

Yrd. Doç. Dr. Halit AKER

TİCARİ İŞLETME KİRASİ

ÖNSÖZ

Gerek 6762 s. Türk Ticaret Kanunu ve gerek 01.07.2012'de yürürlüğe girecek yeni Türk Ticaret Kanunu, "ticari işletmeyi" esas alan düzenlemeler yapmışlardır. Hukukçu gözüyle bakıldığında ekonomik ilişkiler esasen ticari işletme çevresinde dönmektedir. Ticaret şirketleri hemen her zaman bir ticari işletme işletmek üzere kurulurlar. Sermaye ise ticari işletmeler için biriktirilir ve bunun gelişimi için kullanılır. Ticari işletme, kendisini işletenleri ve kendisiyle ilgili yapılan işlemleri farklı bir hukukî rejime sokar.

Değişik işlemlere de konu edilebilen ticari işletmenin hukukî niteliklerinin, özellikle de malvarlığı cephesi göz ardı edilmeden araştırılması bir zorunluluktur. Bu çalışma da esasen "ticari işletmeyi", onu düzenleyen hükümler ışığında anlama çabasının bir ürünüdür. Konusu ticari işletme olan hasılat kirası sözleşmesi, gerek bu sözleşme ilişkisinin esaslarının ortaya konulması ve gerek ticari işletme ile ilgili olarak incelemeler yapılması açısından önemli fırsatlar sunmuştur. Çalışmanın başlığı, ilk bakışta salt bir borçlar hukuku sözleşmesinin incelendiği kanaatini uyandırabilirse de, bunun yanıltıcı olduğu görülecektir. Zira çalışma boyunca ticaret hukuku perspektifi hiç göz ardı edilmemiş ve birbirinden ayrı gözükten iki hukuk alanının karşılıklı etkileşimi ortaya çıkmıştır. Bunun gibi TK/BK ve yTTK/yTBK hükümlerinin, ticari işletme gibi karmaşık bir yapıya sahip bütünün kiralanmasının beraberinde getirdiği hukuki sorunlar karşısındaki kapsam ve sınırları da görülmüştür. Yargı kararları bunun göstergesidir. Kiracı ve kiralayanın farklı tacir türlerinde olabilmeleri ve ticari işletmeye çok farklı malvarlığı unsurlarının dahil olması, ticari işletme kirası bağlamında ticaret hukukuna ilişkin bir çok problemin değerlendirilmesine de imkan vermiştir.

Her eser eskir ancak salt pozitif hukuka bağlı kalanlar daha çabuk eskir. Hukukun birçok alanına ilişkin olarak yasama faaliyetlerinin arttığı son yıllarda bu risk daha da yükselmiştir. Hukuk alanında eserler ortaya koymaya çalışmayı, buzdan heykeller yapmaya benzetmek yanlış olmaz. Akademisyenler eserin "*eriyeceğini*" bildikleri halde, bu yolda yine de çaba sarf ederler. Bu sebeple metinlerin arkasındakini, kelimelerle ifade edilen hukuki ve ekonomik değerler örgüsünü, bunun işlevlerini sağlayan sürekliliği görebilmek gerekir. Herhalde hukuk da budur. Çalışmada buna yaklaşılmaya gayret edilmiştir.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında bir çok kişinin değerli katkıları olmuştur. Almanca kaynakların teminindeki yardımlarından dolayı öncelikle Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA'ya samimi teşekkürlerimi sunmak isterim. Yard.

Doç. Dr. Zekeriyya ARI'ya, dostane tartışma ve çalışma ortamı ile yeni Türk Ticaret Kanunu'na ilişkin değerli fikirleri için ayrıca teşekkür etmeliyim. Anabilim dalımız Araştırma Görevlisi Sevgi BOZKURT YAŞAR'a da muhtelif kaynakların teminindeki yardımlarından dolayı teşekkür ediyorum. 2009'da kadrosuna katılmış olduğum Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki çalışmalarımızı her zaman destekleyen ve her anlamda sıcak ve samimi bir ortam sağlayan Dekan Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ'e teşekkürlerimi sunmayı ise büyük bir borç biliyorum.

Herkes bilir ki, akademik çalışmalar yapmak aslında bir zaman hırsızlığıdır. Benim en çok zamanını çaldığım varlık ise çok değerli eşim, Işıl olmuştur. Onca sıkıntılı ve üzüntülü zamanlara rağmen yapıcı sabrıyla beni her zaman destekleyen sevgili eşime büyük bir şükran borçluyum. Daima yanımda hissettiğim aileme de minnet duygularımı ifade etmek istiyorum.

Bu çalışmanın basımı ve yayınlanmasındaki değerli katkılarından dolayı Sayın Muharrem BAŞER ile onun nezdinde Yetkin Basım Yayım A.Ş'nin tüm çalışanlarına da çok teşekkür ederim.

Bursa 2011

Halit AK.ER

İÇİNDEKİLER

§ 1	GİRİŞ.....	17
§ 2	TEMEL KAVRAMI,AR.....	21
	I. Hasılat Kirası	21
	1. Kavram.....	21
	1. Hasılat Kirasının BK ve yTBK'da Düzenlenişi	33
	II. Ticari İşletme.....	36
	1. Genel Olarak	36
	2. TK ve TST Anlamında Ticari İşletme.....	36
	A) Gelir Sağlama Amacı	41
	B) Devamlılık	49
	C) Bağımsızlık	52
	D) Aleniyet	56
	E) Serbest Meslek Faaliyeti Olmama.....	57
	F) Esnaf Faaliyeti Sınırlarının Aşılması	65
	G) Ticari İşletmenin Doğduğu An.....	73
	H) Ticari İşletme Kriterlerinin Değerlendirilmesi	74
	3. Konusu Ticari İşletme Olan Hasılat Kirası:	
	"Ticari İşletme Kirası"	78
	A) Genel Olarak	78
	B) Organizasyon ve Maddi ve Gayri Maddi Malvarlığı	
	Unsurlarından Oluşan İktisadi Bir Bütünlük Olarak	
	Ticari İşletme	81
	C) Ticari İşletmenin Eşya Hukuku Karşısındaki Durumu	93
	D) Belirlilik İlkesi ve yTTK m. 11/3.....	107
	E) Ticari İşletmeler Hasılat Kirası Konusu Olabilir Mi?	122
	4. Ticari İşletme Kirası ve Ticaret Kanunu ile	
	Ticari Örf ve Adet	125
	III. İktisadi Bir İşletme (Müessese) İşletme Anlamında	
	"İşletme Hakkı" ve Bunun Ticari İşletme Kirası Bakımından	
	Anlamı	126
§ 3	TARİHSEL GELİŞİM AÇISINDAN HASILAT KİRASİ.....	143
	I. Roma Hukukunda Hasılat Kirası.....	143
	II. Osmanlı Hukukunda Hasılat Kirası.....	145

III. Kaynak Hukuklarda ve Türk Hukukunda	
Hasılat Kirasının Gelişimi	147
§4 TİCARİ İŞLETMELERİN HASILAT KİRASINA	
VERİLMESİNİN SEBEPLERİ	151
I. Yaşlılık, Hastalık, Küçüklük, Kısıtlılık, Tecrübesizlik ve	
Yeni Kuruluş Gibi Kişisel Sebepler.....	151
II. Kartel ya da Şirketler Topluluğu Oluşturma Amacı.....	153
n1. Hasılat Kirası Sözleşmesi Yapılması Sebebi Olarak	
Mali Güçlükler	157
§5 TİCARİ İŞLETME KİRASININ BENZER	
HUKUKİ İLİŞKİLERDEN AYRILMASI SORUNU	159
1. Satım ve Hasılat Kirası.....	159
n. Adi Kira ve Hasılat Kirası.....	165
1. Genel Olarak	165
2. Türk Hukukundaki Durum.....	167
3. İsviçre Hukukundaki Durum.....	194
4. Alman Hukukundaki Durum.....	96
5. Avusturya Hukukundaki Durum.....	201
6. Sonuç	204
III. Adi Şirket ve Hasılat Kirası.....	205
IV. İnançlı İşlemler ve Hasılat Kirası	222
V. Franchise Sözleşmesi ve Hasılat Kirası.....	227
§ 6 TİCARİ İŞLETME KİRASİ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI	235
I. Genel Olarak	235
il. Ticari İşletme Kirasının Yapılmasında Yetki Sorunu.....	235
1. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Gerçek Kişi Tacirler	238
2. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Adi Şirket Ortakları	239
3. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Kollektif ve	
Adi Komandit Şirket.....	245
4. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Anonim Şirket	252
5. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Limited Şirket.....	260
6. Tasfiye Memurlarının Ticari İşletme Kirası	
Hususundaki Yetkisi.....	263
7. Miras Ortaklığı Bakımından Kiralama Yetkisi	265
8. Ticari İşletme Rehni Kanunu ve Ticari İşletme Kirası.....	265
9. Rekabet Sınırlamaları Hukuku ve Ticari İşletme Kirası.....	267
III. Sözleşmenin Kurulması ve Şekli	278

IV. Ticari İşletme Kirası Sözleşmesinin Ticaret Hukuku	
Bakımından Doğurduğu Sonuçlar	289
1. Ticari İşletme Kirasının Tacir Sifatına Etkisi.....	290
A) Kiralayanın Tacir Sıfatı veya	
Kiralayanın Kira Süresince Hukuki Durumu.....	291
B) Kiracının Tacir Sıfatı	296
2. Ticari İşletme Kirasının Ticaret Unvanına ve	
İşletme Adına Etkisi	297
A) Kiralayanın Ticaret Unvanı	300
B) Kiracının Ticaret Unvanı.	306
C) Ticari İşletme Kirası ve İşletme Adı.....	307
3. Ticari İşletme Kirası ve Ticaret Sicili	308
A) "İlgili" Kavramı Bakımından Değerlendirme	308
B) Tescil Edilebilecek Hususlar	310
§ 7 TİCARİ İŞLETME KİRASINDA TARAPLARIN	
HAK VE BORÇLARI ÇERÇEVESİNDE SEÇİLMİŞ BAZI	
KONULAR.....	317
1. Kiralayanın Ticari İşletmeyi Kullanıma ve	
İşletilmeye Uygun Halde Teslim ve Bulundurma Borcu	317
1. Borcun Kapsamı	317
2. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu	335
3. Zapta Karşı Tekeffül Borcu	342
II. Kiralayanın Rekabet Yasağı.....	349
111. Kiracının Kiralananı İşletme ve İyi Halde Muhafaza (Bakım)	
Borcu.....	352
IV. Kira Bedelini Ödeme Borcu	369
1. Genel İlkeler, Kapsamı, Hesaplanması.....	369
2. Kira Bedelinin Ödenmesinde Temerrüd ve	
Hukuki Sonuçları	380
§ 8. TİCARİ İŞLETME KİRASININ SONA ERMESİ VE	
HUKUKİ SONUÇLARI	391
I. Sona Erme Nedenleri	391
1. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi ve Zımnı Tecdit	392
2. Sözleşmenin Feshi İhbar Yoluyla Sona Ermesi	395
A) Belirsiz Süreli Sözleşmelerde Feshi İhbar	395
B) Sözleşmenin Haklı (Önemli) Nedenlerle Feshi İhbarı	399

3. Sözleşmenin Kiranın Ödenmesinde Temerrüd Nedeniyle Kiralayan Tarafından Feshi İhbarı.....	416
4. Sözleşmenin Kiracının İşletme ve İyi Halde Muhafaza (Bakım) Borcuna Aykırı Davranışları Nedeniyle Kiralayan Tarafından Feshi İhbarı	417
5. Sözleşmenin Kiracının İflası Nedeniyle Sona Ermesi.	417
6. Sözleşmenin Kiracının Ölümü/Tüzel Kişiliğinin Son Bulması Nedeniyle Sona Ermesi.....	424
il. Kiracının İade Borcu	429
1. Borcun Kapsamı.....	429
2. İadenin Ticaret Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar	443
3. Kiracı Hakkında İade Sonrası Rekabet Yasağı.....	444
§ 9 SONUÇ.....	447

KISALTMALAR

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	: Archiv für civilistische Praxis
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Band
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: 818 s. Borçlar Kanunu
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
Bkz.	: bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.	: Cilt
D.	: Daire
DB	: Der Betrieb
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Einf.	: Einführung
FG	: Festgabe
FS	: Festschrift
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

KISALTMALAR

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	: Archiv für civilistische Praxis
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Band
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: 818 s. Borçlar Kanunu
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
Bkz.	: bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.	: Cilt
D.	: Daire
DB	: Der Betrieb
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Einf.	: Einführung
FG	: Festgabe
FS	: Festschrift
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

GKK	: Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun
GS	: Gedachtnisschrift
GVK	: Gelir Vergisi Kanunu
Habil.	: Habilitationsschrift
HD	: Hukuk Dairesi
HFD	: Hukuk Fakültesi Dergisi
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK	: 1086 s. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
in.	: içinde
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JW	: Juristische Wochenschrift
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar; Kanun(u)
karş.	: karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
N.	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
NZM	: Neue Zeitschrift für das Mietrecht
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
POK	: Paylı Ortaklıklar Kanunu
RG	: Resmi Gazete; Reichsgericht
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa; sayılı
S.	: Sayı; Seite
T.	: Tarih

TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİRK	: Ticari İşletme Rehni Kanunu
TK	: 6762 s. Türk Ticaret Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TNB	: Türkiye Noterler Birliği
TST	: Ticaret Sicili Tüzüğü
Ü.	: Üniversitesi
vd.	: ve devamı; ve diğerleri
Vorbem.	: Vorbemerkung
VUK	: Vergi Usul Kanunu
WM	: Wertpapier Mitteilungen
Y.	: Yargıtay; Yıl
yTBK	: 6098 s. Türk Borçlar Kanunu
yTTK	: 6102 s. Türk Ticaret Kanunu
yy	: Yüzyıl
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZGR	: Zeitschrift für Untemehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

§ 1 GİRİŞ

Bu çalışma konusu, hukukumuzda ticari işletme olarak adlandırılan, ekonomik bir bütünlük olarak nitelendirilen ve karmaşık bir hukuk¹ ve ekonomik yapıya sahip¹ müesseseye ilişkin düşünceler sırasında doğdu. Nasıl elementler farklı ortamlarda farklı tepkiler veriyor, başka özelliklerini gösteriyorlarsa, bazı hukuk müesseseleri de farklı bir hukuki ilişki içinde farklı özellikler gösterebilmektedirler. Bu farklı hukuki ilişki süreci, o müessesenin daha yakından tanınması için de bir fırsat sunabilir. İşte ticari işletme de bu tür müesseselerdendir. Ticari işletme hakkındaki genel kanaatin, bunun gelişimini tamamlamış, sorunsuz işleyen bir hukuk müessesesi şeklinde olduğunu söylemek herhalde yanlış olmayacaktır. Ne var ki, iktisadî gerçekliğin hukuk kurallarıyla bir an için dondurulması sonucu ortaya çıkan bu müessesenin, özel hukukun bütünlüğü içindeki "konumunun" daha yakından incelenmesine ihtiyaç olduğu da açıktır. Buradan hareketle, gerek borçlar hukuku-ticaret hukuku ilişkisinin ele alınmasını mümkün kılması ve gerek TK'nın "ticari iş" ve "tacir" ile birlikte diğer temel taşı niteliğindeki "ticari işletmeyi", hukuki bir müessese olarak TK dışında başka bir Kanun bağlamında incelenmesini sağlaması bakımından, "*ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesinin*", yani "ticari işletme kirasının" uygun bir düşünsel ve analitik zemin sunacağı kanaatine varılmıştır.

Genel olarak, "maddi ve/veya gayri maddi malvarlığı unsurlarının, gerçek ya da tüzel kişiler tarafından, gelir sağlama amacına, bağımsız bir organizasyon dahilinde, sürekli ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşacak biçimde tahsis edilmesi" şeklinde tanımlanabilecek ticari işletme, hukuk düzeninin sunduğu imkanlar ve çizdiği sınırlar içinde değişik hukuki işlemlere konu olabilmekte ve böylece sürekli ya da geçici olarak başkalarına devredilebilmektedir. Bunlardan başlıcaları borçlar hukukunda düzenlenen satım, alış ve hasılat

Bkz. EICHLER, H.: "Die privatrechtliche Lage des Untemehmens", in: Gestaltwandel der Untemehmung - Nürnberger Hochschulwoche 16. bis 20. September 1953, Nürnberger Abhandlungen zu den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Heft 4, Berlin, 1954, s. 45, Yazar işletmenin (*Unternehmen*) karmaşık yapısının, bunun her açıdan tatmin edici biçimde kavranılmasını imkansız kıldığını ve bu yüzden de hukukun bütün alanları için geçerli bir işletme tanımının yapılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Aynı yönde BALLERSTEDT, K.: "Untemehmen und Wirtschaftsverfassung", JZ 1951, s. 487 vd.; OPIKOFE, H.: Das Untemehmensrecht, in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen, 1927, s. 3 vd. dn. 4.; EISELT, G.: "Zum kaufmannischen Untemehmen im Handels- und Gesellschaftsrecht", Prof. Dr. Ernst E. HIRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. 85 vd.

kirası sözleşmeleri ile ticari işletme üzerinde tesis edilecek intifa hakkı ile ticari işletme rehni. Hukukumuzda TİRK ile ticari işletmenin rehni Ö7.cl olarak düzenlenmişken, ticari işletmenin satımı, bağışlanması ve kiralınması özel biçimde düzenlenmemiştir. Ancak bu durum ticari işletmenin genel hü. kümlemlerden yararlanılarak satılmasına, bağışlanmasına ya da hasılat kirasına verilmesine engel teşkil etmemiştir.

Ticari işletmelerin, belirli veya belirsiz bir süre için, bir bedel karşılığın. d, ?cüü bir kişiye devredilmesini amaçlayan, bir diğer deyimle konusu bir ticari işletme olan hasılat kirası sözleşmeleri bu çalışma kapsamında, "ti-ari işletme_kirc:,sı" olarak isimlendirilmiştir. Ancak ticari işletme kirasının !n'eJen'?sı bağlamında bazı zorluklara dikkat çekmek gerekir. Bunlardan ilkipozitif huku?taki sayıca yetersiz, kapsam olarak dar ve çoğunlukla yedek ?ukuk ??alları ?ken, diğeri de gerek bu yasal düzenlemelerin ve gerek karaf iradelerinin tatbık edilebileceği, işleyen "prototip" bir ticari işletm?kirası- nın mevcut olmamasıdır. Ancak bu sonuncu husus ticari işletme faaliyet ko- nuları_nıfl_lağanüstü farklılığı karşısında doğal karşılanabilir.

. . Ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi, bir yandan borçlar hukukunu ilğ?lendirirken diğer yandan ticaret hukuku bakımından da önemli sonuçlar dogurmaktadır. Bir ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesini incelemeyi amaçlayan bu çalışmada, anılan sonuçlar üzerinde ayrıntılı biçimde durmak başlıca hedeflerden olmuştur.

Bilindiği gibi önemli değişiklikleri beraberinde getirecek yeni Türk Tica- ret ve Türk Borçlar Kanunları, Temmuz 2012'de yürürlüğe gireceklerdir. Hem borçlar hem de ticaret hukukunu kapsayan çalışma konumuzda, anılan Kanunlar ile yapılacak yeniliklere işaret etmek, gerektiğinde irdelemek de başlıca amaçlardan olmuştur. Ancak bu da geçiş sürecinde bir çalışma hazır- lamanın bazı zorluklarını, özellikle de belirsizliklerini beraberinde getirmiştir. Zira çalışmanın özelliği salt "eski" ya da salt "yeni" hukuka göre ve yine salt borçlar hukuku esas alınarak yazılmamış oluşudur. Keza kiralamanın konusunun ticari işletme oluşu, ticari işletme ve şirketler hukuku ile ilgili muhtemel sorunların da ele alınmasını gerektirmiştir. Belirsizliğin başlıca sebebi ise, takdir edilecektir ki, yTTK, ancak özellikle de kira hukuku ile il- gili yeni içtihadın, -doğal olarak- henüz bulunmayışıdır. Bu da Yazar'da, ti- cari işletme kirası hakkında salt yTTK ve yTBK'ya göre bir inceleme yap- manın bilimsel bakımdan hatalı olabileceği düşüncesini uyandırmıştır. Çalı- şmada, TK ve BK hükümlerinin yanlarına parantez içinde bunların yTTK ve yTBK'da karşılığı olan ya da karşılığı olarak düşünülebilecek kanun maddelerine de yer verilmiştir. Böylelikle okuyucunun eski ve yeni hukukla- rı karşılaştırmasına da imkan verilmek istenmiştir. Ancak bu yapılırken zo- runlu olarak tekrarlara düşüldüğü de itiraf edilmek gerekir. Fakat görüleceği

gibi sadece atıfla yetinilmemiş, yITK'nın ve yTBK'nın düzenlemeleri ile ilgili olarak açıklama ve değerlendirmelerde de bulunulmuştur.

Çalışma toplam dokuz paragraftan oluşmaktadır. Konunun arz ettiği içsel bütünlük, çalışmanın bölümlere ayrılmasını engellemiştir. Bir başka ifade ile ticari işletme ve hasılat kirası, birbirinden kopuk olarak değil, iç içe ele alınmaya çalışılmıştır. Giriş ve Soouç paragrafları (§ 1 ve § 9) bir kenara bırakılırsa, ilk olarak (§ 2) hasılat kirasına, ticari işletmeye ve ticari işletme kirasına ilişkin temel kavramlar ele alınmıştır. Bu paragrafta ticari işletmenin unsurları ile eşya hukuku karşısındaki durumu ayrıntılı biçimde incelenmiştir. § 3 ve § 4' de ise sırasıyla hasılat kirasının hukuk tarihi bakımından değerlendirilmesi yapılmış ve ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesinin sebepleri üzerinde durulmuştur. § 5' de genel olarak hasılat kirasının ve ticari işletme kirasının, ticari işletmenin konu olabileceği benzer hukukî işlemlerden ayrılması sorunu inceleme konusu yapılmıştır. Bu bağlamda ticari işletme kirası ile adi kira niteliğindeki işyeri kiralari arasındaki sınırlar, diğer hukuklarla karşılaştırmalı olarak ortaya konulmaya çalışılmıştır. § 6, ticari işletme kirasının yapılmasının, ticaret hukuku esasları göz önünde tutularak incelendiği bir başlık olmuştur. Özellikle tacirin türüne göre kiralayan ve kiracı bakımından yetki sorunları ile ticari işletme kirasının ticaret hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar, üzerinde durulan hususlardan bazılarıdır. Ticari işletme kirası taraflarının hakları ve borçlarından seçilmiş bazıları ise § 7' de incelenmiştir. § 8' de de ticari işletme kirasının sona ermesi ile bunun borçlar ve ticaret hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar ele alınmıştır. Çalışma § 9'daki Sonuç kısmı ile son bulmuştur.

§ 2 TEMEL KAVRAMLAR

I. HASILAT KİRASİ

1. Kavram

Hasılat kirası, kiralayanın, hasılat veren bir malı veya hakkı kullanılmak ve semerelerinden yararlanılmak ve işletilmek üzere bir bedel karşılığında geçici bir süre için devretmeyi kiracıya taahhüt ettiği sözleşmedir (BK m. 270/!)¹. yTBK m. 357/I ise, hasılat kirasının ismini "ürün kirası" olarak değiştirmiş ve bunu "kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme" olarak tanımlamıştır². Hasılat kirası sözleşmesi, kullanma

CANSEL, E.: İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Doktora Tezi, Ankara, 1953, s. 4; *ALTAŞ*, H.: Hasılat ve Şirket Kirası (BK. m. 270-298), Ankara, 2009, s. 73; *TANDOĞAN*, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4. Bası, İstanbul, 1989, s. 2; *TUNÇOMAĞ*, K.: Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul, 1974, s. 351-352; *YAVUZ*, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 2007, s. 16; *BİLGE*, N.: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s. 365; *KARAHASAN*, M. R.: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Öğreti-Yargıtay Kararları, C. I, İstanbul, 2002, s. 701, 1 155; ayrıca bkz. *ARAL*, F.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara, 2007, s. 207-208; *ZEVLİLER*, A.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara, 2008, s. 159, 163-164; *ARKAN SERİM*, A.: Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, İstanbul, 2010, s. 2 vd.; *OSER*, H. *ISCHÖNENBERGER*, W.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Hrsg. *EGGER*, A. *IESCHER*, A. vd.), V. Band, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, 2. Aufl., Zürich, 1936, Vorbem. zu Art. 253-304 N. 3, Art. 275 N. 1; *HIGI*, P.: Obligationenrecht, Teilband V 2b (Die Pacht, Art. 275-304 OR), (Hrsg. *GAUCH*, P. *ISCHMID*, J.), 3. Aufl., Zürich, 2000, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art. 275-304) N. 4 vd.; *HONSEU*, H.: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern, 2006, s. 243; *KLEIN-BLENKERS*, F.: Das Recht der Unternehmenspacht, Baden-Baden, 2008, s. 47 vd.; *WEIDENKAFF*, W.: in: *PALANDT*, O., Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., München, 2003, Einf. Yor § 581 N. 2; *HARKE*, J. D., in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl., München, 2004, § 581 N. 2 vd.; *SONNENSCHNEIDER*, J. in: *STAUDINGERS*, v. J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 581-606), 13. Bearbeitung, Berlin, 1996, § 581 N. 16 vd.; *ESSER*, J. *WEYERS*, H.-L.: Schuldrecht, B. II, Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg, 1991, s. 192.

² *ŞENYÜZ*, D.: Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 5. Baskı, Bursa, 2011, s. 322-323.

v. Y. Y. arla. a. hakkı veren sözleşmelerden olan kiranın³ adi kira ile birlikte bir diğer turunu teşkil eder⁴.

Hasılat kirası sözleşmesi, rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, a. a. rı aras. 1. d. sure. klı borç ilişkisi yaratan, mülkiyetin değil, maddi mallar için zilyetlik nakli, haklar için ise kullanma ve tahsil yetkisi tanınması sonucunu doğuran v. b. u. yüzden de sözleşme bitiminde devredilenin iadesinin söz konusu olduğu ıvazlı bir borçlar hukuku sözleşmesidir.

Hasılat kirasının ekonomik yönü dikkate alındığında, kiralayanın :şyasını ya da hakkını bir başkasına temlik etmeksizin, bunu malı olarak değerlendirmeye imkânına kavuştuğu, kiracının ise bir başkasına ait eşyayı veya hakkı temellük etmek zorunda kalmaksızın bir bedel karşılığında bunlardan yararlanma hakkını kazandığı görülmektedir. Bir diğer ifadeyle hasılat kiracı se_ mere getiren şeyi geçici olarak, semereleri ise kalıcı olarak dınmaktadır. Kiracı semereleri kiralayan adına ve/veya hesabına değil, kendi adı a ve hesabına toplamaktadır⁶. Ticari işletme kirası⁷ söz konusu olduğunda ise -eş a hukukunun kavramları ödünç alınarak ifade edilecek olursa- kiralayanın 1 işletmenin "maliki" (sahibi) kalmaya devam ederken, kiracının ise bir fer'ızilyetgibi işletmecisi⁸ olarak işletme faaliyetlerini yürütmesi söz konusu olmaktadır⁹. Bu bağlamda hasılat kirasının, en geniş anlamda mülkiyetin ekonomik ve sosyal nedenlerle bireyler arasında düzenli dağılmamış olduğu h. llerde e. azından bunun kullanımına imkan yaratan bir hukuki araç olduğu soylen_ ebilir¹⁰. Bu anlamda hasılat kirasının ilk görünüm şeklinin zirai hasılat -ıra olması ve İsviçre ile Alman kanun koyucularının hasılat sözleşmesine ilişkin

³ YAVUZ, s. 16; ZEVKLİLER, Borçlar Hukuku, s. 45.

⁴ TUNÇOMAĞ, s. 19; ZEVKLİLER, Borçlar Hukuku, s. 163.

⁵ TANDOĞAN, C. 1/2, s. il; BİLGE, Borçlar Hukuku, s. 141; TUNÇOMAĞ, s. 241-242; YAVUZ, s. 366; ALTAŞ, s. 75; ARAL, s. 207; OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu Art. 253-304 N. 4-5; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 1, 3.

⁶ Karş. BOLLER, P.: Beiträge zur Unterscheidung von Kauf und Pacht, Diss., Aarau, 1948, s. 10-11, 49. Hasılat kirasının kiracı yönünden taşıdığı bu özelliği, onun satım sözleşmesiyle kıyaslanmasına neden olmuştur, bkz. aşağıda § 5 I.

⁷ Bkz. aşağıda § 2 II 3.

¹¹ Ticaret hukukundan doğan ve "tacir" kelimesinin kullanılmasını gerektiren özel hukuki sonuçlar söz konusu olmadıkça, "işletmeyi işleten gerçek ya da tüzel kişiyi", ..müteşebbi-si" ifade etmek üzere, "işletmecisi" ya da "işleten" kelimeleri kullanılmıştır.

⁹ KLEIN-BLENKERS, s. 47.

¹⁰ Hasılat kirasının tarım alanında kendisini göstermeye başlayan erken kapitalizm ile ilgisi hakkında bkz. <http://www.dhs.ch/externe/protect/textes/d/D13705.html>, (erişim tarihi: 17.04.2006). Ayrıca bkz. <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D13705-1-1.php>, (erişim tarihi: 17.04.2006).

reformlarının özellikle zirai hasılat kirası alanında yoğunlaşması tesadüf değildir'¹¹.

Hasılat kirası sözleşmesinin *maddi anlamda* konusunu, hasılat getiren taşınır ve taşınmaz mallar (*Sachpacht*) ile hasılat getiren bir hak (*Rechtspacht*) veya ticari işletme ile (*Unternehmenspacht, Pacht eines Handelsgewerbes, eines Gewerbebetriebs, Betriebspacht*)¹², bir ticari işletmenin tek başına hasılat getirme yeteneği olan belli bir bölümü (BK m. 270/1; yTBK m. 357/1) teşkil edebilir¹³. Hasılat kirası bu haliyle, konusu sadece maddi varlığı olan menkul ve gayrimenkul mallar olan adi kiradan ayrılmaktadır¹⁴. Objektif olarak faydalanılamayacak, bir başka deyimle semere vermeyen mallar ve haklar, hasılat kirası konusu olmaya elverişsizdirler¹⁵. Hasılat kirası, anılan unsurlardan sadece birinin kullanımının ve bundan yararlanmanın geçici devri için akdedilebileceği gibi, bunlardan birkaçının bir bütün teşkil edecek şekilde kiralınması amacıyla da akdedilebilir¹⁶. Bu bakımdan bir tek malın ya da hakkın ya da birden fazla malın veya hakkın yahut mal ve hak topluluklarının (*Sach- und Rechtsgesamtheit*) hasılat kirasının konusunu teşkil etmesi mümkündür¹⁷. Hatta ticaret hayatında sonuncu ihtimalin daha sıklıkla ortaya

¹¹ CANSEL, s. 12; *HIGI*, Obligationenrecht. Vorbem. zum 8. Titelbis(Art. 275-304) N. 16-20, Art. 276a N. 21 vd.; *SONNENSCHNEIDER*, in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N.7 vd., 10; *KLEIN-BLENKERS*, s. 43. Türk kanun koyucusu benzer sorunları daha çok "toprak reformu kanunları" ile çözmeye çalışmıştır. Örnek olarak bkz. 1757 s. Toprak ve Tanın Reformu Kanunu m. 1 10-130 (Kiracılık ve Ortakçılık). Anılan Kanun, AYM'nin 19.10.1976 tarih, 1973/42 esas ve 1976/48 karar sayılı kararı ile şekil yönünden iptal edilmiştir (RG T. 10.05.1977, S. 15933). Ayrıca bkz. *ZEVKLİLER*, Borçlar Hukuku, s. 167.

¹² Kavramlar için bkz. *KLEIN-BLENKERS*, s. 33-34; *CEBULLA*, M.: Die Pacht nichtsachlicher Gegenstände, Diss., Berlin, 1999, s. 148.

¹³ *TANDOĞAN*, C. I/2, s. 3-5; *YAVUZ*, s. 366-367; *ALTAŞ*, s. 73; *ARPACI*, A.: Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2002, s. 164-165; *HIGI*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis(Art. 275-304) N. 7-8; *WEIDENKAFF*, in: PALANDT, BGB, 62. Aufl., § 581 N. 3; *KNOPPE*, H.: Betriebsverpachtung, Betriebsaufspaltung, 7. Aufl., Düsseldorf, 1985, s. 20; *SCHMIDT*, K.: Handelsrecht, 5. Aufl., Köln vd., 1999, s. 159 (*Unternehmen in toto*); *KLEIN-BLENKERS*, s. 75; *MEDICUS*, D.: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 9. Aufl., München, 1999, s. 132-133. Bir işletmenin tek başına hasılat getirme özelliğine sahip bir bölümünün hasılat kirasına verilmesi haline, bir derginin seri ilanlar bölümünün bir başkasına kiralınması örnek gösterilmektedir, BGE 57 il 160, 83 il 32, aktaran *TANDOĞAN*, C. I/2, s. 5 dn. 15. Yine bir gazetenin seri ilanlar bölümünün kiralınmasına ilişkin bir diğer karar RGZ 70, 20, 22 vd. aktaran *KLEIN-BLENKERS*, s. 75 dn. 51.

¹⁴ Bkz. sadece *TANDOĞAN*, C. I/2, s. 3; *ARAL*, s. 207-208; *HONSELL*, s. 244; *SCHMIDT*, Handelsrecht, s. 159.

¹⁵ *HIGI*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis(Art. 275-304) N. 7.

¹⁶ *HIGI*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis(Art. 275-304) N. 83.

¹⁷ *HIGI*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art. 275-304) N. 8; *TANDOĞAN*, C. I/2, s. 4-5, Yazar bu çerçevede, çeşitli malzeme, mobilya alet, makine gibi doğrudan hasılat getirmeyen taşınırın, tarımsal veya sınai bir işletmenin unsurları olarak bunlarla bir-

çıktı¹⁹ını öylemek yanlış olma²⁰acaktır. Bu durum, kiralananın hasılat getir-
me özelliğinin çoğu zaman birden fazla maddi ve gayri maddi unsurun
uyumlu bir organizasyon içinde işletilmesine bağlı olduğundan kaynaklan-
maktadır.

Hasılat kirasında kiralayan, mülkiyet hakkının kendisine bahşettiği (Mı-
6²¹/I) . kullanma ve "yaisarlanma" yetkilerini, sözleşme ile geçici bir
sure için kiracıya sunmaktadır . Kiralayan yine mülkiyet hakkının kendisi
tanıdığı "tasarruf yetki²²i"¹⁹ sayesinde, menkul ya da gayrimenkul eşyasın-
kull²³ını²⁴- vesemeleri toplamak suretiyle bundan yararlanılmasını, sözleş-
me ile diğer tarafa terk etmektedir²⁵. Keza "hakların" kullanımının vebun-
lardan yararlanılmasının devrinde de, anılan yetkilerin sözleşme ile diğer ta-
rafa terki söz konusudur²⁶.²². Ancak ticari işletme söz konusu olduğunda, ha-

tikte kiraya verilebileceği gibi. gübre, tohumluk, kömür, akaryakıt, zahire gibi kimi tüke-
tilebili²⁷ m²⁸enkull²⁹ri.n de asıl k ir³⁰ananla birlikte tüketilmek üzere hasılat k³¹arasıyla kiracıya
devredilebileceğini ifade etmiştir; aynı yönde bkz. YAVUZ, s. 367; ŞENYUZ, s. 323.

111 AKİPEK, J.: Türk Eşya Hukuku, Aynı Haklar, Birinci Kitap (Zilyetlik ve Tapu Sicili),
2. Bası. Ankara. 1972, s. 9-10, 14; ERTAŞ. Ş.: Eşya Hukuku, Ankara, 1989, s. 154.

19 AKİPEK, s. 11; ERTAŞ, s. 154.

20 Bkz. BİLGE, Borçlar Hukuku, s. 141. Yazar gerek adi kiranın ve gerek hasılat kirasının
bir şeyin kullanılmasının, ücret karşılığında "terkini tazammun" ettiğini belirterek, her iki
ilişkide de kiralayanın kira süresince aslen kendisine ait olan kullanma, yararlanma ve iş-
letme haklarını kullanmaktan vazgeçtiği, bu yetkilerinin kullanılmasını sözleşmenin karşı
tarafına terk ettiği hususlarına yerinde olarak işaret etmiştir. Bu sebeptendir ki, kullanma
ve yararlanma hakkı veren sözleşmelerde kullanılacak, yararlanılacak ve işletilecek şeyin
"devrinden" söz etmek doğru gibi gözüke de, tarafların güttüğü asıl ekonomik hedef ve
bunun hukuken düzenlenmesi göz önüne alındığında, "terk" ifadesinin kullanılmasının
daha yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bunu BK m. 270/I'n "[...]kiralayan [...] terk etme-
yi iltizam eder" biçimindeki ifadesi de destekler niteliktedir. Zira bu gibi sözleşmelerde
kiralananın devri, tarafların asıl ulaşmak istedikleri ekonomik hedef yolunda bir araç ni-
teliğindedir. Kiralanan, fiziken ya da hükmen devredilmiş olsa da, eğer devreden (kiral-
ayan) kullanma ve yararlanma haklarını kullanmaktan vazgeçmezse bu devrin de önemi
kalmaz. Kiracı bakımından kiralananın fiziken elde edilmesinin yeterli olmadığı, bununla
birlikte ondan istifade imkanının şartlarının gerçekten sağlanmış olmasının en az bunun
kadar önemli olduğu açıktır, karşı. BK m. 272 (yTBK m. 360). CANSEL de "bir işletme-
nin itibarı, şöhreti, verim kabiliyetinin idamesi, müşterilerinin muhafazası, gibi hayatiye-
tini temin eden maddi ve gayri maddi unsurlar, kira akdi ile, kiracıya terk edilmektedir"
demektedir. s. 93.

21 Karş. AYİTER, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri. Ankara, 1981, s. 206, 210 vd.;
TEKİNALP, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Bası. İstanbul. 2002, § 14 N. 77, § 15 N. 28.

22 Diğer yandan. hukuk sistemimizde gerek satım gerek adi kira ve hasılat kirası gibi söz-
leşmelerin (borçlandırıcı işlemlerin) geçerli olarak yapılabilmesi için borçlunun satılan ya
da kiralanan eşyanın veya hakkın sözleşmenin yapıldığı tarihte maliki/sahibi olması ge-
rekmediği (bkz. EREN. F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul. 2008,
s. 159, 163-164; TEİD NAY, S. S.JAKMAN, S.JBURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Borçlar
Hukuku. Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 47; TANDOĞAN, C. U2, s. 208:
SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS. § 581 N. 122: KAHVECİ, N.: Alt Kira ve Kira-

sılat kirası ile devredilen yetkileri, salt mülkiyet hakkı bağlamında açıkJamak yanlış olacaktır. Nitekim ticari işletme kirası, işletmenin duran malvarlığına sahip olmayan bir kişinin işletmeci haline getirildiği hukukî ilişki olarak da nitelendirilmektedir²³. Bu bakımdan hasılat kirası ile kiracının elde ettiği yetkiler bakımından "işletme *işletme hakkı*" üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır²⁴.

Kiracı, hasılat kirası sözleşmesi ile *şamf nitelikte* bir kullanma ve yararlanma hakkına kavuşmakla birlikte²⁵, hasılatı ve semereleri devşirdiği anda bunların da maliki olmaktadır²⁶. Bu durum bütünleyici parça sayılan doğal hasılatlar bakımından, bunların asıl eşyanın malikine ait olacağına ilişkin MK m. 684/I ve 685/1'de de ifade edilmiş olan kuralın bir istisnasıdır. Böylece kiracıya başkasının mülkiyetindeki malın hasılatlarını toplayıp, bunlara malik olma imkanı tanınmıştır⁰. Alman MK, Türk-İsviçre :MK'larının aksine bu hususum. 956/I c. 1'de özel olarak düzenlemiştir⁸. Buna göre "*malik bir başkasına, hasılatları ya da diğer bütünleyici parçaları sahiplenme (mülkiyetine geçirme) izni vermişse, bu kişi o şeyler üzerindeki mülkiyeti, eğer zilyetlik kendisine devredilmiş bulunmakta ise bunların asıl şeyden ayrıldıkları anda, eğer henüz zilyet değilse de zilyetliği kazandığı anda edi-*

nın Devri, İzmir, 2005, s. 9-10), hatta adi kira bakımından kiralananı alt kiraya verme yetkisinin BK m. 259/I'de (yTBK m. 322/1) kiracıya prensip olarak tanındığı (ancak karşı. 6570 s. GKK m. 12/I; yTBK m. 322/11), hasılat kirasında da alt kiralananın izni ile kural olarak mümkün olduğu (BK m. 284/1; yTBK m. 366/1) vurgulanmak gerekir. Bir diğer deyimle, adi kira ile hasılat kirasında devredilen kullanma veya/ve yararlanma haklarının mutlaka kiralayanın *kendisine ait* bir mülkiyet ya da hak sahipliğinden kaynaklanmak zorunda olmadığı ortaya çıkmaktadır. Alt kirada, asıl kiracının gerek BK m. 259/1 (yTBK m. 322/I) ile 284/1 (yTBK m. 366/1), gerek 6570 s. GKK m. 12/I'de (yTBK m. 322/11) belirtilen şartların oluşması üzerine, asıl kiralayanın üst kira sözleşmesi ile gerçekte kendisine tanımış olduğu kullanma veya/ve yararlanma haklarını alt kiracıya devir imkanına kavuştuğu ifade edilebilir. (Asıl) kiracı böylece müteakip bir devir konusunda yetkilendirilmiş bulunmaktadır. Ancak burada da, alt kiracıya devredilen hakların kökeninin, esasında asıl kiralayanın mülkiyet hakkına/hak sahipliğine uzandığı görülmektedir.

²³ SCHMIDT, Handelsrecht, s. 159.

²⁴ Bkz. aşağıda § 2 III.

²⁵ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 12; YAVUZ, s. 366; ALTAŞ, s. 75; ESSERWEYERS, s. 193.

²⁶ CANSEL, s. 7.

²⁷ OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.: Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2009, s. 246.

^D Menkul mülkiyetinin devren kazanılması hakkında bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 588 vd. Alman hukukunda Alman MK. m. 956'nın hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş bunu menkullerde mülkiyetin, zilyetliğin devri yoluyla kazanılmasının (MK m. 763/I) bir özel hali olarak nitelendirmekten yanadır, bkz. SONNENSCHEN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 171; BASSENGE, P., in: PALANDT, O., Bürgerliches Gesetzbuch, 51. Aufl., München, 1992, § 956 N. 1. Aynı sözleşmeler hakkında bkz. TEKİNAYIAKMAN/BURCUOĞLUALTOP, s. 54-55.

uür"² Bu ²Likümden hareketle, hasılat kirası sözleşmesi yapılırken kiralayanın kiracı ile aynı zamanda bir tasarruf işlemi de (aynı sözleşme) yaptığı ve bu suretle henüz bağımsız hale gelmemiş hasılat ile hasılatların, bunlar asıl şeyden ²bağımsız hale geldikleri anda (geciktirici şart) kiracının mülkiyetine geçmesine izin verdiği kabul edilmektedir. Söz konusu aynı sözleşme, hasılat kirası sözleşmesi ile birlikte zımnen akdedilmekte ise de hukukî varlığı, gerçekte bundan bağımsızdır³⁰. Bir başka deyişle kiracının, devşirdi² hasılat ve hasılatlar üzerindeki mülkiyeti, bir taahhüt işlemi olan hasılat kirası sözleşmesine³¹ değil, bu sözleşme ile aynı anda verilen ve bir tasarruf işlemi (aynı sözleşme) niteliğindeki "sahiplenme (mülkiyetine geçirme) iznine" (*dingliche Aneignungsgestattung*) dayandırılmaktadır³². Hasılat kirasına dahil olan "haklar" bakımından ise, bunlarda zilyetlik söz konusu olmadığından kiralayanın kiracıya, hakları kullanma (*Ausübungsermächtigung*) ve özellikle de tahsil yetkisi (*Einziehungsermächtigung*) verdiği ifade edilmektedir³³.

Hasılat kirasında kiralananın devrinden ilk bakışta her ne kadar bunun maddi anlamda devri anlaşılabilir, burada asıl söz konusu olan kiralananın "yararlanma hakkının" devridir. Şeyin veya hakkın bizatihi devri ile güdülen asıl maksat, kiracıya semerelerden yararlanma imkanını tanımaktır. Bu açıdan hasılat kirasının *hukuksal anlamda konusu*, kiracının semerelerden yararlanma hakkıdır (*Fruchtziehungsrecht*). Ancak burada kiracıya soyut bir yararlanma imkanının devredildiği, bir başka deyimle somut bir semerenin devrinin söz konusu olmadığı da ifade edilmelidir. Zira hasılat kirasında kiralayan, satım sözleşmesinden farklı olarak belli bir sonucu (*Erfolg*) borçlanmaz. Kiralayan, sözleşme ile güdülen hedef olan hasılat elde etmenin maddi ve gayri maddi araçlarını devretmekle yetinir. Kiralayan ekonomik bütünlüğü oluşturan unsurları devrederek işletmeyi devretmiş olmakta ve kiracı da bunun üzerinde işletme hakkını kullanmaktadır³⁴. Sözleşmeye uygun bir işletme neticesinde hasılatın hiç ya da beklendiği gibi elde edilememesi,

Alt hasılat kirasında alı kiracıya verilen sahiplenme (mülkiyetine geçirme) izni ise Alman MK m. 956/II'de düzenlenmiştir.

³⁰ SONNENSCHNEIN. in: STAUDINGERS. § 581 N. 171; HARKE. in: MüKo-BGB. § 581 N. 3. Ayrıca bkz. TEKINAYIAKMANIBURCUOĞLUALTOP. s. 55.

³¹ Bu yönde bkz. CANSEL, s. 7.

HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 3. "dingliche Aneignungsgestattung": BOLLER, s. 11; SONNENSCHNEIN. in: STAUDINGERS. § 581 N. 171; WILHELM. J.: Sachenrech. 3. Aufl., Berlin. 2007. s. 372 N. 946 vd; BREHM, W./BERGER. C.: Sachenrech. 2. Aufl., Tübingen, 2006, s. 455 N. 5 vd.; ESSERJWEYERS. s. 193; WIELING, H. J.: Sachenrech. 8. I. Sachn. Besitz und Rechte an beweglichen Sachen. 2. Aufl. Berlin vd., 2006, s. 464 vd.

³³ HARKE. in: MüKo-BGB. § 581 N. 3.

³⁻¹ CEBULLA. s. 148.

kiralayan açısından kural olarak bir borca aykırılık hali teşkil etmez. Bu bakımdan kiralananın kira sözleşmesi süresince gerçekten hasılat getirip getirmemesi kiracının üstlendiği bir risktir. Bu riskin sözleşmede kiralayan tarafından açıkça üstlenilmesi mümkün olduğu gibi, iştirakli ki_?_ar_?_aş!mlarak taraflar arasında ekonomik anlamda paylaştırılması da mümkündür' .

Hasılat kirası sözleşmesi, kullanma ve yararlanma hakkı veren diğer sözleşmeler arasında yukarıda da işaret edilmiş olduğu gibi maddi konusu bakımından özellik arz eden bir sözleşmedir. Bunlardan en önde geleni, kiralananın hasılat (karş. MK m. 685) getirmesinin, sözleşme tipine özgü bir zorunluluk olmasıdır (BK m. 270/I; yTBK m. 357/1)³⁶. Daha önce de ifade edildiği gibi hasılat kirasının konusunu hasılat getiren bir menkul veya gayrimenkul eşya ya da bir ticari işletme yahut haklar oluşturabilir. Bu yüzden, hasılat vermeyen bir malın ya da hakkın üçüncü bir şahsa devri, sözleşmenin diğer bütün unsurları tamam olsa bile hasılat kirası sözleşmesi sayılamayacağı gibi, hasılat getirme özelliği bulunan haklar ve ticari işletmeler de nitelikleri gereği adi kiraya konu olamazlar³⁷. Esasen adi kiranın da konusunu teşkil edebilen menkul ve gayrimenkuller ancak hasılat getirmeleri kaydıyla hasılat kirasına konu olabilirler³⁸. Diğer yandan hasılat getirme özelliği olan bir şey bu özelliğinden bağımsız olarak da kiralanabilir ki, bu durumda adi kira söz konusu olacaktır³⁹. Bir diğer anlatımla tarafların hasılat kirası sözleşmesiyle ulaşmak istedikleri ekonomik ve hukukî netice, bir *bedel* karşılı-

³⁵ MED!CUS, s. 133; VOELSKOW, R.: "Zur Abgrenzung von Miete und Pacht", NJW 1983, s. 910; TANDOĞAN, C. U2, s. 112-113 dn. 9b; CANSEL, s. 60; ALTAŞ, s. 104; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 295.

³⁶ CANSEL, s. 4; ALTAŞ, s. 73-74, 235; TANDOĞAN, C. 1/2, s. 2-3; ŞENYÜZ, s. 323; HIGI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis(Art. 275-304) N. 7; STUDER, B., in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, (Hrsg. HONSELL, H./VOGT, N.P./WIEGAND, W.), Art. 1-529, 3. Aufl., Basel, vd., 2003, Art. 275 N. 1-2; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 8, 165; WEIDENKAFF, in: PALANDT, BGB, 62. Aufl., § 581 N. 3; ESSER/WEYERS, s. 192. Alman MK'nın hazırlık çalışmaları sırasında, hasılat kirası konusu şeyin (*Gegenstand*) hasılat getirmesi özelliğinin bulunması şartının, -İsviçre ve Türk BK'nun aksine- Alman MK m. 581/I'e açıkça yazılmasından bilerek imtina edildiği ifade edilmektedir. bkz. SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 2.

³⁷ CANSEL, s. 4; TANDOĞAN, C. U2, s. 3. Hasılat getirmeyen araç. gereç vs.'nin hasılat kirasına konu olması, bunların ancak hasılat getiren bir işletmenin unsuru olarak birlikte kiralanması halinde olduğu gibi dolaylı yoldan mümkündür, bkz. TANDOĞAN, C. 1/2, s. 4-5; YAVUZ, s. 367; OSERJSCHÖNENBERGER, Art. 275 N. 2; REYMOND, C.: Schweizerisches Privatrecht VIUL, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, 7. Band, 1. Halbband, (Hrsg. VISCHER, F.), Basel. Stuttgart, 1977, s. 260.

JH
³⁸ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 4-5.

³⁹ TANDOĞAN, C. U2, s. 7; ARAL, s. 208.

ğında mal ya da hak üzerindeki *kullanma ve yararlanma hakkının devri* Şek. 40
linde ortaya çıkmaktadır. da fayda vardır

Bunoktada "hasılat" kavramı üzeri*nde kısaca d u r u l m a ş z e l l i ğ i o l a n " h a s
Hasılatkirası söz konusu olduğunda kiralananın zo n l u ı y a n M K m . 685
lat" kavramı bakımından "doğal ürünler" kenar başlığını iş nan malın veya
yo gösterici ir 4 t B K m . 270/1'de (yTBK m. 357/1) kira a
hakkinhasılatvermesinden bahsedilmiş olmasına ragme,, anılmamış olması.
olaraksadece "semerelelerden" söz edilmiş ve "has latın dilmiş olduğu gibi
nına slında BKm. 270/II'de de (yTBK m. 357/II) işaret e Z?O/l'in (yTBK
bir unutm eseri olduğu belirtilmektedir. Bu sebeple B mi n [...] hasılat
m. 357/0, lsv içre BK m. 275/I'e uygun olarak "(...] kira a y a e f e l e r i n i n d e v ş i -
veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve hasılat ile s k' 42 BKm. 270
rilmesini terketmeyi iltizam eder" şeklinde anlaşılması gere 1 a ramı ile de
(yTBKm. 357) "hasılat" terimi ile hukukı ürünleri, semerelde edilen doğal
doğal ürünlerikasdetmiştir⁴³. Doğal ürün, dönemsel ol ak " etler gereği on-
ürünler (Erze gnis ile bir şeyin özgülediği am ca go le ; Ertragnis) (MK
dan elde ed il m e s i u y g u n g ö r ü l e n d i ğ e r v e r i m l e r d i r v e r i m l e r o l u p
m. 685/II) • Hukukı ürün ise dönemsel olarak elde ed l n ısıyla elde edi-
(MKm. 685/II), mallar ya da haklardan hukukı işlemler d d . ' n d a (yTBK
len dönemsel gelirler olarak tarif edilmektedir⁴⁵. BK m.

4 o C'ANSE L s. 1 ARSEBÜK satım, bağışlama gibi " m ü l k i y e t m t e m l i r ' ı n " m e n f a a i l e n n
leşmelerin yanında, adi kira, hasılat kirası, karz, ı y e t g i ? . ı s ö z . A k i t T i p l e r i E t r a f ı n d a
tem/iki" amacı güttüğünü ifade etmiştir, ARSEBÜK, E.: Hususı
incelemeler", AUHFD. Y. 1949, C. 6, S. 1, s. 3. arasındaki terminoloji

41 TANDOĞAN, C. 1/2, s. 3. Bu noktada MK m. 685 ile m. 804/111
farklılığına da dikkat çekmek gerekir.

41 TANDOĞAN, C. 1/2, s. 3; YAVUZ, s. 367.

43 TANDOĞAN, C. 1/2, s. 3; BOLLER, s. 68.

44 Karş BOLLER s. 71 v d •

45 7?-78; YAVUZ, s. 367 •
TANDOĞAN, C. 1/2, s. 3-4; CAN EL, s. 6; ALTAŞ, s. ? l-72. Hasılat k 1
OĞUZMANİSELİÇİİOKTAY-ÖZDEMİR, s. 245-246; BOLLER, S N N E N S C H E I N , m :
bağlamında hasılat kavramı hakkında bkz. ayrıca

STAUDINGERS, § 581 N. 161, 166 vd. . .

k değildir. Dönemsel-
Hukukı ürünün tanımında geçen "dönemsel" ifadesinin anlamıacı "bi özellikler taşıyan
lilc özelliği, hukukı ürüne, daha çok, hasat ya da yavrulama z m : n l r ü n , kira ya da faiz
doğal ürünlere kıyasen aktarılm ş - g ö _ ü k m k t e d i r . O y s a h e r a t ü n n i t e l i ğ i n d e o l m a m
gelirleri gibi dönemsel olmayabilir. Önemli olan bunun doğ . . belli bir zamana (do
ve hukukı işlemler yoluyla ortaya çıkmasıdır. H k u k ı iş l e m l e r i n d e e k o n o m i n i n i ş l e y i ş i v e
nemselliğe) bağlanması kural olarak mümkün de ğ ı l d ı r . B u ü z e _ d e t u t u l a r a k , k i r a l a n a
ticari işletmelerin kendilerine has dinami özel k ı k l e r i d e g ; ü n d ü z e n l i b i r i ş l e t m e f a
nın ekonomik vesözleşme! tahsisga y s ı d e d i k k a t e a d . ı l d e d e h e t ü r l ü h a s ı l a t (k a r ş . A l
aliyeti sonucunda o şey tarafından getirilmesi olağan go k ın hukukı hasılat olarak
man MK m. 581/1 c. I), bunun ortaya çıkış zamanına bakma sız
kabul edilmelidir.

m. 357 vd.) yer alan hasılat ve semere kavramlarının türü, miktarı, devşirme zamanı gibi hususlarda ziraat ve işletme bilimlerinin verileri kadar, kira konusu mal ya da hakkın tahsis gayesi ve tarafların iradeleri de rol oynar⁴⁶. Ürün kavramının diğer bir belirleyici özelliği, bunun aslın cevherini tüketmeden elde edilme özelliği ve gerekliliğidir (*usus fructus salva rei substantia*). Ürün kavramının hukuksal içeriği, cevherin korunması esasıdır⁴⁷. Bir diğer deyimle aslın tamamen tüketilmesi, *ürün devşirilmesi* olarak kabul edilemez⁴⁸. Bu husus özellikle satım sözleşmesi-hasılat kirası aynı bakımından olduğu kadar⁴⁹ kiracının işletme borcu ve hakkının (BK m. 279/1, 278/1, 289, 292/1-II; yTBK m. 365/1, 364/1, 372/1-m sınırını teşkil etmesi bakımından da önem taşır⁵⁰. Ürün kavramı bundan başka gerek hasılat kirası süresince ve gerek sözleşmenin sona ermesinin sonuçları bakımından da önem taşımaktadır. Buna göre örneğin "nitelikleri itibarıyla malın doğal verimi veya hasılatı sayılmayan bütünleyici parçaları malike ait" olacaktır (MK m. 804/III)⁵¹.

Ürün kavramı muhasebe hukuku bakımından da önem taşır. Bu çerçevede TK m. 66/1'de (yTTK m. 64/1, 72/1) yer alan "[...] her iş yılı için elde edilen neticeler [...]" (dönem sonucu, hasılat-gider hesapları)⁵² ifadesi yol gösterici olabilir. Aynı şekilde TK m. 76/1'de de (yTTK'da karşılığı yoktur) işletme hesabı defteri düzenlenirken bunun sağ tarafına "hasılatın" kaydolunacağı ve bunun da "emtia satışları, hizmet mukabili alınan paralar ve işletme faaliyetinden doğan diğer hasılat" olduğu öngörülmüştür. Sözleşme çerçevesinde, ticari işletmenin para ya da para ile ölçülmesi mümkün menfaatler anlamında hasılat getirme kabiliyeti önemli olduğundan, muhasebe hukuku anlamında hasılatın "o işletmenin belli bir hesap döneminde o döneme

⁴⁶ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 275 N. 1; ALTAŞ, s. 237; BİLGE, Borçlar Hukuku, s. 142.

⁴⁷ BOLLER, s. 73.

⁴⁸ CANSEL, s. 6. BOLLER, cevherden (*Substanz*) hasılat getiren şeyin (kiralananın) ekonomik tahsis tarzının anlaşılması gerektiğini ve bunun mutlak olmadığını, belli bir ölçüde tarafların iradesine de bağlı olduğunu ifade etmektedir, s. 72. OPPIKOFER de 15. YY'da yapılan bir tuğla ocağı hasılat kirası sözleşmesinde kiracının işletmenin toplam değerini düşürmeye yönelik eylemlerinin hem haklı nedenle feshi, hem de doğan zararın tazmini borcunu doğurduğunu belirtmektedir, s. 75.

⁴⁹ Bkz. CANSEL, s. 32 vd.; ALTAŞ, s. 242 vd.; ZEVLİLİLER, Borçlar Hukuku, s. 165; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 275 N. 9; BGE 86 I 229,233; ayrıca bkz. BK m. 184/11 (yTBK m. 209/11). Bkz. aşağıda § 51.

⁵⁰ CANSEL, s. 6; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 283 N. 2. Bkz. aşağıda § 7 III.

⁵¹ CANSEL, s. 7. Bkz. ayrıca HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 3.

⁵² Bkz. KARAYALÇIN, Y.: Muhasebe Hukuku, Ankara, 1988, s. 41.

ait işletme faaliyetleri dolayısıyla elde edilen hasılat, dönem giderleri çıkarılarak önce geriye kalan tutar (gayri safi kar)" anlaşılması mümkündür .

Ürün kavramının, birçok maddi ve gayri maddi unsurun bir girişimci tarafından belli bir organizasyon çerçevesinde, gelir sağlama amacına sürekli şekilde tahsis edilmesi ile ortaya çıkan ve bu haliyle bir mallar ve haklar topluluğu olan⁵⁴ ticari işletme açısından, bunun özellikleri göz önünde tutularak ele alınması gerekir. Bir ticari işletmenin, kendi faaliyet konusuna göre ürünler sağlaması beklenir. Zira ticari işletmenin işletilmesi sürecinde doğal ürünler elde ediliyor olsa da (örneğin -ticari işletme niteliğindeki- bir tarım işletmesinde (TK m. 13/I b. 1; yTTK'da karşılığı yoktur; TST m. 14/II) elde edilen her türlü ziraat ve/veya hayvansal ürün), bununla güdülen amacın, işletmecinin bu ürünleri olduğu gibi kullanması ya da tüketmesi olmadığı açıktır. Ticari işletme içinde bunun gibi ve diğer türlü mal (ürün) ya da hizmet üretimi ya da ticareti yapılsa da nihai hedef, bunları hukukî işlemlerle değerlendirerek, para ya da para ile ölçülmesi mümkün menfaatler (hasılat) elde etmektir. Bu, ekonominin ve ticari işletmelere özgü "gelir sağlama amacı" unsurunun (TST m. 14/II) bir neticesidir⁵⁵. Böylece ticari işletme bakımından işletme faaliyeti ile güdülen amacın esasen sadece mal ya da hizmet, ki bunlara geniş anlamda ürün de denebilir, üretmek değil, bunun hukukî işlemler yoluyla paraya ya da para ile ölçülebilen diğer menfaatlere (hasılat) çevirmek olduğu ortaya çıkmaktadır. Sadece mal ve hizmet alım satımı (ticaret) yapan işletmeler bakımından ise, teknik anlamda bir doğal ya da hukukî üründen bahsedilmesi, pek mümkün gözükmemektedir. Zira bunlar yaptıkları hukukî işlemlerle gelir elde etmektedirler ve bunun teknik anlamda bir hukukî ürün olmadığı açıktır⁵⁶. Alman hukukunda da işletme gelirlerinin (*Untermehmengewinn*) doğal ürün mü yoksa hukukî ürün mü olduğu tartışmalıdır⁵⁷. Alman Federal Mahkemesi 1952 tarihli bir kararında işletmeden elde edilen gelirlerin doğal ürün sayılamayacağını, bunların hukukî ürüne daha yakın olduğunu belirtmiştir⁵⁸. *WIELING* de hakim görüşün bu nevi gelirleri doğal ürün olarak nitelendirmediğini, zira ticari işletmenin bir "eşya" olmadığını, ama aynı zamanda bunların hukukî ürün olarak görülmesinin zor olduğunu, zira işletmenin bir "hak" da olmadığını belirtmektedir. Bu

⁵³ KARAYALÇIN, Muhasebe Hukuku, s. 114; KLEIN-BLENKERS, s. 42.

⁵⁴ Bkz. aşağıda § 2 il 3 B, C.

⁵⁵ Ticari işletmelerin TST m. 14/11 gereği gelir elde etmek zorunda olduklarını söylemek yanlış olacaktır. Bu bir "yükümlülük" değil "vasıftır". Tüzük bu düzenlemesi ile sadece, ekonomik gerçeği müessesenin hukukî niteliği haline getirmiş, bir diğer deyimle ekonomik gerçeklik hukuk düzeni tarafından da üstlenilmiştir.

⁵⁶ ÖZEN, B.: "Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak 'Ticari İşletme'", Ünal TEKİNALP'e Armağan. İstanbul 2003, C. II, s. 724.

⁵⁷ WIELING, s. 110.

⁵⁸ BGHZ, 7,208,218.

yüzden de bir nevi "kullanım menfaati" (*Gebrauchsvorteil*) olan işletme gelirleri hakkında, Alman MK m. 99'un değil, m. IOO'nün **kıyasen** uygulanması amaca daha uygun olacaktır⁵⁹. İşletme gelirlerinin, doğal **ürün-hukuki** ürün ayrımında bunlardan birisine kategorik olarak dahil edilememesinin nedeni, işletme gelirlerinin büyük oranda işletmecinin kişisel yetenek ve performansı ile ilgili olması ve gelirlerin işletmenin ürettiği ürün olmayış>, işletmecinin kişisel performans ve çalışmasının sonucu ortaya çıkmasıdır . Bir diğer deyimle ticari işletme söz konusu olduğunda saf bir üretimden çok, bunların değerlendirilmesi/işlenmesi daha çok önem kazanmaktadır. Bu nedenlerle BK m. 270 (yTBK m. 357) ile MK m. 685'de yer alan "semere/hasılat" kavramlarını dar yorumlamanın ve bu tanıma uymayan menfaatleri kapsam dışında tutmanın özellikle ticari işletme söz konusu olduğunda amaca uygun olmadığı açıktır. Sonuç olarak dar ve teknik anlamda hukuki ürün olmasalar da mal ve hizmet alım-satımı (toptancılık ya da perakendecilik), "ticaret" sonucu elde edilen menfaatlerin de, "hukuki ürün benzerleri" olarak "hasılat" kavramı içinde görülmesi gerekir.

Sonuç olarak ticari işletme söz konusu olduğunda ortaya çıkan doğal ya da hukuki ürünleri, bunların ortaya çıkmasına aracılık eden maddi ya da gayri maddi unsurun ürünü olarak değil, bizzat işi işletmenin ürünü olarak görmek gerekir. Hal böyle olunca ticari işletme kirası bakımından BK m. 270'deki (yTBK m. 357) hasılat kavramını, işletme faaliyeti neticesinde ortaya çıkarılan doğal ve/veya hukuki ürünlerin işletmenin konusuna uygun biçimde işlenmesi sonucunda elde edilen para ya da para ile ölçülmesi mümkün her türlü menfaatler (karş. 193 s. GVK m. 2 b.1, 37/l; 5520 s. KVK m. 1/2, 6/2 c. 1) şeklinde anlaşılması gerekir⁶¹. İşletmenin hasılat getirme kabiliyetinin bulunması yeterli olup, bunun gerçekten de hasılat getiriyor olması zorunlu değildir. Bu bakımdan hali hazırda zarar eden bir işletmenin dahi hasılat kirasına konu olması mümkündür (ancak karş. BK m. 272/1, 19/11 ve 20/1; yTBK m. 360/1, 27/1).

Hasılat kirasının kullanma ve yararlanma hakkı veren diğer sözleşmelere göre arz ettiği diğer bir husus ise, kiracının kiralananı *işletme* yükümlülüğünün (*Betriebspflicht*) bulunmasıdır (BK m. 278/1; yTBK m. 364/1)⁶². Hasılat

⁵⁹ WIELING, s. 110.

⁶⁰ BGHZ 7, 208, 218.

⁶¹ Bu karşılaştırmanın, ticari işletmelerde gelir cephesinin pozitif hukuktaki karşılığından yararlanmak amacıyla yapılmış olduğu belirtilmelidir. Yanlış anlamaları önlemek amacıyla, bununla BK m. 270 (yTBK m. 357) anlamında hasılatın sadece vergiye tabi kazançlardan oluştuğunun ve bunun vergi mevzuatının ilgili hükümlerine göre hesaplanacağına kastedilmediği de ayrıca ifade edilmelidir.

⁶² **Bkz.** CANSEL, s. 94; ALTAŞ, s. 238; ŞENYÜZ, s. 323; OSERJSCHÖNENBERGER, Art. 275 N. 1; KOLLER, A., in: GUHL, T., Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich, 2000, s. 411 N. 36; REYMOND, in: VJSCHER, Obligationenrecht, s. 264;

kiracı kiracıya, adi kiranın (BK m. 248, 256/I; yTBK m. 299, 316/I) aksine şeyi sadece kullanma hakkını değil, aynı zamanda şeyden istifade ve bu suretle işletme hak ve borcunu da verir (BK m. 270/1, 278/I; yTBK m. 357/1, 364/1)⁶³. Hasılat kirası sözleşmesi ile güdülen ekonomik hedefin gerçekleşmesi bakımından, kiracının pasif olarak kiralananı kullanması yeterli değildir. Kiracının, emek ve durumun özelliklerine göre sermayesini de koyarak, kiralananı aktif bir şekilde "işletmesi", bir başka deyimle hasılat elde etmesi ve bunun sürekliliğini sağlaması gerekmektedir. Gerçekten adi kira, karz ve ariyet sözleşmelerinde, kiracının, ödünç ya da ariyet alanın, kiralanan, ödünç veya ariyet alınan menkul, gayrimenkul mal ile parayı işletmek bir yana, kullanma borcu dahi *bulunmamaktadır* (BK m. 248, 256 vd., 299-300, 306-307; yTBK m. 299, 301 vd., 379-380, 386-387)⁶⁴. Bu noktada sadece, hasılat getiren bir eşyanın karşılıksız kullandırma amacıyla ariyet olarak verilmesi halinde özgü olarak, ariyet alanın BK m. 300/1'de (yTBK m. 380/1) düzenlenmiş olan "*sözleşmeye uygun kullanma borcundan*" doğan bir işletme yükümlülüğünün olduğu söylenebilir⁶⁵. Ancak bu hükümle de gerçek bir işletme borcunun öngörülmesinden çok, ariyet alanın kullanım ve işletmesinin sınırlandırılmasının belirlenmesi amacı güdüldüğü belirtilmelidir.

Bu bağlamda olmak üzere, kiracının hasılat kirasından doğan borçlarından birisinin de kiralananı işletme borcu olduğunun Türk ve İsviçre hukuklarında tereddütsüz kabul edildiği ifade edilmelidir (BK m. 278/1; yTBK m. 364/1)⁶⁶. İşletme faaliyetinin, işletmenin türü, büyüklüğü, işletme için konulan hedefler vb. birçok değişkenden etkileneceği açık olmakla beraber, "iş-

ARZBÖCK, P. M.: Geschäftsraummierte und Untermehmenspacht unter besonderer Berücksichtigung der Bestandverträge in Kaufszentren und Wirtschaftsparks, Diss., Salzburg, 1999, karş. s. 115-116; Kiracının kiralananı işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcu hakkında bkz. aşağıda § 7 III.

⁶³ İşletme borcunun kiracı bakımından aynı zamanda bir "hak" oluşuyla ilgili olarak bkz. CANSEL, s. 93; BİLGE, Borçlar Hukuku, s. 142, 165; STUDER, in: Basler Kommentar-OR I, Art. 283 N. 2. Kiracının kiralananın hasılatlarını devşirme hakkı ile kiralananı işletme hakkında arasındaki sinallagmatik ilişki hakkında bkz. REYMOND, in: VISCHER, Obligationenrecht, s. 260.

⁶⁴ Karş. TANDOĞAN, C. 1/2, s. 293-294, 353 vd.; ALTAŞ, s. 238; HIGI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art. 275-304) N. 155 vd.

⁶⁵ Bkz. ZEVLİLER, Borçlar Hukuku, s. 254, 256. Kökleri roma hukukuna uzanan hasılat kirası müessesesinin 15. YY'a kadar ariyetten açık şekilde ayrılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir, <http://www.dhs.ch/exteme/protect/textes/d/D13705.html>, (erişim tarihi: 17.04.2006).

⁶⁶ Bkz. örneğin CANSEL, s. 94 vd.; ALTAŞ, s. 113 vd.; TANDOĞAN, C. 1/2, s. 7, 141; OSERJSCHÖNENBERGER, Art. 283 N. 1; HIGI, Obligationenrecht, Art. 275 N. 41 vd., Art. 283 N. 6 vd.; STUDER, in: Basler Kommentar-OR I, Art. 283 N. 2; KOLLER, in: Obligationenrecht, s. 411 N. 36. Kiracının "kiralananı işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcu" hakkında bkz. aşağıda § 7 ili.

