

HASILAT KİRASININ ÖLÇÜSÜ VE MUHTARİYETİNİN ESASI OLARAK KABUL EDİLEN BİR İŞLETMEDEN İSTİFADE (*)

Yazan : M. Pierre VOIRIN
Nancy Üniversitesi Hukuk Fa-
kültesi Medenî Hukuk Profesörü

Çeviren : Asistan Dr. Erol CANSEL.

Giriş — Kira akitlerinin temel taksimi (No: 1) — Taksimın tefsir yönünden faydaları (No: 2) — İlmî yönden kıymeti (No: 3)

§ : 1 — Hasılat kirasının ölçüsü — A. Mevcut kaideler (No: 4) — Bunların yeniden gözden geçirilmesi lüzumu (No: 5) — B. Taksimın iktisadî temelleri (No: 6) — Bir işletmenin kiraya verilmesi ve bu akdın hukukî mahiyeti (No: 7) — Bir işletmenin kiralınması ile işletmeye yarıyan yerlerin kiralınması taksimi (No: 8) — Teferruat kaidesinin rolü (No: 9) — Dayandığı esaslar ve hükümleri (No: 10) — C — Teklif edilen ölçünün geleneğe (No: 11) ve bazı yeni kanunnamelere uygunluğu (No: 12) — Fransız CC. ni kaleme alanların bu ölçüyü iyi kavriyamamaları (No: 13) ve 1929 tarihli Belçika kanununda kanun koyucunun vuzuhsuzluğu (No: 14)

§ : 2 — Hasılat kirasının muhtariyeti (No: 15) — A. Temel hatları (No: 16) 1' — Kiracı-işletmecinin şahsı hakkında mütalâa (No: 17) — 2' — İşletmenin görevi (No: 18) — a — İşletme borcu (No: 19) — b — İşletme metotları (No: 20) — c — İşletmenin devamlılığı (No: 21) — 3' — İşletmenin neticeleri (No: 22) — 4' — Hasılat kirasının müddeti (No: 23) — B. Kazai içtihatlardaki gayret : içtihatlarda beliren imkânlar (No: 24) gayretin başlıca neticeleri (No: 25)

Netice : Hasılat kirası ile âdi kira arasında yapılan ayırmanın önemi (No: 26).

G İ R İ Ş

“ Eşya kirası ” — Le louage des choses —, hasılat kirası ve âdi kira olmak üzere ikiye ayrılır. “ Eşya kirası ” tâbiri yerine “ Mal kirası - louage des biens - tâbirinin kullanılması daha isabetli olurdu. Çünkü, eşya sayılmayan gayri maddî haklar da dahil, her nevi mal kiraya verilebilmektedir (CC. 1713 md.) Akitler arasındaki bu temel taksim, CC. in muhtelif maddelerinde mevcuttur. (Bilhassa şu maddeler: 1708, 1709.

(*) Revue Trimestrielle de droit civil, 1930, p. 291 ss.

1711, 1713) Bu taksim, konusu ne olursa olsun, bütün kira çeşitlerini kucaklayan tam bir taksimdir. -Summa Divisio- İmdi, gerek hasılat kirası, gerek âdi kira mefhumları çok kullanılan tabirlerin akibetine maruz bulunuyorlar: her iki mefhum da iyi bilinmiyorlar. Bunları kullanmadaki itiyat, hakikî kıymet ve mânalarını bulandırıyor. Hattâ, tatbıkatta, yeni kira mevzuatı tarafından arttırılan ve kanunî mevzuat tarafından derhal kabul edilmeyen güç durumlar ortaya çıkınca, şarihlerin, vazih zannettikleri ve peşin bir tarifi lüzumsuz buldukları bir mefhum üzerinde anlaşamadıkları görülmektedir.

2' — Taksimdeki fayda bugüne kadar lâfzi olarak belirtiliyordu.¹ Hasılat kirası ile âdi kira arasında titiz bir taksim yapmak için kanun metinleri üzerine kapanıldı ; ezcümle şu farklar bulundu: sükût ile tecditteki müddet bakımından (1759 ve 1776 md. ler) ; akitteki şarta göre yeni müktesip tarafından, çıkarılan kiracıya ödenecek tazminat bakımından (1745 ve 1746 md. ler) ; tezyin borcunun müeyyidesi bakımından (1752 ve 1766 md. ler) ; kiracının haciz takibindeki müddet bakımından (2102/1, § : 5) imtiyazlı alacakların şumulü bakımından (19 Şubat 1889 tarihli kanun) ; intifa hakkı sahibinin ve idarecinin (koca, vasi) yetkileri bakımından (1440. md.) ; uzun vâdeli kira akitlerinin kira bedellerinin değiştirilebilmesi bakımından (6 Temmuz 1925 ve 9 Haziran 1927 tarihli kanunlar) ; Bunlardan başka, hasılat kirasının âdi kirada olmayan bazı borçlara vücut verdiğine (1765 ve 1768. md. ler) işaret edildi, harpte hasar gören gayri menkullerin kiralanmasına dair 25 Ekim 1919 tarihli kanunda hasılat kirasına ait hususî hükümlerin mevcut olduğundan bahsedildi, gerek müddetlerin uzatılmasını ilgilendiren mevzuatın ve gerekse narh mevzuatının yalnız âdi kiraya taallük ettiği söylendi, şu nokta da ilâve edilebilirdi: çiftçinin hasılat kirasındaki hukukî vasfı, bilhassa çalışma müddetini doldurmuş çiftçi ve işçiler hakkındaki kanun² ve sosyal sigortalar hakkındaki kanunun³ tatbikiyle sosyal bir mahiyet kazanmaktadır.⁴

3' — Kiranın böyle iki kısma ayrılmasının derin mânasını, lâfzi bir tefsirden kurtulup, ilmî bir şekilde izah edenler çok nadirdir. Gerek bu hususta bir ayırma yapan mevzuatın, gerekse bizzat bu ayrılmanın, his-

1) Bilhassa, bk ; H. Lalou, Note DP. 1924.1.221

2) Bk. 17 Ağustos 1917 tarihli kanun ve Lalou, Note DP. 1920. 1. 1947. col. 2

3) Civ. 23 Aralık 1913, DP. 1918. 1. 90 (18. me. éspece)

4) 5 Nisan 1928 tarihli kanunun 37. ci Md. si

sedilir bir sebebi vardır; bu etüd de, tatbikatçılara ve kanunî mevzuat-taki aksaklıkların giderilmesine kılavuzluk etmek için aşikâr bir fikir ortaya koymak amacını gütmektedir.

§ : I — HASILAT KİRASININ ÖLÇÜSÜ (kriteri)

4' — Fransada, CC. in hazırlayıcı çalışmalarından mülhem ve kanunî bir tariften mahrum olan hâkim fikir şu idi: hasilât kirası, kiralanan malın hasıl ettiği semerelerin mahiyetine göre tâyin edilir: mal, tabii veya sınaî semereler veriyorsa akit, hasilat kirasıdır; aksine, mal medenî semereler veriyorsa âdi kira bahis konusudur. Gerek İsviçre BK. u gerekse Alman MK. u taksimi yapabilmek için iki ölçüye baş vurdular: bir taraftan kiracıya tanınan hakların mahiyeti, diğer taraftan da kiraya verilen malın kendine has tabiatı bakımından. Adî kiranın konusu, tabiatı icabı olarak, bir malın kullanılmasının kiracıya terk edilmesidir. Hasilat kirasının konusu ise, kiracının, semerelerini topladığı ve kullandığı bir mal veya hak olabilir.

5' — Bu anlamlar, aşağıda bahis konusu olan ve fikrimizce biraz mu-balâğalı tenkitlere yol açtılar. Bu fikirlere taraftar olanlara karşı pek sun'î bir taksim yaptıklarını belirtmek için Paskal'm şu sözlerini kullandılar : “ Onlar, kelimeleri zorlamak suretiyle mukabil bir tez ortaya atanları andırıyolar, simetri yapmak için mukabil tarafta boş pencereler açan kimseleri andırıyolar, onların kaideleri doğru söz söylemek değil; doğru şekiller çizebilmektir ” ; Demek ki, Mösyö Dubrujeaud ve Mösyö Ropers “ mukabele etme aşkı ” olarak izah edilen aksi fikirlerini ortaya atmakla Fransa'da hâkim olan genel fikre karşı gelmişlerdir; “ zira, diyorlar ⁵ hasilat kirasında toprak, kiralayan için de kira bedeli olarak medenî bir semere vermektedir ve, âdi kirada, eğer ticarî bir sermaye kiraya verilmişse, kiralanan, kiracıya, tâbiî veya sınaî semerelere çok benzeyen hasilat getirmektedir. ”⁶ Mukayeseli Hukuk Cemiyeti tarafından basılan Alman Medenî Kanununun Fransızca tercümesinin şarihleri, Alman ve İsviçre kanunnamelerindeki kanunî hal şekillerine temas ederken şunu tesbit ediyorlar : “ Konusu eşya kirası olan âdi kira akdinde bir hak mev-

5) Lois nouvelles, 1929, 2. ci kısım, s. 117, no. 301.

6) Tenkidin birinci kısmı doğrudur ; ikinci kısmına gelince, burada ticarî sermaye kirasının hakikî mahiyeti hakkında peşin hüküm veriliyor : bu, ancak, hasilat kirası mefhumunu keyfi olarak “ zirai bir arazinin kiralanmasına ” hasreden halihazır müspet mevzuatımız için doğrudur.

cuttur : eşya üzerinde kullanma hakkı ” ;⁷ Burada da Pascal'ın bahsettiği “ boş pencerelerden ” birisi vardır.

Bütün bu fikirlerin, biraz da sun'î olan bir simetriye dayandıklarını memnurlukla görüyoruz. Bunların boş olduğuna derhal hükmetmeli midir? Böyle yapmak biraz acele etmek olur. Zira, belki de, fena bir ifade yüzünden yanlış anlaşılabilir bir sentez teşebbüsünün örtüsü altında doğru bir fikir vardır. Bunu bulmaya çalışalım.

6' — B. Fikrimizce, kira akitlerini yekdiğerinden ayıran kendilerine has unsur, konularından çıkarılabilir: eğer bir işletmeden bahsediliyorsa, her ne olursa olsun, bu bir hasılat kirasıdır.

Her yaşta ve her memleketteki hukukçuları, bu iki çeşit akdi birbirinden ayırmaya, farklı isimler vererek gülünç bir hale getirmeye ve ayrı bir sisteme tabi tutmaya sevkeden şey, “ boş bir simetri aşkından ” ibaret değildir. Yapıcı gayretler, yaşayan hukukla temastan ve zaruretlerden doğan ihtiyaçların bir neticesidir. Onların bize bıraktıkları az çok mücerret formüller, gerçeklere uymaya çalışan kira akdinin hukuki durumundan bizi haberdar etmek amacını güdüyor. İmdi, iktisadi gerçeklik yönünden, bir işletmeyi kiraya vermek veya kiralamakla bir mahalli kiraya vermek veya kiralamak arasında çok fark vardır.

Bir mahalli kiralamak demek, bir mahalli işgal etmek ve - o yer semere verse bile - şahsın zatından bir gayret sarfolunmadan tam mânasıyla pasif bir istifade ile fayda sağlamak demektir.⁸ Kiracının istifade hakkını kullanabilmesi için kiraladığı yerlere bizzat kendisinin yahut yakınlarının ev eşyası koyması - ikamete yarıyan kira - veya ticarî sermayesinden sayılan eşyasını, sınaî maddelerini yerleştirmesi - ticarî kira - kâfi gelecektir. Tersine olarak, bir işletmenin kiralanması halinde, kiracı faaliyetine yarayan maddeleri istihsal ediyor. Çünkü bir işletmeden istifade etmenin şartı, kiracısının devamlı ve azimli gayret sarfetmesidir. Bir kimsenin, değerlendiremeyeceği bir işletme hakkını mamelekine sokması kendisine ne fayda sağlar? İşletmek kudreti, ortaya konabildiği zaman değer kazanan gizli bir güçtür.

Bir mahalli kiraya vermek, bir işletmeyi kiraya vermektен daha az

7) Tome II. p : 77

8) “ Mahal ” kelimesini en geniş mânada kullanıyoruz: meselâ, bir duvar da adı kiranın konusuna girebilir; çünkü, üzerini işgal etmek mümkündür. Kiracının ilân yapıştıracağı bir duvar bu mahiyettedir. Civ. 3 Mart 1925. D. Hebd. 1925, 257. Trib. Civ. Seine - 11 Nisan 1927 D. Hebd. 1927. 282

tehlikeli ve daha az külfetlidir. Bir mahallin kiracısından, kiralayan sadece bir şey talep ediyor: kira bedellerinin tediyesi. Genel olarak, kiracının şahsî faaliyeti, meslekî veya ahlâkî durumu kiralayanı ilgilendirmez. Kiralayan, kiracının vasıflarından fayda görmeyeceği gibi, zarar da görmez. Fazla olarak, kiracının, mukaveledeki hakkına dayanarak kiralananı kullanması veya kullanmaması ne fazla bir değer, ne de noksan bir değer getirir.⁹ Bir işletme kiracısından ise, kiralayan kira bedelinden gayri şeyler de bekler: kiracı, işletmeyi devamlı olarak, ihtiyatla ve ustaca değerlendirmelidir. Böyle yapmazsa işletme çökmeye mahkûm olur, çünkü o, bütün değerini kendisine harcanacak emekten alır. Kendisine uygulanan idare tarzı doğrudan doğruya kiralayanın mameleşine tesir eder. Kiracı âdeta kiralayanın ortağı olur.

İktisadî verilerden - données - kendiliğinden fıskıran bu farkları Troplong çok iyi duymuş ve şöyle yazmıştı : “Hasılat kirası kiracıya âdi kirada olduğu gibi, sadece semeresiz bir istifade hakkı (?) vermez. Aksine, hasılat kirasında şu zarurî şart vardır: kiracının - çiftçinin - sarfedeceği emek, ihtimamına bırakılan toprağı verimli bir hale koysun. Kendisinden daimî gayret beklenen kiracının, mülkün gayesini temin edebilmesi için kanunun hususî tedbirler alması gerekir.”¹⁰

Pothier, bu müelliften daha önce, şu noktayı belirtmişti: “Bir evin muhtelif kiracıları arasında bir fark gözetilmese bile, bir toprağı aynı ihtimamla ekmeyen çiftçiler arasında fark gözetmemek mümkün değildir.”¹¹

Bu müellifler sadece zirâî işletmeyi nazara almışlardır ; acaba ortaya attıkları görüş, az çok tâdil edilerek - mutatis mutandis - kiraya verilen her işletmeye uygulanabilir mi?

