

KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİ

-(Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-

ALIENATION OF TENANCY CONTRACT

-An Assesment of Article 323 of the (New) Turkish Code of Obligations-

Seçkin TOPUZ*

Ferhat CANBOLAT**

Özet: Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinde, ‘kira ilişkisinin devri’ kenar başlığı altında yeni bir düzenleme getirilmiştir. Çalışmamızda kanunun ilgili maddesi dikkate alınmak suretiyle, kira ilişkisinin devrinin şartları, hukuki sonuçları, benzer kurumlarla karşılaştırılması ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kira, sözleşmenin devri, kira ilişkisinin devri, yeni Türk Borçlar Kanunu.

Abstract: A new regulation has been envisaged under the title “Alienation of Tenancy Contract” in Article 323 of the Turkish Code of Obligations. In this study, by considering the aforesaid provision, the conditions and legal consequences of alienation of tenancy contract has been set forth in comparison with similar transactions.

Keywords: Tenancy, alienation of contract, alienation of tenancy contract, the New Turkish Code of Obligations

I. GİRİŞ

818 Sayılı (eski) Borçlar Kanununda (eBK) kiraya ilişkin hükümlerin bulunduğu 248 vd. maddelerinde kira ilişkisinin devri hakkında her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte 1955 yılında kabul edilen ve özel kanun niteliğindeki 6570 Sayılı Gayrimen-

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yrd. Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece, kiracının kira sözleşmesini başkasına devredemeyeceği şeklinde bir düzenleme vardır.

11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen 6098 Sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanununda ise¹, 323 üncü maddede, “kira ilişkisinin devri” kenar başlığı altında, yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Çalışmamız kapsamında, kanunun 323 üncü maddesinin hukuki niteliği, bu kapsamda kira ilişkisinin devri ve benzer hukuki kurumlarla karşılaştırılması, kira ilişkisinin devrinin şartları ve hukuki sonuçları incelenmektedir.

II. KANUNDAKİ İLGİLİ DÜZENLEME

Türk Borçlar Kanununun “kira ilişkisinin devri” kenar başlığı altındaki 323 üncü maddesi hükmüne göre:

Kiracı, kirayaverenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kirayaveren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamaz.

Kirayaverenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kirayaverene karşı borçlarından kurtulur.

İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur.

Hükmün gerekçesine göre²: “Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi³ göz önünde tutulmuştur.”

¹ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 4 Şubat 2011 Cuma günlü Resmî Gazete’de yayınlanmıştır (bkz., Resmî Gazete Sayı : 27836). Türk Borçlar Kanununun 648 inci maddesine göre, bu kanun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Öte yandan 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 12 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiş ve 4 Şubat 2011 Cuma günlü Resmî Gazete’de yayınlanmıştır (bkz., Resmî Gazete Sayı : 27836). Bu kanun, 11 inci maddesi hükmüne göre 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

² Bkz., Tasarı, s. 260.

³ 1911 Tarihli İsviçre Borçlar Kanununda bulunmayan ve ancak 1989 tarihinde yapılan revizyon kapsamında kanunlaşan “Kiranın Üçüncü Kişiyne Devri” kenar başlığı altındaki 263 üncü maddesi hükmüne göre: İşyerini kiralayan kiracı, kira ilişkisini, kirayaverenin yazılı onayıyla bir üçüncü kişiyne devredebilir.

III. DÜZENLEMENİN UYGULAMA ALANI

Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesinde, açıkça ve sadece, işyeri kirasının kiracısından bahsedilmektedir. Dolayısıyla, kaynak kanun maddesinin uygulama alanı, işyeri kiralalarıyla sınırlıdır.⁴

Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesi ise, kanunda özel borç ilişkilerinin düzenlendiği *ikinci kısımda*, kiraya ilişkin hükümlerin bulunduğu *dördüncü bölümde*dir. Bu bakımdan söz konusu madde, kanunda düzenlenen diğer borç ilişkilerinin değil, sadece kira ilişkilerinin devrine uygulanır. Ayrıca söz konusu madde dördüncü bölümün genel hükümlerin düzenlendiği *birinci ayırım* altındadır. Bu sebeple madde hükmü, hem taşınır kiralalarında hem taşınmaz kiralalarında ve bu kapsamda konut ve işyeri kiralalarında uygulama alanı bulur. Bunun dışında söz konusu düzenleme, kiracı tarafının değişmesi niteliğindeki devirlere uygulanır. Kirayaverenin değişmesi sonucunu doğuran devirler, maddenin hükmü dışındadır. Son olarak, maddenin uygulama alanı, özel kanun hükümleriyle de sınırlıdır. Bu anlamda olmak üzere,

Kirayaveren, önemli sebeplerle onay vermekten kaçınabilir.

Kirayaveren onay verirse, üçüncü kişi kiracının yerine kira ilişkisinin tarafı olur. Kiracı kirayaverene karşı yükümlülüklerinden kurtulur. Kiracı, kira ilişkisinin kanuna veya sözleşmeye göre sona erdiği ya da sona erdirilebileceği zamana kadar ve ancak her halükarda en fazla iki yıl süre için üçüncü kişiyle birlikte kirayaverene karşı müteselsilen sorumlu olur.

(Kabul tarihi: 15 Aralık 1989. Yürürlük tarihi: 1 Temmuz 1990).

Görüldüğü üzere, İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi, dört fıkra olarak kaleme alınmışken, bu kanunun 1 inci ve 2 inci fıkraları Türk Borçlar Kanununun ilgili 323 üncü maddesinde tek bir fıkra altında birleştirilmiş ve toplam üç fıkra olarak düzenlenmiştir.

⁴ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 2; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 1; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 3. İsviçre hukukunda, kira ilişkisinin üçüncü kişiye devrine ilişkin olarak sadece işyeri kiralalarına ilişkin özel bir düzenlemenin yapılmasının arka planında, diğer kira konularından farklı olarak, yalnızca işyeri kiralalarında olan ve devreden kiracıya ait korunmaya değer maddi ve maddi olmayan malvarlığı değerlerinin, bir bütün olarak serbestçe devredilebilmesine imkân sağlanmak istenilmesi düşüncesi vardır. Öyle ki, devreden kiracıya ait olan müşteri çevresi ve stoktaki mallar gibi malvarlığı değerleri, işyeri kiralalarında söz konusu iken, örneğin konut kiralalarında bu tür korunmaya değer menfaatler bulunmamaktadır. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 2; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 2. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin uygulama alanı da sadece işyeri kiralalarının devriyle sınırlıdır. Konusu işyeri kiralaları dışında kalan kira sözleşmelerinde ise, kirayaveren, devredecek kiracı ve devralacak kiracı arasında, üçünün birlikte serbest iradeleriyle yapacağı bir sözleşmeye ihtiyaç vardır. Bkz., Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey, Nr. 3755 vd.; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 2.

örneğin kiracı sıfatına haiz olunan aile konutunun devrinin yapılabilmesi için, Türk Medeni Kanununun 194 üncü maddesinin 2 inci fıkrası gereğince, diğer eşin rızasına da ihtiyaç duyulur.

IV. DÜZENLEMENİN AMACI

Kira ilişkisinin kurulmasından sonra, ve fakat kira ilişkisinin sona ermesinden evvelki bir zamanda, kiracı kira ilişkisini sona erdirmek isteyebilir. Bu, değişik saiklerden kaynaklanabilir. Öyle ki örneğin kira konusu kendisi için küçük olabilir veya büyük olabilir, kirasını ödeme güçlüğü çekebilir veya oturduğu semti değiştirmek isteyebilir ya da – kira konusunu işyeri olarak kullanıyorsa- faaliyet alanını değiştirip bir başka yerde işlerini yürütmek isteyebilir vs.

Yukarıda durumlarda kiracının elinde, kira ilişkisini vaktinden evvel sona erdirmek için bazı imkanları vardır. Bu anlamda olmak üzere, kiracı kira ilişkisini kanunun 331 inci maddesine göre önemli sebeplerle sona erdirebilir. Ancak bu durumda kirayaverene karşı tazminat ödemekle karşı karşıya kalır (m. 331/f.2). Kaldı ki söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için, kira ilişkisinin devamının kiracı tarafından katlanamaz bir nitelik alması gerekir ki, her durumda bu yola başvurulamaz. Bu durumda kiracının elinde geriye kalan biricik hukuki imkan, tam bir tazminat ödemek suretiyle sözleşmeyi feshetmesidir, meğer ki kirayaveren haklarından feragat etmiş olsun.

Yukarıdaki ihtimalde kiracının maddi kayıpları kirayaverene ödemek zorunda kaldığı tazminatla da sınırlı değildir. Öyle ki özellikle işyeri kiralarda kiracının kira konusuna ilişkin olarak yapmış olduğu yatırımlar (örneğin müşteri çevresini genişletmek için yapılan reklam giderleri, bunun sonucunda edinilen müşteri çevresi, makine ve ekipman masrafları, tavan-zemin-vitrin düzenlemesi vs. için yapılan giderler), kiracının zararının daha da yüksek olmasına sebep olabilir. Tüm bu sayılan hallerde söz konusu zararların tamamen veya kısmen kirayaveren üzerinde bırakılması da adil değildir.

Yukarıdaki açıklamalarımız göstermektedir ki, kiracı kira sözleşmesini vaktinden evvel sona erdirmek isterse, bundan hem kendisinin hem de kirayaverenin zarar görmeyeceği hukuki bir çözüme ihtiyaç vardır. İşte bunun yolu, kira ilişkisinin devridir.

V. KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Borçlar Kanununa göre, kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer (m.323/f.1-ilk hüküm). Şu halde, öyle bir hukuki kurum olmalıdır ki, bununla sözleşmenin bir tarafı (kiracı) yerine bir başkası geçmiş olsun.

Borçlar hukuku sistemimizde bir borç ilişkisinde bir tarafın yerine bir başkasının geçmesi, halefiyet durumlarında söz konusu olur. Halefiyet, en genel anlamı ile bir borç ilişkisinde bir şahsın yerine bir başkasının geçmesidir.⁵

Türk-İsviçre borçlar hukukunda halefiyet, kanundan doğar.⁶ Türk Borçlar Kanunu, 205 inci maddesinde genel nitelikte yeni bir halefiyet kurumuna yer vermiştir ki o da sözleşmenin devridir.⁷ Sözleşmenin devri, doktrinde ve mahkeme içtihatlarında uzun zamandan beri tanınmaktadır.⁸

Kanunun 205 inci maddesine göre: “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır”.⁹ Bu tanımdan çıkan hu-

⁵ Kılıçoğlu, Halefiyet, s.3. Halefiyet, şahıslar arasında bir yer değiştirme şeklinde olursa, bir şahsi ikameden (persönliche-sübjektive surrogation) bahsedilir ki, bu açıdan halefiyet bir ikamedir ve ikamenin kişiler arasında olanıdır. Bkz., Kılıçoğlu, Halefiyet, s.12.

⁶ Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 5. Farklı görüşte olan Ayrancı'ya göre (bkz., § 3, II, B), halefiyet kanundan doğabileceği gibi sözleşmeden de doğabilir.

⁷ Bkz., Funke, s. 3; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Ayrancı, § 3, II, B. Kavram olarak doktrinde bazı yazarlar sözleşmenin devri (Vertragsübertragung) ifadesini kullanırken (örneğin Früh, bkz. s. 1 vd.), çoğunluktaki yazarlar ise bu ifade yerine sözleşmenin yüklenilmesi, Übernahmevertrag, Vertragsübernahme) deyimini tercih etmektedir. Bkz. örneğin, Alman hukukunda Funke, (bkz., s. 3); Wagner (bkz., Jus 1997, Heft 8, s. 692), Pöggeler (bkz., JA 1995, Heft 8/9, s. 641); Türk hukukunda Eren, (bkz., s. 1206), Ayrancı, (bkz., §1, I.). Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin ilgili 14.10.2004 tarih, 2004/9625 esas ve 2004/10945 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁸ Alman hukuku için bkz., Pieper, s. 191; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Kandelhard, NZM 2001, s. 697; BGH, MDR 1958, s. 90; BGH, DtZ 1996, s. 56. İsviçre hukuku için bkz., Früh, s. 1 vd., BGE 32 II 104; BGE 47 II 416. Türk hukuku için bkz., Ayrancı, §5; Eren, s. 1206.

