

“ TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE
TASARRUF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN ŞEKİL SORUNU
(İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG) ve Alman Hukuku
Perspektifinde)

Dr. Murat TOPUZ*

*“İlim, tesadüfi olanı kendisine konu yaptığı için kendisi de tesadüfi
olmaktadır; kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi koca kütüphanelerin
okkalık kâğıt haline gelmesine yeter”.*

Julius Hermann v. Krichmann

ÖZET

Eski Ticaret Kanunu’nda ticari işletmenin devri hususunda bir düzenleme yoktu. Ticari işletmelerin devri Borçlar Kanunu’na göre yapılmaktaydı. Borçlar Kanunu’na göre devir sözleşmesi şekle tabi değildi. Fakat ticari işletmenin malvarlığı unsurları tek tek özel biçimde yapılması gerekiyordu. Yeni Borçlar Kanunu da aynı sistemi öngörmüştür. Ancak Ticaret Kanunu’nun 11. maddesi yeni bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, ticari işletme yazılı bir sözleşmeyle bir bütün halinde devredilebilecektir. Bu sözleşme ticaret siciline tescil edilince hükümlerini doğuracaktır. Ticari işletmenin malvarlığı değerleri için tek tek devir işlemi yapılmayacaktır.

Anahtar kelimeler: Ticari işletme, Ticari işletmenin devri, tescilsiz iktisap halleri, tasarruf işlemleri

ABSTRACT

There was not an arrangement regarding the transfer of commercial enterprises in the former Turkish Commercial Code. The transfer of commercial enterprises was done according to the former Turkish Code of Obligation. A transfer contract for the transfer of enterprise was not subject to any form. However, the individual elements of the business assets of the entity had to be transferred in a certain form one by one. The new Turkish Code of Obligation accepts the same system. However, Article 11 of the new Turkish Commercial Code brought to a new arrangement. Accordingly, a commercial enterprise shall be transferred as a whole by a written contract. The provisions of this agreement shall have effect and bear consequence when registered to the trade register. The values of asset of commercial enterprises shall not be transferred one by one.

Keywords: Commercial Enterprise, Transfer of Commercial Enterprise, Nonregistered Acquisition, Dispositive Transactions

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

Malvarlığı veya işletmenin devri, ticaret hayatında önemli bir gerekliliktir. Kurulu bir işletmeyi devralan, devredenın oluşturduğu hazır bir müşteri çevresini de devralmaktadır. Devreden de çeşitli yararlar sağlamakta, örneğın yeni ve daha büyük bir iş kurmanın getireceğı nakit ihtiyacını karşılamak için işletmesini devrederek bu ihtiyacını karşılamaktadır.

6762 Sayılı Eski Ticaret Kanunu (ETK), ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin gerek şekli gerekse kapsamı hakkında özel bir hüküm içermemekteydi. Bu nedenle hem borçlandırıcı işleminin şekli hem de tasarruf işlemi açısından genel hükümler uygulanmaktaydı. Ancak Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 01 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmesi ile gerek şekil gerekse tasarruf işlemi ve kapsamı hakkında önemli düzenlemeler getirilmiştir. Bundan böyle, ticari işletmenin devrine ilişkin olarak TBK m. 202'nin yanında TTK 11/3'teki şu hüküm de uygulama alanı bulacaktır: *"Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir."*¹

¹ TTK m. 11/3'ün gerekçesine baktığımızda ise hükümet gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Üçüncü fıkra, 6762 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, ticari 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 yünden tanımlar. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran malvarlığını, duran malvarlığı 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 taşıdığına da unutmamak gerekir. Kiracılık hakkı bir işletmenin, meselâ, dondurmamacının, ayakkabıcının, perûkçunun, şapkacının, şekerci-

Bu düzenlemeye göre ticari işletmenin her bir unsuru (taşınırlar, taşınmazlar, haklar) ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek olmaksızın, tek bir devir sözleşmesiyle devredilebileceklerdir. Yani ticari işletmeye dâhil taşınırlarda zilyetliğin nakli, taşınmazlar da ise tapu siciline tescil olmaksızın ve diğer tüm unsurlarda da tek bir işlemle devir kolaylığı sağlanmıştır. Düzenlemeye göre, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekecektir. TTK'daki bu düzenleme medeni hukukun özellikle de eşya hukukunun ve borçlar hukukunun temel ilkelerine çok geniş ve bu ilkeler ile kimi zaman çelişen önemli istisnalar getirmiştir. Bu hüküm gelişen ticaret hayatı ve ticaret hayatının sürati nazara alınarak düzenlenmiştir. Ticari işletmelerin devredilmesinde kolaylık ve hız sağlamak bu düzenlemenin ana hedefi olmuştur. Ticari işletmenin devrinde kolaylık ve hız sağlanırken bu işlemlerin bütünlüğünü de hayati öneme sahip olduğundan, ticari işletmenin bütünlüğünün korunması da ihmal edilmemiştir. Bu bakımdan TTK m. 11'in madde başlığı da "Bütünlük İlkesi" olarak ortaya konmuştur. Böylece bu ilke açıkça TTK'da kendine yer bulmuştur.

TTK m. 11/3 hükmü Türk Ticaret Kanunu'nu Hazırlayan Bilim Komisyonu'nca Meclis'e sunulan Taslak'ta olmamasına rağmen, Adalet Komisyonu'nda eklenmiş bir düzenlemedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bu düzenleme Adalet Komisyonu'nun bilinçli bir tercihi olarak ortaya çıkmış gözükmektedir. TTK. 11/3 hükmüne ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda, "...Ayrıca, maddenin üçüncü fıkrasında aşağıdaki gerekçelerle Komisyonumuzca değişiklik yapılmıştır. "Üçüncü fıkranın birinci cümlesi bir ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebileceğini hükme bağlamaktadır. Cümledeki "bir bütün halinde" ibaresiyle, ticari işletmeyi meydana getiren taşınmazlar, menkuller, fikri mülkiyet hakları gibi malvarlığı unsurlarının tescil, teslim vs. gibi özel tasarruf işlemlerinin teker teker yapılmasına gerek olmaksızın devir sözleşmesi ile intikali amaçlanmıştır. Ancak "bir bütün halinde" ibaresinin bu şekilde yorumlanabileceği endişesiyle ve görüş ayrılıklarına yer bırakmamak için birinci cümle, "Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının kanuni tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve..." şeklinde değiştirilmiş, ayrıca son cümle, "Bu devir sözleşmesi ile ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur" haline getirilmiştir"² denilmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, bu düzenlemenin bazı faydaları mevcut olmakla beraber uygulamada birçok sorun ve belirsizliği de beraberinde getirecektir.

nin, ticaretini yaptığı mahal (adres) ile tanınması, ancak o mahalde de kiracı olması halinde, ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluğunu ifade eder.

Bütünü tanımlayan bu malvarlığı unsurları, bütünü 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 ticari işletmenin bir hukuki işleme bütün halinde konu olduğu hallerde de kıyas yoluyla uygulanır.

Üçüncü fıkrada yer alan "aksi öngörülmedikçe" ibaresi Tasarımın 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". (www.basbakanlik.gov.tr, 01.08.2012 tarihi itibarıyla günceldir).

² **KENDİGELEN, A.**, Gereğçeli-Karşılaştırmalı Yeni Ticaret Kanunu, İstanbul 2011, s. 127-131.

Ticari işletmenin devrine ilişkin en önemli düzenleme Eski Borçlar Kanunu (EBK) m. 179'daki bir işletme ve malvarlığının devrine ilişkin düzenlemeydi. EBK'daki bu düzenleme soruna özellikle borçlar ve sorumluluk açısından yaklaşmaktaydı. Bu düzenlemenin aktiflerinin devri bakımından bir düzenleme içermediği, ticari işletmenin devri bakımından uygulamadaki sorunlara cevap vermekte yetersiz kaldığı ileri sürülmekteydi. Tüm bu eksiklikler ve ihtiyaçlara cevap vermeme yaklaşımı ticari işletmenin devri konusunda yeni bir düzenleme yapılmasının asıl nedenini oluşturmuştur.

TTK'daki bu düzenleme 1 Temmuz 2004'te yürürlüğe giren 3 Ekim 2003 tarihli İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu³ (Fusionsgesetz: FusG (Birleşme Kanunu)'ndan ilham alınarak yapılmıştır. İsviçre Birleşme Kanunu, ticari işletmenin tescile dayalı devrini “*malvarlığının devri*” başlığı altında m. 69 vd. hükümlerinde ayrıntısıyla düzenlemiştir. Hatta bu düzenlemede sadece işletmenin değil işletme bölümlerinin, şubelerin ve bu düzeye ulaşmamış ekonomik bütünlük arz eden malvarlığı değerlerinin, hatta bazı aktif ve pasiflerin devrine olanak sağlanmıştır. Türk Hukuku'na ışık tutması bakımından İsviçre'deki düzenlemeleri de aşağıda ayrıntısıyla değerlendireceğiz.

Bu çalışmamızın amacı, TTK m. 11/3'ün faydalarını, eksikliklerini ve aksaklıklarını -İsviçre Birleşme Kanunu hükümlerini nazara alarak- ortaya koyarak eleştiriler getirmek ve çözüm önerileri sunmaktır. Bu nedenle öncelikle İsviçre ve Alman Hukuku'ndaki düzenlemeleri ortaya koymaya çalışacağız. Daha sonra Türk hukukundaki eski düzenleme ile yeni düzenlemeleri ortaya koyup, İsviçre ve Alman hukukları ile mukayese yapmaya çalışacağız.

³ İsviçre Birleşme Kanunu işletmelerin yeniden yapılandırılmasını baz alan özel bir kanun hüviyetindedir, **SCHUMACHER, R. T.**, Die Vermögenübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich-Basel-Genf 2005, s. 22 vd.; **TSCHANL, R./RÖTHELL, A.**, “Yeni İsviçre Birleşme Kanunu, (çev. ÖZENSOY, N.), ABD, 2005/1, Ankara, s. 91 vd.; **WATTER, R./KÄGI, U.**, “Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögenübertragungen” SZW/RSDA 3/2004, s. 231 vd.; **VOGEL, A./GÜNTER, M.**, “Der Vertragübergang ei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, http://www.mll-legal.com/uploads/tx_x4publication/, s. 592 (25.07.2012 tarihi itibarıyla güncel) ; **VISCHER, F.**, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich-Basel-Genf 2004, N. 1; Birleşme Kanunu'nun temel amacı, işletmelerin hukuki yapılarının yeniden yapılandırılmasında esneklik ve kolaylık sağlamaktır. Böylece işletmelerin değişen ekonomik koşullara uyum sağlamaları kolaylaşacaktır. Birleşme Kanunu'nda düzenlenen malvarlığının devrine ilişkin hükümler önemli yenilikler içermektedir, **MORSCHER L., (ROLF WATTER/NEDİM PETER VOGT/RUDOLF TSCHÄNI/DANIEL DAENIKER (Hrsg.))**, Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005, Art. 1, N. 36, 46; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 91 vd.; Bu düzenlemeler ile malvarlığının tamamının veya bir kısmının, envantere dayalı biçimde tek bir işlemle (*uno actu*) başkasına devredilmesi imkânı getirilmektedir. Böylece cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca devre konu olan her bir unsur için kanunen mevcut olan devir kurallarına uyulması zorunluluğu da bulunmamaktadır, **VISCHER**, N. 16; **VOGEL/GÜNTER**, s. 593; Birleşmede (FusG Art. 3 vd.) külli halefiyet söz konusu iken, bölünme (FusG Art. 29 vd.) ve malvarlığı devrinde (FusG Art. 69 vd.) ise kısmi külli halefiyet ilkesi geçerlidir, **ÜLGEN, H./ARICI, F.**, “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1768-1769.

II. İSVİÇRE HUKUKU'NDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETME- NİN DEVRİ

A. Genel Olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. Hükümü Uyarınca

Türk Hukuku'nda malvarlığı veya işletmenin devrini düzenleyen EBK m. 179 hükmünün İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki (İBK) karşılığı İBK m. 181'dir. FusG öncesinde İBK m. 181 hükmü, üç fıkradan oluşmaktaydı. FusG yürürlüğe girdikten sonra İBK m. 181'e dördüncü fıkra eklenmiş ve ticaret siciline kayıtlı, özel hukuka göre hak sahibi olabilecek olanların malvarlıklarını ya da ticari işletmelerini devretmeleri durumunda, hak sahiplerinin hukuki statülerine bakılmaksızın, zorunlu olarak FusG hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alındı⁴. İBK m. 181'de her ne kadar malvarlığı veya işletmenin aktifleri ve pasifleri ile devrinden söz edilse de, gerçekte sadece borçların kanunen devrini hedef almıştır. Aktiflerin devrinde ise İsviçre'de cüz'i halefiyet ilkesi geçerli olmuştur⁵. İBK 181/IV'ün atfı uyarınca, siciline tescilli hukuk sùjeleri yani ticaret siciline tescilli gerçek kişiler, vakıflar, dernekler, kooperatifler, ticaret şirketleri açısından, artık İBK m. 181'e göre borçların kanunen devri uygulama alanı bulmayacaktır⁶. Bu konuda uygulanacak kanun FusG'dir. Bu durumda uygulanacak hükümler ise bu kanundaki malvarlığının devrine ilişkin hükümleridir⁷. Böylelikle İBK m. 181'e eklenen dördüncü fıkra ile FusG hükümlerinin bertaraf edilmesi engellenmiştir⁸.

İsviçre Borçlar Kanunu'na göre malvarlığının devri, malvarlığı veya işletmeyi devreden ile devralan arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşir⁹. Malvarlığı devri

⁴ SCHUMACHER, s. 5 vd.; VOGEL/GÜNTER, s. 592-593; von DER CRONE, H. C./GERSBACH, A./KESSLER, F. J./DIETRICH, M./BERLINGER, K., Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N. 301-302; MORSCHER, FusG Art. 1, N. 45; DURMAN, O., İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009, s. 59, 83; ÜLGEN/ARICI, s. 1767-1768; FusG yürürlüğe girmeden önce ortaklıkların malvarlığını devretmeleri sadece belirli durumlarda birleşme hükümleri gereği veya yapılacak devir anlaşması çerçevesinde her bir malvarlığı değerinin aktif ve pasifiyle teker teker devredilmesi ile mümkündü. Malvarlığının devri sözleşmesinin ifası, malvarlığına dahil olan her bir malvarlığı değeri açısından kendine özgü temlik kurallarının geçerli olması nedeniyle zorluk ve karmaşıklık arz etmekteydi. Devredenin ortaklarının bu anlaşmaları basından duymaları veya bilançonun ya da kar zarar hesabının incelenmesiyle anlaşılması da bu malvarlığı devrinin ve buna yönelik sözleşmelerin olumsuz yönleriydi, DURMAN, s. 73-74; VOGEL/GÜNTER, s. 592 vd.

⁵ ÜLGEN/ARICI, s. 1767; SCHUMACHER, s. 10 vd; İBK m. 181 gereği üç yıl boyunca devreden ve devralan alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu kalmaya devam ederler. İBK m. 181'e göre malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınmasına ilişkin malvarlığını veya işletmeyi devralanla devreden arasında bir devir sözleşmesinin akdedilmesi ve buna ilişkin olarak alacaklıların bilgilendirilmesi diğer bir ifadeyle ilan veya ihbar gereklidir, von TUHR, A., Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, (Çeviren: EDEGE, C.), Ankara 1983, s. 900-901.

⁶ BERETTA, P., Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 69-77, Zürich 2004, N. 34, 72; SCHUMACHER, s. 10 vd.

⁷ Ancak İsviçre Birleşme Kanunu'nun malvarlığı devrine ilişkin hükümleri, pasiflerin genel hükümler çerçevesinde cüz'i halefiyet ilkesine göre devredilmesine engel değildir, ÜLGEN/ARICI, s. 1770; İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu, aynen Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, malvarlığı veya işletmenin devrinde kanuni bir borç naklini öngörmektedir, ACEMOĞLU, K., Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 2-3; DURMAN, s. 59.

⁸ von SALIS, U., Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, www.fusionsgesetz.ch. (08.07.2012 tarihi itibarıyla güncel), s. 392; SCHUMACHER, s. 16-17; WATTER/KÄGI, s. 244.

⁹ von TUHR, s. 900.

borcunu doğuran sözleşme şekle tabi değildir¹⁰. Bu sözleşme ile devralan kişi ilgili malvarlığını devralma yükümlülüğü altına girmiş olur. Malvarlığını devreden de malvarlığı değerlerini devretme borcu altına gelmiş olur. Her ne kadar devir sözleşmesi şekle tabi değilse de, sözleşmenin resmi şekilde yapılması, malvarlığı değerleri içerisinde taşınmaz bulunması durumunda zorunludur¹¹. İBK m. 181 gereği malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde aktiflerin devri cüzi halefiyet ilkesi uyarınca intikal eder. Aktiflerin devri içinse her bir malvarlığı unsuru için o malvarlığı unsurunun niteliğine uygun tasarruf işlemi gerçekleştirilmesi gerekir¹². Ayrıca devredilmek istenen malvarlığı veya işletme kendi içinde bütünlük teşkil etmesi gerekir. Malvarlığı değerlerinden bazılarının tek başına devredilmek istendiği durumlarda İBK m. 181 uygulama alanı bulmaz. Buna karşın malvarlığı veya ticari işletmenin aktifini oluşturan unsurlardan bazı değerler devredende bırakılsa dahi, İBK m. 181'in uygulanma alanı mevcuttur. Ancak bunun için malvarlığının tamamına yakını veya ticari işletmenin temel unsurlarının devredilmiş olması gerekir¹³. Devralan, alacaklılara karşı sadece malvarlığı veya işletme devri geçerli olarak gerçekleşmişse sorumludur¹⁴.

B. İsviçre Birleşme Kanunu Uyarınca

1. Genel Olarak

Bu kanunun amacı, uygulamada şirketlerin yapısal değişimlerini kolayca sağlamak ve süratle değişen ticari hayata uyum sağlayabilmelerini mümkün kılmaktır¹⁵. FusG'e göre, geçerli bir malvarlığı devrinden söz edebilmek için iki kurucu unsurun bulunması yeterlidir: Devir sözleşmesi ve ticaret siciline tescil. Devir sözleşmesi adi yazılı şekle tâbidir (FusG Art. 70/II). Fakat taşınmazların devir sözleşmesine konu olması halinde, taşınmaza ilişkin devrin resmi şekilde yapılması gerekir (FusG Art. 70/II)¹⁶. Malvarlığının devrinin en önemli sonucu, ticaret siciline bu devrin tescili ile birlikte bir kısmı külli halefiyet halinin ortaya çıkmasıdır. Kısmi külli halefiyetin ortaya çıkmasının nedeni, devredenin genellikle malvarlığının belli bir kısmını devretme olanağına sahip olmasıdır¹⁷.

İşletmenin devre konu olacak aktiflerinin ve pasiflerinin belirlenmesi, irade serbestisi çerçevesinde taraflarca gerçekleştirilir. Ancak devredilen malvarlığının, aktiflerden ve pasiflerden oluşan bir bütün olması zorunluluğu yoktur. İBK m. 181'den

¹⁰ **BÜHLER, A.**, Die Vermögen-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht, Luzern 1947, s. 23.

¹¹ **SCHUMACHER**, s. 10 vd.; **DURMAN**, s. 64;

¹² **BÜHLER**, s. 55-56; **SCHUMACHER**, s. 10 vd.

¹³ **von TUHR**, s. 900-901.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **von TUHR**, s. 900 vd.; **BÜHLER**, s. 28-30; **DURMAN**, s. 66-68.

¹⁵ Vergi hukukunda bir çok engeller kaldırılmış ve uluslararası gelişimlere ayak uydurulabilmesini temin etmekte. Şirketlerin yapısal değişimleri sırasındaki şeffaflık sağlanarak, korunması gereken ortaklar, alacaklılar ve işçiler için çeşitli etkin koruma mekanizmaları getirilmiş, böylece alacaklılar, çalışanlar ve azınlık hissedarları korunmaya çalışılmıştır. Kanun her çeşit ticaret ortaklıkları, kooperatifler, dernekler ve vakıflar dahil olmak üzere tüm birleşmeler, bölünmeler, tür değiştirmeler ve malvarlığı devirleri hakkında düzenlemeler getirmiştir. Alacaklıların korunması konusunda da Kanun ileri düzenlemeler içermektedir, Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DURMAN**, s. 70 vd.; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 91, 96; **WATTER/KÂGI**, s. 231 vd.

¹⁶ **AKER, H.**, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 112-113, dn. 346; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96.

¹⁷ **von SALIS**, s. 389; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96.

farklı olarak, aktiflerin ve pasiflerin işletme veya işletmenin bir ölçüde bağımsız ve kendi içinde ekonomik bütün olan bir kısmını teşkil etmesi zorunlu değildir. Hatta tek bir hakkın devri için dahi malvarlığının devri kurumu devreye sokulabilir¹⁸. Aralarında bağlantı bulunsa bile, pasiflerin mutlaka aktifler ile birlikte devredilmesi şart değildir¹⁹. Bir işletmenin sadece aktiflerinin malvarlığı devrine konu olması mümkündür. Ancak devrin hakkın kötüye kullanılması oluşturmaması ve mal kaçırmaya ilişkin özel hükümleri ihlâl etmemesi şarttır. Sermayenin korunması ve tasfiyeye ilişkin özel düzenlemeler de saklıdır (FusG Art. 69/II)²⁰. Malvarlığı devri sonucunda aktiflerden başka ayrıca pasifler de devredilmişse, devreden devralanla birlikte bu borçlardan üç sene süreyle müteselsilen sorumludur (FusG Art. 75/I). Üç yıllık süre, devrin İsviçre Ticaret Sicili Gazetesinde ilânından itibaren başlar (FusG Art. 75/II). Ancak nakledilen borç müeccel ise sürenin başlangıcı borcun muacceliyet tarihidir (FusG Art. 75/II)²¹. FusG m. 75/III hükmüne göre üç yıllık müteselsil sorumluluk dönemi sona ermeden devrin taraflarının müteselsil sorumluluklarının sona ermesi durumu ortaya çıkarsa (örneğin devreden şirketin iflası veya iradi feshi nedeniyle tasfiye) veya alacaklılar müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamadığını ilk bakışta anlaşılan delillerle ortaya koyarlarsa alacaklıların taleplerine karşı teminat gösterilmesi mecburidir²².

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1772-1773 ve dn. 32-33'te zikredilen yazarlar.

¹⁹ **VON SALIS**, s. 414; **BERETTA**, FusG Art. 69-77, N. 23.

²⁰ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1774.

²¹ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1793; FusG ile birlikte İBK m. 181'deki iki yıllık süre de üç yıla çıkartılmıştır. Devreden şirketin ya da devralanın, bu devir işlemi dışındaki yani devredilen malvarlığına bağlı olmayan borçlarından dolayı, alacaklıları koruyucu hüküm bulunmamaktadır. Malvarlığının devrine konu olmayan borçlar bakımından böyle bir sorumluluk yoktur. Buradaki müteselsil sorumluluk, devir öncesinde muaccel olan veya olmayan bütün borçları kapsamaktadır. FusG m. 75/II hükmüne göre, iş hukukundan doğan, işçilerin alacak hakları bakımından da devredenın müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Burada devirden sonraki bir tarihte muaccel olan işçi alacakları dahi, belirli bir kapsamda müteselsil sorumluluğa konu olmaktadır, **DURMAN**, s. 80; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96; Üç yıllık sürenin dolması ile alacaklıya karşı sadece devralan sorumlu olmaya devam eder. FusG'deki üç yıllık süre değiştirilemez. Üç yıllık süre, hak düşürücü süre olmayıp, zamanaşımı süresidir. İBK m. 181/II'deki iki yıllık süre hak düşürücü süre idi. Yeni düzenleme uyarınca sürenin bir zamanaşımı süresi olmasından dolayı, İBK m. 135 hükmü uyarınca kesilmesi olanaklıdır, Ayrıntılı bilgi için bkz. **VON SALIS**, s. 445-446; **DURMAN**, s. 80 ve dn. 87'de zikredilen yazarlar.

²² Burada sadece hakları malvarlığının devri ile etkilenen -alacaklılar devredilen- alacaklılar ek teminat talep edebilirler. Bu alacaklıların hukuki koruma ihtiyacını temellendirerek açıklaması yeterlidir. Örneğin karşı ediminin düşük olması önemli bir gerekçe oluşturabilir. Teminat talebinin şartları gerçekleşmiş ise, alacaklı müteselsil sorumluluk yanında teminat da talep edebilecektir. Teminat gösteren devreden ya da devralan, alacaklıya karşı dış ilişkide diğerini bu yükümlülüğünden kurtarmış olacaktır. Bazı durumlara teminat talebi karşısında, devrin taraflarından biri, talepte bulunan alacaklıya ifade bulunabilir (FusG m.75/IV). Ayrıntılı bilgi için bkz. **VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER**, N. 923-934; **DURMAN**, s. 81-82; Alacaklıların korunması için FusG Art. 75/III'te düzenlenen teminat verme yükümlülüğü, özel durumlarda gündeme gelen istisnai ve ikincil bir tedbirdir, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1794; Malvarlığı devri yoluyla devredilen borçların teminat altına alınması, iki halde söz konusudur: Birincisi; müteselsil sorumluluğun üç yıllık süre (FusG Art. 75/II) dolmadan ortadan kalkmasıdır (FusG Art. 75/III). Müteselsil borçlulardan birinin iflası ve tasfiyesinin sonuçlanmasında veya iradi bir nedenle sona ermesinde (örneğin birleşmede) durum böyledir. İkincisi; malvarlığı devri yoluyla devredilen borcun alacaklısının, müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamadığı kanaatini hâsıl edecek delil ve emareleri ortaya

2. Devir Sözleşmesinin Şekli ve Tarafları

Malvarlığı devri, yazılı şekle tâbi devir sözleşmesinde belirlenen malvarlığının veya malvarlığı bölümlerinin (işletmenin, işletme bölümlerinin veya belirli aktiflerin yahut aktiflerin ve pasiflerin) ticaret siciline tescilli bir hukuk süjesi tarafından²³, ticaret siciline tescile dayalı olarak devralana intikal ettirilmesidir (FusG Art. 69 vd.)²⁴. Malvarlığı devri için özel bir denetleme, denetleme raporu hazırlanması, devir öncesinde ve esnasında herhangi bir bilgi alma hakkı veya genel kurul kararı öngörülmemiştir²⁵. Devir sözleşmesi adi yazılı şekle²⁶ tâbidir (FusG Art. 70/II). Fakat taşınmazla-

koymasıdır (FusG Art. 75/III). Örneğin uygun bir ivaz olmaksızın icra edilen malvarlığı devrinin, devredenin ödeme gücünü zayıflatması ve buna karşılık devralanın baştan beri borca batık olması halinde, müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamayacağı sonucuna varılabilir. Bu hususta kesin ispat ölçütü de gerekmez, **von SALIS**, 446-447; Teminatın verilebilmesi için talep edilmesi gerekir ve bu talep için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Alacaklılar müteselsil sorumluluk için geçerli olan üç yıllık süre içinde teminat talebinde bulunabilir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, teminat talebi karşısında müteselsil borçluların teminat vermek yerine, borcu ifa edebilir. Ancak müteselsil borçluların bu yolu tercih edebilmesi için bazı şartlar gerekir: Öncelikle vadeden önce ifanın şartlarının gerçekleşmiş olması, ifanın diğer alacaklıları zarara uğratmaması gerekir (FusG Art. 75/IV). Vadeden önce ifanın diğer alacaklıları zarara uğratması halinde, zarar gören alacaklılar, tasarrufun iptali davası açabilirler. Teminat yükümlülüğünün konusu olan borçlar, malvarlığı devri ile nakledilen ve henüz vadesi gelmemiş olan borçlardır (FusG Art. 75/III). Vadesi gelmiş borçlar için teminat talep edilmez doğrudan ifa talep edilir. Gösterilecek teminat hem asıl edimi hem de yan edimleri teminat altına alacak değerde olmalıdır. Gösterilecek teminat aynı teminat olabileceği gibi şahsi teminata olabilir. Teminat verme zorunluluğu en erken malvarlığı devri hüküm ifade ettikten sonra ortaya çıkar, ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1795-1796 ve dn. 130-133'te zikredilen yazarlar.

²³ FusG m. 86'ya göre vakıflar, FusG m. 96'ya uyarınca emeklilik fonları ticaret siciline kayıtlı olmaları halinde malvarlıklarını bu kanun gereğince kısmen veya tamamen devredebilirler. Ticaret siciline kayıtlı olmadıkça bu kanun hükümlerine tabi bir malvarlığı devri gerçekleştiremezler. FusG m.97'ye göre, kamu hukuku kuruluşları ticaret siciline kayıtlı olmaları halinde malvarlıklarını kısmen veya tamamen devredebilirler. Ticaret siciline kayıtlı olmadıkça bu kanun hükümlerine tabi şekilde malvarlığı devri yapamazlar. Kamu hukuku kuruluşları, tüzel kişiliği olup olmamalarına bakılmaksızın federasyonun, kantonların veya belediyelerin kamu hukuku kurallarına göre bağımsız şekilde kurulmuş bulunan kuruluşlarıdır ve ticaret siciline tescil edilmişlerdir, **DURMAN**, s. 82-83; Ticaret şirketleri, kooperatifler, işletmesi ticaret siciline tescilli dernekler ve gerçek kişi tacirler bu kapsamdadır. Adi şirket işletmesi veya malvarlığı da malvarlığı devri kurumuna başvurularak devredilemez. Çünkü İsviçre Hukuku bakımından adi şirketin ticaret siciline tescili mümkün değildir. Her türlü özel hukuk süjesi malvarlığını devralan tarafı teşkil edebilir (FusG Art. 69/1). Devralanın ticaret siciline tescilli olması ise gerekmez, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1779-1780 ve dn. 71'de zikredilen yazarlar; Ayrıca bkz. **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

²⁴ **von SALIS**, s. 10; **VOGEL/GÜNTER**, s. 593-594; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96; Devir için aktiflerin, pasiflerden mutlaka fazla olması gibi bir şart yoktur, **DURMAN**, s. 73-74.

²⁵ **BERETTA**, FusG Art. 69-77, N. 7; Ayrıca bkz. **AKER**, s. 112-113, dn. 346; Malvarlığının devri, devreden şirketin amaçlarının kapsamını daraltmadıkça veya tasfiyesine sebep olmadıkça genel kurul kararı alınmasını gerektirmemektedir. Devralan şirket açısından da devir, devralan şirketin amaç ve konusunu değiştirmedikçe veya yeni yönetim organlarının atanmasını gerektirmedikçe genel kurul kararı gerekmez, **DURMAN**, s. 74-75; Eğer kararın alınmasının gerektiği bir durum söz konusu ise, devir sözleşmesi, tarafların en yüksek idare veya yönetim organı (örneğin bir anonim şirkette yönetim kurulu) tarafından karara bağlanır (FusG Art. 70/I). Bu kuralın uygulanması, devredilen malvarlığının kapsamına ve ekonomik değerine

rın devir sözleşmesine konu olması halinde, taşınmaza ilişkin devrin resmi şekilde yapılması gerekir (FusG Art. 70/II). Bu istisna dışında, malvarlığı değerleri cüz'i halefiyete göre devir çerçevesinde daha ağır şekle tabi olsalar bile, söz konusu malvarlığı değerlerini içeren devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması yeterlidir²⁷. Eğer devri söz konusu olan taşınmazlar farklı kantonlarda ise, devreden merkezine bulunduğu yer tapusunda resmi senedin düzenlenmesi gereklidir²⁸.