7' — Fakat bir işletme ne vakit kiraya verilmiş sayılır? İşletilmekte olan veya işletilmeye hazır olan bir işletmede vasıta ve gaye münasebetiyle birbirine sıkıca bağlı olan mürekkep unsurlar vardır. Zirâî bir işletme: toprak, âlet, makina, hayvan, personel, bina vs. ister ; ticarî bir işletme, müşteri ,mal, stoku, malzeme, yer vs. ister. Bir işletmeye kiralandı denebilmesi için kiralayanın, bütün malzemeyi kiracıya teslim etmesi ve işletmenin faaliyete geçebilmesi için kiracının sadece şahsî bir

9) Şeyin işgal edilmemesi kiralayanın kira alacakları üzerindeki teminata tesir edip, (1752 md.) kiralananın zati kıymetine şümulü yoktur.

10) Troplong, Louage, T. II, No. 630, p. 376

11) Pothier, Traité du louage, éd. Bugnet, T. IV, No. 284, p. 296

faaliyet göstermesi, meselâ onu idare etmesi mi lâzımdır? Yalnız işletme kirasını ilgilendiren ve kanun metninde " hasılat kirası - zirai işletme - " adı altında düzenlenen hükümler incelenirse böyle bir isteğin yersiz olduğu derhal görülür. Kiralayanın, kiracısına zirai bir araziyi hayvanlarıyla ve tam teçhizatıyla teslim etmesi mutlaka lüzumlu değildir. Hayvan kirası arazi kirasının bir çeşidi olup, bu olmazsa hasılat kirası vasfı ortadan kalkmaz. Buradan, şu şekilde ifade edebileceğimiz genel bir kaide çıkıyor: Hasılat kirası bir işletmenin cevherini teşkil eden kiralık malın zatına has tabiatında aranmalıdır.

Cevher, ihtimamla çalışılırsa kiracının elinde müsmir hale gelecek olan şeydir.¹²

Zirai bir işletmede doğrudan doğruya semere veren toprak olduğu için, hasılat kirasını belirtecek olan, toprağın kiraya verilmesidir. Deniz veya kara avlarına gelince: gerek kara ve gerekse deniz av hayvanlarını suyun ve karanın tabii semereleri olarak kabul etmeyi mübalâgalı buluyoruz. Karada ve denizdeki avlanma bölgelerinden elde edilen av hayvanları zirai arazinin verdiği mahsullere benzemez.¹³ Esasında, işletme kirasını belirten,¹⁴ balık veya kara av hayvanı avlama hakkının kendisidir. (Gayrı maddi hak)¹⁵ Mülkiyeti müellifine ait olan eserden nasırcı istifade hakkı sağlayan bazı neşir mukaveleleri de kira akdi çerçevesine girerler. İmdi, bunlar da eserin işletilmesini konu olarak alırlar. Mösyö

12) İşletmenin gayesinin önemi yoktur; o yerin spor, eğlence gayesine veya spekülâtif veya mesleki gayeye tahsis edilmesi önemli değildir. Bu mânada : Seine-et-Marne Huk. Mah. 29 Mart 1928 D. Hebd. 1928. 199 ; aksi fikir : Somme Huk. Mah. 17 Kasım 1927, D. Hebd. 1927. 112. Bu içtihat, bir balık tutma mukavelesini, kiracı balıkçılık mesleğini icra ettiği için hasılat kirası olarak kabul etmiştir.

13) Müelliflerin ve mahkeme kararlarının çoğu, zayıf olduğu aşikâr olan aksi fikri müdafaa ediyorlar. Bilhassa bk. Lalou, Note D. P. 1927. 1. 221

14) Seine-et-Marne mahkemesinin verdiği karar - 23 Mart 1928, D. Hebd. 1928, 299 - hal teklifimizin doğruluğunu teyit ediyor: Taraflar iki mukavele yapmıştı; senelik kirası 1500 frank olan arazi ve ağaç kirası ve seneliği 5500 franktan bu arazi üzerinde avlanma hakkı kirası. Mahkeme, arazi kirasını avlanma hakkı kirasının teferruatı sayarak ortada bir tek akit olduğuna hükmediyor. Bu durum karşısında, av hayvanının av mntıkasının bir semeresi olduğu nasıl müdafaa edilebilir? Esasen av hayvanı sahihsiz eşya - res nullius - olarak kabul ediliyor; imdi, bir şeyin temellük edilen semereleri de res nullius olmaz mı?

15) Bu mânada: Aubry et Rau, t. V, 5' éd. p. 264-265, note: 1. Bis.

Valery de şöyle demişti: “ Naşiri çiftçiye benzetmek kabildir ”.¹⁶ Bize kalırsa, ihtira beratının maliki tarafından üçüncü şahsa imtiyaz olarak verilen bazı lisanslar da bu gruba sokulabilir: bu halde, ihtira beratının mülkiyeti intikal etmeyip; sadece imtiyaz sahibine işletme inhisarından istifade hakkı temin eder.¹⁷ Son olarak şunu da zikrederim: esaslı unsur-cevheri- müşteri olan ticarî sermayenin kiralanması da işletme kirasının özel şekillerinden birisidir.¹⁸ Esasen, ticarî sermayeyi ilgilendiren bütün kira akitlerinin konusu *datma* ticarî sermaye değildir. Bunların çeşitlerini gözden geçirirsek, bir mahallin kiralanması ile bir işletmenin kiralanması arasındaki fark berraklaşacaktır.

8' — Kiraya verilen mahaller ekseriya sınaî veya ticarî bir işletmeye tahsis edilmiş gibi muamele görürler. İçtihatlarla genişletilen CC. metinleri, malik tarafından içine ticarî malzeme yahut sınaî âletler konulan ve kullanım şekilleri ticarete veya sanayie tahsis edilmiş hissini uyandıran gayri menkullere işletme vasfını vermek istiyor. İşletmede kullanılan bu nevi mahallerin kiralanması ile konusu bizzatlı işletme olan kira akitleri arasında fark vardır; zira, birinci tip akit, kiracıya, işletme için bir vasıta vazifesini görmektedir. Yoksa, kiracıya ticarî sermayenin cevheri olan müşteriyi temin etmemektedir. Binaenaleyh, böyle bir kira akdi kiracıya hiç bir işletme borcu yüklemeyiz. Ve kiracının işletmede gösterdiği ihmal, kira akdinin hitamında mahallerin ve hattâ kullanılmamış malzemenin hiç dokunulmamış olarak malike iadesine mâni olmaz; malik de, akdin mevzuuna dahil olmadığı için kiralanan ile birlikte terkedilmeyen müşterilerin dağılmasına sebep oldu diye, kiracıyı sorumlu tutamaz. Bu olayda kiracının sorumlu olması için ticarî sermayenin cevheri olan müşterilerin de birlikte teslimi gerekirdi. Ancak bu şartlardır ki, bir işletmenin kiralanması bahis konusu olabildi. Burada ise adi kira vardır.

İçtihat bu farkı önemli bir yerde nazara almaktadır: iki aynı şahıs arasında, iki farklı mukavele yapılmıştır; birisi ticarî sermayenin satışını, diğeri, bu ticarî sermayenin işletilmesine tahsis edilen mahallerin kira-

16) Valery, Note DP. 1892. 2. 73. col. 1. Benzer fikir: Note DP. 1925. 2. 98

17) Pouillet, Tr. Th. et Pr. des brevets d'invention, 6' éd. 1915, p. 340 No. 274 ve p. 342-344. İnhisarın şumulü, ihtira hakkının bizzat üçüncü şahıs tarafından işletilip işletilmemesine göre, daralıp genişleyebilir.

18) Ticarî sermayenin kiralanması — buna serbest idare de denir — meşru olmasına rağmen çeşitli güçlüklerle yol açıyor. Bk. Lalou, La mise en gérance des fonds de commerce, D. Hebd. 1928, Chronique, p. 25 - 28; Montier, Gérance libre et gérance vente, 1928 ; L. Minon, Contrat de gérance, Revue de Notariat, 1928, p. 57 ; Granger, Gérance et location des fonds de commerce

lanmasını ilgilendirmektedir. Kira akdi sona erince, gerek ticari sermayenin müktesibi, gerekse bu sermayenin işletilmesine tahsis edilen mahallerin kiracısı olarak iki sıfat taşıyan şahıs, ticari sermayeyi başka bir yere naklediyor. Kendisinin o mahalli terki üzerine, kiralayan, aynı yeri, tahsis cihetini değiştirmeden, eskisine benzeyen bir ticari işte kullanılmak üzere üçüncü şahsa kiraya veriyor. Bu halde, işletmeye yarıyan yerlerin kiralayanı sıfatını alıyor; ve bizzat işletmenin satıcısı sıfatıyla yüklediği teminat borcunu da ihlâl etmemiş oluyor.¹⁹ Böylece, her iki vasıf da bir şahısta birleşmekle beraber, aynı bir halde kalıyor.²⁰

Kiralayan kiracısının ticari rakibine aynı gayri menkulünün diğer bir kısmını veya ona yakın bir gayri menkulünü kiraya verirse, bunun mes'uliyetini yüklenmiş sayılır mı? Yukarıda da bahis konusu ettiğimiz ölçü, karışık görünen bir içtihadı aydınlatmaya yarayacaktır. Aubry et Rau'nun teklif ettikleri şu yol meseleyi aydınlatmaz: " Birinci kiracıya verilen mahallerin kullanılması muayyen bir işletmeye mi tahsis edilmiştir? " ²¹ Şunu tetkik etmek lâzımdır: " Kiracı bu mahalleri müşterilerinden istifade şartı olmadan, işletmede kullanmak üzere mi kiralamıştır, yoksa aksine, işletmenin kendisini, yani müşterileri mi kiralamıştır? " ²² Birinci halde, kiralayan, kiracının rakibine diğer komşu mahalleri kiralamakta serbesttir.²³ İkinci halde ise kiralayan, kendisini bu haktan mahrum eden bir teminat borcu yüklenmiştir²⁴. Kısaca, muhtelif kom-

1929 - Gil Bear, Des quasi-aliénations de fonds de commerce, 1929 - İstisna olarak bir laboratuvarın, - eczahanenin ticari sermayesi - kiralınması, laboratuvarın idaresi ve mülkiyeti ayrılamıyacağı için kanuna aykırıdır. (G. Renard, Le droit de la profession pharmaceutique, 1924, p. 57 vd.)

19) Rouen, 21 Şubat 1900, DP. 1901. 2. 154 ; Paris, 2 1Şubat 1900, DP. 2. 476. 1900

20) Bu vesile ile Pothier'nin sözünü nakledelim: " Muayyen vasıftaki borçlar ancak karşı taraf için, üzerine akdin kurulduğu vasıf mevcut olduğu nisbette vardırlar " éd. Bugnet, t. VII. n. 730, p. 369 ve t. II. n. 381, p. 326.

21) Aubry et Rau, t. V. 5'. éd. p. 295

22) P. Voirin, Notes parlementaires de droit civil, Rev. Trim. 1927, p. 1085 no. 35

23) Civ. 6 Ekim 1867, s. 67. 1. 421 ve DP. 1868; 1. 129. 29 Ocak 1868. s. 1868. 1. 116. ve DP. 1868. 2. 213. Marseille Huk. Mah. 2. Ocak. 1924. Rec' Gaz. du Pal. 1924. 1. 541. Paris, 16 Ocak 1874; DP. 1877. 2. 229 ; Rennes Huk. Mah. 10 Kasım 1893, DP. 1895. 2. 378 ; Mamafih, kiralayanın kanuna aykırı rekabet gayesi gütmemesi halini mahfuz tutmalıdır.

24) M. Mesnard'ın 8 Temmuz 1850 tarihli raporu, s. 1851, 1. 111 ; Civ. Aralık, 1863, s. 1864. 1. 25 ; Colmar, 11 Mayıs 1926, Rec. Gaz. du Pal. 1926. 29 Ekim 1893, DP. 95.2.117; Toulouse, 29 Kasım 1915, DP. 1927. 2. 87.

şu yerlerin maliki, bunlardan birisinin kiracısını şu halde izrar etmiş sayılır: İlk kiracıya kiraya verilen işletmede teferruat sayılan bir mahalle komşu olan diğer bir mahal üçüncü şahsa kiraya verilmişse.

Adi kiranın bir nevi olan²⁵ işletmede kullanılacak yerlerin kirası - le bail de locaux à usage d'exploitation - bizatihi işletme kirasından - bail d'une exploitation - kesin olarak ayrılmıştır: kanun koyucu " bir gayri menkulü hem âdi kiraya hem de orada icra edilecek işletme kirasına aynı zamanda mevzu yapan akitleri, " ticari mülkiyet hakkındaki 30 Haziran 1930 tarihli kanunun tatbik alanından çıkarmıştır. (6. md.)

9 — Yukarıda müşahede edilen noktalar, bizi bir kira mukavelesinin vasfını tayinde teferruat kaidesinin oynadığı rolü açıklamaya götürüyor.

Çünkü işleten kimse ticari sermayenin mülkiyetine değil, ancak istifade hakkına sahiptir.²⁶

Teferruat mefhumu oldukça çeşitli mânalara gelir. Bazan " ârizi " fikrini ifade eder: " teferruat şartı, mukavelenin bu şart olmadan da icrası mümkün ise, ortadan kaldırılabilen bir şarttır. " Bu mânada " teferruat " " esasa " mukabil olarak kullanılıyor. Aksine olarak teferruat kelimesi " tâbiyet " bağını da ifade edebilir: Bu ikinci mânada teferruatın bizzat kendisi de asıl - essentiel - yani zaruri olabilir. (CC. in 1615. md. sine göre satılan şeyle²⁷ veya kefalet taahhüdü ile, rehinle, imtiyazla, veya ipotekle birlikte devredilmeleri gereken teferruatlarda durum böyledir.) Ancak, bu halde teferruat yalnız başına olmayıp; taraflarca üstün durumda addedilen bir şeye - maddr şey veya hukuki muamele - tabi tutulmuştur. Demek ki aslidir. Bu ikinci mânada da teferruat asla karşı kullanılıyor; teferruat asla tabi oluyor. Bu durumda, teferruatın

25) İçtihat, genel olarak tefriki doğru yapmaktadır. Bununla beraber, Paris mahkemesinin eski ve farklı bir kararına işaret edelim: (16 Temmuz 1825, DP. 25. 2. 220 ve 29. 2. 93;) kiracı kiraladığı inşaat arsasında bir şantiye yapıyor. Bu durum, kiracıya müşterilerin terkedilmediğini göstermektedir. Burada ne sınaî ve ne de ticarî bir işletmenin kiralanması bahis konusudur. Sadece bir işletmede kullanılacak mahallerin kiralanması hali vardır. Paris mahkemesinin buna " hasılat kirası " demesi doğru değildir.

