

HUSUSİ AKİT TIPLERİ ETRAFINDA İNCELEMELER

Yazan : Ord. Prof. Esat ARSEBÜK

Mülkiyet hakkının temlikine dair akit tiplerini bundan evvelki yazımda incelemiştim. Şimdi menfaatlerin temlik etrafındaki akit tiplerine temas edeceğim. Burada bir hakkın mülkiyeti değil; sadece menfaati bahis mevzudur. Kanunumuza göre âdi kira, hasılat kirası, âriyet, karz ve hattâ müstakil bir akit konusu teşkil etmeyen intifa hakları, hep menfaatlerin temlik etrafında yer alırlar.

ÂDİ KİRA

1 — Kiraya dair mukayeseli bir tetkike girişmeden önce Roma'daki duruma bir göz gezdirelim. Roma hukukuna göre kira dahi satım gibi karşılıklı mükellefiyetler tahmil eden bir akittir. İşbu akte nazaran taraflardan biri bir malın muayyen müddetle kullanılmasını diğer tarafa terk etmeği veya kararlaştırılan bir hizmeti yerine getirmeyi ve yahutta bir şeyin imalini taahhüt eder. Buna mukabil karşı taraf dahi muayyen bir bedeli merces ödemek taahhüdünde bulunur.

2 — Ancak ilk zamanlardan beri Romalılar satımı esaslı bir ihtiyacı karşılıyan bir akit olarak kabul ettikleri halde kirada bu mahiyeti görmemişlerdi. Bugün en çok gayrimenkuller üzerinde yapılmakta olan kira akitlerine Roma'nın ilk devirlerinde tesadüf edilmemesi işte bundan ileri gelir. Filhakika kira ile ev tutmak için bir zaruret yoktu. Çünkü her Roma'nın şehir dahilinde Devlet tarafından kendisine tahsis edilen arsa üzerinde bir meskeni vardı. Tarlalara gelince Romalı'lar bunları kendileri eker ve hayvanlarını aile fertleri tarafından olatırdı. Fakat menkul malların kiralanmasına ilk zamanlarda dahi mecburiyet hasil olmuştu. Çünkü hayvanlar kıymetli idiler; herkes kendisinin muhtaç olduğu miktarda hayvan bulamıyordu. Komşular arasında âriyet yoluyla tedarik imkânı olmıyan hallerde bunların kira ile tutulmasında bir zaruret vardı. Oniki levha kanunlarının yürürlükte olduğu zamanlarda bu gibi kira akitlerine tesadüf edilmektedir. Hizmet veya bir şeyin imali için diğer bir şahsın faaliyetinden faydalanabilmek gibi işlere ancak cenaze törenlerinde baş-

vuruluyordu. Lüzumsuz masraflardan çekinmeyi ananevî bir itiyat haline sokan Romalı'lar bu alanda hiç bir tahdit kabul etmezlerdi. Cenaze masrafları, Romalı'ların seve seve katlandıkları lüks bir masraftı. Zenginler cenazelerinin parlak bir surette kaldırılması için bir çok adamlar kiralamakta idiler.

3 — Görülüyor ki ilk zamanlarda Roma'daki topluluk hayatı, kira aktinin gelişmesine pek imkân vermez. Fakat sonraları cemiyetin hayat şartları değişti. Tarihte **Guerres puniques** adı verilen ve ilki 23, ikincisi 18, ve üçüncüsü de 3 yıl devam eden üç büyük muharebe vardır. Romalı'lar ve Kartacalılar müsavi kudrette iki büyük komşu devletti. Aralarındaki rekabet bu iki devleti çarpıştırdı; ve milâttan 146 sene önce, Kartaca'nın tamamen istilâsiyle neticelendi. Bunun üzerine bir çok yabancıların Latinlerin, Kartacalıların ve hattâ Romalıların Roma şehrine akın etmekte olduklarını görüyoruz. Bu hal tabiatıyla mesken buhranına vücut verdi. Kimi bir ev **Habitatio**, kimi inşa edilmekte olan büyük binalarda bir kat veya bir oda kiralamak zorunda kaldı. Kiracılarla mal sahipleri arasındaki ihtilâflar mülk sahiplerinden birinin hakemliğine tevdi olunmakta idi. Kira bedeli için mecur dahilindeki kiracıya ait eşyaların merhun sayılması o zamandan beri teessüs eden bir kaidedir. Hattâ kira bedelinden borçlu olan kiracı esirlerini azat edemezdi. Diğer taraftan mucirin hapis hakkını suiistimal edememesi için dahi bazı tedbirler alınmıştı. Kira bedelini ödemediğini isbat eden kiracı, **Preteur** tarafından verilen bir emre istinaden eşyalarını dilediği yere nakledebilirdi; mucirin muhalefete hakkı yoktu **interdi de migrando**.

4 — Bugün hasılât kirası şeklinde ifade ettiğimiz bahçe ve tarla kirası Roma'da biraz daha geç tatbik sahası bulmuştur. Cumhuriyet devrinin ortalarında arazinin esirler marifetiyle işletilmesi genel bir itiyat halini almıştı. Çünkü ancak bu suretle yabancıların rekabetine mâni olmak imkânı vardı. Fakat Devlet, gittikçe genişliyen arazisini kendi vasıtalarıyla işletemiyor ve başkalarının yardımına ihtiyaç hissediyordu. Böylece kamu hukukunun tesiriyle hasılât kirası Roma'da tatbik edilmeğe başlandı ve zamanla fertler arasında inkişaf etti.

5 — Roma hukukuna göre kira akti aşağıdaki nevilere ihtiva eder :

a) **Locatio rei** — Aktin mevzuu bir malın kiralanmasıdır. Kiralayan kimse **locator**, kiraya verdiği şeyi müstecire **conductor** teslim mecburdur. Buna mukabil kiracının da kira bedelini ödemeğe, müddetin hitamında mecuru iade etmeğe ve kendi kusuru yüzünden husule gelen zararı tazmine mecburdur.

b) **La locatio operarum** — Aktin konusu hizmettir. Aylıkla veya gündelikçe çalışmak bu mevzua girer **oprae illiberales**. Hocalık, avukatlık, doktorluk gibi hizmetleri, Romalılar yüksek hizmetlerden sayarlardı **operae liberales**. Çünkü bu gibi hizmetlerin para ölçüleriyle takdirine imkân yoktu. Esasen bu kabilden olan hizmetlere karşılık verilecek ivazlara da ücret *salaire* değil, *honoraire* adı verilirdi. Bu tâbir bugün hâlâ yaşamakta ve İsviçre B. K nun 361 inci maddesinin Fransızca metninde *honoraires* terimi kullanılmaktadır.

c) **La locatio operis faciendi**. Kelime bakımından bu tâbirin ifade ettiği mana “kiracı tarafından yapılacak işin taallük ettiği şeyin bırakılması”dır. Bu günkü hukukta buna istisna’ akti diyoruz. Terimden de anlaşıldığı üzere buradaki aktin konusu muayyen bir işin yapılmasıdır : İnsan ve eşya nakli, bir malın tamiri gibi. İşçi taahhüt ettiği işi yapmakla ücrete hak kazanır.

6 — Şu küçük başlangıçtan sonra muhtelif hukuk sistemlerindeki kira aktinin tetkikine geçiyorum.

İslâm hukukunda kira akti :

7 — Bu hukuka göre kira aktinin meşruiyeti Kitap, Sünnet, İcmaı ümmet ile sabit olmuş ve fakat Kıyas’a muhalif bulunmuştur. Bilindiği üzere Kitap dan maksat Kur’an’dır. Yani din kitabımızda kira aktinin yapılabileceğine ve maruf ücretin verilmesi icabedeceğine dair ayetler vardır. *Filhakika* :

a) Bakara suresinin 233 üncü âyetinde “Şayet çocuklarınızı başkalarına emzirtmek isterseniz maruf ücretini gönül rızasıyla veriniz; size günah yoktur” denilmektedir.

b) Kezalik talak suresinin 6 ncı âyetinde dahi ücretin verilmesi lüzumuna dair bir emir vardır : “Eğer boşadığınız kadınlar çocuklarınızı emzirirlerse onlara emzirme ücreti veriniz”.

c) Kasas suresinin 25 ve müteakip âyetlerinde Musâ peygamberle Firavuna ait haberlerin nakli sırasında o zaman yapılmış olan bir nevi kira akitlerine dair bazı anlaşmalardan bahsediliyor. Vaki bunlar Musâ dinine uygun olarak yapılan akitlerdir. Fakat İslâm hukukçuları, eski dinlerin, kaidelerin, hilâfına bir hüküm bulunmadıkça İslâmlıkta dahi cari olduğunu kabul ederler. Bu izahat bize kiranın Kitapla meşruiyetini isbat eder.

Peygamberimizin “ecire ücretini veriniz” mealinde bir hadîsi vardır.

İşbu Hadîsteki “veriniz” hitabı bir emirdir. Şeriat dilinde emir vücup ifade eder. Şu halde ücretin verilmesi lüzumu sünnetle de sabit olmuş oluyor.

İcmaı ümmete gelince her asrın hukukçuları icarenin sıhhatinde ittifaq etmişler ve kira akitlerini meşru saymışlardır.

Ancak bu aktin sıhhati kıyas yoluyla isbat edilemez. Çünkü mahiyeti itibariyle icare, muayyen bir menfaati muayyen bir ivaz mukabelesinde satmak suretiyle temlik etmektir. Nitekim Mecellede dahi bu tarif kabul ediliyor. (madde: 405). Görülüyor ki kirada aktin taallük ettiği şey, yani makudünaleyh menfaattir (Mecelle: 420). Halbuki temlik kabiliyeti mallara münhasırdır. Mal ise ihtiyaç zamanı için biriktirilebilen şeye derler (Mecelle: 126). Menfaat biriktirilemediği için mal sayılmaz. Demek ki temlik anında menfaat madumdur; madumun yani yok olan şeyin satımı batıldır (Mecelle: 205). Şu halde satıma kıyasen icarenin de batıl olması lâzımgelir. Esasen bu hüküm Mecellede (madde: 205) sarih surette yer almıştır: Bir ağacın henüz belirmemiş olan meyvesini satmak batıldır. Fakat insanların bu akte olan ihtiyacı karşısında butlana gitmek doğru olmaz. Çünkü insan bazan satın alamadığı malların menfaatine muhtaç olur; bazan paraya ihtiyacı olduğu halde malını elinden çıkarmak menfaatine muhtaç olur; bazan paraya ihtiyacı olduğu halde malını elinden çıkarmak istemez. Demek ki hem kiralayan hem de kiracı bakımından bu akte ihtiyaç vardır. Şayet satıma kıyasen kiranın meşruiyeti cihetine gidilmemiş olsaydı halkın muamelâtında güçlük husule gelecekti. Halbuki İslâm hukukuna hâkim olan kaidelerden biri de şudur : Meşakkat tesiri celbeder; yani darlık vaktinde kolaylık gösterilmek lâzımgelir (Mecelle: 17).

İşte her hangi bir aktin meşruiyeti hakkında İslâm hukukcularının muhakeme tarzından bir nümuneyi bu vesile ile vermiş bulunuyorum.

8 — Mecelleye göre icare iki kısımdır :

1 — Tarafların iradeleriyle meydana gelmesi mümkün olan icare; buna münakit icare derler.

2 — Tarafların iradelerinin bulunmasına rağmen meydana gelmesi mümkün olmıyan icare; buna münakit olmıyan icare derler, şayet yaptırılacak iş ecir üzerine urfen, akden veya kanunen vacip ise, icare tarafların anlaşmış olmalarına rağmen münakit olmaz.

Birinci kısma giren münakit icare dahi sahih, fasit, nafiz ve mevkuf olmak üzere dörde ayrılır :

a) Sahih icare; aslen ve vasfen meşru olan icaredir. Burada taraflar aktin icaplarını yerine getirmek zorundadırlar.

b) Fasit icare; aslen yani aktin cevheri itibariyle sahih olup ta vasfen yani dış vasıfları itibariyle meşru olmıyan icaredir. Fesat bazan kira bedelinin meçhul olmasından, bazan kira müddetinin tayin edilmemiş bulunmasından tevellüt eder. Bu suretle yapılmış olan bir akitte kararlaştırılan ücret değil, belki ecrimisil verilmek lâzım gelir.

c) Nafiz icare; kiralanan şeye bir başkasının hakkı taallûk etmiyen icaredir; bir adamın kendine ait bir malı kiralamasında olduğu gibi.

d) Mevkuf icare; gayrın hakkı taallûk eden icaredir. Bir kimsenin başkasına ait bir malı kiralamasında olduğu gibi. Böyle bir akte icarei fuzulî derler. Zira aktin sıhhat iktisap etmesi malikin icazetine bağlıdır.

İcarede makudünaleyh menfaattir demıştim. Mecelle bu esastan hareket ederek makudünaleyh bakımından icareyi iki nevi olarak tesbit eder. Filhakika icare :

Ya ayınların menfaatleri üzerine akdolunur, Akarın, misli olmıyan malların veya hayvanların icarında olduğu gibi. Bunlara mecur derler.

Yahut iş üzerinde akdolunan icaredir. Burada kiralanan şahsa ecir derler.

Ecir dahi has veya müşterek olmak üzere ikiye ayırır. Evvelkisi işe hazır bulunmakla, ikincisi fiilen işi yapmakla ücrete istihkak kesbeder.

9 — Kira aktine hâkim olan prensip şöyle bir kaide ile ifade edilebilir : Kiracı akitten kastedilen menfaati veya ondan daha azını istifade edebilir; fakat daha fazlasına tecavüz edemez. Demek ki kullanan kimsenin değişmesiyle intifa derecesi değişen şeylerin icarında takyit muteberdir; değişmeyen şeylerin icarındaki takyitler lagivdir. (Mecelle : 426-428).

10 — İcarenin sıhhatinde tarafların rizası, kiralanan şeyin tayini, ecirin muayyen olması(1), ücretin malûmiyeti(2) ve menfaatin ihtilâfa mâni olacak şekilde belirtilmesi lâzımdır. Bu şartlardan biri bulunmazsa icare fasit olur ve bu takdirde tesmiye edilen ücret değil ecri misil lâ-

(1) Şu halde Mecelleye göre ilân suretiyle vukubulan vait (B.K.8) lüzum ifade etmez. Çünkü ecir meçhuldür. Bu muameleye islâm hukukunda cuâle derler. İşbu içtihat hanefi mezhebine göre. Şafii mezhebince cuâle caizdir.

(2) Mecelleye göre makudünaleyh cinsinden ücret malûm sayılmaz, meselâ kiralanan dükkânın kazancından ücret kararlaştırılmasında olduğu gibi. Bu suretle kazancın tamamı kiracıya ait olur ve ecri misil verilmek lâzımgelir.

zım gelir. Ancak menfaatin belirtilmesi şartındaki bir hususiyete işaret edeyim : Menfaatin kira ile istifası mutata ve maksut olmak şarttır. Mademki mutata olmak şartını koyuyoruz; şu halde yalnız kiracıya göre bir menfaatin bulunması aktin sıhhatinde kifayet etmez. Bir adam cebinde sakırdatmak üzere bir diğerdenden para veya kapısında bulunmak üzere gösteriş olarak bir hayvan veya otomobil kiralaması caiz değildir. Fakat düğünlerde ziyet altını kiralamak mutata olduğundan cevazında şüphe yoktur.

11 — Ücretin ne zaman tediye olunacağı hakkındaki soruyu Mecelle şöyle cevaplandırır : Mutlak akitle ücret lâzım olmaz. Fakat kiracı ücreti peşin verir veya peşin verilmesi şart kılınırsa ücret lâzım gelir. Bu iki hal dışında ücretin lüzumu menfaatin istifasıyledir. Ancak sıhhat şartlarını ihtiva eden icarede menfaatin istifasını mümkün bir hale getirmekle de ücret lâzım gelir. Meselâ kiraladığı evi mucirden tesellüm ettikten sonra kiracı evde oturmaya bile ücretini vermesi icabeder. Fakat icarede hakikaten intifa bulunmadıkça ücret lâzım olmaz.

12 — Sahibinin izni olmaksızın kullanılan bir malda ücretin lüzumu o malın kiraya tahsis edilmesine bağlıdır; bu mahiyeti haiz bir mala “mu-addün-lil-istiglâl” denir ki kira için ihzar olunmuş demektir. Kiraya tahsis olunmamış mal, sahibi tarafından ücret istenilmediği müddetçe meccanen kullanılabilir. Eğer mal kiralık olur veya olmayıp ta sahibi tarafından ücret istenilmiş bulunursa ecri misil lâzım gelir. İki cins mal arasındaki fark şudur : Kiralık mal kullanıldığı andan itibaren ücrete tabidir, böyle olmıyan malın ücreti talep tarihinden itibaren işler.

13 — Acaba ecirin ücret alacağından dolayı müstecirün fihi yani kira akdiyle iltizam ettiği işi yapmak için ecire teslim olunan malı hapsediği hakkı var mıdır? Burada kanunî rehin hakkına temas ediyoruz. Mecelle bu sorunun cevabında müdafaası asla kolay olmıyan bir prensip kabul eder: Terzi, boyacı, çamaşırcı gibi yaptıkları işlerde görünür bir eser bulunan ecirler, veresiye mukavele olunmamışsa ücret için malı hapsedebilirler (madde: 482). Zira aktin taallük ettiği şey, müstecirün fihtir bulunması istenen bir vasıftır. Bu vasıf ise mevcuttur; binaenaleyh hapsedilebilir. Fakat hamal, kayıkçı gibi amelinde eser olmıyan ecirin hapis salâhiyeti yoktur (Mecelle: 483, f: 1). Çünkü aktin taallük ettiği şey işin kendisidir. Bunun da müstecirün fihte eseri bulunamaz; binaenaleyh hapis de tasavvur olunamaz. Kanunumuz bu esası pek haklı olarak kabul etmemektedir (B. K. 425, 442).

14 — Kiralanan şeyin iade masrafı mucire aittir (Mecelle: 594). Çünkü bir şeyin menfaatine nail olan kimse onun mazarratına da taham-

mül eder; mazarrat menfaat mukabelesindedir (Mecelle: 78). Vakıa kiralanın şeyin kabzında kiracının da menfaati vardır. Fakat onun menfaati ayın değildir. Halbuki mucir kiraladığı malı istirdat etmekte aynı bir menfaati vardır ve iade masrafı aynı menfaati olana aittir.

15 — İşte icar akti etrafında Mecellede yazılı hükümlerden esaslara taallük eden kısmını hulâsa etmiş oluyorum. Bunların dışında Mecellenin temas ettiği bir çok meseleler vardır. Fakat bunlardan bir kısmı B. K. nun umumî hükümleri arasında yer alan prensiplere dairedir : İcarenin inikadı (Mecelle 432-457), icare müddetinin tayini (Mecelle: 484-496), muhayyerlik hakları (Mecelle: 497-521) gibi. Bir kısmı da icare aktinin mevzuuna giren bahislerin izahına tahsis edilmiştir : İnsan, akar, misli olmıyan mallar, hayvan icarı gibi (Mecelle: 522-581). Tarafların vazife ve salâhiyetlerine ve tazmin mükellefiyetine dair ayrıca hükümler de vardır (Mecelle: 582-611). Bunlara ilerde sırası geldikçe temas edeceğim.

Fransız hukukunda kira akti :

16 — Fransız M.K.nunda iki türlü icar kabul edilir :

Mal icarı **le louage des choses** art. 1709; amel icarı **le louage d'ouvrage** art. 1710. Fransız hukuku bakımından icar akti şöyle tarif olunabilir : Kira bir akittir ki onunla bir kimse (mucir) menkul veya gayrimenkul malını veya faaliyetini diğer bir kimse (müstecir) lehine muayyen bir müddetle tahsis etmeyi ve kiracı dahi kararlaştırılan bedeli ödemeyi taahhüt eder. Bu tarife göre icar, rizaî bir trampa aktidir; temadî eder; ivazlıdır; ve nihayet muvakkattir.

Şahsî bir faaliyetin diğer kimse lehine tahsisi tabirine hizmet ve istisna' akitleriyle insan ve eşya nakli dahildir. Fransız M. K., kiralanan malın mahiyeti bakımından kira aktini bir takım kısımlara ayırır :

a) Ev kiralamak **bail à loyer**. b) Menkul kiralamak **louage des meubles**. c) Arazi kiralamak **louage d'immeubles ruraux**. Bu son akitte kira bedeli ya paradır. Bu takdirde mukavele **bail a ferme** ismini alır. Ya hasılattır ki bu da iki şekilde olur : **Colon paritaire**; **metayage**. d) Hayvan kiralamak **bail à cheptel**. Burada hayvan sahibi kiraladığı hayvanlardan elde edilecek menfaatleri hasılatın taksimi mukabilinde bir başkasına devreder. Esas itibariyle hayvan kirası, menkul mal icarı mahiyetindedir. Fakat çok defa bu akit, ziraî arazinin icarına bir fer'i olarak yapılır ve arazi sahibi hasılat müstecirine hayvanlarını da kiralar. Çünkü arazinin işletilmesi bir takım vasıtalara ihtiyaç gösterir. Eğer bu vasıtalar canlı iseler fer'i akti **cheptel v.f** ismini verirler. Ziraî alât ve edevat gibi cansız ise o zaman aktin ismi **cheptel mort** olur.

17 — Gerek Roma'da ve gerek Fransız hukukunda yer alan hasılat icarına Mecellenin bu akte dair sevkettiği 208 maddede temas edilmemiş olduğu elbette dikkati çeker. Acaba bu akit memleketimizde eskiden yapılamaz mıydı? Son zamanlara gelinceye kadar memleketimiz sırf ziraatle geçinirdi. Şu halde bu mahiyeti haiz bir aktin yapılmaması tasavvur edilemez. Ancak Mecelle hasılat icarında şirket unsuru galip olan karşan akit mahiyeti görmüştür. Filhakika hasılat icarında bir tarafın sermayesine mukabil diğer taraf dahi mesaisini koymakta ve sermaye ile mesainin birleşmesinden husule gelen kâr iki taraf arasında taksim olunmaktadır. İşte bu akde Mecelle şirketi mudarebe ismini verir. Akte verilen bu isim Kur'an'daki bir istiarenden alınmıştır. Müzemmil suresinin 18 inci âyeti de “ve aherûne yadribûne fil-ardı” fıkrası vardır. Mânası “diğer bazıları yer yüzünü döver” yani seyahat eder demektir. Şirkete kendi mesaisini koyan şahıs, kâr etmek için çok defa seyahat eder. İşte Mecelledeki mudarebe terimi buradan alınmış ve şöyle tarif edilmiştir : Bir taraftan sermaye (rabbülmal), diğer taraftan saay ve amel (mudarip) olmak üzere bir nevi şirkettir (madde 1404). Böyle bir şirkete sermaye ya nakit veya şirket sermayesi olmağa salih menkul mal olmalıdır. Fakat sermaye :

1 — Ekime salih arazi olursa meydana gelen şirket müzaraa ismini alır ve şöyle tarif edilir : Bir taraftan arazi, diğer taraftan amel yani ziraat olarak hasılat beyinlerinde taksim olunmak üzere bir nevi şirkettir (madde: 1431).

2 — Bağ ve meyvelik olursa bu takdirde akte müsakat denilir ki tarifi şudur : Bir taraftan eşcar, diğer taraftan terbiye yani ağaçların bakımı ve muhafazası olmak ve hasıl olan meyve aralarında taksim olunmak üzere bir nevi şirkettir(madde 1441). İşte Mecellenin kira bahsinde hasılat icarına temas edilmemesinin sebebi budur. Tekrar bahsimize gelelim.

18 — Fransız hukuku bakımından icar rizaî bir akitir demiştim. Şu halde aktin meydana gelmesi için yazılı olarak yapılmasına lüzum yoktur. Kezalik aktin temadî eder bir mahiyet arzemesi, onun makable şamil bir surette feshine de **résolution** imkân vermez. Burada fesih, daima aktin ilerdeki hükümleri üzerinde tesirlerini gösterir.

19 — Borç münasebetlerinden husule gelen bütün akitler gibi, icar aktide mucirine karşı kiracıya bir şahsî hak tanır ki o da bir şeyi yapmak yani kiralanan şeyden akit hükümleri dairesinde kendisinin faydalanmasını temin etmek mükellefiyetidir. Bu mükellefiyet mucire aittir.

Ancak F. M. K. nuna göre kiracı bu hakkını akitten sonra mecuru iktisap etmiş olanlara karşı da dermeyan edebilir: "Eğer mal sahibi kiraladığı gayrimenkulü satarsa, iktisap eden kimse akti resmî şekilde yapmış olan veya kiranın satımdan evvel olduğunu mevsuk tarihle isbat eden adı veya hasılat icarî kiracısını mecurdan çıkaramaz; meğer ki mucir bu hakkını kira mukavelesinde muhafaza etmiş olsun; art. 1743". Çünkü icar, kiralanan maldan faydalanmayı istihdaf eden idarî bir tasarruftur. Bu itibarla temyiz kudretini haiz olan mahcurların icarları da muteberdirler. Ancak uzun bir müddet için yapılan icar mülkiyetin kısmen devrini intaç edebilir. Bu sebepten dolayı F. M. K., dokuz seneden fazla bir müddet için aktolunan icarın dokuz seneye tenzil olunabileceğini ve 18 seneyi tecavüz eden kira mukavelelerinin tapuya kaydedilmiş olmadıkça üçüncü şahıslara karşı dermeyan olunamayacağını kabul etmiştir.

20 — Fransız hukukunda zımnî icar **reconduction tacite** da vardır. Eğer kira müddetinin hitamından sonra kiracı, mucirin muhalefeti olmaksızın mecuru kullanmakta devam ederse, sarîh icar yerine zımnî icar kaim olur; bu takdirde taraflar eski mukavelenin şartlarını kabul etmiş sayılırlar. Kira müddetine gelince bunu mahallî adetler tayin eder; mahallî âdetlerin tayin ettiği müddetler içinde fesih ihbar edilmedikçe taraflar aktin hükümlerine riayete mecburdurlar. İcar aktinin tevliit ettiği hükümlere gelince bu bahse ilerde kanunumuzun tetkiki sırasında temas edeceğim.

Alman hukukunda kira akti :

21 — Kira aktinin nazarî kavramı üzerinde A. M. K. büyük bir hususiyeti ihtiva etmez. İlk zamanlardan beri kira aktini diğer akitlerden ayıran ananevî hükümlere burada da rastlarız. Filhakika işbu akitte :

- 1) Mülkiyet malikin uhdesinde kalır.
- 2) Malik yalnız istifade hakkını devreder.
- 3) İstifade hakkı muvakkat bir zamana münhasırdır.
- 4) Bir ivazın bulunması lâzım gelir.
- 5) Kiralanan şeyin mislî mallardan olmaması icabeder.

