izah edildiği üzere, BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinde, borçlu tarafından kişisel olarak ifa edilmesi gereken borçlar nakledilebilir nitelikte değildir.

Öte yandan borcun nakli sözleşmesinin iptalinin hukuki sonuçlarını düzenleyen BK 178, kıyasen işletmenin aktif ve pasifiyle devri sözleşmesinin iptali bakımından uygulanmalıdır<sup>416</sup>. BK 179 ile bağlantılı olarak BK 178 uygulanırken, bu son hükümde geçen borcun nakli sözleşmesi, işletmenin devri sözleşmesi olarak anlaşılmalıdır.

Aşağıda doğurduğu hukuki sonuçlar açısından alelade borcun nakli kurallarının (BK 176/177), ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde uygulanmasında özellik arz eden iki husus incelenmiştir.

---

<sup>414</sup> Schaufelberger, **HandK OR**, § 181, N. 10.

<sup>415</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 964; Eren, **a.g.e.**, s. 1200.

<sup>416</sup> Benzer yönde Schaufelberger, **HandK OR**, § 181, N. 10.

## 1. Borçların Fer'ilerinin Nakli

Alelaide borcun nakli, kural olarak alacaklının fer'i haklarını etkilemez. Alelaide borcun nakline ilişkin BK 176/I uyarınca, borçlu değişmiş olsa bile, borçlunun kişiliğine bağlı olanlar dışında kalan (alacağa bağlı) fer'i haklar devam eder. Bu hüküm BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrine de uygulanır<sup>417</sup>. Bu kapsamda BK 179 uyarınca nakledilen borçların kapsamına, işlemiş veya işleyecek faiz alacağı, muaccel olan sözleşme cezası, sözleşme cezası isteyebilme, muacceliyet ihbarında bulunabilme gibi alacağa bağlı yenilik doğuran haklar ve borçlu tarafından tesis edilmiş rehin hakları da dâhildir<sup>418</sup>. Tahkim şartının da devralana geçeceği kabul edilmektedir<sup>419</sup>. BK 176/I'de sözü edilen borçlunun kişiliğine bağlı fer'i haklar arasına, alacaklının önceki borçluya sahip olduğu takas hakkı, eski borçlu zamanında onun kişiliği ile ilgili zamanaşımını durduran sebepler (BK 132) ve İİK 206'da düzenlenen rüçhan hakları/imtiyazlar sokulmaktadır<sup>420</sup>.

Ayrıca ekleyelim ki, BK 176/I'in uygulanması açısından ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri sonucunda borçların naklinin derhal gerçekleşmeyeceği de dikkate alınmalıdır. O halde devredeninin borçlu sıfatıyla sorumluluğu devam ettiğinden, işletmenin devri ile hemen BK 176/I anlamında alacaklının borçlunun kişiliği ile bağlantılı hakları son bulmaz. Alacaklılar devredene başvurduğu takdirde, bu fer'i haklardan yararlanabilirler. BK 176/I hükmü ancak devredeninin iki yıllık müteselsil sorumluluğu kalktıktan sonra uygulanır<sup>421</sup>.

---

<sup>417</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 133.

<sup>418</sup> BK 176/I çerçevesinde, borcun naklinden önce işlemiş faiz borcu ve borcun naklinde önce gerçekleşmiş sözleşme cezası da aksi kararlaştırılmadıkça nakledilmiş olur: Eren, **a.g.e.**, s. 1203, dpn. 130'da anılan diğer yazarlar. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 967; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 133; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 392, dpn. 94; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 276/277. Karşı görüşte Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 967, dpn. 192'de anılan *Oser/Schönenberger*.

<sup>419</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 133.

<sup>420</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 966. İİK 206'da düzenlenen rüçhan hakları/imtiyazlar hakkında aynı yönde Eren, **a.g.e.**, s. 1203; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 277.

<sup>421</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 591.

BK 176/II uyarınca nakledilen borç için üçüncü kişiler tarafından kurulmuş rehinlerin veya kefaletlerin devamı ancak rehin verenin veya kefilin muvafakati şartına bağlıdır. Aksi takdirde alacağa bağlı söz konusu fer'i haklar ortadan kalkar. Bu hüküm dahi ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde ancak BK 179'daki iki yıllık süre geçtikten (borçların nakli gerçekleştikten) sonra nazara alınır<sup>422</sup>.

## 2. Defi Haklarının Geçışı

Alelaide borcun nakli, kural olarak borcun varlığı ve içeriğinde değişiklik yapmaz<sup>423</sup>. BK 177/I uyarınca nakledilen borca bağlı defiler<sup>424</sup>, borçludan yeni borçluya geçer. Bu hüküm BK 179 kapsamında da geçerlidir. Ancak işletmenin eski borçlarından devreden sorumluluğu devam ettiği sürece, BK 179 açısından defilerin devralana geçtiğinden söz etmek yerinde değildir. Bu aşamada bu defileri hem devreden hem devralanın birlikte ileri sürebileceği kabul edilmelidir<sup>425</sup>.

BK 177/I uyarınca devralan, her şeyden önce ticari işletmenin devri kapsamında nakledildiği ileri sürülen borcun hiç doğmadığını veya devirden önce sona erdiğini<sup>426</sup> ileri sürebilir<sup>427</sup>. Böyle bir savunma hukuken kabul edilebilir ise, aslında geçerli bir borcun nakli de mevcut değildir<sup>428</sup>. Zira mevcut olmayan borç nakledilemez. Devralan şartları gerçekleşmiş olan zamanaşımı veya ödemezlik defilerini de dermeyan edebilir<sup>429</sup>.

---

<sup>422</sup> Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 134.

<sup>423</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 965; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 390; Spirig, **a.g.e.**, vorb. OR § 175-183, N. 36.

<sup>424</sup> Defiler, itirazları da kapsayacak şekilde geniş anlamda anlaşılmalıdır: von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 390.

<sup>425</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 101.

<sup>426</sup> Borç, ticari işletmenin devrinden sonra sona ermişse, itiraz devredenden intikal etmiş olmaz. Bu itiraza devralan doğrudan doğruya sahip olmuş olur. Aleade borcun nakli ve BK 177/I bakımından aynı yönde Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 968

<sup>427</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 391; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 969; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 277/278.

<sup>428</sup> Rey/Gauch/Schlupe, **a.g.e.**, s. 303, N. 3810.

<sup>429</sup> von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 390/391; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 969; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 278, anılan eserde zamanaşımı defi yönünden açıklık yok ise de açıklamaların genelinden önceki yazarlarla aynı görüşün savunulduğu sonucuna varılabilir. Zamanaşımı defi yönünden aynı

Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinin, borçlunun (devralanın) ikrarı sebebiyle zamanaşımını kesip kesmeyeceğinin (BK 133/b.1) üzerinde durulması gerekir. Bilindiği üzere alelade borcun nakli sözleşmesi zamanaşımını keser<sup>430</sup>. Zira borcun nakli sözleşmesi ile birlikte yeni borçlu borcunu ikrar etmiş olur. Ancak ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, devir sözleşmesinin veya devrin ilânının/ihbarın zamanaşımını kesmesi söz konusu değildir. Çünkü bu halde alacaklı ile bir borcun nakli sözleşmesi yapılması zorunlu değildir. Buna bağlı olarak devralanın borcu ikrar ettiğinden söz edilemez. Devir sözleşmesinde veya devir bilânçosununda/envanterinde, üstlenilen borçların belirtilmiş olması bile zamanaşımını kesmez. Bunun nedeni, alacaklı dışında bir kişiye (örneğin ticari işletmeyi devredene) yöneltilen beyanın, ikrar niteliğinde kabul edilememesidir<sup>431</sup>. BK 179 yönünden zorunlu içeriği dikkate alındığında devrin ilânı/ihbarı da ikrar niteliği taşımamaktadır. Çünkü anılan hüküm uyarınca ilânda/ihbarda “*belirli bir borcun üstlenildiğinin*” açıklanmasına gerek yoktur. İhbarın somut ve belirli bir kişiye yapılıyor olması, vardığımız sonucu değiştirebilecek nitelikte değildir.

Devralan (yeni borçlu), BK 177/II uyarınca devredenin (önceki borçlunun) kişisel defilerini ve itirazlarını ileri süremez. BK 177/II’de geçen “*şahsi defi*” terimi yanlış anlaşılmaya elverişlidir. Kişisel/şahsi def’i ile kastedilen, doğrudan borçla/alacakla bağlantılı olmayan defi ve itirazlardır<sup>432</sup>. Yoksa örneğin şekle aykırılık veya ahlaka aykırılık nedeniyle borcun/sözleşmenin geçersiz olması, BK 177/II anlamında kişisel defi değildir. Bu itirazlar BK 177/I uyarınca ileri sürülebilir.

---

yönde Eren, **a.g.e.**, s. 1203. Ödemezlik defi bakımından karşı görüşte Spirig, **a.g.e.**, § 179, N. 41. Zamanaşımı defi bakımından farklı görüşte Rey/Gauch/Schluep, **a.g.e.**, s. 302/303, N. 3809, anılan eserde borcun naklinden önce borçlunun sahip olduğu bir defi veya itirazı ileri sürmekten geçerli olarak kaçınmış ise, bu kaçınmanın yeni borçluyu da bağlayacağı belirtilmektedir. Buna göre örneğin borcun naklinden önce şartları gerçekleşmiş zamanaşımı defi dermeyan edilmemişse, yeni borçlu (devralan) da bu defiyi ileri süremez.

<sup>430</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 278; Rey/Gauch/Schluep, **a.g.e.**, s. 302/303, N. 3809.; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 391.

<sup>431</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 475.

<sup>432</sup> Bucher, **a.g.e.**, s. 585, dpn. 35; Schaufelberger, **HandK OR**, § 179, N. 2.

Buna karşılık BK 177/II uyarınca devralan örneğin, devredenin (eski borçlunun) kişiliği ile ilgili cebri icra engelini dermeyer edemez<sup>433</sup>. Alelade borcun naklinde, eski borçlunun sözleşmenin tarafı olmasına bağlı hakları da BK 177/II anlamında defî ve itiraz olarak değerlendirilmektedir<sup>434</sup>.

Öğretide BK 177/II kapsamında eski borçlunun kişiliğine bağlı defî ve itirazlara örnek olarak ayrıca takas hakkı da verilmektedir<sup>435</sup>.

Tartışmalı olmakla birlikte önceki borçlunun şahsında gerçekleşen irade sakatlıklarının BK 177/II uyarınca önceki borçlunun kişiliğine bağlı itiraz teşkil edeceği ve yeni borçlu tarafından ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir<sup>436</sup>.

İşaret edelim ki, açık lafzı uyarınca BK 177/II emredici değildir. Bu hükümde belirtilen kuralın aksi, borcun nakli sözleşmesinde kararlaştırılabilir<sup>437</sup>. Ancak işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, sözleşme sadece devredenle devralan arasında aranır (devir sözleşmesi). Devralan ile alacaklılar arasında bir borcun nakli sözleşmesi yapılması zorunlu değildir. Dolayısıyla BK 177/II'de, bu hükümdeki esasın aksini öngören sözleşme hükümlerinin saklı tutulmasının, kural olarak işletme devrinde uygulanması söz konusu değildir<sup>438</sup>.

---

<sup>433</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 278.

<sup>434</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 969/970; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 83; Rey/Gauch/Schluep, **a.g.e.**, s. 303, N. 3811.

<sup>435</sup> Örneğin bkz. Rey/Gauch/Schluep, **a.g.e.**, s. 303, N. 3811; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 391; Tschäni, **BasK, OR I**, § 179, N. 5; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 969, dpn. 207; Eren, **a.g.e.**, s. 1202.

<sup>436</sup> Yeni borçlunu önceki borçlunun irade sakatlıklarına dayanamayacağı yönünde Becker, **a.g.e.**, Art. 179, N. 9; Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 83; Rey/Gauch/Schluep, **a.g.e.**, s. 303, N. 3812; Spirig, **a.g.e.**, § 179, N. 39; Tschäni, **BasK, OR I**, § 179, N. 5; Schaufelberger, **HandK OR**, § 179, N. 2. Karşı görüşte Bucher, **a.g.e.**, s. 585; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 390. Farklı görüşte Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 278, anılan yazarlara göre yeni borçlu irade sakatlığının varlığını bilerek borcu yüklenmemiş olmalıdır.

<sup>437</sup> Tschäni, **BasK, OR I**, § 179, N. 9.

<sup>438</sup> Barandun, **a.g.e.**, s. 102.

Yine alelade borcun nakline ilişkin BK 177/III, ticari işletmenin devrinde sınırlı olarak uygulama alanı bulur. Şöyle ki devralan, alacaklılara karşı işletmenin devri sözleşmesinin geçersizliğine dayanabilir<sup>439</sup>.

### 3. Sözleşmelerin Devri Açısından

Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, sözleşmelerin devri de gerçekleşmiş olabilir. BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinde sözleşmelerin nakli yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır<sup>440</sup>. Bu bağlamda bir bütün olarak sözleşme ilişkileri devredilmiş ise, bu ilişkilerden doğan tüm hak ve borçlar ile bu sözleşmelerin tarafı sıfatı da devralana geçer. Bu halde artık BK 179/II'de atıfta bulunulan alelade borcun nakli hükümleri değil, sözleşmenin devrinin genel sonuçları doğar<sup>441</sup>. Ancak kanunda düzenlenmeyen sözleşmenin devrine, mahiyetine uygun olduğu ölçüde yine alacağın temlikine ilişkin kurallar ve borcun nakline ilişkin hükümler uygulanır<sup>442</sup>.

İşaret edelim ki, hâkim görüş olan Birlik Teorisi uyarınca, ticari işletmenin BK 179 uyarınca aktif ve pasifiyle devri, sözleşmelerden doğan tüm alacakların ve borçların temlik/nakli sonucunu doğursa bile, sözleşmelerin devri sonucunu doğurmaz. Buna karşılık Kombinasyon Teorisi kabul edildiği ölçüde, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri; tüm alacakları temlik edilen ve borçları nakledilen sözleşmelerin (kanunen) devri sonucunu doğurur. Bu bağlamda, ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde sözleşmelerin de nakledilmiş olması, devreden BK 179 uyarınca müteselsil sorumluluğunu etkilemez ve ortadan kaldırmaz. Hâlbuki sözleşmenin genel kurallar uyarınca (iradi) devrinde, devreden ve devralan arasındaki sözleşme ilişkisi ortadan kalkar; sözleşmeyi devreden devralana karşı sözleşmesel sorumluluğu sona erer.

---

<sup>439</sup> Schaufelberger, **HandK OR**, § 181, N. 10; Tschäni, **BasK, OR I**, § 181, N. 13; Barandun, **a.g.e.**, s. 103. Farklı görüşte, Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 139.

<sup>440</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, I, F.

<sup>441</sup> Sözleşmenin devrinin hükümleri hakkında bilgi için bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s. 116 vd.

<sup>442</sup> Bu konu hakkında bilgi için bkz. Ayrancı, **a.g.e.**, s. 150-152.

## V. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNİN TESCİLİ VE İLÂNI

Ticari işletmenin devrinde, devrin tescili ve ilânı açıklayıcı niteliktedir. Önceden tacir sıfatını taşımayan bir kişi ticari işletmeyi devralıp, faaliyete devam etmeye başlayınca tacir sıfatını kazanır (TK 14/I). Bu açıdan tacir sıfatına bağlı yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir. Her tacir ticari işletmesini ve ticaret unvanını ticaret siciline tescil ettirmek zorundadır (TK 42/I).

Yukarıda ticari işletmenin devrinde borçların intikalinin şartları incelenirken, devrin tescil ve ilânı da açıklanmış idi. Tekrara düşmemek için genel açıklamalarımız açısından oraya atıfta bulunmakla yetiniyoruz<sup>443</sup>. Burada ticaret siciline tescil açısından ticari işletmenin devrinde özellik arz eden ve TST’de düzenlenen konulara değinilmiştir.