⁹ Bu tanımlama, doktrinde yapılan tariflere uyumludur. Bkz., Funke, s. 3; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Mauer, BWNotZ 2005, s. 114.

kuki sonuç odur ki, sözleşmenin devredilmesiyle birlikte taraf değişikliği gerçekleşir; yani devreden sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı, bütün hak ve borçlarıyla birlikte sözleşmeyi devralana geçer.¹⁰ Sözleşmenin içeriği ise bu devirden etkilenmez.¹¹ Kira sözleşmesinin devrini düzenleyen 323 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının hukuki sonuçları da bundan başka değildir.¹² Şu halde, kira ilişkisinin devri (m.323), genel bir halefiyet kurumu olan sözleşmenin devrinin (m.205), özel nitelikte bir uygulamasıdır. Gerçi kanunun 323 üncü maddesinde 205 inci maddenin 1 inci fıkrasında verilen tanımdan farklı olarak, sözleşmede kalan tarafın (yani, kirayaverenin) devir sözleşmesine taraf olmasından değil, bunun yerine kira ilişkisinin devrine onay vermesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Ancak 205 inci maddenin 2 inci fıkrası, *“Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir”* denilmektedir. Bu bakımdan, 323 üncü maddeye göre kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermesi gerekliliği, kira sözleşmesinin devrinin kanunun 205 inci maddesi anlamında sözleşmenin devri olarak nitelendirilmesine engel değildir. Kaynak İsviçre hukuk doktrininde ve Federal Mahkemenin kararlarında da, kira ilişkisinin devri amacıyla yapılacak anlaşmanın, tipik olarak, sözleşmenin devri niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.¹³ Yargıtayın görüşü de bu doğrultudadır.¹⁴

¹⁰ Pieper, s. 210 vd.; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Mauer, BWNotZ 2005, s. 114; Kandelhard, NZM 2001, s. 697.

¹¹ Bkz., Pieper, s. 116 vd.; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 693; Kandelhard, NZM 2001, s. 697. Alman Federal Mahkemesinin kararı da bu doğrultudadır. Bkz., BGH BGHZ Band 95, s. 88= JZ 1985, 1093.

¹² Bkz., aşağıda VII. Kira İlişkisinin Devrinin Hukuki Sonuçları, A. Genel Olarak.

¹³ Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 4; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 5: BGE 129 III 18.

¹⁴ Öyle ki, Yargıtay’a göre *“... kira sözleşmesinde kiralayanın bu ilişkiden ayrıldığı ve kendisinin yerine davacıyı ikame ettiği, bu hukuksal olguya cevabi ihtarname ile davalının onay verdiği anlaşılmaktadır. O halde bütünlük içerisinde ve üç taraflı olarak kendine özgü bir şekilde ‘sözleşmenin yüklenildiği’ nin kabulü gerekecektir...”*. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin ilgili 14.10.2004 tarih, 2004/9625 esas ve 2004/10945 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr.

VI. KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİNİN ŞARTLARI

Kira ilişkisinin devrinin sözleşmenin devri olarak nitelendirilmesi karşısında, kira sözleşmesinin devrinin şartları, evleviyetle 323 üncü maddeye göre belirlenecektir. Ancak 323 üncü maddede bu konuda yeterli açıklık yoktur. Bu sebeple, genel olarak sözleşmenin devrini düzenleyen 205 inci maddesinin de dikkate alınması gerekir. Bundan dolayı kira ilişkisinin devrinin şartlarının tespiti bakımından kanunun 323 üncü maddesinin yanı sıra 205 inci maddesi de bir arada değerlendirilmelidir.

A. Mevcut Geçerli Bir Kira Sözleşmesinin Olması

Sözleşmenin devri için, her şeyden evvel devre konu bir sözleşme olmalıdır. Böyle bir sözleşme yoksa, sözleşmenin devrinden de bahsedilemez.¹⁵ Aynı şekilde kira ilişkisinin devri için de, mevcut bir kira sözleşmesinin olması gerekir.¹⁶

Aslında bu unsur, gerek kanunun 205 inci maddesinde gerekse 323 üncü maddesinde açık bir şekilde ifade edilmemektedir. Ancak sözleşmenin devri, sözleşmede kalan tarafın (yani kirayaverenin) ve devreden (yani kiracının) malvarlığına etkisi itibarıyla bir tasarruf işlemidir. Zira taraf değişikliğiyle kirayaveren ve devreden kiracı, o zamana kadar sahip olduğu hakları üzerinde tasarrufta bulunmaktadır.¹⁷ Ortada devre konu olan mevcut bir sözleşme (kira vs.) yoksa ve fakat ileride yapılması düşünülen müstakbel bir sözleşme için taraflar sözleşmenin devri konusunda anlaşmış olsalar, devir gerçekleşmez. Zira böyle bir anlaşmayla taraflar malvarlıklarında tasarruf etmiş olmazlar. Dolayısıyla hukuki anlamda bir devirden de bahsedilemez.¹⁸

B. Tarafların Kira İlişkisinin Devri Konusunda Anlaşmış Olması

Sözleşmenin devri, sözleşmede kalan tarafın, sözleşmeyi devreden tarafın ve sözleşmeyi devralan tarafın hukuki durumlarının değişmesine sebep olur. Bu sebeple tüm bu kişilerin devir konusun-

¹⁵ Früh, s. 96; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Ayrancı, § 5, III.

¹⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 19; Gümüş, s. 227.

¹⁷ Sözleşmenin devrinin tasarruf işlemi olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Früh, s. 8-13; Ayrancı, § 3, III, B.

¹⁸ Bkz., Früh, s. 98; Ayrancı, § 5, III.

da anlaşması gerekir (m.205/f.1).¹⁹ Bu bağlamda kira sözleşmesinin devri için de kirayaveren, kiracı ve kira konusunu devralmak isteyen üçüncü kişi aralarında anlaşmaya varmalıdır.²⁰ Bunun genel olarak iki yolu vardır.²¹

1. Üç Taraflı Anlaşmayla Kira İlişkisinin Devri

Sözleşmenin devrinin bir yolu, sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devretmek isteyen ve sözleşmeyi devralacak üçüncü kişinin bir araya gelip, üç taraflı bir hukuki işlem olarak devir sözleşmesi (Übertragungsvertrag) yapmalarıdır.²² Bununla kiracı kira ilişkisini devretmeyi, üçüncü kişi de kira ilişkisini devralmayı, kirayaveren de kira ilişkisinin kiracıdan üçüncü kişiye devredilmesini kabul eder.²³ Bu içerikte yapılan sözleşmede tarafların teknik olarak devir tabirini kullanmaları gerekli değildir.²⁴

2. Kiracı ve Üçüncü Kişi Tarafından Yapılan Anlaşmaya Kirayaverenin Onay Vermesi

Genel Olarak

Sözleşmenin devrinin bir diğer yolu, devretmek isteyen ile sözleşmeyi devralmak isteyen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye, sözleşmede kalan tarafın onay vermesidir.²⁵

¹⁹ Bkz., Früh, s. 100; Ayrancı, özellikle §5; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Mauer, BWNotZ 2005, s. 116; BGH, DtZ 1996, 56, 18.10.1995, WM 1996, s.128.

²⁰ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 4; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 7.

²¹ Bkz., Ayrancı, § 7, I. Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Mauer, BWNotZ 2005, s. 116.

²² Alman hukukunda Oertmann (bkz., Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, 1928, § 398, Vorbem.7: Funke, s. 28 den naklen), sözleşmenin devrinin tek bir hukuki işlemle yapılabileceği görüşündedir ki, bu yol, sonraları doktrinde de genel olarak kabul görmüştür. Bkz., Früh, s. 102; Pieper, s. 191 vd Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Kandelhard, NZM 2001, s. 697; Ayrancı, § 7, I. Funke ise (Bkz., 28 vd), sözleşmenin devrinin tek bir işlemle değil, alacağın temliki ve borçların üstlenmesi yoluyla geçebileceğini savunmaktadır..

²³ Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 8; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 50; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 8.

²⁴ Bkz., Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; BGH, DtZ 1996, 56, 18.10.1995, WM 1996, s.128.

²⁵ Bkz., Früh, s. 102; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Ayrancı, § 7, I.

Bu usulde bir yanda kiracı ile üçüncü kişi kira ilişkisinin devrine ilişkin bir sözleşme yaparlar. Ancak bu sözleşme kirayavereni bağlamaz. Zira devrin hukuki sonucu, kirayaverenin kiracısına karşı sahip olduğu haklarını, yerine bir başkası geçmiş olsa bile, kaybetmesidir ki (m.323/f.2-ikinci hüküm), hiç kimse tarafı olmadığı ya da kabul etmediği bir sözleşmeden dolayı haklarından vazgeçmiş olmaz.²⁶

Devretmek isteyenle devralmak isteyen arasında yapılan devir sözleşmesi, sözleşmede kalanın onayına kadar, askıda geçersizdir.²⁷ Ne zaman ki sözleşmede kalan onay verir, askı durumu ortadan kalkar ve devir sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurur.²⁸ Bu husus kanunda: *“Kiracı, kirayaverenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez”* şeklinde ifade edilmektedir (m.323/f.1).

Sözleşmenin devri konusunda, gerek üç taraflı bir sözleşme yapılmış olsun gerekse iki tarafın yapmış olduğu sözleşmenin onaylanması yolu tercih edilsin, ki her iki yolda da amaç, sözleşmede kalan tarafın korunmasıdır ki, bu da sözleşmenin üçüncü kişiye devrini onun (sözleşmede kalanın) kabul etmesini gerektirir.²⁹ Bu bakımdan her iki yol arasında neticede bir fark yoktur.³⁰ Bu konuda Türk Borçlar Kanunun 205 inci maddesinin ifade tarzı birinci yola uygun iken, 323 üncü maddesinin metni ikinci yola uygundur.³¹

b. Onayın Talep Edilmesi, Verilme Zamanı, Geri Alınması ve Şekli

Kirayaverenin kira ilişkisine onay vermesi, ancak kendisinden bir

²⁶ Pieper, s. 193; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 644.

²⁷ Bkz., Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692.

²⁸ Bkz., Ayrancı, özellikle §7, I.; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 20; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3. İsviçre hukukunda Früh (bkz., s. 103), devir sözleşmesinin iki ayrı anlaşmadan (Verabredung) mürekkep tek bir hukuki işlem olduğu görüşündedir. Ona göre, bir yanda sözleşmeyi devretmek isteyen ile üçüncü kişi arasında yapılan anlaşma varken; diğer yanda ise sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devralan arasındaki anlaşma vardır. Sözleşmenin devri, ancak bu ikinci anlaşmayla gerçekleşir.

²⁹ Früh, s. 102; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Ayrancı, § 7, I.

³⁰ Bkz., Früh, s. 98; Ayrancı, § 7, I; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643; Alman Federal Mahkemesi, her iki yolun da hukuken geçerli olduğu görüşündedir. Bkz., BGH BGHZ Band 95, s. 88, 93; BGHZ Band 96, s. 302, 308.

³¹ Alman hukukunda noter uygulaması da daha ziyade ikinci yola göre yapılmaktadır. Bkz., Mauer, BWNotZ 2005, s. 116.

talep vukuunda söz konusu olabilir. Onayı talep edecek olan ise, kural olarak kiracıdır.³²

Kanunda (m. 323/f.1; Art. 263 Abs.1), onayın hangi süre içerisinde kiracıya bildirileceği düzenlenmemiştir. Doktrinde kabul edildiği üzere³³, bu konuda genel ilkelerden hareket edilmesi gerekir. Buna göre, dürüst ve makul bir sözleşme tarafı somut olayın tüm şartları, özellikle kiracının davranışları, devir sözleşmesinin şartları ve kirayaverenin iş tecrübesi, devir sözleşmesinin içeriğinin belirli olup olmaması gibi durumlar dikkate alındığında, hangi süre içerisinde bu talebe cevap verilmesi gerekiyorsa, kirayaverenin de bu süre içerisinde cevap vermesi kendisinden beklenilmelidir. Kirayaveren bu süre içerisinde sessiz kalırsa, kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınmış olduğu kabul edilmelidir.