3. Devir Sözleşmesinin İçeriği ve Malvarlığı Devrine İlişkin Bir Envanter Hazırlanması

Devir sözleşmesi kanunda belirtilen asgari muhtevayı içermelidir (FusG Art. 71/I). Devrin taraflarının kim olduğu (örneğin, ticaret unvanı veya adı, yerleşim yeri, tüzel kişiliğin/ortaklığın türü), devrin konusu ve varsa karşı edim sözleşmede ortaya konulmalıdır. Kimin, kime, neyi devredeceğinin belirlenmesi ve varsa bunun karşı edimin ortaya konması sözleşmenin esaslı unsurlarıdır. Ancak şunu hemen belirtelim ki, devir sözleşmesinde devir borcunun karşılığında karşı edim kararlaştırılması tarafları takdirine bırakılmıştır. Diğer bir ifadeyle devrin ivazlı olması zorunlu değildir²⁹.

Devir sözleşmesi bir envanter içermelidir (FusG Art. 71/I, b). Bu envanter devredilecek aktifleri ve pasifleri kapsar. Hukuk ve işlem güvenliği bakımından devir envanterinde aktifler ve pasifler açıkça belirtilmelidir (FusG Art. 71/I, b)³⁰. FusG m. 71'e göre, devre konu olacak malvarlığı unsurlarının bir envanterinin hazırlanması, malvarlığı devrinin en temel unsurudur. Devre konu malvarlığı değerleri açıkça ayırt edilebilecek şekilde bu envanter de gösterilmelidir. Çünkü hazırlanacak envanter devir işlemine temel oluşturacak ve devrin kapsamını ortaya koyacaktır. Ayrıca malvarlığı devrinin gerçekleşebilmesi için devralan açısından envanterde mutlaka aktif bir değer yer alması gerekir. Aktif değerlerin yer almadığı bir devir geçerli olamayacaktır. Bununla devralanın alacaklılarının devir işlemine karşı korunması amaçlanmaktadır³¹. FusG m. 72'ye göre, envanter dışı kalan tüm malvarlığı değerleri devredende kalacak-

bağlı değildir ve karar için de özel bir nisap aranmaz. Ama kanunda, ortaklık sözleşmesinde veya kuruluş tüzüğünde öngörülen çoğunlukla karar alınmasına da bir engel yoktur. Gerçek kişi işletmesinin bir organı olmadığından, devir sözleşmesi işletme sahibi tarafından imzalanması gerekir, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1780; Devir sözleşmesinin hüküm ifade edebilmesi için karar organı tarafından izin veya onay verilmesi zorunlu değildir. Ancak şirketler hukukunun genel hükümleri uyarınca bir başka organa ve özellikle karar organına yetki tanınan haller bu kurala istisna oluşturur. Bu düzenleme şirketler hukukuna ilişkin genel hükümleri bertaraf eden bir özel hüküm niteliği taşımaz. Zira ortaklar kurulu ve genel kurul kararı zorunluluğu, bazı durumlarda şirketler hukuku kurallarından kaynaklanabilir. Devir, şirket amacının değişmesi anlamına geliyorsa veya devralan şirkette nakit dışı sermaye konularak sermaye artırımına gidiliyorsa ya da devreden şirkette malvarlığı devri nedeniyle bir sermaye azaltılmasına başvuruluyorsa, ilgili şirket türüne özgü kurallara uyularak bir ortaklar kurulu/genel kurul kararı gerekir. Aksi halde devir sözleşmesi hüküm doğurmaz. Ayrıntılı bilgi ve farklı görüşler için bkz. **BERETTA**, FusG Art. 70, N.7-11.

²⁶ Malvarlığının devri usulü, kolay ve basit bir biçimde düzenlenmiştir malvarlığının devri usulünün basit olması nedeniyle kötüye kullanmaya açıktır, **VON SALIS**, s. 399-402.

²⁷ **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **BERETTA**, FusG Art. 70, N. 16; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96.

²⁸ **DURMAN**, s. 70 vd.

²⁹ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1772-1773; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595.

³⁰ **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **BERETTA**, FusG Art. 71, N. 6; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

³¹ **VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER**, N. 934; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

tır³². Devre temel teşkil eden envantere taşınmazlar, kıymetli evrak ve gayri maddi değerler (fikri haklar, know-how, goodwill) teker teker belirtilmelidir (FusG Art. 71/1, b). Devredilen iş ilişkileri de listelenmelidir (FusG Art. 71/1, e)³³.

Envantere belirtilen unsurların belirlenebilir olması yeterlidir³⁴. Özellikle işletme veya işletme bölümlerinin devrinde, devre konu olan değerlerin genel olarak belirtilmesi ihtiyacı olabilir. Yer veya işletme ölçüt alınarak genel olarak belirtme yoluna gidilebilir. Örneğin belirli bir işyerindeki tüm aktifler veya aktifler ve pasifler şeklinde³⁵. Aktiflerin ve pasiflerin açık tanımlaması (FusG Art. 71/1, b) suretiyle envantere açıklanması zorunluluğunda katı davranılmamalıdır. Tek tek açıklanması kanunen zorunlu unsurlar dışında genel olarak belirtilme yeterli sayılmalıdır³⁶.

Hangi aktiflerin ve pasiflerin envantere yer aldığı, devir sözleşmesinin ve envantere yorumunu gerektirebilir. Devredilen malvarlığının envantere belirtilmeyen aktifleri kural olarak devredende kalır (FusG Art. 72). Devredilen malvarlığına ait olan ancak envantere yer almayan pasiflerin ne olacağı konusunda kanunda ve gerekçesinde açık bir hüküm yoktur. Öğretide aktifler için geçerli olan söz konusu hükmün (FusG Art. 72), kıyasen burada da uygulanacağı belirtilmektedir³⁷. Çünkü devrin envantere dayanması (FusG Art. 73/II) ve tarafların bu envantere girecek unsurları belirleme serbestisi (FusG Art. 71), malvarlığı devrinin ana ilkesidir³⁸. Tereddüt halinde, devredilen malvarlığı ile objektif olarak bağlantılı tüm aktiflerin ve pasiflerin devralana geçeceğine yönelik sözleşme şartları geçerli kabul edilmelidir³⁹.

Aktiflerin ve pasiflerin toplam değerinin saptanması ve devir sözleşmesine yani envantere konulması gerekir (FusG Art. 71/I, c)⁴⁰. Bu konuda *pozitif saldo* ilkesi

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **von DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER**, N. 832; **WATTER/KÄGI**, s. 234-235; **DURMAN**, s. 77-78; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

³³ **von SALIS**, s. 412; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; Özellikle somut devir işleminde, değeri önem taşıyan değerlerin veya bir başka (özel) sicile tescili gerekli olan fikri mülkiyet haklarının (marka, patent vb.) tek tek listelenmesi gerektiği yönünde bkz. **von SALIS**, s. 413.

³⁴ **MALACRIDA R. (WATTER ROLF/VOGT NEDİM PETER/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DANIEL (Hrsg.))**, Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, Art. 71, N. 6; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595.

³⁵ **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **von SALIS**, s. 412.

³⁶ **von SALIS**, s. 411; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

³⁷ **MALACRIDA**, Art. 72, N. 3; **von SALIS**, s. 417.

³⁸ **WATTER/KÄGI**, s. 234 vd.; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1775; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

³⁹ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1776; **WATTER/KÄGI**, s. 234 vd; Envanter dışında ayrıca bir devir bilançosu düzenlenmesi şart değildir. Ancak bazı hallerde envantere dayalı bir devir bilançosu yükümü gündeme gelebilir. Özellikle devredilen çok sayıda aktif ve pasifin var olması ve değerlemenin karmaşık bir nitelik taşıması halinde, devreden hukuk süjesinin idare veya yönetim organı üyeleri, özen borcunun gereği olarak, devir bilançosu tanzim etmeleri gerekir. FusG m. 74 gereği devredilen malvarlığı değerleri, devreden son yıl mali tablolarına göre toplam malvarlığı değerlerinin %5'ini aşarsa, bu halde yine devreden ortaklarına mali tabloda açıklamada bulunulması gereklidir. Bu bildirim temelinde şirketin işlerinin idaresinden doğan hesap verme yükümlülüğünün bir sonucudur, **von SALIS**, s. 410, 416.

⁴⁰ **MALACRIDA**, Art. 71, N. 7; **AKER**, s. 112-113, dn. 346; Bilanço hukukuna göre tanzim edilen klasik envantere farklı olarak, her bir aktifin ve pasifin değerinin tek tek saptanarak belirtilmesi zorunluluğu yoktur. Fakat aktiflerin toplam tutarı ile pasiflerin toplam tutarı ayrı olarak gösterilmesi gerekir, **BERETTA**, FusG Art.71, N. 22; Toplam değer, devir konusu unsurların bireysel değerinin toplamının üzerinde de olabilir. Toplam değer saptanmasında

geçerlidir. FusG Art. 71/II'de yer alan bu ilkeye göre, devredilen aktiflerin değeri pasiflerin değerinden fazla olmalıdır. Malvarlığı devri ile sadece borçların nakli veya borca batık işletmelerin tüm aktifleri ve pasifleri ile devri gerçekleştirilemez⁴¹.

Devir sözleşmesi ivazlı olabilir. Bu karşı edim para, mal ya da hizmet olabilir. İsviçre Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 111. maddesine göre, ticaret sicili memuru devir işlemi tamamlandıktan sonra ticaret siciline kayıt yapıldığı takdirde karşılıklı edimler arasındaki dengeyi kontrol edebilir⁴². Malvarlığı devrinde devralanın karşı edim üstlenmesi zorunlu bir unsur olmayıp, tarafların iradesine bırakılmıştır (FusG Art. 71/I, d). Eğer taraflar bir karşı edim kararlaştırmışlar ise, bu karşı edim devir sözleşmesinin zorunlu içeriğine dâhil olur. Ancak herhangi bir karşı edim kararlaştırılmadığı durumlarda da bu durumun devir sözleşmesine açıkça yazılması gerekir. Kararlaştırılan karşı edimin devredilen malvarlığının değerine eşit olması zorunluluğu yoktur. İvazın devredilen malvarlığının değeri ile dengeli olup olmadığının tespiti için de herhangi bir denetleme raporu düzenlemek gerekmez. Hemen belirtelim ki, malvarlığı devrinin dayandığı temel ilişki aynı sermaye konulması işlemi ise ilgili hükümler gereği denetleme raporunun düzenlenmesi gerekir⁴³.

4. Ticaret Siciline Tescil ve Tescilin Etkisi

Ticaret siciline tescil devredene ait tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir bir yetki ve yükümlülüktür (FusG Art. 73/I)⁴⁴. Tescil ile beraber devir için hazırlanan envantere yer alan aktif ve pasifler başkaca hiçbir işleme gerek olmaksızın devralana geçecektir. Ancak kanunen zorunlu olarak devralana geçeceği belirtilen hukuki ilişkilerin dışında devreden taraf olduğu ilişkilerin de devralana geçip geçmeyeceği FusG'da hüküm altına alınmamıştır⁴⁵. Tescil işleminde taraflara, devir sözleşmesinin tarihine, devredilen aktiflerin ve pasiflerin toplam değerine ve varsa ivaza ilişkin bilgilerin yer alması gerekir (İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü 108a). Fakat devredilen malvarlığı unsurlarının tek tek belirtilmesi gerek yoktur⁴⁶. İsviçre doktrininde karşı edimin ticaret siciline tescili işletme satımının icrasında malvarlığı devrine başvurulmasını azaltacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Çünkü üçüncü kişiler bir işletme veya işletme bölümünün hangi fiyata satıldığını ticaret sicilinden öğrenme imkânı elde edecektir⁴⁷.

Devralanın ticaret siciline tescil talebinde bulunması ise hukuki bir sonuç doğurmayacaktır. Tescil işlemi devir sözleşmesinin imzalanmasından itibaren kural olarak derhal yerine getirilir⁴⁸. Ancak tarafların tescilin zamanını devir sözleşmesinde

varsa goodwill de nazara alınabilir. Devralanın goodwill envantere aktifleştirilebilir bir iktisadi değer olarak değerlendirilir, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1777 ve dn. 53-54'te zikredilen yazarlar; Devredilen malvarlığı unsurlarının değerinin nasıl saptanacağı FusG'de yer almamaktadır. Ancak yıllık hesap ve bilançoya ilişkin değerlendirme ilkelerinin uygulanması yerinde olabilir, **MALACRIDA**, Art. 71, N. 8; Aktiflerin ve pasiflerin toplam değeri, devir sözleşmesinin *pozitif saldo* ilkesine (FusG Art. 71/II) uygunluğunun sağlanmasında ve devreden ortaklarına veya üyelerine bilgi verme konusunda önemli bir rolü vardır, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1778.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi ve *pozitif saldo* ilkesinin eleştirisi için bkz. **VON SALIS**, s. 416; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1776-1777 ve dn. 49'da zikredilen yazarlar; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

⁴² **DURMAN**, s. 74-75.

⁴³ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1778-1779.

⁴⁴ **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96; **MALACRIDA**, Art.73, N. 5; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

⁴⁵ **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96; **DURMAN**, s. 78.

⁴⁶ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1782; **SCHUMACHER**, s. 114 vd.; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

⁴⁷ Bu konuda özellikle bkz. **VON SALIS**, s. 427; **SCHUMACHER**, s. 114 vd.; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1782.

⁴⁸ **MALACRIDA**, Art.73, N. 3-4.

öngörmesi de pekala mümkündür. Bu durum özellikle işletme devri için özellikle rekabet hukuku çerçevesinde ilgili makamlara bildirimde bulunulması veya izin alınması gereken hallerde söz konusu olabilir. Devir sözleşmesi ve envanter ile işleme katılan tarafların en yüksek idare veya yönetim organlarının onay kararlarının suretleri tescil başvurusuna eklenmesi gerekir (İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 108). Eğer devir sözleşmesi idare veya yönetim organının tüm üyeleri tarafından imzalanmış ise ayrıca onay kararına gerek yoktur (İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 108). Böylece tescil talebi ile birlikte sunulan belgeler, üçüncü kişilerin incelemesine açık hale gelecektir⁴⁹.

Malvarlığı devri ticaret siciline tescil ile hüküm ifade eder (FusG Art. 73/II; İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 11). Bu nedenle ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir. Tescil, devir envanterinde belirtilen aktiflerin ve pasiflerin devralana intikalini sağlar (FusG Art. 71-73). Malvarlığı devrinin ticaret siciline tescil ile hüküm ifade etmesi, iç ilişkide tescilden önceki bir tarihte hüküm ve sonuç doğurmasının öngörülmesine engel teşkil etmez⁵⁰. Malvarlığı devri tescil edildikten sonra İsviçre Ticaret Sicili Gazetesinde ilân edilmesi gerekir. İlân ile birlikte tescilin hükümleri üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (İBK m. 932/II, 933/I). İlân dış ilişkide ilân tarihini takip eden iş günü hüküm ifade eder (İBK m. 932/II)⁵¹. Aktiflerin ve pasiflerin devralana geçişi, ticaret siciline tescil ile birlikte kendiliğinden gerçekleşir (FusG Art. 73/II). Her bir aktif için ayrı ayrı tasarruf işlemi gerekmez. Örneğin; taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda tapuya tescil, alacaklar için devir beyanı, emre yazılı senetler için ciro vs. yapılması gerekmez. Kural olarak devri özel şekle tâbi olan haklarda tescille intikal eder. Bununla birlikte taşınmazların devri için malvarlığı devri sözleşmesinin ilgili kısmının resmi şekilde yapılması şarttır (FusG Art. 70/II). Ancak taşınmazın devri de ticaret siciline tescil ile sonuçlanır. Tapuya tescil açıklayıcıdır (FusG Art. 104). Malvarlığı devrinde, borçların geçişi için alacaklıların muvafakati aranmaz (FusG Art. 71/I, b; Art. 73/II). Bu düzenlemenin borcun geçişi için alacaklıların muvafakatini arayan İBK Art. 176/I'den farklıdır⁵². İsviçre Hukukunda malvarlığı devri, İsviçre özel hukuk sistemindeki mevcut devir şekillerine alternatif bir tasarruf işlemi ve devir biçimidir⁵³.

Doktrinde malvarlığı devrinde devir sözleşmesinin ve ticaret siciline tescilin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda üç görüş ileri sürülmüştür⁵⁴:

Ağırlıklı görüşe göre, devir sözleşmesi borçlandırıcı hukuki işlemidir. Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ise tasarruf işlemidir. Devir sözleşmesi kural olarak malvarlığı devrinin dayandığı temel ilişkinin bir unsuru olarak ortaya çıkar. Temel ilişki çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Örneğin satım, bağışlama, ortaklık sözleşmesi/nakit dışı sermaye taahhüdü. Devir sözleşmesi bir tasarruf işlemi niteliği taşımaz. Zira devir sözleşmesi doğrudan ve kesin olarak devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine herhangi bir değişiklik meydana getirmez⁵⁵.

İkinci görüşe göre, devir sözleşmesi bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Çünkü malvarlığı devrinin temel amacı, bir edimin taahhüt edilmesi değil, bir hakkın devrinin sağlamaktır. Her ne kadar devir sözleşmesi bu sonucu tek başına meydana getirmese de tasarruf işleminin ayrılmaz bir kısmını oluşturmaktadır. Bir tasarruf işlemi olarak mal-

⁴⁹ ÜLGEN/ARICI, s. 1782; AKER, s. 112-113, dn. 346; SCHUMACHER, s. 114 vd.

⁵⁰ SCHUMACHER, s. 102 vd.; ÜLGEN/ARICI, s. 1782 ve dn. 85-86'da belirtilen yazarlar.

⁵¹ ÜLGEN/ARICI, s. 1782; SCHUMACHER, s. 114 vd.

⁵² VOGEL/GÜNTER, s. 592-595; ÜLGEN/ARICI, s. 1788.

⁵³ MALACRIDA, Art. 69, N. 9 vd.; VOGEL/GÜNTER, s. 592.

⁵⁴ Tartışmalar için bkz. SCHUMACHER, s. 114 vd.

⁵⁵ Tartışmalar için bkz. von SALIS, s. 423; von DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N. 866 vd.; ÜLGEN/ARICI, s. 1783.

varlığı devri iki unsurdan meydana gelmektedir: Devir sözleşmesi ve ticaret siciline tescil. Malvarlığı devrinin dayanağını teşkil eden borçlandırıcı işlem ise devir sözleşmesinden ayrı olarak değerlendirilmesi gereken herhangi bir temel ilişki olabilir. Devir borcu doğuran hukuki ilişki, şirketler hukukundan kaynaklanabilir. Örneğin ortaklık sözleşmesi, nakit dışı sermaye anlaşması gibi. Devir borcu doğuran hukuki ilişki borçlar hukukundan da kaynaklanabilir. Örneğin satım, trampa, bağışlama gibi. Devir borcu doğuran hukuki ilişki eşya hukukundan veya aile hukukundan yahut miras hukukundan kaynaklanan bir borç ilişkisi olabilir⁵⁶.

Üçüncü görüşe göre, devir sözleşmesi tasarruf işleminin unsurlarını da içeren borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Devir sözleşmesi ile devreden, ticaret siciline tescil yükümlülüğü altına girer. Devralan da bu sözleşmenin tarafı olarak malvarlığı unsurlarını kabul etmek ve kararlaştırılmışsa karşı edimi ifa borcu altına girer. Bu açıdan bakıldığında devir sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Tasarruf işlemi unsurları ise aynı devir sözleşmesinin -alacağın temlikinde olduğu gibi- envanterde belirtilen haklarda değişiklik meydana getirmesinde karşımıza çıkar. Tasarruf işleminin tamamlanması ise ticaret siciline tescille sağlanır⁵⁷. Tescil yükümlü, devir sözleşmesinin kurulması ile kanun gereği doğar (FusG Art. 73/1). Fakat bu görüş, tescil yükümlülüğünün doğrudan devir sözleşmesinin dayandığı temel borç ilişkisinden kaynaklandığı ve bu yükümlülüğün devir sözleşmesinin bir unsuru olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁸.

Ticaret siciline yapılan tescilin olumlu etkisi üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husustur⁵⁹. Devreden ticaret siciline tescil ve ilândan sonra, tasarruf yetkisi olmaksızın, örneğin bir taşınırı üçüncü kişiye devretme girişiminde bulunabilir. Acaba bu halde tescilin olumlu etkisinin, iyiniyetle iktisaba engel teşkil ettiği ileri sürülebilir mi? Ticaret siciline tescil ve ilân edilen, bir malvarlığı devrinin gerçekleştiği kabul edilir. Aktiflerin ve pasiflerin toplam değeri ticaret siciline tescil ve ilân edilse bile, bunun dışında bir aktif ve pasif listesi tescil ve ilân olunmaz. Envanter ticaret siciline tescil kaydının içeriğine dâhil değildir. Tescilin olumlu etkisi devir envanterini kapsamadığına göre, tescilden sonra da pekala üçüncü kişilerin devredilen malvarlığı unsurlarını genel hükümler uyarınca iyiniyetle iktisabı mümkün olacaktır⁶⁰.

Tescil başvurusuna eklenen belgeler arasında envanterin yer alması (İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 108a) ve bunun herkesin incelemesine açık olması (İBK m. 930,

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1783 ve dn. 88'de belirtilen yazarlar.

⁵⁷ Tartışmalar için bkz. **MALACRIDA**, Art. 69, N. 9 vd., Art. 71, N. 2; Aynı görüş için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1783 ve dn. 88'de zikredilen yazarlar.

⁵⁸ Eleştiriler için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1783, dn. 88.

⁵⁹ Ticaret siciline tescilin olumsuz etkisinin (İBK m. 933/II) ise malvarlığı- devrini ilgilendiren bir yönü yoktur. Çünkü malvarlığı devrinde ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir, **BERETTA**, FusG Art. 73, N. 9; Tescilin devir sözleşmesi üzerindeki hüküm ve sonuçlan hakkında Birleşme Kanunu'nda açık bir düzenleme mevcut değildir. Malvarlığı devrinin ticaret siciline tescilinin, devir sözleşmesine ilişkin kanuna aykırılıkları düzeltici etkisi bulunup bulunmadığı ise tartışmalıdır: Bir görüşe göre, tescil işlemi devir sözleşmesine ilişkin kanuni sakatlıkları bertaraf eder. Böylece tescil geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Zira işlem güvenliği açısından ve anonim şirketin kuruluşunda tescilin düzeltici etkisini düzenleyen İBK m. 643/II'ye kıyasen bu sonuca varılması gerekir. Diğer bir görüşe göre ise, tescil işleminin devir sözleşmesinin geçerlilik koşullarındaki sakatlıkları düzeltici etkisi mevcut değildir. Özellikle irade bozukluğu ve ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler, ticaret siciline tescil işleminden sonra da uygulama alanı bulacaktır, **von SALIS**, s. 424; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1786.

⁶⁰ **von SALIS**, s. 429; **MALACRIDA**, Art.73, N. 10; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1784-1785.

İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 9), varılan sonucu değiştirmeyecektir. Üçüncü kişilerin tescil ve ilân edilen kayıtların dayanaklarını inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Devrin ticaret siciline tescil edilmesi envantere belirtilen malvarlığı unsurlarının intikaline yöneliktir. Zira tescil, örneğin malvarlığı devri kapsamındaki bir taşınırın mülkiyetinin naklini sağlar. Fakat hemen belirtelim ki, tescilin zilyetliğin sağladığı aleniye benzer bir işlevi bulunmamaktadır. Böylece tescil ile eş zamanlı olarak taşınırın doğrudan zilyetliği nakledilmediği sürece, malik sıfatıyla zilyet ile doğrudan zilyet farklı kişiler olacaktır. Tescilin sınırlı aleniyet etkisi nedeniyle, malvarlığı devrinde önem arz eden unsurların genel hükümlere göre tâbi oldukları devir şekillerine uyulması birçok problemi ortadan kaldıracığı için doktrinde önerilmektedir⁶¹.

5. Kısmi Külli Halefiyet⁶² ve Sözleşmenin Devrine Bağlı Sorunlar

Malvarlığının devri ile birlikte sadece aktif ve pasifler değil, tüm hukuki ilişkiler özellikle de üçüncü kişiler ile olan sözleşmelerinin devri mümkün hale gelmektedir. Külli halefiyet gereği tek işlem ile yani devir sözleşmesi ile tüm malvarlığı değerlerinin devredilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak şunu hemen belirtelim ki, bazı aktif ve pasiflerin, cüz'i halefiyet yolu ile devredilmesini FusG engellemektedir. Bazı aktiflerin cüz'i halefiyet yolu ile devri ve pasiflerin külli halefiyet ile devredilmesi aynı anda mümkün olabilmektedir. Bazı aktiflerin ticari gizlilik sebeplerinden dolayı malvarlığının devri işleminde konu edilemedikleri durumlarda, cüz'i halefiyet ile devir mümkündür⁶³. FusG Art. 73/II uyarınca malvarlığı devri sonucunda aktiflerin ve pasiflerin devralana geçmesi, kısmi külli halefiyet olarak nitelendirilmektedir⁶⁴. Külli halefiyet, kanunun malvarlığı devrine bağladığı temel sonuçtur. Külli halefiyetin kısmi olarak nitelendirilmesi, hangi malvarlığı unsurlarının devredileceğinin önceden belirli veya belirlenebilir olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle sadece envantere belirtilen aktifler ve pasifler devre konu olur. Kısmi külli halefiyetin, bilinen külli halefiyet prensibinin özel bir türü olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus da malvarlığı devrinin sözleşmenin devri bakımından ortaya çıkaracağı sorunlardır.

⁶¹ WEBER, P., Die Vermögensübertragung, Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, s. 131 (ÜLGEN/ARICI, s. 178'den naklen) ; Devredilen malvarlığı kapsamındaki alacağın borçlusunun, devredene iyiniyetle ifada bulunması, İBK m.167'nin kıyaslan uygulanmasıyla geçerli kabul edilecektir. Ticaret siciline tescil ve ilân, borçlunun eski alacaklıya yani devredene iyiniyetli ifa olanağını ortadan kaldırmaz. Doktrinde bu kurala bir işletmenin tüm aktiflerinin ve pasiflerinin devri halinde istisna getirilmektedir, MALACRIDA, Art.73, N. 11.. Zira bir işletmenin aktifleri ve pasifleri ile devrinde, tescil ve ilândan açıklıkla anlaşılabilir bu olgu, işletme borçlularının iyiniyetini ortadan kaldıracaktır. Borçlular artık işletmenin pasiflerinin devralana intikal ettiğini bilmediklerini ileri süremeyeceklerdir, ÜLGEN/ARICI, s. 1785..

⁶² İsviçre Birleşme Kanunu gerekçesine baktığımızda kısmi külli halefiyet yerine envantere dayalı devir ifadesi kullanılmaktadır, von SALIS, s. 428.

⁶³ von DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N. 809-813.

⁶⁴ von SALIS, s. 201-201; MORSCHER, FusG Art. 1, N. 46.

⁶⁵ von SALIS, s. 201-202; ÜLGEN/ARICI, s. 1787 ve dn. 100'de zikredilen yazarlar; Kısmi külli halefiyetin genel külli halefiyetten farkı sadece içerik/envantere öngörülen unsurlar açısından. Birleşmedeki külli halefiyetle kıyaslandığında iki temel farktan birincisi budur. Zira birleşmede intikal eden daima tüm malvarlığıdır (FusG Art. 22/I). İkinci fark olarak birleşmede devrolunan şirketin hukuki varlığı sona ererken (FusG Art. 3/II), malvarlığı devrinde devreden hukuki varlığı devam eder, ÜLGEN/ARICI, s. 1787; Kısmi külli halefiyet prensibi, malvarlığı devrinin yegâne düzenleniş sebebidir. Bu prensip işletmelerin yeniden yapılandırılmasının basitleştirilmesini sağlar, von SALIS, s. 202.

Külli halefiyeti düzenleyen İsviçre Birleşme Kanunu'nda (FusG Art. 73/II) aktiflerin ve pasiflerin devredilebilir olması, bir koşul olarak aranmamaktadır. Devredilebilirlik konusunda açıklık taşımayan kanunun lafzından özellikle sözleşmelerin -karşı tarafın rızası olmaksızın- nakledilip nakledilemeyeceği anlaşılmamaktadır⁶⁶. Sözleşmelerin devredilebilirliği sorunu, malvarlığı devri uygulamasında büyük bir hukuki belirsizlik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum malvarlığı devrine ilgiyi azaltmaktadır. Kısmi külli halefiyet uyarınca sözleşmelerin kendiliğinden intikal edeceği görüşünde olan bazı yazarlar bile, tedbirli olmak açısından önemli sözleşmelerin cüz'i halefiyet ilkesine göre ve karşı tarafın onayı alınmak suretiyle devredilmesini önermektedirler⁶⁷. Neticede sözleşmelerin devri ile külli halefiyet ilkesini benimseyen Kanun'un yapısı bağdaşmamaktadır. Bu hususta bir boşluk olduğu söylenebilir⁶⁸.

İsviçre Birleşme Kanunu'nun gerekçesine bakıldığında, devredilebilir nitelikte olan her bir aktifin veya pasifin malvarlığı devrine konu olabileceğinden söz edilmektedir. Bu durum malvarlığı unsurlarının devredilebilir olma özelliğine dikkat çekmektedir. Yine Birleşme Kanunu'nun bölünmeye ilişkin hükümler kapsamında sözleşmelerin devredilemeyeceği ve bu konuda karşı tarafın rızasının aranacağı ifade edilmektedir. Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki, İsviçre Birleşme Kanunu'nun kanunlaşması sürecindeki meclis görüşmelerinde, malvarlığı devrinde karşı tarafın rızası olmaksızın sözleşmelerin devri konusunda açıklık taşıyan bir değişiklik teklifi reddedilmiştir. Böylece bilinçli olarak bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Buna ek olarak derhal belirtelim ki, İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü'nde de açıkça devredilebilir nitelikte olmayan unsurları içeren malvarlığı devrinin tescili talebinin, ticaret sicili memuru tarafından reddedileceği öngörülmüştür (m. 111/II)⁶⁹.

Malvarlığı devrinde, sözleşmelerin devri sorunu ile ilgili üç görüş ileri sürülmüştür⁷⁰:

Bir görüşe göre, sözleşmelerin devredilebilmesi, sözleşmenin karşı tarafının rızasının alınmasına bağlıdır. Bunun aksinin kabulü borçlar hukukunun genel ilkeleri ile bağdaşmaz. Birleşme Kanunu'nda bu konuda özel ve istisnai bir hüküm mevcut değildir. Birleşme Kanunu'nun esas amacı ile bağdaşmayan bu sınırlayıcı yaklaşım, öğretilerde fazla taraftar bulamamıştır. Birleşme Kanunu'nun işletmelerin kolayca yeniden yapılandırılmasını amaç edindiği belirtilmiş, bu bakımdan sözleşmelerin devrinde karşı tarafın onayının aranması bu amacın gerçekleştirilmesine engel olduğu öğretilerde dile getirilmiştir. Ancak tüm bu eleştirilere rağmen Birleşme Kanunu'nun gerekçesinde ve kanunlaştırma sürecindeki meclis görüşmelerinde, bu fikir benimsenmiş gözükmemektedir.

İkinci görüşe göre, külli halefiyet ilkesi gereğince karşı tarafın rızası olmaksızın tüm hak ve borçları ile birlikte sözleşmelerin de başkaca bir işleme gerek olmadan devredilmesi mümkündür. Ancak malvarlığı devri yoluyla sözleşmelerin devri, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemelidir. Sözleşmenin devrinde geçerli olan şekil kurallarını veya devir engellerini dolanmak için malvarlığı devri yoluna gidilmemelidir. Dolayısıyla malvarlığı devri sözleşmelerin devrini sağlamak için bir araç olarak kullanılmamalıdır. Devredilen malvarlığı ile bağlantısız sözleşmelerin devri, hakkın kötüye kullanılmasına delil teşkil edeceği gibi, örneğin bir sözleşmenin tek başına nakli de aynı gerekçe ile mümkün değildir. Ayrıca sözleşmelerin intikalinin gerçekleşmesi ha-

⁶⁶ DURMAN, s. 70 vd.; ÜLGEN/ARICI, s. 1788.