⁶⁷ CANSEL, s. 94.

!etme" genel olarak, şeyin özünde gizli cevheri elde etmek amacıyla, bu özü (cevheri) tüketmeden, şeyi tahsis gayesine ve sözleşmeye uygun biçimde kullanarak hasılat sağlamak amacıyla bizzat ya da başkalarının yardımıyla yafailan teknik, ekonomik her türlü faaliyetlerin bütünü olarak tarif edilebilir⁶⁸. Kiralananın işletilmemesi, bunun ve giderek kiralayanın tabi olduğu hukukî rejimi değiştirebileceğindendir ki, konusu ticari işletme olan bir hasılat kirası bakımından işletme borcu büyük bir önemi haizdir. Ticari işletme kirası bakımından kiracının, işletmenin maksat ve mevzuu çerçevesinde, kiralayanın işletmenin unsuru olarak kendisine devrettiği ve/veya kiracının bizzat temin ettiği maddi ve gayri maddi unsurları özellikle de tedarikçi ve müşteri ilişkilerini kullanmak suretiyle üretim ve/veya ticaret faaliyetleri ile işletmenin teknik ve ekonomik organizasyonunu, sonuç olarak da işletmenin hasılat getirme kabiliyetini koruması ve sürdürmesi "işletme" faaliyeti olarak nitelendirilebilir. Alman hukukunda kiracının işletme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ise, Alman MK m. 581 vd. bu hususta açık bir hüküm içermediğinden tartışmalıdır⁶⁹.

2. Hasılat Kirasının BK ile yTBK'da Düzenlenişi

Hasılat kirası sözleşmesi⁷⁰, BK'nın sekizinci babının ikinci faslında 270.-298. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu hükümlerde öncelikle hasılat kirasının yasal tarifi (m. 270/1; yTBK m. 357/1) yapılmış ve müteakiben defter tespiti (m. 271; yTBK m. 359), kiralayanın borçları (BK m. 272-275, 283; yTBK m. 360-361, 358, 302, 309, 311), kiralananının üçüncü kişiye satımının hukukî ilişkiye etkisi (BK m. 276; yTBK m. 358, 310), kiranın tapu siciline şerhi (BK m. 277, yTBK m. 358, 312), kiracının borçları (m. 278-281, 292-293; yTBK m. 362, 364-365, 372-373), alt kira (BK m 284; yTBK m. 358, 322) ile sözleşmenin sona ermesi (m. 285-291; yTBK m. 367-371) hususları düzenlenmiştir.

Ancak yTBK'nın "kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan *yararlanılmasını* kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" şeklindeki adi kirayı tanımlayan 299. maddesi hükmünde yer alan "bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan *yararlanılma-*

⁶⁸ CANSEL, s. 7, 93.

⁶⁹ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 221-223; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 13; KLEIN-BLENKERS, s. 242 vd.

⁷⁰ yTBK, "hasılat kirası" ifadesini terk ederek "ürün kirası" ifadesini benimsemiş olmakla birlikte, çalışmanın konusunu ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi oluşturduğundan, ticari işletmeye daha çok uyan "hasılat" kelimesi tercih edilmiştir. Zira "ürün" kelimesi, zirai amaçlı kiralamaları çağrıştırmaktadır.

smı kiracıya bırakmayı" ifadeleri adi kira-hasılat kirası ayrımını güçleştirecek niteliktedir.⁷¹

yTBK'nın dikkat çeken önemli bir özelliği BK m. 274-277, 280, 283, 289 hükümlerinin muadillerine yer vermeyerek, m. 358'de "bu ayırimda hasılat kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır" şeklinde bir hüküm getirmiş olmasıdır. Çalışın?? yunca karşılığı olmayan BK hükümleri ve yTBK m. 358'in uygulanı?ı ile ilgili olarak yeri geldikçe açıklamalar yapılacaktır. Ne var ki, ilerideki tartışmaların da göstereceği gibi yTBK m. 358'in bu genelliği ile isabetli bir hüküm olmadığı ve hasılat kirasının BK'da kısmen de olsa kurulmuş olan menfaatler dengesini bozduğu ifade edilmelidir. İsviçre BK ise, bu tarzda genel bir gönderme yapmak yerine, m. 287/III, 288/1, 289ffi, 290, 299c, 300-301'de adi kiraya ilişkin ilgili hükümlere özel atıflar yapmıştır. Bir başka ifade ile hasılat kirasına ilişkin sorun belli olduğu gibi, bunu çözmeye matuf adi kira hükmü de açıkça gösterilmiştir. Bunun sorun maliyetine olumlu katkısı ise tartışmasıdır.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun hasılat kirasını (*Pacht*) düzenleyen 275.-304. maddeleri 1989 yılında değişikliğe uğramış ve bu değişiklikler 1.7.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷². Yapılan değişikliklerin temel hedefini kiracının feshe karşı korunması teşkil etmektedir. Düzenlemeler ile ifa etmeme, maddi ayıp, kiralananın el değiştirmesi, alt kira ve kiralayanın hapis hakkına ilişkin bir takım yenilikler de getirilmiştir. Ziraı işletmeler ile ziraı kullanım amacı taşıyan gayrimenkullere ilişkin hasılat kirası sözleşmeleri ise, uygulamadaki öneminden dolayı 1985 yılında ayrı bir kanun olan Ziraı Hasılat Kirası Kanunu'nda (*Landpachtrechtsgesetz*) düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan Kanun hükümleri, İsviçre BK m. 275-304'e göre özel kanun niteliğinde olup, ilgili olduğu alanlarda öncelikle uygulanırlar⁷³. yTBK'nın gerek adi kiraya ve gerek hasılat kirasına ilişkin düzenlemeleri hazırlanırken de, büyük ölçüde İsviçre BK'nın ilgili düzenlemelerinden istifade edilmiş bulunmaktadır.

İsviçre öğretisinde, kanun koyucunun İsviçre BK m. 275-304'de, konusu maddi şeyler olan hasılat kirasını (*Sachpacht*, /*dealtyp*) esas olarak düzenlemeler yaptığını, bu yüzden anılan düzenlemelerle, kiraya konu olabilecek diğer mal, hak ve mal ve hak topluluklarını da kapsayacak, bunlara da doğrudan uygulanabilecek şekilde genel bir "hasılat kirası müessesesi" kurulmadı-

⁷¹ yTBK m. 299'un eleştirisi için bkz. GÜMÜŞ, M. A.: "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), İstanbul, 2011, s. 22.

⁷² Bkz. Bundesblatt 19851, s. 1389 vd.; Amtliche Sammlung 1990, s. 802 vd.

⁷³ STUDER, in: Basler Kommentar-OR 1, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art. 275-304) N. 1, Art. 275 N. 4; HONSELL, s. 243.

ğı ifade edilmiştir⁷⁴. Aynı husus hiç şüphesiz BK ve yTBK için de geçerli kabul edilmek gerekir. *ALTAŞ* da kanun koyucunun, eski dönemlerde büyük önem taşıyan zirai işletmelerin kiraya verilmesi üzerine bir sistem kurduğunu ifade etmektedir⁷⁵. Bu sebeptendir ki gerek sözleşme konularının çeşitliliği ve gerek bunların da her somut olayda farklılık arz edebilecek olmaları, BK m. 270 vd.'nın (yTBK m. 357 vd.) uygulanmasında yorum ve kıyas zorunluluklarını beraberinde getirecektir. Öyle ki BK m. 270 vd.'nda (yTBK m. 357 vd.; İsviçre BK m. 275 vd.) hak kirasına ilişkin olarak, hasılat kirasının tanımının yapıldığı m. 270/I (yTBK m. 357/I) hariç hiçbir norm öngörülmemiştir⁷⁶. Bu çerçevede sözleşme konusunun, hak, haklar topluluğu ya da mal ve haklar topluluğu gibi maddi varlığı bulunmayan şeyler olması halinde, BK'nın hasılat kirasına ilişkin normlarının uygulanmasında, bunların esasen maddi varlığı olan şeyler göz önünde tutularak konulduğunun dikkatten kaçmaması gerektiği de ifade edilmektedir⁷⁷.

Bu bağlamda MK' daki, hasılat kirasını ilgilendiren bazı hükümlere değinmekte de fayda vardır. Buna göre, kısıtlının MK m. 462 b. 6'da "bir yıl veya daha uzun süreli hasılat [...] kirası sözleşmeleri" yapması vesayet makamının iznine bağlanmıştır. Bu hükümde sözleşmenin konusunun aslında bir ticari işletme olabileceğinden açıkça bahsedilmemiş olması, bir eksiklik olmakla birlikte, kısıtlının menfaatlerinin korunması gereği ve MK m. 463 b. 3'de de "bir işletmenin devralınmasından" bahsedilmiş olması cihetiyle, m. 462 b. 6'yı ticari işletmeyi de kapsayacak biçimde anlamak mümkündür. Aynı içerikte bir düzenleme getiren Alman MK m. 1822 b. 4' de ise bir ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesinden açıkça bahsedilmiştir. Yine doğrudan ticari işletmeler ile ilgili olmamakla beraber MK m. 691/I'e göre paylı mülkiyet halinde "[...] hasılat kirasına ilişkin sözleşmelerin yapılması veya feshi [...] için pay ve paydaş çoğunluğuyla karar verilmesi gerektiği" belirtilmelidir. Bunun gibi MK m. 1009/1'de BK m. 277'ye (yTBK m. 358, 312) paralel olarak hasılat kirasına işletmeye dahil bir taşınmazın da konu olması halinde sözleşmenin tapu siciline şerh verilebileceği ifade edilmiştir⁷⁸.

⁷⁴ *HIGJ*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art. 275-304) N. 36, ayrıca bkz. N.42.

¹⁵ *ALTAŞ*, s. 86. İsviçre kanun koyucusu hasılat kirasının tarım işletmeciliğinde taşıdığı özel önemden dolayı Ekim 1985'de özel Zirai Hasılat Kirası Kanunu'nu çıkarmıştır. Bu yüzden artık İsviçre BK m. 275 vd.'nın "zirai hasılat kirası" sistemine dayandığı kolaylıkla söylenemez, bkz. *STUDER*. in: Basler Kommentar-OR I, Art. 276a N. 1 vd. Keza Alman MK da zirai hasılat kirasına ilişkin hususları genel hasılat kirasından (bkz. § 581 vd.) ayrı olarak §§ 585-597'de ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir, bkz. *PIKALO*, *A.IJEJENSEN*, v. U., in: *STAUDINGERS*, § 585 N. 1 vd.; *MEDICUS*, s. 135-136.

⁷⁶ *HIGJ*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art. 275-304) N. 59.

ⁿ *HIGJ*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art. 275-304) N. 42.

⁷⁸ *OĞUZMANİSELİÇİİOKTAY-ÖZDEMİR*, s. 214.

Son olarak TK m. 11/II (yTİK m. I 1/3) ile 51/II'deki (yTTK m. 49/2) dolaylı hükümler dışında TK ile TST'de ticari işletmenin kiralanmasına (ya da bu yolla devrine) ilişkin açık hiçbir düzenlemenin yer almadığı belirtilmelidir⁷⁹. Ancak yTTK m. 356/I-2'de "işletmenin kiralanmasından" açıkça bahsedildiğine dikkat çekmek gerekir. Bu da, ticari işletme kirasının pozitif hukuk tarafından tanınması anlamını taşıdığından hiç şüphesiz oldukça önemlidir.

Görüldüğü gibi TK ve TST'de ticari işletme kirasın düzenleyen açık hükümler bulunmaması, MK düzenlemelerinin de özel bazı sorunları çözmeye yönelik olması ve BK m. 270 vd. (yTBK m. 357 vd.) düzenlemelerininise dar kapsamı ve daha çok zirai hasılat kirası göz önünde tutularak hazırlanmış olması karşısında, tarafların akdedeceği sözleşmenin ne denli önemli olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır⁸⁰.

II. Ticari İşletme

1. Genel Olarak

Ticari işletmenin hasılat kirası sözleşmesi ile devri bağlamında özellikle sözleşmenin konusunun hukukî niteliğinin ortaya konulması ve sınırlanması açısından, ticari işletmenin ticari işletme hukukundaki düzenlenişinin ele alınması zorunludur. Bu, konu bakımından olduğu kadar uygulanacak hukuk bakımından da önemlidir. Ancak aşağıda ticari işletmenin gerek içyapısı⁸¹ ve gerek eşya hukuku karşısındaki durumu⁸² hakkında müstakildeğerlendirmeler yapılacağından, bu başlık altında ticari işletmenin TK (yTTK) ve TST'de düzenlenişi üzerinde durulması uygun görülmüştür. Bir diğer deyimle burada hukuk düzenimizin bir iktisadi işletmenin "ticari işletme" olarak nitelendirilebilmesi için aradığı şartlar üzerinde durulacaktır.

2. TK ve TST Anlamında Ticari İşletme

Ticari işletme kavramı TK ve TST'de ya da diğer kanunlarda tanımlanmış değildir⁸³. Ticari işletmenin kurucu (yapısal) unsurları ise TST m. 14/II

⁷⁹ TEKİNALP, Ü.: "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", BATFDER, Y. 2008, C. XXIV. S. 3, s. 11; Benzer durum yTTK için de söz konusudur. yTİK'da ticari işletmenin hasılat kirasını verilmesini de kapsayacak şekilde yorumlanabilecek "devir" kelimesinin geçtiği hükümler m. 11/3, 49/2'dir.

⁸⁰ KLEIN-BLENKERS, s. 66 vd.

⁸¹ Bkz. aşağıda § 2 il 3 B.

¹¹² Bkz. aşağıda § 2 il 3 C.

¹¹³ TIRK'e 2003'de eklenen Ek Madde I'de "bu kanundaki ticari işletme tabiri, ticari veya sınai işletme ile Esnaf ve Sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeylerdir" denilmiştir. Bu "tanım" doktrinde oy birliği ile eleştirilmektedir, bkz. örneğin ARKAN. S.: Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2008, s. 48 dn. 6.

ile TK m. 13 (yTTK'da karşılığı yoktur) ve 17'de (yTİK m. 15) gösterilmiştir.

TST m. 14/II'de gelir sağlama amacı, devamlılık ve esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması unsurları ön görülümüştür⁸⁴. TK m. 17'de (yTİK m. 15) ise esnaf (işletmesi) tarif edilerek⁸⁵, dolaylı yoldan (*mefhumu muhalif*) ticari işletme de tanımlanmış bulunmaktadır⁸⁶. TK m. 17'yi (yTİK m. 15) esasen bir *iktisadi işletmenin* ekonomik ve organizasyonsal hacim-büyük-lüğü çerçevesinde ele almak gerekir⁸⁷. Nitekim TK m. 13'de de "işlerin hacim ve ehemmiyetinin ticari muhasebeyi gerektirmesi, işletmeye ticari ve sınıai bir müessesenin şekil ve mahiyetini vermesi" şeklinde ifade edilen ve göreceli nitelikteki "ekonomik ve organizasyonsal büyüklük/ticari şekilde işletilme şartı", TST m. 14/II'de ve doktrinde kabul edilen ve esasen subjektif olan unsurların toplamının ortaya çıkardığı bir genel tablo mahiyetindedir. Bununla birlikte anılan özelliği, esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması ölçütü bağlamında ele almak gerekir.

Doktrinde bazı yazarlarca, "bağımsızlık" ve "aleniyet", TST m. 14/II'de belirlenen unsurlar yanında ticari işletmenin diğer kurucu unsurları olarak

⁸⁴ TST m. 14'ün İsviçre TST ile karşılaştırılması hakkında bkz. BOZER, A.: "Ticari İşletme Hakkında Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme", BATİDER, Y. 1962, C. 1, S. 3, s. 366 vd.

⁸⁵ Esnaf (ve sanatkar), 5362 s. Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu (RG 21.06.2005, S. 25852) m. 3/a'da "ister gezici ister sabit bir mekanda bulunsun, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler" olarak tanımlanmış bulunmaktadır.

⁸ KENDİGELEN, A., (ÜLGEN, H./TEOMAN, Ö./HELVACI, M./İKAYA, A./İNOMER ERTAN, F.): Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, s. 142 N. 430; KARAHAN, S.: "Ticari İşletme Kavramı", BATİDER, Y. 1994, C. XVII, S. 4, s. 43.

⁸ Gerek TK m. 17'nin ve gerek yTTK m. 15' in "esnaf" şeklindeki kenar başlıkları yanlış bir izlenim uyandırmakta olup, bunun "esnaf işletmesi ve esnaf" şeklinde olması daha yerinde olurdu. Zira her ne kadar TK m. 14'ün (yTTK m. 12) kenar başlığı "tacir" olsa da burada doğrudan kişiden bahsedilmesinin nedeni daha önce gelen hükümlerde gerçek kişiler bakımından tacir sıfatının dayanağı olan "ticari işletmenin" tarif edilmiş olmasıdır. Bir diğer deyimle öncelikle ticari işletme ortaya konulmuş ve bunun akabinde tacir tanımlanmıştır. Esnaf da zorunlu olarak gerçek kişi olacağından aynen gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi öncelikle esnaf işletmesinin sonra da esnafın tanımlanması gerekirdi. Gerçek kişi tacirler bakımından uyulmuş olan bu mantıksal sıraya ne yazık ki esnaf bakımından uyulmamış ve "işletme" unsuru ihmal edilerek adeta bir "tacir-esnaf" kıyaslaması yapılmıştır. Oysa her ikisi bakımından da bir ön şart olarak ortada bir iktisadi işletme bulunması gerektiği açıktır.

sayılmaktadır⁸⁸. Bu görüşlere katılmakla birlikte, özellikle Alman hukukunda üzerinde durulan "iktisadi faaliyetin serbest meslek faaliyeti *olmaması*" şartını da ilave etmek kanaatimizce yerinde olacaktır⁸⁹. TK m. 12 ile 13/T'de örnek olarak sayılan ve yTTK'ya alınmamış⁹⁰ olan "ticarethane", "fabrika"

xs Bkz. sadece ÜLGEN. H.. (ÜLGEN, H.İTEOMAN, Ö.İHELVACI. M.İKAYA. A.İNOMER ERTAN. F.): Ticari İşletme Hukuku. İstanbul, 2006, s. 38 N. 135. Doktrinde ticari işletmenin unsurları arasında ..örgütün var olması" (BAŞTUĞ, İ./ERDEM. E.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 1993, s. 20) ve "organizasyon (örgüt)" (EREM, T. S.: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. 1, Ticari İşletme, 8. Baskı, İstanbul. 1980. s. 50) unsurlarının sayıldığı da görülmektedir.

⁸⁹ Bkz. CANARIS. C.-W.: Handelsrecht, 23. Au0.. München. 2000, s. 24 N. 2 vd.; SCHMIDT, Handelsrecht, s. 281. 283 vd.; OETKER; H.: Handelsrecht. 5. Aufl., Berlin vd., 2006, s. 12 vd.

⁹⁰ yITK'nın bu yaklaşımının gerekçeleri için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>, (erişim tarihi: 17.03.2008), s. 75-76. Ne var ki yTTK m. 850/3'de "taşımaya işleri ticari işletme faaliyetidir" denilmiş olması, her ne kadar bununla faaliyetin hacim ve önemine bakılmaksızın her türlü taşıma işini yTIK'ya tabi kılma amacı güdülüyorsa olsa da (bkz. TEKİNALP, BATİDER, Y. 2008, C. XXIV, S. 3, s. 13) bir çelişkidir. Gerekçede. fıkranın Alman TK m. 407/III'e dayandığı ifade edilmiş olrn❖❖a birli_kt❖ (bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>, s. 293, erişim tarihi: 17.03.2008) orada taşıma işlerine ilişkin hükümlerin uygulanması -diğer şartlar yanında-, bunların bir ticari işletme bünyesinde yapılmasına bağlanmış iken (f. lil b. 2), yTIK. taşıma işlerini doğrudan doğruya ticari işletme faaliyeti sayma yoluna gitmiştir. Görüldüğü gibi iki düzenleme arasında önemli bir yaklaşım farkı vardır. Zira Alman TK, hükümlerin uygulanmasını, bunların bir ticari işletme çevresinde yapılması şartına bağlayarak tatbik sahasını daraltırken, yTTK düzenlemesinde "taşımaya işleri ticari işletme faaliyetidir" denilerek taşıma işleri kitabının uygulama alanının genişletilmiş olduğunu söylemek zordur. Örneğin taşıma işi ile uğraşan bir esnafın salt m. 850/3 nedeniyle taşıma işleri kitabının kapsamına girdiğini söylemek mümkün değildir. Daha açık bir deyimle m. 850/3'ün metni, gayesi ve Gerekçesi birbirleriyle uyumlu değildirler. Bu bakımdan hükmün kişi bakımından uygulama alanının, daha açık bir şekilde kaleme alınmasına yerinde olurdu. ARKAN da "taşımaya işlerinin ticari işletme faaliyeti olduğunu belirten md. 850.3 gereksiz bir hükümdür. Eğer taşıma işi arızı olarak yapılıyorsa, zaten 851. madde uygulanacaktır. Bu hüküm karşısında, esnafın yapacağı taşıma işlerine hangi hükümlerin uygulanacağı sorusuna da cevap bulmak gerekir" diyerek hükmü eleştirmiştir, bkz. ARKAN, S.: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler", Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, BTHAE, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, s. 59. Gerçekten de açık bir kişi bakımından uygulama kuraJı olmadığından, esnaf da kapsama alınmak istenirken. "taşımaya işleri ticari işletme faaliyetidir" denilerek tamamen aksi bir sonucun doğmasına neden olunmuştur. Ayrıca bu tip bir düzenleme Türk ticaret hukukunun tekniğine de terstir. Zira eğer bu düzenleme ile belli bir faaliyetin (taşımaya işleri faaliyeti) yürütüldüğü işletme *ipso iure* ticari işletme haJine getirilmek isteniyorsa, ki lafız bu yorumu destekler mahiyettedir. bu TST m. 14/II'deki (yTTK m. 11/1) kıstasların askıya aJınması anlamına gelebilecektir. Diğer yandan hukukumuzda yürütülen faaliyetin türü o işletmenin ticari işletme niteliğini tayinde belirleyici rol oynamaz. yTTK'ya alınmayan TK m. 12-13'deki faaliyet konuları da örnek mahiyetindedir. Görüldüğü gibi meseleyi ticari işletme(acir)-esnaf işletmesi (esnaf) ayrımı yaparak dolaylı yoldan çözmek yerine. doğrudan bir uygulama alanı hükmü öngörerek çözmek daha yerindedir. Örneğin "Bu Kitap

ve "ticari şekilde işletilen diğer müessese" kavramlarını ise, "işletmenin iktisadi faaliyetlerinin muhtemel konuları" ya da "muhtemel iktisadi faaliyet çevresi" olarak değerlendirmek gerekir. Benzer anlamı TK m. 17'de (yITK m. 15) bulmak da mümkündür. Şu halde ticari işletmenin kurucu unsurlarını, gelir sağlama amacı, devamlılık, bağımsızlık, aleniyet, serbest meslek faaliyeti olmama ve esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarını aşma şeklinde sıralamak gerekir. Anılan unsurların aynı anda ve bir arada bulunmasıyla ticari işletme niteliği kendiliğinden doğacaktır. Bunlardan herhangi birisinin daimi şekilde ortadan kalması halinde ise anılan nitelik ortadan kalkacaktır⁹¹.

Ticari işletmenin tanımlanması söz konusu olduğunda TK ile TST arasındaki bazı farklara da dikkat çekmek gerekebilir. Şöyle ki, TK m. 11/I'de (karş. yITK m. 1 I /1) "ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, *ticari işletme sayılır*" denilmiş iken, TST m. 14/I'de "Türk Ticaret Kanununun 12 nci maddesinde tarif edilen ticarethane veya fabrikalar ile 13 üncü maddesinde tarif edilen ticari şekilde işletilen diğer müesseseler *ticari işletmedir*" ifadesi kullanılmış, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise "bir gelir sağlamayı hedef tutmıyan veya devamlı olmıyan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17 nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmıyan faaliyetler *ticari işletme sayılmaz*" denilmiştir. "Ticari işletmedir" ifadesiyle "ticari işletme sayılır/sayılmaz" ifadeleri arasında önemli bir hukukî anlam farkı olmadığı söylenebilirse de, TST m. 14'ün kendi içindeki ifade farklılığı, nitelendirme konusunda asıl görevin ikinci fıkradaki kıstaslara düştüğünü göstermektedir.

Ticari işletmenin belirtilen unsurları, hukuk düzeni tarafından doğrudan öngörülmemiş, işletme ve ekonomi biliminin verilerinden teknik anlamda istifade edilmiştir⁹². Böylelikle iktisadi işletme anlamında, hangi maddi olguların ticari işletme hukukunun kapsamına girdiği tespit edilmiştir⁹³. Yine belirtilmelidir ki TK ve TST bu unsurları, ticari işletme olmanın *sonucu* olarak değil, *ön şartı* olarak öngörmüştür. Bir diğer deyimle bunlar gerçekte, bir iktisadi işletmenin ticari işletme olarak kabul edilebilmesi ve buna bağlı hukukî sonuçların doğabilmesi için hukuk düzeninin tespit ettiği, aradığı vasıflar olup, ticari işletme olmaya ya da onu işletmeye bağlanmış yükümlülükler değildir. Bu açıklamaların da göstermiş olduğu gibi ticari işletmenin unsurla-

hükümleri taşıma işini üstlenen kişi hakkında, bu faaliyetin bir ticari işletme içinde ya da serbest rekli veya arızı olarak yürütülüp yürütülmediğine bakılmaksızın uygulanır" şeklinde bir hüküm öngörülmesi mümkündür. Böylece yTTK m. 851 de gereksiz olacaktır.

⁹¹ KARAHAN, S.: Ticari işletme Hukuku, 19. Baskı, Konya, 2010, s. 16-17.

⁹² Karş. BAŞTUĞİERDEM, s. 18; ARSLANLI, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1960, s. 16-17, 19.

⁹³ MEIER-HAYOZ, A. IFORSTMOSER, P.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht. 9. Aun., Bern, 2004. s. 112 N. 36.

rı, ticari işletmenin ihmali mümkün "tipik özellikleri" (Typusmerkmal) değil, mutlaka bulunması gereken kavramsal gereklilikleridir (be⁹⁴erfordernisse;⁹⁴. Ancak bir ticari işletmenin TST m. 14/II'de öngörüldüğü için gerçekten bir gelir elde etmiş olma yükümlülüğü altında olduğunu, yada esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması bağlamında 213 s. VUKa Y⁹⁵pılan atıflarla ticari defter türlerinin esas alınmış olmasının⁹⁵, budefter.len.o tutulmamış olması halinde ticari işletme vasfının kaybına yol açacağını⁹⁶ iddia etmek de hatalı olacaktır.

D⁹⁷ğer yandan belirtilen unsurların hangi anda gerçekleşmiş sayıl⁹⁸c⁹⁸ı⁹⁸la ayn bir tartışma konusu yapılabilir. Zira unsurların tamamının kendibun⁹⁸larında az çok belirsizlik, sübjektiflik taşıdığı açıktır. Bu açıdan ."⁰kadar gelir", "ne kadar devamlı", "ne kadar bağımsız" ve "ne kadar aleniy⁹⁸t sorulan sorulabileceği gibi, bir işletmenin finansal durumunun zamanıç⁹⁸de ⁹⁸eğişmesi ve ticari işletme ile esnaf işletmesi arasında salınması damumkündür. Böylelikle dinamik bir yapı üzerine kurulu hukuk kurallarının,h⁹⁸ç⁹⁸ç⁹⁸uya ve işletmeciyeye her zaman tam bir hukuki güvenlik temin etmedigide ortaya çıkmaktadır.

yTTK m. 11/1, ticari işletmeyi "esnaf işletmesi için öngörülensınırı aş⁹⁸düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsızşekilde yürütüldüğü işletme" şeklinde tanımlamış bulunmaktadır. Esas⁹⁷es⁹⁷bu tanım TST m. 14 ile doktrinde yapılan ticari işletme tariflerinin birleştirilmesinden ortaya çıkmıştır ve önemli bir uygulama farklılığı doğurmayacaktır. Diğer yandan yTTK m. 195/5 c. 2'de yer alan "hakim teşebbüs tacirsayıılır" hükmü ile bir ticari işletmenin varlığına bağlı olmaksızın ve dolayısıylaaşağıda incelenecek unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın yeni bir tacir türü öngörülmüş olduğu da eklenmelidir⁹⁸.

Son olarak belirtilmelidir ki, anılan unsurlar her ne kadar ilk bakışta sadece bir iktisadi faaliyetin ticari işletme niteliğinin tespitinde kullanılan kıstaslar olarak gözükseler de, bunların aynı zamanda ticari hükümlerin kişi ve konu bakımından uygulama alanlarının belirlenmesine hizmet ettiklerinede

⁹⁴ BAUMANN, H.: "Strukturfragen des Handelsrechts", AcP 184 (1984), s. 45 vd., 49.

⁹⁵ Bkz. 5362 s. Kanun m. 3/a ve TK m. 1463/II (karş. yTTK m. 11/1-2), TST m. 14/II ve IS uyarınca çıkartılan Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayırımına ilişkin 2007/12362 s. BKK (RG 21.07.2007, S. 26589).

⁹⁶ Karş. DOMANIÇ, H. IULUSOY, E.: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, İstanbul, 2007. s. 149.

⁹⁷ Örneğin bkz. İMREGÜN, O.: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa, 1994, s. 14 ve dn. 8.

⁹⁸ yTTK m. 195/5 c. 2 hakkında değerlendirmeler için bkz. AKER, H.: "Türk Ticaret Kanunu ⁹⁸adde 14 Hak.kında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü 'Hakim Teşebbüs'", BATIDER, Y. 2009, C. XXV S. 2, s. 282 vd. Holding şirketlerin bir ticari işletme işletip işletmedikleri hakkındaki tartışmalar için bkz. CANARIS, s. 25 N. 5.

dikkat çekmek gerekir. Öyle ki bu unsurlardan birisinin eksik olması halinde o iktisadi faaliyet ve onu işleten kişi ile yapılan hukukî işlemler ticaret hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır⁹⁹. Bu yüzden, ticari işletmenin unsurlarını müstakil olarak değil, bir sistemin parçası olarak görmekte ve "tümünden-gelimci" bir bakış açısında fayda vardır. Nitekim uygulamada da unsurların gerçekleşip gerçekleşmediği sorununun, daha çok bir olay hakkında adi hükümlerin mi yoksa ticari hükümlerin mi uygulanması gerektiği bağlamında çıkması beklenir.

A) Gelir Sağlama Amacı

Ticari işletme çevresinde yürütülen iktisadi faaliyet ile gelir sağlamanın amaçlanması, ticari işletmenin TST m. 14/II'de de yer alan ilk unsurudur (karş. yTTK m. 11/1)¹⁰⁰. Gelir sağlama amacı taşımayan işletmeler atipik işletmeler olup, ticaret hukukunun esas aldığı iktisadi işletme türü, gelir sağlama amacı taşıyan işletmelerdir¹⁰¹. Bu çerçevede, hangi nedenle olursa olsun (ideal, hayrı, kültürel), gelir sağlama amacı taşımayan ve/veya işlemlerin *ivazsız* olarak gerçekleştirildiği iktisadi faaliyetler, ticari işletme niteliğini kazanamayacaktır. O halde TST m. 14/II'nin lafzının da işaret ettiği gibi, bu şartı ticari işletmenin olumsuz unsuru olarak da ifade etmekte mümkündür¹⁰². Bu unsur gerçekte, TK m. 17'nin (yTTK m. 15) "[...] kazancı ancak

⁹⁹ SCHMIDT özellikle gelir sağlama amacı unsuru (*Gewinnerzielungsabsicht*) çerçevesinde, mahkemelerin yerel yönetimlere ait elektrik, su, gaz, toplu ulaşım işletmeleri ile (*Versorgungsunternehmen*) yerel tasarruf sandıklarını, bunların gelir elde amacı taşımadıkları gerekçesiyle ticari işletme saymamalarını ve böylece ticaret hukuku sistemi dışına çıkarmalarını eleştirmektedir, Handelsrecht, s. 289-290.

¹⁰⁰ KARAHAN "gelir sağlama amacı" yerine "iktisadi faaliyet" unsurundan söz etmektedir. Buna göre "bir işletmenin ticari işletme niteliğini kazanabilmesi için o işletme bir ticari metod ve organizasyon dahilinde iktisadi faaliyette bulunuyor olmalıdır. **İktisadi faaliyet**, yapılan işletmecilik faaliyetiyle **gelir sağlamanın hedef edinilmesidir**. Bu husus TSN. 14/II'de açıkça ifade edilmiştir", s. 18, (vurgular Yazar'a aittir). Ayrıca bkz. KARAHAN, BATİDER, Y. 1994, C. XVII, S. 4, s. 49-50. Buna göre kısaca "gelir sağlama amacı" olarak ifade edilen unsurun, "gelir sağlama amacıyla iktisadi faaliyet bulunmak" şeklinde anlaşılması da mümkündür, karş. SCHMIDT, Handelsrecht, s. 283. "Gelir sağlama amacının" ayrıntılı tahlili için bkz. EISELT, HIRSCH Armağanı, s. 62 vd.

¹⁰¹ EISELT, HIRSCH Armağanı, s. 67. Gelir sağlama amacının varlığının özel hukuk teşebbüslerinde kural olarak var kabul edildiği yönünde bkz. BAUMBACH, A.HOPT, K.J.: Handelsgesetzbuch, (Bearbeitet von HOPT, K. JIMERKT, H.), 32. Aufl., München, 2006, § 1 N. 15.

¹⁰² MEIER-HAYOZJFORSTMOSER, s. 114 N. 43. Aslında ticari işletmenin -ticari işletmenin mevzuatta açıkça sayılmayanlar dahil- tüm unsurlarının olumsuz nitelikte şartlar olduğunu belirtmek mümkündür. Bunu TST m. 14/II'nin ifadesi de açıkça göstermektedir. TST'nin ifade tarzını "bir şeyin ne olduğu kadar ne olmadığı da önemlidir" esası daire-sinde değerlendirmek gerekir. Alman TK m. 1/II'de yer alan "her türlü iktisadi işletme (*Gewerbe*) ticari işletmedir (*Handelsgewerbe*), meğer ki işletmenin (*Unternehmen*) türü

geçimini sağlamaya yetecek derecede [...]" ifadesinin de gösterdiği gibi, esnaf işletmesinin de bir unsurudur. Ancak gelir sağlama amacı, ticari işletme. ter bakımında esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması unsurunun deyim yerindeyse ilk basamağı olarak da değerlendirilebilir. TK m. 22'de (y1!K!0) ise tacirler lehine bir "ücret isteme hakkı" önşörölmek suretiyle, gelir sağlama amacına zımnı olarak da olsa değinilmiştir¹⁰.

Gelir sağlama amacının ilk şartının, herhangi bir mal ve/veya hizmet pazarında arz yönlü faaliyet göstermek (*anbietende Tatigkeit an einem Markı*) olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira sadece talep yönlü iktisadi faaliyetler asla bir ticari işletme meydana getirmezler¹⁰⁴. TK m. 14 ve 15 ile 18'in (yTTK m. 12, 13, 16) gösterdiği gibi gelir sağlayıcı faaliyeti yürüten kişilerin gerçek kişi ya da tüzel kişi olması veya özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu hukuku tüzel kişisi olması önem taşımaz. Ancak kamu tüzel kişileri, sınai ve ticari nitelikte olanlar dışındaki kamu hizmetlerini (idari kamu hizmetleri), belli bir ücret karşılığında yerine getirseler dahi, bu gelir sağlama amacına matuf bir iktisadi faaliyet olarak görülemez.

"Gelir sağlama amacı" unsurunun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, iktisadi faaliyet neticesinde herhangi bir gelirin elde edilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Bu bakımdan işletmecinin gelir sağlamaya yönelik iradesi kadar, nihayetinde "zarar" da olsa fiilen bir gelirin elde edilmiş, bir diğerdeyimle faaliyet neticesinde bir cironun (*Umsatz*) yapılmış olması da gerekli veyeterlidir¹⁰⁵. Bu bağlamda, doktrindeki "işletme açısından gelir sağlamak kasdının varlığı gerekli ve yeterlidir" yönündeki görüşleri, verilen örneklerin de işaret ettiği gibi¹⁰⁶, zararın dahi "gelir" sayılacağı yönünde anlamakgerekir¹⁰⁷. Gerçekten de gelirin maliyetleri karşılayıp karşılamadığı, bir diğer ifa-

ve kapsamı, ticari bir organizasyonu/ticari işletme tarzını (*Geschäftsbetrieb*) gerektirmesin" şeklindeki ticari işletme tanımının da, olumsuz tarzda kaleme alındığı belirtilmelidir (Parantez içinde yer alan kavramların tanımları hakkında bkz. *BÜLOW*, P.: Handelsrecht, 3. Aufl., Heidelberg, 1999, s. 8-10). Ancak kaynak İsviçre TST m. 52/111 ile yTTKm. 11/J'de olumlu bir tanımın tercih edildiğine de işaret edilmelidir.

¹⁰³ CANARIS, s. 24 N. 3; KINDLER, P., in: BOUJONG, K.IEBENROTH, C. T.IJOOST, D.: Handelsgesetzbuch, B. I (§§ 1-342a), München, 2001, § 1 N. 26.

¹⁰⁴ CANARIS, s. 24 N. 4; SCHMIDT, Handelsrecht, s. 283; BAUMBACH/HOPT, HGB, § 1 N. 17.

¹⁰⁵ MEIER-HAYO?JFORSTMOSER, s. 114 N. 43; BAUMBACH/HOPT, HGB, § 1 N. 15.

¹⁰⁶ Bkz. örneğin KENDİGELEN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 139 N. 418; ARKAN, s. 21: AYHAN, R.: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 98; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 147; ÖZDEMİR, N.: Türk Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1977, s. 31.

¹⁰⁷ Ancak BAŞTUĞİERDEM'in "bu unsurun varlığı için mutlak olarak fiilen gelir sağlanması gerekmez; herhangi ekonomik bir çıkar ve yarar sağlamak amacı yeterlidir. Bu nedenle işletmenin kar elde etmesi veya zarar etmesinin de bir önemi yoktur; yeter ki gelir sağlama hedeflensin. [...] Yine de gerçekte gelir sağlama amacı yoksa fiilen bir gelir sağlanmış olsa dahi bu unsurun gerçekleşmemesi nedeniyle bir işletmenin varlığından söz edi-

deyle, maliyetler, vergiler ve diğer giderlerden sonra bir nec gelir kalıp kalmadığı önemli değildir¹⁰⁸. Bu sebeple TST m. 14n1'de yer alan "gelir" ifadesinden, yürütülen faaliyetler neticesinde elde edilen "gaynsafı hasılatın" anlaşılması yerinde olacaktır. İşletmecinin "zarar" etmiş olması dahi, **gelir elde etme** amacının bulunduğunu göstermeye yeterlidir. Bunun gibi örneğin birden fazla şubesi olan işletmelerde işletmecinin değişik sebeplerle bazı **şubelerde** geçici ya da sürekli olarak zararına faaliyet göstermesi, işletmenin bü-

lemez" görüşüne (s. 19; ayrıca bkz. *TEKiL*, F.: Ticari İşletme Hukuku. İstanbul. 1990. s. 110; *İMREGÜN*, s. 11; *KARAHAN*, s. 19) tam olarak katılmak mümkün değildir. Zira kanaatimizce "amaç" ve "zarar niteliğinde de olsa fiilen gelir elde edilmesi". kural olarak birlikte aranması gereken şartlardır. Ancak diğer yandan bir iktisadi faaliyet çevresinde zarar olarak da olsa, gelir elde edilmiş olması, böyle bir amacın varlığına da karinedir. "Gelir sağlama amacı" işletmecinin ve işletmenin bir iç işi olarak nihayetinde subjektif bir husus olduğundan, üçüncü kişiler bakımından bu ancak dış dünyaya yansıyan davranışlar ve neticeler ile algılanabilir. Bu yüzden üçüncü kişilerin, gelir sağlama amacıyla hareket edildiğini varsayımları ve işlemlerini yaparken bu varsayıma güvenebilmeleri hukuken normal karşılanmalıdır. Bir faaliyet neticesinde fiilen gelir elde edilmişse artık bunun gelir elde amacına dayanmadığını ya da faaliyetin iktisadi olmadığını (örneğin ilctisadi faaliyetin elde edilen faaliyet gelirlerinden çok bağışlarla yürütüldüğünü) ispat yükü ..işletmecide" olmalıdır. Zarar niteliğinde de olsa hiç bir gelir elde edilmemiş olması ile gelir olarak sadece zarar edilmiş olması halleri birbirlerinden ayrılmalıdır. Faaliyet neticesinde zarar olarak dahi hiçbir gelir yokken, ispatı neredeyse imkansız olan "gelir sağlama amacının" bulunduğu ileri sürülerek bu unsurun gerçekJeştiğini varsaymak **kanaa-**timizce kanunun *ratio legis*'ine de aykırıdır. Kıtası soyut olarak değil, girişimci ile hukuki ilişkiye girmiş üçüncü kişiler açısından ele almak maksada daha uygun olur. Bu yüzden işletme ile temasa geçmiş üçüncü kişilerin hukuki güvenlikleri tamamen işletmenin içyapısında ve işletmecinin de iç dünyasında cereyan eden hadiselerin yorumuna bırakılmamalıdır, karış. *MEIER-HAYO'Z/FORSTMOSER*, s. 114 N. 43. **TK** m. 14/II'de (y'ITK m. 12/2) yer alan "bir ticari işletmeyi kurup açtığını, [...] vasıtalarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline kaydettirerek keyfiyeti ilan etmiş olan kimse fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır" hükmü de, kanun koyucunun bazı halleri, gelir elde amacının varlığını üçüncü kişiler nezdinde varsaydığının bir göstergesidir. Yine eklenmelidir ki, "gelir sağlama amacı" her ne kadar ticari işletmenin bir un❖uru olsa da, giderek tacir sıfatının ve üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesinde de rol oynamaktadır. Bu bağlamda yeniden satmak, kiralamak, üretim yapmak için gelir elde edilmesi söz konusu ise, bu bir vakıa ise, artık içsel bir amacın bulunup bulunmadığı önem taşımamalıdır. Bu son durumda ilgili kişi -ticari işletmenin diğer unsurları da gerçekleşmişse- deyim yerindeyse alelade "tüketici" olduğunu (karş. 4077 s. TKHK m. 3/e; *ASLAN*, İ.Y.: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa, 2006. s. 32-33; *CANARIS*, s. 24 N. 4), üçüncü kişilerle bu sıfatla hukuki temasa geçtiğini, ticari maksatla hareket etmediğini artık kendisi ispat etmelidir. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında özel şahıslara ait işletmelerde gelir sağlama amacıyla hareket edildiği yönünde fiili bir karinenin bulunduğundan söz etmiştir, BGHZ 49, 258, 260: aynı yönde *EISELT*, *HIRSCH* Armağanı, s. 62. Fiili karinelerin ispat hukukundaki yeri hakkında bkz. *TAŞPINAR*, S.: "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Yeri", AÜHFD, Y. 1996. C. 45, S. 1, s. 545 vd., 563 vd.

¹⁰⁸ *KINDLER*, in: *EBENROTH/BOUJONG/JOOST*, HGB, § 1 N. 26.

tünü için gelir ❖ğlamn nınacı bulunduğca 7, arar vermez. Gelirin miktarı. •ge-
lir sağlama :ımcı unsurunun" değil, "esnaf faaliyeti (işletmesi) ❖, nırlarının
aşılması unsurunun" konusudur. Elde edilen gelirin sarf edildiği yer **de önem**
taşımaz. Bu çerçevede örneğin şirketler topluluğunda yer alan yavru ti❖
işletmelerinin klirlarının açık ya da örtülü olarak hakim şirkete ya da diıtf
yavru şirketlere aktarılması da (karş. yTTK m. 202/l-a)¹⁰⁹ gelir **sağlama**
amacını zarar vermez¹¹⁰. Buna göre işletmeci, elde ettiği gelirleri **tamamen**
özel amaçlarla kullanabileceği gibi, en azından küçülmek ya da **daha da**
büyümek gayesiyle tekrar ticari amaçlarla da kullanılabilir. İşletmecinin **gelir-**
lerini (ivazları) nakit ya da mal olarak, peşin ya da vadeli olarak elde **etmesi**
ise gelir sağlama amacı unsuru bakımından önemli değildir. Hatta bir işlet-
menin sattığı mal ya da hizmetlerin bedellerini yıl (dönem) içinde bir defada
tahsil edip (örneğin spor karşılaşmalarında kombine bilet satışları, **değişik**
medya ürünlerinin bedeli peşin ödenen yıllık abonelik sistemi ile satılması
gibi) daha sonra müşteriden hiçbir ivaz talep etmemesi de mümkündür. **Yine**
arızı ya da sürekli olarak zarar ediliyor olması, gelir sağlama amacı unsuru-
nun varlığını zedelemey¹¹¹. Ancak gelirin niteliğinin önemli olmadığını söy-
❖emek mümkün değildir. Kanaatimizce "gelirden" öncelikle para ya da para
ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin anlaşılması gerekse de¹¹², muhasebeleş-
tirilebilen¹¹³ her türlü menfaat bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁴. Bunların
dışındaki değerlerin, iktisadi gayelerle yeniden tedavüle sokulabilme özellik-
leri, bilhassa ticari işletme içinde kullanılabilirlikleri sınırlı olacağından, ger-
çekten bir gelir elde etme amacının bulunup bulunmadığı şüphelidir' ¹⁵ •

¹⁰⁹ OKUTAN NILSSON, G.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hu-
kuku, İstanbul, 2009, s. 223 vd.

¹¹⁰ KINDLER, in: EBENROTHIBOUJONG/JOOST, HGB, § 1 N. 27; BAUMBACHHOPT,
HGB, § 1 N. 16.

¹¹¹ KARAYALÇIN, Y.: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme. 3. Baskı, Ankara, 1968,
s. 158; POROY, R.IYASAMAN, H.: Ticari İşletme Hukuku. 12. Bası, İstanbul, 2007, s. ?4
N. 56; ARKAN, s. 21; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 147; KENDİGELEN, (ÜLGİN, Ticariiş-
letme), s 139 N. 418; KARAHAN, s. 19; ARICI, M. F.: Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi
ile Devri, İstanbul, 2008, s. 18.

¹¹² MIMAROĞLU "önemli olan, bu faaliyetin [örgütlenmiş bağımsız ekonomik faaliyet] ta-
mamen parsız olmaması, fakat yapılan normal harcamalar karşılığında bir para getirmesi"
görüşünü ifade etmektedir, MIMAROĞLU, S. K.: Ticaret Hukuku, C. 1, İşletme Hukuku,
3. Baskı, Ankara, 1978, s. 182-183. ÖZDEMİR de "yürürlükte bulunan kurallara göre,
ekonomik işletmenin ilk ögesi olarak, ekonomik çıkarın değil, gelir sağlamanın benim-
senmiş bulunduğu sonucuna varmak" gerektiğini ifade etmektedir, s. 31.

¹¹³ Ancak "muhasebeleştirilebilme", gelirlerin ticari defterlerde gösterilmesi ya da vergi ida-
resine beyanı zorunluluğuolarak anlaşılmalıdır.

¹¹⁴ AYHAN, "iktisadi menfaat" kavramını kullanmaktadır, s. 98.

¹¹⁵ Az gelirli kişilerin istifade edebilmeleri için kamu tüzel kişileri ya da özel hukuk kişile-
rince kurulmuş olan ve hiç karşılıksız ya da düşük nakdi veya ayni katılımlarla yararlanı-
labilen giysi bağış yerleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

İnceleme konusu unsur bakımından gelirin elde edileceği döneme alışkın TK ya da TST'de herhangi bir açıklık olmamakla beraber, **me5elc** "devımlılık"unsuru ile birlikte değerlendirildiğinde, süreli ya da süresiz olarak tespit edilen işletme faaliyeti süresinin tamamında bu amacın bulunması **gcrctığı** ifade edilmelidir.

Gelir sağlama amacı ile yürütülen faaliyetin türü kural olarak önemli **de**ğildir. Bu çerçevede TK m. 12-13'de (yTİK'da karşılıkları yoktur) sayılan ticarethane, fabrika ya da ticari şekilde işletilen diğer müesseseler kapsamındaki faaliyet konularından biri ya da bir kaç seçilebileceği tbi bunlar arasında sayılmayan başka bir alanda da faaliyet gösterilebilir¹¹. Teorik olarak herhangi bir ticari işletmenin konusu olmaları bakımından bir engel bulunmasa da (karş. TK m. 1 2/1 b. 8), ilgili mevzuatın bankacılık, sigortacılık, menkul sermaye piyasalarında aracılık ile diğer bazı faaliyetlerin, ancak anonim şirket tipindeki tacirler tarafından kurulan ticari işletmeler bünyesinde yürütülmesi zorunluluğunu getirmiş olduğu da hatırlatılmalıdır. Gelir getirici faaliyet türünün, aslında "işletme maksat ve/veya mevzuunun" zaman içinde değiştirilmesi (örneğin tekstil üreticiliğinden perakendeciliğine geçiş) ise ticari işletme niteliğine zarar vermez.

Gelir sağlama amacı ile yürütülen faaliyet, *ceza kanunlarına göre suç teşkil etmemeli ve genel ahlaka aykırı olmamalıdır*. Zira kamu düzenine ilişkin kanunlarla yasaklanmış bir faaliyete, bir başka kanun ile hukuki sonuçlar doğuracak şekilde meşruiyet tanınması engellenmelidir. Bu durum BK m. 1 9ffi ile 20/1' in (yTBK m. 27/1) ruhuna da aykırı olacaktır. Anılan hükümlerin sadece hukuki işlemleri değil, kendisine hukuki sonuçlar bağlanan maddi olguları da kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim ticari işletme işletmeye, tacir sıfatı (TK m. 14, 18/1; yTTK m. 12/1, 16/1) ve buna da diğer başka hukuki sonuçlar (TK m. 20 vd.; yTTK m. 18 vd.) bağlanmıştır. Bu yüzden kanunlarla tamamen yasaklanmış faaliyetlere ticari işletme "müessesesi" şemsiyesi altında da geçerlilik tanımamak gerekir. Bu çerçevede 2634 s. Turizmi Teşvik K.¹¹⁷ m. 19/III'deki talih oyunlarının oynanabileceği mahallerin açılmasının yasak olması örnek gösterilebilir (karş. TCK m. 228). Esasen TK m. 16 da (yTTK m. 14), kanunen bir faaliyet olarak yasaklanmamış ve genel ahlaka aykırı olmayan ancak, değişik nedenlerle bir kamu otoritesinin iznine ya

¹¹⁶ Karş. DOMANIÇ/ULUSOY, s. 142; ARKAN, 26; Aksi görüş, ARICI, Devir, s. 16, Yazar'a göre "bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için TK'nın kabul ettiği ticari işletme türlerinden birisine girmesi zorunludur". Ancak ticari işletme türlerinden birisi de "ticari şekilde işletilen diğer müesseseler" olduğundan (TK m. 13) TK'nın, kesin bir ticari işletme türleri sınıflaması yaptığından bahsetmek zordur. Nitekim TK m. 12'de de "mahiyetçe buna benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler" demek suretiyle kendisi de kesin sınırların olmadığını ifade etmiştir.

¹¹¹ RG T. 16.03.1982, S. 17635.

da ruh atına bağlanmış. belli kişilerce yapılması hukuken ya da **mahkeme** karan ile yasaklanmış işleri kapsamına almakta olduğundan, gelir **getirici faaliyetin bi:atili** hukuki stntUsü ile ilgili değildir¹¹⁸. Maddenin ikinci **fıkı** da bunu göstermektedir. TK m. 16 (yTTK m. 14), değişik kanunlardaki, her türlü devlet memurlarının, serbest avukat ve noterlerin, serbest **muhasebeci** ve mali müşavirlerin, ticaretle uğraşmasını yasaklayan hükümlerin **ticari iş** letme hukukundaki özel karşılığıdır.

Ancak ilgili mevzuatına göre yürütülen faaliyet için merkeii ya da **ma**. halli idare kuruluşundan kamu hukuku nitelikli resmi bir izin ya da ruhsat alınması gerektiği halde bu alınmamışsa, TK m. 16'nın (yTTK m. 14) işaretiyle bu durum gelir sağlama amacı unsurunun varlığını kural olarak etkilememelidir¹¹⁹. Kanaatimizce bu konudaki istisnalar ise genelev işletilmesi ve faiz ya da benzeri diğer menfaatler karşılığı ödünç para verilmesi gibi ö. el izin gerektiren¹²⁰ ve izinsiz faaliyetin suç teşkil ettiği (TCK m. 227/II, 241) hallerde izin alınmamış olmasıdır¹²¹. Ayrıca her türlü kaçakçılık, uyuşturucu ya da insan ticareti, tefecilik hallerinde hem bir suç hem de ağır bir genel ahlaka aykırılık söz konusudur¹²². Yukarıda sayılan ve esasen ticaret hukukunun da tamamen dışında kalan işler¹²³ haricindeki hallerde, izin ya da ruhsat alınmadan yürütülen faaliyetlerin, ticari işletmeyi oluşturan unsurlardan olan gelir sağlama amacının meşru kaynağı olarak görülebilmesi için, kanaatimizce bu tür faaliyetlerin, bir "bireysel ya da örgütlü bir suç odağı" çevresinde yürütülmemiş olması şartını aramak mümkündür (örneğin eczacılık ruhsatı olmayan birisinin işlettiği eczanede/işletmede kaçak ilaçların, ruhsatsız bir akaryakıt istasyonunda kaçak akaryakıtın, izinsiz açılan bir işletmede kaçak sigara ve alkolü içkilerin satılması). Bu meyanda v. *GIERKE/*

¹¹¹ TK m. 14/III'ün kapsamı hakkında bkz. *AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 2, s. 274 vd.*

¹¹⁹ Kamu hukukundan kaynaklanan izinlerin alınmamış olmasının ticari işletme niteliğine zarar vermeyeceği yönünde *SCHMIDT, Handelsrecht, s. 287-288.*

¹²⁰ Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacağı Hükümler Tüzüğü (RG T. 19.04.1961, S. 10786) m. 46 vd.; 90 s. Ödünç Para Verme İşleri Hakkında KHK (RG T. 6.10.1983, S. 18183)m.4vd.

¹²¹ Karş. *ATEŞ, D.: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007, s. 229 dn. 643-645; BAİTAL, A.: "Ticari İşletme Kıstasları Karşısında Genelevlerin Durumu", Dicle Ü. HFD, Y. 1992, S. 5, s. 211 vd. Yazar, genelevlerin izinli olarak faaliyet gösteriyor olsalar dahi ticari işletme olarak tanınmaması görüşünü savunmuştur, s. 217 vd.*

¹²² Karşı görüş için bkz. *BAUMBACHHOPT, HGB, § 1 N. 21, Yazarlar tefecilik, hırsızlık mallarının alım satımı, kesin hükümle ticaretten men gibi hallerin, o faaliyetin ticari işletme sayılmasına engel teşkil etmediği, ancak uyuşturucu ticareti gibi bir bütün olarak kanuna ve ahlaka aykırı faaliyetlere ise ticari işletme vasıf tanınamayacağı görüşünü savunmuşlardır.*

¹²³ *SCHMIDT, Handelsrecht, s. 286; KORT, M.: "Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Recht", AcP 193 (1993), s. 458.*

SANDROCK'un, ticari işletme içinde yılUIUlen faaliyetin ya...aklanmamış ve genel ahlflka aykırı olmaması gerektiği şartını, ticari işletmenin işletilmesi çerçevesinde üstlenilen hak ve borçların, talep ve dava edilebilir olması gerektiği şeklinde açıkladıkları zikredilebilir¹²⁴. Bir diğer ifadeyle, işletme işlemleri ile doğan hak ve borçların yasak ve genel ahlaka aykırılık nedenleriyle (BK m. 19/11, 20/I; yTBK m. 27/I) talep ve dava edilemez olmaması gerekir. Gerçekten hukukumuzda da BK 408'de (yTBK m. 524) evlenme telallığının, m. 504'de (yTBK m. 604) kumar ve bahisin, m. 506'da (yTBK m. 606) ise hükümetçe izin verilmemiş piyangoğunun hiçbir alacak hakkı doğurmadığı ifade edilmiştir¹²⁵. Ancak bu yaklaşım, hükümlerin sınırlılığının gösterdiği gibi, sorunun da sadece bir kısmını ilgilendirmektedir. Diğer yandan *KINDLER'in* de isabetle işaret ettiği gibi, bir iktisadi faaliyetin ticari işletme niteliğinin reddinin, Alman MK m. 134 ve 138 (BK m. 19/11-20/1; yTBK m. 27/I) uyarınca zaten hükümsüz olan işlemlerin ticari hükümlere tabi olup olmaması bakımından bir önemi yoktur¹²⁶. Gerçekten de TK m. 14/III'ün (yITK m. 12/3) öngördüğü "iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olma" sonucunun, sözde tacirin yaptığı işlemlerin hukuka uygun ve geçerli olup olmamasıyla ilgili olmadığı açıktır.

Ancak ticari işletmede gelir sağlama amacı unsuru üzerinde tamamen uzlaşma sağlanmış, tartışmasız bir husus olarak görülmemelidir¹²⁷. Mesele esasen ticari hükümlerin, bilhassa da tacir olmaya ve ticari işlere bağlanan hukukî sonuçların uygulanmasının, netice itibarıyla tamamen içsel bir husus olan gelir sağlama *amacına* bağlanmasının ne derece yerinde olduğu ile ilgilidir. Bu çerçevede, pazarda ticari şekilde faaliyet gösteren bir kişinin, içsel olarak gelir sağlamayı amaçlayıp amaçlamadığı ve gelir elde etmekten feda-

¹²⁴ GIERKE, v. I./*SANDROCK*, O.: Handels- und Wirtschaftsrecht, C. 1. Allgemeine Grundlagen, Der Kaufmann und sein Untemehmen, 9. Aufl., Berlin, New York, 1975, s. 109. Karşı görüş *BAUMBACH/HOPT*, HGB, § 1 N. 21.

¹²⁵ Bkz. *TEKİNAYIAKMANIBURCUOĞLU/ALTOP*, s. 27-28.

¹²⁶ *KINDLER*, in: *BOUJONG/EBENROTHJOOST*, HGB, § 1 N. 30.

¹²⁷ *KARAYALÇIN*, Ticaret Hukuku, s. 158; *KARAHAN*, s. 19; *BAUMANN*, AcP 184 (1984), s. 50 vd.; *KORT*, AcP 193 (1993), s. 457; *EISELT*, *HIRSCH* Armağanı, s. 63 vd. dn. 25'de anılan kaynaklar; *AKER*, H.: "Alman Ticaret Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler", Yönetim ve Ekonomi, Y. 1999, S. 5, s. 14-15.

ARSLANLI "kazanç kasdı da ticari faaliyette devam unsurunun mahiyetinde mündemiç olmakla beraber tavsifde esaslı bir rükün değildir. Kazanç kasdı olmaksızın icra edilen bir faaliyet de işletmeye esas teşkil edebilir [...]" görüşünü savunmuştur, Kara Ticareti, s. 20. *ARSLANLI* bu görüşlerini şu şekilde pekiştirmiştir: "Bizce ticart işletmede gelir sağlama unsuru tali bir ehemmiyet taşır. Kaideten her ticart işletmede kazanç kasdı zımnen mündemiçtir. Lakin işletmeyi tavsif bakımından ehemmiyetli olan metod ve organizasyon, yani ticari muhasebeyi gerektirecek ehemmiyette iktisadi faaliyettir. Yelevki gelir sağlamak hedefi bulunmasın, iktisadi faaliyet ticari bir teşkilat içinde icra ediliyorsa, ticari işletme de doğmuş olur", *ARSLANLI*, Kara Ticareti, s. 21-22 dn. 1.

karlılık yapıp yapmadığı hususunun üçüncü kişileri ilgilendirmedığı, salt pazarda arz yönlü bir ticari faaliyet göstermenin de -diğer unsurların da gerçekleşmiş olması kaydıyla- ticari işletmenin varlığını göstermeye yeteceği, işletenin tacir, işlerin de ticari iş olduğunun kabul edileceğini ve böylece de bu kişi ve işleri hakkında ticari hükümlerin uygulanması gerekeceği savunulmaktadır¹²⁸. Bu suretle uygulama, en azından belli konularda "adi hükümler mi, ticari hükümler mi" tartışmasından kurtulmuş olacaktır.

Tartışmaları takip eden Avusturya kanun koyucusu 2007 tarihli Avusturya İşletmeler Kanunu (*Unternehmensgesetzbuch*) m. 1/II'de işletmeyi (*Unternehmen*) "gelir sağlama amacı taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, her türlü devamlı ve bağımsız ekonomik faaliyet organizasyonu" olarak tanım. Jamak suretiyle, "gelir sağlama amacı unsurunu", ticari işletmenin olmazsa olmaz bir unsuru olmaktan çıkarmıştır¹²⁹. Bu yenilik, ticari hükümlerin kişi bakımından uygulama alanını genişletme politikasının bir sonucudur. Bu çerçevede iktisadi faaliyetlerin kar amacı gütmeyen kuruluşlar (*non-profit Organisationen*) bünyesinde bağış, sübvansiyon ya da üye aidatları gibi kaynaklarla finanse edilmesi halinde de -diğer unsurların gerçekleşmiş olması kaydıyla- bir "işletme" kurulmuş kabul edilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, faaliyeti sadece "toplamak" ve/veya "dağıtmaktan", bir diğer deyimle ivazsız işlemlerden (bağışlardan) ibaret olan ve maliyet fiyatlarına da olsa bir bedel¹³⁰ (*Entgelt*) talep edilmeyen iktisadi faaliyetler yine işletme sayılmayacaktır. Alman doktrininde de, tamamen işletmeyi ve işletmeciyi ilgilendiren bir unsur olarak görülen gelir sağlama amacının, "işlemlerin ivazlı/ıgı" (*Entgeltlichkeit*) ilkesi ile ikame edilmesi gerektiğini ve böylece özellikle sınırlar ve ticari kamu hizmeti görmek amacıyla ve çoğu zaman daha baştan zarar etmeye dayalı olarak kurulan kamu idarelerinin faaliyetlerinin ticari işletme olarak kabul edilmesinin kolaylaşacağını savunan görüşler de vardır¹³¹.

¹²⁸ CANAR/S, s. 27 N. J4; SCHMIDT, Handelsrecht, s. 289-290.

¹²⁹ AKER, H.: "Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler", BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 3, s. 238 vd. Avusturya öğretisinde işletme kavramının ekonomik-hukukt ayrıntılarına girmeyen bu düzenlemeden sonra. "maddi ve gayri maddi unsurların, bir ya da birden fazla kişi tarafından amaca uygun ve planlı bir şekilde organize edilerek, ekonomik değeri olan hasılat ve hizmetlerin pazarda (*Markt*), belirsiz bir müşteri kitlesine, bir bedel (*Entgelt*) karşılığında sürekli biçimde sunulması" halinde bir işletmenin varlığından söz edileceği ifade edilmektedir, bkz. DEHN, W.: Das Unternehmensgesetzbuch, -Gesetzestext, Auszüge der relevanten Nebengesetze, Erläuterungen-, Wien, 2006, s. 44.

¹³⁰ AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 3, s. 239; "toplamanın" gelir sağlama unsurunu sağlamaya yetmediği yönünde BAVMBACH/HOPT, HGB, § 1 N. 17; sadece maliyetleri karşılama amacının gelir sağlama amacı olarak görülemeyeceği yönünde KINDLER, in: EBENROTH/BOVJONG/JOOST, HGB, § 1 N. 26.

¹³¹ KORT, AcP 193 (1993), s. 458; KINDLER, in: EBENROTH/BOVJONG/JOOST, HGB, § 1 N. 27.

Alman ve eski Avusturya ticaret hukukları ile İsviçre-Türk hukukları arasındaki temel fark gelir sağlama amacı unsurunun bu sonuncularda pozitif hukuk ile öngörülmüş olması (TST m. 14/II; İsviçre TST m. 52/III), diğerlerinde ise doktrin kaynaklı olmasıdır. O yüzden hukukumuzda mesele yasa koyucunun ya da düzenleyici idari işlem otoritesinin müdahalesini gerektirmektedir. Nitekim yTTK m. I 1/1'de gelir sağlama amacından açıkça söz edilerek anılan unsur yasa hükmü olarak pozitif hukuka girmiştir. Bu yapı-lıncaya dek de, -sorunun esas itibarıyla ticari hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi ile ilgili olduğu hatırdaki tutulacak olursa- kanaatimizce, bu unsur lafzı yorumlanmayarak ve pazarda iktisadi faaliyetlerde bulunan, bunun için ivaz talep eden ve zarar olarak da olsa bir gelir elde etmiş kişinin faaliyetlerinde gelir sağlama amacı taşımadığını kendisinin ispat etmesi istenerek çözüm bulunmaya çalışılabilir.

B) Devamlılık

Bir ticaret işletmeden bahsedilebilmesinin ikinci şartı ise, yürütülen iktisadi faaliyetin "*devamlı*" olması gereğidir (TST m. 14/II; yTİK m. 11/1)¹³². Devamlılığın aranmasının sebebi, belli bir kişi ve bunun işlerinin, artık sadece genel hükümlere değil, aynı zamanda tamamen ya da kısmen özel (ticari) hükümlere de tabi tutulmalarının gerekliliğine fiili bir dayanak oluşturmak olarak açıklanabilir. Kısacası bu kıstas borçlar kanunlarının (adi hükümlerin) yanında ticaret kanunları da (ticari hükümler) olan ülkelerde bu ikisinin uygulama alanını tayin bakımından da belli bir rol oynar.

Devamlılık unsuru, tarafları arasında sürekli edimler doğuran ve kiracıya kiralanana iyi halde muhafaza ve iade borcu yükleyen bir sözleşme olan ticari işletme kirası bakımından da ayrı bir pratik ve hukuki işleve sahiptir.

Devamlı biçimde iktisadi faaliyet gösterme amacı sayesinde ki, işletmecisi maddi ve gayri maddi birçok unsuru işletmesine tahsis eder ve yine devamlılık ile ki, bir işletmenin en önemli gayri maddi unsuru olan müşteri çevresi¹³³ oluşur ve genişler. TK m. 11/II'de (yTİK m. 11/3) kiracılık hakkının dahi devre dahil olduğu belirtilmek suretiyle, -fiziksel anlamda da olsa-

¹³²:1 ARSLANL/, Kara Ticareti, s. 19.

¹³³ V/NASSA, müşteri çevresinin (*Kundschaft*), a) kişiler değil. ilişkiler bütünü olduğunu, b) kişisel ve ailevi ilişkiler değil, ticari (*geschäftlich*) ilişkiler bütünü olduğunu, c) bu ticari ilişkilerin müteşebbise gelecekte kuracağı ticari ilişkileri bakımından bir perspektif sunduğunu, d) söz konusu ticari ilişkilerin, daima aynı ya da az çok sabit olmakla beraber sürekli değişen kişilerle kurulmasının önemli olmadığını ifade etmiştir. V/NASSA, W.: Die Kundschaft, Diss., Bem, 1925, s. 6. Yazar kişisel (kişiye bağlı) ve kişiye bağlı olmayan müşteri çevresi (*persönliche und sachliche Kundschaft*), ayırımını yaptıktan sonra da bu sonuncusunun kendi içinde işletme simgelerine bağlı müşteri çevresi, mekana bağlı müşteri çevresi şeklinde ikiye ayrıldığını belirtmektedir, s. 7 vd.

devamlılığa işaret edilmek istenmiştir¹³⁴. Bu bakımdan devamlılığın doğal sonucunun, faaliyetin meslek haline getirilmesi ve belirli bir organizasyon dahilinde örgütlenilmesi (*Planmäßigkeit*) olduğu görüşlerine¹³⁵ katılmak gerekir. Esasen bu hususun TK m. 100/1 (yTTK' da karşılığı yoktur) ve 116/1' de (yTTK m. 102/1) "*meslek edinmek*" denilmek suretiyle ifadesini bulduğu söylenebilir. "Meslek edinmek" ifadesi ile kastedilen, hiç şüphesiz yürütülen faaliyetin arızı olarak değil, sürekli biçimde sürdürülmesi amacıdır. Zira "süreklilik", meslek kavramına içkin bir özelliktir.

İktisadi faaliyetin ticari işletme olarak nitelendirilebilmesi için faaliyetlerin sürekli olması, bir diğer ifadeyle sayısı ve/veya tarafları daha önceden belli bazı işlerin görülmesi amacıyla *girişilmemiş* olması gereklidir. Sayısı daha baştan belli olmayan ekonomik nitelikli işleri görmeye yönelik faaliyetler ticari işletme seviyesine ulaşabilir. Münferit ve belli işlemlerin yapılması maksadıyla değil, süresi belirli ya da belirsiz bir faaliyet dönemi içinde, işletmenin maksat ve mevzuuna dahil, belirsiz sayıdaki işlerin istifekli olarak yapılması (tekrarlanması) maksadıyla hareket edilmiş olmalıdır¹³⁶. Buna göre sadece tek sefere mahsus, günlük, geçici, tesadüfi ya da arızı faaliyetler söz konusu olduğunda, devamlılık unsurunun gerçekleştiğinden bahsedilemez¹³⁷.

¹³⁴ Ancak bu ifade, devamlılığın sürekli olarak aynı fiziksel mekanda (işyeri, mağaza..fabrika, taş ocağı) faaliyet göstermek anlamına gelmediği belirtilmelidir. Ki "fiziksel bir mekanda faaliyette bulunma" ticari işletmeler bakımından bir zorunluluk değildir. Aksı takdirde ticari işletmenin merkezinin değişmesi mümkün olmazdı. Kiracılık hakkının korunmasını gerektiren menfaatler hakkında bkz. ÖZ.SUNAY, E.: Ticari İşletmede "Kiracılık Hakkının" Korunması, TTK m. 11/2 Üzerinde Bir Araştırma, Ankara, 1962, s. 17-18.

¹³⁵ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 159; KENDİGELEN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 141 N. 426; EREM, s. 50; ÖZDEMİR, s. 32.

¹³⁶ SCHMIDT, Handelsrecht, s. 288; BAUMBACH/HOPT, HGB, § 1 N. 13; KINDLER, in: BOUJONG/EBENROTH/JOOST, HGB, § 1 N. 23; KARAHAN, s. 21; BROX, H.: Handelsrecht und Wertpapierrecht, 9. Aufl., München, 1991, s. 13 N. 20; MEIER-HAYOZIFORSTMOSE, s. 112 N. 38; STEININGER, T.l.v. der CRONE, H. C.: "Eintragungspflicht landwirtschaftlicher Betriebe in das Handelsregister", SZW/RSDA, Y. 2009, s. 5, s. 396; İsviçre Federal Mahkemesi de, 3 Mayıs 1958'de başlayıp 26 Temmuz 1958'de sona eren bir sirk turnesi faaliyetinin, ilgili kişinin ticaret siciline tescile daveti vesilesi ile vermiş olduğu kararda, sirkın sanatsal bir faaliyet olduğu, bunun ticari bir organizasyon içinde yürütüldüğü, kısa süreli de olsa süreklilik taşıdığı, anılan süre içinde o dönem için geçerli olan yıllık 50.00 Franklık gayrisafi hasılat sınırının aşılmış olduğu gerekçeleriyle yapılan tescil davetine itiraz eden sirk sahibinin bu itirazını reddetmiş ve ticaret siciline tescil edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir, BGE 86 I 187, 189 vd.; ayrıca bkz. BGE 104 Ib 261,262 vd.; 107 Ib 391,392 vd.

