

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TACİRİN TİCARETİ TERKİNİN İCRA ve İFLAS
KANUNUNUN 44. MADDESİ BAĞLAMINDA HÜKÜM
VE SONUÇLARI

EMRE TÜRKMEN

Danışman
Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER

İZMİR , 2013

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum” **Tacirin Ticareti Terkinin İcra ve İflas Kanunu’nun 44. Maddesi Bağlamında Hüküm ve Sonuçları**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../2013

Emre TÜRKMEN

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Tacirin Ticareti Terkinin İcra ve İflas Kanunu'nun 44. Maddesi
Bağlamında Hüküm ve Sonuçları

Emre TÜRKMEN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Tacir kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmış ve bu kavram ikili bir ayırım yapılmak suretiyle ortaya konmuştur. Gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacir ayırımı kendisini daha çok İcra ve İflas Kanunu'nun 44.maddesinde ifadesini bulan ticareti terk çerçevesinde gösterir. Zira, TTK kapsamında yapılan ayırma tüzel kişiler de dahil edilirken, İİK m.44 kapsamında yapılacak ayırmda tüzel kişi tacirlere yer verilemez. Çünkü, tüzel kişi tacirler tasfiye aşamasına girdikten sonra, tasfiye işlemlerinin tamamlanmasını takiben ticaret sicilinden silinmekle hukuki varlıklarını kaybederler. Bu nedenle, özellikle de ticareti terk eden tacirin ilandan itibaren bir yıl süre ile iflasa bağlı kılınacağını belirten İİK m. 44/ II hükmünün tüzel kişi tacirler bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla, İİK m. 44'ün uygulama alanı belirlenirken, gerçek ve tüzel kişi tacirler arasındaki bu farklılık dikkate alınmalıdır.

Ticareti terk olgusu ise, Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanan ve türleri düzenlenen tacir sıfatı ile yakından ilgili olmakla birlikte, onun olmazsa olmaz bir koşulu değildir. Tacir sıfatının kaybedilmesi, ticareti terk durumunun yalnızca bir sonucu olabilir. Ticareti terk, tacirin ticari işletmesini kapatması, dağıtması, tasfiye etmesi veya kendi iradesiyle elinden çıkarması anlamında kullanılmaktadır.

Ticareti terk eden tacirin bağlı olduğu yükümlülükler, TTK'dan ayrı olarak İİK m. 44'te düzenlenmiştir. İİK m. 44 bu yönüyle maddi bir hukuk kuralıdır. Çünkü belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemenin en temel

yaptırımı, kişinin sanki tacir sıfatını kaybetmemiş gibi iflasa tabi olmayı sürdürmesidir. Yine, ilan giderlerini karşılamayan tacirin mal beyanında bulunmamış sayılması da aynı kapsamda düşünülebilir.

Ticareti terk eden tacirin bu yükümlülüklerle uygun hareket etmesinin en temel sonucu, İİK m. 44/II'de belirtilen, bir yıllık iflasa tabi kılınmaktır. Ticaret sicili tarafından yapılacak ilandan itibaren bir yıl içinde, ticareti terk eden tacir iflasa bağlı olmaya devam eder. Bu durum, bir kişinin tacir sıfatına sahip olmadığı halde iflas edebildiği istisnai durumlar kategorisine dahil edilmektedir.

Diğer bir sonuç ise, ticareti terk eden tacirin malları üzerindeki tasarruf yasağıdır. İki aylık bu tasarruf yasağı döneminde tacirin haczi kabil malvarlığı değerlerini üçüncü kişilere devretmesi yasaklanmıştır. Ancak, bunun istisnasını üçüncü kişinin iyiniyetli olması oluşturmaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucu bazı kimselerin iyiniyetli olamayacaklarını hükme bağlamıştır. Yine, kanunda ifade edilmese de, durumun gereği olarak iyiniyetli olamayacağı bilinen kimseler de(ticari temsilci gibi) iyiniyet iddiasında bulunamazlar.

Bu maddede(İİK m. 44) belirtilen yükümlülüklerle uyulmamasının cezai yaptırımını ise, İİK m. 337a maddesi teşkil etmektedir. Bu maddede düzenlenen hapis cezası, üç aydan bir yıla kadardır. Dolayısıyla, TCK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde ertelenebilir veya seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Maddede düzenlenen suç, serbest hareketli bir suçtur. Çünkü kanun koyucunun belirlediği hareketlerden birinin yapılması, suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Ancak aynı şeyi cezalandırabilme açısından söylemek güçtür. Zira, ceza verilebilmesi için alacaklıların şikayet etmesi gerekmektedir, yani suçun meydana gelmesi tek başına yeterli olmamaktadır.

Ayrıca, suçun oluşabilmesi bakımından, alacaklıların zarar görmelerinin bir koşul olarak getirildiği göze çarpmaktadır. Böylece, ticareti terk eden tacirin davranışları alacaklılara zarar vermediği sürece, eski tacirin cezalandırılabilmesi de mümkün olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tacir, Ticareti Terk, Terk Bildirimi, Mal Beyanı, Ticareti Terk Suçu.

ABSTRACT

Master's Thesis

**The Results and The Terms of The Abandonment of Merchant Trading
According to The Law of Bankruptcy Art. 44.**

Emre TÜRKMEN

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

The notion of merchant, is defined at the Code of Turkish Commerce and it is introduced by making a dual division. The division that, "Real person merchant and corporate person" mostly comes into prominence as part of the notion of commerce abandonment, which finds an expression at article 44 of Code of Execution and Bankruptcy. Because, corporate person is incorporated to the division at Code of Turkish Commerce, despite; at article 44 of Code of Execution and Bankruptcy, it is not incorporated. Because, after being at instance of dissolution, corporate person loses its legal entity following consummation of dissolution procedure, by cancelling the trade registration. For this reason, article 44 of Code of Execution and Bankruptcy; that says the merchant who assigns commercial activity is been subjected to bankruptcy rules for one year as from the publicity; is nonenforceable for corporate person. So, it must be considered of the difference between real person merchant and corporate person while qualifying the execution area of CEB. Art. 44.

The notion of commerce abandonment, is as well as closely relevant to the adjective 'merchant' which is defined and sort coordinated at Code of Turkish Commerce, but it is not a *sine qua non* of adjective 'merchant. To lose the adjective 'merchant', is only a result of commerce abandonment. The notion of commerce abandonment means, closing the concern, dissolution of concern, elimination of concern or sellout of concern.

The obligations of the merchant who abandons commerce are arranged at article 44 of Code of Execution and Bankruptcy except of Code of Turkish Commerce. On that sense, article 44 of Code of Execution and Bankruptcy is a substantive law order. Because, the basic enforcement violation of this obligations is, going on being subject of bankruptcy law procedure as if he hasn't lose the adjective 'merchant'. Also, it is thinkable that this is a example to this scope; who doesn't pay the publicity expenses is ranked as not to declare property.

For the merchant who abandons commerce activities and respond the obliges, the basic result is, to be subject of bankruptcy procedure for one year. For one year as from the publicity of trade register, the merchant goes on being the subject of bankruptcy procedure. This situation is a exceptional state, that a person can be able to be the subject of bankruptcy procedure although he doesn't have adjectivity of merchant.

One of the other result is that, the commodity of the merchant who abandoned commerce activity is forbidden to dispose. At the bimonthly forbid period time, it is forbidden to the merchant to recirculate the estate which is garnishable to the strangers. But, there is a exception if the stranger is bona fide. However, law maker resolved that some certain people can't be bona fide. And also even though the code hasn't mention, some people who is known that can't be gracious (as like commercial agent), can't assert a claim as he is bona fide.

The enforcement of not responding to the obligations which are defined at this article (CEB Art.44) is determined by CEB Art. 337. At CEB Art. 337, it is determined as for at least three months, one year tops to the prison sentence. Thereby, in regard to Turkish Criminal Code, the prison sentence can be reprieved or commuted to other alternative penal sanctions. The offence that is defined at the article is a free motion offence. So that, it's enough to do one of the malpractice that the law maker defined. But it's hard to say the same thing for penalisation. Because, to impose a penalty, it's stipulated to the legal complete of the creditors. So it's not enough to impose a penalty with only the motion of the offence.

Also it takes the attention; it is stipulated that, creditor must be got harmed because of the abandon, to be able to say that it constituted a crime. Thus, it's impossible to punish the old merchant as long as the merchant who abandoned commercial activity doesn't give any harm to the creditors.

Keywords: Merchant, commerce abandonment, declaration of abandonment, declaration property, the offence of commerce abandonment.

**TACİRİN TİCARETİ TERKİNİN İCRA VE İFLAS KANUNU’NUN 44.
MADDESİ BAĞLAMINDA HÜKÜM ve SONUÇLARI
İÇİNDEKİLER**

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İİK m. 44 ANLAMINDA TACİR VE TİCARETİ TERKİN ANLAMI

I. İİK44’e GÖRE TACİR KAVRAMININ ANLAMI	2
A. TÜRK TİCARET KANUNU’NA GÖRE TACİR KAVRAMI ve ANLAMI	2
1. GERÇEK KİŞİ TACİRLER	2
2. TÜZEL KİŞİ TACİRLER	3
a. Tüzel Kişi Tacirlerin Ticareti Terk Kapsamında Değerlendirilmesi	3
(1) Ticaret Ortaklıklarının Hukuki Durumu	3
(2) Dernek ve Vakıfların Hukuki Durumu	6
(3) Hakim Teşebbüs ve Diğer Tüzel Kişi Tacirler	9
B. İİK 44’e GÖRE TACİR KAVRAMININ KAPSAMI	10
1. ÖN AÇIKLAMALAR	10
II. TİCARETİ TERK KAVRAMI VE TİCARETİ TERK SAYILAN DURUMLAR	11
A. TİCARETİ TERK KAVRAMI ve TİCARETİ TERKİN ANLAMI	11
B. TİCARETİ TERK SAYILAN DURUMLAR	12
1. TİCARİ İŞLETMENİN KAPATILMASI	12
2. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ	13

a.TTK 11 ile TBK 202'nin Değerlendirilmesi	13
(1) İsviçre Birleşme Kanunu'nun Getirdiği Çözüm	17
(2) Aktif ve Pasiflerin Birlikte Devredilmeleri Gerekliği	18
(3)Ticari İşletme Devrinde Alacaklıların Korunması ve Müteselsil Sorumluluk	20
(4)Müteselsil Sorumluluğun Başlangıç Anı ve İhbar ile İlan Yükümlülüğü	21
b. Ticari İşletmenin Ticaret Ortaklığına Dönüşmesi	23
3. BİR TİCARİ İŞLETME İŞLETEN ADI ORTAKLIKTA TİCARETİ TERKE YOL AÇAN DURUMLAR	27
a. Adi Ortaklıkta Payın Devri	27
b. Ortağın Çıkma ve Çıkarılması	30
4. TİCARİ İŞLETMENİN ORTAKLIKLARA SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ	35
a.Ticari İşletmenin Adi Ortaklığa Sermaye Olarak Getirilmesi	35
b.Ticari İşletmenin Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Getirilmesi	36

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARETİ TERK EDEN TACİRE DÜŞEN YÜKÜMLÜLÜKLER VE BİLDİRİMDE BULUNDUĞU MAKAMLAR

I.TİCARETİ TERK BİLDİRİMİ VE MAL BEYANINDA BULUNMA YÜKÜMÜ	38
A.TİCARETİ TERK EDEN TACİRİN TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMA YÜKÜMÜ	38
1.TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMAKLA YÜKÜMLÜ KİŞİLER	38
a.Gerçek Kişi Tacirler	38
b.Ticari Temsilcinin Bildirimi Yapıp Yapamayacağı Sorunu	39
B.TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNİN SÜRESİ	39
1.SÜRENİN HUKUKİ NİTELİĞİ	39
2.BİLDİRİM SÜRESİ	40

C.TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNİNİN YERİ	41
D.TİCARETİ TERK DURUMUNUN İLAN EDİLMESİ	41
1.İLAN MASRAFLARI	43
E.TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNİN ŞEKLİ	43
II.TACİRİN TERK ETMESİNİ BİLDİRDİĞİ TİCARET SİCİL MÜDÜRÜNE DÜŞEN YÜKÜMLÜLÜKLER	44
A.BİLDİRİMİ ALAN TİCARET SİCİL MÜDÜRÜNÜN DURUMU DİĞER SİCİLLERE BİLDİRMESİNİN NEDENLERİ	44
1.İYİNİYET İDDİASININ ORTADAN KALDIRILMASI AMACI	44
2.TİCARETİ TERK EDEN TACİRİN BAZI MALVARLIKSAL HAKLARININ DEVRİNİN ENGELLENMESİ	48
B.TİCARET SİCİL MÜDÜRÜNÜN BİLDİRİMDE BULUNACAĞI DİĞER SİCİL ve KURUMLAR	48
1.TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ	48
2.TÜRKİYE BANKALAR BİRLİĞİ	49

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TACİRİN TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMASININ VEYA BULUNMAMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

I.TACİRİN TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMASININ SONUÇLARI	50
A.BİR YIL SÜRE İle İFLASA TABİ OLMA	50
B.TASARRUFTA BULUNMA YASAĞI ve SONUÇLARI	51
1.YASAĞIN ANLAMI	51
2.BOZULMAYA MARUZ MALLARIN DURUMU	52
II.TACİRİN TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMAMASININ HÜKÜM ve SONUÇLARI	53
A.BİLDİRİMDE BULUNMAMANIN HUKUKİ YAPTIRIMLARI	53
B.BİLDİRİMDE BULUNMAMANIN CEZAİ BOYUTU: İİK m. 337/ a	55
1.İİK 337a NORMUNUN KOŞULLARI VE ÖZELLİKLERİ	55
a.Terk Bildirimine ve Tasarruf Yasağına Aykırı Hareket Edilmesi	55
b.Alacaklıların Zarar Görmeleri	56

c.Suçun Takibinin Şikayete Bağlı Olması	57
d.Suçun Ceza Hukuku Bakımından Taşdığı Önem	57
2.İİK 337a'ya İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi	58
a.Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin, Ceza Genel Kurulu'nun 14. 02. 2012 Tarihinde Verdiği Karardan Önceki İçtihatları	58
b.Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14. 02. 2012 Tarihli Kararı ve Bu Kararın Yorumu	59
c.Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin Ceza Genel Kurul Kararı Sonrasında Vermiş Olduğu Uyma Kararları	66
SONUÇ	68
KAYNAKÇA	74

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	Artikel
Bank K.	Bankacılık Kanunu
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BK	Borçlar Kanunu
Bk.	Bakınız
C.	Cilt
Der. K.	5253 sayılı Dernekler Kanunu
ETTK	Eski Türk Ticaret Kanunu
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DMK	657 sayılı Devlet Memurları Kanunu
Dpn.	Dipnot
E.	Esas
FusG	Das Fusion Gesetz(İsviçre Birleşme Kanunu)
HD	Hukuk Dairesi
HGB	Handels Gesetzbuch
HGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İDT	İktisadi Devlet Teşebbüsleri
İİD	Yargıtay İcra ve İflas Dairesi
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İsBD	İstanbul Barosu Dergisi
İsvTSG	İsviçre Ticaret Sicili Gazetesi
İsvTST	İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş.	Karşılaştırınız
Koop K.	Kooperatifler Kanunu
LHD	Legal Hukuk Dergisi

m.	Madde
ManBD	Manisa Barosu Dergisi
N.	Numara
RKD	Resmi Kararlar Dergisi
S.	Sayı
s.	Sayfa
T.	Tarih
TBB	Türkiye Bankalar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
THYKS	Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu
TİRK	Ticari İşletme Rehni Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TPE	Türk Patent Enstitüsü
TSY	Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TTSG	Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
YasaHD	Yasa Hukuk Dergisi

GİRİŞ

Ticareti terk, tacirlerin başta tacir sıfatlarını yitirmelerine yol açması nedeniyle, önem taşıyan bir hukuki durumdur. Türk Ticaret Kanunu'nun sistemi, tacirleri gerçek ve tüzel kişi olmak üzere ikiye ayırarak değerlendirmiştir. Fakat, tacir sıfatının elde edilmesinde olduğu gibi, yitirilmesinde de asıl ölçüt, bir ticari işletme işletmektir. Sicile yapılan tescilin bu anlamda herhangi bir kurucu etkisi ortaya çıkmamaktadır. Bununla birlikte, ticareti terk olgusunun varlığı için belirli koşulların gerçekleşmesi gerektiği de ortadadır. Ticareti terk durumuna bağlanan en önemli sonuç ise, İİK m. 44'de ifadesini bulan mal beyanında bulunma ve bir yıl boyunca daha- tacir sıfatı sona ermesine karşın, iflasa bağlı kılınmaktır.

Bu çalışmada ticareti terk eden tacirin icra ve iflas hukuku bağlamında tabi olduğu yükümlükler, özellikle söz konusu Kanunun 44. maddesi çerçevesinde değerlendirilecek, bu maddedeki yükümlülüğe aykırı davranmanın hukuki sonucunu düzenleyen 337/a hükmü de ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Çalışmamızda, ticareti terk kavramı gerçek ve tüzel kişi tacirler bakımından bir ayrım yapılarak incelenecektir.

Bu çalışmamızın önemli bir kısmı, TBK'da yeniden düzenlenen, öğretilerde çeşitli eleştirilere uğramasına karşın eski hali olduğu gibi korunan işletmenin devriyle ilgili hükme ve bunun değerlendirilmesine ayrılmıştır. Uygulamada ticaretin terki durumuna sebebiyet veren en önemli hukuki işlemin devir olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Ticaretin terki ve bunun icra iflas hukuku anlamındaki sonuçları değerlendirilirken, özel bazı durumların incelenmesi de kaçınılmaz olmuştur. Örneğin bağımlı bir tacir yardımcısı olan ticari temsilcinin işletme devri veya ticareti terk karşısındaki hukuki konumunda olduğu gibi. Dolayısıyla, yeri geldiğinde bu konular da incelenecektir.

Çalışmamız, konumuzu özetleyen bir sonuç bölümüyle sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İİK 44 ANLAMINDA TACİR ve TİCARETİ TERKİN ANLAMI

I. İİK 44'e GÖRE TACİR KAVRAMININ ANLAMI

A.TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE TACİR KAVRAMI ve ANLAMI

Türk Ticaret Kanunu, tacir kavramını ikiye ayırarak inceleme gereğini duymuştur: Gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacir. Kanunda, gerçek kişi tacirin tanımı yapılmış olmasına karşılık tüzel kişi tacire ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bununla birlikte, tüzel kişi tacirlerin hangileri olduğu TTK'da açıkça hükme bağlanmıştır.

İnceleme konumuz bakımından, gerçek kişi tacirlerin özel bir önemi vardır, zira İİK m. 44, yalnızca gerçek kişi tacirler bakımından işlerlik kazanabilecek bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle, öncelikle gerçek kişi tacirlere değinilecektir.

1.GERÇEK KİŞİ TACİRLER

Gerçek kişi tacir, TTK'nın 12- 15. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, eski türk ticaret kanunudaki tanım aynen korunmuştur. Buna göre, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişiye tacir denir. Maddedeki "kısmen" ibaresi adi ortaklık ortakları için öngörülmüştür¹. Nitekim, ticari işletme işleten bir adi ortaklığın varlığı halinde, ortaklar bu işletmeyi kısmen kendi adlarına kısmen de diğer ortaklar adına işletirler².

¹ Sabih, Arkan. **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 115; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı. **Ticaret Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2012, (Anılış: "Ticaret Hukuku") s. 78. Poroy Yasaman ise, "kısmen de olsa" ibaresinin şaşırtıcı olduğunu; çünkü eski TTK'nın hazırlık aşamalarından birini oluşturan 1951 Tasarısı'nda "veya bir adi şirket" adına ibaresinin bulunduğunu, ancak 1956'da Adalet Komisyonu'nun söz konusu ibareyi, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmadığı gerekçesi ile metinden çıkardığını ifade etmektedir. Yazarlara göre, "adi ortaklık ortağı sıfatı ile" ibaresi, sorunun çözümünü kolaylaştırabilirdi. Bk. Reha Poroy ve Hamdi Yasaman. **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 128, N. 169.

² Tuğrul Ansay. "Adi Şirket Ortakları Tacir Midir, Ortakların Ticaret Unvanı, Defter Tutma", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı: 1-2, 1968, s. 265.

Küçük ve kısıtlılarda ise, tacir sıfatı küçük veya kısıtlıya aittir. Ancak, yasal temsilciler(veli, vasi ve kayyım), cezai hükümler yönünden tacir gibi sorumlu olur(TTK m. 13). Bunun konumuz açısından önemi, İİK 44 bağlamında ortaya çıkacaktır: Yasal temsilci, ticareti terk eden küçük veya kısıtlı tacir yerine mal beyanında bulunacak, İİK 44'ün cezai yaptırımını olan 337/a hükmündeki cezaya da arptırılacaktır. Zaten kendi malvarlığını yönetme yeteneğinden yoksun bulunan küçük veya kısıtlı tacire bu cezanın verilmesi adaletli sonuçlar doğurmazdı.

Gerçek kişi tacirler konusunda, son olarak incelenmesi gereken kavram esnaftır. Tacir- esnaf ayrımında en belirleyici ölçüt, hiç kuşkusuz işletme organizasyonunun büyüklüğüdür. Ancak, İİK 44, yani ticareti terk kapsamında şu sorun gündeme gelebilir: Acaba, bir tacirin ticari işletmesinin, küçülmek sureti ile esnaf işletmesine dönüşmesi, ticaretin terki anlamına gelecek midir? Bu sorunun öğretide ele alınmadığı göze çarpmaktadır. Ticaretin terki madem işletmenin kapatılması, dağıtılması, tasfiye edilmesidir; öyleyse esnaf işletmesine dönüşüm de bu kapsamda görülmelidir.

2. TÜZEL KİŞİ TACİRLER

a. Tüzel Kişi Tacirlerin Ticareti Terk Kapsamında Değerlendirilmesi

(1) Ticaret Ortaklıklarının Hukuki Durumu

Ticaret kanunumuzda gerçek kişi tacirin tanımı yapılmıştır, tüzel kişi tacirlerin doğrudan bir tanımı yapılmamış, ancak, her bir ticaret ortaklığının, düzenlendiği kısımda tanımı ve unsurları açıklanmıştır.

Tacir sıfatının kazanılabilmesi için belirli unsurların bir arada bulunması kanunun öngördüğü bir zorunluluktur. Tacir sıfatı ile ticari işletme arasındaki doğrudan bağlantı, yine kanun ile sarsılmıştır. Kanunun belirli hallerde, ticari işletme işletilmesine bakılmaksızın kişiyi tacir kılan hükümleri, eleştiriye açıktır. Ancak bu kapsamda yapılacak bir değerlendirme, çalışma konumuz ile ilgili olmadığından sadece soruna değinmekle yetiniyoruz.

Eski TTK döneminde, ticari işletmenin çerçevesini kesin sınırlarla çizen bir tanım mevcut değildi. Çünkü, 1956 tarihli TTK, ticari işletmenin tanımını yapmak yerine, bazı işletme türlerini örnek göstererek³, bir bakıma ticari işletmenin tanımını öğretti ve Yargıtay'a bırakıyordu. Bununla birlikte, yürürlükten kaldırılan Ticaret Sicili Tüzüğü'nde bugünkü tanıma benzer bir açıklamaya yer verildiği görülmüştü⁴.

Yeni kanun yürürlüğe girmeden önce öğretti ve uygulamada somutlaşan bir tanımın varlığı her ne kadar açık bir hükmü gereksiz kılmış gibi görünse de, kanunu hazırlayan komisyonun üyeleri, süregelen eleştirilerde vurgulanan kritik noktaları dikkate almış⁵, özellikle daha büyük işletmelerin ortaya çıkmasından kaynaklanan, gelişen rekabet piyasasının ve serbest ticaretin de etkisi ile, ticari işletmenin kanuni bir tanımına yer verilmesinin doğru olacağı fikrinde birleşmişlerdi.

Türk Ticaret Kanunu'nun 128. maddesinde ticaret ortaklıklarının, kollektif, adi komandit- paylı komandit, anonim ve limited ortaklıklar ile kooperatiflerden ibaret olduğu somut bir şekilde ifade edilmiştir. Tacir sıfatını kazanmanın esaslı unsurunu oluşturan “ bir ticari işletme işletme” olgusunun kanun tarafından belirlenen bazı durumlarda aranmadığı görülmektedir⁶.

Kollektif ve komandit ortaklıkların yalnızca bir ticari işletme işletme amacı ile kurulabilmelerinin nedeni, bazı yazarlara göre, mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu iki ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmayışıdır. Ancak bizim hukukumuzda, söz konusu şirketlere, işlettikleri ticari işletmeden bağımsız olarak tüzel kişilik tanınmıştır. Anonim ve Limited ortaklıklar ile Sermayesi Paylara

³ Örneğin, “ ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseseler” ibaresinden yola çıkılarak öğretilen bir tanım yapılmış ve bu tanım genel olarak kabul görmüştür.

⁴ Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 14. maddesinde, ticari işletmenin tanımı şu şekilde yapılmıştı: “Türk Ticaret Kanununun 12. maddesinde tarif edilen ticarethane veya fabrikalar ile 13'üncü maddesinde tarif edilen ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletmedir. Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17'nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz”. Yeni TTK ise, ticari işletmenin tanımını açıkça ortaya koymuştur.

⁵ Kendigelen, yeni kanunda “ ticarethane, fabrika” vb. ifadelerin bulunmamasını kanun yapma tekniği açısından yerinde görmektedir. Yazar, haklı olarak, söz konusu kavramların, eski kanunun yürürlüğe girdiği zamanda anlam taşıdığına, ticaret hukukundaki büyük gelişmeler karşısında bu kavramların önemini yitirdiğine işaret etmektedir. Bk. Abuzer Kendigelen, **Yeni Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, (Anılış: “ İlk Tespitler”), s. 47.

⁶ Örneğin, bir Şirketler Topluluğunun varlığı halinde, ana şirket(hakim şirket), kanunun 195. Maddesindeki açık ifade nedeniyle, bir ticari işletme işletip işletmediği aranmaksızın tacir kabul edilecektir. Gerçekten de, madde lafzi olarak yorumlandığında böyle bir çıkarımda bulunmak yanlış olmayacaktır. Bu hususta bk. Tuğrul Ansay. “Ticari İşletmenin Sorgulanması”, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt: I, 2010, s. 209.

Bölünmüş Komandit Şirketler ise, ticari işletme işletip işletmediklerine bakılmaksızın kanunen tacir sıfatını elde ederler.

Öğretide meydana gelen görüş farklılıklarının uygulamaya etkisinin olumsuz yönde gelişebileceğini göz önünde bulunduran Ticaret Kanunu Komisyonu, kooperatiflerin yeniden ticaret kanununa alınmasını sağlayarak tartışmaların önüne geçmiştir⁷.

TTK m. 124'ün gerekçesi şöyledir: “ Maddenin birinci fıkrası 6762 sayılı kanunun 136'ncı maddesinin tekrarından ibarettir. Hükümde yer alan ‘ kooperatif şirket’ ibaresi ile ilgili tartışma, 2004 yılında çıkarılan 5146 sayılı Kanun ile(Resmi Gazete 07/ 05/ 2004 tarihli ve 25455 sayılı) Koop K'da yapılan değişiklikle son bulmuştur. Çünkü anılan kanun, kooperatifin şirket olduğunu belirtmiştir (Koop K m. 1). Gerçi anılan kanunun birinci maddesinde kooperatifin şirket olduğu ifade edilmekte, ticaret şirketi olup olmadığı hususu açık bırakılmaktadır. Bu boşluk dolayısıyla, bir tartışma başlatılabilir ve kooperatifin ticaret şirketi olmadığı teorik olarak ileri sürülebilir ve 124'üncü maddenin kooperatifi ticaret şirketi kabul etmesi eleştirilebilir. Ancak, böyle bir tartışma, kooperatif şirketin hukuki niteliği tartışmasını davet eder. Anılan şirket adi şirket olamayacağına göre⁸, Türk hukukunda üç kategori şirket ortaya çıkmış olur. Kooperatif şirkete uygulanacak hükümler sorunu da diğer sorunların ortaya çıkmasına sebep olur. Tasarı, tüm bu çözümü güç sorunları ortadan kaldırmak amacı ile kooperatifin ticaret şirketi olduğunu hükme bağlamıştır”.

Tüzel kişi tacirler olan ticaret ortaklıklarında, tacir sıfatının kazanılması bakımından sicile tescil kurucu bir nitelik göstermektedir. Buna karşın gerçek kişi tacirlerde ise, tacir sıfatı sicile tescilden önce doğduğu için⁹, yapılacak tescilin

⁷ Kooperatiflerin geçirmiş oldukları aşamalar hakkında bk. Arkan, s. 120- 121.