26) Bk. Ropers et Dubrujeaud, Etude pratique sur l'application de la législation dite de la propriété commerciale, Les lois nouvelles, 1929, 2. Kısım. p. 147 ve d.

27) H. L. nun notu: DP. 1927. 2. 132. col. 2. Üzerlerinde deniz rehni olan gemilerin teferruatı için de durum aynıdır. 10 Temmuz 1885 yarihli kanunun 4. cü md. si ve Douai, 5 Nisan 1928, Gaz. Pal. 19 Ekim 1928 ; Gayri menkul hipoteği hakkında: CC. 2118 Md.

mevcudiyeti aslın mahiyetine²⁸ tesir edemeyip; aksine ikisini birleştiren bağ zaruri ve faydalı olmak şartıyla aslın hukukî vasfı teferruata da geçiyor.²⁹

Mukaveleleri sınıflandırmak için, içtihat devamlı olarak bu kaideye baş vuruyor. Bu müracaat, gerek müddetlerin uzatılmasını ilgilendiren mevzuatı tatbik edebilmek gayesiyle³⁰ oturmaya yarıyan yerlerin kiralanması ile ticarî, sınaî, meslekî işlerde kullanılan yerlerin kiralanmasını birbirinden ayırmak için; gerekse ticarî mülkiyet - yani içinde müş-terilerin de dahil olduğu mülkiyet - hakkındaki kanunun tatbiki bakımından³¹ ticarî veya sınaî işlerde kullanılacak yerlerin kiralanması ile müşteriyle sıkı münasebeti olan mahallerin kiralanmasını birbirinden ayırmak için yapılıyor. Tabii olarak, mahkemeler aynı kaideye müracaat etmek suretiyle, iki bölüm arasında kalan mürekkep mevzulu kira akitlerini de birbirinden ayırıyorlar.

28) Meselâ, irtifak hakkına bağlı şahsî borç. Colin et Capitant, Cours élém. de Dr. Civ. t. 1 ; 5' éd. p. 842. Planiol, Traité élémentaire du Dr. Civ. t. 1. no. 2931. Hémar, Précis de Dr. Civ. t. 1. no. 930 ; aynı şekilde: karı kocanın hipotekli borçları bile kanunî mal rejiminde ortaklığa dahil olur. 6 Haziran 1921, DP. 1923. 1. 133.

29) Meselâ, bir kimse daimî bir hizmetçi tutarsa, hizmet mukavelesinin teferruatından olan ikamet edilecek yer temini zarur isayılır. Sair hallerde sadece faydalıdır. Her halde kira akdi, hizmet akdi tarafından yutulmaktadır. Bk. 1 Nisan 1926 tarihli K. nun 4/4 md. si Hamel, notes parlm. Rev. Trim. 1926, p. 514. note 2 ; Paris, 25 Nisan 1928, D. Hebd. 1928, 374. Bir patron tarafından imzalanan sigorta poliçesi, kendi mesleğinden sayılmayan, fakat mesleği için zarurî veya faydalı sayılan işten dolayı müstahdeminin göreceği zarara tekabül eden sorumluluğu karşılar. (6 ve 7 Temmuz 1927, D. Hebd. 1927. 463.) Vasiyet edilen şeyin teferruatı hakkında: Civ. 24 Ocak 1923, s. 1923. 1. 80. Bir müteahhit tarafından temin edilen maddeler satıştan tefrik edilerek istisna akdinde birleştirilmektedir. Civ. 20 Şubat 1893. DP. 84. 1. 32; Civ. 18 Ekim 1911, DP. 1912. 1. 113. şe s. 1913. 1. 449 ; Rennes, 24 Ocak 1870, DP. 71. 2. 140; Gand, 16 Ocak 1886, DP. 87.2.157; - Ticarî muameleler için, bk. L. Duchange, Des actes de commerce par relation, Thèse, Paris, 1900.

30) Besançon Huk. Mah. 25 Tem. 1922, Gaz. des Trib. 28 Aralık 1928; Aurillac sulh Mah. 18 Kasım 1922, Gaz. du. Pal. 29 Kasım 1922; Paris, 20 Tem. 1927, DP. 1928.2.191. — Temyiz Mahkemesi, 1 Nisan 1926 tarihli kanunun, oturma yeri kıstasına göre asıl veya teferruat sayılıp sayılmıyacağına incelemeden ticarî bir sanat icra edilen yerlere tatbik edilemeyeceğine hükmediyor; (27 tem. 1929. D. Hebd. 1927.511)

31) Valenciennes Huk. Mah. 29 Ekim 1926, D. Hebd. 1927, 94; Seine Huk. Mah. 21 Mart 1927, DP. 1928.2.166; Paris, 12 Ocak 1927, D. Hebd. 1927. 120; Seine Huk. Mah. 12 ve 28 Ocak 1929, D. Hebd. 1929. 122 ve 171.

Kanunla bağlı olan içtihadımızın hasılat kirasının yegâne konusu saydığı (ileride No: 25) ziraî işletmeye gelince: bir değirmen çayırlarla birlikte kiraya verilirse, âdi kiranın konusu olan mahallin vasfının değişmeyeceğine hükmedilmiştir. Zira, deniyor, “çayırlar değirmenin teferruatındandır ve birlikte kiralanan hayvanların beslenmesini temin ederler.³² Aksine olarak, bir ev ile bir bahçe kiraya verilmişse ve kiranın önemli kısmını ziraata tahsis edilen bahçe teşkil ediyorsa hasılat kirası bahis konusudur.³³ Aynı arazinin hem ziraî bir işletme - mer'a - hem de işgal için kullanılan bir yer - koşu sahası - sayılması mümkündür. Caen mahkemesi bu durumda işletme unsurunu üstün görmüş ve akdi hasılat kirası olarak vasıflandırmıştır.³⁴ Her halde, asıl ile teferruatı tesbit etmek için tarafların belki de hatalı olan tavsiflerini nazara almadan akdin iç bünyesini tetkik etmek gerekir.³⁵

Hasılat kirasının bu gün içine sıkıştığı dar çerçeveyi parçalamak fikri kabul ediliyor. Bir işletme kirasıyla bir arada bulunan mahal kirası, bilhassa içinde değer kazandığı yerlerle birlikte kiraya verilen ticarî sermaye kirası için de aynı durum düşünülecektir. Bu duruma yaklaşan bir davada - bir satış vaadini müteakip yapılan bir satış akdi bahis konusuydu - Seine Hukuk Mahkemesi satışın, menkul satışı olduğuna hükmetmiştir: “ Satış esas itibarıyla ticarî sermaye hakkında olup, diğer yapılar san'atın icrası için lüzumlu teferruatı teşkil ediyordu; ... yapılar hususıyla ticarî sermaye için inşa edilmiş olup, onun işletilmesine tahsis edilmişlerdir; binaenaleyh, sermayenin teferruatındandırlar... tarafların iradesiyle, bunlar tahsis edildikleri cihete göre menkul vashını almışlardır. ”³⁶ Adı geçen satış vaadi bir kira akdine bağlı idi; şu hal-

32) Pau, 14 Ocak 1899, s. 99. 2.80 ve DP. 99. 2. 312.

33) Bruxelles, 29 Kasım 1809 s. 10.2.150; Toulouse, 18 Aralık 1840, s. 41.2.136 ve DP. 41.2.141. — yakın fikir : Gien Huk. Mah. 1 Aralık 1896 Pand. Franc. 97.2.178.

34) 1929, Rev. Trim. p. 454, no. 47 de tahlil edilen 1928, Ocak 28 tarihli karar.

35) Caen, 12 Ocak 1929, Rev. du Notariat, 1926, d. ci kısım, p. 454. Mahkeme, ziraatı şart koşan bir kayıt bulunmasına rağmen, akdin hasılat kirası olmadığına hükmediyor : zira, deniyor, ikamet edilecek binalar bakımından, akdin esas konusu, bir yıkanma yeri ile bunun teferruatı olduğu için ortada adı kira vardır.

36) Seine Huk. Mah. 22 Mart 1927, Rec. Gaz. du Pal. 1927.2.257. Ancak, kanun tarafından tayin edilen “ tahsis yönünden gayrimenkulleştirme ” nin mukabili olan “ tahsis yönünden menkulleştirme ” fikri münakaşa edilebilir. Zira, “ malların menkul ve gayri menkul vasıfları genel görüşe göre,

de, ticarî sermayenin, binasıyla birlikte kiraya verildiğini kabul etmek lâzımdır. Aksi halde, bir şahsın aynı zamanda hem esas menkulün - ticari sermaye - hem de buna müteferri gayri menkulün - binalar - maliki olması istenirken, tahsis cihetine göre gayri menkulleri menkul addetmek mümkün olamazdı.

10 — Seine Hukuk Mahkemesinin yukarıda zikredilen hükmündeki kaideler, kira akitlerinin tasnifindeki tatbikatı bakımından teferruat kaidesinin hukukî mekanizmasını aydınlatıyor ve bu kaidenin hudut ve mahiyetini açıklıyor.

Bazan teferruat mefhumu bir itiyadın ifadesi olarak kullanılmaktadır; bu takdirde, meselâ, satıcının satılan ile birlikte teslim borçlu olduğu teferruatı tesbit etmek veya asıl borç sakıt olunca teferruat üzerindeki hakkın da kalkacağını anlatmak için, asıl ile teferruat arasındaki münasebet ortaya konulmakla yetiniliyor.

Bize kalırsa, teferruat mefhumu, gerçeği keyfi olarak bulandıran teknik bir mesele gizlemektedir; yani: bir hukukî durumun karmaşık unsurları arasında yapılan sun'î bir takım yer değiştirmelerle, bir durumu başka bir duruma benzetmek gayesini güden bir faraziyye müraacaat ediliyor: teferruata asıl deniyor, ve böylece bir takım malların veya mürekkep akitlerin hukukî vasıfları birleştiriliyor. Muhtevası işletme ve ikamet edilecek yer olan bir kira akdine, hâkim olan unsur nazara alınarak, ya hasılat kirası veya âdi kira deniliyor. Nazariye, ameli ihtiyaçlarla desteklenmektedir. Meselâ, akdin konusunu birbirinden farklı unsurlar teşkil ediyorsa ve bunlar birbirine asıl-teferruat kaidesine göre bağlı iseler, kendilerine has tabiatlarına bakılarak gerek zımnî tecdit, gerekse fesih müddetleri ayrı ayrı nasıl tesbit edilebilir, Bu durum, bölünemiyen ve tek bir akit yapmak isteyen taraf iradelerine aykırı olur. Teferruat kaidesinin ortaya çıkardığı nazariye, bu kaidenin tatbik sahasını daraltmaktadır. Tarafların iradelerini nazara alarak ve ekonomik mutaları ihlâl etmemek şartıyla ,gerek işletme kirasına, gerekse âdi kiraya ait olan hükümler ayrı ayrı uygulanırsa, tatbikatçı nazariyeden gerçeğe dönecektir. Bu suretle, o, tamir borcunu hüküm altına alabilmek için,

tarafların iradesine tabi değildir ” “ malların menkul ve gayri menkul olarak ikiye ayrılmaları tarafların keyfine tâbi olamayacak kadar önemli bir mahiyet arz ediyor. (Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé, Paris, Dalloz, 1928, p. 376, no. 299. Her ne ise, tahsis yönünden menkulleştirme fikri bize eski lâtince res mobilis res vilis kuralının ters çevrilmiş bir ifadesi gibi geliyor.

bir işletmede teferruat halinde bulunan binalara âdi kira hükümlerini tatbika mecbur kalacaktır.³⁷

11 — C. İşletme kirası ile mahallerin kirası arasında yapılan tefrik geleneğe uygundur.

Şüphesiz, Roma Hukuku şehirdeki malların kirasını zirai malların kirasından ayırıyordu. Fakat bu hal, kanunnamenin yapıldığı devirde sadece zirai işletmelerin faaliyette olmasından ileri geliyordu. Hiç olmazsa, bu mahdut telâkki, zirai malların kirasını bir işletmenin kirası olarak kabul ediyordu. Ulpian'ın Digest'teki³⁸ metnine göre bir malın şehir malı sayılıp sayılmaması onun durumuyla ilgili değildi: " Urbana praedia omne aedificia accipimus non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis sed si praetoria voluptati tantum deservienta. Demek ki, şehir gayri menkulüne bu vasfı veren, bulunduğu hal değil; onun cevheri, maddesidir. Quia urbanum praedium non locus facit sed materia. Bir kelimeyle: bunun bir mahal olması gerekir. Ve metnin ilerisinde, şehir malına karşılık olarak, işletme fikriyle izah edilen zirai mal mefhumu ortaya konuyor. Binalara bitişik bahçelerin şehir mallanna dahil olduğunu kaydettikten sonra - teferruat kaidesi - Ulpian şöyle diyor: "Plane si plurimum horti in reditu sunt vinearii forte vel etiam holitorii, magis haec non sunt urbana. Başka deyişle, zirai mallar, kiracısının devamlı ve sebatkâr faaliyetiyle değerlendirilerek kendisine gelir temin eden mallardır - in reditu sunt. Yani bir işletme bahis konusu ediliyor.

Sonra yeni işletme şekilleri ortaya çıkınca - arazi sahibinin işini çoğaltarak kirayı³⁹ faydasız bir hale koyan esaretin ortadan kalkmasını müteakip - bunların intifamı bir kiracıya terk etmek adet oldu. Bundan dolayı, eski müelliflerimiz bir araziden istifade şeklini hasılat kirası olarak tahdit etmektedirler Bunu, ekseriya işletmenin cevherini teşkil eden

37) Bk. Baudry-Lacantinerie ve Wahl, Louage, t.l. p. 834, kiracıya tekrar serbestçe kiralama hakkını vermeyen İsviçre CO. (ileride, no. 17) mürekkep bir kira akdi olunca bu kaideyi sadece işletmeye inhisar ettirip ; işletmeye bağlı mahalleri kiraya vermekte kiracıyı serbest bırakmaktadır. (md. 264, 289/2).