⁶⁷ BERETTA, FusG Art. 69-77, N. 38.

⁶⁸ ÜLGEN/ARICI, s. 1789.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGEN/ARICI, s. 1789 dn. 108 ve orada zikredilen yazarlar.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. SCHUMACHER, s. 51 vd; VOGEL/GÜNTER, s. 598 vd.; DURMAN, s. 70 vd.; ÜLGEN/ARICI, s. 1790-1791.

linde karşı taraf, belirli hallerde ve şartlarda bir fesih/dönme hakkını elde eder. Örneğin tarafların kişiliği ile sözleşmenin yerine getirilmesi arasında sıkı ilişki olan sözleşmeler, devir yasağı içeren sözleşmeler ve yine karşı tarafın sözleşmeye devam etmesinin beklenemez olduğu sözleşmeler, haklı sebeple fesih/dönme hakkının doğabileceği haller arasındadır.

Her iki görüşü uzlaştırmaya çalışan üçüncü bir görüşe göre, devredilen bir işletme veya işletme bölümü ile bağlantılı sözleşmeler külli halefiyet ilkesi çerçevesinde karşı tarafın onayı olmaksızın intikal eder. Fakat malvarlığı devri işlemi temelinde, külli halefiyet ilkesinden bahisle bir sözleşmenin tek başına devri mümkün değildir. Bu görüş çerçevesinde de sözleşmelerin intikal etmesi durumunda karşı taraf, belirli hallerde ve şartlarda bir fesih/dönme hakkı kazanır⁷¹.

Birleşme Kanunu Revizyon Projesinde, sorunun ancak bir kanun değişikliği ile çözülebileceği sonucuna varılmıştır. Birleşme Kanunu Revizyon Projesinde, FusG Art. 73'e bir üçüncü (son) fıkra eklenerek, "*Malvarlığı devri ile işletme veya işletme bölümleri devredilirse, malvarlığı devrinin ticaret siciline tescili ile birlikte ayrıca envanterde belirtilen tüm sözleşme ilişkileri devredilen işletme veya işletme bölümü ile bağlantılı olmak şartıyla karşı tarafın onayı olmaksızın devralana intikal eder.*" şeklinde bir düzenleme yapılması önerilmektedir⁷².

III- ALMAN HUKUKUNDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

1999 yılında yürüdüktan kaldırılan Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 419 hükmüne göre, bir kimse başkasının malvarlığını sözleşme yolu ile devralırsa, devreden kişinin sorumluluğu devam etmek kaydıyla haklarını devralana karşı da ileri sürebileceklerdir. Devralan kişinin sorumluluğunun kapsamı ise, devre konu olan malvarlığına dahil mallar ile bunlar lehine mevcut bulunan sözleşmeden doğacak alacak hakları ile sınırlandırılmıştır. Eğer malvarlığını devralan kişi bu sınırlandırmalara ilişkin hükümlere dayanmak istiyorsa, mirasçılardan sorumluluğuna ilişkin hükümler (BGB § 1990, 1991) kıyasen uygulanacaktır. Devralan kişinin sorumluluğu, devralan kişi ve devreden arasında yapılacak veya ortadan kaldırılmaz ve sınırlandıramayacaktır. Diğer bir ifadeyle yürürlükten kaldırılan BGB § 419 hükmüne göre, bir malvarlığını devralan üçüncü kişi, devreden borçlarından dolayı sorumlu olmaya devam ediyordu; ancak bu sorumluluk devralanan malvarlığı değerinin miktarı ile sınırlı olarak ve fakat herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın, alacak talep edilebildiği sürece devam ediyordu. Devralanla eski borçlu, aralarında yapacakları bir anlaşma ile devralanın sorumluluğunu kısıtlayamaz veya ortadan kaldıramazlardı. BGB § 419 hükmü, yerine aynı yönde herhangi bir düzenleme getirilmeksizin, yani yeni bir hüküm konmaksızın kaldırılmıştır. Ancak değişiklik yapan Kanunun 223a hükmü çerçevesinde, 1.1.1999 tarihinden önceki olaylar bakımından ilgili hüküm hala geçerliliğini korumaktadır⁷³.

⁷¹ ÜLGEN/ARICI, s. 1791.

⁷² ÜLGEN/ARICI, s. 1791.

⁷³ DURMAN, s. 85; Ayrıntılı bilgi için bkz. PALANDT, O./GRÜNEBERG, C., Kommentar zum BGB, § 419 BGB, 66. Bası, Münih 2007; BGB m. 419'un kapsamı sınırlıydı, sadece ticari işletmeye dahil olan unsurlardan ödenmesi gereken parasal değeri olan alacaklar koruma kapsamındaydı. Devreden tarafından şahsen yerine getirilmesi gereken yapma veya yapmama borçları koruma kapsamının dışındaydı. Devreden alacaklısı sadece sözleşmenin tamamlandığı tarihte doğmuş talebini devralana karşı ileri sürebilirdi. Kanun yalnızca sözleşmenin kurulduğu tarihte mevcut talepleri nazara almaktaydı. BGB § 419'daki hükme göre devreden alacaklılarının olduklarından daha iyi bir konuma getirilmemeliydi. Devralanın sorumluluğu

Ticari işletmenin devri açısından Alman Hukuku'nda asıl düzenleme HGB § 25 ile getirilmiştir. Bu hükmeye göre, ticari işletme, sağlar arası bir hukuki işlem ile devralındığında, devralan aynı ticaret unvanı ile veya bu unvana devri gösteren herhangi bir ek ifade ile faaliyetlerine devam ettiği durumlarda, devreden ticari işletmenin devirden önceki faaliyetlerinden doğan tüm borçlarından sorumludur. Eğer devreden veya mirasçısı ticaret unvanının devam etmesine razı gösterirlerse, ticari işletmenin faaliyetlerinden kaynaklanan tüm alacaklar borçlulara karşı, devralana intikal etmiş şekilde hüküm ifade edecektir. Aksine bir anlaşma, şayet Ticaret Siciline kayıt edilmiş ve ilan edilmiş ya da devralan veya devreden tarafından üçüncü kişiye bildirilmiş ise bir üçüncü kişiye karşı hüküm ifade eder. Ticaret unvanı devam ettirilmiyor ise, bir ticari işletmeyi devralan, ticari işletmenin geçmişteki borçlarından ancak özel bir borç sebebi ile özellikle de devralınan borçların devralan tarafından üstlenildiğinin ticari örf ve adete uygun olarak ilan edildiği durumda sorumlu olur⁷⁴.

Bu hüküm, ticaret şirketlerinin devredilmesi ve aynı ticaret unvanının devam ettirilmesi durumunda devralanın sorumluluğunu düzenlemektedir. HGB § 25 hükmü, Alman Hukuku'nda sadece tacirler açısından uygulanabilmektedir. Esnaflar ya da tacir olmayanlar bakımından uygulama alanı bulamamaktadır. HGB § 25 hükmü şahsi sorumluluğu öngörürken, BGB § 419 hükmü devredilen malvarlığı ile sınırlı sorumluluğu öngörmekteydi. Yine Alman Sorumluluk Hukuku'na oldukça aykırı düşen HGB § 25 hükmü ile sorumluluk tarafların varacağı anlaşma sonucunda ortadan kaldırılabilmektedir. HGB § 25'te temelde malvarlığının, daha doğrusu devredilmesi gereken değerlerin, faaliyet halinde olan bir işletmeye bağlı olup olmadıkları bir rol oynamamaktadır. Ancak diğer yönden temelli kapatılmış işletmelerin, daha doğrusu faal olmayan işletmelerin ticaret unvanlarının da HGB § 25'e göre devirlerinin gerçekleşmesi olanaklı değildir. İşletmenin, ticarethanenin veya müessesenin tamamen yani bir bütün olarak dev-

sadece devredenden iktisap ettiği mallarla ve malların halihazır durumuyla sınırlıydı. BGB § 419'un amacı, alacaklıya borçlunun malvarlığını cebri icranın konusu olarak tahsis etmeyi sağlamaktı. Bu sebeple BGB § 419'dan doğan sorumluluğun konusunu yalnızca haczedilebilir mallar oluştururdu. Devralan sadece haczedilemez malvarlığı değerlerini devralmışsa kendisi açısından bir sorumluluk doğmazken; devreden borçlardan sorumluluğu devam ederdi. BGB § 419 devralanın müteselsil sorumluluğu açısından haksız sonuçlar doğurmaktaydı. BGB § 419 yeni bir işletmeciye devir suretiyle işletmenin mahkeme dışı ve serbestçe yeniden yapılandırılmasına olanak tanımamaktaydı. BGB § 419 açısından hükmün hareket noktası alacaklılardı. Zira alacaklılar bakımından malvarlığı devredilmiş de olsa, alacakların tahsili açısından her zaman bu malvarlığına başvurma şansının var olması gerekmektedir. Hüküm günlük hayatın gerçeklerinden de oldukça uzaktı. Devralan tarafından mali açıdan tekrar yapılandırılacak durumda bulunmasının ve bu amaca aykırı düşecek düzenlemelerin kanunlardan çıkarılarak devralan tarafından işletmenin yeniden yapılandırılmasının olanaklı bulunması gerekir. Halbuki BGB § 419, işletmenin tekrar kazanılması esasına düzenlenmemiştir. Alman hukukunda tasarrufi işlemler sebebe bağlı olmadığı için, borçlandırın işlemin olmadığı durumlarda dahi bir malvarlığı veya ticari işletmenin bütün aktifleri devralana geçer ve BGB § 419 hükmü bu durumlarda da devralanı devredeni birlikte sorumlu kılmaya devam ederdi. BGB § 419 hükmü, ayrıca bir işletmenin devredilmesi yolu ile durumunun düzeltilmesi, yeniden yapılandırılması olanağını çok zorlaştırıyordu. Zira sorumluluk, devredilen malvarlığının tamamını kapsıyordu. Kanun koyucu, sıkça öne sürülen eleştirilerin doğrultusunda hareket ederek bu hükmün kaldırılmasına karar vermiştir. Böylece mahkeme dışı mali durumun düzeltilmesi (yeniden yapılandırma) ve mali güçlük içinde bulunanların taşınmazlarının serbestçe devri olanakları işler duruma getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DURMAN**, s. 86 vd.

⁷⁴ **ARICI, F.**, "Alman Hukukunda Ticari İşletmeyi Devralanın Ticaret Ünvanı ile Faaliyeti Devam Ettirmesinden Dolayı Eski Borçlardan Sorumluluğu", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009 (Eski Borçlardan Sorumluluk), s. 301 vd.; **DURMAN**, s. 94-95;

redilmesi mecburi olmasa da, HGB § 25 açısından işletmenin esaslı unsurlarının devredilmesi ve bu şekilde ticaret unvanının sürdürülmesi zorunludur. Bu açıdan ticaret unvanının devri sonrası işletmenin temelli bir kapatma veya tam anlamıyla bir parçalanmaya maruz kalması olanaklı değildir⁷⁵.

HGB § 25 işletmeyi işleten kişinin değişmesini şart koşmaktadır. Malvarlığının devredilmesi gerekli değildir, tek başına işletme veya ticarethaneye hizmet eden maddi araçların devredilmesi devrin unsurlarının gerçekleşmesini sağlamaktadır. Devir sayesinde, ticaret unvanını devralanın, işletmeyi tam anlamıyla devam ettirme olanağını da elde etmesi gerekmektedir; yalnızca işletmeyi devam ettirebilme ihtimali yeterli değildir. İşletmenin ayniyetinin korunması kaydıyla devamı gereklidir. HGB § 25'te kanun metninde devralanan ticari işlerin ticaret unvanı ile devamı zorunluluğu belirtilmiştir. İşletmeyi devralanın sorumluluğu sınırsızdır ve devralman ticari işletmedeki tüm ticari borçları kapsamaktadır. Bu sebeple hüküm vergi konusunda, ayrıca işçiler açısından ve özellikle de işten ayrılan eski çalışanlar ve emekliler açısından anlam kazanmaktadır⁷⁶.

IV. TÜRK HUKUKUNDA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

A. Eski Borçlar ve Ticaret Kanunu Uyarınca

1. Genel Olarak

Malvarlığı⁷⁷ veya işletmenin devri, ticaret hayatı için oldukça önemli bir olgudur⁷⁸. Kurulu bir işletmeyi devralan, devredenini oluşturduğu hazır bir müşteri çevresini

⁷⁵ DURMAN, s. 97-98; ARICI, Eski Borçlardan Sorumluluk, s. 301 vd..

⁷⁶ DURMAN, s. 99-100; ARICI, Eski Borçlardan Sorumluluk, s. 301 vd.

⁷⁷ Bir kişinin hukuki bir bütünlük oluşturmak üzere sahip olabileceği, para ile ölçülebilen mal ve hak ile sorumlu olabileceği borçların tamamına malvarlığı denir, Türk Hukuk Lügati, Ankara, 1991, s. 218; Malvarlığı, bir görüşe göre ise, hukuki bir kavramdır ve bir kimsenin maddi değer taşıyan mallar üzerindeki haklarından meydana gelir, AYİTER, N, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968, s. 9; Malvarlığı bir hukuki bütündür, ACEMOĞLU, s. 10; Aksi görüş için bkz. AYİTER, s. 27; ARICI, s. 164-165; Bütünlükle kastedilen, malvarlığının kendisini oluşturan unsurlardan soyut bir tüm olmasıdır. Bu unsurların eksilmesi, yok olması veya artması malvarlığının bütünlüğüne etki etmez, AYİTER, s. 22; Malvarlığı, ona sahip olan kişinin aktif ile pasiflerinin toplamından oluşur. Malvarlığına mülkiyet hakkı, sınırlı ayni haklar, alacak hakları, yenilik doğuran haklar, borç ilişkileri de dahildir. Fiili durumlar ve ilişkiler malvarlığına konu oluşturmaz. Bu açıdan zilyetlik, malvarlığına dahil değildir, ACEMOĞLU, s. 14; DURMAN, s. 8; Aksi görüş için bkz. AYİTER, s. 22; Bir şahsın malvarlığı içinde ayrı bir hukuki düzene tabi, malvarlığı içinde daha dar ve özel bir şekilde sınırlandırılmış, hukuk kuralı tarafından gösterilen durumlarda gösterilen özel amacı gerçekleştirmek için bağımsızlık tanınan bir haklar bütünü varsa, buna özel malvarlığı denir, AYİTER, s. 29; Özel malvarlığından bahsedebilmek için iki önemli şart gerekir: Malvarlığının ayrılmış bir kısmı olmalı ve bu kısım, geri kalan malvarlığı kısmına göre daha özel bir statüye tabi tutulmalıdır. Bu özel statüye tabi olma durumu, bizzat kanun tarafından düzenlenmiş olmalıdır ACEMOĞLU, s. 11; DURMAN, s. 9; Malvarlığının bir kısmının ayrı hukuki statüye tabi tutulması her zaman özel malvarlığı anlamına gelmez. Özel malvarlığı üzerinde tek bir tasarruf işlemi ile ayni hak tesisi olanaklı değildir, özel malvarlığına dahil unsurlar tek tek ve kendilerine özgü tasarruf işlemleri ile devredilir AYİTER, s. 30; Özel malvarlığına örnek olarak iflas masasını, inanca temlikte inanılan kişide kalan malları, yatırım fonu ve yatırım ortaklığının malvarlığını, edinilmiş mallara katılma rejiminde kişisel mallar gösterilebilir, ACEMOĞLU, s. 11; DURMAN, s. 9; AYİTER, s. 33; Ticari işletme de bir özel malvarlıktır, DURMAN, s. 10.

⁷⁸ Avrupa Birliği Komisyonu'nun 11.03.2006 tarihli İşletmelerin Devri Hakkındaki Komisyon Raporuna göre, Örneğin Almanya'da gelecek beş yılda toplam 354.000 işletmenin devrinin

de devralmaktadır. Devreden de çeşitli yararlar sağlamakta, örneğin yeni ve daha büyük bir iş kurmanın getireceği nakit ihtiyacını karşılamak için işletmesini devrederek bu ihtiyacını karşılamaktadır⁷⁹. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde ağır borç yükü altında bulunan işletmeciler, bu yükü hafifletmek için yasal ve bazen de yasal olmayan yollara başvurmuşlardır. Bu yollardan biri de, malvarlığı veya işletmenin alacaklılara zarar vermek kastıyla devredilmesi ve böylece alacaklılara karşı borçtan tamamen kurtulmaya veya zaman kazanılmaya çalışılmasıdır. Bu yollarla borçtan kurtulmaya çalışılan hallerde, icra müdürü haciz işlemi için borçlu işletmene gittiğinde, karşısında borçlu yerine yeni bir işletme sahibi bulunmaktadır⁸⁰.

Ticari işletmenin devri ve başka bir işletme ile birleşmesine ilişkin hükümler, EBK. 179-180'de yer almaktaydı. Bu iki düzenlemeden m. 179'da, bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesi; m. 180'de ise, bir işletmenin diğeri ile birleşmesi ve şekil değiştirmesi düzenlenmiştir. EBK. 179-180'de geçen işletme ile kastedilenin yalnızca ticari işletme olup olmadığı öğretilmiş tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş, hem alacaklıların korunması, hem işletmelerde devamlılığın sağlanabilmesi gerekçeleriyle, her türlü işletmenin bu kapsama girdiğini kabul etmektedir⁸¹. Ancak hemen belirtelim ki, TBK. 202-203'te, yapılacak ilan dolayısıyla ticari işletmeler ile diğer işletmeler ayrı ayrı belirtildiğine göre, artık bu tartışmalara gerek bulunmamaktadır⁸².

Ticari işletme maddi veya maddi olmayan unsurların bir araya gelmesiyle oluşan bir bütündür ve her tür hukuki işleme konu olabilir⁸³. Ticari işletme bir kişiye

gerçekleşeceği öngörülmektedir. Fransa'da gelecek on yılda bu rakam 600.000 olarak öngörülmekte, İtalya'da gelecek on yılda halihazır işletmelerin %40'ının, Avusturya'da ise %23'ünün devrinin söz konusu olacağı düşünülmektedir, http://ec.europa.eu/comm/enterprise/entrepreneurship/supportmeasures/transfer_business (10.07.2012 tarihi itibarıyla günceldir).

⁷⁹ DURMAN, s. 2.

⁸⁰ DURMAN, s. 2.

⁸¹ Geniş bilgi için bkz. **ARICI, M. F.**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s.31 vd.; **KENDİGELEN, A.**, (**ÜLGEN, H./TEOMAN, Ö./HELVACI, M./KAYA, A./NOMER-ERTAN, F.**) Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, N. 512; Aksi görüş için bkz. **ACEMOĞLU, s. 16** vd.

⁸² **BAHTİYAR, M.**, "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari işletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", Legal Hukuk Dergisi Ekim 2011, Sayı 106, İstanbul, s. 3891.

⁸³ TST'nin, İsviçre Ticaret Sicili Nizamnamesinin 52/III maddesi hükmünden yararlanılarak hazırlanan 14/II maddesine göre, "*bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17 nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz*". Bu düzenleme de nazara alındığında bir ticari işletmenin şu unsurlara sahip olması gerekir: Bağımsızlık, gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık ve esnaf faaliyetini aşmak. Bu unsurlara doktrinde açıklık (aleniyet) da bir unsur olarak eklenmektedir ve bu unsur da inceleme konumuz bakımından ayrı bir öneme sahiptir, ayrıntılı bilgi için bkz. **POROY, R./YASAMAN, H.**, Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2004, s. 34; **ACEMOĞLU, s.18**; **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara, s. 156-158; **KENDİGELEN, Ülgen** Ticari İşletme Hukuku, N. 408 vd.; **ARKAN, S.**, Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005, s. 19; **DOMANIÇ, H./ULUSOY, E.**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 2007, s.148 vd.; **ARSLANLI, H.**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri-Umumi Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1959, s. 113-114; **KARAHAN, S.**, "Ticari İşletme Kavramı, **BATİDER, C. 17, S. 4, Yıl: 1994, s. 49** vd.; **AKER, s. 36** vd.; Biz bu çalışmamızda özellikle konumuz açısından ayrı öneme sahip olan devamlılık ve aleniyet unsurları üzerinde duracağız. TST m. 14/II'ye göre, devamlı olmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz. TST m. 14/II, maddesinde sözü edilen

devredilebilir, kiralanabilir, bir diğer şirkete sermaye olarak konulabilir veya rehnedilebilir. Ticari işletmenin devri aktif ve pasifiyle yapıldığı takdirde, bütün tarafların yararına hizmet eder. Bu durum sadece malikin ya da ticari işletmenin ortaklarının değil, müesseselerin devamını sağlamak suretiyle o işletmenin çalışanlarının, hatta müşterilerinin de yararınadır. Çünkü ticari işletmenin devri, bünyesindeki aktif ve pasiflerin devri yoluyla ticari işletme faaliyetinin el değiştirmesidir. Ayrıca malvarlığı veya ticari işletmeyi devralana zaman kazandırır ve yeni bir ticari işletmenin kuruluşunun doğuracağı ağır risklerden ve zaman alan işlemlerden devralanı korur, aynı zamanda borçlular tarafından bir konkordato veya iflasın getireceği ödeme sınırlamalarını ve yasaklarını önler, alacaklılara da muhtemel bir tasfiye sonrasında edinilebilecek maddi değerlerden çok daha fazlasını elde edebilme olanağı tanır⁸⁴. Bir ticari işletme, tacirin, çeşitli üretim unsurlarını biraraya getiren, onları işletilmeye olanak tanıyan bir malvarlığı haline getirmesi ve onu işletmesiyle oluşmaktadır. Ticari işletmenin de çeşitli mallan, hakları, yani malvarlığı cephesi vardır⁸⁵. Ancak "ticari işletme" ve "ticari işletmenin malvarlığı" aynı değildir⁸⁶. Her biri birbirinden bağımsız ve birbirinden farklı hükümlere tabi olan maddi ve maddi olmayan unsurlar ve kişi unsuru, ticari işletme altında bir bütün oluşturmakta, bu bütün de bazı hukuki işlemlere konu olduğu için, her ticari işletmenin özel malvarlığı bulunduğu ve bu malvarlığı değerlerinin hukuki bir bütün oluşturduğu kabul edilir⁸⁷.

devamlılık unsuru, ticari işletme içinde yürütülen faaliyetle ilgilidir. Bu anlamda devamlılık, sadece tek sefere özgü, geçici nitelikteki faaliyetlerin, bir ticari işletmeden bahsetmek için yeterli olmayacağını göstermektedir, **POROY/YASAMAN**, s. 34; **ACEMOĞLU**, s. 18; **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s.159; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 21; **KARAHAN**, s. 51; **AKER**, s. 49 vd.; Örneğin tek sefere mahsus olmak üzere buğday alım satımına aracılık yapılması, aracının faaliyetlerini yürüttüğü işyerinde kurulu bir işletmenin varlığını göstermez, **DURMAN**, s. 36; Devamlılık unsurunun belirlenmesinde en önemli ölçüt, devam niyeti ve amacıdır, **ARSLANLI**, s. 20; **DOMANİÇ/ULUSOY**, s.146; **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s. 159; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.21; Yürütülen faaliyetin belli zamanlarda kesintiye uğraması, devamlılık unsurunun bulunmadığı anlamına gelmez. Devamlılık açısından işletmenin yıl boyunca her zaman açık olması şart değildir; önemli olan yılın herhangi bir döneminde açık olsa dahi bu faaliyetin gelecek zamanlarda tekrarlanması niyeti ve amacıdır. Devamlılık unsuru, aynı zamanda faaliyetin örgüt haline getirilmesini de gerektirir; yani örgüt, faaliyetin devamlı olmasının bir sonucudur. Kazanç sağlama amacı olmasa dahi işletmenin konusunun ve faaliyetinin, her türlü mal ve hizmet satışı ya da bunlara benzer şekillerde olması ve devamlı olması durumlarında dernek veya vakıflara ait iktisadi işletme olduğu kabul edilecektir, Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAHAN**, s. 51 vd.; **AKER**, s. 51-52; **DURMAN**, s. 36 vd.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 280; **ACEMOĞLU**, s. 16; **DURMAN**, s. 100-101.

⁸⁵ **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 447.

⁸⁶ **DURMAN**, s. 47.

⁸⁷ **BİRSEL, M. T.**, Ticari İşletme Hukuku, C. 1, İzmir 1970, s. 106; TTK m. 11/II'ye göre, "*tesisat, kiraçılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar; ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar*" mukavelede aksine hüküm olmadıkça ticari işletmeye dahil sayılır". Bu anlamda ticari işletme, bütünlük arzeden bir kavramdır, **POROY/YASAMAN**, s. 38; **ACEMOĞLU**, s. 21; **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s. 173; Ticari işletmenin malvarlığını oluşturan unsurlar doktrinde maddi ve maddi olmayan unsurlar olarak ayırımı tabi tutulmaktadır. Bina, mağaza, depo gibi taşınmazlar ve bunların bütünüleyici parçasını veya eklentisini oluşturan makineler, tesisler v.s. (taşınmaz işletme tesisatı), ham-mamul maddeler, nakit

2. Devir İçin Aranılan Koşullar

a. Devir Sözleşmesi

Bir malvarlığı veya ticari işletme devrinden bahsedebilmek için devreden ile devralan arasında akdedilmiş geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması gerektirir⁸⁸. Devir sözleşmesinin konusu malvarlığının veya işletmenin devri taahhüdüdür⁸⁹. Ticari işletmenin bir bütün olarak (aktif ve pasifiyle birlikte) devir edilmesi gerekir. En azından devredilen unsurlar ile işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesi mümkün olmalıdır⁹⁰. İşletmenin sadece aktiflerinin devredilip, borçların devir kapsamı dışında bırakılmasını öngören bir sözleşme, ağırlıklı görüşe göre geçersiz sayılırdı. Çünkü aktifler, alacaklılar açısından pasiflerin güvencesini teşkil etmekteydi⁹¹.

Devrin şekli açısından, Medeni Hukuk ilkeleri (genel hükümler) çerçevesinde taahhüt ve tasarruf işlemi aşamalarını ayrı ayrı ele almak gerekir:

İşletmenin devri kapsamında sadece borçların bir bütün olarak geçisini düzenlediği (EBK m. 179-180) ; TTK'da da, aktife dahil unsurlarının devralana geçişi açısından özel bir düzenleme bulunmadığı için, eski mevzuatımız bakımından durum şöyledir⁹²: Devir sözleşmesi (borçlandırıcı işlem) bakımından, işlemin geçerliliği için özel şekil öngörülmediğinden, şekil serbestisi kuralı (EBK m. 11) geçerliydi. Dolayısıyla taraflar, sözlü olarak dahi devir sözleşmesi yapabilir, iradi olarak bir geçerlilik veya

para (taşınır işletme tesisatı) maddi unsurlar arasında iken; para alacakları, ipotek, rehin hakkı; kıymetli evrak üzerindeki haklar; marka, ihtira üzerindeki haklar eser üzerindeki fikri haklar, işletmenin iştirakleri varsa iştirakler dolayısıyla sahip olunan haklar, know-how, maddi olmayan unsurlar arasında sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ACEMOĞLU**, s. 21-22; **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s. 173; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 458 vd.; **POROY/YASAMAN**, s. 38; **ARICI**, s. 15 vd.; **DURMAN**, s. 51-52; Ticari işletmenin malvarlığı yukarıda sayılan unsurların tamamından veya bir kısmından meydana gelen bir bütün olsa da, her bir unsur hukuken bağımsızdır. İşletmenin malvarlığı içinde yer alan her mal ve hak, kendi statüsüne tabidir. İşletmenin devri durumunda, her mal ve hak, kendi tabi olduğu statüye uygun şekilde devredilir. Ancak istisnaen ticaret unvanı işletmeye bağlıdır ve aksi devir sözleşmesinde öngörülmedikçe, işletmeden ayrı olarak devredilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s. 174; **ACEMOĞLU**, s. 22; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N.457; Ticari işletmeler müşterileriyle yaşar. Müşteriler temel kavramdır ve diğer unsurlar, müşterileri bir arada tutmak konusundaki fonksiyonları oranında önem kazanırlar. Ticari işletme devredilirken doğal olarak müşteri çevresi de devredilir; müşterilerin tek başına veya müşterilerden arınmış olarak ticari işletmenin devri eşyanın doğasına aykırıdır, **ACEMOĞLU**, s. 24; **BİRSEL**, s. 88.

⁸⁸ **ARICI**, s. 178-179.

⁸⁹ **ARICI**, s. 67.

⁹⁰ **BAHTİYAR**, s. 3892.

⁹¹ **ACEMOĞLU**, s. 34 vd., 41; **YASAMAN**, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 18; **ARICI**, s. 77, 140 ve orada anılan diğer yazarlar; Ancak geçersizlik görüşü taraftarları arasında da fikir birliği yoktur, Ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz. **ARICI**, s. 77 vd.; Zira, EBK.179'un emredici olduğunu kabul eden bazı yazarlar bu hükme aykırılık oluşturan, yani sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşmenin tamamen geçersiz olduğunu kabul ederken, diğer bazı yazarlar haklı olarak bu ihtimalde sadece aktiflerin devrini öngören sözleşmenin geçersiz sayılmasına değil, pasiflerin kapsam dışı tutulmasının geçersiz sayılmasına, yani pasiflerin de aktifleri devralan tarafa kanunen geçtiğini kabul etmeye taraftardır, **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 520.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **BAHTİYAR**, s. 3892-3893.

ispat şekli kararlaştırabilirlerdi (EBK m. 16)⁹³. EBK açısından, işletmenin devri için tek bir sözleşme yapılması yeterliydi. Bu sözleşme, kural olarak herhangi bir şekle bağlanmamıştı⁹⁴.

EBK m. 179 hükmü, işletmenin devir şekline ilişkin bir kural içermemektedir. EBK m. 179 anlamında bir ticari işletmenin devri işlemleri bakımından genel hükümler uygulama alanı bulurdu. Borçlandırıci işlem-tasarruf işlem ayırımı burada da geçerliydi ve borçlandırıci işlem ve tasarruf işlemi yapılması gerekirdi. Borçlandırıci işlem şekle tabi değildi⁹⁵. Tasarruf işlemi bakımından, EBK m. 179, işletmenin aktifindeki unsurların devralana geçişinde külli halefiyeti öngörmediği için, sadece devir sözleşmesi ile ya da tek bir tasarruf işlemi ile aktifler devralana geçememekte; aktife dahil unsurlar için cüzi intikal söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, aktife dahil unsurlardan her birinin niteliğine göre, mülkiyetin devralana geçebilmesi için genel hükümlerin öngördüğü geçerlilik şekillerine uyulması gerekmektedir. Örneğin, taşınmazların tapuda (TMK m. 705/1, 1013), markaların marka sicilinde (556 Sayılı KHK m. 16/VII) devralan adına tescili, taşınırın zilyetliğinin devri (TMK m. 763), alacaklar için yazılı temlik sözleşmesi (EBK m. 163/1) yapılması gibi. Tekelleşmenin önlenmesini amaçlayan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK m. 7/H, 10 vd., 27) ve ilgili mevzuat (Rekabet Kurumu'nun 2010/4 Sayılı Tebliği) hükümleri uyarınca, bir işletmenin devri veya başka bir işletme ile birleşmesi için izin alınması gereken hallerde, Rekabet Kurulu'na başvurularda izin alınması da zorunludur⁹⁶. Aslında ticari işletme gibi önemli bir

⁹³ Ancak şunu belirtelim ki, şekil serbestisinin de istisnaları mevcuttur: Ticari işletme kapsamında, devri için kanunen özel bir şekil öngörülen unsurlar var ise, bu unsurları devir borcunun geçerli olabilmesi için o özel şekle uyulması şarttır. Bu istisnalara, motorlu nakil araçları (KTK m. 20/d), taşınmazlar (TMK m. 706) ve telif hakları (FSEK m. 52) örnek verilebilir. Ayrıca, ticari işletmenin devrini amaçlayan sözleşmenin, kanunda şekle bağlanan bir tip olması halinde de ilgili özel şekle uyulması gerekeceği kuşkusuzdur. Örneğin, devir borcunun bir bağışlama sözleşmesinde yer alması halinde EBK. 238'e, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde dayanması halinde EBK m. 512 ve miras sözleşmesine konu olması halinde ise TMK m. 545'in atfı uyarınca TMK m. 532'ye uyulması gerekmektedir, **BAHTİYAR**, s. 3893-3894.