Bunlardan ilk dört hüküm vedia ile vekâleti; ilk üç hüküm satımı; dördüncü hüküm âriyeti; beşinci hüküm de karzı icar aktinden ayırır. Şirketle icar arasındaki farka gelince burada AMK, Roma hukukundan kasten ayrılmış ve şirket mallarında iştirâk halinde bir mülkiyet görmek suretiyle tamamen orijinal bir prensip ortaya atmıştır. İşte bu görüş bilhassa hasılat icarında artık şirket mahiyeti görmeğe imkân bırakmaz.

22 — İcar aktinin tarifi etrafındaki sevk edilen bu hükümler bütün kanunlarda yer almış bulunmaktadır. Fakat icar terimine Alman hukuku Fransız hukukunun anladığı mânayı vermez. Filhakika akitlerden birinin mesaisini **locatio operarum** veya bu mesaiden elde edilecek menfaati **locatio operis** istihdaf eden bir anlaşma Alman kanununa göre icar aktinde yeri olmayan nevi şahsına münhasır **sui generis** birer mukaveledir; evvelkisi bir iş akti, ikincisi bir istisna' aktidir. Bu fark esaslı bir maksada binaen ihdas olunuyor; mevzuu insan mesaisine taallük eden bir aktin sosyal karakteri burada bir kira mahiyeti görmeğe imkân vermez. İnsan mal sayılmaz ki onun semereleri bir aktin konusu olabilsin. İşte bundan dolayıdır ki AMK, âkitlerden birinin diğeri üzerinde hâkimiyetini ihsas eden patron, amele, uşak, efendi gibi terimlere maddelerde yer vermemiş ve her iki taraf için müsavi durum sağlıyan tabirler kullanmıştır: Biri iş alacaklısıdır **l'ayant droit aux services** diğeri de iş borçlusudur **l'obligé aux services**. Yine aynı fikre tabi olarak Roma hukukundaki aşağı hizmet, yüksek hizmet telâkkileri de ortadan kaldırılmış ve bir insanın mesaisini konu itihaz eden her aktin bir iş akti olduğu kabul edilmiştir. Bu suretle demokratik telâkki en geniş ve kesin ifadesini AMK nunda bulmuş oluyor. Vakıa bu telâkkinin ilk izlerine İsviçrenin 14 Temmuz 1881 tarihli eski B.K.nunda dahi tesadüf edilir. Fakat ne bu kanunda ne de onun tadil edilmiş olan son şeklinde terimler üzerinde AMK.nunda olduğu kadar titiz davranılmamıştır. Eskiden beri hukuk dilinde aşağı hizmetler için verilen ivaza **salaire**, yüksek hizmetlere mukabil ödenen paraya da **honoraires** derler. AMK, bu terimlerden hiç birini kullanmaz. İnsan emeğine karşılık verilen paranın ismi **Vergütung rénumération** dur. Halbuki B. K. muzun 353 üncü maddesi, bazı serbest meslek erbabının istihkak kesbettikleri ivaz için **honoraires** terimini kullanmaktadır. Bu yapılan iş akitleri arasında bir sınıf farkı gözetmek demektir. İlk bakışta bu yeniliklerin Alman müfrit sosyalistlerinin tesiriyle meydana geldiği düşünülebilir. Halbuki hiç te böyle olmamıştır. Bilâkis Reichstag sosyalistleri bütün iş akitlerinin bu suretle tevhid olunmasına muhaliftiler. Onların fikrince evvelâ hizmet aktinin iş aktinden ayrılması lâzımgeliyordu. Uşak, hizmetçi ve saire gibi kimseler hizmet akti; el işleri yapan sanat mensupları ise iş akti hükümlerine tabi olmalı idiler. Bundan başka fikrî mesai erbabının sanayi erbabı ile bir seviyede tutulması pek yanlış bir harekettir. Çünkü fikrî mesaileriyile çalışanlar, muvaffakiyetleri halinde ücrete istihkak kesbedecekleri halde sanayi mensuplarının ücrete istihkaklarında bu şart aranmazdı. **K. Marx**e in fikirlerinden ve sınıf mücadelesinden kuvvet alan bu görüşü Reichstag reddetti; ve böylece

iş akti, diğer akitlerden ayrı bir hususiyeti haiz olan bir akit olarak kabul olundu. İşte gerek Mecellede (madde: 522 ve devamı), gerek F.M.K. ua (art. 1779) yer almış olan hizmet icarının AMK. nunda neden dolayı bulunmadığını izah için bu tafsilâtı vermeğe mecbur kaldım.

23 — AMK. nun Fransız hukukundan ayrıldığı diğer bir noktada adı kira ile hasılat kirası akitlerinin şümülünde görülür. Fransız hukukunda adı icar maddî mallarda hasılat icarı ise tabii veya medenî semere getiren gayri menkul mallarda olur. Bu iki akit arasındaki fark evvelkisinde kiracının yalnız mecurdan istifade hakkına malik olması; ikincisinde ise buna ilâveten mecurun semerelerine de sahip bulunmasıdır. İşte aradaki bu farktan AMK şu neticeyi çıkarıyor : Mademki hasılat icarı kiracı mecurun semerelerine malik olmaktadır; o halde mahiyetleri ne olursa olsun (maddî, gayrimaddî, menkul, gayrimenkul) semere getirmeğe salih olan bütün mallar hasılat icarının mevzuunu teşkil edebilirler : Bir arazide avlanmak, dalyanda balık tutmak, sunun muharrik kuvvetini kullanmak, sınaî bir teşebbüsü işletmek ve saire gibi. Şu halde adı icar eşyaya, hasılat icarı haklara taallük eder.

24 — Bu derece mücerret olmamakla beraber 1881 tarihli İsviçre B.K.nun 296 ıncı maddesinde aynı prensip formülleştirilmiş ve bu B.K. nun 275 inci maddesinde de daha vazih şekilde yer almıştır. Şimdi AK. nundaki tariflere geçelim :

1) Adı kira akti mucibince mucir, kiralanan şeyin istimalini icar müddeti zarfında kiracıya temin etmeyi tahhüt eder. Kiracı kararlaştırılan kira bedelini tediye mecburdur § 535.

2) Hasılat icarı akti mucibince mucir, icar müddeti zarfında kiralanan şeyin istimalini ve muntazam bir işletme kaidelerine göre mecurun varidatını teşkil edebileceği kabul edilen semerelerini kiracıya temin ve temlik etmeyi taahhüt eder. Kiracı kararlaştırılan kira bedelini mucire tediye mecburdur. 582 - 597 inci paragraflara göre hilâfının kabulü lâzımgelmedikçe adı icar hakkındaki hükümler, hasılat icarında da tatbik edilir § 581.

Kira akti etrafında verdiğimiz bu izahat mevzuumuzu mukayeseli bir şekilde inceleyebilmek için muhtaç olduğumuz ilk malzemeyi ihtiva eder. Roma hukuku bir tarafa bırakılırsa üç muhtelif hukuk sistemi tesbit etmiş olduk. Şimdi kanunumuzun hükümlerine geçiyorum.

A D İ K İ R A

Bail à loyer B.K. 248 - 269; İ.B.K. 253 - 274.

Birinci Bölüm : Genel Bilgiler :

25 — B. K. numuzun VIII inci babı, biri âdi kiraya diğeri hasılat ki-

rasına ait olmak üzere iki fasıldan ibarettir. Mecelledeki icarei ademiye gelince kanunumuz bu konuya iki müstakil babta temas eder : İş akti **contrat de travail**(3) (B.K. 313 ve devamı); istisna' akti yani bir şeyin imalini bir diğerinden istemek hakkını veren mukavele **contrat d'entreprise** (B.K. 355 ve devamı). Vakıa bir çift kundura imal eden kimseye müteahhit demek biraz iddialı bir ifadedir. Fakat kanunumuz İsviçre kanununa tabi olarak el işleri yapan sanat erbabını **entrepreneur** müteahhit farzetmiş ve aynı kökten gelen **entreprise** tabirini de sanat erbabı ile yapılan bütün anlaşmaları anlatan bir terim olarak kabul etmiştir.

Kira akti zamanla derin tahavvüllere uğramıştır. Eskiden geniş topraklara sahip olanlardan pek çokları bu yerleri işletmek imkânından mahrum bulunuyorlardı. Bu sebepten cüzî bir kira mukabilinde **canon arazinin** kıymetlendirilmesini bir başkasına terk eden akitler yapılmakta idi ki bunlara **bail emphytéotique** denilir. Burada kiracı **emphytéote** mecuru ıslah edecek ve en çok 99 sene nihayetinde asıl malike iade eyliyecekti. Orta çağ latincesinde **emphyteosis** terimi ile ifade edilen bu akit kelimenin aslına nazaran Yunanlılardan alınmış bir müessesedir. **Emphytéose** Yunancada zeriyaat yapmak demektir. Bununla araziyi ıslah ve ekime elverişli olacak bir müddetle icar mânası kastolunuyor(4). Kiracının mecur üzerinde aynı bir hakkı vardır; şu halde mirasçılara intikal ettiği gibi onu bir başkasına devir ve temlik dahi edebilir. Fransız hukukunda bu akit hâlâ yaşamaktadır. 18 yıldan az, 99 yıldan uzun bir müddet için yapılamaz.

26 — Modern hukuk kira aktini kendi tabii sınırları içinde tetkik eder. İcar şahsî mahiyeti haiz mahdut müddetli bir istifade hakkıdır. Bu hak kiracının mirasçılara intikal etmez. Ancak gayrimenkullere taallük eden icarlarda aktin aynı mahiyet alması mümkündür (B.K. 255, 277).

27 — Neler kiralanabilir? Satım aktinin mevzuunu teşkil eden bütün mallar kaideten icar olunabilir. Ancak, müstecir, kiraladığı malı müddetin hitamında mucire aynen geri vermekle mükellef olması (B. K. 266), istimleri istihlâklerini bağlı olan mallarda icarın yapılamıyacağını bize gösterir. Şu halde bir gayrimenkulün teferruatından olmadıkça gübre, saman ve saire gibi misli şeyler (B.K. 295) icar edilemezler. Diğer taraftan

(3) Kanunumuzdaki hizmet akti tabiri aslına nazaran yanlıştır.

(4) Mecellenin 1270 ve devamı ile arazi kanunnamesinin 103 üncü maddesinde bahis mevzuu edilen arazi mevatin ihya edilmesi meselesinin bu akitle hiç bir münasebeti yoktur.

satılmadıkları halde icarı mümkün olan mallarda bulunabilir: Pazar mahalleri, fakülte salonları gibi. Mademki satım aktinin mevzuunu teşkil eden bütün malların icarı caizdir; o halde maddî olmıyan malların (T.K. 125 No: 2) kiralınmasına bir mâni yoktur. Bunun en önemli misalini ihtira beratlarında bulabiliriz. Bir ihtira beratına sahip olan kimsenin, bu berattan muayyen bir müddetle faydalanmak hakkını bir başkasına devretmesi mümkündür. İşbu mahiyeti haiz olan anlaşmalara **contrat de licence** lisans mukaveleleri derler. Bir berata malik olan kimse lisans mukavelesiyle işbu berata bağlı olan hakların tamamından veya bir kısmından faydalanmak hakkını bir diğerine temlik eder (İhtira Beratı Kanunu madde : 25). Lisans mukaveleleri ya münhasıran bir şahıs lehine yapılır; bu takdirde berattan istifade hakkı yalnız bir şahsa ait olur. Veya birden ziyade kimseler, muhtelif mukavelelerle bir berattan faydalanmak hakkını iktisap ederler. Evvelkisine **Licence exclusive**, ikincisine **licence simple** veya **l. ordinaire** derler. Kaideten bir berata malik olan kimse, lisans mukavelesiyle devrettiği istifade hakkını mukaveledevamı müddetince karşı tarafa temin etmek zorundadır. Bu esas, inhisar mahiyetinde olmıyan mukavelelerde umumiyetle kabul edilmektedir. Fakat lisans münhasıran bir şahsa verilmişse beratın hükümden sakıt olmaması mükellefiyetinin kime ait olacağı etrafında İsviçre ve Alman mahkemeleri arasında bir içtihat farkına rastlarız. Alman mahkemelerine göre bu mükellefiyet, berattan münhasıran faydalanan kimseye teveccüh eder. Çünkü lisans mukavelesi hitamında beratı sahibine iale etmek mecburiyeti zaten o berattan istifade etmekte olan kimseye tahmil edilmiş akdî bir mükellefiyettir. Halbuki Federal Mahkeme, lisans mukavelelerinde daha ziyade icar aktine yaklaşan bir mahiyet görmekte ve bunu muhtelif kararlarında tebarüz ettirmektedir. (J. d. T. 1925, I 336; 1927, I 458). Bu itibarla ister tek bir şahıs lehine yapılmış olsun, ister birden ziyade kimseler lehine tanınmış bulunsun, lisans mukavelelerinde icar aktine hâkim olan prensiplerin cari olması lâzımgelir. Nasıl ki malını kiralayan kimse, müstecirin mecurdan faydalanabilmesi için icabeden tedbirleri almak ve meselâ esaslı tamirleri yapmak mükellefiyet ve vergilerini ödemek zorunda kalıyor (B.K.258,280,283); ihtira beratı sahibi de berat hakkının sukutunu önliyecek tedbirleri almıya vè böylece her sene tediyesi icabeden resimleri zamanında tesviyeye (İh. Beratı K. madde : 4) mecbur tutulması tabîi görülmek lâzım gelir. Binaenaleyh bir berat, lisans mukavelesi müddeti zarfında kısmen veya tamamen istifade edilemez bir hale gelirse, lisans sahibi, icar aktinde kiracıya tanınan hakları (B. K. 249 ve devamı, 272) yani lisans mukavelesinin feshini veya işbu mukavele mucibince kararlaştırılan bedelin tenzilini istemek lisans sahibine de tanınmalıdır (J. d.

T. 1935, I, 591). Lisans mukavelesiyle bir diğerine kiralanan beratın akit-ten maksut olan menfaati aslâ temin etmemesi veya noksan olarak temin eylemesi ihtimali de vardır. Bu takdirde dahi lisans sahibine E. K. nun 249 ve 272 inci maddelerindeki hakların tanınması lâzımdır. Federal Mahkeme bu gibi hallerde B. K. nun 106 ve müteakip madde hükümlerinin kıyas yoluyla tatbikine gidilebileceğini içtihat etmiştir (J. d. T. 1923, I, 370; 1925, I, 331). Beratın istimalle salih olmaması tâbirinden anlaşılacak lâzım gelen mâna İhtira Beratı Kanununun hükümlerinden (madde: 36) çıkarılır.

28. Kira aktinin tarifi — Bir şeyin ivaz mukabilinde muvakkat bir müddet için istimalini bir diğerine terkeden anlaşmaya icar deriz. Eğer bu şey menkul bir mal veya hasılât getirmiyen bir gayrimenkul olursa o zaman akit “adî icar” ismini alır. Eğer mecur hasılât getiren gayrimenkullerden veya haklardan ibaret ise akit “hasılât icarı” ismini alır. Satım akti ile müşteri **fruenti, abufendi, utendi** ye; hasılât icarı ile kiracı **fruenti, utendi** ye; adî icar ile müstecir sadece **utendi**'ye malik olur. B. K. adî icarı şöyle tarif eder: Bir akittir ki onunla mucir, bir şeyin ücret mukabilinde istimalini kiracıya **preneur** terk etmeği taahhüt eder (B.K. 248). Görülüyor ki icar :

1 — Rızâî bir akittir. Şu halde rızaların birleşmesiyle; mecurun tesliminden evvel dahi akit lüzum ifade eder. Tevliit ettiği hak aynı değil şahsıdır. Bununla beraber kiralanan şey teslim edilince kiracı fer'î zilyet olur (M. K. 888), ve bu sıfatla zilyetliği kanunen himaye edilir (M. K. 894 - 897).

2 — Şekle tabi değildir. Mecurun menkul veya gayrimenkul olması arasında bu bakımdan hiç bir fark yoktur (5). Ancak taraflar icar aktinin tapu siciline şerh verilmesini kararlaştırabilirler (B. K. 255; M. K. 919). Bu takdirde mucirin tahrirî bir beyanına tabiatıyla lüzum vardır.

3 — İki tarafa mükellefiyet tahmil eder. Kira bedeli müstecire tanıyan istifade hakkının bir ivazıdır. Ücretin mutlak nakit olması lâzım gelmez; bir işin veya herhangi bir şeyin ücret olması mümkündür. Esasen tatbikatta adî icarın çok defa diğer bir akitle birlikte yapıldığını ve böylece karışan akit **contrat mixte** mahiyetini aldığını görürüz. Eazan hasılât

(5) Vakıa 5 nisan 1298 tarihli icar-ı akar nizamnamesinin birinci maddesinde ev, dükkân, çiftlik gibi bir akarını kiralayan kimsenin mal sahibiyle bir mukavelename tanzim etmesi emrolunmaktadır. Ancak aynı nizamnamenin 22 inci maddesi, işbu mecburiyetin yerine getirilmemesi halinde aktin yine lüzum ifade edeceği ve ancak mucirden bir para cezası alınacağı tasrih edilmiştir.

ıcarı ile bazan iş akti ile birleşir. Bu gibi hallerde mukavelenin hangi akit hükümlerine tabi tutulacağı meselesi her hâdisenin hususiyetini tetkik ile halledilir (6).

29. Satımda semen taksitlere bağlanmış olsa bile aktin vukuu ile beraber müşteri semenin tamamı üzerinden bir borç altına girmiştir (B. K. 182); yalnız bu borç mukavelede gösterilen tarihlerde muacceliyet kesbedecektir. Halbuki kirada müstecirin borcu akitle tahakkuk etmez. Nettekim Mecellenin 466 ıncı maddesinde akti mutlak ile ücret lâzım olmaz denilmek suretiyle bu kaide tesbit olunmuştur. Görülüyor ki kira ücretinden mütevellit bir borç, icar aktinin yapılması ile değil; belki muayyen kira devrelerinin hulûliyle doğar. Bu bakımdan kira alacağı, nafakaya benzetilebilir. Nasıl ki nafaka alacağının doğumu için aradaki aile rabıtasının ve zaruret halinin devamı şarttır; kira alacağının doğumu için de kiracının mecuru mukaveledeki şartlar dairesinde kullanmakta devam etmesi icabeder. İstimal hakkı ihlâl edilmediği müddetçedir ki (B. K. 249 - 251) kira borcu doğmaktadır (J. d. T. 1917, I, 258). Federal Mahkemenin içtihadına göre kiracının iflâsı halinde kira borcunun teminatı, mucire kanunen tamnan hapis hakkının şümulü nisbetine (B. K. 267) inhisar eder (J. d. T. 1917, I, 258).

30. Doğum şartları bakımından kira bedeli faize benzerse de hukuki mahiyet bakımından ondan ayrılır. Çünkü kiracı, müddetin hitamında mecuru B. K. nun 470 inci maddesindeki kaidelere uygun olarak geri vermekte mükelleftir (B.K.266). Demek ki mecuru istihlâk edemez. Esasen kirayı karzdan ayıran (B. K. 306) fârik hususiyet de budur. Kaldı ki faiz, paranın ödünç alana teslim edilmiş olmasından dolayı verilmesi icabeder bir ivaz değildir. İşte bunun içindir ki B. K. kanunî faiz miktarını tesbit ettiği halde (B. K. 72) kanunî kira bedeline temas bile etmemiştir.

31. Kiralanan dairelerin kışın ısıtılacağına dair olan mucirin taahhüdünü Federal Mahkeme evvelce icar aktine giren tabii bir unsur gibi telâkki etmiş ve buna riayetsizlik halinde, müstecirin menfaatinde ehemmiyetli surette bir eksiklik husule geldiğinin (B. K. 250) iddia olunabileceğini kabul etmişti (J. d. T. 1917, I, 219). Halbuki hâdiseler bu içtihadın

(6) Tarafların akde verdikleri ismin burada tesiri kesin değildir. Meselâ bir kımsenin kendisine ait bir malı ayda yirmişer liradan olmak üzere iki sene müddetle bir diğerine kiraladığını farzediniz. Mukavelede kiralar muntazaman ödendiği takdirde kiracının mecura malik olacağı şartı konulmuş olsun. Bu mukaveleye hiç bir zaman icar hükümleri tatbik edilemez. Bu taksitle yapılan bir satım aktidir; bu sebeple B. K. nun 222 ve devamı maddelerindeki hükümlere tabi tutulur.

hak ve nasafet kaidelerine uymadığını isbat edince mahkeme de kararını değiştirdi: İcar mukavelesinde ısıtma masrafı ayrıca gösterilmemiş yani kararlaştırılan kira bedelinde teshin masrafının dahil olduğu beyan ve tasrih edilmiş olsa bile mucirin teshin hakkındaki taahhüdünde istisna aktine yaklaşan ve icar aktine fer'î olarak eklenen bir anlaşma mahiyeti görmek lâzımdır. Bu itibarla B. K. nun 365 inci maddesi hükümlerinin tatbiki icabeder (J. d. T. 1921, I, 472). Geneve Kanton Mahkemesi 20 mart 1940 tarihli kararında şu mütalâayı yürütüyor: Mecurun teshini hakkında harpten evvel girilen taahhüt edanın imkânsız olması yüzünden sâkit olmuştur (B. K. 117). Bundan sonra kiracının mecurda oturmakta devam etmesi yeni bir akte vücut verir (B. K. 263). Bu sebepten ısıtma ücretinin, ısıtma müteahhidi tarafından yapılan masrafları karşılayacak şekilde ödenmesi zaruridir (B. K. 364). İşte hâdiselerin hususiyetleri, mahkemeleri normal bir kira mukavelesinde istisna akti unsuru aramağa sevk ediyor. Burada *clausula rebus sic stantibus* kaidesinin bir tatbiki ile karşılaşılıyor.

32. İcar aktinin meydana gelmesi, taraflarca müddetin tâyinine bağlı değildir (B. K. 262). Esasen 248 inci maddede müddetten bahsedilmemesi bu sebepten ileri gelir.

33. B. K., adî icarın tarifinde "bir şey" tabirini kullanıyor. Tabiidir ki bu kelimenin şumulüne giren bütün şeyler, adî icar aktinin mevzuunu teşkil edemez; eğer etseydi hasılât icarı (B. K. 270) ile adî icar arasındaki fark ortadan kaldırılmış olurdu. Binaenaleyh tarifi vazih bir hale sokabilmek için "bir şey" terimini "hasılât getirmiyen" kaydiyle takyit etmeliğimiz lâzım gelir. Meselâ ikamet için bir ev, bir oda; şantiye halinde kullanmak için bir arsa; ticaret yapmak için bir mağaza veya idarehane; ilân yapıştırmak için bir duvar kiralanabilir. Fakat meselâ Ankara Belediyesi, duvar ilânlarının şehrin muayyen duvarlarına tâlik edilmesine karar vermişse bu duvarların icarı hasılât icarı mahiyetini alır. Yine bunun gibi vapurlardaki büfelerin kiralanması da bir hasılât icarıdır. Vakıf büfeye tahsis olunan yerin kiracıya teslimi, ilâna hasredilen mahallerin kiracı emrine bırakılması adî icarın bir hususiyetini teşkil eder. Ancak bu mukaveleden maksat kiracının sadece o mahalli kullanması değil; belki buna ilâveten o mahal için verilen müsaadeden faydalanmasıdır. Demek ki aktin şumulü maddî bir malın istimaline inhisar etmiyor; bir hakkın istimali de bu aktin içine giriyor. Akitte hasılât icarı unsuru, adî icar unsuruna galiptir (J. d. T. 1922, I, 472).

34. İcar iki tarafa da mükellefiyetler tahmil eden bir akittir demis-tim. Şu halde her iki tarafın mükellefiyetlerini incelemek lâzım gelir. Kira

nakıs bir trampa akti olduğuna yani mucir, kanunen kiracıdan evvel edasını yerine getirmek mecburiyetinde bulunduğuna göre evvelâ mucirin mükellefiyetlerine temas etmeliyiz.

İkinci bölüm : Mucirin borçları (B. K. 249 - 255)

35. Mucirin haddi zatında tek bir mükellefiyeti vardır ki o dahi kiraladığı şeyden müsteciri aktin devamı müddetince istifade ettirmekten ibarettir. İcar aktinin esas unsurunu teşkil eden bu mükellefiyet B. K. nun 248 inci maddesinde "bir şeyin istimalini terk etmek" kelimeleriyle ifade edilmiştir. Ancak hâdiselerin hususiyetlerine göre birçok ihtimalleri karşılamak zorunda kalan kanunun basit bir şekilde tesbit ettiği bu mükellefiyet, tatbikatta oldukça mürekkep complex bir mahiyet arzeder. B. K. nun 249 ve devamı maddelerinin tahlili, mucire teveccüh eden işbu mükellefiyetin şümulü hakkında bize bir fikir verecektir.

36. — Mucir kiraladığı şeyi akitle sarahaten veya zimnen kastedilen istimal tarzına salih olacak bir durumda teslim etmelidir. Mecellede bu esas müstecir lehine bir muhayyerlik hakkı tanımak suretiyle temin olunmuştur: İcarede muhayyerliği mucip olan ayıp, kastolunan menfaatlerin tamamen veya kısmen ortadan kalkmasına sebep olan şeydir, madde 514; kiralanan bir değirmenin suyunun kesilmiş olması gibi. Fakat kiracının menfaatini ihlâl etmiyen ayıplar, Mecelleye göre müstecire muhayyerlik hakkı vermez. Meselâ evin içerisine yağmur ve soğuk girmiyecek surette sıvası dökülmüş olmak, icarede muhayyerliği mucip olmaz.

37. F. M. K., mecurun ufak tefek tamir ve ıslaha bile réparations locatives ihtiyaç göstermiyecek bir şekilde teslimine muciri mecbur tutmaktadır (art. 1720, f : 1). Vakıa kira müddeti içinde zarurî olmıyan bu gibi tamirler, gerek işbu kanunda (art. 1720, f : 2) gerek B. K. nunda (258, f : 2) mucire değil, müstecire tahmil edilmiştir. Çünkü tamir ve ıslah ihtiyacının, kiracının veya adamlarının ihmalinden tevellüt etmesi ihtimali galiptir. Hukukta itibar ise galip ve şâyi olanadır; nâdir olana değildir, (Mecelle : 42). B. K. nunda mecurun istimale salih bir durumda teslimi mükellefiyeti mucire tahmil edildiğine göre aynı esasın bizde de kabulü zaruridir. Çünkü teslimden evvel hâdis olmuş bir noksanın istilzam ettirdiği masrafı kiracıya tahmil için hiç bir sebep tasavvur edilemez. Ancak hilâfına mukavele muteberdir.