38) Digeste, kitap : 50, 16. cı bab, de verborum significatione kanun: 198

39) Aynı müşahede, esaretin mevcut olması yüzünden gelişmesi uzun zaman imkânsız kalan cemiyet için de yapılmıştır. Em. Del. Chiaro, Le contrat de société en droit Romain, Thèse Nancy, 1928, p. 107 - 108.

gayn maddi haklara da teşmil ediyorlar.⁴⁰ Neticede bir hakkın veya arazinin kirası ile bir mahal kirasını birbirine karşılık olarak kullanmışlardır. Denisard'a göre, kiranın konusu ev ise buna âdi kira; eğer herhangi bir gayn maddi hakkın kullanılması veya arazi ise buna hasılat kirası denir.⁴¹ Pothier'de aynı şekilde yazıyor: Kira akdi, âdi kira denen şeydir; eğer kiranın konusu haklar veya arazi ise buna hasılat kirası da denir.⁴²

12 — İmdi, Medenî kanunumuz hasılat kirasını Roma telâkkisine götürürken - İleride no: 13 - Alman ve İsviçre kanunnameleri, hiç şüphesiz yok, doğrudan doğruya bizim eski hukukçularımızın mirasçıları olmuşlardır. İsviçre C. O. un 275. ci Md. sine göre: " Hasılat kirası bir akittir ki onunla kiralayan kiracıya ücret mukabilinde *hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktifatını terketmeyi istilzam eyler* ". Alman Medenî Kanununun 581. ci Md. sine göre : " Hasılat kirası mucibince kiralayan, kiracıya akit müddetince kiralananın kullanılmasını ve bir hasılat sayıldıkları müddetçe semerelerinden istifadesini temin eder. "

Bu kanunnameler, bütün kira konularını iki terimle ifade edemiyen Roma hukuku tasnifinin darlığından sıyrılmışlardır. Şehir mallarının kirası işletme kirasını ihtiva etmiyor; ve ziraî malların kirası da ancak ziraî işletmeleri ihtiva ediyordu. Bundan dolayı, ziraî olmayan işletme kiralaları bu tasnifin dışında kalıyordu. İsviçre ve Alman kanunnameleri aksine olarak, hasılat kirası mefhumunu bütün işletmelere dair hususî hükümleri mahfuz tutarak, bu kiralaların hukukî statülerinin genel çizgilerini tesbit ediyorlar. Onların, bir işletme fikrine yöneldiklerini anlamak için kanun metinlerini okumak kâfidir. " İşletme - exploitation - terimi hemen bütün maddelerinde tekrarlanmaktadır. İsviçre ve Alman kanun koyucularının niyetleri hakkında şüpheye düşmeye mahal yoktur.

Yalnız, tariflerinde işletme fikrini açık ve basit olarak belirlemedikleri için onlara tarizde bulunulabilir. Kendilerini kaypak ve vuzuhsuz inceliklere kaptırmışlardır. Her iki kanun koyucu da, kiracıya " kullanma hakkı " - droit d'usage - veren bir mal kirasına mukabil olarak kiracıya

40) Bilindiği gibi, eski hukukumuz vergi toplama hakkını - genel çiftliklerden ve genel çiftçilerden - Brissaud, Manuel d'histoire du Droit Français, t. 1, p. 946 - ve bazı kamu hizmetleri görme hakkını - Brissaud, op. cit. t. I. p. 838, note: 2 — hasılat kirası çerçevesine sokmaktadır.

“ kullanma ve istifade hakkı ” veren - un droit d’usage et un droit de jouissance - bir hak veya mal kirasını alıyorlar. Birinci terim; onlara göre âdi kirayı, ikinci terim ise hasılat kirasını ifade ediyor. - Geçerken, tariflerdeki doğru bir noktayı işaret edelim: ancak bir işletme kirası işletene gelir temin eder; aynı şekilde, bu akdin jus fruendi - semere alma hakkı - temin ettiğini de söylemek doğru olur. Halbuki âdi kira, kiracıya kiralanan üzerinde sadece jus utendi kullanma hakkı - temin eder.⁴³ Fakat, konularının maddî (bir mal) veya gayri maddî (bir hak) olmalarına göre iki akdi birbirinden ayırmak istemek boş bir fikirdir. Bir maddî mal kirası, hasılat kirası olabileceği gibi ; âdi kira da olabilir. Çünkü, maddî mal, bir bina, arazi, ziraî arazi, bir kelimeyle: bir işletme olabilir. Denisard ve Pothier’den sonra yeni kanunnameler bu noktayı idrak etmişlerdir. Bir kere, gayri maddî bir mal kirasının daima bir işletme kirasıyla bir arada bulunması gerekir mi? Misal verelim: bir evin müşterek malikleri, müşterek mülkiyet münasebeti devam ettiği müddetçe, aralarından bir kişiye, ücret mukabilinde, binada tek başına oturma hakkı sağlayan bir akit yapıyorlar. Bunların yaptıkları akdin konusu evin kendisi olmayıp, ev üzerinde müşterek maliklere ait olan müşterek haklardır.⁴⁴ İmdi, ister kiranın konusu bazı müşterek maliklerin hakları (yani bağlı olduğu gayri menkulden ayrı, gayrimaddî bir mal) olsun; isterse bütün müşterek maliklerin müşterek hakları (yani gayri menkulün bizzat kendisi) olsun, kiracı ancak ve ancak evi işgal hakkını, evi kullanma hakkını elde edebilir. Akdin ona verdiği hakkın mahiyeti değişmez.

Demek ki, hasılat kirasını belirten şey, ne kiralanan malın durumu, ne de maddî veya gayri maddî oluşudur. Bu vasıf ancak işletmenin iç bünyesine göre - la nature intrinsèque - belli olur. İşte, Roma hukukundan ve bizim eski hukuklarımızdan sonra German hukukçularının kanunî hale koydukları iktisadî gerçeklik budur. German hukukçularının tabirlerindeki vuzuhsuzluk, vaziyette bir değişiklik yapacak değildir.

43) Bu fikre boşuna olarak şöyle itiraz ediliyor: bir binanın kiracısı CC. in 1177. ci. md. sinin verdiği hakka dayanarak evi ikinci defa kiralar ve bu suretle semere alır. Bu fikir doğru değildir. Çünkü kiracı, asıl kiralayana karşı kiracı vasfını aldığı halde ikinci kiracıya göre kiralayan vasfını alıyor. Ancak bu son halde, aldığı sıfatla semere topluyor. Doğru düşünmek için son kiracı, yani malla doğrudan doğruya temasta olan kimseyi nazara almak gerekir: eğer kiracının daimî temas halinde bulunduğu mal jus fruendi temin ediyorsa ortada bir işletme kirası yani hasılat kirası vardır.

44) Bk. Pierre Voirin, note D. P. 1929. 2. 137

Çünkü, onların da düzenledikleri hasılat kirası bir işletme kirasının yeni bir şekilde tanziminden ibarettir.

13 — CC. maddeleri, kanun koyucunun, geleneksel mefhumu iyi kavnyamadığının ender bir misalini veriyor: Kanunu hazırlayanlar, bizim eski müelliflerimizde ve Roma hukuku formüllerinde ifadesini bulan ve devirlerine has olan iktisadî gerçekliklere bağlanmak hatasına düştükleri için, hasılat kirasını “ ziraî işletme ” mefhumuna sıkıştırmışlar ve sahasını daraltmışlardır. 1711. ci md. ye göre: “ ziraî malların kirasına hasılat kirası denir. ”

Belki, kanun koyucuların “ ziraî ” terimiyle hiç bir hususî durumu kasdetmedikleri akla gelebilir; fakat 1711. ci md. ile 687. ci md. karşılaştırılırsa, müelliflerin veya içtihadın böyle bir fikre bağlanmak teşebbüsünde bulunmamaları gerektiği anlaşılır: irtifak hakları, arazi için tesis edilmişlerse, ziraî irtifak hakları adını alır; binalar için tesis edilmişlerse, binanın durumundan müstakil olarak, şehir - urbaine - irtifak hakkı ismini alır. 1711. ci md. nin ön gördüğü ziraî mallar için neden başka bir durum bahis konusu olsun?

Acaba, CC. i kaleme alanlar, hasılat kirasının bütün ziraî işletmelere tatbik edilebileceğini mi düşünmüşlerdir? şüphelidir. Çünkü, hasılat kirası için takip ettikleri hususî yol, sadece tek bir ziraî işletme çeşidini ön görüyor: çiftlik işletmesi. Hattâ bu dar sahada bile kanun metnini ele alanların, ne ekonomik gerçeklikleri ne de bu gerçeklikleri ifade edecek olan işletme mefhumunu idrak ettikleri şüphelidir. Kendilerini kelimelere kaptırarak, kanun çokluğu karşısında, hasılat kirası ile âdi kira arasında sadece kelime benzerliği olduğunu anlamadan bu iki akdi birbirine karıştırmışlardır. Şayet, aynı bir bölümde, hasılat kirasına dair hususî hükümler koymuşlarsa bu bir itiyadın eseridir. Zira, o kadar arzulanı ekonomik gerçekliklerden tamamen ayrı olan bu hususî bölüm, hasılat kirası hakkında bulanık bir fikir veriyor ve onun esaslarını ancak kırntılar halinde belirtiyor. (Bk. ileride: no. 17) Kanun hakkındaki ilk çalışmalar gözden geçirilirse, bunu kaleme alanların kelimelere kapıldıkları görülür. Pasif bir işgalle değil, devamlı bir işletmeyle arazinin veriminin temin edilip edilmediğini hiç nazara almadan, onlar sadece semelerin vafı üzerinde durmuşlardır.

Mauncault, komisyona verdiği raporda şöyle diyordu: “ Ziraî bir malın yani sınaî veya tabii semere veren arazinin kirasına hasılat kirası de-

nir; medenî semere veya kira bedeli getiren bir bina veya ev kirasına da âdi kira denir.⁴⁵ ”

Bu nazariye, kanunda yer bulamamakla beraber, umulmadık bir talihe erişti: müelliflerin çoğu, ihtiyaca göre tarifin temellerini kurmadan⁴⁶ ve onu bir kere daha gözden geçirmek ihtiyacını duymadan kendilerini cazibesine kaptırdılar. Bir çok mahkeme kararları ona atıfta bulundu.⁴⁷ Halbuki, bu tarif yarım hakikati ifade ettiği gibi, çatısı da kolay tenkitlere müsaittir. (Yukarıda no: 5).

Demek ki, CC. iki meseleye temas ediyor: bir taraftan, hasılat kirasının inkişafında bir duraklama, hattâ bir gerileme (kanun, bizi, devrinin ekonomik şartlarından dolayı meşru görünen fakat çağdaş medeniyetimizin yanında müdafaa edilemiyen Roma hukukumuzun dar anlayışına götürüyor) ; diğer taraftan da, hasılat kiralarna has rejimin yegâne sağlam temeli olan geleneksel anlamda bir bulanıklık.

1804 den sonraki kira mevzuatı da, âdi kira mefhumunu, İsviçre ve Alman kanunnamelerindeki gibi, yalnız eşya kirasına inhisar ettirmekte, belki de içtihat bunu böyle tefsir etmektedir.⁴⁸ Bu hal ise, yukarıda no: 12 de yapılan tenkitlere maruzdur.

14 — 7 Mart 1929 tarihli yeni Belçika kanununda da aynı vuzuh-suzluk vardır.⁴⁹ Şüphesiz, münhasıran temas ettiği zirai işletmeler (çift-

45) Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, t. XIV, p. 322 - Demek ki tarif tamamen yeni değildir; daha evvelki eserlerde de aynı fikre rastlamak kabildir. Bk. M. Code rural ou maximes et réglements concernant les biens de campagne, 1762, t. 1, p. 99

46) Laurent, t. XXV, p. 472. Guillouard, Louage, t. II, no. 452; Baudry - Lacantinerie et Wahl, Louage, t. II, p. 833 ; Lalou, note DP. 1924. I. 221 ; Dalloz, Rép. prat. V. Louage, no. 1309.

47) Bruxelles, 29 Kasım 1809, s. 1910. 2. 150; Pau, 14 Ocak 1899, s. 99. 2. 80 ; DP. 99. 2. 312 ; Melvn Huk. Mah. 19 Mayıs 1921. Gaz. des' trib. 5 Temmuz 1921; Seint-et-Marn Huk. Mah. 23 Mayıs 1928, D. Hebd. 1928. 299

48) Bu suretle, bir hakkın kiralınması, gerek kira bedelinin yeniden gözden geçirilmesini ve gerekse müddetlerin uzatılmasını ilgilendiren mevzuatın tatbikat sahasından hariç tutulmuştur. (6 Temmuz 1925 kanunu) Paris, 19 Ocak 1929, DP. 1929. 2. 737 ; Hautes - Alpes Huk. Mah. 2 Mart 1927 DP. 1929. 2. 103.

49) Bk. Loir, Commentaire législatif et pratique de la loi 7 Mars 1929 portant révision des articles du CC. relatifs au bail à ferme, Bruxelles Larcier, 1929 ; Bruxelles, Hauchamps, 1929 ; Gourdet et Closon, Le bail à ferme, commentaire du CC. sur la matière et des modifications y apportées par la loi du 7 Mart 1929, Bruxelles, Bruylant, 1929.

lik, orman, bahçe işletmeleri) için işletme mefhumuna daha uygun gelen hal çareleri bulmuştur. Fakat, hazırlayıcı çalışmalarda, hasılat kirasının tarif edilmesini ısrarla isteyen millet vekillerine verilen cevaplarda tereddüt görülmektedir. Bakan Baels, yukarıda işaret edilen Mauricault'un tarifini ortaya attı.⁵⁰ Fakat gayretler, daha ziyade zirai malın dar anlamı ile geniş anlamı arasındaki farkı tesbit ve geniş anlamı bertaraf etmek için sarfedildi. Bundan dolayı, içinde dar anlamın ifade edildiğini sanarak kullandıkları terimler, vuzuhsuzluğa ve kafalarda genel olarak hüküm süren kaşıklığa meydan verdiler. M. Van Dievoet şöyle diyor : " Kanun, ziraat yapmak üzere işgal edilen her mala uygulanır.⁵¹ " Fikrimizce, âdi kiracını nbir mahalli işgali ile çiftçinin işletmesi birbirlerine tezat durumdadırlar. Ve ancak hasılat kirası mefhumunu işletme mefhumuna bağlamak suretiyledir ki, bu mefhumu açıkça izah etmek mümkün olur. Şu halde, herkesin, ekonomik gerçekleri nazara alarak anlayabileceği basit bir fikri açık olarak izah etmek güç müdür?

§ : 2 — HASILAT KIRASININ MUHTARİYETİ

15 — Hasılat kirasındaki ölçünün mesnedi olan mutalar, bir bakıma onun muhtariyet prensibini teşkil ederler. Bu kiranın konusunun işletme olması, âdi kiradan mutlak olarak ayrı bir nizama tabi tutulmayı istiyor. Bu suretle, işletme mefhumu, hasılat kirasının genel statüsünün çekirdeği olmaktadır. Bunun teferruatı da, kiraya verilen işletmenin cinsine göre, çeşitli inkişafı ve inceliklere elverişlidir. Biz evvelâ bu statünün esas hatlarını belirteceğiz. Sonra da, bu günkü kanunumuzda daraltılmış bulunan hasılat kirası mefhumunu en geniş mânada tatbik edebilmek için ne gibi imkânlar ortaya konabileceğini araştıracağız.