⁹⁴ **OĞUZMAN, M. K./ÖZ, M. T.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009, s. 973; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 40; **ARICI**, s. 108.

⁹⁵ **KENDİGELEN**, "Ticari İşletmenin Devri", Hukuki Mütealaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C.IV, İstanbul, 2006, s. 4-13.

⁹⁶ **BAHTİYAR**, s. 3893-3894; Devir sözleşmesi ile devralan, malvarlığını kararlaştırılan koşullar altında devralma, devreden de o malvarlığını devretme borcunu yüklenir. Sözleşmenin tarafları sadece devreden ile devralandır. Alacaklı sözleşmeye taraf olmadığı için sözleşmenin kurulmasında alacaklının iradesi aranmaz ve hatta alacaklının aksi yöndeki iradesine rağmen devir sözleşmesinin yapılması olanaklıdır, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 281; Devir sözleşmesinin EBK m. 179'a tabi olması açısından, sözleşmede ivaz kararlaştırılmış olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır. EBK m. 179 anlamında devrin gerçekleşmesi için, ticari işletmenin ve malvarlığının aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak devri gereklidir. Bu açıdan işletme, faaliyet olarak devredilmektedir; faaliyetine geçici olarak ara vermiş, tasfiye aşamasına başlamış veya faaliyetine başlamamış, ancak faaliyete başlamaya yönelik hazırlıklarını tamamlamış işletmeler dahi devre konu olabilir, **ACEMOĞLU**, s. 42-44; Devralan açısından da işletmeyi devraldıktan sonra devraldığı durumda faaliyetleri sürdürmesi zorunlu değildir; çünkü bu EBK m. 179 anlamında bir şart olarak düzenlenmiş değildir, **ARICI**, s. 34; Devir sözleşmesinin malvarlığının bütününe konu edinmiş olması gerektiği yolundaki temel ilke, malvarlığına dahil hakların hepsinin devir sözleşmesi ile devredilmesini gerekli kılmaz, **ACEMOĞLU**, s. 31; **KENDİGELEN**, Ticari İşletmenin Devri, s. 10;

ekonomik değer devrinin şekle bağlı olmaması ender rastlanacak bir haldir. Devir sözleşmesinin en azından ispat kolaylığı ve koşula bakımdan yazılı şekle tabi olması düşünülebilirdi. Ancak bu da söz konusu değildi⁹⁷.

b. İhbar veya İlan

Malvarlığı veya işletmenin devrinde devralan ile devreden arasındaki iç ilişkiyi devir sözleşmesi belirlerken, dış ilişkiyi ise ilan veya ihbar belirler. EBK'nun 179. maddesi, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde borçların devralana geçmesi açısından, devir sözleşmesinin akdedilmesinin yanı sıra, devrin alacaklılara ihbarını şart koşmuştur⁹⁸. Devralanın devir sözleşmesini ihbar borcu, kanuni bir borçtur⁹⁹. İhbar şartı gerçekleşmedikçe, tek başına devir sözleşmesi, malvarlığı veya ticari işletmeyi devreden borçlarını intikal ettirmez ve devralanın sorumluluğu doğmaz¹⁰⁰. İhbar her bir alacaklıya ayrı ayrı yapılması gereken bildirimdir ve şekle bağlı değildir¹⁰¹.

c. Devrin Hüküm ve Sonuçları

İsviçre-Türk Hukuku'nda devir sözleşmesinin geçersizliği durumunda, aktifler devredilmiş olsa bile, kanuni borç nakli gerçekleşmiş olmaz ve devralan borç altına girmez¹⁰². Bu durumda sebebe bağlı olan tasarruf işlemleri (taşınmazların devri) açısından mülkiyetin hala devredende kalacağı, sebebe bağlı olmayan tasarruflarda ise, alacaklıların İİK'nda düzenlenen iptal davası açma hakkına sahip olduğu kabul edilmekte-

POROY/YASAMAN, s. 40; Bu açıdan EBK'nun 179. maddesi, devreden ile devralan arasında akdedilen sözleşme gereğince, bir malvarlığı veya ticari işletmenin "aktif ve pasif ile birlikte" devrini düzenlemektedir. Malvarlığı veya ticari işletmenin aktiflerinin bir kısmının devredende kalması halinde de, EBK'nun. 179. maddesi anlamında geçerli bir devirden bahsedilebilir, **DURMAN**, s. 108; Ticari işletmenin devri kapsamındaki aktif ve pasifler ticari işletmenin faaliyetine özgülenmiş olan aktif ve pasiflerdir ve devirden veya devrin ilanından veya ihbarından önce işletme kapsamında bulunmalıdırlar, **ACEMOĞLU**, s. 129; **ARICI**, s. 38; Tarafların aralarında akdettikleri malvarlığı veya ticari işletmenin devri sözleşmesinde, nakledecek borçları ayrı ayrı göstermelerine gerek yoktur. Sadece, malvarlığı veya ticari işletmenin devri konusunda devreden ile devralanın anlaşması, malvarlığındaki veya işletmedeki bütün borçların nakli hususunda yeterlidir, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 281.

⁹⁷ **ARICI**, s. 108.

⁹⁸ **ACEMOĞLU**, s. 84; İsviçre-Türk Hukukunda durum bu iken, yürürlükten kalkan BGB § 419 hükmü uyarınca Alman Hukuku'nda dış ilişki doğrudan doğruya Kanun tarafından belirlenmiş ve sadece devir sözleşmesine bağlanmıştır. Bu nedenle Alman Hukuku'nda tarafların dış ilişkiyi belirlemek ve sorumluluklarını sınırlamak olanakları yoktur, **DURMAN**, s. 110, dn. 189.

⁹⁹ **ACEMOĞLU**, s.101.

¹⁰⁰ **AYİTER**, s. 52; **DURMAN**, s. 111; İhbar şartı, bir malvarlığının veya ticari işletmenin devri karşısında, alacaklıların yararlarının korunması amacıyla tesis edilmiştir. İhbar ile alacaklı, haklarının teminatı olan aktiflerin kime devredildiğini öğrenecek, bundan sonra alacakları için kendi yararı doğrultusunda devreden veya devralana başvuracaktır. Devralan, kanundan doğan devir sözleşmesini ihbar borcunu yerine getirmese, devralana karşı EBK m. 96 vd. hükümleri gereğince borca aykırılık hükümleri uygulanabilir. Bu konuda mahkeme hükmü devralanın iradesi yerine geçer ve hükmün ilanı halinde kanuni borç nakli gerçekleşir, **ACEMOĞLU**, s.101, 122-123.

¹⁰¹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 282.

¹⁰² **ACEMOĞLU**, s. 136; **von TUHR**, s. 900; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 283.

dir. Bu bağlamda borçların nakli EBK m. 179 anlamında sebebe bağlıdır¹⁰³. EBK, devredenle devralan arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen kurallar koymamıştır. Bu yüzden taraflar arasındaki iç ilişkiyi, devir sözleşmesinde kararlaştırılan esaslara göre hükme bağlamak gerekir¹⁰⁴. Devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça, devralan iç ilişki bakımından da malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarını üstlenmiş sayılır¹⁰⁵. Bir malvarlığının veya ticari işletmenin devrinde aktiflerin devri açısından külli halefiyet değil, cüzi halefiyet söz konusudur¹⁰⁶. Çünkü EBK'nun 179. maddesi anlamında devirde devralan, devredenin bütün hukuki ilişkilerinde onun yerine geçmez; devralan sadece devir sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu ölçüde ve kapsamda onun haklarına sahip ve borçlarını üstlenmiş olur¹⁰⁷. Aktiflerin devri kapsamında, devredilecek değerlerin hepsi için kendilerine özgü tasarruf işlemlerinin yapılması gereklidir. Devir kapsamında ne kadar ayrı hak objesi varsa, o kadar tasarruf işlemi vardır ve her biri kendi yasal rejimine tabidir¹⁰⁸.

¹⁰³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 282; **ACEMOĞLU**, s. 64; **ARICI**, Ticari İşletmenin Devri, s.179 dn.279.

¹⁰⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 282; **ACEMOĞLU**, s. 101-102.

¹⁰⁵ **ACEMOĞLU**, s. 102; Taraflar aralarında düzenleyecekleri bir dökümle, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde sadece dökümde gösterilen borçlarla sınırlı bir borç nakli konusunda anlaşabilirler; ancak bu sınırlı nakil, üçüncü kişilere (alacaklılara) yapılan ilanda açıklanmış değilse, sadece İç İlişkide etkilidir. Aksi takdirde borcun nakli, bütün borçlara, hatta devralanın varlığından haberdar olmadığı borçlara da etkilidir, **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 975.

¹⁰⁶ **ACEMOĞLU**, s. 68-69; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 283; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 973; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 41; **ARSLANLI**, s. 112; **POROY/YASAMAN**, s. 41; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 973.

¹⁰⁷ **ACEMOĞLU**, s. 41; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 283; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 41.

¹⁰⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 973; **DURMAN**, s. 120-121; Bir malvarlığının ve özellikle de bir ticari işletmenin devrinde, sadece aktiflerin devredilmesi EBK'nun 179. maddesi uyarınca olanaklı değildir. Çünkü kanun hükmü açıkça aktif ve pasifin birlikte devrini düzenlemiştir. Devrin aktif kalemlerin yanı sıra pasifleri de kapsamı, alacaklıların korunması amacıyla kabul edilmiş emredici bir ilkedir, **ACEMOĞLU**, s.41; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 281; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 975; Pasifleri tamamen devrin dışında bırakarak sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşme, EBK'nun 179. maddesi hükmü karşısında geçersizdir ve bu durum EBK m. 179'un alacaklıya tanımak istediği olanakları dolanmak anlamını taşır, bu durumda EBK m. 179'a dayalı olarak borçların nakli de gerçekleşmez, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 281 dn. 2; **POROY/YASAMAN**, s. 42; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 42 dn.3; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 975 dn.229; EBK m. 179'un düzenleniş amacının saptanmasında ağırlıklı olarak aktiflerin pasiflerin teminatı olduğu dayanağından yola çıkan yaklaşıma teminat teorisi denilmektedir, **ARICI**, s. 140; Türk Borçlar Hukuku'ndaki genel prensip itibarıyla, bir sözleşme ilişkisinin devri, diğer bir ifade ile taraf değişikliği, kanun dolayısıyla veya taraf iradeleriyle meydana gelebilir. Sözleşmenin kanun gereği yüklenilmesin- de, kural olarak, sözleşmeyi devreden taraf ile onu devralan tarafın iradeleri söz konusudur. EBK'nun 179. maddesi, bir malvarlığı veya ticari işletmenin aktiflerinin devralana teker teker yapılacak tasarruf işlemi ile geçişini düzenlemekte iken, pasiflerin bir kül halinde devrini düzenlemiştir. Bu bakımdan, bir malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde her borç ilişkisinin devralana geçişinde ilişkinin karşı tarafının devre ilişkin onayını aramak gerekmecektir, **AYRANCI, H.**, Sözleşmelerin Yüklenilmesi, Ankara 2003, s. 39.

B. Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca

1. Yeni Türk Borçlar Kanunu Uyarınca

EBK nazara alındığında TBK m. 202 ticari işletmenin devri bakımından bazı noktalarda farklı düzenlemeler getirirse de esaslı değişiklikler getirmemiştir¹⁰⁹.

TBK m. 202'ye göre: *“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.*

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

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

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

TBK m. 202'nin madde gerekçesine¹¹⁰ baktığımızda, 818 sayılı Borçlar Kanununun iki fıkradan oluşan 179 uncu maddesinin, TBK m. 202'de dört fıkraya bölünerek düzenlendiğini görmekteyiz. 818 sayılı Borçlar Kanununun 179 uncu maddesinin birinci fıkrasında kullanılan *“bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilân ettiği tarihten itibaren”* şeklindeki ibare, TBK'da *“bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilânla duyurduğu tarihten başlayarak”* şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, devralanın bu devri tirajı düşük veya yerel bir basım organında ilân etmek suretiyle, alacaklıların zarara uğramasının önlenmesi amaçlanmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 179 uncu maddesinin son fıkrasında kullanılan *“tek bir borcun nakli akdinden”* şeklindeki ibare, Kanunun 201 inci maddesinin üçüncü fıkrasında *“dış üstlenme sözleşmesinden”* şekline dönüştürülmüştür. TBK m. 202'ye son fıkra olarak eklenen yeni bir hükümle, devralanın, bildirme veya ilânla duyurma yükümlülüğünü yerine getirmediği, maddenin ikinci fıkrasında öngörülen iki yıllık sürenin işlemeye başlamayacağı kabul edilmiştir¹¹¹.

TBK m. 202 uyarınca, bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan kişi, devraldığını alacaklılara duyurduğu andan itibaren işletmenin borçlarından sorumludur. Duyurunun şekli konusunda TBK. 202/1, *“alacaklılara bildirim veya ticari işletmeler için Ticaret Sicil Gazetesinde, diğer işletmeler için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilan”* öngörmüştür. Devreden ise, devralanla birlikte iki yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu süre müeccel borçlarda muacceliyet anından, muaccel borçlarda ise devrin ilanı veya alacaklılara bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlar (TBK m. 202/IV). Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, iki yıllık süre işlemeye başlamaz (TBK m. 202/IV). Devrin alacaklılara bildirim veya ilanı, devir sözleşmesi-

¹⁰⁹ OĞUZMAN, M. K./ÖZ, M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012 (Cilt 2), s. 593 vd.; KILIÇOĞLU, M. A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011, s. 797.

¹¹⁰ ANTALYA, O. G., 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu - 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, s. 523 (Hükümet Gerekçesi).

¹¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s. 593 vd.; KILIÇOĞLU, s. 797-799; REİSOĞLU, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Baskı, İstanbul 2011, s. 475-476.

nin geçerliliği için değil, borçların devrinin dış ilişkide hüküm doğurması için şarttır (TBK m. 202/IV)¹¹².

TBK, ilan veya ihbar şartını bir kanuni zorunluluk olarak korumuştur. Bir ticari işletme devredilecekse bunun ilanı Ticaret Sicili Gazetesinde yapılmalıdır. Ticaret Sicili Gazetesinin yanı sıra, diğer gazetelerde de ilan olanaklıdır; yeter ki öncelikle ve zorunlu olarak Ticaret Sicili Gazetesinde ilan yükümlülüğü yerine getirilmiş olsun¹¹³. Buna göre, "ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla" hükmünde "diğerleri" kavramı ile kastedilen, ticari işletmeler dışındaki tüm işletmelerdir. Ayrıca düzenlemede esnaf işletmelerini kapsam dışında tutan herhangi bir ifade tarzı da bulunmamaktadır. Yine bu hükümle ilanın birden fazla gazetede yapılması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tartışmaları da böylece sonlandırılmaktadır¹¹⁴.

2. Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca

a. Genel Olarak

Yeni TTK m. 11/3 eski Ticaret Kanunu'na oranla ticari işletmenin devrine yönelik oldukça radikal değişiklikler içermektedir. TTK Tasarısı'nın TBMM'ne sunulan halinde bulunmayan bu hüküm daha sonra Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Yapılan bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere ticari işletmenin devrine yönelik radikal değişiklikler Adalet Komisyonu'nun bir ürünüdür. Zira TTK m. 11/3 hükmü Meclis'e sunulan Taslak'tan oldukça farklı bir hal almıştır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan Bilim Komisyonu'nun TBMM'ne sunduğu Taslakta m. 11/3 hükmü şu şekildeydi: "*Ticari işletme bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Devir sözleşmesinin, aksi öngörülmemişse duran malvarlığını, işletme değerini (peştemaliyeyi), kiracılık hakkını, ticaret ünvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu sözleşme yazılı olarak yapılır*"¹¹⁵.

Yeni TTK'nda da ticari işletmenin bütünlük yönü madde gerekçesinde, madde başlığında ve metnin içeriğinde vurgulanmaktadır. Bu bütünlük içinde, bir ticari işletmede bina, mağaza, depo gibi taşınmazlar ve bunların eklentisini veya bütünüyleyi parçalarını oluşturan makine parkı, tesisler, ham maddeler ve nakit paralar yanında, para alacakları, rehin hakları, ticari senetler üzerindeki haklar, işletmenin iştirakleri varsa bu iştirakler dolayısıyla sahip olunan haklar ve fikri haklar gibi maddi olmayan unsurlar da işletmenin bütünlüğüne dahildir. Madde metninde belirtilen unsurların ticari işletmeye dahil sayılmaları için, ticari işletmenin faaliyetine devamlı şekilde özgülenmiş olmaları gerekmektedir¹¹⁶.

b. Hükme Yöneltilen Eleştiriler

TTK m. 11/3 ile getirilen düzenleme doktrinde yoğun olarak eleştirilmektedir. Bu eleştirileri başlıklar halinde belirlemekte fayda vardır. Zira eleştiriler sorunun daha iyi anlaşılmasında önemli bir rol oynayabilir: Başlıca eleştiriler şunlardır¹¹⁷:

¹¹² OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s. 593 vd.; KARAHAN, S., Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Güncellenmiş 20. Baskı, Konya 2011, s. 28-31; KILIÇOĞLU, s. 797-799; REİSOĞLU, s. 475-476.

¹¹³ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s. 593 vd.; KILIÇOĞLU, s. 797-799; REİSOĞLU, s. 475-476; DURMAN, s. 113.

¹¹⁴ DURMAN, s. 113, dn. 204; KILIÇOĞLU, s. 797-799; REİSOĞLU, s. 475-476;

¹¹⁵ (www.tbmm.gov.tr, 01.01.2012 tarihi itibarıyla güncel)

¹¹⁶ KENDİGELEN, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 450.

¹¹⁷ Eleştiriler için özellikle bkz. BAHTİYAR, s. 3894 vd.; DURMAN, s. 134 vd.; ARICI, s. 211-213.

- Ticari işletme devrinin kolaylaştırılması ve bütünlüğünün korunması ticari hayatın büyük bir ekonomik gereksinimi karşılamakta ise de, bu amaçla düzenleme yapılırken, özel hukukun temel ilkelerine, amacı aşan, hukuk güvenliğini zedeleyici ve ilave birçok sorun doğuracak istisnalar getirilmesi isabetli olmamıştır.

- Bu hüküm üzerinde çok fazla düşünülmeyen tartışılmadan Adalet Komisyonu'nda eklenmiş bir düzenlemedir.

- Bu düzenleme TMK, TBK ve diğer birçok kanunun öngördüğü prensiplere birçok istisna getirmiştir.

- Taşınmazlar bakımından yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmektedir. Bu hüküm eşya hukukuna hakim olan "belirlilik ilkesi" ile tamamen çelişkilidir.

- Düzenleme külli halefiyet ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

- Düzenleme sözleşme serbestisi ilkesini ihlal etmektedir.

- Ticari işletmenin ekonomik anlamda bir bütün olması, onu hukukun tüm alanları bakımından bütün olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaz. Örneğin, ticari işletme eşya hukuku bakımından bir bütün değildir.

- Bu düzenleme ile TBK'nın sözleşmenin devrine ilişkin hükümleri ile çelişkilidir. Çünkü sözleşmede kalan tarafa istemediği bir taraf ile sözleşmeyi devam ettirmeye mecbur bırakılmaktadır.

- Devir için adi yazılı şeklin yeterli sayılması sakıncalı ve diğer bazı şekil hükümleri ile çelişkilidir. Bu durum kanuna karşı hile ve şekil kurallarının dolanılması sorununa sebep olacaktır.

- Devir sözleşmesinin ne zaman hüküm ifade edeceği açık değildir.

- Bu düzenleme çözümü oldukça güç bir kanunlar çatışmasına neden olacaktır.

- Bu düzenleme TTK'nın kendi içindeki şekle ilişkin kurallarla çelişki içindedir.

- Tescile kural olarak açıklayıcı bir işlev yükleyen ticaret hukuku sistemi-mizde, bu düzenlemede, tescilin kurucu olduğuna dair hiçbir ifadeye yer verilmemiş olması, esash bir eksikliklerdir.

- Bu düzenleme, yazılı şekilde yapılacak devir sözleşmesine tasarruf işlemi kimliği kazandırmaktadır.

- Devir sözleşmesi, intikalinde özel siciline kaydı şart koşan birçok fikri mülkiyet hakkının da tescilsiz edinimini mümkün kılmaktadır.

- Her malvarlığı değerinin kendine özgü tasarruf işlemi ile devredilmesine yönelik ilkenin sağladığı güvenlik ve faydalar ticari işletmenin kolay devredilmesine feda edilmiştir.

- TTK m. 1'e göre, "*Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır*". TMK m. 5'e göre, "*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*". Buna göre, TTK, gerek TMK ve gerekse TBK ile uyum içinde olması gerekirken, bu kanunların temel ilkeleri ile bağdaşmayan düzenlemeler getirmiştir.

- Sadece borçlandırıcı işlem ile mülkiyetin devralana geçmesi mümkün olamamaktadır. Bu düzenleme bu temel kuralı gözardı etmiştir.

- Bu düzenleme özellikle tapu uygulamasında tereddütlere ve hak kayıplarına yol açacaktır. Örneğin devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, devir kapsamındaki bir taşınmazın tapuda devreden adına kayıtlı bulunmasına güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunacaktır. Aynı sorun markalar bakımından da söz konusu olabilecektir.

- Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılma yollarına ve hükümlerin amaçlarına bakıldığında, bu hükmü haklı kılan, tescili ve resmi şekli bertaraf eden özel ve üstün bir amaç mevcut değildir.

- Ticari işletme niteliğinde olmayan işletmelerin devri, genel hükümlere tabi olacaktır. Pasiflerin geçişi açısından aynı hükümlere (TBK m. 202-203) tabi olan işletmeler arasında, bu defa, aktiflerin geçişi açısından oldukça büyük farklar yaratılmış olacaktır.

- Söz konusu zaman farkı, hem, TTK m. 11'in kenar başlığını da oluşturan "Bütünlük İlkesi" ne aykırı hem de aktif unsurların, belirli bir süreyle de olsa borçları güvencesiz bırakmasına yol açmaktadır.

- TTK'nın birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümleri İsviçre Birleşme Kanunu'ndan esinlenilerek yapılmıştır. Bu kanunun malvarlığının devrine ilişkin hükümleri de mevcut iken, bu hükümler TTK'ya alınmamıştır. Bu hükümler de TTK'ya alınsaydı eleştirilerin birçoğu bertaraf edilebilirdi. Ancak bu da yapılmamıştır.

- Düzenlemeden kaynaklanan sorunların birçoğu Ticaret Sicil Tüzük Taslağı ile giderilmeye çalışılmış, ancak tüzükte düzenlenmemesi gereken hususların da burada yer alması karmaşık bir durum yaratmıştır. Örneğin ticaret siciline tescilin açıklayıcı olduğu sistemimizde, tüzükteki düzenleme ile tescile kurucu fonksiyon yüklenmiştir.

c. Yeni TTK Uyarınca Ticari İşletmenin Devri Sözleşmesinin Şekli ve Gerek Ticari İşletme Rehni Kanunu İle Gerekse TTK'nın Şekle İlişkin Düzenlemeleyle Çelişki Sorunu

TTK m. 11/3 oldukça dar kapsamlı bir düzenleme olduğu için uygulamada ortaya çıkacak sorunların bertaraf edilebilmesi için Ticaret Sicil Yönetmeliği yürürlüğe sokulmuştur.

Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 133'e göre, ticari işletme, TTK'nın 11. maddesi uyarınca bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak suretiyle devredilebilir (f. 1)¹¹⁸. Bir ticari işletmenin devri sözleşmesi, yazılı olarak yapılır ve bu sözleşme; tarafların adı ve soyadı veya unvanı ile, tebligat adresi, sözleşme dışında bırakılan unsurları, ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyanı, fiyatı, ödeme şartlarını içerir (f.2). Bu düzenleme nazara alındığında İsviçre Birleşme Kanunu'nun envantere dayalı malvarlığı devri ile paralel düzenlemeler olduğu anlaşılacaktır.

TTK. 11/3'ün son cümlesinde, devir sözleşmesi için yazılı şekil öngörülmüştür. Hükümde belirtilen bu yazılı şeklin niteliği konusunda ise açıklık mevcut değildir. Belirtilen bu yazılı şeklin, geçerlilik şekli olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹.

Kayıhan/Yasan'a göre, sözleşmenin akdedilmesinden sonra devrin üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi için ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Geçerli bir devir sözleşmesinin varlığı ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade ede-

¹¹⁸ Daha öncede belirttiğimiz gibi ticari işletmenin en önemli unsurlarından biri de devamlılık unsurudur. Düzenlemede belirtildiği gibi ticari işletmenin devri işletmenin devamlılığını zedelememelidir. Ticari işletme devamlılığı sayesinde, birçok maddi veya maddi olmayan unsurlar işletmeye tahsis edilir ve tüm bunlara bağlı olarak bir müşteri çevresi oluşur ve zamanla bu çevre genişler. Ticari işletmenin devamlılığının bir sonucu olarak belirli bir organizasyon dahilinde örgütlenilmesi söz konusu olacaktır. Netice olarak ticari işletmenin devrinde hem işletmenin bütünlüğü hem de devamlılığı zedelenmemelidir.

¹¹⁹ **TEKİNALP, Ü.**, Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, **BATİDER**, 2008, C. XXIV, S. 3, s. 13; **KARAHAN**, s. 30; **BAHTİYAR**, s. 3894; **KAYIHAN, Ş./YASAN, M.**, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s. 56.

bilmesi için devir sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması ve ayrıca tescil ve ilan yapılması gerekir¹²⁰.

Arıcı'ya göre, hangi şekil tercih edilirse edilsin, devir sözleşmesinin, devir kapsamına giren unsurları ve ayırdedici özelliklerini gösteren bir liste içermesi, hem tarafların, hem üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması ve hem de muhtemel belirsizlikler ile suistimallerin önlenmesi için gereklidir¹²¹.

Aker'e göre, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde olması hukuki güvenlik bakımından tasarruf işlemlerinin gerektirdiği aleniyet açısından birçok soruna sebep olacaktır. Diğer taraftan hükümde geçen "işletme değeri" ifadesi ile "sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları" ifadesi hangi tasarruf işlemi türlerine istisna getirildiği konusunda belirsizlik taşımaktadır¹²².

Durman'a göre, ancak özellikle taşınmazlar açısından dikkatli olmak gerekir. Zira ticari işletmenin tamamını devralmaksızın, ticari işletmenin taşınmazını devralan, devri ticaret siciline işletmeksizin tapu kütüğünde gerekli kaydı yaptırırsa veya marka devrini marka siciline tescil ettirip ticaret siciline tescil ettirmese, sırf ticaret siciline işletmemesi nedeniyle devri geçersiz kılmak işlem güvenliğini zedeleyeceği için, ticaret siciline tescili bir düzen hükmü sayıp ticaret siciline tescilin yapılmasını, mesela parasal yaptırıma tabi kılmak uygun olacaktır¹²³.

TBK'nun sözleşmelerin şekli başlığını taşıyan 12. maddesine göre, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. TBK'nın getirdiği bu düzenlemeden hareketle TTK m. 11/3'de belirtilen yazılı şekle riayet edilmemesi durumunda ticari işletmenin devrine yönelik yapılan sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Ayrıca yine bu sözleşmede yapılacak herhangi bir değişiklik de aynı şekle tabidir.

Kanaatimizce ticari işletmenin devri sözleşmesi tıpkı İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi adi yazılı şekle tâbidir ve bu şekil geçerlilik şeklidir.

TBK m. 13'e göre, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması şarttır. Fakat sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışında sayılır. Ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin devreden ve devralan tarafından imzalanması gerekir. Hemen belirtelim ki, TBK m. 14'e göre, kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.

Kanaatimizce bünyesi uyduğu ölçüde TBK m. 14'de belirtilen ve yazılı şekil yerine geçen bu hallerde de ticari işletmenin devri mümkündür.

TTK m. 11/3'e göre, aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Buna göre, aksi ilgili sözleşmede¹²⁴ kararlaştırılmadıkça, madde metninde sayılan işletme unsurlarının da işletmeye dahil sayılacağı belirtilmektedir¹²⁵. Bu hüküm aynı

¹²⁰ KAYIHAN/YASAN, s. 56.

¹²¹ ARICI, s. 215.

¹²² AKER, s. 114.

¹²³ DURMAN, s. 50.

¹²⁴ Sözleşme ile kastedilen işletmenin bizzat kendisinin konu olduğu sözleşmedir, ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, İşletme Hukuku, s.11.

¹²⁵ POROY/YASAMAN, s. 38.

zamanda işletmenin malvarlığına dahil tüm unsurların işletme ile beraber hukuki işleme konu edilmesini de zorunlu kılmaz¹²⁶. Yeni TTK m. 11'de açıkça ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebileceği ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceği söylenmektedir. Ticari işletmenin malvarlığı değerlerinin her biri açısından kendine özgü tasarruf işlemleri çerçevesinde devrini öngören EBK ve ETK sistemi bu düzenlemeyle ortadan kalkacaktır. Bundan böyle ticaret siciline tescil ile ticari işletmeye dahil malvarlığı değerlerinin her biri için ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek kalmaksızın devralana geçecektir.

TTK'nın getirdiği düzenleme sadece ticari işletmenin devri bakımından değil aynı zamanda ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer işlemler bakımından da söz konusudur. Örneğin kira sözleşmesi açısından TBK'nun m. 299 vd. hükümlerinde geçerlilik için bir şekil şartı öngörülmemiş iken, ticari işletmenin bir bütün olarak kira sözleşmesine konu olması durumunda artık bu tür kiralar yazılı olarak yapılması zorunludur. Aksi takdirde yapılan kira sözleşmesi kesin hükümsüz sayılır¹²⁷. TTK'nın ilgili düzenlemesi kira hukuku uygulaması bakımından önemli bir istisna getirmiş gözükmektedir.

TTK m. 11/3 hükmü ile getirilen düzenleme Ticari İşletme Rehni Kanunu ile de çelişkilidir. TİRK m. 4'e göre, ticari işletme rehni sözleşmesi, ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu sicil çevresindeki bir noter tarafından tanzim edilir. Sözleşmede, rehne dair unsurların tam listesi de ayırt edilmelerini mümkün kılacak özellikleri ile birlikte yer alır. Yine aynı kanunun 5. maddesine göre, rehin hakkı ticari işletme sahibinin veya kredi müessesesinin veya alacaklının yazılı talebi üzerine ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Siciline tescil ile doğar. Sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren 10 gün zarfında tescil talep edilir ve ilgili sicil memurluğunca bu işlem yerine getirilir.

Bu düzenlemelerden hareketle ticari işletme rehni sözleşmesi açısından ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu sicil çevresindeki noterde yapılması bir kurucu bir unsurdur ve ayrı bir sicile yani Ticari İşletme Rehni Siciline kayıt da kurucu unsurdur. Oysa ticari işletmenin bir bütün olarak rehin sözleşmesine konu edilmesinde TTK m.11 hükmü ile Ticari İşletme Rehni Kanunu arasındaki bahsi geçen bu çelişkilerin nasıl giderileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme TTK'da yer almamaktadır¹²⁸.