¹³⁷ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 159; ARKAN, s. 21; KENDİGELEN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 141 N. 424; AYHAN, s. 99; BAŞTUĞ/ERDEM, s. 19.

Süreklilik açısından faaliyetlerin fiilen devam etmesinden çok işletmecinin niyet ve kastı önemlidir. Bu yüzden faaliyetin az ya da çok kesintiye uğramış olması sürekliliğe engel teşkil etmez¹³⁸. Hatta *ARSLANLI'nın* da işaret ettiği gibi, TK m. 14/II'de (yTTK m. 12/2) kanun koyucunun, fiili işletme henüz başlamamış olmasına rağmen ticari işletmenin açılmış olduğunun ilan edilmesine ya da işletmenin ticaret siciline tescil ve ilanına tacir sıfatının doğması sonucunu bağlaması, devamlılık unsurunda fiili işletme faaliyeti kadar, bunu işletenin iradesinin de en az bunun kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır¹³⁹. Bu irade, gerçekte işletmeyi işleten gerçek ya da tüzel kişinin iradesidir. Ancak bu, özellikle tüzel kişilerde tüzel kişilik sürdüğü müddetçe ticari işletmenin devamlılık unsurunun ortadan kalkmayacağı anlamına gelmez. Tüzel kişiler de pekala işletmelerini kapatabilirler. Ancak iktisadi faaliyete arızı nitelikte ara vermelerde, iktisadi faaliyetin ara dönem süresince de işletmecinin hukukî ve fiilî iktidarı altında kalmaya devam etmesi gerekir. Zira ticari işletme kirası örneğinde de görüldüğü gibi kira dönemi süresince (BK m. 285/1, 287; yTBK m. 367-368) kiralayan işletmeci kendi iktisadi faaliyetlerini durdurmakta ve işletme faaliyeti kiracı tarafından kendi adına ve hesabına yürütülmektedir. Bu açıdan devamlılığın belli bir işletmecinin şahsında gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Hal böyle olunca, kiracı kira dönemi boyunca işletmeyi sürekli biçimde kendi adına işlettiği için devamlılık unsuru onun tarafından gerçekleştirilmiş sayılacaktır. Ancak daha yakında bakıldığında ticari işletme kirası bakımından ortada ilginç bir durumun olduğu ve aslında iki devamlılık iradesinin bulunduğu görülmektedir. Zira kiralayan bu dönemde ticari işletmeyi bizzat işletmese de örneğin bunun alacağı bir tasfiye kararı, kiracının işlettiği işletme bakımından da etkisini gösterecek ve böylece bir süre sonra kira sözleşmesinin konusu ve kiracının işletmecilik sıfatı kalmayacaktır. Ancak kiracının işletmeyi sürdürmek istememesi gerçekte kiralayana ait işletme üzerinde bunun işletmeciliğini de ortadan kaldıracak şekilde bir etki göstermeyecektir. Bu örnekte de ortaya çıktığı gibi kiralanan işletmelerin ticari işletme vasfını korumaları aslında, kiralayanın zorunlu unsurların o işletme hakkında sürmeye devam etmesi yönündeki iradelerine bağlıdır. Esasen bu iradeyi kira süresince korumak ve buna uygun davranmak, kiralayanın BK m. 272'nin (yTBK m. 360) gereklerini yerine getirmesi anlamını taşıyacaktır. Bir başka ifade ile kiralayanın işletmenin ticari işletme vasfını yitirmesine yönelik davranışları, sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

¹³⁸ *ARSLANLI*, Kara Ticareti, s. 20; *ARKAN*, s. 22; *EREM*, s. 50 dn. 6.; *AYHAN*, s. 99; *KARAHAN*, s. 21; *BAUMBACH/HOPT*, HGB, § 1 N. 13; *KINDLER*, in: *BOUJONG/EBENROTHIJOOST*, HGB, § 1 N. 24-25.

¹³⁹ *ARSLANLI*, Kara Ticareti, s. 20.

İşletmecilerin iktisadî faaliyetlerinin maksat ve/veya mevzularını zaman içinde farklı nedenlerle değiştirdikleri bir vakıadır. Bu sebeple devamlılıktan, somut bir faaliyetin (ticari branşın) sürekliliğini değil, bir kişinin pazarda iktisadî gayeyle hangi konuda olursa olsun sürekli biçimde faaliyet göstermesini, bir diğer ifadeyle pazarda arz yönlü sürekli biçimde aktif olmasını anlamak gerekir. Aksi takdirde aynı kişinin ticari branşını göreceli olarak sıkça değiştirmesi, iktisadî faaliyetin süreksizliği şeklinde yorumlanabilecektir ki, bu durum kanaatimizce TST m. 14/II'nin düzenleme amacına aykırı düşecektir. Anılan hüküm her ne kadar kişiden bağımsız kaleme alınmışsa da, iktisadî faaliyetler de mecburen gerçek ya da tüzel kişiler tarafından yürütülmek zorunda olduğundan, hukukî değerlendirme faaliyetin kendisi dikkate alınarak değil, bunu yürüten kişinin niyet ve maksadı ve bunun dışı vuruşu olan fiilleri dikkate alınarak yapılmalıdır.

Bu bahis altında son olarak değinilmesi gereken husus, ticari işletme için aranan "devamlılık" unsuru ile Kanun'un bazı hallerde bir iş arızı olarak yapılsa da hakkında TK hükümlerinin uygulanmasını öngörmesinin birbirinden farklı hususlar olduğudur¹⁴⁰. Örneğin TK m. 763'de (yTIK m. 851) eşya ve yük taşıma işlerini arızı olarak yapan kişiler de TK'nın taşıma ile ilgili hükümlerine tabi kılınmıştır. Kanun'un buradaki amacı o işe *ipso iure* bir süreklilik kazandırmak değil, ilgili hükümlerin kişi bakımından uygulama alanını ihtiyaçlar ve menfaatler çerçevesinde genişletmektir. Keza, işletme faaliyetlerinin kişisel, teknik, hukukî ya da somut işin özellikleri gereği askıya alınmış olduğu dönemlerde yapılan bir hasılat kirası sözleşmesi de ticari işletme kirası olarak nitelenmek gerekir.

C) Bağımsızlık

Bağımsızlık unsuru, pozitif hukukumuzda açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, doktrin tarafından, İsviçre TST m. 52ffil'de yer alan "bağımsız iktisadî faaliyet" ("*eine selbstiindige [...] wirtschaftliche Tätigkeit*") ifadesinden hareketle ticari işletmenin unsurları arasında sayılmıştır¹⁴¹.

Bağımsızlık unsurundan, iktisadî faaliyetin, gerek içe gerek üçüncü kişilere karşı bir başka kişi adına değil, bunu yürüten kişinin kendi adına ve hesabına yürütülmesi¹⁴², hukukî işlem ve fiillerden doğan sorumluluğun işletme ait olması, ekonomik risklerin faaliyeti yürüten kişide toplanması, teknik

¹⁴⁰ Karş. KENDİGELEN, (ÜLGEN. Ticari İşletme), s. 141 N. 424.

¹⁴¹ ARKAN, s. 22; POROYIYASAMAN, s. 34 N. 56; KENDİGELEN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 141 N. 427; ayrıca bkz. MEIER-HAYOZJFORSTMOSER, s. 113 N. 40-41.

¹⁴² ARSULNI/, Kara Ticareti, s. 100; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 147; KARAHAN, s. 21. Diğer yandan kendi adına başkası hesabına işlemler yapan alım satım komisyoncusunun (BK m. 416 vd.; yTBK m. 532 vd.) işletmesinin de -diğer şartları da oluşmuşsa- ticari işletme sayılması mümkündür (karş. TK m. 12/1b. 12), BAUMBACHHOPT, HGB, § 1 N. 14.

ve personel organizasyonunun kurulmasında, yürütülmesinde ve **gerektiğinde** değiştirilmesinde, işletme politikalarının ve stratejilerinin belirlenmesinde, çalışma saatlerinin tespitinde, faaliyetin geçici ya da sürekli olarak durdurulmasında, işletenin serbest iradesi ile karar alabilmesi anlaşılır¹⁴³. *MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER* şüphe halinde, uygulamada iktisadi faaliyetin bağımsız biçimde yürütüldüğünün kabul edildiğini ifade etmektedir¹⁴⁴.

Bağımsızlığın öncelikle üçüncü kişilerin iktisadi faaliyetlerine karşı bulunması gerekir. Bağımsızlığın "*dışa dönük yönü*" olarak da nitelendirilebilecek bu anlamına göre, ticari işletme vasfını kazanacak her iktisadi faaliyet, farklı kişilerce birbirinden hukuken bağımsız biçimde (farklı gerçek ya da tüzel kişilerin mülkiyet, tasarruf ve işletiminde) yürütülmelidir. Birden fazla işletmenin bazı ticari işletme unsurlarını birlikte kullanmaları, sahiplerinin değişik alanlarda işbirliği yapmaları bağımsızlığa zarar vermez. Önemli olan iktisadi faaliyetin yürütülmesindeki hukuki bağımsızlıktır. Bu bakımdan ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının tümünün, işletmecinin mülkiyetinde olması belirleyici değildir. Nitekim ticari işletme kirasında ticari işletme unsurlarının büyük kısmı kiralayanın mülkiyetinde bulunmasına rağmen, işletme faaliyeti kiracı adına ve hesabına yürütüldüğünden, bağımsızlık unsuru gerçekleşmiştir. Bağımsızlığın "*iç dönük yönü*" ise, aynı kişi tarafından aynı maksat ve mevzuda yürütülen iktisadi faaliyetlerin birbirlerine karşı durumu ile ilgilidir.

Franchising, tek satıcılık ya da acentelik gibi bazı pazarlama metodlarının beraberinde getirdiği ticari bağımlılıklar, hukuki bağımsızlığı kural olarak ortadan kaldırmazlar. Ancak söz konusu ticari bağımlılık, doğrudan ya da dolaylı olarak hukuki bağımsızlığı ortadan kaldırmışsa, özellikle de "işletmeciyi" zamanla diğer bir işletmenin çalışanı (bağımlı tacir yardımcısı, ticari mümessil (BK m. 451/I; yTBK m. 549/1) ya da özel yetkili ticari vekil olarak (BK m. 453; yTBK m. 551) "şube müdürü") haline getirmişse, iki iktisadi ünite arasındaki ilişkinin adı ne olursa olsun artık bunlardan birisinin hukuki bağımsızlığını kaybettiği sonucuna varılmalıdır¹⁴⁵.

¹⁴³ *DOMANIÇ/ULUSOY*, s. 148; *AYHAN*, s. 103. Alman TK m. 84/1 c. 2'de acentenin (*Handelsvertreter*) bağımsız bir işletme organizasyonuna sahip olması gerektiği açıklanırken, "özellikle faaliyetlerini ve çalışma saatlerini serbestçe (*frei*) belirleyebilen kişi" bağımsız (*selbständig*) olarak tanımlanmıştır, *CANARIS*, s. 24 N. 2; gerek m. TK m. 100/1 (yTTK'da karşılığı yoktur) ve gerek m. 116/I'de (yTTK m. 102/1) yer alan ve "ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfatla daimi surette bağlı olmama" şeklinde ifade edilebilecek şart da bağımsızlığın bir başka tarifi olarak anlaşılabilir.

¹⁴⁴ *MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER*, s. 114 N. 42; aynı yönde *STEININGER/v. der CRONE, SZW/RSDA*, Y. 2009, S. 5, s. 396.

¹⁴⁵ *KINDLER*, in: *BOUJONGIEBENTROTH/JOOST*, HGB, § 1 N. 21.

Yukarıdaki açıklamaların da gösterdiği gibi bağımsızlık unsuru aslında sadece gerçek kişilerce yürütülen iktisadi faaliyetlerde aranabilecek birşarttır. Zira örneğin bir ticaret şirketi, yavru şirket olsa da (karş. yTfK m. 195 vd.) bunun ticari işletmesinin bağımsız olmadığı ileri sürülemez¹⁴⁶. Şirketler topluluğuna dahil yavru şirketler hakim şirketin ya da şirketler topluluğunun dar ve teknik anlamda şubeleri olarak da görülemezler¹⁴⁷. Bunun gibihukuki kişiliğini muhafaza etmek kaydıyla gizli ya da açık bir kartele¹⁴⁸ dahil olmak da, bağımsızlık unsurunun varlığını zedelemeyecektir.

Görüldüğü gibi bağımsızlık unsuru da ekonomik gerçekliklerle veuygulamalarla yakından ilgilidir. Zira herkes, aynı ya da farklı alanlarda iktisadi faaliyet gösterme özgürlüğüne sahip olduğu gibi, bir işletmeci iktisadi' faaliyetlerini birbirlerine yakın ya da uzak farklı coğrafi bölgelerde yürütmeyoluna da gidebilir. İlk durumda, farklı kişilerce yürütülen iktisadi faaliyetlerin müstakil bir ticari işletme vasfına sahip olmaları doğaldır. İkinci durumuçin ise hukuk düzenleri, sadece coğrafi ve mekansal farklılık sebebiyle aynıişletmeciye ait bir ve aynı faaliyete ticari işletme vasfı tanımak istememişler ve bunlar hakkında ticari işletmenin "şubeleri" olarak bir takım farklı hukuki sonuçlar öngörmüşlerdir (örneğin TK m. 42/III, 50/1; yTTK m. 40/3,

¹⁴⁶ Karş. *BAUMBACH/HOPT*, HGB. § 1 N. 14; *ARICI*, Devir, s. 19; şirket topluluklarını göz önünde tutan *MEIER-HAYOVFORSTMOSE*r hukuki veya ekonomik bağımsızlıktan herhangi birisinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu görüşündedirler, s. 1 13 N.41; aynı yönde *STEININGER/v. der CRONE*, SZW/RSDA, Y. 2009, S. 5, s. 396; aksigörüş *GAUCH*, P.: *Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht mit Einschlul3desProzeB- und Zwangsvollstreckungsrechts*", Habil., Zürich, 1974, s. 14 vd., Yazar şubeninişletmeye ekonomik, idari ve organizasyonsal bakımdan entegre edilmiş olduğunu ifade etmektedir. Şirket tüzel kişiliği ile onun işletmesi arasındaki farklılığı göz ardı etmeksuretiyle, şirket tüzel kişiliğini adeta dar ve teknik anlamda bir ticari işletme gibideğerlendiren ve şubelerin dahi müstakil ticari işletme olarak kabul edilmesi sonucunagötüren (s. 113 N. 41) bu görüşe katılma imkanı yoktur. Ticaret şirketleri ekonomik anlamda bir "işletme" (*Unternehmen*) olarak görülebilirse de, hukuki anlamda hiçbir zamanbizatihi ticari işletme değildirler. Bunun gibi şubelerin tescil edilmek zorunda olmasıda, bunların tamamen müstakil bir hüviyete sahip olmalarının değil, işletmenin coğrafi genişlemesinin tescil ve ilanındaki kamu yararı ile ekonomik kamu düzeninin (örneğin bkz. TKm. 42/son, TST m. 52/11-son; yITK m. 40/son) sonucudur, karş. *GAUCH*, *Zweigbetrieb*, s. 223 vd.

¹⁴⁷ *GAUCH*, *Zweigbetrieb*, s. 39 vd.

¹⁴⁸ Karteller hakkında bkz. *AKINCI*, A.: *Mukayeseli Hukuk Açısından AmerikanveAvrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Ankara, 2001, s. 66-67; *EMMERICH*, V.: *Kartellrecht*, 9. Aufl., München, 2001, s. 25 vd. Ayrıca bkz. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (RG T. 15.02.2009, S. 27142) m. 3/c'de yer alan "kartel" tanımı: "Fiyat tespiti, müşterilerinş ağılayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasındagerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler".

48/1/ - Bu yaklaşım hiç şüphesiz yerindedir. Zira aksi takdirde aynı ıltıs.acfi faaliyet birden çok kez ticari işletme niteliği kazanmış olacaktır. Bu bakımdan bağımsız olmayan iktisadi organizasyonlar, müstakil **iktisadi bir işletme** değil, teknik-iktisadi bir bütün (işyeri, *Betrieb*) sayılır¹⁵⁰.

TK m. 15' in de (yTTK m. 13) işaret ettiği gibi tam ya da sınırlı ehliyet-siz birinin veli ya da vasisi vasıtasıyla ticari işletme işletmesi veya işletme-nin ilgili mevzuat uyarınca tasfiye memurları {ta da kayyum vasıtasıyla idare edilmesi ise bağımsızlık unsurunu zedelemes¹⁵¹.

Bağımsızlık unsuru, ticari işletme kirasında sözleşmenin kapsamı bakımından da rol oynayabilir. İlk olarak belirtmek gerekir lci, bağımsız olmayan ve hatta şube niteliğini dahi haiz olmayan atölye, imalathane, ajans, irtibat bürosu, depo, teşhir mağazası vs. gibi işyerlerinin kiralanması ticari işletme kirası olarak görülemez. Diğer yandan merkezden ya da birden çok şubeli bir ticari işletme söz konusu ise bütünden ayrıldığında, bir ticari işletme hüviye-tini kazanmaya yetecek maddi ve gayri maddi unsurları (özellikle müşteri çevresi) ile organizasyonu olan bir "şube", hasılat kirasına verilebilir (örne-ğin bir süpermarketin değişik semt ya da şehirlerdeki şubeleri)¹⁵². Zira şube-ler hukuk'i ve teknik olarak merkezden ayrılabilirler. Sonuç olarak bir ticari işletme, kendisine bağımlı tüm birimleriyle birlikte kiralanabileceği gibi¹⁵³, kendisinden ayrıldığında bağımsız bir ticari işletme niteliğini kazanacak bi-rimleri de ticari işletme kirasına müstakil konu olabilirler.

¹⁴⁹ GÖLE, C.: "Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu", Prof. Dr. Emst E. HIRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. 186-187, merkez-şube aynmına iliş-kin kıstaslar hakkında bkz. s. 195 vd.; PEKDİNÇER, T.: "Ticaret Sicili Açısından Mer-kez-Şube-Satış Mağazası Kavramları", Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan. İstanbul, 2003, s. 474 vd.; GAUCH, Zweigbetrieb, s. 104-105, 125 vd.

¹⁵⁰ Karş. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 160; KINDLER, in: BOUJONG/EBENROTH/JOOST, HGB, § 1 N. 10; şubenin ticari işletmeye ait bir işyeri olduğu, ancak her işyeri-nin de şube olamayacağı yönünde bkz. GAUCH, Zweigbetrieb, s. 2 vd.

¹⁵¹ v. GIERKEISANDROCK, s. 112-113.

¹⁵² Bu örnekte kiracının kiralanın işletmeyi yeni bir unvan altında ve farklı tedarik kaynak-larıyla faaliyete geçirdiği varsayılmıştır. Unvan, marka, işletme adı vs. isimler aynen kul-lanılmaya devam ediliyor ve iş organizasyonu (sistem) aynen taklit ediliyorsa bir franchising sözleşmesinden ve eğer "kiralayanın" gönderdiği mallar onun adına ve hesa-bına satılmaya devam olunuyorsa da bir acentelik sözleşmesinden (TK m. 116/1; yTTK m. 102/ I) söz etmek gerekir. Bu açıdan sözleşmenin muhtevası ve uygulanışı önemlidir. Ticari işletme kirası ile franchise sözleşmesi arasındaki farklar için bkz. aşağıda §5 V.

¹⁵³ Karş. ARKAN, s. 40.

D) Aleniyet

Aleniyet unsuru pozitif hukukta açıkça öngörülmemiş olmakla **birlikte**, doktrinde bazı yazarlarca aranan bir ticari işletme unsurudur¹⁵⁴.

Öncelikle belirtilmelidir ki, aleniyet, iktisadî faaliyetin üçüncü **kişilere** değişik yollarla (örneğin TK m. 41/II; yTTK m. 39/2) duyurulması **ile ilgili** değildir. Aleniyet ile kastedilen, iktisadî faaliyetin kapalı ve geçişkenolma❖yan dar bir çevrede (örneğin sadece üyeler ya da bunların aileleri veya belli bir kurumun mensupları, kısacası belli kişiler arasında) cereyan et❖emesi, işletmenin bu çevre içinde kalmak üzere tesis edilmiş olmaması, aksine belirsiz bir müşteri çevresine (pazara) yönelmiş olması gereğidir. Müteşebbis iktisadî faaliyetinin ürünlerini anonim bir kitleye sunmalı, bu kitlenin ürünlere erişiminde işletmenin yapısal özelliklerinden kaynaklanan kısıtlamalar olmamalıdır. Bir işletmenin sadece belli meslek mensuplarına hitap etmesi!, müşterilerinin fiilen küçük bir yerleşim yerinin (köy, mahalle, apartman siteleri, tatil köyleri gibi) halkından oluşması ise, müşteri çevresinin her an farklı bireylerden oluşma ihtimali bulunduğu sürece aleniyet ilkesine zarar vermez.

Esasen gelir sağlama amacı ile pazarda faaliyet göstermek, kural olarak aleniyeti de bünyesinde barındırır¹⁵⁵. Kapalı devre bir sistem (*Selbstwirtschaft, geschlossene Wirtschaft*) içinde yürütülen iktisadî faaliyetlerin ticari hükümlere tabi kılınması gerekli değildir. Zira böylece üçüncü kişilerle arz yönlü bir hukukî temasa geçilmemektedir¹⁵⁶. Gerçekten de ticaret hukuku, medeni ve borçlar hukukuna göre üçüncü kişilerle olan ilişkilere daha çok önem vermiştir. Üçüncü kişilerle olan hukukî ilişkilerin önemi ve sayıca çokluğu, bunların tarafları ve/veya o iş hakkında adi hükümlerden ay-

¹⁵⁴ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 160; BAŞTUĞ/ERDEM, s. 20.

¹⁵⁵ BAŞTUĞ/ERDEM, s. 20.

¹⁵⁶ Aleniyet unsurunun gerçekleşmediği faaliyetlere örnek olarak, bir demek ya da vakıf üyelerinin sadece kendi aralarında gerçekleştirdikleri periyodik kermesler, apartman ve site yönetimi, bir grup ailenin gıda, temizlik vb. ihtiyaçların topluca ve ucuza temini için aylık olarak alışveriş yapmaları gösterilebilir. Bunun gibi kişisel malvarlığının yönetimi niteliğinde olmak üzere, bir gerçek kişinin, derneğin ya da vakfın kendisine ait gayrimenkulleri kiralaması ve bunlardan kira geliri elde etmesi de bir ticari işletme faaliyeti olarak görülemez, SCHM/DT, Handelsrecht, s. 285; BAUMBACH/HOPT, HGB, § 1 N. 13, 17; KINDLER, in: BOUJONGIEBENROTH/JOOST, HGB, § 1 N. 22. Ancak hukukumuz bakımından, gerçekte kendi malvarlığını yönetmek olarak görülebilecek ve böylece bir ticari işletme faaliyetine meydan vermeyecek, bir şirketin çoğunluk paylarına sahip olma ve böylece ya da başka yöntemlerle kontrolü altında bulundurma eyleminin, yTTK m. 195/1-3'de öngörüldüğü şekliyle gerçekleştiğinde yTTK m. 195/5 c. 2 gereğince bu gerçek ve tüzel kişinin "tacir" olması sonucunu doğuracağı ifade edilmelidir.

rılan ticari hükümlerin uygulanmasının yerinde olup olmaması hususu ile yakından ilgilidir¹⁵⁷.

Diğer yandan örneğin sadece bir spor kulübünün, hemşehri derneğinin, resmî ya da özel kurum mensuplarının veya bir baronun üyelerinin yararlanabildiği iktisadî faaliyetler konusunda ikili bir ayırım yapılmak gerekir. Eğer bu faaliyet, üyelere toplanan aidatlar ile finanse edilip, o kuruluşun bir iş ilişkisi ile çalışan ya da gönüllü kendi personeli tarafından yürütülüyorsa, bunu bir kapalı iktisadî faaliyet olarak nitelemek gerekir. Zira burada hizmeti sunanlar ile yararlananlar aynı grupta yer almaktadırlar. Ancak lokal, misafirhane ya da restaurant, kurumun dışındaki ve bunun çalışanı olmayan bir kişi tarafından finanse ediliyor, bütün işlemler o kişi adına ve hesabına yürütülüyor ve bütün ekonomik risk bu kişiye aitse, buradan her ne kadar belli kişiler istifade ediyor olsa da, aleniyet unsurunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Sonuç olarak, iktisadî faaliyeti yürütenler ile sonuçlarından yararlananların tamamının aynı kişiler olması ve gruba kimin dahil olacağını yine bu kişilerce belirlenmesi halinde, "aleniyet" unsurunun gerçekleşmediği sonucuna varılmalıdır. Yukarıdaki örneğin de gösterdiği gibi, iktisadî faaliyeti kendi adına ve hesabına ve riski de kendisine ait olmak üzere yürüten kişi, faaliyetten istifade edenlerden farklı ise, bunlar kapalı bir müşteri grubu ol-salar dahi aleniyet gerçekleşmiştir. Zira örneğin derneğe ya da vakfa kimin üye olacağını ya da ayrılacağını, o kuruluşa kimin atanacağını belirleme yetkisi işletmecide değil, ilgili kuruluştaki olduğundan, "belirsiz bir müşteri kitle-sine hitap etme" unsurunun gerçekleştiğinde tereddüt edilmemek gerekir.

E) Serbest Meslek Faaliyeti Olmama

"Yürütülen iktisadî faaliyetin bir serbest meslek faaliyeti olmaması" hususu, yukarıda ele alınan "aleniyet" unsuru gibi ticaret hukuku mevzuatında açıkça zikredilmeyen ancak doktrinde ticari işletmenin unsurları arasında sayılan bir unsurdur¹⁵⁸. Kanaatimizce bu unsur ticari işletme konusu olabilecek iktisadî faaliyetlerin sınırlarını belirlemesi açısından, esnaf faaliyeti sınırlarının aşılması unsuru kadar önemli bir şart olarak görülmelidir.

Belirtildiği üzere TK (yTTK) ya da TST'de serbest meslek faaliyeti ile ilgili bir açıklama bulmak mümkün değildir. 193 s. GVK m. 65/1'de serbest meslek faaliyeti "sermayeden ziyade şahsî mesaiye ilmi veya meslekî bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmıyan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsî sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması" şeklin-

¹⁵⁷ STEIN/NGER/v. der CRONE, SZWIRSDA, Y. 2009, S. 5. s. 396.

¹⁵⁸ TEKİL, s. 112; BAŞTUĞ/ERDEM, s. 30; KENDİGELEN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 145 N. 438; KARAHAN, s. 27; KARAHAN, BATİDER, Y. 1994, C. XVII. S. 4. s. 58-59.

de tanımlanmış vem. 66/1 c. 1'de de "serbest meslek faaliyetini mütat me,, lek halinde ifa edenler", "serbest meslek erbabı" olarak nitelendirilmiştir¹⁵⁹. Bu tanımlar ticaret hukuku uygulamasına da yardımcı olabilirler.

Serbest meslek faaliyetlerinin (*freier Beruf, frei berufliche Tiitigkeit*) tı-cari işletme olarak nitelendirilmemesi, gerek bu mesleklerin nitelikleri ve gerek ilgili meslek kuruluşlarının bu gibi faaliyetlerin ticaret hukukunun dışın-da tutulmaması yönündeki tarihsel gelenekleri ile açıklanmaktadır¹⁶⁰. Nite-kim serbest avukatlık, hekimlik, diş hekimliği, psikologluk, veteriner hekim-lik, muhasebecilik ve mali müşavirlik, bizzat ilaç imal eden eczacılık¹⁶¹, no-terlik gibi¹⁶² örnekleri olan bu tür meslekler, bir yüksek eğitim gerektirmek-te, mesleğe girişler ve faaliyeti sürdürme meslek mensuplarınca özel mevzu-atları uyarınca kurulmuş olan ve zorunlu üyelik ilkesinin geçerli olduğu ku-ruluşlarca düzenlenmekte, faaliyet sermayeden çok bedensel, zihinsel ve en-telektüel çalışmayı gerektirmekte ve endüstriyel bir nitelik taşımamakta, mesleğin kendisine ait teknik ve bilimsel doğruları olduğundan dar anlamda bir bağımlılık ilişkisi içinde icra edilememekte, kişisel nitelikte edimler do-ğurmakta ve bu da "işletmenin" herhangi bir ticari işletme gibi alelade dev-ri/kirası neredeyse imkansız hale getirmekte, serbest meslek sahibi ile müşte-rileri arasında belli bir sır alanı oluşturmakta, zaten pazar ve talep odaklı ol-mayan faaliyet sonucunda ortaya çıkan "ürün" ticari anlamda bir mal ya da hizmet olarak nitelendirilememekte, kamu hizmeti özellikleri taşımakta, gö-rülen işler için müşterilerden alınacak bedeller çoğunlukla kamu otoriteleri tarafından asgari ya da azamı miktarlar olarak belirlenmektedir¹⁶³. Alman

¹⁵⁹ 193 s. GVK m. 18'de serbest meslek kazancından istisnalar bağlamında 'şiir, hikaye, roman, makale, bilimsel araştırma ve inceleme, röportaj, karikatür, fotoğraf, film, video bant, radyo ve televizyon senaryo ve oyunu gibi eserler ve patent" gibi eserler üreten 'müellif, mütercim, heykeltıraş, hattat, ressam, bestekar ve mucit" gibi kimi meslek sa-hiplerinin ismen sayılmış olduğu da belirtilmelidir.

¹⁶⁰ CANARIS, s. 26 N. 9: SCHMIDT. Handelsrecht. s. 282: BAUMBACH/HOPT. HGB, § 1 N. 19.

¹⁶¹ Bkz. KARAHAN. s. 27-28; TEKİL, s. 113.

¹⁶² Serbest meslek türlerinin sayısının sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığı ve serbest meslek faaliyetleri de dahil olmak üzere herhangi bir "iktisadi faaliyet" bakımında bunun ticari işletme olduğu yönünde bir (adi) karinenin bulunmadığı yönünde bkz. RITTNER. F.: "Untemehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe", in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Hefi: 261/262, Tübingen. 1962, s. 26.

¹⁶³ Serbest meslek faaliyetlerinin karakteristik unsurları hak.kında bkz. SCHULTE. M.: Das Werberecht der freien Berufe. Diss.. Köln, 2001, s. 18 vd.; CANARIS, s. 25 . 8: RITTNER, in: Recht und Staat, s. 20-21, BRECHER. F.: Das Untemehmen als Rechtsge-genstand. Bonn, 1953, s. 141; AKER. BATİDER, Y. 2009. C. XXV. S. 3. s. 242. 1994 ta-rihli Alman Serbest Meslek Mensuplarınca Kurulan Ortaklıklar Hakkında K. (Parrnerschaftsgesellschaftsgesetz) m. 1/11 c. I. serbest meslek faaliyetlerinin genel ola-rı¹¹<, "özel bir mesleki yeterlilik ya da yaratıcı yetenek temelinde, yüksek türden hizmetle-rin (Dieustleistungen höherer Art), müvekkilin ve kamunun menfaatine olacak şekilde,

doktrinde profesyonel sporculuk, sanatçılık¹⁶⁴, yazarlık, mütercimlik. mimarlık, özel öğretmenlik, bilirkişilik, bilgisayar programcılığı gibi faaliyetlerin de ticari işletme olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁶⁵.

Hukumumuzda da Avukatlık K. m. 1'de "avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir", m. 11'de de "[...] tacirlik ve esnafılık avukatlıkla birleşmez" denilmiştir¹⁶⁶. Noterlik K. m. 1'de ise "noterlik bir kamu hizmetidir" ifadesi yer almaktadır. Aynı Kanun'un **SOM**.maddesi hükmünde de noterlerin ticaret yapımları yasaklanarak, aynen avukatlık mesleğinde olduğu gibi, bunların faaliyetlerinin ticari işletme faaliyeti olmadığı açıklanmış bulunmaktadır. 3568 s. Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 11'de yeminli mali müşavirliğin bir kamu hizmeti olduğu ve m. 45'de serbest muhasebeciler, serbest muhasebeci mali müşavirler ile yeminli mali müşavirlerin ticaretle uğraşamayacakları ifade edilmiştir. 1219 s. Tababet K. m. 12/I de benzer nitelikteki yasağı hekimler için öngörmektedir.

Anılan türden serbest meslek mensuplarının faaliyetlerinin ticari işletme sayılmaması ve böylece aslında, uygulanması bir ticari işletmenin ve/veya tacirin varlığına bağlanmış ticari hükümlerden muaf tutulmuş olmaları haklı

kişisel olarak, bireysel sorumluluk altında ve mesleki bakımdan bağımsız şekilde sunulmasını" konu edindiğini ifade etmiştir. Aynı maddede serbest çalışan hekimler, diş hekimleri, veteriner hekimler, doğal yöntemlerle tedavi edenler, fizyo terapistler, ebeler, tedavi amaçlı masajcılar, uzman psikologlar, baro üyeleri, patent vekilleri, denetçiler, vergi müşavirleri, işletme (şirket) danışmanları, yeminli mali müşavirler, mühendisler, mimarlar, ticari kimyagerler, klavuzlar, bilirkişiliği asıl meslek olarak icra edenler, gazeteciler, foto muhabirleri, mütercim-tercümanlar ve benzeri meslekler ile bilim adamları, sanatçılar, yazarlar, öğretmen ve eğiticiler serbest meslek mensubu olarak sayılmıştır. Ancak ticaret hukuku bakımından bu sayımın değil, uygulamanın bakışının (*Verkehrsanschauung*) esas olduğu yönünde bkz. *BAUMBACH/HOPT*, HGB, § 1 N. 19; *KINDLER*, in: *BOUJONG/EBENROTH/JOOST*, HGB, § 1 N. 38.

¹⁶⁴ Esasen TK m. 13/1 b. 2'de (yITK'da karşılığı yoktur) "güzel sanatlardan" bahsedilmiş ve belli şartlar gerçekleşmedikçe bu tür faaliyetlerin ticari işletme sayılmayacağının öngörülmüş olmasını TK'nın zımnı olarak da olsa sanatsal faaliyetleri kural olarak ticari işletme kabul etmediğinin bir göstergesi olarak değerlendirmek mümkündür.

¹⁶⁵ *CANARIS*, s. 25 N. 8; v. *GIERKE/SANDROCK*, s. 115; *KINDLER*, in: *BOUJONG/EBENROTH/JOOST*, HGB, § 1 N. 37; *KORT*, AcP 193 (1993), s. 459; *BAŞTUĞ/ERDEM*, "bir mimarlık bürosu, bir muhasip bürosu" için durumun. TK m. 13'deki (yITK'da karşılığı yoktur) kritere göre tayin edilmesi gerektiğini savunmuşlardır. s. 30.

¹⁶⁶ Avukatlık K. m. 11 hükmü, bir avukatın bağımlı olarak ya da kendi adına ve hesabına bağımsız şekilde bir iktisadi faaliyette bulunamayacağını öngörmekte olup, salt avukatlık mesleğinin ticari işletme faaliyeti sayılıp sayılmadığı sorunu ile ilgili değildir. Ancak karşı. Avukatlık K. m. 44.

eleştirilene konu olmaktadır¹⁶⁷. Gerçekten de daha çok yüzyıllar öncesine dayalı baskı grubu olma özelliklerinden ve bu tür mesleklerin tarihsel prototiplerinden hareketle meşrulaştırıla gelen bu ayrıksı uygulama, meslek görünümlerinin, örneğin serbest avukatlık, hekimlik, muhasebeci ve mali müşavirlik bakımından gittikçe profesyonelleşmesi, teknik-organizasyonel yanlarının ağır basmaya ve "ürünün" ticarilik özelliğinin gittikçe daha belirgin hale gelmeye başlaması karşısında, üzerinde düşünülmesi gereken bir husus halini almıştır¹⁶⁸. Bu sebeple serbest meslek faaliyeti ile ticari işletme faaliyetini birbirinden ayırmanın yer yer güçleştiği ve bir gri alanın oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁶⁹. Gerçekten isminde, "muayenehane", "poliklinik", "merkez" vb. ifadeler¹⁷⁰ yer alan işyerlerinde teşhis ve tedavi uygulamaları yanında ya da ağırlıklı olarak bizzat ya da çalışanları vasıtasıyla "güzellik/estetik", "saç ekimi", "zayıflama", "sağlıklı yaşam" (*wellness*) gibi hizmetleri sunan bir uzman ya da pratisyen hekimin, "muayenehanesinde" güzellik amaçlı estetik cerrahi girişimlerde bulunan bir plastik cerrahi uzmanının, ofis, büro¹⁷¹ vb. isimler altında uluslararası ve/veya ulusal halka açık

¹⁶⁷ SCHMIDT. Handelsrecht, s. 282-283; CANAR/S, s. 26 N. 9 vd.; BAUMBACH/HOPT, HGB, § 1 N. 19; KORT, AcP 193 (1993), s. 459; STEININGER/v. der CRONE, SZW/RSDA, Y. 2009, S. 5, s. 401.

¹⁶⁸ **Karş.** BAUMBACH/HOPT, HGB, § 1 N. 20. Alman imparatorluk Mahkemesi il'e A!man Federal Mahkemesi, ticari örf ve adetler ile teyit mektubuna ilişkin esasların, ticari teammülleri ve uygulamaları biliyor olmaları, belirli bir işletmesel organizasyona sahip olmaları ve pazarda adeta bir tacir gibi hareket etmeleri ve hukukt ilişkiler kurmaları yada üçüncü kişilerde bu yönde bir görünüş yaratmış olmaları kaydıyla, "tacir benzeri" olarak nitelendirdiği kişiler (*kaufmannsähnliche Personen*) (esnaflar, serbest meslek sahipleri (avukat, mali müşavir) ve iflas idaresi memurları), hakkında da uygulanabileceğinhükmetmiştir. bkz. CANAR/S, s. 471 N. 3, s. 439 N. 46 dn. 69'da anılan ticari örf ve adet hakkındaki kararlar (RG, JW 1914, 673, 674; BGH, NJW 1952, 257; WM, 1970. 695, 696; 1980, J 122, 1123); s. 454-455 N. 45-46 dn. 55 ve 58'de anılan teyit mektubu hakkındaki kararlar (BGHZ 40, 42, 43 vd.; BHG. WM 1973, 1376; RG, JW 1924, 522; BGH. DB 1967, 1362).

¹⁶⁹ KORT, AcP 193 (1993), s. 459-460. Anılan türden mesleklerin. meslek sahibinin kişisel sorumluluğu altında ifa edilen edimleri konu edinmesi sebebiyle ticari işletmeye doğru evrimleşmelerine (*Entartung zum Unternehmen*) izin verilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. R/ITNER. in: Recht und Staat, s. 25; BRECHER de bu türden serbest meslek faaliyetlerini "sözde işletme" (*PseudounterneJunen*) olarak nitelendirmektedir, s. 140.

¹⁷⁰ Anılan kavramlar hakkında bkz. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, RG T. 15.02.2008, S. 26788. Bu Yönetmelik'de yer alan sağlık hizmetlerinin verildiği birimlerle ilgili tanımlar TK m. 12/1 b. 6'daki "özel hastane" kavramı için ışıktutucu nitelikte olabilirse de nihai karar ticari işletme hukukunun esasları çerçevesinde verilmeli ve "muayenehane", "poliklinik" gibi serbest meslek icrası izlenimi uyandıran isimlere bağlı kalınmamalıdır. Ayrıca bkz. 213 s. VUK m. 156'daki "işyeri" tanımı.

^m T ürk'ıye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği (RG T. 21.11.2003, S. 25296) m. 4'de yer alan 'meslek faaliyetlerin yürütüldüğü büro: bu amaca elverişli ve mesleğin

büyük sermaye şirketlerine, şirketler topluluklarına sürekli şekilde hukuki ve/veya malî konularda hizmet sunan, sürekli ya da arızî olarak belli konularda (örneğin birleşme ve devralmalar) "çözüm ortağı" olarak faaliyet gösteren avukat ve malî müşavirlerin, bu mesleklerin tarihsel ve geleneksel anlamdaki prototiplerinin faaliyetlerini icra ettiklerini söylemek her halde zordur. Zira örnek verilen hekimlerin faaliyetlerinin, muayenehanesine kalp ve tansiyon hastalarını kabul eden bir dahiliye/kardiyoloji uzmanının ya da bir pratisyen hekimin genel faaliyet tablosundan ve anılan türden faaliyetleri avukat ve malî müşavirlerin faaliyetlerinin de, bulunduğu küçük şehirdeki küçük bir büroda, tahliye, boşanma, arazi ya da miras uyuşmazlıkları gibi belli başlı hukuk davaları ile icra ve iflas takibi işlerini yapan tek bir avukatın ve sadece ticari defterleri tutan serbest muhasebeci malî müşavirin faaliyetlerinden ne denli farklı olduğu açıktır^{172, 173}. Yukarıdaki örneklere büyük

saygınlığına yaraşır nitelikte olmalıdır" hükmüyle "büro" dolaylı biçimde de olsa tanımlanmıştır. Ayrıca bkz. 213 s. VUK m. 156'daki "işyeri" tanımı.

172 Karş. *DOMANIÇ/ULUSOY*, s. 150. Görüldüğü gibi serbest meslek faaliyetleri, ticari işletme hukuku bakımından esnaf işletmesi ile değil ticari işletme ile bir yarış ilişkisi (*Konkurrenzverhältnis*) içindedirler.

173 İsviçre Federal Mahkemesi, avukatın yanlış bilgi vermeden kaynaklanan sorumluluğuyla ilgili 1998 tarihli bir kararında, "[...] İstinaf Mahkemesi'nin, bugün, en azından her büyük avukatlık bürosunun ticari esaslara göre organize olduğu ve düzenli bir ticari muhasebeye ihtiyaç duyduğu yönündeki görüşüne tereddütsüz katılmak gerekir. Bu çerçevede avukatlık bürosu TST m. 53/C hükmü uyarınca tescili gereken bir işletme olarak nitelendirilmelidir. Tek tek avukatların ya da bütün olarak avukatlık bürosunun ağırlıklı olarak yürüttükleri faaliyetler TST m. 53/A'daki (karş. TK m. 12; yTIK'da karşılığı yoktur) ticari işletme faaliyeti türleri ile örtüşüyorsa, yıllık gayrisafi hasılatları 100.000 Frankı da geçmek kaydıyla (TST m. 54) ticaret siciline tescil mecburidir" diyerek serbest meslek faaliyetlerinin uygulamalarının/icra ediliş biçimlerinin de serbest meslek faaliyetinin özüne bağlı kalması gerektiğini, ticari işletmeye dönüşmesi halinde ise ticaret siciline tescillerinin kaçınılmaz olduğunu ortaya koymuştur (BGE 124 III 363, 365-366). *MEIER-HAYOZJFORSTMOSER* de serbest meslek faaliyetlerinin ticari işletme sayılmaması ilkesinin İsviçre uygulamasında zirai işletmelerle karşılaştırıldığında daha dar yorumlandığını ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de 1974 tarihli bir kararında (BGE 100 Ib 345, 350 vd.) iki kliniği olan bir diş hekiminin ticaret siciline tescil ile mükellef tutulduğunu ifade etmektedirler, s. 118 N. 58. Avukatlık K. m. 44/A (aynı büroda birlikte çalışma) ve B (avukatlık ortaklığı) hükümleri karşısında böyle bir kararın de lege lata Türk hukukunda verilmesi imkansız gözükmektedir, karşı. *DOMANIÇ/ULUSOY*, s. 150 dn. 10, Yazarlar, Avukatlık K. m. 44'ün TK m. 13/II'ye (yTIK'da karşılığı yoktur) konulmuş bir istisna sayılabileceğini ifade etmişlerdir; aynı yönde *KENDİGELEN*, (ÜLGİN, Ticari İşletme). s. 145 N. 438; *KARAHAN*, s. 27; *ARICI*, Devir, s. 24; Alman hukuku için aynı yönde *KINDLER*, in: *BOUJONG/EBENROTH/JOOST*, HGB, § 1 N. 38.

Ne var ki Avukatlık K. m. 44/A'deki "birlikte çalışma, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın mesleki çalışmalarını bir büroda yürütmeleridir. Bu birlikteliğin tüzel kişiliği yoktur, *yapılan iş ticarî sayılmaz*" ile m. 44/8/1 c. 1-2'de yer alan "avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın bu Kanuna göre mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir. *Avukatlık ortaklığının çalışması meslek çalışması olup, ticarî*

unılmıd:: ().. hu umlerinin melnumu muhalifinden hareketle. k  mesleğini ferdi olarak "urduren ıeı.. b r a, ukatın faaJıyeının "ticari" olmadığı açıkça belinilmemiştir, tek b r .ı, u  .ıtn faalı)elerinin TK m. 12/1 b. 12 ya da 13/1 (yTTK  da karşılığı yokt r) uyarınca -dig.er unsurlar da gerçekleşmişse- ticari işletme faaliyeti kabul edilebilece ı akla ge  bi- l r Anc:ıJı. bu)Orum Avukatlık K. m. 1'in *ratio /egis'ine* aykırı olacaktır. Zira gerek ay- nı burod.ı birlikte çalışma.. ve gerek "avukatlık ortaklığında.. elde edilen hasılatın 213 s YUK m. 1 ITdeki sınırları aşabilece inden hareket eden kanun koyucu. avukatlı ın bu tur ıcrasının ucarı olmadığını. daha açık deyimle ticari işletme faaliyeti  lm dı ını, özel olarak ong rme ihtiya ı duymuş ve ferden icra edilen avukatlı ın zaten ticari olmadığını da  ıcl olarak .dkreime ihtiya ı duymadan m. 1 uyarınca adeta varsaymıştır. Ekleme g . rckir ki Avukatlık K. m. 44/NI'nın vem. 44/8/1 c. 1-2'nin "yapılan iş ticarf sayılmaz."

 -e- 'lışması meslek çalışması olup, ıcarı sayılmaz" şeklindeki ifade tarzı ı, b nl n iş.ve işlemleri ticari iş (TK m. 3, 21) sayılmaz yönünde anlaşılmaya da m sar t r. Zira "ticari iş" ve "ticari işletme" kavramları farklı kavramlardır ve bir faaliyetin tıcalışletme ol!_mamasının. bu işin/çalışmanın "ticari iş" olmadığı suretiyle ifade edil esi hatalı. r. u  zden amaca en uygun ifade biçimi ("ticari işletme faaliyeti" ya da "ticarelhane değil- dir) olmalıydı. Nitekim  rne in Alman Serbest Meslek Mensuplarınca Kurulan Ortaklık- lar Hak.kında K. m. 1 de "serbest meslek mensupları ortaklığı (*Partnersch ft*) serbest meslek mensuplarınca mesleklerini icra amacıyla bir araya geldikleri şirkerir.  rt  k bir ticari işletme işletmez. Sadece gerçek kişiler ortaklık mensubu olabilirler" denilmiştir. Diğer yandan Avukatlık K. m. 44'de yer alan istisnaların, faaliyetleri TK m .12/I 7a da m. 13/II (yTTK'da karşılığı yoktur) uyarınca ticari işletme sayılabilecek hekim, dış he- kimi. veteriner hekim. mimar. mühendis veya muhasebeciler göz önünde tutulduğunda (*KENDİGELEN*. (ÜLGEN. Ticari İşletme), s. 145 N. 438; *KARAHAN*, s. 27 ve dn. 54) karş. AY m. 10'da düzenlenen "eşitlik ilkesine" ne derece uygun olduğu tartışmaya açık- tır.

Karşılaştırma bakımından Alman hukukundaki durum şu şekilde açıklanabilir: 1_9 9  a- rihli Alman Federal Avukatlık K. m. 2'de avukatlı ın serbest meslek ol u u belirtil  k- ten sonra bunun bir işletme (*Gewerbe*) olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Aynı şekilde 1961 tarihli Alman Federal Tabipler K. m. 1'de de tabiplik mesleğinin bir işletme olma- dışı ve doğası gereği serbest meslek olduğu belirtilmiştir. Aynı içerikteki diğer düzenle- meler için ayrıca bkz. 1961 tarihli Alman Federal Vergi Müşavirleri K. m. 32/11 ile Al- man Federal Yeminli Mali Müşavirler K. m. 1/II. G r ld   gibi burada her bir meslek için bunun ticari işletme faaliyeti olmadığı ayrı ayrı belirtilmiştir. Ancak bu yasal düzen- lemelere rağmen şartları gerçekleşmişse bir ticari işletmenin varlığının kabul edilebilece-  i de açıkça ifade edilmektedir. v. *GIERKE/ISANDROCK*, s. 115-116; *SCHMIDT*, Handelsrecht. s. 283; *CANARIS*, s. 26 N. 10; Türk doktrinindeki avukatlık dışındaki ser- best mesleklere ilişkin benzer görüşler için bkz. *DOMANIÇ/ULUSOY*, s. 150; *KENDİGELEN*. (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 145 N. 438; *KARAHAN*, s. 27 ve dn. 54; *BAşTU /ERDEM*, s. 30. Bu da gösteriyor ki, kanunlardaki "ticari değildir" şeklindeki hükümler, yapılan iş, gerçekten serbest meslek faaliyeti sınırları içinde kaldığı sürece et- kisini gösterecektir. Bu türden hükümlerin amacı, serbest meslek faaliyetini her kayıt ve şartta ticari işletme faaliyeti saymama değil, aksine "'gerçek" serbest meslek faaliyetini. ticari faaliyetten ayırarak bunu korumaktır. İlgili hükümler. serbest meslek mensuplarına verilen, "meslekle "bir şekilde ilgili" olduktan sonra ne yapılırsa yapılsın artık ticari iş- letme sayılmaz" şeklindeki bir "açık  ek" olarak yorumlanamaz. Aksine bunlar, serbest meslek mensubunun aşmaması gereken sınırlar olarak anlaşılmalı ve bu sınırların aşılma- sı, bir başka deyimle mesleğin ıcrasının geleneksel, akademik ve kamu hizmeti  ekirde-  inden. organize biçimde hizmet üreten ve satan bir profile doğru evrilmesi. ticarileşmesi

inşaat ya da mühendislik uygulamalarına proje hazırlama yönünde faaliyet gösteren mühendislik ve mimarlık "bürolarını" da eklemek mümkündür¹⁷⁴. Netice olarak yürütülen serbest meslek faaliyetinin genel görünümü, o mesleğin tarihsel anlamda da tipik/çekirdek faaliyet alanından (*Kembreich des freien Berufs*) ve icra biçiminden ne derece ayrılıyorsa, bunun ticari işletme faaliyetine de o derece yaklaştığı kabul edilmelidir¹⁷⁵. Bu bakımdan icra edilen faaliyetin mevzuata ya da örf ve adeta göre serbest meslek ve kamu hizmeti olarak kabul edilmesi ile yetinilmemeli, bunun o serbest meslek erbabınca icra ediliş tarzı ile bunun sonucunda ulaşılan ekonomik ve organizasyonel büyüklüğe de bakılmalıdır¹⁷⁶. Böylece içeriği belirsiz kavramlardan hukukî sonuçlara ulaşma yanlışlığına düşülmemiş olacaktır.

halinde de ilgili faaliyet ve kişi hakkında TK'dan doğan sonuçlar uygulanmalıdır. Karşı tarafa sunulan hizmetlerin ücretlendirilmesinde meslek organınca belirlenen asgari ücret tarifelerine hiç ya da nadiren bağlı kalınması da yapılan işin serbest meslek faaliyeti olarak nitelendirilebilirliğini zorlaştıran olgulardandır. Bunun gibi, çalışan meslek mensubu sayısı ile bunların "serbest mesleği" iş hukuku anlamındaki bağımlılık ilişkisi içinde sürdürmeleri de, iktisadi faaliyeti bir bütün olarak organize eden kişi (işveren) bakımından dikkate alınması gereken hususlardır. Diğer yandan serbest meslek mensuplarının 4077 s. **TKHK** m. 3/g ve h anlamında "sağlayıcı" oldukları da hatırlatılmalıdır, bkz. **ASLAN**, Tüketici Hukuku, s. 44-45, 51; **ZEVLİLER**, Borçlar Hukuku, s. 338; **ZEYİN**. Z.: "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği Ve Kolaylaştırıldığı Haller", Uluslararası Katılımlı I.Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Sempozyumu. <http://www.ehukuk.net/dokumantasyon.htm>, (erişim tarihi: 10.08.2010).

¹⁷⁴ Karş. **STEININGER/v. der CRONE**, SZW/RSDA, Y. 2009, S. 5, 401. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi 2004 tarihli bir kararında, ciro su yıllar içinde İsviçre TST m. 54'deki sınırları da aşacak şekide gittikçe büyüyen, 10-19 arası personel çalıştıran ve kendi adına büyük ihalelere katılan bir mimarlık bürosunun ticaret siciline tescili ile ilgili olarak "mimarlık da hekimlik, diş hekimliği, mühendislik ve avukatlık gibi bir serbest meslektir ve tarihsel açıdan ticaret siciline tescili gerekli değildir. Ancak bu mutlak bir prensip değildir. Federal Mahkeme'nin vergi hukukuyla ilgili bir uyuşmazlıkta açıkladığı gibi, bir serbest meslek faaliyeti TST m. 53/C anlamındaki faaliyetlerle örtüşüyorsa tescili gerekir. Bu durum, örneğin faaliyette karlılığın, hastalar ya da müvekkillerle olan kişisel ilişkilere oranla daha ön planda tutulması, mümkün olan en yüksek verimliliğe/karlılığa ulaşmak için organizasyona, en uygun finansmana ve en etkili reklam vasıtalarına başvurulması gibi hallerde söz konusudur. Bir meslek gerçekte ticari amaçlara ulaşmak gayesiyle icra edilmekte ise, bu TST m. 53/C anlamında işletmenin kendi doğası ve önemine göre ticari bir organizasyona ve düzenli bir muhasebeye ihtiyaç duyduğunun göstergesidir" demiştir, BGE 130 III 707, 711-712.

¹⁷⁵ **BAUMBACH/HOPT**, HGB, § 1 N. 19; **KORT**, AcP 193 (1993), s. 459.

¹⁷⁶ **KORT**, AcP 193 (1993), s. 459-460. **RITTNER** de sermaye ve yardımcı işgücünün faaliyet içinde ağırlığının artabilecek olması nedeniyle, serbest meslek olarak adlandırılan uğruların her zaman bir ticari işletmeye evrilme tehlikesi ile karşı karşıya olduklarını ifade etmiştir. in: *Recht und Staat*, s. 29. Ayrıca bkz. BGE 130 III 707, 711'de bir mimarlık bürosunun faaliyetleri çerçevesinde "(serbest meslek) faaliyetinin amacından çok bunun icra biçimi ile alanlarının belirleyici" ifade edilmiştir.

Aşağıda da görüleceği üzere, ticari işletme-esnaf işletmesi ayrımında da. hı bunların yürüttükleri faaliyetin türünün deyim yerindeyse ikinci plana itilme i ve bunun yerine iktisadi faaliyetler ile elde edilen gelirlerinbilyUk-lüğünün daha belirleyici hale getirilmesi karşısında, bu kriterin"serbestmes-lek faaliyetleri" için de uygulanmamasını savunmak için daha ikna edici ge-rekçelerin bulunması zorunludur. Belli iktisadi faaliyet türlerini sırf bazı ni-telik ve isimlerinden dolayı ya da bu mesleği icra edenlerle ilgilisebeplerle *per se* ticaret hukuku dışında tutmak günümüzde gittikçe daha azinandırıcı hale gelmiştir. Sadece kıyaslama imkanı verecek olması itibariyle 193 s. GVK m. 65/1'de serbest meslek faaliyetinin tanımında "sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya meslekı bilgiye veya ihtisasa dayanma"yanında, "*ticari mahiyette olmama*" (karş. TK m. 13/1; yTTK'da karşılığı yoktur) kıs-tasına da yer verildiğine bu bağlamda dikkat çekmek gerekir. Kısacasıticaret hukukunun, serbest meslek faaliyetlerinin son yıllarda hızlanan ekonomile dönüşümüne uygun bir tutum takınabilmesi, gelecek için üzerinde düşünül-mesi gereken konulardandır.

2007 tarihli Avusturya İşletmeler Kanunu da kanunlaşma aşamasındaki yoğun tartışma ve baskılar eşliğinde eklettik bir yöntem izleyerek, serbest meslek faaliyetlerini Kanun kapsamına kısmen dahil etmiştir¹⁷⁸. Buna göre serbest meslek mensupları ihtiyarı tescil yoluyla işletme, işletmeci, ticaret si-cili, ticaret unvanı, tacir yardımcıları gibi hususların düzenlendiği Birinci Ki-taba dahil olabilirler. Diğer yandan ticari defterler ile finansal tabloları dü-zenleyen Üçüncü Kitap serbest meslek faaliyetlerini *tek başlarına icra eden-ler* hakkında uygulanmayacaktır. Ticari işleri ve bunlara bağlanan özel so-nuçları düzenleyen Dördüncü Kitap ise serbest meslek erbabının iş, işlem ve fiilleri hakkında *istisnasız uygulanacaktır*¹¹⁹.

Avusturya İşletmeler K.'nun bu yaklaşımının da gösterdiği gibi sorun esasen serbest meslek faaliyetleri ve bunları yürütenler hakkında özelvesle-ki kuralların yanında ticari hükümlerin de¹⁸⁰ uygulanıp uygulanmayacağı ile

1n BAUMBACHHOPT, HGB, § 1 N. 19; KINDLER, in: BOUJONGIEBENROTH/JOOST, HGB, § 1 N. 37-38.

¹¹¹ G erek Avrupa Birliği ve bunun etkisiyle üye ülkelerin iç hukuklarının, tüketicinin ko-runması çerçevesinde "satıcı" ve "sağlayıcı" anlamında (karş. TKHK m. 3/g, f) "tacir" kavramı yerine "işletmeci" (*Unternehmer*) kavramını tercih etmesinin, Avusturya İşlet-meler K.'nun serbest meslek mensuplarını da işletmeci kavramına dahil etmesi yönünde-ki tercihine etkisi olmuştur bkz. AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 3, s. 229 vd. ve dn. 17.

¹⁷⁹ Ayrıntılar için bkz. AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 3, s. 242-243.

¹⁸⁰ Hukukumuz açısından TK m. 1/1'de (yTIK m. 1/1) TK'da yer alan hükümler zaten "tica-
❖i ❖ükü:1" v❖ TK m. 3'de de (yTIK m. 3) TK'da düzenlenen hususlar ile ticari işletmeyi
'lg'.len❖ır_einşle_r zaten "ticari iş" kabul edilmiştir ve bunlara dair hükümler ilgilinin ve
iktisadi faaliyetin sıfatına ve niteliğine bakılmaksızın doğrudan uygulanır itirazı ileri sü-

ilgilidir. Bir başka ifade ile bu faaliyetlerin ticari işletme sayılması mesclenin çözümü yollarından birisini teşkil etmektedir. Problem, kanun ya da yargısal içtihatlarla bu türden bazı faaliyetlerin ticari işletme özelliklerinin tanınması yoluyla doğrudan çözüme kavuşturulabileceği gibi, ki bu durumda "ticari işletme vasfı" adeta bir bağlama kuralı işlevi görecektir-¹⁸¹, hiç bu noktaya dokunmaksızın uygulanması esasen işletmenin bir ticari işletme olmasına bağlı ticari hükümlerin, bunlar hakkında da uygulanacağı öngörülebilir.

*F) Esnaf Faaliyeti (İşletmesi) Sınırlarının Aşılması*¹⁸²

Ticari işletmenin yapısal unsurlarından *en belirleyici olanı* hiç şüphesiz "esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması" unsurudur¹⁸³. Zira bir yandan,

rülebilirse de, ticaret hukukumuzun sisteminde bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem, fiil ve işlere dair diğer kanunlarda yer alan hükümlerin de "ticari hüküm" (TK m. 1/1; yTTK m. 1/1) ve bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem, iş ve fiillerin "ticari iş" (TK m. 3; yTİK m. 3) kabul edilmiş olmasının da gösterdiği gibi, ticari hükümlerin tespiti ve uygulanması ile ticari işlerin tespiti ve bunlara ilişkin ticari hükümlerin uygulanması bakımından ticari işletme vasfı, yine de vazgeçilmez önemdedir. Ayrıca Kanun ile her ne kadar bazı hükümler *per se* ticari hüküm ve ticari iş kabul edilmiş olsa da, bunların tatbikinin işletmenin ticari ve/veya işletenin de tacir olmasını zorunlu kıldığı hatırdan tutulmalıdır. Görüldüğü gibi serbest meslek faaliyetleri adı hükümler yanında **TK** m. 1/1, 3 ve 21/11 (yTTK m. 1/1, 3, 19/2) uyarınca aynı zamanda ticari hükümlere de tabi olmakla beraber, bunlar, uygulanması işletmenin ticari ve/veya işletenin tacir olmasına bağlı olan hükümlerin kapsamı dışındadırlar. Bu husus özellikle TK'nın "Başlangıç" ile "Ticari İşletme Kitabı" bakımından önem taşımaktadır.

¹⁸¹ "Tacir", "ticari işletme" ve "ticari iş" kavramlarına TK'nın uygulanmasında yüklenen işlevler hakkında bkz. AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 2, s. 240 vd.

¹⁸² yTTK m. 1522'de, küçük ve orta ölçekli işletmelerden söz edilmiş ve çıkarılacak bir yönetmelikle bunun sınırlarının tayin edileceği açıklanmıştır. Bu ölçütlerin "kanunun ticari defterler ile finansal tablolara ve raporlamaya ilişkin olanlar başta olmak üzere, ilgili tüm hükümlerine" uygulanacağı ifade edilmiştir. yTTK m. 1523/1-3'e göre ise ticaret şirketleri küçük, orta ve büyük ölçekli olmak üzere üçe ayrılmışlardır. Bu ayrımların ticari işletme-esnaf işletmesi ayrımında etkili olması beklenmese de, bunların tabi olacağı yTTK hükümlerinin tespitinde rol oynayacağı kesindir. Bir başka deyimle anılan ölçütler, yTTK'nın bazı hükümlerinin uygulama alanlarının tespiti bakımından önemlidir. Diğer yandan yTTK m. 1523/3'de yıllar içinde meydana gelen değişikliklerin şirketin büyüklüğüne nasıl etki edeceği düzenlenmişken, benzer konunun m. 1522'de açık bırakılması uygulamada tereddütler yaratacaktır.

¹¹¹³ "[...] İşletme, bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız şekilde bir araya getirilmesi olup, bir işletmenin ticari işletme sayılması, işletme içinde yürütülen faaliyetin esnaf faaliyeti düzeyini aşması ile mümkündür [...]", Y. 1 l. HD, T. 25.03.20002, E. 2001/10310, K. 2002/2662, www.yargitay.gov.tr; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 148-149; ARKAN, s. 22; KENDİGELEN, (ÜLGİN, Ticari İşletme Hukuku), s. 142 N. 429; AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 2, s. 259 vd.'dn. 91.

TST'de yer verilen "esnaf faaliyeti sınırlarının aşılması" unsurunu "ticari işletme faaliyeti sınırlarının altına düşmeme" şeklinde okunması da mümkündür ve bu hukuk mantığı-

gelir ağılama amacı, devamlılık ve bağımsızlık, esasen tüm iktisadî işletmeler için ortak zorunlu unsurlar iken¹⁸⁴, diğer yandan ticari hükümlerin kapsamı ekonomik büyüklüğüne bakılmaksızın her türlü iktisadî işletmenin dahil edilmesi gerekli ve amaca uygun değildir. Bu bakımdandır ki, esnaf işletmesi (küçük işletme) faaliyeti ile ticari işletme (büyük işletme) faaliyeti birbirinden ayrılmalıdır. Bu kritere bir yandan TK m. 1 7' de (yTIK m. 15) (*argumentum a contrario*), 1463/II (karş. yTTK m. J 1/1-2, 15), diğer yandan da TST m. 14/II ve 15'de işaret edilmiştir¹⁸⁵. yTTK ise esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması unsurunu m. 11/1'de açıkça zikretmiştir.

TK, ticari işletmeyi m. 12' de ticari işletme türü örnekleri vererek ve fabrikayı tanımlayarak, m. 13'de de "ticari şekilde işletilmenin" özelliklerini belirterek açıklamıştır (yTIK'da karşılıkları yoktur). Bunun gibi TK m. 17 ve 1463/II' de (yTTK m. 15; 11/1-2, 15) esnaf işletmesinin özellikleri belirtilerek olumsuz yoldan ticari işletme açıklanmıştır. TST m. 1 4/II ise, TK m. 12 ve 13 'de ifade edilen türden faaliyet çevrelerinin ticari işletme vasfı kazanabilmeleri için taşımaları gereken yapısal unsurları sıralamış ve bunlar arasında da "esnaf faaliyeti sınırını aşma" unsurunu saymıştır (ayrıca bkz. TST m. 15). Anılan hükümler ile 5362 s. Kanun'un ilgili düzenlemeleri ve 2007/12362 s. BKK¹⁸⁶ ve bunun atıfta bulunduğu 213 s. VUK hükümleri göz

na daha uygun bir çıkarım/ifade olur. Zira TK'nın "esnafı (esnaf işletmesini) tanımlayarak taciri (ticari işletmeyi) tanımlamış olma" yöntemi yerine, doğrudan ticari işletme için öngörülen ekonomik büyüklük sınırlarını tespit etmesi her halde kanun yapma tekniğine daha uygun olurdu. Diğer yandan esnaf işletmesinin bir ticari işletmeye oranla ekonomik ve organizasyonsal yönden küçüklüğü de, bu "işletmenin" müstakil olarak zikredilmeyecek göz ardı edilmesine ve sadece onu işletenden, esnaftan söz edilmesine sebep olmuş olabilir.

¹⁸⁴ DOMANIÇ/ULUSOY, s. 149

¹⁸⁵ İsviçre TST, konuya TK ve TST'den farklı olarak, işletmenin "ticarilik" vasfı bakımından değil, belli bazı işletme türlerinin (m. 53/A b. I, 5, 8, 8, C; karş. TK m. 12/1 b. 1, 5, 7, 10, II, 13, yTTK'da karşılığı yoktur) tescil yükümlülüğü açısından yaklaşmış ve gayrisafi iş hasılatının 100.000 İsviçre Frankını aşmasını da tescil için sınır olarak tespit etmiştir (m. 54-56), bkz. ARKAN, s. 23 dn. I. Görüldüğü gibi "esnaf faaliyeti sınırını aşma" şartı, İsviçre hukukunda belli bazı işletme türleri için bunların ticaret siciline tescil yükümlülüğü bakımından, Türk hukukunda ise, maksat ve mevzuuna bakılmaksızın her türlü işletme için ve bunların "ticarilik" niteliği bakımından aranacaktır (KARAHAN, BATIDER, Y. 1994, C. XVII, S. 4 s. 58). 5362 s. Kanun m. 3/a'da ve 2007/12362 s. BKK'da öngörülen esnaf ve sanatkar meslek kollarından birisine (bkz. RG T. 1 3.06.2007, S. 26551) dahil olma şartı da (Esnaf Kararnamesi m. 1/1-a) bu husustaki durumu değiştirmemektedir.

¹⁸⁶ 2 7/12362 s. BKK'nın selefi 1986/10313 s. BKK (RG T. 19.02.1986, S. 19024) çerçevesinde değerlendirmeler için bkz. GÖLE, C.: "Tacir-Esnaf Ayrımı", BATİDER, Y. 1985, C. XIII, S. 2, s. 47 vd.; İZMiRLi, Y.: "Tacir-Esnaf Sifatının Tayininde Ticari İşletme Unsuru", Prof. Dr. Jale AKİPEK'e Armağan, Konya, 1991, s. 473 vd.; KARAHAN, BATİDER, Y. 1994, C. XVII, S. 4, s. 44-45, 54 vd.

önünde tutulduğunda denebilir ki, "esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarını aşma" unsuru, ticari işletmenin pozitif hukukta en çok yer bulmuş ve detaylandırılmış olan unsurdur. Bu da anılan unsurun ne denli temel bir kıstas olduğunun altının tekrardan çizilmesini gerektirmektedir.

"Esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması" kriteri, diğer yandan işletmelerin ekonomik büyüklüklerinin zaman içinde "salınması" gerçeği ile de yakından ilgilidir. İşte 2007/12362 s. BKK ile değişen ekonomik büyüklüklerin, somut işletmenin vasfının tayini üzerinden, adi hükümler ile ticari hükümlerin tatbikine olan etkileri de düzenlenmeye çalışılmıştır.

TK m. 17, 1463/II, (yTTK m. 15; 11/1-2, 15) TST m. 14/11, 5362 s. **Kanun** m. 3/a ve 2007/12362 s. BKK'da yer alan ilkeler dahilinde bir iktisadi işletmenin esnaf işletmesi¹⁸⁷ sayılabilmesi için aranan objektif¹⁸⁸ şartları ele

¹⁸⁷ Gerek TK m. 17'de ve gerek 2007/12362 s. BKK'da ticari işletme-esnaf işletmesi ayrımı yerine tacir-esnaf ayrımı yapılmış olmasının haklı eleştirisi için bkz. *KIRCA*, i.: ..Esnaf ve Sanatkar İle Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi", *BATİDER*, Y. 2007, C. XXIV, S. 21, s. 302 vd. Sorunun "tacir-esnaf" karşılığı üzerinden ele alınması, konuya sadece gerçek kişiler açısından bakıldığına da bir göstergesidir. Esnafın hemen her zaman gerçek kişiler olması karşısında bu anlaşılır bir durumdur. Tüzel kişi tacirler ise 2007/12362 s. BKK m. 1/1-b'de yer alan "birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar" ifadesi ile kapsam içine alınmıştır. Ancak bunun da yine vergi hukuku düzenlemeleri üzerinden yapılmış olmasının teknik açıdan yerindeliği tartışmaya açıktır. Diğer yandan "işletme hesabına ya da bilanço esasına göre defter tutma" şeklinde ticari defter tutulmasına dayanan kriterler konulmuş olsa da, TK'nın bu tür defterlerin fiilen ve düzenli şekilde tutulmasını aramadığı, önemli olanın işletmenin işlemlerinin hacminin ticari bir muhasebeyi gerektirmesi olduğu vurgulanmalıdır (karş. TK m. 13/I), *DOMANIÇ/ULUSOY*, s. 149. *ARSLANLI* da "büyük ticaretle küçük ticareti, ticari faaliyet ile gayri ticari faaliyeti tefrik eden ölçü ise muhasebeye olan ihtiyaçtır. [...] Bir şahıs tarafından yapılan işlerin hacim ve ehemmiyeti ticaret erbabının anladığı manada metodlu bir muhasebe organizasyonuna lüzum gösteriyorsa, muhasebe teşkilatı bulunmasa dahi, ticari işletme vardır. [...] Sırf bir muhasebenin mevcudiyeti işletmeye ticari işletme mahiyeti vermez. Kanunun maksadı ticari bir organizasyon ve metodla çalışmayı lüzumlu gösterecek iş hacminin mevcudiyetidir" diyerek TK m. 13'ün anlamını açıklamıştır. *Kara Ticareti*, s. 20-21. Alman hukuku için aynı yönde *CANARIS*, s. 34 N. 10.