16 — A) Fikrimizce, hasılat kirasının muhtariyetini sağlayan başlıca hususiyetleri şunlardır : çiftçinin - kiracının - şahsı, işletmenin faaliyeti, semere vermesi, akdin müddeti.

Şüphesiz, bu hususiyetler ve teferruatı, daima aynı değildirler. İşletme mefhumunda farklar vardır. Bilhassa burada iki kısım işletmeyi birbirinden ayırmak lâzımdır: Bazı kiralarn konusu, çalıştırılmalarına fasıla verilince cevheri ağır zarara maruz kalabilecek işletmeler olabilir. (Meselâ ticarî veya zirai işletme). Halbuki, bazı kiralarn konusu, fasılahı işletilse bile, hasılatına noksan gelmeyecek işletmelerdir. (Meselâ

50) Annales parlementaires, Chambre des députés, séance du 31 Ocak 1929, p. 542.

51) Adı geçen eser, s. 545.

maden ocakları, taş ocakları, balık avlama hakkı, avlanma hakkı)⁵². Bi-naenaleyh, işletme borcu, (ileride n. 19) ve işletmenin devamlılığını temin etme borcu (ileride n. 21) ancak birinci nevi işletmelerin kiracısına düşer. Bununla beraber, ikinci nevi kiralalar da, âdî kiradan farklı olarak, işletme kirasına dahildir. Çünkü, âdî kiradan farklı olarak, kullanıldıkları zaman fena işletilmeleri yüzünden atıl bir hale gelebilirler ve bundan doayı, kiracının şahsi meziyetine (intuitus personae) muhtaçtırlar. Bu kiralalar, işletilmeleri, kiracıya mülkiyetin semerelerini temin maksadını taşıır. Nihayet, bunlarda daima müddet unsuru vardır.

17 — 1') İşletmenin şu kiracıya - çiftçiye - değil de bu kiracıya terk edilmesinin kiralayan için önemsiz olduğu söylenemez. Çünkü işletmenin kiracı tarafından kullanma tarzı kiralayanın mameleğine tesir eder. Intuitus personae kiralayanın taahhüdüne hâkimdir. Hasılat kirası, - çiftçinin - zatındaki hatadan dolayı feshedilebilir mi ve kiracıya tanınan hak, şahsa bağlı bir hak mıdır, böyle telâkki edilmezse, tesadüfi bir ölümle, tekrar kiralama veya temlikle, kira hakkını elde eden meçhul bir kimseye işletmesini devre mecbur olan kiralayanın, kendi kiracısını secmesi neye yarar? Kiracının işletmeyi doğrudan doğruya işletmesine mâni olan tekrar kiralama veya kira hakkının temliki, şiddetle men edilmeli, hiç olmazsa kiralayanın müsaadesiyle mümkün olmalıdır.⁵³

52) Arzdan maden çıkarmak, bir kira olarak tavsif edilmektedir, (Paris 25 jûin 1885, DP. 87. I. 79 ; Amiens, 19 janv. 1905, DP. 1905. 2. 35 ; Req. 12 déc. 1887, DP. 81. I. 429 ; Req. 10 mars 1914, DP. 1916. I. 127 ; Trib. Civ. d'Aix, 26 nov. 1928, Gaz. Pal. 3 jan. 1930, p. 3, dip notu: g ; ve bakınız : M. Ripert, Note DP. 1923. 2. 97. Fakat bu görüş gittikçe terk edilmektedir. Bu muamele, umumiyetle arzdan çıkarılan maddelerin veya madenlerin satışları olarak kabul edilmektedir. (Civ. 26 nov. 1845, DP 46. 1. 20 ; 26 janv. 1847, DP. 47. I. 80 ; 5 mars 1855, DP. 55. I. 123 ; 6 mars 1855, D. P. 55. 1. 83 ; 28 janv. 1857, D.P. 57. 1. 391 ; Req. 15 déc. 1857, D. P. 59. 1. 366 ; Civ. 4 aût 1886, D. P. 87. 1. 36 ; Req. 15 fevr. 1893 D. P. 92. 1. 292 ; 14 jûin 1895, D. P. 95. 1. 503 ; 2 fevr. 1914, S. 1918. 1. 242 ; Lyon, Smars 1928, D. P. 1929. 2. 91, M. Frejaville'in notu ile). Bu münakaşada fikir beyan etmiyeceğiz.

53) Buna mukabil, kiracıyı, borcunun bir kısmından kurtaran ve gine işletme hakkını münhasıran kendisine veren akitlerin muteber olduğunu kabul ediyoruz. Meselâ, ticari bir işletmede kiracı kendi idaresinde bir müdür tutabilir. Ziraî bir işletmede, arazinin bir kısmını veya tamamını bir ortakçıya teslim edebilir. Çünkü ortakçılık statüsü, kiracının idare hakkını tamamen mahfuz tutmaktadır. Temmuz 18, 1889 kanunu, md. 5, P. Voirin, Note DP. 1929. 2. 8. Col. I.

Kira hakkı kiracının mirasçılara geçmemelidir. Veya hiç olmazsa en yakın mirasçılara, babalarıyla veya karlarıyla iş birliği ederek çalışma metotlarını devam ettirebilecek olan çocuklara veya karılara intikal etmeli ve bunların mutlak bir şekilde baba veya kocalarının aynı mesleki vasıfları taşımaları istenmelidir.⁵⁴

Bazı yabancı kanunlar, bu mantıki hal çarelerine yer vermişlerdir. İsviçre CO. 289/I. maddesine göre, kiracı, kiralayanın rızası olmadan kiralananı kiraya veremez. Intuitus personae'yi bütün kiralarda, hattâ âdi kirada bile kanunlaştıran Alman Medeni Kanunu, (madde: 549) hasılat kirasındaki istifade hakkının şahsa bağlılık vasfını şu şekilde belirtiyor : “ Âdi kirada, kiracının evi tekrar kiralamasına haksız olarak mâni olunursa, kiracı akdi feshedebileceği halde, hasılat kirasında bu hak kiracıya tanınmamıştır ” (md. 596/1). 19 Haziran 1902 tarihli Finlandiya kanununun 3, 7, 8⁵⁵ ve 17 Haziran 1907 tarihli İsveç kanununun⁵⁶ II. kısmının 8, 9. cu maddeleri şu kaideleri koyuyor: kiralayanın rızası olmaksızın kiracının, işletmenin bir kısmını veya tamamını üçüncü bir şahsa terkedememesi; birinci batın fûru mirasçılardan kirayı devam ettirebilmeleri selâhiyeti, ve nihayet, kaydı hayat şartıyla kiralarda dul karıya, kira akdinden evvel evlenmiş olması şartıyla ve yeniden evleninceye kadar işletmeyi muhafaza hakkı.

Bu yabancı kanunların yerinde hükümleri, sadece zirai işletmelere değil, evleviyetle bütün işletmelere tatbik edilebilmelidirler. Ticarî sermayenin cevheri, çekirdeği olan müşteri, hassas bir değer olup; eğer işleten kimse, yerini ehil olmayan bir kimseye terk ederse, yok olmak; hiç olmazsa azalmak tehlikesine maruz kalabilir. Her ne olursa olsun, kanunumuz, hattâ dar zirai işletme mefhumunda bile bu noktaları nazara almamıştır. Pothier, âdi kirada olduğu gibi, hasılat kirasında da kiracıya tekrar kiralama hakkını tanıyordu.⁵⁷ Fakat şunu ilâve ediyor : “ Hasılat kirasında (şiddetle) tatbik edilemiyen tekrar kiralama yasağı, hasılat kirasında daha tahdidi olarak tefsir ediliyor.⁵⁸ ” Millet Meclisinde, CC.

54) Kanunun, ortaklıkta ön gördüğü intuitus personae'nin içtihatlarında bu kadar sert tefsirini gerektiren telâkki bu mudur? Montluçon hukuk mahkemesi (31 janv. 1930, Gaz. Pal. 20 Mart 1830) koca ve karının birlikte olarak akdettikleri böyle bir akdin, kocanın ölümüyle nihayet bulacağına hükmetmiştir.

55) Annuaire de législation étrangère, 1903, p. 603

56) Aynı eser, p. 783

57) Pothier, Traité du louage, ad. Bugnet, t. IV. n. 280

58) Pothier, aynı eser, n. 284

projesinin münkaşası sırasında, müstakbel 1717. madde görüşülürken bunun hasılat, kirasına ne kadar uymadığı belirtildi. Bigot-Préameneu, şu cevabı vermekle iktifa etmişti: “ Tekrar kiralama hakkı ancak bir ev kirasına ait olup, bir zirai işletme kiracısına tannamaz.⁵⁹ ” 1717. madde. deki “zirai kiralarda ev kiralarna ait müşterek hükümlerden” ve ortakçı mukavelesini⁶⁰ ilgilendiren 1763. maddeden başka bir yerde de kiranın temlikine veya tekrar kiralamaya mâni olan bir hüküm yoktur. Fazla olarak, tarafların ölümünden sonra da akdin devam edeceğini kaydeden 1742. md. hasılat kirasına da tatbik edilebilir.⁶¹ Kanunumuzda bu noktada tam bir noksanlık vardır.⁶²

Hasılat kirasında, ekonomik gerçeklerden dolayı, bilgi isteyen intuitus personae kanunda müeyyidesiz bırakılmıştır.⁶³

18 — 2) Hasılat kirası, kiracıya hususî borçlar yüklüyor: işletme borcu, muayyen bir tarzda işletme borcu ve kiranın hitamında işletmenin devamlılığını temin borcu.

19 — a) İşletme borcu — Adi kirada kiracı, binaları fiilen işgal ederek akitteki hakkını kullanmak mecburiyetinde değildir. Sadece kâfi derecede eşya yerleştirmekle mükelleftir. (1752 md.) Fakat bu, sadece kira bedelinin teminatı için olup, kiralanan yerin değerini muhafaza etmek için değildir. Zirai bir işletme için kaleme alınmış olan 1766. cı madde ise farklı bir hüküm koyuyor: kiracıyı - çiftçiyi - , zirai arazi için sürüleri, işletmeye yarayan âletleri tedarik etmeye mecbur tutuyor ve ziraat

59) Fenet, adı geçen eser, t. XIV, p. 236

60) Bununla beraber, kanun, ortakçı mukavelesinde maliki idare hakından mahrum etmeden intuitus personae'yi öngörüyor, evleviyetle, ihtimamlı idareyi kiracıya nakleden hasılat kirasında da ön görmesi gerekir.

61) 18 Temmuz 1889 kanununun 6. cı maddesi ortakçılık için muhalif bir hüküm koyuyor; şuna da işaret edelim ki, ortakçılık ta intuitus personae taraflar arasındaki bir nevi şirket münasebetinden çıkmaktadır. Zira, ortakçılık, ortakçıyı işletmeye şerik yapıyor, yoksa ona idareyi vermiyor.

62) Bakınız : Pierre Voirin, Note DP. 1928. 2. 197

63) Bu noktada, 7 Mart 1929 tarihli kanunla Belçika'da hasılat kirasına yapılan yenilik noksandır. Belçika CC. nin yeni 1741. ci maddesi kiracının mirasçularına sadece bir fesih hakkı vermekle iktifa ediyor. Bu neye yarar? İşletmeye bizzat kendileri devam etmek istemezlerse, kirayı temlik etmek veya ikinci bir kiracıya vermekte serbest değil midirler? Bundan başka, mesele iyi vaz edilmemiştir. Esasında, kiralayanın durumu nazara alınmalıydı: çünkü, intuitus personae tek taraflıdır; sadece kiralayanı bağlar: vefat eden

ışını terketmemek külfetini yüklüyor. Şüphesiz, çiftçinin araziye yerleştirdiği menkuller, getirdiği hayvanlar ve âletler kira bedelinin teminatıdır. Fakat, haklı olarak belirtildiği gibi,⁶⁴ kira bedeli, bilhassa kiralık yerlere yerleştirilen mahsullerle teminat altına alınır. (1767 md.) Hat-tâ kanun, hayvanları ve âletleri, kira bedelinin teminatı olacak miktarda talep etmeyip, sadece işletmenin normal çalışmasını temin edecek miktarda istiyor. Belki de işletme fikrinin SARAHATEN nazara alındığı tek yerde, kanunun ifadesini bertaraf etmekte ısrara ne lüzum var?⁶⁵

Zirai işletme münasebetiyle kanunun hüküm altına aldığı işletme borcunun mevcudiyetini ekonomik mutalarda aramalıdır; çalıştırılmayan veya terk edilmiş bir işletme, harap bir mal sayılır. Ekilmeyen zirai bir arazi, az bir müddet sonra ekilmeye elverişsiz olur. Haklı olarak şu mü-talâa ileri sürülebilir : “ Toprağın, kendisine harcanan emek nisbetinde değeri vardır. O şekilde ki, işlenmiş bir araziye kiralayan bir kimse, bu araziye, çiftliği işlenmiş bir halde bulundurmak için harcanmış olan emeğin mukabili olarak bir kira bedeli vermeğe mecburdur⁶⁶ ” Bu görüşü genişletebilir miyiz? Bir ticarî sermaye işletilmezse dağılacak olan, o kadar çalışmayla toplanabilen müşterilerdir; kıymetten düşecek olan, mar-meleki değerdir. Bir ihtira beratı işletilmediği takdirde, kısa zamanda iş-letme inhisarının kaybedilmesi mümkündür. (1 Temmuz 1906 kanu-nuyla tamamlanan 5 Temmuz 1844 kanununun 32/2 maddesine göre, üçüncü senenin sonunda tam olarak elden çıkarma ve mecburî lisans sistemini koyan kanun projesine göre, tazminatla tahfif edilen bir elden çıkarma). Buradan da anlaşılacağı gibi, işletme borcu hasılat kirasının muhtar hukukî statüsüne hâkim bir unsurdur.