Onay, kira ilişkisinin devrinin taahhüdünden evvel ileriye etkili olmak üzere *izin* veya devrin taahhüdünden sonra geçmişe etkili olarak *icazet* şeklinde verilebilir.³⁴ Bununla birlikte verilen onay, tıpkı kabulün geri alınması gibi³⁵, Türk Borçlar Kanununun 10 uncu maddesindeki şartlar altında geri alınabilir.³⁶

Onayın şekline gelince, burası biraz daha ayrıntılı açıklamaya muhtaçtır. Şöyle ki;

Türk Borçlar Kanunumuz bir yandan şekil serbestisi ilkesini getirirken öbür yandan da kanundan doğan veya sözleşmeyle öngörü-

³² HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3. ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 23. Onaya ilişkin talep, her hangi bir şekle tabi değildir. Bununla birlikte onayın talep edildiğini ispat külfeti Türk Medenî Kanunun 6 ncı maddesi gereğince, kiracıya aittir. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 21.

³³ Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 27; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a.

³⁴ Früh, s. 103; Funke, s. 13; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 25; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 645. Evvelden verilen bir izin, şayet sözleşmeyi devralacak kişi belli değilse, kirayaverenin aslında istemeyeceği bir kişiyle sözleşme yapma riskini beraberinde getirir. Bunun önünün alınması için, izin, devredilecek kişinin şahsına veya başka maddi durumlara ilişkin belli kriterlerin varlığına bağlı olacak şekilde sınırlandırılabilir. Bkz., Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 695; Mauer, BWNotZ 2005, s. 116.

³⁵ Genel olarak "geri alma" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Demir, özellikle § 12, s. 213 vd.

³⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 21, 25; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 695.

len şekil zorunluluğunun olabileceğine işaret etmektedir (m.12/f.1 ve m. 17/f.1).

Şekil serbestisi kuralı, esas itibariyle sözleşmenin devri için de geçerlidir.³⁷ Bu konuda iki taraflı bir sözleşmeyle üç taraflı sözleşme arasında bir fark yoktur. Ancak kanunun 205 inci maddesi buna bir sınırlama getirmektedir. Öyle ki kanun, sözleşmenin devrinin geçerliliğini, devredilen sözleşmenin şekline tabi kılmaktadır (m. 205/f.3). Bu bakımdan, devredilen sözleşme için öngörülen kanundan doğan veya sözleşmeyle getirilmiş olan bir şekil zorunluluğu varsa, devir sözleşmesinin de aynı şekilde yapılması gerekir.³⁸ Tüm bunların dışında, yani asıl sözleşmenin geçerliliği her hangi bir şekil kuralına tabi olmasa bile, taraflar, sözleşmenin devrini belli şekil şartlarına bağlayabilirler ki (m.17/f.1), sözleşmenin devri buna uygun yapılmazsa geçerli olmaz.

Kanun, kira sözleşmesinin devrinde ise, şekil serbestisi kuralını daha da sınırlandırmaktadır. Öyle ki kanunda, kira ilişkisinin devri, kirayaverenin yazılı onayına bağlanmaktadır (m.323/f.1).³⁹

Kanunun 205 inci ve 323 üncü maddesinin birlikte değerlendirilmesinden şu sonuç çıkmaktadır. Kira ilişkisinin devrinde, asıl kira sözleşmesi hangi şekilde yapılmış ise, kira ilişkisinin devri de aynı şekilde yapılmalıdır (m.205/f.1). Gerçi kira sözleşmesinin geçerliliği kanunî bir şekle tabi değildir. Bununla birlikte iradi bir şekil, örneğin mevsuf veya adi yazılı şekil öngörülmüşse, kira ilişkisinin devri de yine bu şekilde olmalıdır. Aksi durumda, yapılan sözleşme tarafları bağlamaz (m. 17/f.1 ve m. 205/f.3). Öte yandan kira sözleşmesi için taraflarca öngörülen herhangi bir şekil olmasa bile, kanuna göre kira ilişkisinin devri için kirayaverenin onayının yazılı olması gerekmektedir (m.323/f.1).

³⁷ Bkz., Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 645; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 693.

³⁸ Alman hukukunda da sözleşmenin devrinin şekli konusunda hakim görüş (Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 693; Mauer, BWNotZ 2005, s. 117), BGH nin kira sözleşmesinin devrine ilişkin bir kararına (bkz., BGHZ Band 72, s. 394) dayanmaktadır ki, bu karara göre, sözleşmenin devri, asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle tabidir. Bu hüküm, sözleşmenin devrinin halefiyet niteliğinde olmasına bağlanmaktadır. Bkz., Mauer, BWNotZ 2005, s. 118.

³⁹ Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesi ise, kira ilişkisinin devrine ilişkin her hangi bir şekil şartı öngörmemektedir.

Kanunda kirayaverenin onayının yazılı olması gerekliliğine işaret edilmesi, bir başka hukuki sorunu ortaya çıkılmaktadır. Onayın yazılı olması, acaba geçerlilik şekli midir yoksa bir ispat şartı mıdır? Konu, kaynak İsviçre hukukunda da tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş⁴⁰, onayın yazılı yapılmasının ispat şartı olduğunu iddia etmektedir. Buna göre, kanunda yazılı onay zorunluluğunun getirilmesinin sebebi, sadece kanıtların belirlenmesinden kaynaklanmaktadır. Bir başka görüşe göre ise⁴¹, onayın yazılı verilmesi kira sözleşmesinin devrinin geçerlilik şartıdır.⁴²

Kanaatimize göre, onayın yazılı olması geçerlilik şartıdır. Zira bu düzenleme emredici niteliktedir.⁴³ Taraflar, sözleşmenin şekil kuralını hafifletemeyeceklerdir.⁴⁴ Aksi halde öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan devir, hüküm ve sonuç doğurmayacaktır (m.12/f.2). Şekil kuralının getirilmiş olması, özellikle devralan kiracının kirayaverenle yaşayacağı olası uyuşmazlıklarda fuzuli işgal sebebiyle tahliye rizikosunu yaşamasının da baştan önünü almış olur.

c. Kirayaverenin Onay Vermekten Kaçınması

Sözleşmede kalan taraf, sözleşmenin devrine onay vermek zorunda değildir; hiçbir gerekçe göstermeksizin dahi onay vermekten kaçınabilir. Zira sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de içerir ki, bunun için objektif bir değerlendirme yapılamaz, onun kararı sorgulanamaz.⁴⁵ Ancak kanunun 323 üncü maddesi, işyeri kiralari bakımından bu konuda bir istisna getirmektedir. Öyle ki madde hükmüne göre, kirayaveren, işyeri kiralalarında haklı sebep ol-

⁴⁰ BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr.3; Gümüş, s. 227.

⁴¹ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 25.

⁴² Alman hukukunda genel olarak sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan tarafın onayı, şayet asıl sözleşme şekle tabi ise, sözleşmede kalan tarafın onayının da öngörülen şekle tabi olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz., Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 694.

⁴³ Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 4. Buna karşın Heinrich ise, Art. 263/f.1,II OR hükmünün kiracı lehine nispi emredici nitelikte olduğunu görüşündedir. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 1.

⁴⁴ Bkz., Altaş, s. 70 vd. Ancak, mevsuf yazılı şekle gerek yoktur, adi yazılı şekil yeterlidir. Bkz. HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr.5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 25; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5.

⁴⁵ Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 645.

madıkça onay vermekten kaçınmaz (m.323/f.1-Son).⁴⁶ Şu halde, kira sözleşmelerinde kirayaverenin, kural olarak, kira ilişkisinin devrine onay verme zorunluluğu yoktur; ancak işyeri kiralarında, kanunun 323 üncü maddesi gereğince, onay vermekten sadece haklı sebeplerin bulunması halinde kaçınabilir.⁴⁷

i. İşyeri Kiralarında Kirayaverenin Onay Vermekten Haklı Sebeplerle Kaçınması

İşyeri kiralari bakımından kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınmasını haklı kılan sebepler, objektif veya sadece sübjektif nitelikte olabilir.⁴⁸ Haklı sebebin varlığının takdirinde, Türk Medenî Kanunun 2 inci maddesinin 1 inci fıkrası hükmündeki dürüstlük ilkesi ölçü alınır. Bu ölçünün ışığı altında kirayaverenin onay vermesinin kendisinden beklenilip beklenilemeyeceği değerlendirilir.

⁴⁶ Oysa Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesi bu kanuna tabi taşınmazlar bakımından konut ve işyeri kirası ayrımı yapmaksızın kira ilişkilerinin devrini sözleşmede bunun açıkça kararlaştırılmış olması kaydına bağlamaktadır ki, bu durumda şayet kirayaveren kabul etmezse, hiçbir haklı gerekçe göstermese bile, hem konut kiralarında hem de işyeri kiralarında kira ilişkisinin devrini kabul etmekten kaçınması hakkının olması anlamına gelmektedir. Öte yandan sadece Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kira sözleşmelerinde ise, kira ilişkisinin devri bu kanunda düzenlenmemiş olduğu için, kira ilişkisinin devri için kirayaveren ile kiracı arasında bir sözleşmenin yapılmasını gerektirecektir ki, kirayaveren burada da şayet istemezse, irade özerkliği ilkesi gereğince, haklı sebep olsun olmasın kira ilişkisinin devrini kabul etmek zorunda değildir.

⁴⁷ Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinin ilk fıkrasının yorumundan ortaya çıkan bu sonuç, esas itibariyle kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesine de paraleldir. Gerçi, yukarıda ifade edildiği üzere, Kanunun 323 üncü maddesi, kural olarak tüm kira sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulurken; kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi, sadece işyeri kiralarına ilişkindir. Ancak, bu durum, kira ilişkisinin konusu işyeri kiralari dışındaki kira sözleşmelerinin devri bakımından her iki hukuk sistemi arasında neticede bir fark yaratmamaktadır. Çünkü her ne kadar kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi sadece işyeri kiralarına ilişkin olsa da, işyeri kiralari dışındaki diğer kira ilişkilerinin devredilebilmesi için de en nihayetinde böyle bir sözleşmeye kirayaverenin katılması gerekmektedir. İrade özerkliği ilkesi gereğince ise, hiç kimse kirayavereni böyle bir sözleşme yapmaya zorlayamayacağı için, işyeri kiralari dışında da kirayaveren onay vermezse, tıpkı Kanunun 323 üncü maddesinde olduğu gibi, kiracı kira ilişkisini devredemeyecektir. Dolayısıyla her iki hukuk sisteminde de, işyeri kiralari dışındaki kiralari bakımından kirayaveren, sınırsız bir şekilde kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınma hakkına sahiptir. İşyeri kiralari bakımından ise, kural, kirayaverenin kira ilişkisine onay vermesidir; istisna ise, haklı sebeplerle bu onayı vermekten kaçınabilmesidir. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 29

⁴⁸ SVIT-Kommentar, Art.263 OR, Nr. 20; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 29.

Beklenilmezliğin denetimi, kirayaverenin kira ilişkisinin devrinden bir yarar sağlayıp sağlamadığı sorusunun cevabıyla sınırlı değildir.⁴⁹ Haklı sebeplere ilişkin olay grupları arasında aşağıdaki durumlar sayılabilir.⁵⁰

1. Kira ilişkisinin devri durumunda kira konusunu devralacak üçüncü kişinin, kira konusunu kirayaveren ile kiracı arasında yapılan sözleşmeye uygun kullanmayacağı ve bu anlamda kira konusunun yapısını değiştireceğinin;⁵¹ veya kira konusunun kullanım tarzını değiştireceğinin öngörülmesi karşısında kirayaverenden kira ilişkisinin devrine onay vermesi haklı olarak beklenilemez. Ancak bu sebeple kirayaverenin kira ilişkisinin devrinden kaçınabilmesi için, kira ilişkisini devralacak olanın kullanım tarzını esaslı surette değiştirecek olması gerekir.⁵²
2. Kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermesinin beklene-meyeceği bir başka durum, kiracının vermiş olduğu veya sahip olduğu ekonomik güvencelerinin üçüncü kişide olmamasıdır.
3. Bir başka haklı sebep, kira konusunun sözleşmeye göre kullanılması için gerekli olan bilgi, tecrübe ve becerinin üçüncü kişinin şahsında bulunmamasıdır.⁵³
4. Kira sözleşmesi kiracının şahsı göz önünde bulundurularak yapılmış ise ve bu anlamda olmak üzere, kiracının iş hayatındaki saygınlığı sebebiyle kira sözleşmesi yapılmış ise ya da kiracıyla olan dostane ilişkileri sebebiyle sözleşmeye kiracıya daha fazla hak sağlayan özel şartlar konulmuş olması durumunda, kirayaverenden kira ilişkisini üçüncü kişiye devretmesi yine kendisinden beklenilemez.

⁴⁹ BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 29.