¹⁸⁸ Gerçekten, esnaf işletmesini tayin eden düzenlemelerde "iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan" (TK m. 17, 1463/11; yTTK m. 15; 11/1-2, 15), "ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan" (5362 s. Kanun m. 3/a), "ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan" (2007/12362 s. BKK m. 1/1-a) gibi subjektif ölçütlerle yer verilmiştir. Objektif olarak test edilmesi oldukça zor olan bu hususların üzerinde durulmasından burada imtina edilmiştir. Kriterlerin subjektif oluşunun eleştirisi için bkz. yalnızca *KENDİGELEN*, (ÜLGEN, *Ticari İşletme*), s. 143 N. 432; *DOMANIÇ/ULUSOY*, s. 151; *POROYIYASAMAN*, s. 35 N. 57; ayrıca bkz. *KIRCA*, 1., *BATİDER*, Y. 2007, C. XXIV, S. 21, s. 299. Ticari işletmeler için "iktisadi faaliyeti bedeni çalışmadan ziyade

almadan önce işletincinin ticari işleme ve işletenin idar¹ı, rayılım.nı içiri 2007/12362 . BKK m. 1/1-b'de yer verilen şartlar şu şekilde ifade edilme1-
dir¹ı:10:

nakdi sermayeye dayanan ve kanncı gcçini sağlamaya yetecek dereceden çok olan şclı.linde okunabilccck subjektif kriterin. gayrı safı iş hasılatını sırf tacir sayılmamak için yıllarca 213 s. VUK m. 177/1'deki sınırların altında tutan kişiler hakkında uygulanırna,1 düşünlölabilir (MK m. 2/11. TK m. 13). Bu bakımdan DOMANIÇIULUSOY'un fikririt (s. 151) kanılarak TK m. 17'deki (yTTK m. 15) nakdi sermayeyi, m. 1463/11(yJTK nı. 11/1-2. 15) ve 2007/12362 s. BKK'da sadece gayrı safı iş hasılatına özgüllemenin yanlış. lıgına dikkat çekmek gerekir.

TK'ya göre daha yeni tarihli olan düzenlemelerin de TK m. !Tnin (yTTK m. 15) ruhu² bağlı kalmaları dikkat çekicidir. Zira her ne kadar 5362 s. Kanun m. 3/a'nın lafzı. ıı(m. 17'nin lafzından farklı kaleme alınmış olsa da, 5362 s. Kanun m. 3/a'nın "ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandırma" ifadesinin anlamı, ıı(m. 1Tdeki "nakdi sermayeden ziyade bedeni çalışma" ifadesinde mündemiçtir. "Ziyade" ifadesinden. esnaf işletmesinde "sermayenin" hiç gerekli olmadığı sonucunu çıkartmak: mümkün değıld!r. "Birlikte" kelimesi ile de sermaye, bedeni çalışmaya daha üstün kılınmış değıldir. İşletme içinde ikisinden hangisinin daha ağırlıkta olduğuna bakılmaksızın birlikte bulunmaları yeterlidir. Ayrıca bkz. KIRCA, i.. BATİDER. Y. 2007, C. XXTV, S. 21, s. 298-299. yITK m. 15 ise, TK m. 17'yi tekrar etmek suretiyle 5362 s. Kanun'u takip etmemeyi tercih etmiştir.

"Emek-nakdı sermaye" ve "kazanç-geçim ilişkisi" ölçütlerinin, sadece işletme hesabına göre defter tutanların esnaf sıfatının tayininde rol oynayacağı yönündeki bizim de katıldığımız görüş için bkz. KIRCA, i., BATİDER, Y. 2007, C. XXIV, S. 21. s. 298.

189 2007/12362 s. BKK m. 1/1-b'de yer alan "tacir ve sanayici sayılma" ifadesi, TK'nın sistemi bakımından hiç şüphesiz yerinde değıldir; Diğer yandan "sanayici" kelimesinin, Ti< m. 12/II'de (yITK'da karşılığı yoktur) bir ticari işletme türü olarak gösterilen "fabrikayı" işleten kişi anlamında kullanılmış olabileceğinden hareketle "bağdaştırıcı" bir yorum yapmak da mümkündür. Ancak BKK ile tacir-esnaf ayrımı üzerinden "hangi odaya kayı olunmaJı" sorunu da çözülmek istenildiğinden, "sanayici" ifadesinin, 5174 s. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar K. (RG T. 01.06.2004, S. 25479) m. 5NII'deki "sanayiciyi" karşılamak üzere konulduğu da söylenebilir, bkz. KIRCA, i.. BATİDER, Y. 2007, C. XXIV. S. 21, s. 302.

190 Ticari işletmenin adi ortaklık halinde işletilmesi halinde ortakların bir bütün olarak, deyim yerindeyse "ortaklığın", elde ettiği mali sonuçlar dikkate alınmalıdır. Bir başka deyimle ortakların sermaye payları ile kara ve zarara kaulma oranlarının birbirlerinden farklı olması, örneğin ortaklığa sadece emeğini getiren ya da zararlar sebebiyle sermaye payı gittikçe azalmış ve şirketteki payı 2007/12362 s. BKK'da belirtilen miktarların altına düşmüş ortağın diğer ortaklardan farklı olarak esnaf sıfatını taşıması söz konusu olamaz. 193 s. GYK uyarınca adi şirket ortaklarının her birinin ayrı ayrı gelir vergisi mükellefi olmaları kanaatimizce varılan bu sonucu değıştirmemelidir. Bu bakımdan adi ortaklık halinde işletilen işletmenin ticari işletme ya da esnaf işletmesi niteliği, ortakların sermayeye, kara ve zarara katılım türlerine ve oranlarına bakılmaksızın tüm ortaklar için müşterek özelliktedir. Aynı işletmeden dolayı bir kısım ortağın tacir bir kısım ortağın da esnaf olduğu iddia edilemez. Bu kısa açıklamaların da gösterdiği gibi Türk hukukuna özgü hallerden biri olan adi ortaklık halinde ticari işletme işletme olgusunun tacir sıfatının tayinine ilişkin özel mevzuatta ayrıca dikkate alınmasında fayda vardır.

a) işletme faaliyetleri neticesinde birinci sınıf tacir sayılmak ve bilanço esasına göre defter tutmak (213 s. VUK m. 176, 177, 182 vd.) ya da

b) işletme faaliyetleri neticesinde ikinci sınıf tacir sayılmak ve işletme hesabı esasına göre defter tutmak¹⁹¹ (213 s. VUK m. 176, 178. 193 vd.), ancak 213 s. VUK m. 177/1 b. 1 ve 3'de yer alan nakdi limitlerin yarısını. b. 2'de yazılı nakdi limitin tamamını aşmak¹⁹².

Anılan (a) ve (b) şartlarının kümülatif, değil alternatif şartlar oldukları belirtilmelidir.

2007/12362 s. BKK m. 1/1-b'de açıkça bilanço esasına ya da işletme hesabına göre defter tutmaktan bahsedildiği için, "vergiden muaf olanlar" (*esnaf muafılığı*, 193 s. GVK m. 9) ile "basit usulde vergilendirilenlerin" (*kazancı basit usulde tespit edilenlerin*, 193 s. GVK m. 46 vd.) işletmelerinin ticari işletme niteliğini kazanması mümkün değildir.

Bir işletmenin *esnaf işletmesi ve işletenin esnaf* sayılması için aranan şartları (2007/12362 s. BKK m. 1/1-a) ise şu şekilde sıralamak mümkündür:

a) İşletmede yürütülen faaliyetin Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit ettiği esnaf ve sanatkar meslek kollarına¹⁹³ dahil olması¹⁹⁴,

¹⁹¹ "Bilanço esasına ya da işletme hesabına göre defter tutmak" ifadelerinin, 193 s. GVK m. 37/111 anlamında "*kazancı gerçek usulde tespit edilenler*" şeklinde anlaşılması da mümkündür.

¹⁹² KARAHAN, 213 s. VUK m. 177'ye yapılan atfın TK m. 13'deki "ticari muhasebe" ve "ticari ve sınai bir işletme şekil ve mahiyeti" şeklindeki şartlarla uyumlu olduğunu ifade etmektedir, BATİDER, Y. 1994, C. XVII, S. 4, s. 55.

¹⁹³ Bkz. RG T. 13.06.2007, S. 26551. Listede "İmalat ve Tamiratla İlgili Meslek Kolları" ve "Hizmetle İlgili Meslek Kolları" şeklinde iki ana meslek kolu altında, "İmalat ve Tamiratla İlgili Meslek Kollarına" dahil olmak üzere a) Madeni Eşya ve Makine, b) Oto ve Diğer Motorlu Taşıt Araçları, c) Elektrik ve Elektronik Aletler, d) Metalden Başka Maddelerden Mamül Eşya, e) Ağaçtan Mamul Eşya, f) Deri ve Deriden Mamul Eşya, g) Yapı Sanatları, h) Her Türü Dokuma, Giyim, Mensucat ve Örgülük Eşya, ı) Kağıt, Kırtasiye ve Basımla İlgili Sanatlar, i) Spor Alet ve Sıhhi Malzemeler, j) Gıda Maddeleri, k) Lastik, Plastik, Polyester ve Benzeri Maddelerden Mamül Eşya, 1) Camdan Mamul Eşya meslek kollarına, "Hizmetle İlgili Meslek Kollarına" dahil olmak üzere de a) Gıda Maddeleri ile İlgili Hizmetler, b) Ulaştırma Hizmetleri, c) Haberleşme, Dinlenme, Barınma ve Eğlence Hizmetleri, d) Sağlık, Temizlik, Güzellik ve Bakım Hizmetleri, e) Giyim ve Kuşamla İlgili Hizmetler, f) Kağıt, Kırtasiye 'fe Basımla İlgili Hizmetler meslek kollarına yer verilmiştir.

TK m. 12 ve 13 hükümleri yTTK'ya alınmamış olmakla birlikte, gerek yukarıdaki listenin ve gerek 5174 s. Kanun m. 5/VII'deki sanayici tanımının, yTTK yürürlüğe girdiğinde de etkili olacağı açıktır.

¹⁹⁴ Ancak belirtilmelidir ki, bu listede sayılan yaklaşık 500 "mesleğin", sadece esnaf işletmelerine tahsis edildiği gibi bir çıkarım yanlıştır. Listede yer alan mesleklerden birçoğu. aynı zamanda bir ticari işletme faaliyeti de olabilir. Böylece yürütülen faaliyetin listedeki mesleklerden birisine dahil olup olmamasının nihai olarak önemli olmadığı ortaya çık-

b) İşletmeyi işleten kişinin vergi hukuku açısından tabi olduğu statü de esnaf işletmesinin tayininde belirleyici rol oynamaktadır¹⁹⁵. Şöyle ki,

i) "Vergiden muaf olmak" ya da "basit usulde vergilendirilmek": "Ver. giden muaf olanlar" (*esnaf muaflığı*, 193 s. GVK m. 9) ile "basit usulde ver. gilenendirilenlerin" (*kazancı basit usulde tespit edilenlerin*, 193 s. GVK m. 46 vd.) işletmeleri, 5362 s. Kanun m. 3/a ve 2007/12362 s. BKK m. 1/1-a hük. mü gereğince ekonomik büyüklüklerine bakılmaksızın *ipso iure* esnaf işletmes'ten sayılacaktır¹⁹⁶.

ii) İşletme hesabına göre defter tutmak (213 s. VUK m. 176, 178, 193 vd.) ve 213 s. VUK m. 177/1 b. 1 ve 3'de yer alan nakdi limitlerin yarısını, b. 2'de yazılı nakdi limitin tamamını aşmamak.

Anılan (a) ve (b) şartlarının kümülatif şartlar olduğu, ancak (b) şanı içinde yer alan (i) ve (ii) şartlarının ise alternatif nitelikte oldukları belirtilmek gerekir.

İşletme faaliyeti sürerken ekonomik büyüklüklerin değişmesinin esnaf ve tacir sıfatına etkileri ise 5362 s. Kanun m. 68/IV ile 2007/12362 s. BKK m. 1/1-a 2. yarım cümlede "*esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkar sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret sicilinde ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkar sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkar sicili marifetiyle ticaret sicilinde aktarılması*" şeklinde düzenlenmiştir¹⁹⁷.

maktadır. Asıl belirleyici olan bu mesleklerden birisinin icrasını teşkil eden faaliyet ile 213 s. VUK m. 177'deki sınırların aşıp aşılmadığıdır. Gelir vergisinden muaf olanlar ile basit usulde vergilendirilenlerin faaliyet alanlarına bakılmaksızın doğrudan esnaf sayılmış olmaları da esas kriterin ekonomik büyüklük olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Bu açıdan "esnaf ve sanatkar meslek kollarından birine dahil olma" şartının hukuki belirleyiciliğinin sınırlı olduğu belirtilmelidir. Diğer yandan bankacılık, sigortacılık, sermaye piyasası faaliyetleri, finansal kiralama ve faktoring gibi faaliyet konuları da sadece anonim şirketler tarafından işletilen ticari işletmeler tahsis edilmiştir, *DOMANIÇ! ULUSOY*, s. 142.

¹⁹⁵ KIRCA. 1., BATİDER, Y. 2007, C. XXIV, S. 2. s. 297, Yazar 2007/12362 s. BKK m. 1/1-a'daki ..[...] basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Yergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin[...] şeklinde ifadesine rağmen, 213 s. VUK'a yapılan atfın yerinde olarak sadece işletme hesabına göre defter tutanlar bakımından aranacağını belirtmektedir.

¹⁹⁶ KIRCA. BATİDER, Y. 2007, S. XXIV, S. 2. s. 298,299.

¹⁹⁷ 5362 s. Kanun ile 2007/12362 s. BKK'nın düzenlemelerinin TK ve TST'nin sistemine uyumsuzluğunun eleştirisi için bkz. KIRCA, BATİDER, Y. 2007, S. XXIV, S. 2. s. 297 vd.; AKER. BATİDER. Y. 2009. C. XXV, S. 2. s. 278 vd.

Somut bir olayda bu objektif kıstasların gerçekleşmesinden sonra, TK m. 17'e göre "iktisadi faaliyetin nakdi sermayeden ziyade bedeni çalışmaya" dayanıp dayanmadığı ve "kazancın ancak geçime yetecek derecede" az olup olmadığı ile 5362 s. Kanun m. 3/a'daki "ekonomik faaliyetin sermaye ile birlikte bedent çalışmaya" dayanıp dayanmadığı ve "kazancın tacir veya sana-

Y. 11. HD'nin. 1986/10313 s. BKK döneminde TK m. 35 (yTIK m. 33) çerçevesinde verdiği kararlarda. 5362 s. Kanun m. 68'e değil, TK m. 20'n ve 42/1'e (yTil(m. 18/1. 40/1) ve böylece de ticaret hukuku ilkelerine üstünlük tanınması son derece isabetlidir. Bu kararlardan bazıları şu şekilde özetlenebilir:

a) Y. 11. HD, T. 15.01.2007, E. 2006/13392, K. 2007/131: "Davacı vekili, davalının 2003 yılı alış ve satış faturalarının incelendiğini, tacir sıfatının bulunduğunu, kendisini ticaret siciline kayıt için yapılan çağrıya cevap vermediğini ileri sürerek, TIK.nun 35 ve TSN'nin 40. maddeleri uyarınca re'sen tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı, [...] davanın açıldığı tarihteki satış ve alış tutarlarının dikkate alınması gerektiğini. VUK.nun 177. maddesi uyarınca hadlerin yükseltildiğini, kendisinin Esnaf ve Sanatkarlar Siciline kayıtlı bulunduğunu, 5362 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi uyarınca esnaf siciline kayıtlı kişilerin kendileri istemedikçe ticaret siciline kayıtlarının yapılamayacağını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, davalının beyaz eşya ve tüp gaz bayiliği yaptığı, faaliyetinin bedeni çalışmaya dayanmadığı, 2003 yılı itibarıyla gelir ve gider durumu itibarıyla 213 sayılı VUK.nun 177. maddesi uyarınca tacir sayılması gerektiği, usulüne uygun çağrıya rağmen tescil yaptırmadığı, 5362 sayılı Yasa'nın 68. maddesinin dava açıldıktan sonra yürürlüğe girdiği, somut olayda uygulanma yeri bulunmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne, davalının ITK.nun 35/3. maddesi uyarınca ticaret siciline tesciline ve bu hususta davacının yetkili kılınmasına karar verilmiştir. [...] Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir", (başka bir kaynaktan alındığı belirtilmemiş olan Türk mahkeme kararları hukuktürk içtihat bankasından derlenmiştir).

b) Y. 11. HD, T. 15.01.2007, E. 2005/13393, K. 2007/214: "Davacı vekili, nalburluk yapan davalının ITK.nun 42 ve Ticaret Sicil Tüzüğü'nün 13. maddesi gereğince tacir sayılan ve sicile kayıt olması gereken kişilerden olduğunu, bu hususun Mal Müdürlüğünden alınan alış ve satış tutarlarını gösteren listeden belirlendiğini, davalıya gönderilen davetiyeğe rağmen tescilin yapılmadığını ileri sürerek, ITK.nun 35 ve 40. maddelere göre re'sen tescile karar verilmesini talep ve dava etmiştir. [...] Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, nalburluk yapan davalının mal müdürlüğünden gelen yazı cevabına göre yıllık alım satım tutarlarına göre V.U.K.nun 177. maddesinde belirlenen hadleri aştığı, tescil yaptırmaması hususundaki ihtara uymadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. [...] Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir".

Aynı yönde bkz. Y. 11. HD, T. 16.01.2007, E. 2005/13394, K. 2007/310 (marangozluk faaliyeti); Y. 11. HD, T. 18.01.2007, E. 2005/13391, K. 2007/434 (nalburiye, mermer ve kömür satışı faaliyeti); Y. 11. HD, T. 20.06.2005, E. 2004/9977, K. 2005/6484 (mülga 507 s. Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu dönemine ilişkin, kuyumculuk faaliyeti).

Bu içtihadın gerek yITK ve gerek 2007/12362 s. **BKK** döneminde devam etmesini beklemek gerekir.

yici niteliğini kazandırmayacak miklarda" olup olmadığının araştırılmasının artık hukuki bir değerinin kalmadığı söylenebilir.

Diğer önemli bir nokta ise Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak ticari işletme unsurlarının bulunup bulunmadığının her olayda araştırılması gerektiğidir (TK m. 12, 13, TST m. 14)¹⁹⁸. Zira Alman TK m. 1/II'de yer alan "her türlü iktisadi işletme ticari işletmedir, meğer ki işletmenin türü

198111 Dokürinde TK m. 12'de bir karine öngörüldüğü ve burada sayılan işletmelerin ticari işletme olmadığını iddia edenin bunu ispat etmesi gerektiği yönünde görüşler de vardır. bkz. *IMREGÜN*, s. 9-11. 14; *KARAHAN, BATİDER*, Y. 2004. C. XVII. S. 4, s. 49; *BAŞTUĞ/ERDEM*, s. 27; ayrıca bkz. *ARKAN*, s. 26. Aksi görüş *KENDİGELEN*. (ÜLGİN. Ticari işletme), s. 137 N. 411-412; *ARICI*, Devir. s. 17. Ancak burada TK ile Alman TK arasındaki farka dikkat çekerek "karine" ifadesinin teknik anlamda kullanılıp kullanılmadığını sorgulamak gerekir. Zira Alman TK'da ticari işletmenin ekonomik büyüklüğüne ilişkin ölçü bizzat tanımın içinde yer almıştır. Diğer yandan Alman TK'da 1998 Reformu sonrası metinde büyüklük şartından hiç bahsedilmeksizin TK m. 12 benzeri belli tür bazı faaliyetlerinin sayılması söz konusu değildir. Bu bakımdan, TK'nın faaliyet türleri ile büyüklük kıstaslarının birbirinden müstakil şekilde düzenlemiş olmasının da gösterdiği gibi, hukukumuz için kanaatimizce dar ve teknik anlamda bir karineden bahsetmek mümkün değildir. Hukukumuzda faaliyet türleri (TK m. 12) ve büyüklük kriterleri (TK m. 13, 17, 1463, TST m. 14/II) birbirlerini ikame eden değil, birbirlerini tamamlayan ve böylece birlikte uygulanan hususlardır. Zira TK m. 1 J/II'de "ticari işletme" sayılır" şeklinde düzenleme yapan kanun koyucunun, hemen sonra gelen maddelerde ticari işletmeler için aranan "ticari muhasebeyi ve ticari organizasyonu gerektirme" (TK m. 13) ile "esnaf faaliyeti sınırlarının aşılması" (TK m. 17) şartlarından haberdar olması düşünülemez. Bu yüzden de bir işletmenin ticari işletme vasfının önce bir an için kabul edilmesi, ancak hemen akabinde de TK m. 17, 1463 marifetiyle bu niteliğin olmadığının söylenmesi, hukuk mantığı bakımından da zordur. Burada TK m. 12'de belirtilen türden faaliyetlerin, aksi ispat edilebilir şekilde de olsa doğrudan ticari işletme sayılması yönünde dar ve teknik anlamda bir karineden (TK m. 7, 21, 189, 918, 1066/111, 1110) bahsetmek yerinde değildir.

Diğer yandan kanaatimizce TK m. 11/II'de (yTTK m. 11/1) yer alan "ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır" ifadesini

TK m. 11-13, 17, 1463 (yTTK m. 11, 15; J1/1-2, 15) ve TST m. 14/II birlikte değerlendirildiğinde ve özellikle TK m. 13/II'nin de işaretiyle, bu faaliyetlerle uğraşan işletmelerin "işlerinin hacim ve ehemmiyetinin, ticari muhasebeyi gerektirmesi ve ona ticari veya sınai bir müessese şekil ve mahiyetini vermesi/ticari şekilde işletilme" şartını kural olarak yerine getirmiş sayıldıkları yönünde yorumlanması mümkündür. Zira kanun koyucunun m. 13/II'de ancak bir ön şartı yerine getirmeleri kaydıyla "ticari şekilde işletildiğini" kabul ettiği "diğer müesseseleri", "ticarethane" ve "fabrika" ile birlikte aynı hüküm içinde ticari işletme sayması bir çelişki olurdu. TK m. 13/II'de yer alan "bu hüküm, işlerinin mahiyet'ne göre, 12 nci madde gereğince ticarethane veya fabrika olarak vasıflandırıl-

ayan diğer müesseseler hakkında da tatbik olunur" hükmünün aksi anlamı da gösteriyor ki, kanun koyucu böylelikle sadece, ticarethane ve fabrikanın "ticari şekilde işletildiğini" var saymı. a_ncak m. 17 (yTTK m. 15) ile 1463'ü (yTIK m. 11/1-2, 15) öngörerek "ticari şekilde işletilme" ile "esnaf faaliyeti sınırlarının aşılmasının" farklı hususlar olduğunu belirtmiş ve bu sonucunun da ayrıca aranması gereken diğer bir şart olduğunu tespit etmiştir.

ve kapsamı, ticari bir organizasyonu/ticari işletme tarzını gerektirmesin" şeklindeki tanıtımda yer alan "*meğer ki*" ifadesi ile aslında, her iktisadi işletmenin kural olarak ticari işletme vasfını haiz kabul edileceği yönünde bir *adi karine* yaratılmış bulunmaktadır. Kanun'un ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu da doğuran bu tercihi¹⁹⁹, hukuk güvenliği düşünceleriyle açıklanmaktadır. Buna göre işletmesinin ticari bir organizasyonu/ticari işletme tarzını gerektirmediğini, bir diğer deyimle ticari işletme (*Handelsgewerbe*) olmadığını iddia eden müteşebbis, üçüncü kişilere karşı bunu ispatla yükümlü kılınmıştır²⁰⁰. Buna benzer bir durum, 100.000 İsviçre Frangı tutarındaki yıllık gayri safi gelir limitini aşmış aşmadıklarına bakılmaksızın haklarında ticaret siciline tescil zorunluluğu getirilen işletmeler bakımından İsviçre hukuku için de söz konusudur (İsviçre TST m. 54, 53/A b. 2-4, 6-7)²⁰¹.

Son olarak belirtilmesi gereken bir husus ise, aynı kişiye ait birden fazla işletme söz konusu ise, esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması unsurunun 2007/12362 s. BKK'nın uyandırdığı izlenimin aksine²⁰² işleten bazında *değil*, her bir işletme için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğidir²⁰³. Bu sebeple birden fazla "birimin" birbirleriyle olan ilişkileri ortaya çıkarılmalı ve bunların merkez-şube ya da işyeri (atölye, imalathane, rezervasyon bürosu, depo, gibi) ilişkisi içinde olmadıkları anlaşıldığında da, sonuca her bir işletmenin faaliyetleri müstakilen göz önünde tutularak varılmalıdır.

G) Ticari İşletmenin Doğduğu An

TK ya da TST'de bir iktisadi işletmenin hangi andan itibaren ticari işletme vasfını kazanacağı açıklanmamıştır. Bu "anın" yukarıda sayılı ticari işletme unsurlarının tamamının bir araya geldiği an olduğu düşünülebilirse de, TK m. 14/I-II ile 18/I'in de (yTTK m. 12/1-2, 16/1) gösterdiği gibi, TK'nın işletilen bir ticari işletme ile ilgilendiği göz önünde tutulacak olursa, ticari işletme vasfının anılan unsurları taşıyan bir iktisadi işletmenin fiilen işletilmeye başladığı (TK m. 14/I; yTTK m. 12/1) ya da işletilmeye başlanmış sayıldığı (TK m. 14/II; yTTK m. 12/2), bir diğer deyimle "müşteri çevresi ile temas kurulduğu ya da temas kurma potansiyelinin oluştuğu anda"²⁰⁴ kazanı!

¹⁹⁹ CANARIS, ispat yükünün yer değiştirmesi kuralını, bunun uygulamada özellikle işletmelerin aleyhine "*sürprizler*" doğurabileceğini belirterek eleştirmektedir, s. 32 N. 5.

²⁰⁰ Bkz. sadece KINDLER, in: BOUJONGIEBENROTH/JOOST, HGB, § 1 N. 42; CANARIS, s.35N. 11-12.

²⁰¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s. I 16 N. 49.

²⁰² Tartışmalar için bkz. KIRCA, İ., BATİDER, Y. 2007. C. XXIV, S. 2, s. 302-304.

²⁰³ KIRCA, İ., BATİDER, Y. 2007, C. XXIV, S. 2, s. 304.

²⁰⁴ 213 s. VUK m. 154'de "belli bir yerde bilfiil ticari veya sınai faaliyete geçmek, iş yeri açılmamış olsa bile ticaret siciline veya mesleki bir teşekkülle kaydolunmak", "*tüccarlarda işe başlamanın belirtileri*" olarak gösterilmiştir. Aynı hükümde "bir yerin ne mak-

diğı ve yukarıda sayılan unsurların bir ya da bir kaçının sürekli biçimde kay. bolduğı ya da işletme fiilinin tamamen ve kesin olarak durdurulduğu ancta ortadan kalktığı ifade edilmelidir²⁰⁵. İşletme fiili ile işletmeci, işletmeye tah. sis edilmiş maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarına deyim yerinde ise "hayatiyet" kazandırmaktadır²⁰⁶. Bu çerçevede ticari işletme kirasında kirala- layanın işletmeyi kiracıya tamamen devretmesi ticari işletme vasfına etki etmezse de işletenin tacir sıfatını sona erdirecektir. Kiracının işletmeyi iadesi anında da aynı durum söz konusudur²⁰⁷.

H) Ticari İşletme Kriterlerinin Değerlendirilmesi

Hukuk, ekonomik hayatın gerçeklikleri içinde ortaya çıkmış birçokmuhtemel vasıftan (kriterden) yukarıda anılanları seçmiş ve bunların bir girişimci tarafından gerçekleştirilmesine de hukukî sonuçlar bağlamıştır. Ekonomik gerçekliklerin değişmesi ticari işletmeye ilişkin hukuk kurallarının değişmesini de beraberinde getirecektir. Bu açıdan unsurların yorumlanmasında değişen ekonomik ve ticari pratiklerin dikkate alınması gerektiği ilkolarak belirtilmesi gereken hususlardandır. Bu çerçevede serbest meslek faaliyetlerinin, bunların ekonomik büyüklüklerine bakılmaksızın salt nitelikleridolayısıyla ticari işletme faaliyeti olarak nitelendirilmemesi ve böyleceticarihükümlerin kapsamı dışında tutulmaları üzerinde düşünülmesi gereken bir konu haline gelmiştir. Bu tür faaliyetlerin çoğu kez ticari işletmeninunsurlarını

satla olursa olsun sadece tutulmuş olması veya içinde tertibat ve tesisat yapılmakta bulunması iş yerinin açıldığını göstermez.. denilmiştir. Bu çerçevede yine ticari işletmelerin işletilmeye başlandığını gösterebilecek emarelere işaret eden aynı Kanun'un 155m addesindeki serbest meslek erbabının işe başlama belirtileri olarak sayılan "muayenehane, yazıhane, aelye gibi özel iş yerleri açmak, çalışılan yere tabela, levha gibi mesleki faaliyette bulunulduğunu ifade eden alametleri asmak, her ne şekilde olursa olsun devamlı olarak mesleki' faaliyetle bulunduğunu gösteren ilanlar yapmak ve serbest olarak mesleki faaliyette bulunmak üzere mesleki teşekki.lllere kaydolunmak" fiillerine dikkat çekmek gerekir. Bu iki hükmün TK m. 14/1ve II'nin (yTTK m. 12/1-2) uygulanmasına "yorum hükümleri" olarak ışıktutacak nitelikte de olduğu söylenebilir.

Uygulamada ortaya çıkabilecek olgulardan birisi de faaliyete başlanıldığının tacir dışındaki üçüncü kişiler tarafından açıklanmış olması halidir. Bu çerçevede, faaliyete başlamak üzere olan bir alışveriş merkezi yönetiminin, henüz faaliyete başlamamış kiracı işletmelerin bilgisi ve sarih onayları olmadığı halde işletme adlarını/unvanlarını da belirterek değişik mecraJarda duyurular yapması örnek olarak verilebilir. işletmelerin özen ödeline aykırı düşecek şekilde buna sessiz kalmaları halinde kanaatimizce TK m. 14/II'de (y1TK m. 12/2) duyuruya bağlanan sonuçların doğması gerekir (hukuki görünüş ilkesi).

²⁰⁵ K arş. KINDLER. in: *BOUJONGIEBENROTHIJOOST*, HGB, § 1 N. 39-40.

²⁰⁶ HERRMANN işletmeciyi "işlemlenin motoru" (*UnierneJimensmotor*) olarak nitelendirilmektedir. HERRMANN. H.: *Die Untemchmenspacht, Erscheinungsbild und Rcchlsslrukiur*. Diss.. Nürnberg. 1962. s. 1.

²⁰⁷ KINDLER. in: *BOUJONGIEBENROTHIJOOST*, HGB, § 1 N. 40.

yerine getirdiğine de dikkat çekilmelidir²⁰⁸. yTTK'da, TK m. 12-13'deki örnek sayımın ilga edilmiş olmasının bu yöndeki tartışmaları hızlandıracığı beklenebilir.

Bundan başka ticari işletmenin unsurları olarak isimlendirilen kriterlerin etkilerinin aslında sadece bir ticari işletmenin varlığı yokluğu sorunu ile sınırlı kalmadığı, böylece tacir sıfatının ve giderek ticari hükümlerin uygulanma alanının belirlenmesinde de (TK m. 1/1, 3, 14/1, 18/1; yTTK m. 1/1, 3, 12/1, 16/1) rol oynadıkları hatırd tutulmalıdır. Bu bakımdan 5362 s. Kanun ile 2007/12362 s. BKK'nın "tacir-esnaf" ayrımını basit bir "esnaf odası mı-ticaret odası mı?" sorunu olarak görmüş olmaları son derece hatalıdır. Oysa mesele özel hukukun kendi içindeki temel bir noktayı ilgilendirmektedir. Bu bakımdan "tacir" ve "ticari iş" kavramları yanında, "ticari işletme" kavramına yapılacak müdahalelerin, BK-TK terazisinin kefelerinden birinin ağırlaşmasına diğerinin ise hafiflemesine neden olacağı daima hatırd tutulmalıdır.

Ticari işletmenin yukarıda sayılan yapısal kriterleri her ne kadar objektif gibi gözükseler de aslında girişimcinin iradesinin/niyetinin de belli bir derecede rol oynadığı dikkatten kaçmamalıdır. Bir diğer deyimle yukarıda sayılan kriterler bir ticari işletmenin kendiliğinden (*ipso iure*) haiz olduğu vasıflar olmayıp, ancak girişimcinin niyet ve iradesi ile hayatiyet bulan ve tamamı aynı anda gerçekleştiği takdirde de bir ticari işletmeyi meydana getiren vasıflardır. Örneğin "devamlılık" unsuru işletmecinin davranışlarıyla "yönetebileceği" bir unsurdur. Bunun gibi esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması unsurunun gerek TK m. 1463/11 (yTTK m. 11/1-2, 15) ve gerek 2007/12362 s. BKK ile 213 s. VUK m. 177'deki her yıl değişen oranlara bağlanmış olması, ülkemizdeki defter tutma alışkanlıklarının zayıflığı, vergiden kurtulma amacıyla düşük miktartlı beyanlarda bulunulması ve denetimlerin de azlığı ile birleştiğinde, işletmelerin gerçekten ticari olup olmadığının tespitinin fiilen ilgililerin isteklerine bağlanmış olduğunu ortaya koymaktadır. Bu da aslında somut olayın özelliklerinin gerektirdiği durumlarda haki-me karar imkanı tanınması açısından, TK m. 13/I'deki "bir müessesenin işletmesinin hacim ve ehemmiyeti, ticari muhasebeyi gerektirdiği ve ona ticari veya sınai bir müessese şekil ve mahiyetini verdiği takdirde bu müessese de ticari işletme sayılır" hükmüne yTTK'da yer verilmemesini eleştiriye açık kılmaktadır. yITK yürürlüğe girene dek yapılabilecek muhtemel bir değişiklikte ya da en azından hazırlanacak yeni TST'de eksikliğin giderilmesi uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri de engelleyecektir.

Anılan bu son nokta bağlamında değinilmesi gereken bir diğer husus ise vergi mevzuatının mükellef ve defter tutma türleri ile oradaki değişken miktarlara atıf yapılmasının birkaç açıdan hatalı olduğudur: Öncelikle bu yöntem

::?ox KINDLER, in: BOUJONGIEBENROTHIJOOST, HGB, § 1 N. 37.

TK' nın ticari defterlere ilişkin düzenlemelerine güvenilmediği izlenimi yaratmakta ve giderek bunların TK'nın sistemi içinde anlamsızlaşmasını önemsizleşmesine yol açmaktadır. Bu TK m. 66 vd. (yTTK m. 64vd.) için esasen bir işlev kaybıdır. Öte yandan 213 s. VUK m. 177'nin heryıldeğişen miktarlarına atıf yapılmasının, ticari hayatın ve ticaret hukukunungerektir. diği belirlilik ve hukukı güvenlik ihtiyaçlarına ters düştüğü de birdiğerger. çektir. Ayrıca TK ve TST ticari işletme vasfı için faaliyetin türü vebununla ulaşılan ekonomik büyüklük bakımından bir ayırım yapmamış iken, BKK ile TK 'ya ve TST'ye tamamen aykırı biçimde, farklı nakdi miktarların sözkonusu olduğu göz ardı edilerek, 213 s. VUK. m. 177'nin "satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan işletme" (b. 1, karş. TKm. 12/lb. 1), "birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşan işletme" (b. 2, karş. TK m. 12/I b. 2-12, II, ill) ve "I ve 2 numaralı bentlerde yazılı işleri birlikte yapan" işletme (b. 3) ayırımı yapılmış olmasının, TK bakımından hiçbir gereği ve işlevi yoktur. Görüldüğü gibi TK m. 12-13, 213 s. VUK m. 177'e yapılan gönderme ile maddi anlamda tadil edilmiştir. Bundan başka işletme hesabına göre defter tutanların bir kısmının limitleri aşmamaları sebebiyle ticari işletme sayılmamaları da gerçekte, TK m. 13 ile 20/I ile 66 vd.'nın (yTTK m. 18/1 ve 64 vd.) sınırlandırılması niteliğindedir. Ayrıca her ne kadar belli parasal limitler öngörülmüşse de, bunlara ulaşıp ulaşılmadığı tescil ve ilan suretiyle aleniyet kazanmadığından, özellikle tescil ve ilan edilmemiş işletmeler bakımından üçüncü kişiler, bu işletmenin ticari mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu yönünde muallakta kalmaya devam etmektedirler. Böylece iktisadi faaliyette bulunan bir kişiyle hukuktan ilişkiye giren üçüncü kişilerin menfaatlerinin, üye kaydıyla uğraşan meslek odalarının kurumsal ekonomik menfaatlerine oranla çok daha önemli olduğu bir kez daha hatırlatılmalıdır. Bir diğer ifadeyle bu limitlere ulaşıp ulaşılmadığına aleniyet kazandırılmadığı sürece, kararnamelerin işlevi, sorunu sonradan kağıt üzerinde çözmenin ötesine geçemeyecektir. Oysa hukuki işlem güvenliği, tacir mi esnaf mı sorusunun herhangi bir uyuşmazlık çıktıktan sonra cevaplanması kadar, üçüncü kişilerin menfaatlerinin daha baştan korunmaya başlanmasını da gerektirmektedir. Bunun için ise ya İsviçre hukukunda olduğu gibi en azından belli tür faaliyetleri (İsviçre TST m. 53/A; karş. TK m. 12; yTTK'da karşılığı yoktur) yürüten ancak tescil edilmemiş işletmeler için (TK m. 14/II 2. alternatif; yTTK m. 12/2)²⁰⁹ aksi ispat edilebilir bir ticari işletme karinesi öngörülmesi²¹⁰, ki bu durumda 213 s. VUK m. 177/I kriterleri her türlü faali-

210 AKER. BATİDER. Y. 2009. C. XXV. S. 2, s. 256 vd.

209 Hukukçuların müzakeresi b. 1 Yazarlar TK m. 12'deki işletmeler için aksi ispat edilebilir bir "ticari işletme karinesi" öngörülmüş olduğu görüşündedirler. bkz. KARAHAN. BATİDER, Y. 2004. C. X. V. S. 4. 49; BAŞTUĞİ ORDEM. s. 27; ayrıca bkz. ARKAN, s. 26. Aksi görüş KENDİGELEN, (ULGEN, Ticari işletme). s. 137 N. 411-412; ARICI, Devir. s. 17.

yet konusu için değil sadece belli bazı faaliyet türleri için uygulanacaktır ya da Alman hukukunda olduğu gibi tescil edilmiş olup olmadığına bakmaksızın her türlü iktisadi işletme için aksi ispat edilebilir bir ticari işletme karinesi öngörülmesi de bir çözüm olabilir. Kararname ile getirilen düzenlemelerin işletmelerin ekonomik büyüklüklerinin zaman içinde değişmesi ile ortaya çıkan sorunları TK sistemine uygun biçimde çözmediği de ayrıca işaret edilmesi gereken bir husustur²¹¹. Ancak yTTK m. 11/2 göz önünde tutulduğunda sorunun gelecekte de kararnamelerle çözülmesi uygulaması devam edecektir.

Diğer yandan ticari işletme-esnaf işletmesi ayrımının, ilgililerin vergi otoritelerine beyan ettikleri miktarların yüksekliğine bağlanmış olması ve bunun da *her yıl değişen* rakamlara göre ölçülmesi uygulamasının bizatihi yerinde olmadığı belirtilmek gerekir. Bu çerçevede en azından 213 s. VUK m. 177 b. 1-3'ün değişken rakamlarına atıf şartının kaldırılarak, bunun yerine İsviçre TST m. 54 (100.000 Frank) ve Avusturya İşletmeler K. m. 189'da (400.000 Avro) olduğu gibi, TST'de "sabit bir ciro miktarı" öngörmek ve bunu örneğin beş yılda bir gözden geçirmek, belirlilik ve hukuki güvenlik ihtiyaçları bakımından yerinde görülebilir²¹². Gerek üretici gerek tüketici fiyatlarında göreceli bir istikrarının da sağlanmış olması karşısında, bu öneri uygulanabilir niteliktedir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi aleniyet eksikliği, bu uygulamanın da eksik yönünü teşkil edecektir. yTTK m. 1524'de öngörülmüş olan İnternet sitesi ile sağlanacak aleniyetin ise sadece sermaye şirketleri için söz konusu olduğu, bunların da zaten işletmelerinin hacim ve bü-

²¹¹ işletmelerin ekonomik büyüklüklerinin yıllar içinde değişmesinin ortaya çıkardığı sorunlara ilişkin çözüm önerileri hakkında bkz. AKER. BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 2, s. 267 vd.; ayrıca bkz. KENDİGELEN, (ÜLGİN, Ticari İşletme), s. 148 N. 445-446; ARICI, Devir, s. 21-22.

²¹² Alman hukukunda ise Alman TK m. 1/II'nin "her türlü iktisadi işletme ticari işletmedir, meğer ki işletmenin türü ve kapsamı, ticari bir organizasyonu/ticari işletme tarzını gerektirmesin" şeklindeki tanımında yer alan "ticari organizasyonun gerekli olup olmadığı" (asgari büyüklük şartı, *MindestbetriebsgröÙe*) meselesinin çözümü için doğrudan ya da dolaylı olarak sabit bir limitin tespit edilmesine karşı çıkılmakta (hakim görüş) ve bunun yerine işletmenin genel görünümünün (*Gesamtbild*) tayin edici olması gerektiği savunulmaktadır, BAUMBACHHOPT, HGB, § 1 N. 23; KINDLER, in: BOUJONG/EBENROTH/JOOST, HGB, § 1 N. 44 vd., 49; CANARIS, s. 33-34 N. 8-9. Buna rağmen Alman uygulamasında sicil mahkemelerinin karar verirken diğer emareler yanında işletmenin cirosunu da dikkate aldıkları ifade edilmektedir, KINDLER. in: BOUJONG/EBENROTH/JOOST, HGB, § 1 N. 51.

Alman TK m. 2'de (*Kannkaufmann*), işletmenin hacim ve büyüklüğü ticari bir organizasyon gerektirmese dahi işletme sahibine işletmesini ticaret siciline tescil ettirebilme imkanı (ihtiyari tescil) verildiği eklenmelidir. Böylece "küçük" işletmelere de dilerlerse ticaret hukuku kapsamına girme imkanı verilmiştir, KINDLER, in: BOUJONG/EBENROTH/JOOST, HGB, § 1 N. 9, § 2 N. 1; AKER, Yönetim ve Ekonomi, Y. 1999, S. 5, s. 17.

yüklüğüne bakılmaksızın tacir sayılacaklarına (yTTK m. 16) dikkat çekilme-
lidir.

3. Konusu Ticari İşletme Olan Hasılat Kirası: "Ticari İşletme Kirası"

A) Genel Olarak

Ticari işletmelerin, belirli veya belirsiz bir süre için, bir bedel karşılığın-
da, üçüncü bir kişiye devredilmesini amaçlayan, bir diğer deyimle konusu
bir ticari işletme olan hasılat kirası sözleşmelerinin bu çalışma kapsamında,
"ticari işletme kirası" olarak isimlendirileceği daha önce belirtilmişti.

Ticari işletme kirasını, rızalı, tam iki tarafa borç yükleyen, tarafları ara-
sında sürekli borç ilişkisi yaratan, işletme organizasyonu ile birlikte işletme
unsurlarının kullanımının ve bunlardan yararlanmanın devrini tazammun
eden, ancak işletme unsurlarının mülkiyetinin değil, maddi mallar için zilyet-
liğin nakli, haklar için ise kullanma ve tahsil yetkisi tanınması sonucunu do-
ğuran ve bu yüzden de sözleşme bitiminde devredilenin bir bütün olarak ia-
desinin söz konusu olduğu, ivazlı bir borçlar hukuku sözleşmesi ve hasılat
kirasının konu bakımından özel bir türü olarak nitelemek mümkündür²¹³.

Ticari işletme kirasında işletmenin bir veya birkaç unsurunun değil, iş-
letmenin kendisinin, bir diğer deyimle organize edilmiş ekonomik bütünlü-
ğün kiralanması, konuyu ve tipi belirleyici bir özelliktir²¹⁴. Bu çerçevede un-
surların devri, bir ticari işletmenin devri, işletilmesinin bir başkasına terki
uğruna gerçekleşmektedir²¹⁵. Bu durumun doğurduğu bir diğer şart da, dev-

²¹³ **Karş.** TANDOĞAN. C. Y2. s. 11; *BiLGE*, Borçlar Hukuku, s. 141; *TUNÇOMAĞ*, s. 241-
242; *YAVUZ*, s. 366; *ALTAŞ*, s. 75; *ARAL*, s. 207; *OSER/SCHÖNENBERGER*. Yorbem.
zu Art. 253-304 N. 4-5; *HARKE*, in: *MüKo-BGB*, § 581 N. 1, 3.

²¹⁴ *KLEIN-BLENKERS*, s. 63, 74. Kiralayanın tüzel kişi tacir, özellikle de bir ticaret şirketi
olması ihtimali için önemle vurgulamak gerekir ki, ticari işletme kirası, kiralayan tüzel
kişi tacirin. örneğin bir anonim ya da limited şirketin yönetim ve/veya genel kurulunda
hakimiyet kurma amacıyla kiracıya pay devri, yönetimde ya da oy hakkında imtiyazlar
tanınması gibi "tedbirleri" tazammun etmez. Bir diğer ifadeyle ticari işletme kirası, (taci-
rin) değil, işletmesinin işletilmek amacıyla geçici devrini hedefler ve kiralayanın tüzel ki-
şiler hukuku ve özellikle de şirketler hukuku anlamında kiracının kontrolüne geçirilmesi-
nin bir aracı değildir. Ancak *ALTAŞ'ın* "Hasılat ve Şirket Kirası" isimli eserinin s. 137
vd.'nda verilen örnekler ile İsviçre ve Alman literatürüne yapılan atıfların da gösterdiği
gibi, "şirket kirası" başlığı altında aslında "ticari işletme kirasının" ele alınmış olduğu
söylenebilir. S. 143-144'de yer alan "şirket" tanımı da aslında anılan yabancı literatüre
yapılan atıfların da işaret ettiği gibi daha çok bir "ticari işletme" tanımına yaklaşmakta-
dır.

²¹⁵ **Bkz.** y. 11. HD, T. 21.01.2010. E. 2008/8770, K. 2010/596: "[...] Dosya kapsamından,
♦araf_b♦yanlar'ndan davacılar ile davalılardan A... ve P... arasında bu davalıların işlettiği
işyerinin devri konusunda bir anlaşmaya varıldığı, ancak taraflar arasında devir kapsamı-
nı ve koşullarını düzenleyen yazılı bir sözleşmenin bulunmadığı anlaşılmıştır. Hayatın
olağan akışı içinde bir işyerinin devir alınmasının nedeni o işyerinin amacına uygun şe-

redilen unsurların bir ticari işletmenin varlığını gösterecek nicelik **ve/veya** nitelik yeterliliğine sahip olması gereğidir. Bu ilişkide ticari işletmenin bir ekonomik bütünlük halinde devredilmesi, sözleşmenin taraflar arasında bir borçlar hukuku ilişkisi yaratması, kiracının sınırlı yetkili bir işletmeci konumu üstlenmesi²¹⁶ ve sözleşmenin taraflar arasında sürekli borç ilişkisi yaratmasına rağmen kural olarak belirli süreli olması ticari işletme kirasının temel vasıfları olarak sayılabilir²¹⁷.

Konusu ticari işletme olan bu tür hasılat kirası, sadece borçlar hukuku bakımından değil, ticari işletme hukuku bakımından da özellikler taşıyan bir hukuki ilişkidir. Bu sebeple ticari işletme gibi, bir çok yönleriyle özel olarak düzenlenmiş hukuki ve ekonomik bir müessesenin hasılat kirası ile bir üçüncü kişiye devredilmesi, gerek borçlar hukuku gerek ticaret hukuku açısından ele alınması gereken birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Ticari işletme kirası söz konusu olduğunda birbirini tamamlayan başlıca iki zorluğu burada anmak gerekir. Bunlardan ilki pozitif hukuktaki sayıca yetersiz, dar kapsamlı ve çoğunlukla yedek hukuk kuralı niteliğindeki düzenlemeler iken, diğeri de gerek bu yasal düzenlemelerin gerek taraf iradelerinin tatbik edileceği "*prototip*" bir ticari işletme kirasından bahsetmenin zorluğudur²¹⁸. Zira

kilde işletilmesine yöneliktir. Bir işyerinin devrinde genelde devredilen sadece işyerinin içindeki emtialar, büro malzemeleri, demirbaşlar olmayıp, bunlardan daha çok o işyerinin işletilmesi için gerekli yasal izinler, o işyerinin tanınmışlığı, mevcut ve potansiyel müşteri durumu, işyerinin elde ettiği veya elde etmesi mümkün görülen kazancı, gelecekteki durumu, yatırım olanakları gibi bir işyerinin verimli bir şekilde işletilmesine, kar etmesine etki edebilecek tüm unsurlar devir sırasında gözetilmekte, devir bedeli de bütün bu unsurlar, işyerinin devralana sağlaması mümkün görülen yararlar göz önüne alınarak belirlenmektedir. Bu durumda somut olayda devre konu işyerinin bir eczane olması nedeniyle devir konusunun sadece emtia, eşya ve demirbaş olduğunun kabulü mümkün değildir. Taraflar arasında devir tarihi de göz önüne alındığında kararlaştırılan devir bedeli, davalılar tarafından davacı tarafa teminat olarak verilen senet, bu senedin eczanenin devri halinde iade edileceğine ilişkin davacı taahhüdü ve M... Eczacı Odasının dosyaya gelen yazısı bir bütün olarak değerlendirildiğinde davacıların en başından beri eczaneyi devir almaktaki amaçlarının o yeri eczane olarak işletmek olduğu, bu hususun devri yapan davalılar tarafından da bilinmemesinin mümkün olmadığı, ancak eczacı olmayan davacıların ruhsat alamamaları nedeniyle eczaneyi işletemedikleri anlaşılmıştır. Bu durumda taraflar arasındaki devrin sadece işyerinde bulunan mal, eşya ve büro malzemesinin devrine yönelik değil, bunlardan daha önemlisi işyerinin eczane olarak işletilmesi için gerekli yasal izin devrine yönelik olduğunun kabulü ile [...]"; Y. 6. HD, T. 06.02.1996, E. 1996/917, K. 1996/1104; Y. 6. HD, T. 22.09.1997, E. 1997/6391, K. 1997/6780; Y. 6. HD, T. 26.05.1997, E. 1997/4653, K. 1997/4876; Y. 6. HD, T. 19.09.2000, E. 2000/8019, K. 2000/7867; demirbaşların devrinin her zaman hasılat kirasının varlığını kabulü için yeterli olmadığı hakkında, Y. 6. HD, T. 04.04.2000, E. 2000/2904, K. 2000/3027.

²¹⁶ Kiracının işletmecilik konumunun kapsamı hakkında bkz. *KLEIN-BLENKERS*, s.81-82.

²¹⁷ *KLEIN-BLENKERS*, s. 47 vd.

²¹⁸ Ticari işletme kirasının onlarca görünüm şekilleri hakkında bkz. *KLEIN-BLENKERS*, s. 50 vd., 99 vd.

her somut olayda "menfaatler durumu" farklı olabilir. Öyle ki sözleşmenin taraflarının birbirleriyle herhangi bir ekonomik ilişkisi ve kişisel yakınlığı olup olmadığı ve bunların yoğunluk derecesi, kiralanan işletmenin büyüklüğü ve unsurlarının özellikleri, kiralamaya iten ekonomik sebepler ve hedefler, süre vb. değişkenler, tarafların sözleşmeden kısa, orta ve uzun vadeli beklentilerini, bir diğer deyimle menfaatlerini şekillendirecek ve bu da sözleşmenin yapılandırılmasına tesir edecektir²¹⁹. Ticari işletme gibi karmaşık ve dinamik bir yapının süreli olarak devrediliyor olması, tarafların asli edim yükümlerinin yanında birçok yan edim yükümlerinin de doğmasına neden olacaktır²²⁰. İşte uygulamanın dinamikliğinin sözleşme serbestisi ile birleşmesi, yapılacak değerlendirmelerin yer yer kısıtlı kalması riskini de beraberinde getirebilecektir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer nokta da ticari işletmenin ve bunun malvarlığı cephesinin hukuki özellikleridir. Mallar ve haklar gerek müstakil olarak gerek bir ekonomik bütüne dahil olmaları münasebetiyle kul halinde borçlandırıcı işlemlere konu olabilirler. BK m. 270/I'de de (yTBK m. 357/I) "hasılat icarı, bir akittir ki onunla mucir, [...] hasılat veren bir *malın veya hakkın* kullanılmasını ve semerelerinin iktifatını terk etmeği iltizam eder" denilmiştir. Çalışmamız esas itibarıyla bir ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesini incelemeyi amaçladığından, burada maddi varlığı olan şeyler ile haklar üzerinde ayrı ayrı durmaktan ve hukuki niteliklerini tartışmaktan çok, bu unsurların her ikisini de bünyesinde barındıran mal ve hak topluluklarının bir bütün olarak hasılat kirasının konusunu teşkil etmesini ele almak gereklidir. Bu bakımdan ticari işletme gibi tek bir mal ya da haktan oluşmayan bir bütünlüğün eşya hukuku karşısındaki durumunun ortaya konulması onun mahiyetini anlamak bakımından da zorunlu olacaktır.

Ticaret hayatında hukuki işlemler yapılırken taraflar bundan sadece borçlandırıcı işlem yapmayı, başka bir deyişle sırf karşılıklı borç altına girmeyi amaçlamazlar. Asıl amaç salt borçlanmak değildir. Tarafların nihai hedefi borç ilişkisinin ifa edilmesi ve böylece karşılıklı olarak hakların intikal etmesidir (ekonomik menfaatlerin karşılıklı değişimi). Bu ise malvarlığını doğrudan etkileyen tasarruf işlemleri yoluyla olur ve eşya hukuku ilkelerine tabidir. Her ne kadar gerek borçlandırıcı işlem ve gerek tasarruf işlemi, tarafların malvarlıklarında cereyan etse de, bunların malvarlığında yarattığı etkiler (değişiklikler) farklıdır. Diğer yandan bu iki işlem türü nitelikçe farklı olmakla birlikte, işlemin konusu açısından birbirleriyle karşılıklı ilişki içindedirler. Bu bakımdan bir borçlandırıcı işlem türü olan hasılat kirası sözleşmesinin konusunun, eşya hukuku karşısındaki durumunu ortaya konulması

²¹⁹ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 80.

²²⁰ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 80-81.

ilerideki değerlendirmeler bakımından da faydalı olacaktır. Ancak bu konuya girilmeden önce ticari işletmenin içyapısına daha yakından bakılması gerekmektedir.

B) Organizasyon ve Maddi ve Gayri Maddi Malvarlığı Unsurlarından Oluşan İktisadi Bir Bütünlük Olarak Ticari İşletme

Ticari işletmenin hasılat kirası ile devrinin (ve sözleşme sonunda kiralanana iadesinin) esasen bunun maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının kiracıya devri yoluyla gerçekleştiği göz önünde tutulacak olursa²²¹, işletmenin malvarlığı yönünün hukukî olarak ortaya çıkarılıp, değerlendirilmesinin ve burada ulaşılan sonuçların hukukî işlemlere etkisinin öncelikli görev olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

İşletmeyi teknik, ekonomik, barındırdığı iş ilişkileri ve malvarlığı yanları dikkate alınarak farklı biçimlerde ele almak mümkündür. Bu tanımların her birinden hareketle de işletmeyi ilgilendiren muhtelif ekonomik hukulô sorunlar izah edilmeye çalışılabilir²²².

Çalışmanın konusu ticari işletmenin hasılat kirası sözleşmesi ile bir başkasına devri olduğundan, bir çok veçheleri olan işletmenin malvarlığı ve işletilme yönünü göz önünde tutacak biçimde tanımlanması gerekir. Tanımdan ve özellikle bunun kapsamından kaynaklanabilecek yanlış anlamaları engellemek bakımından, "işletme" (teşebbüs/²²³ *Untemehmen*) ile "ticari işletme" (*Handels-gewerbe, Handelsunternehmen*) arasında yapılan ayrıma kısaca işaret etmekte fayda vardır.

"İşletme" sosyal, ekonomik ve hukukî bir anlama sahipken²²⁴, pozitif hukuk düzenlemeleri sayesinde bir "ticari işletme" kavramının ortaya çıkmış

²²¹ İMREGÜN, "ticari işletmenin devrinden söz edebilmek için maddi olmayan ögenin devri kesin koşuldur. Maddi öge maddi olmayan ögeye tabi olup onun (tamamlayıcı eki) "mütemmim cüz"üdür. Ticari işletme devredilecekse, maddi olmayan ögenin devri şarttır. Buna karşılık maddi ögelerin tamamının devri zorunlu değildir. İşletme en az (asgari) bir işletme yeteneğini saklama kaydı ile, maddi ögelerin bazıları yapılan devir sözleşmesinin dışında tutulabilir" demiştir, s. 17.

²²² Ticari işletmenin TK ve TST'de yer alan yapısal unsurları hakkında bkz. yukarıda § 2 il.

²²³ KARAYALÇIN, teşebbüs (*Unternehmen*), iktisadi işletme (*Gewerbe*) ve TK ve TST'de tarif edildiği şekliyle ticari işletme ayrımını yapmaktadır, bkz. Ticaret Hukuku, s. 156 vd. Çalışmamızda ise kavram karışıklığını en aza indirmek amacıyla sadece iktisadi işletme anlamında kısaca "işletme" ve TK ve TST anlamında da "ticari işletme" kavramları kullanılmıştır. Zira iktisadi gaye gütmeyen işletmeler ticaret hukukunun inceleme sahası dışında kalmaktadır.

²²⁴ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 156; NEU-BREUNING, işletmeyi (*Unternehmen*) hukukî ekonomik bir kavram *Uüridisch-ökonomischer Begriff*) ve "teknöekonomik bir süreç" (*technologisch-ökonomischer Prozeß*) olarak ifade etmiştir, NELL-BREUNING, O.: "Das Untemehmen in der Rechtsordnung", in: Festgabe für Heinrich KRONSTEIN aus Anlass seines 70. Geburtstages, Karlsruhe, 1967, s. 48, 50. MiMAROĞLU da ticari

olması ile sosyal bilimler alanından normatif bir bilim olan hukukun alanına geçilmiş olur²²⁵. Bir sosyal ve ekonomik olgu/yapı olan işletme²²⁶, ticari işletme olarak tanımlandıktan sonra ilgili mevzuatın uygulama alanını tespit etme bu tanıma riayet etmek gerekir. Bir diğer deyimle hukukta sosyal olguların/yapıların tanımlanmasının başlıca sebebi, ilgili mevzuatın konu bakımından uygulama alanını tespit etmek, daha açık bir deyimle bu mevzuata bir

işletmeyi "ekonomik örgüt denen büyük amorf içinde, ekonomik girişimin bir ünitesi [...] organik ve fonksiyonel bir ekonomiko-hukuk birim" şeklinde tarif etmektedir. MIMAROĞLU, S. K.: Ticaret Hukuku, C. 1, işletme Hukuku. 3. Baskı. Ankara. 1978, s. 188.

²²⁵ Karş. POROY/YASAMAN, s. 32 N. 53. Diğer yandan sosyo-ekonomik olgu ile bunu düzenleyen hukuk kuralı arasındaki ilişki, hukuk kuralının yorumlanması faaliyeti sayesinde dinamik kalmaya devam eder.

¹²⁶ NELL-BREUNING, in: FG KRONSTEIN, s. 49. RITTNER, işletme de dahil olmak üzere hukuki ilişki ve kurumların salt bir sosyal yapı (*Sozialgebilde*) olarak görülmesine ve buradan hareketle örneğin işletmenin işletme ve iktisat bilimine terk edilerek hukuki değerlendirmelerin dışında tutulmasına karşıdır. Yazar'a göre evlilik, kişi birlikleri, sözleşme ve mülkiyet gibi kurumlar en başından itibaren hukukun ve hukuk düzeninin kapsamındadırlar. Hukuk sosyal olgunun "mümkün" olan kısmını somutlaştırır ve belli bir şekilde de gerçekleştirir. Bu bakımdan herhangi bir sosyal yapıyı düzenleyen bir kanunun düzenleme konusu aslında doğal gerçeklik (*natiirliche Wirklichkeit*) değildir. Kanun, hukuk düzeni içinde zaten var olan ve belli bir oranda gelişmiş olan tohumu, başka bir yöne doğru yeniden yapılandırır. Örneğin ister iş hukukunda ister vergi hukukunda yer alsın evlilikle ilgili yeni bir düzenleme, evlilik müessesini yeniden kurmazsa da, evliliğin hukuk düzeni içindeki somut hukuki yapısını değiştirir. Doğal olanın hukuk düzeninin üyelerince kullanılabilir hale getirilmesi olarak da nitelendirilebilecek somutlaştırma, farklı hukuk düzenlerince farklı şekillerde yapılabileceği gibi aynı hukuk düzeni içinde de farklılıklar gösterebilir. Ne var ki hakim doğru karar verebilmek, kanun koyucu da doğru ve tutarlı kurallar koyabilmek için önlerindeki meselenin bir sosyal yapı oluşunu görmezlikten gelemezler. Bu yüzden evliliğin, borç ilişkisinin, kişi birliğinin, sürekli borç ilişkisinin, kiranın, sözleşmenin içkin mahiyeti (*Wesen*) hukuken hala önemlidir. Kanunların sosyal yapının sadece belli yönlerini düzenlemeleri ve geri kalanını varsaymaları, hakimlerin karar verirken hukuki ilişkinin ya da müessesenin tamamını göz önünde tutmalarını engellememelidir, RITTNER: in: Recht und Staat, s. 8-10; Nitekim Kara Avrupası ülkelerinin ticari işletme, ticari iş ve tacir hakkında birbirlerinden farklı kurallar getirmiş olmaları ile ticari işletme hukuku ile rekabet hukukunun "işletmeyi", yine ticari işletme hukuku ile vergi hukukunun "taciri" değişik biçimlerde tarif etmeleri bunu göstermektedir. OPPIKOFER, s. 15, Yazar işletmeyi "ekonomik yapı" (*Gebilde der Wirtschaft*) olarak nitelendirmektedir.

²²¹ Türk ticaret hukuku literatüründe, ticari işletmenin öncelikle iktisadi-teknik sonra hukuki kavram olduğu (bk. ACEMOĞLU, K.: Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri. İstanbul, 1971, s. 16), ticari işletmelerin iktisadi işletmelerin bir kolu olduğu, bu yüzden bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için o işletmenin öncelikle iktisadi işletme olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin (ORAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 156-157; POROY/YASAMAN, s. 32-33 N. 53-55; ZDEMİR, s. 30; DOMANİÇ/ULUSOY, s. 139 vd.; bkz. ayrıca ARICI, Devir, s. 7) ışığında, hukuken tarif edilip sınırlandırılmış ticari işletmenin sosyal ve ekonomik arka planını vurgulama gayesinin yattığı söylenebilir.

uygulama alanı yaratmaktır. Gerçekten de hukuken tanımlanmış bir ekonomik olgu/yapı olarak "ticari işletme", TK ile TST'nin uygulama alanını tayinde "tacir" ve "ticari iş" ile birlikte üç temel sütundan birisidir²²⁸. Hasılat kirası sözleşmesinde de ticaret hukukuna özgü haller bakımından daima ticari işletme kavramı göz önünde tutulmak gerekir. Konusu bir ticari işletme olan hasılat kirası sözleşmesinin ifası ticaret hukukunun da tatbikini gerektirdiğinden konunun ticaret hukukuna ilişkin yönlerinde TK'nın ticari işletme tanımının dikkate alınması kaçınılmazdır. Ancak TK m. 11-13 (yITK m. 11) ve TST m. 14/II ticari işletmeyi, salt pozitif ticaret hukukunun uygulama alanını tespit saikiyle tanımladıklarındandır ki, bu tarifin ticari işletmenin bütün yönlerini ortaya çıkardığı, özellikle işletmenin devri işlemlerinin tabi olacağı hukuk bakımından bütün yönlerini kapsadığı söylenemez²²⁹. Özellikle TK m. 13/I de yer alan "*işlerin hacim ve önemlerinin ticari muhasebeyi gerektirmesi ve ona ticari veya sınıfl müessese şekil ve mahiyetini vermesi/ticari şekilde işletilme*"²³⁰ kıstası ile TST m. 14/II' deki gelir sağlama amacı, devamlı olma ve esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması şartlarının asıl işlevlerinin ticari işletmeyi tanımlamaktan çok, bunu alelade iktisadi işletmeler ile esnaf işletmelerinden ayırmak olduğu açıktır²³¹. Bir başka deyimle bu tasnif faaliyeti, ticari işletmeyi tam olarak tanımlamış, böylece ortaya çıkmış olan hukuki olgunun mahiyetinin de açıklamış değildir. Bu yüzdendir ki literatürde iktisadi işletme-esnaf işletmesi-ticari işletme ayrımı bağlamında önemli fikir ayrılıkları bulunmamakla beraber, ticari işletmenin hukuki niteliği hususunda ise farklı görüşler ve tanımlar ortaya çıkmıştır. Ticari işletmenin hukuki mahiyetinin ortaya çıkartılmasında bunun muhtelif veçhelerinin dikkate alınmaması ise mümkün değildir. Bu çerçevede ticari işletmenin bir yandan organizasyon (plan) cephesinin, diğer yandan da eşya hukuku ile borçlar hukuku açısından malvarlığı cephesinin ele alınması ve değerlendirilmesi, ticari işletmenin bünyesini daha yakından tanıma, ilgili hukuk kurallarını daha doğru anlama ve uygulama imkanı verecektir²³².

²²⁸ "ticari işletme" kavramının ticaret kanunlarındaki yeri ve işlevleri üzerine bkz. *EISELT, HIRSCH* Armağanı, s. 57 vd.; *TEKİNALP*. BATİDER, Y. 2008, C. XXIV. S. 3, s. 5 vd.; *AKER*, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 2, s. 230 vd.

²²⁹ yTTK m. 11 ise bu hususta daha ayrıntılı düzenleme yapma ihtiyacı duymuştur, bkz. aşağıda 2 il 3 D.

²³⁰ TK m. 13/II'de de açıkça ifade edildiği gibi, kanun koyucu TK m. 13/I'de, TK'nın ticari işletmeyi alelade iktisadi işletmeler ile esnaf işletmelerinden ayırmaya yarayan ve TK m. 12'de ifade edilmiş ticarethane ve fabrika için de kullanılabilecek bir kıstas öngörmüştür. Bu husus TK m. 13/1 ve m. 17 karşılığında da okunabilir, bkz. *ARSLANLI*, Kara Ticareti, s. 20-21; *KENDİGELEN*, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 131 N. 393.

²³¹ *ÖZSUNAY*, Kiracılık Hakkı, s. 3.

²³² Karş. *SCHÖNE*, T.: "Das rechtsgrundlos erlangte Unternehmen, Herausgabe oder Wertersatz?", ZGR, Y. 2000, S. 1, s. 90.

Teknik bir kavram olarak "ticari işletmenin", her ticaret kanunu tarafından farklı şekillerde tarif edilmesi mümkündür. Ülkenin ekonomi ve hukuk politikası ile diğer özel hukuk kanunlarının yapıları gibi hususlar, bu noktada rol oynayabilir. Nitekim Türk kanun koyucusu da TK m. 11/1, 12-13 (yTTK m. 11/1) ile TST m. 14/II'de ticari işletmeyi tarif ederek, hangi işletmelerin "ticari işletme" sayılacağını, kendi uygulama alanı bakımından tespit etmiştir. Böylece yukarıda da belirtildiği gibi alelade işletmeler ile ticari işletmeler arasına bir sınır çizilmiş ve her ticari işletmenin aynı zamanda bir işletme olduğu, ancak her işletmenin aynı zamanda bir ticari işletme olmadığı ortaya çıkmıştır²³³. Ticari işletmenin tanımı TK m. 11/1, 12-13 (yTİK m. 11/1) ile TST m. 14/II'de yapılmıştır. TK m. 11/11'de (yTİK m. 11/3) yer alan ve ticari işletmenin malvarlığına dahil unsurları gösteren hükmü ise borçlar ve eşya hukukunun genel ilkelerinin ticari işletme açısından teyidi işlevine sahiptir. Bu bakımdan TK m. 11/11 (yTTK m. 11/3), -ticaret unvanı ile işletme adı bir kenarda tutulacak olursa- esasen dar anlamda bir ticaret hukuku hükmünden çok borçlar ve eşya hukuku hükmü olarak görülmelidir ve esasen dar ve teknik anlamdaki "ticari işletmeye" değil, "işletmeye" matuftur. Bu durum, fıkra da geçen "*mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça*" ifadesinden de anlaşılabilir. Değişik malvarlığı unsurlarının iktisadi amaca tahsis edilmesi, işletmenin "ticariliği" ile değil, salt "işletme" olmasıyla ilgilidir²³⁴. Hukukumuzda göre iktisadi işletmeyi ticari işletme haline getiren temel kıstas, işletme neticesinde esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşıp aşılmadığı (elde edilen hasılatın büyüklüğü) olarak belirlenmiş ve bu bağlamda işletmenin hangi maddi ve gayri maddi unsurlardan oluştuğuna hukuken bir önem ilave edilmemiş olmasına rağmen²³⁵, ticari işletmenin hukuki niteliği söz konusu olduğunda esas alınması gereken, yine de borçlar ve eşya hukuku ilkeleridir. Sonuç olarak, ticari işletmenin devir yönünden hukuken önem taşıyan yapısal özellikleri araştırılırken, "ticari işletme" kavramı yerine esasen sadece "işletme" kavramının kullanılması da mümkündür. Bir mües- sesse olarak "ticari işletme" ise, hukukî işlemin ticaret hukukundan kaynaklanan şartları ve sonuçları söz konusu olduğunda önem kazanmaktadır.