20 — b) İşletme metotları - Ortakçılık mukaveleleri ile ticarî ser-mayenin idaresine taallük eden mukavelelerden farklı olarak, hasılat ki-rası, kiracıya istifadesini sağlayan işletme hakkı verir. Fakat, akitle bağlı olan kiralayan, her ne kadar, akdin devamı müddetince işletmenin ida-resine müdahale edemezse de, hiç olmazsa, akde işletme tarzını ilgilendir-en çok sarıh hükümler koyabilir. Ve, CC. in 1134. maddesinin âmir hükmüne göre bu şartların harfi harfine tatbiki kiracıyı, işletmenin kenarına atıverir. Bununla beraber, metinlerin lâfzi tefsirinden kurtulursak,

kiracıya gösterdiği itimadın aynını gösteremeyeceği mirasçılara “ kendi ” iş-letmesini terketmeye zorlamak mantıkî değildir.

64) Planiol, Traité élém. de droit civil, t. II, 10 éd. 1926, n. 1701, p. 590

65) Müşahedemiz, Colin et Capitant, cours élém. de droit civil, t. II, 1, éd. 1929, p. 556 daki fikirlerini hedef tutmaktadır.

66) Revue notariat, 1928 V, 33.

işletme metodlarından dolayı çıkan ihtilâfların, görenekle tekâmül arasında mevcut ihtilâfların hususî bir şekli olduğunu görürüz. Kiraya verilen malıyla doğrudan doğruya olan ilgisini keserek, işletmenin ihtiyaçlarından ve yeni sosyal hâdiselere ayak uydurmasından, ilmi ilerlemelerden, ekonomik şartlardan muhtemelen habersiz olduğu için, kiralayıcı ekseriya eski geleneğe bağlıdır. O, kira akdine formülleşmiş fakat eskimiş olan alışılmış şartları koymak isteyecektir. Aksine olarak, kiracı, idare ettiği işletmeyle daimî temasta olduğu için, ihtiyaçları daha iyi kavrayacak ve tekâmülün ön safında yer alacaktır. Ve, giriştiği teşebbüslerle, akdın taktığı zincirleri koparmak isteyecektir. İşte bu sebepten, mücadele ve dava çıkıyor. Bilhassa hasılat kirasının çok eski şekillerini temsil eden zirai işletmeler, bu nevi ihtilâflar için çok müsait olmaktadır.⁶⁷

7 Mart 1929 tarihli Belçika kanunu, kiracının - çiftçinin - zirai hürriyetini, CC. in 1766. cı (bis) maddesini ithal ederek, şu şekilde temin etmiştir : “ M. Merget'nin de, maddenin münakaşaları sırasında belirttiği gibi, bu madde, çiftçiye kabiliyetini göstermesi, arazinin işletmesinde daha rasyonel olduğuna inanılan şu veya bu metodu tatbik etmesi, işletmenin yapısına uyan şu veya bu ziraat şeklini tatbik edebilmesi ve genel menfaat çerçevesi dahilinde verimini artırması ve meşru menfaatlarını temin edebilmesi için, akde konulan tahdidi şartları batıl ad-detmektedir.⁶⁸ Meselâ, kiralayan kira akdinin devamı sırasında kiracıya araziye üç defa gübrelemek mecburiyetini şart koyamayacak, bir gübrelemeden iki defa semete almasına mâni olamayacak ve nadas usulünü veya şu neviden kimyevi gübre kullanmayı men edemeyecektir. v. s.

Sarih bir kanun metni yoksa da, Fransız içtihadı, hasılat kiralalarında geleneğe bağlı kalan tahdidi şartların neticelerini geniş mikyasta

67) Doğrusunu söylemek gerekirse, bu nevi ihtilâflara âdi kirada da tesadüf edilmektedir. Biz, “ tehlike yaratan şey ” mefhumunu tetkik ederken. (D. H. 1929, Chronique, p. 1-4) bu hususa dair misaller bulduk. Pek yakında, 1 Nisan 1926 tarihli kanunun 14. maddesini değiştiren 29 Haziran 1929 tarihli kanun, bu mahiyetteki ihtilâfları kiracının lehine olarak hallediyor. Bununla beraber, esaslı bir fark var: âdi kirada, ihtilâf sadece oturan kimşenin rahatlığını ilgilendirdiği halde, hasılat kirasında işletmenin müsmirliğini ilgilendiriyor. Ve buradan, hususî sahayı aşan, millî ekonomiyi ilgilendiren menfaatlere dokunuyor. L. Brocard, Principes d'économie nationale et internationale, Sirey, 1929, t. 1, p. 104.

68) Annales Parlementaires, Chambre des representants, sess. 1926-19 p. 504.

bertaraf ediyor, çok defa içtihat bu şartları bir “ yazış şekli ” olarak tavsip edip, mevcut değilmiş gibi kabul ediyor. ⁶⁹

Diğer kararlar, daha doğru mucip sebeplere dayanmaktadır : şayet, kiracının yaptığı tadilat kiralayana zarar verirse, kiracı zamin olur. (md. 1766, &. 1, son). Fakat bu tadilat, bir gelişme sağlar ve işletmenin cevherini incitmeden istihali arttırabilirse, kiralayanın şikâyete hakkı yoktur. O zaman kiracı kira akdindeki şarta müeyyidesiz olarak karşı gelebilir. CC. 1734/1, hukukumuzun diğer bir genel kaidesiyle bertaraf edilmiş bulunmaktadır. Ortada zarar yoksa dava da lâzım gelmez. ⁷⁰ Tadilat ancak şu halde zararı mucip olabilir : o bölgenin ziraatçıların büyük bir ekseriyeti eski âdetlere bağlı oldukları için kiralayan, akdın hitamında işletmeyi kiralayacak yeni bir kiracı bulamazsa. Bu tehlike karşısında içtihat, kiracının akitte şart koşulan zırai ekim şeklini tadil edebileceğini, fakat akdın hitamında, işletmeyi başlangıçtaki zırai ekime muvaffık şekilde terketmekle mükellef olduğuna karar veriyor. ⁷¹ Yukarıda adı geçen Belçika kanunu da, bu zarureti nazara alıyor, ve prensip olarak vaz'ettiği ziraat serbestisini tadil ediyor. ⁷²

Mamafih Belçika kanunundaki hükümler, Fransız içtihadının erişemediği bir tesiri haizdirler. Zira, öyle şartlara tesadüf ediliyor ki, çiftçiye tahmil edilen tahditlerin, mukaveleyi münfesihten kılmaları temin ediliyor. İmdi, Belçika kanununun kabul ettiği hükme benzer bir kanun hükmü olmayınca, Fransız kaza mercileri ister istemez akde riayet kaidesine boyun eyiyorlar. Bir hasılat kirası akdi, ziraat yapılan araziye konulan samanların gübre haline getirilmemeleri halinde, akdın infisah edeceği şartını ihtiva ediyordu. Kiracı, 240.000 demet saman topladı. Ancak bunun 16000 ini satabildi. Fakat diğer taraftan, mühim miktarda kuru ot, kimyevî gübre ve tabii gübre satın almıştı. Bunların değeri, işletmenin değerini aşmakta idi. Temyiz mahkemesi, bu fesih şartını kabule mecbur oldu. “ Çünkü, diyordu, hakkaniyet mülâhazasıyla yargıç, vazih mukavele şartını tatbikten kaçınmaz ”. ⁷³ Bu görüş, halih-

69) Bruxelles, 24 Mart 1807; chron; Douai, 10 févr. 1860, Pand. Franç. Répertoire V. Bail à ferme, n. 231. Trib. Civ. d'Arras, 29 nov. 1845; DP. 1847. 2. 207; Orléans, 21 juill. 1877, S. 77. 2. 292

70) Douai, 20 Mars 1846, D. 47. 2. 207; S. 47. 2. 385. Pand. franç. 46. 2. 109; Req. 26 déc. 1858, D. P. 59. I. 136 ve S. 80. 1. 66.

71) Orléans, 21 juill. 1877, yukarıda geçti. Paris, 21 févr. 1822, chron

72) Belçika kanununun kabul ettiği şartlar esasen Fransız mahkeme içtihatları tarafından müeyyidelendirilmiştir. (Amiens, 15 déc. 1898, D. P. 1900. 2. 46 ve S. 1900. 2. 278; 7 mars 1906, S. 1906 2. 144).

73) Civ. 10 mars 1919, S. 1920. I. 105.

zır hukukumuzun, hasılat kirasının ihtiyaclarına göre tanzim edilmesi gerektiğini gösterir.

21 - c) İşletmenin devamlılığı — İşletme faaliyetine fasıla verilince işletme değerden düşecek durumda ise, akdin hitam bulduğu anda işletme faaliyetinin durmasından kaçınmak lâzımdır. (Yuk. n. 16 ve 19) Halihazır kiracı ile onun halefi arasında intikal muamelesini düzenlemelidir. Bu düzenleme işi, ziraat hukukunun sahasını geçer. Aynı şekilde, ticari sermaye kirası da, akdin hitamında kendinden sonra gelen kiracı - işletmeciye sermayeyi teslim etmelidir. Bu hale, ticari sermayenin satışında da tesadüf edilir. Bizim müsbet mevzuatımız işletmenin devamlılığını temin etmiştir. 1) kiracı akdin hitamında işletmeyi teslim alırken mevcut ekim tarzını aynen muhafaza edeceğine dair olan şart, kanunen himaye görmektedir. (yuk. n. 20. 2) Çıkan kiracı, senelik kuru ot ve samanları bırakmaya mecburdur. (CC. 1178 md.) 74

3) Çıkan kiracı ile giren kiracı arasındaki münasebetler tanzim edilmiştir. (CC. 1777. md.) Bilhassa bu son hal, hasılat kirasının hususiyetine bir karine teşkil etmektedir.

CC. i kaleme alanlar toprağın eski üçlü ekim tarzını kabul etmişlerdir. Eylülde buğday ekimi, Mart - Nisanda yulaf ve arpa toprağın üçüncü kısmı ise nadasa terk edilir. (Eskiden nadas toprağa hiç bir şey ekilmezdi, - ölü nadas - bu gün sebze veya hayvan yemi ekilmektedir - canlı nadas - Bu halde, akit hitam bulursa, nihayete eren istifade hakkıyla başlayacak olan yeni istifade hakkı arasında zaruri olarak bir intikal devresi hasıl olmaktadır. Yeni kiracı, ekim usulüne uygun olarak, tohum ekmek için nadas toprağa giriyor, müstakbel mahsulü hazırlıyor, halbuki çıkan kiracı ektiği topraklardaki mahsulü idrak edilinceye kadar işletmede kalıyor. 1777. madde, bu intikal devresini nazara almaktadır. 75 Kiranın yapıldığı yıl ile ekim yılı birbirine uymamakta, karışmaktadır. Çıkan kiracı ekilen topraklardan mahsulü topladığı zaman giren kiracı nadas toprakları ekmeye başlamış bulunuyor. İşte, işletmeye arz olan fasıla bu sebepten ileri gelmektedir. Bu suretle, işletmenin devamlı olması için bir takım tedbirler alınabilir. Bununla beraber, ortada yalnız bir tane hasılat kirası akti vardır. Kiracılar hiç bir zaman kira bedelinden aynı zamanda ve müteselsilen mesul değildirler. Bu durum karşısında, intikal devresi acaba yeni kira akdine mi yoksa eski kira akdine mi ait-

74) Besançon, 29 oct. 1928, D. hebd. 1929, 11.

75) Bkz. Req. 12 juin 1903, S. 1904. I. 133

tir ? Reims hukuk mahkemesi yeni kiracıya ait olduğuna hükmetmişse de,⁷⁶ Paris Temyiz Mahkemesi hükmü bozmuştur.⁷⁷ Çünkü, yeni kiracı için ancak bir hazırlanma devresi bahis konusu olup, her ne kadar zilyet olmuşsa da, bu devre zarfında o, işletmeden istifade sağlayamaz. Halbuki çıkan kiracı, aynı müddet zarfında mahsulü toplamaktadır. Me-seleyi, mahsuller nazara alınarak halletmek, bizce, tetkik etmekte olduğumuz hasılat kirasının muhtariyetine de uygun düşmektedir.

22 - 3) İşletme, hasılat verir. İşletme kirası, kiracıya, işletmeden semere almasını temin eder.⁷⁸ Hususiyle, zirai işletme bahis konusu olunca, CC. i kaleme alanlar bunu iyi kavramamışlardır. Hattâ hazırlayıcı çalışmalarında, bu fikri biraz da mübalâğalandırmışlardır. MAURICOLT, komisyona verdiği raporda şöyle diyordu:⁷⁹ Bu akit, müstakbel semereleri satış akdi olup, semereler olgunlaşmış akit mevzuu oldukları an akit tahakkuk etmektedir. Bu satış, akde konu olan semerelere değil akdin devam ettiği müddetçe hasıl olacak bütün semerelere taallük eder. " Hakikatte, hasılat kirası " bir nevi satış akdi " değildir. Ve, işletmenin semereleri bu akdin maddesi " yani konusu değildir. Akdin konusu, işletmenin neticelerinden ziyade, işletmenin kendisidir. Burada müstakbel semerelerin, götürü bir senelik ücret mukabilinde satışı mevcut olmayıp, sadece kira akdi vardır. Hattâ, istisna akdi amel kirasının bir çeşidi olup, müteahhidin, karşı akide teminini taahhüt ettiği müstakbel şeyin satışı değildir. Fakat, nasıl ki, müteahhit kendi emeğini muayyen bir netice temini için, yani semere istihsali için kiraya vermektedir.⁸⁰

Buradan, bazı hukuki neticeler çıkmaktadır.

76) Trib. civ. de Reims, 12 août 1864. DP. 64. 3. 109.

77) Paris, 22 juin 1865, D. P. 65. 2. 141 et S. 65. 2. 329

78) " Frugifère " kelimesi, 1652/3. maddenin hukukî tefsirinden de anlaşılacağı gibi, müphemdir. Bazan, kiralananmaya elverişli her şey " frugifère-semere veren- olarak telâkki edilmekte; (Req. 19 juin 1928, D. P. 1928, I. 144); bazan da " durumunda hiç bir değişiklik olmadan, mukavele ve teslimi müteakip, kendiliğinden semere ve gelir sağlayan şey " mânasına alınmaktadır. Meselâ (ticarî işlerde kullanılmak üzere kiralanan bir mahal, kiracının kâr teminine yardım eder; fakat boş iken hiç bir gelir veya semere getirmez. (Lyon, 20 dec. 1926, D. Hebd. 1927, 159). Biz, " frugifère " kelimesini bu ikinci mânada alıyoruz. İşletme, ikinci defa kiralanasına lüzum olmadan ve kiracının, onunla olan doğrudan doğruya münasebetini devam ettirmesiyle, semere verir.

79) Fenet, op. cit. t. XIV. p. 336.

80) Bundan dolayı, hasılat kirasını belirtmek için, bazan kira bedellerinin işletmeye evvelce harcanan emeğin ücretini temsil ettiğini söylerler. (Yuk. s.