⁸ Hukukumuzda adi ortaklık dışındaki şirketlere tüzel kişilik kazandırılmıştır. Bu anlamda, sürekli bir borç ilişkisi kuran adi ortaklığın özel konumuna yeniden dikkat çekmek isteriz.

⁹ Burada yeri gelmişken belirtmelidir ki, Yargıtay'ın gerçek kişilerin tacir sıfatına sahip olmaları ve iflasa tabi tutulmaları açısından birbirinden farklı kararları vardır. Özellikle, yerleşik kararlarının aksine Yargıtay(19.HD, 02. 11. 2000, E. 5828, K. 7383), bir kararında, çok sayıda Anonim Ortaklığın ortağı ve yöneticisi olmayı tacir sıfatını kazanma bakımından dikkate almış ve bu doğrultuda hüküm vererek, gerçek kişinin iflasa tabi olması gerektiğini söylemiştir. Bu kararın eleştirisi için bk. Ahmet Battal. “ Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatına Sahip Olma ve İflasa Tabi Tutulma Konusundaki Yargıtay Uygulaması”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, 2003, ss. 1-24.

açıklayıcı bir niteliği bulunmaktadır¹⁰. Tacir sıfatının kaybı bakımından ise, tüzel kişilerde sicilden terkin kurucu etki doğururken¹¹, gerçek kişi tacirler için yine açıklayıcı bir etki yaratır. Ancak, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir sıfatının sona erdiğinin ileri sürülebilmesi, sicilden terkin işlemine bağlıdır. Aksi takdirde, gerçek kişi tacirin , onlarla yaptığı hukuki işlemlerle bağlı kalmamak için üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığını kanıtlanması gerekir.

(2) Dernek ve Vakıfların Hukuki Durumu

Kanunumuza göre, tüzel kişi tacirlerden biri de amacına ulaşmak için ticari işletme işleten derneklerdir(TTK m.16/1). Dernekler, hukukumuzda iki ayrı kanunda düzenlenmiştir. Genel kanun niteliğini haiz olan Türk Medeni Kanunu ile özel kanun niteliğindeki Dernekler Kanunu. Türk Medeni Kanunu'nda derneklerin “kazanç paylaşma amacı” dışında¹² örgütlenebilecekleri hükme bağlanmış olup,

¹⁰ Bunun konumuz açısından önemi, tüzel kişi tacirlerin tacir sıfatlarının sona ermesinde kendini göstermektedir. Şöyle ki; ticaret ortaklıkları, tüzel kişiliklerini kaybetmeden önce tasfiye sürecine girerler. Bu tasfiye sürecinin ardından ticaret sicilinden terkin ile tüzel kişilik ve bunun doğal sonucu olarak tacir sıfatları son bulur. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar(**11. HD, 22. 11. 1988, E. 1988/ 2587, K. 1988/ 7057**), tescilin açıklayıcı nitelik taşıdığına güzel bir örnek oluşturmaktadır. Yüksek mahkeme, gerçek kişinin tacir sayılabilmesi için faaliyetlerine başlamasını yeterli görmekte, dolayısıyla sicile yapılması gereken tescilin yokluğunun öneminin bulunmadığını açıklamaktadır. Karar şu şekildedir: “... Davacı vekili; müvekkilince işletilen işyerinde çıkan yangın sonucu bir kısım ticari defterlerin tamamen yandığını belirterek zayı belgesi verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davacının ticaret sicilinde kayıtlı tacir olmadığı, istenen belgenin ancak ticaret sicilinde kayıtlı tacirler hakkında verilebileceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Davacı, lokanta işletmektedir. TTK'nun 12/6 maddesi uyarınca ticarethane sayılan lokantanın işletmecisi de aynı kanunun 14.maddesine göre tacir sayılır. Davacının dava açmaktaki amacı da budur. Yani davacı, türk ticaret kanununun ilgili hükümlerinden faydalanmak amacıyla iş bu davayı açmıştır. Davacının, ticaret sicilinde kayıtlı olmaması, tacir olmadığına delalet etmeyeceği gibi davacı vekilinin müvekkilinin tacir olmadığı yolundaki mücerret beyanına da itibar edilemez. Bu durumda mahkemece, davacının tacir olduğunun kabulü ile işin esası yönünden değerlendirme yapılarak hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” (Karar için bk. www.kazanci.com, 17. 10. 2012).

¹¹ Gerçekten de tüzel kişi tacirler, özellikle ticaret şirketleri açısından, sicilden terkin ile birlikte ticaretin terki olgusu gerçekleşir. Tüzel kişi tacirlerin İİK m. 44/2'de belirtilen 1 yıllık iflasa tabi olmayacakları, öğretilde genel kabul gören görüştür. Şener, Pulaşlı ve Arkan gibi yazarlara atıfta bulunarak, bir kolektif şirketin sicilden terkin aşamasından sonra, bir yıl daha iflasa bağlı olmasının olanaksız olduğunu, çünkü hukuken mevcut bir kişilik kalmadığını haklı olarak ifade etmektedir. Yine aynı şekilde, kolektif ortaklığın ortakları da bir yıllık iflasa tabi olmazlar. Çünkü kolektif şirket ortaklarının iflas edebilmeleri, bütünüyle kanun koyucunun alacaklıları koruma saikinden kaynaklanmakta, onların tacir sıfatı taşımadığı gerçeğini etkilememektedir. Bk. Oruç Hami Şener. **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, (Anılış: “ Uygulamalı Ortaklıklar”) s. 240- 241.

¹² Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. **Medeni Hukuk**, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 195. Yazarlar bu kısımda şirketler ile dernekleri karşılaştırarak, “kazanç paylaşma dışında” ibaresine açıklık getirmeyi hedeflemişlerdir. İktisadi amaç ölçütü ise, şirketler ile dernekleri

buradan derneklerin amacına ulaşmak için ticari işletme açamayacakları gibi bir anlam çıkarılmamalıdır(TMK m.56/1). Dernekler elbette ticari işletme işletebilirler, ancak manevi amaçlarının önüne geçmediği sürece. Üyelerinin amaçlarına ulaşmalarını sağlamak için, derneğin işletme işletmesi, derneğin hukuki durumunda değişikliğe neden olmaz. Örneğin, üyelerinin kamuoyu duyarlılığı yaratmak amacıyla bir tiyatro işletmesi işletmesi durumunda olduğu gibi. Fakat işletilen bu ticari işletme, derneğin ana hedefinin önüne geçip üyeler bakımından vazgeçilmez bir hale gelirse, artık ortada bir derneğin varlığından söz edilmesi güç olacaktır, böyle bir durumda derneğin şirketleştiği söylenebilir¹³.

Eski Medeni Kanun zamanında, derneklerin ticari işletme işlettikleri hallerde, derneğin sicile tescili aranırken¹⁴, Türk Ticaret Kanunu ile derneğin işlettiği işletmenin ticaret siciline tescili benimsenmiştir. Böylece, derneğin tacir sıfatını kazanabilmesinin önü açılmıştır. Ancak, hukukumuzda yalnızca kamuya yararlı sayılmayan dernekler tacir sıfatını elde ederler.

Tekinalp, Meier- Hayoz/ Forstmoser'e yollamada bulunarak, İsviçre'deki hakim görüşün, derneklerin ticari işletme işletemeyeceği yönünde olduğunu söylemektedir. Ancak, İsviçre öğretisinde, derneklerin, ideal amaçlarına hizmet etmek koşulu ile ticari işletme işletebilecekleri görüşü de savunulmaktadır. Ayrıca, bu tür derneklerin ticaret siciline tescilleri zorunludur, fakat tescil kurucu bir niteliğe sahip değildir¹⁵.

Derneklerin bir kısmı da, kamu yararına yönelik olarak faaliyette bulunurlar. Bu tür dernekler Bakanlar Kurulu'nun vereceği kararla " Kamuya Yararlı Dernek" statüsünü kazanırlar, birtakım vergi kolaylıklarından yararlanabilirler. Ancak bir

birbirinden ayırt etmeye yeterli bir ölçüt değildir. Ancak, kazanç paylaşma amacı, dernekler ile şirketleri ayırmada temel ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, yapılan son değişikliklerle birlikte, kazanç paylaşma amacının ayırıcı niteliği ortaya çıkmıştır. Bu konuda daha geniş bilgi için bk. Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. **Türk Medeni Hukuku- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, (Anılış: " Medeni Hukuk") s. 528. Hükümleri, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 528. Yine, derneklerin iktisadi bir amaç izledikleri takdirde şirketleşecekleri hususunda bk. Poroy/ Yasaman, s. 133.

¹³ Akipek, Akıntürk ve Karaman, Medeni Hukuk, s. 593.

¹⁴ Eski Medeni Kanun m. 54/2'de " Gayesine erişmek için ticari şekilde icrayı sanat eden bir cemiyet kendisini sicile kaydettirmekle mükelleftir" hükmü yer almaktaydı. Bu hükmün uygulanma yeteneğinden yoksun olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Bk. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. **Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 253, dpn. 901.

¹⁵ İsviçre öğretisindeki bu tartışmalar için bk. Hasan Pulaşlı. **Şirketler Hukuku Şerhi**, Adalet Yayınevi, Cilt: I, Ankara, 2011, s.24, dpn. 23.

derneğin “ Kamuya yararlı dernek” statüsünü elde edebilmesi için, en az bir yıldan beri faaliyette bulunması ve derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olması şarttır(Der. K. m. 27/1). Kamuya yararlı dernekler, ticari işletme işletseler dahi kendileri tacir sıfatını kazanamazlar, tacir sıfatı, işlettikleri ticari işletmeye ait olur¹⁶. Kızılay’ın işlettiği Afyon Karahisar Maden Suyu İşletmesi örneğinde, tacir sıfatına Kızılay değil, maden suyu işletmesinin kendisi sahip olur¹⁷. Bu durum, tüzel kişiliği bulunmayan, ancak bir yandan da tacir sıfatına sahip olan yeni bir tacir grubunu ortaya çıkarmıştır diyebiliriz. Tüzel kişi tacir olmadığı için bunların hakkında iflas davası açılması da elbette olanaklı değildir. Bunlar hakkında yalnızca haciz yoluyla takip yapılabilir.

Tüzel kişi tacirlerden biri de amacına ulaşmak için ticari işletme işleten vakıflardır. Vakıfların da ekonomik bir amaçla kurulamayacağı mevzuatımızda yer almıştı¹⁸. Eski kanunda vakıflara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı, ancak öğretilerde dernekler bakımından geçerli olan hususların vakıflar bakımından da geçerli olduğu ifade ediliyordu, bununla birlikte, açık bir hükme yer verilmemiş olunması da eleştiri konusuydu. Yeni Türk Ticaret Kanunu, ticari işletme işleten çok sayıda vakfın varlığını göz ardı etmeyerek¹⁹, 16.maddeye “ vakıflar” sözcüğünü eklemek suretiyle bu konudaki boşluğu doldurmuştur. Bundan böyle, amacına varmak için ticari işletme işleten vakıflar da tacir sıfatına sahip olabileceklerdir.

Kamu tüzel kişileri olan Devlet, belediye, il özel idaresi ve köylerin tacir sıfatına sahip olamayacakları kanunumuzda açıkça ifade edilmiştir. Bunlar, bir ticari işletme işletseler dahi bu sıfatı kazanamazlar. Tacir sıfatı, onların işlettiği işletmeye ait olur²⁰. Ancak bu işletmenin de tüzel kişiliği olmadığı için, hak ehliyeti yoktur.

¹⁶ Bu düzenlemenin amacı, kamuya yararlı derneğin iflasını önlemektir. Bu konuda bk. Sami Karahan. **Ticari İşletme Hukuku**, 23. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2012,(Anılış: Ticari İşletme), s. 97.

¹⁷ Arkan, s. 122.

¹⁸ Murat Doğan ve Şafak Narbay. “ İktisadi Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadi İşletme İşletmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 1- 2, 2000, ss. 479 vd.

¹⁹ Arkan, s. 122. Yazar, özellikle 1970’li yıllardan itibaren vakıflaşma olgusunun hızlandığını ve vakıf sayısında büyük bir artış gözlendiğini dile getirmektedir. Aynı zamanda, kurulan pek çok vakfın da ticari işletme işlettiğini belirterek, bunun hukuki anlamda sorunlara yol açtığını da eklemektedir. Bu nedenle, yeni kanunun, önemli bir sorunu çözüme kavuşturduğunu söylemek mümkündür.

²⁰ Yargıtay’ın(**11. HD, 06. 12. 2004, E. 2004/ 3169, K. 2004/ 11992**), bu konuda verdiği bir karar şöyledir: “ ... ETTK’nun 18. Maddesinde (TTK m. 16) kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek ve ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediye gibi

Dolayısıyla hakkında iflas davası açılmaz. Tüzel kişiliği bulunmayan bu tacir grubunu kanun bilerek yaratmıştır, zira amaç, daha önce de değindiğimiz üzere, kamu tüzel kişilerini de kamuya yararlı dernekler gibi iflastan kurtarmaktır.

(3) Hakim Teşebbüs ve Diğer Tüzel Kişi Tacirler

Ancak kanunumuzda, hakim teşebbüs adı verilen şirketlerin bulunması durumu yeni bir düzenleme niteliğinde olup, şirketler topluluğunun unsurlarından birini oluşturan bu tür şirketlerin de tacir sıfatına sahip olduğu belirtilmiştir. Söz konusu hüküm nedeniyle, belediye, il özel idaresi, köy ve diğer kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı dernek ve vakıflar hakim teşebbüs konumunda oldukları sürece tacir sayılmalıdırlar. Çünkü, TTK'nın hakim teşebbüsün tacir olduğunu hükme bağlayan maddesi(TTK m.195/5) , TTK m. 16 karşısında özel bir hüküm olup, öncelikle uygulanması gerekir. Bu nedenle, hakim teşebbüs, tacir sayılmaya bağlanan bütün sonuçlara bağlı olacaktır²¹.

kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin dahi tacir sayılacakları belirtilmiş, aynı yasanın12/11'nci maddesinde su, gaz, elektrik dağıtım, telefon, radyo ile haberleşme ve yayın yapma gibi işlerle uğraşan müesseselerin ticarethane sayılacakları hükme bağlanmıştır.

İSKİ'nin kuruluşu hakkındaki 2560 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde bu kanunun diğer büyükşehir belediyelerinde de uygulanacağı açıklanmış, ek 6.maddesi de 5363 sayılı Ankara Su Tesisatının Belediyeye Devri ve İşletilmesi Hakkında Kanunu 23. 11. 1981'de yürürlükten kaldırmış bulunmaktadır. Böylece, ASKİ de 2560 sayılı kanuna tabi bir kuruluş haline gelmiştir.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bu tarihten sonra 2560 sayılı Kanuna tabi olan ASKİ'nin, gördüğü hizmetin kamu hizmeti olmasına rağmen, faaliyetini özel hukuk kuralları altında yapması itibarıyla TTK'nun 18/1'nci maddesi anlamında tacir sayılacağını ve tacir olan davalı ile davacı arasındaki haksız fiilden kaynaklanan (TTK'nun 3.maddesi) davaya bakma görevinin adli yargının görevine girdiğini 21. 09. 1983 gün ve Esas1980/11- 2721 Karar, 1983/ 323 sayılı kararında benimsemiştir. Her ne kadar 12. 02. 1959 gün 1958- 17 Esas 1959- 15 Karar sayılı idari eylemlerle ilgili bir içtihadı birleştirme kararı mevcutsa da 23. 11. 1981 tarihinde yürürlüğe giren 2560 sayılı yasanın hükümleri karşısında anılan içtihadı birleştirme kararının ASKİ ve İSKİ bakımından uygulama alanının kalmadığı sonucuna varılmalıdır. Nitekim bu hususlar, YHGK'nın 29. 11. 1995 gün ve 1995/ 11- 647, 1043 sayılı içtihadında da aynen kabul edilmiştir.

Bu durum karşısında, TTK'nun 3, 11, 12/11, 14, 18/1'nci maddeleri ve 2560 sayılı Kanun hükümleri uyarınca davalı ASKİ'nin tacir, davacının iddia ettiği olayın ise, haksız fiil niteliğinde olduğu ve tacirin haksız fiilinden kaynaklanan tazminat davasının adli yargıda bakılması gerektiği nazara alınarak, işin esasına girilip sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (Karar için bk. Poroy ve Yasaman, s. 134, dpn. 17).

²¹ Arkan, s. 127. Türk Ticaret Kanununa göre, hakimiyet iki şekilde mümkündür: Doğrudan ve dolaylı hakimiyet. Nillson ise, TTK m. 16/2'nin, 195. maddeye göre özel bir hüküm niteliği taşıdığını ve dolayısıyla m. 16/2'de sayılan kurumların hakim teşebbüs olsalar dahi tacir sayılamayacaklarını ifade etmiştir. Buna karşılık, gerçek kişiler ile m. 16/2 dışındaki tüzel kişiler, hakim teşebbüs statüsünde iseler, tacir sıfatını elde ederler. Bu konuda bk. Gül Okutan Nilsson. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 77.

Tüzel kişi tacirlere son olarak, kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşları örnek verebiliriz.

Tüzel kişi tacirlerin en önemlileri olan ticaret ortaklıklarının tüzel kişiliklerini yitirmeleri ile beraber tacir sıfatını kaybettiklerini de söylemiştik. Tüzel kişi tacir grubunu oluşturan dernekler ve vakıflarda ise durum farklıdır. Ticari işletme işleten dernek ve vakıflar, öncelikle, bu işletmeleri işletmekten vazgeçtikleri veya üçüncü bir kimseye devrettikleri takdirde tacir sıfatlarını kaybederler²². Ya da, kendi tüzel kişiliklerini kaybettikleri zaman tacir sıfatları da son bulur²³. Aslında, dernek veya tacirin işlettiği ticari işletmenin, büyüklük itibarıyla esnaf işletmesi boyutuna gelmesi veya ticari işletme olmanın gerektirdiği unsurlardan birini yitirmesi ile(Örneğin, işletmenin bağımsızlık unsurunu kaybetmesi) de tacir sıfatı sona erebilir.

B. İİK 44'e GÖRE TACİR KAVRAMININ KAPSAMI

1.ÖN AÇIKLAMALAR

İcra ve İflas Kanunu'nun 44.maddesi, hukukumuzda yalnızca gerçek kişi tacirlere özgülenmiş olup, tüzel kişi tacirlerin bu kategoride düşünülmesi olanaklı değildir²⁴. Çünkü, bir tüzel kişi tacir, sona erme nedenlerinden birinin gerçekleşmesi durumunda, tasfiye aşamasına girer. Bu aşamadan sonra ise ticaret sicilinden terkin edilirler. Silinmenin ilanı ile birlikte tüzel kişilik de son bulur.

Öğretide, tüzel kişi tacirlerin bu kapsamda düşünülmemelerine ilişkin görüş birliği bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ancak, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, tüzel kişi tacir olmalarına karşın, ticari işletme işleten dernek ve vakıfların da İİK m. 44/2'deki 1 yıllık iflasa tabi olacağını belirtenler de vardır.

²² Bu bakımdan gerçek kişi tacirlere benzedikleri söylenebilir.

²³ Hüseyin Ülgen ve diğerleri, **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009,(Anılış: " Ticari İşletme") s. 218.

²⁴ Ancak, tüzel kişi tacir sıfatı taşımasına karşın ticari işletme işleten derneklerin ve vakıfların İİK m. 44 bağlamında değerlendirilebileceğini ileri süren yazarlar da vardır. Bu konuda bk. Arkan, s. 130. Aynı yönde bk. Mehmet Emin Bilge. " Tacir Sıfatının Sona Ermesi", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan**, Cilt: I, 2002, 190- 191. Yazar, neden bu görüşte olduğuna dair herhangi bir açıklama yapmamakta, yalnızca Arkan'a yollamada bulunmakla yetinmektedir.

II. TİCARETİ TERK KAVRAMI VE TİCARETİ TERK SAYILAN DURUMLAR

A.TİCARETİ TERK KAVRAMI ve TİCARETİ TERKİN ANLAMI

Ticareti terk, öğretilerde, tacirin sahip olduğu ticari işletmeyi kapatması, dağıtması, işletmenin o kişi adına işletilmesine son verilmesi anlamında kullanılmaktadır²⁵. Tacirin ticareti terk etmek için uygulamada en çok başvurduğu yolun işletme devri olduğunu belirtmeliyiz. Ticareti terkin, hukukumuz bakımından anlamı ve önemi İİK bağlamında ortaya çıkmaktadır. Zira TTK, ticareti terk durumuna hukuki bir sonuç bağlamaktan kaçınmıştır. İcra ve İflas Kanunumuz ise, aşağıda incelenecek olan İİK m. 44 hükmünü getirerek, alacaklıların kötü niyetli borçlulara karşı korunmasını sağlamayı amaçlamıştır²⁶.

Ticareti terk olgusu, özellikle tacirin iflasa bir süre daha tabi olması açısından önem taşımakla birlikte, tacir sıfatının sona ermesi sonucunu doğurduğu için, ticaret hukuku bağlamında da önemlidir. Ticareti terk, öğretilerde genel anlamda, tacirin ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmesi²⁷, işletmeyi dağıtması, kapatması²⁸ veya bir başkasına devretmesi biçiminde algılanmaktadır²⁹. Ticari işletmenin devri suretiyle gerçekleşen terker uygulamada ağırlıklı olarak görülmektedir. Bu nedenle, öğretilerde, yazarların tamamına yakını ticari işletmenin devri ile terk olgusu arasında bağlantı kurmaya çalışmaktadır³⁰.

Tacirin tek bir ticari işletmeye sahip olduğu hallerde, bunun işletilmesinden vazgeçilmesi ticareti terk durumuna neden olur. Ancak, tacirin birden fazla ticari

²⁵ Ticareti terk olgusunu bu şekilde açıklamaya çalışan görüş için Yaşar Karayalçın. **Ticaret Hukuku Dersleri**, Ankara, 1970, s. 212.

²⁶ Bu hususta bk. 538 sayılı Kanunun gerekçesi.

²⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da, eski kanunda olduğu gibi, tacir “ Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse” olarak tanımlanmaktadır(TTK m. 12/1). Bu tanım bize ticareti terk olgusunun işlerlik kazanmasını sağlamamızda yardımcı olmaktadır. Çünkü, ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçen tacir, bu sıfatını yitirir. Böylece ticareti terk etmiş olur ve çalışmamızın konusunu oluşturan İİK m.44 kapsamındaki yükümlülükleri ortaya çıkar.

²⁸ Öğretilerde ticareti terkin bu şekilde tanımını yapan kişi Karayalçın'dır. Bk. Yaşar Karayalçın. **Ticari İşletme**, 3. Baskı, Ankara, 1968, s. 212.

²⁹ Ticaretin terki durumunun devir işlemi ile sınırlı bulunmadığını bir kez daha belirtmeliyiz.

³⁰ Bilgili ve Demirkapı, Ticaret Hukuku, s.40; Mehmet Fatih Arıcı. **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 261. Öğretilerde diğer terk nedenlerinin incelenmediğini görmekteyiz. Ticareti terk olgusunun yeterince irdelenmemesi ve bunun ticaret hukuku ile iflas hukuku arasında sıkışıp kalması, konuyla ilgili yazılı eserlerin azlığına yol açmıştır.

işletmesi varsa ve bunlardan yalnızca birini devreder, kapatır veya işletmekten vazgeçerse, ticareti terk olgusunun varlığından ve tacir sıfatının kaybindan söz edilemeyecektir³¹. Çünkü, başka ticari işletme veya işletmeler tacir adına işletilmeye devam etmektedir.

Diğer yandan, ticareti terkin gerçek ve tüzel kişi tacirlere göre bir ayırım yapılarak incelenmesi öğretide benimsenmiş olup, bu ayırımın iflas hukuku açısından da gerekli olduğu düşünülebilir.

Özellikle, İİK m.44 kapsamında belirlenen yükümlülöklere tabi olup olmama bakımından bu ayırımın önemli olduğu belirtilebilir.

B.TİCARETİ TERK SAYILAN DURUMLAR

1.TİCARİ İŞLETMENİN KAPATILMASI

Ticareti terk durumuna yol açan hallerden biri, tacirin işletmesini kapatmasıdır. Ticari işletmenin devrinden farklı olarak, kapatmada hukuki bir işlem olan sözleşmeye gereksinim duyulmaz; zira işletmenin kapatılması, tacirin tek yanlı bir tasarrufu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticari işletmenin kapatılması, tacirin ticari faaliyetlerinin sona ermesi anlamına geleceğinden, aynı zamanda tacir sıfatının kaybedilmesine neden olacaktır. Ancak uygulamada sıklıkla rastlanılan bir durum değildir.

2.TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

a.TTK 11 ile TBK 202'nin Değerlendirilmesi

Ticareti terk sonucunu doğurduğu için, konumuz bağlamında ele alınması gereken bir diğer husus da ticari işletmenin devri işlemidir. Bir hukuki işlem olan devir, hem TTK'da hem de TBK'da değişik açılardan hüküm altına alınmıştır. Tacirin ticari işletmesini devretmesi, daha önce de değinildiği gibi, uygulamada en

³¹ Baki Kuru. "Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Olduğu Hükümler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 1-2, 1970, (Anılış: " Ticareti Terk") s. 117.

sık rastlanılan durumdur. Burada ticari işletmenin devri müessesesine, genel anlamda ve konumuz olan İİK m.44'le bağlantısı çerçevesinde değinilecektir. Yargıtay da ticareti terke ilişkin vermiş olduğu kararlarda³², ticari işletmenin devri işlemine vurgu yapmakta, İİK m.44 ile BK m.179(TBK m.202) arasında mutlak bir ilişki olduğunu düşünmektedir³³. Bu nedenle, konumuzun daha iyi anlaşılması açısından, işletmenin devri işlemine ana hatlarıyla değinilmesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu kanısındayız.

Öğretide, borçlar kanunu madde 202 düzenlemesinin emredici nitelik taşıdığı yönündeki düşünce çoğunlukla benimsenmektedir. Acemoğlu, maddeye emredici bir nitelik kazandıran görüşünü şöyle açıklamaktadır:

TBK 202 gereğince(BK 179) tarafların iç ilişkide devralanın sorumluluğu hakkında kabul ettikleri sınırlandırmalar, yalnız açıkça ihbarda belirtilmek suretiyle alacaklılara karşı öne sürülebilmektedir. Bu da göstermektedir ki, BK 202'nin temel amacı olan alacaklıların korunması, ancak emredici kurallar yoluyla gerçekleşebilir. Bu konuda açık bir hükmün yokluğu ve pasifin devrini engelleyecek anlaşmanın geçersizliğini içeren yasağın BK 19(TBK m. 26, 27)'da sayılan nedenlerden biri ile

³² Yargıtay'ın, (**15. HD, 28. 02. 1994, E. 1993/ 5796, K. 1994/ 1128**), bu konuda vermiş olduğu bir karar şöyledir:”... Davalı- karşı davacı alacaklı, borçlu Feyzullah hakkındaki icra takibini 15. 06. 1991, 15. 07. 1991, 15. 08. 1991, 15. 09. 1991 keşide tarihli çeklere dayandırmıştır. Davacı- karşı davalı ise, işyerini borçludan 07. 11. 1991 tarihli senetle devraldığını(BK 179) bildirerek istihkak davası açmıştır. İşyeri devrinin borcun doğumundan sonraki bir tarihte yapıldığı açıktır. Bu durumda, işyeri devri nedeniyle uyuşmazlıkta İİK'nun 44. maddesinin uygulanması zorunludur. Borçlu tarafından işyeri devrinin kayıtlı bulunduğu yer ticaret siciline bildirimde ve mal beyanında bulunulduğu öne sürülmediğine, dosyada da bu yönde bir delil bulunmadığına göre, işyeri devrinin alacaklıların haklarını etkilemeyeceği kabul edilmelidir. Bu açıklamalar karşısında Mercii Hakimliğince(icra mahkemesi) “ istihkak davasının reddine” ve karşı dava olarak açılan – İİK m.97/ 17 “tasarrufun iptali davasının kabulüne “ karar verilmesi gerekirken, değişik düşüncelerle aksine hüküm oluşturulması yerinde görülmemiş, temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulması gerekmiştir...”(www.kazanci.com, 17. 10.2012).

³³ Yargıtay'ın, TBK m. 202 hükmünü, emredici şekilde yorumladığı, TBK m.202 ile İİK m.44'e uygun olarak gerçekleştirilmeyen ticari işletme devirlerinde alacaklıların haklarının etkilenmediğini vurguladığı görülmektedir. Öğretiye egemen olan görüş de TBK m. 202 hükmünün emredici niteliğe sahip olduğunu söyleyen “ Teminat Teorisi” görüşüdür. Bk. Arkan, s. 42. Yazar, aktiflerin, devredilen pasiflerin güvencesi olduğu düşüncesinden hareketle bu görüşünü hukuken temellendirmektedir.