⁵⁰ Bu olay grupları, *Higi* tarafından ayrıntılı olarak açıklanmaktadır ki, biz de konunun anlaşılabilirliği açısından oradan aynen almayı uygun buluyoruz. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 31-39. Bu konudaki benzer ve diğer örnekler için bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 5; SVIT-Kommentar, Art.263 OR, Nr. 14, 18.

⁵¹ Bkz., BGE 4P.107/2003 E 2. 2.

⁵² Örneğin kirayaveren ile kiracı arasında yapılan sözleşmeye göre kiralanan işyerinin market olarak kullanılırken kira ilişkisinin devri halinde yeni kiracı tarafından atölye olarak kullanılacağının öngörülmesi gibi.

⁵³ Örneğin, kira ilişkisini devralacak üçüncü kişinin daha evvel benzer bir işletmenin faaliyetlerinde kötü bir ün sahibi olmuş veya iflâs etmesi gibi.

5. Kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmenin, kira ilişkisinin devri amacı dışında kiracının kira konusunu kullanım amacını devir amacını aşan maddi ve maddi olmayan yararlar sağlamak için yapılmışsa, aynı şekilde kirayaverenden kira ilişkisinin devrine onay vermesi kendisinden haklı olarak beklenilemez.⁵⁴
6. Kira ilişkisinin devrine onay vermesinin kirayaverenden beklene-meyeceği diğer bazı durumlar ise, bizzat kirayaverenin şahsından veya hukuki durumundan kaynaklanan haklı sebepler olabilir.⁵⁵

Tüm bu durumlar, kirayaverenden kira ilişkisinin devrine onay vermesi beklenilemeyecek nitelikteki olaylardır. Bunların dışında, değerlendirilmesi gereken bir başka konu ise, kiracının üçüncü kişiyle yapmış olduğu veya yapacağı sözleşme hakkında kirayavereni bilgilendirmemiş olmasının, işyeri kiralarda kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınmasını haklı kılan bir sebep olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.⁵⁶

Kanaatimize göre bu sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için her şeyden evvel üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracının kirayaverene bilgi verme ve onu bu konuda aydınlatma yükümlülüğü olup olmadığının ortaya konulması gerekir.

Bilgi verme, belirli bir durumun varlığını objektif olarak tespit edip bildirmektedir.⁵⁷ Bilgi vermenin bir yükümlülük olması ise, sözleşmeden veya kanundan ya da dürüstlük ilkesinin uygulama alanlarından

⁵⁴ Örneğin kiracı, işyerinin devri durumunda elde edeceği menfaatlerin dışında, sırf hava parası karşılığında kira konusunu devretmek istemesi gibi veya kiracı tarafından yapılan ve ancak tazmin etmek zorunluluğu olmayan iyileştirmelerin sırf kirayaverenin yararlanmaması için bu iyileştirmeleri eski haline getirecek bir üçüncü kişiye kira konusunun devredilmek istenmesi gibi.

⁵⁵ Örneğin bir tekstil ürünlerinin satılması amacıyla kiralanan bir butikte kira ilişkisini devralacak üçüncü kişinin kürk ürünleri satmak istemesi ve kirayaverenin de etik sebeplerle veya itibarının zarar göreceği gerekçesiyle kürk ürünlerinin satılmasını istememesi gibi. Ya da kirayaveren kira konusunun maliki olmayıp kendisi de kiracıdır ve onun da kira ilişkisini devredebilmesi için ilk kirayaveren ya da malik olan kirayaverenin onayına ihtiyaç duyması gibi.

⁵⁶ Konusu işyeri dışında olan kira sözleşmelerinde irade özerkliği ilkesi gereğince kirayaverenin sınırsız bir şekilde kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınmak hakkı olduğu için, işyeri dışındaki kira sözleşmelerinde bu sorun gündeme gelmeyecektir.

⁵⁷ Bkz., Kırca, s. 4 ve dn. 7'deki atıflar.

kaynaklanır.⁵⁸ Buradan hareketle, kiracının üçüncü kişiyle yapmış olduğu sözleşme hakkında kirayaverene bilgi verme yükümlülüğü olup olmadığı tespit edilebilir. Öyle ki, taraflar kira sözleşmesi yapıldığı sırada kira ilişkisinin devredilmesi gündeme gelirse kiracının bu sözleşme hakkında kirayaverene bilgi verip vermesi gerektiği konusunda sözleşmeye açık bir hüküm koymuş olabilirler. Bu durumda bilgi verme yükümlülüğünün kaynağı, doğrudan sözleşmedir. Taraflar bu konuda sözleşmede her hangi bir düzenleme yapmamışlar ise, bir sözleşme boşluğu gündeme gelecektir.⁵⁹

Sözleşme boşluğu, hâkim görüşe göre⁶⁰, uyuşmazlık durumunda Türk Medenî Kanunun 1 inci maddesine göre hâkim tarafından tamamlanır.⁶¹ Buna göre, her şeyden evvel kanunda somut olaya uygulanacak nitelikte bir hükmün olup olmadığı denetlenmelidir. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinde, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracının kirayaverene bilgi vermek yükümlülüğü getirilmemiştir. Gerçi, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinde de bu konuda bilgi verme yükümlülüğü öngörülmemiştir; ancak İsviçre Borçlar Kanununa göre, kiracı alt kira sözleşmesinin şartlarını kirayaverene bildirmezse, kirayaveren de alt kira sözleşmesine onay vermekten kaçınabilecektir (Art. 262/ Abs.2 OR). Doktrinde söz konusu hükmün kira ilişkisinin devrine kıyasen uygulanması suretiyle, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracının kirayaverene bildirmemesi halinde kirayaverenin de kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabileceği kabul edilmektedir.⁶² Ancak söz konusu İsviçre Borçlar Kanununun 262 inci maddesinin 2 inci fıkrası, buna karşılık gelen Türk Borçlar Kanununun 322 inci mad-

⁵⁸ Bkz., Eren, s. 35 vd.

⁵⁹ Sözleşme boşluğu, geçerli bir sözleşmede tarafların, düzenlemeleri gerekli olan bazı konuları ya ileride anlaşıacakları düşüncesiyle veya plana aykırı olarak düzenlemeyip eksik bırakmış olmaları anlamındadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., BernerKomm-Merz, Art. 2 ZGB, Nr. 131 vd., 133; ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 486; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 213, 215. İsviçre Federal Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı: BGE 107 II 144 (149); 115 II 484 (487); Oğuzman/ Öz, s. 153 vd; Eren, s. 431 vd.; Topuz, s. 145 vd.

⁶⁰ Bkz., ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 503 vd., 529; Oğuzman/ Öz, s. 153 vd.; Kırcı, s. 90; Eren, s. 433 vd., 441; Topuz, s. 278 vd.

⁶¹ Azınlık görüşü ve bu görüşü savunan yazarlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Topuz, s. 280 vd.

⁶² Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 22, 40.

desine alınmamıştır. Bu bakımdan, kirayaverenin onaydan kaçınması, kanunun 323 üncü maddesinin 1 inci fıkrası gereğince, sadece önemli sebeplerle olabilecektir. Bu durumda kiracının kirayaverene üçüncü kişiyle yapmış olduğu ya da yapacağı sözleşmenin şartları hakkında bilgi vermemiş olmasının, önemli sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu hala belirsiz kalmaktadır. Bu durumda hâkim, Türk Medenî Kanunun 1 inci maddesinin 2 inci fıkrası hükmü gereğince, örf ve adet hukukuna göre hareket edilmelidir. Ancak genel olarak borçlar hukukunda örf ve adet hukukunun uygulanma imkânı son derece sınırlı olduğu gibi, özel olarak kira ilişkisinin devri hakkında örf ve adet hukukunun varlığından bahsetme imkânı yoktur. Dolayısıyla hâkimin, son olarak hukuk yaratmak suretiyle üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracının kirayaverene bilgi verme yükümlülüğünün olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Bu aşamada ise, buradaki boşluk, güven teorisinden hareketle dürüstlük ilkesi dikkate alınarak tamamlanmalıdır.

Sözleşme boşluğu dürüstlük ilkesinin ışığı altında tamamlanırken her şeyden evvel sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna göre -yani, tarafların varsayımına dayalı iradeleri temel alınarak- yapılır.⁶³ Yani, dürüst ve makul sözleşme tarafları, sözleşmenin kurulduğu sırada açık kalan noktaları bizatihi düşünmüş olsalardı "*neyi isteyecekleri*" ve buna bağlı olarak da "*neyi kararlaştıracaklar ise*", ona göre sözleşme tamamlanır.⁶⁴ Ancak, sözleşmede tarafların varsayımına dayalı iradeleri de tespit edilemiyorsa, bu durumda, hâkim, doğrudan hukuk yaratmak suretiyle boşluklu olan sözleşmeyi tamamlamalıdır. Bu aşamada dürüst ve makul sözleşme tarafları değil, aynı iş çevresindeki dürüst ve makul

⁶³ Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey, Nr. 1261; Oğuzman/ Öz, s. 153; Eren, s. 434 vd.; Topuz, s. 279.

⁶⁴ Bu formülasyon konusunda doktrinde ve mahkeme kararlarında esas itibariyle her hangi bir farklılık yoktur. Bkz., ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 498; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 238 vd.; Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey, Nr. 1257, 1260; Oğuzman/ Öz, s. 154; Eren, s. 434; Topuz, s. 279; BGE 107 II 144 (149) (Ergänzung des Vertrages durch den Richter); 108 II 112 (114); "... Karar verilirken sözleşmeye yönelik ve bağlantılı değerlendirme yapılmalı, özellikle tarafların farazi iradeleri yani taraflar sözleşmede açık kalmış hukuki meseleyi sözleşmenin inikadı sırasında düzenlemiş olsalardı doğru ve makul düşünen taraflar olarak neyi kararlaştırmış olabileceklerinin tespitine önem verilmelidir. ... ". Bkz., Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425.

kişilerin bakış açısı esas alınır.⁶⁵ Bu bakış açısı ışığında, *kira sözleşmesi yapılırken kira ilişkisinin devri durumunda kiracının kirayavereni üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında bilgilendirmekle yükümlü olacağını sözleşme- de kararlaştırılması gerekirdi* denilebiliyorsa, kiracının bu konuda bilgi verme yükümlülüğünün olduğunu kabul etmek gerekir. Kanaatimize göre, bu konuda kiracının kirayavereni bilgilendirme yükümünün olduğunu, kural olarak, kabul etmek gerekir. Çünkü ileride kira ilişkisinin devredilmesi gerekirse, kiracının kira ilişkisinin devretmek istediği üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında bilgi edinmek istemesi, dürüst ve makul bir kirayaveren olmanın doğal bir sonucudur. Öyle ki, hiçbir dürüst ve makul bir kirayaveren, hiçbir şekilde bilgi sahibi olmayacağı üçüncü bir kişiye kira ilişkisinin devredilmesini ve böylelikle onunla birlikte kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesini istemez. Esasında işyeri kiralarda haklı sebeplerle kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabilmesi, kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan kiranın sözleşmenin içeriği hakkında kirayaverenin bilgi sahibi olmasıyla mümkün olabilir. Bu bakımdan, işyeri kiralarda kiracının üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kirayaverene bilgi verme yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir.⁶⁶

Kiracının, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kirayaverene bilgi verme yükümlülüğünün olması, kirayaverenin de kiracıdan söz konusu sözleşme hakkında bilgi talep etme hakkının olması anlamına gelir. Bu kapsamda kirayaveren, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracıdan hem sözleşmenin içeriği hem de üçüncü kişi hakkında, gerek onun şahsı gerekse finanssal durumu hakkında bilgi talep edebilir.⁶⁷ Kirayaverenin kiracının kendisine ait olan ve hatta üçüncü kişi hakkındaki kimlik bilgilerini, ticaret sicili kayıtlarını, bîlânçosu ve malvarlığı bilgilerini istemesi, bu kapsamda kabul edilmelidir. Ancak, kiracının bilgi verme yükümlülüğü, sadece üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeye ilişkin

⁶⁵ Sözleşme boşluğunun doldurulmasında hukuk kurumları arasındaki hiyerarşide en son olarak hâkimin doğrudan yarattığı hukuk kurallarına başvurulması gerektiği konusunda bkz., ZürcherKomm-Jäggi/ Gauch, Art. 18 OR, Nr. 526 vd.; BernerKomm-Kramer, Art. 18 OR, Nr. 227 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 154; Topuz, s. 280.