Bir ticari işletmenin gerçek kişi tacir tarafından diğer bir gerçek kişiye ticaret unvanı ile beraber devri halinde, o işletme ve unvana ait kayıtlardan yalnız devir sebebiyle değiştirilmesi gerekli olanlar değiştirilir (TST 83/I).

TST 83/II’ye göre bir ticari işletmenin gerçek kişi tacir tarafından diğer bir gerçek kişiye ticaret unvanı hariç olmak üzere devri halinde ise eski ticaret unvanı ve işletmeye ait bütün kayıtlar silinir, yeni unvan altındaki işletme için yeniden tescil işlemi yapılır. Ayrıca bu işletmenin eskisinin devamı olduğu, işletmenin eski sicil numarası ve unvanı gösterilmek üzere kırmızı mürekeple yeni işletmeye ait sahifeye şerh verilir.

Bir ticari işletmenin gerçek kişi tacir tarafından bir ticaret şirketine devri halinde ise o işletmenin ve ticaret unvanının bütün kayıtları silinir ve ticaret şirketinin tâbi olduğu hükümler uyarınca, bu devir dolayısıyla şirketin sicil kayıtlarında değişiklik yapılması gerektiği takdirde, sadece o değişiklikler yapılır (TST 83/III).

TST 83/IV uyarınca, bir ticaret şirketinin ticari işletmesinin gerçek kişiye devri halinde ise devralan ticaret siciline kayıtlı olmadığı takdirde TST 83/II hükmü tatbik o-

---

<sup>443</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, C, 2.

lunur. Devralan kişi ticaret sicilinde kayıtlı olduğu takdirde ise devreden şirketin unvanı silinir ve devralana ait kayıtlarda sadece bu devir sebebiyle yapılması gerekli olan değişiklikler yapılır.

Bir ticari işletmenin sicile kayıtlı bir işletmesi bulunmayan bir dernek veya kamu tüzel kişisi tarafından devir alınması halinde de TST 83/II uygulanır (TST 83/son f.).

## **VI. BK 179 SİSTEMİNİN ELEŞTİRİSİ VE ÖNERİLER**

### **A. GENEL OLARAK**

Ticaret hukukunun düzenleniş biçimi açısından bakıldığında, ticari işletme ticaret hukukunun *merkez kavramıdır*. Ticari işletmenin devrinin BK'da düzenlenmesi isabetli değildir. Ticari işletmenin devri, BK 179 sistemine ilişkin aşağıda belirtilen eleştiriler de göz önünde bulundurularak, TK'da düzenlenmelidir.

### **B. AKTİFLERİN DEVRİ AÇISINDAN**

BK 179'da işletmenin devrinde aktiflerin cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca devrinin öngörülmesi, beraberinde birçok pratik zorlukları getirmiştir. Çünkü her bir aktifin devri için geçerli olan kanuni şekle (örneğin alacaklarda temlik, menkullerde zilyetliğin nakli vb.) uyulması gerekir. Bu zorunluluklar ticari işletmenin devri uygulamasının ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır<sup>444</sup>. Bunun için tıpkı pasiflerde olduğu gibi aktiflerin devrini kolaylaştıracak bir kanuni düzenleme yapılmalıdır. Bu düzenleme ile tek bir işlem ile (uno actu) aktiflerin devralana geçirilmesi imkânı getirilmelidir. Bu konuda yabancı hukuklardaki bu yönde yenilikler içeren yasa reformlarından, özellikle İsviçre (FusG) ve Alman (UmwG) hukuk sistemlerinden yararlanılması tavsiyeye şayandır.

Kanun reformunda ticari işletmenin devri yeniden düzenlenirken, bu kurumun bir tür yeniden yapılandırma/reorganizasyon modeli olduğu göz önünde bulundurulma-

---

<sup>444</sup> Vogel/Heiz/Behnisch, **FusG**, § 69, N. 5; Tschäni, **BasK OR I**, § 181, N. 20.

lıdır. Bu kapsamda sadece tüm işletmenin bir bütün olarak devrine değil, işletmenin kendi içinde işlevsel bütünlüğü olan bölümlerinin devrine olanak tanınması düşünülebilir (FusG 69/I).

Tek bir işlemle ticari işletme malvarlığının devredilmesi, özel hukukta malvarlığı unsurlarının devir şekillerine ilişkin genel kurallara önemli bir istisna teşkil edeceği açıktır. Bu açıdan, ticari işletmenin devrinde aleniyetin sağlanması şarttır. Bu konuda ticaret sicilinden yararlanılabilir. Bu kapsamda ticaret siciline tescil işlemine, aktiflerin geçişi bakımından kurucu işlev yüklenmelidir (FusG 73). Bütün bu işlemlerin gerçekleştirilmesi için devir sözleşmesi geçerlilik şartı olarak en azından yazılı şekle tâbi kılınmalıdır.

Ticaret siciline tescilin kurucu unsur olacağı malvarlığı devri imkânı, doğal olarak sadece ticaret siciline tescil edilmesi zorunlu ticaret ortaklıklarına ve ferdi ticari işletmelere ve onların sahibi olan tacirlere (gerçek kişi, vakıf, dernek) tanınmalıdır.

Ticari işletmenin devrinin bir reorganizasyon modeli olması karşısında, özellikle aktiflerin devri ile ilgili olarak gerekli vergi kolaylıklarının, ticaret siciline tescilli ticari işletmelerin devrinde de tanınmalıdır<sup>445</sup>. Bu kapsamda ticari işletmenin devralınmasından doğan kazançlar vergilendirilmemelidir. Vergiden muaf reorganizasyon modellerinin, sadece KVK'ya tâbi sermaye şirketleri ile sınırlı tutulması isabetli değildir.

### **C. PASİFLERİN NAKLİ AÇISINDAN**

Türk hukuku öğretisinde ve uygulamasında hâkim olan kanaat (Teminat Teorisi), ticari işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğunun kural olarak aksi öngörülemeyecek biçimde emredici olduğu yönündedir. Öte yandan ileride açıklandığı üzere

---

<sup>445</sup> İsbetli olan bu yaklaşım için bkz. Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 39, dpn. 38, anılan eserde uygulamada örneğin bir işletme içinde değerlendirilmiş binanın (tesisatın) tapu siciline tescilinde vergi mevzuatı bakımından ortaya çıkacak önemli zorlukların söz konusu olduğu ve bu açıdan özel hükümlerin getirilmesine ihtiyaç duyulduğu vurgulanmaktadır.

Yargıtay uygulamasında<sup>446</sup>, öğretide savunulan Teminat Teorisi daha da ileriye götürülmekte ve başka bir koşul (BK 179 uyarınca devrin ilânı ve ihbarı) aranmaksızın ticari işletmenin (veya işyerinin) devrine eski borçlardan sorumluluk sonucu bağlanmaktadır. Açıkça kanuna aykırı olan bu içtihatlar, BK 179’u bir özel hukuk düzenlemesinden ziyade, alacaklılardan mal kaçırma amaçlı devirlere özgü icra hukuku düzenlemesine dönüştürmüştür.

Bu çalışmada ortaya atılan tez, BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinde eski borçların naklinin, sadece bir imkândan ibaret olduğu ve eski borçlarının naklinin kısmen veya tamamen bertaraf edilebileceğidir<sup>447</sup>. Bununla birlikte ticari işletmenin devri, malvarlığı borçlarına yetmeyen borçlunun/işletmeyi devredenin, alacaklılara zarar vermek amacıyla gerçekleştirdiği tasarruf niteliğinde ise, İİK 277 vd. uyarınca iptal davası imkânından yararlanılabilir. Ayrıca ticareti terki düzenleyen İİK 44 alacaklılara koruma ya yönelik bir başka düzenlemedir. Bu hükme aykırılık İİK 96 vd. uyarınca açılan istihkak davalarının haciz alacaklıları lehine sonuçlandırılmasını sağlar.

BK 179’un emredici bir düzenleme olarak kabul edilmesi, ticari işletmenin devri imkânını önemli ölçüde sınırlamıştır. Savunduğumuz görüş kapsamında, anılan hükmün borçların topyekûn nakli konusunda bir imkân getirdiği kabul edilse bile, bu imkâna başvurulması, eski borçların üstlenilmesinin sınırlandırılması konusunda önemli riskler taşımaktadır. Devralanın eski borçlardan sorumlu olması asıl, sınırlanan eski borçlar ise istisnadır.

Ayrıca BK 179’da dar anlamda borçların nakli düzenlenmiştir. Ticari işletmenin devrinde ise dar anlamda borçların nakli değil; bundan bir adım daha ileri gidilip sözleşmelerin nakli büyük önem taşımaktadır. Özellikle işletme faaliyetine sürekli olarak tahsis edilen sözleşmeler (sürekli borç ilişkileri ile nispeten uygulanması geniş zamana yayılan sözleşmeler) bu niteliktedir.

---

<sup>446</sup> Bkz. aş. Dördüncü Bölüm, IV.

<sup>447</sup> Bkz yuk. Üçüncü Bölüm, II, C; İkinci Bölüm, II, D.

Ancak sözleşmelerin devrinde hâkim görüş olan Birlik Teorisi çerçevesinde aynı sözleşmeden doğan tüm alacakların temliki ve borçların nakli, sözleşmelerin devri sonucunu doğurmamaktadır. Bu açıdan BK 179 uyarınca işletmeye ait tüm alacakların ve borçların nakledildiği kabul edilse bile, bu sonuç anılan hâkim görüş çerçevesinde, sözleşmelerin devrini sağlayamamaktadır. Bu durum BK 179 uyarınca borcun naklini ve doğuracağı hükümleri, başka belirsizliklerin içine atmakta ve bir imkân olarak bile cazip olmaktan çıkarmaktadır.

Gerek hâkim görüşün BK 179’u emredici kabul etmesinden, gerek anılan diğer nedenlerden dolayı, bu düzenleme ticari işletmenin devrinde eski borçların nakli konusunda, yararlanılan bir imkân olmaktan önemli ölçüde uzaklaşmıştır. Açıklanan gerekçelerden dolayı BK 179’un tamamen veya en azından ticari işletmenin ve ticaret şirketlerinin işletmelerinin devri açısından yürürlükten kaldırılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Anılan hüküm yerine ticari işletmenin devrinde, bu kuruma hâkim olan ilkeler çerçevesinde aktiflerin ve pasiflerin kural olarak irade özgürlüğü çerçevesinde devir ilişkisinin taraflarınca belirlenebildiği bir sistemin kabul edilmesi yerinde olur. Nitekim İsviçre hukuku öğretisi ve uygulamasında emredici bir hüküm olarak kabul edilmediği halde, ihtiyaçlara yeterince cevap vermeyen e.OR § 181’in ticaret siciline tescilli tacirler açısından uygulanmayacağı öngörülerek kısmen yürürlükten kaldırılmıştır<sup>448</sup>.

Özetle ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılmasına, borçların topyekûn nakli açısından başlanması ve kanunun seksen seneyi aşan yürürlük süresi içinde halen başlanılan yerde kalınmış olması önemli bir eksikliklerdir. Karmaşık ve kapsamlı bir malvarlığı bütünü olan ticari işletmenin devrinde, yukarıda da belirtildiği üzere, aktiflerin ve ayrıca pasiflerin devrinin kolaylaştırılması özel önem taşımaktadır. Ticari işletmenin devri ye-

---

<sup>448</sup> İsviçre hukukunda FusG’de kabul edilen malvarlığı devri ve OR § 181’deki kanun değişikliği hakkında ayrıca bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, C, 4.

niden düzenlenirken, devir ilişkisinin taraflarınca hangi pasiflerin nakledileceğini de belirleme özgürlüğü tanınmalıdır.

Bu konuda İsviçre hukukunda bir yenilik olarak getirilen malvarlığı devri (Vermögensübertragung) kurumu (FusG § 69 vd.) örnek alınabilecek niteliktedir. Buna göre, a) ticaret siciline tescilli bir hukuki süjesi tarafından, b) yazılı şekle tâbi devir sözleşmesinde (sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca) belirlenen işletmenin malvarlığının veya işletme kısımlarının (birimlerinin)<sup>449</sup> c) aktifin pasiften fazla olması (pozitif saldo) şartıyla d) ticaret siciline tescil şeklindeki tek işlemle (uno actu) e) kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca devralana geçirilmesine olanak tanıyan yeni bir kanuni düzenleme önerilebilir.

## **D. BK VE TK TASARILARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRME**

### **1. BK Tasarısı Açısından**

BK Tasarısı'nın “*Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması*” kenar başlığını taşıyan 201'inci maddesinde, BK 179 sistemi temelde korunarak tekrar düzenlenmiştir. Bu bağlamda malvarlığını veya bir işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğunun kapsamı ve devredenin müteselsil sorumluluğunun süresi ve kapsamı konusunda hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Bu açıdan BK 179 sistemine yukarıda getirilen eleştiriler<sup>450</sup>, aynen BK Tasarısı'nın 201'inci maddesi için de geçerlidir.

Bu bağlamda özellikle, ticari işletmenin devri ile bu devirde eski borçlardan sorumluluğun BK'da düzenlenmesi isabetli değildir. Bu hususta BK Tasarısı ile TK Tasarısı arasında uyum da sağlanamamıştır. Çünkü ticari işletmenin devri ayrıca TK Tasarısı'nda da düzenlenmiştir (TK Tasarısı 11/III). Ayrıca bir yandan ticari işletmenin dev-

---

<sup>449</sup> FusG'de işletme ve işletme kısımları dışında, ayrıca kendi içinde iktisadi bütünlük oluşturmayan belirli aktiflerin veya aktif ve pasiflerin, malvarlığı devri (Vermögensübertragung) kurumu temelinde devri/nakli de olanaklıdır (FusG 69/I). Bir başka deyişle malvarlığı devri işleminin konusunu mutlaka bir işletmenin (veya işletme birimlerinin) oluşturması zorunlu değildir. Türk hukuku açısından, önerilen kurumun kapsamının bu kadar geniş tutulmasına ihtiyaç bulunup bulunmadığı tartışmaya açıktır.

<sup>450</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, VI, A, B.

rinde aktiflerin geçişini kolaylaştıran hiçbir kural getirilmeyip, diğer yandan devralanın eski borçlardan sorumluluğunun aynen muhafaza edilmesi yerinde değildir. Zira ticari işletme bir bütün olarak ele alınmalı ve bu işletmenin devrinin borçların nakli sorunundan ibaret olmadığı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla aktiflerin devrini kolaylaştıran hükümlerin bulunmayışı bir eksikliktir. Nitekim TK Tasarısı'nda en azından bu ihtiyacın fark edilmesi bakımından isabetli olarak, aktiflerin devrinde kolaylık sağlayan hükümler, sonradan (TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metinde) eklenmiştir.

Türk hukuku açısından ticari işletmenin devrinde eski borçlardan sorumluluk konusunda, BK Tasarısı'nda Teminat Teorisine göre yorumlanan BK 179'un temelde aynen muhafaza edilmesi şaşırtıcı değildir. Çünkü Türk hukukunda Teminat Teorisi hâkim görüştür ve BK 179'u emredici bir düzenleme olarak kabul etmektedir. Ancak bu konuda, BK 179'a kaynaklık eden OR § 181 ile ilgili İsviçre Hukukundaki tamamen farklı yöndeki eğilim ve BK 179 açısından Teminat Teorisine getirdiğimiz eleştiriler nazara alınmalıdır.

Özetle, yukarıda açıklanan gerekçelerden dolayı, görüşümüzce BK Tasarısı'ndan ticari işletmenin devri konusu tamamen çıkarılmalıdır.