Aynı yönde bk. Ülgen ve diğerleri, Ticari İşletme, s. 170, N. 519. Ancak, teminat teorisinin benimsenmesi halinde, devir sözleşmesinin taraflarının sözleşmenin içeriğini ve koşullarını özgürce belirleyemeyeceğini, bunun da borçlar hukukumuzun temel prensiplerinden birini oluşturan “ sözleşme özgürlüğü” ile bağdaşmayacağını belirten Arıcı, bu ilkeyi sınırlandıranların bunu gerekçelendirmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Özellikle de devralanın, önceden hiç bilgisinin bulunmadığı bir borçtan dahi sorumlu tutulmasının olumsuz sonuçlar doğurabileceğini ifade etmektedir. Hatta bu riskin iç ilişkide ortadan kaldırılması dahi, devralanın yüklendiği bu riziko açısından tatmin edici bir güvence sayılamaz. Bu nedenle, taciri ekonomik bir yıkıma sürükleyebilecek düzenlemenin, devralanın eski borçlardan sorumlu tutulmaması yönünde değiştirilmesi, ticari işletmeler için daha uygun olur. Bk. Arıcı, s. 148- 150.

açıklanamayacak olması, söz konusu çözümün reddedilmesi için yeterli değildir. Çünkü kanunda boşluk bulunduğu hallerde de, kanunun yorumlanması suretiyle emredici kural çıkarılabilir. Maddede sayılmamakla birlikte, yalnızca sözleşmenin taraflarını değil, üçüncü kişileri ilgilendiren normlar da emredici nitelikte olmalıdır. Nitekim kanuna karşı hile teorisi de bu düşünceye dayanmaktadır. Bütün bu nedenlerle, devir sözleşmesinde pasiflerin geçişini engelleyen bir kural bulunması durumunda, sözleşmenin geçersizliği sonucu ortaya çıkacaktır³⁴.

Ticari işletmenin devrine ilişkin düzenlemeler, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan hukukumuzda girmiştir. Hemen belirtilmelidir ki, işletmenin devri işleminin yerinin Borçlar Kanunu mu yoksa Ticaret Kanunu mu olması gerektiği konusunda öğretilerde yapılan tartışmalar, devrin Borçlar Kanunu'ndaki yerinin korunmasıyla birlikte, süreceği gibi görünmektedir. Şunu dile getirmekte yarar vardır ki, İsviçre'de ayrı bir ticaret kanununun bulunmaması, işletme devrinin borçlar kanununda yer almasını haklı kılan bir olgudur. Ancak bizim hukukumuzda, borçlar kanunu ile ticaret kanunları birbirlerinden kesin sınırlarla ayrılmıştır. Bu yüzden, ticari işletme devrinin ticaret kanununda düzenlenmesi, sistematik bakımdan çok daha yerinde bir tutum olurdu. Ancak, yeni borçlar kanununu hazırlayanların, işletme devrinin borcun naklinin özel bir görünümü olduğu yönündeki düşünceleri ağır basmış³⁵ ve devir müessesesi olduğu gibi bırakılmıştır.

³⁴ Kevork Acemoğlu. **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, Ankara, 1971, s. 40- 41.

³⁵ Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da(bk. OR Art. 181), işletmenin devredilmesi halinde, tek bir borcun nakline ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda, işletme devri, borcun naklinin farklı bir versiyonu olarak hüküm altına alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nu hazırlayan komisyonun, İsviçre hukukundaki mevcut sistemi dayanak aldıkları açıklıkla görülebilir. İlky Engin, TBK m. 202'nin yalnızca borcun nakli bakımından müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu bir hüküm olarak kabul edileceğini savunmaktadır. Ticari işletmenin devri, TTK m. 11/3' te düzenlenmiştir. Bu konuda bk. M. Murat İnceoğlu. **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 181. Öz ise öğretilere egemen olan görüşten farklı olarak, malvarlığı veya işletme devrinin kanunen öngörülmüş bir "borca katılma" niteliği taşıdığını ileri sürmektedir. Yazar, devreden ile devralanın iki yıl boyunca alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmalarını görüşüne gerekçe göstermektedir. Ayrıca, borcun üstlenilmesinde borcunu nakledenin bu borçtan kurtulması gerekirken, iki yıl daha sorumlu kalması sözü edilen kurumun genel yapısına uymamaktadır. Bunun dışında, borcun üstlenilmesinde yeni borçlu, alacaklıya karşı eski borçlunun sahip olduğu def'ileri öne sürme olanağından yoksundur, ancak işletme devrinde devralan, alacaklı ile devreden arasındaki hukuki işlemin geçersiz olduğunu iddia edebilir. Bu konudaki açıklamalar için bk. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku(Genel Hükümler)**, 9. Bası, Vedat Kitapçılık, Cilt: 2, İstanbul, 2012,(Anılış: "Borçlar Hukuku") s. 594- 595. Benzer yönde bk. Şener Akyol. **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 45. Yazar, işletme devrinin kanundan doğan bir borca katılma olduğu noktasında Öz ile aynı görüşü paylaşmakta, ancak bu hukuki işlemin aynı zamanda tam üçüncü kişi yararına- üçüncü kişi elbette alacaklılardır, bir sözleşme

Bununla birlikte, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda önemli bir yenilik gerçekleştirilmiş ve ticari işletmenin unsurlarını açıklayan 11.maddeye bir fıkra daha eklenmiştir(TTK m. 11/3). Buna göre, “ *Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve **diğer hukuki işlemlere** konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle **ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir**”.*

Ticari işletmenin devrine ilişkin açıklamalara geçmeden önce, TTK m. 11/3 hükmünün gerekçesine değinilmelidir. Gerekçe şu şekildedir:

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

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

6762 sayılı Kanun gibi, Tasarının da devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurları, bir ticarî işletmeyi "bütün" bakımından, yani malvarlıksal yönden tanımlar. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran

olduğunu benimseyerek farklı bir yere temas etmektedir. Yazara göre, devreden devralanla birlikte iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olması başka türlü açıklanamaz.

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

Bütünü tanımlayan bu malvarlığı unsurları, bütünün doğal parçalarıdır. Devir ile devralana geçerler. Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları ismen veya hiçbiri zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur. Ancak, taraflar bu unsurlardan bazılarını devrin dışında tutabilirler. Aynı ilke 1447 sayılı Kanuna da hakim olduğu için ticarî işletmenin bir hukukî işleme bütün halinde konu olduğu hallerde de kıyas yoluyla uygulanır.

Üçüncü fıkrada yer alan "aksi öngörülmedikçe" ibaresi Tasarının 49 uncu maddesi ile çelişmemektedir. Anılan madde ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemeyeceğini öngörmektedir. Ancak bu hüküm işletmesini devreden kişiyi ticaret unvanını devre zorlayacak şekilde yorumlanamaz. İşletme sahibi arzu ederse unvanını devir dışında tutabilir, hatta devir sözleşmesi olanak tanıyorsa veya rekabet yasağı hükmü yoksa kuracağı yeni bir işletmede de kullanabilir".

Madde, gerekçesiyle birlikte yorumlandığında, devrin dışında bırakılabilecek unsurlar olduğu görülmektedir. Ancak, Markalara ilişkin kanun hükmünde kararname, geçerli bir devir halinde markanın da devredileceğini açıkça ifade etmiştir.

(1) İsviçre Birleşme Kanunu'nun Getirdiği Çözüm

Aslında sorun hükmün, borçlandırıcı işlem- tasarruf işlemi ayırımının dikkate alınmamasından ileri gelmektedir. Bahtiyar'ın da belirttiği gibi, özel hukukun temel ayırımlarından biri olan bu ayırım, özellikle sicile tescil edildikleri anda hüküm ifade eden işlemler açısından tehlikeli olabilecektir. Çünkü ayrıca bir tasarruf işlemine gerek kalmaksızın malvarlığı unsurlarının devralana geçmesi, eşya hukukundaki “belirlilik” ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Burada yine İsviçre Birleşme Kanunundaki sistem çözüm olarak göz önünde bulundurulabilir³⁶. Birleşme kanununun taşınmazların devrine, onların sahip oldukları yapı nedeniyle özel bir önem verdiği anlaşılmaktadır.

Ticaret siciline yapılacak tescilin bir önemli sonucu da, iyi niyetli kazanımın ortadan kaldırılması olacaktır. Çünkü, sicile tescil edilecek devir sözleşmesinde bulunan taşınmazlar, tapu sicilinde tasarruf işlemi yapılmasına gerek olmaksızın devralana geçecek, tapu sicilinde halen eski malikin ismi görünürken, üçüncü kişilerin iyiniyetli kazanımları geçerli olmayacaktır. Zira, üçüncü kişiler, tapu sicilindeki kayda güvenerek taşınmazı devralırlarsa, bu kazanımları Medeni Kanun tarafından korunur. Ancak, devralanın, yeni malik sıfatıyla tapu sicilinde tescil edilmemesi, devredenin sanki malikmiş gibi görünmesine ve hukukumuzda olmaması gereken ilginç bir duruma yol açabilir.

Bütün bu karmaşa, taşınmazların devri için resmi şeklin öngörülmesiyle sona erecektir.

Birleşme Kanunu, devir sözleşmesinin bir parçasını oluşturan envantere göre aktif ve pasif unsurların devrini öngörmektedir³⁷. Envanterde bulunmayan bir işletme unsurunun devri olanaklı değildir. Kanun, envanterin içeriğini ayrıntılı bir biçimde belirlemiştir(FusG Art. 71/1-b). Hüküm uyarınca, devir sözleşmesi, devredilen aktif ve pasif malvarlığının açıkça belirtilmesini takiben, taşınmazların , kıymetli evrakın

³⁶ Mehmet Bahtiyar. “ Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı: 106, 2011, ss. 3907 vd.

³⁷ Devir sözleşmesinin merkez noktasının envanter olduğuna ilişkin olarak bk. Roland von Büren, Walter A. Stoffel ve Rolf H. Weber. **Grundriss des Aktienrechts**, Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zürich, 2011, s. 346, N. 1451. Nitekim gerekçede de” Devir envantere göre yapılır” ifadesi bu kanaati desteklemektedir.

ve gayri maddi değerlerin ayrı ayrı devredilmelerini içerir. Yani, ticaret kanunundan farklı olarak, yalnızca envantere belirtilen değerler kül halinde devredilirler.

Bunun dışında, ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan bir sözleşme olan işletme rehni kanununun neden yürürlükten kaldırılmadığı da tartışılabilir. Ticaret kanununun açık hükmü karşısında, işletme rehni kanununun anlamını yitirdiği anlaşılmaktadır. Zira maddenin gerekçesinde, işletmeyi bir bütün halinde konu alan hukuki işlemler arasında “rehin” de geçmektedir. Kanun koyucunun amaçladığı hukuki durumun gerçekleştirilebilmesi ve iki kanun arasında uyumsuzluk³⁸ çıkmaması için, TİRK’in yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

(2) Aktif ve Pasiflerin Birlikte Devredilmeleri Gerekliliği

Ticari işletmenin devrinde, aktif ve pasiflerin birlikte devredilmesi gerekmektedir³⁹. Zira, bu gereklilik bizzat kanundan kaynaklanmaktadır(TBK m.202). Aktiflerin devrin dışında tutularak işletmenin devredilmesi, devralan için hukuki yönden olumsuz durumların ortaya çıkmasına yol açabilir, çünkü işletmenin borçlarının güvencesi aktifler, yani alacaklardır, bunların devir dışında bırakılması borçların ödenmesini tehlikeye sokabilir. Bu yüzden, devir sözleşmesinde, işletmenin aktiflerinin yer alması gerekir⁴⁰.

Devredilen yalnızca pasiften ibaret ise, buna uygulanacak olan tek bir borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerdir. Bu konudaki sözleşme, bir borçtan kurtarma sözleşmesinden ibarettir ve devreden borçlarından, devralanın alacaklılarla dış üstlenme⁴¹ sözleşmesi yaparak borçları yüklenmesi halinde kurtulacaktır⁴².

³⁸ Hükmün bu şekliyle yürürlüğe girmesi durumunda, çözümü güç bir kanunlar çatışması çıkacağına ilişkin olarak bk. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 48, dpn. 6.

³⁹ Arıcı, s. 38. Yazar, yine aynı eserinde, pasiflerin devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılabileceğini, böyle bir durumda geçersizlik yaptırımının devreye giremeyeceğini, çünkü BK m.202'nin emredici hüküm niteliği taşımadığını savunmaktadır. Yazara göre, pasiflerin büyük bir kısmının devir sözleşmesi kapsamı dışında tutulması, sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz, yalnızca o pasifler bakımından BK m. 202'nin değil, borcun nakline ilişkin hükümlerin uygulanacağı anlamına gelir(TBK m. 195 vd). Bk. Arıcı, s. 81. Fakat Arıcı'nın bu görüşlerinin öğretilde taraftar bulmadığı söylenebilir.

⁴⁰ Ticari işletmenin aktiflerinin pasiflerinin teminatı olduğunu, böylece alacaklıların çok daha güçlü bir şekilde korunacağını dile getiren teoriye, “ Teminat Teorisi” denmektedir. Bizim de katıldığımız görüş budur.

⁴¹ Borcun nakli işlemi, yeni Borçlar Kanununda “üstlenme” sözcüğü ile ifade edilmiştir. Bk. Borçlar Kanunu m. 195- 204.

⁴² Acemoğlu, s. 34.

Ancak, devredilenin sadece aktiften ibaret bulunduğu durumda TBK 202 uygulanmayacak mıdır? Acemoğlu, Alman hukukunda devralanın devredilenin malvarlığının borçlarından sorumlu olmayacağına ilişkin olarak yapılan anlaşmaların geçersiz olduğunu belirtmektedir. Taraflar, kendi iradeleri ile malvarlığı devrinin niteliğini değiştiremezler. BK 202(BK 179) böyle bir kural içermediği gibi, malvarlığı veya ticari işletmenin aktif ve pasifiyle devrini öngörmektedir. Buna dayanarak, İsviçre- Türk öğretisindeki çoğunluk, yalnızca aktifleri devreden bir anlaşmanın geçerli sayılabileceğini ve buna BK 202'nin uygulanamayacağını savunmaktadır. Bu görüş, alacaklıların hakları açısından büyük tehlikeler doğurabilecek niteliktedir. Çünkü, devredenin aktifi, ona tanınan kredinin ve borçlarının doğal güvencesini teşkil eder, bunları kaçıran alacaklı alacağına bir daha kavuşamama riski ile karşılaşabilir⁴³.

Ancak, Bahtiyar, bu konuda aynı düşüncenin savunulamayacağı yönünde görüş bildirmektedir. Yazara göre, borçlar kanunu ile ticaret kanunu arasında önemli bir kopukluk meydana gelmiştir. İki temel kanun arasındaki bu kopukluk, kanunu hazırlayan komisyonların eşgüdüm içinde çalışmalarından kaynaklanmıştır⁴⁴. Borçlar kanununda, yalnızca pasiflerin külli halefiyete konu olabilecekleri düzenlenmiş, aktiflerin devri açısından herhangi bir ifadeye yer verilmediği görülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu ise, aktif ve pasiflerin birlikte devredilmeleri gerektiğini vurgulamaktadır. “ Bir bütün halinde” ibaresi, ticari işletmenin hem aktifini hem de pasifini kapsar. Ancak, malvarlığı değerlerinin geçiş anının farklı bir biçimde öngörülmesi, uygulamada sorunlar ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Zira TBK 202 gereğince, pasifler, ilan ile devralana geçecek, TTK 11/3 gereğince de aktif ve pasifler, ticaret siciline yapılacak tescil ve ilanla geçecektir. Tescil ve ilana, malvarlığı unsurlarının geçişi bağlamında kurucu bir nitelik tanınmamış olması, sorunun ana ayağını oluşturmaktadır. Açık bir kuralın yokluğu halinde sicile yapılacak tescillerin açıklayıcı bir işleve sahip olması, yazarın bu kanaatini güçlendiren bir etkidir⁴⁵.

⁴³ Acemoğlu, s. 34- 35. 59 nolu dipnotta değindiğimiz teminat teorisine ön ayak olan yazar Acemoğlu'dur.

⁴⁴ Söz konusu kopukluk, ticari işletmenin bir ticaret ortaklığına dönüştürülmesi gibi önemli sonuçlar doğurabilecek bir işlem bakımından da geçerlidir. Karş. TBK 203 ve TTK 194.

⁴⁵ Bk. Bahtiyar, s. 3889 vd.

(3) Ticari İşletme Devrinde Alacaklıların Korunması ve Müteselsil Sorumluluk

Ticari işletmenin devrini öngören TBK m.202’de, bu hukuki işlemin borcun nakli(üstlenilmesi) işlemi ile özdeş olduğu hüküm altına alınmaktadır. Borcun nakli işlemi, bir tasarruf işlemi olup, alacaklının rızasına bağlıdır; çünkü borç ilişkilerinin çoğunda borçlunun kişiliği, alacaklı açısından önem taşır⁴⁶; çünkü alacaklı, borçluyu tanımakta, onun kişiliğine ve borcunu yerine getireceğine dair bir inancı bulunmaktadır. Borçlunun değişmesi, işte bu yüzden alacaklının malvarlığını tehdit edebilir. Alacaklının zarar görmemesi amacıyla yasa koyucu, borcun naklinde alacaklının rızasını geçerlilik koşulu yapmıştır, böylece borçlu, alacaklıdan rıza almadan borcundan kurtulamayacak ve yeni borçlu ile muhatap olmak istemeyen alacaklının, uğrayabileceği zarar önlenmiş olacaktır.

Fakat, ticari işletmenin devri de bir borcun nakli sayıldığı halde, işletmenin devri için alacaklıların rızası aranmamaktadır⁴⁷. Gerçekten de, borcun naklini düzenleyen genel hükümlerden önemli bir ayrılış söz konusudur. Ancak, aşağıdaki dipnotta da belirtildiği üzere, ticari yaşam, işlemlerin hızlı yapılmasını gerektirir, işletmenin bütün alacaklılarının tek tek rızalarının aranması ise, devir işlemini yavaşlatır veya güçleştirir. Bu nedenle, kanun koyucu bir istisnaya gitmek durumunda kalmıştır. Devrin rızaya tabi tutulmaması, devreden için olumlu olmakla birlikte, işletmenin alacaklıları için aynı şey söylenemeyebilir.

Alacaklılar, kendilerinin rızası veya iradesi dışında gerçekleşen bu işlem için herhangi bir yola başvuramadıklarından, birtakım haksızlıkların doğması muhtemeldir⁴⁸. Özellikle de borçlu devreden, alacaklılarına olan borçlarını yerine

⁴⁶ Borçlunun kim olduğu, özellikle vekalet, hizmet ve eser sözleşmeleri gibi, bir iş görme ilişkisi(*Geschaefstsführungverhaeltnisse*) kuran ve borçlunun borcunu bizzat yerine getirmesi gerektiği borç ilişkilerinde önemi haizdir. Ancak , konusu bir miktar paranın verilmesi olan bir sözleşmede, borçlunun yerine ödemeyi başka birinin yapmasının, alacaklı açısından önemli olmaması gerektir.

⁴⁷ Bk. Bilgili ve Demirkapı, Ticaret Hukuku, s. 39. Yazarlar, rızanın aranmamasını şöyle açıklamaktadırlar: Borçlar Kanunu’ndaki borcun nakli hükümlerinden ayrık bir durum söz konusudur, çünkü, rıza aransaydı, işletmenin devri olanaksız olmasa bile oldukça güç olurdu, ticari yaşamın gerektirdiği hızla da bağdaşmazdı. Kanun koyucunun rıza aramamasının nedenini, ticari yaşamın olağan akışı gerekçesine dayandırmak daha doğru bir yaklaşım olur.

⁴⁸ Ahmet Kılıçoğlu. **Borçlar Hukuku(Genel Hükümler)**, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 798. Yazara göre, kanun koyucu, alacaklının yalnızca devralana başvurmasını yerinde görmemiş, bu nedenle iki yıllık süreyi düzenleme gereği duymuştur. Aynı yönde bk. Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku, s. 594.

getirmemek amacıyla işletmesini devretmek istemesi söz konusu olabilir. Kanun koyucu, bu gibi durumların önüne geçebilmek için, kanuni bir teselsül öngörerek, devredenin de devralanla birlikte iki yıl daha müteselsilen sorumlu olacağını ifade etmiştir. Buna göre, devreden, devirden önceki işlemlerden doğan borçlar nedeniyle iki yıl daha sorumludur(TBK m.202/2). Bu müteselsil sorumluluğun kapsamına devirden sonraki işlemler elbette dahil değildir, çünkü bu işlemleri yapan kişi devralandır.

(4) Müteselsil Sorumluluğun Başlangıç Anı ve İhbar ile İlan Yükümlülüğü

İki yıllık sürenin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı da alacaklılar ve özellikle devralan açısından önemlidir. Borçlar Kanunu'nda⁴⁹, sürenin, muaccel borçlar için bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar içinse, muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı⁵⁰ öngörülmüştür(TBK m.202/2). Bu bildirme veya duyuru, işletmenin devrinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi bakımından geçerlilik koşuludur, alacaklılara yapılması gereken bu bildirim yapılmadığı takdirde, devir işlemi alacaklılara karşı ileri sürülemeyecektir, yani alacaklıların haklarını etkileyen herhangi bir durum ortaya çıkmayacaktır.

Fakat devralanı bildirimde bulunmaya zorlayacak bir ifadeye yer verilmemiş olması, işletmenin devrini düzenleyen hükümlerde önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Devralanın bildirimde bulunmaması, iki yıllık süreyi de aksatacağı için, bu hususta kanun koyucunun alacaklıları⁵¹ koruyan bir düzenleme yapması

⁴⁹ Bizim eski Borçlar Kanunu m. 179 ve Türk Borçlar Kanunu m. 202'nin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu(OR) m. 181'dir. Bazı ufak çaplı müdahaleler dışında, söz konusu hükümlerin çeviri suretiyle kanunumuza aktarıldığı görülmektedir. OR Art. 181 Abs. 2'de, iki yıllık değil, üç yıllık bir süre öngörülmüştür. Bu üç yıllık süre, muaccel borçlar için, bildirim veya duyuru tarihinden, daha sonra muaccel olacak borçlar bakımından ise muacceliyet tarihinden itibaren başlar. İsviçre'de, bu düzenlemeye, 2004 yılında yürürlüğe giren Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmeye İlişkin Kanun(Das Fusiongesetz) ile ilgili bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, ticaret siciline kayıtlı Ticaret ortaklıkları, kooperatifler, dernekler, vakıflar ve tek adam işletmelerine ait bir işletmenin devredilmesi durumunda, bunların niteliklerine bakılmaksızın Fus G'deki hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu konuda bk. Okay Durman. **İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya İşletmenin Devri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 59.

⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 799; Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku, s. 597.

⁵¹ Şu hususu belirtmekte yarar vardır ki, TBK m. 202, tacirin yalnızca ticari işletmeden doğan borçlarını alacaklılar açısından güvence altına alırken, İİK m. 44'deki 1 yıllık iflasa tabi olma ise,

kanun yapma tekniğine de uygun bir yaklaşım olurdu. Bununla birlikte, Yargıtay uygulamasına bakıldığında İİK m. 280/IV'daki hükmün⁵², sanki BK m. 202'deki eksikliği giderici "alternatif" olarak algılandığı görülmektedir⁵³. Ancak, kanundaki bu eksikliğe karşın, öğretide, ihbar ve ilan borcunun yerine getirilmemesi halinde, devredenin devralana karşı " ifa davası" açabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁴. İhbar ve ilanın sözleşmenin geçerli bir şekilde sonuçlarını doğurması açısından biçim koşulu olduğu kabul edilmelidir. Öğretide, ihbar ve ilana kurucu işlev yüklenmesi gerektiğini belirten yazarlar bulunduğu gibi, işletmenin devri işlemini yeterli kabul eden yazarlar vardır⁵⁵.

Ancak Yargıtay bu düşüncüyü paylaşmamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, devralanın sorumluluğunun başlaması için işletmenin devri işlemi gerekli ve yeterlidir. İhbar ve ilanın yapılmamış olması, alacaklıların haklarını etkilemeyecektir⁵⁶.

ticareti terk eden tacirin bütün alacaklılarını güvenceye almaktadır. TBK 202 ve İİK 44'ün bu yönleriyle ilgili olarak bk. Arıcı , s. 227.

⁵² Söz konusu madde, borçlu bir tacirin alacaklılarından mal kaçırma amacıyla yaptığı ticari işletme devirlerinin iptale tabi olacağını öngörmekte ve devralan kişinin, devreden alacaklılara zarar verme kastını bildiğine dair karineyi çürütebilmesi için, devir keyfiyetinin ihbar ve ilanını zorunlu kılmaktadır. Böylece, devralanın bildirimde bulunmadığı hallerde, alacaklıların bundan doğabilecek muhtemel zararlarının giderilmesi amaçlanmıştır. Bk. Arkan, s. 45, dnp. 1. Benzer yönde bk. Acemoğlu, s. 108. Yazar da, ihbarın güvence altına alındığını ifade etmektedir.

⁵³ Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu örnek bir karar(**15. HD, 15. 11. 2000, E. 4993, K. 4991**) şöyledir: " ...BK m. 179 uyarınca bir ticari işletmeyi aktif ve pasifiyle devralan kimse, kayfiyeti alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren, onlara karşı işletmenin borçlarından sorumlu olur. İİK m. 280/ IV uyarınca da, ticari işletmeyi tamamen ve kısmen satın alan kişinin, borçlunun alacaklılarını ızzar kastını bildiği karine olarak kabul olunur. Bu karinenin aksi, satış tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin alacaklıya bildirildiğinin veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaların asılması ile birlikte ticare gazetesinde, bu mümkün olmadığı takdirde alacaklıların itilamı temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilan olunduğunun ispatı ile çürütülebilir. Somut olayda, az yukarıda açıklanan prosedüre uyulduğu iddia ve kanıtlanmış değildir. ...Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken...Davanın reddi doğru görülmemiş..." (Karar için bk. Arıcı, s. 232, dnp. 31) .

⁵⁴ Arıcı, s. 193; Durman, s. 111. Yazar, Acemoğlu'nun görüşlerini açıklamaktadır. Acemoğlu'na göre , bildirimde bulunma yükümlülüğünü yalnızca devralan yerine getirebileceğinden, devredene TBK m. 112 anlamında ifadavası açabilme hakkının tanınması gerekmektedir . Bu konuda bk. Durman, s. 114, dnp. 207.

⁵⁵ Bu yazarlardan Domaniç ve Ulusoy'a göre, ihbar ve ilan yalnızca iki yıllık sürenin başlaması açısından fonksiyon gösterecektir. Bu konuda bk. Arıcı, s. 182, dnp. 293.

⁵⁶ Yargıtay'ın ticari işletmenin devrini yeterli gören kararı(**21. HD, 29. 03. 2004, E. 2004/ 770, K. 2004/ 2988**) şu şekildedir: " ... Bundan başka borçlu ile davacı 3. kişi arasındaki işlem işyeri devri niteliğinde olduğundan İİK m. 44 ve BK m. 179'un 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 alacaklıların haklarını etkilemeyeceği gibi, devralan davacı da BK m. 179 gereği işletmenin borçlarından sorumlu olduğundan davanın reddi gerekirken kabulü usul ve

b. TİCARİ İŞLETMENİN TİCARET ORTAKLIĞINA DÖNÜŞMESİ

Ticaret ortaklıklarının birleşme, bölünme ve tür değiştirme seçeneklerinden birinin tercih edilmesi suretiyle yeniden yapılandırılması, Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler hukuku genel hükümler kısmında gerçekleştirdiği köklü reformlardan biri olarak görülebilir. Eski kanunda genel nitelikli düzenlemelerle yetinilmiş, ayrıntılı hükümlere yer verilmemişti.

Ticaret ortaklıklarının yeniden yapılandırılmasını öngören hükümler, İsviçre Birleşme Kanunu(Fusion Gesetz)'ndan çeviri yolu ile aynen alınmış, alacaklıların ve pay sahiplerinin çıkarlarının korunmasına azami özen gösterildiği dikkat çekmiştir. Özellikle birleşme işleminde, sermaye şirketleri çatısında birleşmenin teşvik edildiği görülmektedir. Bunun başlıca nedeni, şahıs şirketlerindeki sorumluluğun müteselsil olmasıdır. Sınırlı adi sorumluluk, hem yatırımcılar hem de pay sahipleri tarafından cazip olarak değerlendirilmektedir.

Ticaret ortaklıklarının birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri ile yeniden yapılandırılması, bu çalışmanın kapsamı içinde yer almadığı için, yalnızca ticari işletmeyi ilgilendiren hukuki işlemleri inceleyeceğiz.