38. Bu izahat bizi satım ile kira akti arasında bir mukayese yapmağa sevkeder. Filhakika mucirden farklı olarak bâyiin sattığı malı istimale salih bir halde teslim etmesi için bir mecburiyet yoktur. Satıcı, mebi, bulunduğu hal üzere teslim eder. Görülüyor ki kanun, muciri bâyiden daha

ağır bir mükellefiyet altına sokuyor. Bunun sebebi şudur: Satım aktiyle bâyi, müşterisini mebiden istifade ettirmek mecburiyeti altına girmiş olmaz; o yalnız mebiin mülkiyetini nakletmekle borcunu yerine getirir (B. K. 182, f : 1). Halbuki mucirin borcu, mecuru istimale salih bir durumda teslim ile eda edilmiş olur.

39. Mucire tahmil edilen teslim borcundan maksat, kiracıya mecurdan faydalanma imkânını temin etmektir. Şu halde teslim olunan mal mecurdaki ayıp dolayısıyla tarafların maksatlarına uygun şekilde bu istifadeye imkân vermez veya istifadenin şümulünü daraltırsa mucir borcunu ya tamamen veya kısmen yerine getirmemiş sayılır; bu surette ise kiracı B. K. nun 106 ve devamı maddeleri hükümlerinden faydalanabileceği gibi 249 uncu maddenin 2. fıkrasında yazılı hakları da kullanabilir. Demek ki akti fesheden kiracı, mucire münasip bir mehil vermek mecburiyetindedir. Ancak mecurdaki ayıp 106 ncı maddedeki münasip mehil zarfında izale edilemeyecek bir mahiyet arz ediyorsa, mehil itasına lüzum yoktur: Kiralanan gayri menkulde ikametın tehlikeli olması; evin sıhhate muzır bulunması; tahtakurusu, böcek, fare gibi haşerelerin evi istilâ eylemesi gibi. Mucirin kiracısı aleyhine haysiyet kırıcı isnatlarda bulunması halinde kiracının 249 uncu maddenin 2. fıkrasına istinat edebileceğine Federal Mahkeme karar vermiştir.

40. Kiracıya ait istifade hakkı şümulünün mecurdaki ayıplar dolayısıyla azalması pek tabiidir. Fakat bundan müstakil olarak kiracının işbu ayıplar yüzünden bir zarara uğraması da mümkündür. Meselâ mobilyeleri hasara uğramış olabilir; yahut akit hükümleri dairesinde mecuru kullanamadığından dolayı bir kârdan mahrum kalabilir. Bu gibi hallerde, mucir kendisine hiç bir kusurun isnadı mümkün olmadığını isbat etmedikçe (B. K. 96) kiracının uğradığı zararı tazmin ile mükellef tutulmalıdır.

41. Diğer bir ihtimal ile daha karşılaşabiliriz: Filhakika istifadenin şümulü mecurun dışında hâdis olan sebepler dolayısıyla azalabilir. Meselâ bir ailenin kira ile oturmakta olduğu bir evin yanbaşında bir fuhuş evi açıldığını farzediniz; burada kiracının akti feshe tabiatıyla salâhiyeti vardır (B. K. 250).

42. Teslim borcunun mukavele hükümleri dairesinde yerine getirilip getirilmediği, taraflarca kararlaştırılan istimal tarzının mahiyetinden istidlâl edilir. Mahallî âdetler ve umumî telâkkiler, iradelerin tefsiri bakımından nazara alınması lâzım gelen unsurlardır. Ciddî bir tetkik neticesinde yahut içerisinde bir müddet oturmak suretiyle meydana çıkabilecek

olan ayıplar müstesna olmak üzere kiracının mecuru gezdikten sonra kiralaması, görülen ayıplar hakkında hiç bir ihtirazi kayıt ileri sürmediği şeklinde tefsir olunabilir (7).

43. Mucire kanunen tahmil olunan "istimale salih bir durumda teslim" mükellefiyetinin şumulünü izah etmiş olduk. Şimdi mucirin ikinci borcuna geçiyorum.

44. 2 — Mucir, kiranın devamı müddetince mecuru istimale salih bir halde bulundurmamakla mükelleftir (B. K. 249, f : 1). Kira akti, müstecire akit süresince mecuru kullanma salâhiyetini vermesine göre mucir mecuru istimale salih bir durumda kiracıya teslim etmekle borcunu ödemiş olmaz; 'o, kiranın başladığı zamandan hitam bulacağı âna kadar inkita kabul etmeyen bir mükellefiyet obligation successive altındadır. Şu halde kiracıya isnat edilemeyen sebeplerden dolayı mecur, muvakkat veya daimi surette istimalden sakıt olursa bundan mütevellit zarara mucir katlanır. Bundan aşağıda a, b, c, d, e fıkralarında tebarüz ettirilecek neticeler çıkar.

45. a) Mecurun mükellefiyeti ve vergileri ve esaslı tamirleri grosses réparations mucire aittir (B. K. 258). Böylece mecurun varlığına ve onun idamesine taallük eden bütün masraflar mucir tarafından ödenir. Vakıa kamu mükellefiyetlerinin kiracıdan talep edilmesi mümkündür. Fakat kiracı bu maddeye istinat ederek ödediği vergi miktarını kira borcu ile takas edebileceği gibi mucire de rücu edebilir. Ancak hilâfına mukavele yapılmasına bir mâni yoktur. Kanun esaslı tamirlerin mahallî âdetlere göre mucire ait olacağını tasrih eder. Esaslı tamir tâbirinde tam bir vuzuh olmaması mahallî âdetlere müracaatı icap ettirmektedir. Umumî surette denilebilir ki mecurun idamesi için yapılması zarurî olan şeyler, esaslı tamirat mefhumuna girer. Mucir yangın veya deprem neticesinde büsbütün harap olan mecuru yeni baştan inşa mecburiyetinde değildir.

46. b) Mucir kiralanan şeyin müstecir tarafından istimaline mani olacak veya bu istimali ihlâl edecek her türlü hareketlerden çekinmeğe mecburdur. Bina dahilinde herhangi bir tadilatı veya tamiri yapamaz; aksi takdirde mucirin akte muhalefetine cevaz vermiş oluruz. Çünkü meselâ kira müddetinin sonlarına doğru mucir, yeni kiracısının arzu ettiği tadi-

(7) Mecelle, kiralanan gayri gayrimenkulün teslimi hakkında, amelî bakımdan çok basit bir esas kabul etmiştir. Mecellenin 582 inci maddesine göre "mecurun teslimi müstecire bilâ mani onunla intifa edebilecek halde âcirin yani kiralayanın izin ve ruhsat vermesidir". Çünkü mucirin yapabileceği şey ancak izin ve ruhsat vermektir. Maddeten tesellüm kiracının fiilidir; bununla mucir mükellef tutulamaz.

lâti yapmağa kalkabilir. İste bunun içindir ki F. M. K. icarın devamı müddetince mucirin mecurda tadilât yapmayacağını tasrih eder (art. 1723). Yine aynı sebepten dolayı ilk icar aktinin tazammun ettiği istimal tarzını ihlâl edecek mahiyette diğer biriyle ikinci bir icar akti yapamaz (Sirey, 1903. II, 303). Kanunumuz, bu esasın müeyyidelerini 96 ve 250 inci maddelerde gösterir. Filhakika mecur kiralama müddeti zarfında kiracının bir kusuru olmaksızın akitten maksut olan kullanılmak mümkün olmayacak veya ehemmiyetli surette azalacak bir hale düştüğü takdirde, kiracı ücretten münasip bir miktarın tenzilini talep edebileceği gibi; ayıp münasip bir müddet zarfında bertaraf edilmezse, akti feshedebilir. Hastalar için tahsis olunan pansiyon kaloriferlerinin kâfi derecede sıcaklık vermemesi, damın akması ve saire gibi haller maksut olan menfaatin ehemmiyetli surette azaldığı mânasını tazammun eder. Bu maddeden anlaşılıyor ki kiracı bu gibi haller karşısında ancak istimalin azalmasıyla mütenasip bir miktar ücret tenzilini talebe hakkı vardır. Fesih hakkının kullanılabilmesi ayıbın münasip müddet zarfında bertaraf edilmemesine bağlıdır. İster ücret tenzili, ister aktin feshi cihetine gidilsin kiracının zarar ve zıyan istemek hakkı mahfuzdur. Ücret tenzilindeki zarar müsbet, fesih halindeki zarar menfidir.

47. Kararlaştırılan ücretin kastedilen menfaatle mütenasip olması lâzım geleceği fikrini Mecelle de kabul etmişti : "Mecur ile intifa bilküllüye yani tamamen fevt oldukça ücret sâkit olur. Meselâ hamam tamire muhtaç olup da tamiri esnasında bir müddet muattal kalsa o müddetin ücretten hissesi sâkit olur. Kezalik değirmenin suyu kesilip de muattal kalsa suyun kesilmesinden itibaren ücret sâkit olur. Fakat müstecir un öğütmekten gayri bir suretle değirmenden intifa ettikte kira bedelinden ona isabet eden hisseyi vermesi lâzım gelir (Mecelle : 478). Ancak bazan hal icapları kiracının mecurdan icar müddeti dışında istifade etmesini zarurî kılar. Mecelle bu ihtimali karşılamak için 480 inci maddede müstakil bir hüküm sevk etmiştir. Müddet üzerine bir kayık kiralanıp da yolda müddet nihayete erse sahile yanaşmaya kadar icare mümtet olur ve müstecir fazla olan müddetin ecri mislini verir.

48. Akitle müstecire temin olunan istimal hakkının ihlâl edilememesi için mucire tahmil edilen bu mükellefiyet, hiç şüphesiz menfi bir eda mahiyetini haizdir. Ancak bu mükellefiyete mucirin mülkiyet hakkını hiç indirecek bir şümül izafe edilemez. Mucir kiraladığı bir gayrimenkulü âhara ivazlı veya ivazsız olarak temlik veya başka bir mal ile mübadele edebilir. Yapılan bu muamelelerin kira akti üzerinde tesirleri vardır. Çünkü mecurun temliki halinde bâyi mülkiyeti ve bunun neticesi olarak da

mebiden faydalanma hakkını müşteriye devretmiştir. Böyle bir durum karşısında gerek kiracı, gerek müşteri haklarını bâyi ile mucirden isteyebilir. Zira satım gibi kira dahi lüzum ifade eden bir akittir. O halde bu iki akitten hangisinin diğerine üstün tutulacağı meselesi kanunen halledilmek lâzım gelir. Yukarıda bilmünasebe işaret edildiği üzere F. M. K. kiracıya yedi seneyi geçmemek üzere bir istimal hakkı tanımıştı, (art. 1743). Mecellenin bu husustaki hükmü daha kesindir: "Müstecirin izni olmaksızın âcir, mecuru satsa müstecir hakkında beyi nâfiz olmazsa da bâyi ile müşteri beyninde nâfiz olur (madde 590 f : 1). Demek ki kiracı satım aktine icazet vermedikçe bu akit kendi haklarına tesir etmez ve icarenin hitamına kadar mecuru istimalde devam eder. Satım aktine kiracının icazet vermesi, icarın feshine muvafakat etmesi demektir. Görülüyor ki burada kiracının hakkı müşterinin hakkından üstün tutulmuştur. B. K. bunun tam aksini kabul ediyor. Müşteri kabul etmedikçe kiracı aktin devamını isteyemez. Böyle olmakla beraber kiracının haklarını himaye eden hükümler de vardır. Kiracı mucirinden akte riayet edilmesini — ki mecur misli şeylerden olduğu takdirde bu ihtimal vârit olur — ve bu suretle vâki olan ihlâl yüzünden uğradığı zararı isteyebileceği gibi (B. K. 253) aktin icra edilmemesinden tevellüt eden zararı da talep edebilir. AMK, bir seneden fazla bir müddet için yapılan gayrimenkul icarlarının yazılı olmasını emreder § 566. Bunun sebebi mecurun satılması halinde müşterinin şifâhen aktedilmiş mukavelelerle bağlı tutulmasının muvafık görülmemesinde bulabiliriz.

49. Muhtelif hukuk sistemlerindeki farkın neden ileri geldiğini anlayabilmek için mevzumuzu yakından incelemeğe mecburuz.

Bilindiği üzere satım, mülkiyet hakkının devrini intaç eden bir akittir. Ancak ölüm halinde de mülkiyet mirasçılara intikal eder. Şu halde müşteri gibi mirasçı dahi mucirin halefi olur. Fakat müşterinin halefiyeti hususî bir akte *succession à titre particulier*, mirasçının halefiyeti terekenin tamamının intikaline *succession à titre universel* istinat eder. Demek ki mülkiyet hakkının intikali bakımından ölümle satımı aynı seviyede tutmak yani mucirin ölümüyle mecurun mirasçılara intikali keyfiyetini, satımla meydana gelen intikal keyfiyetinden ayırmamak ve her ikisini de aynı hükme tabi kılmak mantıklı bir zarurettir. Vakıa diyebilirsiniz ki satım mucirin iradî bir hareketidir; mecuru satmakla kiracının istimal hakkını ihlâl ediyor. Ölümde bu mahiyet var mı? Bence itirazınız doğrudur. Ancak bir taraftan müşteri ile mirasçının, diğer taraftan müstecire ait hakların şu veya bu şekilde bir başkasına intikal etmiş olmasının değişik hükümlere tabi tutulması hukukan müdafaa edilemez. Yine diyebilirsiniz

ki mucirin ölümü halinde tereke bütün hak ve mükellefiyetleriyle birlikte mirasçıya intikal eder. Bu sebeple müteveffa tarafından kira aktiyle girilen borcun mirasçıyı ilzam etmesi normal bir haldir. Halbuki satımda mucirin borçlarından müşterinin mesul tutulması için hiç bir sebep yoktur. Bu itiraz müşteri ile mirasçının kiracıya karşı olan hukukî durumları arasında bir fark gözetilmek icap edeceğini anlatır; fakat unutulmamalıdır ki bu fark, mecuru istimal hakkını bir akitle iktisap etmiş olan müstecirin hukukî sahası dışında meydana gelen hâdiselere istinat eder. Mecur malikinin ölüm veya satım sebebiyle değişmesi, kiracının şahsen yabancı kaldığı olaylardır. Bunların mahiyetlerine bakılarak kiracının haklarını hâdiselerin mukadderatına tabi tutmak bilmem ki ne dereceye kadar doğru olabilir?

50. Bu mülâhazalardan sonra kanun vâzîlarının nasıl bir hareket tarzı takip ettiklerini muhtelif hukuk sistemlerinde arayalım.

51. A — İslâm hukukunda. İşbu hukukta ölümle icarenin münfesih olup olmayacağı ihtilâflıdır. Hanefî mezhebindeki imamlar, âkitlerden birinin veya ikisinin vefat etmesiyle kira aktinin münfesih olacağı içtihadında bulunmuşlardır. Çünkü mucir vefat ettikte mecur mirasçıya intikal eder ve o andan itibaren mecurun menfaati varisin mülkünde hâdis olur; varis ise âkit değildir. Müstecirin ölümüne gelince kiracının hakkı mücerret bir menfaatten ibarettir; bu menfaat ise mirasçıya kalmaz. Diğer mezheplere mensup olan imamlar, bunun tam aksini içtihat etmişlerdir: Yani mucir veya müstecirden birinin vefatı icar aktine tesir edemez; zira kira dahi satım gibi lüzum ifade eden bir akittir. Nasıl ki satımın vukuundan sonra bâyi veya müşterinin ölümü aktin sıhhatini ihlâl edemiyor; kiranın sıhhatini de ihlâl edememesi lâzımgelir.

52. B — Osmanlı İmparatorluğunda. Buradaki mevzuat bir sisteme bağlanamayacak kadar karışıktır. Filhakika :

1) İcareteynli vakıflarda mecurun mirasçılara intikali kabul edilmiştir. Şu halde müstecirin ölümüyle icar münfesih olmaz. Bu hanefî mezhebine muhaliftir.

2) 1284 tarihli konturato nizamnamesinin birinci maddesinde âkitlerden birinin ölümüyle kira münfesih olur denilmiştir. Burada Hanefî mezhebine rücu olunuyor.

3) Mecellenin icareye dair olan kitabı 1286 tarihinde neşrolunuyor. Fakat Mecellenin gerekçesinde Hanefî mezhebinin esas olarak alındığı tasrih edilmiştir. Bu suretle konturato nizamnamesinin hükmü teyit edilmiş oluyor.

4) 1291 tarihli İcar-ı Akar Nizamnamesinin 21 inci maddesinde "vefat sebebiyle icarenin infisahi dâvası istima olunmaz" denilmiş ve böylece Hanefî mezhebine muhalefet edilmiştir.

5 — 1299 tarihli icarı akar nizamnamesinde 21 inci madde hükmü kaldırılmak suretiyle tekrar hanefî mezhebine rücu ediliyor.

6) İşbu nizamnamenin 17 inci maddesi 1 şubat 1330 tarihinde değiştirilerek şu fıkra ekleniyor: "Ne mucirin, ne de müstecirin vefatiyle icare münfesh olmaz".

7) Hanefî mezhebinin esas olarak alınmış olmasına rağmen Mecelle satımın icareye müessir olmayacağını tasrih eder; madde : 590.

Yekdiğerini nakzeden bu hükümlerden anlaşılıyor ki eski hukukumuzda bu konuya dair olan mevzuat arasında hiç bir âhenk yoktur.

53. C — Fransız hukukunda. F. M. K. icarın ölümle nihayet bulmayacağını tasrih eder (art. 1742). Esasen icarı Akar Nizamnamesinin 17 inci maddesine eklenen fıkra bu maddeden aynen alınmıştı. Mecurun satımı halinde ne hüküm cereyan edeceğini evvelce söylemiştim.

54. D — Alman hukukunda. A. M. K. na gelince kiracının ölümü halinde onun mirasçısı kanunî mehle riayet şartıyla akti feshedebilir. Bu hak mucire, de tanınmıştır § 569. Satım halinde ise müşteri kira aktinin tevhit ettiği hak ve vecibelerde mucire halef olur § 571.

55. E — Türk hukukunda. B. K. nun 254 üncü maddesinde şu hükümler vardır : Aktin yapılmasından sonra mucir, kiraladığı şeyi temlik eder veya bu şey icarî takibat yahut iflâs neticesinde ondan nezedilirse kiracı, bu sebeplerle mecuru iktisap etmiş olan üçüncü şahıstan kira aktini kabule mecbur bulunmadıkça icarın devamını isteyemez; yalnız mucirden aktin icrasını veya zarar ve ziyan verilmesini talep edebilir; f : 1. Bununla beraber gayrimenkul icarlarında, mukavele daha evvel fesihlerine mani olmadıkça en yakın kanunî ihbar müddetine kadar üçüncü şahıs icara riayetle mükellef tutulur ve feshi ihbar etmezse akti kabul etmiş sayılır; f : 2. Kamu menfaati için istimlâke dair olan hususî hükümler mahfuzdur; f : 3. Görülüyor ki kanunumuzda mecur malikinin ölümünden gayri bir sebeple değişmesini intaç eden bütün sebepler tek bir madde içinde toplanmıştır. Mucirin ölümüne gelince B. K. nuna göre bu hal, akte hiç bir suretle müessir olmaz; mucirin mirasçıları, müteveffanın yaptığı akitle bağıdırlar. Ancak en az bir sene müddetle yapılan icarlarda kiracının ölümü hem onun mirasçılarına hem de mucire 262 inci madde hükümlerine riayet şartıyla bir fesih hakkı verir. Bu sebeple kanunumuzun tanzim

teknîği bakımından işbu konuya daha ilerde temas etmekteğimiz icabedecektir (B. K. 264 ve devamı). Aşağıdaki altıncı bölüme bakınız.

56. Roma hukukuna göre satım, kira aktinin icrasına nihayet veren bir sebepti. Bu esas eski Fransız hukukunda dahi cari idi: **Vendition brise amodiation; vente brise bail a ferme**. Fransız M. K.nu tanzim edenler bu esastan uzaklaşmak lüzumunu hissettiler. Çünkü bir kere icar akitlerinde bir kararsızlık yaratılıyordu; bu ekonomik bakımdan mahzurlu idi. Sonra da kira aktinin hükümlerinden faydalanmağa hakkı olan müstecir satımın vukuu ile bu hakkından mahrum kalyordu. Bu ise nasafet esasına aykırı idi. İşte F. M. K.nun 1743 üncü maddesine hâkim olan fikir budur. Türk ve İsviçre Medenî Kanunları, Roma'nın görüşüne iltihak etmişler ve fakat bu esasın hulûlünden doğacak mahzurları gidermek çarelerini de aramışlardır. Bu noktayı tebarüz ettirmek isterim.

57. Kira şahsî vecibeler tevhit eden bir akittir. Gerek Roma'da, gerek eski Fransız hukukunda kabul edilen esas dahi bundan ibaretti. **Vendition brise amodiation** dan maksat müstecirin mecur üzerinde aynı bir hakka sahip olmadığını anlatmaktır. Borç münasebetinden doğan bir hakta aynı mahiyet aramak zaten doğru olmaz; bu münasebet ancak şahsî bir hakka vücut verir. Satımın yapılması müstecirin şahsî hakkını ihlâl edemez; mucir kiracısına karşı daimî bağlıdır. O halde durum şu oluyor: mecuru iktisap eden üçüncü şahıs müsteciri mecurdan çıkarabilir. Fakat müstecir de aktin hükümlerine riayet edilmesini mucirden ister. Kiracıya tanınan bu hak, yeni maliki takyit etmiyeceğine göre müstecir, satım sebebiyle mecuru terke mecbur kalmasından dolayı uğradığı zarar ve ziyânı kendi mucirinden talep edebilecektir (B. K. 96 ve devamı). Demek ki böyle bir talep karşısında kalacağını düşünen mucir tazmin mükellefiyetinden kurtulmak için icabeden tedbirleri almak mecburiyetinde kalır: Ya kira aktini tapuya teşcil ettirir; bu takdirde müstecir yeni malikten icarın devamını istemek hakkını haiz olur (B.K. 255). Yahut da yaptığı satım mukavelesinde icarın feshi hakkından müşterisini vaz geçirir; bu surette ise üçüncü şahıs lehine yapılmış bir akit karşısındayız demektir; yeni mâlik kira akti hükümlerine riayete mecbur kalır (B.K. 111, f : 2). Bundan başka yeni mâllikin kiracı ile icarı teedit etmesi (B.K. 114) veya bâyi ile anlaşarak kiracıya karşı giriştiği borçları üzerine alması (B.K. 174) mümkündür. Her iki surette dahi kiracının muvafakati lâzım gelir. Müstecir arzusu hilâfına yeni bir mucir kabulüne mecbur tutulamaz. İşte bundan dolayıdır ki bazı İsviçre hukukçuları, mecuru temlik vakiasının kiracı tarafından aktin feshi mahiyetinde telâkki edilebileceği fikrindedirler. Bununla beraber yeni mâlik kirayı devam ettirmeğe hazır ve kira ak-

tinde şahsa akit bu tebeddülün kiracıya bir zarar getirmeyeceği, sabit ise müstecirin zarar ve ziyana talebine hakkı olamaz.

58. B. K. nun 254 üncü maddesinin 1. fıkrası mutlak olarak mecurun temlikinden bahseder. Şu halde mahiyetleri ne olursa olsun temlik tazammun eden satım, trampa, hibe gibi bütün akitler bu mefhuma girerler. Fakat terekenin taksimi (M. K. 586 ve devamı) veya mecurun mirasçılardan birine tahsisi (M.K. 592) halinde bu hüküm cereyan etmez. Çünkü bu ralarda temlik yoktur. Mantıkan düşünülecek olursa bu maddenin hükmü haciz yoluyla yapılan cebri temliklere teşmil edilmemeliydi; fakat kanunumuz bu farka ehemmiyet vermiyor.

59. Şimdi mecurun nevi ve cinsi bakımından bu maddenin şümülüne girebilen muhtelif ihtimalleri gözden geçirelim. Kiraya verilmiş olan mal ya menkul veya gayrimenkuldür. Menkul ise ya ferdiyle veya cinsiyle müayyendir. Eger ferdiyle tayin edilmişse müstecir haiz olduğu şahsı hakka dayanarak aktin hükümlerine riayet edilmesini mucirden ister. Ancak diğer taraftan yeni mâlikin de müstecirin hemen zilyetliğini nezetmeğe hakkı vardır. Bu takdirde mecurun edası kendi kusuriyle imkânsız hale gelmiş olur ve kiracının uğradığı zararı tazmin eder (B.K. 96 ve dev.). Eger neville tayin edilmişse müstecirin akit hükümlerine riayet edilmesi yolundaki talebi yerine getirilebilir; kiralanan araba yerine başka bir araba verilmesinde olduğu gibi. Ancak imtina halinde bu borç yine zarar ve ziyana inkılâp eder.

60. Kiralanan şey gayrimenkul ise (M. K. 632), icar akti mucir ile müstecir arasında devam eder; ancak yeni mâlikin ilk kanunî mehil zarfında (B.K. 262) akti feshe salâhiyeti vardır. Yeni malikin mucire temsil yetkisi vermesi ve mucirin bu sıfatla feshi ihbar etmesi mümkündür. Sayet bu müddet zarfında fesih ihbar edilmezse yeni mâlik icarın devamını kabul etmiş sayılır.

61. Yeni mâlik satım mukavelesinde fesih hakkından nasıl feragat edebilirse kiracı da satım halinde mecuru terkedeceğini icar akti ile taahhüt etmiş olabilir. Bu suretle yeni malik kanunî mehle riayete mecbur tutulmaz. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki "daha evvel feshe müsait değilse" tâbirinden maksat budur. Federal Mahkeme yeni mâlik tarafından yapılacak fesih ihbarının muteber olabilemesini, mülkiyet hakkının intikal etmiş olmasına bağlı tutar; şu halde tescilden evvel yapılan ihbarın hükmü yoktur (J. d. T. 1917, I, 274).

61. İera dairesi yaptığı müzayede neticesinde kira aktini, icar mukavelesindeki sarahate istinaden feshetmeksizin ihale etmiş bulunursa kira-

cularla gayrimenkul kendisine ihale olunan müşteri arasındaki münasebet, adı icarda B.K. nun 254, hasılât icarında yine B.K. nun 276 ncı maddeleri hükümlerine tabi olur. Vakıa alelâde satım gibi müzayede ile satım dahi icar aktini hükümden iskat eder. Fakat yeni mâlik kanunî mehillere riayet mecburiyetindedir. Kiracıların lehine tanınmış olan bu hakların müzayede şartnamesiyle ihlâlîne imkân olmaz. Çünkü kanunun bu hükmünden maksat bilhassa kiracıların çabucak mecurdan çıkarılmalarının önüne geçmektir. Bu itibarla ihaleden önce yapılmış olan bir kira aktinin hususî mahiyeti ve kanunî mehil müddetinin neden ibaret olacağı hakkındaki söz icra dairesine değil, belki hâkime aittir (J. d. T. 1929, II, 12).