İşletme, maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurları ile gerçekte birbirinden bağımsız bu unsurları bir arada tutan "işletme organizasyonundan" olu-

²³³ KARAYALÇIN. Ticaret Hukuku, s. 157; DOMANİÇ/ULUSOY, s. 140; İMREGÜN, s. 10; BAŞTUĞ/ERDEM. s. 20; ÖZDEMİR. s. 29.

²³⁴ Karş. YASAMAN. H.: Anonim Onaklıkların Birleşmesi. Ankara, 1987, s. 11. Yazar. "*malvarlığının bir amaç doğrultusunda teşkilatlanması ticari işletmeyi oluşturur*" demektedir.

²³⁵ Bkz. AKER, BAT¹ DER. Y. 2009. C. XXV S. 2. s. 259 dn. 91'de anılan kaynaklar.

şan ekonomik bütünlük²³⁶ olarak tarif edilebilir. Başka bir bakış açısıyla "çerçeve" ya da "bağ" olarak da görülebilecek olan organizasyon (plan), işletmenin unsurlarının gelir sağlama amacına devamlı şekilde tahsis edilmesini sağlayan ve buna süreklilik kazandıran "iradeye" ve giderek işletmenin ekonomik bütünlüğüne aleniyet kazandıran işlevine de sahiptir²³⁷. Alman İmparatorluk Mahkemesi de bir kararında işletmenin, "yalnızca buna tahsis edilen unsurların bir yığını olmadığım, buna bir fikir bağın (geistiges Band), organizasyonun eklendiğini ve bunun da müstakil unsurları ve insanı (girişimci ve işçiler), işleyen bir bütünde birleştirdiğini" belirtmiştir²³⁸. "İşletmenin malvarlığı unsurları ile bunları bir arada tutan işletme organizasyonundan oluşan ekonomik bütünlük" şeklindeki bu tanım malvarlığı unsurlarının bütün önemine rağmen işletmenin salt bunlardan oluşmadığını vurgulaması bakımından önemlidir. Alman Federal Mahkemesi işletmenin mülkiyet hakkı kapsamında korunmasıyla ilgili 1980 tarihli bir kararında da işletmenin, şahsi ve maddi unsurların/araçların, bunun sahibi tarafından yaratılan organizasyonu, belli bir mallar ve haklar topluluğu olduğunu belirtmiştir²³⁹.

Satın alma, üretim ve pazarlama organizasyonu, tedarikçi ve müşteri çevresi ve ilişkileri, finansal güç, tecrübe, good will ve işgören²⁴⁰ organizasyonu, iş yapma imkanları (şansları) gibi unsurlardan oluşan, işletmenin türüne ve büyüklüğüne göre basit ya da karmaşık bir görünüm alabilen, işletmecinin iradesine göre değişime uğrayabilen "organizasyon", ifadesini işletmecinin işletme faaliyetlerinde (bkz. TK m. 14, 57; yTIK m. 12, 55), tedarikçi, müşteri ve işgörenlerle kurduğu ilişkilerde, üstlendiği finansal risklerde, ticaret unvanının işletme ile birlikte devredilebilirliğinde (TK m. 51/II; yTIK m. 49/2) ve maddi, gayri maddi unsurlar ve/veya işleten geçici ya da sürekli olarak değişse de varlığını korumaya devam eden ekonomik bütünlükte bulmaktadır²⁴¹. Organizasyonun, insan emeğinin koordinasyonu ile malvarlığı değerleri ve özellikle gayri maddi malvarlığı unsurlarının birlikte

²³⁶ ÖZSUNAY, ticari işletmenin "malvarlığı yönüyle bir bütün" ve "işletmenin malvarlığı unsurlarının hepsinde veya bir kısmında teşekkül eden bir bütün" olduğunu ifade etmiştir, Kiracılık Hakkı, s. 4-5. Ayrıca bkz. KENDİGELEN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 156 N. 471.

²³⁷ Karş. NELL-BREUNING, in: FG KRONSTEIN. s. 56.

m RGZ 95, 236. Ayrıca bkz. RGZ 170, 292, 298, Mahkeme bu kararında da işletmeyi, "mallar ve haklar ile tedarik kaynakları, konum ve meslek gibi fiili durumları. ekonomik bir amacın hizmetine sunan organizasyonun maddi görünüm kazanmış hali (Verkörperung einer Organisation)" olarak tarif etmiştir.

²³⁹ BGHZ 76, 387, 394. Aynı yönde bkz. BGHZ 78, 41, 44.

²⁴⁰ "İşgören" terimi, istihdamın hukukî şekline bakılmaksızın işletmede tacire bağımlı olarak çalışanların tümünü ifade etmek üzere kullanılmıştır.

²⁴¹ Karş. GIERKEISANDROCK, s. 182. Ayrıca bkz. OPP/KOFER, s. 5 vd. ARICI, Devir, s. 9.

işlev görmesi olduğu da ifade edilmiştir²⁴². Bu haliyle organizasyonun, "tacir ile onun mal ve hizmetlerinin, ifadesini müşterilerin güveni ile geleceğe ait iş imkanlarında bulan itibarı", "tacirin tesadüflerin dışındaki ticari beklentileri ve kazanç imkanları" ile "müşterilerin tekrar aynı işletmeden aynı mal ıa da hizmetleri temin etme eğilimleri" olarak değişik şekillerde tarif edilen ³ ve özce de "*bir işletmenin ekonomik çekim gücü*" ²⁴⁴ şeklinde çevrilebilecek *good will'in* (teknik) alt yapısını oluşturduğunu, hatta bu ikisinin yer yer iç içe geçtiklerini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bir işletmenin, girişimcinin bizzat yarattığı ya da franchisingde de görüldüğü üzere, sözleşme ile kullanma hakkını elde ettiği²⁴⁵ bir teknik ve ticari organizasyon modeli olmaksızın gayesine ulaşması mümkün değildir. *HUBMANN* yerinde olarak, girişimcinin malvarlığı unsurlarını bir arada tutmaya yönelik iradesi²⁴⁶ olmasa, işletme faaliyetini kesintisiz sürdürmese,

²⁴² *ARICI*, Devir, s. 9.

²⁴³ *BECHER*, H.: "Das Recht am Good will", NJW 1951, s. 541. Ayrıca bkz. *OPPIKOFER*, s. 119 dn. 2; *ÖZSUNAY*, Kiracılık Hakkı, s. 8. yTİK m. 11'in gerekçesinde *good will'in* işletme değeri (peştemaltye) olarak anlaşıldığı belirtilmiş ve bununla "[...] işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri [...]" kastedilmiştir, bkz. Hükümet Tasarısı, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunulasarisi.htm>, (erişim tarihi: 30.05.2005).

²⁴⁴ Karş. *VINASSA*, s. 6. Yazar müşteri çevresini göz önünde tutarak İtalyanca "*awiamento*" kelimesinden hareketle, "işletmenin ekonomik itme gücü" (*wirtschaftliche Stosskraft des Geschäftsbetriebs*) deyimini kullanmıştır.

²⁴⁵ *GÜRZUMAR'ın* "franchise verenin kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınat unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayalı ticari faaliyet sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiğini; franchise alanın ise hem (söz konusu sisteme franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme" şeklindeki franchise sözleşmesi tanımından da anlaşılacağı üzere, sözleşmenin esaslı unsurlarından birisi franchise verenin kendi işletme organizasyonunu franchise alanın kullanımına sunmasıdır, *GÜRZUMAR*, O. B.: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995, s. 10; *ŞUA* da franchise sözleşmesinin franchise verenin ulaştığı ticari başarının franchise alanlar tarafından tekrarlanması amaçlayan bir sözleşme olduğunu belirterek, franchise verenin alana, bu başarıyı sağlayacak teknik ve ticari bilgi birikimini (*know how*) aktarması gerektiğini ifade etmektedir, bkz. *ŞUA*, M.: "Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni Bir Bakış", Yeditepe Ü. HFD, Y. 2007, C. iV, S. 2, s. 70. Bu açıklamalar, işletmenin kalıcı başarıya ulaşmasında işletmecinin zaman içinde oluşturduğu ya da franchising sisteminde olduğu gibi doğrudan kullandığı bir "teknik ve ticari organizasyon modelinin" vazgeçilmezliğini açıkça göstermektedir.

²⁴⁶ *OPPIKOFER*, işletme organizasyonunu, işletmecinin iktisadi faaliyetlerinin yarattığını, onun zihinsel çabalarının bir ürünü (*geistige Schöpfung*) olduğunu, bunun değişik üretim

işletmeyi, ortaya çıkan yeni pazar şartlarına uyarlayacak inisiyatifler (riskler) almasa, işletmenin hayatîyetinin sona ereceğini ve işletmeye dahil unsurların da böylece kuru bir madde yığını haline geleceğini belirtmektedir⁴⁷. Gerçekten de bir işletmeyi devralan, maddi ve gayri maddi sermaye unsurlarıyla, işletmenin organizasyonunu, yapısını, tecrübelerini ve işleyiş prensiplerini birlikte kullanarak bunu eskisi gibi yürütebileceği gibi, kendi tecrübe ve organizasyonu ile az ya da çok farklı bir işletme planı da uygulayabilir⁴⁸. Bu bakımdan devralanın, ticari organizasyon yeteneği ve performansı belirleyicidir⁴⁹. Bir girişimcinin farklı işgal alanlarında aynı anda başarı ile kurup işlettiği birden fazla işletmesinin olması veya devralanın çok iyi durumda devraldığı işletmeyi devirden sonra iyi yönetemeyerek (organize edemeyerek) iflasa sürüklemesi ya da tamamen yanan bir fabrikanın sadece makineleri yenilenerek tekrardan işletilmeye başlanması, organizasyon (plan) kabiliyetinin önemini göstermektedir. İktisadi faaliyetlerini yürütmeyi mümkün kılacak bir organizasyona sahip olmayan işletmeleri basit malvarlığı yığınları olarak görmek yanlış olmaz⁵⁰. İşletmelerde bir organizasyonun varlığını gösteren emarelerden bir diğeri ise, işletme faaliyetine verilen kısa ya da bazı hallerde uzun süreli araların dahi, işletmenin derhal son bulması sonucunu doğurmamasıdır⁵¹. Zira ara verme de organizasyonun bir gereğidir. Hatta

unsurlarının bir ekonomik plan dahilinde bir araya gelmesini sağladığını, işletmenin, işletmecinin ekonomik faaliyetleri olmaksızın düşünölemeyeceğini belirtmiştir.

²⁴⁷ HUBMANN, H.: "Das Recht am Untemehmen", ZHR 1 17 (1955) s. 44-45, 49-50; ayrıca bkz. RAISER, T.: Das Unternehmen als Organisation, Kritik und Emeuerung der juristischen Untemehmenslehre, Berlin, 1969, s. 95, 111 vd.; BRECHER, s. 111-112.

²⁴⁸ Karş. OPPIKOFER, s. 5-6.

²⁴⁹ OPPIKOFER, s. 9. Ancak Yazar'ın da isabetli olarak belirttiği gibi, iktisadi faaliyet çerçevesinde kişi unsuru maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarına ağır bastığı takdirde, hekim, avukat, mimar, mühendis, mali müşavir büroları ile ilacı kendisi imal eden eczane örneğinde olduğu gibi artık bir işletmeden değil, bir serbest meslek faaliyetinden bahsedilmesi gerekir, s. 10. Bu bakımdan işletmeler için işletmecinin kişiliği kendisini, belli bir akademik mesleğin icrasında değil, malvarlığı, işgücü, müşteri ve piyasa şartlarının birbirleriyle organizasyonu becerisinde gösterir. Serbest meslek faaliyetlerinin icra edildiği faaliyet çevresi ile diğer işletmeler arasındaki önemli farklardan birisi de, ilk grupta yer alanların, sadece aynı mesleği icra yetkisine sahip kişilerce devralınabilmesi hususudur. Hatta bu durum iade niteliğindeki devirlerde de aynıdır. Aksi durumda bu nevi iktisadi işletmelerin hüviyetleri değişir. Bunların dışındaki işletmeler ise teorik olarak bütün üçüncü kişilerce devralınıp, işletilmeye devam olunabilir. Bu bakımdandır ki gerçek anlamdaki serbest meslek faaliyetlerinin devredilebilirliğinin sınırlı oluşu, bunların işletme olarak nitelendirilmesini güçleştirmektedir. OPPIKOFER de hukuki anlamda bir işletmeden bunun ancak devredilebilir bir organizasyona sahip olması halinde söz edilebileceğini belirterek, anılan türden faaliyetleri, oluşturmaya çalıştığı işletme kavramı dışında değerlendirmiştir, s. 11.

²⁵⁰ ARICI, Devir, s. 9.

²⁵¹ Karş. BGHZ 7, 208, 213. Alman Federal Mahkemesi işletme sahibinin II. Dünya Savaşı'nda askere çağırılmış olması sebebiyle işletmenin (kasap dükkanı) kapalı kalmasını ve

giderek *OPPIKOFER* ile birlikte, bir işletmenin varlığının organizasyonun doğmaya ve aleniyet kazanmaya başlamasına ve yokluğunun da bunun son bulmasına/çökmesine bağlı olduğunu söylemek hiç de yanlış olmayacaktır-5². Bu örneğin de gösterdiği gibi TST m. 14/II'de öngörülen "devamlılık" unsuru ile organizasyon arasında belirli bir ilişki vardır. Bir başka deyimle devamlılık ile kastedilen olgulardan birisi de kurulmuş olan, asgar1 organizasyondur. Bu noktada girişimcinin (tacirin) niyetinin, iradesinin, daha açık bir deyimle organizasyonunun etkili olduğu açıktır. İşletmenin organizasyon yönüne vurgu yapan *MEIER-HAYOVFORSTMOSER* de "borçlar ve eşya hukuku anlamında işletmenin, mallar, haklar ve imkanların (ihtimaller, şanslar), organize edilmiş bir bütünlükte bir araya getirilmiş toplamı" olduğunu ifade etmişlerdir⁵³. Bu noktada son olarak bu organizasyonun (plan)bağımsız olması gerektiğine de işaret edilmelidir²⁵⁴.

hatta işletmecinin askerde ölmesi durumunda, mirasçılarının işletmeyi bizzat işletmek ya da devretmek yönünde karar vermelerine kadar geçen süreyi, vesayet dairelerinin devir sözleşmesini onaylama zorunluluğu çerçevesinde (Alman MK m. 1822 b. 3; karş. **MM**. 462b. 6) kesin (ticareti terk olarak) değil. geçici kapanma olarak nitelendirmiştir.

252 *OPPIKOFER*, s. 20. Yazar bir Alman imparatorluk Mahkemesi kararını (RGZ110, 423) işletmenin son bulmasına örnek göstermektedir. Buna göre "bir ticari işletme,iş)etme faaliyetinin kısa ya da uzun süreli durdurulmasıyla hemen doğrudan sona ermez.İşletmeyi sona erdiren, ekonomik temellerinin çökmesi ile örgütünün içe ve dışa karşı dağılmasıdır".

253 *MEIER-HAYOZIFORSTMOSER*, s. 129-130 N.10-11. *HIRSCH* şöyle bir tanım yapmaktadır: "[...] ticarethane ticari bir maksada tahsis edilmiş olan ve ticari metod veorganizasyon dahilinde istimal ve idare edilen bir mamelektir", s. 211; *ARSLANLJ*'ya göre de ticari işletme "devam niyeti ile ve ticari metod ve organizasyonla çalışmayigerektiren hacim ve ehemmiyetle iktisadi faaliyeti mevzu ittihaz eden müesseselerdir", Kara Ticareti, s.21; *CANSEL* de"[...] maddi ve gayri maddi unsurlardan meydana gelen bir ticariişletme, faaliyet alanını, ticari metod, organizasyon ve ticari muhasebe bilgisi ile mücehhez olarak tanzim eder" dedikten sonra işletmenin objektif ölçüsü olarak nitelendirdiği"kar kasdının", ticari muhasebe ve organizasyon ile kontrol edilebileceğini. bu iki unsuruolmadan da bir ticari işletmeden bahsedilemeyeceğini ifade ederek "organizasyon"unsuruna dikkat çekmiştir, s. 19; *ACEMOĞLU* ise diğer bazı Yazarlara dayandırarak "ticari işletme iktisadi bir amaca yönelmiş bir organizasyonun sahip bulunduğu maddi ve gayri maddi hak ve münasebetlerin bütünüdür" tarifini vermektedir, s. 19; ticari işletmeyi ekonomik girişimin bir parçası. onun ünitelerinden biri olarak niteleyen *MİMAROĞLU* da ekonomik anlamdaki işletmenin unsurları arasında ticari işletmenin organizasyon yönünü saymış ve bundan "işletmenin nasıl işletildiği, hangi ilkelere göre organize edildiği ve bu organizasyona hakim olan temel ilkeler" ile "işletmenin genel yönetimin[in] yani işletmenin personel ve «beşeri» ilişkilerle ilgili kısımları[nın]" anlaşılabileceğini ifade etmiştir, s. 188-189; *POROYIYASAMAN* "ticari işletmede maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşan malvarlığı ile bu malvarlığını belli bir amaç doğrultusunda organize eden şahıs unsuru olduğu" görüşünü ifade etmişlerdir. s. 37 N. 60; ayrıca bkz. *YASAMAN*. Birleşme, s. 9, 11-12, Yazar ticari işletmenin "bir insan faaliyeti tarafından organize edilen ve belli bir amaç için bir araya getirilen maddi ve gayri maddi unsurlardan oluş[duğunu]" ifade etmiştir; *BAŞTUĞİERDEM*'e göre ise "bir işletmenin varlığından söz edebilmek için müte-

OPPIKOFER, organizasyon ile onun konusu işletmenin iç içe geçtiğini, birinin diğerinin içinde var olmaya devam ettiğini, bir organizasyon faaliyeti olarak işletme faaliyetinin etkilerini mallar ve işgücünden oluşan işletmede gösterdiğini, işletmenin madalyonun maddi, organizasyonun ise manevi yüzünü oluşturduğunu, bu ikisinin birbirlerinden bağımsız ele alınmalarının ekonomik bütünlüğe, hukukun amaçlarına ve bu ekonomik bütünlüğün korunması hedefine aykırı olacağını belirterek organizasyon (plan) unsurunun hukuken de ne derece önemii olduğunu vurgulamıştır²⁵⁵.

Kanun koyucu özellikle gerçek kişilerde tacir sıfatının doğumu bakımından, organizasyon (plan) ile malvarlığı unsurlarının aynı anda bulunduğu ihtimalinden hareket etmişse de (bkz. TK m. 14/1), bazı istisnai hallerde organizasyonun, ilgilinin kendi fiilleriyle aleniyet kazanmasını tacir sıfatının doğması bakımından yeterli saymıştır (TK m. 14ffi-III; yTTK m. 12/2-3)²⁵⁶. Görüldüğü gibi görünüşte ticari işletmenin varlığına tesir etmiyor ve sadece tacir sıfatının doğumu bakımından önem taşıyor gibi gözükse de, Kanun'un da bir organizasyonun varlığını aradığı hatta varsaydığı (karş. TK m. 13/1) açıktır. Ticaret hukuku bakımından "işletme sahipliği" ifadesinden, sadece işletme unsurları üzerinde eşya hukuku anlamında mülkiyete sahip olmak değil, işletme organizasyonu üzerinde hakimiyet, bunun üzerinde hukuken ve/veya fiilen etkili olabilme iktidarı da anlaşılmalıdır²⁵⁷. Yine hukuk düzeni,

şebbisin emek ve sermayeyi belli bir örgüt içinde birleştirmesi ve düzenli olarak personel çalıştırması gerekir", s. 20-21; *DOMANIÇ/ULUSOY* ise ticari işletmeyi ..gelir sağlamak amacıyla emek ve sermayenin, organize edilmesi" biçiminde tanımlamışlardır, s. 144; *ARICI* işletmeyi "ekonomik kazanç elde etme amacı, devamlılık, bağımsızlık unsurlarından oluşan, iktisadi bütünlük arz eden bir faaliyet ve organizasyon" biçiminde tamm.lamıştır, Devir, s. 9, 25; İşletmenin "organizasyon" yönünü öne çıkaran diğer tanımlar için bkz. *SCHÖNE*, ZGR, Y. 2000. S. 1, s. 90-91 dn. 20.

²⁵⁴ *OPPIKOFER*, s. 13-14.

²⁵⁵ *OPPIKOFER*, s. 7.

²⁵⁶ *OPPIKOFER* bir işletmenin varlığından söz edebilmek için işletme faaliyetinin fiilen başlamasının mutlaka gerekli olmadığını belirterek, organizasyonun oluşturulması ve harekete geçirilmesine yönelik hazırlık hareketlerinin de işletmenin varlığını göstereceğini ifade etmekte (karş. TK m. 14/11 l. alternatif; yTTK m. 12/2), ancak muhtemel tereddütleri önlemek bakımından da kanun koyucunun örneğin ticaret siciline yapılan tescili, işletmenin kurulmuş olduğu yönünde bir karine olarak kabul edebileceğini (karş. TK m. 14/fl 2. alternatif; yTTK m. 12/2) ifade etmektedir. TK m. 14 hakkında bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. *AKER*, BATİDER, Y. 2009, C. XXV S. 2, s. 245 vd.

²⁵⁷ Normal durum, "işletme unsurları üzerinde eşya hukuku anlamında mülkiyete sahip olma" anlamındaki işletme sahipliği ile "işletme organizasyonu üzerinde etkili olabilme iktidarı" anlamındaki işletme sahipliğinin örtüşmesi, aynı kişide birleşmesi olsa da, hasılat kirası ya da işletme üzerinde intifa hakkı gibi hallerde bunların birbirinden ayrılması da mümkündür. Bu çerçevede mevzuatın ilgili hükmünün hangi tür işletme sahipliğine sonuç bağladığına dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmelidir. Örneğin ticari işletmenin, ticaret unvanının, işletme adının tescili bakımından "organizasyon üzerinde iktidar" yeter-

girişimcinin kurduğu organizasyonun varlığının ve bunun işletme açısından taşıdığı önemin farkında olduğundandır ki, TK m. 56 vd. (yTTK m. 54 vd.) ile bunu koruma altına almaya çalışmıştır (bkz. özellikle TK m. 57 b. 1-2, 6-8; yTTK m. 55/1-a/1-2, 55/1-b/2-3, 55/1-d)²⁵⁸. Hatta TK m. 57 (yTTK m. 55) bir bütün olarak ele alındığında, hükümde sayılan hususların, gerçekte organizasyonun muhtevasının bir ifadesi olduğu görülmektedir. Ne var ki söz konusu organizasyon fikri ve sınai mülkiyet hukuku anlamında bir eser, buluş, mar_?a ??ya t??a?ım olma?ığı?dan, il?ili mevzuat çerçevesinde korunması mümkün değildir ve taklit edilebilir²⁵⁹. Eser, buluş, marka ya da tasarım, aksine bu organizasyon içinde yaratılan ve malvarlığına dahil edilen malvarlıksal değerler olabilirler. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bir kararında iş fikirlerinin ve organizasyonunun, know-how, good will, müşteri çevresi ve tedarikçi ilişkileri gibi gayri maddi işletme unsurlarının tek başlarına Alman MK m. 823/I anlamında haksız fiillere karşı korunması mümkün "diğer hak" (*sonstiges Recht*) anlamında bir hak olmadığını belirterek, bunların ancak kurulan ve işletilen bir işletmenin unsuru haline gelmeleri şartıyla, bir başka deyimle iktisadi bir bütünlüğün parçası haline gelmeleri halinde Alman MK m. 823/I çerçevesinde koruma objesi olabilecekleri sonucuna varmıştır²⁶⁰.

Anılan maddi, gayri maddi malvarlığı unsurları, organizasyonun taşıyıcısıdır. Organizasyon ile, unsurlar harekete geçirilmekte ve bir faaliyet alanı (*Tätigkeitsbereich*) başka bir deyişle de ekonomik etki alanı (*wirtschaftlicher Auswirkungsbereich*) yaratılmaktadır²⁶¹. İkisinden birisinin yokluğu ya da yetersizliği işletmenin ekonomik temellerinin zayıflamasına ve giderek çökmesine neden olabilir²⁶². İkisi arasındaki temel fark ise, işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının pozitif hukukta düzenleme bulmuş olmasına rağmen, organizasyonun hukuk tarafından düzenlenmemiş, hatta "hukuken nesneleştirilme (eşyalaştırılma)" (karş. MK m. 704/II, 826, 837) anlamında mer'i hu-

lidir. Bunun gibi ticari mümessil atanabilmesi için de aynısı geçerlidir, bkz. *ARKAN*, s. 164 ve dn. 2; *KIRCA* i.:Ticari Mümessillik, Ankara, 1996, s. 49-50.

^{15M} Karş. *HUBMANN*, ZHR 117 (1955) s. 73-74.

¹⁵⁹ Karş. *HUBMANN*, ZHR 117 (1955) s. 48 dn. 15.

²⁶⁰ GH. T. 14.04.2005, V. Zivilsenat ZB 16/05, s. 9, (www.bundesgerichtshof.de): Alman imparatorluk Mahkemesi'nin aynı yöndeki içtihadının eleştirisi için bkz. *BECHER*, NJW, 1951, s. 540-541.

²⁶¹ v. ^G *IERKEISANDROCK*, s. 182 vd. Yazar işletmenin çekirdeğini işletme faaliyeti ile or-
??ya_çık??a?li?et alanı (*Tiitig_keitsbereich*) şeklinde ifade etmektedir. Buna göre bir fiili
?liskiler dizisi söz konusudur. ilgili pazarda elde edilen pay anlamında müşteri çevresi ile
iş_letmeyi b?na götüren pazarlama organizasyonu, tedarik kaynakları ile satın alma orga-
nizasyonu, işletmenin iç düzeni ve ticari tecrübe sözü edilen faaliyet alanının merkezinde
yer alırlar. *OPPIKOFER*, s. 6.: *BECHER*. NJW 1951.s. 541.

²⁶² Karş. *HUBMANN*, ZHR 117 (1955) s. 46-47.

kuk düzeni enstrümanları tarafından düzenlenme kabiliyetinin bulunmamasıdır²⁶³. Bu yüzden özel hukukun yerleşik kavram ve kurumlarının işletme gibi ekonomik, hukukî ve sosyal birçok cepheleri bulunan karmaşık bir yapıyı tüm yönleriyle kavramaya yetmeyeceği haklı olarak ifade edile gelmiştir²⁶⁴. Hatta işletmenin hukuken tanımlanmasının lüzumsuz ve amaca hizmet etmeyecek bir girişim olduğu da ileri sürülmüştür²⁶⁵. Gerçekten işletme organizasyonunu hukuk kuralları ile "kavrayabilmek" (bir norma dönüştürebilmek) neredeyse imkansızdır²⁶⁶. Statik hukuk normunun, dinamik organizasyonu ve bu organizasyonun yönettiği malvarlığı unsurlarını, hangi amaçla olursa olsun (salt tanım ya da müeyyidelendinne) hukuk kuralı olarak bir an için de olsa dondurabilmesi ancak özel bir nonn ile mümkündür²⁶⁷. Ancak bu da bütünü kapsar nitelikte olamayacaktır²⁶⁸. Zira hukuk bu noktada, (ekonomik) gerçekliği bütünüyle kavrayabilmenin sınırlarına ulaşmıştır. Tanım yapıldığı anda eskimiş ve gelişmelerin gerisinde kalmış olacaktır. Bu yüzden ki hukuk düzeni ekonomik bir olgu/yapı olarak işletmeyi, kamu hukuku ile özel hukuk ve bunların alt dallarının ihtiyaçlarına göre farklı biçimlerde ele almış ve her bir alan için farklı hukukî sonuçlar öngönmüştür²⁶⁹. Bu bağlamda TK ile TST de kendi uygulama alanları içinde ticari işletmeyi tasvir etmişler ve değişik hukukî sonuçlar öngönmüşlerdir. Bu nedenledir ki ticari işletmenin organizasyon cephesini, gerek müstakilen ve gerek işletmeye

²⁶³ *OPPIKOFER* (ekonomik) faaliyetlerin soyut hale getirilerek hukuk nonnları ile düzenlenmenin doğrudan değil, ancak dolaylı bir şekilde ve bunların şartlarını ve sonuçlarını düzenlemek şeklinde olabileceğini belirtmektedir, s. 4-5. Bir şeyin şartları ve sonuçları ise o şeyin kendisi ile eşdeğer değildir. Normlaştırma sürecindeki zorunlu soyutlama faaliyeti o şeyin kendisinden az ya da çok bazı özellikleri atmayı gerektirmektedir. Normun düzenlediği ekonomik ve sosyal gerçeklik sürekli bir dönüşüm halindeyken, norm (en azından metin) statik kalmaya mecburdur. Bu durum ise hukukçuların, çalışma araçları olan hukuk kurallarının aslında tabiatları gereği hemen daima eksiklik taşıdıklarının farkında olmaları gerektiği yönünde bir uyarı olarak da görülebilir, karşı. *RIITNER*. in: *Recht und Staat*, s. 8 vd.

²⁶⁴ *EICHLER*, in: *Gestaltwandel der Untemehmung*, s. 62.

²⁶⁵ *CANARIS*, s. 33 N. 7; *BUCHNER*, H.: *Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Untemehmensschutz*. München. 1971.s. 12, 16vd.

²⁶⁶ *BRECHER*, işletmenin, salt dış görünüm bakımından dahi, hukukun "dizginleyebileceğinden" daha büyük ve daha kapsamlı olduğunu belirtmiştir. s. 129.

²⁶⁷ Karşı. *RAISER*, s. 171.

²⁶⁸ Karşı. *RIITNER*, in: *Recht und Staat*, s. 10.

²⁶⁹ Karşı. *EICHLER*, in: *Gestaltwandel der Untemehmung*, s. 49; *RAISER*, s. 115; *BUCHNER*, s. 16 vd.; *BALLERSTEDT*, JZ 1951. s. 487; *KLEIN-BLENKERS*, s. 38; *SCHMIDT*. *Handelsrecht*, s. 63 vd., Yazar "işletme" kavramının anlamının amaca göre değişkenlik gösterdiğini ifade ederek (*teleologisch determiniert*), tanım yapan kanunun amacının göz önünde tutulması gerektiğinden bahsetmiştir. Böylece bir kanunun tanımı yalnızca kendi uygulama alanında muteber olacaktır. Bkz. ayrıca *ARICI*, *Devir*, s. 11 vd.

dahil maddi ve gayri maddi unsurlarla bir bütün olarak, eşya hukuku bak.,
mından kesin biçimde de?erlendirmek ve genel geçer bir nitelendirmede bu.
lunmak mümkün değildirL7°.

OPPIKOFER hukuki anlamda bir işletmeden bunun ancak devredilebilir
bir organizasyona sahip olması halinde söz edilebileceğini belirtirken²⁷¹, "
GIERKE/SANDROCK da faaliyet alanı (*Tdtigkeitsbereich*) olarak isimlen.
dirdikleri organizasyon (plan) hakkında menkullere ilişkin hükümlerinkıya.
sen uygulanabileceğini, faaliyet alanının gerek borçlandırıcı gerektasarruf
işlemlerine konu olabileceğini, bu çerçevede faaliyet alanı üzerinde rehin ve
intifa hakkı tesisinin mümkün olduğunu, zilyetliğin ancak eşyalarda müm.
kün olması, burada ise bir fiili ilişkiler bütünü söz konusu olması sebe.
biyle ilgilinin, ticari işletme organizasyonunun faaliyet çevresine dahil edil-
mesi, onun işletmenin ticari, teknik ve idari organizasyonu ile tanıştırılma-
sı/takdim edilmesi (*Einweisung in den Tatigkeitsbereich=Einführung in das*
Untemehmen) (örneğin devreden ve/veya devralan tarafından gazeteyle ilan
verilmesi, karş. Alman TK m. 25/II-111; BK m. 179/1; yTBK m. 202/1)yoluy.
la gerçekleşeceğini²⁷², bu faaliyet çevresine tahsis edilmiş mal vehaklarınise
kendilerine özgü hukuki yollarla devredileceğini ifade etmektedirler. Orga-
nizasyonun tabi olacağı hukuki rejimle ilgili yanı dışında kanaatimizce bu
görüşe katılmak mümkündür. Ancak ""organizayonun" bir men?ul ?abul
edilmesi imkansızdır. Bunun gibi hukukumuzda TİRK m. 3 gereği belli un-
surlar üzerinde ticari işletme rehni kurulabilmesi, rehin alacaklısınaböylelik-
le işletme organizasyonunun da devri anlamına taşımaz. Organizasyonun il-
giliye takdim edilerek, bir başka deyimle temel ilkeleri ve işleyişigösterile-
rek, kullanma ve faydalanma imkanının sağlanması²⁷³ ise hukuki bir fiilola-
rak görülmelidir.

²⁷⁰ v. GIERKE/SANDROCK. s. 188-189.

¹¹¹ OPP/KOFER, s. 11.

¹¹¹ Aynı yönde OSERİ/CHÖNENBERGER, Art. 275 N. 4; HIGI. Obligationcnrechı.
Vorbem. zum 8. Titel¹ (Art 275-304) N. 106 vd.; SCHMIDT, Handelsrecht, s. 141. 160:
KLEIN-BLENKERS, s. 160 vd.; ARSLANLI da "faaliyet mahallinin devrinden" bahset-
mek_ıe_?e b?. !.er?eve?e devreden devralanın da işletmeyi kendisi gibi idame ettirebil-
m?sı ı?ın_bu??? imkanları sağlaması gerektiğini, örneğin işletmenin iç ve dış teşkilatı,
müşterileri, suru_m sahası ve diğer hususlar hak.kında gerekli olan bilgileri vermesinin zo-
runlu olduğunu ifade etmektedir, Kara Ticareti, s. 112.

¹¹¹ UN(:?J:fAG da_konusu bir işletme (*Jord de comnerce*) olan hasılat kirası sözleşmele-
rinde kiracının?şl?tm?ye zilyet kılınmasını [...] gerektirir.. diyerek kiracının işletmeye
sokulması gercktiğine işaret etmiştir, s. 354.

C) Ticari İşletmenin Eşya Hukuku Karşısındaki Durumu

Yukarıda ticari işletmenin, işletmenin malvarlığı unsurları ile bu unsurları bir arada tutan işletme organizasyonundan oluşan ekonomik bir bütünlük olduğu tespit edilmiş bulunmaktadır. Keza ticari işletmenin organizasyon cephesi ile malvarlığı unsurlarının hukuki bir bütün olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, bu yüzden ticari işletmenin hukuki işlemlere konu olabilmesi hususundaki değerlendirmelerde farklı bir noktadan hareket edilmesi gerektiği de ifade edilmişti. Bu nokta ise, ticari işletmenin hukuk dü. e- ninde de bir karşılığı bulunan malvarlığı unsurlarıdır. Daha açık bir deyimle ticari işletmenin hukuki niteliği hakkında yapılacak değerlendirmelerde, işletmenin maddi ve gayri maddi unsurları (mallar ve haklar) esas alınmalıdır. Ancak böylelikle hukuken kabul edilebilir ve işlevsel sonuçlara ulaşmak mümkündür. Bu yöndeki bir değerlendirme "hasılat icarı, bir akittirki onunla mucir, müstecire ücret mukabilinde hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktifatını terk etmeği iltizam eder" (BK m. 270/I; yTBK m. 357/I) hükmünde yer alan "bir mal veya hak" ifadelerinin anlamının ve ticari işletmeye uygulanabilirliğinin ortaya çıkarılması bakımından da zorunludur.

Ne var ki ticari işletmenin eşya hukuku karşısındaki durumu hakkında değerlendirmelere geçmeden önce, bir noktaya hatta örtülü bir çelişkiye işaret etmekte fayda vardır. Bu da -aşağıda da görüleceği üzere- eşya hukuku anlamında ne bir "şey", (karş. örneğin MK m. 683-688, 762, 769-776, 973-975) ne bir "mal" (karş. örneğin MK m. 691-694, 698-699, 701, 703, 764, 765, 772, 777, 799, 803) ne de bir "eşya" (karş. örneğin MK m. 689, 769, 772-774, 776-777)²⁷⁴ olmayan "ticari işletme" hakkında, eşya hukukunun anılan kavranılan çerçevesinde değerlendirme yapmanın isabetli olup olmayacağıdır. Ancak böyle bir değerlendirme teorik açıdan her ne kadar bir çelişki gibi gözükse de, ticari işletmenin hukuki niteliğini ortaya çıkarmak ve onu etkileyen malvarlıksal hukuk kurallarını bulmak bakımından pratik öneme sahiptir. Zira ticari işletmenin bizzat kendisi²⁷⁵ eşya hukuku anlamın-

²⁷⁴ "Şey", "mal", "eşya" ve "eşya birliği" kavramlarının tanımları için bkz. AKİPEK, s. 30 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİHOĞTAY-ÖZDEMİR, s. 4 vd.; CANSEL. E.İNAN, A. N.: "Aynı Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu", AÜHFD, Y. 1964, C. XXI, S. 1-4, s. 361 vd.; WIEGAND, W., in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch 11, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, (Hrsg. HONSELL, H. IVOGT, N. P. JGEISER, T.), 3. Aufl., Basel, 2007, Yor Art. 641ff. N. 5 vd.

²⁷⁵ "Ticari işletmenin bizzat kendisi" ifadesi ile kastedilen, işletmenin malvarlığı unsurları ile gerçekte birbirinden bağımsız bu unsurları bir arada tutan işletme organizasyonundan oluşan ekonomik bütünlüktür.

da bir "mal" ya da "eşya"²⁷⁶ olmasa da, işletmeye dahil maddi ve gayri maddi unsurları vardır (*ticari işletmenin malvarlığı cephesi*;2 • *POROY YASAMAN* da "soyut bir kavram olan ticari işletmenin somut cephesi[nin] malvarlığı" olduğunu yerinde olarak tespit etmişlerdir²⁷⁸. Ticari işletmenin bizzat kendisinin, bir diğer deyimle ekonomik bütünlük olarak, eşyahukukunda bir karşılığının olmaması, bunun borçlandırıcı işlemlere konu olmasının engellemediği gibi²⁷⁹, işletmenin malvarlığı yönünün göz ardıedilmesine de neden *olamaz*^{280,281}. Bu durumda ticari işletme, bir yandan hukukumuzda

²⁷⁶ AKİPEK, şey, mal ve eşya kavramları arasında borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ilişkisi bakımından da önem arz eden farklılıkları şu şekilde izah etmiştir: "Eşya, şey ve mal kavramları hukukten eş kavramlar değildir. Mesela dış filemi teşkil eden şeylerden hava, güneş, yağmur insana faydalı olmasına rağmen temellüke salih olmadıklarından hukukten eşya değildir. Bu hususta denilebilir ki, en geniş muhtevallik olması nedeniyle şey bir üst kavramdır. Ondan sonra mal ve en sonrada en dar muhtevallikle ve sadece maddi malları göstermesi bakımından da eşya gelir. Bunun içindir ki, her eşya bir mal ve aynı zamanda bir şey iken, ne her şeyin ve ne de her malın mutlaka aynı zamanda eşya olması gerekmez. [...] Kural olarak hukuk ancak mal ve eşya ile ilgilenir. Mallar daha ziyade borçlar hukuku münasebetlerinde bahse konu olabilir. Borçlunun ediminin konusu [••] gibi gayrimaddi bir mala ait olabilir. Bir şeyin verilmesi, imali veya kiralınması gibi maddi mallarla ilgili de olabilir. Eşyalar ise kural olarak daha ziyade eşya hukuku münasebetlerinde bahiskonusu olur. Gerçekten aynı haklar kaideten sadece maddi mallar, yani eşyalar üzerinde tesis edilir. Bunun içindir ki borçlar hukukundaki mal -gerek maddi ve gerekse gayrimaddi malları göstermesi bakımından- eşya hukukundaki mal yani eşya kavramları ile aynı anlama gelmez. Borçlar hukukundaki mal kavramının eşya hukukundakine nazaran daha geniş bir muhtevallik vardır", s. 36.

²⁷⁷ Kavram için bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 172; POROY, R.: "Ticaret Fonunda Kira Hakkına Müteallik Meseleler", İstanbul Ticaret Odası Mecmuası, Y. 1953, C. 69, S. 9-10 (Eylül-Ekim), s. 35 vd.; POROY YASAMAN, s. 38 N. 51; KENDİGELEN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 148 N. 447.

²⁷⁸ POROY YASAMAN, s. 37 N. 60.

²⁷⁹ Ticari işletmenin eşya hukuku anlamında bir "mal" ya da "eşya" niteliğini haiz olmamasının, onun borçlandırıcı işlemlere konu (*Rechtsobjekt*) olmasını engellemediği, bir diğer deyimle bu iki hususun birbirinden farklı olduğu belirtilmelidir. NELL-BREUNING, in: FG KRONSTEIN, s. 53. Ticari işletmenin bir bütün olarak borçlandırıcı işlemlerin konusu olabilmesinin bunun hukuk'i bütün oluşunun bir sonucu olduğu yönünde bkz. ACEMOĞLU, s. 19 dn. 24.; ÖZEN, TEKİNALP Armağanı, s. 707-708; Ayrıca bkz. CANSEL, s. 9, 22 vd.

^{1&O} Ticari işletmenin malvarlığı yönünün taşıdığı önem hakkında bkz. ACEMOĞLU, 16 vd.

⁸¹ Ticari işletmenin malvarlığı cephesine bir yandan TK m. 11/II'de (yTTK m. 11/3) işaret edilmiş iken, TİRK Ek Madde I de "bu kanundaki ticari işletme tabiri, ticari veya sınai işletme ile Esnaf ve Sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeylerdir" şeklindeki düzenlemesiyle aynı hususa değinmiştir. Aynı Kanun'un 3. maddesiyle birlikte ticari işletme rehninin kapsamını tayin amacı güden Ek Madde I oldukça başarısız ifade biçiminden dolayı öğretilde haklı olarak eleştirilmiştir, bkz. ARKAN, s. 48 dn. 6.; POROY YASAMAN, s. 48 N. 73. Gerçekten de TK m. 11/1 (yTTK m. 11/1) ve 12/II'ye rağmen sanayi işletmesinin ayrıca sayılması hatalı olmuştur. Bundan başka "Esnaf ve Sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeyler" ifadesinde, kişi olarak esnaf

ve kaynak hukuklarda, eşya hukuku anlamında üzerinde tek bir ayni bak tesis edilebilecek bir eşya olarak kabul edilmediğinden²⁸² diğer yandan da un-

ve sanatkarın açıkça anılmasına karşın, cümlelerin başında tacir ve sanayicinin anılmaması olması. "mesleğini icraya yarayan şeyler" ifadesi ile asıl kastedilenin esnaf ve sanatkarlar olduğu kanaatini uyandırmaktadır. Ancak hüküm bu yönde anlaşıldığı takdirde de "bu kanundaki ticari işletme tabiri ticari ve sınai işletmedir" gibi, bir şeyin kendi ile tanımlanması şeklinde bir tanım hatasına (*idem per idem*) düşülmüş olunacaktır. Kanun koyucunun böyle bir tanım hatası yapmak istemeyeceğinden hareket edilecek olursa Ek Madde 1'i şu şekilde okumak mümkün olabilir: "bu kanundaki ticari işletme tabiri, tacir ve sanayicinin ticari veya sınai işletmesindeki ve Esnaf ve Sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeylerdir". Ancak bu halde de esnaf ve sanatkarın işletmesinin içeriğinden (mesleği icraya yarayan şeyler) bahsedilmesine karşın, ticari işletmenin içeriğinden bahsedilmemiş olması çelişki olacaktır. "Mesleği icraya yarayan şeyler" ifadesinin, aynı Kanun'un 3. maddesinde sayılan hususlarla uyumlu olmaması ise, ayrıca dikkat çekilmesi gereken bir noktadır. Bundan başka ticari işletme Ek Madde 1'de anılan şekilde tanımlandıktan sonram, 10/II'de "buna mukabil ticari işletme sahibi, ticari işletmeyi veya rehne dahil münferit unsurları devretmek [...]" denilmesi de, ayrı bir çelişkidir (aynca bkz. m. 12). Görüldüğü gibi Ek Madde I hükmüne kullanılabilir bir anlam vermek her ihtimalde oldukça güçtür.

Ek Madde •1 de yer alan tarifi tüm başarısızlığına rağmen, anlatılmak istenilenin, Kanun'un amacına uygun olarak "ticari işletmenin malvarlığı" olduğu kanaatindeyiz. Bu hüküm, rehin hakkı ancak hukuken eşya kabul edilen mal ve haklar üzerinde tesis edilebileceğinden (bkz. OĞUZMANİSELİÇİİOKTAY-ÖZDEMİR, s. 614, 713, 811), ticari işletme içinde de buna uygun olanın sadece malvarlığı unsurları olduğu gerçeğinden hareketle öngörülmüştür. Kanun da ilgili maddelerinde (m. 3 ve Ek Madde 2), bunlardan bir kısmını seçerek anılan taşınır rehni türüne dahil etmiştir. Sonuç olarak Kanun'un amacını son derece kötü biçimde dile getirdiği belirtilmelidir.

TK m. 11/11 ve TİRK Ek Madde I yanında BK m. 179 da (yTBK m. 202) hukuk düzeninin, işletmeye dahil unsurlardan bazıları üzerindeki tasarrufları düzenlemiş olduğunu göstermesi bakımından ayrı bir önem sahiptir.

Yukarıdaki üç örnek de her ilgili kanunun kendi amaç ve kapsamı çerçevesinde ticari işletmenin malvarlığı unsurlarını düzenlemeye çalıştığını, daha açık ifadeyle ticari işletme ile ilgili hukuki işlemlerde, bunun malvarlığı unsurlarının bir nevi "hukuki tutamak" vazifesi gördüğünü ortaya koymaktadır. Gerçekten de maddi ve gayri maddi unsurlar, ticari işletmenin gerek borçlandırıcı işlemlere gerek tasarruf işlemlerine konu olabilecek tek yönüdür.

²⁸² HIRSCH, E. E.: Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul, 1939, s. 209-210; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 174, 182; ACEMOĞLU, s. 19-20; AKYAZAN, S.: "Ticari İşletme Rehni", BATİDER, Y. 1976, C. VIII, S. 4, s. 64; ayrıca bkz. KURTOĞLU, S.: "Fransız Hukukunda Ticaret Fonu Üzerinde İpotek Tesisi" BATİDER, Y. 1962, C. 1, S. 3, s. 337; MEIER-HAYOZIFORSTMOSER, s. 131; WIEGAND, in: Basler Kommentar-ZGB, Yor Art. 641 ff. N. 36; v. GIERKEISANDROCK, s. 187; HUBMANN, ZHR 117 (1955) s. 53, 56; EICHLER, in: Gestaltwandel der Unternehmung, s. 46 dn. 1, 50-51; BUCHNER, s. 13; Türk hukukunda BILGİŞİN, eski TK döneminde yayınlanan eserinde, ticari işletmenin hukuki niteliği hakkında "{... } ticarethaneyi, mülkiyet hakkına mevzu teşkil edebilecek mahiyette görmeliyiz. Böylece kendisini vücuda getiren unsurlar, ayrı ayrı liususi muamelelerin mevzuu olabileceği gibi bunların iştiraki ile vücuda gelmiş fakat ayrı bir varlık irae eden bizzat ticarethane de hukukî muamele mevzuu olabiliyor. O

surların geçici ya da sürekli olarak ticari işletmeye tahsis²⁸³ edilmiş olması, bunların eşya hukukundaki niteliklerini kaybetmelerine sebep olmadığından²⁸⁴, ticari işletmeyi, unsurlarının tabi olduğu hukuki rejimin ilkeleri açısından da değerlendirmeyi bir *zorunluluk* olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak işletmeye dahil *gayri maddi unsurlar* bakımından bir noktaya işaret etmekte fayda vardır: Bilindiği gibi, konusu MK m. 704'de tanımlanan taşınmazlar (ayrıca bkz. MK m. 704ill, 826, 837) ile m. 762'de tanımlanan taşınırılar *dışında*²⁸⁵, kişilik, isim, velayet, eser, buluş, ticaret unvanı, işletme adı ve marka *gibi* gayri maddi bir "unsur" olan "mutlak haklar" bakımından, maddi mallar üzerindeki aynı hakları düzenleyen "eşya hukuku" (MK m. 683vd.)

halde ticarethaneyi, tüccarın Jerdf şahsiyeti haricinde müstakil hak ve borçlara malik olabilecek ayrı bir şahsiyet halinde mülahaza etmekten ise muayyen maksadatahsis edilmiş olmaları itibariyle fiilen bir küll halinde birleşen anasırın vücuda getirdikleri ve müstakilen mülkiyet ve sair tasarrufi hakların mevzuunu teşkil edebilen gayri inadd_f ır mal kabul etmek mevzuatımıza daha uygundur{ ... }" görüşünü savunmuştur, BILGIŞIN, Ş. M.: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. 1. 2. Bası, İstanbul, 1948, s. 236. Bu görüşekatilma imkanı olmadığı belirtilmelidir. TK, ticari işletme ekonomik bütünlüğünün eşyahukuku ve fikri ve sınai mülkiyet hukuku karşısındaki durumu ile ilgilenmemiş ve bu yüzden olsa gerek onu hukuki birlik olarak tanımlamamış ve düzenlemelerini de bu esas üzerine inşa etmemiştir, bkz. TEKiNALP, BATİDER, Y. 2008, C. XXIV, S. 3. s. 1 l. Budurum Kanun'un eşya hukuku ilkelerinin ticaret hukuku alanında da geçerli olduğu varsayımından kaynaklanabilir.

İşletmenin bir hukuk objesi (*Rechtsgegenstand*) olarak tanınması yönünde prensip olarak bir engel olmadığı yönündeki görüş için bkz. BRECHER, s. 128 vd., Yazar işletmeye (tüzel) kişilik tanınmasına (*Personifikation*) ise karşıdır. Buna göre işletme. şeklen dahi süje olarak görülemeyeceği gibi, hukuk objesi olarak da kişinin yerini alamaz. Bu yüzden ki, "işletmeci" (*Unernehmer*) daima ön plandadır, s. 134-135. Diğer yandan RAISER, işletmenin kişiliğinin (*Rechtspersönlichkeit*) örtülü olarak da olsa de lege lata aslında tanınmış olduğunu, ancak hukuki kesinlik bakımından kanun koyucunun bunu açıkça düzenlemesi gerektiğini ifade etmiştir, s. 171.

1KJ "Tahsis" kavramı (TK m. 11/11; yTTK m. 11/3) hakkında bkz. TOKSAL, 8.: TürkTicaret Kanunu Şerhi, C. I (m. 1-99), Ankara, 1986, m. 11 N. 18 vd. Kendisini işletmesinin veya yardımcılarının fiili uygulamalarında gösterse de, bir üretim aracını işletmenin amacına sunmak, ekonomik amaç birliğine dahil etmek olarak da tarif edilebilecek "tahsis" (*Zuordnung*) (OPPIKOFER, s. 16), hiç şüphesiz bünyesinde iradeyi de barındıran bir hukuki fiildir. Yine belirtilmelidir ki, tahsis, maddi ya da gayri maddi o üretim aracının asli hukuki hüviyetini kaybetmesine yol açmaz ve böylece kendi hukuki rejimine uygun tasarruflara konu olmasına da engel olmaz, bkz. OPPIKOFER, s. 139; CEBULIA, s. 155.

284 KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 182; KENDİGELEN. (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 151 N. 457; s. POROYYASAMAN, 39 N. 63.

285 Her ne kadar MK m. 794, 795/1 ve 954'de alacak hakları üzerinde intifa ve rehin hakkı kurulabileceği öngörülmüşse de, alacak haklarının böylece "efYa" niteliğini kazanması söz konusu değildir, bkz. WIEGAND, W., in: Basler Kommentar-ZGB, Yor Art. 641 ff. N. 15.

benzeri bir "(mutlak) haklar hukuku" yoktur²⁸⁶. Sahibine şahısvarlığı ya da malvarlığının gayri maddi unsurları üzerinde yetkiler bahşeden mutlak haklar, hakkın konusu dikkate alınarak özel kanunlarda düzenlenmişlerdir. Anılan türden hakların *taahhüt ve tasarruf işlemlerine konu olmalarıyla ilgili ve bunların tümüne teşmil edilebilecek genel ilkeler* mevcut değildir. Bu bakımdan, ticari işletmenin gayri maddi unsurlarına (ticaret unvanı, işletme adı, fikrı ve sınai mülkiyet hakları, müşteri çevresi, know how) ilişkin değerlendirmeler zorunlu olarak o unsurun (hakkın) konusu ve (varsa) özel mevzuatı çerçevesinde yapılmalıdır.

Ticari işletmenin eşya hukuku karşısındaki durumunun incelenebilmesi ancak eşya hukukundaki "*belirlilik (tahsis) ilkesi*" (*Spezialitätsprinzip*) göz önünde tutularak mümkündür. Belirlilik (tahsis) ilkesi, tasarruf işleminin/kazandırıcı işlemin ve aynı hakkın konusunun tespiti ile ilgilidir. Eşya hukukunun roma hukukundan beri süre gelen bu prensibi borçlar hukuku-eşya hukuku, bir diğer bakış açısıyla borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ilişkisini belirlemesi ve giderek bazı sınırlar çizmesi bakımından da oldukça önemlidir²⁸⁷. Belirlilik ilkesinin, üzerinde hakimiyet kurulacak nesnenin (*Bezugsobjekt*) belirli olması ve tasarruf işleminin konusunun kesin biçimde belirlenebilmesi gereği şeklinde iki temel işlevi vardır²⁸⁸. Her ne kadar eşya hukuku ilkelerinin borçlar hukuku alanına aynen aktarılması bunların nitelikleri ve işlevleri gereği yerinde görülemezse de²⁸⁹, borçlandırıcı işlemlerin nihayetinde ifa, yani bir tasarruf işlemiyle bir hakkı ya da hukuld ilişkiyi diğer tarafa geçirme, içeriğini sınırlama, değiştirme ya da ortadan kaldırma²⁹⁰ amacı taşıdığı göz önünde tutulacak olursa, belirlilik ilkesinin, dolaylı olarak da olsa borçlandırıcı işlemin (nisbı hakkın) konusunun tespitine etkisi olduğu açıktır²⁹¹. Borçlandırıcı işlemin varacağı nihai nokta eğer ifa ise, ifanın gerçekleşeceği alana hakim prensiplerin²⁹², deyim yerinde ise "*geriye etkili*

²⁸⁶ Karş. ERTAŞ, s. 14, Yazar MK'nın aynı haklara ilişkin hükümlerinin sadece aynı haklara uygulanacağını, diğer mutlak haklara uygulanmayacağını ifade etmektedir.

²⁸⁷ Bkz. WIEGAND, W.: "Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht", AcP 190 (1990), s. 116-117; bir eşya hukuku ilkesi olan belirlilik ilkesinin borçlandırıcı işlemler alanına aktarılmasına yönelik tartışma ve eleştiriler için bkz. ARAL, F.: "İopyekün Temlik", AÜHFD, Y. 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 110, 113-114; SCHÖNE, ZGR, Y. 2000, S. 1, s. 92.

²⁸⁸ JANICH, V.: Geistiges Eigentum - eine komplementär Erscheinung zum Sacheigentum?, Tübingen, 2002, s. 208.

²⁸⁹ Karş. ARAL, A Ü HFD, Y. 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 113.

²⁹⁰ Tasarruf işleminin tanımı için bkz. EREN, s. 160; TEKİNAYIAKMANIBURCUOĞLUI ALTOP, s. 46.

²⁹¹ Karş. ARAL, A Ü HFD, Y. 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 110.

²⁹² W/LHELM, "belirlilik ilkesinin" özgün bir eşya hukuku prensibi değil, aksine tasarruf işlemleri hukukuna ait bir ilke olduğunu ve kazandırıcı işlemler (*rechtsgeschäftliche Zuwendung*) hakkında uygulama alanı bulduğunu belirtmektedir. Belirlilik ilkesinin kar-

yansımlarının" olmaması düşünülemez²⁹³. Hasılat kirasının konusunun ticari işletme olması halinde bu durum, işletmenin eşya hukuku karşısındaki durumunun bilinmesinin, borçlandırıcı işlemin kurulması ve ifasına etkisi şeklinde ortaya çıkacaktır. Yeniden, belirlilik ilkesine dönülecek olursa, bu ilkeye göre üzerinde aynı hak kurulacak eşya, önceden açık olarak tespit edilmiş olmalıdır. Buna göre aynı haklar, ancak ferdiyle muayyen bir eşya veya hak üzerinde kurulabilirler. Bir başka deyimle aynı hakların konusu, ancak münferit, ferdileştirilmiş belirli bir eşya veya hak olabilir⁹⁴. Eşya birliği/topluluğu (*Sachgesamtheit*) ile hak toplulukları ise (*Rechtsgesamtheit*) bir bütün (*Einheit*) olarak aynı haklara değil, ancak borçlandırıcı işlemlere

şısı ise, kanundan doğan külli intikaldir (*Universalsukzession*), Sachenrecht, s. 11 N. 10.

Kazandırıcı işlemler hakkında bkz. *TEKİNAYIAKMANIBURCUOĞLUİALTOP*, s. 48vd. Yazarların da belirttikleri gibi "tasarruf işlemi" kavramı ile işlemin kişinin kendi malvarlığı üzerindeki etkisi ifade edilirken, "kazandırıcı işlem" kavramı ile de işlemin karşı tarafın malvarlığı üzerindeki etkisi ifade edildiğinden aslında bir madalyonun ¹ "a" ¹ "o" yüzünden bahsedildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim doktrinde de belirlilik ilkesinden tasarruf işlemleri hukukuna ait bir ilke olarak bahsedilmektedir, bkz. *EREN*, s. 164. 166. Gerçekten de belirlilik ilkesini bir kazandırıcı işlemler hukuku ya da tasarruf işlemi hukuku ilkesi olarak nitelendirmek, bunu bir eşya hukuku ilkesi olarak nitelendirmeye göre daha isabetlidir. Zira bu son ihtimalde, anılan ilkenin sadece eşya hukuku alanında cereyan eden tasarruf işlemlerinde uygulanacağı izlenimi doğabilir. Oysa alacağın temliki BK'da düzenlenmiş bir tasarruf işlemidir, *EREN*, s. 1180. Bundan başkası- viçre BK m. 115'de düzenlenmiş, ancak BK'na alınmamış (ancak karşı TBKm. 132) "ibra.. da hatırlatılmaktadır.

¹⁹³ *JANICH*, s. 208; BGHZ, 73, 253, 254.

²⁹⁴ *AKİPEK*, s. 125, ayrıca bkz. s. 37 vd.. Yazar belirlilik ilkesinin ifadesini MK m.85⁴ (eski K m. 769) bulduğunu belirtmektedir; *OĞUZMANİSELİÇİ/OKTAY-ÖZ*, s. 22; *ÜNAL*, M.: Şekli Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1994, s. 54-55. Yazar belirlilik ilkesinin bilhassa gayrimenkul ve menkul rehni bakımından önemi haiz olduğunu ve bu ilke uyarınca Türk-İsviçre hukuklarında "umumi rehin" diye bir kurumun kabul edilmediğini ifade etmektedir, s. 56; *ARAL*, AÜHFD. Y. 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 112; *YASAMAN*, s. 8; *İNAL*, T.: "Borç İlişisine Konu Edilen Malvarlığı Değerlerinin Maddi Maddi Olmayan Yapıları", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2008, S. 45-4 s. 89; *OZEN*, *TEKİNALP* Armağanı, s. 708. *WIEGAND* belirlilik ilkesinin, gayri maddi mallar üzerindeki mutlak hakların, otomatikman medeni kanunlarda düzenlenen eşya hukukunun dışında kalmasına neden olduğunu ifade etmektedir, AcP190 (1990), s. 117. Bu noktada 5846 s. FSEK m. 52'de yer alan "mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır" hükmüne işaret etmekte fayda vardır (ayrıca karşı. 5846 s. FSEK m. 62). Bu hüküm, tasarruf işlemlerinin gerektirdiği hukuki güvenliği, yazılılığın yanında içeriğe ilişkin bir şart da ön: görmek suretiyle sağlamayı amaçlamaktadır. *OZTAN* "fikri haklar belli bir konuya ilişkin haklardır: belli bir fikir ve sanat eseriyle ilgili olarak mevcuttur" görüşünü dile getirmiştir, *ÖZTAN*, F.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 7; ayrıca bkz. *TEKİNALP*, O.: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Bası. İstanbul, 2002. s. 194 N. 23, s. 196 N. 28; markalar hakkında bkz. s. 392 N. 6. s. 397 N. 35; patentler hakkında bkz. s. 521 N. 4-5. Belirlilik ilkesinin fikri ve sınai haklar hukuku alanında da etkili olduğu hususunda bkz. *JANICH*, s. 209 vd.. 350.

ve böylece talep haklarına konu teşkil edebilirler²⁹⁵. Görüldüğü gibi mal ve hak toplulukları söz konusu olduğunda, borçlar hukuku-eşya hukuku ilişkisinde, her bir işlemin konusu ve tabi olduğu hukukî rejimler bakımından bir kısım farklılıklar ortaya çıkmaktadır. AKİPEK de "[...] bunun içindir ki borçlar hukukundaki mal -gerek maddi ve gerekse gayrimaddi malların göstennesi bakımından- eşya hukukundaki mal yani eşya kavramları ile aynı anlamda gelmez. Borçlar hukukundaki mal kavramının e\$)la **hukukundakine nazaran daha geniş bir muhtevası vardır**" diyerek, bu noktaya **dikkat çekmiştir**²⁹⁶. Roma hukukundan beri süregelen ve halen aşılmamış olan aynı **hakların** kural olarak yalnızca ferdileştirilmiş maddi mallar ve haklar üzerinde kurulabilmesi ilkesi²⁹⁷, zamanla değişen şartlara ve ekonomik gerekliliklere cevap veremediğinden eskiden beri eleştiri konusu olmuştur²⁹⁸. Borçlar hukuku ile eşya hukuku arasındaki bu kapsam farkı, konusu ticari işletme olan hukukî işlemlerde özellikle ortaya çıkmaktadır. Bu durum onun konu olduğu borçlandırıcı işlemin ifasını etkilemekte, bir başka deyimle borçlandırıcı işlemin konusu ile tasarruf işleminin konusunun birbirinden farklılaşmasına neden olmaktadır. Tarafların borçlandırıcı işlemin konusunu sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tespit etmeleri ve ticari işletmeyi bir bütün olarak borçlandırıcı işlemlere konu etmeleri imkan dahilinde olsa da (*schuldrechtliche Einheitsbehandlung des Untemehmens*)²⁹⁹, eşya hukuku-

²⁹⁵ ARAL, AÜHFD, Y. 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 112; HERRMANN, E., in: STAUDINGERS, BGB-Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin, 2005, s. 904; WIEUNG, s. 22; JANICH, s. 207-208; WIEGAND, AcP190 (1990), s. 116-117; KLEIN-BLENKERS, s. 30; bkz. ayrıca MEIER-HAYOVFORSTMOSER, s. 130.

²⁹⁶ AKİPEK, s. 36. Eşya hukukunun gelişimi ile Alman ve İsviçre MK'da düzenlenişini eleştirel açıdan değerlendiren WIEGAND, eşya hukukunun, *Savigny'in* düşüncelerinin de (*Savigny'sches Modeli*) etkisiyle, kendi içinde bütünlük teşkil edecek ve özel hukukun diğer alanlarından ayrılacak biçimde düzenlendiğini ve özellikle de borçlar hukuku ile arasına kalın duvarlar örüldüğünü, ancak bunun sebebinin de hukukî işlem güvenliği düşüncesi olduğunu ifade etmektedir, AcP190 (1990), s. 113-114, 119.

²⁹⁷ ÜNAL, sınırlan belirlenerek bağımsız hale gelmiş eşya üzerinde ancak tek bir mülkiyet hakkı kurulabileceğini ifade ederek belirlilik ilkesinin ikinci yanı da dikkat çekmektedir. Diğer yandan aynı eşya üzerinde mülkiyet hakkı dışındaki aynı haklardan muhtevaları birbiriyle bağdaşmak kaydıyla birden fazlası kurulabilir, s. 55.

¹⁹¹¹ AKİPEK, s. 34; eşya ve böylece mülkiyet kavramının maddi varlığı olan şeylere indirgenmiş (*Reduktion des Sach- und Eigentumbegriffs*) olmasının eleştirisi hakkında bkz. WIELING, s. 11; OPPIKOFER da eşya hukukunun işletme hukukunun ihtiyaçlarına yeterli gelmediğini ifade etmiş (s. 137) ve roma hukukundan kaynaklanan dogmatik engellerin aşılaraq işletmenin tek bir tasarruf işlemiyle bir bütün olarak devrinin ve rehninin sağlanabilmesi için de tapu siciline benzer bir işletme sicili kurulması gerektiğini belirtmiştir; ayrıca bkz. WEGAND, AcP 190 (1990), s. 116 vd., 131.

²⁹⁹ SCHÖNE, ZGR, Y. 2000. S. 1. s. 91; OPPIKOFER, s. 131; KLEIN-BLENKERS, s. 30; SCHMIDT, Handelsrecht, s. 138, 140; HIRSCH, Ticaret Hukuku Dersleri, s. 211; ÖZEN, TEKiNALP Armağanı, s. 707, Yazar ticari işletmenin borçlandırıcı işlemler bakımından

nun emredici karakterdeki³⁰⁰ belirlilik ilkesi gereği, aynı durum tasarruf işleminin bakımından mümkün olmamaktadır³⁰¹. *SCHÖNE* de satım sözleşmesi bağlamında bu durumu işletmenin hem "bütünlük" (*Einheit*) hem de "çokluk" (*Vielheit*) olarak işlem görmesi şeklinde ifade etmektedir³⁰². Bunun, borçlar hukuku ile eşya hukukunun düzenlemeyi amaçladıkları yararların farklılığından kaynaklandığı açıktır³⁰³. Ne var ki bu farklılık, ekonomik amaçla ulaşma sürecinde bir takım teknik hukuki zorlukları da beraberinde getirmektedir.

Hukuk düzenimiz ticari işletmenin, üzerinde bir mülkiyet hakkı ya da buna benzer bir hak tesis edilebilecek bir eşya ya da gayri maddi hak olarak nitelendirilmesine izin vermemektedir³⁰⁴. Diğer yandan malvarlığı unsurları

..bütün" olarak değerlendirildiğinden hareketle, bu işlemin geçersizliği vb. sebeplerle ticari işletmenin bir iade talebine konu olması halinde de (*edim zenginleşmesi*) "bütün" olarak işlem görmesi gerektiği ve işletmenin unsurlarının ayrı ayrı iade talebine onu olamayacağını belirtmektedir. s. 719 vd.; aksi yönde BGHZ 7, 208, 211 ve *SCHÖNE*. ZGR, Y. 2000. S. 1, s. 95.

³⁰⁰ Belirlilik ilkesinin emredici karakterine iki adımda ulaşmak mümkündür: Buna göre belirlilik ilkesi, aynı hakkın ancak ferdiyle muayyen bir eşya üzerinde kurulabileceği anlamını taşıdığına ve hangi maddi malların hukuken "eşya" vasfını taşıdığı da ancak *hukuk düzeni* tarafından tespit edilebildiğine göre, tarafların üzerinde aynı hak tesis edilecek bir şeyin eşya niteliğini sözleşme ile belirlemeleri mümkün değildir, karşı. AKİPEK, s. 33.

³⁰¹ v. *GIERKEISANDROCK*, s. 186-187, 215; *WELJNG*, s. 61; *HIRSCH*, Ticaret Hukuku Dersleri, s. 215; *KARAYALÇIN*, Ticaret Hukuku, s. 174; *POROYYASAMAN*, s. 9 N. 63; *KENDİGELEN*, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 173 N. 527; *ARICI*, Devir, s. 12; *OZ.SUNAY* da "işletme, bu unsurların (maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurları) hepsinde veya bir kısmında teşekkül eden bir bütün olmakla beraber, işlelmeye dahil unsurların herbiri birbirinden bağımsızdır. İşletmenin üçüncü şahıslara karşı korunmasında, satım veya kiralanmasında her hak kendi statüsüne tabidir. İşletme iktisadi bir bütün olarak başkasına satıldığı, kiralandığı (BK. m. 270), bir ortaklığa sermaye olarak konulduğu veya üzerinde bir intifa hakkı kurulduğu (MK. 717, 739) veya rehin edildiği zaman, işletmeye dahil olan her unsur bu konuyu düzenleyen özel hükümlerle idare edilir" diyerek ticari işletmenin hukuki işlemlere konu olduğu durumlarda borçlar hukuku-eşya hukuku ayrımının önem kazandığını ortaya koymuştur, Kiracılık Hakkı, s. 5.

³⁰² *SCHÖNE*, ZGR. Y. 2000, S. 1, s. 91-92.

³⁰³ Aleniyet ilkesi ve bunun belirlilik ilkesiyle olan ilişkisinin, alacağın temliki bağlamında değerlendirilmesi hakkında bkz. *ARAL*, AÜHFD, Y. 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 113-114; *AKİPEK*, s. 124-125.

³⁰⁴ Alman hukukunda da eşya hukukundan kaynaklanan sebeplerle ticari işletme üzerinde mülkiyet hakkının tesisinin mümkün olmadığı ifade edilerek, işletenin işletme hakkından doğan, işletme üzerindeki planlama ve karar verme yetkisi anlamındaki hakimiyetinin (*Unteruelimungseigenrum*) olsa olsa "geuiş anlamda mülkiyet" ya da "ekonomik anlamda mülkiyet" olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre işletme bağlamında mülkiyetin iki farklı türü söz konusudur. Bunlardan ilki işletmecinin işletmeye dahil unsurlar üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Bunun hakkında eşya hukuku uygulama alanı bulur. ikinci tür ise müstakil unsurlar üzerindeki mülkiyet haklarının üstünde, bunları da ihtiva

dışarıda tutulduğunda da, ticari işletmenin aslında tacir tarafından tesis edilen ekonomik-teknik bir "organizasyon" olduğu görülecektir³⁰⁵. Yine hukuk düzenimize göre, ilgili mevzuatın, üzerinde aynı, fikri ya da sınai hak tesisine müsaade etmediği şeyler hakkında yapılacak tasarrufların hukukî niteliği ve çerçevesi belirsiz olduğundan, hukukî niteliğin, işletmenin salt "organizasyon" özelliği dikkate alınarak tespiti de mümkün değildir. Bu yüzden hukuk kurallarına bağlı kalınarak yapılacak bir niteleme, bilhassa ticari işletmeyi konu edinen borçlandırıci işlemler ile tasarruf işlemleri bağlamında işletmenin malvarlığı unsurlarından hareket etmek zorundadır. Aksi halde, yapılacak değerlendirmeler soyut ve hukuken sınanamaz olacaktır.