Tasarının ilk halinde ticari işletmeye ilişkin böyle bir düzenlemeye gerek duyulmamış, ancak Adalet Alt Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında şu gerekçe ile madde kanuna eklenmiştir: “ Bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle birleşmesi veya bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi ihtiyacı doğabilir. Oysa tasarıda bu konuda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Alt komisyonumuz, muhtemel birleşme veya tür değiştirme durumunu göz önüne alarak, bu boşluğu doldurmak amacıyla tasarıya, ‘ Ticari İşletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme’ başlığı altında, yeni 194. Madde eklemiştir”. Pulaşlı, ticaret siciline tescil edilmiş tek kişi teşebbüs veya işletmesinin tür değiştirerek ticaret şirketine dönüşmesi veya bir ticaret ortaklığı ile birleşmesi, kaynak İsviçre Birleşme Kanunu(Das Fusion Gesetz)'nda malvarlığı devri çerçevesinde düzenlenmekle birlikte⁵⁷, bizde kaynak kanundaki sistemden farklı bir manzara ortaya çıkmıştır.

yasaya aykırıdır. O halde, davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...” (Karar için bk. Arıcı, s. 231, dpn. 29) .

⁵⁷ Pulaşlı, Cilt I, s. 172- 173, N. 161- 162.

Ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirmeyi hüküm altına alan madde şu şekildedir(TTK m. 194):

“ Bir ticari işletme, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebilir. Bu halde devralan ticaret şirketinin türüne göre 138 ila 140, 142 ila 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ila 193’üncü madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

Bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi halinde 182 ila 193’üncü maddeler kıyas yoluyla uygulanabilir.

Bir ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüştürülebilmesi için, söz konusu ticaret şirketinin paylarının tümü, ticari işletmeyi işletecek kişi veya kişiler tarafından devralınmalı ve ticari işletme bu kişi veya kişiler adına ticaret siciline tescil ve ilan edilmelidir. Bu halde, ticari işletmeye dönüştürülen ticaret şirketi, bir kollektif veya komandit şirket ise, mezkur ticaret şirketinin borçlarından, ticari işletmeyi işletecek kişi ve kişiler ile ticaret şirketinin eski ortakları da 264’üncü maddedeki zamanaşımı süresince sıfatlarına göre müteselsilen sorumlu olurlar. Dönüştürmeye bu kanunun 264 ila 266’ıncı maddeleri de uygulanır.

182’nci maddenin üçüncü fıkrası hükmü saklıdır”.

Maddenin lafzına bakıldığında, bölünme işleminin ayrı tutulduğu dikkat çekmektedir, ancak bu işleme yer verilmemesinin nedeni, ticari işletmenin kendi içinde bütün olması ve bağımsız bölümlere ayrılacak bir yapı sergilememesidir⁵⁸.

Kendigelen, bu düzenleme kaleme alınırken, ticari işletmenin devri ve birleşmesini öngören TBK m. 202- 203’ün göz ardı edildiğini ve bu maddelerle herhangi bir uyumlaştırma kaygısının gözetilmediğini vurgulamaktadır. Yazara göre, anılan sebeplerle söz konusu düzenlemenin uygulanabilirliği sınırlı kalacak, hatta borçlar kanunu ile uyum sağlanmadığı için, başka sorunlar da gündeme gelebilecektir⁵⁹. Özellikle üç yıllık zamanaşımı süresinin kanun koyucu tarafından aynen sürdürülmesi, TBK m. 202’deki iki yıllık zamanaşımı ile çatışmasına yol açabilecektir. Kanunda, bu uyumsuzluğu giderecek açıklıkta bir formül geliştirilebilirdi.

Coştan ise, konuyu alacaklıların korunması çerçevesinde ele alarak, tacirin sorumluluğunun nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin olarak, m. 194’ün 158’inci maddeye yaptığı yollamaya değinmiştir. Yazar, atıf nedeniyle, birleşme öncesinde kişisel ve ikinci dereceden sorumlu olan ortakların birleşme sonrasında da aynı statüyü koruyacaklarını ifade etmiştir. Ticari işletmesi bu işlemlere konu olan gerçek

⁵⁸ Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 98.

⁵⁹ Bk. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 145.

kişi tacir ise, kişisel ve birinci dereceden sorumlu olmayı sürdürür. Bu yüzden, madde 158'in tacirin kişisel sorumluluğuna ne ölçüde uygulanabileceği belirsiz bir hale gelmektedir. Yazar aslında, tacirin birinci dereceden, ortakların ise ikinci dereceden sorumluluklarını tartışmamakta, sorumluluğun hukuki dayanağının ilgili hükümler olmadığını belirtmektedir.

Sorun, madde 194'ün, ticari işletmenin devreden olarak katıldığı birleşmede külli halefiyet ilkesinin ve ticari işletmenin tür değiştirmesinde ayniyet ilkesinin benimsendiği göz önüne alındığında, birleşme ve tür değiştirme işlemlerinin tamamlanmasından sonra, tacirin birinci dereceden sorumluluğunun ne şekilde devam edeceğini açıklamamasından kaynaklanmaktadır. Yazar, atfin ortaya çıkardığı belirsizliğin yorum yoluyla aşılamayacağı kanısındadır, yapılması gereken, açık bir düzenlemenin kanuna eklenmesidir⁶⁰.

Bilgili/ Demirkapı ise, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi halinde 182 ile 193'üncü maddelerin kıyasen uygulanacağını yineleyerek, ticaret ortaklığına dönüşen ticari işletmenin, yeni kurulan şirketin sermayesini oluşturacağından bahisle değer takdiri yapılması gerektiğini söylemektedirler. Yazarlara göre, bir sermaye şirketinin ticari işletmeye dönüştürülmesi ve ardından yeni bir işlemle bir şahıs şirketine çevrilmesi olanaklıdır. Böylece kanunun doğrudan öngörmediği bir yol(sermaye şirketinin şahıs şirketine dönüşmesi), kanunun çizdiği sınırlar içinde açılmaktadır. Bunun yerine tür değiştirme sırasında, sermaye şirketlerinin şahıs ortaklıklarına çevrilmesine cevaz veren bir sistem yaratılabilirdi⁶¹.

Karahan/ Keşli ise, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi durumunda, işletmenin tüzel kişiliği olmadığı için, ticaret ortaklıklarındaki tür değiştirmeye benzer şekilde, ortada yine bir tüzel kişiliğin bulunduğunu belirtmektedirler. Bu ticaret ortaklığına, yeni türün kuruluşuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yazarlar, bu hallerin *numerus clauses*, yani sınırlı sayı prensibi

⁶⁰ Söz konusu düşünce ve eleştiriler için bk. Hülya Coştan. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yolu ile Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 224- 225.

⁶¹ Bu konudaki açıklamalar için bk. Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı. **Şirketler Hukuku**, , 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 119- 120.

bağlamında yorumlanmalarından yanadırlar. Çünkü kanunda belirlenmemiş haller için ticari işletmenin tür değiştirmesi mümkün değildir⁶².

Maddeler arasındaki uyumsuzluğun daha belirgin bir biçimde fark edilmesi açısından, TBK 203/2 hükmüne de kısaca değinilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Fıkra aynen şöyledir: “ *Bir tek kişiye ait olup da, kollektif veya komandit ortaklık haline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm uygulanır*”.

Buna göre, tek kişinin mülkiyetinde olan bir ticari işletmenin, kollektif veya komandit ortaklığa dönüştürülmesinde de iki yıllık hak düşürücü süre uygulanacaktır. Ancak ticaret kanununda benimsenen sistem, hem sorumluluk rejimi hem de sürenin niteliği noktalarında borçlar kanunundan ayrılmaktadır. Şöyle ki; ticaret kanunundaki sistemde, sorumluluğun süresi üç yıldır ve bu süre zamanaşımı süresi olarak öngörülmüştür. Halbuki borçlar kanununda belirtilen rejimde süre, hak düşürücü süre karakterine büründürülmüştür. Öğretide ağırlık kazanan görüş böyledir.

Ayrıca, bir ticari işletmenin tür değiştirerek kollektif veya komandit ortaklığa dönüşmesinde de, kanunun ilgili hükümlerinin uygulanacağı dile getirilmek suretiyle borçlar kanunundaki düzenden sapıldığı açıkça anlaşılmaktadır.

Arıcı, bu hususta, ticaret kanununun 137. Maddesinde hüküm altına alınan, “ geçerli birleşmeler” başlıklı düzenlemede, TTK m. 194’te belirtilen ticari işletme ile ilgili birleşmelere yer verilmemesini bir eksiklik olarak kabul etmektedir ki, yazarın bu görüşüne katılmamak olanaksızdır.

Ticaret ortaklıklarının ticari işletme ile ilgili birleşmesi ve tür değiştirmesi yeniden yapılanma modeli olarak TTK 194’te yerini alırken, bu kurumların aynı konuları düzenleyen TBK 202 ve 203 ile ilişkisi ve uyumu henüz sağlanamamıştır⁶³. Ancak, yapılan eleştirilerin, kanun koyucunun bu uyumsuzluğu giderme yönünde harekete geçmesini sağlamak bağlamında başarılı olduğunu söylemek, en azından bugün için mümkün görünmemektedir.

Bu konuda son olarak şunu ifade etmeliyiz ki, ticaret kanununu hazırlayan komisyon ile borçlar kanununu hazırlayan komisyon arasında eşgüdüm ve bağlantı bulunmaması, bu ikiliğe zemin hazırlayan temel nedendir. Ancak, ticaret kanununun,

⁶² Sami Karahan. **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2012, s. 227.

⁶³ Arıcı, s. 216- 217. Yazar, bu eleştirilerine dayanak olarak, Moroğlu’nun ticaret kanunu tasarısı hakkındaki görüşlerini paylaştığı kitabını göstermektedir.

borçlar kanunu karşısında daha spesifik ve özel bir konumda olması sebebiyle, bu kanun hükümlerinin uygulanması, sorunun çözümü bakımından yerinde olacaktır.

3. BİR TİCARİ İŞLETME İŞLETEN ADİ ORTAKLIKTA TİCARETİ TERKE YOL AÇAN DURUMLAR

a. Adi Ortaklıkta Payın Devri

Pay devri, ticareti terk sonucu doğuran işlemlerden biridir ve adi şirkette, hukuken geçerli bir devir için diğer ortakların rızaları gerekmektedir (TBK m. 632/1). İkinci fıkra ise şöyledir: “ Ortaklardan biri, tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder veya payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz”(TBK m.632/2). Devir kısmen veya tamamen olabilir⁶⁴.

Adi ortaklıkta payın nasıl devredileceği ve pay devrinin hüküm ve sonuçları kanunda düzenlenmediği için, şekil açısından alacağın devri⁶⁵, sonuçlar bakımından ise Kollektif ortaklığa dair hükümlerin uygulanması kabul edilebilir.

Payın devredilebilmesi için, her şeyden önce, hukuki bir işlem olan devir sözleşmesine ihtiyaç vardır. Devir sözleşmesi, alacağın devri işlemi olduğu gibi yazılı şekil koşuluna bağlanmıştır. Hatta, adi ortaklığın malvarlığı içerisinde bir taşınmaz bulursa dahi, devir sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması yeterli olacaktır; çünkü burada devri söz konusu olan, taşınmaz eşya değil, ortaklık sıfatına bağlı olan haklar ve borçlardır. Pay devri sözleşmesi, çoğunlukla satım sözleşmesi görünümünde karşımıza çıkacaktır. Ancak, ortağın payını üçüncü bir kişiye bağışlama sözleşmesi yapmak suretiyle de devretmesi olanaklıdır. Pay devrinin geçerli olarak gerçekleşebilmesi için gereken diğer koşul ise, ortakların verecekleri

⁶⁴ Ticareti terk sonucunu doğuran devir, payın tamamen devredilmesidir. Yoksa kısmi devir halinde, ortak sayısında artış görülür, ancak ticaretin terki söz konusu olmaz. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bk. Oruç Hami Şener. **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, (Anılış: “ Adi Ortaklık”) s. 373.

⁶⁵ Alacağın devri(TBK'daki ismiyle), bir tasarruf işlemi niteliğinde olup, yazılı şekle bağlı bir hukuki işlemidir. Borçlunun rızası alınmaksızın yapılan bu işlemde borçlunun zarar görmemesi için, hukuki durumunun çıkarlar dengesi gözetilerek korunması ilkesi benimsenmiştir. Bu nedenle borçlu, eski alacaklıya karşı ileri sürmeye hakkı olduğu bütün def'i ve itirazları yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilir(TBK m. 183- 194).

onaydır⁶⁶. Pay devri, bütün ortakların verecekleri onayla geçerli hale gelir, yani oybirliği ile karar alınması gerekmektedir⁶⁷.

Bununla birlikte, hükmün emredici nitelik taşımayan karakteri, pay devrine ilişkin özel bir kural getirilmesini de engellemez. Getirilecek özel kuralla, payın devri, oybirliği dışında, örneğin ortakların çoğunluğunun alacağı karara da bağlanabilir⁶⁸.

Kollektif ortaklıkta devrin hüküm ve sonuç doğurabilmesi, tescil ve ilana tabidir. Adi ortaklıkta ise tescil ve ilan olanağı bulunmadığından, üçüncü kişilere karşı bu hususun ileri sürülebilmesi için, üçüncü kişilere bildirim temel alınması gerekmektedir⁶⁹.

Adi ortaklıkta payın tamamen devrinde, diğer bütün ortakların rızalarının aranmasının nedeni, bu ortaklığın güvene dayalı bir hukuki ilişki olmasından ileri gelmektedir. Ortaklar, kendilerine yabancı üçüncü kişiyi şirkette istemeyebilirler. İşte bu gereksinimi göz önünde bulunduran kanun koyucu, diğer ortakların rızaları şartını getirerek, ortaklıktaki “yabancılaşmayı” engellemeyi hedeflemiştir.

Ortaklarca verilecek rıza, açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir⁷⁰. Örneğin, payın üçüncü bir kişiye devrine diğer ortakların ses çıkarmamaları, hatta yeni ortakla

⁶⁶ Öğretide ortakların rızalarının aranmasının, pay devrinin yasaklandığı anlamına geldiğini ifade eden Baştuğ’un bu görüşüne katılma olanağı bulunmamaktadır. Çünkü, söz konusu hükümde pay devrinin mümkün olduğu belirtildiği gibi, en önemli koşulu da gösterilmiştir. Alman hukukunda da, payın nasıl devredileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Hatta ortaklık haklarının devredilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, Alman hukukunda da ortakların tamamının rızalarının varlığı halinde, pay devrinin yapılabileceği yönünde görüşler mevcuttur. Bu hususta bk. Ertan Demirkapı, **Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, (Anılış: “Payın Devri”) s. 10.

⁶⁷ Bu hususta bk. Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 66; Bilgili/ Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 37, dñn. 55. Ancak, Alman hukukunda, payın devri için herhangi bir biçim koşulunun getirilemeyeceği görüşü benimsenmiştir. Bunun nedeni, Alman hukukunda alacağın devrinin şekle bağlı kılınmamış olmasıdır. Bu nedenle, Alman öğretisinde, adi ortaklığın malvarlığının tamamı taşınmazlardan oluşsa bile, payın devrinin şekle bağlanamayacağı vurgulanmaktadır. Alman hukukundaki bu duruma ilişkin olarak bk. Şener, Adi Ortaklık, s. 374- 375, dñn. 741.

⁶⁸ Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 66; Şener, Adi Ortaklık, s. 377- 378; Bilgili ve Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 37, dñn. 55. Zira, kişisel unsurların ve güven ilişkisinin ağır bastığı adi ortaklıkta, oybirliğinin her zaman sağlanabilmesi de güç gözükmektedir.

⁶⁹ Demirkapı, Payın Devri, s. 10- 11.

⁷⁰ Nitekim Yargıtay da bir kararında(**13. HD, 28.03. 1990, E. 7377, K. 2385**), rızanın örtülü olarak da verilebileceğini içtihat etmiştir. Bu karar şöyledir: “ ... Taraflar arasındaki uyuşmazlık adi ortaklık ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Taraflar 30. 01. 1989 günlü oturumda karşılıklı olarak tanık dinlenmesine muvafakat etmişlerdir. Dinlenen tüm tanıklar, davalının ortağı olan Cahit Meşe’den adi ortaklıktaki yarı payını satın alan davacının üç ay davalı ile birlikte çalıştıklarını söylemişlerdir. Davalı dahi savunmasında ve 30. 11. 1988 günlü davaya cevap dilekçesinde, davacının ortağı Cahit Meşe’nin temsilcisi olarak birlikte üç ay çalıştıklarını ve ortaklıktan ayrıldığını bildirmiştir. Davalının bu beyanı dahi tanık sözlerini doğrulamıştır. O halde davacının ortak Cahit Meşe’nin adi ortaklıktaki

çeşitli sözleşmeler yapmalarında durum böyledir. Payın üçüncü kişiye veya ortaklardan birine devredilmesi arasındaki fark, üçüncü kişiye devir halinde ortaklığa yeni bir ortağın alınması, ortaklardan birine devir halinde ise, şirkete yeni bir ortağın girmemesidir⁷¹.

Ortakların rıza vermemelerinin en önemli hukuki sonucu, devir sözleşmesinin taraflarının ortaklıkta yer değiştirememesidir. Yani, devreden tarafın ortaklıktan çıkması, devralan tarafın da ortaklığa ortak sıfatıyla girmesi, mümkün olamamaktadır. Nitekim Yargıtay da(**13. HD, 21. 11. 1986, E. 4471, K. 5704**), ortağın payını üçüncü bir kişiye bağışlamak suretiyle devretmesinin olanaklı olduğunu, ancak diğer ortakların onayı bulunmadan, payı devralanın ortak sıfatını elde edemeyeceğini içtihat etmiştir. Buradan şu sonucu çıkarmak da mümkündür: Bütün ortakların onay vermemesi, adi ortaklığın ticari işletme işlettiği durumda, payını devreden ortağın ticareti terk etmesini de engelleyecektir. Karar şöyledir:

“ Bir tarafta Hacı Hasan Yılmaz ve Mustafa Yılmaz, diğer tarafta davalı Mustafa Zengin olduğu halde taraflar arasında küçük çapta un fabrikası tesis edilmek üzere adi ortaklık kurulduğu dosya içerisinde bulunan ve yukarıda adları yazılı taraflarca imzalı sözleşme içeriğinden anlaşılmaktadır. Öte yandan davalının ortak Hasan Hacı Yılmaz’a Emet Noterliği aracılığıyla gönderdiği 11. 11. 1977 tarih ve 3634 sayılı ihtarnamesiyle de anılan ortaklığın kurulduğu kabul edilmektedir. Ne var ki, Hacı Hasan Yılmaz 04. 01. 1978 günlü hibe senediyle un fabrikasındaki hissesini mülkiyet ve işletme haklarıyla birlikte Yakup Yılmaz’a hibe etmiştir. Davalının ortak Hacı Hasan Yılmaz’ın ortaklık hissesini Yakup Yılmaz’a devrine muvafakati olmadığı anlaşılmaktadır. O halde üçüncü şahıs durumunda olan Yakup Yılmaz, adi ortaklığa şerik sıfatını ihraz edemez ve hususıyla şirket işleri hakkında malumat isteyemez ve ortaklığa dayanarak böyle bir dava da açamaz...”⁷²

Payını tamamen devreden ortak- başkaca bir ticari işletme işletmiyorsa, tacir sıfatını kaybeder ve İİK m.44’deki yükümlülöklere tabi olur. Ancak, bir işletmesi daha varsa, o zaman ticareti terk durumu ortaya çıkmaz. Çünkü kişi hala tacir sıfatına

payını devralmasına davalının muvafakatettiğinin kabulü gerekir. Bu durumda davacı adi ortaklığın ortağı durumundadır ve şartları varsa adi ortaklığın fesih ve tasfiyesini isteyebilir...” (Bu karar için bk. Şener, Adi Ortaklık, s. 378).

⁷¹ Bilgili ve Demirkapı, Ticaret Hukuku, s. 292; Bilgili ve Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 36- 37.

⁷² Kararın yayınlandığı yer için bk. **Yasa Hukuk Dergisi**, 1987, Cilt: X, Sayı: 5, ss. 737- 738; kararın özeti için bk. Şener, Adi Ortaklık, s. 377.

sahiptir. Buna ticaretin kısmen terk edilmesi denir. Ticaretin kısmen terki halinde, İİK m. 44'ün uygulanıp uygulanmayacağı hususunda, çeşitli tereddütler belirebilir. Kuru, kısmen terk durumunda da maddenin uygulanması taraftardır; yazara göre, ticareti kısmen terk eden kişinin alacaklılarına zarar verme kastı bulunabilir, maddenin amacı alacaklıları korumak olduğuna göre, kısmen terk eden kişinin de madde kapsamına alınması, hükmün konuluş amacı ile uyumludur⁷³.

b. Ortağın Çıkma Ve Çıkarılması

Ticari işletme işleten bir adi ortaklıkta, ticaretin terki ile sonuçlanan durumlardan biri de ortağın çıkma ve çıkarılmasıdır.

Çıkmayı düzenleyen TBK m. 633 hükmü şöyledir: “ Bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi halinde⁷⁴, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa, bu durumlardan biri gerçekleştiğinde, o ortak veya temsilcisi ya da ölen ortağın mirasçısı ortaklıktan *çıkabilir* veya diğer ortaklar tarafından *yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabilir*”.

Adi ortaklıkta bir ortağın çıkması için öncelikle, ortaklığı sona erdiren nedenlerden birinin çıkmak isteyen ortağın şahsında gerçekleşmiş olması aranır. Ardından, ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin hükmün mevcut olup olmadığı aranacaktır. Eğer böyle bir devam hükmü sözleşmede yer almıyorsa, ortaklık kural olarak sona erecektir⁷⁵.

⁷³ Hemen belirtmelidir ki, yazar burada İİK m.44 hükmünün tamamının değil, yalnızca ticareti terk eden tacire” 15 gün içinde durumu ticaret siciline bildirmeyi ve mal beyanında bulunmayı” yükümleyen ilk fıkrasının uygulanması gerektiğini söylemektedir. Bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 117. Aynı yönde bk. Talih Uyar. **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Cilt: XIII, Ankara, 2010, s. 21045.

⁷⁴ Düzenlemede sayılan durumların sınırlayıcı değil, örnekseyici olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bk. Bilgili ve Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 37, dpn. 58; Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 69; Karahan, Şirketler Hukuku, s. 70- 71.

⁷⁵ Devam hükmünün yokluğu halinde adi ortaklığın kural olarak sona ereceği yönünde bk. Serdar Hızır. “ 6098 sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu’na Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. III ,2011, ss. 2826; Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 68.

818 sayılı BK'da yer almayan bu kuralın konuluşundaki temel amaç, şahsında sona erme nedenlerinden biri gerçekleşen ortağın çıkma veya çıkarılması suretiyle ortaklık ilişkisinin ayakta tutulabilmesidir⁷⁶.

Karahan/ Akın, TBK m. 633 normunun başarılı bir şekilde kaleme alınmadığı düşüncesindedir. Yazarlar, kuralın kendi içinde önemli bir çelişkiyi barındırdığını ifade etmektedir. Örneğin, ortağın bir yandan fesih bildiriminde bulunurken, diğer yandan çıkmayı talep etmesi mantıklı görünmemektedir. Bu çelişki özellikle iflasın açılması halinde belirginleşir, zira malvarlığı üzerinde iflas açılan ortağın tasarruf yetkisi kısıtlandığından, iflas eden ortağın çıkma hakkını kullanabilmesi olanaklı olmamalıdır, ortak yerine bu iradeyi iflas idaresi ortaya koymalıdır⁷⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun bu düzenlemelerine kaynaklık eden Alman Medeni Kanunu'nda(§ 705- 740) ise, ölüm, iflas ve fesih bildiriminde bulunurken, diğer ortakların onayı aranmaksızın veya ortağın alacağı inşai nitelikte bir karara gerek kalmaksızın kendiliğinden şirketten çıkmayı öngörmüş(§ 736 BGB), izleyen paragrafta da(§ 737 BGB) ortağın haklı nedene dayanarak çıkarılacağı haller hükme bağlanmıştır. Ancak Karahan/ Akın, TBK'nın bu sistemden ayrılarak konuyu iki madde yerine tek maddede düzenlediğini, bunun da isabetli olup olmadığının tartışmalı olduğunu belirtmektedir⁷⁸.

Bir ortağın iflası durumunda(elbette tacir olması gerekir), iflas eden ortak adi şirketten çıkma talebinde bulunabilir. Çıkmayı, payın devri(ortaklığa yeni ortak alınması) ile karıştırmamak gerekir. Çünkü birinci halde, şirkete yeni ortak alınması gerekmezken, payın tamamen devri durumunda şirkete üçüncü bir kişi ortak sıfatı ile girmiş olur. Çıkan ortak bakımından, ortak sıfatı sona ereceği için, ticareti terk söz konusu olacaktır.

Ortağa, adi şirketten çıkma hakkı sözleşme ile tanınabileceği gibi, ortakların oybirliği ile sonradan vereceği bir kararla da tanınması olanaklıdır. Çıkma hakkı, koşula bağlanabilir veya koşulsuz olarak ortağın iradesine de bırakılabilir. Çıkma

⁷⁶ Çıkma ve çıkarılmaya ilişkin yeni düzenlemenin bu amacıyla ilgili olarak bk. Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 68; Bilgili ve Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 38.

⁷⁷ Yazarların TBK m. 633 hükmüne yönelttikleri eleştiriler için bk. Karahan, Şirketler Hukuku, s. 72 vd.

⁷⁸ Bk. Karahan, Şirketler Hukuku, s. 73.

hakkının kullanılması, inşai(yenilik doğurucu) bir etki gösterir⁷⁹. Çıkma hakkının kullanılabilmesi için, dava açılmasına gerek bulunmamaktadır. Tek taraflı ve varması gerekli irade açıklaması, hakkın kullanımı bakımından gerekli ve yeterlidir⁸⁰.

Çıkma hakkının kullanılması, kural olarak herhangi bir biçime bağlı değildir. Hatta, adi şirket bir ticari işletme işletmek amacı ile kurulsa ve bütün ortaklar tacir sıfatını taşısalar dahi, hakkın kullanımı TTK m. 18/3'teki şekle bağlı değildir⁸¹. Ancak ortaklar sözleşmeye hüküm koymak suretiyle, çıkma hakkının kullanılmasını şekle tabi tutabilirler. Böyle bir durumda, şekle uygun olarak yapılmayan beyan geçerlilik kazanmayacaktır.

Çıkma hakkına ilişkin, ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunmaması durumunda, çıkma hakkının kullanılabilmesi, diğer ortakların rızalarına bağlı olacaktır, çünkü çıkma hakkı temel haklardan biridir ve sözleşme değişikliği anlamına gelmektedir⁸².

Çıkarılmada ise, yukarıda belirtilen nedenlerin gerçekleşmesi halinde⁸³, ortağın ortaklık sıfatı rızası dışında, yani diğer ortakların vermiş oldukları(yine inşai niteliği haizdir) bir karar sonucunda sona erer. Çıkarılma hakkı, tıpkı çıkma hakkı gibi, ortaklık sözleşmesi ile tanınmış olabileceği gibi, ortakların vereceği kararla da ortaya çıkabilir.

Çıkarılmada amaç, adi şirket gibi sürekli bir borç ilişkisinde, bu ilişkiyi sona erdirebilecek nedeni ortadan kaldırmak ve ortaklık ilişkisini sürdürülebilir kılmaktır. Örneğin, ortaklardan birinin ölümü, adi şirketin sona erme nedenidir, fakat ortaklar,

⁷⁹ Gerçekten de, çıkma hakkının kullanılması ile ortak, ortaklıktan ayrılmış olur ve adi şirketin ticari işletme işlettiği durumlarda da,çıkan ortak açısından ticareti terk sonucu doğar. Çıkma hakkının yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı yönünde bk. Hızır, ss. 2820.

⁸⁰ Şener, Adi Ortaklık, s. 387.

⁸¹ TTK m. 18/3 hükmü şöyledir: “ Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshede, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla, veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır”. Çıkma beyanının TTK'daki ispat şekline bağlı olarak yapılmasının zorunlu olmadığına ilişkin olarak bk. Şener, Adi Ortaklık, s. 387; Hızır, ss. 2820, dpn. 8. Bu son yazar, iki ortaklı adi ortaklıkta ortaklardan birinin çıkma beyanında bulunması halinde, ortaklıkta tek ortağın kalacağını, hukukumuzda da tek ortaklı adi ortaklığa cevaz verilmemesi nedeniyle bu hakkın kullanımının ortaklığın feshi anlamına geleceğini; bu yüzden, iki kişiden oluşan bir adi ortaklıkta, ortaklardan birinin çıkma hakkını kullanması durumunda bu hakkını TTK m. 18/III'te belirtilen biçime uygun olarak kullanması gerektiğini dile getirmektedir. Yazarın bu haklı görüşü için bk. Hızır, ss. 2820.

⁸² Şener, Adi Ortaklık, s. 388.