62. c) Kira müddeti zarfında mecurda yapılmasına zaruret hasıl olan tamir masrafları mucire aittir (B.K. 251). F. M. K. nun 1720 nci maddesinin ikinci fıkrasında da aynı hükme rastlarız. Görülüyor ki burada dahi mucire tahmil olunan "mecuru istimalle salih bir halde bulundurmak" mükellefiyetinin normal bir neticesiyle karşılaşmaktayız. Kanun bu gibi tamirlerin müstecire ait hakları ihlâl etmemek şartıyla yapılabileceğini söylüyor. Zarurî tamirata ihtiyaç hasıl olması tâbirinden anlaşılacak lâzım gelen fikir şudur: Tamirat geciktirildiği takdirde mecurun tamamen ziyandan veya ehemmiyetli derecede kıymet tenezzülünden veyahut da mukavele hükümleri dairesinde istimal edilemeyeceğinden korkulmakta ise tamiratın müstacelen icrası zaruridir. Binaenaleyh kira müddetinin hitamina kadar geciktirilmesinde bir mahzur olmıyan tamirlerin icrası tehir edilir ve böyle bir hal karşısında kiracı tamirata müsaade etmeğe mecbur tutulmaz. Oturulan bir evde yapılan tamirlerin kiracıyı rahatsız etmemesi ve bunun neticesi olarak da istimal hakkını ihlâl eylememesi imkânsızdır. Şu halde tamirat sebebiyle mecurdan faydalanma pek çok azalır veya hiç inerse kiracının tamir müddetine ait kira bedelinin tenzilini istemeğe veya mukaveleyi feshe hakkı kabul edilmelidir (B.K. 250). İzalesi kiracıya ait olmıyan ayıplar hakkında 251 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü tatbik olunur.

Bazan mucire ait olan zarurî tamir masraflarının kiracıya tahmil edildiği görülür. Normal zamanlarda bu mukavelenin sıhhatinden şüphe edilemez (8).

63. d) Kiralanan şey bir mücbir sebep neticesinde tamamen telef olursa akdi ittisal sona erer ve bunun neticesi olarak geriye kalan müddet için müstecirden artık ücret talep olunamaz. Kira aktinin mahiyetinden çıkan

(8) Sırf B.K.nun hususî akit tipleri etrafında durduğum cihetle Millî Korunma Kanununun olağan dışı hallerde tatbik olunacak hükümlerine temas etmiyorum. Fa-

bu hüküm Mecellede şöyle ifade edilmişti: Mucebi aktin icrasına yani kira aktinin icapları dairesinde harekete mani olacak bir özür zuhur ettikte icare münfesihi olur; madde 443. Mecurun telefi kiracıya, mecur makamına kaim olan kıymet üzerinde meselâ sigorta tazminatı, istimlâk bedeli gibi, hiç bir hak bahşetmez. Demek ki M. K. nun 722 inci maddesinin son fıkrası kıyas yoluyla da olsa icar aktinde tatbik edilemez.

64. e) Aktin devamı sırasında kiracının kusuru olmaksızın mecur kısmen telef olursa mucir telef olan kısmı yaptırmaya mecburdur; aksi takdirde B.K.nun 250 nci maddesi tatbik olunur. Fakat telef olan kısmın yaptırılması kiracının mecurdan elde ettiği menfaate nazaran pek fazla masrafı icap ettiriyorsa bu takdirde mecur tamamen telef olmuş sayılır. Kiralanan arabanın bir tekerleginin kırılması evvelkisine, mecur otomobilde motörün parçalanması ikincisine misaldir.

65. Yukardaki d) ve e) fıkralarında yazılı hükümler F.M.K.nun 1722 inci maddesinde tesbit edilmiştir: "İcarenin devamı sırasında mecur eğer umulmamazlık neticesinde tamamen telef olursa akit kendiliğinden münfesihi olur. Eğer kısmen telef olursa kiracı halin icaplarına göre ya ücretin tenzilini veya aktin feshini dâva edebilir. Gerek birinci ve gerek ikinci ihtimalde zarar ve ziyan talebine mahal yoktur." Fransız mahkemeleri kiralanan mahallerin ikamete elverişli olmadığına dair idari makamlarca ittihaz olunan kararları bu mddde şümülüne giren bir telef olarak kabul ederler (Sirey 1887, II 123). Kısmen telefin ücret tenzilini icap ettirecek derecede ehemmiyetli olup olmadığı veya feshi müstelzim bulunup bulunmadığı hususunda Fransız hukukçuları hâkime mutlak bir takdir hakkı tanımaktadırlar. Şimdi mucirin üçüncü borcuna geçiyorum.

66. 3 — Üçüncü şahısların kiralanan şey üzerindeki iddialarına karşı mucir mesul ve bu bakımdan kiracının haklarını korumakla mükelleftir. Mucirin bu borcu bâyiin satımdaki zapta ve ayba karşı teminatına (B.K.

kat bilhassa mesken buhranı hissedildiği zamanlarda kira mukavelelerinde yer alan böyle bir şart acaba haksız ve adâba muhalif sayılır mı? Mucirin, mecuru istimale salih bir halde teslim etmek ve onu aktin devamı müddetince iyi bir halde bulundurmağ mükellefiyetine dair olan kanun hükümlerini kamu intizamını ilgilendiren kaide-ler olarak kabul edersek bu soruya müsbet cevap vermek zorunda kalırız. Ancak bu hükümlerin kamu hukukunu ilgilendirdiği iddia edilebilir mi? Diğer taraftan kiracının böyle bir şartı kabul etmesi acaba onun mesken bulamamasından dolayı maruz kaldığı muzayakadan haksız surette istifade edildiğine bir delil değil midir? Bütün bu soruları ilerde müstakil bir tetkik mevzuu yapacağım.

194) tekabül eder. Nasıl ki mebin ayıplı olmasından veya zaptedilmesinden dolayı bâyi mesuldür; mucir de mecurun istimale salih olmamasından

189, veya üçüncü bir şahsın müdahalesi neticesinde müstecirin istimal hakkını kullanamamasından mesuldür. İşte B. K. nun 253 üncü maddesi marjinalindeki teminattan maksat budur.

67. Mecurun ayıplı olması ihtimaline 251 inci madde dolayısıyla temas ettik. Fakat kirada istimali ihlâl eden ayıp yalnız buna inhisar etmez; mecura üçüncü bir şahsın müdahalesini intaç eden hallerde de mecur ayıplı sayılabilir. Şimdi istimal hakkının bir üçüncü şahıs tarafından ihlâl edilmesi ihtimallerine temas edelim :

a) Bir kimse hiç bir hak iddia etmeksizin mecuru kısmen veya tamamen işgal etmiş veya mecura gizlice girerek müstecirin eşyalarını çalmıştır. Burada sirkat mecura ait bir ayıp dolayısıyla meydana gelmiş olmadıkça mucire hiç bir mesuliyet tahmil edilemez. F. M. K. nun 1725 inci maddesinde yer alan bu ihtimale kanunumuz temas etmez. Haksız fiillere dair sevkolunan hükümler burada tatbik olunur. Demek ki müstecir bu mahiyetteki müdahaleler neticesinde uğradığı zararı ancak haksız fiil failinden tazmin ettirebilecektir.

b) Bir kimse mecura mâlik (istihkak) veya mecur üzerinde kiracının istimal salâhiyetini takyit edecek bir irtifak hakkına sahip bulunduğunu iddia edebilir. Her irtifak hakkı kiracının istimal hakkını takyit etmez; nazaret hakkında olduğu gibi. Burada kiracının hakları hukukî bir sebebe yani aynı bir hakka dayanılarak ihlâl edilmiştir.

c) Yine bir kimse mecurun bir kısmı veya tamamı üzerinde mucirden aldığı bir salâhiyete dayanarak istimal hakkını haiz olduğu iddiasıyla müdahalede bulunabilir. Buradaki ihlâl fiil olup şahsî bir hakka dayanır.

d) Ve nihayet istimal hakkı ihlâl edilen müstecirin fail aleyhine açtığı dâvada fail, hareketinin mucirden istihsal ettiği bir hakka istinat ettiğini defi suretiyle dermeyan edebilir.

68. Bu son üç ihtimalde mucir, müstecirin ihbarı üzerine muhasamayı üzerine almak ve ihlâl edilen menfaati tazmin etmek zorundadır. F.M.K., rücu hakkının ancak ihbarla tahakkuk edebileceğini söyler; art. 1726. Halbuki kanunumuzda böyle bir mecburiyet yoktur. Demek ki kiracının bu kabul ihlâllerden dolayı mucire rücu edebilmesi ihbarın yapılmasına bağlı tutulmaz. Şu kadar ki kendisine ihbar yapılmıyan ve vaki olan müdahaleden herhangi bir suretle olursa olsun malûmatı bulunmıyan mucir, vaktinde haber verilmiş olsaydı müdahaleyi bertaraf edebileceğini defan ileri sürebileceği gibi bu noktayı isbat ederse bu yüzden uğradığı zararı da kiracı-

dan talep edebilir. B. K.nun 190 ıncı maddesinin hâdiseye kıyas yoluyla tatbiki bizi bu neticeye götürecektir.

69. Müstecir, ilerde bir istihkak dâvası karşısında kalınmak ihtimali olduğunu bildiği halde icara muvafakat etmiş ve mucirin kanunî teminatını refetmeğe rıza göstermiş ise yine B.K.nun zapta karşı teminat hakkındaki hükümlerinin tatbik edilmesi lâzım gelir; madde: 189, f : 2 ve 3.

70. Rücu hakkına dayanarak mucirinden tazminat talep eden kiracı, mucirin kusurlu olduğunu isbat mecburiyetinde değildir. Fakat mucir, maddî imkânsızlık karşısında kalırsa kendisine mesuliyet teveccüh edemez. Mesru müdafaa halinde (ıztırar hali) veya müdahalenin idarî bir makam emriyle yapılmasında olduğu gibi. İstimal hakkının ihlâline kendi kusuru ile sebebiyet vermiş olan kiracı mucirinden tazminat isteyemez. Diğer bir ihtimal daha zihne gelebilir : Filhakika aynı bina dahilinde iki kiracıdan birinin, mucirle yaptığı icar akti hükümlerine dayanarak diğer müstecirin intifa hakkını ihlâl etmesi mümkündür. Bu gibi haller karşısında şu esaslardan hareket edilebilir: İntifa hakkının ihlâli, eğer mucirin icar akti ile kiracıya tanıdığı bir salâhiyetten ileri geliyorsa mesuliyet mucire teveccüh eder; çünkü mucir, mülkiyet hakkını kötüye kullanmıştır. Eğer bu ihlâl kiracının kusurundan ileri gelmekte ise muciri mesul tutamayız; M. K. nun 661 inci maddesi mucibince kiracı mesul tutulur (B.K. 256).

71. 4 — Mucir, mecuru akit dairesinde istimale hazır bulundurmakla ve masraflardan tasarruf ettiği veya mecurun diğer suretle istimalinden elde eylediği menfaatleri kiraya mahsup etmekle mükelleftir (B.K. 252). Mecurun teslim ve tesellümü kira aktinin taraflara tahmil ettiği birer vecibedir. Eğer kiracı kararlaştırılan zamanda mecuru tesellüm etmezse kaideten mütemerrit olur. Fakat kanunumuz icarda temerrüdü B. K.nun 90 ve devamı maddelerine tabi tutmamış ve mucire 94 ve 106 ncı maddelerdeki fesih hakkını vermemiştir. Tesellümden imtina edilmesine rağmen mukavele hükümleri bakidir ve zarar ve ziyan ise hususî bir şekilde hesaplanır. Bir kere kiracının mutlaka kusurlu olması zarurî değildir; yalnız mecurun kullanılmaması müstecirin şahsında hâdis olan bir sebepten ileri gelmelidir. Meselâ kiralanan otel veya lokantanın temizliğine itina edilmemesi hasebiyle kapatılması — ki burada kiracının kusuru vardır —; müstecirin silâh altına alınması — burada da mücbir sebep vardır — gibi. Netekim B.K.nun 252 inci maddesinin ilk fıkrasında bu cihet açıkça gösteriliyor. Meselâ bir kimsenin iki yıl müddetle bir apartman kiraladığını farzedelim. Kiracı daireyi işgal ettikten beş ay sonra ya sıhhi bir sebeple başka bir mahalle nakle mecbur oluyor; yahut memuriyetini değiştiriyor;

veyahut da cezaî bir hüküm neticesinde diğer bir mahalde ikamet zorunda kalıyor. Kanunumuza göre bu ve emsali hallerde icar akti bakidir. Nete-kim Mecellede dahi böyle idi (madde : 470). A.M.K.nunda askerler, me-murlar, tedrisatta bulunan profesörler için bir istisna kabul edilmiştir. Memuriyetlerinin başka bir mahalle nakli takdirinde kanunî mehle riayet şartıyla icarın feshini mucire ihbar edebilirler § 570.

72. Mademki aktin mahiyeti icabı olarak mucir, edasını müstecirden evvel yerine getirmek zorundadır; o halde hilâfı sabit olmadıkça, mucirin akti icraya yani mecuru kastedilen menfaate salih bir halde ve kararlaştırılan zamanda teslime hazır olduğu kabul edilir. Eğer mukavelede teslim zamanı sarih bir surette gösterilmemişse müstecirin tesellüme mecbur olacağı zaman, hal icaplarına bakılarak tâyin olunur, ve bu zamandan itibaren kira işler. Görülüyor ki kiracının yani alacaklının temerrüdü mucire bir zarar vermez. Ancak mucir, bu intizar müddeti zarfında mecuru bizzat kullanmak veya istimalini bir diğerine terketmek suretiyle intifa edebilir. Bu sebeptendir ki, kanun, elde edilen bu gibi menfaatlerin mucire ait olamayacağını ve kira bedelinden mahsubu lâzım geleceğini tasrih ediyor. Mahsup takas demek değildir. Çünkü mahsup edilen miktar bir alacak sayılmaz; yalnız kira bedelinden bir miktarın tenzilini talep hakkı verir. Bu hak kiracıya veya bedeli icarın indirilmesinde menfaati olan kimselere (meselâ kefil gibi) aittir. Mecurun istimal edilmemesi bazı hallerde mucire bir zarar verebilir. Bu takdirde zararı tazmin borcu tabiatıyla kiracıya teveccüh eder.

73. B.K.nun 252 nci maddesinin ikinci fıkrası ve hüsnü niyet kaideleri, fikrimce mucire bir mükellefiyet daha tahmil eder ki o da şudur :

5 — Mecurun kullanılmaması halinde, mucir kendisine zararı dokunmamak şartıyla mecurdan başka suretle intifa temin etmeğe çalışmalıdır. İşte mucirin borçları bunlardan ibarettir. Bina mâliki olmak sıfatıyla mucire teveccüh eden mesuliyetlere temas etmiyorum.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

KİRACININ BORÇLARI

74. Kiracı mukavele ile kendisinin tahmil olunanlar hariç olmak üzere, icar aktinin mahiyetinden tevellüt eden bir takım borçlar altına girer. Bunları üç kalemde topluyabiliriz.

1) Mecuru tam bir ihtimam dairesinde kullanmak; B.K. 256.

2) Kiraları mukavele ile tâyin edilen müddetler içinde ödemek; B.K. 257.

3) İcarın hitamında mecuru kiralayana iade etmek; B.K. 266.

Kanunumuzda bu son madde müstakil bir hüküm olarak sevk edilmiştir. Halbuki iade mükellefiyeti, kanunda, Mecellenin hilâfına olarak (madde: 594) kiracıya tahmil ediliyor; bu ise bir borçtur. Şu halde bu maddenin 257 inci maddeden sonra yazılması icabederdi.

75. Aynı esaslara Fransız hukukunda da rastlarız. F.M.K. müstecire ait olan işbu borçlardan ilk ikisine icar akti bahsinde üçüncüsüne de “ve-cibelerin edanın delili” konusunda (art. 1815) temas etmiştir.

76. F.M.K.nun 1728 inci maddesinde şöyle deniliyor: “Müstecirin iki esaslı borcu vardır: 1) Mecuru akit hükümlerinin ve akitte bir sarahat bulunmadığı takdirde hal icaplarının istilizam ettirdiği tahsis dairesinde iyi bir aile babası gibi kullanmak; 2) Kira bedelini kararlaştırılan vâdelerde ödemek”. Yapılan bir kira aktinde mecurun umumiyetle hangi iş için kullanılacağı tasrih edilir. Eğer mukavelede bu nokta meşkût geçilmişse mecurun hangi maksat için kullanılacağını hal icapları tâyin eder. Meselâ ne için istimal edileceği zikrolunmaksızın bir ev kiralanmış ise bunun ikamete tahsis olduğu hal icaplarından anlaşılır. Şu halde kiracının mecurda otel veya kahvehane işletmeğe hakkı yoktur. Demek ki müstecir, mecurun tahsis edildiği istimal tarzını değiştiremez. Hattâ hangi nevi ticaret için kullanılacağı mukavelede gösterilen bir dükkânda başka nevi ticaret yapamaz (Sirey, 1884, II, 123). Fransız mahkemeleri, mecurun dış duvarlarına ilân yapıştırtmak hakkının mucire ait olması lâzım geleceği içtihadında bulunmaktadırlar. (Daloz, 1902, II, 123). Kanundaki “iyi bir aile babası gibi kullanmak,, fıkrasından şu anlaşılır: Menfaatlerini takdir eden bir adam malının muhafazası için ne gibi tedbirler almakta ise kiracı da aynı tedbirleri alacaktır; bu itibarla mecurun haiz olduğu kıymeti eksiltecek tarzda istimale kiracının hakkı yoktur. Meselâ kiraladığı atı iyi besliyecek, ona mukavele dışında yük tahmil etmiyecektir. Kiralanan bir bağ veya bahçe ise onun idamesi için icabeden bakım ve ihtimamı esirgemiyecektir. İşte mecurun tathir ve ıslahı ve istimal zamanında hâdis olan ufak tefek ayıpların izalesi için muktazi masrafların kiracıya ait olması bu sebepten ileri geliyor.

77. Mecurun iadesine gelince kiracı, mecura icarın devam ettiği müddetçe zilyet olmak hakkını haizdir. Böyle geçici bir sebeple bir mala zilyet olan kimse iki türlü dâvaya maruz kalabilir: Biri aynı mahiyette olan istihkak dâvasıdır; diğeri şahsî mahiyeti haiz mecurun iadesi dâvasıdır. Ev-

velkisi mülkiyet hakkından, ikincisi kira aktinden doğar. Eğer mecurun iadesi imkânsız hale girerse, kiracı bunun kendisine isnadı mümkün olmayan bir sebepten mütevellit olduğunu isbat etmesi lâzımdır. Burada Roma hukukundaki bir kaidenin tatbikiyle karşılaşırız: **Reus in excipiendo fit actor** defide bulunmakla müddeaaaleyh müddei olur. Mecellede bu kaide şöyle ifade edilmişti : Defi, müddeaaaleyh tarafından müddeinin dâvasını defedecek bir dâva dermeyan olunmaktır, madde : 1631.

78. Aynı mevzulara bazı hüküm farklarıyla Mecelle dahi temas eder. Kira müddetinin hitamında kiracının mecur üzerinden yedini refetmesi (madde : 791), talep vukuunda kiralanan şeyi mucire teslim eylemesi (madde : 592) lâzımdır. Ancak teslim masrafı istilzam ediyorsa bu masraf mucir tarafından ödenir (madde : 595). Zira müddetin hitamında mecuru geri almak mükellefiyeti mucire aittir (madde : 594).

79. Mucir bakımından kiralanan mal, kiracı yedinde emanettir (madde : 600) ; fakat üçüncü şahıs, meselâ müstahik bakımından mecur gaspedilmiş bir mal hükmündedir. Bu hükümden şu netice istidlâl olunur : Eğer mecur, kiracının elinde onun taksiri olmaksızın telef olursa kiracıya zaman lâzım gelmez; fakat bir müstahik çıkıp da mecurun kendi mülkü olduğunu isbat ederse kiracı, mecurun telefine sebebiyet vermemiş olsa bile onun kıymetini zâmin olur. Demek ki Mecelleye göre müstecir kusursuz olduğunu isbatla mükellef değildir. Mecurun telefinden dolayı kiracıdan tazminat alınabilmek için telefin kiracının kusurundan ileri geldiğini mucir isbat etmelidir. Hangi hallerde müstecir kusurlu sayılır? Mecelle bu sorunun cevabında üç hali tasrih eder: a) Mutadın hilâfına hareket. b) Emri muhafazada taksir. c) Meşrutun mafevkine tecavüz. İşte bu üç halde kiracı kusurlu addolunur, (madde : 603, 604, 605). Mecurun niçin istimal olunacağının mukavelede tasrihi lâzım gelmez (madde : 527).

Şimdi B.K.nun hükümlerine geçiyorum.

80. 1 — Mecuru tam bir ihtimam dairesinde kullanmak (B.K. 256). Aslına nazaran maddenin şu şekilde okunması lâzım gelir: Kiracı, mecuru tam bir ihtimam ile kullanmağa ve mecur bir apartmansa, bina dahilinde oturan diğer kiracılara karşı olan vazifelerini yerine getirmeğe mecburdur. Mucirin ihtarlarına rağmen, kiracı yukarıki fıkrada yazılı' mükellefiyete muhalefette ısrar eder veya açık bir suiistimal ile mecura daimî bir zarar iras eyleser mucir tazminat ile birlikte icarın hemen feshini talep edebilir. Mecurda icrası mucire ait tamirata lüzum görüldüğü, yahut üçüncü bir şahıs mecur üzerinde bir hak iddia ettiği takdirde kiracı keyfiyeti derhal mucire ihbar etmekle mükelleftir; aksi takdirde zarardan mesul olur. Gö-

rülüyor ki kanunumuz mecurun istimalinde gösterilecek ihtimamı üç bakımdan nazara almıştır.

81. a) Kiralanan şeyi kullanma bakımından — Kiracı mecuru kullanırken yalnız kendi menfaatlerini değil, mucirin menfaatlerini de gözetmekle mükelleftir. Normal bir adamın kendi malı üzerinde göstereceği ihtimam, kiracıdan da istenebilir. Kiralanan şeyi akitle tahsis edilen mak-sattan gayri bir maksat için kullanmak, mecurun istimalinde ihtimam göstermemek mânasına alınabilir. Meselâ bir mağazanın bakkal dükkânı olarak kiralandığını ve bu tahsisin mahallî icaplara uygun olduğunu farzedelim; çünkü bütün mahalle halkı bakkaliye ihtiyaçlarını daima o mağazadan almayı âdet edinmişlerdir. Bu durum karşısında acaba kiracı mağazayı başka bir maksada tahsis edebilir mi? Eğer bu tahsis, icar müddeti hitamında o mağazaya başka bir kiracı bulmak ihtimalini güçleştiriyorsa kiracı mağazada diğer bir iş yapamayacağı gibi mecuru muttal dahi bırakamaz. Şayet bırakırsa istimalde ihtimam göstermemiş sayılır (J. d. T. 1912, I, 198). Şunu da ilâve edeyim ki bir mağazanın yıllardan beri bir nevi ticarete tahsis edilmiş bulunması keyfiyeti, kiracı tarafından mecurun başka suretle kullanılmasına bir mani teşkil etmez. Müstecire tahmil olunan ihtimam mükellefiyeti mecurda oturanlardan birinin geçici bir hastalığa tutulması halinde de kendisini gösterir. Böyle bir hal karşısında evi fennî vasıtalarla temizletmek ve hastalığın sirayetini önlemek için icabeden sıhhi tedbirleri almak kiracıya aittir. Fakat bu tedbirler yüzünden mecuru bir zarar gelebilir; duvar kâğıtlarının bozulması gibi. Burada kiracı mesul tutulamaz. Çünkü temizliğin yapılması, kanunun gösterilmesini emrettiği ihtimam cümlesindedir (J. d. T. 1915, I, 428). Bahis mevzuu olan zararın mutlaka maddî olması da lâzım gelmez. Mecuru hemen vukuu melhuz ciddi bir tehlikeye maruz bırakan veya mecurun manevî kıymetini düşüren ve meselâ onun şöhretini izale eden hareketler dahi bu madde şumulüne giren zarar sayılır (J. d. T. 1903, I, 258).

82. b) Aynı bina dahilinde oturan diğer kiracılar bakımından — Yazılış şekline ve kanunda kullanılan tâbirlere bakılırsa maddenin hükmü yalnız apartmanlar hakkında carî olması lâzım gelir: Bir bina dahilinde muhtelif apartmanlar işgal edenler, yekdiğerine karşı saygı göstermelidirler. Ancak burada mefhumu muhalif yoluyla idarehane kiracılarının bu mükellefiyete tabi olmadıkları mânası çıkarılamaz. Çünkü bu iki nevi kiracı arasında bir tefrik yapılmasını icabettirecek hiç bir sebep yoktur. Her iki nevi kiracıların aynı himayeye mazhar tutulmaları lâzımdır. Bilhassa idarehanelerde müştereken kullanılan kısımlar apartmanlardan daha fazladır. İşte bu sebeplere dayanarak Federal Mahkeme, 256 ıncı madde hükmü-

nün idarehane kiracılarına da tatbiki lâzım geleceğine karar vermiştir. (J. d. T. 1929, I, 198). Acaba mecur bina dahilinde oturmıyan mucire karşı da kiracılar aynı saygıyı göstermek zorunda mıdır? Bu soruya Federal Mahkeme biraz evvel işaret ettiğim kararında şu cevabı veriyor: Mecurun istimali için kiracılarıyla olan münasebeti bakımından mucir de bu madde hükmünden faydalanmalıdır.

83. Yukardaki a) ve b) bentlerinde yazılı mükellefiyetlerin müeyyidesi maddenin ikinci fıkrasında gösterilmiştir. İşbu mükellefiyetlere riayet etmiyen müstecirin hareketine karşı mucir bir ihtarda bulunacaktır. İhtar, alacaklının yaptığı tek taraflı bir irade beyanıdır. Şu halde hareketlerinin takbiha şayan olduğu mucir tarafından kiracıya bildirilirse ihtar vaki olmuş demektir. Eğer kiracı ihtara rağmen hareketlerinde ısrar ederse mucir kiracısından hem tazminat itasını, hem de akdî ittisale nihayet verilmesini ister. Kanunun bu fıkrasında hemen kaydı bulunmasına göre mucirin münasip bir mehil tâyinine mecburiyeti yoktur. Bununla beraber kiracı mecuru açıktan açığa fena kullanarak daimî bir zarar iras eyleirse, evvelce ihtarda bulunmağa mecbur kalmaksızın aktin feshini talebe mucirin hakkı vardır. Kanunun burada mucire tanıdığı fesih hakkı, borçlunun temerrüdüne dair olan umumî hükümlerin (B.K. 106 ve devamı) kira aktine tatbikinden ibarettir. İhtarın yapılmasına rağmen kiracının muhalefette devam etmesi vakiasına kanun, 107 inci maddenin 1 numaralı bendindeki şartın tahakkuk ettiği mânasını verir. Yalnız kanun kira aktindeki hususiyeti nazara alarak 106 inci maddenin hükmünü iki bakımdan değiştiriyor: Birincisi, fesih hakkı bir dâva neticesinde kullanılır; ikincisi akti fesheden mucir zarar ve ziyan da isteyebilir (B.K.108). Şu ciheti de ilâve edeyim ki 108 inci maddeye istinaden talep olunan zararın mahiyeti menfidir. Fakat mucirin zararı her vakit, kiracının hareketi sebebiyle aktin lüzum ifade etmemesinden husule gelen bir zarar olmaz. Mecurun tam bir ihtimam ile kullanılmamasının müsbet zararı da intaç etmesi mümkündür; mecurun muattal bir halde bırakılması veya tahrip edilmesi halinde olduğu gibi.