Aker'in haklı olarak belirttiği gibi¹²⁹, TİRK'ndaki düzenlemeler ile TTK m. 11/3'deki düzenlemeler arasında bir uyum olduğu söylenemez¹³⁰. Diğer bir ifadeyle TİRK düzenlemeleri ile borçlar hukukunun özellikle de eşya hukukunun prensiplerine önemli bir istisna getirildiği belirtilmiştir. TTK m. 11/3 ile de buna benzer istisnaların getirilmek istenmiştir. Bu nedenle TİRK ile TTK m. 11/3 arasında düşünce bakımından paralellik olduğu iddia edilmektedir. Yazara göre bu düşünce yerinde değildir¹³¹. Ticari işletme rehni, ticari işletmenin belli unsurları üzerinde belli kişiler lehine sicilli taşınır rehni kurulmasını sağlamak ve teslim şartlı rehinin şartlarından kurtulmak amacıyla

¹²⁶ KENDİGELEN, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 451.

¹²⁷ DURMAN, s. 50.

¹²⁸ ARICI, s. 214 dn. 456; DURMAN, s. 51.

¹²⁹ AKER, s. 121-122.

¹³⁰ Aksi görüş için bkz. TEKİNALP, s. 12.

¹³¹ Aynı doğrultuda görüş için bkz. ARKAN, S., Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011, s. 45 vd; KARAHAN, s. 28; KENDİGELEN, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 48.

oluşturulmuş bir taşınır rehni kurumudur¹³². İddia edilenin aksine ticari işletme rehniinde eşya hukukunun belirlilik prensibi tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Şöyle ki, ticari işletmenin bir bütün olarak üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynı hak tesis edilemeyeceği için işletmenin sadece bazı unsurları¹³³ üzerinde rehni kurulmasına izin verilmiştir. Ayrıca rehne dahil olan unsurların ayırt edilmesini sağlayacak özellikleri de belirtilerek tam listenin yapılması ve bunun sözleşme ile beraber tescil edilmesi emredilmiştir¹³⁴. Gemi rehni açıkça, taşınmazların rehni ise zımnı olarak kanun kapsamı dışında tutulmuştur¹³⁵. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ticari işletme rehni ticari işletme üzerinde topyekün bir rehni değildir. Belli unsurların ayırt edici unsurları ortaya konarak teslimsiz ancak sicilli rehni vardır. Dolayısıyla taşınır rehnine hakim olan belirlilik ilkesi ihlal edilmemiştir. Bu nedenle TİRK'nun TTK'ya örnek teşkil ettiği yani belirlilik ilkesinin bertaraf edilip onun yerine bütünlük ilkesinin getirildiği yönünde örnek olduğu savunulamayacaktır.

Kanaatimizce TTK m. 11/3 TİRK'nun uygulama alanının genişletecek ve ticari işletmenin bütününi konu alan rehni tesisinin de gelecekte önünü açabilecek tehlikeler içermektedir. Zira daha sonrada üzerinde duracağımız gibi TTK m. 11'in gerekçesinde istikrarlı olarak ticari işletme rehnine gönderme yapılması bu ihtimali güçlendirmektedir.

*Bahtiyar'*a göre, ticari işletme rehni resmi şekle tabi olup, kanun, sözleşmenin noterce düzenlenmesini emretmektedir. Gerek 6102 Sayılı TTK'nda gerekse 6103 Sayılı Uygulama Kanunu'nda, TTK'nu yürürlüğe girdikten sonra Ticari İşletme Rehni Kanunu'nu yürürlükten kaldıran veya bazı hükümlerini değiştiren bir düzenleme mevcut değildir. Yazara göre, uygulama şu şekilde gerçekleşecektir: Ticari işletme rehniinde resmi şekil uygulaması devam edecek, oysa, sınırlı bir aynı hak olan rehinden daha kapsamlı ve en geniş yetkiler içeren bir aynı hak niteliğindeki mülkiyet hakkının, üstelik işletmenin, taşınır, taşınmaz, hak gibi tüm unsurlarıyla birlikte devri için adi yazılı şekil yeterli sayılmış olacaktır. Bu durum TTK m. 11/3 'ün metninde ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerden bahsedilmesi ve rehni de bu kapsamda yer alması, ayrıca fıkra gerekçesinde, ticari işletme "...devir, rehni, intifa, kira gibi işlemlere konu olabilir" şeklinde bir ifadenin yer alması önemli bir çelişkidir. Bu durum hem özel kanun-genel kanun, hem önceki kanun-sonraki kanun uygulamasında açıklanamayacak çelişkileri beraberinde getirecektir. Yazar, şekil açısından iki çözüm seçeneği ileri sürmektedir: Birincisi, TTK. 11/3'teki adi yazılı şekil yerine, tüm aktif ve pasif unsurların devrini öngören sözleşmeler, resmi şekle (noterce düzenlenecek senede) bağlanabilir. Bu şekil, TTK m. 11/3 anlamında ticari işletmeyi bir bütün halinde konu edinen tüm sözleşmelere uygulanacağına göre, bu durumda, Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda, rehni sözleşmesi için aynı şekli öngören hükme de ihtiyaç kalmayacaktır. İkincisi ise, devir ve rehni dahil, ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan tüm söz-

¹³² HAZNEDAR, İ. M., Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2008, s. 17 vd.; ERTEN, A., Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s. 1 vd.

¹³³ TİRK m. 3: Ticari işletme rehni aşağıdaki unsurları kapsar:

- a - Ticaret unvanı ve işletme adı,
- b - Rehniin tescilli anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makina, araç, alet ve motorlu nakil araçları,
- c - İhtira beratları, markalar, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınai haklar.

Taraflar ticaret unvanı, işletme adı ve menkul işletme tesisatı dışında kalan unsurlardan bir veya birkaçını rehni dışında bırakabilirler.

Gemi ipoteki hakkındaki hükümler saklıdır.

¹³⁴ HAZNEDAR, s. 26-27; ERTEN, s. 30 vd.

¹³⁵ ERTEN, s. 27.

leşmeler için, noter onayına bağlı yazılı şekil yeterli görülebilir. Yazara göre, bu seçenekte, aktif unsurlar içerisinde bulunan taşınmazlar için resmi şekil (noterce düzenlenen senet) şartı, istisna olarak muhafaza edilmelidir¹³⁶.

Kendigelen'e göre, hükmün genel ifadesi karşısında ticari işletme üzerinde rehin hakkı kurulmasının da bu maddenin kapsamına girebileceğini belirtmekte ancak, ticari işletme rehinine ilişkin özel düzenleme niteliğindeki TİRK hükümleri yürürlükten kaldırılmadığından, bu defa genel kanun ile özel kanun arasında çözümü oldukça güç bir kanunlar çatışması gündeme gelecektir¹³⁷.

Arkan ve *Arıcı* da aynı çelişkiye dikkat çekerek ticari işletme üzerinde rehin kurulmasının da, işletmeyi bir bütün halinde konu alan bir sözleşme olduğunu, bu nedenle ticari işletme üzerinde rehmin de, ticaret siciline tescil ve ilan edilerek yazılı bir sözleşme ile kurulmasının mümkün olduğunu belirtmekte, dolayısıyla taşınmazlar için tapu siciline tescile, taşınırılar için teslimine gerek kalmadan rehin kurulabileceğini, bu durum karşısında, ticari işletme üzerinde rehin kurulmasını özel olarak düzenleyen TİRK'nun neden yürürlükten kaldırılmadığının anlaşılması güç bir durum olduğunu, bu konuda en azından, TTK. 11/3 ile TİRK'ndaki düzenleme arasındaki ilişkiyi açıklayan bir hükme yer verilmesinin uygun olacağını belirtmektedir¹³⁸.

Kanaatimizce bu çelişki karşısında burada ortaya konacak en makul çözüm şudur: Ya İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi, şekil konusunda sadece taşınmazların mülkiyetinin devri hususunda resmi şekil kuralı kabul edilip, işletmeyi bir bütün halinde konu alan tüm diğer hallerin adı yazılı şekilde yapılacağı kuralını benimsemek ya da TTK m. 11/3'ün gerekçesine uygun olarak TİRK'nda değişikliğe gidilerek onun da adı yazılı şekilde yapılması sağlamaktır. Hükmün uygulamasında ortaya çıkabilecek çelişkiler tüm olumsuz sonuçlarına rağmen bu şekilde giderilebilir. Diğer taraftan şu husus da dile getirilebilir: Madde gerekçesinde rehne ilişkin ifadeler şunlardır: "**...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 bütünü 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.... Bütünü tanımlayan bu**

¹³⁶ BAHTİYAR, s. 3895, 3907-3908.

¹³⁷ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 48, dn. 6.

¹³⁸ ARKAN, s. 43; ARICI, s. 214, dn. 456; *Bahtiyar*'a göre, devir kapsamındaki taşınmazlar için tapu sicilinin işlevleri ve aleniyet gereği, resmi şeklin gerekliliğine dair özel bir hükme yer verilmelidir. Ticaret siciline yaptırılacak tescilin de, taşınmazlar dışındaki aktif unsurların mülkiyetinin devralana geçişi için kurucu nitelik taşıyacağı açıkça öngörülmemelidir. Taşınmaz mülkiyetinin devralana geçişi için yine tapu sicilinde tescil şartı muhafaza edilmeli, fakat tapuda devralan adına işlemin yapılması kolaylaştırılmalıdır. Bu konuda, taşınmazların ticaret şirketlerine sermaye konulmasında tapu siciline tescili kolaylaştıran hükümlere (TTK. 128/5 ve 6) benzer bir düzenleme yapılarak, ticari işletme devri kapsamındaki taşınmazların devralana geçişi sağlanabilir. Böylece, tapu siciline güven ilkesi nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilerin hak edinmesi ihtimali de bertaraf edilerek, devralan ve işletme alacaklıları korunabilir. Aktife dahil unsurlar arasında bulunan ve özel sicili bulunan diğer unsurlar (motorlu taşıt aracı, marka ve patent gibi) bakımından ise, devrin ticaret siciline tescilinden sonra, ilgili sicillerde açıklayıcı nitelikte tescil/tadil yapılabilmesi için, devrin tescil edildiği ticaret sicil müdürlüğünün derhal yapacağı bildirim üzerine, ilgili özel sicillerde derhal işlem yapılmasını öngören bir düzenleme yapılmalıdır. Bu konuda da Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 7'nci maddesi ile TTK. 128/6'daki "diğer sicillere bildirim"e dair hükümlerden yararlanılabilir, s. 3908.

malvarlığı unsurları, bütünü doğa 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 bazıları 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...". Görüldüğü üzere madde gerekçesinde istikrarlı biçimde ticari işletmenin bütünlüğünden bahsedilmiş ve ticari işletmenin rehni ile de irtibat kurulmuştur. Yazılılık unsuru bakımından özellikle ticari işletmenin devrini öncelemiş gözükmemektedir. Burada iki şekilde düşünülebilir: Birincisi, kanun koyucu ayrıca bir düzenlemeye gerek duymaksızın TTK m. 11/3 ile TİRK'nun resmi şekle ilişkin hükmünü zımnen ilga etmiştir. Dolayısıyla bundan böyle ticari işletme rehni de yazılı şekilde yapılabilir. İkincisi ve daha savunulabilir olanı, kanun koyucu devamlı surette ticari işletmenin bütünlüğünden bahsetmiş bunu destekler mahiyette bütünlük ilkesini nazara alan TİRK'dan da bahsetmiştir. Eğer kanun koyucu TİRK'ndaki düzenlemeyi kaldırmak isteseydi açıkça dile getirirdi. Ancak kanun koyucu bunu yapmamıştır. Kanun koyucunun bu durumu düzenlemeyi unuttuğu veya ihmal gösterdiği düşüncesi bu koşullarda pek mantıklı değildir. O halde burada kanun koyucunun bile rek sustuğu sonucuna varılacaktır. Kanun koyucu bir konu hakkında bilerek bu durumda daima bir kanun boşluğu olduğu sonucu çıkarılamayacaktır. Kanun koyucunun bir konuda susması o konuyu menfi olarak çözmek istemesinden kaynaklanır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu bir konuyu düzenlemesi gerektiğini bildiği halde bir hüküm getirmeyerek o konuyu çözmek istemediğini ortaya koymuş olur. Bu kanun koyucunun menfi çözüm benimsediğini gösterir¹³⁹. Kanun koyucu bir kurumun şartlarını ve sonuçlarını tamamen düzenlemişse bunun dışında kalan hallerde menfi çözüm biçimini benimsemiş sayılır. Bu nedenle kanaatimizce kanun koyucu TİRK gibi özel bir kanunda rehne ilişkin etrafıca düzenlemeler mevcutken, bu kanunun yapısına bir müdahalede bulunmamıştır. Dolayısıyla ticari işletmenin bütününe ilgilendiren rehin sözleşmeleri resmi şekilde yapılacaktır. Rehin konusunda ayrı bir düzenleme getirilene kadar uygulamada kargaşaya neden olmamak için TTK m. 11/3'ün bu şekilde yorumlanması gerekir.

Burada tartışılması gereken bir diğer konu da TTK m. 11/3'ün diğer TTK hükümleriyle çelişip çelişmediğidir:

TTK 11/3 ile getirilen düzenlemeler, TTK'nın şekil kurallarına ilişkin diğer hükümleriyle çelişki içindedir¹⁴⁰. Şöyle ki, TTK. 11/3 uyarınca, işletme faaliyetlerine özgülenmiş taşınmazda dahil, ticari işletmenin bir bütün olarak bir ticaret şirketine devri için adi yazılı şekil yeterli olacaktır. Ancak sadece taşınmazın aynı şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edilmesinde, TTK. 128/3'e göre, taahhüdün şirket sözleşmesinde bulunması yeterli görülecek, genel hükümler uyarınca resmi şekil aranmayacaktır. Bununla birlikte, ETK'da olduğu gibi, TTK'da da, ticaret şirketlerinin sözleşmeleri zaten yazılı şekil yanında imzaların noter onayına bağlanmış bulunmaktadır (TTK m. 212/1, 305/1, 339/1, 566/1, 575/1). Şu halde, tek bir taşınmazın sermaye olarak konulması taahhüdüne oranla daha kapsamlı olan ve o taşınmaz da dahil işletmenin tüm aktiflerinin devrini öngören bir sözleşmede, daha hafif ve noter onayına kıyasla üçüncü kişiler yönünden daha güvensiz bir şekil yeterli sayılmış olacaktır. Ayrıca taahhütlerinin ifa şekli (tasarruf işlemleri) bakımından da çelişkiler mevcuttur¹⁴¹.

¹³⁹ Kanun koyucunun menfi çözüm tarzı hakkında bkz. **DURAL, M./SARI, S.**, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Türk Özel Hukuku Cilt I, İstanbul 2011, s. 133.

¹⁴⁰ **BAHTİYAR**, s. 3895-3896.

¹⁴¹ TTK. 11/3 düzenlemesi, anonim şirket dışındaki ticaret şirketlerinde pay devrinin şeklinde dair TTK. düzenlemeleri ile de çelişmektedir. Örneğin, limited şirkette pay devri ve devir va-

d. Yeni TTK Uyarınca Ticari İşletmenin Devri Sözleşmesinin Tescil ve İlanı

TTK m. 11/3 devir sözleşmesinin "tescil ve ilan" edilmesi de öngörülmüş, fakat tescilin kurucu mu, yoksa açıklayıcı mı olduğu belirtilmemiştir¹⁴².

Tekinalp'e göre, söz konusu tescil kurucu niteliktedir¹⁴³. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, hükümdeki "...edilir" kelimesi, düzenlemenin emredici nitelik taşıdığını gösterse de, bu durum, tescilin kurucu sayılmasına yol açmaz. Zira öngörüldüğü tescilin açıklayıcı olduğu kabul edilen birçok hükümde de benzer ifadeler bulunmaktadır. Örneğin, TTK m.18/1'de "tescil ettirmek -ile- yükümlüdür"; m. 40/1, "...tescil ve ilan ettirir" ve TTK m. 107/2'de "tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur" ibareleri bulunmasına rağmen, bu hükümlerde öngörülen tescilin kurucu olmadığı konusunda kuşku yoktur¹⁴⁴.

Karahan'a göre, ticaret siciline tescil kurucu değil açıklayıcıdır. İşletmenin aktif ve pasifinin devrini düzenleme altına alan TBK m. 202 nazara alındığında devrin hukuki sonuç doğurabilmesi için Ticaret Sicil Gazetesi'nde duyuru yapılması dışında devrin alacaklılara herhangi bir yolla bildirilmiş olması yeterli görülmüştür. Devir hakkında alacaklılar bilgilendirilmeli ve ilanla duyurulmalıdır. Alacaklılara bildirim şekle bağlı değildir ancak ilan ile duyuru ticari işletmeler için Ticaret Sicil Gazetesi'nde diğerleri bakımından ise Türkiye'de dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yapılmalıdır. Bildirim ve duyuru devralan tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük yerine getirilmedikçe aktif ve pasifler devralana geçmeyecektir¹⁴⁵.

Bahtiyar'a göre, TTK m. 11/3'te, devrin geçerlilik kazanması için ticaret siciline tescilin zorunlu yani kurucu olduğunun belirtilmemesi önemli bir eksikliktir. Yazar, devir sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem olduğunu aktif ve pasif unsurların devralana geçmesi için tek başına bu sözleşmenin yeterli sayılmasının kabul edilemeyeceğini, aktiflerin ve pasiflerin devralana geçişi için, aynen işletme rehninde olduğu gibi, ticaret siciline tescilin, aktif unsurlarının devralana geçmiş sayılması için kurucu işleve sahip

adi için özel bir şekil öngörülmüş olup, yazılı şekil ve imzaların noterce onaylanması gerekmektedir. Bu durumda, limited şirkette bir ortağın sermaye payını devretmesi için bu şekil şart; fakat, ekonomik yönden çok daha önem taşıyabilecek bir işlem olarak, aynı şirketin sahip olduğu bir ticari işletmeyi tüm aktif ve pasifleriyle devredebilmesi için ise adi yazılı şekil yeterli olacaktır. İşletme devri sözleşmesinin borçlanma mı, yoksa tasarruf işlemi niteliğinde mi sayılacağı sorunu ile şirket türüne göre, pay devrinde diğer ortakların devri onaylamasını öngören hükümlerin yol açtığı tartışmalar tamamen bir yana, Örneğin, kollektif, adi komandit, paylı komandit şirket sözleşmeleri şekle tabi olup, şekle tabi sözleşmelerde yapılacak değişiklikler de aynı şekle bağlı tutulmuştur. Bu durumda, imzaların noterce onayının bir belgelendirme değil, geçerlilik şartı oluşturduğu görüşü de kabul edildiğinde, bu şirketlerdeki pay devri ile, aynı şirketlere ait bir işletmenin bütün olarak devri arasında, limited şirketteki gibi bir farklılığın doğması kaçınılmaz olacaktır, **BAHTİYAR**, s. 3896-3897.

¹⁴² Ticaret siciline tescilin etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAYALÇIN, Y.**, Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, **BATİDER**. 1975, C. VIII, S. 2, s. 1 vd.

¹⁴³ **TEKİNALP**, s. 13; Aynı yönde görüş için bkz. **ARICI**, s. 215; *Aker*'e göre ise, ticaret sicilinin ihdas edilme nedenleri, teşkilatı ve işleyişi nazara alındığında ve diğer sicillerle ticaret sicilinin hukuki etkileri ile yarışması karşısında hükmün açık olması en iyi çözümdür, s. 212 dn. 349. Yazara göre, hükmün emredici olup olmadığı da belirsizdir. Hükümde öne çıkarılan bütünlük ilkesi ekonomik ihtiyaçları nazara alsa da tarafların ekonomik menfaat ve ihtiyaçları somut olaylar bakımından farklı çözüm yollarını gerektirebilir. Kanun koyucunun her türlü devir durumunda külli intikali zorunlu kılması yerinde değildir, s. 114.

¹⁴⁴ **KARAYALÇIN, Y.**, Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, **BATİDER**. 1975, C. VIII, S. 2, s. 7 vd.; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 250; **BİLGE**, s. 157-159.

¹⁴⁵ **KARAHAN**, s. 31-32.

bulunduğunun hükümde açıkça vurgulanması gerektiğinin, taşınmazların ise bundan istisna tutulması gerektiğini, devir kapsamındaki taşınmazlar için tapu sicilinin işlevleri ve aleniyet gereği, resmi şeklin gerekliliğine dair özel bir hükme yer verilmesi gerektiği, taşınmaz mülkiyetin devralana geçişi için yine tapu sicilinde tescil şartı muhafaza edilmesi gerektiği ve fakat tapuda devralan adına işlemin yapılması kolaylaştırılmasının zorunlu olduğunu, taşınmazların ticaret şirketlerine sermaye konulmasında tapu siciline tescili kolaylaştıran hükümlere (TTK m. 128/5 ve 6) benzer bir düzenleme yapılarak, ticari işletme devri kapsamındaki taşınmazların devralana geçişinin sağlanabileceği, tapu siciline güven ilkesi nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilerin hak edinmesi ihtimali de bertaraf edilerek, devralan ve işletme alacaklıları korunabileceği, aktifte dahil unsurlar arasında bulunan ve özel sicili bulunan diğer unsurlar (örneğin, motorlu taşıt aracı, marka ve patent gibi) bakımından ise, devrin ticaret siciline tescilinden sonra, ilgili sicillerde açıklayıcı nitelikte tescil yapılabilmesi için, devrin tescil edildiği ticaret sicil müdürlüğünün derhal yapacağı bildirim üzerine, ilgili özel sicillerde derhal işlem yapılmasını öngören bir düzenlemenin yapılması gerektiğini, bu konuda da Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 7'nci maddesi ile TTK m. 128/6'daki "*diğer sicillere bildirim*"e dair hükümlerden yararlanılabileceğini belirtmektedir¹⁴⁶.

Ticari işletmenin devri için adi yazılı şekil uygun olmadığı gibi, ülkemizin uygulaması bakımından da birçok sorunu beraberinde getirecek niteliktedir. Kaldı ki, ticaret siciline tescil kural olarak açıklayıcı niteliktedir. Ticaret siciline tescilin kurucu olması, açıkça düzenlenmesine bağlıdır¹⁴⁷. Örneğin, TTK m. 153/1, 179/4, 189/2, 198/3, 232, 355, 356, 455, 456/5, TİRK m. 5/1, KoopK. m. 7 gibi. Şu halde, tescile kural olarak açıklayıcı bir işlev yükleyen ticaret hukuku sistemimizde, TTK.11/3 hükmünde, tescilin kurucu olduğuna dair hiçbir ifadeye yer verilmemiş olması, esaslı bir eksiklik¹⁴⁸.

Arıcı ve Aker'e göre, her türlü devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edileceğinden bahsedilmesine rağmen bunun hukuki niteliği hakkında ve üçüncü kişilere etkileri bakımından hükümde bir açıklık yoktur. Ayrıca sözleşmenin ne şekilde tescil ve ilan edileceği açık değildir. Hükümde sözleşmenin yazılı olacağı belirtilmekte ve ayrıca bu sözleşmenin tescil ve ilanından bahsedilmektedir. Burada tescil ve ilanın hukuki niteliği belirsiz olduğundan tasarruf işleminin hangi hukuki fiiller ile gerçekleşeceği sorununu da ortaya çıkarmaktadır¹⁴⁹. *Arıcı*'ya göre, ilgili düzenleme ile devre konu olan aktiflerin her birinin tabi olduğu genel kurallar bertaraf edilmektedir. Ancak bunun yerine neyin konulduğu açıkça ortaya konması gerekirdi. Bu nedenle özellikle ticari işletmenin devrinde tasarruf işleminin gerçekleştirilmesinde aleniyet sağlanmalıdır. Bu konuda ticaret sicili önemli bir görev üstlenebilir. Ticaret siciline tescile, aktiflerin geçişi bakımından kurucu işlev yüklenmelidir. Ancak bu kabul edilirse ayrı ayrı tasarruf işlemine gerek kalmayabilir¹⁵⁰.

TTK m. 11/3 düzenlemesinin oldukça belirsiz olan ilgili düzenlemeler, Ticaret Sicil Yönetmeliği ile giderilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda TSY m. 133'e göre, Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder (f. 3)¹⁵¹.

¹⁴⁶ **BAHTİYAR**, s. 3907-3908.

¹⁴⁷ **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 251; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 863; **ARICI**, s. 215; **BİLGE**, s. 157-159.

¹⁴⁸ **BAHTİYAR**, s. 3897-3898; **ARICI**, s. 215.

¹⁴⁹ **ARICI**, s. 215; **AKER**, s. 112-113.

¹⁵⁰ **ARICI**, s. 215.

¹⁵¹ Ticari işletmenin devrine ilişkin yapılacak tescil işlemlerinde: a) Bir işletmenin bir gerçek kişi tarafından diğer bir gerçek kişiye unvanı ile beraber devri halinde, o işletme ve unvana ait kayıtlardan yalnız devir sebebiyle değiştirilmesi gerekli olanlar değiştirilir. b) Bir işletmenin bir

Ticari işletmenin devri vaadi, belli bir süre sonra hüküm ifade edecek devirler ve şartlı devirler tescil edilemez (f. 4). Ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığına dahil olan; tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilir (m. 135/f.5).

Kanaatimizce bu düzenlemeleri nazara aldığımızda tıpkı İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi ticaret siciline tescilin kurucu olduğu açıkça anlaşılacaktır. Zira ticari işletmenin devri sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, yani sözleşmede yer alan malvarlığı değerlerinin devralana geçmesi için tescilin yapılması bir zorunluluktur. Her ne kadar TTK m. 11'in lafzından tescilin kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu tam anlaşılmıyor ise de kanun koyucunun amacının tescile kurucu fonksiyon yüklemek istediği açıktır. Burada belki tescilin kurucu olması ile açıklayıcı olması arasındaki farka vurgu yapmak gerekir. Eğer hukuki işleme konu olan hak ilgili sicile tescil ile kuruluyor, kapsamı değişikliğe uğruyor veya ortadan kalkıyor ise burada yapılan tescil kurucudur¹⁵². Eğer yapılan tescil zaten sahip olunan hakka aleniyet kazandırıyor ise burada da açıklayıcı tescil söz konusudur. Kanaatimizce ticaret siciline tescil ticari işletmenin devri bakımından kurucu etkiye sahiptir. Ancak burada şöyle bir sorun ile karşı karşıyayız. TTK'nın genel sistemine baktığımızda ticaret siciline tescil açıklayıcı bir role sahiptir. Bu hüküm TTK'nın bu temel ilkesi ile tezat oluşturmaktadır. Ancak şunu ifade edelim ki, genel sistem böyle olsa da kanun koyucunun iradesi bu tescile kurucu fonksiyon yüklemeye şeklindedir. Bu durum da TTK'nın tescilin etkisine ilişkin önemli bir istisna olarak kabul edilmelidir. Ancak burada asıl sorun şudur: Tescile kurucu fonksiyon yüklenebilmesi için ilgili düzenlemenin en azından Kanun ile getirilmiş olması gerekir. Burada şu soru sorulmalıdır: Yönetmelik ile ticaret siciline kurucu fonksiyon yüklenebilir mi? İsviçre Borçlar Kanunu'nda ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir ama bu etki bir kanun ile ortaya konmuştur. Bu kanun İsviçre Birleşme Kanunu'dur. Türk Hukuku'nda ise tescile kurucu fonksiyon yüklemeye bir Yönetmelik ile getirilmek istenmektedir. Bunun hukuk güvenliği bakımından ne kadar sağlıklı olduğu oldukça tartışmalıdır. Kanaatimizce Ticaret Siciline tescil TTK sistematigi içinde kural olarak zaten açıklayıcı bir role sahipken, buna önemli bir istisna getirip kurucu rol verilmesi bir yere kadar anlaşılabilir de bunun TTK'nda açıkça belirtilmesi gerekir. TTK'da belirtmeyip bu eksikliği Yönetmelik ile gidermeye çalışmak birçok sorunu da beraberinde getirecek niteliktedir.

Burada tartışılması gereken bir diğer olgu da TTK m. 11/3 hükmünde geçen *“Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.”* ifadesidir. Kanunun ifadesinden

gerçek kişi tarafından diğer bir gerçek kişiye unvan hariç olmak üzere devri halinde ise eski unvan ve işletmeye ait bütün kayıtlar silinir. Yeni unvan altındaki işletme için yeniden tescil işlemi yapılır. İşletme tescil edilirken eskisinin devamı olduğu, işletmenin eski MERNİS numarası ve unvanı kayıtlarda gösterilir. c) Bir işletmenin bir gerçek kişi tarafından bir ticaret şirketine devri halinde ise o işletmenin ve unvanının bütün kayıtları silinir ve ticaret şirketinin tabi olduğu hükümler uyarınca bu devir dolayısıyla şirketin sicil kayıtlarında değişiklik yapılması gerektiği takdirde sadece o değişiklikler yapılır. ç) İşletmenin sicile kayıtlı bir işletmesi bulunmayan bir dernek veya kamu tüzel kişisi tarafından devir alınması halinde de bu fıkranın (b) bendi uygulanır. (m. 135)

¹⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAYALÇIN, Tescilin Etkisi, s. 7-11; ÜNAL, M./BAŞPINAR, V., Şekli Eşya Hukuku, Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008, s. 320; HATEMİ/AYBAY, s. 92-93; AYAN, M., Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Güncellenmiş 5. Baskı, Konya 2010, s. 281.

tescilin tek başına sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için yeterli olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Zira “*tescil ve ilan edilir*” ifadesi her iki unsurun birlikte arandığı izlenimi uyandırmaktadır. Kanaatimizce bu ifadeye anlam verirken TBK m. 202 perspektifinde bir değerlendirme yapılabilir. TBK m. 202’ye göre, “*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, ... ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur*”. Ticaret sicilinin aleniyeti, TTK’nun 35. maddesinin getirdiği düzenleme ile tescil edilen hususların ilan edilmesi zorunluluğunun getirilmesiyle sağlanmıştır¹⁵³. ETTK’da Ticaret Siciline tescil edilen hususların ilan edilmesi gerektiğine yönelik genel bir düzenleme mevcut değildi. Diğer taraftan TTK’nun 36. maddesine göre, “*Ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği; ilanın tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur*”. Hükümlerden de açıkça anlaşıldığı gibi devralanın bildirim veya ilanı yapması borçlardan sorumluluk bakımından önemli bir etkiye sahip olup, diğer bir anlamıyla üçüncü kişiler bakımından hukuki sonuçların doğması açısından belirleyici olup, devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından kurucu bir etkiye sahip değildir. TTK m. 11/3’ün ifadesi oldukça yanıltıcıdır. Diğer taraftan ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme kurulduktan sonra tescil talebini devreden gerçekleştirecektir. Halbuki bildirim ve ilan devralan tarafından gerçekleştirilecektir. İsviçre Hukuku’nda ise, ilân ile birlikte tescilin hükümleri üçüncü kişilere karşı sürülebilir (İBK m. 932/II, 933/I). İlân dış ilişkide ilân tarihini takip eden iş günü hüküm ifade eder (İBK m. 932/II). Aktiflerin ve pasiflerin devralana geçişi, ticaret siciline tescil ile birlikte kendiliğinden gerçekleşir (FusG Art. 73/II).

e. Ticari İşletmenin Bütün Halinde Devredilmesi Durumunda Tasarruf İşlemlerinin Ayrı Ayrı Yapılmasına Gerek Olmaması

Tasarruf işlemleri hak sahibi ile hak arasındaki bağlantının kesilmesi veya değişmesiyle ilgilidir¹⁵⁴. Tasarruf işlemleri bir hakka doğrudan etki eden o hakkın devrini sağlayan, sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran hukuki işlemlerdir¹⁵⁵. Tasarruf işlemleri genelde tasarrufta bulunanın malvarlığında doğrudan doğruya bir azalma meydana getirir. Bir malvarlığı hakkı üzerinde onu devreden, sınırlayan veya değiştiren işlemler aynı zamanda bir kazandırıcı muamele hüviyetindedir. Tasarruf işlemleri malvarlığının aktif kısmına etki etmektedir. Bu nedenle malvarlığının pasif kısmına etkide bulunan borçlandırıcı işlemlerden ayrılır. Hak sahiplerinin iradeleri ile değiştirilebilen bütün haklar ve hukuki ilişkiler tasarruf işlemlerinin konusu olabilirler. Tasarruf işlemlerinin konusunu haklar oluşturur. Ancak şunu ifade edelim ki, tasarruf işlemlerinin konusu her ne kadar haklar olsa da bu genelde malvarlığı haklarıdır. Ayrıca önemle şunu da vurgulayalım ki, malvarlığının tamamını bir tasarruf işlemine konu etmek söz konusu değildir¹⁵⁶. Borçlar tasarruf işleminin konusu olamazlar yani borçlar tasarruf edilemez¹⁵⁷.