⁸³ Çıkma ve çıkarılmaya ilişkin gerekçeler Türk Borçlar Kanunu'nda tek tek sayılmıştır. Bk. TBK m. 633.

verecekleri bir kararla, eğer mirasçı bu ilişkiye katılmak istemiyorsa, onu şirketten çıkararak ortaklığın devamını sağlayabilirler.

Çıkarılmada, öğretide görüş ayrılıklarına yol açan bir durum söz konusudur. Bazı yazarlar, çıkartmanın, ortaklık sözleşmesine konulacak bir hükümlerle tamamen engellenmesinin mümkün olmadığını ve burada ETTK m. 197(TTK m. 255)'nin uygulanmasının engellenemeyeceğini⁸⁴; diğer yazarlar da TTK m.255'in burada uygulanmasının söz konusu olamayacağını belirtmişlerdir⁸⁵. Karahan/ Akın ise, bu konudaki boşluğun doldurulması gerektiğini ve TTK m. 255 hükmünün en azından ticari işletme işleten adi ortaklıklar için kıyasen uygulanarak boşluğun doldurulabileceğini ifade etmiştir⁸⁶.

Biz de TTK m. 255'in uygulanmasını engeller biçimde, sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle çıkartmanın engellenemeyeceği yönündeki görüşü savunuyoruz⁸⁷. Adi şirket, nitelik itibariyle Kollektif şirkete çok benzediğine göre(

⁸⁴ Akkanat, adi ortaklıkta ortağın haklı nedenle çıkarılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasının, kanunda boşluk olduğu anlamına gelmediğini, kanun koyucunun bu hususta bilinçli olarak sustuğunu, dolayısıyla kollektif ortaklık için öngörülen haklı nedenle çıkarmaya ilişkin ETTK m. 197(TTK m. 255)'in adi ortaklık bakımından uygulama alanı bulamayacağını dile getirmektedir. Yazar, bir an için bu konuda boşluk bulunduğu kabul edilse dahi, TTK m. 255'in kıyasen uygulanamayacağını, boşluğun hakim tarafından ortakların karşılıklı çıkar durumları göz önüne alınarak doldurulması gerektiğini belirtmektedir. Yazar, özetle, çıkarma açısından ortakların yetkisinin bulunmadığını söylemektedir. Yazara göre, çıkarma konusunda yetki mahkemeye aittir. Yazarın bu görüşü için bk. Halil Akkanat. “ Adi Ortaklıkta Haklı Sebep İhraç Mümkün müdür?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXII, Sayı: 1- 2, 2004, ss. 336 vd. Karşı görüş için bk. Şener, Adi Ortaklık, s. 389; Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 69.

⁸⁵ Öğretide tartışmalar yaratan TTK m.255 hükmü şu şekildedir: “ Bir ortağın kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı şirketin feshinin istenebileceği durumlarda, diğer ortakların tümü o ortağın şirketten çıkarılmasına ve şirketin devamına karar verebilir. Şirket sözleşmesinde bu kararın çoğunlukla alınması öngörülebilir. Çıkarılan ortak, bu kararın noter aracılığıyla tebliğinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde şirkete karşı çıkarılmanın iptali davasını açabilir. Birinci fıkra uyarınca çıkarma kararı alınmadığı takdirde, her ortak, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden söz konusu ortağın şirketten çıkarılmasını ve ayrılma payının belirlenmesini isteyebilir”.

⁸⁶ Bu hususta bk. Karahan, Şirketler Hukuku, s. 80-81. Yazarın bu düşüncesi, Kollektif ortaklığın bir ticari işletme işletme amacıyla kurulması ile bağlantılıdır. Yazar, İsviçre öğretisine egemen olan görüşü paylaşmışlardır. Zira İsviçre öğretisinde, adi ortaklığın ticari işletme işletemeyeceği düşüncesi ağır basmaktadır. Eğer adi ortaklık ticari işletme işletirse, kollektif ortaklığa dönüşecektir. İsviçre'deki bu görüş, kollektif ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmamasıyla yakından ilgilidir.

⁸⁷ Şener, Adi Ortaklık, s. 388. Yazar, adi ortaklık sözleşmesinde çıkarmaya ilişkin hüküm bulunmaması halinde, Kollektif ortaklıkta ortağın haklı nedenle şirketten çıkarılmasını öngören TTK m. 255 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindedir. Buna karşılık bazı yazarlar, TTK m. 255'in(ETTK m. 197) kıyasen uygulanamayacağını belirtmektedirler. Bu yazarlardan biri olan Karayalçın'a göre, ortaklar, iflas, kısıtlanma vb. durumlarda, ortağı haklı nedenle ortaklıktan çıkaramazlar, bunun için mahkeme kararına gereksinim vardır. Çamoğlu ise, söz konusu durumlarda, gerçek bir boşluk olduğunu, bu boşluğun yorum yapmak sureti ile doldurulabileceğini, bu boşluğun doldurulmasında TTK m. 255'in kıyasen uygulanmasının mümkün olduğunu, ancak haklı nedenle çıkarmada, çıkarma kararını ortakların değil, mahkemenin vereceğini dile getirmektedir. Yazar, TTK

özellikle ortaklar arası ilişkiler bakımından), TTK m. 255'in, adi şirkete uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Çıkma ve çıkarılma durumlarında, adi şirket iki kişiden oluşuyorsa, ortaklardan birinin ayrılması, ortaklık ilişkisinin son bulması demek olacağından, adi ortaklıkta TTK m. 256- 257 hükümlerinin, özellikle adi şirketin ticari işletme işletmek amacı ile kurulduğu durumlarda, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması yerinde olacaktır⁸⁸. Ortak sayısının ikiden fazla olması halinde, çıkma ve çıkarılmanın hüküm ve sonuçları hakkında TBK'da hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, Kollektif ortaklıktaki düzenlemeler olan TTK m. 260- 263 hükümlerinin, adi ortaklığa niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir⁸⁹.

m. 255'in adi şirket için de uygulanabilir olmasını, bu şirketin, kollektif şirkete pek çok yönden benzediği gerekçesi ile açıklamaktadır. Karayalçın, şahsında haklı nedenin gerçekleştiği ortak bakımından, sözleşmede, ortakların çoğunluğunun kararı ile çıkartılabilir şeklinde bir hüküm bulunması halinde, ortakların çoğunluğu ile, sözleşmede hüküm bulunmaması halinde ise, ortakların oy birliği ile çıkartılması gerektiği kanısındadır. Şener de aynı görüşü paylaşmaktadır. Bu konuda bk. Resul Narin. **Adi Şirketin Sona Ermesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 39.

⁸⁸ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 390- 391. Tekinalp de, iki kişilik bir adi ortaklıkta TTK m. 257'nin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, bu çözüm- yani Kollektif ortaklığa ilişkin bir hükmün adi ortaklık açısından da uygulama alanı bulması, işletmenin sürekliliği ilkesi, kurulu düzenin sürdürülmesine ve genel ekonomik çıkarlara uygundur. Diğer bir deyişle, kanun koyucuyu TTK m. 257'i sevke yönelten nedenler, adi ortaklık için de geçerlidir. Hatta adi ortaklıkta bu hükümlerin öncelikle(evleviyetle) uygulanmaları gerekir. Yazar, haklı olarak, ortak sayısı bire düşen adi ortaklığın tek kişi işletmesine dönüşmesine BK bakımından da kuramsal olarak da aykırılık bulunmadığını söylemektedir. Yazar, Yargıtay'ın yerleşik kararlarının adi ortaklığın tasfiyesini neredeyse olanaksız kıldığını, ancak yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, yüksek mahkemenin işletmenin sürekliliği ilkesine uygun kararlar alacağına inandığını dile getirmektedir. Bk. Ünal Tekinalp. **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 22- 23. Gerçekten de Yargıtay, TTK m. 257'nin uygulanabilirliğini engeller nitelikte kararlar almaktadır. Yargıtay'ın (**11. HD, 23. 06. 1975, E. 1975/ 1958, K. 1975/ 4227**), iki kişilik bir Kollektif ortaklığın tek kişi işletmesine dönüşmeyeceğine içtihat ettiği kararlarından biri şöyledir: "...Her ne kadar davacı ortağın ihbarından önce davalı ortak, TTK'nun 199.maddesine göre açtığı davada davacı ortağın ihracını ve fesih ve tasfiyeye hükmetmeksizin şirket mevcudunun bütün iş ve muameleleri ile birlikte kendisine terk edilmesini talep etmiş ise de, mücerret böyle bir davanın açılmış olması, şirket süresinin uzamasını gerektirmeyeceği gibi, tasfiye işlemlerinin gecikmesine vesile olamaz. Bir ortağın şirketten ihracına ilişkin karar inşai mahiyette olduğundan, ihraç ancak hükmün kesinleşmesi tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Muayyen müddetli şirkette müddetin uzatılmayacağına ilişkin ihbarın yapıldığı tarihte ve müddet bitmezden önce böyle bir ihraç kararı bulunmadığına göre, davacı ortağın yaptığı bu ihbarın geçerli olduğunu ve şirketin, müddetin bitiminde sona erdiğini kabul etmek gerekir. Böylece, 31. 12. 1974 tarihinde sona ermiş olan kollektif şirket, kendiliğinden tasfiye haline gireceğinden, tasfiye memuru tayini işi elbetteki öncelik kazanır..." (Karar için bk. www.kazanci.com, 17. 10.2012).

⁸⁹ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 391.

Yargıtay, net anlaşılmalı bir kararında, haklı nedenin bulunması halinde, ortakların, haklı neden şahsında gerçekleşen ortağı çıkartamayacaklarını, bunun yerine, ortaklığın feshi ve tasiyesinin söz konusu olabileceğini içtihat etmiştir⁹⁰.

Çıkarılan ortak da, çıkan ortak ile aynı hukuki sonucu paylaşır, adi şirketin ticari işletme işletmek amacı ile kurulduğu durumlarda, çıkarılan ortak, tacir sıfatını kaybeder ve ticareti terk etmiş olur. Böylece İİK m.44'deki yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir.

4. TİCARİ İŞLETMENİN ORTAKLIKLARA SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ

a. Ticari İşletmenin Adi Ortaklığa Sermaye Olarak Getirilmesi

Bir adi ortaklığa, sermaye olarak ticari itibar ve kişisel emek de dahil olmak üzere, ekonomik değer taşıyan her şey sermaye olarak getirilebilir. Adi ortaklığa bir ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesinin ise, konumuz ile doğrudan bağlantısı bulunmaktadır. Çünkü, adi ortaklığa ticari işletmesini sermaye olarak getiren tacir, bu ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle⁹¹, ticari faaliyetlerini sona erdirmemiş olacaktır. Zira, adi ortaklığın bir ticari işletme işlettiği durumlarda, bütün ortaklar tacir sıfatına sahip olurlar.

Ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi durumunda, tacir bakımından TBK m. 202 ve TTK m. 11 uygulama alanı bulur. İşletmenin devri sonucunu doğuran bu işlem, ticari işletmesini sermaye olarak getiren tacirin iki yıl boyunca müteselsil sorumlu olmasını sağladığı gibi, işletme sahibi aynı zamanda ortak olduğundan, adi ortaklık ortağı olarak da müteselsil sorumluluğu devreye girer (TBK m. 638). Bu nedenle, onun sorumluluğu iki yıllık süre ile sınırlı değildir⁹².

⁹⁰ Bk. 13. HD, 22. 01. 1987, E. 6267, K. 206. Şener, bu kararın yerinde olmadığını, çünkü kararı bu şekilde anlarsak, haklı nedenin gerçekleşmesine karşın, adi şirkette ortakların ortağı haklı nedenlere dayanarak çıkartamayacağını, halbuki niteliği itibarıyla kollektif şirkete benzeyen adi şirketler için de TTK m. 255 hükmünün uygulanmasının önünde hiçbir engel bulunmadığını ifade etmektedir. Bk. Şener, Adi Ortaklık, s. 389.

⁹¹ Adi ortaklıkta tüzel kişiliğinin bulunmaması, onu diğer şahıs şirketlerinden (Kollektif ve adi komandit) ayıran en önemli unsurdur.

⁹² Bu konuda bk. Şener, Adi Ortaklık, s. 205; Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 31. Aynı yönde bk. Pulaşlı, C. I, s. 28, N. 35.

Ticari işletmenin adi ortaklığa sermaye olarak getirilmesiyle İİK m. 44'te belirtilen ticareti terk durumu da ortaya çıkmaz ve bu madde uygulanamaz, çünkü ortak tacir sıfatını devam ettirmektedir⁹³.

b.Ticari İşletmenin Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Getirilmesi

Ticari işletme, taşıdığı ekonomik değer nedeniyle bütün ticaret ortaklıklarına sermaye olarak getirilebilecek bir nitelik taşımaktadır. Kollektif ve adi komandit ortaklık, kanun gereğince(TTK m. 211, 304) bir ticari işletme işletmek zorunda olduğundan, bu iki şahıs şirketine ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi gerektiğini sözel bir yorum yaparak çıkarabilmek olanaklıdır.

Ticaret ortaklıklarına ilişkin genel nitelikli kuralların belirlendiği TTK m. 124- 210'da, ticaret ortaklıklarına hangi unsurların sermaye olarak getirilebileceğiyle ilgili bir düzenlemeye de yer verilmiştir. TTK m. 127/1-g bendinde, ticari işletmelerin ticaret ortaklıklarına sermaye olarak konulabileceği açıkça belirtilmiştir.

Ancak, ticari işletmenin bir adi ortaklığa sermaye olarak getirilmesi ile bir ticaret ortaklığına sermaye olarak getirilmesi arasında, tacirin İİK m. 44'e tabi olup olmayacağının saptanması çerçevesinde önemli bir fark bulunmaktadır: Ticaret ortaklıklarının her birinin, kendilerini kuran kişilerden bağımsız bir malvarlığı ve kişiliği vardır, yani her bir ticaret ortaklığı kendi tüzel kişiliğine sahiptir(Ticaret ortaklıklarının tüzel kişiliği haiz olduğu TTK m. 125'te vurgulanmıştır).

Tüzel kişiliğin bulunması, ticari işletmesini sermaye olarak getiren kişinin, ortak olduğu andan itibaren tacir sıfatını yitirmesine yol açar. Çünkü, Yargıtay'ın çeşitli içtihatlarında da söylendiği gibi, bir ticaret ortaklığına ortak olmak, o kişiyi tacir kılmaz. Bu durum, özellikle kişinin iflasa bağlı kılınması noktasında önemini gösterir.

Bir ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi durumunda, işletme sahibi açısından TBK m. 202 ve TTK m. 11/ III işlerlik kazanır. Dolayısıyla, işletmesini sermaye olarak getiren tacir için adi yazılı biçimde yapacağı işletme devri ile birlikte, iki yıllık müteselsil sorumluluk ortaya çıkar⁹⁴. Ancak, aynı zamanda, bu kişinin,

⁹³ Bu konuda bk. Şener, Adi Ortaklık, s. 206. Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 31.

⁹⁴ Bu konuda bk. Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 114- 115; Pulaşlı, C. I, s. 90- 91, N. 67. Bu son yazar, ticari işletmenin şirkete sermaye olarak konulması halinde, şirket sözleşmesinin yapılmasının

tüzel kişiliği bulunan bir ticaret ortaklığına ortak olarak girmesi, ticareti terk etmesine neden olacaktır. Çünkü, bundan böyle ticari faaliyetleri gerçekleştiren tacir değil, ticaret şirketidir. Bu durum, sermaye olarak ticari işletmesini getiren tacir açısından ticareti terk anlamına gelecektir.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, özellikle Kollektif ortaklıkta belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda ortakların iflas etmesi, ortakların tacir sıfatı taşımalarından değil, kanunun alacaklıları korumak istemesinden kaynaklanmaktadır⁹⁵.

yeterli olduğunu, devri özel biçime bağlı malvarlığı unsurları için söz konusu devir koşullarının yerine getirilmesinin gerekli olmadığını dile getirmektedir. Yine aynı yönde bk. Arıcı, s. 65. Karşı görüş için bk. Arkan, s. 43, dñn. 1. Yazar, bir ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesine işletme devrine ilişkin kuralların değil, aynı sermayeye değer biçilmesini hüküm altına alan TTK m. 128'in uygulanacağını söylemektedir.

⁹⁵ Bu konuda bk. Karahan, Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 268; Şener, Uygulamalı Ortaklıklar, s. 236; Pulaşlı, C. I, s. 364, N. 47.

İKİNCİ BÖLÜM
TİCARETİ TERK EDEN TACİRE DÜŞEN YÜKÜMLÜLÜKLER VE
BİLDİRİMDE BULUNDUĞU MAKAMLAR

I. TİCARETİ TERK BİLDİRİMİ VE MAL BEYANINDA BULUNMA YÜKÜMÜ

A.TİCARETİ TERK EDEN TACİRİN TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMA YÜKÜMÜ

1.TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMAKLA YÜKÜMLÜ KİŞİLER

a.Gerçek Kişi Tacirler

Daha önce de vurguladığımız gibi, ticaretin terki yalnızca gerçek kişi tacirler bakımından uygulama alanı bulabilir. Tüzel kişi tacirlerin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir.

Gerçek kişi tacirin bu yükümlülüğü Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde de açıkça düzenlenmiştir: “ Ticareti terk eden tacir” ifadesi, gerçek kişi tacirlerin sicilden kayıtlarının silinmesini hüküm altına alan 51. maddede belirtilmiştir. Gerçek kişi tacir kavramının içeriğine bir ticari işletme işleten adi ortaklık ortakları da dahildir. Öğretide, gerçek kişi tacirlerin hüküm çerçevesinde değerlendirilmeleri gerektiğine ilişkin görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Öğretide tüzel kişilerin bu kapsamda ele alınamayacakları şu görüşe dayandırılarak ortaya konmaktadır: Tasfiyenin tamamlanarak, şirketin ticaret sicilinden terkininden sonra tüzel kişilik sona ermiş olur. Bu aşamadan sonra ortada hukuken bir varlık kalmamış olacağı için, iflas takibi yapılması da olanaklı değildir⁹⁶.

⁹⁶ Bk. Arkan, s. 130. Aynı yönde bk. Arıcı, s. 221, dñn. 8; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar. **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 143; Durman, s. 197.

Adi ortaklığın bir ticari işletme işlettiği hallerde de, çıkma, çıkarılma ve payın devri durumlarında, ilgili ortak açısından ticareti terk ve bunun bildirilmesi yükümlülüğü ortaya çıkar.

b.Ticari Temsilcinin Bildirimi Yapıp Yapamayacağı Sorunu

Ticari temsilci, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bağımlı bir tacir yardımcısı olup, tacirin en geniş yetkilere sahip yardımcılarındandır. Kanunun 547-554'üncü maddeleri arasında unsurları, temsil yetkisinin kapsam ve sınırlarının açıkça belirtildiği bu tacir yardımcısı, işletmenin konusuna giren her türlü işlemi yapmaya yetkilidir, hatta bir yerde tacirin “*alter egosu*” konumundadır⁹⁷. Ticari temsilciyi gerçek kişilerde ticari işletmenin sahibi olan tacir atarken, tüzel kişilerde ilgili organlar atarlar. Örneğin bir anonim ortaklıkta, ticari temsilci atama yetkisi yönetim kuruludur(TTK m. 368).

Ticari temsilcinin, konumuz bakımından önemi, terk bildirimi ve mal beyanında bulunup bulunamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Ticari temsilci, bir ticari işletmenin varlığına özgülendiğine göre, işletmenin kapatıldığı, dağıtıldığı, tasfiye edildiği, devir veya bir ticaret ortaklığına sermaye olarak getirildiği bir durumda, ticari temsilciliğin herhangi bir fonksiyonu kalmayacaktır.

Çünkü terk ile birlikte, işletme hukuken varlığını yitirmiştir, dolayısıyla, ticari temsilcinin terk bildiriminde ve mal beyanında bulunup bulunamayacağı sorusuna olumsuz yanıt verilmelidir.

B.TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNİN SÜRESİ

1.SÜRENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İİK m. 44'te belirtilen on beş günlük bildirim ve mal beyanında bulunma süresinin hukuki niteliğinin öğretilen incelenmediği görülmektedir. Sürenin hukuki niteliği, kanunun sözüne bakılarak yapılacak bir yorumdan ziyade, amaca uygun

⁹⁷ Ticari temsilciye ilişkin olarak ayrıntılı bir bilgi için bk. İsmail Kırca. **Ticari Mümessillik**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 1 vd.

yapılacak bir yorumla bulunabilir. Madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, kural alacaklıları koruma amacını güden bir niteliği haizdir. Öyleyse, on beş gün içinde ticareti terk bildiriminde ve mal beyanında bulunmayan kişi, süresiz olarak-maddenin ikinci fıkrasına göre, bildirim ve mal beyanının ilanından itibaren bir yıl içinde ticareti terk eden tacirin iflasa bağlı kılınması nedeniyle- iflasa tabi olmaya devam edecektir. Böylece, maddenin temel amacı olan alacaklıların korunmasına en iyi şekilde hizmet edilecektir. Tacirin süresiz biçimde iflasa bağlı olmayı sürdürmesi, alacaklıların menfaatleri yönünden en uygun çözüm olarak görünmektedir.

Sürenin hukuki niteliğiyle ilgili bize yol gösterecek açıklamalar bulunmamasına karşın, sürenin hak düşürücü bir nitelik taşımadığı ortadadır, zira on beş günlük süre içerisinde terk bildiriminde bulunmayan ticareti terk eden tacirin haklarında herhangi bir kayıp oluşmamaktadır⁹⁸.

İcra ve iflas hukukunda süreler, ilgililer için ve cebri icra organları için belirlenen süreler olarak ikiye ayrılabilir. İlgiler bakımından süreler, hak düşürücü niteliği haiz iken, cebri icra organları için belirlenen süreler bu nitelikte değildir. Ayrıca, İİK m. 20’de, kanunun koyduğu sürelerin kesin olduğuna ilişkin net bir ifade yer almaktadır⁹⁹. Öyleyse İİK m. 44’te belirtilen süre de kesin süre niteliği taşımaktadır, yani, tarafların yapacakları bir anlaşmayla değiştirilemez. İİK m. 44’teki on beş günlük süre, kesin bir süre niteliği taşımakla birlikte, ticareti terk eden tacirin hakkını kaybetmesine yol açmadığından, hak düşürücü özelliğe sahip olduğundan söz edilemez. On beş günlük sürenin kesin süre niteliği taşıması, ticareti terk eden tacirin on altıncı günde terk bildiriminde bulunduğu zaman, sanki ticareti terk etmemiş gibi iflasa bağlı olmaya devam etmesine neden olmaktadır.

2.BİLDİRİM SÜRESİ

Ticareti terk bildirimi ve mal beyanında bulunma, on beş günlük¹⁰⁰ süreye bağlanmıştır. Kesin süre niteliği taşıdığını yukarıda açıkladığımız bu süre içinde

⁹⁸ Zira, tacirin bu sıfatını sicile süresinde bildirmemiş olması, onun hak kaybına yol açmamaktadır.

⁹⁹ Sürelerde yapılan bu ayırım için bk. Talih Uyar. “İcra Hukukunda Süreler”, [www. myicra.com](http://www.mycra.com), (10. 06. 2013).

¹⁰⁰ Bu konuda bk. Arkan, s. 129; Karahan, Ticari İşletme, s. 92, dpn. 2; Ayhan, Özdamar ve Çağlar, s. 143; Arıcı, s. 221.

ticareti terk eden tacir, bütün aktif ve pasifleri ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur.

C.TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNİNİN YERİ

Ticareti terk bildirim ve mal beyanı, tacirin kayıtlı olduğu yerdeki ticaret siciline yapılacaktır. Tacirin, kayıtlı olduğu yerden başka bir ticaret siciline yapacağı başvuru, kabul edilmeyecektir. Kanun koyucu, bir tacirin ticari faaliyetlerini yürüttüğü yerin sicile kayıtlı bulunduğu yer olduğu düşüncesinden hareket ederek bu kuralı getirmiştir. İİK m. 44'te amaçlanan, ticareti terk eden tacirin terk bildirim ve mal beyanını en doğru ve kolay biçimde yapmasını sağlamaktır.

D.TİCARETİ TERK DURUMUNUN İLAN EDİLMESİ

İİK m. 44'te, ticareti terk durumunun, ticaret sicil memurluğunca, sicil ilanlarının yayımlandığı gazetede(yani Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi) ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de, mutata ve münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan yükümlülüğü ile amaçlanan, alacaklıların, tacirin ticareti terk ettiğini olabildiğince hızlı bir biçimde öğrenmelerini sağlayabilmek ve bu yolla onların takip işlemlerine başlayabilmelerine olanak tanımadır. Zira, tacirin ticareti terk ettiğini bilmeyen bir alacaklı, özellikle 1 yıllık iflas süresini kaçırarak, böylece alacağına kavuşma fırsatını kaçırmış olacaktır. Maddenin konulması ile amaçlanan alacaklıların korunması olduğuna göre, kanunun bunu temin edecek birtakım mekanizmaları devreye sokması da kaçınılmazdır. Bu düşünceden hareketle, İİK m. 44'te, terk durumunun sicil ilanlarının yapıldığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutata ve münasip araçlarla¹⁰¹ ilan edileceği hükme bağlanmıştır. Ancak Kuru'ya

¹⁰¹ Yargıtay'ın bu hususta vermiş olduğu(**Yarg. İİD, 03. 06. 1969, E. 6194, K. 6115**) eski bir karar, yalnızca ticaret sicili gazetesinde yapılan ilanın yeterli olmadığını göstermesi açısından önemlidir. Zira İİK m. 44'te kanun koyucu, sicil gazetesinde yapılan ilanı yeterli görmemiş ve alacaklıların bulunduğu yerde mutata ve münasip araçlarla bir ilan daha yapılmasını öngörmüştür. Çünkü, sicil gazetesinde yapılan ilan, yalnızca o bölgedeki alacaklıların ticaretin terki durumunu öğrenmelerini sağlar. Ancak diğer alacaklıların da durumu öğrenmeleri gerektiği için, sicil gazetesindeki ilan yeterli değildir. Karar şu şekildedir: “ ... Alacaklının ticaret merkezi İstanbul'da olduğu halde ticareti terk keyfiyeti münhasıran İzmir'de münteşir Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmiş ve maddede(İİK m.

göre, bu ilandan kasıt, ticaret sicili ilanlarının yayınlandığı gazete aracılığıyla yapılan ilan olup, alacaklıların bulunduğu yerlerde mutad ve münasip araçlarla yapılan ilan değildir¹⁰².

Ancak Kuru'nun bu görüşüne katılmak güçtür. Çünkü ticaret sicili gazetesinde yapılan ilanlar, alacaklıların tacirin ticareti terk ettiğini öğrenmesinde yeterli olmayabilir. Kanun koyucunun amacı, ticareti terk eden tacirin alacaklılarının bu durumu öğrenmelerini sağlamak olduğuna göre, hükümde belirtilen önlemlerin alınması doğaldır.

“Mutad ve münasip araç” kavramıyla kanun koyucu, alacaklının korunması amacına hizmet eden araçları ifade etmektedir, örneğin, tacirin ege bölgesi içerisinde faaliyet gösterdiğini varsayarsak, ilanın, o bölgede çıkan Yeni Asır gazetesinde yapılması gerekmektedir. Zira bu gazete, bölgesel(Ege) yayın yapmaktadır. Buradan, kanun koyucunun yalnızca TTSG’de yapılan ilanı yeterli görmediğini anlıyoruz.

İlan, terk durumunu ve mal beyanını içerecek biçimde yapılmalıdır¹⁰³. İkisinden yalnızca birinin yer aldığı bir ilan, kanunun gösterdiği şekilde yapılmamış

44, 1) (Alacaklıların buldukları yerlerde mutad ve münasip vasıtalarla ilan) keyfiyeti yerine getirilmemiştir. Ticaret Kanununun 37’inci maddesi hükmü, ilana tabi tescil ve kayıtların kanun ve nizamnamede aksine bir hüküm bulunmadıkça aynen ilan edileceğini, bu ilanın hükümet merkezinde bütün Türkiye’ye ait sicil kayıtlarının ilanına mahsus gazete ile yapılacağını şart koşmuş, 38 ve 39’ncü maddeler hükümlerini böyle usulüne uygun şekilde yapılan bir ilana istinad ettirmiştir. Ticareti terk keyfiyetinin İzmir TSG’de ilan edilmekle yetinilip, 37’nci madde hükmünün yerine getirilmemiş olduğu göz önünde tutulmadan 38 ve 39’uncü maddeler hükümlerine müsteniden ve ticari merkezi İzmir haricinde bulunan alacaklının ıttılının mevcut farz edilmesi usul ve kanuna aykırıdır...” (Karar için bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 111; kararın yayımlandığı yer için bk. **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: VI, 1969, ss. 1171).

¹⁰² Bu hususta bk. **Kuru**, Ticareti Terk, s. 115.