Eşya hukuku söz konusu olduğunda ticari işletmenin eşya niteliği ile hangi eşya türüne dahil olduğu soruları önem kazanır. Türk-İsviçre eşya hukukları anlamında eşya "*insanların ihtiyaçlarını gidermeye yarayan iktisabî kaabil, yani üzerlerinde fiilî ve hukukî hakimiyet kurulmağa elverişli olan maddî mallardır*"³⁰⁶. Ticari işletme, bizatihi maddî bir varlığa sahip olmadığından esasen bir "eşya" değildir³⁰⁷.³⁰⁸. Ne var ki bu tespit, ticari işletmenin bir malvarlığı cephesinin bulunduğu dikkate alındığında eksik kalmaktadır. Bu yüzden malvarlığına dahil maddî unsurları dikkate almayan bir değerlendirme eksik kalacaktır. Bu çerçevede eşya hukukunda yapılan eşya tasnifleri³⁰⁹ göz önünde tutulduğunda konumuz bakımından basit eşya-birleşik eşya-

eden kendisine özgü bir "*hakimiyet hakkıdır*" (*Herrschaftsrecht sui generis*) bkz. E/CHLER. in: Gestaltwandel der Untemehmung, s. 46-47 dn. 1.

BALLERSTEDT de Romalıların, değişik malvarlığı unsurlarının ekonomik bir amaca tahsis edilmiş olmasını (*wirtschaftliche Zweckbestimmung*) işletmenin eşya hukuku bakımından da hukukî bir bütün olarak nitelendirilebilmesi için yeterli görmediklerini belirtmektedir, JZ 1951, s. 489.

³⁰⁵ HUBMANN, ZHR 117 (1955) s. 44-45; POROYda "bu mefhum [ticari işletme], tüccarın faaliyetlerini teşkilatlandırması neticesi meydana gelen, muhtelif unsurlardan müteşekkil bir çevre, bir bütün ifade eder" demek suretiyle, ticari işletmede yer alan organizasyon (*teşkilat/andırma*) hususuna işaret etmiş bulunmaktadır, ITO Mecmuası, Y. 1953, C. 69, S. 9-10 (Eylül-Ekim), s. 35.

³⁰⁶ AKİPEK, s. 32; OĞUZMANİSELİÇ//OKTAY-ÖZDEMİR ise hukukî anlamda eşyayı "üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismanî varlıklar" şeklinde tanımlamaktadırlar, s. 6; ayrıca bkz. WEGAND, in: Basler Kommentar-ZGB, Yor Art. 641 ff. N. 5; HERRMANN, in: STAUDINGERS, BGB-Eckpfeiler, s. 904.

³⁰⁷ Eşyanın unsurları hakkında bkz. AKİPEK, s. 33 vd.; CANSEUİNAN, AÜHFD. Y. 1964, C. XXI. S. 1-4, s. 361.

³⁰⁸ TİRK ile ticari işletme üzerinde rehin hakkı tesisine izin verilmiş olması da ticari işletmenin eşya olarak nitelendirilmesine ve eşya hukuku bakımından *uno actu* tasarruflara konu olabilmesine yetmez, bkz. ARICI, Devir, s. 13.

³⁰⁹ AKİPEK, s. 39 vd.; ERTAŞ, s. 17 vd.; WIEGAND. in: Basler Kommentar-ZGB, Yor Art. 641 ff. N. 20 vd.

eşya birliği ayrımı önem kazanmaktadır. Bu ayrım, söz konusu eşyanın hukukî işlemlere konu olmasını ilgilendirmektedir.

Yalnızca ihtiva ettiği birden fazla maddi unsurlar dikkate alındığında dahi tek bir maddeden, tek bir parçadan, tek bir cinsten oluşmadığı görülecek olan ticari işletmenin "*basit eşya*" (*res unitae, corpora unita*) olarak görülmesinin mümkün olmadığı açıktır³¹⁰.

Ticari işletmenin birden çok menkul ve gayrimenkul malvarlığı unsurlarından oluşması karşısında, diğer eşya türleri üzerinde de durulması gerekir. Birden fazla basit eşyanın, gerek kullanım/işlev ve gerek ekonomik sebeplerle birbirlerinden ayıramayacak şekilde birleşerek tek bir eşya haline gelmesiyle oluşan eşyaya "*birleşik eşya=mürekkep eşya*" (*zusammengesetzte Sache=Gesamtsache, res compositae*) denilmektedir³¹¹. Hukukun birleşik eşya içinde yer alan her bir eşyanın bu niteliğini ve mülkiyet hakkına konu olma özelliğini muhafaza etmesine izin verebileceği gibi, sadece birleşik eşyanın kendisini "eşya" olarak kabul ederek bunun mülkiyete ve diğer aynı haklara konu olmasına da izin verebilir. Bir diğer deyimle birleşik eşyaların tabii olduğu mülkiyet rejiminde kanun koyucunun takdiri belirleyici olacaktır³¹². Birleşik eşya, ifadesini MK m. 684 ve 686'da bulmuştur. Anılan hü-

³¹⁰ AKİPEK, s. 59; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 9; ERTAŞ, s. 18; WJELING, s. 56 vd.

³¹¹ ERTAŞ, s. 17-18, 160; AKİPEK, s. 60 vd.; WIEGAND, in: Basler Kommentar-ZGB. Yorum. Art. 641 ff. N. 30-32; WJELING, s. 57 vd. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, birden çok basit eşyanın birbirinden ayrılmaz şekilde birleşmesinden meydana gelerek aynı varlık teşkil eden eşyayı (örneğin kitap, ampul, radyo), birleşik (mürekkep) eşya olarak nitelendirmiş ve birleşik eşyayı meydana getiren her bir basit eşyaya ortaya çıkmış olan birleşik eşyanın bütünleyici parçası denildiğini ifade etmişlerdir. Yazarlar'a göre bağımsızlıklarını kaybetmeksizin ortak bir amaç için bir araya getirilmiş olan ve ekonomik bir bütünlük arz eden birden çok eşyanın meydana getirdiği eşya topluluğuna birlikte eşya veya eşya birliği (*Gesamtsache, Sachgesamtheiten*) denir (örneğin bir çift vazo, bir çift ayak.kabı, pul koleksiyonu). Birlikte eşyaya dahil eşyaların her biri "tamamlayıcı eşya" durumundadır. Şayet ekonomik bir bütün teşkil eden şeylerden biri asıl fonksiyona sahip ise ve diğerleri de buna tabi kılınmış ise asıl eşya ve eklentiden bahsedilir, s. 9. Bu açıklamaların da gösterdiği gibi Yazarlar birlikte eşyada bunu oluşturan eşyalar arasında asıl eşya-eklenti ilişkisini zorunlu saymamaktadırlar. Ancak birlikte eşya/eşya birliği kavramlarının, hem asıl eşya-eklenti ilişkisi içindeki eşya topluluklarını, hem de aralarında böyle bir ilişki olmaksızın bir araya getirilmiş eşyalardan oluşan eşya topluluklarını anlatmak için kullanılması, ticari işletme örneğinin de gösterdiği gibi karışıklık yaratacak özelliğindedir. Ancak Yazarlar'ın açıklamasında yer alan "tamamlayıcı eşya" ile hukuken neyin kastedilmiş olduğu da açık değildir. Bu bakımdan ticari işletme göz önünde tutulduğunda AKİPEK in basit eşya ve eşya topluluğu (*Gesamtsache*) başlığı altında, eşya birliği (*Sachgesamtheit=Sachinbegriff*) ile asıl eşya-bütünleyici parça/eklenti ilişkisini bünyesinde barındıran birleşik eşya=mürekkep eşya (*zusammengesetzte Sache*) ayrımının (bkz. s. 58 vd.) daha açık olduğu kanaatindeyiz. ERTAŞ'ın tasnifinin de bu yönde olduğu görülmektedir, bkz. s. 17-18.

³¹² WJELING, s. 58.

kümler incelediğinde birleşik eşyanın iki temel unsurdan oluştuğu görülmektedir: Bunlardan ilki her zaman "asıl eşya" iken, diğerleri de ..bütünleyici parça" ya da "eklentidir". Bütünleyici parça ve eklenti bizzatihi eşya olmakla beraber asıl eşya ile olan sıkı bağılıktan dolayı hukuki' bağımsızlıklarını kaybetmektedirler. Bir başka deyimle birleşik eşyayı oluşturan çeşitli basit eşyaların gerek ekonomik olarak ve gerek hukuken müstakil bir eşya olma niteliği ortadan kalkar ve bunların birleşmesinden yeni bir eşya meydana gelir³¹³.

Ticari işletmenin kendisi bir eşya olmadığından, bununla maddi unsurları arasında teknik anlamda bir asıl eşya-bütünleyici parça/eklenti ilişkisi olmaz³¹⁴. Daha açık deyimle, maddi malvarlığı unsurlarının bizzatihi eşya ol-

³¹³ AKİPEK, s. 60; bkz ayrıca, WJEUNG, s. 58-59.

³¹⁴ WJELING, s. 104; SCHMIDT, Handelsrecht, s. 139; aksi yönde **OPPIKOFER** modern bir işletme kavramı oluşturma ve işletmenin "hak topluluğu" şeklinde bir "kül" olarak kabulünü. böylece de tek bir tasarruf işlemiyle devrini sağlama yönündeki çabaları çerçevesinde, ısrarla işletmenin "asıl eşya" ve unsurlarının da "eklenti" olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuş olmakla birlikte (s. 113 vd., 118 vd.), "modern işletme ile bunun organizasyonunun, aktarıla gelmiş geleneksel hukuk kavramlarını aşan ve modern zamandan çıkan bir işletme hukukuna ihtiyaç duyduğunu" da itiraf etmek zorunda kalmıştır, s. 118; HUBMANN da işletmenin, maddi ve gayri maddi unsurlarının, kıyasen işletmenin eklentisi (*Zubehör*), üretim ve dağıtım organizasyonu, tedarikçilerle ve müşterilerle ilişkiler, good will, tecrübe ve işgören organizasyonu gibi unsurların ise, bunlar müstakil hak ya da borç haline gelmedikleri sürece işletmenin bütünleyici parçası (*wesentlicher Bestandteil*) olarak görülebileceğini ifade etmektedir, ZHR 117 (1955) s. 52-53. Bu görüşe katılma imkanı yoktur. Yazar TK m. 11/II'de (yTTK m. 1/3) düzenlenen sonuca Alman MK m. 311c'yi (eskim. 314) kıyasen uygulayarak ulaşmaktadır, s. 64. Anılan hükme göre "bir şeyin devri ya da yükümlendirilmesi borcu altına girildiğinde bu, aksi kararlaştırılmamışsa o şeyin eklentilerini de kapsar". HUBMANN'ın belirtilen görüşlerinin eleştirisi için bkz. BUCHNER, s. 7, Yazar haklı olarak işletmeye dahil maddi ve gayri maddi unsurların hukuken birbirlerine karşı herhangi bir önceliğinin/üstünlüğünün olmadığını, maddi unsurların gayri maddi unsurlara göre eklenti olarak görülemeyeceğini belirterek, yapılan bu ayırmadan hareketle ticari işletmenin hukuki niteliği hakkında bir sonuca varmanın, özellikle de bu yolla ticari işletmeyi "hukuki bütün" (*einheitliches Rechtsobjekt, universitas iuris*) olarak göstermenin doğru olmadığını ifade etmektedir. Yine bir işletmeyi unsurlarından ayrı düşünmek ve ona bu haliyle bir varlık izafe etmek teorik olarak dahi mümkün olmadığından, "işletmeyi" asıl eşya ve unsurları "eklenti" ya da "bütünleyici parça" olarak görmek doğru değildir. Sonuç olarak işletme, hem ekonomik hem de hukuki olarak ancak unsurları ile var olabildiğinden, unsurların aynı anda hem "asıl eşyayı" hem de "eklenti" ya da "bütünleyici parçayı" oluşturacağını kabul etmek mantıken de bir çelişki olacaktır. Eşya hukukunun roma hukukundan beri süregelen bazı kavramlarını ödünç alıp bunlara ticaret hukuku bakımından "ihtiyaçlara uygun" bir içerik kazandırmak **OPPIKOFER**'in de teslim etmek zorunda kaldığı gibi, yorum yoluyla değil ancak kanun koyucunun müdahalesiyle mümkündür, s. 132. Ne var ki böyle bir müdahale de -şirket birleşme ve devralmalarına ilişkin kanunlaştırmalar bir kenara bırakılacak olursa- Yazar'ın eserinin tarihi olan 1927 yılından bu yana gerçekleşmemiştir. Ticari işletmeyle ilgili tasarruflarda işletmeye dahil gayrimenkullerin eklentile-

may_?n ticari işletmeyle bütünleyici parça ya da eklenti ilişkisi içinegirme?le?i ?e ?u_len_?e de hukuken mümkündür. Birleşik eşya bakımından zorunlu tabı-l?k. ılışkısı (*Subordinationsverhiiltis*)³¹⁵ ticari işletme ile unsu?larınaSında fı?ıksel olmaktan çok, amaçsal, bir başka deyimle işlevseldir. işletmeye da-hıl bazı maddi unsurlar kendi aralarında asıl eşya-bütünleyici parça/e?lenti ilişkisi içinde olsalar dahi, buradan hareketle ticari işletmenin bir birleşik eş-ya olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Ticari işletmenin dinamik niteliği de, asıl eşya-eklenti/bütünleyici parça ilişkisinin kurulmasını ekono-mik olarak imkansızlaştırmaktadır. Bu sebeple, ticari işletmenin satım ya da hasılat kirası ile devredilmesinde, sözleşmede devir kapsamı dışında tutul-mamış maddi unsurların, TK m. 1 J/II (yTİK m. 11/3) uyarınca devre dahil olmasının (devralana geçmesinin), MK m. 684/I ve 686/I'in bir sonucu ol-madığı belirtilmelidir. Bir başka deyimle. TK m. I 1/II (yTTK m. 11/3). MK m. 684/I ve 686/I'in, TK'daki ifadesi değildir. TK m. 11/II (yTTK m. 11/3), bir yandan ticari işletmenin muhtevasını, yani malvarlığı unsurlarını tespit ederken, diğer yandan da ticari işletmeye ilişkin borçlandırıcı işlemlerin ko-nusunu düzenlenmektedir³¹⁶. MK m. 684 ile 686 ise, birleşik eşyanın mahi-yetini tayin ederken, buna ilişkin tasarruf işlemlerinin hukuki sonuçlarını öngörmektedir. Sonuç olarak ticari işletmenin malvarlığı unsurlarını belirle-yen yönüyle TK m. 11/II'nin (yTTK m. 11/3), ticari işletmenin kendisini asıl eşya, unsurlarını ise dar ve teknik anlamda eklenti ya da bütünleyici parça haline getirdiği iddia edilemez.

Yukarıdaki açıklamalardan, eşya tasniflerinden ticari işletmeyi mahiyeti-ne en yakın şekilde ortaya koyan ayrımın "*eşya birliği/topluluğu*" (*Sachgesamtheit, universitas rerum*) olduğu ortaya çıkmaktadır³¹⁷. Eşya bir-

rının uygulamanın ihtiyaçlarını gidermedeki işlevleri hakkında bkz. SCHMIDT, Handelsrecht, s. 139-140.

³¹⁵ W!EGAND, in: Basler Kommentar-ZGB, Vor Art. 641 ff. N. 32.

³¹⁶ ARKAN, s. 32-33, 42-43.

³¹⁷ AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV S. 2, s. 238. Romalı hukukçuların da işletmeyi. ki bunlar hemen her zaman tarım işletmeleri idi, "*eşya birliği/topluluğu*" (*Sachgesamtheit, Sachinbegriff*) olarak nitelendirdikleri yönünde bkz. OPP!KOFER, s. 43-44. Ancak Ya-zar, roma hukukunun işletmeyi bir bütün olarak kavramayı başaramadığını, "ayn yoksa aynı hak da olmaz" şeklinde özetlenebilecek ilke ile tek bir hukuki işlemle (*uno actu*) devrinin mümkün olmaması ve hukuki işlemlerin genellikle işlemin konusunun maddi varlığı olmasını gerektirmesinden dolayı. işletmeler söz konusu olduğunda bunu maddi varlığı olan unsurları üzerinden kavramaktan başka bir yol kalmadığını ifade etmektedir. s. 47. Ticari işletmenin bir eşya birliği (fiili kul) değil, aksine hukuki kGI olduğu yönünde bkz. HIRSCH. Ticaret Hukuku Dersleri, s. 210-211. Kanaatimizce H!RSCH'in bu görüşünü ticari işletmenin sadece maddi unsurlardan ibaret görülemeyeceği, buna gayri maddi unsurların da dahil olduğu ve bu sebeple de onu salt eşya birliği olarak görmenin hatalı olacağı yönünde anlamak lazımdır. Nitekim Yazar'ın "*küllü hukukf meflumu altında birçok haklardan mürekkep bir mal topluluğu anlaşılır. Bu kümeye hukuk lisanında ma-*

liği, mahiyeti itibariyle teknik anlamda bir eşya değildir. Eşyaların kendi hukuki varlıklarını, müstakil eşya olma niteliklerini muhafaza ettikleri ..eşya birliği/topluluğuunda", birden fazla eşya ekonomik ya da fiiti bazı nedenlerle bağımsızlıklarını yitirmeksizin bir araya gelmişlerdir (sürüdeki hayvanlar. kütüphanedeki kitaplar, yemek takımları, depodaki mallar, koleksiyondaki pullar, işletme)³¹⁸. Bu yüzdendir ki eşya birliğinin bir bütün olarak, aynı **hak**-lara konu olması mümkün deđildir³¹⁹. Aynı haklar ancak birliği oluşturan tek tek eşyalar üzerinde tesis edilebilir. Bir diğer deyimle, birliği o oluşturan eşyalardan her biri başlı başına aynı haklara konu olabilir³²⁰. **AKİPEK** de eşya birliği kavramının daha çok borçlar ve ticaret hukuku bakımından önemli olduğunu belirterek, "bir bütün olarak mamelek, ticari ve iktisadi bir teşebbüs, zirai bir işletme bu anlamda bir '*Sachgesamtheit*' teşkil eder" demektedir³²¹.

Ancak ticari işletmenin malvarlığına sadece eşya hukuku anlamındaki maddi mallar dahil olmadığından bunu salt "eşya topluluğu" olarak görmek eksik bir değerlendirme olacaktır. Bu bakımdan ticari işletmenin gayri maddi

melek denir. Mamelek için mühim olan kıstas bir takım eşyanın bir araya **getiri** **esi** **th**-**đi** **muhtelif** mevzular üzerindeki hakların bir araya getirilmiş olmasıdır. Burada. birlić bütün hakların bir kişiye ait olmasına istinat eder[...]" (vurgular *HJRSCJre* aittir) şeklindeki göiişleri bu sonucu destekler mahiyettedir. Esasen *HIRSCJrin* ticari işletmeyi "külli hukukı" olarak nitelendiren fikirleriyle. işletmeyi "*muhtelif mevzular üzerindeki hakların bir araya getirilmiş olması*" anlamında "hak topluluğu" (*Rechtsgesamtheit*) olarak görenlere yaklaştığını söylemek yanlış olmaz. Ne var ki gerek mamelek ve gerek hukukı kül (*universitas iuris*) kavramları yüzyıllardır çok farklı şekillerde tanımlanıp, kullanıldıkları için ticari işletmeyi bugün de bu kavram kargaşası içine atmamak yerinde olur. Diđer yandan aşağıda da görüleceği gibi ticari işletmeyi sadece hak topluluğu olarak değil bir mal ve hak topluluğu olarak nitelendirmeye güdülen ve kavram ile dışa vurulan amaç, bu maddi ve gayri maddi unsurların farklı hukukı rejimlere tabi olduğunu vurgulamaktır. Hukukun konusunun haklar olduğu, hukukun eşyalarla bunların bir hak türü ile belli bir süjeye bağlanabildiği oranda ilgilendiği. hak konusu olamayan maddi ya da gayri maddi unsurun hukukun da dışında kaldığı her ne kadar doğruysa da özellikle tasarruf işlemlerine ilişkin hukukı rejimi hak.kın konusunun maddi varlığı olup olmadığına göre kuran bir hukuk sisteminde, ticari işletmeden sırf hak topluluğu olarak bahsetmek eksiliclik olacaktır.

³¹⁸ *AKİPEK*, s. 59; *WIELING*, s. 59-60.

³¹⁹ Avusturya MK m. 302 eşya birliğini, "*Gesamtsache, universitas rerum*" kenar başlığı altında, "eşya olarak kabul edilen ve bir toplu adla anıla gelen birden çok özel eşyanın toplamı eşya birliğini oluşturur ve bütün kabul edilir" şeklinde ifade etmiştir. Ancak "bütün kabul edilme" kuralına rağmen Avusturya hukukunda da eşya birliklerinin *uno actu* devredilemeyeceği kabul edilmektedir, bkz. *SCHMIDT*, *Handelsrecht*, s. 138 ve dn. 1 "de anılan Avusturya Yüksek Mahkemesi kararı, JBI. 1975, s. 208; *ECCHER*, B. in: ABGB, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*. (Hrsg. *KOZ/OL, H.IBYDLINSKY, P.IBOLLENBERGER*, R.), Wien, 2005, § 302 N. 1-2.

³²⁰ *AKİPEK*, s. 59-60; *ERTAŞ*, s. 18; *WIEGAND*, in: Basler Kommentar-ZGB, Yor Art. 641 ff. N. 32; *WIELING*, s. 60.

³²¹ *AKİPEK*, s. 60 dn. 84; bkz. ayrıca *ERTAŞ*, s. 18; *ACEMOğLU*, s. 21.

malvarlığı unsurlarının dam dikkate alınması zorunludur. Yukarıda da beir. tildiği gibi, pozitif hukukumuzda eşya hukuku benzeri düzenleme bulmuş bir "(mutlak) haklar hukuku" mevcut olmadığından, bu kategoride yer alan unsurların hepsi kendi özel hukukuna tabidir. Bu noktadan hareketle de ticari işletmenin sadece bir eşya birliği/topluluğu değil, aynı zamanda bir "hak topluluğu" (Rechtsgesamtheit)³²³ olduğu hususunu da tespit etmek gerekir. Sonuç olarak ticari işletmenin, bir "eşya ve hak topluluğu" (Sach- u,ut Rechtsgesamtheit) olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır³²⁴. Bu tespit ise onun gerek taahhüt ve gerek tasarruf işlemlerine konu olması bakımından hiç şüphesiz önemlidir.

Alman Federal Mahkemesi de ticari işletmelerin birer mallar ve haklar topluluğu olduğunu, işletmenin hukuki ve ekonomik varlığının mülkiyet hakkı (Alman AY m. 14) çerçevesinde korunması bağlamında ortaya koymuştur³²⁵. Bu kararda ticari işletmenin, mallar, haklar ve diğer değerlerin ekonomik birliği (wirtschaftliche Einheit) olduğunu, işletmenin böylece "hak topluluğu" başlığı altında değerlendirilebileceğini ifade etmiş ve bir hak topluluğu olan işletmenin haksız zenginleşmeye dayanan iadesi taleplerinde, bizihi işletmenin değil, ancak buna dahil mallar ile hakların iadesinin istenebileceğini ifade etmiştir³²⁶. Aynı Mahkeme başka bir kararında da işletmenin, şahsi ve maddi unsurların/araçların bunun sahibi tarafından yaratılan bir organizasyonu, belli bir mallar ve haklar topluluğu olduğunu belirtmiş ve buna işletme sahibine ait olan değerler ile ona ait olduğu kabul edilen değerlerin dahil olduğunu eklemiştir³²⁷.

n:1 KENDİGELEN, (ÜLGEN, Ticari İşlemler), s. 152 N. 461 vd.

³²³ Hak topluluğu, "aynı ya da farklı türden değişik haklar arasında ortak bir amaç sayesinde yaratılan işlevsel ilişki" olarak tanımlanmaktadır. OPP/KOFER. s. 86. Hak topluluğu haklar arasındaki işlevsel bir birlik olduğundan bu birliğe dahil haklar kendi hukuki rejimlerine tabi olmaya devam etmeleri gibi bunun da bir sonucu olarak "hak birliği" tek bir tasarruf işlemiyle devredilemez, CEBULLA, s. 155.

³²⁴ WIEGAND, in: Basler Kommentar-ZGB, Yor Art. 641 ff. N. 33: MEIER-HAYOZJ FORSTMOSER. s. 130-131 N. 13-14: CEBULLA, s. 155: Gerek WIEGAND gerek MEIER-HAYOVFORSTMOSER eşya birliği/topluluğu ile hak topluluğundan oluşan bütünlükleri (Kombination von Sach- und Rechtsgesamtheit) ifade etmek üzere "Rechtsgesamtheit" kavramını kullanmaktadırlar. Aynı yönde OPPIKOFER, s. 131, 135. RGZ 63. 57, 58; 67, 86: 67, 383, 385: 68, 49. 51; 70, 220, 224: 70. 226. 228 (aktaran CEBULLA, s. 149 dn. 664).

³²⁵ BGHZ 7,208,211.

³²⁶ Aynı yönde SCHÖNE. ZOR, Y. 2000, S. 1, s. 95.

³²⁷ BGHZ 76, 387, 394. Aynı yönde bkz. BGHZ 78, 41. 44: 111. 349, 356.

D) Belirlilik ilkesi ve y1TK m. 11/3

Belirlilik ilkesinden bahsedildiğinde, kenar bütünlüğü³²⁸ "bütünlük ilkesi" olan y1TK m. 11/3 c. 1'de yer alan "ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir" hükmünü ele almak gerekir³²⁹. Bu düzenleme, Türk ticaret hukukunun geleceği için önemli olduğu kadar, yoğun tartışmaları beraberinde geti-

^{321!} Y1TK m. 1534'de kenar başlıklarının metne dahil olduğu belirtilmiştir.

³²⁹ Bu vesile ile BATİDER, Y. 2010, C. XXV, S. 2, s. 239'da kısaca açıklanan görüşlerimizi detaylandırma imkanı doğmuş olacağı da belirtilmelidir.

y1TK m. 11/3'ün Hükümet Tasarısı (a), Adalet Alt Komisyonu (b) ve Adalet Komisyonu'nda (c) kabul edilen metinleri sırasıyla şöyledir: a) "Ticari İşletme-Bütünlük ilkesi - Madde 11 [...] (3) Ticari işletme bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Duran malvarlığı, işletme değeri (peştemaliye), kiracılık hakkı, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet hakları ve sürekli olarak işletmeye tahsis olunan unsurlar aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesine dahil sayılır. Bu sözleşme yazılı olarak yapılır".

b) "Ticari İşletme-Bütünlük ilkesi - Madde 11 [...] (3) Ticari işletme bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Devir sözleşmesinin, aksi öngörülmemişse, duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu sözleşme yazılı olarak yapılır".

c) "Ticari işletme-Bütünlük ilkesi - Madde 11 [...] (3) Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve illin edilir".

Hükme son halini veren Adalet Komisyonu yapılan değişikliğin gerekçesini ise, şu şekilde açıklamıştır: "Üçüncü fıkranın birinci cümlesi bir ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebileceğini hükme bağlamaktadır. Cümledeki "bir bütün halinde" ibaresiyle, ticari işletmeyi meydana getiren taşınmazlar, menkuller, fikri mülkiyet hakları gibi malvarlığı unsurlarının tescil, teslim vs. gibi özel tasarruf işlemlerinin teker teker yapılmasına gerek olmaksızın devir sözleşmesi ile intikali amaçlanmıştır. Ancak "bir bütün halinde" ibaresinin bu şekilde yorumlanabileceği endişesiyle ve görüş ayrılıklarına yer bırakmamak için birinci cümle "ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve ... " şeklinde değiştirilmiş, ayrıca son cümle "Bu devir sözleşmesi ile ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır ve ilan olunur" haline getirilmiştir". Adalet Komisyonu Raporu, s. 463-464, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>, (erişim tarihi: 17.03.2008).

Adalet Komisyonunca yapılan değişiklik, "hukuki" kelimesinin, "hukuki" şeklinde değiştirilmesi dışında y1TK m. 11/3'de de aynen yer almıştır.

recektir³³⁰. TK' da ticari işletme, mülkiyeti devir amaçlı taahhüt işlemleri bakımından borçlar hukuku ve eşya hukuku kurallarına da uygun olarak ekonomik bütünlük muamelesi görünürken, aynı amaca yönelik tasarruf işlemleri açısından ise ne ekonomik olarak ne de hukuken bir kOI kabul edilmemektedir. Kısacası *HIRSCH*'in öz bir şekilde ifade ettiği gibi "temlike ait taahhüt ve borçların küll halinde ifası kabil değildir"³³¹. Buna getirilen kanuni istisnalar ise, BK m. 179' da (yTBK m. 202) belli usuli kurallara uyulmak kaydıyla borçların bir bütün halinde intikaline izin verilmiş olması ile TK m. 151/l'de (yTTK m. 153/1, 179/4, I 94/1-3) öngörülen şirket birleşme ve devralmalarındaki küll halefiyet ilkesidir³³². İşte yTTK m. 11/3 c. I, belirlilik ilkesinin ticari işletmenin devirlerinde uygulanması bağlamında temel birdeğişikliği hedeflemekte ve bu yolda eşya hukukundaki belirlilik ilkesine, ticari işletme hukuku bakımından önemli bir "istisna" getirmektedir.

Ticari işletmenin bir kişiliğe sahip olmamasına, devreden ile devralanın hukuki kişiliği devirden sonra da devam edecek olmasına³³³, MK'nın roma hukukundan buyana süre gelmiş olan ve hukukun bir tür "tabiat kanunu" olarak da nitelendirilebilecek ilgili eşya hukuku ilkelerinde eşya anlıuyumlaştırmalar yapılmamasına ve çeşitli tartışmalara karşın kaynak İsviçre ve Alman Hukuklarında da henüz pozitif hukuka dönüşmemiş olmasına rağmen, yTTK ticari işletmenin *uno actu* devri hususunda farklı bir çözümün benimsenmiş bulunmaktadır. Böylece ticari işletmenin sağlararası mülkiyeti nakil, kullandırma ve teminat³³⁴ amaçlı taahhüt ve tasarruf işlemlerine bir hukuki kOI halinde konu olmasının sağlanması hedeflenmiştir. Artık BK m.

³³⁰ Bkz. *ARICI*, Devir, s. 213 vd.; *KENDİGELEN*, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu. Değişiklikler. Yenilikler, İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s. 47 vd.; *KENDİGELEN*, (ÜLGEN, Ticari işletme), s. 173 N. 517 vd.

³³¹ *HIRSCH*. Ticaret Hukuku Dersleri, s. 215; aynı yönde *ACEMOĞLU*. s. 20; *SCHMIDT*, Handelsrecht, s. 138, 140-141.

³³² Bkz. *ARICI*, Devir, s. 177 vd.; *TÜRK*, H. S.: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde «Ne vilerin Aynı Olması» Koşulu, Ankara, 1986. s. 189. Ancak bu noktada BK m. 179'un (yTBK m. 202) uygulama alanı ile TK m. 151/l'in (karş. yTTK m. 153/1, 179/4, 194/1-3) uygulama alanının farklılığına dikkat çekmek gerekir, bkz. *TÜRK*, Birleşme. s. 178 vd. Burada ayrıntılarına girilmesi doğru olmasa da, BK m. 179'da devreden ile devralanın süjeliklerinin devirden sonra da devam ederken bir diğer deyimle devrin işlemin taraflarının kişiliğini sona erdirmemesine rağmen, birleşme. devralma, tür değiştirme, bir kamu tOzel kişisince devralınma gibi hallerde yeni kuruluş yoluyla birleşenlerin, katılanların, tür değiştirenlerin ve kamu tüzel kişisi tarafından devralınanların süjeliklerinin sona ermesi hususuna dikkat çekmek gerekir. Ticari işletmenin devrinde ise. devreden gerçek ya d tOzel kişi, hukuki varlığını devam ettirdiğinden, muhtemel bir küll intikalin, ekonomik ve hukuki gerçeklerle bağdaştırılması gerçekten zordur.

³³³ *ARKAN*, S. Ticari işletme Hukuku, 15. Baskı, s. 41; *KARAHAN*, S.: Ticari işletme Hukuku. 20. Baskı, Konya, 2011. s. 28.

m *TİRK*. ticari işletme rehni bakımından özel kanun olma özelliğini hiç şüphesiz yTIK karşısında da koruyacaktır.

179'a göre (yTBK m. 202) nasıl devre dahil borçlar³³⁵ için kanun gereği külli intikal söz konusu ise, yTTK m. 11/3 c. J gereğince artık devre dahil aktifler³³⁶ için de (yTTK m. 11/3, "aksi öngörülmemişse") kanun gereği "külli intikal" esas geçerli olacaktır³³⁷. *TEKİNALP* de yTİK m. 11/3 c. l'in anlam ve kapsamı hakkındaki görüşlerini

"Tasarı ticari işletmenin bir bütün olarak hukuki işlemlere konu olmasını kabul ederek ticari işletme rehninden sonra bir defa daha, Türk eşya hukukuna hakim olan eşya hukukunun belirlilik ilkesine, etki alanı geniş bir istisna getirmiş ve ticari işletmeyi oluşturan çeşitli malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı tasarruf işlemleriyle devredilmesini gerekli gören ilkeye son venniştir [...] Tasarı'nın l 1 (3). maddesi, ticari işletmenin, onu meydana getiren malvarlığı unsurlarının, teker teker ve gerekli borçlanma ve tasarruf işlemleri yapılmaksızın, yazılı bir sözleşme ile, bir bütün halinde devredilmesini öngörmüştür. Yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğu bu sözleşmenin kendisi bir tasarruf işlemidir. Anılan sözleşme özellikle taşınmazların devrinde sadece resmi şeklin yerini tutmakla kalmamakta, aynı zamanda tescilsiz iktisabı da sağlamaktadır. Mezkur sözleşmenin intikalinde özel siciline tescil kaydı şart koşan birçok fıkı mülkiyet hakkının da tescilsiz edinimini mümkün kıldığı şüphesizdir. 11 (3) maddesi hükmüyle Tasarı, Türk eşya hukukunun tescilli iktisap ilkesine önemli ve kapsamlı bir istisna grubu eklemiştir. Bu açılım hem ticari işletme rehni ile hukukumuzda meydana gelen önemli bir değişik ve gelişimi tamamlamakta hem de ticari işletmeyi işlevlerine uygun bir ticaret kurumu haline getinmekte, onu Türk ticaret hayatı içinde uygun bir konuma yerleştirmektedir[...]"

şeklinde açıklamıştır³³⁸.

Tartışmanın altında yatan ekonomik ve hukukî sorun şu şekilde fonnyüle edilebilir: Bir ticari işletmeye tahsis edilmiş menkul ve gayrimenkul eşya ile alacak hakları ve fıkı ve sanat haklar da dahil olmak üzere diğerk hak ve borçların, sağılararası hukukî işlemlerle, a) bir hukukî bütünlük (*universitas*

³³⁵ Devirde pasinerin sınırlandırılabilceğı hakkında bkz. *ARICI*, Devir, s. 79 vd.

³³⁶ Karş. *ARICI*, Devir, s. 72.

³³⁷ *TEKİNALP*, BATİDER, Y. 2008, C. XXIV, S. 3, s. 11-13; *AKER*, BATİDER. Y. 2010, C. XXV, S. 2, s. 239. Bir külli halefiyellen açıkça bahsedilmemesinin sebebi, ticari işletmenin konu olduğu işlemde tarafların bazı unsurları kapsam dışında tutmalarının mümkün oluşudur, karş. *AR/CI*, Devir, s. 29-30, 79 vd.; *ACEMOĞLU*, s. 40.

³³⁸ *TEKİNALP*, BATİDER, Y. 2008. C. XXIV, S. 3, s. 12-13. Makalede TTK Tasarısının yukarıda da anılan üç farklı metninden hangisinin esas alındığı açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, 2008'de yayımlanmış olması itibariyle Adalet Komisyonu'nca TBMM Başkanlığı'na sunulan metinden hareket edildiğı sonucuna varmak mülmkilndir. Ayrıca bkz. *TEKİNALP*. O.: "1'irrk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Ticari işletme Kitabının İçerdiği Modern Yaklaşımlar", *Gilncel Hukuk*, Aralık 2010, s. 14 vd.

ittris) halinde ve b) tek bir tasarruf işlemi ile (uno acti) devri mümkün müdür?

Kanaatimizce yTTK m. 1 J/3 bu haliyle, temel ilkeler bağlamında TK ile MK ve BK arasında olması gereken uyumu bozan, bu yüzden de karmaşık

şukuşu soşunl_şu-sebeşşfet verecek ve beklenenin tersişu eşkileryşu raşu c_ak özellikte bir hukumdür . Bu kanaatin gerekçeleri şu şekilde ifade edilebilir:

Ticari işletmenin malvarlığı cephesi, maddi varlığı olan ve olmayan bazı malvarlığı değerlerinin, onu işleten gerçek ya da tüzel kişi tacirin subjektif iradesinin bir ürünü olarak onaya çıkan ve genellikle tahsis şeklinde isimlendirilen fiillerle, işletmenin maksat ve mevzuuna uyan her türlü faaliyetin yşrüşülüşünde kullaşılması ile ortaya çıkmaktadır. Belli b_iraşu a kşdi nışılıştekişmaçlara hizmet eden malvarlığı değerleri, işletmecinin tahsis iradesişu_ın belirşes_ânından itibaren ticari amaçlara hizmet eder hale ge_lmekte ve b_oyleşu e tışarı işletmeye dahil sayılmaktadırlar. Ticaret unvanı ve işletme adı ile yine ticari faaliyet çevresinde ortaya çıkan ve kullanılan marka bir şena_rşu a tutulursa, hukukumuzda herhangi bir mal ya da hakkın herşamşşş ticari işletmeye tahsis edilmiş sayılacağına, onun bir unsuru kabul edileceğine ilişkin genel bir kural yoktur. Aksine TK m. 1 I/II ve yTTK m:11/3 c. 2'nin de gösterdiği gibi bu hususta ancak adi karine öngörülebilir. İşte tacirin, geri alınması ve değiştirilmesi her zaman, her şekilde mümkün olana leniyete ihtiyaç göstermeyen ve objektif ve hukuki olarak statikleştirilmesi de neredeyse imkansız olan tahsis iradesine, malvarlığına dahil ancak belli bir an/dönem için farklı bir amaca hizmet etmekle görevlendirilmiş maddi ya da gayri maddi malları, tabi oldukları genel tasarruf rejiminden çıkarmagışicü tanınması kanaatimizce yerinde değildir. Sadece devir işlemi için hüküm ifade edecek olsa da, bireylerin tek taraflı iradeleriyle, kendilerine ait malvarlığı değerlerinin tabi olduğu tasarruf işlemleri hukukt rejiminde, cüz' i intikalden küllt intikal yönüne değişiklik yapabilmelerine imkan tanımak, sahibine üçüncü kişilere karşı her zaman ileri sürebileceği mutlak yetkiler tanıyan aynı haklar ile fikri ve sınat mülkiyet hakları hakkında geçerli olan ve hukuk güvenliğini hedefleyen ilkelerle bağdaştırılması çok güç bir uygulama olacaktır.

Hükümde bir olguya hukuki sonuç bağlanmışken bu olgunun daha doğrusu "devir olgusunun" tanımlanmamış olması bir diğer önemli eksikliktir. Külli intikal gibi olağanüstü bir istisna³⁴⁰ öngörülmesi karşısında buna yol aşu aşmaddi olgunun kapsam ve sınırları çok açık şekilde belirlenmek gerekirdi. Bş açıdan bir ticari işletmenin hangi malvarlığı unsurları devredilmiş olmalı kış, kanunun sonuç bağladığı bir devirden bahsedilebilsin sorusunun

rm1 K arş. KENDİ' GELEN, İlk Tespitler. s. 48.

:w1 Karş. AR/C/, Devir, s. 215.

cevabı belli değildir. Oysa hükmün uygulamada sorunlara yol açmaması :ıçı-
sından, "devrin" kapsam bakımından tanımlanması zorunludur. Fıkranın bu
haliyle aşağıda kanun koyucunun sürdürdü geldiği, tasarruf işlemlerindeki be-
lirlilik ve aleniyet ilkelerinde istisna yaratma yöntemine aykırı olduğu bclır-
tirmelidir.

Bundan başka hükümde geçen "devir" kavramının kapsamına hangi tür
devirlerin gireceği hususu da tartışma konusu olabilecektir³⁴¹. Zira yTİK m.
11/3'ün "ticari işletme, içerdığı malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu ta-
sarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın **bir bütün halinde**
devredilebilir ve *diğer hukuki işlemlere konu olabilir*" şeklindeki ilk cümle-
si ile "bu devir sözleşmesiyle *ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan*
diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir"
şeklindeki son cümlesi, hükmün kapsamına giren sözleşme türleri (mülkiyeti
nakil ya da kullandırma amaçlı sözleşmeler) bakımından bir anlam **çelişkisi**
kuşkusu yaratmaktadır. Anılan hükümlerde "mülkiyeti nakil amaçlı sözleş-
me"³⁴²- "kullandırma amaçlı sözleşme ayrımı"³⁴³ ile külli' intikal kuralına tabi
işlemler ve şekil şartına (yazılı sözleşme ve tescil) tabi işlemler ayrımına
dikkat edilmediği gözlemlenmektedir. Zira ilk cümleye göre "devir", hem
satım, trampa ve bağış gibi mülkiyeti nakil amaçlı sözleşmeleri ve hem de
hasılat kirası gibi kullandınna amaçlı sözleşmeleri kastediyor gibi gözükse
de³⁴⁴, m. 1 1/3 son cümlede "devir sözleşmesi" ile "ticari işletmeyi bir bütün
halinde konu alan diğer sözleşmelerin" ayrı ayrı anılmış olması, kullandınna
amaçlı sözleşmelerin bütün halinde devir, bir başka deyimle küllt intikal

³⁴¹ TEKINALP'in açıklamalarına göre devir ve diğer hukukî işlemlerden. "devir" "kiralama", "hasılat kirası", "yönetim sözleşmesi", "ticaret şirketiyle birleşme". "ticaret şirketine dönüşme", "intifa hakkı kurulması" gibi işlemleri anlamak gerekir. BATIDER, Y. 2008, C. XXIV, S. 3, s. 13)

³⁴² Ticari işletme söz konusu olduğunda "mülkiyeti nakil ya da kullandınna amaçlı sözleşme" ifadelerinin gerçek durumu tam anlatmadığı bir gerçektir. Zira gerek satım ve gerek hasılat kirasında her ne kadar bir takım eşya ve hakların mülkiyetinin ya da zilyetliğinin intikali söz konusu olsa da, asıl belirleyici olanın işletme organizasyonunun "devri". bir diğer deyimle devralanın bunu kullanmasının sağlanması ve böylece işletmecî haline getirilmesi olduğu açıktır. Bu yüzdendir ki "mülkiyeti nakil ya da kullandınna amaçlı sözleşme" kavramlarının sınırlılığına dikkat çekilmek gerekir. SCHMIDT, Handelsrecht, s. 141.

³⁴³ Alman hukukunda temlik amaçlı devirlerin "Übertragung", kullandınna amaçlı (geçici) devirlerin ise "Überlassung" kelimeleri ile karşılandığı görülmektedir. bkz. SCHMIDT, Handelsrecht, s. 142.

³⁴⁴ Makalesinde "Tasarı'ya göre. ticari işletmenin devri gibi kiralanması, hasılat kirasına verilmesi, bir yönetim sözleşmesine konu olabilmesi. bir ticaret şirketiyle birleşmesi, bir ticaret şirketine dönüşmesi üzerinde intifa hakkı tanınması da hukuken kolayca gerçekleştirilecektir" diyen TEKINALP'in de (BATIDER, Y. 2008, C. XXIV, S. 3, s. 13) sayılan hukukî işlemlerin tUmUn külli intikal kuralının kapsamında yer aldığı görülmektedir. Şünde olduğu savunulabilir.

hükümü kapsamına girmedeği izlenimini yaratmaktadır. Eğer aksi yorum benimsenecek olursa, en azından fıkranın ilk cümlesinde her iki tür için de ay hukuki sonuç öngörüldüğünden, "devir" ve "diğer hukuki işlemler" aynıdır. Bu m. 11/3 uygulaması bakımından bir önemi kalmadığı söylenebilir. Diğer yandan hasılat kirası örneğinin de gösterdiği üzere, her devirde malvarlığı: unsurlarının mülkiyetlerinin de devredilmesi zorunlu olmadığından, devrin ve kullu intikal kuralının yalnızca mülkiyeti nakil amaçlı sözleşmeleri ifade edecek şekilde anlaşılması daha doğru bir yorum olacaktır. Bu devirde satış, bağış ve trampa anı edimli ve kural olarak devredilenin iadesini gerektirmeye sözleşmeler iken, hasılat kirası sürekli borç ilişkisi yaratan ve sözleşme bitiminde devredilenin iadesi borcunu doğuran bir sözleşmedir (BK m. 292-293; YTBK m. 372-373)³⁴⁵. Görüldüğü gibi hükmün lafzı, kapsamının tayininde yetersiz kalmaktadır. Hükmün birbirinden farklı birçok hususu tek bir fıkra ile düzenlemek istemesi, önemli karışıklıklara sebebiyet verecektir.

Şekil şartları bağlamında ise, her türlü devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil ve ilan edileceği öngörülmüş olmasına rağmen, bunun hukuki niteliği ile özellikle üçüncü kişilere etkilerinin, hükümden tam olarak anlaşılamadığı ve bilhassa da sözleşmenin ne şekilde tescil ve ilan edileceğinin açıklanmadığı (TIRK m. 4-7) açık olmadığı belirtilmelidir³⁴⁶. Hükümde hem yazılı bir sözleşme-

³⁴⁵ SCHMIDT. Handelsrecht. s. 142.

³⁴⁶ Karş. ARICI, Devir, s. 215 ve dn. 457. Yazar devredilen malvarlığı unsurlarını ihtiva eden bir devir envanteri hazırlanmasının zorunlu olması gerektiğini ifade etmektedir. 2003 tarihli İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Değişikliği Hakkında Kanun (kısaca Birleşme K.) m. 69 vd.'nda yer alan ve bir şahıs işletmesinin malvarlığının tamamen ya da kısmen aktif ve pasifleriyle birlikte bir başka özel hukuk kişisine devrini öngören düzenlemelerde ise devir sözleşmesinin şeklinin ve asgari muhtevanın emredici biçimde tespit edildiği görülmektedir. Buna göre devir sözleşmesi yazılı olmalıdır. Devredilen mallar arasında gayrimenkuller varsa, sözleşmenin yazılı kısmı resmi şekilde düzenlenmelidir (m. 70/11). Sözleşmede tarafların unvan, isim, merkez ve hukuki tipleri ile devredilen aktif ve pasiflerde yer alan nesnelerin, gayrimenkullerin, kıymetli evrakın, gayri maddi değerlerin tek tek ve açıkça yazılmış ayrıntılı özelliklerinin bulunduğu envanter, devredilen aktif ve pasiflerin toplam değeri, karşı edimin değeri ile devredilen iş ilişkilerinin listesi yer almalıdır (m. 71/1). Kanun malvarlığının tamamen ya da kısmen devrini, aktiflerin değerinin pasiflerden fazla olmasına da bağlamıştır (m. 71/11). Envanter ile kime ait olduğu tespit edilemeyen ve aktiflerde yer alan nesneler ile alacak ve gayri maddi değerlerin devredende kaldığı kabul edilir (m. 72). Devir sözleşmesinin hüküm ifade ettiği ve aktif ve pasiflerin külli halefiyeti yolu ile devralana intikal ettiği an ise, malvarlığı devrinin ticaret siciline tescil edildiği an olarak ifade edilmiştir (m. 73/11). Ancak devir üçüncü kişilere karşı bunun ilan edildiği tarihle ileri sürülebi- lecektir (İsviçre BK m. 932/11). Her ne kadar hüküm ticaret siciline sadece devir olgusu- nun tescilinin yetmediği olduğu zannını uyandırır da. İsviçre TST m. 108 ve 108a'ya bakıl- dığında, ticaret siciline sunulması gereken belgeler arasında devir sözleşmesi de olduğu ve tarafların unvan, isim, merkez ve ticaret sicil numaraları ile sözleşme tarihi, aktif ve pasiflerin toplam değeri ve karşı edimin miktarı tescil edilecek hususlar olarak sayıldığı görülmektedir.

den hem de tescil ve ilandan bahsedilmesi, ancak tescil ve ilanın hukukî niteliğinin belirsiz bırakılması, tasarruf işleminin hangi hukukî fiiller ile gerçekleşeceği problemini de doğurmaktadır³⁴⁷. Zira artık her bir unsur için türüne göre gerekli olan teslim, tescil ve temlik uygulamaları kaldırılmaktadır. *TEKİNALP*, "sözleşmenin kendisinin tasarrufî nitelikte olduğunu" belirtmekle beraber, "tescil ise kurucu niteliktedir" demiştir³⁴⁸. Ne var ki sözleşme tasarrufî nitelikte ise, tescile kurucu nitelik tanımının bir anlamı kalmamaktadır. Tersî için de aynı durum söz konusudur. Kısacası yTTK m. 11/3'ün bir bütün olarak tasarruf işlemleri bakımından oldukça önemli olan aleniyet ilkesinin gereklerini ne derece yerine getirdiği ve hukukî güvenlik endişelerini giderip gidermediği tartışmalıdır³⁴⁹. Sözleşmenin sadece adi yazılı şekil şartına tabi tutulmasının da özellikle hukukî güvenlik ilkesi bağlamında tasarruf işlemlerinin gerektirdiği *aleniyet* bakımından sorunlu olduğu da ayrıca belirtilmelidir³⁵⁰. yTTK m. 11/3 c. 2'deki devir sözleşmesinin maddî konusunu belirleyen "duran malvarlığı [...] kiracılık hakkı, ticaret unvanı ile diğer fikrî

Birleşme K. m. 69-73'de kurulan sistem de her ne kadar ticarî işletmenin **organizasyon** yönünü ihmal etmiş ve onu adeta bir mal yığını olarak ele almış olsa da, sözleşmenin şekli ve muhtevası hakkındaki emredici kurallar ile "hukukî güvenlik ilkesine", envanter zorunluluğu ile "belirlilik ilkesine", müstakîl tasarruf işlemlerini ikame eden tescil mecburiyeti ile de "aleniyet ilkesine" riayet etmiştir. Alacaklıların ve çalışanların korunması bağlamında da Birleşme K. m. 75 vd.'nda kapsamlı hükümler getirilmiştir. Bu kısa açıklamaların da gösterdiği gibi mahiyetçe benzer bir amaca hizmet eden yTTK m. 11/3'ün önemli eksiklikleri mevcuttur. Ayrıca ticarî işletmelerin devri konusunun ticarî işletme hukukunun genel bir hükmü olarak nitelendirilebilecek m. 11'de değil de, birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerin düzenlendiği m. 134 vd.'nda, örneğin m. 194 çevresinde ele alınmasının daha yerinde olacağı söylenebilir. Zira meselenin boyutları kısa bir fıkranın çözebileceğinin çok üzerindedir.

³⁴⁷ *ARICI*, Devir, s. 215.

³⁴⁸ *TEKİNALP*, BATİDER, Y. 2008, C. XXIV, S. 3, s. 12-13.

³⁴⁹ yTTK m. 11/3 son cümle bağlamında *ARICI* aleniyetin sağlanabilmesi bakımından ticaret siciline tescile kurucu işlev yüklenmesi gerektiği belirtmekte ise de (Devir, s. 215), bu durumun, ticaret sicilinin ihdası sebepleri, teşkilatı ve işleyişi ile örtüşüp örtüşmeyeceği sorunu yanında, ticaret sicilinin örneğin tapu sicili ve motorlu araçlar sicili gibi sicillerin hukukî etkileri ile yanışması tartışmasını da beraberinde getirmesi muhtemeldir. Bu bakımdan düzenlemelerin sarîh olmasında büyük fayda vardır.

³⁵⁰ Ticaret siciline yapılacak tescil ve ilanlar gerek başka amaçlara matuf oldukları ve gerek devirden sonra gerçekleşecekleri için istenilen korumayı sağlamayacaktır. "Ticarî işletmenin devrinde aleniyet ilkesi" hakkında bkz. *ARICI*, Devir, s. 28. Diğer yandan işletmenin devrinde sadece adi yazılı şekil yeterli görülürken, teminat amacı taşıyan ticarî işletme rehinde resmî yazılı şekil ve tescil zorunluluğunun bulunması (bkz. TİRK m. 4-6) ileride bir çelişki teşkil edecektir. Adi yazılı şekil şartının gayrimenkullerin devrinde yol açabileceği sorunlar hakkında bkz. *ARICI*, Devir, s. 213-214. Gayrimenkullerin anonim şirkete sermaye olarak taahhîl edilmesini düzenleyen TK m. 285/II'nin (yTTK m. 128/2-6, 342) anJamı hakkındaki tartışma ve görüşler için bkz. *MOROĞLU*, E.: "Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Ayn'ı Hakkın Konulması Taahhüdü", Makaleler I, 3. Bası, İstanbul, 2006, s. 35 vd.

"ülkiyet h?kl?" ifadel?"ri hangi. tasarruf işlemi türle?"i?"stisna getir!!?"ini kısmen belirgin hale getirmekte ise de aynı cümledeki işletme değen ve "si?"r?"k(i olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları" ifadeleri ise, bu belirlilik konusunda tereddüt yaratmaktadır. Zira bu son anılan kavramlar çok genel bir kapsama sahip olup, kastedilen unsurun türü ve hangi hukuk rejimine tabi olduğu da açık değildir. özellikle "sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları" ifadesi, "sözleşmede istisna edilmesi unutulmuş her şey maddeye dahildir" şeklinde anlaşılabilir ki, küllü intikal bakımından bunun ne gibi sonuçlar doğuracağını bugünden öngörmek mümkün değildir.

. ?ukarıda anılan sorunun ortaya çıkardığı bir diğer sorun da, hü?"ün emredici olup olmadığıdır. yITK m. 11/3 c. 2'de taraflara -dolaylı biçimde de olsa- sözleşmenin muhtevasını, bir diğer deyimle küllü intikale konu olacak unsurları belirleme yetkisi verilmişse de, küllü intikalin kendisinin emredici olup olmadığı tartışmalara yol açabilir. Zira hükümle uygulamaya konulan "bütünlük ilkesi", ekonomik ihtiyaçları gözetmeyi amaçlasa da, yine tarafların ekonomik ihtiyaç ve menfaatleri, somut olay bakımından farklı hukukî çözümleri gerektirebilir. Kanun koyucunun ekonomik ihtiyaçları ve değişkenlikleri göz ardı ederek her türlü devir için zorunlu bir küllü intikal öngörmesi her halde isabetli değildir.

Diğer önemli bir potansiyel sorun alanı ise, ticaret hukukumuzda hangi iktisadi işletmenin ne zaman ticari işletme sıfatını kazandığı ve kaybettiğinin tespitinin her zaman kolaylıkla mümkün olmamasıdır. Mesele ticari işletme niteliğinin kazanılmasının en önemli kriteri olan "esnaf faaliyeti (işletmesi) sınırlarının aşılması" (TK m. 17, 1463ff; TST m. 14/II, 15; yTTK m. 15; 11/1-2, 15) ile ilgilidir. Bu sınırlar, işin tabiatı gereği zaman içinde değişiklik gösterebilirler. yTTK rn. 11/3'de küllü intikal sadece ticari işletmelerin devrine mahsus kılınmış olmakla, esnaf işletmelerinin devri için hala cüz'i intikal hükümlerinin uygulanmaya devam olunacağı açıktır. Oysa belirtildiği gibi bir ticari işletmenin zaman içinde belirtilen sınırlar içinde "salınması" mümkündür ve bu değişimlerin ticari işletme niteliğine tesirleri ne mer'i TK'da ne de yTTK'da tatmin edecek bir çözüme kavuşturulmuştur³⁵². Gerek TK m. 17 (yTTK m. 15), TST m. 14/II, 15 ve gerek yTTK m. 11/1-2 ile 2007/12362 s. BKK ekonomik gerçekliği hukuken tanımlamaya çalışmış ol-

³⁵¹ Hükümet Tasarısı 11/3. madde gerekçesinde işletme değerinin, "işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker mal varlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri" şeklinde anlaşıldığı ifade edilmiş ve buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denildiği belirtilmiştir, bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>, (erişim tarihi: 17.03.2008), s. 76.

³⁵² "Esnaf faaliyeti sınırlarının aşılması" kriteri hakkındaki değerlendirmeler için bkz. KIRCA, İ., BATİDER, Y. 2007, C. XXIV, S. 21, s. 295 vd.; AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 2, s. 268 vd., 278 vd. ve dn. 166 vd.'nda anılan yazarlar.

salar da, her şartta geçerli bir hukuki belirlilik yaratamamışlar, bir **başka de-**yimle ekonomik gerçekliği dondurarak her zaman için geçerli bir norma dönüştürememişlerdir. Bu durum bir ölçüde normal karşılanabilirse de, külli intikal gibi olağanüstü bir istisna getirildiğinde, belirtilen türden eksikliklerin sorun yaratması her zaman ihtimal dahilindedir. Görüldüğü gibi yTfK m. 1 l/3'de sadece "devir" değil, onun konusu olan "ticari işletme" de belirsizlikler barındıran bir kavramdır. Bunlara, "devir" ile sadece satım vb. gibi "mülkiyeti nakil" amaçlı hukuki işlemlerin mi kastedildiği, yoksa hasılat kırası gibi kullandırma amaçlı hukuki işlemlerin de buna dahil olup olmadığı sorusu eklenirse, yTTK m. 1 l/3'ün en az üç bilinmeyenli bir hüküm olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer yandan yTTK m. 1l/3'ün yansıttığı, ticari işletmenin sadece maddi ve gayri maddi unsurlardan oluştuğu ve bunlar devralana geçtiğinde ticari işletme de devredilmiş/devralınmış olur düşüncesi yerinde değildir. Zira yukarıda da açıklandığı gibi³⁵³ ticari işletme salt malvarlığı unsurlarından ibaret olmayıp, bir organizasyon yanına da sahiptir. İster cüz'i, ister külli intikal yöntemiyle devredilmiş olsunlar organizasyon devredilmeksizin gerçek anlamda bir ticari işletme devrinden söz edilemez. Bu halde artık bir ticari işletme devrinden değil, somut olayın özelliklerine göre bir satım, trampa ya da bağış, adi kira veya ariyet sözleşmesinden bahsetmek gerekir. İşte malvarlığı unsurlarının devrini hemen ticari işletme devri olarak nitelemek yanlış sonuçlara ve bu arada zorunlu olmadığı halde külli intikal istisnasının uygulanmasına neden olabilir ki, yTTK m. 1 l/3'ün kaleme alınış şekli böyle bir tehlikeyi barındırmaktadır. Daha açık bir deyimle, anılan hüküm, ticari işletmeyi bir bütün olarak değil, hatalı biçimde sadece malvarlığı cephesiyle dikkate almış ve bu kabul üzerine inşa edilmiştir.

Hukukumuzda malvarlığına etki eden hukuki işlemlerde taahhüt işlemi (borçlar hukuku alanı)-tasarruf işlemi (eşya hukuku alanı) ayrımı yapıldığından dolayıdır ki, kanun koyucu menkul ve gayrimenkul mülkiyeti ile diğer hak ve borçların sahipliğinin örneğin teslim, tescil, temlik ya da nakil (üstlenme) gibi yollar dışındaki başka bir yol ile değişmesine izin vermek istediğinde, -yTTK m. 1 l/3'de olduğu gibi- işlemin konusuna bakmadan topluca izin vermek yerine, istisna getirmek istediği olayı ve istisnanın yöntemini de açıkça zikrederek düzenleme yapma yolunu tercih etmiştir. Tasarruf işlemlerinin ihtiyaç duyduğu güvenlik de hiç şüphesiz ancak bu surette sağlanabilir. Menkuller bakımından mülkiyetin teslimsiz devri halleri MK m. 105/1, 599 ve 766'da, BK m. 231'de (yTBK m. 279), TK m. 151/1 (yTTK m. 153/1, 179/4, 194/1-3) ve 868'de (yTTK m. 1001, 1007)³⁵⁴, gayrimenkuller bakı-

³⁵³ Bkz. yukarıda § 2 il 3 B.

³⁵⁴ OĞUZMAN/SELİÇİİOKTAY-ÖZDEMİR, s. 593-594.

mından ise le cilden önce kazanma halleri, MK m. 705'de (karş. MK m. 707, 716, 599. fık m. 134) ile MK m. 54, 105/1, 256, 708 ve TK m. 151/1'de (yTTK m. 153/1, 179/4, 194/1-3) açıkça tasrih edilmiştir³⁵⁵. yTTK, gayrimenkul sermaye taahhüdü için TK m. 140/II-III'de öngörülen resmi şirket sözleşmesi ile ikamesi kuralını korurken (m. 128/3), tescil şartını ise açıkça öngörmüştür (bkz. m. 128/2, 5-6, 342, 569, 578³⁵⁶; karş. TK m. 285/II, 476/II, 509/11; KoopK m. 98). Menkul sermaye taahhüdü hakkındaki teslim şartı kuralı³⁵⁷ ile diğer hakların sermaye olarak konulmasına ilişkin TK m. 140/III'deki tescil kuralında³⁵⁸ değişiklikler yapılmış ve yTTK m. 128/4'de "*paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması halinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bazar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir*" hükmü getirilmiştir (karş. 556 s. Marka KHK m. 16/U-III, VII; 551 s. Patent KHK m. 2/II-III)³⁵⁹. Bu suretle aleniyet prensibine de hizmet edilmiş olmaktadır. istisnalar bağlamında unutulmaması gereken diğer hükümler de, bir malvarlığı veya ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle devrinde borçların naklini düzenleyen BK m. 179 (yTBK m. 202) ile örneğin BK m. 254/11, 265, 276/II, 291'dir (yTBK m. 310/I, 333, 371)³⁶⁰.

Diğer yandan TK m. 151/1 ile yTTK m. 153/1, 168, 179/4, 194/1-3 hariç, anılan istisna hükümlerinden hiçbirisi menkul, gayrimenkul eşya ile hakların hukukî bütünlük olarak külli intikallerine izin veren hükümler olarak görülemez. Kaldı ki TK m. 151/I ile yTTK m. 153/1, 168, 179/4, 194/1-3 incelendiğinde, gerek bu hükümlerin lafzı ve gerek birleşme ve bölünme sistemi

³⁵⁵ OĞUZMANİSELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 331 vd.

³⁵⁶ yTİK m. 578 ile bağlantılı 581. ve 582. maddelere gerek olmadığı ve maddelerde m. 127 ve 128'e yapılan atıflardaki karışıklık hakkında bkz. YILDIZ, Ş.: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Yeditepe Ü. HFD, Y. 2005, C. II, S. 1, s. 455. Gerçekten dem. 581'in anıldığı m. 342'de, m. 128 hükmü saklı tutulmuşken, m. 58 I 'dem. 127 hükmü saklı tutulmuş vem. 339/2-e hükmünü esas alan m. 582'de isem. 128 hükmü saklı tutulmuştur. Arda arda gelen bu iki hükümdeki karışıklığın uygulamada sorunlara yol açması muhtemeldir.

³⁵⁷ PUi.AŞLI, H.: Şirketler Hukuku, Temel Esaslar, 10. Baskı, Adana, 2011, s. 62-63 vd.

³⁵⁸ PUi.AŞLI, s. 63-64.

³⁵⁹ PUi.AŞLI, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara, 2011, § 5 N. 69 vd., 73 vd.; yTTK m. 128/2 şu şekildedir: "Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerler, varsa özel sicillerine, bu hüküm uyarınca kaydedildikleri ve taşınırılar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde aynı sermaye kabul olunur. Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır". Bu hüküm yITK'nın, "*sermayenin getirilmesi ilkesini*" güçlendirme ve gerçekten uygulanmasını sağlama amacı güttüğünün bir göstergesidir. Aynı hükmün 6.-8. fıkraları da bu kanaati pekiştirmektedir. Ayrıca bkz. 6103 s. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG T. 14.02.2011, S. 27846) m. 16.

³⁶⁰ AYRANCI, H.: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003, s. 56, 69.

bütünlüğü içindeki yerleri ve sistemin diğer normları ile işlevsel ilişkileri dikkate alındığında, bu hükümlerle açık bir kanuni istisna getirildiği hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak y'ITK m. 11/3 tekil bir hükümdür ve y'ITK m. 153/1, 168, 179/4, 194/1-3' de olduğu gibi şirket. ortak. yatırımcı ve alacaklıları korumak için kurulmuş bir sistemin parçası *değildir*. Bir diğer deyimle m. 11/3'ün taraf ve alacaklıların menfaatlerini koruyan bir hukuk'i güvenlik çemberiyle tahkim edilmemiş olması kanaatimizce giderilmesi gereken bir önemli bir eksikliğidir. Bu çerçevede örneğin taraflara envanter hazırlama, unsurların türünü ve değerini bağımsız şekilde tespit ettirme ve devir işleminin ilan gibi tedbirler öngörmeden ve alacaklıların itiraz hakları saklı tutulmadan devir sözleşmesine, birbirinden farklı hukuk'i özellikte bir çok unsur üzerinde *uno actu* tarzda yapılan bir tasarruf işlemi niteliği vermek ve buna ilaveten tarafların *susması* halinde tasarrufi işlemin içeriğini yine kanun hükmü ile tayin etmek hukuken oldukça tehlikelidir.

Buraya kadarki açıklamalardan da anlaşılabileceği üzere, y'TIK'nın *uno actu* tasarruf (devir) işlemine "imkan ve izin" vermeden önce, halletmesi gereken çok önemli bir hukuk'i sorun vardır: O da ticari işletmenin her türden unsuruyla, üzerinde **tek bir** mülkiyet kurulabilecek bir obje haline getirilmesidir³⁶¹. Yukarıda ticari işletmenin eşya hukuku karşısındaki durumu incelenirken³⁶², bir "mallar ve haklar topluluğu" olması itibarıyla belirlilik ilkesi gereği bunun mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Oysa y'TTK m. 11/3 bu özelliği adeta "*varsaymış*" ve doğrudan bütün halinde devredilebileceğini belirtmiştir. Bir diğer deyimle y'TTK, ticari işletmenin sanki alelade bir "mal/eşya" olduğundan, böyle olmasa da bunun adeta bir kişiliğe sahip olduğundan hareket etmiş gözükmektedir. Eğer böyle bir varsayım yoksa y'TTK m. 11/3' ün bir anlamı olmazdı.

y'TTK'da "devir sözleşmesinin, aksi öngörülmemişse, duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fıkra'ı mülkiyet

³⁶¹ y'TTK m. 11/3 düzenlemesini 2003 tarihli İsviçre kısaca Birleşme K.'nun ilgili 69.-73. maddeleri ile kıyaslamak da zordur. Anılan hükümler incelendiğinde burada bir işletmenin değil, *malvarlığının* devrinden söz edildiği görülmür (karş. İsviçre BK m. 181/IV). Gerçekten anılan Kanun'un m. 69/1c. 1. maddesinde "ticaret siciline kayıtlı şirketler ile ticaret siciline kayıtlı şahıs işletmeleri malvarlıklarını ya da bunun bir kısmını aktif ve pasifleriyle birlikte bütüne özel hukuk tüzel kişilerine devredebilirler [...]" ifadesi yer almaktadır. Ticari işletme söz konusu olduğunda tacirin işletmeye tahsis ettiği malvarlığı unsurları devir yönünden "malvarlığı" olarak kabul edilecektir. Ancak İsviçre düzenlemesinin m. 70-71 ve 73'de sıkı şekil şartlarına bağladığı malvarlığı devri ve külli halefiyet sistemi ile y'TTK m. 11/3'ün ticari işletmeyi hukukî bütün kabul ederek kurguladığı sistemin hem dogmatik hem de hukuk tekniği bakımından birbirinden farklı olduğu açıktır. Malvarlığı devri hakkında bkz. *MEIER-HAYOZJFORSTMOSER*, s. 642 N. 68g vd.

³⁶² Bkz. yukarıda § 2 il 3 C.

haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdigi kabul olunur" denilmesi, m. 11/3 bir küllî intikal normu olarak tasarlandığından isabetli değildir. Bu hüküm gerek tek bir kişi tarafından ve gerek adi ortaklar tarafından işletilen şahıs işletmelerinde unsurların her zaman mülkiyetinin değil, sadece yararlanma haklarının tahsis edilebildiği gerçeğiyle³⁶³ de uyumlu değildir. Özellikle sınai kullanım amaçlı menkul işletme satışları dışındaki unsurlarda hem ticari hem de adi kullanım söz konusu olabilir. Bu bakımdan yITK m. 11/3, TK m. 11/II'nin maddi anlamda muadili zannedilse de, anılan cümlelerin hukuki anlam ve sonucunun tamamen farklı olduğu da açıktır.³⁶⁴

Hal böyle olunca, kanun koyucu mülkiyet geçişlerinde aleniyeti de sağlamaya mütevekkil olan³⁶⁵, menkullerde teslim, gayrimenkullerde tescil ve hâk-larda temlik genel esaslarından ayrılma hallerinde istisnayı her bir somut ihtimal vâhitiyaç için açıkça öngörmüşken, ticari işletmenin satım, bağış ya da hasılât kırası Y?l uy?ad?vri hallerinde, çok genel bir hükümle, belirti?en ?sas-lara istisna getirildiğini düşünmek zordur. Esasen ticari işletme devirleri bakımından böyle bir kanunî küllî intikal kuralı getirmenin yerindeliği, bu nevi işlemlerde karşılıklı menfaatlerin çok değişik olabileceği gerçeği karşısında da eleştiriye açıktır.

Ticari işletme gibi hukukî kişiliği olmayan ve sonuç olarak kendisini işleten gerçek ya da tüzel kişinin malvarlığı içinde bir yer bulan³⁶⁶ ve hukuk?n farklı nitelikteki birçok unsuru ihtiva eden değişken ve karmaşık ekonomik yapıların, hukukî işlemlerle geçici ya da sürekli biçimde devri söz konusu olduğunda zorunlu olarak ortaya çıkan sorunlardan bir tanesi de, menkul, gayrimenkul ya da diğer hak ve borçların ticari işletmeye "aidiyetinin" tespiti meselesidir³⁶⁷. yTTK m. 11/3 c. 2 ile "tasarruf işlemine" deyim yerindeyse otomatik içerik öngörülmüş olması, bu sorunu daha da ciddi hale getirmektedir³⁶⁸. Bilhassa şahıs işletmelerinde aidiyetin tespiti bakımından hukukî

³⁶³ Karş. ŞENER, O. H.: Adi Ortaklık, Ankara, 2008, s. 200.

JM ARICI da, yTIK Tasarı halinde iken kaleme aldığı eserinde, m. 11/3 c. 2'nin Tasarıdan çıkartılması gerektiğini ifade etmiştir, Devir, s. 214.

³⁶⁵ Belirlilik ilkesi ile aleniyet ilkesi arasındaki yakın ilişki hakkında bkz. ARAL, AUHFD, Y. 1991-1992, C.42, S. 1-4, s. 112-113.

³⁶⁶ Ticari işletmenin özel malvarlığı olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. ACEMOĞLU, s. 19 vd.; ARICI, Devir, s. 33-34. ancak burada tartışmalar daha çok şubenin müstakil olarak devredilebilirliğine odaklanmıştır.