BK Tasarısı 201'de, ayrıntılara ilişkin olmak üzere, BK 179'dan farklılık arz eden üç husus yer almaktadır. Birincisi, ticarî işletmenin devralınması ilişkindir. BK Tasarısı 201/I'e göre, ticari işletmenin devralınması halinde, bu devir ancak "*Ticaret Sicili Gazetesi*" ile ilân edilebilir. Başka bir gazete ile ilân yeterli değildir. Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilânı, sonradan eklenen bir hükümlerle TK Tasarısı'nda da (TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metinde) öngörülmüştür (TK Tasarısı 11/III, c. 3). Aynı konunun yani, ticari işletmenin devrinin ilânının her iki hükümde birden düzenlenmesi gereksiz olup, bu durum BK Tasarısı ile TK Tasarısı arasında gerekli uyumun sağlanamamış olmasından kaynaklanan bir sonuçtur.

İkincisi, BK Tasarısı 201/I'e göre, ticari işletme niteliğinde olmayan bir işletmenin veya malvarlığının devri ise "*Türkiye genelinde dağıtımı yapılan*" gazetelerden "*birinde*" yayımlanacak ilânla duyurulmak zorundadır. Mevcut kanun ise bir ayırım yapmaksızın her türlü işletmenin ve malvarlığının devrinin ilânını aynı şekilde düzenlemek-

tedir. Gerçekten BK 179'a göre söz konusu ilân “gazetelerde” yapılabilir. Anılan ibare-den dolayı ilânın birden fazla gazetede (en az iki gazetede) yapılmasının zorunlu olup olmadığı tartışmasını<sup>451</sup>, BK Tasarısı 201 sona erdirmeyi amaçlamaktadır. Aynı şekilde BK 179'un uygulama alanına her türlü işletmenin mi yoksa sadece ticari işletmelerin mi girdiği tartışmasında, BK Tasarısı hâkim görüşe üstünlük tanımıştır<sup>452</sup>.

Üçüncüsü, BK 179'da ayrı bir fıkra halinde yer almayan BK Tasarısı 201/IV uyarınca bildirme veya ilânla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getiril-medikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz. Bu hüküm bir yeni-lik niteliğinde değildir. BK 179/I'den ve yine BK Tasarısı 201'in önceki fıkralarından da açıkça anlaşılan bu kural, BK Tasarısı 201/IV'te bir kere daha ve ayrıca ifade edilmiştir. Bu fıkranın açıkça yazılmasının, öğretide tıpkı BK 174/II'de olduğu gibi, BK 179 uya-rınca ilânı/ihbarı devralanı temsilen devredenin de yapabileceğini kabul eden farklı bir görüşün taşıdığı belirsizliği<sup>453</sup> giderdiği söylenebilir.

## 2. TK Tasarısı Açısından

TK Tasarısı 11/III'te ticari işletmenin devrine ilişkin genel bir hüküm konulmuş-tur: “*Ticarî işletme bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukukî işlemlere konu ola-bilir. Devir sözleşmesinin, aksi öngörülmemişse, duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işlet-meye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu sözleşme yazılı olarak yapılır.*”. Bu hükümde ticari işletmenin devri sözleşmelerine de uygulanan TK 11/II'deki yedek hukuk kuralı korunurken, bu kural sadece ticari işletmenin devri söz-leşmesine özgülenerek sınırlanmıştır. TK 11/II'de sözü edilen “*mukavale*” devir söz-leşmesi ile sınırlı değildir.

---

<sup>451</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, C, 2.

<sup>452</sup> BK 179'un uygulama alanına her türlü işletmenin devrinin girebileceği konusundaki hâkim görüş için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 1.

<sup>453</sup> Anılan görüşün taşıdığı belirsizlik ve eleştirisi için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, C, 4.

Bir yenilik olarak TK Tasarısı 11/III'te devir sözleşmesinin geçerlilik şekli olarak yazılı şekle bağlı kılınması, ticari işletme gibi önemli ve kapsamlı bir iktisadi değerin devrinde, tarafları acelecilikten korumak, sözleşme içeriğinin (iradenin) kolay tespit edilebilirliğini sağlamak gayeleri açısından isabetli olmuştur. Ancak anılan hükmün, ticari işletmenin daha ağır bir devir şekline bağlı bir unsur örneğinin bir taşınmazı kapsamı halinde, yazılı şeklin yeterli olup olmayacağına, yeni bir tartışmayı ortaya çıkarabileceğine işaret edilmektedir<sup>454</sup>. Kanımızca TK Tasarısı 11'de, genel hükümler uyarınca taşınmazların devrinin resmi şekle tabi olması, devir sözleşmesinin taşınmazlarla ilgili kısmı açısından saklı tutulmalıdır.

Ayrıca devir sözleşmesi geçerlilik şekli olarak yazılı şekle tabi kılınmış iken, hâlâ TK 11/II'deki düzenlemenin TK Tasarısı 11/III, c. 2'de korunmaya çalışılması yerinde değildir. TK 11/II ticari işletmenin devri sözleşmesinin herhangi bir şekle tâbi olmadığı mevcut hukuk sistemimizde anlam taşır. TK Tasarısı uyarınca yazılı şekilde yapılması gereken devir sözleşmesinde, hangi aktiflerin devredildiği açıkça belirtilmelidir. Aksi halde sözleşmede yer almayan unsurun/aktifin devrin kapsamı dışında bırakıldığı kabul edilmelidir.

Ticari işletmenin devri TK Tasarısı 11/III'te (T.C. Adalet Bakanlığı'nın 2005 yılında yayınladığı ve TBMM'ye gönderdiği metinde) öngörülürken, ne aktiflerin devrinin ne de borçların naklinin nasıl gerçekleştirileceği konusunda bir hüküm konulmuştur. Ticari işletmenin devrinde aktiflerin devrini kolaylaştıran bir düzenlemenin yapılmaması önemli bir eksiklikti ve bu haliyle TK Tasarısı 11/III ticari işletmenin devrinin ortaya çıkardığı ihtiyaçlara cevap vermekten uzaktı. Bu açıdan BK 179 sistemine yönelik eleştirilerimiz<sup>455</sup>, söz konusu TK Tasarısı 11/III için de geçerlidir. Hemen işaret edelim ki, TK Tasarısı'nın TBMM Adalet Komisyonunun kabul ettiği güncel metninde –söz konusu eksiklik fark edilerek– TK Tasarısı 11/III ile ilgili önemli bir değişiklik yapılmıştır.

---

<sup>454</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 517.

<sup>455</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, VI, B.

TK Tasarısı 11/III (TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metin) uyarınca, “*Ticarî işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukukî işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticarî işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilân edilir.*”

Gerçekten anılan metinde aktiflerin devrinde kolaylık sağlayan hükmün yanı sıra (TK Tasarısı 11/III, c. 1), ayrıca yazılı şekle tâbi kılınan devir sözleşmesinin<sup>456</sup> ticaret siciline tescil ve ilân edileceği öngörülmüştür (TK Tasarısı 11/III, c. 3). TK Tasarısı’nda aktiflerin devrinde kolaylık sağlanmak istenmesini, temel düşünce olarak olumlu karşılamaktayız. Ancak TK Tasarısı’nın ticari işletmenin devri kurumunun daha ayrıntılı kurallara bağlanması gerekmektedir.

Şöyle ki, tek bir işlemle ticari işletme malvarlığının devredilmesinin, özel hukukta ve özellikle medeni hukukta malvarlığı unsurlarının tâbi olduğu devir şekillerine ilişkin genel kurallara önemli bir istisna teşkil edeceği açıktır. O halde aktiflerin her birinin tâbi olduğu genel kurallar bertaraf edilirken, bunların yerine neyin ikame edildiğinin açıkça ortaya konulması gerekir. Bu bağlamda özellikle, ticari işletmenin devrinde tasarruf işleminin gerçekleştirilmesinde aleniyetin sağlanması şarttır. Bu konuda ticaret sicilinden yararlanılması isabetli olacaktır. Bu kapsamda ticaret siciline *tescil işlemine*, aktiflerin geçişi bakımından *kurucu işlev* yüklenmelidir. Ancak bu şart ile ticari işletmenin

---

<sup>456</sup> TK Tasarısı’nın incelediğimiz Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metinde (TK Tasarısı 11/III, c. 3’te), önceki metinden farklı olarak, devir sözleşmesi dışında *ticarî işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin* de yazılı şekle tabi olduğu belirtilmiştir. Mevcut düzende ticari işletmenin devri sözleşmesi herhangi bir şekle tâbi değildir. Ancak bir bütün olarak ticari işletmeyi konu edinen başka bir sözleşme için daha ağır bir şekil şartını öngören hükümlerin saklı tutulmaması, belirsizlik arz etmekte olup, yeni tartışmalara neden olabilecektir. Nitekim ticari işletme rehni sözleşmesinin, ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili çevresindeki bir noter tarafından tanzim edilmesi geçerlilik şartı olup, rehin hakkı da ticaret siciline tescil ile doğar (TİRK 4, 5/I).

devrinde tasarruf işlemi için öngörülen şekil (tescil) karşısında, *münferit malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmadığı* (yani tescil işleminin, münferit malvarlığı unsurları devir biçimini düzenleyen genel kuralların yerine ikame olduğu) söylenebilir.

Ancak hemen belirtelim ki, TK Tasarısı 11/III, c. 3'te devir sözleşmesinin hüküm doğurması açısından, tescil ve ilânın kurucu olup olmadığı, belirsizlik taşımaktadır. Hatta TK Tasarısı 11/III bu konuda açıklık taşımadığından, tescil ve ilânın TK Tasarısı 36 uyarınca açıklayıcı olduğu da savunabilecektir. Zira ticaret siciline tescil ve ilân, aksine hüküm olmadığı sürece açıklayıcıdır (TK Tasarısı 36). Kanımızca TK Tasarısı 11/III'te devir sözleşmesinin *ticaret siciline tescil ile hüküm doğuracağı* açıkça belirtilmelidir. Böylece ticari işletmenin devrinde ticaret siciline tescil, malvarlığı unsurlarının intikali konusunda tasarruf işlemi niteliği kazanacaktır. Bu sayede tescil işlemi gerçekleştirilmediği sürece, borçlandırıcı işlem niteliğindeki devir sözleşmesi taraflar arasında da devrin gerçekleşmesi sonucunu doğurmayacaktır. Aksi halde devir sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem olduğuna göre, ticari işletmenin devrinde tasarruf işleminin hangi işlem olacağı ve hangi andan itibaren aktiflerin devralana intikal edeceği sorunları tartışmaya açık olacaktır.

Öte yandan ticari işletmenin devri sözleşmesi ile birlikte bir devre dâhil unsurların listesi ile ayırt edilmelerini sağlayacak özelliklerini gösteren devir envanteri tanzim edilmesi ve bu envanterde devredilen malvarlığı unsurlarının belirtilmesi, zorunlu hale getirilmelidir<sup>457</sup>. TK Tasarısı'nda bu konuda da bir hüküm yoktur. Devam eden paragrafta açıklandığı üzere, TK Tasarısı'nda ticari işletmenin devrinde borçların üstlenilmesi/nakli konusunda da bir kural yoktur. Bu konuda açıklık olmadığından, devir sözleşmesinde (devir envanterinde), devredilecek aktiflerin belirtilmesi zorunluğu getirilirken,

---

<sup>457</sup> Aksi halde devir sözleşmesinin yazılı şekle tabi kılınmasındaki amaç, istenildiği ölçüde gerçekleştirilebilir ve anılan sözleşmenin konusunun belirli veya belirlenebilir olması ve hangi unsurların devredileceği/devredildiği konularında, ciddi hukuki sorunlar ve uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir. Nitekim ticari işletme rehni sözleşmesi açısından isabetli olarak, sözleşmenin içeriğine dâhil olan unsurların açıklanması gerektiği hükme bağlanmıştır (TİRK 3, 4)

nakledilecek pasiflerin de açıklanmasının gerekip gerekmeyeceği sorunu gündeme gelecektir. Bu soruna çözüm bulunabilmesi için devralanın ticari işletme borçlardan emredici olarak sorumlu olması veya sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sadece devir sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla ve sözleşmede belirtilen borçların (tescil veya tescil ve ilân ile birlikte) nakli imkanı getirilmesi konularında temel bir tercihte bulunulması gerekecektir.

Önceki paragrafta da belirtildiği üzere, TK Tasarısı'nda ticari işletmenin devri ile ilgili olarak, borçların nakli konusuna hiç değinilmemiştir. Bu anlamda BK 179'un, TK Tasarısı'nda muhafaza edildiği söylenmelidir. Bu açıdan BK 179 sistemine ve bu düzenleme ile ilgili Teminat Teorisine pasiflerin nakli konusunda getirdiğimiz eleştiriler<sup>458</sup>, TK Tasarısı açısından da geçerlidir. Buna ilave olarak, BK 179 hükmünün ticari işletme devrinde muhafaza edilmesi gerektiği kabul edilse bile, anılan hükmün kanun yapma tekniği açısından (ticari işletmeyi ilgilendiren içeriği itibariyle) TK Tasarısı 11'in içine dâhil edilmesi gerekir. Zira burada söz konusu olan belirli malvarlığı unsurları kümesinin devri ve borçların nakli değil, bir bütün olarak ticari işletmenin devridir (TK Tasarısı 11/III, c.1)<sup>459</sup>. Mevcut durumda ise aynı kurum (ticari işletmenin devri), aktiflerin intikali yönüyle TK Tasarısı'nda, pasiflerin nakli cephesiyle BK Tasarısı'nda hükme bağlanmaktadır.

Son olarak belirtelim ki, TK Tasarısı'nda, ticari işletmenin devrine ilişkin genel düzenleme dışında, ayrıca ticaret şirketlerinin ticari işletme ile ilgili birleşmesi ve tür değiştirmesi 194. maddede düzenlenmiştir. TK Tasarısı 137'de "*Geçerli Birleşmeler*" sınırlayıcı biçimde sayılmıştır. Bu birleşmeler arasında TK Tasarısı 194'te düzenlenen birleşmelerin sayılmaması, bir eksiklik<sup>460</sup>. Ticaret şirketlerinin ticari işletme ile ilgili

---

<sup>458</sup> Bkz yuk. Üçüncü Bölüm, II, C; Üçüncü Bölüm, VI, C.

<sup>459</sup> Ayrıca ticari işletmenin devrinin TK'da düzenlenmesi gerektiği konusunda, yukarıda ileri sürdüğümüz diğer gerekçe için bkz. Üçüncü Bölüm, VI, A.

<sup>460</sup> Erdoğan Moroğlu, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı**, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 102/103.

birleşmesi ve tür değiştirmesi yeni bir kurum olarak TK Tasarısı 194'te kabul edilirken, bu kurumun aynı konuları düzenleyen BK 179 ve 180 ile ilişkisi ve uyumu da henüz sağlanamamıştır<sup>461</sup>. TK Tasarısı 194/III, c. 2'de sözü edilen “*türüne dönüşülen ticaret şirketi*” ibaresi yanlıştır. Bu hükümde bir ticaret şirketinin ticari işletmeye dönüşmesini öngörülmektedir. O halde anılan ibarenin yerine “*ticari işletmeye dönüşen şirket*” terimi benimsenmelidir<sup>462</sup>. Son olarak TK Tasarısı 194/I'de “*kıyas yoluyla uygulanır*” ibaresi yer alırken, TK Tasarısı 194/II'de “*kıyas yoluyla uygulanabilir*” ifadesinin yer alması, kıyas yoluyla uygulanmayı ilgililerin keyfine bırakması bakımından eleştirilmektedir ve “*uygulanır*” olarak düzeltilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>463</sup>.

---

<sup>461</sup> Moroğlu, **TTK Tasarısı**, s. 103.