84. c) Mecurun maddî veya hukukî bir sebeple zıya ihtimali bakımından — Kiracı mecurun fer'î zilyedidir. Bu itibarla mucirin malı üzerindeki nezaret hakkı ne de olsa tahdit edilmiştir. Mecurda esaslı bir tamire ihtiyaç hasıl olup olmadığını bilemeyeceği gibi herhangi bir şahsın mecur üzerinde bir hak iddia etmiş olması vakiasından da haberdar olamaz. İşte bu sebeplerdir ki kanun hüsnü niyet kaidelerinden mülhem olarak kiracıya ihbar mükellefiyetini tahmil etmektedir. Kiracının mecuru kısmen veya tamamen ahara kiralamış bulunması onu bu mükellefiyetten halas etmez.

Mucirin zaten malumu olan şeyleri ihbara tabiatıyla lüzum yoktur. İhbar hiç bir şekle tabi değildir. İhbar zamanında yapılmış olsaydı zararın giderileceğini isbat eden mucir, bu yüzden uğradığı zararın tazminini müstecirden ister. Bundan başka B. K. nun 251 inci maddesinde mecurun muhafazasına müteallik olarak müstecire tahmil edilen bir mükellefiyet daha vardır ki onu da burada belirtmek yerinde olur: Kiracı zarurî tamiratın icrasına müsaade etmeğe mecburdur. Bu konuya yukarıda temas etmiştim. Şimdi kiracının ikinci borcuna geçiyorum.

85. 2 — Mukavele ile tayin olunan müddet içinde kiraları ödemek (B. K. 257). Kanunumuzda kira bedeline temas eden bir çok maddeler vardır. Filhakika ücretin kiracı tarafından ödenmesi lâzımgelen mukabil bir ivaz olduğu 243 üncü maddede, bu bedelin hangi hallerde tenzile tâbi tutulacağı 249 ve 250 inci maddelerde, ücretin ödenmemesi halinde kiracının mütemerrit olacağı 260 inci maddelerde, kira bedelinin teminatı olarak mucire tanınan hapis hakkının şümülü 267 ve 268 inci maddelerde, kiranın tediye mahalli 73 üncü maddenin muhtelif bentlerinde ve nihayet kira bedellerinin zaman aşımı 126 inci maddenin 1 numaralı bendinde zikredilmiştir. Şimdi üzerinde durduğumuz 256 inci madde sadece kira bedelinin hangi zamanda ödeneceği meselesine temas ediyor. Kira miktarının tayinine gelince Millî Korunma Kanununun gayrimenkul icarları hakkındaki tahditleri bir tarafa bakılırsa B.K. nun 21 inci maddesindeki gabin şumulüne girmemek şartıyla taraflar icar bedelini diledikleri gibi kararlaştırabilirler. İşbu bedelin peşin veya icarın hitamında verilmesi veya muayyen taksitlerde ödenmesi mukavéleye derc olunabilir. Fakat mukavelemede bir sarahat bulunmazsa mucirin mecuru teslim borcu, kiracının ücreti tediye borcundan evvel yerine getirilmelidir. Zira nakıs bir trampa akdi karşısındayız (B.K. 81). Ücretin peşin verilmesi hakkındaki şart, tereddüt halinde, mecurun teslimini müteakip tediye edileceğini gösterir. Eğer mukavelede hiç bir sarahat yoksa mahallî âdete bakılmak lâzımdır. Mahallî âdetin tesbitine imkân bulunmıyan hallerde kanun, mukaveledeki kira müddetini nazara alarak tediye zamanını tayin eder;: Bir kaç yıl veya birkaç sümestri için yapılan akitlerde kira bedeli her altı ayın sonunda, daha kısa bir müddet için yapılan akitlerde her ay sonunda ve en geç icar müddetinin hitamında verilir.

86. Küçük teferruatından sarfınazar olunursa, F. M. K. nun bu konu üzerinde bir hususiyeti yoktur. Mecelle'ye gelince, burada tediye zamanına temas edilmez. O yalnız ücretin lüzum sebebi üzerinde durur: Ücretin lüzumunda mecurun teslimi şarttır (madde : 477). İcarei sahihada menfaa-

tin istifasına iktidar ile dahi ücret lâzım olur (madde: 470). Bu iki hüküm kanunumuzun kabul ettiği esaslara uygundur (B. K. 81 ve 252). Eğer ücretin peşin verilmesi şart edilmişse Mecelleye göre bu şartın mânası, mecurun tesliminden evvel ücretin ödenmesidir (madde : 468).

87. 3 — Kira müddetinin hitamında mecuru mahallî âdete uygun olarak geri vermek (B. K. 266). Kiralanan şeyin iadesi teslim vakiasından doğan bir borçtur. Demek ki kira aktinin en esaslı bir unsurunu teşkil eder. Kiralanan şeyin iadesini talep eden mucir, teslimin yapıldığını isbatla mükelleftir. İcar, kiracı ile mucir arasında şahsî bir münasebete vücut verdiği cihetle iade talebi üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilemez. Şu kadar ki üçüncü şahıs sui niyet sahibi ise mucir M. K. nun 904 üncü maddesindeki haktan faydalanarak ona karşıda yedin iadesi dâvasında bulunabilir. Eğer mucir hem aslı zilyet hem de mâlik ise kiracısından iade talebinde bulunabileceği gibi ona karşı aynı hakkına istinaden istihkak dâvası da açabilir. Mecurun iadesi meselesinde mucirle malik arasında bir ihtilâf çıkması mümkündür. Bu takdirde B. K. nun 470 inci maddesi kıyas yoluyla tatbik edilir. Şayet mucir, kiralanan şey üzerindeki mülkiyet hakkını bir başkasına devreder ve keyfiyeti kiracıya bildirirse bu hal, kiracının mecuru yeni malike iadeye mezun olduğu mânasını tazammun eyler.

88. Kiracıya teveccüh eden iade mükellefiyeti ferdiyle muayyen bir borçtur; binaenaleyh müstecir, kendisine teslim olunan mecuru aynen iade etmekle bu borçtan kurtulabilir. Kanuna nazaran mecur ne halde teslim edilmişse yine o halde iade olunmalıdır. Bunun tek bir istisnası vardır ki o da maddenin 2. fıkrasında gösterilir: "Mecurun akte uygun surette kullanılmasından tevellüt eden değişikliklerden kiracı mesul olmaz." Kira mukavelesi yapılırken mecurun hali hazır durumunu ve gayrimenkuldeki teferrüatın kıymetlerini gösteren bir defter tanzimi ileride çıkabilecek ihtilâfların kolaylıkla halline yardım eder. Fakat bu husustaki müşkülât tarafları çok defa bu külfete katlanmaktan menetmektedir. İşte bu sebepten dolayıdır ki kanun mucir lehine bir karine kabul eder: "Müstecirin mecuru iyi bir halde tesellüm etmiş olduğu asıldır." Şu halde maddenin ikinci fıkrasındaki istisna dışında mecurda bir kıymet noksanı görülürse bundan tevellüt eden zararı tazmin kiracıya aittir. Ancak kiracı mecurun iyi bir halde teslim edilmemiş olduğunu iddia ve isbat edebilir. Bu takdirde mucir kanunî karineden faydalanamaz. Mücbir sebebin meydana getirdiği kıymet noksanı mucire aittir. Eğer kiracı mecur üzerinde zarurî olmayan masraflar yapmış ve bu yüzden mecurda bir ziyadelik husule gelmişse mucire bir zararı olmamak şartıyla bunları teslimden evvel refedebilir. Jus tollendi (B.K. 64 son fıkra),

89. F. M. K. nunda mecurun iadesi mükellefiyetine dair olan hüküm iki maddede gösterilmiştir. "İcar akti sırasında mecurun durumunu gösteren bir defter taraflar arasında tanzim edilmiş ise kiracı, eskime veya mücbir sebepten ileri gelen zıya yahut kıymet noksanlığı müstesna olmak üzere mecuru defterde yazılı hal üzere iadeye mecburdur; art. 1730". "Böyle bir defter tanzim olunmadığı surette mecurun ufak tefek tamirlerinin mucir tarafından yapılarak iyi bir halde kiracıya teslim olunduğu asıldır; hilafı isbat olunabilir; art. 1731". Demek oluyor ki kiracı "kendi kusurundan ileri gelmediğini isbat etmedikçe, istimal sırasında mecura arız olan kıymet noksanından veya zıya'dan mesuldür; art. 1732". Mecurun bir yangın neticesinde telefi kiracının mesuliyetini icabettirir. Şukadarki kiracı yangının umalmamazlıktan, mücbir sebepten veya binanın fena inşa edilmiş olmasından ileri geldiğini yahut harikın civar bir evden sirayet ettiğini isbat ederek bu mesuliyetten kurtulabilir; art. 1733.

90 — F.M.K.nunda, mecur gayrimenkul ise kiracıya bir mükelefiyet daha tahmil edilir ki o da şudur : "Mecura kâfi miktarda eşya koymıyan kiracı, icar bedelini karşılayacak bir teminat göstermediği takdirde mucir tarafından mecurdan çıkartılabilir; art. 1752". Görülüyor ki burada kanun, müstecirin mecura eşya koyması hususunda tarafların anlaşmaları faraziyesine istinat etmektedir. Bu eşyanın kıymeti kira müddetinin tamamına ait ücreti karşılayacak nisbette olması lâzım gelmez. Yalnız işlemekte olan kira bedeline tekabül etmesi kâfidir. Bu cihet B. K. nunda tasrih edilmiyor. Fakat böyle bir durum karşısında B. K. nun 82 inci maddesinden faydalanmak mümkündür sanırım.

91 — Eski hukukumuzda gelince, biraz evvel işaret ettiğim gibi, mecelle mecurun kiracı yedinde emanet olduğunu kabul eder. Şu halde emanete dair olan hükümler kirada dahi tatbik olunur. Netekim emaneti tarif eden mecellenin 762 nci maddesi bu ciheti tasrih etmiştir : "Emanet, emin ittihaz olunan kimse nezdinde bulunan şey (mal) dir. Gerek vedia gibi hıfz için verilmiş, gerek mecur ve ariyet gibi bir akit zımında teslim edilmiş bulunsun...". Bu maddeden anlaşılıyor ki vedia gibi ariyet te emanet akti içine girer (Mecelle, madde: 763 - 766). Esasen mecelle emanet hükümlerini bir çok yerlerde tatbik eder. Batıl bir satış zımında teslim olunan mebi, müşteri yedinde (mecelle 370); rehnedilen mal mürtehin yedinde; vekâlet aktine istinaden müvekkilden alınan mal vekil yedinde; lukata bulan kimse yedinde emanettir. İşte icarın bu hususiyetini tebarüz ettirmek için Ali Haydar Efendi merhum, serhinde şu kaideyi beyan eder: Ariyette zamanı icabeden her mevzide icarda dahi zamanı iktiza eder ve ücret lâzımgelmez, Ariyette zamanı icabetmiyen

her mevzide icarede dahi zamanı icabeylemez ve ücret lâzımgelir. Çünkü ücretle zaman müctemi olmaz (Mecelle : 86).

Kira aktinin taraflarını teşkil eden mucir ile kiracının borçlarını görmüş oluyoruz. Şimdi bu aktin hususiyetlerinden doğan meselelerin müstakil bölümlerde tetkikine geçebiliriz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM — ZİMNİ İCAR

Reconduction tacite (B. K. 263)

92 — B. K. nun birinci maddesinde iradenin izharı sarîh olabileceği gibi zımnî de olabilir denilmektedir. Kirada sarîh bir iradenin bulunmasını icabettirecek hiç bir sebep yoktur. Bununla beraber kira bahsinde kanunun zımnî icara temas etmesi, bu aktin bir hususiyeti üzerinde durmak lüzumunu his eylesinden ileri gelir. Filhakika "kira, muayyen bir müddetle aktedilip de bu müddetin hitamında mucirin malûmatı ile ve muhalefeti olmaksızın mecurun kullanılmasına devam olduğu yahut mukavelede fesih hakkında gösterilen ihbarı iki taraftan hiç biri yapmadığı takdirde, hilâfına mukavele yoksa akit, gayri muayyen bir müddetle tecdit edilmiş sayılır (B. K. 263)." Görülüyor ki bu madde, müddeti taraflarca kararlaştırılan kira akitlerinde tatbik olunacak bir hükmü ihtiva etmektedir. Esasen daimî bir icar tasavvur olunamaz; aktin mahiyeti buna mânidir. İşte bundan dolayıdır ki gerek Alman (§ 535), gerek Fransız (art. 1709) kanunlarında, gerek mecellede (madde: 451) müddet tayini lüzumuna işaret edilmiştir. Bununla beraber B. K., adî icarı tarif ederken müddetin zikrine lüzum dahi görmez. Çünkü, icar için sarîh veya zımnî bir müddetin tayin edilmemesi halini devamlı değil belki gayri muayyen müddetle yapmış bir akit olarak kabul eder. Bu gibi icarlarda ise taraflar her vakit, kanunî müddetlere riayet şartıyla feshi ihbar edebilirler (B. K. 262).

93 — İcar akti müddetin müruru ile sona erer. Fakat taraflar, müddetin bitmiş olmasına rağmen mukaveleyi devam ettirebilirler. Bu sarahaten olabileceği gibi zımnî de olur. İşte müddetin hitamında mucirin malûmatı ile ve muhalefeti olmaksızın mecurun istimaline devam vakiasını kanunumuz mukavelenin zımnî temdidine bir karine olarak kabul eder. Bu mukavele, mecurun istimal tarzı, ücretin miktarı, tediye zamanı bakımlarından eski mukavelenin şartlarına tabidir; ancak iki noktada ondan ayrılır :

94 — a) İlk icar mukavelesine kefalet edenler, müddetin geçmesiyle kefaletten kurtulurlar. Zira kefiller zımnî icar aktine tamamen ya-

bancıcıdır. Roma hukukunda “iki kimse arasında kararlaştırılan şeyden diğer kimselerin faydalanmaları veya zarar görmeleri imkânsızdır” şeklinde ifadesini bulan ve B. K. nun 144 üncü maddesinde tatbik edilen bu prensip hâdisemizde de carî olur. Mecelle aynı fikri pek veciz bir cümle ile ifade etmişti: “Hukuku akit, ancak âkide aittir; madde 1377”.

95 — b) Zımnî icar mukavelesinin müddeti eski müddet değildir; kira muayyen olmıyan bir müddetle yenilenmiştir. Şu halde 262 nci madde hükümlerine tabi bir akit karşısındayız, demektir.

Kanunun kabul ettiği bu karine ne vakit tahakkuk eder? Yani mucirin muhalefeti hangi zamanda ve ne şekilde tezahür etmelidir ki kiracı bu karineden istifade edebilsin? Kanunda bu soruların halline yarıyacak bir sarahat yoktur. Fakat umumî esaslardan istiane ederek suali cevaplandırmak mümkün olur. İşbu maddedeki muhalefet **opposition**, yapıcı bir hakkın kullanılmasıdır. Şu halde bu gibi hakların tabi tutulduğu kaidelere riayet lâzımgelir. Yani ister yazı ile olsun ister sözle yapılsın muhalefetin muhatabı hiç bir tereddüte sevk etmeyecek tarzda vazih olması lâzımdır. Muhalefetin icrası zamanına gelince bu daha ziyade hâdiselerin hususiyetlerine göre takdir edilmesi icabeden bir meseledir. Çünkü madde sadece muhalefeti olmaksızın demiyor; buna bir de “mucirin malûmatı ile” kaydını ilâve ediyor. Demek ki meselâ seyahatte bulunan mucir, müstecirinden bir mektupla kira aktinin hangi tarihte biteceğini sorsa ve kiracı da Martta nihayet bulan konturatosunun Mayısın ilk günü nihayete ereceğini bildirirse Marttan Mayısı kadar kiracının muhalefetsiz olarak mecuru istimale devam etmesi zımnî icara vücut vermez. Bu ve emsali ihtimaller bir tarafa bırakılırsa muhalefetin, icar aktinin hitamını müteakip hemen yapılmasına lüzum vardır. Buradaki hemen tabirini de hâdiselerin hususiyetlerine göre tefsire mecburuz; meselâ sarî bir hastalığa tutulan kiracının üç aydan evvel başka bir mahalle nakline tibben imkân olmaması halinde olduğu gibi. Şunu da ilâve edeyim ki mucirin şahsına ait sebeplerden meselâ seyahatte bulunmasından dolayı husule gelen bir gecikme kiracıya 263 üncü maddeden istifade hakkını verebilir. Şöyle bir ihtimal tasavvur edelim : İcar müddeti hitam bulmuş ve mucir mecuru işgalde devam etmiştir. Fakat müddetin meselâ 1 Martta hitam bulacağını bilen mucir seyahattedir. Bu arada seyahatte kendisine refakat eden ve mecura talip olan diğer biriyle mucir bir mukavele yapıyor. Aradan iki ay geçtikten sonra yeni müstecir avdet ediyor. Ev hâlâ eski kiracının işgali altındadır. Bu şartlar dairesinde hâkim, eski kira aktinin zimnen tecdit olunduğuna tabiatıyla karar veremez. Çünkü mucirin muvafakati olmadığı yeni mukavele ile sabittir. Fakat kanunî ihbar müddetlerine

riayet olunmaksızın kiracıyı tahliye ettirmek de hüsnüniyet kaidelerine aykırı düşer. Böyle bir durum karşısında hâkimin vazifesi cidden ağırdır. Çünkü ikinci kiracı aktin lüzum ifade etmemesinden dolayı mucirden zarar ve ziyan istiyebilir. Bu zararı eski kiracıya tahmil edemezsiniz; zira o kanunun kendisine tanıdığı bir haktan faydalanmıştır. Burada mucirin eski akti kanunî mehillere riayetle feshe salâhiyeti olduğunu kabul ve yeni kiracının zararlarını mucire tahmil etmek lâzım gelir. Çünkü eski kiracının çıkıp çıkmıyacağını anlamadan yeni bir akit yapması kendisini kusurlu mevkie düşürür. Fakat eski mukavelede bu ihtimali karşılayan bir şart varsa o vakit mesele değişmiştir.

96 — Zimnî icar hakkında kanun tarafından kabul edilen bu karinenin mukavele hükmü ile ortadan kaldırılması mümkündür. Maddedeki "hilâfına mukavele yoksa" kaydı da bunu teyit eder. Ancak bu yoldaki bir kaydın tarafların durumunu değiştirebileceğini hiç zannetmiyorum. Çünkü mukavele hükümlerinde feragata imkân vardır. Binaenaleyh mukaveledeki sarahate rağmen kiracı, mucirin muhalefeti olmaksızın mecuru istimalde devam ederse bu hal, mukavelenin o şartından feragat edildiğine yeni bir karine teşkil edebilir; bunun neticesi olarak ta zimnî icar meydana gelir.

Bütün kanunî karinelerde olduğu gibi zimnî icarın istinat ettiği karine de hilâfı isbat edilmek suretiyle hükümden düşürülebilir. Bu gibi hallerde zimnî icar tahakkuk edemez.

97 — Taraflar mukavelenin tanzimi sırasında feshi ihbar için bir müddet tayin edebilirler. Meselâ bir evin 1947 yılının Mayıs ayı iptidasından başlamak üzere bir sene müddetle kiralandığını farzedelim; kira müddeti 1948 senesi Nisanın son günü hitama erecektir. Eğer meselâ 25 Nisan 1948 de taraflardan birine veya her ikisine feshi ihbar hakkı tanınmış olursa, bu hakkın kullanılmaması tabiatıyla zimnî icara vücut verir, fakat usulü dairesinde ve mukavele şartlarına uygun olarak ihbar yapılır ve fakat müstecir, mecuru kiralayanın muhalefeti olmaksızın istimalde devam ederse 263 üncü maddedeki karine ortadan kalkmış demektir. Bununla beraber eski şartlar dairesinde zimnî bir aktin meydana geldiğini taraflar isbat edebilirler.

98 — Mecellede zimnî icardan bahis yoktur. Fakat zaruret halinde kira aktinin ibka ve temdit olduğu yani kira müddeti nihayete ermiş olsa bile tarafların rızaları bulunmamasına rağmen zaruret hali müddetince icarın devam eylediği kabul olunur, buna İslâm Hukukunda icarei cebriye derler. Şu ciheti hatırlatayım ki Roma Hukuku gibi İslâm Hu-

kuku da mesele hukukudur. Bu sebepten hangi hallerde aktin devamı zarurî olduğu sualini ancak fıkıh kitaplarında meselesini bulmakla cevaplandırabiliriz. Mecelle bu meselelerden bazılarını zikreder :

1) Müddet üzerine bir kayık kiralanıp ta yolda müddet bitse sahile-yanışınca kadar icare uzar ve kiracı fazla olan müddetin eciri mislini verir. Mecelle : 470.

2) Ekinin idrakinden mukaddem kira müddeti münkazi olsa, müstecir idrake kadar eciri mislini vererek arz üzerinde ekini ibka edebilir. Mecelle : 526. Demek ki mucir idrâkten evvel mezruatı söktüremiyeceği gibi kiracı dahi idrâk etmiyen mezruatın kıymetlerini mucirden istiyemez. Fakat bu hükmün tatbiki için ya hâkimin hükmü ya tarafların anlaşması lâzımdır. Bunun dışında ekin ibka edilirse mecur, yetim malı veya vakıf malı veyahut muaddün lilstiglal olmadıkça mütebaki müddetin ücreti kazaen lâzımgelmez. Çünkü menfaatler haddi zatında mütekavvim (9) olmadıklarından tazmin ettirilemezler. Ancak kiralanan arazi vakfa veya yetime ait olur yahut muaddün lilstiglal bulunursa mutlaka eciri misil lâzımgelir. Bu istihsanen kabul edilmiş bir hükümdür. Zira başkalarının mallarına karşı halkta gittikçe artan tecavüz temayülleri son zaman fakihlerini bu esası kabule sevk etmiştir.

3) Müddet üzerine hayvan kiralandıkta, kira müddeti dağ başında nihayete erse, kira maksut olan mahalle ve böyle bir mahal yoksa bir kasabaya kadar uzatılır.

4) Nefsini süt analığa hasreden bir kadın isticar olunup müddet nihayet bulmuşken çocuk başkasının memesini almazsa sütana çocuğu terk edemez; meğer ki mecellenin 581 inci maddesinde yazılı özürlerden biri tahakkuk etsin.

5) Ekin idrâk etmeden ve kira müddeti nihayet bulmadan müstecir vefat ederse icar akti hükmen münfesihi olmaz (10).

(9) Mütekavvim tabirinin lûgat mânası kıymetli demektir. İstilahen iki mefhumu anlatır: Biri şer'î mânasıdır ki intifaı mübah olan şeydir. Diğerî urfî mânasıdır ki ihraz edilmiş mal demektir (Mecelle: 127). Menfaatlerin mütekavvim olması, onlarda baka bulunmamasından ileri gelir. Şu halde kiranın da caiz olmaması lâzım gelmez mi? Bu soruya İslâm hukukçuları şu cevabı verirler : Kirada menfaatin mütekavvim olması akte iktiran etmiş bulunmasından doğan bir zarurettir. Akıt olmayınca menafiin mütekavvim olmasını icabettiren zaruret te ortadan kalkar.

(10) Ali Haydar, Mecelle şerhi, C: 1, S: 861 ve devamı.

BESİNCİ BÖLÜM

Kiralanan şeyin müstecir tarafından başkasına icarı Sous location (B.K. 259)

99 — İşbu maddeye göre “kiracı, mecur için zararlı bir değişikliği mucip olmamak şartıyla mecuru kısmen veya tamamen ahara icar yahut kira aktini üçüncü bir şahsa devredebilir. — Müstecir kendi kiracısının esas akitle müsaade edilenden başka suretle mecuru kullanmayacağını kiralayana karşı mütekeffildir. — Bu hususa riayet ettirmek için mucirin doğrudan doğruya ikinci kiracıya müracaata hakkı vardır.