Birincisi - ki zirai işletme münasebetiyle CC. 1769 - 1771. md. lerde yer almaktadır - şöyle hülâsa edilebilir: Kiracı mücbir bir sebepten ötürü semereleri toplayamazsa kira bedelinden tenzilât talebine hakkı vardır.

İkincisi - ki bankonotun mecburi tedavülü sırasında içtihat tarafından ortaya atılmıştır - semereleri paradan gayri eşya olan her nevi işletmeyle ilgisi vardır : Bu fikre göre, kiralayan, nev'iyle belli muayyen miktarda eşyaya tekabül eden bir ücreti kabul edebilir. Eşyanın zati değeri para kurunun arzettiği değişikliklerden müteessir olmayacağı için kiralayan bu nevi ödemedi kendine büyük himaye temin edecektir. Hattâ, kiralayan, kiracıyı hububat veya malın tediye zamanlarındaki değerine göre kirayı ödemekte muhtar bırakırsa dahi, durum değişmez. Douai mahkemesi, bu şartın kiracıdan istenen edimle kiracının topraktan elde ettiği menfaat arasında devamlı bir âhenk sağladığına hükmetmiştir.⁸¹ Devamlî vasfı, belki bazı hususlara nazarı dikkati çeker.⁸² Bu hususta öne sürülen delil bir hayli ciddidir. M. Hubert şöyle yazıyor. " kira bedeli hem araziye yatırılan sermayenin bir geliri, hem de mahsulden alınan bir hissedir. Bu hissenin ayın olarak alınması hasılat kirasının devamlı ve iştirakçi vasfına uygun düşer".⁸³ Bilâhare Temyiz Mahkemesi aynı şekilde karar vermiş, fakat Douai mahkemesinin delillerine atıfta bulunmamıştır.⁸⁴ Meselede, zirai işletme mukaveleleri bahis konusuydu. Yüksek mahkeme hasılat kirasını ilgilendiren 9 Haziran 1927 tarihli kanunu zikrediyor, bu kanun 5 nci maddesi kira bedellerinin bu şekilde tediyelerinin muteber olduğu fikrinin kabul edildiğini

19). Bazan da, kira bedelinin, yeni kiracının istifade müddetince işletmeden elde edeceği semerelerin bedelini temsil ettiğini söylerler.

Birinci telâkki, maziye, ikincisi ise istikbale yönelmiştir. Fakat ikisi birbirisiyle tezat teşkil etmemektedir; hakikatte işletmenin verimliliği ile, işletmeye sonradan giren işletmecilerin faaliyetleri arasında sıkı bir münasebet vardır. Her işleyen kimse, toplayacağı semereler için emek sarfediyor fakat bunu yapmakla, semere veren sermayenin ıslahına ve muhafazasına yardım etmiş oluyor. Bu müşahede, 17 Mart 1929 tarihli Belçika kanununun 1778 ci maddesinde hal çaresi bulunan ve Fransa'da henüz Parlamento münakaşaları halinde olan ZIRAÎ MÜLKİYET meselesine bir anahtar vazifesi görmektedir. (Bakınız : Rev. Trim. 1927, p. 263 - 764, n. 20 ve 1928, p. 228, n. 14 - 15 ve v. 505, n. 4).

81) Douai, 6 mars 1928, Gaz. Pal. 25 juin 1928.

82) Bakınız : Capitant, De l'effet de la suspension du cours forcé sur les clauses de paiement en or, D. hebdomadaire, 1928, Cronique, p. 56, P. Voirin, Effet de la loi monétaire du 25 juin 1928 sur les clauses - or antérieurement souscrites, dans lois nouvelles, 1928, 1. partie, p. 417.

83) Hubert, note S. 1930, 1, 2, col: 2.

84) Req. 18 fevr. 1929 et mars 1929, D. hebdomadaire, 1929, 113, 202.

bildiriyor. Genel olarak, bir işletmenin kiralayanı, işletmenin semerelerinden muayyen bir miktarını kira bedeli olarak alabilir. (Zirai işletmede buğdaydan hektolitre olarak, balık veya kara avı mukavelelerinde şu kadar balık, şu kadar av hayvanı vs.)⁸⁵ Kaide, ancak işletmenin semerelerinin mahiyeti bahis konusu olunca tahdide uğramaktadır : şayet, semereler münhasıran para ise, (meselâ ticari bir işletmede olduğu gibi) kaide kıymetini kaybetmektedir. Her halde, kaide hasılat kirasının tabiatına uygunsu da, sadece ikamet için kiralanan ve semere vermeyen mahallere tatbiki keyfi ve suni olur.⁸⁶

23 --- 4) Bütün kira akitleri ifa edilirlerken müddetle bağlıdır. Çünkü kira devamlı olarak ifa edilen bir akittir. Fakat, akdin inikadından itibaren müddet unsuru " tarafların müşterek niyetlerinde" zaruri bir yer işgal etmeyebilir. Roma hukukçuları bu hale EX TEMPORE - müddetsiz derlerdi. Bu gün, GAYRI MUAYYEN BİR ZAMAN İÇİN - à duré indéterminé - tabirini kullanıyoruz. Tabir vazih olmamakla beraber, aynı fikri müdafaa ediyor. Çünkü ne kiracı ne de kiralayan, zaman mefhumuna riayeti düşünmediklerine göre, tarafların akit yapma iradelerinin dışında bulunmaktadır. Zaman mefhumu, akit inikat ettikten sonra, ifa edilirken tarafların arzularına göre belli olacaktır. Aksine olarak, şayet taraflar vecibelerinin müddeti hakkında anlaşabilirlerse, buna " zamanla bağlı akit - ad tempus" yahut, modern terminolojimize göre, "muayyen bir zaman için - pour une durée déterminée-" yapılan akit denir.

İmdi, bir hasılat kirası, hususiyle bir zirai işletme kirası mantıken ex tempore - müddetsiz inikat edebilir mi ? Bu hal, ziraat için yapılan plan mucibince mevsimlerin ahengine uymak suretiyle idare edilen bir işletmeye uygun gelir. Hatta burada "asgari" müddetin kiracının bu

85) Yeni bir mahkeme kararı, balık avı için bir göl kirasında, metinde genişletilmiş olan fikre temas etmektedir. Hasılat kirasında, diyor, kaide olarak kira bedeli gayri menkulden elde edilen zirai mahsulâtın muayyen miktarının para ile ifadesidir. Şu noktaya işaret edelim ki, bu hüküm, fevkalâde hailer sebebiyle kira bedelinin tadiline uygun bir delil ortaya koymaktadır. Somm hukuk mahkemesi, 17 nov. 1927, D. hebd. 1928, 112.

86) Muhtemelen, kiraya verilen malın müsmirliğini ilgilendiren diğer hal çareleri de gösterilebilir. Bu halde, hasılat kirası işletme kirası olarak kabul edildiği takdirde, hiç olmazsa zahiren satışa yaklaşır. Biz kiraya verilen zirai arazinin kıymetinin teminatını nazara aldığımız gibi; (CC. 1765), ticari sermaye kirasında ve satışta da durumu aynı olan şahsi teminatı da göz önünde bulunduruyoruz. (Yuk. n. 8 e bakınız).

müddet sonunda hiç olmazsa bir defa menfaat temin edebilmesi için, arazinin zıraat durumuna uygun olarak tesbiti gerekir.

CC. 1774. maddesi bu hali nazara alıyorsa da, kaideye ihtiyari bir mahiyet vermekte ve taraflara, mukavelenin ekonomik gayesiyle tezat teşkil edecek olan mantıksız bir serbesti tanımaktadır. Başka kanunlar, hakiki duruma daha bağlı kalarak hasılat kirası akdinin ex tempore-müddetsiz olarak inikadını men etmiştir. Genel olarak: 14 Haziran 1907 tarihli İsveç kanunu, Bölüm II, md. 2. Finlandiya kanunu 19 Haziran 1902 2. md. Adı geçen kanunlar, hasılat kirasının sükût ile tecdidinin hiç olmazsa "asgari" bir müddet için devamını da amirdirler. Diğer taraftan, 7 Mart 1929 tarihli kanunun 6. maddesi ile tadil edilen Belçika CC. nin 1774. maddesi "ilk işgali" bahis konusu etmektedir.

Fakat, ex tempore - müddetsiz hasılat kirası akitlerini mahkûm etmek kâfi değildir. Aklın isterleri, gerçek isterlerle birleşince, taraf iradelerine ister istemez hakim olan müddet mefhumunun, işin mahiyeti icabı lüzumlu olan "asgari - minimum" ölçüyü aşmasını istiyor. Arazinin veriminin ıslahı için derhal karşılığı alınamayan masraflara ve emeğe ihtiyaç vardır. İşte, er geç müeyyidesi tesbit olunacak olan zırai mülkiyetin cazibesine rağmen, kiracı - çiftçi yanna güvenmedikçe bu masrafları yapamayacağı gibi, emeğini de sarfetmez. Zırai kiralarda kâfi bir müddete olan ihtiyaç, mevzuatımızda, akdin yenilenmesi (1430 md.) ve fesih (24 oct. 1919 tarihli kanunla değiştirilen 1775 md.) dolayısıyla kendini gösteriyor.⁸⁷ Fakat yabancı mevzuatta aynı ihtiyaç, çok enerjik tedbirler alınmasına sebep oldu. Bilhassa bu hal hasılat kirasında "asgari" müddet tesbiti dolayısıyla bahis konusu edildi. (Yukarıda zikredilen İsveç kanunu 5 yıl, Finlandiya kanunu 10 yıl, Belçika kanunu 9 yıl).⁸⁸

Fakat (ad tempus - müddetle bağlı ve kâfi bir müddet isteyen sadece işletme kirası değildir. Zira, akdin zıraî mahiyetinden daha çok, bu akdin konusu olan işletmenin bir müddetle bağlı olması gerekmektedir.

87) Alman MK. 595 ; İsviçre BK. 290, 292 ; Belçika kanunu: 1775. maddesini tâdil eden 7 Mart 1929 tarihli kanunun 7. ci maddesi.

88) Belçika kanununun kâfi bulmadığı bir hasılat kirası müddetine Fransa'da " uzun vâdeli " denmektedir. Bu durum da, kanunî mevzuatımızın zıraî menfaatler için ne kadar kifayetsiz olduğunu ve eskidiğini gösterir. Şunu da kaydedelim ki, 7 Mart 1930'da M. Masson tarafından diğer tekliflerle birlikte - ki bunların ekserisi müfrittir - hasılat kirasının 10 yıllık müddete bağlanmasını ön gören bir kanun tasarısı hazırlanmıştır.

dir. Hangi düşünceli insan, kendisine gayretini teşkilâtlandırarak ve semereleri toplama fırsatı verecek olan muayyen bir istifade müddeti tayin edilmeden, meselâ, bir ticarî işletmeyi kiralamayı kabul eder ? Bundan dolayı, zaman mefhumu da hasılat kiralasının muhtariyeti için önemli bir unsur olmaktadır.

24 — B) Yazılı kanun, iktisadî mutalarn icbar ettiği hasılat kirası muhtariyetini sağlamak üzere, yaşayan hukukla daimî temasta olan içtihadı ne gibi imkânlar vermektedir ?

Yazılı kanun, hasılat kirasıyla âdi kirayı birbirine karşı kullanıyor, yani genel tarife göre, “ menkul ve ev kiralarnı ”⁸⁹ “ ziraî arazi kiralarna ” mukabil olarak kullanmaktadır. (CC. 1711/2-3 md.).

Bu tabirlerdeki açıklık, ilk bakışta her türlü tefsiri reddetmektedir. Bununla beraber, 1711’ci madde tek başına değildir ; onu diğer bir maddeden ayıramayız : 1713’cü maddeyi de birlikte okumamız lâzımdır. Bu maddeye göre “ menkul veya gayrimenkul, her nevi mal kiraya verilebilir ”. O halde, bir gayrimenkul hakkı da, bağlı olduğu şeyden ayrı olarak kiraya verilebilir⁹⁰. İmdi, böyle bir kira, 1711’inci maddenin muhtevasına girmez. Çünkü bu, ne bir ev kirasıdır (maddî şey) ne menkul kirasıdır, ne de zarurî netice olarak, bir ziraî mal kirasıdır. Bununla beraber, öyle sanılır ki konuları ne olursa olsun, her nevi kira akitleri 1711’ci maddenin tasnifine girerler (yukarıda n. 1). İşte bu cihetten, kanundaki formüllerin tefsiri haklı olarak yapılıyor ; fakat ilk engelde vuzuh yine kayboluyor. Kanunun ifadesinden, şu şekilde ifade edebileceğimiz bir mâna çıkabilir : “ Âdi kira, bir mahallin işgal edilmesidir ; hasılat kirası ise ziraî bir işletmenin işgaline denir ”, ziraî olmayan işletmelere gelince, bunlar menkul vasfını taşımakta olup kanunî tariflerle merhametsizce âdi kira hükümlerine tâbi tutulmuşlardır. O şekildeki, yazılı kanunun mantikî tefsirle tezat teşkil ettiği yegâne nokta “ ziraî ” teriminin tavsifindedir. (Yukarıda n. 13).

25 — İchtihat gayretini şu noktalarda toplamaktadır : 1) İşletme fikrinin kira akitlerinin tefsirinde esaslı unsur olduğu ; 2) âdi kiranın tâbi olduğu kaidelerden hariç bırakmak için, “ ziraî işletme kirası ” mefhumuna mümkün olduğu kadar çok sayıda işletme ithal etmek ; 3) CC. de çekirdeği bulunan hasılat kirasının muhtariyetini geliştirip tamamlama-

89) M. Lalou, menkul kirasının, kiralar hakkında cari hasılat kirası ve âdi kira taksimine uygun düşmediğini teyit etmek için CC. i gayet sür’atli mi okumuştur ? Note DP. 1924. 1. 221.

90) Paris, 19 Janv. 1929, D.P. 1929. 2. 137.

mak ve yalnız zirai işletmeyi ilgilendiren bu tanzim tarzını, kiraya verilen diğer nevi işletme kiralanna da tatbik etmek.