⁶⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 22. Bilginin verilmesi, sadece kiracı tarafından yerine getirilebilecek bir yükümlülüktür. Bu yüzden kirayaveren, yargı yoluyla gerekli bilgileri verilmesini sağlayamaz. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 40.

⁶⁷ Bkz., Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 644.

konularla sınırlıdır; yoksa, kiracının üçüncü kişiyle ilişkileri kapsamında bu sözleşmeyle hiçbir şekilde ilgili olmayan konularla ilgili değildir.⁶⁸

Tüm bu değerlendirmeler ışığında kirayaveren üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme hakkında kiracıdan bilgi talep etmesine rağmen kiracı, bu konudaki yükümlülüğünü ihlal ederse, kirayaverenin de kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınmasının haklı bir sebep oluşturduğunu kabul etmek gerekir.⁶⁹

ii. Kirayaverenin Onay Vermekten Kaçınmasının Hukuki Sonuçları

aa. Kira Sözleşmesinin Taraflarının Değişmemesi

Sözleşmenin devrine onay verilmezse, devir sözleşmesi tamamlanmamış olur. Neticede geçersiz bir devir sözleşmesi vardır. Sözleşmenin tarafları aynı kalmaya devam eder.⁷⁰

Kiracı, henüz kirayaveren kararını bildirmeden evvel kira konusunu devralmak isteyen üçüncü kişiye kullandırmaya başlamış ise, kira sözleşmesine aykırı hareket etmiş olur. Ancak böyle bir durumda kirayaveren, kira ilişkisinin devrine sonradan onay verirse, artık kira ilişkisi devredilmiş olacağı için bu aykırılık giderilmiş olur. Buna karşın kirayaveren, onay vermekten kaçınırsa, kiracıya karşı sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde haklarını kullanabilir. Bu bağlamda kirayaveren, onay vermekten kaçındığını kiracıya bildirmesine rağmen kiracı buna uymaz ve kira konusunu üçüncü kişiye kullandırmaya devam ederse, kirayaveren sözleşmeyi feshedebilir (m.316/f.2) ve bundan doğan zararının tazminini talep edebilir (m.112). Ayrıca, üçüncü kişinin kira konusunu kullanması da yolsuz olacağı için, kirayaveren üçüncü kişinin kira konusu taşınmazdan çıkarılmasını talep edebilir.⁷¹

⁶⁸ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 40.

⁶⁹ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 22, 40.

⁷⁰ Mauer, BWNotZ 2005, s. 118. Özellikle kira sözleşmesi hakkında bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 41. Nitekim Yargıtay da bir kararında, "... kira sözleşmesinin asıl tarafları kiralayan ile kiracıdır. Kiracıya tebliğ edilen ihtarnameden sonra kiracının taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi halinde, bu fiili durumun eskiden beri devam ettiği iddia ve ispat edilmediğinden, kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan anlaşma kira ilişkisinin asıl taraflarını değiştirmez..." demek suretiyle kirayaverenin (üstü örtülü olarak dahi) kira ilişkisinin devrine onay vermemesi halinde, kira sözleşmesinin taraflarının değişmeyeceğine işaret etmektedir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin ilgili 5.5.1994 tarih, 1994/4776 esas ve 1994/5154 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁷¹ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 41.

Bunun dışında, kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme, devir sözleşmesi olarak değil ancak tahvil yoluyla ayakta tutulabilir. Bu konuda sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan hareket edilmesi gerekir. Buna göre, kiracı ile üçüncü kişinin iradesine uygun ise, kirayaverenin rızasını gerektirmeyen kiracıya ait alacak hakları, üçüncü kişiye devir edilmiş olur (m. 183 vd.). Kiracının kirayaverene karşı hak etmiş olduğu sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat alacaklarını bu kapsamda değerlendirmek gerekir.⁷² Ancak kiracının borçlarının üstlenilmesi bu kapsamda değildir; zira kanuna göre (m.196) borcun üstlenilmesinde, alacaklının (kira sözleşmesinde somut durumda kirayaverenin) kabulü gereklidir.⁷³ Böyle bir durum olmadığı sürece, kural olarak, kirayaverenin kiracının veya üçüncü kişinin geçersiz olan devir sözleşmesinden dolayı birbirlerine karşı talep hakları söz konusu olmaz.⁷⁴

ab. İşyeri Kiralarında Kiranın Devrine Onay Verilmesi İçin Kiracının Dâva Hakkının Olup Olmadığı Sorunu

İşyeri kiralarında kirayaveren sadece haklı sebeplerde kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabilecektir (m.323/f.Son; Art. 263/Abs.4 OR). Bu durumda şu soru gündeme gelmektedir. Kirayaveren işyeri kiralarında kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınırsa veya bu talebe uygun süre içerisinde cevap vermezse, kiracı, kirayaverenin haksız olarak onay vermekten kaçındığı gerekçesiyle talebini dava yoluyla kullanabilecek midir?

İsviçre hukukunda bu soruya olumlu cevap verilmektedir.⁷⁵ Ancak böyle bir durumda açılacak davanın hukuki niteliği, doktrinde tar-

⁷² Mauer, BWNotZ 2005, s. 118.

⁷³ Mauer, BWNotZ 2005, s. 118.

⁷⁴ Doktrinde kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeyi taahhüt sözleşmesi olarak nitelendiren yazarlardan bazıları (HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr.8; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 20), onayın gerçekleşmemesi halinde kiracının üçüncü kişiye sözleşmeye aykırılık sebebiyle tazminat ödemek zorunda kalabileceğine işaret etmektedir. Kanaatimize göre, sözleşmenin tahvil yoluyla ayakta tutulması imkanı olmadığı sürece veya kiracı ve üçüncü kişi aralarında devir sözleşmesi değil de açıkça devri taahhüt eden bir sözleşme yapmadıkları sürece, bu mümkün görülmemektedir.

⁷⁵ Bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a.; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 43; BGE 125 III 229 E 2b.; Ayrıca bu davayı, sadece kiracı açabileceği ve fakat, üçüncü kişi açamayacağı kabul edilmektedir. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5.

tışmalıdır. *Weber'*e göre⁷⁶, burada kaçınmanın haksız olduğuna ilişkin bir tespit davası açılmalıdır. Hâkim olan görüşe göre⁷⁷ ise dava, kira ilişkisinin devrine onay verme yolunda kirayaverenin irade beyanını sağlamaya yönelik bir eda davasıdır.

Kanaatimize göre, işyeri kiralarda kirayaverenin kira ilişkisinin devrine haklı olmayan bir şekilde onay vermekten kaçınması durumunda açılacak dava, kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermesine yönelik irade beyanını sağlamak amacına yöneliktir. Böyle bir irade beyanının sağlanması için açılacak dava konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda her hangi bir hüküm yoktur. İsviçre'de 1947 tarihli Federal Hukuk Usulü Kanununda ise "*Davalı bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilirse, hüküm beyanın yerine geçer...*" şeklinde bir düzenleme vardır (m.78).⁷⁸ Buradaki esasın bizde de bu konuda tatbiki uygundur. Öyle ki bu esas kabul edilirse, yargılama sırasında kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınmasının haksız olduğu tespit edilmesi halinde, mahkeme tarafından kirayaverenin irade beyanı yerine geçmek üzere kira ilişkisinin devrine onay verilecektir. Bu durumda, kira ilişkisinin devrinin hukuki sonuçları gerçekleşecektir. Şayet kirayaveren, bu karara rağmen devralan kiracıya kullandırma borcunu yerine getirmese, devralan kiracı, borca aykırılığa ilişkin hükümlerden (m.112 vd.; m. 301 vd.) yararlanabilir.

VII. KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Yukarıda sayılan şartların tamam olması durumunda, sözleşme devredilmiş olur. Sözleşmenin devrinin, en önemli hukuki sonucu odur ki, devirle birlikte sadece taraf değişikliği gerçekleşir.⁷⁹ Bu bağlamda kira ilişkisi devredilirse, kira sözleşmesinin kiracı tarafı de-ği-

⁷⁶ Bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a.

⁷⁷ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 43.

⁷⁸ Benzer bir düzenleme Alman Usul Kanununun (ZPO) § 894/f.1 hükmünde de vardır. Öyle ki, söz konusu hükme göre, açılan davada borçlunun bir irade beyanında bulunması gerekiyor ise, kararın kesinleştiği anda, açıklanması gereken irade beyanı sağlanmış olur.

⁷⁹ Bkz., yukarıda V. Kira İlişkisinin Devrinin Hukuki Niteliği.

şerek onun yerine devralan kiracı geçer (m. 323/f.2).⁸⁰ Bunun dışında mevcut sözleşmenin içeriği, değişmeyip aynen geçerli kalır.⁸¹ Öyle ki sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacı, tarzı ve kira sözleşmesinin süresi değişmez.⁸²

Taraf değişikliğinin ne zaman gerçekleşeceği doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüşe göre devir, *en erken* onayın verildiği anda gerçekleşir.⁸³ Kanaatimize göre, bu konuda devir sözleşmesinin yapıldığı zamana göre hareket edilmesi gerekir. Buna göre devir sözleşmesi kirayaveren, kiracı ve üçüncü kişi arasında yapılmışsa, yine taraf değişikliği de bu sözleşmenin yapılma zamanıdır.⁸⁴ Yok böyle olmayıp da kirayaveren evvelden bir onay vermişse, kiracı ve devralan üçüncü kişi arasında sonradan yapılan sözleşme aslında geçerli bir devir söz-

⁸⁰ Funke, s. 13; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 44; Gümüş, s. 230.

⁸¹ Bkz., yukarıda V. Kira İlişkisinin Devrinin Hukuki Niteliği.

⁸² HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 44. Nitekim Yargıtay ilgili kararında "...Sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir, ilişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer. Sözleşmeyi yüklenen taraf tam olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur..." demek suretiyle bu hususa açıkça işaret etmektedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin söz konusu 14.10.2004 tarih, 2004/9625 esas ve 2004/10945 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr. Aynı hukuki sonuç, işyeri kiralarda kirayaverenin haksız surette onaydan kaçınması durumunda hâkim kararı ile kira ilişkisinin devrine onay verilmesi durumu için de geçerlidir. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 44. Ancak üçüncü kişi kiralananın kullanım amacını olmasa bile kullanım tarzını değiştirmek istiyor olabilir. Bu durumda kirayaveren kira ilişkisinin devrine onay verdiği sırada üçüncü kişinin bu düşüncesinden bilgi sahibi olarak onay vermişse, sözleşmenin içeriği bu ölçüde değişmiş kabul edilir. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 46.

⁸³ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; SVIT-Kommentar, Art.263 OR, Nr. 23 vd.; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 46. İsviçre hukukunda, onay vermenin, eda davasıyla sağlanabileceğini kabul eden yazarlar, şayet onay dava yoluyla talep edilirse, taraf değişikliğinin de hâkimin onay verdiği tarihte gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Bkz., HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; SVIT-Kommentar, Art.263 OR, Nr. 20. Buna karşın Weber'e göre, kirayaverenin onay vermekten kaçınması üzerine açılan davada hakim tarafından kira ilişkisinin devrine onay verilirse, kirayaveren hangi tarihten itibaren onay vermek zorunda ise, kira ilişkisinin devri de o tarihe kadar geçmişe etkili olur (bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a). Weber'in bu görüşü, onun, kiracının açtığı davayı tespit davası olarak nitelendirmesinin (bkz., BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3a) bir sonucu olsa gerek.

⁸⁴ Bkz., Ayrancı, §7, I.

leşmesi olur ki, taraf değişikliği de yine sözleşmenin yapıldığı anda gerçekleşir.⁸⁵ Buna karşın kiracı ve üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin askıda geçersiz olduğu zamanda kirayaveren onay vermişse, sözleşme geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir ki,⁸⁶ taraf değişikliği de onaydan evvel gerçekleşmiş olur.