Maddenin mânasına nüfuz edebilmek için birinci fıkrada bahis mevzuu edilen aktin üçüncü şahsa devri ile mecurun kısmen veya tamamen ahara icarı arasındaki fark üzerinde durmaklığımız lâzımdır. Kiracı ile diğer bir şahıs arasında aktedilen kira mukavelesine mecurun ahara icarı denir. Bu mukavele caizdir ve kanunumuza göre mucir için bir zararı mucip olmadığı takdirde kiracı, mucirin müsaadesini almağa lüzum görmeksizin buna tevessül edebilir. Burada mucir ile ilk müstecir arasındaki hukukî muamelenin aynı kiracı ikinci bir müstecir ile yapıyor. Mecur üzerinde kiracının haiz olduğu istimal hakkının devrine gelince bu, icar hakkının satım veya hibe yoluyla bir diğerine temlikî mânasını tazammun eder. Ancak temellük eden kimse ilk kiracıya ait mükellefiyetleri de üzerine almak zorundadır. Görülüyor ki mecurun ahara kiralanması ve kira aktinin üçüncü şahsa temlikî gerek nevi, gerek mahiyet bakımından yekdiğerinden tamamen ayrı iki hukukî muameledir. Böyle olmakla beraber her iki muamelenin mukadderatını aynı hükme bağlamak yani bu iki muamelenin aynı neticeyi tevlit ettiğini kabul etmek fikrimce hukuk tekniği bakımından doğru sayılamaz. Bu yanlışlık bakınız nereden geliyor : Meşhur Fransız hukukçusu **Pothier**, Borçlar Hukuku adlı eserinde “kiracı mecuru ahara icar edebileceği gibi akti başkasına da devredebilir” demektedir. Ancak müellifin getirdiği misallerden anlıyoruz ki ahara icardan maksat, kısmen olan icardır. Meselâ kiracı kendisine lüzumu olmayan bir odayı veya bahçesinin bir kısmını diğerine kiralayabilir. Halbuki icarın devrinde kiracı mecurun tamamını terk ederek kendi yerine başkasını ikame eder. İşte F. M. K. tanzim edilirken **Pothier**'nin bu fikri *code civil* 'in 1717 inci maddesinde şöyle ifade edilmiştir : “Kiracı, mukavele ile menolunmadığı takdirde mecuru ahara icar ve hattâ kira aktini bir diğerine devredebilir. —Kiracının bu salâhiyetini kısmen veya tamamen tahdit mümkündür.— Tahdit şartı daima muteberdir.” Fransız hukukçuları bu maddeye istinaden müstecire, mecurun kısmen veya ta-

mamen ahara icar hakkını tanıdıkları gibi akti devir hakkını da tanımaktadırlar. Kanunun serbest bir tarzda tefsiri esasına dayanan bu fikir Fransız Hukukunda sebepsiz bir ihtilâf kaynağı doğurmuştur. Çünkü bu iki mukavele arasındaki hukukî farkı kavramıyan âkitler, maksatlarının ne olduğunu izah etmeksizin bazan icar aktini ivazlı veya ivazsız olarak devretmekte bazan da mecuru kiralamaktadırlar. İşte 1881 tarihli İ.B.K., bu fikirlerden ilham alarak tanzim edilmiş ve kirayı devretmenin başkasına kiralamaya benzediğini de maddeye ilâve eylemiştir (Eski İ.B.K. 285, f: 3). İsviçrede kanunun tadili sırasında iki muamele arasındaki mahiyet farkı nazara alınarak bu fıkra kaldırıldı. Fakat bu hareketle maddedeki vuzuhun büsbütün zail olacağı düşünülmedi. Çünkü mecurun kiralanmasına benzemeyen icar aktinin devrinden maksat nedir? Sorusu hal edilmemeğe mahkûm bir talihsizlikle karşımızda duruyor. Müellif Oser bu iki muamelenin netice itibariyle aynı olduğunu yalnız aktin devri bedelsiz olabileceğini söyler. Kanun maddesine icabeden vuzuhu verebilmek için ilk fıkradaki “veya tamamen” kaydını kaldırmak lâzımgelceğini zannediyorum; bu suretle teknik bakımdan olan yanlışlık ta kısmen ortadan kalkar.

100 — A.M.K.nunda bu iki muamele arasındaki fark tebarüz ettirilmiştir: “Kiracı mucirin izni olmaksızın kiralanan şeyin istimalini bir diğere terk etmeğe ve hususiyle onu ahara kiralamaya mezun değildir. Eğer mucir izin vermektan imtina ederse, işbu imtina üçüncü şahsın zatına ait olan vahim bir sebepten ileri gelmedikçe (3. şahsın mecuru âdaba aykırı bir şekilde kullanması hali gibi) müstecir, kira aktinden tevellüt eden hukukî ittisalin feshini kanunî mehle riayet şartıyla ihbar edebilir. İstimali üçüncü bir şahsa terk eden kiracı, bunu mucirin izniyle yapmış olsa bile istimal sırasında üçüncü şahsın ika ettiği bütün kusurlardan mesuldür; § 549.

101 — İcar aktinin devri mecelle için meçhuldür. Mecurun müstecir tarafından ahara kiralanmasına gelince bu hususa dair olan hükümlere yukarda temas etmişim; mecelle : 427, 428.

102 — Kanunumuzda gerek mecurun ahara icarı, gerek icar aktinin devri mutlak olarak zikredilmiş, Fransız ve Alman medenî kanunlarında olduğu gibi mucirin izin ve müsaadesine bağlı tutulmamıştır. Acaba kanunumuzun bu ifadesine âmir mahiyet verilmek yani mecurun ahara icarı kanunun kiracıya tanıdığı bir hak olmasına göre bu hakkın mukavele ile tahdidine gidilememek imkânı var mıdır? B.K.nun 19 uncu maddesine nazaran bu suale müsbet bir cevap verilemez. Çünkü bir aktin mev-

zuu kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde serbestçe tayin olunabilir. Kaldı ki mecurun ahara icar olunmasını veya aktin devrini meneden bir mukavele şartında âmme intizamına,ahlâk ve adaba veya şahsiyete müteallik hükümlere muhalefeti intaç eden hiç bir mahiyet yoktur. Kiracı lehine bu salâhiyetlerin tanınmasından maksat, ihtiyaç halinde kiracının icar akti ile giriştiği taahhütlerden büyük bir zarara uğramaksızın kurtulma imkânını temin etmektir. Fakat kira akti münhasıran tarafların iktisadî menfaatlerini ilgilendiren bir mahiyet taşımaz. Bu menfaatlerin yanı başında cemiyet hayatını çok yakından alâkadar eden şahsî menfaatler de bulunabilir. Apartman kiralalarında müstecirin şahsî büyük bir rol oynar ve mucir bakımından müstecirin şahsî, iktisadî menfaatler derecesinde bir ehemmiyet arzeder. Çünkü icar bedelini ödemek suretiyle kiracı mecuru terk edebildiği yani mucir ile olan şahsî münasebetini kesmek imkânına malik olduğu halde mucir, fesih sebeplerinden biri hadis olmadıkça müstecirle olan münasebetini devam ettirmeğe mecburdur. İşte bu sebepten dolayı, müstecirden başka biriyle icar akti yapmak isteyip istemediğini takdir tamamen mucire ait bir hak olarak kabul ediliyor. Kanunun tanıdığı salâhiyete dayanarak kiracı tarafından kendi yerine ikame edeceği her hangi bir şahısla mucirin münasebete girmek istememesi onun en tabii bir hakkıdır. Şu halde muvafakati olmadıkça mecurun ahara kiralanmamasını veya aktin başkasına devrolunmamasını temin zımında mucirin mukaveleye koyduğu şartlar, kanunen himayeye lâyik menfaatlere taallük eder.

103 — İcar mukavelesinde mecurun ahara kiralanması menedilir ve fakat aktin devir olunup olunamayacağı meskût bırakılırsa kiracı acaba kanunun hükmüne dayanarak akti bir diğerine devredebilir mi? Bu sualin cevabını federal mahkemenin 10 Haziran 1941 tarihli kararından okuyalım : “Hâdisedeki kira mukavelesi, mecurun ancak bir başkasına icarını menetmekte ve aktin devrinden bahseylememektedir. Kiracı bundan şu neticeyi çıkarıyor : İcar akti kanunun müsaadesi dairesinde ahara devredilebilir. Pek haklı olarak kanton mahkemesi bu mütalâyayı kabul etmemiştir. Vakıa mecurun bir diğerine icarı ve aktin devri mahiyetleri itibariyle yekdiğerinden tamamen ayrı iki hukukî muameledir. Fakat ekonomik bakımdan her ikisi de aynı maksadı istihdaf eder ki o da mecurdan maksut olan menfaati kiracıdan gayri bir kimseye devretmektir. İşte hedefteki birlik sebebiyledir ki kanun bu iki müesseseyi aynı şarta yani gerek mecurun ahara kiralanmasını ve gerek icar aktinin bir üçüncü şahsa devrini mucir için bir zararı mucip olmamak şartına tabi tutmuştur. Mukavelede mecurun bir başkasına kiralanmasını menetmekle mucir,

istimal hakkının kiracısından başkasına bırakmak istemediği yolundaki iradesini açıklamış bulunuyor. Binaenaleyh bu şart, gayedeki vahdet dolayısıyla aktin devrolunamayacağı şartını da tazammun eder; meğerki taraflarca bunun hilâfı kastolunduğu açıkça tesbit edilsin. Mecurun ahara icarı hakkındaki akdî memnuiyetin şümülünü tayin edebilmek için her şeyden evvel mukavele metnine bakmak lâzım gelir. Eğer mukavelede “kiracı mucirin müsaadesini almadıkça mecuru ahara kiralayamaz” denilmişse kiracıdan icar salâhiyetinin kaldırıldığı anlaşılır. Şu halde bazı kanton mahkemelerinin doktrin tarafından teyit edilen içtihadı veçhile bu memnuiyet, “haklı bir sebep olmadıkça mucir izin verme zorundadır” tarzında bir tefsire tabi tutulabilir mi? İşbu dâvada bu meselenin tetkik edilmesine mahal yoktur. Zira hâdisede mecuru ahara kiralama salâhiyeti kiracıdan büsbütün alınmıştır; mukavelelenin ikinci maddesinde “kiracı mecuru başkasına kiralamaktan memnudur” deniliyor. Mukavaleye böyle bir şartın konulması mucirin hiç bir sebep beyanına mecbur olmaksızın kiracının hareketine mümanaat edebileceğini gösterir (J. d. T. 1941 I,521).

104 — Verilen izahattan anlaşılıyor ki kiracı aşağıdaki hallerde mecuru diğer birine kiralayamaz:

- a) Kira akdinde müstecirin şahsı nazara alındığı hal icaplarından anlaşılırsa.
- b) Mecurun ahara icarı veya aktin devri sarahaten men edilmişse.
- c) İstimalin üçüncü bir şahsa terki mucir için zararlı bir tebeddülü mucip olursa .

105 — Mecur üzerindeki istimal hakkının kiracı tarafından bir diğere terki halinde kanun kiracıya bir kefalet borcu tahmil etmektedir. Üçüncü şahsın kusuru ile mecura arız olan her türlü noksan veya kıymet tenezzülü kiracıyı mesul kılar. Eğer mecurun ahara icarı mukavele ile menedilmiş ve buna rağmen kiracı istimali diğer birine bırakmışsa umulmamazlıktan mütevellit zararları da zamin olur; meğer ki akte muhalefet etmemiş olsaydı bile mecura aynı zararın geleceğini ispat ede (B.K. 303, f: 3 ve 4).

106 — Mucir kendi kiracısına karşı 256 ncı madde mucibince haiz olduğu hakkı, kiracısının kiracısına karşı da kullanabilir. Şu halde mecurun tam bir ihtimam dairesinde kullanılmasını ve muhalefet halinde aktin feshini istiyebilir, fakat mucirin salâhiyeti daha ileri gidemez. Bilhassa ikinci kiracının vermekle mükellef olduğu icar bedelini talebe

hakkı yoktur. Bununla beraber 267 inci maddenin 2. inci fıkrası hapis hakkı hususunda bir istisna kabul etmiştir.

107 — Adî icarı hasılat icarından ayırmak için zarurî bir sebep de yoktur. Bununla beraber kiracıya tanınan mecuru kiralama veya icarı devir hakkı yalnız adî icarlarda carî olan hükümdür. Şahsın ehemmiyeti daha fazla mütebariz olan hasılat icarına kanununumuz bu salâhiyeti vermemiştir (B.K. 284). B.K. nun 259 uncu maddesi, alacaklılar arasındaki kanunî teselsülün bir nevini teşkil eder.

ATLINCI BÖLÜM

Müddetin hitamından evvel aktin feshini icabettiren sebepler (B. K. 264, 265)

108 — Kira iki tarafı ilzam eden bir akittir. Fakat mucebi aktin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren yani kira aktinin icapları daire-sinde harekete imkân vermeyen sebepler **circumstances graves** hadis olursa akit bir tarafı olarak feshedilebilir. Mecurun kiracı tarafından istimal edilip edilmemesi arasında hiç bir fark yoktur. Mecurun istimali keyfiyeti olsa olsa zararın miktarını tayinde bir âmil olabilir. B.K. nuna göre 264 üncü maddedeki fesih hakkının kullanılabilmesi için aşağıdaki üç şartın tahakkuk etmesi lâzımdır :

- 1) Kiralanan şeyin bir gayrimenkul olması. Demekki menkul mal kiralalarında bu maddenin hükmü tatbik edilemez.
- 2) Kira müddetinin tayin edilmiş bulunması. Eğer müddet tayin edilmemiş ise 262 nci madde hükmü cari olur.
- 3) Mucebi aktin icrasını tahammül edilmez hale getiren bir sebebin hadis olması.

109 — Şimdi daha fazla izahata girişmeden evvel İsviçre B. K. nun 269 uncu maddesine tekabül eden 264 üncü maddemizi aslına yakın bir tarzda okumağa çalışalım :

“Muayyen bir müddetle yapılan gayrimenkul kiralaları, mucebi aktin icrasını ister aktin başlangıcından itibaren, ister akit yapıldıktan sonra tahammül edilmez bir hale getiren sebepler hudusunda, kanunî mehle riayet etmek ve diğer tarafa tam bir tazminat vermek şartıyla âkitlerden her biri tarafından feshedilebilirler. —Kira bir sene veya daha ziyade bir müddet için yapılmışsa mucir veya müstecire verilecek tazminat altı aylık kira bedelinden az olamaz.— Kendisine tazminat ödenmeyen kiracı,

mecuru terk etmeğe cebrolunamaz.” Görülüyor ki madde istisnâî bir hükmü ihtiva ediyor. Çünkü esas kaidemiz mukavele yapıldığı zamandaki şartlar değişmiş olsa bile mukavele hükümlerinin yerine getirilmesi hüsni niyet kaideleri icabından olduğudur. M. K. nun 2, maddesinde yer alan bu prensip, hukukta emsali olan bir çok prensipler gibi istisnasız değildir. Çünkü 264 üncü madde mucibince aktin icapları dairesinde harekete imkân vermiyen ağır sebepler hüdusunda taraflardan her biri kirayı feshedebilirler. Demek ki taraflar mukavele hükümlerini yerine getirmeğe mecbur tutulmazlar. Şu halde asıl mesele esas kaide ile istisnânın hudutlarını tayin edebilmekte yani ne gibi şartlar dairesinde istisna, kaidenin tatbikına mâni olacağını kestirmektedir. Vakıa çok defa şöyle bir mütearife ile karşılaşırız : Tereddüt halinde kaide lehine ve istisna aleyhine gidilmek lâzımdır. Ancak bu mütearifeye mutlak surette bağlanmak bizi daima doğru bir neticeye götürmez. Zira kanunun istisnâî bir hükmü kendi sahasında umumî kaide derecesinde bir şümulü haiz olabilir. Bu fikrin isbatı için B. K. nundaki istisnâî hükümlere bir göz gezdirmek kâfi gelir. B. K., mukavele hükümlerinin yerine getirilmesini emreder : *Pacta sunt servanda*; aksi takdirde akitten beklenen fayda ortadan kalkar. Fakat diğer âkidin mukavele hükümlerine riayet etmemesi halinde aktin feshine gidilebileceğini kanun tasrih ediyor. Bu istisnayı teyit eden yine bir kanun maddesidir. Kezalik kanunun kesin hükümleri karşısında aynı derecede himâyeye lâyik ferdin ihtiyaçları vardır; o ihtiyaçlar ki insanların kültür seviyelerine göre yükselir veya alçalır. Aktin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebeplerin hadis olması meselesini işte bu bakımdan nazara almak icap edecektir. Madde nin marjinalinde “fesih” den bahsedilmesine ve böylece aktin makable samil bir tarzda ortadan kalkabileceği fikri zihne tebadür eylesine rağmen burada âkitlere ancak feshi ihbar hakkı tanınmıştır. Çünkü bu muamelenin geçmişteki hükümlerine fesih tesir etmez.

110 — B. K. nunda bu mahiyeti haiz olan hükümler pek çoktur. Hasılat icarında (286), iş aktinde (344), istisna aktinde (365, f: 2), şirket aktinde (545) olduğu gibi. Bütün bu hallerde hâkim muhik sebepler kaydından anlaşılacak lâzımgelen mânayı takdir etmekle mükelleftir. Demek ki hâkim gerek haklı sebeplere, gerek hal icaplarına göre hüküm vermekle mükellef olduğu hallerde hak ve nasafet kaidelerine riayet edecektir. Yani hak kaidelerini yani esas prensibi ihmal ederek sadece nasafete yani istisnaya dayanamayacağı gibi yalnız hak kaidelerine istinat

ederek nasafet kaidelerini de ihmal edemez. Şu halde kanunda istisnayı icabettiren sebeplerin hâkim tarafından mutlaka hesaba katılması zarurîdir. İşte bundan dolaydır ki 264 üncü maddenin tatbikında hâkim istisnanın konulmasını istilzam ettiren sebebi amelî bakımdan kıymetsiz hale sokacak bir içtihatta bulunamaz.

111 — İcarın vaktinden evvel feshi, karşı tarafa tam bir tazminat istemek hakkını verir. Başka bir ifade ile feshe maruz kalan taraf, aktin icrasından elde edeceği menfaati —ki müsbet zarardır— talep edebilir. Umumî hükümler sırasında tetkik olunduğu üzere (B. K. 43, 44, 96, 98) halin icapları bazan tazminat miktarının indirilmesini intaç eder; ve böylece zararın ancak bir kısmı tazmin ettirilir. Bazan zararın tamamı ödetirilir. Vaktinden evvel feshedilen kira aktinde mucirin uğradığı zarar, icar müddetine tekabül eden kiranın tamamıdır. Fakat 264 üncü maddeden anlaşılıyor ki, kiranın feshinden mütevellit müsbet zarar bu derece şümüllü olamaz. Çünkü haklı sebeplerin hadis olması üzerine kanunun kendisine tanıdığı fesih hakkını kullanan bir kimse, ortada muhik hiç bir sebep bulunmadığı halde akte muhalefet eden kimseden daha ağır bir mesuliyete tabi tutulmasına mantıkan imkân yoktur. Mademki mukavele hükümlerine riayet etmiyen bir kimsenin vereceği tazminat miktarı bazı sebepler dolayısıyla tenzile tabi tutulabiliyor; o halde haklı sebeplere dayanarak feshi ihbar eden kimsenin de bu gibi tenzillerden faydalanması evleviyetle doğru olur. Eğer mukavelenin icra edilmemesinden mütevellit fesihle muhik sebeplere binaen feshin ihbarı arasında bir fark olmasaydı kanun vazunun 264 üncü madde hükmünü sevketmesine mantıkan lüzum hasıl olmazdı.

112 — Denilebilir ki 252 nci maddenin ilk fıkrası ile 264 üncü madde arasında tam bir tenakuz vardır. Çünkü mucebi aktin icrasını tahammül edilmez hale getiren sebep ya mucirin yahut ta kiracının şahsında hadis olabilir. Halbuki bu gibi hallerde kira bedelinin tamamı ödenecektir. Aca-ba şahısların dışında böyle bir sebebin hadis olmasına imkân tasavvur olunabilir mi? Hiç şüphesiz ki olunamaz. Fakat bir kere 252 nci madde menkul kiralara şâmil bir hüküm olduğu halde 264 üncü madde yalnız gayri menkul kiralara münhasırdır. Bundan başka 252 nci maddenin üçüncü fıkrası böyle bir itirazı hükümden iskat eder. Çünkü tetkikini buraya talik ettiğim bu fıkrada bilhassa istisnaya işaret edilmiştir. Demek ki mucebi aktin icrasını tahammül edilmez hale getiren sebeplerin hudusu her iki tarafa da feshi ihbar salâhiyeti veriyor. Şu halde esas kaide, akit hükümlerinin yerine getirilmesidir; feshi ihbar salâhiyeti istisnaîdir. Meselâ işi bir başka mahalle tahvil edilen memur, fikrimce

264 üncü maddeye istinaden feshi ihbar edebilir. Kezalik akit yapıldığı zaman kararlaştırılmış olan kira bedeli müstecir için evvelden tahmini mümkün olmıyan haller dolayısıyla ağır bir külfet mahiyetini alırsa aktin feshine gidilebilir. Bu gibi istisnaların kabulüne sebep te nasafet kaidesidir. Bilhassa 264 üncü maddenin ikinci fıkrasında verilecek tazminatın 6 aylık kira bedelinden az olamayacağı tasrih edilmek suretiyle nasafet kaidelerinin yanında hak kaidesine yer verilmiştir. Meseleyi nazari sahadan kurtarmak için bir misal alalım : Farzediniz ki zengin bir adam Ankarada muazzam bir otel yaptırıyor, zemin katı bin kişinin yemek yemesine müsait olacak derecede büyüktür. Bir kimse burayı ve bodrum katını lokantacılık etmek için on sene müddetle kiralamıştır. Kira bedeli her üç ayda bir peşin olarak senevi otuz bin liradır. Kira mukavelesi mucibince her gün saat 19 dan 23 e kadar lokantada birinci sınıf artistlerden mürekkep bir müzik heyeti bulundurmağa kiracı mecbur tutulmuştur. Lokanta ilk senesi 120.000 liralık iş yapmış; ikinci sene iş hacmi 90 bin liraya, üçüncü sene ise 60 bin liraya düşmüştür. Eğer iş hacminin düşmesi kiracıya isnadı mümkün olmıyan bir sebepten ileri gelmişse kiracıya feshi ihbar hakkının tanınmaması için hiç bir sebep bulunamaz.

Bu izahattan sonra "mucebi aktin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebep" fıkrasından ne anlaşılacak lâzım geleceği üzerinde duralım. Fikrimce genel olarak bu suali şöyle cevaplandırmak mümkündür : Eğer hüsnü niyet kaideleri, taraflardan birinin icar akti hükümlerine riayete mecbur tutulmasına mâni olur veya akti fesheden taraf için kendisine isnadı mümkün olmıyan sebepler yüzünden aktin icrası imkânsız bir hale girerse o zaman mucibi aktin icrasını tahammül edilmez hale getiren sebep hadis olmuş demektir. Mucirin mecurda bizzat ikamete mecbur kalması, kiracının memuriyeti tahvil edilmesi gibi. Eğer 264 üncü maddeye istinaden kiracı mecurdan çıkarılmışsa yeni bir ev aramak ve nakil masrafları tazminatta yer alır. Bazan mecurdan intifa kiracı için imkânsız bir hale gelebilir. Bu takdirde nasıl bir hareket hattı takip edilmelidir? Bu suali sormak mecburiyetindeyiz. Çünkü B. K. nun 117 nci maddesi ile 264 üncü maddesi tezat halindedir. Evvelki maddeye göre borç sakit olur. Nitekim mecellede böyledir (madde: 478), ve mukabil ivaz verilmez. Halbuki 264 üncü maddeye göre hem tazminat vermek, hem de altı aylık icar bedelini ödemek icabeder. Bu kabil hallerde icar aktine dair kanunun sevk ettiği hususî hükümler nazara alınacaktır.

113 — Mademki hadis olan sebeplerin takdirinde hüsnü niyet kaidelerini esas olarak alacağız; ve mademki bu sebeplerin feshi ihbar eden tarafa isnat edilememesi lâzım gelir; o halde normal bir iş adamının ev-

velden görmesi mümkün olan hallerin hudusu, maddeten eda imkânlarını son derece güçleştirse bile, mucebi aktin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebep sayılamaz. Filhakika kanunî mehilden fazla bir müddet için bir gayri menkulü kiralyan kimse icarenin devamı müddetince ahval ve şeraitin değişebileceğini düşünmesi ve ona göre tedbirlerini alması icabeder. Bu, bütün akitlerde cari olan hüsnü niyet kaideleri icabındandır. Sadece nasafet kaidesi akti fesih için kâfi bir sebep teşkil etmez. Meselâ 64 yaşındaki bir memur üç yıl için bir ev kiralarsa tahdidi sinne uğradığını ileri sürerek icarı feshedemez. Zira bu ihtimali nazara alması icabederdi. Kezalik Ankarada bir sene için iş bulan bir adam 4 sene müddetle bir ev kiralarsa sene sonunda işsiz kalması, kendisine 264 üncü maddeden faydalanması hakkını vermez (J. d. T. 1937, I, 390).

114 — Maddenin ikinci fıkrası verilecek tazminatın asgarî miktarını tesbit eder ki bu da altı aylık kira bedelinden ibarettir. Zararın bundan fazla olduğunu isbat hakkı bahsi sabit olunmazdan evvel son bir ihtimale daha temas edelim : Mucebi aktin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebep, feshe maruz kalan tarafın kusurundan ileri gelmekte ise yine tazminat lâzım gelir mi? Buna müsbet cevap veremeyiz. Çünkü bu takdirde ya kiralayan, mecuru istimale salih bir halde bulundurmamış demektir; o halde fesih hakkı 249 uncu maddeye istinat eder. Yahut müstecir mükellefiyetlerini yerine getirmemiş demektir; bu surette ise 256 ıncı madde hükmünü tatbik ederiz. Binaenaleyh akit, kanunun diğer bir hükmüne istinaden feshedilebildiği müddetçe 264 üncü madde hükmünün tatbikına mahal yoktur (B. K. 249, 250, 253, 254, 260, 261, 265).

115 — B. K. numuz kiracının ölümünü de müddetin hitamından evvel aktin feshini icap ettiren bir sebep olarak kabul eder: “En az bir senelik kira akitleri, kiracının ölümü halinde gerek mirasçıları ve gerek mucir tarafından kanunî müddetlere riayet şartıyla en yakın mehil içinde tazminat vermeksizin feshedilebilir”. Demek oluyor ki kiracının ölümü aktin mutlaka feshini icabettirmez. Ancak mucir ve müstecirin mirasçılarına iki şart dairesinde fesih hakkını verir :

- 1) Kira en az bir sene için yapılmış olmalı;
- 2) Aktin feshini isteyen taraf, kanunî mehillere riayet ederek karşı tarafa ihbarda bulunmalıdır. Bu şartlara riayet edilirse en yakın vakit için akit tazminatsız feshedilmiş olur. Eğer icar için bir müddet tayin olunmamış veya tayin edilen müddetbir seneden az bulunmuş ise akit B. K. nun 262 ve 263 üncü maddelerine istinaden feshedilebilir.

116 — Yukarda görmüştük, F. M. K., mucir veya müstecirin ölümü

ile aktin münfesihi olmayacağını kabul eder. Hukuk bakımından kolaylıkla izah edilebilen bu hal şekline kanunumuz taraftar değildir. Zira kiracının ölümü ile ailesinin maruz kalabileceği güçlükler o kadar büyük olabilir ki bunları nazara almamak nasafet kaidelerine pek aykırı düşer. İşte bundan dolayıdır ki kanunumuz akte müessir olmadığı için mucirin ölümüne temas etmemiştir. Fakat fesih hakkı ne müddet zarfında kullanılacaktır? Kanundaki “en yakın mehil içinde” kaydı çok müphem ve çok lâstiklidir. Çünkü tatbikatta bu en yakın mehil bir kaç saatle 89 gün arasında değişebilir. Demek ki ölüm tarihinden itibaren gerek mukavelede kararlaştırılmış olan akdi mehiller, gerek 262 nci maddedeki kanunî mühletler geçirilirse tarafların 265 inci maddede yazılı haklardan istifade etmek istemedikleri anlaşılır ve icar mukavele hükümleri dairesinde devam eder. Meselâ mefruş olmıyan bir apartmanın 1 Mart 1945 tarihinden itibaren 5 yıl müddetle kiralandığını farzedelim. İcar müddeti 31 ocak 1950 de sona erecektir. Eğer mukavelede “ölümü takibeden bir ay içinde fesih ihbar edilebilir, ihbarın yapıldığı andan itibaren otuz gün hitamında mukavele nihayet bulur” denilmişse mesele yoktur. Kezalik “265 inci maddedeki fesih hakkından taraflar vaz geçmişlerdir” yolunda mukaveleye konulmuş olan bir kayıt dahi muteber olur. Çünkü kanun fesih hakkını, âmme intizamına müteallik bir hüküm olarak kabul etmemiştir. Fakat mukavelede bir sarahat yoksa o zaman 262 nci maddenin 1 numaralı bendi tatbik olunur. Şimdi müstecirin 13 Haziran 1947 de vefat ettiğini farzedelim. Altı aylık müddet 14 Eylül 1947 de nihayete erecek, ihbarın üç ay evvel yapılması da lâzım geliyor. Şu halde feshi ihbar için bir kaç saat vakitleri kalmış olur. Eğer kiracı 2 Mart 1947 de vefat etmiş olsaydı mirasçıları 14 Haziran 1947 ye kadar fesih ihbarında bulunabilirlerdi. Bu gibi hallerde hâkimlerimiz en yakın mehil tabirini, takip eden mehil olarak geniş mânada tefsir etmeleri lâzımgelir; aksi takdirde bir kaç saatlik geçikme, fesih hakkını ortadan kaldıracaktır.