<sup>462</sup> Moroğlu, **TTK Tasarısı**, s. 103.

<sup>463</sup> Moroğlu, **TTK Tasarısı**, s. 103.

**DÖRDÜNCÜ BÖLÜM:**  
**MAL KAÇIRMA AMAÇLI TİCARİ İŞLETMENİN**  
**DEVİRİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI**

**I. GENEL OLARAK**

Tacirin alacaklılara zarar verecek devirler ile malvarlığını azaltmasına engel olmak ve alacaklıların alacaklarını takip ve tahsilini kolaylaştırmak için İİK’da bazı düzenlemeler getirilmiştir. Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrini düzenleyen BK 179’un, alacaklılara zarar vermek ve malvarlığı kaçırmak amacıyla gerçekleştirilen işletme devirlerinde yeterli koruma sağlayamayabileceği doğal karşılanmalıdır. Zira BK 179 işletme devirlerine ilişkin genel bir hüküm olduğu gibi, ayrıca maddi hukuk düzenlemesidir. BK 179 mal kaçırma amaçlı işletme devrine ilişkin bir icra hukuku düzenlemesi değildir.

İşte bu nedenle Kanunkoyucu BK 179’dan ayrı olarak mal kaçırma amaçlı ticari işletme devirlerine karşı alacaklıların korunması açısından, İİK’da özel bazı düzenlemeler öngörmüştür. Bunlar ticaretin terkinde (İİK 44, 337/a) ve alacaklılara zarar vermek kastıyla ticari işletmenin devrinin iptaline ilişkin hükümlerdir (İİK 280/III).

Özellikle pasifleri kısmen veya tamamen ayrı tutularak ticari işletmenin devredilmesinde, alacaklılara zarar vermek amacıyla devir olasılığı ve dolayısıyla alacaklıların korunmasına ilişkin İİK’daki hükümler özel önem taşır. Zira bu halde tacirin işlettiği işletmeye ait aktiflerin tamamı veya önemli kısmı onun malvarlığından ayrılırken, devrin kapsamı dışında bırakılan pasifler aynen varlığını devam ettirmektedir. Bu durumun tacirin aktif ve pasif dengesini aktifler aleyhine önemli ölçüde bozması ihtimal dâhilindedir.

Esasen ticari işletmenin BK 179 uyarınca tüm aktif ve pasifiyle devrinin, *işletme alacaklılarını* ızrar kastıyla yapılması hemen hemen mümkün değildir. Zira BK 179 uyarınca devralan kural olarak tüm işletme borçlarından –işletme aktifleri ile sınırlı olmaksızın– tüm malvarlığı ile sınırsız sorumlu olduğu gibi, işletme borçlarından hem devra-

lan hem devreden, kanunda öngörülen süre (iki yıl) içinde müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Bu halde alacaklıların olsa olsa hukuki durumlarının iyileştirilmesi ve ayrıcalıklı bir konuma getirilmesinden söz edilebilir.

Bu noktada BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri olasılığının düzenlenmesine rağmen, ticaretin terkinin (İİK 44) ve alacaklıları ızzar kastı ile ticari işletme devrinin düzenlenmesinin (İİK 280/III), –BK 179 ile ilişkisi açısından– iki işlevi bulunduğu söylenmelidir. Birincisi özellikle pasifler kısmen veya tamamen ayrık tutularak işletmenin aktiflerinin devri olasılığından alacaklıların korunmasıdır. İkincisi tasarrufun iptali davasının amacı tacirin tüm alacaklılarının korunmasıdır. Zira tacirin, elinde muvakkat aciz vesikası bulunan her alacaklısı (ve tacirin iflâsı halinde iflâs idaresi<sup>1</sup>) iptal davası açabilir (İİK 277/b.1, 2). İİK 44’teki ticaretin terkine ilişkin düzenleme de tüm alacaklılar için koruma sağlar. Bu açıdan işletmenin BK 179 uyarınca aktif ve pasifiyle devralınmasında dahi devreden işletme alacaklısı olmayan diğer alacaklıları, İİK 44 hükmünden ve İİK 280’e dayalı iptal davası kurumundan yararlanabilir.

## II. TİCARETİ TERK

### A. GENEL OLARAK

Tacirlerin kötüniyetli davranışlarına engel olmak ve alacaklıları korumak amacıyla<sup>2</sup> İİK 44’te ticareti terk eden tacirlere ilişkin bazı kurallar konulmuştur.

Tacirin ticareti terki “*ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmesi veya ticari işletmeyi kapatması, dağıtması*”<sup>3</sup>. Ticari işletmenin devri de, devreden tacir aç-

---

<sup>1</sup> Tacirin iflâsı halinde ayrıca İİK 245 ve İİK 255/III’te yazılı olan hallerde alacaklıların kendileri iptal davası açabilir.

<sup>2</sup> Baki Kuru /Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **İcra ve İflâs Hukuku**, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 4949, 5092, 5311 ve 5358 sayılı Kanunlarla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 20. Baskı, Ankara, Yetkin, 2006, s. 507.

<sup>3</sup> Kararyalçın, **a.g.e.**, s. 212; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 507; Talih Uyar, **İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları**, (İİY. 277-284) (6183 s. Y. 24-31), 2 misli Genişletilmiş Baskı, Manisa 1992, s. 117;

sından ticareti terk sonucunu doğurur<sup>4</sup>. Ticari işletmenin devri ayrıca gerçek kişi tacir açısından tacir sıfatının da sona ermesi sonucunu doğurur<sup>5</sup>. Bununla birlikte tacirin birden fazla ticari işletmesi olması ve bunlardan sadece bir tanesini veya ticari işletmesinin bir kısmını (örneğin işletmeye ait bir işyerini) devretmesi de ticaretin kısmen terki olarak nitelenmekte ve bu hallerde de alacaklıların korunması amaçlayan İİK 44'ün uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Buraya kadar açıklanan esaslar, ticari işletme işletmesinden dolayı tacir sıfatını kazanan tüm tacirler örneğin amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernekler için de uygulanır (TK 18/I).

Kuruldukları andan itibaren kanunen tacir olan ticaret şirketlerinin (TK 18/I) tasfiye aşamasına girmesi<sup>7</sup> veya işletmenin devri de ticaretin terki anlamına gelir<sup>8</sup>. Ticaret şirketinin birden fazla işletmesi var ve sadece bir tanesini veya işletmeye ait bir işyerini devrediyorsa yine kısmen terk söz konusu olur.

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. Bu bildirim ticaret sicili memurluğunca TTSG'de

---

S. Özkan, [Pekcanitez vd.], **İcra ve İflâs Hukuku**, 4. Bası, Ankara, Yetkin, 2006 s. 365; Nomer Ertan (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 667.

<sup>4</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 542.

<sup>5</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 542.

<sup>6</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 508; Uyar, **a.g.e.**, s. 117; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 60.

<sup>7</sup> Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 60. Ticaret siciline tescilli tüzel kişilerin tasfiye aşamasına girmesi, aynı zamanda ticaret siciline tescil edilmiş vakıalarda değişiklik niteliğindedir (TST 38/I). Tasfiye olgusunun da ticaret siciline tescili gerekir. Tescil edilmiş hususlarda vuku bulacak her türlü değişiklikler de tescil ve ilân olunur (TK 33/I).

<sup>8</sup> İlgili ticaret şirketinin tasfiyeye girmemesi ve bu bağlamda anasözleşmesinin başka bir konuda yeni bir işletme kurulmasına elverişli olması, işletmenin devri açısından varılan sonucu değiştirmez. Zira İİK 44 anlamında ticaretin terkinde, işletmenin kapatılması veya devri temel ölçüttür. Nitekim öğretide İİK 44/II hariç, İİK 44'ün (diğer fıkralarının) ticaret şirketlerine de uygulanacağında tereddüt edilmemektedir: Arkan, **a.g.e.**, s. 125/126; Nomer Ertan (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 667. Bu açıdan ticaretin terkinin her zaman için tacir sıfatının sona ermesi kavramı ile örtüştüğü de söylenemez. Nitekim tacir sıfatının sona ermesi değil, tacirin "ticareti terk" etmesi, İİK 44'ün uygulanmasının temel şartını oluşturmaktadır.

ve alacaklıların bulunduğu yerlerde mutata ve münasip vasıtalarla ilân olunur. İlân masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır (İİK 44/I).

Hemen belirtelim ki, uygulamada aktif ve pasif kalemlerin tek tek belirtilmediği ve İİK 44/I'e göre yapılan ilânlarda ticareti terk olgusunun ilân edildiği, ilân için de yaygın olarak sadece TTSG'nin kullanıldığı belirtilmektedir<sup>9</sup>. *Ülkü/Karaaslan 'a*<sup>10</sup> göre ticaret siciline verilen mal beyanında aktif ve pasif kalemler ile alacaklılar tek tek yer almayıp, ayrıntılı bilgiler ticari defterlerden veya tasfiye bilançosundan anlaşılabilir ise İİK 44'ün ihlâl edildiğini söylemek ve ihlâl ile ilişkin yaptırımları uygulamak yerinde değildir.

Kanımızca bu görüşe karşı ihtiyatlı olmak gerekir. Tacirin ticari defterleri kamuya açık ve aleni değildir. Alacaklıların bu defterlerden bilgi edinme hakkı yoktur. İİK 44/I'te (ticareti terk eden) tacirin mal beyanında bulunması açıkça öngörülmüştür. Öte yandan İİK 44'teki yükümlülükler aykırılık cezai müeyyideye tâbi tutulmuştur. Bu yaptırım düzenleyen İİK 337/a., I'de, *mal beyanında bulunma zorunluluğu ve beyanda mevcudunun eksik gösterilmesi* ceza yaptırımına tâbi tutulan fiiller arasındadır. Yani aynı zorunluluk bir kez daha bu sefer cezai yaptırım açısından ifade edilmiştir. Özetle, aktif ve pasifleri içeren mal beyanının tevdi zorunluluğu, kanunda yoruma yer bırakmayacak açıklıkta kabul edilmiştir.

Buna karşılık İİK 44/I uyarınca yapılacak bildirimde, işletmeye ait aktiflerin ve pasiflerin tek tek belirtilmesi zorunluluğunun katı biçimde anlaşılmasının sakıncalı olacağına ilişkin endişeye hak vermemek mümkün değildir. Münferit aktif ve pasiflerdeki her eksiklik, İİK 44'ün ihlâl edildiği sonucunu doğurmamalıdır. Özellikle mal beyanındaki aktif ve pasiflere ilişkin münferit eksiklikler, alacaklıları zarara uğratmayacak nitelikte ise İİK 44'ün ihlâlini sonuçlandırmaz. Nitekim İİK 44'e aykırı fiilleri cezalandıran İİK 337/a., II'ye göre bu fiillerin işlenmesinden alacaklıların zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez. İİK 44'e göre tacirin bildirim üzerine ilânı ticaret sicili memur-

---

<sup>9</sup> *Ülkü/Karaaslan, a.g.e., s. 60.*

<sup>10</sup> *Ülkü/Karaaslan, a.g.e., s. 60.*

luğu gerçekleştireceğinden, tacirin bildiriminde yer alan ancak ilânda belirtilmeyen eksikliklerden de tacirin sorumlu olması söz konusu değildir<sup>11</sup>.

Öte yandan ticari işletmesini devreden tacir, bu keyfiyeti ayrıca TK çerçevesinde ticaret siciline tescil ve TTSG’de ilân ettirmesi gerekir (TK 42/I, 33/I-II, TST 83). Devrin tescilini talep yükümlüğü de tıpkı İİK 44’teki ticaretin terki bildiriminde olduğu gibi 15 günlük süre içinde yerine getirilmesi gerekir. Ticari işletmenin devri açısından, kanunda aksine hüküm bulunmadığından, tescili talebe ilişkin genel süre (15 gün) burada uygulanır (TK 32/I). Anılan yükümlülüğe uyulmaması halinde, ticari işletmenin devri, keyfiyeti bilmeyen üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (TK 39/II). Ancak İİK 44’teki özel hükümler, özellikle mal beyanı bildirimini zorunluluğu, devreden tacirin haczi kabil malları üzerindeki tasarruf kısıtlaması ve buna rağmen ticari işletmenin devralınması ve devrin üçüncü kişilere ileri sürülmesi bakımından İİK 44 öncelikle uygulanır.

Gerçekten ticareti terk eden tacir, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay müddetle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemez (İİK 44/III). Bu hükme aykırı olarak yapılan tasarruflar alacaklılara karşı hükümsüzdür<sup>12</sup>. Ne var ki, üçüncü şahısların zilyedlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyiniyetle elde ettiği haklar saklıdır. Ancak karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasındaki iktisaplarda iyiniyet iddiasında bulunamaz (İİK 44/IV). Devrin alacaklılara karşı hükümsüz olması (İİK 44/III) ile bağlantılı İİK 44/IV’teki iyiniyetle iktisaba ilişkin düzenleme, söz konusu tasarrufun alacaklılara etkisine ilişkindir. O halde İİK 44/III’e aykırı olarak yapılan tasarruflar, taraflar arasında geçerlidir.

Mal beyanını alan merci, keyfiyeti tapu veya gemi sicil daireleri ile Türk Patent Enstitüsüne bildirir. Bu bildiri üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edil-

---

<sup>11</sup> Ülku/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 60.

<sup>12</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 507. Farklı görüşte Ülku/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 61, anılan yazarlar İİK 44/III’teki yasağa aykırı tasarrufun geçersiz olacağından söz etmektedirler.

miş bulunduğu şerhi verilir. Keyfiyet ayrıca Türkiye Bankalar Birliğine de bildirilir (İİK 44/V).

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 (İİK 44/IV).

Ticaret terk keyfiyetinin ilanı tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabilir (İİK 44/II). Gerçek kişi tacirin birden fazla ticari işletmesi olması ve bunlardan sadece birini devretmesi halinde, tacir sıfatı devam eder. Dolayısıyla bu kimse tacir sıfatı devam ettiği sürece, herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın iflâsa tâbi olmaya devam eder. İİK 44/II ticaret şirketleri hakkında uygulanmaz. Zira tasfiyesi tamamlanan ticaret şirketi ticaret sicilinden terkin edileceğinden tüzel kişiliği ortadan kalkar ve iflâs yoluyla takip edilmesi mümkün olmaz<sup>13</sup>.

Eleştirel açıdan bakıldığında İİK 44 ile ilgili şu hususların tespiti mümkündür: Bir kere tacirin en geç işletmeyi devir tarihine kadar İİK 44/I uyarınca bildirim ve ilân yapması gerekir. Ancak İİK 44/I'deki bildirim ve ilân zorunluluğu zaman açısından sanki "*ticaretin terkinden*" (incelediğimiz konuda: işletmenin devrinden) sonraki 15 günlük süre içinde yapılmasının olanaklı olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Zira hüküm "*Ticaretin terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti... bildirmeye*" ibaresi ile başlamaktadır. Burada sözü edilen "*keyfiyet*", ticaretin terk edilmesi olgusudur. Henüz gerçekleşmemiş bir olgunun ise bildirilmesinin İİK 44'te istenmiş olmayabileceği düşüncesi akla gelebilir. Bu husus, İİK 44'te öngörülen diğer kurallar açısından da büyük önem taşımaktadır. Zira tacirin, bu sıfatını yitirmesine rağmen iflâs yoluyla takip edilebileceği bir yıllık süre İİK 44/I uyarınca yapılan ilândan itibaren başlamaktadır. Yine haczi kabil mallarındaki tasarruf kısıtlamasının devam ettiği iki aylık süre, İİK 44/I uyarınca verilmesi zorunlu

---

<sup>13</sup> Arkan, **a.g.e.**, s. 126; Nomer Ertan (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 667.

mal beyanının tevdi tarihinden itibaren başlamaktadır. Özetle ticareti terk olgusu İİK 44'ün uygulanmasının bağlantı noktasını oluşturmaktadır.