¹⁵³ Açıklık başlığını taşıyan TTK m. 35/3’e göre, “*Tescil edilen hususlar, kanun veya Kanununun 26 ncı maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur*”.

¹⁵⁴ AYİTER, K., Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 11.

¹⁵⁵ SCHWARZ, A. B., Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, (çev. DAVRAN, B.), İstanbul 1948, s. 163-164.

¹⁵⁶ AYİTER, K., s. 13 vd.

¹⁵⁷ von SOHM, R., Der Gegenstand: Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905, s. 24 vd. (AYİTER, K., s. 18’den naklen) ; Borcun üstlenilmesi ise bir tasarruf işlemi

Sohm'a göre, her tasarruf bir mal üzerinde gerçekleşir, borçlandırıcı işlem ise birçok malı kapsayacak şekilde yapılabilir. Her mal için ayrı tasarruf işlemine ihtiyaç vardır. Ayrıca her tasarruf işlemi de bir mal ile ilgilidir. Şunu belirtelim ki, birçok mal üzerinde aynı anda tasarruf işlemi yapılabilir. Ancak bunun anlamı, birden çok malı kapsayan tek bir tasarruf işlemi değil her mal ile ilgili ayrı tasarruf işlemlerinin yapılmasının mümkün olduğudur. Çünkü mal tasarruf işleminin objesi niteliğindedir.¹⁵⁸

TTK m. 11/3'e göre, ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir. Bu düzenleme gerek borçlar hukukunun gerekse eşya hukukunun bazı temel ilkeleri ile çelişki doğurmaktadır. Bu nedenle hükmün uygulaması hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşlere geçmeden önce üzerinde önemli bir çelişkiye dikkat çekmek gerekir. Borçlandırıcı ve tasarruf işlemi ayrımı Roma hukukundan günümüze kadar kabul edilmiş önemli bir ayırımdır ve Türk hukukunda da vazgeçilmez bir ayırımdır. Kanun koyucu gerek taşınır gerek taşınmaz mülkiyeti gerekse diğer hak ve borçların sahipliğinin, tescil, teslim, temlik ya da nakil gibi yollar haricinde bir yolla değişmesine izin vermek istediğinde işlemin konusuna bakmadan topyekün bir izinden ziyade istisna getirmek suretiyle düzenleme yapmaktaydı. Halbuki TTK m. 11/3 hükmü bu prensibin tamamen dışına çıkmış ve topyekün bir düzenleme yapmıştır. Kanun koyucunun daha önceki düzenlemelerinde ise istisna ortaya konduktan sonra gerekli yöntemlerde ayrıntılı biçimde ortaya konulurdu. Tasarruf işlemleri için gerekli olan hukuki güvenlik ancak bu şekilde sağlanabilir.¹⁵⁹

Tekinalp'e göre¹⁶⁰, ticari işletmenin bir bütün olarak hukuki işlemlere konu olmasının kabul edilmesi, ticari işletme rehninden sonra bir defa daha, Türk Eşya Hukuku'na hakim olan eşya hukukunun belirlilik ilkesine, etki alanı oldukça geniş bir istisna getirmiştir. Bu düzenleme ile beraber ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı tasarruf işlemiyle devredilmesini gerekli kılan düzenlemelere son verilmiş olmaktadır. TTK m. 11/3, ticari işletmenin, onu meydana getiren malvarlığı unsurlarının teker teker ve gerekli borçlanma ve tasarruf işlemleri yapılmaksızın, yazılı bir sözleşme ile, bir bütün halinde devredilebilmesinin önünü açmıştır. Yazara göre, yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğu bu sözleşmenin kendisi bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Ticari işletmenin devri sözleşmesi özellikle taşınmazların devrinde resmi şeklin yerini almaktadır. Diğer taraftan bu durum taşınmazlar bakımından tescilsiz iktisap hallerine bir tane daha eklemektedir. Doğal olarak ticari işletmenin devri sözleşmesi sadece taşınmazlarda değil, intikalinde özel siciline kaydı zorunlu olan birçok fikri mülkiyet hakkının¹⁶¹ da tescilsiz iktisabını sağlamaktadır. Yazara göre, TTK m. 11/3 ile

olarak değil, alacaklının alacağı üzerindeki bir tasarrufu olarak nitelendirilmelidir, **AYİTER, K.**, s. 19.

¹⁵⁸ **VON SOHM**, s. 7 vd.

¹⁵⁹ **AKER**, s. 115; Bkz. **TMK** m. 54, 105/1, 599, 705; **TBK** m. 279; **TTK** m. 153/1, 179/4, 194/1-3, 1001/3, 1007. Özellikle taşınmazların tescilsiz iktisabı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, Eşya Hukuku, 14. Bası (13. Basıdan tıpkı bası), İstanbul 2011, s. 331 vd.; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 497-498; **AYAN, M.**, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Konya 2012, s. 182-183.

¹⁶⁰ **TEKİNALP**, s. 12-13; Benzer düşünceler için bkz. **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 42.

¹⁶¹ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 16/H'ye göre, bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa, işletmeye ait markaların da devrini kapsar. Bu hüküm işletmenin devrine, sözleşmeden doğan sorumluluk halinde uygulanır, **DURMAN**, s. 138; Markanın devri, devreden tarafından sahip bulunan marka üzerinde tekel halinde tasarruf etme hakkının devralana geçirilmesidir, **YASAMAN, H.**,

getirilen düzenleme hem ticari işletme rehni ile hukukumuzda meydana gelen önemli bir değişikliği ve gelişimi tamamlamakta, hem de ticari işletmeyi işlevlerine uygun bir ticaret kurumu haline getirmekte, onu Türk ticaret hayatı için uygun bir konuma yerleştirmektedir. Ticari işletmenin TTK'da ağırlıklı bir konum kazandığı için Türkiye'de ticaretin tabanı şeffaflaşacak, güçlenebilecek ve kobiler bağlamında standartlar tarafından yönetilecektir. Bunlara ek olarak TTK'ya göre, ticari işletmenin devri gibi kiralanması, ürün kirasına verilmesi, bir yönetim sözleşmesinin konusu olabilmesi, bir ticaret şirketiyle birleşmesi, bir ticaret şirketine dönüşmesi, üzerinde intifa hakkı tanınması da hukuken kolayca gerçekleştirilecektir.

Tekinalp'e göre, TTK'nın getirdiği bu düzenlemeyle Medeni Hukuk ile TTK arasındaki sınır "*keskin çizgilerle çizilerek Türk ticaret hukukunun bağımsızlığını sağlamıştır*". Yazar özel hukukun bütünlüğünü vurgulamak amacıyla TTK m. 1'de TTK'nın TMK'nın ayrılmaz bir parçası olduğunun da hüküm altına alındığını belirtmiştir¹⁶².

Kanaatimizce TTK'nın, özel hukukun temelini oluşturan ve Roma Hukuku'ndan günümüze kadar gelen ilkelerden oluşan hukuk kültür mirası ile çelişkili hükümleri, Ticaret hukukunu bağımsızlaştırmaktan ziyade özel hukukun bütünlüğü ile olan bağlarını zayıflatmaktadır. Diğer taraftan eğer TTK, TMK'nın ayrılmaz bir parçası ise, ana düzenleme olan gerek TMK ile gerekse TBK ile çelişki içinde değil uyum içinde ol-

Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi, C.2, İstanbul, 2004, s. 679-680; **KAYA, A.**, Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s. 214; **ARKAN, S.**, Marka Hukuku, C.II, Ankara, 1998, s. 184; Hukukumuzda 556 sayılı KHK m. 16/11 gereği markanın ticari işletmeyle birlikte veya anılan KHK m. 15/1 gereği ticari işletmeden bağımsız devri söz konusudur, **DURMAN**, s. 138; KHK m. 16/1 gereği, marka temsil ettiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceği için, marka sahibi, markanın temsil ettiği mal ve hizmetlerin bazıları üzerindeki haklarını koruyarak, markanın temsil ettiği diğer mal ve hizmetler üzerindeki haklarını devredebilir. Bu anlamda devreden ve devralan aynı markayı farklı mal ve hizmetler için kullanmaya devam edebilir. Kural olarak devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça markanın devri, temsil ettiği mal ve hizmetlerin tamamı için geçerlidir, **YASAMAN**, Marka, s. 681; Ayrıca tasarrufi bir işlem olan markanın devrinin yanı sıra, sadece borçlandırıcı işlem olan markanın devri taahhüdünde bulunulması da, yazılı olması kaydıyla, olanaklıdır, **KAYA**, s. 210; Markanın devri, yazılı şekil şartına tabidir ve sicile kaydedilip yayınlanır. (KHK m. 16/01, VI) Marka devri sözleşmesinde devredilen marka ayırt edici şekilde mutlaka belirtilmelidir, **YASAMAN**, Marka, s. 681; Devrin tescilli kurucu unsur olmamasına rağmen (istisnaen KHK m. 69 gereği, garanti markası ve ortak markanın devrinin geçerliliği, sicile tescile bağlıdır), hukuk güvenliği açısından devralanın haklarını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi açısından tek ispat aracıdır. Bilindiği üzere, ticari işletmenin malvarlığına dahil her aktif değer, ticari işletmenin devredilmesinde kendi devir hükümlerine uygun şekilde devredilmek zorundadır. Ancak KHK m. 16/III hükmü gereğince, markanın devrinin ticari işletmenin devri kapsamında olduğu durumlarda, markanın devri yazılı şekilde yapılmak zorunda değildir. KHK m. 16/111 hükmü olmasaydı, herhangi bir şekil kuralına tabi olmayan devir sözleşmesinin akdedilmesine bağlı olarak, marka hakkının devredene geçmesi için markanın devrinin yazılı olması geçerlilik şartı olacaktı, **DURMAN**, s. 139; Yine bilindiği üzere, ticari işletmenin pasifleri devredilmeksizin sadece aktiflerinin devredilmesi durumunda, ticari işletmenin devri ve dolayısıyla devredenle devralanın müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayacağı için, ticari işletmenin pasifleri devredilmeyerek sadece ticari işletmenin malvarlığına dahil markalar da dahil olmak üzere tüm aktiflerinin devri, EBK m. 179 karşısında geçersizdir. Ancak bu durum pasifler devredilmeksizin, aktiflerin tamamının devredilmemesi kaydıyla markanın ticari işletmeden bağımsız devredilebilmesi olanağını ortadan kaldırmaz, **YASAMAN**, Marka, s. 688.

¹⁶² **TEKİNALP**, s. 15-16.

ması gerekirdi. TTK ile TMK arasında keskin çizgiler çizmek özel hukukun Roma Hukuku'ndan beri kabul edilen bütünlüğüne fayda sağlamaktan ziyade zarar verecektir.

*Kendigelen'e göre*¹⁶³, ekonomik bir bütün olarak ticari işletmenin devri söz konusu olduğuna göre, işletme aktiflerinin devralana geçiş anı ile TBK'da düzenlenen pasiflerin geçiş anı arasında da önemli zaman farkı ortaya çıkmaktadır. Aktiflerin mülkiyeti, her bir unsur için tasarruf işlemleri yapılmasına gerek kalmaksızın sözleşme ile geçebildiğine ve ticaret siciline tescilin kurucu olduğu da TTK 11/3'te vurgulanmadığına göre, aktif ve pasif unsurların devralana geçişi aynı anda olamayacaktır. Söz konusu zaman farkı, hem, TTK'nın kenar başlığını da oluşturan "Bütünlük İlkesi" ile bağdaşmamakta, hem aktif unsurların, belirli bir süreyle de olsa borçlan güvencesiz bırakılmasına yol açmaktadır. Böyle olunca, TTK. 11/3'ün birinci cümlesinin, İİK'daki iptal davalarına dair hükümlerle de uyumsuz olduğu söylenebilir.

*Kayıhan/Yasan'a*¹⁶⁴ göre, ticari işletmenin malvarlığında devredilmesi özelikle bağlanmış bulunan unsurlar mevcutsa devir için bu unsurların tabii oldukları şartlarına riayet edilmesi zorunludur. Örneğin taşınmazlar söz konusu ise bunun için mevzuatta öngörülen şekil kurallarına riayet edilmelidir. Yani tapu sicili memuru huzurunda resmi şekilde yapılması gerekir. Ayrıca işletmeye ait marka ve patent gibi maddi olmayan unsurların da devri için öngörülen şekil kurallarına riayet edilmelidir. Eğer ticari işletmenin devri Rekabetin Korunması Hakkında Kanun anlamında birleşme ve devir olarak nitelendirilebiliyorsa devredilen ya da alınan işletmelerin ilgili sektördeki toplam pay oranı %25'i aşması veya toplam yıllık ciroları 25 milyon TL'ye varması durumunda bu devrin geçerli olarak yapılabilmesi için Rekabet Kurulu'nun ayrıca izni gerekmektedir.

Aker'e göre, İsviçre ve Alman Hukuku'nda henüz pozitif hukuk düzenlemele-riyle somutlaşmamış olmasına rağmen TTK ile ticari işletmenin tek bir işlemle devri hususunda farklı bir çözüm benimsenmiştir. Bu düzenleme eşya hukuku kurallarıyla da uyum göstermemesine rağmen kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile ticari işletme sağlararası hukuki işlemle mülkiyetin nakli, kullandırma, teminat amaçlı taahhüt ve tasarruf işlemlerine bir hukuki küll olarak konu olabilecektir. Artık TBK m. 202 uyarınca nasıl devre dahil borçlar için kanun gereği külli intikal söz konusu ise devre dahil aktifler için de aksi öngörülmemişse kanun gereği külli intikal söz konusu olacaktır. Ancak ticari işletmeye dahil maddi veya maddi olmayan değerlerin sağlararası hukuki işlemle bir hukuki bütünlük olarak tek bir tasarruf işlemiyle devredilip devredilemeyeceği konusuna tereddütle yaklaşılmalıdır. Yazara göre bu düzenleme TTK ile TMK ve TBK arasındaki uyumu bozmakta ve karmaşık hukuki sorunlara sebep olmakta ve bu düzenlemeden beklenen faydanın aksine sonuçlar meydana getirecek mahiyettedir. Yazara göre, kanunun sonuç bağladığı devirden bahsedebilmek için ticari işletmeye dahil hangi malvarlığı değerlerinin devredilmesi gerektiği açık değildir. Ayrıca hükümde geçen "devir" kavramından hangi tür devirlerin anlaşılması gerektiği belli değildir. Yani mülkiyetin naklini hedefleyen devirler mi yoksa kullandırma amacı taşıyan devirler mi olduğu belli değildir¹⁶⁵. Yazara göre, hükümün lafzı hükmün kapsamı tayinde yetersiz kalmaktadır. Bir fıkrada birbirinden farklı birçok olgunun düzenlenmeye çalışılması önemli karışıklıklara sebep olacaktır¹⁶⁶. Ayrıca hüküm ticari işletmeyi genelde malvarlığının devri bakımından ele almış fakat işletmenin organizasyon cephesi

¹⁶³ **KENDİGELEN**, İlk Tespitler, s. 48-49.

¹⁶⁴ **KAYIHAN/YASAN**, s. 56.

¹⁶⁵ *Tekinalp'e göre* ise, kanunda geçen, "devir" ve "diğer hukuki işlemler"den kasıt, devir, kiralama, hasılat kirası, yönetim sözleşmesi, ticaret şirketiyle birleşme, ticaret şirketine dönüşme intifa hakkı kurma gibi işlemlerdir.

¹⁶⁶ **AKER**, s. 111-112.

ihmal edilmiştir. İster cüz'î ister külli intikal ile devredilsin organizasyon devredilmedikçe ticari işletme tam olarak devredilmiş olmaz. Hüküm hatalı biçimde sadece malvarlığı yönüyle dikkate alınmış ve bu kabul üzerine inşa edilmiştir¹⁶⁷. Yazara göre, kanun koyucu TTK m. 11/3 ile tek bir tasarruf işlemi ile devir sözleşmesine konu olan değerlerin intikalini düzenlemeden önce ticari işletmenin üzerinde tek bir mülkiyet kurulabilecek bir obje haline getirmesi gerekirdi. İsviçre Hukuku bu sorunu Birleşme Kanunu ile aşmıştır. Zira öncelikle şunu belirtelim ki, Birleşme Kanunu'nda bir ticari işletmenin devrinden değil bir malvarlığı devrinden hareket edilmektedir. Birleşme Kanunu 69/1 c. 1, ticaret siciline kayıtlı şirketler ile ticaret siciline kayıtlı şahıs işletmeleri malvarlıklarını veya bunun bir kısmını aktif ve pasifiyle birlikte başka özel hukuk tüzel kişilerine devredebilir düzenlemesiyle buna dikkat çekmektedir. Bu düzenlemeye göre, ticari işletme söz konusu olduğu durumlarda tacirin işletmeye tahsis etmiş olduğu malvarlığı değerleri devir bakımından malvarlığı olarak değerlendirilmektedir. İsviçre'de Birleşme Kanunu ile sıkı şekil şartları ile düzenleme altına alınan ve malvarlığı devri ve külli halefiyet sistemi, TTK m. 11/3'ün ticari işletmeyi hukuki bir bütün olarak ele alan yapısı tamamen farklılık arz etmektedir¹⁶⁸.

Ayhan/Özdamar/Çağlar'a göre¹⁶⁹, devrin kapsamına giren malvarlığı unsurları arasında devri özel şekle tabi olanlar var ise (örneğin, taşınmazlar, trafik siciline kayıtlı bir araç) bunlar için de özel şekil kuralları aranmamıştır. Borçlandırıcı nitelikte olan devir sözleşmesinin devredene, ticari işletmenin aktiflerini devir borcu yüklemektedir, ticari işletmenin aktiflerine dahil unsurların devralana geçebilmesi için taraflar arasında bir devir sözleşmesinin yapılması yeterli olacaktır. Bununla birlikte her aktif unsur için işin niteliğine göre tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi gerekmeyecektir. Ancak ilgili sicillerde gerekli değişikliklerin yapılması da sonraki işlemlerin yapılabilmesi için zorunludur.

Bahtiyar'a göre¹⁷⁰, bu hüküm, özellikle taşınmazları ve motorlu taşıt araçlarını da kapsayan bu haliyle, hem TTK'nın kendi içindeki bazı hükümlerle, hem Medeni Hukukun temel ilkeleri ve çeşitli özel kanunlar ile çelişmekte, hem de bazı uygulamaya sorunlarını beraberinde getirecek niteliktedir. TTK. 11/3'e göre, işletme faaliyetlerine özgülenmiş taşınmaz da dahil, ticari işletmenin bir bütün olarak bir ticaret şirketine devri için adi yazılı şekil yeterli olacaktır. Devir kapsamındaki unsurların devralana geçişi için ayrı ayrı tasarruf işlemleri yapılmasına da gerek kalmayacak, sözleşme ile birlikte, mülkiyet devralana geçmiş olacaktır¹⁷¹. Şu halde, devri kolaylaştırmak adına, aktiflerin de bir bütün halinde ve sözleşme ile toptan devredilmiş ve bu arada devir kapsamındaki taşınmazların, motorlu taşıt araçlarının ve fikri mülkiyet haklarının da

¹⁶⁷ AKER, s. 115.

¹⁶⁸ AKER, s. 117 ve dn. 361; Yazar ayrıca hükmün gerek TBK m. 202 gerekse bir ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesi veya bir ticaret şirketine dönüşmesini düzenleyen TTK m. 194 ile de uyumsuz olduğunu dile getirmektedir, s. 120; Özellikle TTK m. 194 ile uyumsuzluk hakkında bkz. MOROĞLU, E., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul 2007, s. 102-103;

¹⁶⁹ AYHAN, R./ÖZDAMAR, M./ÇAĞLAR, H., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011, s. 56 ve 58.

¹⁷⁰ BAHTİYAR, s. 3900-3903.

¹⁷¹ Borçlanma işlemi-tasarruf işlemi ayrımı, özel hukukun en temel kurallarından birisini oluşturmakta ve sadece borçlanma işlemi ile mülkiyetin devralana geçmesi mümkün olamamaktadır. Borçlanma işlemleri ile tasarruf işlemlerinin bir arada yapıldığı ve aralarındaki zaman farkının kalktığı -peşin para karşılığı teslim alınan mal veya elden bağışlama örneklerindeki gibi- sıklıkla görülebilmekte ise de, aslında, bu hallerde bile her iki işlemin peşpeşe gerçekleştiği kabul edilmektedir, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 45 vd.

ilgili özel sicillerinde bir işlem yapılmasına ve taşınırların zilyetliğinin nakledilmesine dahi gerek kalmaksızın devralana geçmiş sayılması mümkün kılınmıştır. Yazara göre, aktiflerin geçişi bakımından oldukça radikal böyle bir değişikliğin, uygulamada sakıncalar yaratabileceğini, Eşya ve Borçlar Hukuku'nun temel ilkeleri ile çelişeceğini ve özellikle tapu uygulamasında tereddütlere yol açacağını belirtmektedir. Örneğin devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, devir kapsamındaki bir taşınmazın tapuda devreden adına kayıtlı bulunmasına güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca¹⁷² korunacaktır. Bu durumda, işletmeyi devralanın menfaatleri ile, devir kapsamındaki bir unsur üzerinde iyiniyetle hak kazanan üçüncü kişinin menfaatleri açıkça çatışacaktır. Yazara göre, özellikle taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılma yollarına ve bunlara olanak tanıyan hükümlerin konuluş amaçlarına bakıldığında, TTK m. 11/3'ün ilk cümlesine kanunda yer verilmesini haklı kılan, özel ve üstün bir amaç yoktur. Sadece işletme devrini kolaylaştırmak için, özel hukukun en temel ilkelerinden sapılmasını veya yeni istisnalar öngörülmüş olmasını yerinde bulmamaktadır¹⁷³. Yazara göre, TTK m. 11/3'ün, İsviçre Hukukuna paralel şekilde, tapu sicilinin işlevleri ve aleniyet gereği, taşınmazlar için resmi şeklin gerekliliğine dair özel bir hüküm içermesi ve ticaret siciline yaptırılacak tescilin de, taşınmazlar dışındaki aktif unsurların mülkiyetinin devralana geçişi için kurucu nitelik taşıyacağı açıkça öngörmesi gerekirdi. Taşınmaz mülkiyetin devralana geçişi için genel hükümlere uygun olarak tapu sicilinde tescil şartı muhafaza edilmeli, fakat tapuda devralan adına işlemin yapılması kolaylaştırılmalıdır. Nitekim, taşınmazların ticaret şirketlerine sermaye konulmasında da tapu siciline tescilin gerekliliği vurgulanmış, fakat tapuda işlem yapılması kolaylaştırılmıştır (TTK m. 128/5 ve 6). Buna benzer bir kolaylık, ticari işletme devri kapsamındaki taşınmazların devralana geçişi bakımından da sağlanmalıdır¹⁷⁴.

¹⁷² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 200 vd; TTK. 11/3 kapsamında devredilen unsurlar arasında markanın yer alması halinde, devralan adına marka tescilinin yapılmaması bulunduğu dönemden dolayı, 556 Sayılı KHK'nın 16/son fıkrası uyarınca, yine, işletmeyi devralanın ile iyiniyetli üçüncü kişiler arasında menfaat çatışmaları gündeme gelebilecektir.

¹⁷³ Sadece bir taşınmazın dahi bir ticaret şirketine aynı sermaye, olarak taahhüt edilmesinden (TTK. 128/3) sonra, taahhüdün ifası yani taşınmaz mülkiyetinin şirkete geçebilmesi için, genel hükümlere uygun olarak tapu sicilinde şirket adına tescil yaptırılması gerekecektir (TTK. 128/5). TTK. 128/5 düzenlemesine paralel olarak, tescilin kolayca yaptırılabilmesini sağlamak için de, TTK. 128/6'da özel bir hüküm öngörülmüştür: Bu durumda, tek bir taşınmazın sermaye olarak şirkete devrinde dahi tapu siciline tescil zorunlu ve zaten kolaylaştırılmış bulunmasına rağmen, taşınmazlar dahil, aktife dahil tüm unsurları ile birlikte bir işletmenin devrinde örneğin (bir ticaret şirketine satılarak devredilmesinde), tapuda tescil dahi gerekmeksizin mülkiyet sözleşme ile geçmiş olacaktır. Böyle bir sonucun, TTK'nın kendi içerisinde bir çelişki mevcuttur. Benzer bir çelişki, motorlu taşıt araçları ve fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak taahhüt edilmesinden sonra, bunların ifasına ilişkin TTK. 128/6 ile, aynı unsurların bir işletme devri kapsamında devralana geçebilmesi için sadece adi yazılı şekilde sözleşmeyi yeterli sayan ve tasarruf işlemlerine gerek görmeyen TTK. 11/3 arasında da ortaya çıkmaktadır. Hatta, eski TTK. 285/II'ye paralel bir düzenleme getiren ve bu düzenlemeyi, tüm ticaret şirketlerine teşmil eden TTK. 128/4'te "...bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması halinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir" hükmüne verilecek anlama göre, aynı çelişki, taşınırlar açısından da gündeme gelecektir. Zira TTK. 128/4 hükmü, taşınır sermaye taahhütlerinde mülkiyetin şirkete geçişi için zilyetliğin naklini gerektirir biçimde yorumlandığı takdirde bu hüküm ile, TTK 11/3 'ün, sadece devir sözleşmesi ile, zilyetliğin nakline gerek de kalmaksızın mülkiyetin geçmesini öngören hükmü arasında izahı güç bir farklılık yaratılmış olacaktır, BAHTİYAR, s. 3903.

¹⁷⁴ BAHTİYAR, s. 3905.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılmasına yönelik TMK m. 705'e göre: "*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*"

Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikın tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır." Bu düzenlemeye göre, taşınmazın mülkiyeti tescilden önce de kazanılabilir. Böyle bir durumda tapu siciline tescil kurucu değil açıklayıcı bir etkiye sahip olacaktır¹⁷⁵. Ancak hemen belirtelim ki, bir kimse tescilden önce taşınmaz mülkiyetini kazansa dahi, o taşınmaz üzerinde tasarruf işlemleri yapabilmesi için mutlaka tapu siciline tescil gereklidir. Bunun için bu tür durumlarda nispi tescil ilkesi söz konusudur, diğer bir ifadeyle tescilin nispi etkisinden bahsedilir¹⁷⁶. Mülkiyetin tescilden önce kazanılması her ne kadar TMK m. 705'te düzenleniyor olsa da bunlarla sınırlı değildir. Daha sonra da üzerinde duracağımız tescilin bildirici etkisi mülkiyet hakkını kurucu bir etki değildir. Daha önce kurulmuş yani mevcut olan mülkiyet hakkını bildirici yani açıklayıcı niteliktedir. Açıklayıcı tescilde mülkiyet hakkı tapu sicilinden bağımsız olarak kazanılmıştır ama mülkiyet hakkının muhtevasında bulunan yetkilerden olan tasarruf yetkisi malik tarafından kullanılamamaktadır. Çünkü tapuda malik olarak gözükmemektedir. Tapu sicili aynı zamanda aleniyeti sağladığı için mülkiyet hakkını kazanan kişi bu hakkını tapuya tescil ettirmez ise mülkiyet hakkını muhafaza etmekle beraber tapuda şeklen malik olarak gözüken kişiden iyiniyetle mülkiyeti kazanan kişinin bu kazanımı TMK m. 1023 gereğince korunacaktır¹⁷⁷.

Kanaatimizce kanun koyucu TTK m. 11/3 ile yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmek istemiştir. Bu durum özellikle taşınmazlar bakımından büyük riskler taşımaktadır. Kanun koyucu gerçekten yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmek istiyorsa diğer tescilsiz iktisap halleri gibi açıkça ve ayrıntısıyla düzenlemesi gerekirdi. Özellikle tescilsiz iktisap durumunda iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ticari işletmeyi devralan kişiyi koruma altına alması gerekirdi. TTK m. 11/3 bu konuda tamamen muğlak bir yapı arz etmektedir. Bu nedenle ticari işletmenin devrindeki sürati artırırken ve bu konuda kolaylık sağlarken, devralan bakımından hukuki güvenliğin sağlanması gerekirdi. Bize göre, hukuki güvenlik ticaret hayatının gerekleri, ticari işletmenin devrindeki kolaylık ve süratten daha önemsiz değildir. Tamamen sürat ve kolaylığı hedef alan TTK m. 11/3 hükmü kontrolsüz ve hukuki güvenlikten yoksun bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticari hayatın süratli yürümesi ne kadar önemli ise kontrollü yürümesi de o derece önemlidir. Kontrolsüz sürat ve kolaycılık, güvensiz bir ticari ortam yaratabilir.

Kanaatimizce ilgili düzenleme ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek olmaksızın diğer bir ifadeyle gereksiz şekli formalitelerle uğraşmadan kolaylıkla ticari işletmelerin

¹⁷⁵ GÜRİSOY, K. T./EREN, F./CANSEL, E., Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s. 497; AYAN, Mülkiyet, s. 182-183.

¹⁷⁶ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 239-240; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 286; AYAN, s. 170, dn. 59; Tapuya kayıtlı olan taşınmazlar üzerinde devren aynı hak kazanımları, ancak ve ancak tapu kütüğüne yapılacak tescille gerçekleşir. Buna tescilin mutlaklığı ilkesi veya tescilin mutlak etkisi de denmektedir. Bu anlamda tescil, aynı hakları kurucu fonksiyona sahiptir. Tescilden önce iktisap hallerinde kazanılan aynı hak üzerinde tasarruf edebilmek (devretmek, sınırlandırmak, sona erdirmek ya da sınırlı aynı hak kurabilmek) için, yine tescil gerekmektedir. Bu durumda, sicil dışı kazanımlar bakımından nispi tescil ilkesi yani tescilin nisbi etkisi devreye girmektedir. Bu olasılıkta tescil açıklayıcı işlev görmektedir, ESENER/GÜVEN, s. 108; Ancak şunu belirtmek gerekir ki, tescil ister mutlak etki gösterebilir isterse nispi etki gösterebilir, bunların geçerli olabilmesi için mutlaka haklı bir sebebe dayanması gerekmektedir, CANSEL, E., Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s. 4 vd.