1) Ender olmasına rağmen, mahkeme kararları Fransada XIX. uncu asrın başından beri devam edegelen fikirden mülhem olmakta (yukarıda n. 13) ve kira akitlerini mevzuları olan şeyin semerelerinin çeşidine göre sınıflandırmayıp, işletme mefhumundan çıkarılan daha doğru ölçüye müracaat etmektedirler. Mahkeme içtihatları bu ölçüyü büyük hukukçu M. Planiol'a atfedebilirlerdi : Bu ölçüyü çoktan bulmuş olan bu müellife göre : " Zirai arazinin ayıncı vasfı zirai işletmedir "91. Amiens mahkemesi verdiği bir kararda " CC. in 1763 ve müteakip maddelerindeki zirai arazi kirası, ancak zirai bir işletmeyi içine aldığı takdirde zirai hasılat kirası sayılır "92 derken, adı geçen tarifi tekrarlamaktan başka bir şey yapmamıştır. Daha yeni olarak, Somme Hukuku Mahkemesi, " kiracının ancak gölü işletmek suretiyle kâr temin edebilmesine binaen, tarafların ekonomik bir gaye takip ettikleri "93 neticesine vararak, bu göl kirasını bir hasılat kirası olarak tavsif etmiştir. Bu sonuncu karar eğlence ve vakit geçirme gayesiyle yapılan işletme faaliyetlerini hariç tutarak işletme mefhumunu yalnız kazanç kastiyle yapılan işletmeye hasrettiğinden dolayı tenkide şayandır.

2) " Hasılat kirasına ait hususî kaideler " derken, CC. hususiyle zirai işletmeyi kastediyor. Fakat hasılat kirası hakkında vermiş olduğu tarif (yukarıda n. 24) bütün işletmelere, hattâ zirai olmayan fakat kır ve köy işletmesi sayılanlara da tatbik edilir. Şu halde, içtihadın ikinci gayreti, zirai işletmenin hukukî çerçevesinin içine mümkün olduğu kadar çok sayıda işletmeyi ithal etmesinde olmuştur.

İçtihat, zahmetsizce. işletme mefhumuna orman, bahçe, bostan işletmeleri ve kara avı,94 balık avı95 kira mukavelelerini ithal ederek ki-

91) Planiol, *Traité élém. de droit civil*, t. II, 10. éd. 1926, n. 2488, p. 816, note 3.

92) Amiens, 12 Juil. 1912, D.P. 1914. 2. 100 (1 re esp.).

93) Trib. civ. de la Somme, 17 nov. 1927, D. hebd. 1928, 112.

94) Req. 13 avr. 1899, D.P. 99. 1. 598 ; Comm. sup. de cassation 1 mars 1923, D.P. 1924. 1. 221 ; Trib. civ. de la Seine - et - Marne, 23 mars 1928, D. hebd. 1928, 299.

95) Trib. civ. de la Somme, 17 nov. 1927.

96) (15 déc. 1922 tarihli kanunun tatbiki için " zirai işletme " kelimesinin tefsiri mevzuunda bakınız : Poitiers, 4 déc. 1929, D. hebd. 1930, 13 : " zirai vasfı, toprağın ekilmesine ve ekonomik değer haline getirilerek semerelerinin satılmasına uygulanan bu ilmin pratik tatbikatında ziraatı ilgilendiren her şeye verilebilir. "

raya verilen bu işletmelerin vasfını da hiç şüphesiz zirai olarak kabul etmiştir.⁹⁶

Bazan, mahkeme kararlarında büyük bir cesaret göze çarpıyor : karmaşık bir kira akdi bahis konusu idi ; yani maden suları kaynağı olan otel olarak kullanılan evler vesair binalar, müşteriler, müşteri celbi, isim ve marka bu mukavelelerin konusunu teşkil etmekteydi. Riom mahkemesi, adı geçen mukavelede esaslı unsuru kaynak teşkil ettiğini, binaenaleyh akdin hasılat kirası olduğuna hükmetmiştir⁹⁷. Mahkeme, kararını şu kelimelerle ifade ediyor : “ Hakim unsur kaynağın İŞLETİLMESİ idi. ” Şu durumda, maden suyu olsa bile hakikatte bir kaynağın işletme kirasına konu olup olmayacağı sorulabilir : Her halde bu, ikinci derecede bir işletme kirası telâkki edilmelidir (yukarıda n. 16). Çünkü, kiracı suyu ister kullansın, isterse zayı etsin muntazam akış devam edecek ve mukavelelerin bitiminde malik şeyi dokunulmamış olarak geri alacaktır. Kiracının faaliyeti veya ihmali kaynağın zati değeri üzerinde bir tesiri haiz değildir. Fazla olarak, suların kullanılması için hususî bir çalışmaya veya kaynağın zati değerinin kıymetlendirilmesine lüzum koytur. Sular insan müdahalesi olmadan akıp gitmektedir. Bu suretle mahkeme taş ocakları ve maden kiralarnı ilgilendiren 9 Haziran 1927 tarihli kanunun 11’ci maddesinde kıyas ile vardığı neticede yanılmıştır. Zira, bu nevi işletmelerin verimliliği, bir kaynağinkinden farklı olarak, işletmenin faaliyetine bağlıdır ; ve oranın değerlendirilmesi için hususî vasıtaların kullanılmasına ihtiyaç vardır. Bununla beraber, kaynağın, dar mânada - stricto sensu - işletme mevzu olduğunu kabul ediyoruz. Şu hale göre kira akdinin, mevzu olarak iki işletmeyi ihtiva ettiğini tesbit etmek gerekir: Bir kaynak ve bir ticarî sermaye. Çünkü, kaynakla beraber müşteriler de kiraya verilmiş bulunmaktadır. Bu iki işletmeden ticarî sermaye daha üstün bir durumda bulunmaktadır. Çünkü, intuitus personae’ye daha şiddetle ihtiyaç göstermekte ve işletme mefhumunu da bir bütün olarak daha iyi gerçekleştirmektedir. Fakat mahkeme bu görüşü kabul etseydi, kira bedelini tekrar gözden geçirmeyi kendiliğinden reddetmesi lâzımdı. Çünkü ticarî sermaye kirası ZİRAİ bir işletme kirası sayılmıyacağından 9 Haziran 1927 tarihli kanun hükümlerinin tatbiki istenemezdi. 6 Temmuz 1927 tarihli kanunun tatbiki ise daha ziyade istene-

97) Riom(18 Juin 1929, Rec. Gaz. du Pal. 1929. 2. 428.

98) Buna benzer düşünceler mahkemeleri teferruat kaidelerini yanlış bir şekilde tefsire sevketti. 6 Temmuz 1925 tarihli kanunu bir idrolik enerji kirasına tatbik etmek için mahkemeler gayrimenkul kirasının mevcudiyetine

mez. Çünkü bu kanun, hâkim tefsir tarzına göre gayri maddî haklara tatbik edilemez.

Bu düşünce tarzı, hakikati tahrif ederek teferruat kaidesinin⁹⁸ yanlış ve hakkaniyete uymayan bir tatbikatını yapan mahkemeyi mazur göstermekten ziyade, durumunu izah etmektedir. Bununla beraber, verilen karar hasılat kirasının kanunî hudutlarını genişletmek için kuvvetli bir gayret sarfedildiğini gösteriyor.

3 — Nihayet, içtihat, zirai işletmelere ait kanunî tanzim tarzını diğer bütün kır ve köy işletmelerine de tatbik etmek ve imkânları dahilinde muhtariyetini geliştirmek için bütün gayretiyle çalışmaktadır.

Bir kara avı kirası dolayısıyla verilmiş olan bir temyiz mahkemesi kararı, bu tatbik temayülünü hususiyle belirtmektedir ; karardan bir kaç satır nakletmek kâfidir : “ Av kirası diğer zirai kiralarn istifade şekillerinin tabi olduğu kaidelere aynen tabidir ve zımnî tecdit süresi ile akdın nihayet bulacağı zaman CC. 1774 ve 1776’cı maddelerinde gösterilmiştir, şu mânada ki, kira akdinin yapıldığı kabul edilen zaman, kiralanın yerin yıllık semeresini⁹⁹ teşkil eden av hayvanının avlanılmasını resmen meneden avın durdurulması tarihinde başlar ve nihayet bulur ”.

Daha ileri gidersek, mahkemelerin hasılat kirasının muhtariyetini geliştirebileceklerini söyleyebiliriz. Yukarıda n. 20. de, hangi vasıtalara müracaat ederek çiftçinin yararına ziraat serbestisi tesisine muvaffak olduklarına işaret ettik. Fakat acaba, CC. in 1717’ci maddesini ihlâl etmeden, bir işletme kirasına, ihtiyacı olan intuitus personae’yi ithal etmeyi göze alabilirler mi ? Zannetmiyoruz¹⁰⁰. Fakat taraflar mukaveleye koyacakları her hangi sarıh bir şartla, kira mukavelesi üzerindeki hakkı kiracının şahsına bağlamak isterlerse, bize öyle geliyor ki¹⁰¹ kiralanın

hükmettiler. Halbuki hakikatte bu gayri menkuller kira mukavelesinin teferruatına taallük ediyordu. (Grenoble, 16 Janv. 1928, Journ. de la Cour de Grenoble, 1928 p. 37 ; Trib. civ. des Hautes - Alpes, 2 mars 1927, M. Blävoet’in notu ile. D.P. 1929. 2. 103). İdrolik enerji tabii bir kuvvet olduğundan, mevzu bahis kira mukavelesindeki işletmeyi zirai işletme kabul etmek suretiyle bu doğru olmayan görüş tarzına sapmaksızın kira bedelini tekrar gözden geçirmeyi ve bu suretle 9 Haziran 1927 tarihli kanunun tatbiki hakkı gösterilemez miydi ?

99) Kiraya verilen mahal, burada av hakkından başka bir şey değildir. Şu halde vurulan av hayvanı av hakkının semeresidir ; yoksa, av hakkının kullanıldığı mahaller değil. İçtihat bu mânada anlaşılırsa doğrudur.

100) Pierre Voirin, note D.P. 1928. 2. 197 ve yukarıda n. 17.

101) Pierre Voirin, note D.P. 1929. 2. 5 à 8.

şeyin yapısına uygun olarak bu şartın kıymetini vermek mahkemelere aittir.

Böylece, bir işletme kirası veya bir âdi kira mevzuubahis olduğuna göre tekrar kiralamayı veya kira akdini temlik etmeyi men eden yahut kayıtlayan bir şart, tam bir sarahat ihtiva etmedikçe, kira üzerindeki hakkın şirkete sermaye olarak konmasında - hiç olmazsa şirketin istifadesine arzında - mutlak bir tatbik alanı bulamayacaktır. Bir işletmenin şirkete sermaye olarak vaz'ı, kiracıyı idarenin yegâne hâkimi yapabilir. Kiralayanın isteklerine ihanet edebilir. Bu sebeple mahkemeler bu hali men etmektedirler¹⁰². Halbuki aksine olarak, kira mukavelesinin mevzuu bir mahal ise bunun sermaye olarak vaz'ını mahkemeler tasvip etmektedirler¹⁰³.

26 — N E T İ C E — Hülâsa, çok eski kanun metinleri ve kısa bir görüşle kösteklenen içtihat, neticesinde ancak zayıf ilerlemeler elde edildiği ciddi gayretler sarfetmektedir. Hiç olmazsa, ekonomik gerçekleri sıkı ve daraltan çemberi bir gün gevşetmeye karar verecek olan kanun koyucuya faydalı bir şekilde hareket etmesi ve muhtar bir " teknik " le muhtariyetlerini temin edecek şekilde işletme kiralarnın statüsünü geliştirmesi için elverişli bir istikamet çizmektedirler.

Kiracısına kiraladığı mahalde pasif bir oturma imkânı veren âdi kira ile semere almak için yaptığı faaliyet neticesinde kiracısına istihkakını temin eden işletme kiralarn¹⁰⁴ arasındaki farkın kesinliğine iğma ile kendimizi aldatmak istemiyoruz ; gerçekler çok daha karmaşıktır. Bu iki nevi kirayı hukuki plân içine sokabilmek için yapılması gereken diğer ayrımlar ve tetkiki icabeden diğer farklar vardır. Mahal kiralarnın (âdi kiralarn) içinde kiracısına oturma imkânı sağlayan mahaller ile esasen ticarî veya meslekî iş yeri olup da buraya bağlı bulunan bir işletmeyi

102) Douai, 6 juin 1855, D.P. 1855. 2. 37.

103) Paris, 24 févr. 1927, Rec. Gaz. des Trib. 1927. 2. 224 ; Trib. civ. de la Seine - Inférieure (section de Rouen), 26 Avr. 1927, D. hebdom. 1927, 315 et 15 Mai 1928, D.P. 1929. 2.5.

104) Hayat çok kesin kategoriler yaratmakta gecikmiyor. Şu noktaya temas edelim ki yaşayan hukuk, intuitus personae mefhumunu sermaye şirketlerine yani anonim şirketlere ithal ederken şirketlerin tasnifini ele almaktadır. Bakınız : Bourcart, De l'intuitus personae dans les sociétés anonymes, dans Journ. des sociétés, 1927, p. 513 - 557 ; Escarra, note D.P. 1927. 1. 161 ; Camerlynck, De l'intuitus personae dans la société anonyme, thèse, Paris, 1929.

105) Kiralayanın gayri menkul mülkiyeti (kiralık mahaller) ile kiracının menkul mülkiyeti (ticarî sermaye) meselesi, samimî bir yaklaşımdan

geliştirme veya böyle bir işletmeyi yaratma imkânı veren mahalleri birbirinden ayırmak yerinde olur. Bu durumda, âdi kira mukavelesinin tanzimi, bilhassa, müddet bakımından işletme kirası mukavelesiyle hemâhenk olacak şekilde yapılacaktır¹⁰⁵. Buna mukabil, işletme kiralari (hasılat kiralari) arasındaki farklar kiracının faaliyetizliğinin kiralyana zarar verip vermemesine göre ortaya çıkmaktadır (yukarıda n. 16.) o şekilde ki, bazı cihetlerden muayyen işletmeler hakkında hasılat kirası mukavelesinin tanzimi âdi kira mukavelesininkine yaklaşacaktır.

Pratikte, müşahhas vakıalarla ortaya çıkan durumlarda bu iki nevi kirarın birbiriyle karışması hali bir tarafa bırakılırsa, İKİ NEVİ KİRA MUTASI müstakil ve farklı iki tanzim tarzı ortaya koymak için kâfi derecede bir ayrılık göstermektedirler. Hasılat kirası için işletme mefhumu; âdi kira için ise oturma mefhumu ekonomik hakikati en doğru olarak ifade etmektedirler. Bunlar aynı zamanda iki nevi kirarın ayırıcı işaretleri ve istiklâllerinin temelidir.

doğmuş, ticarî veya sınaî işlerde kullanılacak mahallerin kiralariyle teessüs etmiş olan tam bir ticarî mülkiyet meselesidir. Bakınız : Marin, Propriété commerciale ou abus de droit ? dans Lois Nouvelles, 1927, 1. partie, p. 123-127; rasbot, note D.P. 1929. 1. 116. col. 1.