Ancak öğretide ve uygulamada haklı olarak kabul edildiği üzere<sup>14</sup>, İİK 44/I'deki bildirim yükümlülüğü, ticareti terkten örneğin işletme devrinden önce ve en geç ticareti terke yani işletme devredilene kadar yerine getirilmelidir. İşletmenin devredilebilmesi için ayrıca İİK 44/III'teki tasarruf kısıtlaması süresinin de sona ermesinin beklenmesi gerekir. Aksi halde taraflar devrin alacaklılara karşı hüküm ifade etmemesi sonucuna katlanmak durumundadır. Diğer fıkraları ile birlikte bir bütün olarak ele alındığında İİK 44 hükümdeki amaç, ticareti terk (incelediğimiz sorunda işletmesini devir) eden tacirin, işletmeyi tamamen tasfiye etmeden veya devretmeden önce, alacaklarına takip ve tahsil imkânı tanımaktır. İİK 44/III'teki haczi kabil mallar üzerindeki tasarruf kısıtlaması bu amaç için konulmuştur.

Öte yandan İİK 44'ün daha çok ticari işletmenin tasfiye edilmesi suretiyle ticaretin terkini göz önünde bulundurduğu düşünülmektedir. Bu hüküm ticari işletmenin devri olasılığını yeterince nazara alınmaksızın düzenlenmiştir.

Şöyle ki, tasfiyede (dağıtmada) ticari işletme ortadan kalkar. Buna mukabil devirde, tacir ve işletme arasındaki bağ kopar ancak işletme varlığını korur. İİK 44/II uyarınca haczi kabil mallar üzerindeki tasarruf yasağı, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay süreyle devam etmektedir. Bu yasak, tacirin haczi kabil tüm (işletme) aktifleri açısından mevcuttur. Hâlbuki özellikle ticari işletmenin döner malvarlığının iki aylık

---

<sup>14</sup> Uyar, **a.g.e.**, s. 118; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 62. Yarg. 15. HD. 14.9.1995 E. 4184, K. 4624: "...somut uyuşmazlıkta işyeri devri nedeniyle İİK 44 ve BK 179. maddelerinin uygulanması zorunludur. Anılan hükümler uyarınca işyeri devrinde maddelerde belirtilen işlemler yerine getirilmemişse, yapılan devir alacaklıların haklarını etkilemez". Yarg. 15. HD. 13.9.1995, E. 4397, K. 4540: "Bu devir BK 179'un ve İİK 44. maddelerindeki şartlara uygun olarak yapılmadığından alacaklılara karşı geçersizdir..." Bu kararlar ve aynı yöndeki başka kararlar için bkz. Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 61, dpn. 80. Daha yeni tarihli olmak üzere aynı yönde Yarg. 21. HD. 26.09.2005 E. 2005/2921 K. 2005/8294: "İşyeri devri ile ilgili olarak İİK 44. maddesinde öngörülen koşulların yerine getirildiği 3. kişi tarafından iddia ve ispat edilmemiştir... Bu durumda devir alacaklıların haklarını etkilemez...". Anılan Yargıtay kararlarında İİK 44 ile BK 179 arasında kurulan ilişkinin eleştirisi için bkz. aş. Dördüncü Bölüm, IV.

süreyle devir ve temlik edilememesi, işletmenin günlük işlerinin dahi yürütülememesine ve faaliyetin sekteye uğramasına neden olabilir. Ticari işletmenin devrinde, belirli bir organizasyonu ile müşteri çevresi olan ve faaliyetine devam eden bir işletme bir başka kişiye geçirilir. Devir gününe kadar ticari işletme faaliyetlerine devam ettirilir. İİK 44/VI'da bozulmaya maruz veya muhafazası külfetli olan veya tayin edilen kanuni müddet içinde “*değerinin düşmesi*” kuvvetle muhtemel bulunan mallar bakımından tacirin menfaatleri korunmaya çalışılmış ve bu olasılıklarda nasıl hareket edileceği düzenlenmiştir. Ancak İİK 44/III ve İİK 44/VI'daki bütün bu kısıtlamalar, bozulması (değerinin düşmesi) muhtemel mallar bir yana, doğrudan “*ticari işletmenin değerinde önemli bir azalmaya*” neden olabilecek niteliktedir.

Olması gereken hukuk açısından, İİK 44/III hükmü değiştirilmeli ve tacirin mevcut İİK 44/III'teki süre sona ermeden işletmesini devredemeyeceği ve tasfiye edemeyeceği kabul edilmelidir. Böylece en azından tacirin işletmenin devri veya dağılması sonucunu doğurmayacak aktiflerinin özellikle döner malvarlığının satışı/devri yasaklanmamış olur. Bu sayede işletmenin devri suretiyle ticareti terkte, tacirin İİK 44/III'teki iki aylık sürede işletmenin günlük ve olağan faaliyetine devam etmesi sağlanmış olur.

## **B. TİCARETİ TERKE İLİŞKİN KURALLARA (İİK 44) AYKIRILIK**

Ticari işletmenin devrinde, İİK 44 hükmündeki kurallara aykırılığın, iki temel sonucu/yaptırımını bulunmaktadır:

Birincisi tacir tarafından İİK 44/I'deki mal bildirim yükümlülüğü (İİK 44/I, TK 42/I, 33/I, II) yerine getirilmemesine rağmen ticari işletmenin devredilmesi halinde, bu devrin alacaklılara karşı ileri sürülememesidir. Aynı sonuç mal bildiriminin tevdiinden itibaren iki ay içinde gerçekleşen tasarruflar için de geçerlidir.

İkincisi ticari işletmenin devrini tescil ve ilân ettirmeyen tacir için, İİK 44/II'deki bir yıllık süre işlemeye başlamaz<sup>15</sup>. Bu halde tacir herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın iflâs yoluyla takip edilebilir.

Bu iki temel sonuçtan başka ticari işletmenin devri kanunen tescil ve ilân ettirilmesi gereken bir husus olduğundan, ayrıca ticaret sicili memuru tarafında tescile davet prosedürü işletilebilir (TK 35). İİK 44'e aykırılı davranışlar, cezai sorumluluğu da doğurabilir. Bu sorumluluk tacirin İİK 337/a'ya göre cezalandırılabilmesidir.

Birinci sonuç ile bağlantılı olarak, ticari işletmeyi devralanın, haciz alacaklılarına, iyiniyetle iktisaba dayanarak işletmeyi devraldığını ileri sürüp süremeyeceğinin irdelemesi gerekir. Her ne kadar tacir tarafından İİK 44/I'e aykırı olarak ticari işletmenin devri, alacaklılara karşı ileri sürülemeyecekse de, öğretide iyiniyetli iktisabı saklı tutan İİK 44/IV'ten hareketle, işletmeyi devralanın iyiniyetle iktisabının korunabileceği ileri sürülmüştür<sup>16</sup>. Buna göre borçlunun işletmesine haciz için giden alacaklılar, işyerinin borçlu tarafından bir süre önce üçüncü kişiye İİK 44'deki formaliteye aykırı olarak devredildiğini görürlerse bakılır: Haczedilecek mallar üzerinde hak iddia eden işletmeyi devralan İİK 44/IV, c. 2'de sayılan iyiniyet iddiasında bulunamayacak kimselerden<sup>17</sup> (tacirin belirli hısımları veya eş) ise alacaklılar tarafından işyerinde haciz yaptırılıp, icra

---

<sup>15</sup> Kendigelen (Ülgen vd.), **a.g.e.**, N. 543.

<sup>16</sup> Uyar, **a.g.e.**, s. 118/119; Ülkü/Karaaslan, **a.g.m.**, s. 62.

<sup>17</sup> Bu görüş kapsamında İİK 44/IV, c. 2'de sayılan eş ve akrabalarından başka, ayrıca Yarg. İBK. 14.2.1951 17-RG. 11.4.1951 S. 7782'de belirtilen olay ve karineler uyarınca iyiniyet iddiasında bulunamayacak kimseler için de aynı sonuca varılmaktadır. Bunun haklı eleştirisi için bkz. Kâmil Yıldırım, **İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995, s. 175. Anılan yerde İBK'nın hüküm fıkrasının İİK 44 ile bir ilgisinin bulunmadığı, bir İBK'nın diğer davalara etkisinin hüküm fıkrası ile sınırlı olduğu ve nihayet eskiden şimdiki ikinci fıkra muhtevastaki tek bir fıkra iken İİK 44'te yapılan kanun değişiklikleri ile bu maddenin anılan Yarg. İBK'yı bertaraf ettiği ifade edilmektedir. Anılan Yarg. İBK hüküm fıkrası başkasının arsasına inşaatta bina sahibinin arsası temellük edebilmesini düzenleyen "e.MK 650 [MK 724] uyarınca başkasının arsası üzerinde kendi levazımı ile bina yapmış olanın, iktisabının iyiniyetle hareket etmiş olması şartının tahakkukuna bağlı bulunduğunu; vakia ve karinelere olayda halin icaplarına göre, kendisinden beklenen ihtimamı sart etmemiş olması itibarıyla kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacağı belirmiş olan levazım sahibinin bu maddeye dayanarak temlik talep edemeyeceği" hakkındadır (Yıldırım, **a.g.e.**, s. 175, dpn. 76).

memurunun İİK 99 uyarınca vereceği yedi günlük süre içinde istihkak davası açılır. Buna mukabil işletmeyi devralan İİK 44/IV, c. 2’de sayılan kimselerden değil ise alacaklılar tarafından devralana ancak İİK 280’e göre iptal davası açılabilir.

Kanımızca iyiniyetli olmak asıl ise de, İİK 44/I’e aykırı olarak tacirden işletmeyi devralan hiçbir kimse, alacaklılara ticari işletmenin hacizden önce hukuka uygun ve iyiniyetle devralındığını ileri süremez ve ticari işletmeye ait aktiflerin iktisabında iyiniyet iddiasında bulunamaz. Bu konuda ticari işletmeyi devralanın İİK 44/IV, c. 2’de sayılan kimselerden biri olup olmaması da önem taşımaz. Anılan hükümde, tacire yakınlığı olan belirli kimselerin iyiniyet iddiasında bulunamayacağını düzenlemektedir. Ancak bundan başka hiç kimsenin kötüniyetli olamayacağını da düzenlememektedir.

Gerçekten devralan, ticari işletmenin devrine ilişkin kurallara uygun olarak işletmeyi devralmak durumundadır. Devralan, devreden tacirin ve İİK 44’teki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini, devirden önce bilmesi/araştırması gerekir. İİK 44/I ve III’e aykırı olarak gerçekleşen devir ve tasarruflarda, üçüncü şahısların zilyedlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyiniyetle elde ettiği hakları saklı tutan İİK 44/IV, c. 1 olsa olsa münferit malvarlığı unsurlarının *işletmeden bağımsız olarak* devrinde iktisabında işlev görür.

Gerçekten işlem hayatında üçüncü kişilerin, iktisap ettikleri malvarlığı unsurunun, bir ticari işletmeye ait olup olmadığını ve tacirin ticareti terk edip etmediğini (İİK 44 uyarınca tasarruf yetkisinin kısıtlanıp kısıtlanmadığını) araştırması beklenemez ve dolayısıyla iyiniyetli olmaları asıldır. Ancak bir bütün olarak ticari işletmenin devralınmasında ise devralan için aynı şey söylenemez. Devralan, devreden işletmeye dâhil olan aktifler açısından İİK 44/III’teki tasarruf yetkisi kısıtlamasını bilmesi gerekir. Dolayısıyla işletmeyi devralan, devreden tacirin İİK 44/III’teki tasarruf yetkisi kısıtlaması mevcut olduğu sürece kötüniyetli sayılmalıdır.

### **C. BK 179 İLE İİK 44 HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI**

Ticari işletmesini devri, bir ticareti terk halidir. Ancak ticareti terk, daha geniş bir kavram olup, ticari işletmenin kapatılması halinde de ortaya çıkabilir.

Öte yandan yukarıda açıklandığı üzere işletmenin bir bölümünün örneğin işletmeye ait işyerlerinden birinin devrinde de İİK 44'ün uygulanacağı (ticaretin kısmen terki) kabul edilmektedir<sup>18</sup>. BK 179'un çerçevesine de devrin konusunun mutlaka bir ticari işletme olması gerekmemektedir; bir malvarlığı veya işletmenin BK 179'daki şartlar yerine getirilerek devralınması olanaklıdır. O halde konu açısından tacirin işletmesini devir suretiyle ticareti terki ile BK 179 uyarınca işletmenin devri arasında bir fark bulunmamaktadır.

Ticareti terk eden tacire ilişkin kurallar getiren İİK 44, tacirin tüm alacaklılarını korumaya yöneliktir. Hâlbuki BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri, sadece işletme alacaklılarını koruyan bir düzenlemedir.

Ticari işletmenin devri olasılığında İİK 44 uyarınca yapılacak ilânda esas alınacak bildirimde bulunma görevi, devreden (ticareti terk eden) tacire aittir. Bununla birlikte BK 179 uyarınca yapılan ihbar/ilânı devralan tacir yapar<sup>19</sup>.

İİK 44'te öngörülen yükümlülüklerin ticareti terk eden tacir tarafından ihlâl edilmesi, ayrıca cezai yaptırıma tâbi kılınmıştır. İİK 44 uyarınca mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflâs sırasında göstermeyen veya beyanda bulunduktan sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu hakkında, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, icra mahkemesi tarafından üç aydan bir yıla kadar hafif hapis cezasına hükmolunur (İİK 337/a., I). Bu fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez (İİK 337/a., II). Borçlunun iflâsı halinde eylemler taksiratlı iflâs hali sayılır (İİK 337/a., II).

BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devri kurallarına aykırılık, özel bir cezai müeyyideye tâbi kılınmamıştır. Borçların topyekûn nakli bakımından bir

---

<sup>18</sup> Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, II, A.

<sup>19</sup> Devralanın yetkilendirmesi ile devreden tacir de temsilci sıfatıyla BK 179 uyarınca ihbar/ilân yapabilir. Bilgi için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, C, 4.

imkân getiren ve emredici olmadığını kabul ettiğimiz BK 179'un şartlarının yerine getirilmemesi, sadece ticari işletmenin devredilmemesi veya borçlarından ayrı olarak devredilmesi sonucunu doğurabilir. Tüm bu sonuçların özel hukuka ilişkin hükümler olduğu açıktır.

İİK 44'e aykırılık halinde ticari işletmeyi devralan, devraldığı işletme aktifleri üzerinde alacaklıların haciz işlemlerine katılmak durumundadır. Aksi halde ticari işletmeyi devralan, alacaklıların açtığı istihkak davasına (İİK 97, 99) veya devralanın açtığı istihkak davasına (İİK 96/III, 97/VI) karşı alacaklıların açtığı tasarrufun iptali davasına (İİK 97/XVII) muhatap olur.

Ancak önemle vurgulayalım ki, İİK açısından ticari işletmeyi devralanın, alacaklılara karşı hiçbir şekilde devraldığı işletme aktifleri dışında özel malvarlığı ile bir sorumluluğu bulunmamaktadır (İİK 44, İİK 277 vd. 280). BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devralınmasında ise devralan ticari işletmenin borçlarından, tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur.

### **III. ALACAKLILARA ZARAR VERMEK KASTIYLA TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN İPTALİ (İİK 280/III)**

#### **A. GENEL OLARAK**

Haciz yoluyla takipte hacizden önce ve iflâsta borçlunun iflâsına karar verilmesinden önce borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinde herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır<sup>20</sup>. Ne var ki, borçlunun iflâs etmeden veya hacizden önce, mallarını alacaklılardan kaçırmak amacıyla veya bu amacı taşıdığı sabit olmasa bile bazı şüpheli davranışlarla tasarruflarda bulunması ile karşılaşılabilir. Bu durum alacaklıların alacaklarını tahsil edememesine neden olabilir.