B. Kirayaveren İle Devralan Yeni Kiracı Arasındaki İlişki

Taraf değişikliğinin bir sonucu olarak, devreden kiracının kira ilişkisinden dolayı sahip olduğu kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan tüm hak ve borçlar artık devralan kiracıya geçer (m.205/f.1).⁸⁷ Bu şu anlama gelmektedir, kirayaveren, daha evvel devreden kiracıya karşı olan borçlarından, artık devralan kiracıya karşı sorumludur. Aynı şekilde devralan kiracı da devreden kiracının ödemek zorunda olduğu kira bedelinden, kira konusuna verilecek zararlara karşı ödenilmesi gereken tazminattan, velhasıl kira konusunun sözleşmeye uygun kullanılmamasından dolayı kirayaverene karşı sorumlu olur.⁸⁸ Ancak kira sözleşmesine ilişkin olarak üçüncü kişilerce verilen teminatlar, teminatı veren muvafakat göstermediği sürece, kira ilişkisinin devredilmesiyle birlikte sona erer.⁸⁹

Burada bir başka hususu daha açıklamaya gerek vardır ki, acaba devir sözleşmesinin geçerli olmaması halinde, özellikle şekle aykırı bir sözleşmenin olması durumunda ne olacaktır? Bilhassa, hukuken geçerli bir sözleşme olmamasına rağmen, üçüncü kişi kira konusunu daha evvel kullanmaya başlamış ise, kirayaveren ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve kira sözleşmesinin akıbeti ne olacaktır?

⁸⁵ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 45.

⁸⁶ Bkz., Mauer, BWNotZ 2005, s. 118.

⁸⁷ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 7; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 6; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 44. Devreden tarafın mevcut sözleşmeden dolayı sahip olduğu yenilik doğuran hakların da devralan tarafa geçtiği kabul edilmesi gerekir. Çünkü yenilik doğuran haklar, borç ilişkisiyle ayrılmaz surette birbirine bağlıdır. Bkz., Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 643.

⁸⁸ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 47. Nitekim Yargıtay da ilgili kararında "...Yüklenen taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir...." demektedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin söz konusu 14.10.2004 tarih, 2004/9625 esas ve 2004/10945 sayılı kararı için bkz., www.kazanci.com.tr.

⁸⁹ Higi, şahsi teminatların sona ermesine karşın şahsi olmayan nitelikteki teminatların devam edeceği görüşündedir. Bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 48.

Yukarıdaki sorunun cevabına ilişkin olarak doktrindeki bir görüşe göre⁹⁰, güvenin korunması temelinde kira ilişkisinin devri, tüm sonuçlarıyla birlikte, gerçekleşmiş olur. Ancak bu durumda kirayaverenin, devir sözleşmesi sebebiyle haklarına halel gelmemesi gerekir. Aksi halde kirayaveren, sözleşmenin geçersizliğinin tespitine ilişkin bir dava açabilir.

Kanaatimize göre burada üç duruma göre hareket edilmelidir.

Her şeyden evvel hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakların kötüye kullanılmaması gerektiği ilkesi tüm bilhassa şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil eder. Ancak, her hakkın kötüye kullanılmasında olduğu gibi şekle aykırılık iddiasının ne zaman kötüye kullanıldığını önceden kurallara bağlamak mümkün değildir. Bu konuda öğretide ve mahkeme kararlarında genel bazı ölçülerin tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir.⁹¹ Bu bağlamda sadece sözlü onayın mevcut olduğu veya susmak suretiyle ya da başka örtülü davranışlarla kirayaverenin onay verdiği ve fakat daha sonra şekle aykırılık iddiasında bulunulduğu hallerde, bu iddianın hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturduğu kabul edilebilir.⁹²

İkinci olarak, burada hakkın kötüye kullanıldığı iddiasına bazı durumlarda ihtiyatla yaklaşılması gerekir. Özellikle, kirayaverenin üçüncü kişiden kira bedelini almış olması, tek başına, kirayaverenin kira ilişkisinin devrine örtülü olarak onay verdiği şeklinde değerlendirilemez. Zira kira bedelinin bizzat kiracı tarafından ödenmesinde kural olarak kirayaverenin her hangi bir menfaati yoktur. Dolayısıyla, kirayaveren üçüncü kişinin ifa ettiği kira bedelini kabul etmek zorun-

⁹⁰ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 50.

⁹¹ Kılıçoğlu, Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHF, Y. 1981, S. 38, S. 01-04, s. 214.

⁹² BGE 125 III 229 E 3b; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 28. Nitekim Yargıtay da bir kararında (Y.13.HD'nin 9.3.1992 tarih, 1992/1260 esas ve 1992/2218 sayılı kararı) "...Ne var ki kiralanan taşınmaz davacıya teslim edilmiş kira parası olarak bir kısım ödemeler yapılmıştır. Biçim koşulu yerine getirilmemiş olsa bile taraflar arasında karşılıklı edimler ifa edilmişse artık bundan sonra her iki taraf için akdin biçim şartlarına uygun yapılmadığından söz edilerek geçersizliğini ileri sürmek MK.nun 2. maddesindeki objektif iyiniyet kuralıyla bağdaşmaz..." şeklinde karar vermiştir. Bkz., www.kazanci.com.tr.

dadır (m.83). Böyle bir durumda kira bedelinin bu şekilde üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmiş olması ise, her durumda kirayaverenin kira ilişkisine onay vermesi olarak yorumlanamaz.⁹³

Son olarak, kirayaveren, devir sözleşmesinin geçersizliğini öğrenmiş ve bu duruma sessiz kalmışsa ve bu arada da üçüncü kişi, kira konusunu kullanmaya başlamış ise, şayet kirayaverenin hakkını kötüye kullandığı iddiası da ispatlanamıyorsa, kirayaveren ile üçüncü kişi arasında örtülü olarak yeni bir kira sözleşmesi kurulduğu kabul edilebilir.

C. Kirayaveren ve Devreden Kiracı Arasındaki İlişki

Taraf değişikliğinin gerçekleşmesine bağlı olarak, devreden kiracı, hem kira sözleşmesindeki taraf sıfatını hem de kira sözleşmesine ilişkin tüm haklarını kaybeder.⁹⁴ Böyle bir sonuç, yukarıda ifade edildiği üzere, sözleşmenin devrini düzenleyen kanunun 205 inci maddesinin 1 inci fıkrasında da ifade edilmektedir. Bu anlamda kaybedilmesi bakımından söz konusu hakların, devir yapılmasından evvel doğmuş olması ile devir yapılmasından sonra muaccel hale gelecek olması arasında hiçbir fark yoktur.

Devrin gerçekleştiği anda *devreden kiracı*, sadece kira sözleşmesinden doğan haklarını kaybetmez; bir de onun kirayaverene karşı borçları vardır ki, bunlardan da kurtulur (m.323/f.2; Art. 263/ Abs.4 OR).⁹⁵

⁹³ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 28; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 3. Nitekim Yargıtay, konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta (Y.13 HD.'nin 22.11 inci1994 tarih, 1994/8909 esas ve 1994/10315 sayılı kararı) "...Davalı... ile dava dışı kiracı... arasında düzenlenmiş bulunan 15.8.1987 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin 8/4. maddesinde, kiracının bu yeri 3. kişiye devredemeyeceği kararlaştırılmıştır. Bu sebeple davacı ...'in 5.1.1990 tarihleri arasında kira parasını yatırmış olması, kendisine kiracılık sıfatı kazandıramaz..." demek suretiyle, kira bedelinin üçüncü kişi tarafından ödenmesinin, tek başına kira ilişkisinin devri olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmiştir. Bkz., www.kazanci.com.tr. Bununla birlikte kirayaverenin kira bedelini üçüncü bir kişiden alması, devir için, tek başına da olsa bir emare oluşturabilir. Bkz., HandKomm-Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 5. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, kira bedelinin üçüncü kişi tarafından ifa edilmesinin, tek başına kira ilişkisinin devri için emare dahi oluşturmadığını kabul etmektedir (bkz. BGE 125 III 229 E 3c).

⁹⁴ Bkz., Pieper, s. 215; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9, s. 641; Mauer, BWNotZ 2005, s. 114; Kandelhard, NZM 2001, s. 697; HandKomm-Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 51; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 7.

⁹⁵ Bkz., Pieper, s. 215; Wagner, Jus 1997, Heft 8, s. 692; Pöggeler, JA 1995, Heft 8/9,

Bununla birlikte, devreden kiracının devretmiş olduğu kira ilişkisinde, devralan kiracı ile birlikte borçlardan dolayı kirayaverene karşı sorumluluğu bazı durumlarda devam eder. Bu sorumluluk hali, ya sözleşmeden ya da kanundan doğabilir.

Devreden kiracının ilk sorumluluk hali, sözleşme ile ayrıca taahhüt etmesi halinde söz konusu olabilir. Yani devreden kiracı, sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, devralan kiracının borçlarından dolayı onunla birlikte sorumlu olacağını kirayaverene karşı borçlanabilir. Böyle bir durumda devreden kiracı, kirayaverene karşı borcun tamamından sorumlu olmayı taahhüt ederse, müteselsil borçlu olur. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 162 inci maddesine göre: *“Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar”*. Bu anlamda olmak üzere devreden kiracı da kirayaverene karşı devralan kiracıyla birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edeceğini taahhüt etmiş olabilir. Bu durumda devreden kiracı, kirayaverene karşı müteselsil sorumlu olur. Ayrıca devreden kiracı, devralan kiracının borçlarını teminat altına almak için kirayaverenle kefalet sözleşmesi yapmış ise⁹⁶, kirayaverene karşı sorumluluğu kefalet sözleşmesi hükümleri uyarınca devam eder.⁹⁷

Devreden kiracının ikinci sorumluluk hali, kanun hükmünden kaynaklanabilir. Nitekim kanunun 323 üncü maddesinin son fıkrası (kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası hükmü), devreden kiracıya bu anlamda bir sorumluluk getirmektedir. Buna göre, işyeri kiralarda devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsil sorumlu olmaya devam edecektir. Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinin son fıkrası ile getirilen bu müteselsil sorumluluk hali, kanunun 162 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki düzenlemeye de uygundur.

s. 641; Mauer, BWNotZ 2005, s. 114; Kandelhard, NZM 2001, s. 697; HandKomm-Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 7.

⁹⁶ Örneğin kira sözleşmesine: *“Kiracı, kira sözleşmesinden doğan haklarını ve borçlarını bir başkasına devrederse, sözleşme süresince kişisel olarak sorumlu olmaya devam eder”* şeklinde bir kayıt konulmuş olabilir.

⁹⁷ Funke, s. 13; Pieper, s. 215.

Kanundaki müteselsil sorumluluğun başlangıcı, kira ilişkisinin devredildiği andır. Bu da, yukarıda ifade edildiği üzere, kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay verdiği ve dolayısıyla taraf değişikliğinin gerçekleşme zamanıdır.⁹⁸ Bu bakımdan işyeri kiralarda devreden kiracı, kirayaverenin kira ilişkisinin devrine onay verdiği andan itibaren kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır.

İşyeri kiralari bakımından devreden kiracının, sorumluluğunun kapsamının ve hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bu noktada ayırım bakımından *“kira ilişkisinin devredildiği an”* dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede kira ilişkisinin devredildiği andan önceki borçlar bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Zira bu dönemde devreden kiracı, kiracı sıfatına haiz olup, kira sözleşmesinin tarafıdır. Dolayısıyla doğan borçlardan dolayı kira sözleşmesine göre sorumlu olduğu gibi, kira ilişkisinin devrine rağmen -kanundan dolayı- sorumlu kalmaya devam etmektedir.

Kira ilişkisinin devredildiği andan sonraki borçlar bakımından ise devreden kiracı, artık kira sözleşmesinin tarafı değildir. Dolayısıyla devreden kiracı, tarafı olmadığı bir sözleşmeden dolayı, devralan kiracının yerine getirmedikleri borçlar nedeniyle sorumlu olmaya devam etmektedir. Devreden kiracının, ayrıca sözleşme ile taahhütte bulunmadığı böyle bir durumda, sorumluluğunun dayanağını kanun hükmü oluşturmaktadır. Yani işyeri kiralari bakımından devreden kiracı, devralan kiracının borçlarından, kanun (m.323/f.3) dolayısıyla sorumludur. Bu nedenle sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, devreden kiracı ile kirayaveren arasındaki kira sözleşmesi esas alınmalı ve bu sözleşmedeki esaslar çerçevesinde sorumluluğun kapsamı tespit edilmelidir. Kirayaveren ile devralan kiracı arasında kira ilişkisinin devredilmesinden sonra, kira sözleşmesinin ilk halini genişletecek şekilde yapılan anlaşmalardan doğan yükümlülüklerden dolayı ise, devreden kiracının müteselsil olarak sorumlu tutulmaması gerekir.⁹⁹

Bu çerçevede devreden kiracının müteselsil sorumluluğun kapsamını, devirden evvel veya sonra kira sözleşmesi hükümleri uyarınca ortaya çıkan asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri-

⁹⁸ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 53.