117 — Ecellerin hesaplanmasına dair umumî kaideler, mehillerde de tatbik olunur. Acaba mirasçılar arasında feshin ihbarı için ittifak hasıl olmazsa ne yapılacaktır? Bilindiği üzere fesih ölümle değil, belki ihbarın yapılması ile meydana gelir. Şu halde bütün mirasçılar ihbarda bulunmadıkça icarın devam edeceği kabul edilmelidir. Fakat müstecir birden ziyade ise bunlardan birinin ölümü diğerine feshi ihbar salâhiyeti verecek midir? İhbar kanunen kiracının mirasçılarına tanınmış bir hak olmasına göre diğer kiracının —velev bu kiracı ölen kiracının mirasçısı olsun— ihbarda bulunamaması zarurîdir. Ancak sağ kalan kiracı 264 üncü

madde hükmünden faydalanabilir. Vakıa fesih hakkını vaktinde kullanmayan mirasçının da 264 üncü maddeye istinaden akti feshetmesine imkân vardır. Fakat bu takdirde tam bir tazminatla mükellef olurlar.

118 — Hükmi bir şahsın infisahı ölüme benzetilemez. Ancak infisah mucebi aktin icrasını tahammül edilmez bir hale getiren sebep olarak kabul edilebilir.

YEDİNCİ BÖLÜM

İcarı sona erdiren sebepler (B. K. 260 - 262).

119 — Kira aktini sona erdiren sebepler muhtelifdir. Tarafların karşılıklı rizaları (B. K. 1), mecurun tamamen ziyayı (B. K. 117), kiracının mecura malik olması ve saire gibi sebeplerle de icar akti nihayete erer. Bu bahiste umumî sukut sebeplerine değil, yalnız icar aktinin hususiyetleri bakımından sukutu intaç eden sebeplere temas edeceğiz. Bu sebepler üçtür: a) Kiracının temerrüdü; b) Müstecirin iflâsı; c) Feshin ihbarı. Bunlara sıra ile temas edelim.

120 — a) Kiracının temerrüdü — B. K. nun 260 ıncı maddesi şu hükümü ihtiva eder : İcarın devamı sırasında kiracı, vadesi hulül eden kira taksitini edada gecikirse mucir altı ay ve daha fazla müddetli icarlarda otuz günlük ve daha az müddetli icarlarda altı günlük bir mehil tayin ederek bu müddet zarfında kira ödenmediği takdirde aktin fesholunacağını kiracıya ihbar edebilir. —Bu mehil kiracının ihbarı aldığı günden başlar.— İşbu mehlin kısaltılmasına yahut kira ödenmediği takdirde mucirin hemen akti feshedebileceğine dair yapılan mukavele batıldır. Görülüyor ki burada mucire B. K. nun 106 ncı maddesine uygun olarak bir feshi ihbar hakkı tanınmaktadır; şu farkla ki 106 ncı madde, feshin hükmünü makable şamil kıldığı halde buradaki ihbar hükümlerini ancak ihbarın vusulünden sonraki zamana müessir kılar. Vusule kadar olan aktin hükümleri bakîdir. Fesih ihbarında bulunabilmek için mukavele hükümleri dairesinde bir taksitin ödenmemiş olması lâzımdır. Kiranın peşin olup olmaması arasında bir fark yoktur. Meselâ 1 nisandan 31 marta kadar devam eden bir kira mukavelenamesinde aylıkların üç ayda bir peşin olarak ödeneceği şartı koşulmuş olsun, temmuzun birinde vadesi hulül eden bir taksitin ödenmediğini farzediniz. İşte burada mucir 2 temmuzda feshi ihbar edebilir. Eğer mukavelede kiraların ne vakit ödeneceğine dair bir sarahat yoksa o zaman taraflar 257 inci madde hükmünü kabul etmiş sayılırlar. Şimdi federal mahke kararlarından mevzuumuza temas eden oldukça karışık bir meseleyi tetkik edelim, hâdise şudur: Ta-

raflar arasında bir kira mukavelesi yapılmış ve 12 ay evvel ihbarda bulunmak şartıyla her iki tarafın da feshi ihbara salâhiyeti olduğu kabul edilmiştir. Mukavelenin yürürlüğe girdiği tarih 1 Eylül 1933 tür, Daha ikinci ayda kiracı vadesi hulûl eden bir taksiti ödemiyor. Şu halde mucir 260 ıncı maddeye istinaden otuz günlük bir mehil tâyin ederek fesih ihbarında bulunabilirdi. Nitekim 31 ekimde bu ihbarı yapmış ve borç ödenmediği cihetle kira akti kendiliğinden 1 aralıkta hitam bulmuştur. Fakat mucir tahliye talebinde bulunmuyor ve bu suretle mecurun istimali fiilen devam ediyor. Feshi ihbar yapıcı bir muameledir acte formateur. Kaideten bundan rücu olunamaz. Ancak işbu ihbarın kirada hükümlerini tevlit edebilmesi için 30 günlük bir müddetin geçmesi lâzımdır. Demek ki burada 30 gün zarfında rücu mümkün olabilir. Hâdisede mucirin rücuu sabit olmadığına göre istimalin fiilen devamı olsa olsa tarafların eski şartlar dairesinde yeni bir kira mukavelesi yaptıkları mânasını tazammun eder. Çünkü mucir 1943 ocak ayında yeniden 30 günlük mehil vererek feshi ihbar etmiş, yalnız bu ihbarı ödeme emriyle yapmıştır. Eğer 12 şubat 1934 tarihine kadar borç ödenmezse akit münfesiş sayılacaktı. Bu müddet zarfında dahi borç ödenmemekle kiracı 1933 yılı son baharındaki duruma düşmüş oluyor, bununla beraber mucir yine tahliye talebinde bulunmamıştır. Ancak bu sefer mucirin cebrî icra yoluyla tahliye cihetine gitmemesi ve kiracının mecuru isgalde devam etmesi vakıalarını, 12 şubat 1934 den itibaren eski şartlar dairesinde yeni bir mukavele akti tarzında tefsire mâni olan bazı hususiyetler var. Filhakika bir icar aktinin bulunduğu kabul edilebilmek için mucirin, kiralanan şeyi terketmeği taahhüt ve iltizam etmesi lâzımdır (B.K. 248 ve devamı). Halbuki 12 şubattan itibaren aradaki akdi ittisalin nihayet bulunduğu iki tarafça da kabul edilmektedir. Mucir bunu kesin olarak kiracıya bildirmiş ve kiracı da mecuru terkeyleyeceğini taahhüt etmiştir. Nitekim müstecir, mucirin tahliye talebi üzerine 23 mart 1934 günü mecuru tahliye ediyor. Bundan anlaşılıyor ki 12 şubattan 23 marta kadar taraflar arasında kira akti yoktur. Fakat bu müddet zarfında kiracının mecurdan faydalanmış olması kira aktine benzeyen hukukî bir ittisalin fiilen mevcut olduğunu ispat eder. Eski mucirin kiracısına saygı göstererek mecuru muvakkaten kullanmasına müsaade etmesi kanunen himayeye lâyıf bir hareket tarzıdır. İşbu hareket tarzını, akit hükümlerinin carî olduğu zamandakinden daha fena ve kendisi için zararlı bir tefsir ile karşılamak doğru olmaz. Ancak bu mülâhazaya bazı kayıtların ilâvesi icabeder. Mucirin bu intizar müddetini lüzumundan fazla uzatmaması lâzımdır; aksi takdirde hukukî muamelelerin istilzam ettirdiği emniyet ortadan kalkar. Kezalik saygı gösterme bahanesi, mucire, eski kiracısı aleyhine bir spe-

külâsyon yapmak imkânı da vermemelidir. Fakat bu hâdisede bu iki ihtimalden hiç biri varit değildir. Verilen izahata göre 12 şubattan 23 marta kadar olan devre için mucirin bir zarar ve ziyan alacağı olduğu kabul edilemez. Mucir 23 martta tahliye talebinde bulunmakla artık kiracının mecuru işgal etmesine müsaade edemeyeceğini hiçbir tereddüde meydan vermiyecek tarzda isbat etmiştir. Halbuki bu müddet zarfında kiracı mecuru elinde bulundurmaktan mütevellit fiili bir hale güvenerek işgalde deva mediyor. Bu kabil hallerde mucirin hukukî durumunu himaye bir zaruret halini alır. Mecurun zamanında iade edilmemesi halinde mucirin teslim olunmayan müddete ait kira bedelini isteyebileceği bazı kanunlar da yazılıdır (AMK § 557). B.K. nunda açıkça ifade edilmemekle beraber işbu hakkın İsviçre'de de olduğunu kabul etmek lâzımgelir. Çünkü mütemerrit bir kiracı, bu hareketiyle eski mucirini arzusu hilâfına fiilen bir mucir mevkuine sokuyor. Şu halde iradesi hilâfına malı kullanılan bir kimsenin alelâde bir mucirden daha ağır bir şarta tâbi tutulması, hiç bir suretle tecviz edilemiyen bir haksızlık olur. Bilhassa böyle bir kimseyi kira alacaklısı sıfatından çıkararak bir tazminat alacaklısı durumuna geçirmek ve böylece bir takım güçlüklerle meydan veren zararını isbat külfetini mucire tahmil etmek hukuk fikrinin kabul edemeyeceği bir prensiptir. Binaenaleyh hâdisede mucirin mütemerrit kiracıdan 1934 senesi nisan ayının sonuna kadar süren müddete ait bir kira alacağı vardır. Bu suretle eski icarın devam etmekte olduğu veya yeni bir mukavele aktedildiği yolunda kiracı tarafından ileri sürülen iddiaların tetkikine mahal kalmamıştır (J.D.T. 1938, I, 199).

121. İc. İf. K. nun 269 uncu maddesi mucibince feshi ihbar, gecikmiş kiralardan takibi sırasında da yapılabilir. Şu halde icraî takibat bakımından ödeme emrinin herhangi bir sebeple muteber sayılamaması ihbarın hukukî kıymetine hâlel getirmez (J.d.T. 1944, I, 594). Kiracının ölümü halinde feshi ihbar hakkı mucire veya haleflerine ait olduğuna göre kira bedeli kendilerine temlik olunan şahıslar, fesih ihbarında bulunamazlar. Şu kadar ki temellük eden kimse tarafından alacak tecil edilirse mucir feshi ihbar edemez. Çünkü kira bedeli muacceliyet iktisap etmiştir. Bilindiği üzere kanunumuz ihbarı hiç bir şekle tâbi tutmaz; şifahi de yapılabilir. Fakat isbat kolaylığı bakımından ihbarın yazılı olarak yapılması terciha şayandır. Eğer kiranın ödenmemesi yüzünden akit feshedilir ve mucir, mecuru ahara kiralayamazsa, yahut fesihten sonra mecur müstecir yedinde umulmamazhktan telef olursa bundan mütevellit zarar tabiatıyla kiracıya aittir (B.K. 98).

122. İhbardan sonra kanunî müddet zarfında kiranın tediye edil-

memesi akdî ittisali sona erdirir, ve ödenmiyen kiralar temerrüt faizine tâbi tutulur (B.K.103). Kanunda yazılı olan ihbar müddeti - ki otuz veya altı gündür - uzatılabilirse de kısaltılamaz; ve 30 günlük müddet B. K. nun 76 ve devamı maddeleri hükmünce ay olarak değil, gün olarak hesap edilmek lâzımgelir.

123. b) Müstecirin iflâsı (B.K. 261)— Bir arada icar akti dolayısıyla B.K. nun 82 inci maddesinin bir tatbikına şahit oluyoruz. Bilindiği üzere iflâs, mahkeme kararı ile açılır (İc. İf. K. 165); ve ancak bu andan itibaren 261 inci madde hükümleri tatbik olunur. Yine bilindiği üzere kira borcu mukavele veya örfü âdetle tayin olunan taksit vadelerinin hü-lûl etmesiyle ve mukavelede bir sarahat yoksa mecurun kullanılmasıyla meydana gelir (B.K. 257). Ancak iflâs halinde işlemekte olan kiralar muaccel hale gelirler (İc. İf. K. 195) ve bu sebepten mucir lehine kanunen tanınmış olan hapis hakkının şümulüne giren kira bedelleri için (B.K. 267) müstecirden teminat istemeğe mucirin hakkı vardır (J.d.T. 1917, I, 258). Teminat talebi hakkındaki ihbar yalnız kiracıya değil, iflâs idaresine de yapılmalıdır. Bu izahattan anlaşılıyor ki iflâsın vukuu icarın feshini zarurî kılmaz; mucir fesih hakkını kullanma zorunda değildir. Ancak iflâs idaresi de kira aktiyle bağlı kalmağa mecbur tutulamaz. Eğer mecur rehinle takyit edilmiş bir gayrimenkul olursa kiraların kime ait olması lâzım geleceği meselesi M.K. nun 778 inci maddesi hükümleri dairesinde halledilir.

124. B.K. nun 261 inci maddesindeki hususiyetlerden biri de teminat göstermek için mucirin kiracıya bir mehil vermeğe mecbur tutulmamasıdır. Yalnız feshi önlemek için münasip bir müddette (B.K. 106) teminat göstermek mükellefiyeti kiracıya aittir. Teminatın münasip bir müddet zarfında verilip verilmediğini hâkim tâyin eder. Teminat verilmediği takdirde kiracının mecurdan çıkarılması istenebilir. Bu hüküm B.K. nun 290 inci maddesinin mefhumu muhalifinden istidlâl edilir. Ancak mucir akti feshederse zarar ve ziyân talep edemez. Teminat menkul veya gayrimenkul rehinleriyle olabileceği gibi kefalet göstermek, para veya kıymetli evrak tevdi etmek gibi şeylerle de olur. Gösterilen teminatın kâfi olup olmadığı hakkındaki ihtilâf mahkemece halledilir.

125. Hiç şüphe yok ki mucir, henüz tediye edilmemiş olan geçmiş kira taksitlerini iflâs eden kiracısından isteyebilir. Verilmediği takdirde 260 inci maddenin kendisine tanıdığı hakları mucirin kullanması mümkündür. Yine hiç şüphe yok ki mucir, kiracısını müddetin hitamına kadar mecurda bırakabilir. Bu takdirde 267 inci maddedeki hapis hakkından istifade eder. Fakat iflâs idaresinin icarı devam ettirmede mah-

zurlar görmesi kabildir. Eğer kira borcu, müflisin dostları veya yakınları tarafından temin edilmezse iflâs idaresi mucibi aktin tahammül edilmez bir hale geldiğini ve buna sebep de kiracının iflâsı olduğunu iddia ederek 264 üncü madde hükümlerinden faydalanabileceği kabul edilmelidir. Çünkü aksi takdirde masa aleyhine büyük zararlar hâdis olmasına imkân vardır. Meselâ bir tacirin 6 yıl müddetle ve seneliği 7500 liradan olmak üzere bir ev kiraladığını farzedelim. İkinci sene nihayetinde tacir iflâs etmiştir. Evdeki eşya çok kıymetli olduğu ve mucir bu eşya üzerinden hakkını tamamen elde edeceğine kani bulunduğu için iflâsı feshe bir sebep addetmemiş ve fesih hakkını kullanmamıştır. Fakat tacirin 200 bin lira bir açığı var. Dört senelik kira bedeli 30 bin lira eder. İflâs idaresi, 264 üncü maddeye istinaden tam bir tazminat vermek şartıyla akti feshedebilir. Yaptığı tahkikat neticesinde iflâs idaresi anlıyor ki mucire verilecek tazminat, altı aylık kira bedeliyle yapılması kiracıya ait bazı tamirat masraflarıdır ki yekûnu beş bin lirayı geçemez; çünkü iflâsta kiracıya isnadı mümkün olan bir kusur (B.K. 108) yoktur. İşte bu misalde kiracının artık bu evde oturamayacağını ileri sürebilir. Zira gerek tasarruf edilen kira bedelleri, gerek ev eşyasının paraya çevrilmesinden elde edilecek meblâğ alacaklılara yüzde otuza yakın bir menfaat temin edecektir.

126. c) Feshin ihbarı (B. K. 262) - Kira zamanla mukayyet bir akit-tir. Ancak icarın zamanla tahdit edilmesi lüzumuna dair kanunda hiç bir hüküm yoktur. Hatta hayat müddetince devam etmek üzere yapılan bir kira aktinin batıl olmadığına federal mahkeme karar vermiştir. (J. d. T. 1930, I, 546). Esasen zımnî icarın kabul edilmesine göre müddetin nekadard devam edeceği çok defa bilinmez. Fakat mukavelede bir müddet tayin edilmişse müddetin hitamı ile akit sona erer ve o tarihten itibaren kiracı mecurdan faydalanamaz; mucir kiracısını çıkartabilir. Eğer müddetin bitmesine rağmen kiracının mecuru işgalde devam etmesine mucir muvafakat ederse akit müddetsiz olarak temdit edilmiş olur; netekim bu ciheti zımnî icar bahsinde görmüştük. Bu gibi hallerde icarın sona ermesi ancak taraflardan birinin feshi ihbar etmesiyle mümkün olabilir; burada karşılıklı rızaların bulunmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü bir taahhütten kurtulmağa imkân vermemek M. K. nun 23 üncü maddesi hükümlerine aykırı düşer. İşte bu esaslara sadık kalan kanun vazı 264 üncü madde hükmünü şöyle tesbit etmiştir . Kira için ne sarîh ne de zımnî bir müddet tayin edilmemiş olursa, gerek kiracı, gerek kiralayan ihbar suretiyle akdi feshedebilir. İşbu fıkradaki zımnî müddetten mak-sat sergi, pazar, panayır, bayram münasebetiyle tutulan yerlerdeki kira

müddetleridir. Eğer mukavelede sarîh veya zimmi bir müddet tayin edilmemiş ise taraflar maddenin ikinci fıkrasındaki kaidelere tabi tutulurlar. Filhakika bu fıkranın :

1 numaralı bendine göre "mefruş olmayan apartmanlar, yazıhane tezgâh, dükkan, mağaza, mahzen, samanlık, ahır gibi mahaller ancak mahallî adedince ancak muayyen en yakın vakit için ve böyle bir adetin fıkdanı halinde altı aylık bir müddetin hitamı için ve her iki halde üç ay evvel yapılması lâzımgelen bir ihbar ile. "Görülüyor ki burada ilk önce mahallî adet nazara alınır. Adetin bulunmaması halinde her altı aylık devre bir icar müddeti farz olunur. Yalnız bu devreler 1 ocaktan 30 hazirana kadar gibi takvim devresi olarak hesaplanmaz; kira mukavelesinin başladığı tarihe bakılır. Meselâ kira 1 marta yapılmışsa ağustosun son gününe kadar olan müddet ilk devre sayılır. Burada fesih ihbarı en geç mayıs sonunda yapılmak lâzım gelir. Eğer bu müddette ihbar yapılmamışsa feshin ihbarı ikinci devreye kalır.

2 Numaralı bendine göre "mefruş apartmanlar yahut müstakil odalar yahut süknaya mahsus mefruşat ancak bir aylık müddetin hitamı için ve iki hafta evvel yapılması lâzımgelen bir ihbar ile." Şu halde bir fakülte öğrencisi tarafından kiralanan bir odanın muciri iki hafta evvel olmak şartıyla her ay sonu için feshi ihbar etmesi mümkündür.

3 Numaralı bendine göre "diğer menkul şeyler her istenilen zaman için ve üç gün evvel yapılması lazımgelen bir ihbar ile." Süknaya mahsus mefruşat tabiatıyla bu hükme girmez, Kitap, kalem, araba, kayık, bisiklet, at ve saire gibi bütün menkul mallar üç gün evvel ihbar edilmek şartıyla bir icar devresine tabi olmaksızın her zaman için fesholunabilirler.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

Mucirin hapis hakkı (B. K. 267 - 269)

127. İsimdeki benzerliğe rağmen B.K. nun 267 ve müteakip maddelerindeki mucirin hapis hakkı, aynı haklar bahsinde görülen hapis hakkından büsbütün ayrıdır. Çünkü :

Evvelâ; Aynı haklarda hapis hakkı borçlunun rızasıyla alacaklının zilyet olduğu mallar üzerinde carî bulunduğu halde (M.K. 864 ve devamı) kira aktinde mucirin hapis hakkı, borçlunun zilyetliği altındaki eşya üzerine taallük eder,

Saniyen; aynı hakların tanzim ettiği umumî hapis hakkı, B.K. nun 81 inci maddesindeki exceptio doli mahiyetini haiz ve bu bakımdan bütün borç münasebetlerinde tatbik kabiliyeti olan bir hukuk kaidesidir (lege lata). Halbuki mucirin mecurdaki eşyaları hapsedilmesindeki mahiyet, asıl alacağı temin eden bir rehin hakkı yani ferî bir hak olmaktan ileri gitmez (lege ferenda).

Salisen; kiracı zilyet bulunduğu eşya üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Bu bakımdan rehinden ayrılır. Çünkü rehnin teessüs edebilmesi için borçlunun merhun üzerinden zilyetliğini refetmesi lâzımdır (M.K. 853). Halbuki burada kiracı merhuna zilyettir; ancak hapis hakkı kullanıldığı andan itibaren kiracının eşya üzerindeki tasarruf hakkı zail olur (B.K. 269, f: 2).

128. Görülüyor ki mucire ait hapis hakkının kendine göre üzerinde durulması lâzımgelen bir takım hususiyetleri vardır. Yabancı devlet kanunlarından bir çoğu kiracı zimmetindeki alacakları için mucire bazan bir rehin hakkı, bazan da bir hapis hakkı tanımaktadırlar. Ancak bu hakla teminat altına alınan alacakların nevi ve miktarları her kanunda aynı değildir. Bazı devletler hapis veya rehin hakkını yalnız kira borcundan mütevellit alacaklara tahsis ederler: Eski Roma hukukunda, İ.M. K. nun tanziminden evvel carî olan kanton kanunlarında (11) ve Avusturya M.K. nunda (madde: 1101) böyle idi. Fakat buna mukabil, diğer bir takım kanunlar daha vardır ki buralarda hapis hakkı yalnız kira borcunun değil belki icar aktinden mütevellit bütün borçların teminatını teşkil eder. Klâsik devrinin Roma hukuku, AMK § 559 ve lâtin memleketlerinde carî olan kanunlardan bir çokları ezcümle F.M.K. nun 2102 inci maddesi bu arada zikredilebilir. İ.B.K. etrafında yapılan tasarılar bidadette bu ikinci görüşe iltihak etmişlerdi. Fakat 25 ağustos 1880 tarihindeki komisyon müzakeresinde mucire tanınan hapis hakkı şümulünün tahdit edilmesi için bir teklif yapıldı. Bu teklife göre hapis hakkının şümulü bütün kira alacaklarına değil; belki vadesi hulûl etmiş iki senelik kira bedeli ile işlemekte olan yılın kira bedeline hasredilmesi icabediyordu. Yapılan teklif tartışma neticesinde şöyle bir karara bağlandı. "Mucirin hulûl eden sene kiralariyle işlemekte olan yılın kiralaları için mecurdaki eşyalar üzerinde mümtazen bir hakkı vardır." Ve bu karara şu fıkra eklendi: Maddenin karar dairesinde kaleme alınması için ilgili komisyona iadesi uygun görülmüştür." Müzakere sırasında tutulan zabıtnameler

(11) Zürih kanunu 898, 1506; Bern kanunu 840 ve müteakip; Argovie kanunu 691; Lucerne kanunu 638.