---

<sup>20</sup> Saim Üstündağ, **İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 2002, s. 230; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 507; Atalay (Pekcantez vd.), **a.g.e.**, s. 550.

İşte bu gibi tasarruflardan hacizde alacaklarını tahsil edememiş alacaklıları ve iflasta tüm alacaklıları korumak için iptal davası (İİK 277 vd.) kurumu öngörülmüştür. Bu hükümler arasında alacaklıları ızzar kastıyla tasarrufların iptalini düzenleyen İİK 280’de ticari işletmenin devrine ilişkin özel bir hüküm de yer almaktadır (İİK 280/III).

## **B. İİK 280/III’TE YER ALAN KARİNE**

Bilindiği üzere malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir (İİK 280/I). Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunmuş olmalıdır.

Davacı, zarar verme kastıyla yapılan tasarruflara karşı açılan iptal davasında borçlunun borca batık bir halde iken işlem yaptığını ve zarar verme kastı taşıdığını ispat etmek zorundadır<sup>21</sup>. Davacı ayrıca işlemin diğer tarafının borçlunun mali durumunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmelidir<sup>22</sup>. Bu konudaki ispat yükünün yerine getirilmesinin güç olduğunu göz önünde bulunduran Kanunkoyucu, ticari işletmenin devri açısından bir karine kabul etmiştir.

İİK 280/III’e göre ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kastı ile 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

---

<sup>21</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 686; Atalay (Pekcanitez vd.), **a.g.e.**, s. 558.

<sup>22</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 686; Atalay (Pekcanitez vd.), **a.g.e.**, s. 558.

beraber TTSG ile; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların haberdar olmasını temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir.

### C. BK 179 İLE İİK 280/III HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

İİK 277 vd. hükümlerince açılan iptal davası, *borçlunun mallarında alacaklarını karşılayamayan* alacaklılara tanınan istisnai bir imkândır (İİK 277). İptal davası ile dava konusu mal veya hakkının (incelediğimiz konuda işletme aktiflerinin) borçlunun malvarlığına geçmesi istenmez. Davacı alacaklı tasarruf konusu mal veya hak (işletme aktifleri) sanki borçlunun malvarlığında imiş gibi icra yoluyla alacağını almak yetkisi kazanır (İİK 283/I)<sup>23</sup>. Yani iptal davasına konu tasarruf batıl değildir. Tasarruf konusu mal veya hak gene üçüncü kişiye aittir. Borçlu iflâs etmişse, davacı iflâs idaresinin açacağı iptal davasının konusu, dava konusu mal veya hakkın iflas masasına verilmesidir<sup>24</sup>.

Tasarruf konusu işletmeyi devralan, devraldığı malvarlığı unsurlarını elden çıkarmış ise alacaklılar tarafından bu unsurların yerine geçen değer (sürrogat) kadar tazminat talep edilebilir (İİK 283/II). Öğreti ve uygulamada bu değer, elden çıkarılan malvarlığı unsurunun (rayiç) değeri olarak kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Bu tazminat, davacının alacağından fazla olamaz (İİK 283/II).

Hâlbuki BK 179 uyarınca ticari işletmeyi aktif ve pasifiyle devralan işletme borçlarından, –devraldığı işletme aktifleri ile sınırlı olmaksızın– tüm malvarlığı ile sınırsız sorumludur. BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, devralan doğrudan işletme borçlarını üstlenir ve devredene birlikte belirli bir süre müteselsilen sorumlu olur. Bu müteselsil sorumluluk gereği işletme alacaklıları devredene, devralana

---

<sup>23</sup> Üstündağ, **a.g.e.**, s. 245; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 682.

<sup>24</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 688; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 245.

<sup>25</sup> Atalay, (Pekcanitez vd.), **a.g.e.**, s. 566, dpn. 41’de anılan Yargıtay kararları; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 689. Farklı görüşte Üstündağ, **a.g.e.**, s. 245, anılan yazar tazminatın konusunun elden çıkarılan malın “sürrogat”ı olduğunu belirtmektedir.

veya her ikisine birlikte başvurabilir. İşletme alacaklılarının önce işletmeyi devredene ve sonra devralana başvurmak gibi bir mecburiyeti yoktur.

İptal davasının amacı tacirin tüm alacaklılarının korunmasıdır. Zira ticari işletmesini devreden tacirin, elinde muvakkat aciz vesikası bulunan her alacaklısı (ve tacirin iflâsı halinde iflâs idaresi<sup>26</sup>) iptal davası açabilir (İİK 277/b.1, 2). Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devralınması halinde ise, sadece işletme alacaklıları yeni bir borçluya (işletmeyi devralana) talepte bulunma imkânı elde ederler. Öte yandan kanunda öngörülen süre içinde devreden müteselsil sorumluluğu mevcuttur.

#### IV. YARGITAY UYGULAMASI

İİK 44'e aykırı ticari işletme devrinden dolayı alacaklılar tarafından devralana karşı açılan istihkak davalarında Yargıtay, BK 179'u İİK 44'e paralel bir hüküm olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda Yargıtay istihkak davalarını alacaklı lehine sonuçlandırmak için BK 179 hükmünü bir dayanak olarak kullanmaktadır<sup>27</sup>.

Örneğin ticari işletmeyi devralan üçüncü kişiye karşı haciz alacaklısı tarafından İİK 96 vd. uyarınca açılan bir istihkak davası ile ilgili olarak Yarg. 21. Hukuk Dairesi yeni sayılabilecek bir kararında<sup>28</sup> “(D)osya içeriğinden borçlu şirketin borcun doğumundan sonra restoran işyerini 3. kişi S'ye devrettiği, S'nin borçlu Ltd. Şti. ortağı R. ile birlikte yaşadığı açıkça anlaşılmaktadır. Borçlu ile davacı arasındaki ilişki ticari işletme devri niteliğinde bulunduğundan **İİK.'nun 44 ve B.K.'nun 179. maddesinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. İşyeri devri ile ilgili İ.İ.K.' nun 44. maddesinde öngörülen koşulların yerine getirildiği 3. kişi tarafından iddia ve ispat edilmemiştir. Gerçekten borçlunun devri, kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilân ettiği ve mal beyanı**

---

<sup>26</sup> Tacirin iflâsı halinde ayrıca İİK 245 ve İİK 255/III'te belirtilen hallerde alacaklıların kendileri iptal davası açabilir.

<sup>27</sup> Aynı tespit için bkz. Ülkü/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 61/62, anılan yazarlar Yargıtay'ın eskiden beri uygulamasının bu yönde olduğunu belirtmektedirler.

<sup>28</sup> Yarg. 21. HD. 26.09.2005 E. 2005/2921 K. 2005/8294 (Kazancı, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.kazancı.com.tr).

verdiğine ilişkin hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda devir, alacaklının haklarını etkilemez. Devralan davacı **B.K.'nun 179. md.'si** uyarınca işletmenin borçlarından sorumlu olduğu göz ardı edilerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektireceği...” sonucuna varmış ve İİK 44 ile BK 179’u birlikte uygulamıştır.

Haciz için gidilen işyerinin borçlu şirket tarafından bir başka şirkete devredildiğinin anlaşılması ve işyerini devralanın alacaklıya karşı açtığı istihkak davasına ilişkin olarak, Yarg. 21. Hukuk Dairesi 28.6.2005, E. 2005/4695 K. 2005/6845 sayılı kararında “(B)u bilgi ve belgeler karşısında; borçlu şirketin haciz adresinde faaliyette iken; davacı şirkete işyerini devrettiğinin kabulü gerekir. Ancak yapılan bu işyeri devrinin **İİK'nun 44. maddesi** koşullarına uygun şekilde yapıldığı iddia ve ispat edilememiştir. Kaldı ki, **B.K.'nun 179. maddesi** gereğince, devir alan şahıs, devreden borçlarından sorumlu olacağından, alacaklının haklarının etkilenmeyeceği açıktır. Tüm bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak; davacı 3. kişinin davasının reddi gerekirken; aksi düşüncelerle kabulü usul ve yasaya aykırıdır” diyerek, İİK 44 ile BK 179’u birlikte uygulamıştır. Bu konuda emsal Yargıtay kararı örneklerini artırmak mümkündür<sup>29</sup>.

Yargıtay hukuk daireleri arasındaki iş bölümü kapsamında, İİK 277 vd. çerçevesindeki iptal davalarını temyizen inceleyen<sup>30</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin de aynı

---

<sup>29</sup> Aynı yönde bir başka karar için bkz. Yarg. 21. HD. 29.3.2004 E. 2004/770 K. 2004/2988: “(B)undan başka borçlu ile davacı 3. kişi arasındaki işlem işyeri devri niteliğinde olduğundan İİK'nun 44. ve **BK.'nun 179. maddelerinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. Anılan maddelerde öngörülen koşulların yerine getirildiği iddia ve ispat edilmemiştir. Gerçekten borçlunun devri kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiğine ilişkin dosyada hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda, devir alacaklının haklarını etkilemeyeceği gibi, devralan davacı da BK.nun 179. maddesi gereği işletmenin borçlarından sorumlu bulunduğu davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır. O halde, davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...” (Kazancı, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.kazancı.com.tr). Buna karşılık önceki tarihli bir başka kararda, muvazaalı olarak işyeri devralınması ile ilgili bir uyumsuzlukla ilgili devralanın açtığı istihkak davasında muvazaanın varlığını destek için başka verilerle birlikte işyerinin devrinde İİK 44’ün gereklerinin yerine getirilmemesine de dayanılmış ancak BK 179’dan söz edilmemiştir. Yarg. 21. HD. 11.9.1997, E. 1997/4917 K. 1997/4989 (Kazancı, Mevzuat ve İçtihat Programı, www.kazancı.com.tr).**

<sup>30</sup> Bkz. (çevrimiçi) <http://www.yargitay.gov.tr/content/view/26/43/>, 03.09.2007.

yönde içtihatları mevcuttur<sup>31</sup>. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, bazı kararlarında ayrıca İİK 44 ve İİK 280/III'ü birlikte uygulayarak, anılan hükümlere aykırı olarak işletmesini (işyerini) devreden alacaklısına, devralanın açtığı istihkak davasına karşı açılan tasarruflun iptali davasını (İİK 97/XVII) kabul etmektedir<sup>32</sup>.

Konumuzla ilgili olarak anılan Yargıtay kararlarında benimsenen içtihat ve uygulama şu şekilde özetlenebilir:

Birinci olarak, Yargıtay kararlarında İİK 44, İİK 280/III ve BK 179 arasındaki ilişki kurulmakta ve BK 179 hükmü borçlunun mal kaçırma işlemlerine karşı alacaklıları koruma amaçlı bir icra hukuku düzenlemesi olarak uygulanmaktadır.

İkinci olarak, tıpkı İİK 44'te ve İİK 280/III'te aranan bildirim/ilân şartının yerine getirilmemesinde olduğu gibi, BK 179'da aranan devrin ihbarı/ilânı şartının yerine getirilmemesi, *BK 179 uyarınca işletmeyi devralanı eski borçlardan sorumlu kılar*. Böylece sadece ticari işletmenin devredilmesi, devralanın eski borçlardan sorumlu tutulabilmesi için yeterli görülmektedir.

Üçüncü olarak, BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumlu olan işletmeyi devralan ayrıca İİK 44 ve İİK 280/III açısından *alacaklıların işletme malvarlığı unsurları (aktifleri) üzerinde haciz işlemlerine katlanmak zorundadır*. Bu gerekçeden dolayı İİK 96 vd. hükümleri uyarınca açılan istihkak davaları ile İİK 97/XVII ve İİK 280 uyarınca açıl-

---

<sup>31</sup> Bkz. yuk. dpn. 14'te anılan Yarg. 15. Hukuk Dairesi Kararları. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD. 15.11.2000 4993/4991 "...**BK 179** uyarınca bir ticari işletmeyi aktif ve pasifyle devralan kimse, keyfiyeti alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren, onlara karşı işletmenin borçlarından sorumlu olur. **İİK 280/IV** uyarınca da, ticari işletmeyi tamamen veya kısmen satın alan kişinin, borçlunun alacaklılarını ızzar kastının bildiği karine olarak kabul olunur. Bu karinenin aksi, satış tarihinden itibaren en az üç ay evvel keyfiyetin alacaklıya bildirildiğinin veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaların asılması ile birlikte ticaret gazetesinde, bu mümkün olmadığı takdirde alacaklının utlanı temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilân olunduğunun ispatı ile çürütülebilir. **Somut olayda, az yukarıda açıklanan prosedüre uyulduğu iddia ve kanıtlanmış değildir. ...davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken..davanın reddi doğru görülmemiş...**" (Nazif Kaçak, **Açıklamalı İçtihatlı Tasarruf İptal Davaları**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 181/182).

<sup>32</sup> Yarg. 15. HD. 28.02.1994, E. 1993/5796, K. 1994/1128 (YKD 1995/5, s. 768, 769). Aynı tespit için Atalay, (Pekcanitez vd.), **a.g.e.**, s. 560. Aynı yönde bkz. yuk. dpn. 14'de anılan Yarg. 15. Hukuk Dairesi Kararları.

lan tasarrufun iptali davaları, devredilen işletme malvarlığı üzerinde cebri icra yoluyla takip yapmak isteyen alacaklılar lehine sonuçlandırılması gerekir. Bu sonuca varılması için İİK 44'ün ihlâlinden ve/veya İİK 280/III'teki karinenin çürütülememesinden yararlanılmaktadır.

Son olarak, Yargıtay'ın anılan içtihatlarında ticari işletmeyi veya işyerini devralanın eski borçlardan sorumluluğu konusunda BK 179'u emredici bir düzenleme olarak kabul ettiği söylenebilir. Zira incelenen kararlarda, her işletme devrinde, BK 179'daki koşulların yerine getirilip getirilmediği araştırılmakta, işletme devredilmiş ancak BK 179'daki devrin ilânı/ihbarı koşulu uyulmamışsa, devralan aleyhine karar verilmektedir.

Kanımızca yukarıda özetlenen Yargıtay içtihatlarında, BK 179'un sadece borçlunun mal kaçırma işlemlerine karşı alacaklıları koruma amaçlı bir icra hukuku düzenlemesi gibi uygulanması ve bu bakımdan İİK 44 ve İİK 280/III ile BK 179 arasında ilişki kurulması hukuken kabul edilebilir değildir:

Her şeyden önce BK 179 işletmenin devrinde borçların devralana geçmesi konusunda emredici bir düzenleme olmayıp, sadece işletmenin devrinde eski borçların üstlenilmesi ve nakli imkânını getirmektedir. Bunun için BK 179'daki koşulların ve bu arada aktif ve pasifiyle işletmenin devralındığının ihbarı/ilânı şartının gerçekleşmesi zorunludur. BK 179'u emredici kabul eden Teminat Teorisini temelde benimsemiş gözüken Yargıtay uygulamasına karşı ayrıca Teminat Teorisine ilişkin eleştirilerimize atıfta bulunmakla yetiniyoruz<sup>33</sup>.

Bu noktada BK 179'un emredici olarak borçların geçişini düzenleyip düzenlemediği konusunun tartışmalı olduğu ve Yargıtay'ın da bir görüşü tercih etmekte veya farklı bir yaklaşımı benimsemekte özgür olduğu söylenebilir. Ancak değerlendirdiğimiz Yargıtay kararlarında olduğu gibi, borçların işletmeyi devralana geçmesi konusunda BK

---

<sup>33</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, II, C.