⁹⁹ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 57.

nin yerine getirilmemesinden doğan tazminat yükümlülüğü oluşturmaktadır.¹⁰⁰ Bu bağlamda devreden kiracı, sonradan muaccel olacak kira bedellerinden, kira konusunun sözleşmeye aykırı kullanılmasından doğan zararlardan ve hatta kirayaverenin, kira ilişkisini haklı sebeplerle olağanüstü feshetmesi halinde, uğramış olduğu zararlardan da, kirayaverenle yapmış olduğu sözleşme hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir.¹⁰¹ Dolayısıyla burada devreden kiracının sorumluluğu, kanundan doğan şahsi bir teminat fonksiyonu da taşımaktadır.¹⁰²

İşyeri kiralari bakımından devreden kiracının, devralan kiracının borçlarından dolayı kanun hükmü sebebiyle müteselsil sorumlu tutulması, alacaklının haklarının korunmasını amaçlamaktadır. Aslında teselsülün kanun hükmü gereğince doğduğu durumlarda, kamu düzeni söz konusu olacağı için, tarafların iradesi ile teselsülün ortadan kaldırılması geçersizdir. Ancak devreden kiracının kirayaverenle yapmış olduğu bir sözleşme gereğince, müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmaları kamu düzenine ya da üçüncü kişilerin korunması gerekliliğine aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Zira devreden kiracının kirayaverene karşı borçlu olarak sorumlu olup olmaması, devrin geçerliliği bakımından hiçbir surette önemli değildir.¹⁰³ Bu sebeple işyeri kiralalarında devreden kiracı, kirayaverenle yapmış olduğu bir sözleşme ile müteselsil sorumluluğu kısmen veya tamamen kaldırılabilmelidir. Böyle bir anlaşma olmadığı sürece devreden kiracı, kanunun 323 üncü maddesine göre işyeri kiralalarında iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsil olarak sorumlu olmaya devam eder. Kanundaki iki yıllık sürede, en fazla, yani maksimum süredir. Dolayısıyla taraflar bu süreyi kiracı aleyhine uzatamazlar.¹⁰⁴ Bunun dışında kira ilişkisi sözleşmeye ve/veya kanuna göre daha evvel de sona erebilir. Tüm bu durumlarda, devreden kiracı, sorumluluktan daha evvel kurtulmuş olur. Bu anlamda olmak üzere, kira sözleşmesi iki yıl dolmadan evvel olağan şekilde feshedilirse, müteselsil sorumluluk da fesih tarihinde sona erer.¹⁰⁵

¹⁰⁰ BGE 121 III 408 E 3 ve 4; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; ZürcherKomm-Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 56.

¹⁰¹ Ancak, bu durumda devreden kiracının kirayaverene karşı sorumluluğu, devralan kiracının kirayaverene karşı sorumluluğuyla sınırlıdır. Bkz., ZürcherKomm-Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 55.

¹⁰² BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 7.

¹⁰³ Bkz., Funke, s. 14.

¹⁰⁴ HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; BaslerKomm-Weber, Art. 263 OR, Nr. 7.

¹⁰⁵ BGE 121 III 408 E 4; HandKomm- Heinrich, Art. 263 OR, Nr. 9; ZürcherKomm-

D. Devreden Kiracı İle Devralan Kiracı Arasındaki Hukuki İlişki

Devreden kiracı ile devralan kiracı arasındaki hukuki ilişki, kira ilişkisinin devredilmesi için aralarında yaptıkları sözleşmenin hükümlerine göre belirlenir. Bunun dışında işyeri kiralalarında devreden kiracı ile devralan kiracı arasında müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda da birbirlerine rücu imkânı ve kapsamı, genel hükümlere göre tayin edilir.¹⁰⁶

VIII. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Kira İlişkisinin Devri - Kira Konusunun Kullanım Hakkının Devri

Kira ilişkisinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinin gerekçesine göre¹⁰⁷, bu madde (yani 323 üncü madde), aslında Borçlar Kanununun 259 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında ‘kiracının üçüncü şahsa ferağı’ şeklinde ifade edilen hükme karşılık gelmektedir.

Her şeyden evvel belirtmemiz gerekir ki, her ne kadar 323 üncü maddenin gerekçesinde “*kiracının üçüncü şahsa ferağı*” ve “*kira ilişkisinin devri*”nin aynı hukuki kurum olduğu ifade edilmiş olsa da, bu kurumlar birbirinden farklıdır. Çünkü Borçlar Kanunun 259 uncu maddesi, alt kira ve kullanım hakkının devrine ilişkindir. Bu hükümde geçen ‘kiracının üçüncü şahsa ferağı’ ifadesiyle, üstün tutulması gereken görüşe göre, kira konusunun kullanım hakkının devri anlatılmak istenmektedir.¹⁰⁸ Borçlar Kanununun söz konusu maddesi

Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 54.

¹⁰⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 58; BGE 116 II 514.

¹⁰⁷ Bkz., Tasarı, s. 260.

¹⁰⁸ Bkz., Tandoğan, s. 155. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.10.2001 tarih, 2001/6-942 esas ve 2001/696 sayılı kararında “...Kiracı kiralayana zarar verecek bir değişikliği gerektirmemek koşuluyla kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kirayı bir üçüncü kişiye de devredebilir (BK. mad. 259). Burada iki durum söz konusu edilmiştir: Birincisi kiracının kiracısı ikincisi de kiracının kira sözleşmesinden doğan kullanma hakkını bir üçüncü kişiye devretmesidir...” demek suretiyle Borçlar Kanununun 259. maddesinde geçen “kirayı bir üçüncü şahsa ferağ edebilir...” ifadesiyle kullanma hakkının bir üçüncü kişiye devredilmesinin anlaşılması gerektiğine işaret etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun aynı doğrultudaki diğer kararları: 14.11 inci2001 tarih, 2001/6-1042 esas, 2001/1030

ise, Türk Borçlar Kanununun 'alt kira ve kullanım hakkının devri' kenar başlığını taşıyan 322 inci maddesinde düzenlenmektedir. Öyle ki, 322 inci maddenin 1 inci fıkrasına göre: *"Kiracı, kirayaverene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kullanım hakkını da başkasına devredebilir"*. Kira ilişkisinin devri ise, daha evvel de ifade edildiği gibi, Borçlar Kanununda düzenlenmemektedir. Bununla birlikte yine yukarıda ifade edildiği üzere, Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; kiracının, sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece, kullanım hakkının devrini yapamayacağı, bunun yanında da, kira mukavelesini (yani kira ilişkisini) başkasına devredemeyeceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, kullanım hakkının devri ile kira ilişkisinin devri iki ayrı hukuki kurumdur. Kaldı ki, Türk Borçlar Kanunun 323 üncü maddesi hükmü, bizzat kanunun gerekçesinde ifade edildiği gibi, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesine ilişkindir.¹⁰⁹ İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi ise, kira konusunun kullanım hakkının devrine ilişkin olmayıp, sadece kira ilişkisinin devrini düzenler.¹¹⁰ Bu tespitin yapılmasının ardından, kira ilişkisinin devri ile kullanım hakkının devrinin karşılaştırılması yapılabilir.

Kira ilişkisinin devri durumunda, kira ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve yükümlülükler devredilmiş olur. Oysa kullanım hakkının devri, alacağın temliki niteliğindedir.¹¹¹ Alacağın temlikinde ise, kira sözleşme-

sayılı karar; 3.10.2001 tarih, 2001/6-653 esas ve 2001/672 sayılı karar. Bkz., www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁹ Bkz., Tasarı, s. 260.

¹¹⁰ ZürcherKomm-Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 10 vd. Kullanım hakkının devri ise, daha evvel İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesinde hükme bağlanmışken, 1989 yılından yapılan revizyondan sonra İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir (bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 10 vd.). Bu durum karşısında Higi, Art. 263 OR hükmünün sadece işyeri kiralalarına ilişkin olmasından hareketle, kullanım hakkının devrinin işyeri kiralaları dışındaki diğer kira sözleşmeleri bakımından genel hükümlere göre yapılabileceği ve ancak işyeri kiralalarında sadece Art. 263 üncü hükmüne göre kira ilişkisinin devrinin yapılabileceğini savunmaktadır (bkz., ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 11).

¹¹¹ BaslerKomm-Weber, Art. 262 OR, Nr. 1 vd., HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr. 1 vd., Bucher, s. 1168; Huguenin, Nr. 329 vd., 333 vd.; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 7; Tandoğan, s. 155, 157 vd.; Aral, s. 263 vd.; Yavuz, s. 175 vd.; Zevkliler/ Havutçu, s. 220 vd. Kullanım hakkının devrinin alacağın temliki niteliğinde olduğu hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.10.2001 tarih, 2001/6-942 esas ve 2001/696 sayılı kararı ile aynı yöndeki 14.11 inci2001 tarih,

sinden doğan haklar (bu anlamda olmak üzere, kiracının kira konusuna ilişkin kullanım alacağı) bir üçüncü kişiye temlik edilebilirken, kira ilişkisinin devrinin aksine, tüm sözleşme ilişkisi devredilmez.¹¹²

B. Kira İlişkisinin Devri – Bir Malvarlığının veya Bir İşletmenin Devralınması

Türk Borçlar Kanununun 202 inci maddesinde, ticari işletmeler de dâhil olmak üzere, bir malvarlığının veya bir işletmenin devralınması düzenlenmektedir. İşte tam da burada, örneğin ticari işletmenin tacirine ait olmayan bir taşınmazda faaliyet göstermesi halinde, bu işletmenin devrinin kiracılık ilişkisinin devrini de kapsayıp kapsamadığı sorunu gündeme gelir.

Sorun, Borçlar Kanununun mer'î olduğu zaman doktrinde tartışılmıydı.¹¹³ Kanaatimize göre, Türk Borçlar Kanununun 323 üncü

2001/6-1042 esas ve 2001/1030 sayılı kararı ve 3.10.2001 tarih, 2001/6-653 esas ve 2001/672 sayılı kararları için bkz., www.kazanci.com.tr.

¹¹² HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr.3; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 10.

¹¹³ Doktrindeki bir görüşe göre, eBK.m.179, devir işleminde malvarlığı veya işletmenin pasiflerini (borçlarını) hükme bağlamıştır. Bunun sonucu olarak malvarlığı veya işletmeye dahil olan aktiflerin devri bu hükmün kapsamı dışında olup, bunların devrine ilişkin hükümlere tabidir. Bkz., Kılıçoğlu, s. 629. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, yani eBK.m.179'un bir malvarlığı veya işletmenin sadece pasiflerini düzenleyen bir hüküm olduğunun kabul edilmesi halinde, kiracılık hakkı aktif malvarlığı içerisinde yer aldığı için, eBK.m.179 hükmüne göre malvarlığı veya işletmenin devri kiracılık hakkının devrini kapsamayacaktır. Buna karşın doktrindeki bir başka görüşe göre, devir kapsamında, devredilecek olan, malvarlığıdır. Malvarlığı ise, kişinin ekonomik değer ve hukuki birlik arz eden ve para ile ölçülebilen hak ve borçlarının toplamıdır. Bu kapsamda, pasiflerin yanında aktifler de yani kişinin sahip olduğu taşınurlar ve taşınmazların yanı sıra, üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları da devrin kapsamındadır. Kiracılık hakkını da bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Gerçi Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesinde sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece, kiracının kira sözleşmesini başkasına devredemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak 1956 tarihli Ticaret Kanununun 11 inci maddesinin 2 inci fıkrası, kiracılık hakkını, ticari işletmeye devamlı surette tahsis olunmuş unsurlar arasında saymaktadır. Bu madde 1955 tarihli Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'a göre özel hüküm niteliğinde olup, ticari işletmeler bakımından kiracılık hakkının farklı bir düzene bağlanmasını öngörmektedir. Böyle durumlarda yeni tarihli genel kanun eski tarihli özel kanundan evvel uygulanır. Bu sebeple, kira sözleşmesinde kiranın devredilebileceği açıkça kararlaştırılmamış olsa bile, ticari işletmenin devredilmesiyle birlikte ticari işletmenin tarafını oluşturduğu kira ilişkisi de kanunen üçüncü kişiye devredilmiş olur. Bkz., Arkan, s. 42 vd., 44. Buna karşın bir başka görüşe göre ise, Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12

madde, bu konuda tartışmaya yer bırakmamaktadır. Çünkü madde hükmünde (m.323/f.1), kirayaverenin kira ilişkisinin devrine yazılı olarak rıza göstermesi gerektiği ifade edilmektedir ki, bu düzenleme, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu hüküm, tüm kira ilişkisinin devri durumunda uygulanmak zorundadır. Bir malvarlığı veya işletmelerin devrine ilişkin olarak ise, kanunda (m.202) bu nitelikteki sözleşmeler için her hangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Buna bağlı olarak, kirayaverenin yazılı bir rızası olmaksızın, kiralanan bir taşınmazın kiracısı kanunun 202 inci maddesi hükmüne göre işletmesini devrederse, kira ilişkisi devredilmiş olmayacaktır. Bunun için ayrıca kirayaverenin yazılı olarak onay vermesi gerekecektir. Şu halde kanunun 323 üncü maddesi, özel düzenleme olarak, Türk Borçlar Kanununun 202 inci maddesine göre evleviyetle uygulama alanı bulur.¹¹⁴

C. Kira İlişkisinin Devri - Kanunun 325 inci Maddesine Göre Kiracının Kira İlişkisini Devralmaya Hazır Yeni Bir Kiracı Bulması

Türk Borçlar Kanununun 325 inci maddesinde, Borçlar Kanununda olmayan yeni bir hüküm öngörülmektedir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 264 üncü maddesi esas alınarak hazırlanan¹¹⁵ söz konusu düzenlemede, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri veren kiracıya, kirayaverenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçlarının sona ereceği öngörülmektedir.