¹⁰³ Ülkü/ Karaaslan, öğretide ilanın mal beyanının içeriğini göstermesi gerektiğine ilişkin baskın görüşe katılmamaktadır. Yazarlara göre, uygulamada aktif ve pasifler, kanundaki ifadeden farklı olarak, tek tek belirtilmemekte, bir bütün halinde ortaya konmaktadır. Ve genellikle, ilanda yalnızca terk olgusuna rastlanmakta, mal beyanına yer verilmemektedir. İlan içinse yaygın olarak yalnızca ticaret sicili gazetesi kullanılmaktadır. Buradan, uygulamada İİK m. 44’de ifade edilen işlemlerin tam anlamıyla yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. Yine yazarlara göre, aktif ve pasiflerin bütün olarak gösterildiği durumda, ayrıntılı bilgiye ticari defterlerden(TTK m. 64) ulaşılabiliyorsa, İİK m. 44’ün ihlal edildiğini, dolayısıyla bu maddenin ihlaline bağlanan yaptırımların uygulanması gerektiğini söylemek yerinde olmayacaktır. Özellikle, ilanda ortaya çıkacak bir eksiklikten, taciri sorumlu tutmak hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Bk. Murat Fatih Ülkü ve Erol Karaaslan. “Alacaklılardan Mal Kaçırma Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: BY. md. 179”, **Manisa Barosu Dergisi**, Sayı: 70, 1999, s. 60. Arıcı ise, bu düşünceye karşı ihtiyatlı olmak gerektiğini savunmaktadır. Yazar, tacirin ticari defterlerinin kamuya açık ve aleni olmadığını, alacaklıların bu defterlere bakarak bilgi edinme haklarının bulunmadığını söylemektedir. Ayrıca İİK m. 44, mal beyanında bulunma yükümlülüğünü açıkça öngörmüştür, hatta yine kanunun 337a maddesi ile aynı zorunluluk bu kez cezai yaptırım bakımından ifade edilmiştir. Bk. Arıcı, s. 221- 222.

sayılır, bunun sonucu, ticareti terk eden tacirin süresiz olarak iflasa tabi olmayı sürdürmesidir. Nitekim Yargıtay'ın¹⁰⁴ (İİD, 25. 12. 1950, E. 5587/ K. 5948) vermiş olduğu bir karar da bu doğrultudadır: "... Ticareti terk keyfiyeti ilan edilmedikçe, o kimse aleyhine her zaman iflas yolu ile takip yapılabilir; zira, ticareti terk hususu ilan edilmedikçe tacir sıfatı baki kalır..."¹⁰⁵

Yargıtay'ın bu kararına katılma olanağı bulunmamaktadır, çünkü ticareti terk ile birlikte, tacir sıfatı sona ermiş olur; terk hususunun ilan edilmemesi, sadece ticareti terk eden tacirin sanki ticareti terk etmemiş gibi iflasa bağlı kılınmasında önemini gösterir.

1. İLAN MASRAFLARI

Ticareti terk eden tacirin, yukarıda anlattığımız ilanların yapılabilmesi için belirli bir masraf yapması gerekmektedir. Kanun, ticareti terk eden tacirin, ilan masraflarını karşılamaması haline ağır bir sonuç bağlamıştır: İlan masraflarını ödemeyen tacir, mal beyanında bulunmamış sayılır¹⁰⁶. Böylece, kanun, ilan masraflarını ödemekten kaçınan tacirin süresiz olarak- sanki hiç ticareti terk etmemiş gibi, iflasa bağlı olmaya devam edeceğini öngörmüştür¹⁰⁷. Bu düzenleme de, diğerleri gibi, alacaklıları koruma amacına yöneliktir.

E. TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNİN ŞEKLİ

Ticareti terk eden bir tacir, İİK m. 44 hükmüne göre, bu durumu on beş gün içinde kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmekle yükümlüdür. Maddede terk olgusunun nasıl yapılacağı- sözlü veya yazılı- hakkında bizi aydınlatan ifade yer

¹⁰⁴ Karar için bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 115, dnp. 17.

¹⁰⁵ Senai Olgaç ve Haydar Köymen. **Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk İcra ve İflas Kanunu**, 2. Baskı, İstanbul, 1965, s. 322, N. 783. Muşul da Yargıtay ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Yazara göre, ilan yapılması, tacir sıfatının devam etmesi sonucunu doğurur. Bk. Timuçin Muşul. **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, 2010, s. 1122- 1123.

¹⁰⁶ " İlan masraflarını müracaatı ile birlikte vermeyen tacirin usulü dairesinde beyanda bulunduğunu kabule imkan olmadığından birinci fıkraya, ' İlan masraflarını ödemeyen tacir mal beyanında bulunmamış sayılır' hükmü eklenmiştir. Bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 112, dnp. 10. Yine bk. Talih Uyar. **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Ankara, 2010, (Anılış: " Şerh") s. 3520.

¹⁰⁷ Masrafların ödenmemesine bağlanan bu sonuç için bk. Ülgen ve diğerleri, Ticari İşletme, s. 221, N. 667.

almamakla birlikte¹⁰⁸, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde terk bildirimini yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. Yeni yürürlüğe giren Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 51/4 maddesinde, şöyle denilmektedir: “ *Ticareti terk eden tacir, 2004 sayılı Kanunun 44. maddesine göre terk dilekçesi ile birlikte mal beyanını da müdürlüğe vermek zorundadır*”.

İİK m. 44'ten söz eden yazarlar da, ticareti terk bildirimini şekline ilişkin açıklamalar yapmamaktadır. Kuru'nun makalesinde dahi, bu hususun incelenmediği görülmektedir. Ancak, görüldüğü gibi, terk olgusuna ilişkin bildirim şekli hakkında İİK 44'te yaratılan belirsizlik, sicil yönetmeliği ile giderilmiştir. Terk olgusunun yazılı biçimde verileceği maddenin sözünden açıkça anlaşılmaktadır.

Ayrıca, ticaret siciline yapılan başvurular için genel bir nitelik taşıyan TSY m. 23'te de yine başvurunun yazılı şekilde veya elektronik ortamda yapılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, İİK m. 44'te bildirim şekline dair herhangi bir açıklık bulunmasa dahi, sözlü başvurunun kabul edilmeyeceğini anlamak olanaklıdır. Sicil Yönetmeliği ise, terk olgusunun yazılı biçimde yapılacağını açıkça düzenlemek suretiyle, ortaya çıkması muhtemel bir sorunu başından çözmüştür.

II.TACİRİN TERK ETMESİNİ BİLDİRDİĞİ TİCARET SİCİL MÜDÜRÜNE DÜŞEN YÜKÜMLÜLÜKLER

A.BİLDİRİMİ ALAN TİCARET SİCİL MÜDÜRÜNÜN DURUMU DİĞER SİCİLLERE BİLDİRMESİNİN NEDENLERİ

1.İYİNİYET İDDİASININ ORTADAN KALDIRILMASI AMACI

İyiniyet kavramı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 3.maddesinde düzenlenmiş olup, İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas sureti ile alınmıştır(ZGB Art. 3). İyiniyet olgusu ile özel hukukun pek çok alanında karşılaşmak olanaklıdır;

¹⁰⁸ İİK m. 44'ten söz eden yazarlar da, ticareti terk bildirimini şekline ilişkin açıklamalar yapmamaktadır. Kuru'nun makalesinde dahi, bu hususun incelenmediği görülmektedir. Ancak, yeni yürürlüğe giren Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 51/4 maddesinde, şöyle denilmektedir: “ *Ticareti terk eden tacir, 2004 sayılı Kanunun 44. maddesine göre terk dilekçesi ile birlikte mal beyanını da müdürlüğe vermek zorundadır*”. Görüldüğü gibi, terk olgusuna ilişkin bildirim şekli hakkında İİK 44'te yaratılan belirsizlik, sicil yönetmeliği ile giderilmiştir. Terk olgusunun yazılı biçimde verileceği maddenin sözünden açıkça anlaşılmaktadır.

örneğin, alacağın devrinde, borçluya devreden veya devralan tarafından bildirim yapılmamışsa borçlu, eski alacaklıya iyiniyetle borcunu ifa ettiği takdirde borcundan kurtulur(TBK m. 186).

Medeni Kanun, iyiniyet olgusunu açıklamak yerine, bu olguyu aksi ispatlanabilir(adi karine) bir karine biçiminde düzenlemiştir. Buna göre, kanunun iyiniyetin varlığına hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda aslolan iyiniyetin varlığıdır(TMK m.3/1).

Öğretide, iyiniyet şu şekilde açıklanmaya çalışılmaktadır: Hukuki eksikliğin ve aksaklığın varlığına rağmen, hukuka aykırı davranma bilincindeki eksiklik¹⁰⁹. Bir başka tanıma göre iyiniyet, durumun gerektirdiği bütün özeni göstermesine karşılık, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir engelin varlığının farkında olmamaktır¹¹⁰.

İyiniyet, gerçek bir karine olarak görüldüğü gibi, ona sadece ispat açısından anlam yükleyenler de vardır¹¹¹. Bu olgunun karine¹¹² olarak kabul edilmesi halinde, diğer tarafın üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığını kanıtlaması gerekecektir, zira karineler, TMK m. 6’da belirtilen ispat yükünü tersine çeviren olgulardır¹¹³.

İyiniyet olgusu, İİK m. 44 açısından da özel bir önemi barındırmaktadır, zira, ticareti terk eden tacirin, iyiniyetli üçüncü kişilerle yapacağı tasarruf işlemlerinin önüne geçebilmek amacı ile, devir hakkının 2 ay süreyle kısıtlandığı tapu veya gemi siciline şerh verilir¹¹⁴.

Ancak, yalnızca bu sicillere yapılacak şerhin alacaklıların korunmasına yeteri kadar hizmet edip etmeyeceği tartışmalıdır. Kanaatimizce, madde amaçsal olarak yorumlanmalı ve sicile tescili gerektiren diğer durumlar da bu maddenin kapsamına sokulmalıdır. Örneğin, motorlu taşıtlar, karayolları trafik siciline tescil edilirler. Dolayısıyla, madde geniş yorumlanmalı ve devir hakkının kısıtlandığı bu sicile de

¹⁰⁹ Rona Serozan. **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 252.

¹¹⁰ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas. **Medeni Hukuk- Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Anılış.” Medeni Hukuk”) s. 246.

¹¹¹ İyiniyet kavramının yalnızca ispat yükünün taraflar arasında dağılımını yapan özel bir ispat hükmü olduğu yönünde bk. Oğuzman ve Barlas, Medeni Hukuk, s. 254.

¹¹² Bu olguyu gerçek bir karine olarak gören görüş için bk. Akipek/Akıntürk, s. 169- 170. Yine, iyiniyetin bir karine olduğuna ilişkin olarak bk. Aydın Zevkliler ve diğerleri, **Yeni Medeni Kanun’a Göre Medeni Hukuk(Temel Bilgiler)**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 57.

¹¹³ İyiniyet olgusunun karine olarak ortaya konduğu yönündeki görüşe biz de katılıyoruz.

¹¹⁴ Şerh işleminin temel özelliği, kanunda açıkça sayılan hallerde yapılabilmesidir. Yani, numerus clausus(sınırlı sayı ilkesi) şerh işlemlerinde fonksiyon göstermektedir. (Örneğin bk. TMK m. 1010).

şerh verilmelidir. Aksi bir yorum, ticareti terk eden tacirin, mülkiyetindeki taşıtı devretmesi sonucunu doğuracaktır ki, kanun koyucunun böyle bir çözümü öngördüğü söylenemez.

Dolayısıyla, buradaki sayımın sınırlayıcı değil, örnekseyici olduğunu kabul etmek, en doğrusu olacaktır¹¹⁵.

Yine İİK m. 44'te, üçüncü kişilerin zilyetlik ve tapu siciline dayanarak iyiniyetle¹¹⁶ yaptıkları işlemlerden doğan haklarının saklı olduğu belirtilmiştir (İİK m. 44/3). Buradaki iyiniyetten kasıt, üçüncü kişinin mülkiyeti kendisinden devraldığı borçlunun ticareti terk ettiğini ve kazandığı malın tacir tarafından yapılmış mal beyanına dahil olduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmamasıdır¹¹⁷.

Uyar, üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmadıklarının belirlenmesindeki güçlüğü aşılabilmesi için, İİK m. 280/IV hükmünün dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁸.

Tacirin tasarrufta bulunma yasağının istisnasını teşkil eden bu kazanımlar, yalnızca iyiniyetin varlığında devreye girecektir.

Zilyetliğe dayanan iyiniyetli kazanıma örnek olarak, TMK m. 988 hükmü gösterilebilir. Bu madde, emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı bir ayni hak(Taşınmaz yükü, irtifak ve rehin) kazanan kişinin bu ediniminin zilyetin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunacağını ifade etmektedir.

Maddeyi İİK m. 44'teki duruma uyarlayacak olursak; ticareti terk eden bir tacirin emin sıfatıyla zilyet olduğu bir durumda, iyiniyetli üçüncü kişiler, tacirin zilyetliğindeki bu taşınır eşyayı kazanabilirler.

¹¹⁵ Zira, öğretilerde de hükmün alacaklıları koruma amacına yönelik olduğu açıkça dile getirilmektedir. Bu hususta bk. Arıcı, s. 227.

¹¹⁶ Yargıtay'ın iyi niyete ilişkin olarak vermiş olduğu (İİD, 30 .05. 1968, E. 5761, K. 5665) bir karar, ticareti terk eden tacirle hukuki işlem yapan üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığının belirlenmesinde, alacaklılardan mal kaçırma amacıyla yapılan işletme devrini hükme bağlayan İİK m. 280'in ölçü olarak alındığını göstermesi bakımından anlamlıdır. Yüksek mahkemenin kararı şöyledir: "... Ticari işletmeyi tamamen devir ve tasfiyeden ibaret olup ticareti terk niteliği arz eden muameleye katılan üçüncü şahıs İİK m. 44 hükmünü göz önünde bulundurmamak ve tedbirli bir tacir gibi hareket etmek zorundadır. Aksi halde iyiniyet iddia edemez. 538 sayılı kanunun 280'inci maddesinde belirtildiği gibi, tediye kabiliyetini kısmen veya tamamen gaip etmiş veya hakkında 178'inci maddenin 2'nci fıkrasındaki şartlar tahakkuk etmiş olan borçlunun iyiniyetli bir şahıstan veya basiretli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksilttiği ve üçüncü şahsın bu durumu ve mualemenin mahiyetini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde yapılmış olan tasarruflar batıldır. Duruşma safhaları, üçüncü şahsın, borçlunun kötü niyetli hareketlerini bilerek onunla tasarrufta bulunduğunu belirttiğinden..." Karar için bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 112- 113, dpn. 11.

¹¹⁷ Bu hususta bk. Uyar, Şerh, C. 3, s. 3520.

¹¹⁸ Uyar'ın İİK m. 44 ile 280 arasında bağlantı kuran görüşü için bk. Uyar, Şerh, C. 3, s. 3521.

Medeni Kanun'un zilyetliğe ilişkin hükümleri, ticareti terk eden tacir açısından da uygulama alanı bulacaktır.

Yine, tapu sicilindeki yolsuz bir tescile dayanan iyiniyetli üçüncü kişiler de ticareti terk eden tacirden taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilirler.

Bir taşınmazın(arsa, arazi, bağımsız ve sürekli haklar) TMK m. 1023 hükmüne göre kazanılabilmesi için öncelikle ortada yolsuz bir tescilin bulunması gereklidir. Yolsuz tescile örnek olarak, tapu siciline yapılacak tescilin hukuki dayanağını teşkil eden sözleşmenin(satım, bağışlama vb) resmi şekle uygun yapılmaması gösterilebilir. Çünkü, tapu siciline egemen ilkelere biri olan “ Tescilin Nedene Bağlılığı(İlliliği)” , hukuki sebebin geçersiz olması durumunda, tasarruf işlemi olan tescilin geçerliliğini ortadan kaldırır.

Yolsuz tescil yapıldığını bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen üçüncü kişiler, tapuda malik olarak gözükten kimseden bir hak kazandıklarında onların bu kazanımları da korunacaktır.

Aslında tapu siciline egemen bir diğer ilke olan “Aleniyet(açıklık)”, sicildeki kayıtların bilinmediği savını ortadan kaldırma fonksiyonuna sahip olmakla birlikte, kanun koyucu bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak, iyiniyetli üçüncü kişiyi korumak zorunda kalmıştır. İİK m. 44/3'te, devir hakkının sınırlandırıldığına ilişkin şerh de aynı amaca yöneliktir- iyiniyet iddiasının devre dışı bırakılması. Böylece, sicili incelemekle yükümlü olan üçüncü kişiler, şerhin yapıldığını bilmediklerini ileri süremeyeceklerdir.

İİK m. 44'te, ticareti terk eden tacirin bazı yakınlarının iyiniyet iddiasında bulunamayacakları açıkça hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu, tacire çok yakın olan bu kişilerin iyiniyetli olamayacaklarını vurgulamış ve hak kazanımlarını engellemiştir. Hatta kanun koyucunun, bu normu kesin karine olarak, aksinin kanıtlanamayacağı biçimde koyduğunu söyleyenler de vardır¹¹⁹.

Son olarak belirtmelidir ki, ticareti terk eden tacirin ticari işletmesinde belirli görevler alan kişilerin(örneğin, ticari temsilci, ticari vekil) iyiniyete dayanarak hak kazanmaları, hakkaniyete uygun bir durum ortaya çıkarmaz. Çünkü bu kişiler, özellikle de ticari temsilci, tacirin pek çok ticari sırrına vakıftır.

¹¹⁹ Hükümün kesin karine teşkil ettiği yönünde bk. Uyar, İİK Şerhi, C. 3, s. 3520.

Dolayısıyla durumun gerekleri¹²⁰ göz önüne alınarak bu gibi kimselerin de iyiniyet iddiasını ileri sürememesi, alacaklıların korunması bağlamında da en doğru yaklaşım olacaktır.

2.TİCARETİ TERK EDEN TACİRİN BAZI MALVARLIKSAL HAKLARININ DEVRİNİN ENGELLENMESİ

İİK m. 44'te ifadesini bulan ticaret sicil müdürünün diğer sicil ve kurumlara bildirim yükümlülüğü, ticareti terk eden tacirin bazı malvarlıksal haklarının özellikle iyiniyetli üçüncü kişilere devrinin önlenmesi bakımından önemini gösterir. Bu kurumlara yapılacak bildirim öneminde aşağıda değinilmiştir.

B.TİCARET SİCİL MÜDÜRÜNÜN BİLDİRİMDE BULUNACAĞI DİĞER SİCİL VE KURUMLAR

1.TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ

Türk Patent Enstitüsü, 544 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan bir kurum olup, sınai hakların tescil edildiği sicili(örneğin marka veya patent sicili) de içinde barındırmaktadır. Sicile yapılan tesciller kurucu nitelik taşırlar, zira, TPE'de tescil edilmeyen bir marka, TTK'daki haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunur(TTK m. 54- 63). Bu Enstitü'ye yapılacak bildirimle, sınai hakların iki ay süre ile üçüncü kişilere devredilmemesi hedeflenmiştir. Çünkü, kanun koyucu, alacaklıları korumak isterken, bunu sağlayacak bazı önlemleri de almak zorundadır.

¹²⁰ Nitekim Yargıtay'ın(**İİD, 23. 05. 1967, E. 4983, K. 5129**) vermiş olduğu bir karar da, ticareti terk eden tacirin ekonomik durumunu yakından bilmesi gereken kişilerin iyiniyet iddiasında bulunamayacaklarını ortaya koyması açısından önemlidir. Karar şöyledir: “ ... Borçlunun(eski tacirin) yanında yıllardan beri çalışan, onun iktisadi durumunun bozukluğunu yakinen bilmesi icap eden davacı(üçüncü şahıs) iyi niyetle iktisap iddiasında bulunamaz...” (Karar için bk. **Resmi Kararlar Dergisi**, Sayı: 7- 10/ II/ 2, 1967, ss. 256- 257; yine kararın özeti için bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 113, dpn. 11).

2.TÜRKİYE BANKALAR BİRLİĞİ

Terk bildirimi ile birlikte mal beyanını alan ticaret sicili memurunun, ticareti terk eden tacirin malları üzerinde oluşan iki aylık tasarruf yasağını bildirdiği kurumlardan biri de Türkiye Bankalar Birliği'dir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre, Türkiye'de faaliyet gösteren bütün mevduat, kalkınma ve yatırım bankaları Türkiye Bankalar Birliği'ne üye olmak zorundadır(Bank K. m. 79). Birlik, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşudur. İİK m. 44'de 2003 yılında gerçekleştirilen değişikliğin gerekçesinde, “ Maddeyle, mal beyanını alan merciin önceden olduğu gibi keyfiyeti tapu veya sicil daireleri yanında Türk Patent Enstitüsü ve Türkiye Bankalar Birliğine bildirmesi esası getirilmiştir. Böylece Türk Patent Enstitüsünde kayıtlı sınai haklar üzerinde de iki ay süreyle devir yapılmaması sağlanmış ve Türkiye Bankalar Birliğine yapılacak bildirim ile de bankaların ticareti terk eden kişileri yakından takip etme imkanına kavuşmaları sağlanmıştır¹²¹” denilmektedir.

Ticareti terk eden tacirin, mevduat hesabının yakından izlenmesi sonucunu doğuracak bu bildirim, maddenin temel amacı olan alacaklıların korunmasına yönelik bir işlemdir. Ticareti terk eden tacir, bu iki aylık sürede özellikle mevduatıyla ilgili tasarruflarda bulunamayacak, bu suretle de alacaklılarından mal kaçırmamasının önüne geçilecektir. Maddede belirtilen iyi niyetli kazanımlar, dar biçimde yorumlanmalı ve durumun gereğine göre ticareti terk eden tacirin bu durumunu bilebilecek olan üçüncü kişilerin, hak kazanmalarına engel olunmalıdır. Ayrıca, bankacılık sisteminin ülkemizde göstermiş olduğu büyük gelişme dikkate alınırsa, alacaklıların bu yolla korunmalarının çok daha etkili olacağı rahatlıkla söylenebilir.

¹²¹ Bu hususta bk. 4949 sayılı Kanunun gerekçesi.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TACİRİN TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMASININ VEYA
BULUNMAMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

I.TACİRİN TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMASININ
SONUÇLARI

A.BİR YIL SÜRE İle İFLASA TABİ OLMA

Ticareti terk eden bir tacir, terk bildirimi ile birlikte mal beyanında bulunduktan sonra, ticaret sicili memurluğu tarafından yapılacak ilanı takiben, bir yıl süre ile iflasa bağlı olmaya devam eder(İİK m. 44). Burada amaç, daha önce de vurguladığımız gibi, alacaklıları korumaktır. Ticareti terk eden bir tacir, bu sıfatını yitirmesine karşın, özel bir kanun hükmünün sonucu olarak iflasa tabi kılınmıştır¹²².

Bu hüküm, tacirin ticareti bütünüyle terk ettiği hal bakımından uygulama alanı bulabilir. Tacirin ticareti kısmen terk ettiği durumlarda, örneğin birden fazla ticari işletmesi bulunan bir tacirin yalnızca birini kapatması halinde, kısmen terk söz konusu olduğu için, bir yıllık süre işlemez, zira tacir ticari faaliyetlerine devam etmektedir¹²³.

Ticareti terk eden tacirin bir yıl süreyle iflasa tabi olması, özellikle devir suretiyle gerçekleşen terkler açısından önemli bir işleve sahiptir. Zira, devreden tacir, 2 yıllık müteselsil sorumluluğun ilk yılını iflasa tabi olarak geçirmektedir(TBK m. 202). Kalan bir yılda da tacire karşı sadece haciz yolu ile takibe başvurulabilecektir.

¹²² Bu yönde bk.Karahan, Ticari İşletme, s. 101.

¹²³ Ticaretin kısmen terki halinde İİK m. 44/2'deki sürenin başlamayacağı yönünde bk. Karahan, Ticari İşletme, s. 101, dpn.1; Kuru, Ticareti Terk, s. 117; Uyar, Şerh, C. 3, s. 3522.

B. TASARRUFTA BULUNMA YASAĞI VE SONUÇLARI

1.YASAĞIN ANLAMAMI

İcra ve İflas Kanunu 44. Maddedeki mal bildiriminde bulunma yükümlülüğünün¹²⁴ temel sonucu, ticareti terk eden tacirin bir yıl boyunca iflasa bağlı kılınmasıdır. Tekrara düşmemek için, bir yıllık sürenin alacaklıların korunması açısından getirildiğine değinmekle yetiniyoruz.

Mal bildiriminde bulunmanın bir diğer sonucu, tacirin iki ay boyunca haczi kabil (haczedilebilen) malları üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmış olmasıdır. Bu tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, yalnızca alacaklılar lehine konulmuştur. Tacirin bu sınırlamaya uymaksızın yapacağı tasarruflar, alacaklılar açısından geçersizlik yaptırımına uğrayacaktır. Fakat, üçüncü kişilerin zilyetlik ve tapu siciline dayanarak iyiniyetle¹²⁵ kazanmış oldukları haklar saklıdır(İİK m. 44/ IV).

Yani eski tacirin iyi niyetli üçüncü kişilerle yaptığı işlemler geçerlidir. Ancak, ticareti terk eden eski tacirin karı veya kocası, usul ve furuu(alt ve üstsoyu), neseben veya sıhren(kan veya kayın) ikinci dereceye kadar hısımları, evlat edineni veya evlatlığı iyi niyet iddiasında bulunamazlar(İİK m. 44/ IV). Kanun koyucunun, bu düzenleme ile eski tacirin yakınlarının iyi niyetli olmadıklarını kabul ettiğini görmekteyiz¹²⁶. Burada iyiniyet karinesi yasal olarak tersine çevrilmiştir

Ancak Arıcı'ya göre, İİK 44/III'te düzenlenen bu tasarruf yasağı, ticari işletmenin devrini olumsuz yönde etkileyebilir. Yazar, işletmenin devri bir tasarruf işlemi olduğuna ve işletmenin tasarruf yasağındaki iki aylık süre sona erinceye değin

¹²⁴ Öte yandan, bu bildirim ticareti terkten önce veya en geç ticareti terk anına dek yerine getirilmiş olunması gerektiğine ilişkin bk. Durman, s. 190, dpn. 136; Arıcı, s. 224.

¹²⁵ Kuru, burada Yargıtay İcra ve İflas Dairesinin vermiş olduğu- iyiniyete ilişkin, bir karara dikkat çekmektedir. Karar(**İİD, T. 30. 05. 1968, 5761/ 5665**) şöyledir: “ ... Ticari işletmeyi tamamen devir ve tasfiyeden ibaret olup ticareti terk niteliği arz eden muameleye katılan üçüncü şahıs, İİK 44 hükmünü göz önünde bulundurmak ve tedbirli bir tacir gibi hareket etmek zorunluluğundadır. Aksi halde iyiniyet iddia edemez. 538 sayılı kanunun 280'inci maddesinde belirtildiği gibi, tediye kabiliyetini kısmen veya tamamen gaip etmiş veya hakkında 178'inci maddenin ikinci fıkrasındaki şartlar tahakkuk etmiş olan borçlunun iyiniyetli bir şahıstan veya basiretli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksilttiği ve üçüncü şahıs bu durumu ve muamelenin mahiyetini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde yapılmış olan tasarruflar batıldır. Duruşma safhaları, üçüncü şahsın, borçlunun kötü niyetli hareketlerini bilerek onunla tasarrufta bulunduğunu belirttiğinden...”(Karar için bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 112, dpn. 11).

¹²⁶ Kuru, Ticareti Terk, s. 112.

devri geçersizlik yaptırımına tabi tutulduğuna göre, her iki tarafın da beklemek zorunda kalacağını ifade etmektedir. Yazara göre, bunun en olumsuz sonucu, beklenen dönem içinde işletmenin değerinde meydana gelmesi olası düşüştür. Ticari işletmenin değerinde oluşabilecek bu azalma, devralan yönünden bakıldığında devrin cazibesini yitirmesine neden olabilecek, ekonomik kayıpları beraberinde getirebilecektir. Özellikle günlük faaliyetin dahi gerçekleştirilememesi, büyük zararlara yol açabileceğinden, en uygun çözüm, üçüncü fıkranın değiştirilmesi olacaktır. Bu hüküm, tasfiye, dağıtma, kapatma yolu ile ticaretin terkininin düşünülerek hazırlanıldığını ortaya koymaktadır. İşletmenin devri düşünülerek getirilmiş bir düzenleme değildir. Yazar, fıkra değiştirilirken de tacirin günlük işlemlerini aksatmayacak nitelikte bir metnin kaleme alınması gerektiği görüşünü savunmaktadır¹²⁷.

Yazarın bu görüşü eleştirilebilir. Zira, sözü edilen tasarruf yasağının devreye girmesi için öncelikle işletmenin devredilmesi gerekmektedir. Yazarın, tarafların beklemek zorunda kalacağı yönündeki düşüncesine bu nedenle katılmıyoruz.