179'un emredici olduğu kabul edilse bile, bu kabul BK 179'daki koşulların gerçekleşmesinin aranmasına engel olmaz.

Öğretide BK 179'un emredici olup olmadığı (örneğin ilânda borçların bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığı) konusunda tartışma bulunsa bile, anılan hükmün *açık ifadesi karşısında* eski borçlardan sorumluluk için devrin ilânı/ihbarı şartının gerçekleşmesi gerektiği *genel kabul görmektedir*<sup>34</sup>. Sadece ticari işletmenin devredilmiş olmasına, devralanın eski borçlardan sorumluluğu sonucu bağlanamaz. Mahkeme kararlarında, bilimsel öğretilerde uzlaşılan bir konudaki yaklaşımın göz önünde bulundurulması veya bu yaklaşım kabul edilmiyorsa gerekçelerinin belirtilmesi beklenir.

Öte yandan İİK 44'ün ihlâlinin ilk ve en temel şartı İİK 44/I'deki bildirim/ilânın *yapılmamasıdır*. Yani burada olumsuz bir şart söz konusudur. İİK 280/III uyarınca ticari işletmeyi devreden alacaklılara zarar vermek kastıyla hareket ettiği ve devralanın bunu bildiği karinesinin şartı da, anılan hükümde belirtilen şekilde ihbar/ilân şartının *yerine getirilmemesidir*. Yani İİK 280/III'teki karine kural olarak mevcut olmakla birlikte ancak yine anılan hükümde belirtilen şekilde alacaklılara ihbar/ilân yapılması ile çürütülebilir. Dolayısıyla İİK 280/III'te de olumsuz şart söz konusudur. Hâlbuki BK 179 uyarınca ticari işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumlu olmasının temel şartlarından bir tanesi, aktif ve pasifiyle devralmanın ihbarı/ilânıdır; yoksa bu keyfiyetin ihbar/ilân edilmemesi değil. BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumluluk açısından, devrin ilânı/ihbarı konusunda *olumlu şart* söz konusudur. O halde ne İİK 44/I uyarınca bildirim/ilân ne de İİK 280/III anlamında alacaklılara ihbar/ilân söz konusu iken, devrin ilânı/ihbarı şartını arayan BK 179'un anılan hükümlerle birlikte uygulanması suretiyle işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğunun doğması teknik açıdan ve mantıken imkânsızdır.

Kaldı ki, değerlendirdiğimiz Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıklar, İİK 96 vd. uyarınca açılan istihkak davası veya İİK 277 vd. (özellikle İİK 280) hükümlerine

---

<sup>34</sup> Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, C.

göre açılan tasarrufun iptali davasıdır. Bu davalarda amaç, devredilen işletmenin borçlarından devralanı devredenle birlikte müteselsilen ve tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumlu tutmak değildir; alacaklılara karşı hüküm ifade etmeyecek devir konusundan (incelediğimiz sorunda işletmenin aktiflerinden) haciz yoluyla alacaklarını elde etmelerine imkân sağlamaktır. Bir kere İİK 44'e aykırı olarak veya İİK 280/III'deki karinenin yürüdüğü işletme devri söz konusu ise, anılan hükümler ticari işletmenin devri kapsamında aktiflerin devrinin alacaklılara karşı hüküm ifade etmemesi sonucunu zaten doğurmaktadır. Ayrıca BK 179 uyarınca maddi hukuk açısından devralanın eski borçlardan sorumlu tutulmasına gerek bulunmamaktadır.

İncelenen Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıkların istihkak davası veya tasarrufun iptali davası olması ve böylece sadece devredilen işletme aktiflerini başvurmayı (haciz yoluyla takibi) veya engel olmayı<sup>35</sup> amaçlaması, somut uyuşmazlıklarda önemli bir adaletsizliğin veya haksızlığın ortaya çıkmasını engellemiştir. Ancak kanuna aykırı bir yorumla ticari işletmenin (veya işyerinin) devrinde, devralanın BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumluluğunun kabul edilmesi, devrolunan işletme aktiflerinden de alacaklarını elde edemeyen alacaklılarının devralana, bu sefer genel mahkemelerde ayrı bir alacak davası açmasını ve devredilen işletme malvarlığı ile de sınırlı olmaksızın işletme borçlarından sorumlu tutulmasına neden olabilecektir. Bu ağır sonuç yukarıda açıklanan gerekçelerle kabul edilebilir değildir.

---

<sup>35</sup> Örneğin ticari işletmeyi devralan tarafından açılan istihkak davasının amacı budur.

## SONUÇ

1. Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletmenin sahibinin el değiştirmesidir. Devir sonucunda devralan ticari işletme faaliyetine kendi adına devam etme imkânı kazanır.

2. Ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devrini düzenleyen BK 179, sağlar arası iradi devirlere özgü bir düzenlemedir. Bu hüküm uyarınca aktiflerin devrinde cüz’i halefiyet ilkesi yürür. BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devrinde özellik arz eden husus, şartları gerçekleştiği takdirde BK 179 uyarınca borçların kanundan dolayı (ex lege) ve topyekûn üstlenilmesinin ve naklinin mümkün olmasıdır.

3. BK 179 uyarınca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinde, devralanın eski borçları üstlenmesi ve bu borçlardan sorumlu olabilmesi için, ticari işletmenin bir *devir sözleşmesine* dayalı olarak *devri* ve devir sözleşmesinde *borçların üstlenilmesi* gerekir. Ayrıca ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrinin alacaklılara *ihbar veya ilân* edilmesi zorunludur. Bu şartlar gerçekleşince devralan, devreden ile birlikte kural olarak tüm borçlardan müteselsilen sorumlu olur. Bu hüküm müeccel ve muaccel borçlar ile devralan tarafından varlığı bilinen veya bilinmeyenler de dâhil olmak üzere tüm borçlar açısından kanun gereği doğar. Bir kısım borçların ilânda/ihbarda açıkça belirtilerek, devrin kapsamı dışında bırakılması ve bunun alacaklılara karşı hüküm ifade etmesi mümkündür. Borçların üstlenilmesine ilişkin sınırlandırmalar, ilânın/ihbarın güven prensibi uyarınca yorumlanması suretiyle belirlenir.

BK 179 uyarınca işletmenin aktif ve pasifiyle devri, önce borca katılma; sonradan ise borcun kanun gereği nakli (dış üstlenilmesi) sonucunu doğurur. Zira BK 179’un şartları gerçekleşip devralanın eski borçlardan sorumlu olması, devreden borçlu sıfatını kaldırmamaktadır. Devreden ve devralan, kanunda belirtilen hak düşürücü sürenin sona ermesine kadar, müteselsil olarak sorumlu olurlar. Hak düşürücü süre sona erip devreden (müteselsil) sorumluluğu ortadan kalkınca; artık borca katılma, borcun nakline dönüşür. Devralan ticari işletmenin borçlarından işletme malvarlığı ile sınırlı olmaksızın (tüm malvarlığı ile) sorumludur. Devralan, söz konusu borçlardan tâbi oldukları zamanaşımı süreleri uyarınca sorumludur.

4. Ticari işletmesini aktif ve pasifiyle devreden, işletme borçlarından müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Devreden işletme borçlarının ifasından, tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur. İşletme kapsamındaki bir borcun işletmenin devrinden sonra doğmuş olması, devreden bu borçtan BK 179 uyarınca sorumluluğuna engel değildir. Önemli olan, ilgili borcun işletmenin devrinden önceki bir sözleşme ilişkisine veya başkaca bir hukuki ilişkiye dayanmasıdır.

5. Ticari işletmesini aktif ve pasifiyle devreden, BK 179 uyarınca nakledilen borçlardan dolayı iki yıl daha müteselsilen sorumlu kalır. Bu süre bir hak düşürücü süredir. Muaccel borçlarda iki yıllık süre, devrin ilânından/ihbarından itibaren başlar. Müaccel borçlar için aynı süre, vadeden itibaren işler (BK 179/I).

6. Türk hukukunda genel kabul gören Teminat Teorisi uyarınca BK 179, ticari işletmenin devrinde devralanın eski borçlardan sorumluluğu bakımından emredici niteliktedir. Zira ticari işletmenin aktifleri, pasiflerinin ve dolayısıyla üçüncü kişilerin alacaklarının doğal teminatıdır. Ticari işletmenin sadece aktiflerinin devrinde alacaklıların hakları büyük tehlikeye girer. Bu konuda icra hukukundaki iptal davası yeterli koruma sağlamaz. Ticari işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğu, tarafların iradesi dışında bir kanun hükmünden (BK 179) kaynaklanmaktadır.

Teminat Teorisine göre devir sözleşmesinde, ticari işletmenin borçlarından devralanın sorumlu olmasını tamamen veya büyük ölçüde bertaraf eden anlaşmalar/kayıtlar geçersizdir. Bu tür anlaşmalar/kayıtlar ihbar veya ilân edilse bile, alacaklılara karşı hüküm ifade etmez. Ancak bu konuda Teminat Teorisi savunucuları arasında birlik yoktur. Bir başka görüşe göre sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşme geçersizdir. Devir sözleşmesinin geçersiz olduğu kabul edildiğinde ise, BK 179'a dayalı olarak borçlardan üstlenilmesi ve intikali olanaklı değildir.

Buna karşılık Teminat Teorisince münferit borçların devrin kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin anlaşmalar geçerlidir. İhbar veya ilân edilmek şartıyla alacaklılara karşı da hüküm ifade eder. Ancak Teminat Teorisini savunmakla birlikte azınlıkta kalan bazı yazarlara göre, devir sözleşmesindeki münferit borçlara ilişkin sınırlandırmalar bile alacaklılara karşı ileri sürülemez; sadece iç ilişkide geçerlidir.

7. BK 179'a kaynaklık eden e. OR § 181 ile ilgili İsviçre hukukunda hâkim olan ve tezimizde birçok gerekçe ile birlikte savunulan görüşe göre, BK 179 devralınan ticari işletmenin eski borçlarından dolayı emredici bir sorumluluk öngörmemektedir. Anılan hüküm devir ilişkisinin taraflarına sadece borçların topyekûn üstlenilmesi ve nakli imkânı getirmektedir. Devralanın eski borçlardan sorumlu olabilmesi için yukarıda (3)'te belirtilen koşulların varlığı aranır. Devir sözleşmesinde yer alan, eski borçların naklini tamamen veya büyük ölçüde engelleyen anlaşmalar/kayıtlar geçerlidir. Bu tür bir sözleşme karşısında artık BK 179 uyarınca borçların nakli imkânı ortadan kalkar. BK 179 emredici olarak pasiflerin naklini düzenleyen bir hüküm değildir. Pasiflerin devrin tamamen veya büyük ölçüde kapsamı dışında bırakılması anlaşması/kaydı, ihbarda/ilânda açıkça belirtilmek kaydıyla alacaklılara karşı da ileri sürülebilir. BK 179 ticari işletmenin sadece aktiflerinin veya aktiflerle birlikte münferit bazı pasiflerinin genel kurallar uyarınca (borcun nakli: BK 173 vd.) devri/nakli olanağını bertaraf etmez ve geçerliliğini etkilemez.

Ancak alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan ticari işletme devirleri bakımından, icra hukukunda tanınan imkânlara (İİK 44, İİK 96 vd., İİK 277 vd.) başvurulabilir.

8. Teminat Teorisi, sadece öğretilerde savunulan bir görüş olmayıp, Yargıtay da (15. ve 21 Hukuk Daireleri) bu görüşü kabul etmektedir. Hatta belirtelim ki, Yargıtay devralanın ticari işletmenin borçlarında sorumluluğu için aranan devrin ilânı/ihbarı koşulunu bile göz ardı etmekte ve böylece Teminat Teorisini daha katı bir biçimde savunmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında benimsenen hususlar şu şekilde özetlenebilir:

Birinci olarak, Yargıtay kararlarında İİK 44, İİK 280/III ve BK 179 arasındaki ilişki kurulmakta ve BK 179 hükmü borçlunun mal kaçırmaya işlemlerine karşı alacaklıları koruma amaçlı bir icra hukuku düzenlemesi olarak uygulanmaktadır.

İkinci olarak, tıpkı İİK 44'te ve İİK 280/III'te aranan bildirim/ilân şartının yerine getirilmemesinde olduğu gibi, BK 179'daki devrin ihbarı/ilânı koşulunun yerine getirilmemesi, *BK 179 uyarınca işletmeyi devralanı eski borçlardan sorumlu kılar*. Böylece

sadece ticari işletmenin devredilmesi, devralanın eski borçlardan sorumlu tutulabilmesi için yeterli görülmektedir.

Üçüncü olarak, BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumlu tutulan işletmeyi devralan, ayrıca İİK 44 ve İİK 280/III açısından *alacaklıların işletme malvarlığı unsurları (aktifleri) üzerinde haciz işlemlerine katlanmak zorundadır*. Bu gerekçeden dolayı İİK 96 vd. hükümleri uyarınca açılan istihkak davaları ile İİK 97/XVII ve İİK 280 uyarınca açılan tasarrufun iptali davaları, devredilen işletme malvarlığı üzerinde cebri icra yoluyla takip yapmak isteyen alacaklılar lehine sonuçlandırılması gerekir. Bu sonuca varılırken İİK 44'ün ihlâlinden ve/veya İİK 280/III'teki karinenin çürütülememesinden yararlanılmaktadır.

Son olarak, Yargıtay'ın anılan içtihatlarında ticari işletmeyi veya işyerini devralanın eski borçlardan sorumluluğu konusunda BK 179'u *emredici bir düzenleme* olarak kabul ettiği söylenebilir. Zira incelenen kararlarda, her işletme devrinde, BK 179'daki koşulların yerine getirilip getirilmediği araştırılmakta; işletme devredilmiş ancak BK 179'daki devrin ilânı/ihbarı koşulu uyulmamışsa, devralan aleyhine karar verilmektedir.

**9.** Kanımızca yukarıda (8)'de özetlenen Yargıtay içtihatlarında, BK 179'un sadece borçlunun mal kaçırma işlemlerine karşı alacaklıları koruma amaçlı bir icra hukuku düzenlemesi gibi uygulanması ve bu bakımdan İİK 44 ve İİK 280/III ile BK 179 arasında ilişki kurulması kabul edilebilir değildir. Şöyle ki:

Birinci olarak BK 179, yukarıda (7)'de belirtildiği üzere emredici bir düzenleme değildir. Bu hüküm işletmenin devrinde eski borçların üstlenilmesi ve nakli imkânını getirmektedir. Bunun için BK 179'daki koşulların ve bu arada aktif ve pasifiyle işletmenin devralındığının ihbarı/ilânı şartının var olması gerekir. BK 179'u emredici kabul eden Teminat Teorisini benimsenmiş gözükten Yargıtay uygulamasına karşı, ayrıca Teminat Teorisine yöneltilen tüm eleştiriler geçerlidir.

İkinci olarak BK 179'un emredici bir hüküm olup olmadığının tartışmalı olduğu ve Yargıtay'ın da bu tartışma çerçevesinde bir görüşü tercih etmiş olduğu söylenebilir. Ancak BK 179'un emredici olduğu kabul edilse bile, bu kabul BK 179'daki koşulların gerçekleşmesinin aranmasına engel olmaz. Öğretide BK 179'un emredici olup olmadığı

(örneğin ilânda borçların bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığı) konusunda tartışma bulunsa bile, anılan hükmün *açık ifadesi karşısında* eski borçlardan sorumluluk için devrin ilânı/ihbarı şartının gerçekleşmesi gerektiği *genel kabul görmektedir*. Sadece ticari işletmenin devredilmiş olmasına, devralanın eski borçlardan sorumluluğu sonucu bağlanamaz. Mahkeme kararlarından, bilimsel öğretilerde uzlaşılan bir konudaki yaklaşımın göz önünde bulundurulması veya söz konusu yaklaşım kabul edilmiyorsa, bunun gerekçelerinin belirtilmesi beklenir.