¹⁷⁷ EREN, F., Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 239; Ayrıca bkz. AYAN, Mülkiyet, s. 182.

devrini sağlamayı hedeflemektedir. Gerçekten de yapılan hukuki işlemlerde gerekli şekil kurallarına uymak bazen zaman kaybına ve masraflara sebep oluyor, ticari hayat-taki sürati ortadan kaldırıyor. Ancak şekil kurallarına uymanın vazgeçilmez yararları da vardır. Örneğin şekil kurallarına uymak özellikle ağır yükümlülükler getiren sözleşmelerde tarafları tekrar düşünmeye sevk etmek, taraf iradelerine aleniyet sağlamak ve ispat kolaylığı sağlamak bakımından oldukça önemlidir. TTK'ın ilgili düzenlemesi çok ağır yükümlülükler getiren devir sözleşmesini adi yazılı biçimde bir çırpıda halletme amacı taşımaktadır. Ancak çıkacak sorunlar hakkında hiçbir emniyet sistemi öngörmemektedir. Eğer ticaret siciline tescil ile sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğuracaksa bundan dolayı ortaya çıkacak bazı sorunlar kanaatimizce söyle aşılabılır: Gerek ticaret sicili teşkilatı gerekse tapu sicili (diğer sicillerde buna eklenebilir) teşkilatı eş zamanlı olarak koordineli biçimde hareket etmelidirler. Ticari işletmenin devrine ilişkin tescil ticaret siciline yapıldığı anda eş zamanlı olarak (ticaret siciline tescilden sonra değil) tapu siciline de tescil gerçekleştirilmelidir. Bu görev ticaret ve tapu sicili müdürlüklerinin görev alanı içine emredici kural olarak alınmalıdır. Dolayısıyla ticaret siciline tescilin kurucu etkisi ile tapuya yapılacak açıklayıcı tescilin eş zamanlı yapılması gerekir. Eğer gerekli önlemler alınmaz ise uygulamada büyük mağduriyetler oluşacaktır. Örneğin tarafların menfaat dengeleri korunamayacak, iyiniyetli üçüncü kişilerin hak kazanımları korunacak ve ticari işletmeyi devralan kişi bir anda ticari işletmeyi işletemeyecek hale gelebilecek, bu durum aynı zamanda ticari işletmenin devamlılığı ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Ayrıca uygulamada tapu memurları ticari işletmenin adi yazılı sözleşme ile devrini dayanak kabul edip tapuya açıklayıcı tescil yapmaktan kaçınacaklar, devredenle devralanı yine huzuruna davet edip bağımsız bir devir yapmak isteyeceklerdir. Bu durum özellikle devralan bakımından hem zaman kaybına hem de ekstra maliyete sebep olacaktır.

İsviçre Birleşme Kanunu, ticari işletmenin organizasyon cephesini ihmal etmiş olmasına ve ticari işletmenin malvarlığı cephesini öncelemiş bulunmasına rağmen devir sözleşmesinin şekli ve içeriği bakımından getirdiği ayrıntılı düzenlemeler ile emredici kurallar hukuki güvenlik korunmuştur. Ayrıca devir sözleşmesi ile beraber yapılması gereken envanter ile de belirlilik ilkesine riayet edilmiştir. Özellikle taşınmazlar bakımından muhafaza ettiği tescil ile de aleniyet ilkesini korumuştur. Alacaklıların ve çalışanların korunması açısından da önemli düzenlemeler içermektedir. Bu yönlerde Birleşme Kanunu bir fıkra halinde düzenlenen ve tüm sorunlarla başa çıkılabileceği düşünülen TTK m. 11/3'den oldukça ileri düzeydedir¹⁷⁸.

¹⁷⁸ AKER, s. 112-113, dn. 346; TTK birleşme, bölünme ve devralmaya ilişkin hükümler, İsviçre Birleşme Kanunu-FusG'den yararlanılarak kaleme alınmıştır. Ancak, TTK, FusG'den birçok noktada ayrılmaktadır. En önemlisi FusG m. 69-77 arasında düzenlenmiş olan malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin TTK'da yer almamasıdır. Bunun gerekçesi Kanun'un Genel Gerekçesinde açıklanmamış, sadece FusG'ye parlamentodaki müzakereler sırasında eklenen malvarlığı devrine ve milletlerarası özel hukuka ilişkin hükümlerin Kanun'a alınmadığı belirtilmiştir. Yeniden yapılandırma kurumlarını detaylı şekilde düzenleyen FusG hükümlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerinin detaylı şekilde, hatta neredeyse aynen TTK'ya alınmasına karşın, malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin alınmamasının nedeni belirsizdir. Kanun koyucunun bu yöntemi, şirketlerin yeniden yapılandırılmasına ilişkin yöntemler arasında almaması, başlıca iki nedene dayandırılabilir. *Durman*'a göre, kanun koyucu malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin TTK nda yer almaması gerektiğini düşünüyor olabilir. Oysa bu durumda TBK hükümlerinde yer alması gerekliydi, ancak TBK'nda da söz konusu düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu gerekçe yerinde değildir. Diğer bir neden Almanya'da malvarlığının devri hükümlerini düzenleyen BGB m. 419 hükmünün 1999 yılında yürürlükten kaldırılması ve 1994'te yürürlüğe giren Birleşme, Bölünme ve Tür Değiş-

f. Ticari İşletmenin Devri Sözleşmesi Bir Tasarruf Sözleşmesi midir?

Tasarruf sözleşmesi tasarruf edenin malvarlığındaki değerleri veya sözleşmeye konu olan şeyin doğrudan doğruya devralana geçişini sağlar. Bu nedenle de tasarruf sözleşmesini akdeden kişinin sözleşmeye konu olan hak veya malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Bu durum sözleşmenin geçerliliği için zorunlu bir unsurdur¹⁷⁹. Zira Roma hukukundan beri kabul edilen ilkeye göre hiç kimse tasarruf yetkisinin bulunmadığı bir hak üzerinde geçerli bir tasarrufta bulunamayacaktır.

Tekinalp'e göre, ticari işletmenin devri sözleşmesi tasarruf sözleşme niteliğindedir. Zira ticari işletmedeki devre konu olan değerlerin devrinin gerçekleşmesi için yazılı sözleşme yeterlidir. Böylece sözleşme kurulunca devre konu olan her şey tamamen devralana geçmiş olacaktır. Aynı ayrı tasarruf işlemlerine de gerek yoktur¹⁸⁰.

Kanaatimizce ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme tasarruf sözleşmesi hüviyetinde değildir. Bu sözleşme borçlandırıcı işlemdir. Zira devir sözleşmesi doğrudan ve kesin olarak devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ise tasarruf işlemi niteliğindedir. Devir sözleşmesi devre konu olan unsurların nakli hususunda devredene sadece borç yükler. Devralanın talebi bu taahhüdün yerine getirilmesinden ibarettir. Devir sözleşmesi kural olarak malvarlığı devrinin dayandığı temel ilişkinin bir unsuru olarak ortaya çıkar. Temel ilişki çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Örneğin satım, bağışlama, ortaklık sözleşmesi/nakit dışı sermaye taahhüdü gibi. Devir sözleşmesini tasarruf sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda bu sözleşmenin yapılma amacının, bir edimin taahhüt edilmesi değil, bir hakkın devrini sağlamaya yönelik olduğunu kabul etmemiz gerekir. Bu nedenle ticari işletmenin devri sözleşmesini topyekün tasarruf sözleşmesi olarak niteleyen görüşe katılmamaktayız. Aynı zamanda hemen belirtelim ki, devir sözleşmesinin tasarruf işlemi değil borçlandırıcı işlem olması görüşü İsviçre Hukuku'nda da ağırlıklı görüştür. Bizde bu görüşü paylaşmaktayız. Tasarruf sözleşmesi görüşünü savunan yazarlar devir sözleşmesini tasarruf işleminin ayrılmaz bir kısmı olarak değerlendirmektedirler. Bu görüşe göre, tasarruf işlemi iki unsurdan meydana gelmektedir: Devir sözleşmesi ve ticaret siciline tescil¹⁸¹.

Kanaatimizce tasarruf işlemlerini belli aşamalara ayrılabilceği düşüncesinden hareket edilecekse ticari işletmenin devrinin iki aşamada değil üç aşamada gerçekleşeceği kabul edilmelidir: **Birinci aşama** taraflar arasında yazılı biçimde yapılan devir sözleşmesi, **ikinci aşama** devreden ticaret sicilinden tescil talebi, **üçüncü aşama** ise

tırme Kanunu hükümlerinde malvarlığının devrine ilişkin düzenlemelerin bulunmaması olabilir. Alman hukukunda malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin artık mevzuatta yer almamasının örnek alınması da FusG nin malvarlığının devrine ilişkin hükümlerine TTK 'nda yer verilmemesinin gerekçesi olabilir. Her ne kadar TTK'nın Genel Gereğesininin 134-194. maddede hükümlerine ilişkin bölümünde şirketlerin birleşmeleri, bölünmeleri ve tür değiştirmelerine ilişkin hükümlerin ayrıntılı bir şekilde ve AT yönergelerine de uygun olarak düzenlendiği belirtilmişse de, AT yönergeleri de birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin düzenlemeler içerirken malvarlığının devrini de bu üç yeniden yapılandırma yönteminin yanında dördüncü bir yöntem olarak düzenlemiştir. Malvarlığının devrine ilişkin kuralların TTK hükümlerinde yer alması gereklidir. Böylece yeniden yapılandırma düzenlemeleri açısından kaynak Kanun ile en azından yöntemler açısından yeknesaklık sağlanacaktır, **DURMAN**, s. 134-135

¹⁷⁹ Alacağın temlik bakımından yapılan açıklamalar için bkz. **ARAL**, s. 94.

¹⁸⁰ **TEKİNALP**, s. 13-14; Aynı doğrultuda görüş için bkz. **ARKAN**, s. 42.

¹⁸¹ Devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğu yönündeki görüşün İsviçre'de azınlıkta kalan görüş olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1783 ve dn. 88'de belirtilen yazarlar.

ticaret sicil memurluğunun tescili yapması. Buna göre devir sözleşmesi tasarruf işleminin ilk aşamasını oluşturan bir niteliğe sahip olacaktır. Tasarruf işleminin tamamlanması, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ise ancak devreden talep ve ticaret siciline tescille mümkün olacaktır. Sadece devir sözleşmesi yapılmış olması, devralanın tescil talebinde bulunması için devredenden, ticaret siciline tescil için talepte bulunması sonucunu doğuracaktır. Devreden, tescil talebinde bulunup tescil işlemi gerçekleştirilmedikçe sözleşmeye konu olan unsurların devri gerçekleşmeyecektir.

Burada tartışılması gereken bir başka husus şudur: Ticari işletmenin devri ivazlı yapılırsa, karşı edim doğal olarak tasarruf işlemleri bakımından kendi hukuki prosedürüne tabi olacaktır. Ticari işletmenin devri karşılığında bir taşınmazın mülkiyetinin devredileceği durumlarda, ivaz olarak kararlaştırılan taşınmaz (lar) resmi şekilde ve tapuya tescil edilerek devredilecektir. Ancak bu şekilde ticari işletmesini devreden kişi ivazı elde edecektir. Halbuki ticari işletmesini devralan sırf TTK m. 11/3 gereğince, taşınmazları tapuya tescil olmaksızın tescilden önce iktisap edecektir. Yani devir sözleşmesiyle ticari işletmesini toptan devreden kişi ivazı almak için tapu memurunun önüne gidecektir. Uygulamada ticari işletmelerin büyük çoğunlukla ivazlı olarak devredildiği gerçeğini de nazara aldığımızda, devir sözleşmesinin tarafları arasında karşılıklı edimlerin devri hususunda farklı rejimlere tabi tutulmuş olacaktır. Bu da sözleşmelerde karşılıklı menfaatler dengesini zedeleyecektir. Ticari işletmesini elden çıkaran kişi ivazı elde edememe riski ile karşı karşıya kalacaktır. Bu nedenle kanaatimizce hukuk güvenliği ve sözleşmelerde menfaatin sağlanması için en azından taşınmazlar bakımından İsviçre Hukuku'ndaki gibi resmi şekil muhafaza edilebilir.

g. Ticari İşletmenin Eşya Hukukunda Geçerli Olan Belirlilik İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Ticari işletme, kendisini oluşturan malvarlığı unsurları ile bu unsurları bir arada tutan işletme organizasyonundan müteşekkil ekonomik bir bütünlüktür. Ticari işletme hukuk düzeninde karşılığı bulunan malvarlığı unsurlarından meydana gelmektedir. Bu nedenle ticari işletmeye ilişkin yapılacak nitelermeler ve değerlendirmelerde işletmenin maddi ve maddi olmayan unsurları baz alınmalıdır¹⁸². Ticari işletme bütün olarak nazara alındığında kendisi eşya hukuku bakımından mal veya eşya değildir. Ancak ticari işletmenin bir de malvarlığı cephesi yani işletmeye dahil maddi veya maddi olmayan unsurlar mevcuttur¹⁸³. Hemen şunu belirtelim ki, ticari işletmenin ekonomik bir bütünlük olarak eşya hukukunda bir karşılığının bulunmaması onun borçlandırıcı işlemlere konu olmayacağı anlamına gelmez¹⁸⁴. Bunun yanında ticari işletmenin bir bütün olarak borçlandırıcı işlemlere konu olabilmesi onun hukuki bir bütün olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Ancak hemen hatırlatalım ki, ticari işletmeyi bütün olarak konu alan işlemler sadece borçlandırıcı işlemlerdir. Dolayısı ile ticari işletmeler bir bütün olarak tasarruf işlemine (harcama işlemi) konu olmazlar. Tasarruf işlemlerinde geçerli olan belirlilik ve tahsis ilkesi ticari işletmeyi meydana getiren her bir unsurun ayrı olarak ve kendi türüne özgü devir şekillerine riayet edilerek tasarruf işlemine konu olması gerekir¹⁸⁵.

¹⁸² AKER, s. 93.

¹⁸³ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 172; KENDİGELEN, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 447; POROY/YASAMAN, s. 38.

¹⁸⁴ AKER, s. 94.

¹⁸⁵ ÖZEN, B., Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak Ticari İşletme, Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 707-708; Aker'e göre, ticari işletmenin maddi veya maddi olmayan unsurları ticari işletmenin gerek borçlandırıcı gerekse tasarruf işlemlerine konu olabilecek tek yönüdür, s. 294-295, dn. 281; Ticari işletme eşya hukuku bakımından üye-

Ticari işletmenin eşya hukuku ile ilişkisi ve onun karşısındaki durumu ancak belirlilik ilkesini ortaya koyarak sağlıklı bir zemine oturtulabilir. Belirlilik ilkesi tasarruf işleminin ve aynı hakkın konusunun belirlenmesiyle ilgilidir. Bu ilke aynı zamanda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ilişkisinin belirlenmesi açısından da önemlidir. Belirlilik ilkesine göre, üzerinde hakimiyet kurulacak şeyin belirli olması ve tasarruf işleminin konusunun kesin biçimde belirlenebilmesi gerekir. Üzerinde aynı hak kurulacak eşya önceden açıkça belirlenmiş olmalıdır¹⁸⁶. Çünkü aynı haklar ferden muayyen bir eşya veya hak üzerinde kurulur. Yani aynı hakların konusunu münferit, ferdileştirilmiş belirli bir eşya veya hak oluşturabilir¹⁸⁷. Aynı hakların gerek sayı gerek içerik gerekse tip olarak belirli olması bu haklara açıklık ve öngörülebilirlik kazandırmaktadır. Bu durum aynı hakları ileri sürülmesini ve bunlara riayet edilmesini sağlar. Aynı hakların mutlak olması üçüncü kişilerin hak sahibi ile eşya arasındaki ilişkiye müdahale etmeme yükümlülüğü yükler. Aynı haklar ne kadar az ise ve tipi ve içeriği ne kadar belirli ise üçüncü kişilerin onlara riayet etmesi o ölçüde kolay olur¹⁸⁸. Bir aynı hakkın kurulmasını ve devrini sağlayan işlemlerde ve özellikle tasarruf işlemi şamasında nesne üzerindeki aynı hakta tasarruf yetkisinin bulunması gerektiği için tasarruf işleminin konusunun hangi hak olduğunun belirli olması gerekir. Ayrıca devredilen her aynı hak için de niteliğine uygun ayrı bireysel işlemin de yapılması gerekir¹⁸⁹.

Eşya veya hak toplulukları bir bütün olarak aynı haklara konu olmazlar, sadece borçlandırıcı işlemlere konu olabilirler¹⁹⁰. Buna bağlı olarak mal ve hak toplulukları söz konusu olduğu durumlarda her bir işlemin konusu ve tabi olduğu hukuki rejimler bakımından önemli farklar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle eşya hukukundaki mal kavramı ile borçlar hukukundaki mal yani eşya kavramları aynı şeyi ifade etmez. Borçlar hukukundaki mal kavramının eşya hukukundakinden daha geniş bir içeriğe sahiptir¹⁹¹. Borçlar hukuku ile eşya hukuku arasında ortaya çıkan bu kapsam farkı konusu ticari işletme olan hukuki işlemlerde de ortaya çıkmaktadır. Bu farklılaşma borçlandırıcı işlemin konusu ile tasarruf işleminin konusunu birbirinden farklılaşmasına neden olmaktadır. Buna bağlı olarak ticari işletmeyi bütün halinde konu alan borçlandırıcı işlemler¹⁹² taraflarca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde oluşturulabilmektedir. Eşya hukukunun emredici karakteri ve belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak taraflar ticari işletmenin bütününe konu alan tek bir tasarruf işlemi yapma imkânına sahip değildir¹⁹³. Ortaya çıkan bu uyumsuzluk nedeniyle bazı yazarlar özellikle de işletmenin devri ba-

rinde tek bir aynı hak tesis edilebilecek bir eşya değildir, **HIRSCH, E. E.**, Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1939, s. 209-210; **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s. 174; **ACEMOĞLU**, s. 19-20.

¹⁸⁶ Bu ilke Roma Hukukundan beri kabul edilen ve yoğun eleştirilere maruz kalmasına rağmen aşlamamış bir ilkedir, **AKİPEK**, s. 34.

¹⁸⁷ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Eşya Hukuku, s. 12.

¹⁸⁸ **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 110; Ayrıca bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 22.

¹⁸⁹ **HATEMİ, H./AYBAY, A.**, Eşya Hukuku, İstanbul 2010, s. 26.

¹⁹⁰ **ARAL, F.**, "Topyekün Temlik", AÜHFD, C. 42, S.1-4, Yıl 1991-1992, s. 112.

¹⁹¹ **AKİPEK, J.**, Türk Eşya Hukuku, Aynı haklar, Birinci Kitap (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 2. Bası, Ankara 1972, s. 36; Bu farklılaşmanın nedeninin hukuki işlem güvenliği olduğu yönünde bkz. **AKER**, s. 99, dn. 296.

¹⁹² Eşya hukukunun, işletme hukukunun ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kaldığı ve Roma Hukuku'ndan kaynaklanan dogmatik engellerin aşılarak işletmenin tek bir tasarruf işlemiyle bir bütün olarak devrinin ve rehlinin sağlanabilmesi için tapu siciline benzer bir işletme sicilinin oluşturulması gerektiği konusunda bkz. **AKER**, s. 99, dn. 298 ve orada zikredilen yazarlar.

¹⁹³ **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s. 174; **POROY/YASAMAN**, s. 39; **ARICI**, s. 12.

kımından işletmenin hem “bütünlük” hem de “çokluk” olarak işlem görmesini ileri sürmüşlerdir¹⁹⁴.

İşletme maddi veya maddi olmayan unsurlar bakımından bir bütün olmakla birlikte işletmeye dahil olan her bir unsur aslında birbirinden bağımsızdır. İşletmenin üçüncü kişilere karşı korunmasında, örneğin satışın veya kirasında her hak kendi rejimine tabidir. İşletme ekonomik bir bütün olarak başkasına satıldığında, kiralandığında, bir ortaklığa sermaye olarak konulduğunda, üzerinde intifa hakkı tesis edildiğinde işletmeye dahil olan her unsur bu konuyu düzenleyen hükümlerle idare edilir. Pek tabidir ki, ticari işletmenin hukuki işlemlere konu olduğu durumlarda borçlar hukukunun ilkeleleriyle eşya hukukunun ilkeleri arasındaki ayırım önem kazanır¹⁹⁵.

Türk Hukuk Sistemi ticari işletme üzerinde bir mülkiyet hakkı ya da benzer bir hak tesis edebilecek nitelikte bir eşya ya da maddi olmayan bir hak olarak nitelendirilmesine izin vermemektedir. Alman Hukukunda da ticari işletme üzerinde mülkiyet hakkının tesis edilemeyeceği kabul edilmektedir. İşletme hakkın nedeniyle işletme üzerinde ortaya çıkan planlama ve karar verme yetkisi anlamındaki hâkimiyet yetkisi geniş anlamda mülkiyet veya ekonomik anlamda bir mülkiyet olarak nitelenebileceği belirtilmiştir. Buna bağlı olarak Alman doktrininde ticari işletme çerçevesinde mülkiyetin iki farklı görünümü olabileceği savunulmuştur. Birincisi işletenin işletmeye dahil olan unsurlar üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Bu konuda eşya hukukunun prensipleri rahatlıkla uygulama alanı bulur. İkincisi ise tek tek işletmeye dahil malvarlığının da üzerinde bunları da kapsayan kendine özgü bir hâkimiyet hakkıdır. Değişik malvarlığı unsurlarının ekonomik bir amaca tahsis edilmesi işletmenin eşya hukuku bakımından hukuki bir bütün oluşturmadığı Roma hukukundan beri kabul edilen bir ilkedir¹⁹⁶.

Malvarlığı bir kimsenin parasal değere sahip haklarının ve borçlarının bütünüdür. Bu nedenle malvarlığı hukuki bir bütündür. Malvarlığını meydana getiren hakların ve borçların içeriği daima değişebilir. Ancak malvarlığı daima bir bütün olarak kalır. Önemle belirtelim ki, malvarlığı bütünüyle bir hakkın konusu olamaz. Malvarlığının aktifinde çeşitli haklar yer almaktadır. Ancak bu hakların her birinin konusu başkadır. Bu nedenle bir kimse malvarlığı üzerinde tek bir hakka sahipmiş gibi değerlendirilemez. Bir kimse malvarlığına dahil unsurları bir başkasına devredebilir. Ancak devralan kişi devreden malvarlığı üzerinde tek bir hakka sahip olmaz. Devralan devre konu olan unsurların her birinin ayrı ayrı sahibi olur¹⁹⁷.

Ticari işletmenin malvarlığı unsurları ayrı tutulduğunda geriye ekonomik ve teknik bir organizasyon kalmaktadır. Ticari işletmenin bu organizasyon olgusundan hareket edilerek yapılacak tasarrufların hukuki niteliğini tespit etmek olanaksızdır. Bu nedenle ticari işletmeyi konu edinen borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri arasında gerekli ayırımı yapabilmek ve hukuki nitelemelerde bulunmak için işletmenin malvarlığı değerlerinden hareket etmek zorunludur¹⁹⁸.

¹⁹⁴ SCHÖNE, T., “Das rechtsgrundlos erlangte Unternehmen, Herausgabe oder Wertersatz?” ZGR, 2000, S. 1, s. 91-92 (AKER, s. 100’den naklen).

¹⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZSUNAY, E., Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, TTK m.11/2 Üzerinde Bir Araştırma, Ankara 1962, s. 5.

¹⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKER, s. 100, dn. 304 ve orada zikredilen yazarlar.

¹⁹⁷ TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik -Tapu Sicili-Mülkiyet, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1989, s. 3-4; AYİTER, s. 9 vd.

¹⁹⁸ AKER, s. 101.

Eşya hukuku bağlamında eşya, insanların ihtiyaçlarının gidermeye yarayan ictisabı mümkün, üzerlerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulmaya elverişli olan maddi mallardır¹⁹⁹. Ticari işletmenin kendisi maddi varlığa sahip olmadığı için bir eşya olarak nitelendirilemez²⁰⁰. TİRK ile ticari işletme üzerinde rehin kurulabilme imkanının mümkün olması, onun eşya olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla eşya hukuku bakımından *uno actu* tasarruflara konu olması sonucunu da doğurmayacaktır²⁰¹. Ticari işletme eşya hukuku bakımından bir bileşik eşya olmadığı gibi tam olarak bir eşya birliği²⁰² de değildir. *Hirsch*'e göre ticari işletme bir "*hukuki kül*"dür. Yazar bunun birçok haktan oluşan bir mal topluluğu olduğunu belirtmektedir. Hukukta buna mamelek dendiğini ve mamelekte önemli olan şeyin bir takım eşyaların bir araya getirilmesi değil muhtelif konular üzerindeki hakların bir araya getirilmiş olmasıdır. Yazara göre, "*temlike ait taahhüt ve borçların kül halinde ifası kabil değildir*"²⁰³. Sonuç olarak ticari işletmelerin "*eşya ve hak topluluğu*"²⁰⁴ olduğu sonucuna varılabilir. Ticari işletme mülkiyeti devir amacı taşıyan taahhüt işlemleri bakımından borçlar ve eşya hukuku prensiplerine uygun olarak ekonomik bir bütünlük muamelesi görünürken, aynı amaca yönelik tasarruf işlemleri açısından ise ne ekonomik ne de hukuken bir kül kabul edilmektedir²⁰⁵. Ancak şunu belirtelim ki, bu kurala kanunlarımızda bazı istisnalar getirilmiştir (TBK m. 202, TTK 153/1, 179/4, 194/1-3). TTK m. 11/3 ile de bu kurala esaslı bir istisna getirilmiştir²⁰⁶.

Alman Federal Mahkemesi bir kararında²⁰⁷ ticari işletmelerin mal ve hak topluluğu olduğu işletmenin hukuki ve ekonomik mevcudiyetinin mülkiyet hakkı çerçevesinde korunması gerektiğini ortaya koymuştur. Mahkeme bu kararında, ticari işletmenin haklar, mallar ve diğer değerlerin ictisadi birliği olduğunu, ticari işletmenin sebep-siz zenginleşme çerçevesinde iade talebine konu olması durumunda işletmenin kendisinin değil, işletmeye dahil mallar ile hakların iadesinin talep edilebileceği yönünde kanaate ulaşmıştır.

h. Ticari İşletmenin Devri ile Sözleşmelerin Devri Arasındaki İlişki

aa. Genel Olarak Sözleşmenin Devri

TBK m. 205'e göre, "*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.*

¹⁹⁹ AKİPEK, s. 32; Eşya kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 4 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Eşya Hukuku, s. 19-20; ESENER/GÜVEN, s. 37-38; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 62 vd.; AYAN, s. 14 vd.; HATEMİ/AYBAY, s. 12-13.

²⁰⁰ AKER, s. 101.

²⁰¹ ARICI, s. 13.

²⁰² Eşya birliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 9-10.

²⁰³ HIRSCH, s. 210-211, 215.

²⁰⁴ Ancak hemen belirtelim ki, eşya topluluğu hukuki bakımdan tek bir maddi varlığa sahip olmadığı için başlı başına ve tek bir mülkiyet hakkına konu olmazlar. Aynı şekilde hak toplulukları da bireysel olarak mülkiyet hakkına konu olmazlar, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Eşya Hukuku, s. 475.

²⁰⁵ ACEMOĞLU, s. 20; AKER, s. 106 ve dn. 324'te zikredilen yazarlar.

²⁰⁶ AKER, s. 108; Yazar ilgili hükmün sadece taahhüt işlemlerini kapsayacak biçimde yeniden düzenlenmesini önermektedir, s. 122.

²⁰⁷ BGHZ 7, 208, 211, Karar için bkz. AKER, s. 106.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafta önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.

Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır”.

İşletmeyi devralan, aslında işletmede yürütülen faaliyeti devraldığı ve çoğu zaman bu faaliyeti sürdürmek istediği için, işletmede yürütülen faaliyet çerçevesinde devir öncesi akdedilmiş bulunan sözleşmelerin devri de bu anlamda devralan açısından önem taşımaktadır²⁰⁸. Bu durum çoğu kere sözleşmenin devreden haricindeki tarafın olan üçüncü kişinin de lehine olabilir; zira sözleşmenin tarafı olan devreden yokluğu nedeniyle sözleşmenin devamı olanağı son bulmuş olabilir²⁰⁹.

EBK’nda sözleşmenin devrine ilişkin bir düzenleme yoktu. Aynı doğrultuda EBK m. 179’da da bu konuda hüküm bulunmamaktaydı. Ancak sözleşmenin devri, Borçlar Hukuku’nun genel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca olanaklıydı²¹⁰. Sözleşmenin devri bir tasarrufi işlemdir ve sözleşmenin içeriği değişmeksizin, bir bütün olarak tüm hak ve borçlarıyla sözleşme ilişkisi devredilir. Bu anlamda sözleşmenin devrinde tek değişiklik tarafın değişmesidir. Bu devir üç taraflı, devreden devralan ve sözleşmenin halihazır karşı tarafı arasında kendine özgü bir sözleşme ile gerçekleşir²¹¹. Sözleşmenin devri TBK m. 205’de, “*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.*” şeklinde düzenlenmiştir²¹². Sözleşmenin devri, geniş anlamda borç ilişkisinin bir tarafını oluşturan kişinin bu sıfatını sözleşme ile bir başkasına devretmesidir. Sözleşmenin devrinde, sözleşme taraflarından biri sözleşme ilişki-

²⁰⁸ ARICI, s. 125 vd.

²⁰⁹ ARICI, s. 126.

²¹⁰ ARICI, s. 126; Ancak hemen belirtelim ki, sözleşmenin devrine ilişkin Devlet İhale Kanunu m. 66 ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nu m. 16’da hüküm mevcuttu.

²¹¹ AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 53, 97; ARICI, s. 128-129.

²¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **BUCHER**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988, s. 592; **SCHWENZER**, I, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete Auflage, Bern 2006, s. 569-570; **GAUCH, P./SCHLUEP, W. R./SCHMID, J./REY, H./EMMENEGGER, S.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 269-270; **HUGUENIN, C.**, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3., überarbeitete Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 226; **FURRER, A./MÜLLER-CHEN, M.**, Obligationenrecht-Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 645; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt 2, s. 598; **KILIÇOĞLU**, s. 801; **AYRANCI**, s. 33-35; **NOMER, H. N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul 2012, s. 339; Sözleşmenin devri iradi veya yasal devir şeklinde gerçekleşebilir. İradi devirde taraflar anlaşarak geniş anlamda borç ilişkisinin üçüncü bir kişiye devrederler. Yasal devirde ise sözleşmenin devri kanun gereği kendiliğinden gerçekleşmektedir. Örneğin kira sözleşmesinde kiralananın devri sözleşmenin devri sonucunu doğurmaktadır (TBK m. 310). Bunun yanında şerh edilmiş bazı kişisel haklarda sözleşme konusu taşınmazın devri sözleşmenin devri sonucunu doğurmaktadır. Örneğin, sözleşmeden doğan önalım hakkı tapuya şerh verildiğinde, sözleşmeye konu taşınmazın devri sözleşmenin devri sonucunu doğurmakta ve önalım hakkı sahibi, bu hakkını yeni malike karşı kullanmaktadır.

sinden çıkmakta, onun yerine üçüncü bir kişi sözleşme ilişkisine bütün hak ve borçları ile taraf olmaktadır²¹³.