tam bir vuzuhu haiz olmamakla beraber tartışmaların cereyan tarzından ve yapılan tekliften şu istidlâl olunabilir: Komisyon hapis hakkını kira dışında borçlara şamil olmadığını tesbit etmek istememiş, belki bu hakkı zaman bakımından tahdide lüzum görmüştür. Mevzua bir ihtilâf dolayısıyla temas eden federal mahkeme (J.d.T. 1938, I, 204) bu istidlâlini aşğıdaki sebeplere istinat ettirmektedir: Tasarıdaki maddenin yeniden tanzim olunmasına dair olan karar hiçbir zaman yerine getirilmedi. İşte bu sebepten dolayısıdır ki millî meclis komisyonu 9 aralık 1880 tarihli celse-sinde mucire tanınan hapis hakkının şumulünü tam bir şekilde tesbit etmek lüzumuna tekrar karar vermek zorunda kalmıştır. Kararda denil-miştir ki: “Mucire tanınması lâzımgelen hapis hakkı, iflâsta olduğu gibi rehin hakkı hükümlerini meydana getirmeli ve bu hak geçmiş olan ve geçmekte bulunan sene kiralardan ve mecura iras edilen zararlardan mütevellit alacakları temin etmelidir. Ancak bu yoldaki bir tahdidin normali aşp aşmadığı meselesinin de tetkiki lâzımgelir. Meselâ işlemekte olan kira bedelini ödiyerek müstecirin müddet hitamından evvel mecuru terketmesi ve eşyalarını beraberinde götürmesi ihtimali de vardır. “Görülüyor ki bütün bu tartışmalarda millî komisyona hâkim olan fikir hapis hakkı şumulünün kira alacaklarına hasrı değildi. Bunun tamamen aksi olarak muacceliyet kesbeden kiralara şamil olan hapis hakkının henüz mueccel hale gelmemiş bulunan kiralaları da ihtiva etmesi lüzumu ileri sürülmüştü. Ancak mucirin hapis hakkı icar müddetinin tamamına ait kiralara şamil olursa kiracının diğer alacaklıları bu hükümden fazlasiyle zarar görebilirlerdi. İşte müzakereye hâkim olan fikirler bunlardı. Demek ki alacağın nevine göre değil doğum zamanına göre bir tahdide tâbi tutulması isteniyordu. Maddenin bu karar dairesinde tanzimi, mümkün olduğu kadar çabuk yapılması ricasiyle profesör Schneider’e 5 ocak 1881 tarihinde havale edildi Profesör 15 ocak tarihli cevabında Millî Meclis tarafından verilen direktifler dairesinde maddeyi “bir gayrimenkulün muciri nihayet geçmiş bir senelik ve cereyan etmekte olan senenin kira bedelinin temini için mecurun tefrişatına ve tezyinatına....” tanzim etmiş ve fakat tasarının yanına tırnak işaretleri içinde şu kaydı ilâve eylemişti: “Ve icar aktinden doğması muhtemel diğer zararlar için”. Bu kelimeler tasarıdaki “kiranın temini” kaydından sonra gelecekti. Bu kayıt etrafında profesörün mülâhazaları şunlardı: “Millî Meclis Komisyonu ferî alacaklar için de hapis hakkının tanınmasını teklif ediyor. Ferî alacak tâbirinden ancak zarar ve ziyan alacağı anlaşılır. Bu noktada komisyonun fikrine taraftarım. Eğer ifade edilmek istenilen fikir bu ise tırnak içindeki kelimelerin maddeye ilâvesi maksadı temin eder”. Bundan sonra profesör, kira dışında kalan alacaklar için hapis hakkı tanımayan bazı

kanton kanunlarına işaret ederek mektubuna son vermiştir. 22 ocak 1881 tarihinde profesör, Millî Meclis âzasından olan ve Federal Adalet Dairesi Başkanı bulunan Velti'ye evvelki mülâhazaları teyit zımnında bir muhtıra tevdi etti. Bu ikinci muhtıra, 29 ocakta resmî gazete ile yayınlanan komisyon raporunda aynen mevcuttu. Fakat maddede "icar aktinden doğması muhtemel diğer zararlar" kaydı bulunmuyordu. Bunu gören Profesör Schneider, 1 şubat 1881 de Velti'ye şu mektubu yazdı: "B.K. tasarisına dair Millî Meclis komisyonunun zaptını bugün gördüm. Eğer daha evvel malûmatım olsaydı icar aktine müteallik maddelerden bir kaçını başka suretle kaleme alırdım. Faydalı olabilmesi ihtimalini düşünerek aşağıdaki mülâhazalarımı hülâsatan bildiriyorum: "Madde şöyle kaleme alınmalıdır: Bir gayrimenkulün muciri geçmiş ve geçmekte olan kiralara temini ve bu müddet içinde icar aktinden doğması muhtemel zararlar için.....". Tarafımdan yazılan ve tasarinin yanına ilâve olunan bu kayıt unutulmuştur". Profesörün bu mektubu cevapsız kaldı. Acaba teklif olunan kaydın maddeye eklenmemesi bir maksada mı mebnidir; yoksa bir zühul eseri midir? Bu cihet bilinmiyor. Fakat Schneider'in son muhtırası aynen neşrolduğuna ve bu muhtırada yalnız mülâhazalara yer verilip maddenin tanzim şekli gösterilmediğine göre kanunda kaydın bulunması daha ziyade bir zühule isnat olunabilir. Bununla beraber 1 şubat tarihli mektup üzerine Federal Adalet Bakanının o zamana kadar yürürlükte olan kanton kanunları hükümlerini değiştirmekten vazgeçmiş olması ve bidayette arzu olunmayan bir şeyin hâdiseler ilcasıyla istenmiş bulunması da imkân dahilindedir. Kaldı ki teşriî komisyonlarda çalışan hukukçulardan hiç birinin bu noksanı farketmemiş olması kolaylıkla kabul olunamaz. (12) Nitekim eserinin ilk basımında kanundaki eksikliği bir zühul addeden Profesör Schneider, ikinci tabında bu fikrinden rücu etmesi ve tazminat alacaklarından dolayı mucir lehine bir hapis hakkı tanınamıyacağını sarahaten ileri sürmesi ortada bir zühul bulunmadığına kendisinin de kanaat getirmiş olmasından ileri gelir. Tetkik konusu olan 267 inci maddenin tanzimi tarihçesi etrafında verdiğimiz bu izahattan, maddenin dar bir şekilde tefsiri lâzım geleceği mânasını çıkarmak yanlış olur. Çünkü bu tarihçe bizi ancak tazminat alacaklarının hapis hak-

(12) Bilindiği üzere İslâm hukukunun kaynakları arasında icmaî ümmet de yer yer alır. İcmaî ümmet demek, ümmetin ittifak etmesi demektir. Eğer aynı zamanda yaşayan mütehitler şer'î bir hüküm üzerinde birleşmişlerse yani birbirlerinden malûmatları olmasızın aynı meseleyi aynı şekilde halletmişlerse o mesele hakkında icmaî ümmet hâsıl olmuş sayılır. İslâm hukukunda bu kaynağın kabulüne sebep, Peygamberimizin "ümmetim dalalet üzerinde ittifak etmez" mealindeki bir hadisidir. Federal mahkeme burada aşağı yukarı hadiste belirtilen fikri kabul ediyor.

kı ile temin edilemeyeceği neticesine vardırır. Fakat tazminat alacakları tâbirinden ne anlaşılmalıdır? Bu soru üzerinde tereddüt etmeden duralabiliriz. Zira mantıkî bir tefsirle kira bedeline benzediği anlaşılan yani tazminattan ziyade kiraya yaklaşan alacakların hapis hakkı ile temin edilebilmelerine bir mâni yoktur. Daha başka bir ifade ile kanun vazı evvelce düşünmüş olsaydı bu alacakları da kira alacakları arasında gösterirdi diyebileceğimiz yerlerde kira dışındaki alacaklar için hapis hakkı kullanılabilir. Meselâ feshin ihbarından sonra mucirin muvafakati olmaksızın mecuru işgalde devam eden kiracı işgal müddetine giren devre için bir tazminat vermeğe mecburdur. Ancak bu tazminatın kiradan hiçbir farkı yoktur. Nitekim federal mahkeme dahi (13) “fesih ihbarına ve mucirin kesin olarak akti temdide muvafakat etmemesine rağmen 12 şubattan 22 marta kadar kiracının mecuru işgal etmesini bir kira borcuna vücut veren hâdise olarak kabul etmiş ve kararını ona göre vermiştir. İşte mucirin arzusu hilâfına mecurdan çıkmıyan kiracının bu yüzden ödemeğe mecbur olduğu para, tazminattan ziyade, kira borcuna yaklaşır.

Acaba mucir, kiracıdan alacaklı olduğu teshin masrafları için hapis hakkından istifade edebilir mi? Burada da 267 inci maddenin dar tefsirine gitmektense mantıkî kıyasın rehberliğine dayanarak meseleyi tetkik etmek lâzımgelir. Hiç şüphe yok ki kanun vazı bu mahiyetteki bir alacağa kira bedeli mahiyetini izafe ederdi. Günün teknik icaplarına uygun olarak büyük binalarda kalorifer tesisatı yapılmakta ve bütün daireler bir merkezden ısıtılmaktadır. Binasında kalorifer bulunan mucir, kış aylarının devamı müddetince mecuru ısıtmak taahhüdünü de üzerine almış demektir. Bu taahhüdün ifası bir masrafa tevakkuf eder; şu halde kiracının ödiyeceği ücret yükselir. Bu fazlalığın kira bedeli içinde gösterilmesi ile ayrı gösterilmesi arasında bir fark yoktur. Yine bunun gibi tevellüt eden alacaklarda, tesviye tarzları ne şekilde kararlaştırılmış olursa olsun, kira borcu arasında yer alırlar. O halde bütün bu alacakların hapis hakkı ile temin edilebileceğini kabul etmek lâzımdır. M.K. nun 867 inci maddesi hapsedilen şeyin teslimi meşrut rehinde olduğu gibi nakte tahvil olunabilir, demek ve bu suretle M.K. nun 860 inci madde hükümlerinin hapsedilen eşyada da carî olacağını tasrih etmektedir. Bu esas, mucir lehine tanınan hapis hakkı için de tatbik edilir. Demek ki hapis hakkının istilzam ettiği masraflar eşyalar üzerinden alınabilir ve bu yüzden mütebâki eşya üzerine de hapis hakkı kullanılabilir.

129. Şimdi B.K. nun 267 inci maddesini aslına yakın bir şekilde

(13) Yukarıdaki yedinci bölümün (a) bendine bakınız; No: 120.

okuyalım: Bir gayrimenkulün muciri, geçmiş bir senenin ve işlemekte olan altı ayın kirasını temin için mecur dahilinde bulunan ve mecurun gerek tefriş ve tezyinine ve gerek istimaline yarayan menkul eşyalar üzerinde bir hapis hakkını haizdir; (f: 1). İşbu aşağıdaki hükümler istidlâl edilir:

a) Kiralanan şey ev, apartman, mağaza, mahzen, garaj, depo, pazar ve panayır yerlerinde muayyen mahaller gibi bir gayrimenkulün tamamı veya bir kısmı olmalıdır; şu halde mecur kayık, araba, mavna ve otomobil gibi menkul mallardan olursa bunların içerisine konulan eşyalar, kira alacağına mukabil hapsedilemez.

b) Hapis hakkından istifade mucire veya onun haleflerine yahut da kira aktinden sonra gayrimenkülü iktisap etmiş olan kimseye aittir.

c) M.K. nun 864 üncü maddesi mucibince hapis hakkının kullanılması için alacağın muacceliyet kesbetmesi lâzım geldiği halde mucirin hapis hakkını istimal etmesinde bu şarta lüzum yoktur. Demek oluyor ki mese-lâ altı ay sonunda verilmesi icabeden bir kira taksiti için mucir altı ayın hitamından evvel hapis hakkını kullanabilir.

d) Hapis hakkı ile temin olunan alacak, geçmiş bir senelik ve geçmekte olan altı aylığın kirasıdır. Görülüyor ki hapis hakkı ancak 18 aylık kira bedeli için tanınmış bir teminattır. Bunun hesabında son kira taksitinin verilmesi lâzımgelen tarih nazara alınır. Meselâ farzediniz ki 15 mart 1944 de bir sene müddetle bir ev kiralanmış ve senenin hitamında icar zımnen tecdit edilmiştir. Fakat şifahî vaidlerine rağmen kiracı ne eski borçlarını ne de 15 mart 1946 ödenmesi lâzımgelen son kira taksitini tediye etmedi. Şimdi mucirin 15 mayıs 1946 da hapis hakkını kullandığını farzediniz. İşlemekte olan altı ay, 1946 yılının 15 martından 14 eylülüne kadar devam eden müddettir. Şu halde geçmiş bir senelik kira dahi bundan evvelki 12 aylığa ait olması zarurîdir. Şayet kiracının bundan fazla bir kira borcu varsa bu, hapis hakkı ile teminat altına alınamaz ve mecur dahilindeki tahribattan veya mecuru tam bir ihtimam dairesinde kullanmamaktan (B.K. 256) veyahut da müddetinden evvel feshi ihbar eylemiş olmaktan (B.K. 264, f: 2) dolayı mucire vermekle mükellef bulunduğu tazminat miktarı için de hapis hakkı kullanılamaz. Bu hüküm, fıkranın mefhumu muhalifinden istidlâl olunur.

e) Hapis hakkı, kiracı tarafından mecur dahiline getirilen bütün eşyaya değil; belki mecurun gerek tefriş ve tezyinine gerek istimaline yarayan eşyalara taallük eder. Meselâ kiralanan bir evin muhtelif yerleri,

salon, yemek odası, yatak odası, mutfak vesaire muayyen maksatlar için kullanılabilir. Bu maksatları temin eden de eşyalardır. Kezalik bir dükkân ancak içerisinde emtia bulundurmamakla istimal edilir. Demek ki soy-yar bir satıcının satmak üzere evde bulundurduğu emtia, evin kira borcundan dolayı hapsedilemeyeceği gibi dükkânda bulunan ve fakat dükkânda yapılan ticaret nevine göre emtiadan sayılamayan mallar üzerinde dahi dükkân kirasından mütevellit alacaklar için hapis hakkı kullanılamaz. Görülüyor ki mecur dahilinde bulunan ve mecurun istimaline tahsis edilmeyen nakit, senet, mücevherat, elbise, gümüş takımları gibi şeyler üzerine hapis hakkı taallûk edemez. Buna mukabil bahçedeki kanapeler, pazar yerlerindeki şandıklar ve camekânlar o mahallerin kira bedelleri için hapis hakkının şümülüne girerler. Kezalik atölye için kullanılmak üzere kiralanan mahalle kiracının koyduğu makineler, bir antrepoya tevdi edilen eşyalar üzerinde dahi mucirin hapis hakkı olduğunu kabul etmek lâzımgelir.

130. B.K. nun 267 inci maddesinin ikinci fıkrasında “mucirin hapis hakkı ikinci kiracının birinci kiracıya karşı borcu olan miktar nisbetinde ikinci kiracı tarafından mecur dahiline getirilen eşyaya da şâmildir” denilmektedir. Hapis hakkına tâbi tutulmak için mecur dahilindeki eşyanın kiracıya ait olması lâzım gelmez (B.K. 268, f: 2). İşte bu sebepten dolayıdır ki ikinci kiracı tarafından mecura getirilen eşya dahi hapis hakkından müteessir olur. Mucir bu hapis hakkını kiracısı vasıtasıyla değil, doğrudan doğruya kullanabilir. Ancak işbu hakkın istimali bazı şartlara bağlıdır:

Evvelâ.— İlk kiracının eşyaları kira alacağına kifayet edecek, yani 18 aylık kira bedelini karşılayacak kıymette olmalıdır.

Saniyen.— Mucir bu hakkını, ilk kiracıdaki alacağı nisbetinde kullanmalıdır.

Salisen.— İkinci kiracının ilk kiracıya karşı olan kira borcunun miktarını aşmamalıdır. Binaenaleyh aşağıdaki ihtimallerle karşılaşırız:

1. İhtimal. Mucirin ilk kiracı zimmetinde yüzer liradan olmak üzere 18 aylık kira alacağı bulunduğunu farzedelim; eğer mecur dahilindeki eşya bu alacağı temin edebilecek kıymette ise ikinci kiracının eşyaları hapsedilemez.

2. İhtimal. Yukarıki misalde mecurdaki eşya 800 lira kıymetinde ise o zaman ikinci kiracının ilk kiracıya karşı olan borcu miktarına bakarız. Eğer borç 200 liradan ibaretse mucir ikinci müstecirin ancak bu kıymeti karşılayacak eşyasını hapsedebilir. Fakat ikinci müstecir kira bedelle-

rini muntazaman ödemişse, bu bedeller ilk mucire tesviye edilmemiş olsa bile mucirin hapis hakkı yoktur (J.d.T. 1934, II, 52).

3. İhtimal. Mucirin ilk kiracıdaki alacağı yine 1800 lira olsun. Fakat birinci müstecir teshin, tenvir, su masraflarını kendi üzerine alarak mecurun bir kısmını ayda 250 liraya kiralamış bulunsun. Eğer meselâ ikinci kiracının ilk kiracıya on aylık borcu varsa, mucirin hapis hakkı yine kendi kiracısından olan alacağı miktarına inhisar eder.

4. İhtimal. Mucir, 267 inci maddenin ikinci fıkrasıyla kendisine tanınan hâklardan faydalanmasını sağlamak için ikinci müstecirle birinci müstecir arasındaki aktin feshine mümanaat edemez. Meselâ kiracının, mecuru kısmen bir diğerine bir yıl müddetle kiraladığını farzedelim; bu suretle mucir, bir senelik kira bedeli üzerinden ikinci müstecirin eşyalarını hapsedebilecektir. Eğer birinci ve ikinci kiracılar bu akti altı ay içinde feshedelerlerse bu hal mucirin hapis hakkını altı aylık kira bedeline tenzil eder. İlk müstecirin iflâsı halinde de hüküm böyledir; masa idaresi, ikinci kiracılarla uyuşarak kiralaları feshedebilir, mucirin muhalefete hakkı yoktur.

131. B.K. nun 267 inci maddesinin üçüncü fıkrasında şu hüküm vardır: "Kiracının alacaklıları tarafından haczedilmesi caiz olmıyan eşya üzerinde mucirin hapis hakkı yoktur." Borçlunun ne gibi eşyaları haczolunamaz? Bunu İc. İf. K. nun 82 inci maddesi tâyin eder. Kiracının mecur dahilinde bulunan eşyalardan bazılarının haczi kabil olamayacağı yolundaki definden eyvelce feragati hükümsüzdür; fakat hapis hakkının istimalinden sonra bu haktan vazgeçebilir.

132. Mucir lehine tanınan hapis hakkının İc. İf. K. nunu ile alâkası yalnız bundan ibaret değildir. İşbu kanununun 270 inci maddesi mucibince kiralayan, hapis hakkının muhafazası için icra dairesinin yardımını isteyebilir. Aynı maddenin son fıkrası gereğince "icra dairesi üzerlerinde hapis hakkı bulunan eşyanın bir defterini yapar." Bu muamele bir himaye tedbirinden ibaret olup defterde kayıtlı bulunan eşyalar üzerinde mucirin hapis hakkı olduğunu kesin surette tesbit etmez. Çünkü bu hakkın şümulü ancak hâkimin hükmünden sonra anlaşılabilir. Ve çünkü hapis hakkı, defterin tanzim edilmiş olmasından değil; belki kiracının mecur dahiline eşya getirmiş bulunmasından doğar. İşbu hakkın şümulünü tayin, B.K. nun 267 ve 268 inci maddelerinde yazılı şartların tahakkuk etmesiyle mümkündür. Bilhassa hapis hakkının kullanıldığı zaman eşyanın mecur dahilinde bulunması lâzımdır. Şu halde mecurdan çıkarılmış olan eşyalar, icra dairesi tarafından tutulan defterde yazılmış

olsalar bile kira alacağını karşılayamaz (B.K. 269, f: 2). Görülüyor ki icra dairesince mecur dahilindeki eşyaların tesbit edilmiş olması bu eşyalar üzerinde mucire aynî bir hak temin etmez.

133. Hapis hakkının taallük ettiği eşya, üçüncü şahıslar tarafından haczolunabilir. Bu takdirde hapis hakkını kullanan mucire karşı, üçüncü şahısların istihkak davası açmaları lâzımdır (J.d.T. 1928, II, 75). Zira İc. İf. K. nun 270 inci maddesinin son fıkrasında şu hüküm vardır: "İcra dairesi üzerinde hapis hakkı bulunan eşyanın bir defterini yapar ve rehinleri paraya çevirme yoluyla takip talebinde bulunması için mucire 15 günü geçmemek üzere münasip bir mühlet verir". Bundan başka aynı kanunun 206 inci maddesinin ilk fıkrası, rehinli alacakların satış bedelin-den rüçhan hakları olduğunu tasrih etmektedir. Rehin terimi içine hapis hakkı da girdiği cihetle, mucir satış bedeli üzerinden rüçhanlı bir alacağı var demektir.

134. Hiç şüphe yok ki hapis hakkını kiracının mecur dahiline getirdiği bilûmum eşyalara şâmil kılmak doğru olmaz. Müstecirin malik olduğu veya malik olması farzedildiği eşyalar hapis hakkının şümulüne girebilir. Bu kaide B.K. nun 268 inci maddesinin ilk fıkrasında tebarüz ettirilmiştir. İşbu fıkraya nazaran "müstecire ait olmadığını, mucirin bildiği veya bilmesi iktiza ettiği eşya ile çalınmış veya zayi olmuş yahut başka suretle zilyetin elinden zaptolunmuş şeyler üzerindeki üçüncü şahsın hakları, mucirin hapis hakkına karşı dahi mahfuzdur". Bu hüküm M.K. nun 858, f: 2; 864, f: 3; 902 ve müteakip maddelerde kabul edilen esaslara uygundur. Şu halde mecurun tezyin, tefriş ve istimaline yarayan eşyaların mülkiyeti üçüncü şahıslara ait bulunsalar bile mucir, hüsnü niyet sahibi olmak şartıyla kiradan mütevellit alacağını bu eşyalar üzerinden istifa edebilir (J.d.T. 1917, I, 233). Ancak kaybedilen veya çalınan yahut sahibinin rızası olmaksızın elinden alınan mallar hakkında 902 ve müteakip maddelerin hükmü tatbik olunur. Demek ki kiracıya ariyet verilen veya kiralanan yahut emaneten bırakılan bir menkulün sahibi mucire ait hapis hakkından tabiatıyla zarar görür. Kiracı tarafından emniyetin suiistimal edilmiş olmasının sübutu, kendisini bu zararlardan kurtarmağa kâfi değildir. Kanun burada hiçbir müddetten bahsetmez. Fakat M.K. nun 902 inci maddesinin 5 senelik zamanasını bu meselede de nazara alınacaktır. Beş sene içinde istihkak dâvası açılmamışsa mucir hüsnüniyetli olmak şartıyla bu kabîl mallar üzerinde de hapis hakkını kullanabilir. Mucirin hüsnüniyeti eşyaların mecura sokulduğu zamanda aranır. Eşyanın akitten evvel, yahut aktin başlangıcında veya kiranın devamı sırasında mecura ithal edilmiş bulunması arasında bu

bakımdan bir fark yoktur. Esasen mucirin M.K. nun 688 inci maddesindeki mülkiyeti muhafaza şartını ihtiva eden sicilleri tetkik etmeğe mecbur tutulamaz. Muciri şüphelendirecek ciddi sebepler hudusunda, ancak mucir bu defterleri tetkik ile mükellef tutulabilir. Kaldı ki kiranın devamı sırasında mecura ithal edilen her eşyanın kiracıya ait olup olmadığının mucir tarafından fiilen tahkikine imkân yoktur. Bu itibarla mecura ithal edilecek eşyalar üzerinde mülkiyet hakkı bulunan kimsenin keyfiyetten muciri haberdar etmesi hüsnüniyet kaideleri icabındandır. Şu halde mucir ile mülkiyeti muhafaza etmiş ve fakat mucire ihbarda bulunmamış olan bâyi arasında bir ihtilâf hâdis olursa mucir lehine hükmetmek, nasafet kaidelerine hiç de aykırı düşmez. Esasen B. K. nun 256 inci maddesinin üçüncü fıkrası bu hal tarzının doğruluğunu teyit eden bir hükümdür. Ancak halin icaplarına göre mecura getirilen eşyanın kiracıya ait olmadığını biliyor veya bilmesi lâzım geliyorsa o takdirde mucir bu eşyalar üzerinde hapis hakkını kullanamaz, çünkü hüsnü niyet sahibi değildir. Meselâ hususî ikametgâhında halı, vazo gibi kıymetli antika parçalar tamir eden bir kimsenin evine tamir için getirdiği bir vazo kiracının malı sayılmaz.

135. Mecur dahilindeki eşyanın kiracıya ait olmadığına mucir kira müddeti zarfında muttali olursa o zaman nasafet kaideleri, mucir lehine bir fesih hakkının tanınmasını icabettirir. Filhakıka 268 inci maddenin 2. fıkrasında şu hüküm vardır: "Mucir, kiracı tarafından getirilen eşyanın ona ait olmadığını kiranın devamı esnasında öğrenip de en yakın vakit için aktin feshini ihbar etmez ise bu şeyler üzerindeki hapis hakkı sakıt olur." Demek ki mucir 262 inci maddede yazılı mehillere riayet şartıyla fesih ihbarında bulunabilecektir. Eğer bulunmazsa en yakın ihbar müddetinden sonra işleyecek kira taksitlerinden dolayı hapis hakkını kullanamaz. Çünkü bu takdirde mucir başkalarına ait mallar üzerindeki mükellefiyeti arttırmış olur ki buna cevaz yoktur (B.K. 144). Fakat eşyaların başkalarına ait olduğunu mucirin öğrenmesi, o başkalarının durumlarında da bir salâh vücuda getiremez. Bu sebepten işlemiş ve ihbarı müteakip işlemekte olan kira borçları için mucir hapis hakkını kullanabilir. Çünkü bu, hüsnü niyetinin kendisine temin ettiği bir haktır. Görülüyor ki mecur dahilindeki eşya sahiplerinin muciri haberdar etmeleri, zararlarının asgarî dereceye inmesini istilzam eder. Bu şahıslar muciri fesih ihbarında bulunmağa cebredemeyecekleri gibi aktin tecdit edilmesine de mâni olamazlar.

136. Şimdi 269 uncu maddeye geçebiliriz. Aslına nazaran madde şöyle okunmalıdır: "Mucir, haiz olduğu hapis hakkına dayanarak mecu-

ru terk veya mecurun tefrişine yarayan eşyaları nakletmek isteyen kiracıyı, kiraların teminine muktazî miktarda eşya bırakmağa salâhiyet-tar makam marifetiyle cebredebilir. Gizli olarak veya cebren nakledilen eşyalar, nakil tarihinden itibaren 10 gün içinde zabıta marifeti ile iade olunabilir". Maddenin aslındaki salâhiyetli makam tâbiri kanunumuzda sulh hâkimi şeklinde ifade edilmiş ise de İc. İf. K.nun 271 inci maddesinde işbu muamelenin icra marifetiyle yapılacağı tasrih olunmuştur. Şu halde mucirin sulh hâkimine değil icra dairesine müracaat etmesi lâzım gelir. Mecur dahilinde haczi caiz olan eşyalara taallük eden hapis hakkının normal neticeleri biri müsbet, diğeri menfi olmak üzere iki şekilde tecelli eder. Müsbet netice şudur: Kira bedeli ödenmediği takdirde mucir, icra dairesi marifetiyle hapis hakkına tâbi olan eşyanın bir defterini tanzim ettirir, ve rehinleri paraya çevirme yoluyla takip talebinde bulunur (M.K. 867 : İc. İf. K. 270, f : 3). Menfi neticeye gelince bu da kiracının mecuru tefriş ve tezyin eden eşyaları alıp götürmesine mümanaat edebilmesinden ve götürüldüğü takdirde İcra Kanunu hükümleri dairesinde tekrar mecûra iade ettirilebilmesinden ibarettir. Maddenin ilk fıkrası ile mucire tanınan hak, ancak kira borcu miktarına inhisar eder; kiracının icar bedellerini karşılayacak miktardan fazla olan eşyasını mecurdan çıkarmasına mümanaat olunamaz. Kezalik gizli veya cebren çıkartılan şeylerin iade müddeti için kanunun tâyin ettiği 10 gün, mucirin ıttılâından değil, eşyanın çıkarıldığı tarihten başlar. Hacz edilmiş eşyanın icra dairesince emin bir mahalde muhafazası, eşyanın gizli çıkarılmış olması mânasına gelmez; çünkü bu hal mucirin haklarını hiç bir suretle ihlâl etmez (J. d. T. 1923, 11, 8).