Üçüncü olarak, İİK 44'ün ihlâlinin ilk ve en temel şartı İİK 44/I'deki bildirim/ilânın *yapılmamasıdır*. İİK 280/III uyarınca ticari işletmeyi devreden alacaklılara zarar vermek kastıyla hareket ettiği ve devralanın bunu bildiği karinesinin varlık koşulu da, anılan hükümde belirtilen şekilde ihbar/ilânın *yerine getirilmemesidir*. Hâlbuki BK 179 uyarınca ticari işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumlu olmasının temel şartlarından bir tanesi, aktif ve pasifiyle devralmanın *ihbarı/ilânıdır*; yoksa bu keyfiyetin ihbar/ilân *edilmemesi* değil. Ne İİK 44/I uyarınca bildirim/ilân ne de İİK 280/III anlamında alacaklılara ihbar/ilân söz konusu iken, devrin ilânı/ihbarı şartını arayan BK 179'un anılan hükümlerle birlikte uygulanması ve işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğunun doğması mümkün değildir.

Nihayet değerlendirdiğimiz Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıklar, İİK 96 vd. uyarınca açılan istihkak veya İİK 277 vd. (özellikle İİK 280) hükümlerine göre açılan tasarrufun iptali davalarıdır. Bu davalarda amaç, devredilen işletmenin borçlarından devralanı devredenle birlikte müteselsilen ve tüm malvarlığı ile sınırsız olarak sorumlu tutmak değildir; alacaklıların devir konusundan (incelediğimiz sorunda işletmenin aktiflerinden) haciz yoluyla alacaklarını elde etmelerine imkân sağlamaktır. Bir kere İİK 44'e veya İİK 280/III'a aykırı işletme devri söz konusu ise, anılan hükümler ticari işletmenin aktiflerinin devrinin alacaklılara karşı hüküm ifade etmemesi sonucunu zaten doğurmaktadır. Ayrıca BK 179 uyarınca maddi hukuk açısından devralanın eski borçlardan sorumlu tutulmasına gerek bulunmamaktadır.

Kanuna aykırı bir yorumla işletmenin (işyerinin) devrinde, devralanın BK 179 uyarınca eski borçlardan sorumluluğunun kabul edilmesi, işletme aktiflerinden de alacaklarını elde edemeyen alacaklılarının devralana, bu sefer genel mahkemelerde ayrı bir

alacak davası açmasını ve devredilen işletme malvarlığı ile de sınırlı olmaksızın işletme borçlarından sorumlu tutmasına neden olabilecektir. Bu ağır sonuç yukarıda açıklanan gerekçelerle kabul edilebilir değildir.

**10.** BK 179 sistemi de lege ferenda eleştiriler ve öneriler bakımından da değerlendirilmelidir. Devam eden açıklamalarımızda bu hususta vardığımız sonuçlar belirtilmiştir. Genel olarak belirtelim ki, ticaret hukukunun düzenleniş biçimi açısından ticari işletme ticaret hukukunun *merkez kavramıdır*. Ticari işletmenin devrinin BK'da düzenlenmesi isabetli değildir. Ticari işletmenin devri, BK 179 sistemine ilişkin aşağıda belirtilen eleştiriler de göz önünde bulundurularak, TK'da düzenlenmelidir.

**11.** BK 179'da işletmenin devrinde aktiflerin cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca devri için geçerli olan kurallara uyulması gerekir. Bu zorunluluklar ticari işletmenin devri uygulamasının ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır. Bunun için aktiflerin devrini kolaylaştıracak bir kanuni düzenleme yapılmalıdır. Bu düzenleme ile tek bir işlem ile (uno actu) aktiflerin devralana geçirilmesi imkânı getirilmelidir.

Tek bir işlemle ticari işletme malvarlığının devredilmesi, özel hukukta malvarlığı unsurlarının devir şekillerine ilişkin genel kurallara önemli bir istisna teşkil eder. Bu açıdan ticari işletmenin devrinde aleniyetin sağlanması şarttır. Bu konuda ticaret sicilinden yararlanılabilir. Bu kapsamda ticaret siciline tescil işlemine, aktiflerin geçişi bakımından kurucu işlev yüklenmelidir (FusG 73). Özel ve daha ağır bir şekil şartına göre devredilebilen bazı malvarlığı unsurları hakkında, söz konusu devir şekli saklı tutulmak isteniyorsa, bu husus yapılacak düzenlemede açıkça belirtilmelidir. Örneğin taşınmazların devrinde mevcut hukukumuzdaki resmi şeklin saklı tutulması ve korunması düşünülebilir. Bütün bu işlemlerin gerçekleştirilmesi için devir sözleşmesi geçerlilik şartı olarak en azından yazılı şekle tâbi kılınmalıdır.

Ticaret siciline tescilin kurucu unsur olacağı işletme devri imkânı, doğal olarak sadece ticaret siciline tescil edilmesi zorunlu ticaret ortaklıklarına ve ferdi ticari işletmelere ve onların sahibi olan tacirlere (gerçek kişi, vakıf, dernek) tanınmalıdır.

Kanun reformunda ticari işletmenin devri düzenlenirken, bu kurumun bir tür yeniden yapılandırma/reorganizasyon modeli olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu

kapsamda sadece tüm işletmenin bir bütün olarak devrine değil, işletmenin kendi içinde işlevsel bütünlüğü olan bölümlerinin devrine olanak tanınması düşünülebilir (FusG 69/I).

Ticari işletmenin devrinin bir reorganizasyon modeli olması karşısında, özellikle aktiflerin devri ile ilgili olarak gerekli vergi kolaylıklarının, ticaret siciline tescilli ticari işletmelerin devrinde de tanınmalıdır. Bu kapsamda ticari işletmenin devralınmasından doğan kazançlar vergilendirilmemelidir. Vergiden muaf reorganizasyon modellerinin, sadece KVK'ya tâbi sermaye şirketleri ile sınırlı tutulması isabetli değildir.

**12.** Yukarıda da belirtildiği üzere Türk hukuku öğretisinde ve uygulamasında hâkim olan kanaat (Teminat Teorisi) uyarınca BK 179'un emredici bir düzenleme olarak kabul edilmesi, ticari işletmenin devri imkânını önemli ölçüde sınırlamıştır. Savunduğumuz görüş kapsamında, anılan hükmün borçların topyekûn nakli konusunda bir imkân getirdiği kabul edilse bile, bu imkâna başvurulması, eski borçların üstlenilmesinin sınırlandırılması konusunda öngörülebilir olmayan büyük riskler taşımaktadır. İlânın/ihbarın güven prensibi uyarınca yorumu çerçevesinde, devralanın eski borçlardan sorumlu olması asıl, eski borçların sınırlanması ise istisnadır. Bu sorumluluk işletme malvarlığı ile de sınırlı değildir. Üstlenilen borçların, aktiflerle veya toplam bir parasal tutar ile sınırlanması de mümkün değildir. İşletmeyi devralan üçüncü kişilere karşı, bildiği veya bilmediği borçlardan örneğin gizlenmiş borçlardan bile sorumludur.

Gerek hâkim görüş olan Teminat Teorisinin BK 179'u emredici kabul etmesinden, gerek anılan diğer nedenlerden dolayı, bu düzenleme ticari işletmenin devrinde borçların nakli konusunda, yararlanılan bir imkân olmaktan önemli ölçüde uzaklaşmıştır. Açıklanan gerekçelerden dolayı Türk hukukunda bir imkân olarak başvurulmayan ve bu açıdan ölü bir hüküm haline gelen BK 179'un tamamen veya en azından ticari işletmenin ve ticaret şirketlerinin işletmelerinin devri açısından yürürlükten kaldırılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu sonuca varırken, Teminat Teorisine yönelttiğimiz eleştiriler ve bu Teorinin özel hukuk sistemimizle bağdaşmaması olguları da gözönünde bulundurulmuştur.

Anılan hüküm yerine ticari işletmenin devrinde, bu kuruma hâkim olan ilkeler çerçevesinde aktiflerin ve pasiflerin kural olarak irade özgürlüğü çerçevesinde devir ilişkisinin taraflarınca belirlenebildiği bir sistemin kabul edilmesi yerinde olur. Nitekim İsviçre hukukunda da e.OR § 181'in sadece borçların topyekün üstlenilmesi ve nakli konusunda bir imkân getirdiği kabul edildiği halde, ihtiyaçlara yeterince cevap vermeyen bu hükümde kanun değişikliği yapılmıştır. Bu kanun değişikliği ile OR § 181'in ticaret siciline tescilli tacirlerin işletmelerinin ve malvarlıklarının devinde uygulanmayacağı ve bu konunun FusG hükümlerine tâbi olduğu öngörülmüştür (OR § 181/IV). Böylece anılan hükmün uygulanma alanı önemli ölçüde daraltılmıştır.

Bu konuda İsviçre hukukunda bir yenilik olarak getirilen malvarlığı devri (Vermögensübertragung) kurumu (FusG § 69 vd.) örnek alınabilecek niteliktedir. Buna göre, a) ticaret siciline tescilli bir hukuki süjesi tarafından, b) yazılı şekle tâbi devir sözleşmesinde (sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca) belirlenen işletmenin malvarlığının veya işletme kısımlarının (birimlerinin) c) aktifin pasiften fazla olması (pozitif saldo) şartıyla d) ticaret siciline tescil şeklindeki tek işlemle (uno actu) e) kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca devralana geçirilmesine olanak tanıyan yeni bir kanuni düzenleme yapılması önerilmelidir.

**13.** BK 179 sistemi için getirdiğimiz eleştiriler ve öneriler çerçevesinde BK ve TK Tasarıları da değerlendirilmelidir. BK Tasarısı'nın "*Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması*" kenar başlığını taşıyan 201'inci maddesinde, BK 179 sistemi temelde korunarak tekrar düzenlenmiştir. Bu bağlamda malvarlığını veya bir işletmeyi devralanın eski borçlardan sorumluluğunun kapsamı ve devredenin müteselsil sorumluluğunun süresi ve kapsamı konusunda hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Bu açıdan BK 179 sistemine yukarıda getirilen eleştiriler, aynen BK Tasarısı'nın 201'inci maddesi için de geçerlidir.

**14.** TK Tasarısı 11/III'te bir yenilik olarak devir sözleşmesinin geçerlilik şekli olarak yazılı şekle bağlı kılınması, ticari işletme gibi önemli ve kapsamlı bir iktisadi değer devrinde, tarafları acelecilikten korumak, sözleşme içeriğinin (iradenin) kolay tespit edilebilirliğini sağlamak gayeleri açısından isabetli olmuştur. Ancak anılan hükmün, ticari işletmenin daha ağır bir devir şekline bağlı bir unsurunu örneğin bir taşınmaz kap-

saması halinde, yazılı şeklin yeterli olup olmayacağını, yeni bir tartışmayı ortaya çıkarabileceğine işaret edilmektedir. Kanımızca TK Tasarısı 11’de, genel hükümler uyarınca taşınmazların devrinin resmi şekle tabi olması zorunluluğu, devir sözleşmesinin taşınmazlarla ilgili kısmı açısından saklı tutulmalıdır.

TK Tasarısı 11/III’te (T.C. Adalet Bakanlığı’nın 2005 yılında yayınladığı ve TBMM’ye gönderdiği metinde) ticari işletmenin devri öngörülürken, ne aktiflerin devri ne de borçların nakli konusunda herhangi bir hüküm konulmuş idi. Aktiflerin devrini kolaylaştıran bir düzenlemenin yapılmaması bir eksikliği ve bu haliyle TK Tasarısı 11/III ticari işletmenin devrinin ortaya çıkardığı ihtiyaçlara tam olarak cevap vermeyebiliyordu. Hemen işaret edelim ki, TK Tasarısı’nın TBMM Adalet Komisyonunun kabul ettiği güncel metninde TK Tasarısı 11/III ile ilgili önemli bir değişiklik yapılmıştır.

Söz konusu değişiklik ile aktiflerin devrinde kolaylık sağlamanın yanı sıra (TK Tasarısı 11/III, c. 1), ayrıca yazılı şekle tâbi kılınan devir sözleşmesinin (ticarî işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmelerin) ticaret siciline tescil ve ilân edileceği öngörülmüştür (TK Tasarısı 11/III, c. 3). TK Tasarısı’nda aktiflerin devrinde kolaylık sağlanmak istenmesi, temel düşünce olarak olumlu karşılanmalıdır. Ancak TK Tasarısı’nda ticari işletmenin devrinin daha ayrıntılı kurallara bağlanması gerekmektedir.

Gerçekten tek bir işlemle ticari işletme malvarlığının devredilmesinin, özel hukukta ve özellikle medeni hukukta malvarlığı unsurlarının tâbi olduğu devir şekillerine ilişkin genel kurallara önemli bir istisna teşkil edeceği açıktır. Aktiflerin her birinin tâbi olduğu genel kurallar bertaraf edilirken, bunların yerine neyin ikame edildiğinin açıkça ortaya konulması gerekir. Bu konuda ticaret sicilinden yararlanılması isabetli olur. Bu kapsamda ticaret siciline tescil işlemine, aktiflerin geçişi bakımından kurucu işlev yüklenmelidir.

Ancak TK Tasarısı 11/III, c. 3’te devir sözleşmesinin hüküm doğurması açısından, tescil ve ilânın kurucu olup olmadığı belirsizlik taşımaktadır. Hatta TK Tasarısı 11/III bu konuda açıklık taşımadığından, tescil ve ilânın açıklayıcı olduğu da savunabi-

lecektir (TK Tasarısı 36). TK Tasarısı 11/III'te devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil ile hüküm doğuracağı açıkça belirtilmelidir.

Öte yandan ticari işletmenin devri sözleşmesi ile birlikte bir devre dâhil unsurların listesi ile ayırt edilmelerini sağlayacak özelliklerini gösteren devir envanteri tanzim edilmesi ve bu envantere devredilen malvarlığı unsurlarının belirtilmesi, zorunlu hale getirilmelidir. TK Tasarısı'nda bu konuda da bir hüküm yoktur. TK Tasarısı'nda ticari işletmenin devri ve devir sözleşmesinin içeriği ile ilgili olarak, borçların nakli konusunda da hiç değinilmemiştir. Bu nedenle TK Tasarısı'nda ticari işletmenin devrinde borçların nakli konusunda BK 179'un korunduğu söylenmelidir. Bu bağlamda BK 179 sistemine ve bu düzenleme ile ilgili Teminat Teorisine pasiflerin nakli konusunda getirdiğimiz eleştiriler, TK Tasarısı için de geçerlidir.

Nihayet BK 179 hükmünün ticari işletmenin devri bakımından muhafaza edilmesi yaklaşımı tercih edilse bile, anılan hükmün kanun yapma tekniği açısından (ticari işletmeyi ilgilendiren içeriği itibarıyla) TK Tasarısı 11'in içine konulması gerekir. Mevcut halde ise aynı kurum yani, ticari işletmenin devri, hem TK Tasarısı'nda hem BK Tasarısı'nda hükme bağlanmaktadır.

## ÖZGEÇMİŞ

19.09.1975 tarihinde doğan Mehmet Fatih Arıcı, lisans öğrenimini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde (1993–1997); yüksek lisans öğrenimini İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk bölümünde (1998–2001) tamamlamıştır. “Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü” adlı yüksek lisans tezi, kitap olarak yayınlanmıştır (İstanbul, Beta, 2003). İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün Özel Hukuk bölümündeki doktora programına 2001 yılında kayıt olan Mehmet Fatih Arıcı, ayrıca İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nda 1998 yılından beri araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.