Söz konusu düzenleme (m.325), kira ilişkisinin devrine ilişkin olmayıp, kanunda veya sözleşmede öngörülen süreden evvel kira konusunu iade etmesi sebebiyle kirayaverenin uğrayacağı zararı tazmin etmek zorunda kalacak olan kiracının, kirayaverene karşı sorumluluktan kurtulabilmesine imkân veren bir düzenlemedir. Kira ilişkisinin devri için kirayaverenin yazılı olarak rıza göstermesi ge-

inci maddesi karşısında, kira sözleşmesinde sözleşmenin devredileceği açıkça kararlaştırılmamışsa, işletmenin devri tek başına kira ilişkisinin de devri sonucunu doğurmaz. Bkz., Karayalçın, s. 181.

¹¹⁴ HandKomm- Heinrich, Art. 262 OR, Nr.3; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 17.

¹¹⁵ Bkz., Tasarı, s. 262.

rekliliği (m.323/f.1), bu madde hükmünde yoktur. Dolayısıyla kiracı, kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulursa, kirayaverenin bu şekilde yazılı bir onayına ihtiyaç duymayacaktır. Bunun dışında kira ilişkisinin devrinde mevcut kira sözleşmesi devam ederken (m.323/f.2); kiracının kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması durumunda, kural olarak, mevcut kira ilişkisi sona ermektedir. Ancak, şayet yeni kiracı, kira sözleşmesini aynı şartlarla üstlenmeye hazırsa ve eski kiracı ile kirayaveren de kabul ederse, sadece bu durumda kanunun 323 üncü maddesi anlamında kira ilişkisinin devri söz konusu edilebilir.¹¹⁶

D. Kira İlişkisinin Devri – Alt Kira Sözleşmesi

Alt kira, Borçlar Kanununun 259 uncu maddesinde ve ayrıca, Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12 inci maddesinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununda ise her iki düzenleme 322 inci madde altında kanunlaşmıştır.

Alt kira sözleşmesi ve kira ilişkisinin devri, birbirinden farklıdır.¹¹⁷ Alt kira sözleşmesinde kirayaveren ile kiracı arasındaki kira ilişkisinden doğan hukuki durumda bir değişiklik meydana gelmez. Ayakta olan bu sözleşmenin yanında, kiracı ile alt kiracı arasında yeni bir kira sözleşmesi yapılır. Bununla birlikte, kirayaveren ile alt kiracı arasında da her hangi bir sözleşme ilişkisi yoktur.¹¹⁸ Kira ilişkisinin devrinde ise, devreden ilk kiracının yerine, devralan yeni bir kiracı geçmektedir. Bu bakımdan, alt kiradan farklı olarak, devreden ilk kiracı ile kirayaveren arasındaki sözleşme ilişkisi sona ererken; mevcut kira ilişkisi, devralan yeni kiracı ile kirayaveren arasında devam etmektedir. Daha açık bir ifadeyle, kira ilişkisinin devrinde mevcut kira sözleşmesi ayak-

¹¹⁶ ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 18.

¹¹⁷ Bkz., Funke, s. 13; Tandoğan, s. 117 vd.

¹¹⁸ Bkz., Funke, s. 13; BaslerKomm-Weber, Art. 262 OR, Nr. 1 vd.; HandKomm-Heinrich, Art. 262 OR, Nr. 1 vd.; Bucher, s. 1168; Huguenin, Nr. 329 vd.; Tandoğan, s. 155, 157 vd.; Aral, s. 263 vd.; Yavuz, s. 175 vd.; Zevkliler/ Havutçu, s. 220 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.10.2001 tarih, 2001/6-942 esas ve 2001/696 sayılı kararı; 14.11 inci2001 tarih, 2001/6-1042 esas ve 2001/1030 sayılı kararı; 3.10.2001 tarih, 2001/6-653 esas ve 2001/672 sayılı kararı. Bkz., www.kazanci.com.tr.

tadır; ancak, kira sözleşmesinin tarafları değişir. Buna karşın alt kira sözleşmesinde, mevcut (asıl) kira sözleşmesi yine ayaktadır, kira ilişkisi ve onun tarafları değişmez; ancak kiracı ile üçüncü kişi arasında da alt kira ilişkisi kurulur.¹¹⁹

SONUÇ

Türk Borçlar Kanununun “*kira ilişkisinin devri*” kenar başlığı altındaki 323 üncü maddesi, incelenmiş ve aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Söz konusu düzenleme, kanunda özel borç ilişkileri’nin düzenlendiği *ikinci kısımda* kira sözleşmesinin düzenlendiği *dördüncü bölümde* olup, burada da, *genel hükümlere* ilişkin *birinci ayırım* altındadır. Bu düzenleme emredici nitelikte olup, hem taşınır kiralarda hem de taşınmaz kiralarda ve bu kapsamda konut ve işyeri kiralarda uygulanır. Maddenin hazırlanmasında kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 263 üncü maddesi göz önünde tutulmuştur. Söz konusu düzenleme, kanunî halefiyetin özel bir uygulaması olup, maddede hüküm olmayan hallerde, eski kanunda olmayan ve fakat yeni kanunda yer alan sözleşmenin devrine ilişkin 205 inci madde hükmü uygulanır.

Kira ilişkisinin devredilmesi, kira ilişkisinin bir üçüncü kişiye devredilmesidir. Kira ilişkisinin bir üçüncü kişiye devredilebilmesi için, her şeyden evvel mevcut bir kira sözleşmesi olmalıdır. Bunun yanında kirayaveren, kiracı ve kira sözleşmesini devralacak üçüncü kişi arasında kiranın devri için sözleşmesi yapılmış olması gerekir. Kiracı ile kira ilişkisini devralmak isteyen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye kirayaverenin onay vermesi de aynı hukuki sonucu doğurur. Ancak kirayaverenin onayının her durumda yazılı olması, geçerlilik şartıdır.

Kirayaveren, kural olarak, kira ilişkisinin devrine onay verip vermeme konusunda serbesttir, onay vermekten kaçınabilir. Ancak kirayaveren, işyeri kiralarda, sadece haklı bir sebebin bulunması durumunda kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınabilir.

¹¹⁹ Funke, s. 13; ZürcherKomm- Gauch/Higi, Art. 263 OR, Nr. 9.

Bu durumda kaçınmanın haklı olup olmadığının takdirinde, Türk Medenî Kanunun 2 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki dürüstlük ilkesi ölçü alınır. Haklı sebepler, kirayaverenin kira ilişkisinin devrinden bir yarar sağlayıp sağlamadığı sorusunun cevabıyla sınırlı değildir. Öyle ki kirayaveren, kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan devir tahhüdünü içeren sözleşme hakkında kiracıdan bilgi talep etmesine rağmen kiracı bu konudaki yükümlülüğünü ihlal ederse, kirayaverenin de kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınması, haklı bir sebep oluşturur. Şayet kirayaveren, işyeri kiralalarında haklı olmayan bir sebeple kira ilişkisinin devrine onay vermekten kaçınırsa, kiracı, talebini dava yoluyla kullanabilir.

Kira ilişkisinin devrine onay verilmezse, kiranın devri gerçekleşmemiş olur. Kira sözleşmesinin tarafları aynı kalmaya devam ederler. Buna karşın kira ilişkisinin devrine onay verilirse, mevcut kira sözleşmesi devam eder. Sözleşmenin içeriği, kural olarak değişmez; sadece, kiracı yerine devralan kiracı geçer. Buna bağlı olarak, devreden kiracının kira ilişkisinden dolayı sahip olduğu kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan tüm hak ve borçlar artık devralan kiracıya aittir. Aynı şekilde devreden kiracı, devrin gerçekleştiği anda kira sözleşmesinden doğan haklarını kaybeder. Bunun yanı sıra devreden kiracı, kirayaverene karşı borçlarından da kurtulur. Ancak işyeri kiralalarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Devreden kiracı ile devralan kiracı arasındaki hukuki ilişki ise, kiranın devri sözleşmesinin hükümlerine göre belirlenir.

Kira ilişkisinin devri, *“kira konusunun kullanım hakkının devrinden”, “kiracının kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulmasından”* ve *“alt kiradan”* farklıdır. Yine madde hükmü (m. 323), *“bir malvarlığının veya bir işletmenin devralınmasını”* düzenleyen 202 inci maddeye göre de öncelikle uygulama alanı bulacaktır.

Tüm bu değerlendirmelerin sonucunda kira ilişkisinin devrinin pozitif hukukta düzenlenmesini, hükmün uygulanması aşamasında ortaya çıkabilecek sorunlara karşı eleştirilerimiz saklı kalmak kaydıyla, olumlu bir gelişme olarak kabul ediyoruz.

KAYNAKLAR

- Altaş, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2007.
- Ayrancı, Hasan: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.
- Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1988.
- Christoph, Hurni: Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich-Basel-Genf 2008.
- Demir, Mehmet: Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2003.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11 inci Baskı, İstanbul 2009.
- Früh, Peter: Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Aarau 1944.
- Funke, Rulf: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, 1936.
- Gauch, Peter/ Higi, Peter: (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Erste Lieferung: Art. 253-265 OR, Zürich 1994 (*ZürcherKomm-Gauch/Higi*).
- Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 8. Aufl., Zürich 2003.
- Heinreich, Peter: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Kommentierung zu Art. 253-274g OR), Zürich/Basel/Genf 2007 (*HandKomm-Heinreich*).
- Huguenin, Claire: Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2002.

Jäggi, Peter/Gauch, Peter: (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilband V 1b: Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980 (*ZürcherKomm-Jäggi/Gauch*).

Kandelhard, Ronald: Das Schicksal der Mietsicherheit bei Vertragsübernahme - Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Mietkaution, NZM 2001, s. 696 vd.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku, I Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968.

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11 inci Bası, Ankara 2009.

Kılıçoğlu, Ahmet: Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHFD, Y. 1981, S. 38, S. 01-04, s. 209 vd.

Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979 (*Halefiyet*).

Kırca, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.

Kramer, Ernst A.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband.: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 - 18 OR, (Kommentierung zu Art. 18 OR), Bern 1986 (*BernerKomm-Kramer*).

Merz, Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1962 (*BernerKomm-Merz*).

Maurer, Frank: Die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme, BWNotZ 2005, s. 114 vd.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009.

Pieper, Helmuth: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln 1963.

Pöggeler, Wolfgang: Grundlagen und Probleme der Vertragsübernahme, JA 1995, Haf 8/9, s. 641 vd.

Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder: Schweizerisches Mietrecht, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1998 (*SVIT-Kommentar Mietrecht*).

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, İstanbul 2008.

Topuz, Seçkin: Türk, İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009.

Wagner, Eberhard: Form und Beschränkung der Vertragsübernahme sowie der Einwilligung hierzu – BGH, DtZ 1996, 56, s. 690 vd.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007.