2. BOZULMAYA MARUZ MALLARIN DURUMU

Malların değerinde meydana gelebilecek düşüştür karşı¹²⁸ eski tacirin mahkemeye başvurarak, bilhassa bozulması muhtemel malların satımını talep etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme, ileri sürülen bu nedeni (malın bozulması veya değerinde azalma oluşması) uygun görürse, o malların icra memuru aracılığıyla satılmasına ve bedelinin İİK’de belirtilen bir bankaya depo edilmesine karar verir (İİK m. 44/ 6). Burada mahkemenin faaliyeti çekişmesiz yargı işidir¹²⁹. Bu nedenle mahkeme, duruşma yapmaksızın en kısa yoldan basit yargılama usulüne göre

¹²⁷ Arıcı, s. 224- 225.

¹²⁸ İİK m. 44’te, “kanuni müddet” ifadesi, pek de yerinde olmayan bir şekilde belirtilmiştir. Kanuni müddetten kastın TTK m. 23’teki süre mi yoksa İİK m. 44/3’teki 2 aylık süre mi olduğuna dair herhangi bir netlik bulunmamakla birlikte, Kuru ve Uyar, bu sürenin, tacirin tasarrufta bulunma yetkisini sınırlandıran 2 aylık süre olduğunu dile getirmektedirler. Süreden kastın 2 ay olduğu yönünde bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 113; Uyar, Şerh, C. 3, s. 3521.

¹²⁹ Çekişmesiz yargı işleri, eski usul kanunundan ayrı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanununda tek tek sayılmıştır (HMK m. 382). Ancak, bozulmaya yüz tutmuş malların bankaya depo edilmesi, HMK m. 382/ f bendinde belirtilen, İcra ve İflas hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmamıştır. Çekişmesiz yargı işleri hakkında geniş bilgi için bk. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes. **Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 79 vd.

kararını vermelidir. Ancak bankaya depo edilen satış bedeli, iki aylık tasarruf yasağı nedeniyle tacire verilemez. Tacir, sadece bu sürenin sonunda bedeli alabilir. Yine iki aylık süre içerisinde alacaklılar bu satış bedeli üzerine ihtiyati haciz koydurabilirler. Alacaklıların harekete geçmemeleri durumunda iki aylık sürenin sonunda malları üzerindeki tasarruf yasağı kalkacak olan eski tacir, bankaya depo edilen bu satış bedelini tahsil edebilecektir. Bunun için icra memurunun, bankaya, iki aylık sürenin dolduğuna ilişkin bir yazı yazması gerekir¹³⁰.

İcra ve İflas Kanunu m.44, alacaklıları koruma amacıyla öngörölmüş maddi hukuk kuralıdır, nitekim Yargıtay'ın, bu maddedeki yükümlölükleri yerine getirmeyen eski tacirin yaptığı ticari işletme devrinin alacaklılar bakımından geçerli olmadığını içtihat etmesi, bu durumu ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır.

II.TACİRİN TİCARETİ TERK BİLDİRİMİNDE BULUNMAMASININ HÜKÜM ve SONUÇLARI

A.BİLDİRİMDE BULUNMAMANIN HUKUKİ YAPTIRIMLARI

İİK m. 44'te sayılan işlemlerin yerine getirilmemesi halinde, kanun, öncelikle kişinin sanki ticareti hiç terk etmemiş gibi iflasa tabi olmaya devam etmesini sağlamıştır. Öte yandan Yargıtay ise, bu maddeyi çoğu zaman TBK m. 202'deki işletme devri kurumu ile bağlantı kurarak değerlendirmektedir. Yüksek Mahkeme, İİK m. 44'deki şartları yerine getirmeyen tacirin işletme devrinin alacaklılara karşı geçersiz olduğu yönünde çok sayıda karar vermiştir¹³¹.

Örneğin, Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar¹³² (**21.HD T. 17.10.2005, 3206/9598**) bu konudaki yaklaşımını göstermesi açısından dikkat çekicidir: "... Haciz borçlu şirket tarafından 25. 12. 2002 tarihinde davacıya üçüncü kişiye devredilen

¹³⁰ Kuru, Ticareti Terk, s. 113- 114.

¹³¹ Yargıtay'ın, devrin alacaklılara karşı geçersiz olduğu yönündeki kararlarından biri(**15. HD, 06. 02. 1991, E. 1990/ 5841, K. 474**) şöyledir: "... Taraflar arasındaki uyuşmazlık 6183 sayılı Yasaya dayalı istihkak davası ile alacaklı Maliye Bakanlığının birleştirilen tasarrufun iptali isteklerinden kaynaklanmaktadır. Borçlu Salih Kangal 27. 11. 1987 günlü noter senedi ile ticarethanesinde bulunan bütün envalini davacıya devrettiği ve ticareti terk ettiği anlaşılmaktadır. Genel hüküm niteliğinde olan İİK'nun 44.maddesindeki koşullar borçlunun bu devir ve ticareti terk işleminde gerçekleşmemiştir. O halde devir alacaklının haklarına tesir etmez..." (Karar için bk. Uyar, Şerh, C. 3, s. 3527).

¹³² Kararın ayrıntılı özeti için bk. Durman, s. 195- 196.

fabrika işyerinde yapılmıştır. Borçlu ile davacı arasındaki ilişki ticari işletme devri niteliğinde bulunduğundan İİK 44 ve BK 179 maddelerinin uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. Anılan maddelerde öngörülen koşulların yerine getirildiği iddia ve ispat edilememiştir. Gerçekten borçlunun devri kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiğine ilişkin dosyada hiçbir kayıt yoktur. Bu durumda *devir, alacaklının haklarını etkilemeyeceği gibi*, devralan davacı da Borçlar Kanununun 179.maddesi gereği işletmenin borçlarından sorumlu bulunduğundan üçüncü kişinin davasının reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır...”

Bu konuda verilen bir başka karar(**21.HD, 28. 06. 2005,E. 2005/4695, K. 2005/ 6845**) ise¹³³ şu şekildedir: “ ... Bu 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, devralan şahıs, devreden borçlarından sorumlu olacağından, *alacaklının haklarının etkilenmeyeceği* açıktır. Tüm bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak; davacı üçüncü kişinin davasının reddi gerekirken; aksi düşüncelerle kabulü usul ve yasaya aykırıdır...”

Durman, bu karar ve Yargıtay’ın aynı hususta verdiği diğer kararlara eleştirel bir gözle bakmakta ve şekli bir hukuk normu için yalnızca şekli bir yaptırım öngörüleceğinin altını çizmektedir. Ayrıca böyle bir norm yalnızca açıkça ifade edilmek suretiyle getirilebilir. Oysa, İcra ve İflas Kanununa bakıldığında, hiçbir yerde maddi yaptırımın uygulanabilirliği olanaklı değildir.

Yani Yargıtay, somut olay adaletini yerine getirmek isterken, İİK 44’deki yükümlülüğe aykırı davranan ticareti terk eden taciri 337/a uyarınca cezalandıracağına, maddi bir yaptırım olan devrin alacaklılara karşı geçersizliğini uygulamaktadır.

Arıcı’ya göre ise, İİK 44’e uygun olarak yapılmayan devirlerde aktiflerin devri alacaklılara karşı zaten hüküm ifade etmeme sonucunu doğuracağından, bir de TBK 202 gereğince maddi hukuksal boyutun duruma uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Eğer böyle bir varsayımla hareket edilirse, işletmenin aktiflerinden alacaklarına kavuşamayan alacaklıların, genel mahkemelerde alacak

¹³³ Karar için bk. Arıcı, s. 231.

davası açabilmelerine zemin hazırlanmış olur ki, bu borçlu için ağır sonuçlara neden olabilir¹³⁴.

Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlar değerlendirilecek olursa; Yüksek Mahkeme'nin, alacaklıları koruma amacıyla bu türden kararlar verdiğini anlayabiliriz. Zira ne İİK m. 44'te, ne de TBK m. 202'de, bu maddelere uygun olarak gerçekleşmeyen ticari işletme devrinin alacaklılar bakımından geçersiz olduğuna dair bir kural bulunmaktadır. Bize göre Yargıtay, hukuki yaptırımını açıkça düzenlenmeyen bu maddeleri amaçsal olarak yorumlamakta, geçersizlik yaptırımını bu nedenle bir çözüm olarak ortaya koymaktadır. Öte yandan, Yargıtay'ın bu türden kararları, özellikle TBK m. 202 hükmünün emredici nitelik taşıdığını belirten öğretideki çoğunluk görüşü ile de uyumludur. Zira, normun emredici karakteri, açıkça ifade edilmese dahi TBK m. 202 hükmüne aykırı devirlerin alacaklılar için geçerli olmadığı sonucuna bizi götürebilir.

B.BİLDİRİMDE BULUNMAMANIN CEZAI BOYUTU: İİK m. 337/ a

1.İİK 337a NORMUNUN KOŞULLARI VE ÖZELLİKLERİ

a.Terk Bildirimine ve Tasarruf Yasağına Aykırı Hareket Edilmesi

İİK m. 44'te ifade edilen terk bildirim ve mal beyanına uymamanın cezai yaptırımını ise aynı kanunun 337/a maddesinde ortaya konulmuştur. Ticareti terk suçu olarak adlandırılan söz konusu suçun bazı unsurları bulunmaktadır. Bunun başında, ticareti terk eden tacirin terk bildirimine aykırı davranışlarda bulunması gelmektedir. Ticareti terk ettiğini bildirmeyen, mal beyanında bulunmayan veya eksik bulunan tacir, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir. Örneğin, mal beyanında, aktiflerin veya pasif malvarlığı değerlerinin bir kısmını göstermeyen tacir, bu suçun oluşumuna sebebiyet vermiştir.

Yine, tacirin, haczi kabil(haczedilebilir) malları üzerinde, iki ay süre ile tasarrufta bulunması yasakken(ayırık durumlar kanun tarafından belirtilmiştir), bu malları üçüncü bir kişiye satması veya bağışlaması da aynı suçun oluşumu

¹³⁴ Bk. Arıcı, s. 234.

açısından yeterlidir. Kanun koyucunun bu normu öngörmesindeki amaç, alacaklıların korunmasına yönelik İİK m. 44 hükmünü ihlal eden eski tacirin cezalandırılmasıdır. Kötü niyetli borçuların, alacaklılara verdikleri zarar bu kuralın getirilmesindeki başlıca nedenlerden biridir.

Kuru, Yargıtay'ın vermiş olduğu eski tarihli bir karardan hareketle¹³⁵, 337/a'daki cezanın, yalnızca mal bildiriminde bulunmamanın değil, aynı zamanda terk bildiriminde bulunmamanın da yaptırımını olduğunu söylemiştir. Yargıtay'ın görüşüne katılma olanağı yoktur, zira, Kuru'nun da vurguladığı gibi, maddede düzenlenen terk bildirimi ile mal bildirimini birbirinden ayırmaya olanak bulunmamaktadır. Çünkü, bu iki bildirim(terk ve mal bildirimi), bir arada yapılması gereken bildirimlerdir¹³⁶.

b.Alacaklıların Zarar Görmeleri

İİK m. 337/a, suçun oluşabilmesi bakımından, eski tacirin İİK m. 44'teki kuralları ihlal etmesini yeterli görmemiştir. Kanun koyucu, alacaklıların bu davranışların sonucu olarak zarar görmeleri koşulunu aramıştır. Özellikle, mal beyanında eksik bulunma durumunda, işin doğası gereği, alacaklıların zarar görmemeleri düşünülemez. Çünkü, alacaklıların hedefi, ticareti terk eden tacirin iflas ettirilmesi suretiyle alacaklılarına çok daha hızlı ve kolay kavuşabilmelerini sağlamaktır. Örneğin, 250. 000 TL'lik bir malvarlığına sahip olan eski tacirin, mal bildiriminde bulunurken, 100. 000TL'yi eksik beyan etmesi, elbette alacaklılara zarar verecektir. Özetle, pek çok durumda alacaklıların hakları zarar görmüş olacaktır.

Zarara uğrama olgusunun kanıtlanması bağlamında ise, alacaklılara bir kolaylık sağlanmıştır. Zira, alacaklı, bu davranışlardan zarar gördüğünü kanıtlamak zorunda değildir. Bu olgu, adi karine biçiminde¹³⁷ öngörülmüştür, karine alacaklıları korumaktadır. Böylece, eski tacir, örneğin, eksik mal beyanında bulunduğu için

¹³⁵ (İİD, 03. 06. 1969, E. 6194/ K. 6115, karar için bk. Ankara Barosu Dergisi, Sayı: VI, 1969, ss. 1171; Kuru, Ticareti Terk, s. 114, dpn. 15).

¹³⁶ Kuru'nun bu haklı görüşü için bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 114- 115.

¹³⁷ Ancak, Kuru'ya göre, zarara uğrama olgusu karine olarak değil, varsayım olarak öngörülmüştür. Bu hususta bk. Kuru, Ticareti Terk, s. 114.

alacaklının zarara uğramadığını kanıtlarsa, hakkında cezaya hükmedilemeyecektir(İİK m. 337a/ II).

c.Suçun Takibinin Şikayete Bağlı Olması

Yine, İİK m. 337a'da, İİK m. 44'ün ihlal edilmesine bağlanan cezai sorumluluk için alacaklının eski taciri şikayet etmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Suç için öngörülen cezanın üst sınırının bir yılı aşmaması da takibi şikayete bağlı suçlar kategorisine dahil edilmesi açısından önemli olabilir. Şikayet bir cezalandırabilme koşuludur. TCK'nın sistematığına bakıldığında da, bu tür suçların söz konusu kanunun çeşitli yerlerine serpiştirildiği görülecektir.

Suç için gereken davranışların varlığı, eski tacirin cezalandırılması bağlamında yetersiz kalmıştır. Alacaklı, zarara uğradığını belirterek şikayette bulunmadığı sürece eski tacir hakkında cezaya hükmedilmesi mümkün olmayacaktır.

d.Suçun Ceza Hukuku Bakımından Taşıdığı Önem

Ticareti terk suçu, az önce de belirtildiği gibi takibi şikayete bağlı suçlardandır. Suç için öngörülen cezanın üst sınırı bir yılı aşmadığı için TCK m. 49/ II anlamında kısa süreli bir hapis cezasıdır. Ve bu nedenle, çeşitli seçenek yaptırımlara çevrilebilir, örneğin TCK m. 50/ I- a bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Yine, TCK m. 51/ I'deki koşulları sağladığı için, bu suç için getirilen ceza ertelenebilir(elbette diğer koşulların da gerçekleşmesi gerekir). Bu suç bakımından dava zamanaşımı, TCK m. 66/ I-e bendi uyarınca sekiz yıl; ceza zamanaşımı ise TCK m. 68/ I- e'ye göre on yıldır. Suç takibi şikayete bağlı olduğundan, TCK m. 73/ I'deki şikayet değil, İİK m. 347'de ayrıca düzenlenen ve icra suçlarına özgülenen şikayet devreye girecektir. İİK m. 347'ye göre şikayet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren *üç ay* ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren *bir yılın* geçmesiyle düşecektir. Şikayet hakkının burada hak düşürücü nitelik taşıyan bir süreye bağlandığı göze çarpmaktadır. Son olarak, bu suçun seçimlik

hareketli bir suç olduğu söylenebilir. Çünkü, failin 337/a'da belirtilen hareketlerden birini yapması durumunda suç meydana gelecektir.

2.İİK 337a'ya İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

a.Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin, Ceza Genel Kurulu'nun 14. 02. 2012 Tarihinde Verdiği Karardan Önceki İçtihatları

Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar öncesinde, ticaret ortaklıklarının yöneticilerinin(Anonim ortaklıkta yönetim kurulu) İİK m. 337a'da ifadesini bulan terk suçunu işleyemeyeceklerini açıkça ortaya koymuştu. Bu kararları değerlendirmeden önce, 16. Hukuk dairesinin ilgili kararlarına bir göz atmakta yarar vardır.

Örneğin, dairenin **17. 10. 2011 tarih ve E. 2010/ 7263, K. 2011/ 5907** nolu kararında, “ ...Ticaret ortaklıkları bakımından, ticaretin terki durumunun değil, ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesinin söz konusu olduğu, dolayısıyla ticaret ortaklıklarında ticaretin terkinin olanaklı olmadığı, yani mal beyanında bulunma yükümü altında olanların gerçek kişi tacirler olduğu...”¹³⁸ vurgulanmıştır.

Yine 16. HD, **21. 11. 2011 tarih ve E. 2011/ 6521, K. 2011/ 7656** nolu kararında, “ ... Ticareti usulüne aykırı biçimde terk etmek suçunun gerçek kişi tacirler bakımından anlam taşıdığını, ticaret ortaklıklarının müdür veya yetkililerinin bu suçu işlemelerinin olanaklı olmadığı, mal beyanında bulunmakla yükümlü kişilerin gerçek kişi tacirler olduğu...”¹³⁹ vurgulanmıştır.

Görüldüğü gibi, dairenin,önceki içtihatları, çalışmamızın başından beri savunduğumuz görüşle aynı doğrultudadır. Çünkü, ticaret ortaklıkları, tasfiyenin bitiminden sonra ticaret sicilinden terkin edilirler. Bu durum onlar için ticaretin terki anlamına gelmemektedir. Sona eren, ortaklık ilişkisinin kendisidir. Ticaret ortaklıklarının bu özel durumu, onların mal beyanında bulunma yükümlülüğüne tabi kılınamayacaklarını da açıkça ortaya koymaktadır. On altıncı hukuk dairesi, yıllarca bu görüşü ısrarla savunmuş, doğru bir çizgide ilerlemiştir. Ancak özel dairenin bu istikrarlı gidişini değiştiren, Ceza Genel Kurulu'nun yakın tarihte verdiği bir

¹³⁸ Karar için bk. www. kazanci. com. tr, (16. 04. 2013).

¹³⁹ Karar için bk. www. kazanci. com. tr, (18. 04. 2013).

karardır. Kurul'un bu kararı ayrıntılı olarak değerlendirilecektir, ancak önce karara göz atılması gerekmektedir.

b.Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14. 02. 2012 Tarihli Kararı ve Bu Kararın Yorumu

Ceza Genel Kurulu'nun¹⁴⁰(**01. 06. 2010, E. 2010/ 16- 75, K. 2010/ 129**) kararı şöyledir: "...Müşteki vekilince, sanığın 2004 sayılı İcra ve İflas Yasası'nın 337/a maddesinde düzenlenen ticareti terk suçunu işlediği iddiasıyla açılan dava üzerine, sanığın suç tarihinde şirketin yetkilisi olmadığı gerekçesiyle beraatine ilişkin İzmir 7. İcra Ceza Mahkemesince verilen 05.05.2009 gün ve 2412-1988 sayılı hükmün, müşteki vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 16. Hukuk Dairesince 15.02.2010 gün ve 8393-943 sayı ile; İcra ve İflas Kanunu'nun 44.maddesinin birinci fıkrasında ' ticareti terk eden bir tacir on beş gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur.

Keyfiyet ticaret sicil memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların da bulunduğu yerlerde de mutata ve münasip vasıtlarla ilan olunur. İlan masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır' hükmü ile ticareti terk eden tacirin yapması gereken yükümlülüğü belirlemiş, aynı yasanın 337/a maddesinde ise 44. Maddedeki yükümlülüğe aykırı davranmanın yaptırımını da, 'Ticareti terk edenlerin cezası' başlığı altında ' 44'üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikayeti üzerine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez' şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁴⁰ Karar için bk. www.turkhukuk sitesi.com, (25. 06. 2013).

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 136. Maddesinde de (TTK m. 124/1) ticaret şirketlerinin nevelerinin, kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda sayılan ticaret şirketleri yönünden Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenleme incelendiğinde; bunlar için ticareti terk hususu değil, bunun yerine infisah ve tasfiyelerinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Eş anlatımla Türk Ticaret Kanununun 136.maddesinde sayılan şirketlerde ticareti terk değil, ortaklık ilişkisi sona erdirilmektedir. Anılan şirketlerin her biri için infisah ve tasfiye yolu ayrı ayrı gösterilmiştir. Tasfiye sırasında ticaret şirketinin alacak ve borçları belirlenir ve borçlar ödendikten sonra kalan mevcudu, esas mukavelede aksine bir hüküm olmadıkça, pay sahipleri arasında ödedikleri sermayeler ve paylara bağlı olan imtiyaz hakları nispetinde dağıtılır, tasfiyenin sona ermesi üzerine şirkete ait ticaret unvanının sicilden terkin tasfiye memurları tarafından sicil memurluğundan talep olunur. İş bu talep üzerine terkin keyfiyeti tescil ve ilan olunmakla ticaret şirketinin tüzel kişiliği sona ermiş olur. Tasfiye süreci ile tüzel kişilik sona erdirildiğinden, terkin işlemi sırasında Ticaret Sicil Memurluğuna İcra ve İflas Kanununun 44.maddesine göre bir mal beyanında bulunulması da söz konusu değildir. Terkin işleminden sonra ticaret şirketinden alacağı bulunduğunu iddia eden bir alacaklı, bu alacağını ancak terkin edilen ticaret şirketinin yasaya göre ihyasını sağlamak suretiyle tahsil edebilecektir.

Açıklamalar çerçevesinde somut olaya dönüldüğünde, İcra ve İflas Kanununun 44.maddesi ile getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğü bulunduğunu söylemek kanunu zorlama olacaktır. Hal böyle olunca, Türk Ticaret Kanununun 136. Maddesinde sayılan kollektif, komandit, anonim, limited veya kooperatif şirketlerin müdür veya yetkilileri için İcra ve İflas Kanunu'nun 337/ a maddesinde yaptırıma bağlanan ticareti terk suçunun işlenmesi mümkün değildir...'gerekçesi ile kararı onamıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise, 23. 03. 2010 günlü yazısında daire kararına itiraz etmiştir. İtiraz sonrasında dosyayı görüşen Ceza Genel Kurulu şu kararı almıştır: "... Özel daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, Türk Ticaret Kanununun 136. Maddesinde sayılan ticaret şirketlerinin müdür veya yetkililerinin, İcra ve İflas Yasası'nın 337/a maddesinde düzenlenen ticareti terk suçunu işlemelerinin olanaklı

olup olmadığı noktasında toplanmaktadır... İcra İflas Yasasının 44.maddesinde, ticareti terk eden tacir açısından, muhataplarının haklarını korumaya yönelik olarak bir takım yükümlülükler öngörülmüş, bu yükümlülüklere aykırı davranmanın yaptırımını da 337/ a maddesinde gösterilmiştir... Takibi şikayete bağlı olan ticareti terk suçunun oluşabilmesi için,

- a) İY'nin 44. maddesine göre mal beyanında bulunulmaması,
- b) Mal beyanında mevcudun eksik gösterilmiş olması,
- c) Aktifte yer alan malın veya yerine kaim olan değerın haciz veya iflas sırasında gösterilmemesi,
- d) Mal beyanından sonra, beyan edilen bu mallar üzerinde tasarruf edilmesi, gereklidir.

Yasa maddesinde gösterilen bu seçimlik hareketlerin herhangi birisinin işlenmesiyle, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde suç oluşacaktır. İY'nin 44. maddesine uygun olarak mal beyanında bulunulduğundan söz edebilmek için, borçlunun ticareti bıraktıktan sonra on beş gün içinde durumu ticaret siciline bildirmesi ve bütün aktif ve pasifleri ile alacaklılarının isim ve adreslerini içerecek şekilde mal bildiriminde bulunması zorunludur. Bunun yanında suçun oluşabilmesi için, borçlunun yukarıda gösterilen hareketlerinden dolayı alacaklının zarar görmesi de gerekmektedir.

Ancak İY'nin 337/ a maddesinin 2.fıkrasındaki ' Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez' hükmü uyarınca alacaklının zarar görmediğini ispat etme zorunluluğu borçluya aittir. Yine ticareti terk eden borçlunun, 6762 sayılı Türk Ticaret Yasası anlamında tacir olması gerekmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Yasası'nın 14.maddesinde; ' Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten' kimse olarak gerçek kişi tacirin tanımı yapıldıktan sonra, 18. Maddesinde, ' Ticaret şirketleriyle, gayesine varmak için bir ticari işletme işleten dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediye gibi amme hükmi şahısları tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler dahi tacir sayılır' denilmiş, 136.maddesinde de ticaret şirketleri;

kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketleri olarak sayılmıştır. Ticareti terk etme kavramı üzerinde durulmasında da yarar bulunmaktadır.

Öğretide, ‘ ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek veya ticari işletmeyi kapatmak veya dağıtmak’ olarak tanımlanan ticareti terk eyleminin, mevzuatta belirlenen hukuksal yöneme uygun olarak ticari faaliyetin sonlandırılması şeklinde ortaya çıkması olanaklı olduğu gibi, ticari işletmenin hukuksal olarak varlığını sürdürmekle birlikte fiili olarak varlığının sonlandırılması şeklinde de gerçekleşmesi olanaklıdır. Sanığın, temsile yetkili olduğu şirketin limited şirket olması nedeniyle Türk Ticaret Yasası’nda ticari şirket çeşitleri arasında sayılan bu şirkete ilişkin hükümlerin de incelenmesi gereklidir. Anılan yasanın 503.maddesinde, ‘ İki veya daha fazla hakiki veya hükmi şahıs tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup, ortakların mesuliyeti koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile mahdut ve esas sermayesi muayyen olan şirkete limited şirket denir’ tanımlamasına yer verilmiş, 540.maddesinde ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirketi idare ve temsile yetkili olabilecekleri gibi, şirket sözleşmesi veya genel kurul kararı ile ortaklardan bir veya birkaçının da müdür olarak belirlenebileceği, 541.maddesinde şirket sözleşmesi veya genel kurul kararı ile ortak olmayan kişilerin de müdür olarak seçilebileceği hüküm altına alınmıştır. Limited şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesine ilişkin olarak ‘infisah’ 549 ve 550.maddelerinde düzenlenmiş olup ‘tasfiye’ hususunda ise 552.maddesindeki yollama nedeniyle anonim şirketin tasfiyesine ilişkin kurallar limited şirketler hakkında da uygulanacaktır.

İcra ve İflas Yasası’nda düzenlenen suçların tüzel kişilerin yaptığı işlemler sırasında da işlenmesi halinde kimlerin sorumlu olacağı, yasanın ‘ Hükmi şahısların muamelelerinde kimlerin ceza göreceği’ başlıklı 345.maddesinde ‘ Bu kanunda yazılı suçlar, hükmi bir şahsın idare veya muamelelerini ifa sırasında işlenmiş ise ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye mmeurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp veya müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur’ şeklinde düzenleme altına alınmış olup limited şirket müdürlerinin de bu kapsamda olduğu açıktır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, özel daire kararında Türk Ticaret Yasası’nın 136.maddesinde sayılan ticaret şirketlerinin ticareti terk etmelerinin söz konusu olmadığı, ortaklık ilişkisinin ancak infisah ve tasfiye yoluyla

sona erdirildiği, dolayısıyla da müdür veya yetkilileri için ticareti terk suçunun işlenmesinin mümkün olmadığı belirtildiğine göre uyuşmazlık, "limited şirketi münferiden temsile yetkili müdürünün" İcra İflas Yasasının 44. ve 337/a maddeleri uyarınca ticareti terk suçunu işleyip işleyemeyecekleri noktasında toplanmaktadır.

6762 sayılı TTY'nın 14. maddesinde belirtilen gerçek kişi tacirlerin yanında, 136. maddesinde sayılan ticari şirketlerin ve bu bağlamda bir ticari şirket türü olan limited şirketin, 18. maddesi uyarınca "tacir" olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

İİY'nın 44. maddesinde "ticareti terk eden tacir" ifadesi kullanılmış olup bu ifadenin yalnızca gerçek kişi tacirleri kapsadığına ilişkin herhangi bir kısıtlayıcı hüküm konulmamıştır. O halde tacir sayılan limited şirketlerin, temsil ve idareye yetkili müdürlerinin, şirketin ticareti terk etmeleri halinde İcra İflas Yasası'nın 44. maddesindeki yükümlülükleri yerine getirmeyeceklerine ilişkin bir istisna getirilmediğine göre, tıpkı gerçek kişi tacirler gibi aynı Yasanın 337/a maddesi uyarınca cezalandırılmalarına da bir engel bulunmamaktadır. Diğer yandan, İİY'nın 44. maddesinde yapılan değişikliğin "ticareti terk eden kötü niyetli borçluların" bu davranışlarının önlenmesi amacıyla yapıldığı da gerekçede açıkça ifade edilmektedir.