³⁶⁷ Karş. ARICI. Devir, s. 37 vd. ARKAN...işletmeye devamlı surette tahsis olunan unsurların neler olduğunu, her olayın özelliklerine göre yorumlamak gerekir" görüşünü ifade etmektedir, Ticari İşletme, 15. Baskı, s. 44.

³⁶⁸ ARICI. yTIK m. 11/3 c. 2'yi "ayrıca devir sözleşmesi geçerlilik şekli olarak yazılı şekle tabi kılınmış iken, hala TK 11/II'deki düzenlemenin TK Tasarısı II/111c. 2'de korunmaya çalışılması yerinde değildir. TK 11/11 ticari işletmenin devrinin herhangi bir şekle tabi

güvenlik ilkesini tatmin edecek nitelikte kabul edilebilir bir formül yoktu?⁹ Ticari işletmeye ait unsurların belirlenmesinde, TK m. 3 (yTTK m. 3) anlamındaki ticari işletme ile ilgili işler ile TK m. 21/I'deki (yTTK m. 19/1) ticari iş karinesine³⁷⁰ göre ticari iş sayılan işlem ve fiillerin esas olacağı **belirtile** de³⁷¹, bunun sadece alacak borç ilişkileri bakımından kullanılabilecek bir ölçüt olduğu ve bunların dışında kalan aktif ve pasifler için hala belirsiz bir alanın arta kaldığı açıktır³⁷². Diğer yandan her ne kadar tüzel kişi tacir olsalar da (TK m. 18; yTIK m. 16) tacirlik sıfatlarının doğumu bir ticari işletme işletilmesine bağlı olan demek ve vakıfların³⁷³, tüzel kişiler olmaları nedeniyle TK m. 21/I'in (yTIK m. 19/1) aksi anlamıyla her ne kadar özel alanları olmayacağı kabul edilse de, bu sonucun devirler bakımından taraf menfaatleri, gerçek durum ve hakkaniyetle ne derece uyumlu olduğu tartışmaya açıktır. Özellikle gerçek kişi tacirlerin her türlü borçlarından adi ya da ticari ayrımı yapılmaksızın tüm malvarlıkları ile sorumlu olmaları, "ticari işletmeye tahsis" kavramını oldukça göreceli hale getirmektedir. yTIK m. 11/3' deki devir sözleşmesine tasarruf işlemi niteliği tanınması, bu sözleşmenin illi mi yoksa mücerret mi olduğu yönündeki tartışmaları da beraberinde getirecek ve devrin illi olduğunun kabulü ve taahhüt işleminin de sakatlığı halinde³⁷⁴, ticari

olmadığı mevcut hukuk sistemimizde bir anlam taşır. TK Tasarısı uyarınca yazılı şekilde yapılması gereken devir sözleşmesinde, hangi aktiflerin devredildiği açıkça belirlenmelidir. Aksi halde sözleşmede yer almayan unsur/aktifin devrin kapsamı dışında bırakıldığı kabul edilmelidir" görüşüyle eleştirmiştir, Devir, s. 214.

³⁶⁹ Ülkemizde özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerde tam ve usulüne özellikle de gerçeğe uygun ticari defter tutma alışkanlıklarının zayıflığı bilinmektedir. Bu gerçekliğin üzerine önemli sonuçları olan bir hüküm ihdas edilmesi yerinde değildir. Hukuki bütünlük ilkesi getirilerek devir süreci hızlandırılmak istenirken, külli intikale dahil malvarlığı unsurlarının tayini bağlamında ortaya çıkması muhtemel problemler yTTK m. 1 I/3'ü devirlerin önünde bir engele de dönüştürebilir.

³⁷⁰ ARICI, Devir, s. 37 vd.

³⁷¹ ARICI, Devir, s. 39. Yazar her ne kadar TK m. 21/II'deki (yTTK m. 19/11) ticari iş karinesinin, devreden tacir bakımından alacak ya da borcun ticari işletmesine aidiyeti noktasında bir işlevi olmayacağını hukuken isabetli olarak belirtmiş olsa da, bu işlemin diğer tarafını teşkil eden ve karinenin işlemlerine de sebebiyet vermiş olan tacirin (TK m. 3, m. 21/11; yTTK m. 3, 19/11) işletmesinin devrinde de durumun aynı olacağını söylemek mümkün değildir.

³⁷² Bir fabrikada kullanılan üretim ve iş makineleri gibi sınai amaçlı menkul işletme tesisatı, hammadde alımı, yatırım ve kredi işlemlerinden doğan borçlar ile mal ve hizmet üretim ve satımlarından doğan alacaklar ve işletmenin faaliyet konusuna uygun mal ve hizmet üretiminin veya ticaretinin yapıldığı gayrimenkullerin ticari işletmeye aidiyetinin tespiti nispeten kolaydır.

³⁷³ Kamu tüzel kişilerinince doğrudan ya da dolaylı şekilde işletilen ticari işletmelerin devri hakkında öncelikle özelleştirme mevzuatının uygulanacağı belirtilmelidir.

³⁷⁴ Sebepsiz zenginleşme türlerinden edim zenginleşmesini (edimden dolayı zenginleşme) doğuran nedenler hakkında bkz. ÖZ, M. T.: Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990, s. 81 vd.

işletmenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gündeme gelecek. 1. Alman Federal Mahkemesi de ticari işletmenin bir "bütün" olarak iadesinin talep edilemeyeceğini, bunun mümkün olmadığını ve haksız zenginleşmeye dayanan iade taleplerinde usul hükümlerinin bir gereği olarak da olsa bizatihi işletmenin değil, ancak buna dahil mallar ile hakların iadesinin istenmesini ifade etmiş bulunmaktadır³⁷⁵. Bir diğer deyimle yTTK m. 11/3'e göre, bir kQI halinde" devredilen ticari işletmenin iadesinde, unsurlar bu bütünlükten koparılarak müstakilen iade edilecektir.

– YIT:1(- m. 11/3'ün, BK m. 179 (yTBK m. 202) ile birlikte nasıl uygulanacağı işret edilmesi gereken diğer bir sorundur³⁷⁶. Oysa bireylerin menfaatlerinin, ticari işletmelerin devri söz konusu olduğunda belirlilik ve aleniyet ilkele_rine uyulmasını gerektirdiği tartışmasızdır. Bu çerçevede yTIK m. 11/3 ilğerek BK m. 179 (yTBK m. 202) ve gerek bir ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesi ve bir ticaret şirketine dönüşmesini düzenleyen m. 194 hükmü arasında bir uyum gözetilmediğine de dikkat çekmek gerekir. Zira özellikle birleşme de, özünde bir devralma olduğundan (karş. yTIK m. 194/1 c. 1), m. 11'de m. 194 hükmünün saklı olduğunun belirtilmesinde fayda hatta zorunluluk vardır.

Diğer yandan yTTK m. 11/3'ün, TİRK'in düzenlemeleri ile uyumunun ifade edilenin³⁷⁷ aksine zayıf olduğunu belirtmek gerekir³⁷⁸. Şöyleki, "ticari

³⁷⁵ BGHZ 7, 208, 211. Aynı yönde SCHÖNE, ZGR, Y. 2000, S. 1, s. 95. Yazar, sakal bir tasarruf işlemiyle de olsa devredilen işletme ile iade edilecek işletmenin değişik yapı nedeniyle hemen hiçbir zaman aynı işletmeler olmayacağını, ancak bu durumun iadenin kapsamını, şeyin aynen iadesinden (*Herausgabe in Natur*, Alman MK m. 812/I_c.1), diğer tazminine (*Wertersatz*, Alman MK m. 818/IIJ dönüştürmeyeceğini ifade ettikten sonra (s. 94), özellikle usul hukukunun gereklerini ve icra edilebilir bir ilamın zorunluluğunu dayanak göstererek, zenginleşme alacaklısının sırf "işletmenin" iadesini talep etmekle yetinemeyeceğini, işletmeye ait olduğu cihetle devir ve teslim edilmiş her türlü unsurun dava dilekçesinde tek tek gösterilmesi gerektiğini (başlangıçtaki ifa işlemlerinin izdüşümü olarak belirlilik) belirtmiştir. Ayrıca bkz. ÖZEN, TEKİNALP Armağanı, s. 719-720, Yazar edimzenginleşmesi hallerinde ticari işletmenin bir bütün halinde talep edilebileceğini, bazı unsurlarının bütünden ayrılarak tek başına iade konusu yapılamayacağını ifade etmektedir.

³⁷⁶ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 49; yTIK m. 11/3 ile BK m. 179 arasındaki uyum sorunları ve bunları gidermeye yönelik öneriler hakkında bkz. ARICI, Devir, s. 216. Ticari işletmenin devri başlığı altında (s. 28) "sadece malvarlığının devrini düzenleyen BK.202 hükmü ve sonuçların[nın] inceleneceğini" ifade eden (s. 29) KARAHAN, "devrin kapsamına giren unsurlardan bazılarının devri özel bir şekil gerektiriyor ise, onları_n devri hususunda bu özel şekle de uyulmalıdır [...]" görüşünü ifade etmiştir, Ticari işletme, 20. Baskı, s. 30-31.

m Bkz. TEKİNALP, BATIDER, Y. 2008, C. XXIV, S. 3, s. 12.

³⁷⁸ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 48; ARKAN ise yTTK m. 11/3 düzenlemesi karşısında TİRK'in_yürlükten kaldırılmamasını anlamanın güç olduğunu ve en azından yTTK m. 11/3 ile TİRK arasındaki ilişkiyi açıklayan bir hükme yer verilmesinin uygun olacağı-

işletme rehni", ticari işletmenin belli unsurları üzerinde belli kişiler lehine sicilli menkul rehni kurulmasını temin ve böylece tacir ve esnafları teslim şartlı rehnin (MK m. 939 vd.)³⁷⁹ gereklerinden kurtarmak amacıyla Fransız hukukundaki benzer müesseseden esinlenilerek yaratılmış olan bir istisnai menkul rehni kurumudur.³⁸⁰ Sadece yITK m. 11/3 bağlamında kıyaslama yapmak açısından belirtilmelidir ki, TİRK ile iddia edilenin aksine ticari işletme çerçevesinde belirlilik ilkesi "kırılmış" değildir. Aksine TİRK, belirlilik ilkesine olağanüstü bağlı kalmış ve -Kanun'un ismi her ne kadar yanlış bir çağrışım yapsa da- ticari işletmenin bir bütün olarak üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynı hak tesis edilemeyeceğinden hareketle, işletmenin sadece bazı unsurları (TİRK m. 3) üzerinde rehni tesisine izin vermiş ve rehne dahil unsurların ayırt edilmelerini mümkün kılacak özellikleri de gösterilerek tam listesinin yapılmasını ve bunun sözleşme ile birlikte tescil edilmesini emretmiştir (TİRK m. 4 c. 2, 5)³⁸¹. Bu çerçevede ticari işletmeye tahsis edilmiş olsalar da gemilerin rehni TİRK m. 3/son'da açıkça ve gayrimenkullerin rehni ise

nı ifade etmiştir, *ARKAN*, Ticari İşletme, 15. Baskı, s. 45, 49. Ayrıca bkz. *KARAHAN*, Ticari İşletme, 20. Baskı, s. 28. TİRK ile esnaf işletmelerinin rehni de söz konusu olduğundan, TİRK'in tümünden ilga edilmese de ticari işletmelerin rehni ilgilendirdiği ölçüde özel açık hükümler sevk edilmesi gerektiği açıktır. Konu malvarlığı hukukuna ilişkin olduğundan, "önceki kanun-sonraki kanun", "eski özel kanun-yeni genel kanun" yöntemleri kullanılarak yapılacak yorumlarla tatmin edici ve hukuktan güvenliği sağlayıcı çözümlere ulaşmak zordur. Diğer yandan yeni düzenlemeler yapılırken TİRK'de rehin alacaklısı olabilecek kimselerin sınırlandırılmasını hatta bunlardan bazıları lehine sadece belli işletme unsurları üzerinde rehin tesis edilebilmesini gerektiren ekonomik ve sosyal gerçekliklerin bugün 1970 yıllara göre değişip değişmediği hususu da tartışılmalıdır. Zira yITK m. 11/3'de işletmenin konu olduğu işlemin karşı tarafının kim olduğu üzerinde durulmamıştır.

³⁷⁹ OĞUZMAN/SELİÇİİOKTAY-ÖZDEMİR, s. 816 vd.

³⁸⁰ Ticari işletme rehni hakkında genel olarak bkz. *ERTEN*, A.: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara, 2001, s. 1 vd.; *HAZNEDAR*, İ. M.: Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul, 2008, s. 17 vd. TİRK'in çıkarılmasının ve "ticari işletme rehni" adı ile özel bir menkul rehni türü yaratılmasının gerek Fransa'da gerek ülkemizde başlıca amacının hem kredi alanın hem de kredi verenin ihtiyaçları doğrultusunda, ticari işletmeye tahsis edilmiş menkullerin teslimsiz şekilde rehni sağlamak ve bu suretle taraflara, farklı bir aynı teminat imkanı vermek olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. *ERTEN*, Ticari İşletme Rehni, s. 2; *HAZNEDAR*, Ticari İşletme Rehni, s. 20; *ARKAN*, s. 47-48; *KURTOĞLU*, S.: "Fransız Hukukunda Ticaret Fonu Üzerinde İpotek Tesisi" *BATİDER*, Y. 1962, C. 1, S. 3, s. 338-339; *ÖZSUNAY*, E.: "Fransız Hukukunda Kredi Teminatı Olarak Ticari İşletme Rehni", *BATİDER*, Y. 1964, C. 1, S. 4, s. 567-568; *AKYAZAN*, *BATİDER*, Y. 1976, C. VIII, S. 4, s. 64.

³⁸¹ Rehin unsurlarının listeye yazılması gereğinin pratik önemi hakkında bkz. *ERTEN*, Ticari İşletme Rehni, s. 30 vd.; *HAZNEDAR*, Ticari işletme Rehni, s. 26-27; Y. 12. HD, T. 02.04.1990, E. 11876, K. 3720 (aktaran, *HAZNEDAR*, Ticari işletme Rehni, s. 27 dn. 16).

örtülli olarak TIRK in kapsamı dışında tutulmuştur³⁸². Görüldüğü gibi ticari işletmenin topyekOn rehni değil, belli unsurlarının ayırt edici unsurları gösterilerek teslimsiz ancak sicilli rehni söz konusudur. Bu durum, menkul rehne hakim olan, belirlilik ilkesinin³⁸³ ticari işletme rehni bakımından da uygulanmasıdır. Bunların yanında, bir menkul rehni olmasına rağmen merhunun alacaklıya teslim şartı bertaraf edildiğinden³⁸⁴, kanun koyucunun, rehni sadece ?elli alacaklılar lehine kurulabileceğini öngörmek (TIRK m. 2), çok sıkı şekli? sa?ları (TIRK m. 4-7) ile gerek hukuki' (TIRK m. 9-11: 13) ve gerek? k ce? (TIRK m. 12) tedbirler ve yaptırımlar sağlamak su?etiy? hukuk güvenliği temin yollarını aradığı da eklenmelidir. Bu açıdan TIRK ın yTIK m. 11/3 'e."?li?lilik ilkesinin" kaldırılıp, bunun yerine "bütünlü? il?esinin" getirilmesi yönünde örneklik teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir.

Sonuç olarak yTTK m. 11/3'ün, tüm Türk özel hukuk sistemine hakim ilkelere önemli istisnalar getiren bir hüküm olduğunu söylemek gerekir. Ancak bunun, ticari işletmenin devri işleminin taraflarının malvarlığı üzerinde, kendilerinin bile önceden kestiremeyeceği etkilere yol açacağını, hukuk? genel esasları ve taraf menfaatleri ile bağdaştırılması zor hususları?ncerdığı rahatlıkla ifade edilebilir. Bu sebeple anılan hükmün sadece taahhut işlemlerini kapsayacak şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Sorunun yTIK için hazırlanacak tüzük, yönetmelik ikincil düzenlemelerle çözüme kavuşturulması da zordur.

E) Ticari İşletmeler Hasılat Kirası Konusu Olabilir Mi?

BK m. 270/I'deki (yTBK m. 357) "*bir mal veya hak*" ifadeleri ve ticari işletmenin bir mallar ve haklar topluluğu olarak hasılat kirasına konu olup olamayacağı bakımından yukarıda varılan sonuçların göz önünde tutulması gerekir³⁸⁵. Tanımlayıcı hukuk kuralı niteliğindeki ve esasen ekonomik birolguyu hukukileştiren BK m. 270/1' in (yTTK m. 357/I) kapsamına ticari işletmelerin de girdiği hususunda ne Türk, ne İsviçre ne de Alman hukukunda herhangi bir tereddüt yoktur³⁸⁶. CANSEL de hasılat kirasının konusunun mal-

m ERTEN, Ticari İşletme Rehni, s. 27.

³⁸³ OĞUZMAN/SELİÇ/JOKTAY-ÖZDEMİR, s. 811-812. Bu ilkeye göre menkul rehni konusuna bir menkul mal, hayvan, alacak ya da hak olabilir. Bu çerçevede eşya topluluğu/ birliği tüm olarak menkul rehne konu teşkil edemez.

³⁸⁴ Teslim şartının kaldırılarak istisnai bir menkul rehni türü yaratılmasına yönelik itirazlar hakkında bkz. HAZNEDAR, Ticari İşletme Rehni, s. 17.

m yTBK m. 357/I: "Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir".

Jg11 Örnek olarak bkz. CANSEL, s. 18 vd.; HIRSCH, Ticaret Hukuku Dersleri, s. 209, 214; ALTAŞ, s. 77-78; ARKAN SERİM, s. 3. 9 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 354; HIGJ, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelb\ (Art. 275-304) N. 97 vd.; EMMERICH, V.,

lar ve haklar olduğunu ifade ettikten sonra³⁸⁷ bunu "işletme kirası" ve "hak kirası" şeklinde iki alt başlıkta incelemiştir³⁸⁸ ve hasılat kirası sözleşmesine konu olabilecek başlıca işletme tiplerini de *ziraf işletmeler*, *ticari işletme* ve *sanayi işletmesi* şeklinde Uç ana başlık halinde göstermiştir³⁸⁹. Gerçekten de hasılat kirasının konusunun semere getinnesi sözleşme tipi açısından hukuken bir zorunluluk olmasına rağmen³⁹⁰ bu semerenin Kanun'da yer aldığı şekliyle sadece bir mal ya da haktan elde edilmesi hukuken zorunlu görülmez. Bir başka deyimle semere getirmek zaruri olsa da bunun kaynağının hükümde yer aldığı gibi mutlaka müstakil bir mal ya da hakkın işletilmesinin olması her halde mecburi değildir. Kanun'un amacı da bu değildir. Semere getirecek ekonomik kaynağı yaratma hususu, ekonomik, ticari ve teknik uygulamaların alanındadır. Zira bizzatıhi semere kavramının medeni ve hukuki semere şeklinde türlerinin bulunması da (MK m. 685) kaynak çeşitliliğine işaret etmektedir. Semereler bir mal ya da hakkın müstakil olarak işletilmesi yoluyla olduğu kadar, bu unsurların birleştirilerek ortaya çıkan iktisadi bütünlüklerin işletilmesi yoluyla da elde edilebilir. Şirket kirasını inceleyen ve buna BK m. 270 vd.'ndaki (yTBK m. 357 vd.) hasılat kirası hükümlerinin uygulanacağını belirten³⁹¹ ALTAŞ da anılan maddede yer alan tanımda geçen bir mal ya da hak kavramına "şirketin" de dahil olup olmadığının tartışmalı olduğunu belirttikten sonra "günümüz ekonomik şartlarında ve günlük hayatın akışında şirketin de kiraya verilebileceğini kabul etmek gerekir. Zira şirket de gelir getiren özel hukuk tüzel kişisidir. Hasılat kirasında asıl amaç gelir getiren bir varlığın kiraya verilmesidir. Günümüz ekonomik şartlarında en iyi gelir getiren varlıklar da özel hukuk tüzel kişisi olan şirketlerdir" diyerek³⁹² BK m. 270/I'de (yTBK m. 357/I) yer alan "bir mal veya hak" ifadesinin kapsamına şirketlerin de dahil edilebileceğini belirtmiştir. Görüldüğü gibi ekonomik bir olguyu düzenleyen hasılat kirasına ilişkin yasal hükümleri yorumlar ve uygularken ekonomik, ticari ve teknik gerçekliklerin göz ardı edilmesi mümkün değildir.

in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 17, 21: Y. 6. HD, T. 10.12.2002. E. 2002/6752, K. 2002n814; Y. 6. HD, T. 03.02.1992. E. 1992/1095, K. 1992/1421; Y. 6. HD, T. 19.06.2000, E. 2000/5429, K. 2000/5596; Y. 13. HD, T. 25.06.1992. E. 1992/4326, K. 1992/5714; Y. 13. HD, E. 09.03.1992, E. 1992/1260, K. 1992n218; Y. 13. HD, T. 23.06.1992. E. 1992/4614, K. 1992/5663.

³⁸⁷ CANSEL, s. 2.

³¹¹⁸ CANSEL, s. 7 [§ 2 işletme Kirası], s. 25 [§ 7 Hak Kirası).

³¹¹⁹ CANSEL, s. 12 vd.

³⁹⁰ Bkz. sadece OSER/SCHÖNENBERGER. Art. 275 N. 1 vd.

³⁹¹ ALTAŞ, s. 141.

³⁹² ALTAŞ, s. 142.

Bu gerekçelerle Kanun'da geçen "*bir mal veya hak*" ifadesi geniş yorumlanmalı ve ticari işletmelerin de hasılat kirası sözleşmesi ile kiralanabilmesinde BK m. 270/I (yTBK m. 357/I) bakımından bir engel bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Bir diğer deyişle, "*bir mal veya hak*" ifadesinin, bir mallar ve haklar topluluğu olan ticari işletmelerin de hasılat kirasına konu olmalarını sağlayacak biçimde, "*mallar ve haklardan oluşan iktisadi bütün. lükleri*" kapsadığı kabul edilmelidir³⁹³. Esasen bu yorum hasılat kirasına konu olabilmeleri bakımından her türlü iktisadi işletme için geçerlidir³⁹⁴. Aksi yorum, uygulamayı güçleştireceği gibi hukuki düzenlemelerin altında yatan dinamik ekonomik gerçeklikleri de görmezden gelmek anlamını taşıyacaktır³⁹⁵. Ticari işletmelerin hasılat kirasına konu olabilmeleri, BK m. 270 vd. (yTBK m. 357 vd.) hükümlerinin bu tür ilişkilere de uygulanabilecekleri anlamına gelmektedir. Ancak bu hükümlerin uygulanmasında ticari işletmelerin tek bir mal ya da haktan ibaret olmadığı, bir başka deyimle sözleşme ile güdülen ekonomik amacın bu türden malların salt kullanımı ve bunlardan yararlanılması olmadığı, aksine işletmenin bir bütün olarak işletilmesinin hedeflendiği daima göz önünde tutulmalıdır³⁹⁶.

Alman İmparatorluk Mahkemesi de 1908 tarihli bir kararında ticari işletmelerin ve onların belli kısımlarının hasılat kirasına konu olabileceklerini açıkça dile getirmiştir. Mahkeme kararında,

"[...] hasılat kirası adi kiranın aksine Medeni Kanun anlamındaki maddi varlığı olan eşyalarla sınırlandırılmış olmayıp, hasılat getirmeleri kaydıyla maddi varlığı olmayan şeyleri de kapsamına alır. Ticari işletme de kısmen kendi özellikleri kısmen de hukukî ya da fiilî şekildeki davranışlarla hasılat getirme özelliği sayesinde hasılat kirasına konu olma niteliğine sahiptir. Burada saldırılara karşı korunacak sübjektif bir hakkın var olup olmadığı ise ayrı bir tartışma konusudur. Ancak pozitif hukuk, sadece mal ve haklardan de-

³⁹³ CANSEL de hasılat kirasına konu olabilecek semere getiren bir mal mevcuttur diyebilmek için ..o malın iktisadi bir cüzü tam olması ve ihtiyaçlar için istihsalde bulunması şarttır" diyerek işletme söz konusu olduğunda hasılat kirasının konu unsurunun geniş yorumlanması gerektiğine işaret etmiş bulunmaktadır, s. 9; ŞENYÜZ de hasılat kirasının konuları arasında ticari işletmeleri açıkça zikretmiştir, s. 323.

³⁹⁴ CANSEL de "hasılat kirası akdi, bir işletmenin işletilmesi için kiracıya devrini ifade ettiğine göre. bütün bu işletme çeşitlerini konu olarak kabul etmeye müsait görünür" diyerek, farklı hacimdeki işletmelerin sözleşmeye konu olabileceğine yerinde olarak işaret etmiştir, s. 9-10.

³⁹⁵ K arş. ALTAŞ, s. 78. Yazar 'günümüzde geleneksel anlamdaki hasılat kirası kavramı {nın} genişlemiş' olduğunu ifade etmektedir. Hasılat kirasının işletmeler bağlamında ilk tartışılmaya başladığı zamanlarda işletmelerin bu tür bir sözleşmenin konusu olamayacağı yönünde azınlıkta da olsa ileri sürülen görüşler olmuştur, bkz. KLEIN-BLENKERS, s. 62-63.

³⁹⁶ HIGI. Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbıs (Art 275-304) N. 99-100.

ğil, aynı zamanda -şanslar (ihtimaller) olarak da ifade edilen- fiiti imkanlardan da mürekkep ve sahibine gelir sağlama üzerine kurulu ticari işletmenin satılması gibi, özündeki yararlanılabilirlik özelliğinden dolayı hasılat **kira** yoluyla süreli ve ivazlı olarak bir başkasına devredilmesi konusunda da hiçbir şüpheye yer bırakmamaktadır. Bu münasebette kiralayanın **değil**, kiracının işletmeyi kendi hesabına ve riski kendisine ait olmak üzere işletmesi ve onu hasılat getirecek şekilde yapılandırması söz konudur. İşletmenin içinde gizli ekonomik çekim gücü (*Werbekraft*) artık kiracının hizmetindedir ve sadece onun bundan faydalanmaya hakkı vardır"

diyerek ticari işletmelerin hasılat kirasına konu olabileceğini açıkça ifade etmiştir.

4. Ticari İşletme Kirası ve Ticaret Kanunu İle Ticari Örf ve Adet

TK m. 1 I/II ile 51/II'deki (yTTK m. 11/3, 49/2) dolaylı hükümler dışında TK ile TST'de ticari işletmenin kiralanmasına geçici süreyle devrine ilişkin hiçbir açık düzenleme yer almamaktadır. Ancak yTTK m. 356/1-2' de "kanuna karşı hile" başlığı altında işletmenin kiralanmasından söz edilmiş ve TK m. 31 I/1-II'de yer alan "şirket tarafında devralmaya", "bir işletmenin şirket tarafından kiralanması"olgusu da eklenmiştir. TK ile TST'nin düzenlemeleri bir ticari işletme kiralanması nedeniyle gerek sözleşmenin yapılmasında gerek sözleşme sırasında ve sonrasında ortaya çıkan ve ticaret hukukunu ilgilendiren konularda doğrudan uygulama alanı bulacaklardır. Bundan başka BK m. 270 vd. (yTBK m. 357 vd.) daha çok zirai hasılat kirasını göz önünde tutarak düzenlenmiş olduklarından, bu hükümlerin yorumunda ve uygulanmasında TK ve TST'nin göz ardı edilmesinin mümkün olmadığı da belirtilmelidir.

Türk ticaret hukukunda, esasen işletmenin satımı göz önünde tutularak ortaya çıkmış olan ancak ticari işletme kirasına da ışık tutabileceğini düşündüğümüz bazı örf ve adetlerden söz etmek gerekir. *ULUSOY* tarafından derlenen bu örf ve adetlerin tamamı Gaziantep Ticaret Odası tarafından 1947 yılında tespit edilmiş bulunmaktadır. Buna göre "[...] hamam, kahve, han ve saire devri esnasında meslek heyetinden en az iki kişi bulunur. Bu heyet huzurunda bulunan eşya kıymetlendirilerek sayılır. Sayım heyetini kabul eden esnaf, bu heyetin takdir ettiği kıymetleri de kabule mecburdur. Sayım neticesinde eşya ve aletlerin kıymeti umumiyesi üzerinden 100 liradan 1000 liraya kadar% 2, 1000 liradan 2000 liraya kadar% 1,5, 2000 liradan yukarısı için ise %0 1 nispetinde sayım ücreti verilir [...]"³⁹⁷. Benzer içerikteki örf ve

³⁹⁷ *ULUSOY*, E.: Ticari Örf ve Adet Hukuku, İstanbul, 2001, s. 211-212 N. 215.

adetler, kuyumcular³⁹⁸, canlı hayvan ve şekerli madde meslek grubu³⁹⁹, Tekel bayileri ve kuru kahveciler meslek grubu⁴⁰⁰, bakkallar meslek grubu⁴⁰¹ ile terziler⁴⁰² için de kabul edilmiştir. Bu örf ve adetlerin BK m. 271 (Y1B1(m. 359) ile yakınlığına dik.kat çekmek gerekir.

III. İktisadi Bir İşletme (Müessese) İşletme Anlamında "işletme Hakkı" ve Bunun Ticari İşletme Kirası Bakımından Anlamı

Yukarıdaki açıklamaların da gösterdiği gibi girişimci tarafından oluşturulan organizasyon ile işletmeye dahil unsurlar, karşılıklı bağımlılık ilişkisi içinde⁴⁰³dir. Bu ilişki fiili bir ilişki olup, hukukî değildir. Bir başka deyimle bu iki ana unsur doğrudan birbirine bağlayan hukuk kuralları yoktur. Aradaki bağ, girişimcinin şahsı üzerinden kurulmaktadır⁴⁰³. Bu noktada girişimci yönünden bir "işletme hakkının" (iktisadi bir işletme işletme hakkı)⁴⁰⁴ (*Recht auf gewerbliche (wirtschaftliche) Betdtigung*) varlığını kabul etmek gerekir.

Girişimci açısından bir işletme hakkının varlığının kabulü, işletmenin işletilmesinden doğan hak ve borçların bir süjeye (*Rechtstrager*) bağlanması açısından bir zorunluluktur. ARSLANLI'nın da yerinde olarak belirtmiş olduğu gibi, "her ticari işletmenin başında işletmeyi işleten bir şahıs vardır. Bizatihi işletme şahsiyeti haiz bir varlık olarak tezahür etmediğinden işletmenin faaliyeti, yaptığı muameleler, fiiller ve işler bir şahsa izafe edilmek gerekir"⁴⁰⁵. Gerçekten de ticari işletme bizatihi (tüzel) kişiliği haiz olmadığından⁴⁰⁶ bunun işletilmesinden doğan hak ve borçlar işleten gerçek ya da tüzel

³⁹⁸ ULUSOY, s. 278 N. 355.

³⁹⁹ ULUSOY, s. 279 N. 356.

⁴⁰⁰ ULUSOY, s. 280-281 N. 358.

⁴⁰¹ ULUSOY, s. 350-351 N. 527.

⁴⁰¹ ULUSOY, s. 351-352 N. 528.

⁴⁰³ Karş. HUBMANN, ZHR 117 (1955) s. 47; OPPIKOFER, s. 9.

⁴⁰⁴ İşletme hakkı, "iktisadi bir işletme işletme hakkı" anlamında kullanıldığından, bir kişinin kendi malvarlığını değişik yatırım araçlarından istifade suretiyle değerlendirmesi kural olarak, işletme hakkının kapsamı dışında kalmaktadır. Zira burada belli bir pazarda faaliyet gösterilmesi (aleniyet kazanma) şeklinde ortaya çıkan bir ekonomik etkinlik söz konusu değildir. Karş. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 160; BAŞTVGIERDEM, s. 20.

⁴⁰⁵ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 43; ACEMOĞLU, s. 19; KENDİGELEN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 148 N. 447; EISELT, HIRSCH Armağanı, s. 61; AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV S. 2, s. 233 vd.; ARICI, Devir, s. 13; SCHMIDT, Handelsrecht, s. 88 vd.; ZÖLLNER, W.: Wovon handelt das Handelsrecht, ZGR, Y. 1983, C. 12, S. 1, s. 85. Ayrıca bkz. BVCHNER, s. 5-6; BRECHER, s. 122.

⁴⁰⁶ Eğer ticari işletmenin bir tüzel kişiliği bulunsaydı, buna mahiyet itibarıyla en uygun tüzel kişilik türü "vakıf" olabilirdi. Zira bilindiği gibi vakıf müessesinde de malların ve hakların belli ve sürekli bir amaca özgülenmesi söz konusudur (bkz. MK m. 101/I).

kişiyi ait olacaktır. İşletme hakkı sayesinde işleten ile işletmeye dahil unsurlar arasında hukuki' bağ kurulmakta, işleten böylelikle bunlar üzerinde tasarruflarda bulunabilmektedir. Bu noktada işletme hakkının, işletme faaliyeti neticesinde doğan hak ve borçların işletmeciye isnad edilebilmesi için gerekli "irade" unsurunu ortaya çıkarması bakımından da oldukça önemli olduğu belirtilmelidir.

Bir işletme hakkının kabulü işletmenin buna karşı yapılacak hukuka aykırı müdahalelere karşı korunması bakımından da zorunludur. Bunun en belirgin örneği haksız rekabet hükümleridir⁴⁰⁷. Haksız rekabet kurallarının rakiplerle girilen iktisadi yarış içinde işletmeye dahil maddi ve gayri maddi unsurları mallar ve haklar olarak tek tek korumayı değil, -koruma altına alınan diğer hususlar dışında⁴⁰⁸ - girişimcinin bunları kendi organizasyonu dahilinde bir araya getirip işletmesiyle, daha açık deyimle işletme hakkını kullanmasıyla oluşan kişisel iktisadi menfaatlerini de korumayı amaçladığı kabul edilmelidir⁴⁰⁹. Diğer yandan Alman hukukunda işletmenin, varlığına, temellerine, dış görünümüne, iktisadi faaliyet alanlarına, müşteri ve tedarikçi çevresiyle olan ilişkilerine yönelen, işletme unsurlarının birbirleri ile olan karşılıklı bağılıklarını sarsarak, işletmenin geleceğini kalıcı ve etkili biçimde *doğrudan (unmittelbar)* tehdit eden ve böylece girişimcinin işletmesel menfaatlerine zarar veren haksız fiil niteliğindeki saldırılara karşı korunması kabul edilmiş ve bu çerçevede Alman MK m. 823/1'de düzenlenen "*diğer hak*" (*sonstiges Recht*) anlamında, işletenin "*kurulu ve işletmekte olduğu işletmesi üzerindeki hakkı*" daha 1902 yılında kabul edilmiştir (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*)⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ HUBMANN, ZHR 117 (1955) s. 73-74; FIKENTSCHER, W.: "Das Recht am Gewerbebetrieb (Untemehmen) als „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Bundesgerichtshofs, eine kritische Übersicht", in: Festgabe für Heinrich KRONSTEIN aus Anlass seines 70. Geburtstages, Karlsruhe, 1967, s. 263.

⁴⁰⁸ Bkz. POROYIYASAMAN, s. 274 N. 365; ARKAN, s. 305-306.

⁴⁰⁹ HOFFMANN, W.: "Urheberrecht und Wettbewerbsrecht il", JR 1930, s. 198; ÖZSUNAY, Kiracılık Hakkı, s. 6 dn. 21. Yazar haksız rekabet hükümlerinin işletmeyi bir bütün olarak koruduğunu ifade etmiştir.

⁴¹⁰ RGZ 58, 24, 29; 95, 339, 340; 126, 93, 96; 56, 271, 275; 79, 224, 226; BGHZ 3, 270 (Constanze-Urteil); 7, 30; 23, 162; 29, 65 (*Stromkabelfall*); 69, 128; 86, 152; 92, 37; 138, 311; BGH, NJW 1983, 812; BGH, T. 20.05.2009, 1. Zivilsenat ZR 218/07, www.bundesgerichtshof.de; BGH, T. 11.03.2008, VI. Zivilsenat ZR 7/07, www.bundesgerichtshof.de; içtihatların tarihsel gelişimi hakkında bkz. OPPIKOFER, s. 134 vd.; BUCHNER, s. 64 vd.; FIKENTSCHER, in: FG KRONSTEIN, s. 266 vd.; HUBMANN, ZHR 117 (1955) s. 74 vd. Hakkın kapsamı hakkında v. GIERKE/SANDROCK, s. 195 vd.; FUCHS, M.: Deliktsrecht, 6. Aufl., Berlin vd., 2006, s. 66 vd.; BUCHNER, s. 135 vd.; "*Kurulu ve işletilmekte olan işletme üzerindeki hakkın*" korunması bakımından Alman MK m. 823/1'in, bu hakka yönelen ihlalleri özel olarak düzenle-

"işletme hakkı". kanaatimizce muhtevasında kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı (AY m. 17/1; MK m. 23-24), çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma hürriyeti (AY m. 48/1; BK m. 19-20; yTBK m. 26-27) ile mülkiyet hakkını barındıran (AY m. 35/I; MK m. 683 vd., 973 vd.)⁴¹¹ ve konusu bireyin gelir sağlama gayesiyle malvarlığı üzerinde tasarruflarda bulunarak, bunu değerlendirme ve iktisadi faaliyette bulunma olan ekonomik içerikli anayasal bir haktır^{412 413}. Bu hak Ay tarafından gerçek kişiler ile özel

yönlendirme hakkı ile rekabet, sınai mülkiyet hukuku hükümlerine göre yedek hukuk kuralı niteliği (*Subsidiarität des Anspruchs*) hakkında bkz. v. GIERKE/SANDROCK, s. 202 vd.; FUCHS, s. 67; BUCHNER, s. 85 vd. işletenin "kurulu ve işletilen işletme üzerindeki hakkının" Alman (AY m. 14'de düzenlenmiş olan "mülkiyet hakkı" ile ilişkisi hakkında bkz. SEIFERT/HÖMIG, Art. 14 N. 3; BUCHNER, s. 130 vd.; FIKENTSCHER, in FG GRONDSATZ, s. 285. WIELING, işletme sahibinin maddi menfaatlerinin haksız fiil niteliğindeki saldırılara karşı korunması uğrunda, işletmenin Alman MK m. 823/(çerçevesinde saldırıya uğrayana ait korunmaya değer bir hukuk objesi olarak tanınmasının, bir diğer deyişle işletmenin haksız fiil hukuku çerçevesinde geçerli olmak üzere bir hukuk objesi olarak kabul edilmesinin bunu üzerinde tek bir mülkiyet hakkı kurulabilecek bir "eşya" haline getirmedikçe dikkat çekmektedir. s. 61. Gerçekten de işletmecinin bazı faaliyetlerinin haksız fiil hukuku çerçevesinde korunabilmesi için yargı tarafından geliştirilen bir "konstrüksiyon" olarak görülebilecek "işletenin kurulu ve işletilen işletme üzerindeki hakkından" hareketle, işletmeyi üzerinde aynı haklar kurulabilecek bir aynı hak objesi (eşya) olarak tanımaya götürecek sonuçlara ulaşmak mümkün gözükmemektedir. PEUKERT de sözü edilen hakkın ne anayasal anlamda ne de eşya hukuku anlamında mülkiyetle bir ilişkisi olmadığını, mülak hak niteliğinin bulunmadığını, devredilebilir olmadığını, sahibine sadece tazminat talep edebilme ile ihlallerin men'ini talep edebilme yetkisi verdiğini ve işletmecinin serbesi piyasa rekabeti içinde serbestçe karar alma özgürlüğünü korumaya yönelik olduğunu ifade etmektedir. PEUKERT, A.: Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen, 2008, s. 268-269. Aksi görüşte bkz. OPPIKOFER, s. 136 vd. Yazar böylelikle işletme üzerinde "müstakil, sübjektif bir malvarlığı hakkının (*selbständiges, subjektives Verinögensrecht*)" tanınması gerektiğini belirterek, bunun da malvarlığı haklarına dahil olan "sui generis bir sınai mülkiyet hakkı" (*Immaterialgüterrecht sui generis*) olduğunu ifade etmiştir, s. 136.

411 Karş. AKER, BATIDER, Y. 2009, C. XXV S. 2, s. 235-236.

412 HIRSCH'in "[...] ticarethane ticari bir maksada tahsis edilmiş olan ve ticaretine ve organizasyon dahilinde istimal ve idare edilen bir manue/ektir" şeklindeki tanımı (s. 211) ile ACEMOĞLUNUN ticari işletmenin "malvarlığının özel ve faal çeşidinden başka bir şey olmadığını" ifade etmesi (s. 1), işletme faaliyeti ile malvarlığına dahil bazı unsurların belli bir tahsis gayesi çerçevesinde ekonomik olarak değerlendirildiğine dikkat çekilmesi bakımından önemlidir. İşlemeyi malikin iradesi ile işletmeye tahsis edilen mallar üzerinde kurulmuş ve kökleri ekonomi düzeni içinde bulunan hukuki bir yapı olarak tarif eden BALLERSTEDT de işletme kurulması kararı ile girişimcinin mülkiyetini Öle) aJandan kamusal alana doğru yönlendirdiğini, bunun bir mülkiyetin değiştirilmesi fiili olduğunu, yatırım ve tasfiye kararı ile mülkiyetin hukuki bir değişime uğradığını, ancak bunun teknik anlamda bir tasarruf işlemi olarak görülemeyeceğini, mülkiyetin soyut muhtevasının somutlaştırıldığını, bunun için mülkiyetin yapılandırılması (*Eigentumsgebung*) kavramının kullanılabileceğini ifade etmektedir, JZ 1951, s. 490-491. Yazar'ın "mülkiyetin değiştirilmesi" kavramı ile malikin malvarlığına dahil bazı un-

hukuk tüzel kişilerine tanınmış olup (*subjektive Grundrechtsberechtigung*⁴¹³). özel hukuk alanında kullanılabilecek bir haktır⁴¹⁵. Her ne kadar hukukumuzda iktisadi bir işletme kurma hürriyeti herhangi bir özel hukuk normu ıle açık biçimde öngörülmemişse de⁴¹⁶, MK m. 23-24, BK m. 19-20, 48-49 (yTBK m. 26-27, 57-58) ve TK m. 56 vd. (yTTK m. 54 vd.) gibi özel hukuk normları, kişilik hakkının kapsamında yer alan "serbestçe ekonomik faaliyetlerde bulunma hakkını" ve böylece de "iktisadi işletmeler kurma ve işletme

surları kendi iradesi ile ekonomik bir amaca özgülemesini kastettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁴¹³ Alman Federal Anayasa Mahkemesi "sözleşme serbestisi" (*Vertragsfreiheit*) ile "ekonomik faaliyetlerde bulunma hürriyetini" (*Freiheit im wirtschaftlichen Veruhr=Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit*) Alman AY m. 2/I'de yer alan "kişiliği geliştirme/genel eylem (davranış) hürriyetine" (*Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit=allgemeine Handlungsfreiheit*) dayandırmaktadır, MANSEN, G.: *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt: verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen*, Tübingen, 1994, s. 130 vd.; SEIFERT, K.-H./HÖMIG, D.: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 5. Aufl., Baden-Baden, 1995, Art. 2 N. 2, 6, Art. 14 N. 3; BVerfG, T. 20.10.1996, 1. Senat BvR 1282/91 N. 8, www.bverf.de/entscheidungen/rkl19961020_lbvr128291.html; BVerfGE 50,366; 74, 152; 78,242. Ayrıca bkz. GÖREN, Z.: "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Y. 1992, C. 9. s. 175.

⁴¹⁴ Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerin subjektif kamu hakkı niteliği (*subjektives öffentliches Recht*) hakkında SACHS, M.: *Verfassungsrecht 11, Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin vd., 2003, s. 35 N. 4 vd., s. 37 N. 12 vd.; SEIFERT/HÖMIG, Art. 2 N. 2; GÖREN, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Y. 1992, C. 9, s. 174, 180.

⁴¹⁵ Temel hak ve hürriyetlerin büyük bölümünün özel hukuk kanunlarıyla somutlaştırılmış olması hakkında bkz. KANETI, S.: "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Y. 1989, C. 6, s. 17 vd. BALLERSTEDT de bireylerin ekonomik malları kişisel ihtiyaçlar için kullanması hakkından (*das Recht des selbstnützigen Gebrauchs der Wirtschaftsgüter*) söz etmekte ve bunun mülkiyet hakkı içinde saklı olduğunu ifade etmektedir, JZ 1951 s. 487.

Özellikle hasılat kirası literatüründe sıklıkla kullanılan "işletme hakkının devri" ifadesindeki "işletme hakkının" dogmatik temelleri araştırılmadan ve somut olarak ne anlama geldiği belirtilmeden kullanılması, kanaatimizce yerinde olmadığı gibi açıklayıcı olmaktan ziyade kafa karıştırıcıdır, örneğin bkz. ŞAHİN, A.: "Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri", Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan, C. II, İstanbul, 2009, s. 1414 vd.

⁴¹⁶ Bir ekonomi hukuku kanunu olan Alman İktisadi İşletme Kanunu'nun (*Gewerbeordnung*) 1. maddesinde "bu Kanun ile getirilen veya konulmasına izin verilen istisnalar ve sınırlamalar dairesinde herkes iktisadi işletme işletmekte serbesttir" hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemenin Alman AY m. 12/I'de öngörülen "meslek hürriyetinin" (*Berufsfreiheit*) uygulama alanlarından biri olduğu belirtilerek, anılan hükmün sadece kamu hukuku bakımından değil özel hukuk bakımından da sonuçlar doğurduğu kabul edilmektedir. Aynı Kanun'un 3. maddesi aynı anda birden fazla iktisadi işletme işletilmesinin ve aynı işletmenin şubelerinin kurulmasının serbest olduğunu da hüküm altına almıştır, bkz. SIEG, H./LEIFERMENN, W.: *Gewerbeordnung*, 4. Aufl., München, 1978, s. 11 vd., 16; SEIFERT/HÖMIG, Art. 12 N. 4.

hakkını" tanımakta ve korumaktadırlar⁴¹⁷. İşletme hakkının kullanılması sonucunda ortaya bir ticari işletme, esnaf işletmesi, bir serbest meslek ya da zanaat faaliyeti çıkabilir. İşletme hakkının kullanılmasına, ruhsat (izin) alma, vergi, ticari defter tutulması gibi özellikle kamu düzenini ilgilendiren bazı yükümlülükler getirilmesi mümkündür⁴¹⁸. Esasen bu tanımın da işaret ettiği gibi, işletme hakkı, işletmeyi bir mülkiyet hakkı objesi olarak değerlendiren "işletme üzerinde hak" şeklinde (*Recht an Untemehmen*;⁴¹⁹ anlaşılmamalıdır. Böyle bir hak hukuk düzenimize göre yoktur ve kurulması da mümkün değildir. Bu yoldaki en büyük engel, hakkın konusunun belli, hatta *belirle-
nebilir* dahi olmamasıdır. Zira işletmenin, sürekli değişime mahkum bir mal-
J ve ha lar topluluğu olarak kendine özgü hukukî niteliği, işletm nin belli
bir andaki malvarlıksal görünümünün daha sonraki bir anda değişime uğra-
ması sonucunu zorunlu olarak beraberinde getirmektedir⁴²⁰.

u, ÖZTAN. B.: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 31. Baskı, Ankara. 2009, s. 279-280: ZEVKLiLER, A.: Medeni Hukuk. Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Kişiler Huku u ve A ile uku, 2. Baskı, Ankara. t988, s. 439; •[...] hayat, beden ve ruh tamlı 1. vıcd d düşünce ve ekonomik çalışma özgürlüğü. şeref. onur ve saygınlığı. ünü, ısım. resim ve sırları hep kişisel varlıklardır[...] Y. 4 HD. T. 19.01.1978, E. 2925, K. 544, aktaran ZEVKLiLER, Medeni Hukuk. s. 425 dn. 76; "[...] Kişinin doğumla kazandığı bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan; hayat, beden ve ruh tamlığı. vıcdan. din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi. sırları ile aile bütünlüğü, sosyal ve duygusal değerlerinin tümü kişilik haklarını oluşturur ve bunlardan birine yapılan saldırımanevi tazminat gerektirir [...]". y_ 4. HD. T. 10.04.2008. E. 2007/9966, K. 2008/5096, www.yargitay.gov.tr: ..[...] Borçlar Yasası'nın 49. maddesi gereğince. kişilik h ları hukuka aykırı olarak saldırıya maruz kalan kişi, uğradığı manevi zarar karşılığı bir miktar paranın hüküm altına alınmasını isteyebilir. Medeni Yasa'nın 24. maddesinde düzenlen ve Borçlar Yasası'nın 49. maddesinde doğrulanıp yaptırımı gösterilen yasal düzenlemeler gereğince. kişilik haklarının zarar görmesi durumunda manevi tazminat istenebilir. Kişinin doğumla kazandığı bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan; hayat. beden ve ruh tamlığı, vıcdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü. onuru, ismi. resmi, sırları ile aile bütünlüğü. sosyal ve duygusal değerlerinin tümü kişilik haklarını oluşturur ve bunlardan birine yapılan saldırı manevi tazminat gerektirir. Davalının. davacıya "burada benden başka kimse iş yapamaz, teknenize bir parça uyuşturucu koyup sizi yakarım", biçiminde sözler söylediği kabul edilerek. çalışma hürriyetini engellemeye teşebbüs suçundan verilip kesinleşmiş ceza mahkemesi mahkumiyet kararı vardır. Böylece davalının davranışının hukuka aykırılığı yönünden BK'nın 53. maddesi kapsamında hukuk hakimini bağlayıcı nitelikte ceza mahkemesince mahkumiyet kararı bulunduğu da anlaşılmaktadır[...] Y. 4. HD. T. 25.06.2007. E. 2006/10084, K. 2007/8592. www.legalbank.net.

4111 GÖZLER. K.: idare Hukuku Dersleri, 8. Baskı. Bursa. 2009, s. 556, 559; devletin bireylere mali yükümlülükler getirebileceği ve bunların ekonomik faaliyet hürriyetini kural olarak kısıtlamadığı yönünde ayrıca bkz. BVerfG, T. 20.10.1996, 1. Senat BvR 1282/91 N. 8. www.bverf.de/entscheidungen/rk19961020_1bvr128291.html.

419 HUBMANN, ZHR 117 (1955), s. 50 vd.

420 PPIKOFER. s. 21: SCHÖNE. ZGR, Y. 2000. S. 1. s. 93, Yazar işletmenin bu özclli i-
nin. işletmenin sebepsiz zenginleşme borcunun konusunu teşkil etmesi halinde iade borcunun kapsamını etkileyeceğini ifade etmektedir. s. 94 vd.

işletme hakkının konusunun mallar ve haklar olması, gelir sağlama amacına bunlar işletilerek erişilmesi, hakkın aynı, fikri ya da sınai bir hale olduğunu göstermez. İşletmeci işletmeye dahil mallar ve haklar üzerinde, bunların niteliklerine uygun mutlak hakların ayrıca sahibidir. İşletme hakkı anılan türden mutlak hakları bünyesinde barındıran bir haklar demeti olmadığı gibi, bunlar birbirlerini dışlamamakta ve birbirlerini ikame de etmemektedirler. Aksine işletme hakkının kullanılması, kural olarak bu haklara sahip olmayı, en azından mallar ve haklar üzerinde örneğin kira, vedia, kan, lisans sözleşmesi ya da intifa hakkı tesisi yoluyla kullanma ve yararlanma hakkına sahip olmayı gerektirir. Yukarıda da belirtildiği gibi işletme hakkının hukuki konusu, *mal ve hakların işletmecinin bizzat kurduğu organizasyon dahilinde ve bu organizasyonun bütünlüğü içinde*⁴²¹ *gelir sağlamak amacıyla değerlendirilmesi, işletilmesidir*⁴²². Bu bakımdan işletmecinin örneğin haksız rekabete karşı korunması, onun işletmeye dahil mal ve hakları üzerindeki mutlak haklarının değil, işletme faaliyeti ile yaratılan ve rekabete katılmak suretiyle alenilik kazanan organizasyonun ve buna dair işletmeci menfaatinin korunmasını amaçladığı belirtilmelidir. İşletme hakkı söz konusu olduğunda, işletmenin ekonomik bir bütünlük olarak varlığı ve sürekliliği ile unsurlarının gelir sağlama amacı istikametinde işlevsel bağlılıklarını (entegrasyon) koruyabilmesi, bütünlüğün kalıcı biçimde zarar görmemesi önem kazanır. *BRECHER*' in de yerinde olarak tespit ettiği gibi işletme üzerinde sınırlı bir aynı hak olan intifa hakkı tesisi her ne kadar mümkün olsa da, intifa hakkı sahibi işletmeyi yalnızca yönetmek (*verwalten*) değil, aynı zamanda işletmek de (*betreiben*) istiyorsa, bizzat işletmeci (*Unternehmer*) olmaktan başka seçeneği yoktur⁴²³. Belli mallar ve haklar üzerinde salt ilgili mutlak haklara sahip olmak, hak sahibini kendiliğinden işletmeci haline getirmez. Buna eklenmesi gereken bir diğer unsur daha vardır ki o da, hak sahibinin sahibi olduğu mal ve hakları işletme hakkına konu ederek bir işletme kapsamında değerlendirmesidir. Bu bakımdan işletme hakkı, her ne kadar örneğin mülkiyet hakkının sahibine bahsettiği kullanma (*usus*), yararlanma (*fructus*) ve üzerinde tasarruflarda bulunma (*obusus*) yetkileri ile sınırlı aynı haklardaki kullanma ve yararlanma yetkilerini içerse de, sadece bunlardan ibaret olmayıp,

⁴²¹ *OPP/KOFER*'in de isabetle belirtmiş olduğu gibi hasılat kirasında işletmeye dahil mallar ve hakların devrinden maksat bunların yalnız başlarına devri değil, aksine bu sayede işletme bütünlüğünün (organizasyonun) devridir, s. 75, 77. Bir diğer deyimle unsurların devri işletmenin devrinin gerçekleşmesi bakımından zorunludur ve bu maksada matuftur. Bu husus kendisini hasılat kirasına konu işletmenin sözleşme bitiminde devredene iadesi sırasında gösterecektir.

m *CANSEL* işletmeyi "şeyin cevherini tüketmeden, hasılat temin etmek maksadıyla yapılan faaliyetlerdir" şeklinde tarif etmektedir. Yazar'a göre bu anlamdaki işletme için **BK** m. 278/1 (yTBK m. 364/1) çerçevesinde işletme yükümlülüğü ifadesi kullanılmalıdır, s. 7-8.

⁴²³ *BRECHER*, s. 139.

daha_ geniş bir muhtevaya sahiptir. Bu bakımdan işletmeye dahil menkul ve g_ayrimenkul mallar üzerindeki mülkiyet, kira, ariyet ya da vedia sözleşmetc. rı sebebiyle ortaya çıkan zilyetlik ile gayri maddi mallar üzerindeki di?er hakların, deyim yerindeyse işletme hakkının ekonomik amacı için araç işlevi gördükleri söylenebilir. Görüldüğü gibi işletme hakkı, işletmeye dahil mal ve haklar üzerinde bulunan mutlak haklar ile işlevsel bir yakınlık içinde olsa da nitelik itibariyle bunlardan farklı ve bağımsızdır⁴²⁴.

⁴²⁴ Belirtildiği gibi mallar ve haklar üzerinde salt ilgili mutlak haklara sahip olmak, hale sa. hibini kendiliğinden işletmeci haline getirmezler. İşletme hakkının kullanılması da. iş. letmecinin "malik" ya da "sahip" olarak nitelendirilmesini doğru göstermez. Bu açıdan TK m. 49/I. 55 ve 67/II'deki (yTIK m. 47/1, 53. 87) "*işletme sahibi*" ifadelerinin dar ve teknik anlamda bir mülkiyet hakkına işaret etmediği belirtilmelidir. Ticari işletme hukukuna özgü hukuki sonuçlar bakımından "işletme eylemi", işletmeye dahil unsurların mülkiyetinin kime ait olduğundan çok daha önde gelmektedir. Nitekim hasılat kirasında kiracı da "*malikisalıbi olmadığı*" bir işletmeyi işletmesine rağmen örneğin tacir sıfatını kazanacak ve buna bağlı hukuki sonuçlar doğacaktır. Sonuç olarak ticari işletme hukuku. na özgü sonuçlar ticari işletmenin "mülkiyetine/sahipliğine" değil. işletm_e eylemine bağlamıştır, karşı. TK m. 14/III (yTTK m. 12/3), bkz. ayrıca AKER, BATIDER, Y. 2009, C. XXV S. 2, s. 235 dn. 15,274 vd.

TİRK de. ticari işletme ile ilgili olarak "malik" ve "sahiplik" ifadelerini birçok kez kullanmış olmakla. anılmaya değerdir. Buna göre TİRK Ek Madde 1. ticari işletmeyi "bu kanundaki ticari işletme tabiri. ticari veya sınai işleme ile Esnaf ve Sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeyler" olarak ıarif ettikten ve m. 3 ve Ek Madde 2'de bu kapsamdan hangilerinin ticari işletme rehnine dahil olacağını belirttikten sonra rehin sözleşmesinin ıaraflarından birisi olarak m. 2/I'de "ticari işletmenin maliki bulunan gerçek ve rüzel kişileri" zikremiştir. Buradaki "malik" kavramından, Ek Madde 1 ile de uyumlu olarak "ticari veya sınai işletme ile Esnaf ve Sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeyleri" eşya hukuku anlamında mülkiyeti altında bulundurmak anlaşılmalıdır. TİRK'in rehin sözleşmesinin taraflarını (süje) tespiti ederken, işlemin konusu olabilecek unsurların malikini anmış olması, icari işletmenin bizatihi eşya olmaması ve üzerinde tek bir mülkiyeti hakkı kurulamaması nedeniyle Kanun'un amacı ve konusu çerçevesinde bir zorunluluk olarak görülebilir. Ne var ki Kanun bunu yaparken bir yandan ticari işletmenin maliki (TİRK m. 2/1). diğer yandan da "bu kanundaki ticari işletme tabiri, ticari veya sınai işleme ile Esnaf ve Sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeylerdir" (Ek Madde 1) ifadelerini kullanarak çok temel hukuk ve anlatım hatalarına düşmüştür, bkz. ARKAN, s. 48 dn. 6. TİRK •malik" terimini sadece bir kez kullanmış (m. 2/1) daha sonra ise sürekli biçimde "ticari işleme sahibinden" söz edilmiştir, bkı. m. Sil, 7. 9/11, IV-V, 10/1-II, 11, 12/1. ili. 15/11, 19/1.

Diğer yandan AY m. 47/III'de yer alan "Devletin. kamu iktisadi ıeşebbüslerinin ve diğer kamu rüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve[...]" hükmündeki "mülkiyetinde bulunan" ifadesi ise, anılan hükmün "özelleştirmeyi", bir diğer deyimle kamu tarafından işletilen işletmeye dahil unsurların gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerine "devrini" dli. zenlemesi (bkz. 4046 s. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında K. m. 18/A (RG T. 27.11.1994, S. 22124), anılan hükümde "satış, kiralama. işleme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hak ıesisi. gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair tasarruflar" özelleştirme yöntemi olarak öngörülmüşlerdir) sebebiyle yerinde görülebilir.

İşletme satım, kira ya da intifa hakkı tesisi yoluyla devredilse dahi. AY ve diğer özel hukuk düzenlemeleri ile gerçek ve tüzel kişilere tanınmış kişisel bir hak olarak, işletme hakkı devralana *geçmez* (AY m. 12/1; BK m. 19ff. 20/1; yTBK m. 27/1). Esasen buna ihtiyaç da yoktur. Zira herkes gerek kendisine ait ya da başkasından devraldığı işletme unsurlarını belli bir organizasyon dahilinde kendi işletme hakkına dayanarak işletme imkanına sahiptir. Bunun için bir başkasından işletme hakkını devralmaya ihtiyaç duyulmaz. *POROY/YASAMAN* da hasılat kirası örneğinden hareketle "işletmenin hasılat kirasına konu yapılması[nın], işletme ü.erindeki mülkiyet hakkı ile işletme hakkının bölünmesine" güzel bir örnek oluşturduğunu ifade etmektedirler²⁵. Hal böyle olunca, BK m. 278/I ve 289 (yTBK m. 364) anlamında kiracının kiralananı işletmekle yükümlü olduğunu ifade etmek amacıyla "hasılat kirası bir işletme kirasıdır" ifadesi⁴²⁶ ne derece yerinde ise, buradan hareketle, "[...] işletme hakkının devredilmediği bir sözleşme, hasılat kirası sözleşmesi olamaz, ancak adi kira sözleşmesi olması mümkündür. İşletme hakkının devrine ilişkin yapılan sözleşmelerin birer hasılat kirası sözleşmesi olduğu [...]" ifadelerinin de⁴²⁷ o nispette yerinde olmadığı açıktır. Tekrar etmek gerekirse hasılat kirası yoluyla ticari işletme devredildiğinde devreden, sözleşme gereği kendi işletme hakkını kullanmaktan belli bir süre için vazgeçmekte, kendi

⁴²⁵ *POROY/YASAMAN*, s. 39 N. 63. Aynı yönde *OPPIKOFER*, s. 139. Yazar işletme sahiplerini, "işletmeye yetkili" (*betriebsberechtigt*) (örneğin rehin borçlusu, intifa hakkı sahibi) ve "aynı yetkili" (*dinglich berechtigt*) olarak ikiye ayırmakta ve bunlardan ilkinin sadece dönen varlıklar üzerinde tasarruf yetkisine sahip olacağını belirtmektedir.

⁴²⁶ Bkz. örneğin *CANSEL*, s. 7; *TANDOĞAN*. C. U2, s. 4; *YAVUZ*, s. 367; *ALTAŞ*, s. 74. Hasılat kirasını "işletme kirası" olarak nitelendirmek ve isimlendirmek her ne kadar kısmi bir tarif kolaylığı sağlıyor gözükse de, bunun aslında bu kira tipine özgü bir unsurun (BK m. 278/1; yTBK m. 364/1) öne çıkartılmasıyla yapılan bir adlandırma olduğu gözden kaçmamalıdır. Bu bakımdan BK m. 270 vd. analiz edildiğinde diğer sözleşme unsurlarının da (örneğin BK m. 279'da (yTBK m. 365) yer alan kiralananın iyi halde muhafazası borcu, ayrıca bkz. m. 289 (yTBK'da karşılığı yoktur)) öne çıkarılarak başka isimlendirmeler yapılması da mümkündür. İşletme kelimesi dilimizde "işletme faaliyeti" dışında hem işletme faaliyetlerinin yürütüldüğü fiziki mahal için (bkz. *CANSEL*, s. 7) hem de iktisadi işletmelerin bir nevi kısaltması olarak da kullanıldığından, "işletme kirası" ifadesi, yeterli bilgisi olmayan çevrelerde bu tür kiranın sadece işletmelere özgü olduğu kanaatini uyandırmaya da elverişlidir. *CANSEL* de bundan dolayıdır ki, soruna dikkat çekmek için, eserinin daha 2. sayfasında "hasılat kirası akdinin konusu bir işletmedir. Gerek mal ve gerekse hakkın, hasılat kirası ile devrinden beklenen netice, kiracının, bunları bir işletme dahilinde işleterek, semerelerinden istifade etmesi, buna mukabil kiralayana muayyen bir ücret ödemesidir. Bunun içindir ki, işletme faaliyeti hasılat kirasının ayırıcı vasıflarındandır" görüşünü dile getirmiştir. Burada bir yandan faaliyet çevresi (örgüt anlamında bir "işletme"), diğer yandan da faaliyet/eylem anlamına gelmek üzere "[...] bir işletme dahilinde işleterek [...]" ve "bunun içindir ki, işletme faaliyeti hasılat kirasının ayırıcı vasıflarındandır" denilerek, işletme kelimesinin farklı anlamları ile aynı kontekste kullanılmış olmasına dikkat çekilmek gerekir.

⁴²⁷ *ALTAŞ*, s. 74-75.

işletme faaliyetine ara vermekte ve devralanın kendisine ait işletme hakkına dayanarak işletmeyi kendi adına işletebilmesi için devredilen işletme unştır. tarını onun hizmetine sunmaktadır. Bu açıdan yapılan alıntıda geçen "işletme hakkının devri" ifadesinin, devredenin kişisel işletme faaliyetlerini sözleşme süresince durdurması (işletme anlamına gelebilecek taahhüt ve tasarruflardan vazgeçmesi) ve devralanın kendi işletme faaliyetlerini devredilen unsurlar üzerinde icra etmesine müsaade etmesi yükümlülüğü şeklinde anlamak (BI(m. 270/I, 272/1; yTBK m. 357/I, 360/1) gerekir. Sonuç olarak hasılat kirası bakımından kiralayanın, işletmeyi devir ile işletme hakkını kullanmaktan sözleşmenin sonuna dek vazgeçtiğini (işletme faaliyetlerini durdurduğunu) ya da iştirakli kirada olduğu gibi hakkın kapsamının önemli ölçüde daraldı. ğını, kiracının ise kendisine ait işletme hakkını kullanmaya başladığını kabul etmek gerekir. Kiracının işletme hakkının kapsamı, hakkın üzerinde kulla. nıldığı işletme unsurları kendisine ait olmadığından, kiralayanının işletme hakkına göre daha dar olacaktır. Bunun, kiracının sözleşme sonrası dönem. deki rekabet yasağına kadar uzanması mümkündür⁴²⁸. Devralan devraldığı unsurlar üzerinde *kendi* işletme hak.kını kullanır. İşletmeyi kendi adına işle- tir. Devralanın işletme hakkı devredenin hakkının bir uzantısı ya da devamı değildir. Bu bakımdan işletmeyi devralanın hakkı, talı değil, aslıdır. Bu çer- çevede işletme hakkı sahibi hasılat kiracısı, örneğin ticari temsil kuralların. dan istifade ederek kendi adına ticari işletme işleten kişi sıfatıyla bir ticari mümessil atayabilir (BK m. 449; yTBK m. 547)4²⁹

Gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin işletme izni alınmadan bir kahve- hanenin kiralanmasını adi kira olarak nitelemesi⁴³⁰ ve gerek Yargıtay'ın "iş- letme ruhsatnamesini devretmeksizin bir mahallin işletme ve intifainı dev- retmek suretiyle yapılan bir akit alelade bir kira akdinden ibarettir" yönün- deki kararı⁴³¹, hasılat kirasında kiralayanın BK m. 272/I'e (yTBK m. 360/I)

⁴ ⁸ Karş. HUBMANN. ZHR 117 (1955) s. 67.

⁴²⁹ KIRCA. İ.. Ticari Mümessillik, s. 49-50.

⁴³⁰ BGE 19,329 (aktaran TANDOĞAN, C. 112, s. 8 dn. 27).

⁴³¹ Y. TD.. T. 17.07.1951, E. 3231, K. 4108, (aktaran TANDOĞAN, C. 1/2, s. 8 dn. 28). Ay- rıca bkz. TANDOĞAN. C. 1/2, s. 8 dn. 29 ve 29a'da anılan kararlar. Yargıtay diğer bir ka- rarında da (6. HD, T. 22.01.2007, E. 2006/11947, K. 2007/94) "[...] Borçlar Kanunu'nun 270 ve devamı maddelerinde düzenlenen hasılat kirasından söz edilebilmesi için hasılat getiren bir taşınır ya da taşınmaz mal, ticari işletme ya da hakkın kira ilişkisinin konusu- nu oluşturması ve kiralananın demirbaşları ve işletme ruhsatı ile birlikte kiraya verilmesi gerekir. Oysa taraflar arasında düzenlenen sözleşmede boş işyerinin mağaza olarak kul- lanılmak üzere kiraya verildiği, bir demirbaş devrinin söz konusu olmadığı işletme ruhsa- nıyla kiralানmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede kira parasının aylık cironun bir bölümü olarak ödeneceğinin kararlaştırılması taraflar arasındaki kira ilişkisinin hasılat kirası ol- duğunu göstermez [...]" şeklinde hüküm vermek sureiyle, kiralananın gerekli işletme izinleriyle birlikte devredilmesi gerektiği yönündeki görüşünü koruduğunu göstermiştir. Aynı yönde Y. 6. HD, T. 03.10.2006, E. 2006/8123, K. 2006/9463: Y. 6. HD.

uygun olarak kiracının işletme hakkını kullanabilmesi için gerekli ıdan ızmleri, ruhsatları temin borcu bulunduğunu, bir başka ifadeyle devredenm (kiralayanın), işletme faaliyeti için gerekli resmı izin ya da ruhsat gibi kamu hukukundan kaynaklanan işlemleri yapabilmesi için devralan (kiracı) ile işbirliği yapmasının gerekli olduğunu⁴³² ortaya koymaktadır. Yoksa bu kararlardan hasılat kirası ile işletme hakkının devredildiği sonucuna ulaşmak isabetsiz olacaktır. Kaldı ki ilgili 3572 s. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun⁴³³ m. 5 ile İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik⁴³⁴ m. 6ffil'e göre işyeri açmak isteyen gerçek veya tüzel kişinin bizzat başvurusu gerektiği gibi işyeri açma izni de başvuranın şahsına verileceğinden bir izin veya ruhsat devri bu anlamda da mümkün değildir. Nitekim anılan Yönetmeliğin 8/1. maddesi hükmünde yer alan "ruhsatta belirtilen faaliyet konusu ve adresin değişmemesi kaydıyla işyerinin devredilmesi halinde, devralan kişinin başvurusu üzerine dosyadaki bilgi ve belgeler esas alınmak suretiyle yeni işletmeci adına tekrar ruhsat düzenlenir" hükmünün de gösterdiği gibi, hasılat kirası sebebiyle bir ticari işletmeyi devralan gerçek ya da tüzel kişinin işyeri açma ve çalışma ruhsatı, başvurusu üzerine yine onun adına düzenlenecektir⁴³⁵. Kira bitiminde de aynı işlem kiralayan bakımından yine tekrarlanacaktır. Bu yüzdendir ki kanaatimizce mahkeme kararlarında yer

E. 2005/7573, K. 2005/9472; Y. 6. HD, T. 10.10.2005, E. 2005/7314, K. 2005/9156; Y. 6. HD, T. 02.11.2004, E. 2004/6919, K. 2004/7579.

⁴³² Bkz. CANSEL, s. 57; ALTAŞ, s. 99 vd.

⁴³³ RG T. 17.6.1989, S. 20198.

⁴³⁴ RG T. 10.08.2005, S. 25902.