Sözleşmenin devri üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir²¹⁴. Devir sözleşmesinin hüküm ifade etmesi, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın anlaşmasına bağlıdır. Devir sözleşmesinin yapılmasıyla sözleşmeyi devreden taraf olma sıfatı sona ermekte olduğundan, bu işlem devreden açısından tasarruf işlemi niteliğindedir²¹⁵. Devralan bakımından ise edindiği haklar bakımından kazandırıcı işlem, üstlendiği borçlar bakımından ise borçlandırıcı işlemdir²¹⁶. Sözleşmede kalan bakımından ise devir sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir²¹⁷.

bb. Sözleşmenin Devrinin Koşulları

Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için öncelikle geçerli bir borç ilişkisinin bulunması zorunludur²¹⁸. Sözleşmenin devrinin geçerli olabilmesi için devredilebilir nitelikte bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. Kural olarak bütün sözleşmeler devredilebilir. Ancak bazı hallerde bir sözleşme ilişkisindeki edimler ancak belli kişiler tarafından ifa edilebilecek nitelikte olup, bu tür sözleşmelerin bu nitelikleri taşımayan bir kişiye devri mümkün değildir. Örneğin, bir avukatlık hizmetine konu olan vekâlet sözleşmesi avukat olmayan bir kimseye devredilemez. Bu gibi hallerde devir sözleşmesi yapılsa bile geçerli olmaz ve devreden taraf sıfatı sona ermez²¹⁹. Devir sözleşmesinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Buna göre, asıl sözleşmenin geçerliliği kanunen şekle bağlı ise, devir sözleşmesinin de geçerliliği aynı şekle bağlı olarak yapılması gerekir. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin üçüncü bir kişiye devri halinde, devir sözleşmesinin de asıl sözleşme gibi noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Ancak asıl sözleşmenin geçerliliği şekle bağlı olmamakla birlikte taraflar sözleşmeyi iradî şekle bağlı kılmışlarsa, bu halde devir sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değildir²²⁰. Sözleşmenin devri üç taraflı bir sözleşme olmakla birlikte, devir sözleşmesinin her üç tarafın aynı anda katılımıyla yapılması zorunlu değildir. Sözleşmede kalan taraf, sözleşmenin devrine önceden izin verebileceği gibi devreden devralan arasında yapılmış sözleşmeye sonradan onay da verebilir. Bu halde devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için her üç tarafında rızasının birebir uyuşmasına bağlıdır²²¹.

cc. Sözleşmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları

Devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılmasıyla, devreden taraf sıfatı sona erer ve devralan sözleşmeye taraf olur²²². Sözleşmenin devrinde sözleşme hükümlerinde değişiklik olmaz, sadece geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı değişir. Devralan, sözleşmeye bütün hak ve borçlarıyla birlikte sahip olur²²³. Sözleşmenin devrinde önce borca aykırılık söz konusuysa, sözleşmeyi devralan borca aykırılıktan doğan tazminat-

²¹³ BUCHER, s. 592; OĞUZMAN/ÖZ, s. 598; AYRANCI, s. 33-34.

²¹⁴ HUGUENIN, s. 227; AYRANCI, s. 53; OĞUZMAN/ÖZ, s. 599;

²¹⁵ AYRANCI, s. 67; KILIÇOĞLU, s. 802.

²¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 599.

²¹⁷ AYRANCI, s. 67.

²¹⁸ AYRANCI, s. 92; KILIÇOĞLU, s. 802.

²¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 601; KILIÇOĞLU, s. 802.

²²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 599.

²²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 599; KILIÇOĞLU, s. 802; AYRANCI, s. 97.

²²² KILIÇOĞLU, s. 802; AYRANCI, s. 116 vd.

²²³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 602; AYRANCI, s. 116 vd.; KILIÇOĞLU, s. 802.

lardan da sorumlu olur. Aynı şekilde sözleşmeyi devreden tazminat alacaklısı ile devralan borç ilişkisine taraf olmakla tazminatların da alacaklısı haline gelir²²⁴. Devir sözleşmesinin hüküm ifade etmesi devredilen borç ilişkisinin geçerli olmasına bağlı olduğundan, geçerli olmayan veya sona ermiş bir sözleşmenin devri, konunun imkânsız olmasından dolayı kesin hükümsüzdür²²⁵.

dd. TTK 11/3 Bakımından Sözleşmenin Devrinin Değerlendirilmesi

TTK m. 11/3, ticari işletmenin devrine bağlı olarak sözleşmelerin de devredilmiş olup olmayacağına ilişkin açık bir hüküm içermemektedir. Sadece “*Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur*” şeklindeki düzenlemede kiracılık hakkından bahsederek dolaylı olarak sözleşmelerin devrine değinmiştir. Ancak hemen şunu belirtelim ki, sözleşmenin devrine yönelik TBK’da önemli düzenlemeler getirilmiştir.

Bu hükmü ticari işletmeye uyarladığımızda, ticari işletmenin devrine bağlı olarak o ticari işletmenin taraf olduğu sözleşmeler ancak devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafından yapılan bir sözleşme devri ile gerçekleşebilir. Böylelikle ticari işletmeyi devreden kişi taraf sıfatını devralana terk etmiş olur. Böylelikle o sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar sözleşmenin devri anlaşmasıyla ticari işletmeyi devralana geçer. Sözleşmenin devrine yönelen anlaşmaya, sözleşmede kalan taraf önceden izin verebileceği gibi sonradan onay da verebilir. Eğer sözleşmenin devrinin geçerli olması bekleniyorsa, sözleşmenin devrinin de devredilen sözleşmenin şeklinde yapılması gerekir. Bu açıklamalar ışığında ticari işletmenin taraf olduğu bir sözleşme, o işletmenin devredilmesiyle birlikte kendiliğinden geçmemekte ya devir için önceden izin alınması ya da en azından sonradan onay alınması gerekir.

TTK m. 11/3’ün düzenlemesi ile normalde işletmenin devri ile beraber sözleşmelerinde ayrıca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden geçmesi gerekir. Ancak bu düzenleme sadece TBK m. 205 ile değil aynı zamanda TBK m. 322, 323, 429 ile de açıkça çelişmektedir. TBK m. 322 düzenlemesine göre, kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez. Ayrıca TBK m. 323’e göre de, kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Diğer taraftan TBK m. 429’a göre de, hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Bu açık hükümler karşısında TTK m. 11/3 uygulanabilir bir hüküm değildir.

Aynı anda yürürlüğe giren TBK ve TTK hükümleri arasındaki bu açık çelişkinin nasıl giderileceği de oldukça karmaşık bir durum arz etmektedir. İsviçre birleşme Kanununda sözleşmenin devrine ilişkin açık düzenleme yoktu. Aslında İBK’da bizdeki TBK m. 205 şeklinde bir düzenleme de yoktur. Bu nedenle İsviçre doktrininde sözleşmelerin kendiliğinden devredilebileceği bazı yazarlarca savunulabilmektedir. Gerçi İsviçre doktrininde de ağırlıklı görüş sözleşmelerin kendiliğinden devrinin mümkün olmadığı yönündedir. TBK’da açık hükümlerin bulunması karşısında bizim hukukumuzda açıkça sözleşmelerin kendiliğinde devrinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir.

TTK m. 11/3’ün düzenlemesinden eğer sözleşme kurulurken devredilemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm sözleşmeye konmaz ise o sözleşme kendiliğinden devredilmiş olacaktır. Ancak bu durum borçlar hukukunun en temel prensibi olan sözleşme

²²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 603.

²²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 603.

serbestisi ilkesine aykırıdır. Hiç kimse tarafını seçmediği ve ticari işletmenin devri ile akdi bir ilişkiye girmek durumunda kaldığı kişi ile o sözleşmeyi yürütmeye zorlanamaz. Bu nedenle kanaatimizce ticari işletmenin taraf olduğu sözleşmelerde ticari işletmenin devri ile birlikte sözleşme kendiliğinden devredilmiş olmayacak, devreden taraf sıfatını muhafaza edecektir. Diğer taraftan ticari işletmenin devri, devreden o sözleşme ilişkisinden kurtulma amacını taşıdığı şeklinde yorumlanarak, sözleşmede kalan tarafça gerekli hukuki imkanlara başvuru imkanını doğuracaktır. Nihai olarak sözleşmede kalan taraf devredilen kişi ile bu sözleşmeyi devam ettirmek istemiyorsa haklı olarak o sözleşmeyi sonlandırma hakkına sahip olacaktır. Bu durumda da yine sözleşmeyi devredene karşı hukuki yollara başvuracaktır.

V. SONUÇ ve ÖNERİLER

1- TTK'nın, özel hukukun temelini oluşturan ve Roma Hukuku'ndan günümüze kadar gelen ilkelere dayanarak oluşan hukuk kültür mirası ile çelişkili hükümleri, Ticaret hukukunu bağımsızlaştırmaktan ziyade özel hukukun bütünlüğü ile olan bağlarını zayıflatmaktadır. Diğer taraftan eğer TTK, TMK'nın ayrılmaz bir parçası ise, ana düzenleme olan gerek TMK ile gerekse TBK ile çelişki içinde değil uyum içinde olması gerekirdi. TTK ile TMK arasında keskin çizgiler çizmek özel hukukun Roma Hukuku'ndan beri kabul edilen bütünlüğüne fayda sağlamaktan ziyade zarar verecektir.

2- Kanun koyucu TTK m. 11/3 ile yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmek istemiştir. Bu durum özellikle taşınmazlar bakımından büyük riskler taşımaktadır. Kanun koyucu gerçekten yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmek istiyorsa diğer tescilsiz iktisap halleri gibi açıkça ve ayrıntısıyla düzenlemesi gerekirdi. Özellikle tescilsiz iktisap durumunda iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ticari işletmeyi devralan kişiyi koruma altına alması gerekirdi. TTK m. 11/3 bu konuda tamamen belirsiz bir yapı arz etmektedir. Bu nedenle ticari işletmenin devrindeki süratini artırırken ve bu konuda kolaylık sağlarken, devralan bakımından hukuki güvenliğin sağlanması gerekirdi. Zira hukuki güvenlik ticaret hayatının gerekleri, ticari işletmenin devrindeki kolaylık ve süratten daha önemsiz değildir. Tamamen sürat ve kolaylığı hedef alan TTK m. 11/3 hükmü kontrolsüz ve hukuki güvenlikten yoksun bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticari hayatın süratli yürütmesi ne kadar önemli ise kontrollü yürütmesi de o derece önemlidir. Kontrolsüz sürat ve kolaylık, güvensiz bir ticari ortam yaratabilir.

3- Ticari işletmenin devri sözleşmesi tıpkı İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi adi yazılı şekle tâbi olduğu ve bu şekil geçerlilik şekli olduğu kabul edilmelidir. TBK m. 14'e göre, kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer. Bünyesi uyduğu ölçüde TBK m. 14'de belirtilen ve yazılı şekil yerine geçen bu hallerde de ticari işletmenin devri mümkün kabul edilmelidir.

4- TTK m.11/3, TİRK ile özellikle şekil konusunda çelişkilidir. Kanun koyucu bir kurumun şartlarını ve sonuçlarını tamamen düzenlemişse bunun dışında kalan hallerde menfi çözüm biçimini benimsemiş sayılır. Bu nedenle kanun koyucu TİRK gibi özel bir kanunda rehne ilişkin etraflıca düzenlemeler mevcutken, bu kanunun yapısına bir müdahalede bulunmamıştır. Dolayısıyla ticari işletmenin bütününe ilgilendiren rehin sözleşmeleri resmi şekilde yapılmaya devam edecektir. Rehin konusunda ayrı bir düzenleme getirilene kadar uygulamada kargaşaya neden olmamak için TTK m. 11/3'ün bu şekilde yorumlanması gerekir. Bu konudaki çelişkiler daha sonraki kanuni düzenlemeler ile iki şekilde giderilebilir: Birincisi, İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi, şekil konusunda sadece taşınmazların mülkiyetinin devri hususunda resmi şekil kuralı kabul edilip, işletmeyi bir bütün halinde konu alan tüm diğer hallerin adi yazılı şekilde yapılacağı kuralını benimsemek; ikincisi TTK m. 11/3'ün gerekçesine uygun olarak TİRK'nda değişikliğe gidilerek onun da adi yazılı şekilde yapılması sağlamaktır.

5- TTK m. 11/3, TİRK'nun uygulama alanının genişletecek ve ticari işletmenin bütününe konu alan rehin tesisinin de gelecekte önünü açabilecek tehlikeler içermektedir. Zira TTK m. 11'in gerekçesinde istikrarlı olarak ticari işletme rehnine gönderme yapılması bu ihtimali güçlendirmektedir.

6- TTK 11/3 ile getirilen düzenlemeler, TTK'nın şekil kurallarına ilişkin diğer hükümleriyle çelişki içindedir. Şöyle ki, TTK. 11/3 uyarınca, işletme faaliyetlerine özgülenmiş taşınmazda dahil, ticari işletmenin bir bütün olarak bir ticaret şirketine devri için adi yazılı şekil yeterli olacaktır. Ancak sadece taşınmazın aynı şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edilmesinde, TTK. 128/3'e göre, taahhüdün şirket sözleşmesinde bulunması yeterli görülecek, genel hükümler uyarınca resmi şekil aranmayacaktır. Bununla birlikte, ETK'da olduğu gibi, TTK'da da, ticaret şirketlerinin sözleşmeleri zaten yazılı şekil yanında imzaların noter onayına bağlanmış bulunmaktadır (TTK m. 212/1, 305/1, 339/1, 566/1, 575/1). Şu halde, tek bir taşınmazın sermaye olarak konulması taahhüdüne oranla daha kapsamlı olan ve o taşınmaz da dahil işletmenin tüm aktiflerinin devrini öngören bir sözleşmede, daha hafif ve noter onayına kıyasla üçüncü kişiler yönünden daha güvensiz bir şekil yeterli sayılmıyacaktır. Ayrıca taahhütlerinin ifa şekli (tasarruf işlemleri) bakımından da çelişkiler mevcuttur.

7- TTK m. 11/3'e göre ticaret siciline tescil tıpkı İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu kurucu etkiye sahiptir. Zira ticari işletmenin devri sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, yani sözleşmede yer alan malvarlığı değerlerinin devralana geçmesi için tescilin yapılması gerekir. Her ne kadar TTK m. 11'in lafzından tescilin kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu tam anlaşılmıyor ise de kanun koyucunun amacının tescile kurucu fonksiyon yüklemek istediği açıktır. Ancak burada asıl sorun tescile kurucu fonksiyon yüklenebilmesi için ilgili düzenlemenin en azından Kanun ile getirilmiş olması gerekir. Burada şu soru sorulmalıdır: Yönetmelik ile ticaret siciline kurucu fonksiyon yüklenebilir mi? İsviçre Borçlar Kanunu'nda ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir ama bu etki bir kanun ile ortaya konmuştur. Bu kanun İsviçre Birleşme Kanunu'dur. Türk Hukuku'nda ise tescile kurucu fonksiyon yüklemek bir Yönetmelik ile getirilmek istenmektedir. Ticaret Siciline tescil TTK sistematığı içinde kural olarak zaten açıklayıcı bir role sahipken, buna önemli bir istisna getirip kurucu rol verilmesi bir yere kadar anlaşılabilir de bunun TTK'nda açıkça belirtilmesi gerekirdi. TTK'da belirtmeyip bu eksikliği Yönetmelik ile gidermeye çalışmak birçok sorunu da beraberinde getirecek niteliktedir.

8- TBK m. 202, TTK m. 35 ve 36 nazara alındığında açıkça anlaşıldığı gibi devralanın bildirim veya ilan yapması borçlardan sorumluluk bakımından önemli bir etkiye sahiptir. Yani bildirim veya ilan üçüncü kişiler bakımından hukuki sonuçların doğması açısından belirleyici olup, devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından kurucu bir etkiye sahip değildir. TTK m. 11/3'ün ifadesi oldukça yanıltıcıdır. Diğer taraftan ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme kurulduktan sonra tescil talebinin devreden gerçekleştirilecektir. Halbuki bildirim ve ilan davralan tarafından gerçekleştirilecektir. İsviçre Hukuku'nda ise, ilân ile birlikte tescilin hükümleri üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (İBK m. 932/II, 933/I). İlân dış ilişkide ilân tarihini takip eden iş günü hüküm ifade eder (İBK m. 932/II). Aktiflerin ve pasiflerin devralana geçişi, ticaret siciline tescil ile birlikte kendiliğinden gerçekleşir (FusG Art. 73/II).

9- TTK m. 11/3 Eşya hukukunun belirlilik ilkesiyle çelişmektedir. Belirlilik ilkesi tasarruf işleminin ve aynı hakkın konusunun belirlenmesiyle ilgilidir. Bu ilke aynı zamanda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ilişkisinin belirlenmesi açısından da önemlidir. Belirlilik ilkesine göre, üzerinde hakimiyet kurulacak şeyin belirli olması ve tasarruf işleminin konusunun kesin biçimde belirlenebilmesi gerekir. Üzerinde aynı hak kurulacak eşya önceden açıkça belirlenmiş olmalıdır. Çünkü aynı haklar ferden muayyen bir eşya veya hak üzerinde kurulur. Yani aynı hakların konusunu münferit, ferdileştirilmiş belirli bir eşya veya hak oluşturabilir. Bir aynı hakkın kurulmasını ve devrini

sağlayan işlemlerde ve özellikle tasarruf işlemi aşamasında nesne üzerindeki aynı hakta tasarruf yetkisinin bulunması gerektiği için tasarruf işleminin konusunun hangi hak olduğunun belirli olması gerekir. Ayrıca devredilen her aynı hak için de niteliğine uygun ayrı bireysel işlemin de yapılması gerekir. Eşya veya hak toplulukları bir bütün olarak aynı haklara konu olmazlar, sadece borçlandırıcı işlemlere konu olabilirler. Eşya hukukunun emredici karakteri ve belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak taraflar ticari işletmenin bütününe konu alan tek bir tasarruf işlemi yapma imkânına sahip değildir. Malvarlığının aktifinde çeşitli haklar yer almaktadır. Ancak bu hakların her birinin konusu başkadır. Bu nedenle bir kimse malvarlığı üzerinde tek bir hakta sahipmiş gibi değerlendirilemez. Bir kimse malvarlığına dahil unsurları bir başkasına devredebilir. Ancak devralan kişi devreden malvarlığı üzerinde tek bir hakta sahip olmaz. Devralan devre konu olan unsurların her birinin ayrı ayrı sahibi olur. Ticari işletmenin kendisi maddi varlığa sahip olmadığı için bir eşya olarak nitelendirilemez. TİRK ile ticari işletme üzerinde rehin kurulabilme imkanının mümkün olması, onun eşya olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaz. Ticari işletme eşya hukuku bakımından bir bileşik eşya olmadığı gibi tam olarak bir eşya birliği de değildir. Ticari işletme bir eşya ve hak topluluğudur. Ticari işletme mülkiyeti devir amacı taşıyan taahhüt işlemleri bakımından borçlar ve eşya hukuku prensiplerine uygun olarak ekonomik bir bütünlük muamelesi görünürken, aynı amaca yönelen tasarruf işlemleri açısından ise ne ekonomik ne de hukuki bir küll kabul edilmektedir.

10- TTK m. 11/3 ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek olmaksızın diğer bir ifadeyle gereksiz şekli formalitelerle uğraşmadan kolaylıkla ticari işletmelerin devrini sağlamayı hedeflemektedir. TTK'nın ilgili düzenlemesi çok ağır yükümlülükler getiren devir sözleşmesini adi yazılı biçimde bir çırpıda halletme amacı taşımaktadır. Ancak çıkacak sorunlar hakkında hiçbir emniyet sistemi öngörmemektedir. Ortaya çıkacak sorunların minimuma düşürülmesi için gerek ticaret sicili teşkilatı gerekse tapu sicili (diğer sicillerde buna eklenebilir) teşkilatı eş zamanlı olarak koordineli biçimde hareket etmelidirler. Ticari işletmenin devrine ilişkin tescil ticaret siciline yapıldığı anda eş zamanlı olarak (ticaret siciline tescilden sonra değil) tapu siciline de tescil gerçekleştirilmelidir. Bu görev ticaret ve tapu sicili müdürlüklerinin görev alanı içine emredici kural olarak alınmalıdır. Dolayısıyla ticaret siciline tescilin kurucu etkisi ile tapuya yapılacak açıklayıcı tescilin eş zamanlı yapılması mümkün hale gelecektir. Aksi halde iyiniyetli üçüncü kişiler hak kazanımları korunacak ve ticari işletmeyi devralan kişi bir anda ticari işletmeyi işletemeyecek hale gelebilecek, bu durum aynı zamanda ticari işletmenin devamlılığı ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Ayrıca uygulamada tapu memurları ticari işletmenin adi yazılı sözleşme ile devrini dayanak kabul edip tapuya açıklayıcı tescil yapmaktan kaçınacaklar, devredenle devralanı yine huzuruna davet edip bağımsız bir devir yapmak isteyeceklerdir. Bu durum özellikle devralan bakımından hem zaman kaybına hem de ekstra maliyete sebep olacaktır.

11- Ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme tasarruf sözleşmesi niteliğinde değildir. Bu sözleşme borçlandırıcı işlemidir. Zira devir sözleşmesi doğrudan ve kesin olarak devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ise tasarruf işlemi niteliğindedir. Devir sözleşmesi devre konu olan unsurların nakli hususunda devredene sadece borç yükler. Devralanın talebi bu taahhüdün yerine getirilmesinden ibarettir. Devir sözleşmesi kural olarak malvarlığı devrinin dayandığı temel ilişkinin bir unsuru olarak ortaya çıkar.

12- Tasarruf işlemlerini belli aşamalara ayrılabilirliği düşüncesinden hareket edilecekse ticari işletmenin devrinin iki aşamada değil üç aşamada gerçekleşeceği kabul edilmelidir: **Birinci aşama** taraflar arasında yazılı biçimde yapılan devir sözleşmesi, **ikinci aşama** devreden ticaret sicilinden tescil talebi, **üçüncü aşama** ise ticaret sicil memurluğunun tescili yapması. Buna göre devir sözleşmesi tasarruf işleminin ilk aşamasını oluşturan bir niteliğe sahip olacaktır. Tasarruf işleminin tamamlanması,

sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ise ancak devredenin talebi ve ticaret siciline tescille mümkün olacaktır. Sadece devir sözleşmesi yapılmış olması, devralanın tescil talebinde bulunması için devredenden, ticaret siciline tescil için talepte bulunması sonucunu doğuracaktır. Devreden, tescil talebinde bulunup tescil işlemi gerçekleştirilmedikçe sözleşmeye konu olan unsurların devri gerçekleşmeyecektir.

13- TTK m. 11/3'ün düzenlemesi ile normalde işletmenin devri ile beraber sözleşmelerinde ayrıca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden geçmesi gerekir. Ancak bu düzenleme sadece TBK m. 205 ile değil aynı zamanda TBK m. 322, 323, 429 ile de açıkça çelişmektedir. TBK m. 322 düzenlemesine göre, kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez. Ayrıca TBK m. 323'e göre de, kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Diğer taraftan TBK m. 429'a göre de, hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Bu açık hükümler karşısında TTK m. 11/3 uygulanabilir bir hüküm değildir. TTK m. 11/3'ün düzenlemesinden eğer sözleşme kurulurken devredilemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm sözleşmeye konmaz ise o sözleşme kendiliğinden devredilmiş olacaktır. Ancak bu durum borçlar hukukunun en temel prensibi olan sözleşme serbestisi ilkesine aykırıdır. Hiç kimse tarafını seçmediği ve ticari işletmenin devri ile akdi bir ilişkiye girmek durumunda kaldığı kişi ile o sözleşmeyi yürütmeye zorlanamaz. Bu nedenle ticari işletmenin taraf olduğu sözleşmelerde ticari işletmenin devri ile birlikte sözleşme kendiliğinden devredilmiş olmayacak, devreden taraf sıfatını muhafaza edecektir. Diğer taraftan ticari işletmenin devri, devreden o sözleşme ilişkisinden kurtulma amacını taşıdığı şeklinde yorumlanarak, sözleşmede kalan tarafça gerekli hukuki imkanlara başvuru imkanını doğuracaktır. Nihai olarak sözleşmede kalan taraf devredilen kişi ile bu sözleşmeyi devam ettirmek istemiyorsa haklı olarak o sözleşmeyi sonlandırma hakkına sahip olacaktır. Bu durumda da yine sözleşmeyi devredene karşı hukuki yollara başvuracaktır.

14- İsviçre Birleşme Kanunu, ticari işletmenin organizasyon cephesini ihmal etmiş olmasına ve ticari işletmenin malvarlığı cephesini öncelemiş bulunmasına rağmen devir sözleşmesinin şekli ve içeriği bakımından getirdiği ayrıntılı düzenlemeler ile emredici kurallar hukuki güvenlik korunmuştur. Ayrıca devir sözleşmesi ile beraber yapılması gereken envanter ile de belirlilik ilkesine riayet edilmiştir. Özellikle taşınmazlar bakımından muhafaza ettiği tescil ile de aleniyet ilkesini korumuştur. Alacaklıların ve çalışanların korunması açısından da önemli düzenlemeler içermektedir. Bu yönlerde Birleşme Kanunu bir fıkra halinde düzenlenen ve tüm sorunlarla başa çıkılabileceği düşünülen TTK m. 11/3'den oldukça ileri düzeydedir.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, K.** : Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.
- AKER, H.** : Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.
- AKİPEK, J.** : Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar, Birinci Kitap (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 2. Bası, Ankara 1972.
- ARAL, F.** : “Topyekün Temlik”, AÜHFD, C. 42, S.1-4, Yıl 1991-1992, s. 93 vd.
- ARICI, F.** : “Alman Hukukunda Ticari İşletmeyi Devralmanın Ticaret Ünvanı ile Faaliyeti Devam Ettirmesinden Dolayı Eski Borçlardan Sorumluluğu”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009 (Eski Borçlardan Sorumluluk), s. 301 vd.
- ARICI, M. F.** : Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008.
- ARKAN, S.** : Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998 (Marka).
- ARKAN, S.** : Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005 (Ticari İşletme).
- ARKAN, S.** : Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011.
- ARSLANLI, H.** : Kara Ticareti Hukuku Dersleri-Umumi Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1959.
- AYAN, M.** : Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Güncellenmiş 5. Baskı, Konya 2010.
- AYAN, M.** : Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Konya 2012.
- AYHAN, R./ÖZDAMAR, M./**
- ÇAĞLAR, H.** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011.
- AYİTER, N.** : Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968.
- AYRANCI, H.** : Sözleşmelerin Yüklenilmesi, Ankara 2003.
- BAHTİYAR, M.** : “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi Ekim 2011, Sayı 106, İstanbul, s. 3889 vd.
- BERETTA, P.** : Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 69-77, Zürich 2004.
- BİLGE, M. E.** : Ticaret Sicili, İstanbul 1999.
- BİRSEL, M. T.** : Ticari İşletme Hukuku, C. 1, İzmir 1970.
- BUCHER, Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988.
- BÜHLER, A.** : Die Vermögen-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht, Luzern 1947.
- CANSEL, E.** : Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964.

- DOMANIÇ, H./**
ULUSOY, E. : Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2007.
- DURAL, M./SARI, S.** : Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükmüleri, Türk Özel Hukuku Cilt I, İstanbul 2011.
- DURMAN, O.** : İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009.
- EREN, F.** : Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.
- ERTEN, A.** : Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.
- ESENER, T./**
GÜVEN, K. : Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008.
- FURRER, A./**
MÜLLER-CHEN, M. : Obligationenrecht-Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2008
- GAUCH, P./SCHLUEP,**
W. R./SCHMID, J./REY, H./
EMMENEGGER, S. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008.
- GÜRSOY, K. T./EREN, F./**
CANSEL, E. : Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- HATEMİ, H./**
AYBAY, A. : Eşya Hukuku, İstanbul 2010.
- HAZNEGAR, İ. M.** : Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2008.
- HIRSCH, E. E.** : Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1939.
- HUGUENIN, C.** : Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3., überarbeitete Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008.
- KARAHAN, S.** : “Ticari İşletme Kavramı”, BATİDER, C. 17, S. 4, Yıl: 1994, s. 39 vd.
- KARAHAN, S.** : Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Güncellenmiş 20. Baskı, Konya 2011.
- KARAYALÇIN** : Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968 (Ticaret Hukuku).
- KARAYALÇIN, Y.** : Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, BATİDER. 1975, C. VIII, S. 2, (Tescilin Etkileri), s. 1 vd.
- KAYA, A.** : Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- KAYIHAN, Ş./**
YASAN, M. : Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012,

- KENDİGELEN, A.** : "Ticari İşletmenin Devri", Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C.IV, İstanbul 2006, s. 4 vd. (Ticari İşletmenin Devri).
- KENDİGELEN, A.** : Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011 (İlk Tespitler).
- KENDİGELEN, A.** : Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Ticaret Kanunu, İstanbul 2011.
- KENDİGELEN, A., (ÜLGEN, H./
TEOMAN, Ö./HELVACI, M./KAYA, A./
NOMER-ERTAN, F.)** :Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, (Ülgen Ticari İşletme Hukuku).
- KILIÇOĞLU, M. A.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011.
- MALACRIDA R. (WATTER ROLF/
VOGT NEDİM PETER/
TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER
DANIEL (Hrsg.)** : Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005.
- MOROĞLU, E.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul 2007.
- MORSCHER L., (ROLF WATTER/
NEDİM PETER VOGT/
RUDOLF TSCHÄNI/DANIEL
DAENIKER (Hrsg.)** : Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 1, Basel/Genf/München 2005.
- OĞUZMAN, M. K./
ÖZ, M. T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012 (Cilt 2).
- OĞUZMAN, M. K./
ÖZ, M. T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009.
- OĞUZMAN, M. K./
SELİÇİ, Ö./
OKTAY-ÖZDEMİR, S.** : Eşya Hukuku, 14. Bası (13. Basıdan tıpkı bası), İstanbul 2011.
- ÖZEN, B.** : Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak Ticari İşletme, Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 707 vd.
- ÖZSUNAY, E.** : Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, TTK m.11/2 Üzerinde Bir Araştırma, Ankara 1962.
- PALANDT, O./
GRÜNEBERG, C.
POROY, R./** : Kommentar zum BGB, § 419 BGB, 66. Bası, Münih 2007.

- YASAMAN, H.** : Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2004.
- REİSOĞLU, S.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Baskı, İstanbul 2011.
- SCHÖNE, T.** : “Das rechtsgrundlos erlangte Unternehmen, Herausgabe oder Wertersatz?” ZGR, 2000, S. 1, s. 86 vd.
- SCHUMACHER, R. T.** : Die Vermögenübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich-Basel-Genf 2005.
- SCHWENZER, I.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete Auflage, Bern 2006.
- TEKİNALP, Ü.** : Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, BATİDER, 2008, C. XXIV, S. 3, s. 11 vd.
- TEKİNAY, S.S./**
AKMAN, S./BURCUOĞLU, H.,/
ALTOP, A. : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- TEKİNAY, S. S./**
AKMAN, S./BURCUOĞLU, H.,/
ALTOP, A. : Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik -Tapu Sicili-Mülkiyet, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1989 (Eşya Hukuku).
- TSCHANL, R./**
RÖTHELL, A. : “ Yeni İsviçre Birleşme Kanunu, (Çev. ÖZENSOY, N.), ABD, 2005/1, Ankara, s. 91 vd.
- ÜLGEN, H./ARICI, F.** : “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1767 vd.
- ÜNAL, M./**
BAŞPINAR, V. : Şekli Eşya Hukuku, Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008.
- VISCHER, F.** : Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich-Basel-Genf 2004.
- VOGEL, A./**
GÜNTER, M. : “Der Vertragsübergang bei vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, http://www.mll-legal.com/uploads/tx_x4epublication/der_vertragsuebergang_bei_vermoegensuebertragungen_nach_fusionsgesetz.pdf, 592 vd. (25.07.2012 tarihi itibariyle güncel).
- von DER CRONE, H. C./GERSBACH, A./**
KESSLER, F. J./DIETRICH, M./
BERLINGER, K. : Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- von SALIS, U.** : Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, www.fusionsgesetz.ch. (08.07.2012 tarihi itibariyle güncel).

- von SOHM, R.** : Der Gegenstand: Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905.
- von TUHR, A.** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. I-II, (Çeviren: EDEGE, C.), Ankara 1983.
- WATTER, R./**
KÄGI, U. : “Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen” SZW/RSDA 3/2004, s. 231 vd.
- WEBER, P.** : Die Vermögensübertragung, Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004.
- YASAMAN** : Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987.
- YASAMAN, H.** : Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi, C.2, İstanbul 2004 (Marka).