Ticari şirketi temsil ve idareden sorumlu müdür ve yetkililerinin bu suçu işleyemeyeceklerinin kabulü halinde, ticareti terk suçunu işleyen gerçek kişi tacirlerin İİY'nın 337/a maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerekecek, ancak aynı fiili işleyen ve İİY'nın 345. maddesi uyarınca bu fiilden sorumlu tutulması gereken ticari şirket müdür ve yetkililerinin cezai sorumluluktan muaf tutulmaları anlamına gelecektir ki bunun yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Diğer taraftan, İzmir Ticaret Sicili Memurluğunun 14.11.2008 ve 05.05.2009 tarihli yazılarında sanık Bilge Doğru'nun, suç tarihini de içine alacak şekilde 09.08.2007 - 09.08.2017 tarihleri arasında münferiden Mateksa Teknik Montaj Sanayi ve Tic. Ltd. Şirketini temsile yetkili olduğu ve yine şirketin ticaret siciline bildirdiği adrese çıkarılan tebligatın, bu adresten taşınmış olması nedeniyle yapılamadığı anlaşılmaktadır. Adresin değiştirilmesi olgusunun tek başına ticaretin terk edildiği anlamına gelmeyeceği de göz önüne alınarak, sanığın müdürü olduğu şirketin ticareti terk edip etmediğinin araştırılması ve sonucuna göre, şirketin müdürü olan sanık

açısından ticareti terk suçunun oluşup oluşmayacağını değerlendirilmesi zorunludur.

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”

Yargıtay’ın söz konusu kararından çıkarılacak başlıca önemli noktalar şunlardır:

- a. Ticaret ortaklıklarının yöneticilerinin(özellikle sermaye şirketleri bağlamında) İİK 44’de belirtilen yükümlülüklerden arı tutulamayacakları. Burada Ceza Genel Kurulu’nun, öğreti ve yargı uygulamasında yer edinen, “ Şirketler, İİK 44’e tabi olamazlar, çünkü tüzel kişilikleri ticaret sicilinden terkin edildikleri anda sona erer” şeklindeki prensibi kabul etmediği ortaya çıkmaktadır.Yargıtay, İİK m. 44’te, “ ticareti terk eden tacir” ifadesinin kullanıldığına dikkat çekerek, bunun sınırlandırıcı bir anlama gelmediğini söylemektedir. Yüksek mahkeme, bu ifadenin kapsamına tüzel kişilerin dahil edilmemesi için hiçbir sebep bulunmadığına işaret etmiştir. Ancak, Kurul’un, şirket yöneticilerinin mal beyanında bulunma yükümlülükleri olduğuna ilişkin kanaati, uygulamada farklı senaryoların gündeme gelmesine neden olabilir. Zira istikrarlı bir çizgide ilerleyen 16. Hukuk dairesi, yakın zamanda verdiği bir karar ile birlikte, ceza genel kurulunun içtihadını uygulamış, böylece iki dairesi arasındaki uyuşmazlığın İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun önüne gelmesini engellemiştir. Fakat, dairenin, yıllardır istikrarla savunduğu bir düşünceden neden saptığının tutarlı bir açıklaması olması gerektiğini düşünüyoruz. Bu uyma kararı sonrasında, kuşkusuz sermaye ortaklıklarının yöneticileri, mal beyanındaki eksiklerden veya mal beyanında bulunulmamasından doğan cezai sorumluluğu üstlenmek durumunda kalacaklardır.
- b. Ticaretin terki bakımından eski tacirin adresini değiştirmiş olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Yargıtay, isabetli bir biçimde, terk olgusundan söz edilebilmesi için ticaretin fiilen terk edilmesi gerektiğini

vurgulamaktadır. Örneğin, sicilden kaydın silinmesi, kişinin ticari faaliyetlerine son verdiğini göstermez.

- c. Yargıtay, öğretide olduğu gibi, suçun seçimlik hareketli bir suç olduğunu kabul etmiştir. Kanunda sayılan davranışlardan birinin gerçekleştirilmesi, suçun oluşumu için yeterli olacaktır.
- d. Ceza Genel Kurulu'nun, şirket yöneticilerinin de bu suçtan cezalandırılabileceğine ilişkin kararına dayanak olarak gösterdiği İİK m. 345, şöyledir: “ *Bu kanunda yazılı suçlar, hükmi bir şahsın idare veya muamelelerini ifa sırasında işlenmiş ise ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur*”.

Bu maddenin varlığı dahi, Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararın yanlışlığını ortadan kaldırıcı bir etki yaratmaz.

- e. Kurul'un verdiği karar, yıllardır istikrarla uygulanagelmüş daire kararlarına aykırı olduğu gibi, aynı zamanda öğretiye egemen olan görüşü de yadsıyan bir niteliğe bürünmüştür. Kurul'un vermiş olduğu karar, tüzel kişi tacirlerin mal beyanında bulunamayacakları yönündeki uygulamayı da olumsuz etkileyebilir. Bu karar sonrasında özellikle uygulamacılar(hakim, avukat), davaları kaybetmemek adına Kurul kararını emsal alabilirler. Kurulun, vermiş olduğu bu karardan en yakın zamanda dönmesi gerekmektedir. Zira, on altıncı hukuk dairesinin uyma kararı vermeye başlaması, çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır ki, böylesine önemli bir konuda çelişkinin ortadan kaldırılması en yerinde çözüm olarak görünmektedir.

c.Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin Ceza Genel Kurul Kararı Sonrasında Vermiş Olduğu Uyma Kararları

Yargıtay On Altıncı Hukuk Dairesi, Ceza Genel Kurulu Kararı sonrasında, istikrar kazanan içtihatlarından vazgeçerek uyma kararları vermeye başlamıştır. Özel dairenin(16. HD, 03. 04. 2012, E. 2012/1252, K. 2012/ 3116) vermiş olduğu bir uyma kararı şu şekildedir¹⁴¹: “ ... Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14. 02. 2012 tarih 2011/505, 509, 513, 21. 02. 2012 tarih ve 2011/ 506, 510, 511 ve 621 esas sayılı dosyalarında, ticaret şirketlerinin müdür ve yetkililerinin ticareti terk suçunu işlemelerinin mümkün olduğu yönünde oyçokluğu ile verilen karar doğrultusunda uygulama yapılması Dairemizce de uygun bulunmuş olmakla; ticaret şirket yetkilisi olan sanığa isnat edilen suçun oluşabilmesi için tacirin *fiili olarak* ticareti terk etmesi ve bu durumu on beş günlük süre içerisinde kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirmemesi ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini içeren bir mal beyannamesi vermemesinin gerekmesi nedeniyle, Şişli Vergi Dairesi Müdürlüğünün 8 Eylül 2009 tarih ve 34146 sayılı yazısı ekindeki beyannamenin şikayet tarihini kapsamadığı gibi, bir ticari faaliyetin yapıldığının da belirlenmemesi, borçlu ticaret şirketinin ticaret sicili adresinde yaptırılan 07/ 09/ 2009 tarihli zabıta araştırmasına göre adresini terk ettiği veya yeni adresinin tespit edilemediği ve sanıklardan S. Ç'nin 02. 03. 2010 tarihli duruşmadaki savunmasında, işyerini taşıdıklarını, ancak şu anda bir işyerinin olmadığına ilişkin beyanı karşısında, sanıkların üzerine atılı suçun oluştuğunun kabulü ile mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi isabetsiz olup...”

Bir başka uyma kararı ise (16. HD, 24. 04. 2012, E. 2012/1702, K. 2012/ 3708) şu şekildedir: “... Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14. 02. 2012 tarih ve 2011/ 505, 509, 513, 21. 02. 2012 tarih ve 2011/ 506, 510, 511 ve 621 esas sayılı dosyalarında, ticaret şirketlerinin müdür ve yetkililerinin ticareti terk suçunu işlemelerinin mümkün olduğu yönünde oyçokluğuyla verilen karar doğrultusunda uygulama yapılması Dairemizce uygun bulunmuş olmakla; şirket yetkilisi sanığa isnat edilen suçun oluşabilmesi için tacirin fiili olarak ticareti terk etmesi ve bu

¹⁴¹ Karar için bk. www.kazanci.com. tr, (12. 06. 2013).

durumu on beş günlük süre içerisinde kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirmemesi ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyannamesi vermemesi gerekmekte olup, somut olayda İstanbul Ticaret Sicili Memurluğunun 02. 11. 2009 tarih ve 134350 sayılı yazısı ile sanığın ticaret sicil memurluğunda kayıtlı olduğu ve halen faaliyetine devam ettiğinin anlaşılması ve diğer taraftan Üsküdar Vergi Dairesi Müdürlüğünün 01. 03. 2010 gün ve 6729 sayılı yazısından da borçlu şirketin adresinde fiili olarak herhangi bir faaliyetinin olmadığı bildirilmesi, 08. 03. 2010 tarihinde kayıtlı adresinde yapılan zabıta araştırmasında, adresin boş ve tadilatta olduğunun saptanması ve sanığın 02. 03. 2010 tarihli savunması birlikte değerlendirildiğinde, atılı suçun oluştuğunun kabulünün gerekmesi nedeniyle sanığın mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi isabetsiz olup...”¹⁴²

Yargıtay 16. Hukuk Dairesinin, istikrar kazanmış uygulamasından neden vazgeçtiği bilinmemekle beraber, uyma kararlarının alınması, öğretideki görüşün terk edilmesi anlamına gelmekte olup, yerinde olmamıştır.

Görüldüğü üzere, yakın zamana kadar Yargıtay’ın Ceza Genel Kurulu ile 16.Hukuk Dairesi arasında ortaya çıkan görüş ayrılığı, dairesinin almış olduğu uyma kararı sonrasında sona ermiştir. 16. Hukuk dairesinin ileri sürdüğü tez, İcra ve İflas Kanunu’nun 44.maddesinde ifadesini bulan mal bildirimini ile yükümlü kişiler kategorisine şirket müdür ve yöneticilerinin dahil edilemeyeceği yönündeydi.

On Altıncı Hukuk Dairesinin verdiği uyma kararlarına ilişkin değerlendirmemiz, Ceza Genel Kurulu’nun verdiği karara ilişkin yorumumuz ile aynı olduğundan, CGK kararı için yaptığımız değerlendirmeler, söz konusu uyma kararları açısından da geçerlidir.

¹⁴² Karar için bk. www.kazanci.com.tr, (12. 06. 2013).

SONUÇ

Tacir kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmış ve bu kavram ikili bir ayırım yapılmak suretiyle ortaya konmuştur. Gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacir ayrımı kendisini daha çok İcra ve İflas Kanunu'nun 44.maddesinde ifadesini bulan ticareti terk çerçevesinde gösterir. Zira, TTK kapsamında yapılan ayırma tüzel kişiler de dahil edilirken, İİK m.44 kapsamında yapılacak ayırma tüzel kişi tacirlere yer verilemez. Çünkü, tüzel kişi tacirler tasfiye aşamasına girdikten sonra, tasfiye işlemlerinin tamamlanmasını takiben ticaret sicilinden silinmekle hukuki varlıklarını kaybederler. Bu nedenle, özellikle de ticareti terk eden tacirin ilandan itibaren bir yıl süre ile iflasa bağlı kılınacağını belirten İİK m. 44/ II hükmünün tüzel kişi tacirler bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla, İİK m. 44'ün uygulama alanı belirlenirken, gerçek ve tüzel kişi tacirler arasındaki bu farklılık dikkate alınmalıdır.

Ticareti terk olgusu ise, Türk Ticaret Kanunu'nda tanımı yapılan ve türleri düzenlenen tacir sıfatı ile yakından ilgili olmakla birlikte, onun olmazsa olmaz bir koşulu değildir. Tacir sıfatının kaybedilmesi, ticareti terk durumunun yalnızca bir sonucu olabilir. Ticareti terk, tacirin ticari işletmesini kapatması, dağıtması, tasfiye etmesi veya kendi iradesiyle elinden çıkarması anlamında kullanılmaktadır.

Ticareti terk durumuna yol açan bir neden olarak ticari işletmenin kapatılması, tacirin tek taraflı iradesi ile işletmenin faaliyetlerine son vermesi anlamına gelmektedir. Ticari işletmesini kapatan bir tacir, İİK m. 44'te belirtilen yükümlülüklerle tabi olur.

Uygulamada ise ticareti terk ile sonuçlanma açısından, temel hukuki işlemin ticari işletmenin devri olduğu göze çarpmaktadır. Ticari işletmenin devri, eski BK döneminde sadece 179. maddede hükme bağlanmışken, 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, iki ayrı kanunda düzenlenen bir hukuki işlem haline gelmiştir. TTK m. 11, ticari işletme devrine, eski dönemden farklı olarak biçim koşulu getirmiştir. TBK m. 202'de de ticari işletme devri herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Ancak, TTK m. 11 ile bundan böyle ticari işletme devri adı yazılı biçimde yapılacak ve devir ticaret siciline tescil ve ilan edilecektir. Sicile yapılacak tescilin hukuki niteliği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır.

Çoğunluğu oluşturan yazarlara ve bizim de kanaatimize göre, tescilin hukuki niteliği(kurucu mu açıklayıcı mı nitelik taşıdığı) konusunda kanunda açık bir ifade yer almıyorsa, TTK'daki genel kural gereğince tescilin açıklayıcı niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Ancak burada şu noktayı hatırlatmakta yarar vardır: Sicile yapılacak tescilin hukuki niteliği hususunda kanunda bulunan boşluk- eğer kanun koyucunun bu hususa yer vermemesi boşluk olarak nitelendirilebilirse- Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde doldurulmuştur. Bu durumun normlar hiyerarşisi çerçevesinde düşünüldüğünde kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır. Zira kanunda düzenlenmesi gereken bir konunun yönetmelikle düzenlenmesi normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmektedir.

Ticareti terke neden olan durumlardan bir diğeri de tacirin ticari işletmesinin esnaf işletmesi boyutuna gelmesidir. Çünkü iflas, hukukumuzda tacirler için öngörölmüş külli takip yoludur. Kanundaki belirli istisnalar dışında(örneğin kollektif şirket ortaklarının bazı durumlarda kanun gereğince iflas edebilmeleri) hukukumuzda göre yalnızca tacirlerin iflasa tabi olması, tacirin işlettiği ticari işletmenin esnaf işletmesine dönüşmesi; yani işletmenin ekonomik organizasyon anlamında küçülmesi halinde tacirin ticareti terk etmesine yol açar.

Ticareti terk eden tacirin bağılı olduğu yükümlölükler, TTK'dan ayrı olarak İİK m. 44'te düzenlenmiştir. İİK m. 44'te ifade edilen ilk yükümlölük, ticareti terk bildiriminde bulunulmasıdır. Öğretide bu konuyu ele alan yazarların çoğunluğu, terk bildiriminden çok aynı fıkrada düzenlenen mal beyanına değinmektedir. Halbuki kanun koyucu, ticareti terk eden bir tacirin öncelikle ticareti terk ettiğini kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmesi gerektiğinden söz etmektedir. Bu bildirim eski tacirin kayıtlı bulunduğu yerde yapılması, ticari faaliyetlerin sicile kayıtlı bulunan yerde yapılmasından ileri gelmektedir. Böylelikle, ticareti terk eden tacire bir kolaylık sağlandığı da gözden kaçırılmamalıdır. Yapılması gereken bu bildirim şekli konusunda İİK m. 44'te herhangi bir netlik söz konusu değildir. Ancak, yine normlar hiyerarşisine aykırı olarak, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde bu bildirim yazılı şekilde yapılacağı belirtilmiştir. Olması gereken hukuk bağlamında, böylesi kuralların kanunda bulunması gerekliliğini bir kez daha vurguluyoruz.

Ticaret siciline yapılacak terk bildirimi hususunda, ticari temsilcinin bu bildirimi yapıp yapamayacağı sorunu gündeme gelebilir. Ticari temsilcinin görevi,

Türk Borçlar Kanunu'nda hükme bağlanmıştır. Ticari temsilci, en geniş yetkilerle donatılan bağlı tacir yardımcısıdır. Ancak, görevi ticari işletmenin sınırları içindedir ve ticari işletme hukuki varlığını sürdürdüğü sürece ticari temsilci görevini yerine getirebilmektedir. Dolayısıyla, işletmenin devredildiği, tasfiye edildiği, dağıtıldığı veya kapatıldığı bir durumda ticari temsilcinin görev ve yetkileri sona ermektedir. Böyle durumlar için, üçüncü kişilerin iyiniyetinin kaldırılması amacıyla ticaret siciline yapılacak bir tescil ve ilanı beklemeye gerek bulunmamaktadır. Özetle, görev ve yetkileri sona eren bir ticari temsilcinin terk bildiriminde bulunması düşünülemez.

Terk bildiriminden sonra, ticareti terk eden tacirin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden biri mal beyanında bulunmaktır. Maddede, bütün aktif ve pasiflerin beyanda yer alması gerektiği ifade edilmekle birlikte, öğretilerde çoğunluk görüşünden farklı olarak bazı yazarların, haczedilmeye yetecek derecede malvarlığı unsurlarının beyanda bulunmasının yeterli olacağı yönündeki görüşlerine katılmaya imkan göremiyoruz. Çünkü kanunun ifadesi son derece açıktır; ticareti terk eden bir tacir, mal beyanında bütün aktif ve pasifleri göstermek zorundadır. Mal beyanında bulunmuş sayılmak için beyan dışında, ilan giderlerinin de ticaret siciline ödenmesi gerekmektedir. Zira madde, ilan giderlerini ödemeyen tacirin beyanda bulunmamış sayılacağını açıkça ortaya koymuştur. İlan giderlerinin peşin olarak ödenmesi gerekir. Beyanda bulunmamış sayılan tacir bakımından ise, bir yıllık iflas süresinin başlamayacağı ortadadır.

Ticareti terk eden tacirin bu yükümlülüklerle uygun hareket etmesinin en temel sonucu, İİK m. 44/II'de belirtilen, bir yıllık iflasa tabi kılınmaktır. Ticaret sicili tarafından yapılacak ilandan itibaren bir yıl içinde, ticareti terk eden tacir iflasa bağlı olmaya devam eder. Bu hüküm, özellikle ticari işletme devri suretiyle gerçekleşen terk durumu açısından önem taşımaktadır. Zira, TBK m.202'de, işletmeyi devreden tacirin devralanla birlikte iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu tutulacağı öngörülmüştür. Devreden tacir, bu iki yılın ilk yılında iflasa tabi olmakta, kalan bir yıl için de yalnızca genel haciz yolu ile takip edilebilmektedir. Ancak, işletmesini kapatan, dağıtan veya tasfiye eden tacir içinse yalnızca bir yıllık iflas süresi işleyecektir. Dolayısıyla ticareti terk eden tacirler için benimsenen bu sistem, onların tacir sıfatına sahip olmadığı halde iflasa bağlı olan kişiler kategorisine dahil edilmesine neden olmuştur.

İİK m. 44'te düzenlenen bir diğer sonuç, ticareti terk eden tacirin iki ay süre ile haczi kabil malları üzerinde oluşan tasarruf sınırlandırmasıdır. Bu tasarruf yasağının getirilmesinin amacı, eski tacirin malvarlığı unsurlarını üçüncü kişilere devrederek alacaklıları zarara uğratmasının önüne geçebilmektir. Ancak kanun koyucu bu kuralı çok sert biçimde getirmek yerine, bazı istisnalara da yer vermiştir. Maddede, üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları halinde, bu hak kazanımlarının saklı tutulduğu açık biçimde ifade edilmiştir. Ancak bu iyiniyet iddiasını da herkesin ileri sürmesi, hakkaniyetle bağdaşmayacaktı. Bu nedenle kanun koyucu yine bazı kimselerin(örneğin ticareti terk eden tacirin oğlunun) iyiniyet iddiasında bulunamayacaklarını belirtmiştir. Bununla birlikte, Yargıtay uygulamasında, durumun gereği eski tacirin ekonomik durumu hakkında bilgisi olan kişilerin(muhasebeci, ticari temsilci) de iyiniyet iddiasında bulunmamaları gerektiği vurgulanmıştır.

Maddede, özellikle üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının ortadan kaldırılması amacına yönelik olarak, bazı sicil ve kurumlara ticaret sicil müdürlüğü tarafından bildirimde bulunulacağı düzenlenmiştir. Ancak bize göre, yapılması gereken bildirim tapu veya gemi sicili ve TPE ile TBB ile sınırlı kalmamalıdır. Kanaatimizce maddenin amaçsal bir yoruma tabi tutulması gerekir, bu nedenle eğer ticareti terk eden tacirin malvarlığında sicile kaydı gereken bir unsur varsa, iyiniyet iddiasının önüne geçmeyi hedefleyen bu bildirim, ilgili bu sicillere yapılmalıdır.

Bozulmaya yüz tutan mallar açısından ise, kanun koyucu pek de isabetli olmayan bir şekilde “ kanuni müddet” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Maddede, bu ifadeden neyin kast edildiğine dair açıklık bulunmamakla birlikte, öğretide bazı yazarlar buradaki sürenin iki aylık tasarruf yasağına ilişkin süre olduğunu söylemiştir.

Bu maddedeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesine ise İİK m. 44'te doğrudan hukuki bir yaptırım bağlanmamıştır. Ancak Yargıtay'ın, özellikle TBK m. 202 ve TTK m. 11 çerçevesinde işletme devrine bağlı olarak gerçekleşen ticareti terk durumunda, İİK m.44 ve TBK m. 202'deki işlemlerin yerine getirilmemesinin bir sonucu olarak, işletme devrinin alacaklılar bakımından geçersiz olduğu yönünde çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bu kararlar bizim İİK m.44'ün şekli değil, maddi bir hukuk kuralı olduğu yönündeki görüşümüzü de destekler niteliktedir.

Ancak İİK m. 44'te belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, daha ziyade cezai sorumluluğun ortaya çıkması bağlamında önem taşımaktadır. İİK m. 337a'da, özellikle eksik mal beyanında bulunma veya hiç beyanda bulunmama gibi durumlar açısından cezai norm öngörülmüştür. İİK m. 337a'da düzenlenen suçun temel özelliği, takibi şikayete bağlı suçlardan biri olmasıdır. Zira, ticareti terk suçunun işlenmiş olması, eski tacirin cezalandırılabilmesi için yeterli değildir. Şikayet dışında, suçun meydana gelmesi için alacaklıların bu davranışların bir sonucu olarak zarar görmeleri koşulu da aranmaktadır. Yine İİK m. 337a'da öngörülen cezanın üst sınırı bir yılı aşmadığından, seçenek yaptırımlara çevrilebileceği gibi, cezanın ertelenmesi de söz konusu olabilir.

Yargıtay'ın kendi daire ve kurulları arasında yakın zamana dek süren görüş ayrılığı, 16. Hukuk dairesinin almış olduğu uyma kararı ile birlikte sona ermiştir. Daire ve kurul arasındaki uyuşmazlık, tüzel kişi tacirlerden biri olan ticaret ortaklıklarının müdür veya yöneticilerinin de İİK m. 337a'da düzenlenen cezai sorumluluğa bağlı kılınıp kılınamayacağı noktasında ortaya çıkmıştır. 16. HD, eski kararlarında isabetli olarak, ticaret ortaklıkları açısından terk değil, ortaklık ilişkisinin sona ermesi halinin söz konusu olduğunu, ticaret ortaklıklarının sicilden terkin edilir edilmez hukuken son bulduklarını vurgulamıştı. Dolayısıyla özel daire, ticareti terk durumunun yalnızca gerçek kişi tacirler bakımından uygulama alanı bulabileceğini dile getirerek, bizim de savunduğumuz ve öğretide egemen olan görüşü yansıtan kararlar almıştı. Ancak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, aksi yönde aldığı karar, son derece yanlış olmakla birlikte, 16. HD'nin istikrarlı çizgisinden ayrılmasına neden olmuştur. Ceza Genel Kurulu'nun, ticaret ortaklıklarının müdür veya yöneticilerinin de İİK m. 337a kapsamında cezalandırılabilmesini bildiren kararı, yerleşmiş bir uygulamadan vazgeçildiğini göstermektedir. Nitekim bu karardan sonra alınan 16. HD kararlarına bakıldığında bu durumu görmek olanaklıdır.

Sonuç olarak, İİK m. 44, mehzaz İsviçre İİK'sından farklı olarak, özgün bir düzenleme niteliğine sahiptir. Bu maddenin İcra ve İflas Kanunu'na konulması, kötü niyetli borçluların alacaklılarını zarara uğratmaları ile başlamıştır. Kanun koyucunun asıl hedefinin alacaklıların korunması olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

İİK m. 44, bünyesinde önemli eksiklikleri barındırmasına karşın, bu eksikliklerin giderilmesi kanun koyucuya bırakılmalıdır. Yasada bulunan bir boşluğun yönetmelik ile doldurulması, kanun yapma tekniği ile bağdaşmayacağı gibi, çözümü güç sorunların doğmasına da yol açabilir.

KAYNAKÇA

ACEMOĞLU, Kevork. **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1971.

AKINTÜRK, Turgut ve KARAMAN, Derya Ateş. **Medeni Hukuk**, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

AKİPEK, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

AKKANAT, Halil. “Adi Ortaklıkta Haklı Sebep İhraç Mümkün müdür?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXII, Sayı: 1- 2, 2004, ss. 333- 349.

AKYOL, Şener. **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ANSAY, Tuğrul. “Adi Şirket Ortakları Tacir Midir, Ortakların Ticaret Unvanı, Defter Tutma”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı: 1-2, 1968, ss. 263- 266.

ANSAY, Tuğrul. “Ticari İşletmenin Sorgulanması”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt: I, 2010, ss. 173- 218.

ARICI, Mehmet Fatih. **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ARKAN, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2011.

AYHAN, Rıza, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar. **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

BAHTİYAR, Mehmet. “ Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı: 106, 2011, ss. 3889- 3910.

BATTAL, Ahmet. “ Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatına Sahip Olma ve İflasa Tabi Tutulma Konusundaki Yargıtay Uygulaması”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, 2003, ss. 1-24.

BİLGE, Mehmet Emin. “ Tacir Sıfatının Sona Ermesi”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan**, Cilt: I, 2002, ss. 175- 196.

BİLGİLİ, Fatih ve DEMİRKAPI, Ertan. **Ticaret Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Dora Yayıncılık, 2. Baskı, Bursa, 2012.

BİLGİLİ, Fatih ve DEMİRKAPI, Ertan. **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.

COŞTAN, Hülya. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yolu ile Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2009.

DEMİRKAPI, Ertan. **Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.

DOĞAN, Murat ve NARBAY, Şafak. “ İktisadi Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadi İşletme İşletmesi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 1-2, ss. 437- 461.

DURMAN, Okay. **İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya İşletmenin Devri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

HIZIR, Serdar. “ 6098 sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu’na Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt: III, 2011, ss. 2817- 2880.

İNCEOĞLU, M. Murat. **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

KARAHAN, Sami. **Ticari İşletme Hukuku**, 23. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2012.

KARAHAN, Sami. **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2012.

KARAYALÇIN, Yaşar. **Ticari İşletme**, 3. Baskı, Ankara, 1968.

KARAYALÇIN, Yaşar. **Ticaret Hukuku Dersleri**, Ankara, 1970.

KENDİGELEN, Abuzer. **Yeni Türk Ticaret Kanunu- Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

KILIÇOĞLU, Ahmet. **Borçlar Hukuku(Genel Hükümler)**, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

KIRCA, İsmail. **Ticari Mümessillik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

KURU, Baki. “ Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 1-2, 1970, ss. 109- 118.

MUŞUL, Timuçin. **İcra ve İflas Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

NARİN, Resul. “Adi Şirketin Sona Ermesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

NİLLSON, Gül Okutan. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

OĞUZMAN, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. **Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

OĞUZMAN, Kemal ve ÖZ, Turgut. **Borçlar Hukuku(Genel Hükümler)**, 9. Bası, Vedat Kitapçılık, Cilt: 2, İstanbul, 2012.

OĞUZMAN, Kemal ve BARLAS, Nami. **Medeni Hukuk- Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. **Medeni Usul Hukuku**, 12. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

POROY, Reha ve YASAMAN, Hamdi. **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

PULAŞLI, Hasan. **Şirketler Hukuku Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

SEROZAN, Rona. **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

ŞENER, Oruç Hami. **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

ŞENER, Oruç Hami. **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

TEKİNALP, Ünal. **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

TEKİNALP, Ünal. **Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

UYAR, Talih. **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Ankara, 2010.

UYAR, Talih. “İcra Hukukunda Süreler”, www. myicra.com, (14. 07. 2013).

ÜLGEN, Hüseyin, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün N. Nomer Ertan. **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

ÜLKÜ, Murat Fatih ve KARAASLAN, Erol. “ Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: BY. md. 179”, **Manisa Barosu Dergisi**, Sayı: 70, 1999, ss. 47- 67.

VON BÜREN, Roland, Walter Stoffel ve Rolf H Weber. **Grundriss des Aktienrechts**, 3.Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2011.

ZEVKLİLER, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu ve Damla Gürpınar. **Yeni Medeni Kanun’a Göre Medeni Hukuk(Temel Bilgiler)**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.