⁴³⁵ İşletme izni konusunda "devirden" bahseden mevzuat olarak Turizm Tesislerinin Belgelendirilmesine ve Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'in (RG T. 21.06.2005, S. 25852) ..belge devir talepleri" başlığını taşıyan 9. maddesi anılabilir. Buna göre "tahsisli yatının ve işletmelerin tahsis koşulları saklı kalmak kaydıyla, urivn belgesinin devrine ilişkin taleplerde, aşağıda belirtilen belgelerin aslı veya aslını vermeye yetkili merci veya noterce onaylanmış suretleri ile yazılı olarak Bakanlığa başvurulur: [...].Belgenin adına düzenlenmesini talep eden kişi, devir işlemi yapılmadan önce mevcut belge sahibi veya Bakanlıkça gerekli görülmesi durumunda mal sahibince noter huzurunda verilmiş onay ile tesisin dosyası hakkında Bakanlıktan bilgi talep edebilir. Tahsisli yatının ve işletmelerin tahsis koşulları saklı kalmak kaydıyla; belge devri talebinde bulunulması halinde, tesise ilişkin Bakanlıkça yürütülen idari işlemler, bu talebin değerlendirilmesini engellemez. Belge sahibinin değişmesi tesisin cezai' sicilini ortadan kaldırmaz". Hükümden de anlaşılacağı gibi burada da gerçekte işletmeyi devralan kişinin adına yeni bir turizm belgesinin düzenlenmesi söz konusudur.

Hukukumuzda işyeri açılması ve işletilmesine ilişkin izinler hususunda onlarca düzenlemenin mevcut olduğu gerçeği (bkz. AVCI, A.: Uygulama Örnekli, Açıklamalı İşyeri Açma-İşletme Rehberi ve Mevzuatı, 3. Baskı, İstanbul, 1998, s. 495 vd.) göz önünde tutulacak olursa, burada tek tek ele alınması mümkün olmayan farklı içerikte düzenlemelerin olabileceği kuşkusuzdur.

alan ve adi kiraya karşıt olarak hasılat kirası ilişkisinin kabulü için zorunlu görülen "kiralananın işletme ruhsatı ile birlikte kiraya verilmesi" gerektiği yönündeki şart, kiralayanın bu neviden resmi' izinlerin temininde kiracı ile işbirliği yapması gerektiği (BK m. 272/1; yTBK m. 360/I) y⁴³⁶ünd_eanlaşıl-mak gerekir. Bu çerçevede kiralayan kira başlangıcında k⁴³⁷ndı⁴³⁸y⁴³⁹rı ayma ve çalışma ruhsatının kaldırılmasını ve kiracıya ruhsat verilmesini sağlaması (kiracı lehine feragat), kira bitiminde de kiracının aynı yönde davranması ge-
reklidir (kiralayan lehine feragat)⁴¹⁶. Kiralayanın bu borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinin ya da idarenin işletme iznini kiracıya yüklenemeyecek sebeplerle vermemesi hususları, sözleşmenin kurulmasını ve başlangıçtaki nitelendirilmesini hiç şüphesiz etkilemez⁴³⁷.

Diğer yandan işletme hakkı, işletmeye dahil unsurlar üzerindeki aynı ya da fikri' ve sınıt mülkiyet haklarından bağımsız olduğundan anılanunsurların kısmen ya da tamamen devri, işletme hakkının da devrini tazammunetmez. Bu bakımdandır ki, esasen her gerçek ve tüzel kişi işletme hakkınasahip olup⁴³⁸, işletmenin malvarlığı unsurlarını tedarik etmeye başlamak, işyeri için bir taşınmaz satın almak ya da kiralamak, işçi istihdam etmek, kredi almak, hammadde temin etmek, tedarikçilerle ilişki kurmak, söz konusu hak-tan istifade edildiğini gösteren emarelerdir. İşletme faaliyetine son verilmesi ile bu haktan *istifade* de son bulmuş olur⁴³⁹. Bu çerçevede hasılat kirası söz-

⁴³⁶ Karş. ARZBOCK. s. 124. Yazar Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi kararları⁴³⁶da iş-letme ruhsatının devrine belirleyici bir hukuki anlam yüklenmediğini, işletmelerin ruh-satsız olarak devredildiği hallerde de ticari işletme kirasının varlığına hükmedildiğini ifa-de etmektedir, s. 131.

⁴³⁷ Bu borca aykırılığın hukuki sonuçları hakkında bkz. ALTAŞ. s. 100-101. Yargıtay 14. HD de, 05.10.2006 tarih. 2006/7776 E. ve 2006/10511 K. sayılı kararı ile kiralayanın kirala-nanı teslim borcunu yerine getirmemesinden dolayı kiracının içki satış izni alamamış ve böylece işletmeyi işletmeye başlayamamış olması nedeniyle ortaya çıkan zararların, kira-layanın gerekli izinlerin alınması için öncelikle kendi teslim borcunu zamanında yerine getirmemesinden kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Bu kararın da gösterdiği gibi, kira-layanın kiralananı teslim ve kullanıma uygun halde bulundurma borcu maddi-gayri mad-di işletme unsurlarının devri yanında kiracının işletmeyi hukuken ve fiilen işletme imka-nına kavuşmasını da içermektedir.

m Her gerçek kişinin potansiyel olarak da olsa iktisadi bir işletme işletme anlamında "iş-letme hakkına" sahip olduğunu, hukukumuzda kamu görevlilerine ve avukat. noter gibi bazı serbest meslek mensuplarına ticaretle uğraşma yasağı getirilmiş bulunması da gös-termektedir. Ancak ilgili mevzuat stalil devam ettiği sürece bu haktan istifade edilmesini engellcmekıdır. Nitekim TK m. 16 (yTTK m. 15) hükmü de bir yandan işletme hakkının kullanılmasını geçici ya da sürekli olarak engelleyen muhtemel halleri sayarak ve diğer yandan da bu yasaklara rağmen bir ticari işleme işletilmesinin tacir sıfatının doğumuna eng_eoltma⁴³⁹ac⁴³⁹ğını belirterek herkesin işletme hakkının bulunduğu ve bu hakkını kul-lanabileccğine işaret etmektedir. Keza TK m. 15 (yTTK m. 13) hükmünün de bu çerçe-vede değerlendirilmesi mümkündür.

⁴³⁹ K arş. HUBMANN. ZHR 117 (1955) s. 61.

Jeşmesi herhangi bir nedenle sona erdiğinde (BK m. 285 vd.; yTBK m. 367 vd.) işletme hakkından istifade de son bulmuş olacaktır. Ancak bu. tabiatıyla ilgilinin söz konusu hakkının ortadan kalktığı anlamını taşımayacaktır. İşletme hakkı gerçek kişilerde ölümle, tüzel kişilerde ise tüzel kişiliğin son bulması ya da tüzel kişinin amacının kazanç sağlama dışındaki bir amaca çevrilmesi ile kesin bir şekilde son bulur.

Tüzel kişiler bakımından işletme hakkına sahip olma konusunda, tüzel kişinin türüne göre değerlendirme yapmadan önce, temellerini AY'nın ilgili hükümlerinde bulan işletme hakkına sahip olmak bakımından özel hukuk tüzel kişilerinin durumu üzerinde kısaca durmak yerinde olur. AY özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak ve hürriyetlere sahip olup olamayacağı (*Grundrechtsfähigkeit*) ve bunun kapsamı hususunda açık bir hüküm içermemekle beraber (karş. Alman AY m. 19/IIT)⁴⁴⁰, özel hukuk tüzel kişilerinin AY' da öngörülen kişi hak ve hürriyetleri ile sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlerinden bunların niteliklerine uygun düştüğü ölçüde (karş. MK m. 48) yararlanabileceklerini, AY m. 11/I'de yer alan "*Anayasa hükümleri, [...] ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*" hükmünden istidlal etmek mümkündür⁴⁴¹. Hukuk düzenimiz özel hukuk tüzel kişi türleri bakımından sınırlı sayı ilkesini belirlemiş ve değişik amaçlara göre de tüzel kişi tipleri tespit etmiştir⁴⁴². Ticaret şirketleri ile kooperatiflerin işletme hakkına sahip olmaları açısından herhangi bir tereddüt yoktur (TK m. 153, 243, 271,556; KoopK m. 1; yTTK m. 211, 304,331,644). Dernekler tüzüklerinde, vakıflar ise vakıf senedinde belirtilen amaca ulaşmak için bir ticari işletme işletmek hususunu öngörmeleri halinde⁴⁴³ (MK m. 56/I, 90/I, 101/1; 5737

⁴⁴⁰ SEIFERTİHÖM/G, s. 40 N. 8, Art 19 N. 7 vd. Özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak ve hürriyetlere dair "hak ehliyeti" hususunda açık bir hüküm sevk etmemiş olan AY'mn, m. 47/IV, 69/X, 153N1 ve 168/I'de özel hukuk tüzel kişileriyle ilgili bir takım düzenlemeler öngörerek, bunları anayasal anlamda örtülü de olsa "tanındığı" ifade edilebilir. Muhtemel bir Anayasa değişikliğinde sosyal ve ekonomik hayatta gittikçe daha fazla roller üstlenen özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak ve özgürlükler açısından anayasal statülerinin açıklığa kavuşturulmasının faydalı olacağı açıktır.

⁴⁴¹ Karş. ÖZCAN, H.: "Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei, Erzincan HFD, Y. 2005. C. IX, S. 3-4, s. 200: KANET/, Anayasa Yargısı Dergisi. Y. 1989. C. 6. s. 20 vd.; HJRSCH. 1961 Anayasası döneminde sunduğu bir tebliğde 8. maddede yer alan "Anayasa'nın bağlayıcılığına" ilişkin kuralın (karş. AY m. 11) temel hak ve hürriyetlerin gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri lehine özel hukuk karakterini haiz subjektif haklar niteliğinde olduğunu ifade etmiştir, HJRSCH. E.: "Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri". Türkiye Barolar Birliği'nin 1. Türk Hukuk Kongresi'nde sunulan Tebliğ, Ankara, 1972, s. 12 (ÖZCAN. Erzincan HFD, Y. 2005, C. IX, S. 3-4. s. 189'dan naklen).

⁴⁴² OĞUZMAN, K.İSELİÇİ, Ö.: Kişiler Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 1989, s. 111.

⁴⁴³ ARKAN. s. 120 vd.; DOĞAN, M/NARBAY, Ş.: "İktisadi Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadi İşletme İşletmesi". Erzincan HFD, Y. 2000. C. IV, S. 1-2, s. 441 vd, 448 vd.

s. YakıflarK m. 26/I; TK m. 18/I; yTTK m. 16/1); TST m. 20) işletme hakkı ah ibi sayılmalıdır⁴⁴⁴.

Ekonomik hayat ile ilgili olarak devletin üç farklı konumda bulunabileceği kabul edilmektedir. İlki "regülatör devlet" konumu olup devlet ekon. illiyi dışarıdan yönlendirmekte, denetlemekte ve böylece düzenlemektedir ikinci olarak devlet piyasada mal ve hizmet üreten bir kamusal teşebbüs olarak yer almaktadır. Son olarak ise devlet piyasadan mal ve hizmet temin etmektedir⁴⁴⁵. Ülkemizde de Devlet, Cumhuriyet kurulduğundan bu yana ekon. nomik alanda değişik amaçlarla ve değişik görünümelerde aktif olmuştur⁴⁴⁶. Devletin pazarda mal ve hizmet sağlayıcısı şeklinde ortaya çıkan ekon. nomik faaliyetlerinin hukukten incelenmesi mümkün olan birçok yönleri vardır. Bunlardan birisi de konumuz itibarıyla "kamu işletmelerine ilişkin işletme" hakkıdır. Öncelikle kamu tüzel kişilerinin bu hakkının, bir başka deyimle kamu işletmeciliğinin anayasa ve idare hukuku esaslarına tabi olduğu belirtilmelidir⁴⁴⁸. y• da yer alan temel hak ve hürriyetlerin yalnızca ir•yl_er bakımından hukuki sonuçlar doğurması karşısında , kamu işletmelerinin işletme hakkının kaynağının AY'da yer alan maddi ve manevi varlığını geliş-

⁴⁴⁴ ÖZTAN, B.: Tüzel Kişiler, Ankara, 1994, s. 58; OĞUZMANİSELİÇİ, s. 119, 136.

⁴⁴⁵ TAN, T.: Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara, 2010, s. 23.

⁴⁴⁶ Devletin ekonomi alanındaki gerek düzenleyici gerek girişimci olarak faaliyetlerinin iktisadi nedenleri hakkında bkz. TAN, Dersler, s. 1 vd.; Ülkemizde "sistemli devlet işletmeciliğinin" başlangıcı olarak 1932 yılında kurulan ve yerini 1933'de Sümerbank'a bırakan Devlet Sanayi Ofisi'nin kuruluşu gösterilmektedir, TAN, Dersler, s. 167. Cumhuriyet'in kuruluşundan itibaren Devlet-ekonomi ilişkisinin hukuki gelişim süreci hakkında bkz. TEKİNALP, Ü.: "Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi". Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul Üniversitesi 50. Yıl Armağanı, İstanbul, 1973. s. 645 vd.; TAN, Dersler, s. 166 vd.

⁴⁴⁷ AY m. 47/III-IV, 123, 165, 166. 168; ayrıca bkz. 233 s. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK m. 1 vd. (RG T. 18.06.1984, S. 18435 (mükerrer)); 4046 s. K. m. 1; 5302 s. İl Özel İdaresi K. m. 52-53 (RG T. 04.03.2005, S. 25745); 5393 s. BelediyeK. m. 15. 70-71 (RG T. 13.07.2005, S. 25874); 5216 s. Büyükşehir Belediyesi K. m. 26 (RG T. 23.07.2004, S. 25531), bkz. GÖZLER, s. 233,250 vd.: TAN, Dersler, s. 159 vd.

⁴⁴¹¹ Bkz. TAN, s. 11 vd. Yazar kamunun ekonomik faaliyetlerinde hukukun, hem bir "araç" hem de bir "çerçeve" işlevi gördüğünü, hukuk devleti ilkesinin benimsendiği ve bunun için özel yargı kolunun kurulduğu ülkelerde müdahaleciliğin hukuki yönlerinden soyutlanarak ele alınmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. "idari kamu hizmetleri" ••sınai ve ticari kamu hizmetleri" ayırımına yapan GÖZLER, bu sonuncu kategoriye dahil faaliyetler ile bunları yürütenlerin esasen özel hukuka tabi olduğunu, ancak istisnaen kamu hizmetlerine ilişkin bazı ilke ve kuralların uygulanmasının da söz konusu olabileceğini belirtmektedir, s. 534 vd.

⁴⁴⁹ SEIFERTHÖMIG, Art. 19 N. 7, Yazarlar kamu tüzel kişilerinin temel haklardan faydalanamayacakları noktasında, kamu hizmetlerinin bir kamu tüzel kişisi ya da özel hukuk h_küm!e•ine tabi ancak tamamı bir kamu kurumuna ait özel hukuk tüzel kişiliğince görülmesinin farklılık yaratmadığını ifade ederek bu yönde BVerfGE 48, 78 vd.; 68. 208 vd. ile 70, 15 vd.'na atıfta bulunmuşlardır.

tirme hakkı (AY m. 17/I), mülkiyet hakkı (AY m. 35/I), çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma hürriyeti (AY m. 48/I) *olmadığı* açıktır. Ancak kamu, gerek kanun, gerek düzenleyici idari işlemler yapmak suretiyle elinde tuttuğu hukuk yaratma yetkisini kullanarak iktisadi faaliyet gösterecek işletmeler kurabilir. Bu yüzden kamu hukuku tüzel kişilerinin işletme hakkının, kanunla ya da idarenin düzenleyici işlemleri ile bir ticari işletme kurulması halinde doğduğu kabul edilmelidir. Bu kısa açıklamalar ışığında kamu tüzel kişilerinin özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren işletmeler⁴⁵⁰ kurup işletmesinin hukukî dayanağının, devletin egemenlik yetkileri (AY m. 2, 5-6, ayrıca bkz. 47/I, 128/I) olduğu söylenebilir⁴⁵¹. Burada "egemenlik" kavramının, kamu mallarını gerek kamu hukuku gerek özel hukuk hükümleri çerçevesinde kamu hizmeti ya da serbest piyasa ekonomisi anlayışı içinde işletmeyi de içerdiği ifade edilebilir. Özel hukukun uygulama alanının, kamu tüzel kişilerine kapalı olmamasının, bunların anayasa ve idare hukuku esaslarına bağlı kalarak özel hukuk hükümlerine göre iktisadi faaliyete bulunmalarının yolunu açmış olduğu da ayrıca belirtilmelidir⁴⁵².

Uygulamada özellikle, kiralayan tarafında bir kamu idaresinin ya da tüzel kişinin bulunduğu bazı kira davalarında Yargıtay'ın "*işletme hakkının devri*" ifadesini kullandığı ve bunu da hasılat kirasının bir türü olarak nite-

⁴⁵⁰ Kamunun iktisadi faaliyetlerinin eskiden beri süregelen hukukî formları hakkında bkz. TAN, Dersler, s. 167 vd. Bireylerin gelir sağlama amacıgünden iktisadi faaliyetlerini yürütürken yararlanabilecekleri hukukî formlar (tipler) sınırlı olarak belirlenmişken, kamunun iktisadi faaliyetlerinde kendisini bu tiplerle sınırlı saymaması ve birçok form"icat" etmiş ve iktisadi faaliyetlerinin hukukî sonuçlarını yine bizzat kendisinin tayin etmiş olması (örneğin bkz. TK m. 18) dikkate değerdir. Devletin böylece TK'da ifadesini bulan ticari işletme ve şirketler hukukuna paralel, kendi özel "iktisadi faaliyet (teşebbüs) hukukunu" yarattığı açıktır. TAN böylece "*karma hukukî rejim*" ortaya çıktığını ve bunun da uygulamada sorunlara yol açtığını ifade etmektedir, Dersler, s. 186-188.

⁴⁵¹ Karş. TAN, T.: Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara, 1984, s. 18. Yazar, 1961 Anayasası Ön Tasarısında "*serbest teşebbüs alanındaki ticari, sınıfl ve mali faaliyetlerden kamu yararları bakımından gerekli görülenlerin özel idare usulleriyle ve serbest teşebbüs ile eşit şartlar altında idare tarafından kamu iktisadi teşebbüsü şeklinde görülmesinin bir kanunla ya da kanuna dayanan idari işlemle*" olacağını yer aldığını kaydetmektedir. s. 194.

⁴⁵² BK'nın sözleşme özgürlüğü için getirdiği elastiki çerçevenin Devletin ekonomik hayata müdahalesinde artışa sebep olduğu ifade edilmiştir, bkz. TAN, Dersler, s. 15 dn. 52. Ancak burada temel sorun (çelişki), özel hukuktan istifade edebilmek değil, hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri sebebiyle kamu teşebbüsünün aynı zamanda kamu hukukuna tabi olmaya devam etmesidir. Nitekim kamu teşebbüslerinin yönetim ve denetimlerinde kamusal makamlara tanınan geniş yetkiler ile yargı organlarının, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kamu teşebbüslerinin faaliyetlerini kamu hizmeti olarak nitelendirerek bunlar hakkında idare hukukunu uygulama yoluna gitmiş olmaları (TAN, s. 186, 191 vd.) bu görüşü destekler niteliktedir. Ayrıca bkz. GÖZLER, s. 235-236, 536-537.

lendirdiği görülmektedir⁴⁵³. Ancak kararlar incelendiğinde gerek yerel ihtiyaçları karşılamak gerek gelir elde etmek maksadıyla, kamu idareleri ya da tüzel kişilerince belli bir ticari amaçla kullanılmak ve işletilmek için inşa ve/veya tefriş edilmiş yerlerin (belediyeye ait katlı otoparklar, çay bahçeleri, kamu binalarındaki çay ocakları, bir gardaki taşıma işleri ile ilgili yazıhane) hazır ve/veya potansiyel müşteri çevresi ile birlikte kira sözleşmelerine konu edildiği görülmektedir. İdarenin böylelikle bir işletmenin işletilmesi iznini vermiş olması, malvarlığı unsurlarının kamu malları ya da kamunun özel mallarından oluşması bakımından ayrı bir önemi haizdir. Ancak kendilerine işletme izni verilenler, işletmeyi kendilerine ait işletme hakkına⁴⁵⁴ dayanarak işletmektedirler. Yoksa kamuya ait ve bir iktisadi işletme işletme anlamındaki işletme hakkının bir gerçek kişiye ya da özel hukuk tüzel kişisine devri söz konusu değildir⁴⁵⁵. Burada hukuken düzenlenen konu (maddi olgu), kamuya ait bir işletmenin işletilmesi eyleminin bir gerçek kişiye ya da özel hukuk tüzel kişisine *terk* edilmesidir (karş. BK m. 270/1; yTBK m. 357/1). Bu sonucun, bir kamu işletmesinin belli süre için özel sektör eliyle işletilmesinin söz konusu olduğu hallerde, bazı özel mevzuatta⁴⁵⁶ yer alan ve bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi⁴⁵⁷ (bkz. AY m. 155ff) niteliğindeki "işletme

⁴⁵³ Bkz. örneğin Y. 1. HD, T. 17.12.2003. E. 2003/12872, K. 2003/13681:y • 6- HD. T. 24.01.2000, E. 2000/11054, K. 2000/53: Y. 13. HD, T. 25.06.1992, E. 1992/4326, K. 1992/5714: Y. 13. HD, T. 23.06.1992, E. 1992/4614. K. 1992/5663; Y. 13. HD. T. 09.03.1992. E. 1992/1260. K. 1992/2218: Y. HGK. T. 16.06.1993, E. 1993/6-94, K. 1993/450: Y. HGK, T. 23.02.2005, E. 2005/6-69, K. 2005/96; ayrıca bkz. Y. 6. HD. T. 10.10.2005. E. 2005/7314, K. 2005/9156 ("işletme hakkı ile birlikte kiralama").

⁴⁵⁴ 1983 s. Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun'un (RG T. 17.03.1984. S. 18344) 3/e maddesi hükmüne göre işletme hakkı "tesislerin (Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekküllerine (yurt dışındakiler de dahil) ait müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerleri) belirli süre ve şartlar dahilinde hakiki ve hükmi şahıslar tarafından işletilmesi ve varsa mamullerinin pazarlama ve dağıtımının yapılması" olarak ifade edilmiştir. Bu tanım işletme hakkının ne suretle kullanılacağını, bir başka deyimle *hakkın komissuunu* ortaya koymaktadır. Gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin işletme haklarının kaynağını açıklamış değildir.

⁴⁵⁵ Nitekim Y. HGK, T. 16.06.1993. E. 1993/6-94. K. 1993/450 sayılı karardaki karşı oy yazısında yer alan "[...] taşıma işleri ile ilgili yazıhanenin işletme hakkı, işletilme amacı ile işleticiye devredilmiş ve yine bu hizmetin ifasını kolaylaştırmak amacı ile yazıhane istifada hakkını işleticiye tahsis etmiştir. Keza, sözleşme süresi. (işletme dönemi) olarak kabul edilmiş, ücret dahi (aylık işletme miktarı) olarak belirtilmiştir. Bunların dışında. sözleşmenin [...] ve dava ile ilgili 35 nci maddesi, *asıl işletme hakkı salıbi, TCDD işletmesi görevlilerine*[...] ifadeleri dikkat çekicidir, (vurgular tarafımıza aittir).

⁴⁵⁶ Bkz. örneğin 3096 s. Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi. Dağıtım ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun (RG T. 19.12.1984. S. 18610): 4628 s. Elektrik Piyasası Kanunu (RG T. 03.03.2001, S. 24335 (mükerrer); ayrıca bkz. 4046 s. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun.

⁴⁵⁷ Danıştay bir kararında imtiyazı, "idarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun süre içinde kurulma-

hakkı devri" kavramı için de genel olarak geçerli olduğu ifade edilmelidir. Ancak ilgili özel mevzuatın "*işletme hakkı devri*" kavramı altında kurmuş olduğu işletme modeline ilişkin hususlar, özellikle karri ile sözleşmenin karşı tarafı asındaki hak ve borçlar ile bu sonuncusunun üçüncü kişilerle olan ilişkileri, hiç şüphesiz saklı tutulmalıdır⁴⁵⁸.

Sonuç olarak hakkında özel mevzuat, daha açık deyimle kanun koyucunun bir model ve terim tercihi bulunan haller dışında, kiralayanın bir kamu idaresi ya da tüzel kişisi olduğu kira davalarında Yargıtay'ın ifade ettiği gibi "*işletme hakkı devrinden*" söz edilmesi yerinde değildir. Ayrıca bu gibi kira ilişkilerini de, olayda bir işletmenin işletilmesinin, BK m. 270/1' in (yTBK m. 357/1) ifadesiyle hasılat getiren bir mal ya da hakkın kullanılmasının ve semerelerinden istifadesinin bir başka kişiye terki, söz konusu olduğundan "*hasılat kirasının bir türü*" olarak nitelemek de yanlıştır. Zira bu hasılat kirasının kendisidir⁴⁵⁹. "*Hasılat kirasının bir türü*" ifadesi ancak olgusal anlamda,

si ve işletilmesinin karşılığında hivnetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi olarak tanımlamıştı. bkz. Danıştay. 1. D., T. 24.09.1992, E. 992/232, K. 992/294, Danıştay Dergisi, S. 87, s. 37; imtiyaz sözleşmeleri hakkında bkz. GÖZLER, s. 459 vd., 559 vd.; TAN, T.: "*İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler*", AÜSBFD, Y. 1995, C. 50, S. 3-4, s. 299 vd.; 4046 s. Kanun'un 15/11. maddesinde yer alan hükmün imtiyaz kavramını "*özelleştinme uygulamaları*" bakımından daralttığı görülmektedir, bkz. TAN, Dersler, s. 367.

⁴⁵⁸ 3096 s. Kanun kapsamında "*işletme hakkı devri*" modelinin özellikleri bakımında bkz. KARAMUSTAFAOĞLU. M.: *Elektrik Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri*, Ankara, 2007, s. 41-43. Anayasa Mahkemesi 3096 s. Kanun ile getirilen modelin, imtiyazın tüm özelliklerini barındırdığını ve işletme hakkı devrinin kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinden farklı olmadığını belirtmiştir. bkz. AYM. T. 09.12.1994, E. 994/43, K. 994/42-2, RG. 24.01.1995, S. 22181. Görüldüğü gibi özel mevzuat ile kurulmuş olan ve işletme ya da özelleştirme modelleri için kullanılan "*işletme hakkı devri*" kavramının kamu idarelerinin bir kamu hizmetinin gördürülmesinden çok, belli ihtiyaçların giderilmesi ve gelir sağlama amacına yönelik katlı otoparkların, çay bahçelerinin, kamu işyerlerindeki çay ocaklarının ya da taşıma işleri ile ilgili yazıhanelerin kiralanmasını ifade etmek için kullanılması isabetli değildir. Bugün için "*işletme hakkı devri*" ifadesinin özel mevzuat ve yargı kararları dikkate alındığında teknik terim haline geldiği görülmektedir. Bu yüzden ilgili özel mevzuat kapsamına girmeyen durumlarda doğrudan kira ya da hasılat kirası nitelemesinin yapılması daha doğru olacaktır.

⁴⁵⁹ Adi kira-hasılat kirası ayrımı konusuna aşağıda değinilecek olmasına rağmen, kararlara konu olaylarda "*belli bir ticari amaçla kullanılmak ve işletilmek için inşa ve/veya tefriş edilmiş yerlerin (katlı otoparklar, çay bahçesi, çay ocakları, taşıma işleri ile ilgili yazıhane) hazır ve/veya potansiyel müşteri çevresi ile birlikte*" işletilmek üzere devri niteliğinde bir ilişki bulunduğu göz önünde tutularak ve Yargıtay'ın da açıklamalarından hareketle dava konusu olaylarda ilişkinin hasılat kirası niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak anılan türden olaylarda, "*hasılat kirası*" ile adi kira niteliğindeki "*işyeri kirası*" ayırımına ilişkin sınırları belirsizleştirebilecek ihtimallerin bulunabileceği de hatırlatılmalıdır. bu hususta bkz. CANSEL, s. 38 vd.; ALTAŞ, s. 233 vd. Alman Federal Mahke-

mesi de sırf hir mekanın icnri ya da mesleki amaçlarla kullnnılabilir nitelikte olmasının. hasılat kirasının vnrlıQının k:ıbulU için tek başına yeterli olmayacağını, bunn örneğin uygun tedarik kaynaklarının gösterilmesi yn da bnşlunç kredisi verilmesi gibi bazı unsurların da eklenmesi gerckt8ini ifade etmiştir. BGH. NJW-RR. 1991. s. 906-907, \VE/DEN\FF. in: PALANDT. 8GB. 62. Aun.. Einfilhrung vor § 535 N. 16: MICHALSKI. L.: "Abgrcnrnng von Gewerbenummie und Pach", Gcdtlchtni schrift für JUrgeN SONNENSCHEIN. Bertin. 2003. s. 397 vd.

§ 3 TARİHSEL GELİŞİM AÇISINDAN HASILAT KİRASİ

1. Roma Hukuku'nda Hasılat Kirası

Birisinin bir başkası için bir bedel karşılığında iş görmesini, kira, hasılat, eser ve hizmet sözleşmelerinin ortak noktası olarak nitelendiren Romalılar, anılan sözleşmeleri *locatio conductio* başlığı altında toplamışlardır¹. Roma hukuku diğer hukuk kurumlarına göre daha özel bir konumu olan hasılat kirası müessesesini de müstakil olarak tanımamış, bunu kira ile beraber *locatio conductio rei* başlığı altında ele almıştır. Buna rağmen hukuki ilişkinin konusu itibariyle kiracının (*conductor*, hasılat kirasında *colonus*) eşyayı kullanma hakkı yanında aynı zamanda semerelerden yararlanma hakkının olup olmadığına göre ayırım yapılmıştır. Bundan başka kamu arazisinin hasılat kirasına verilmesi ile özel mülkiyet altındaki arazinin hasılat kirasına verilmesi şeklinde ikili bir ayırım daha söz konusudur³. Bu bakımdan Roma'da ilk önceleri bahçe ve tarla kirası şeklinde uygulama alanı bulmuş olan hasılat kirasının⁴ benzer kurumlarla karşılaştırıldığında geç dönemde ortaya çıktığı görülür. Cumhuriyet devrinin ortalarında araziler esirler tarafından işletilirken, zamanla devlet gittikçe genişleyen arazisini kendi vasıtalarıyla işletemez hale gelmiş ve başkalarının yardımına ihtiyaç duymuştur. Roma'da özellikle kamu hukukunun etkisiyle uygulanmaya başlanan hasılat kirası gittikçe vatandaşlar arasında da rağbet görmüştür⁵.

Hasılat kirasının konusu hasılat getiren maddi mallar ile haklar olabilir⁶. Nitekim antik dönemde, özellikle kamu hukukundan doğan gümrük ve diğer vergilerin toplanması gibi hakların da hasılat kirasına konu olduğu

HONSELL, H.: Römisches Rechl, 6. Aufl., Bertin, 2006, s. 145; BARTA, H.: Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, Wien, 2004, s. 399.

² HONSELL, Römisches Recht, s. 145. ERZURUMLUOĞLU, roma hukukunda teorik olarak adi kira-hasılat kirası ayırımı yapılmamış olsa da, uygulamada bu ayırım yapıldığını bildirmektedir, ERZURUMLUOĞLU, E.: Türk Hukukunda Adı Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 1973, s. 15; FOERSTER, M.: Geschäftsraummiere oder Untemehmenspacht, die rechtlichen Gmndlagen von Bestandvertragen über Geschafisraumlichkeiten, Wicn, 2006, s. 2.

EMMERICH. in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. I; MAYER-MALY, T.: Römisches Rechl. 2. Aufl., Wien, New York. 1999, s. 142-143.

⁴ HONSELL, Römisches Recht, s. 146.

⁵ ARSEBÜK, AÜHFD, Y. 1949, C. 6, S. 1, s. 4; ayrıca bkz. CANSEL. s. 3, 10 vd.

⁶ MAYER-MALY, s. 143.

(*gümrük ve vergi kirası*) belirtilmektedir⁷. Kamu arazilerinin kiracılarının genellikle daha iyi bir konuma sahip olduğu hatta kiracılığın mirasçılara da intikal ettiği, özel arazilerin kiracılarının ise kiralayana bağımlı oldukları, kaynaklarda yer almaktadır⁸. *CANSEL* roma hukukunda "hasılat kirası sözleşmesi" ile "müstakbel meyvelerin satışı (toplanması) sözleşmesinin" (*locatio rei fructuariae*) birbirlerine benzemekle beraber erken dönemde birbirlerinden ayırt edilmeye başlandığını kaydetmektedir⁹.

Taraflar arasındaki ilişkilere bakıldığında ise kiralayanın (*locator*) kira onusu taşınmaz sözleşme süresi boyunca kiracının kullanımı ve semerelerinden istifade etmesi için devretme ve kiralananı kullanıma uygun halde bulundurma borcu olduğu görülmektedir. Ancak kiracıya, kiralayana ve üçüncü kişilere karşı zilyetliğin sağladığı korumalardan istifade imkanı tanınmamıştır. Kiracı semereler üzerindeki mülkiyet hakkını ise, ancak bunların kiralayan tarafından kendisine teslim edilmesi ile kazanabilmekteydi. Kira bedeli (*merces*) genellikle bir miktar paranın ödenmesi olarak kararlaştırılmaktaydı. Bunun yanında elde edilen hasılatın belli bir kısmının kiralayana verilmesi olarak ortaya çıkan iştirakî kira da (*colonia partiaria*) uygulama alanı bulmuştur¹⁰. Kiranın miktarı ve ödenme zamanı tarafların anlaşması (*lex locationis*) ile belirlenirdi¹¹. Kira süresinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte, sözleşme hemen her zaman belirli süreliydi. Bu yüzden ki, karşı tarafın kusurlu olduğu sözleşme ihlalleri hariç, bugünkü anlamda "tek taraflı fesih" de söz konusu olmuyordu¹². Ancak belirsiz süreli sözleşmelerin her zaman ve bir neden göstermeksizin tek taraflı feshine izin verilmekteydi. Yine hasılat kirasına özgü olmak üzere, kiracıya aynıhak benzeri bir statü de veren süresiz (sonsuz) hasılat kirası da (*locatio in perpetuum*) akdedilebilmekteydi¹³. Tarım arazilerinin hasılat kirasına verilmesinde ise kira süresi çoğunlukla beş yıldır¹⁴. Kiracının araziye hiç ekip biçmemesi ve sürekli olarak verimsiz hale getirecek tarzda işlemesi yasaklanmıştı (*kiralananın cevherinin korunması prensibi*)¹⁵. Kiralanan birbaşkasına satıldığı takdirde, kiracının yeni malike karşı kiranın devamını talep

⁷ HONSELL. Römisches Recht, s. 146.

⁸ KLEIN-BLENKERS, s. 43.

⁹ CANSEL. s. 34.

¹⁰ HONSELL. Römisches Recht, s. 146.

¹¹ HONSELL. Römisches Rcchl. s. 147-148.

¹² MAYER-MALY. s. 144; HONSEU, Römisches Recht, s. 147-148.

¹³ HONSEU. Römisches Rcchl. s. 148.

¹⁴ EMMERICH, in: STAUDINGERS, Yorbem. zu § 581 N. 2: HONSELL. Römisches Recht. s. 148.

¹⁵ MAYER-MALY. s. 144; CANSEL. s. 6.

hakkı yoktu¹⁶. Roma hukuku hasılat kirasının özel bir türü olan hayvan kirasını¹⁷ da kabul etmiş bulunmaktaydı¹⁸.

Uygulamada, zehirli otlar yetişen bir çayırın hasılat kirasına verilmesi halinde, kiracının bu zehirli otlardan dolayı ölen ya da hastalanan hayvanlardan kaynaklanan zararlarının kiralayan tarafından tazmin edilmesi gerektiği, eğer kiralayan ihmal ile hareket etmişse de kirayı isteyemeyeceği ifade edilmiştir. Bu sonuç kiralayanın kiralananı kullanıma ve işletmeye uygun halde teslim ve bulundurma borcunun bir sonucu olarak görülmektedir¹⁹.

il. Osmanlı Hukukunda Hasılat Kirası

Osmanlı Hukukunun kiraya ilişkin esaslarına değinmeden önce genel olarak kira sözleşmesinin İslam hukukunda ele alınışı üzerinde durmakta fayda vardır. İslam hukukunda kira sözleşmesi konusu bakımından "icare-i 'amel" (iş sözleşmesi) ve "icare-i 'ayan" (kira sözleşmesi) şeklinde iki ana başlığa ayrılmaktadır. "İcare-i 'ayan" akdinin de "icare-i uruz" (menkul kirası), "icare-i akar" (gayrimenkul kirası) ve "icare-i hayvan" (taşıt kirası) olarak üç alt gruba ayrıldığı belirtilmektedir²⁰. Bundan başka "maddi kiramanevi kira" ayrımı yapıldığını, maddi kiradan işçi kiralama, ev, işyeri, hayvan ve arazi kiralamanın anlaşıldığını, manevi kiradan ise fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikri hakların, patent haklarının ticaret unvanı ve işletme adlarının kiralananının anlaşıldığı ilave edilmelidir. Bu çerçevede "meşhur bir otel, firma ya da ticarethanenin üzerindeki yazılı ismin (tabelanın) kiralınması" örneği verilmektedir²¹.

1876 yılında yürürlüğe giren Mecelle, eşyanın kullanılması ve semerelerinden yararlanılmasını amaçlayan muhtelif sözleşme tiplerini farklı hükümlerde düzenlemiştir.

Yararlanma amacı güden sözleşmelerden olan ve bugünkü anlamda hem kira hem de iş akdini kapsayan "*icare akdi*", Mecelle'nin II. kitabında (*Kitabül-İcô.rô.t*, m. 404 vd.) düzenlenmiştir. İcare akdi "belirli bir menfaati, muayyen bir ivaz karşılığında satmak" (*menfaat-ı ma'lumeyi ivaz-ı ma'lum mukabelesinde bey' etmek*, m. 405) olarak tarif edilmiştir. Bedelin, karşılığında satılan eşyanın menfaati olduğu durumlarda ise gerçek anlamda "kira"

¹⁶ MAYER-MALY, s. 144.

¹⁷ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 4.

¹⁸ MAYER-MALY, s. 144.

¹⁹ HONSELL, Römisches Recht, s. 147.

²⁰ KAYA, M.: İslam Hukukunda Kira Sözleşmesi, yayınlamamış yüksek lisans tezi, Bursa, 1999, s. 10 vd.

²¹ KAYA, s. 39-40.

Diğer yandan 1808 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun çevirisinden ibaret olan²⁷ 1850 tarihli "*Kaanunname-i Ticaret Beriyye*" de ticari işletme ve bunun konu olabileceği hukukî işlemler hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir²⁸. Kanun ilk maddesinde taciri "ticaretle meşgul olan ve ticarete dair ba-senedat akd-i mukavele eden eşhasa tüccar ıtlak olunur" şeklinde tanımlamakla beraber, müteakip hükümlerinde "ticari işletmeden" söz etmemiştir. Muhtelif hükümlerde geçen "*ticarethane*" ifadesi ise bugünkü anlamdaki ticari işletmeyi değil, Devlet'in resmî ticaret otoritesini ifade etmektedir. Bu bakımdan Osmanlı dönemi ticaret hukukundan da ticari işletme kirasına ilişkin bilgi elde etme imkanı yoktur. Fransız TK'nın çevirisi olan anılan Kanun'un ticari işletmeden bahsetmemesi doğaldır²⁹.

111. Kaynak Hukuklarda ve Türk Hukukunda Hasılat Kirasının Gelişimi

1881 tarihli İsviçre BK' da hasılat kirasına ilişkin olarak yer alan hükümler (m. 296 vd.) hayvan kirasına ilişkin bazı küçük değişiklikler dışında 1911 tarihli BK'ya alınmıştır³⁰. Eski BK m. 296/I'de yer alan tanım, avcılık, balıkçılık, su gücünün yanında hasılat kirasına konu olabilecek "haklar" arasında ticari işletmenin de açıkça anılmış olması bakımından önemlidir³¹. Literatürde hasılat kirası bakımından 1911-1950 arası süren bir yasal hareketsizlik dönemi ve 1950-1970 arası ziraî hasılat kirasına müdahale amaçlı yasal düzenlemeler dönemi şeklinde ikili bir ayrım yapılmaktadır. 1989 yılında ziraî hasılat kirası düzenlemelerinin İsviçre BK dışına çıkartılması ve 1989 yılındaki kira hukuku reformu ile de hasılat kirası ile ilgili yasal aktivitenin şimdilik "durulduğu" ifade edilmektedir³². İsviçre Federal Mahkemesi de

²⁷ GÜRZUMAR, F.IGÜRZUMAR, T.İBERKİ, A. H.: Kaanunname-i Ticaret ve Zeyilleri, Ankara, 1962, s. 3.

²⁸ GÜRZUMAR/GÜRZUMARİBERKİ, s. 45 vd.

²⁹ Fransız ticari işletme hukukunun genel özellikleri ve tacir kavramı hakkında bkz. KORT. AcP 193 (1993), s. 464 vd.; BECKER, A.: Die Entwicklung des Kaufmannbegriffs im Sinne eines übergeordneten Abgrenzungskriteriums für den persönlichen Anwendungsbereich handelsrechtlicher Vorschriften, Diss., Münster, 2004, s. 43 vd.; Belçika Hukukunda ticari işletmenin durumu hakkında bkz. ÖÇAL, A.: "Ticari İşletmesini Devredenin Rekabet Yapmama Borcu", Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir. 2000, s. 563 vd.

³⁰ H/GI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art. 275-304) N. 15; OSERJ SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu Art. 253-304 N. 1-3; IINDENMEYER. C.: Die Untemehmenspacht, Diss., Bem, 1983, s. 30.

³¹ IINDENMEYER, s. 30.

³² H/GJ, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbls (Art. 275-304) N. 16 vd.; IINDENMEYER doktora tezi çerçevesinde yaptığı anket sonuçlarına göre özellikle hasılat kirası müessesinin düşük tanınırlığı sebebiyle İsviçre'de ticari işletme kirası uygulamasının çok sık görülmediğini ifade etmektedir, s. 33-34.

özellikle zirai hasılat kirasına ilişkin uyuşmazlıklar hakkında bir çok karar vermiş olmakla beraber³³, bir sabun fabrikasının, marka da dahil olmak üzere kiralınmasına ilişkin 1924 tarihli bir kararına rastlamak da mümkündür³⁴. Eski İsviçre BK yürürlükte iken Federal Mahkeme'ce 1893 yılında verilen ve bir otelin hasılat kirasına verilmesiyle ilgili olarak, kiralayanın "kullanıma ve işletilmeye uygun halde bulundurma" borcuna aykırı davranışlarından kaynaklanan davaya ilişkin kararına da işaret etmek gerekir³⁵. *Treadwell'in* 1910, *Nauer'in* 1927, *Thomnien'in* 1932 tarihli çalışmaları ticari işletme kirası üzerine erken dönemde yazılan doktora tezlerine örnek gösterilebilir³⁶.

KLEIN-BLENKERS, 14. YY'dan itibaren Almanya'da özellikle zirai hasılat kirasının öneminin gittikçe artmaya başladığını ve Prusya Medeni Kanunu'nun 399.-625. maddelerinin hasılat kirasını düzenlemeye ayrıldığını ifade etmektedir³⁷. Yazar, 18. YY'ın ortalarından itibaren zirai hasılat kirasının yanında ticari işletme kirasının da gittikçe önem kazanmaya başladığını bildirmektedir³⁸. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1900'lü yılların başlarından itibaren ticari işletme kirası ile ilgili uyuşmazlıklar hakkında kararlar vermeye başladığı, hatta 1863 yılında Jena Eyalet istinaf Mahkemesi'nin ticari işletmelerin hasılat kirasına verilmesinin tamamen olağan olduğunu, örf ve adet hukukunda da bunun kabul edildiğine ilişkin bir karar verdiği ifade edilmektedir³⁹. Alman doktrininde Alman MK ve TK'nın yürürlüğe girişinin hemen akabinde konusu ticari işletme olan hasılat kirasının incelendiğidoktora tezleri dikkat çekicidir: Bu çerçevede *Schönewald'* in 1904, *Moebius'un* 1905 tarihli, *Henkel ve Treusch v. Butlar'in* 1908, *Hoénicka'nın* 1913, *Mackensy'nin* 1914, *Noack'ın* 1924, *Huchzermeier'in* 1925, *Levysohn'un*

³³ REYMOND, in: VISCHER, Obligationenrecht, s. 259.

³⁴ BGE 50 il 79, 83 vd."Übertragung des Gcschaftsbetriebs auf die Bcklagtc in seiner Gcsamtheit für eine beschränkte Zcitudauer", "zeitlich beschränkte Nachfolge in die wirtschaftliche Tätigkeit der KJagerin (Vcrpachtcrin)", REYMOND. in: VISCHER, Obligationenrecht, s. 259 dn. 5.

³⁵ BGE 19 I 897 vd., REYMOND, in: VISCHER, Obligationenrecht, s. 259 dn. 6; eyalet yüksek mahkemelerinin ticari işletme kirası bağlamında verdikleri az sayıdaki bazı kararlar için bkz. LINDENMEYER, s. 32..

³⁶ Bkz. K/NGLER. A.: Die Untemehmenspacht, Diss., Zürich, 1943, s. 5 vd.

³⁷ KLEIN-BLENKERS, s. 43. 15. YY'da bir tuğla ocağı, marangoz ve değirmen ile tuz ocağının hasılat kirasına verilmesi sözleşmelerinin içerikleri hakkında bkz. OPPIKOFER, s. 74-75.

³⁸ KLEIN-BLENKERS. s. 44.

³⁹ KLEIN-BLENKERS, s. 44-45 ve dn. 70 vd.'nda anılan mahkeme kararları: ayrıca bkz. OPPENLANDER, F.: Die Untemehmenspacht, insbesondere das Verhältnis von Pachter und Verpachter bei der Verpachtung eines Untemehmens, Diss., Stuttgart, 1974, s. 6 dn. l'de anılan mahkeme kararları.

1928, F. C. E. Schmidt'in 1929, Vehmeyer'in 1930, Mummy'nin 1931 ve Burkart'ın 1936 tarihli doktora tezleri anılmak gerekir⁴⁰.

Yukarıda da görüldüğü üzere eski Türk hukukunda pozitif anlamda bir ticari işletmeden ve ticari işletme kirasından bahsedilemeyeceğinden, hasılat kirasının gelişim sürecini özellikle BK'nın 1926 yılında yürürlüğe girmesi ile verilmeye başlanılan mahkeme kararlarından tespit etmek gerekir. Değişik kaynaklardaki Yargıtay kararları incelendiğinde, eski tarihlerden bu yana konusu tarla, bahçe, otlak gibi araziler olan zirai amaçlı hasılat kirası türlerinin⁴¹ yoğunlaştığı görülmektedir⁴². Bunda süregelen ekonomik yapının ve ilişkilerin payı vardır. Borçlar kanunlarında yer alan akit tiplerinin, bireylerin ekonomik istifadesine sunulmuş hukuksal araçlar olduğu göz önünde tutulacak olursa, bunların belli bir dönemdeki ekonomik hayatın ihtiyaçlarına göre kullanıldıkları ve bu bakımdan aynı zamanda o dönem ekonomisine ayna tuttukları da söylenebilir. Diğer yandan HIRSCH'in 1939 tarihli Ticaret Hukuku Dersleri isimli eserinde "*temlikin yanında, tatbikatta en ziyade tesadüf edilen muamelelerden birisi ticarethanenin, Borçlar kanunu 270 inci maddesinin kabul ettiği manada hasılat kirasına verilmesidir*" demiş olduğuna işaret edilmek gerekir⁴³.

1970'li yıllara gelindiğinde ise Yargıtay kararlarında bu zamana kadar rastlanmayan hasılat kirası konuları ile karşılaşılacaktır. Gerçekten ticari işletme kirasına yaklaşan ilişkiler olarak da görülebilecek sözleşmelerde, "bir köydeki ılıcaların",⁴⁴ "plajın işletme hakkının",⁴⁵ "değirmenin işletilmesi hakkının",⁴⁶ 1972 tarihli bir sözleşme ile de "belediyeye ait kaplıca ve buna bağlı otel ve motellerin işletilmesinin"⁴⁷ kiralandığını ve Yargıtay'ın bunları "hasılat kirası" olarak nitelendirdiğini tespit etmek mümkündür. Bundan başka akarsu, göl ve denizlerde balık avlama hakkının hasılat kirasına verilmiş olduğunu da anmak gerekir⁴⁸. Yargıtay'ın 1974 yılında iştirakli hasılat

⁴⁰ Bkz. KLEIN-BLENKERS, s. 26 dn. 29-30.

❖, Zirai hasılat kirası hakkında bkz. ALTAŞ, s. 84 vd.; ayrıca bkz. CANSEL, s. 12 vd.

⁴² Bkz. TEPECİ, K.: Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, Ankara, 1949, s. 465 vd.'nda yer verilen mahkeme kararları; ERDOĞAN, C.: Tahliye ve Kira Tespiti Davaları, 3. Baskı, Ankara, 1975, s. 316 vd.'nda yer verilen mahkeme kararları; ÖZTÜRK, G.: Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara, 2010, s. 53; ALTAŞ, s. 78.

⁴³ HIRSCH, Ticaret Hukuku Dersleri, s. 214.

⁴⁴ Y. 6. HD, T. 23.03.1972, E. 1226, K. 1212 ERDOĞAN, Tahliye, 3. Baskı, s. 328, kira sözleşmesi 1969 tarihlidir.

⁴⁵ Y. 6. HD, T. 10.09.1973, E. 3716, K. 3021, KARAHASAN, s. 1156.

⁴⁶ Y. 6. HD, T. 20.11.1973, E. 5293, K. 4549, KARAHASAN, s. 1156.

⁴⁷ Y. 6. HD, T. 19.09.1977, E. 5179, K. 5619, KARAHASAN, s. 1156-1157. Ayrıca bkz. Y. 6. HD, T. 28.01.1993, E. 476, K. 788 (1972 tarihli bir sözleşme münasebetiyle verilen karar), KARAHASAN, s. 1158 dn. 214.

❖ Y. 4 HD, T. 21.04.1972, E. 1438, K. 3663, TANDOĞAN, C. 1/2, s. 6 dn. 16a.

kirasına ilişkin bir içtihadı birleştirme kararı vermiş olduğu da ayrıca zikredilmelidir⁴⁹. İlerleyen yıllarda ticari işletmelerin konu olduğu hasılat kiralalarına ilişkin uyuşmalıkların kararlara daha çok yansıdığını gözlemlemek mümkündür⁵⁰. Bu çerçevede konu olarak genellikle otel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve ekleri gibi işletmelerle, mahalli idarelere ait hamam, otopark, çay bahçesi, kantin, taş ocağı gibi "işletmelerin" hasılat kirasına verildiği görülmektedir.

Doktrinde hasılat kirası şimdiye dek *CANSEL'* in 1953 tarihli doktora tezi ile *_AL7':;4S'*in 2009 tarihli eserinde monografik incelemelere konu olmuştur. *GÖKTÜRK'in* 2010 tarihli hasılat kirasına ilişkin Yargıtay içtihatlarının derlendiği eser de bu çerçevede anılabilir. Ayrıca *ARKAN SERİM'in* 2010 tarihli çalışmasına da dikkat çekmek gerekir.

⁴⁹ Y. İBK, T. 13.04.1974. E. 1974n5, K. 1974/126, *GÖKTÜRK* s. 151.

⁵⁰ Karş. *ALTAŞ*, s. 78.

§ 4 TİCARİ İŞLETMELERİN HASILAT KİRASINA VERİLMESİNİN SEBEPLERİ

Muhtelif kişisel ya da ekonomik sebepler işletmecinin geçici olarak değişmesini, bir diğer deyimle işletmenin geçici olarak bir başkası tarafından işletilmeye devam olunmasını gerektirebilir. Bundan başka kiracıyı satın alma ya da yeni kuruluş yerine, öncelikle kiralamaya iten haller de ortaya çıkabilir¹. Kısacası ticari işletme kirasının kiralayan ya da kiracıdan kaynaklanan muhtelif gerekçeleri vardır². Bir işletmenin ekonomik ya da başka nedenlerle tasfiye edilip yok olup gitmesi yerine, bunun korunması ve yaşatılmasında gerek genel ekonominin, gerek işletme sahibi ile bununla ilişkiye giren üçüncü kişilerin, çalışanların menfaatleri vardır. İşte bir hasılat kirası türü olarak ticari işletme kirası, sözleşme serbestisi ilkesi sayesinde ulaşılan esneklik de göz önünde tutulduğunda, bu amaçlar için uygun hukuksal bir araç olarak ortaya çıkmaktadır³.

Ülkemizde ticari işletme kirasının görülme sıklığına ve nedenlerine ilişkin ampirik çalışmalar mevcut değildir⁴. Bununla birlikte özellikle yabancı literatürde ticari işletme kirası hakkında, bu yola başvurulmasının nedenleri ile ilgili açıklamalara rastlamak da mümkündür. Bunların kısaca ele alınmasında müessesenin hizmet ettiği ekonomik amaçları görmek bakımından hukukumuz açısından da fayda vardır.

I. Yaşlılık, Hastalık, Küçüklük, Kısıtlılık, Tecrübesizlik ve Yeni Kuruluş Gibi Kişisel Sebepler

Ticari işletmeler tacirin yaşlılığı, hastalığı, küçüklüğü ve kısıtlılığı gibi sebeplerle aile içinden ya da dışından bir başkasına devredilmek zorunda kalabilir. Zira yıllardır işletmenin başında bulunan ve artık yaşlılık ya da hastalık sebebiyle bir kenara çekilmek isteyen tacir, işletmeyi çocuklarından birine ya da bir kaçına devretmek isteyebileceği gibi, erken yaşta hayatını kaybeden veya iş göremez duruma gelen tacirin ticari işletmesi için de çocuklarının ergin olacağı, belli bir mesleği öğreneceği ya da bir okulu bitireceği ta-

HERRMANN, s. 2.

OPPENLANDER, s. 7 vd., 12 vd.; KLINGLER, s. 11; LINDENMEYER, s. 75; ayrıca bkz. ALTAŞ, s. 224 vd.

³ OPPENLANDER, s. 1.

⁴ Ancak bkz. EREN, F.: "Marmara Bölgesinde Gayrimenkul Hasılat Kirasına İlişkin Yarıcılık Müessesesinde Örf ve Adetler", AÜHFD, Y. 1962. C. 19, S. 1-4, s. 496 vd.

rihe dek bir ara çözüm bulunması gerekebilir. Bu durum özellikle küçük ve orta ölçekli aile işletmelerinde önem Laşır. Zira aile işletmelerinin gelecek yıllar boyunca da yine o aile fertleri tarafından işletilmeye devam edilmek istenmesi doğaldır. Bu çerçevede işletmenin gelecek nesillere, gerek psikolojik, gerek stratejik ve gerek mali sebeplerle kontrollü bir şekilde geçişini (devrini)⁵ ya da işletmeyi küçüklük veya kısıtlılık halinin son bulmasına dele aile dışından güvenilir bir kişi larafından işletilmesini sağlamak üzere hasılat kirasından yararlanılması her zaman mümkündür⁶. Gerçekten adi kiraya göre kiralayan-kiracı arasındaki karşılıklı güven ilişkisinin çok daha belirleyici o!duğu hası_la_kir_sı s_öleşmesi, aile içi işletme devirleri bakımından u_gu_bıaltematıflır. Ticari işletme kirası sayesinde, bazı hallerde kontrollu bır devır sağlanırken diğır bazı hallerde de kiralayan, işletmecilik yük ve sorumluluğundan kurtularak belli bir kira bedelini hatta iştirakli kira ile kardan da pay elde etme imkanına da kavuşmuş olur⁷.

Bunun gibi yeterli sermayesi olmayan, ancak kredi de temin edemeyen ya a bundın çekinen bir kişi yoktan yeni bir işletme kurmak ve uun beraberinde getireceği zorluklarla uğraşmak yerine, uygun gördüğü bır işletmeyi tek başına ya da diğır ortaklarıyla kiralarak başlangıç safhasında yaşa pazar yaratma ve uzman personel temin etme sıkıntılarından kurtulabilir. Hasılat kirası ileride satın alınmak istenilen bir işletme hakkında bilgi edinmek, bir diğır deyimle test etmek amacıyla da kullanılabilecek bir enstrüman niteliğindedir⁹.

Son olarak, ülkemizde demek ve vakıflar ile değişik kamu kuruluşlarının (örneğin bir üniversitenin lokal ya da restoranları) ticari işletme işletmelerinin sıklıkla görülen bir uygulama olduğu, bu gibi durumlarda ticari işletmenin üçüncü kişilere ticari işletme kirası yoluyla kiralanmak suretiyle, demek, vakıf ya da kuruluşun ticari risklerle uğraşmadan sabit kira geliri elde etmesinin mümkün olduğu da belirtilmelidir.

⁵ KLEIN-BLENKERS'in verdiği bilgilere göre Almanya'da her yıl yaklaşık 70.000, Avusturya ve İsviçre'de ise yaklaşık 10.000 işletme nesil değişimini beklemektedir. Yine Yazar'ın açıklamalarına göre her bir ticari branşa göre o branşta yer alan işletmelerin % 2-20'si hasılat kirası yoluyla işletilmektedir, s. 23.

⁶ KLEIN-BLENKERS. s. 23. 50; HERRMANN, s. 2-3; OPPENLANDER, s. 7 vd.; LINDENMEYER, s. 76 vd.

⁷ OPPENLANDER. s. 5.

¹¹ KLEIN-BLENKERS. s. 23, 50; HERRMANN. s. 3; OPPENLANDER, s. 12-13.

⁹ KLEIN-BLENKERS. s. 23. 51; HERRMANN. s. 3.

II. Kartel ya da Şirketler Topluluğu Oluşturma Amaa

Finansal sebepler ya da üretim vefazarlama gereklilikleri farklı işletmelerin konsantrasyonunu gerektirebilir¹⁰. *KLINGLER* de, ticari işletme kirasının sanayi işletmelerinin ekonomik konsantrasyonu çabalarının anması ile kalıcı hale geldiğini ifade etmiştir¹¹. Konsantrasyon kartel ya da şirketler topluluğu oluşturmak suretiyle iki şekilde ortaya çıkabilir. Kartel, Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 3/c'de "fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlandırıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler" şeklinde tanımlanmıştır¹². Şirketler topluluğunu ise, bir şirketin (hakim şirket) tüzel kişiliklerini korumaya devam eden diğer bir şirket ya da şirketleri (bağlı şirket/yavru **şirket**) doğrudan ya da dolaylı olarak hakimiyeti altında bulundurması, bir veya birden çok şirketin, bir başka şirketin değişik hukuki enstrümanlar vasıtasıyla yönetsel ve finansal bakımdan tek elden yönetimi altına girmesi şeklinde tanımlamak mümkündür (bkz. yTTK m. 195)¹³. yTTK m. 195/1-b'de de "bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince [...] hakimiyeti altında tutabiliyorsa" denilmek suretiyle, şirketler arasında yapılan ve amaca uygun şirketler hukuku araçları ile de desteklenmiş ticari işletme **kirası** sözleşmelerinin, bir hakimiyet ilişkisi ortaya çıkarabileceğine işaret edilmek istenmiştir (ayrıca bkz. yTTK m. 198/3)¹⁴.

Maliyetlerde iyileştirmeler yapmak amacıyla aynı alanda faaliyet gösteren ancak üretim zincirinin farklı seviyelerinde bulunan işletmelerin ticari işletme kirası sözleşmesi ile konsantrasyona gitmeleri mümkündür. Gerçekten dikey bir konsantrasyon sağlamaya matuf bu nitelikteki sözleşmeler ile işletmesel bir bütünlük yaratılması, böylece duran varlıklardan daha iyi istifade edilmesi, uzmanlaşmanın ve yönetim giderlerinde tasarrufun sağlanması, dağıtım ve satış sonrası hizmetlerin rasyonelleştirilmesi, ulaşılan büyüklük ile üçüncü kişiler nezdinde kredibilitenin artması imkan dahilindedir. Fiili ya

¹⁰ *HERRMANN*, s. 4; *KLINGLER*, s. 10; konsantrasyon hakkında bkz. *TEKİNALP*, Ü (POROY, R.İTEKİNALP, Ü.İÇAMOĞLU, E.): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, 2010, s. 925 N. 1991vd.

¹¹ *KLINGLER*, s. 9; ayrıca bkz. *LINDENMEYER*, s. 80.

¹² Kartelin tanımı ve yatay ve dikey anlaşmalar şeklinde ortaya çıkabilen kartellerin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz. ayrıca *ASLAN*, İ. Y.: Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Bursa, 2001, s. 97.

¹³ *OKUTAN NILSSON*, s. 67-68; *BOYACIOĞLU*, C.: Konzem Kavramı, Ankara, 2006, s. 21 vd.; *OPPENLANDER*, s. 14-15; *LINDENMEYER*, s. 80.

¹⁴ "Sözleşme ile hakimiyet altına alma/tutma" kavramı hakkında bkz. *OKUTAN NILSSON*, s. 134 vd.

da hukuki nedenler ya da maliyetler sebebiyle birleşmeleri mümkün olmayan şirketlerin hasılat kirası, özleşme, i yoluyla aynı amaca ulaşmaları da mümkün olabilir¹⁵. Diğer yandan ileride gerçekleştirilmesi düşünülen şirket birleşmelerinden önce hazırlık ve uyum amacıyla bir hasılat kirası sözleşmesi'nin yapılması da mümkündür. Uygulamada topluluk (grup) içi ticari işletme kirası sözleşmelerinin (*Konzerninterne Pachtverträge*) yapıldığı da görtür. Ancak özellikle bu son tür sözleşmelerin, kiracı ya da kiralayan durumundaki bağlı şirketlerin ve ortakları ile alacaklılarının korunması bakımından bazı hukuki engellerle karşılaşması muhtemeldir¹⁶.

Hakimiyetin şirketler hukuku araçları ile kurulmuş olduğu *paydaş* (paydaş) lığı yoluyla hakimiyet, bkz. yTİK m. 395/1-a b. 1-32-3). ticari işletme kirası sözleşmelerine daha yoğun başvurulması beklenir. Zira hasılat kirası sözleşmesi olan ticari işletme kirası, şirketler hukuku değil, borçlar hukuku cnsrümmanıdır¹⁸. Yavru şirketler ile bunların ortakları ve alacaklılarının korunması amacıyla şirketler topluluğu hukukunun getirdiği mekanizmaları etkisiz hale getirmek, bir diğer ifade ile koruma sistemini harekete geçiren olguyu şirketler hukuku araçları ile değil borçlar hukuku sözleşmeleriyle yaratarak, korumayı etkisizleştirmeye çalışmak mümkündür. Ancak yTİK ve Alman POK incelendiğinde, borçlar hukuku kaynaklı hakimiyet cnsrümmanlarını da kapsar şekilde düzenlemeler yapıldığı görölür. Hasılat kirasının, şirketler topluluğunda daha öne çıkmasının bir diğer nedeni de, kiralayan-kiracı arasındaki karşılıklı güven ihtiyacının bu sözleşme türünün pratik bir gerekliliği olmasıdır. İşte grup içinde değişik yollarla sağlanan tekelden yönetim sayesinde, kira sözleşmesinin taraflarının duyduğu "güven" ihtiyacı da kendiliğinden giderilmiş olacaktır. Bunun gibi hasılat kirası şirketler topluluğu içi kaynak ve kazanç transferi için de "uygun" bir hukuki araç olarak kullanılabilir.

Hakimiyet tesisi yollarından "şirketler hukuku kaynaklı iştirakler" ile "borçlar hukuku sözleşmeleri" karşılığında¹⁹, salt ticari işletme kirası sözleşmesi yoluyla, şirketler topluluğu için gerekli "hakimiyetin", tam olarak

¹⁵ OPPENLANDER, s. 14 vd.; KLINGLER, s. 9-10; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 98; EM_M_ERICH, s. 99 vd. Rekabet hukuku esaslarının ticari işletme kirası sözleşmelerine etkisi aşağıda incelenecektir bkz. aşağıda 6 il 9.

¹⁶ OPPENLANDER, s. 18 vd.; RA/SER, T/VEIL, R.: Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl. • München. 2001. s. 943 N. 20 vd.. s. 945 N. 25 vd.

¹⁷ Bkz. OKUTAN NIL..SSON, s. 101vd.

¹⁸ Yavru şirketler üzerindeki hakimiyetin borçlar hukuku sözleşmeleri ile de tesis edilebileceği yönünde bkz. TEKİNALP (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 925 N. 1992.

¹⁹ Farklı görüş bkz. BOYACIOĞLU, Konzern, s. 162-163, 294.

RAUPACFL. -: "Schuldvertragliche Yernrichtungen anstelle beteiligungsgestützter Bcherrschung", in: Festschrift für Gcrolf BEZZENBERGER zum 70. Geburtstag, Berlin. 2000. s. 332 vd.

kurulmasının ve sürdürülmesinin mümkün olmadığı savunulmuştur²⁰. Ancak bu görüş, şirketler topluluğu oluşmasına yol açan "işletme sözleşmeleri" (*Unternehmensvertrag*) arasında, muhtevası açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte "işletme hasılat kirası sözleşmesi/işletmenin geçici devri sözleşmesi-ne" de (*Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag*) yer v²¹ren Alman POK m. 292/I b. 3²¹ bağlamında, şekli bir bakış açısı olarak nitelendirilmekte ve kiralayan şirketin bir takım yönetim yetkilerini uzun sürelerle kiracı şirkete devrettiği ve sadece kira tahsil eder hale geldiği ifade edilmekte, kiralayanın sözleşme sonunda netice olarak kira süresindeki işletimden kaynaklanan riskleri yüklendiği, kira sözleşmesi ile kiralayan şirketin ana sözleşmesinin, özellikle karın kullanımı konusunda eylemli olarak değiştiği ve kiralayan şirket üzerinde şirket maksat ve mevzuunun değişmesi gibi temel yapısal etkileri olduğu gerekçeleri ile reddedilmektedir²². Tartışmaların da

¹⁰ KLINGLER, s. 17-18; BOYACIOĞLU, Konzern, s. 162-163; I/NDENMEYER, s. 80-81, "hasılat kirası müstakil bir konzernleştirme aracı değildir"; tartışmalar hakkında bkz. ayrıca OPPENLANDER, s. 171 vd.

²¹ VEIL, R.: Untemehmensvenrage, Habil., Tübingen. 2003, s. 28 vd., 1²²6 vd.; SCHMIDT, K.: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln vd., 1991, s. 775, 794; OPPENLANDER, s. 167 vd.

²² VEIL, s. 126; FÜLLER, J. T.: „Der Abschluss von Unternehmensverträgen zwischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung", in: Varitionen im Recht, Festbeigabe für Franz Jürgen SACKER, Berlin, 2006, s. 267-268; ayrıca bkz. RAISERNEIL, s. 943-944 N. 22.

Alman POK m. 15-22 ve 291-337 arasında düzenlenmiş şirketler topluluğu hukuku (*Konzernrecht*) sistemi içinde yer alan değişik işletme sözleşmesi tiplerinin, bu arada "işletme hasılat kirası sözleşmesi/işletmenin geçici devri sözleşmesinin" (*Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag*) yer aldıkları bütünlük içindeki yerleri ve işlevleri göz ardı edilerek, salt borçlar hukuku sözleşmesi olarak görülüp borçlar ya da şirketler hukukumuzda uyarlanması her zaman doğru sonuçlar vermeyeceği belirtilmek gerekir (karş. BOYACIOĞLU, Konzern, s. 295-296 dn. 57-58). Ancak bkz. ALTAŞ, s. 137 vd. ("şirket kirası"). Anılan bu eserde "şirketin malikinin, şirketin mülkiyetini elden çıkarmaksızın, idare fonksiyonunu tamamen ve risklerin üstlenilmesi fonksiyonunu büyük ölçüde devretmesini sağlayan yegane kurum, şirketin bir kül olarak kiraya verilmesidir" denilmekte ve bkz. dn. 21'de ticari işletme kirasına (*Unternehmenspacht*) ilişkin bir eser ile ("*Lindenmeyer*, s. 21") Alman POK m. 292'ye (diğer işletme sözleşmeleri, *andere Unternehmensverträge*) ilişkin şerh literatürüne atıfta bulunmaktadır. Şirket kirası, eserin 141. ve 142. sayfalarında şu şekilde açıklanmıştır "şirket kirasında şirketin bir bütün olarak kiraya verilmesi söz konusudur. Şirket kirası, öyle bir sözleşmedir ki, onunla kiralayan, kiracıya (genellikle periyodik şekilde ödenmesi söz konusu olan) bir bedel mukabilinde şirketinin yararlanmasını ve yönetimini terk etmeyi taahhüt eder.

Şirketi d²³ş²⁴ş²⁵ş²⁶ş²⁷ş²⁸ş²⁹ş³⁰ş³¹ş³²ş³³ş³⁴ş³⁵ş³⁶ş³⁷ş³⁸ş³⁹ş⁴⁰ş⁴¹ş⁴²ş⁴³ş⁴⁴ş⁴⁵ş⁴⁶ş⁴⁷ş⁴⁸ş⁴⁹ş⁵⁰ş⁵¹ş⁵²ş⁵³ş⁵⁴ş⁵⁵ş⁵⁶ş⁵⁷ş⁵⁸ş⁵⁹ş⁶⁰ş⁶¹ş⁶²ş⁶³ş⁶⁴ş⁶⁵ş⁶⁶ş⁶⁷ş⁶⁸ş⁶⁹ş⁷⁰ş⁷¹ş⁷²ş⁷³ş⁷⁴ş⁷⁵ş⁷⁶ş⁷⁷ş⁷⁸ş⁷⁹ş⁸⁰ş⁸¹ş⁸²ş⁸³ş⁸⁴ş⁸⁵ş⁸⁶ş⁸⁷ş⁸⁸ş⁸⁹ş⁹⁰ş⁹¹ş⁹²ş⁹³ş⁹⁴ş⁹⁵ş⁹⁶ş⁹⁷ş⁹⁸ş⁹⁹ş¹⁰⁰ş¹⁰¹ş¹⁰²ş¹⁰³ş¹⁰⁴ş¹⁰⁵ş¹⁰⁶ş¹⁰⁷ş¹⁰⁸ş¹⁰⁹ş¹¹⁰ş¹¹¹ş¹¹²ş¹¹³ş¹¹⁴ş¹¹⁵ş¹¹⁶ş¹¹⁷ş¹¹⁸ş¹¹⁹ş¹²⁰ş¹²¹ş¹²²ş¹²³ş¹²⁴ş¹²⁵ş¹²⁶ş¹²⁷ş¹²⁸ş¹²⁹ş¹³⁰ş¹³¹ş¹³²ş¹³³ş¹³⁴ş¹³⁵ş¹³⁶ş¹³⁷ş¹³⁸ş¹³⁹ş¹⁴⁰ş¹⁴¹ş¹⁴²ş¹⁴³ş¹⁴⁴ş¹⁴⁵ş¹⁴⁶ş¹⁴⁷ş¹⁴⁸ş¹⁴⁹ş¹⁵⁰ş¹⁵¹ş¹⁵²ş¹⁵³ş¹⁵⁴ş¹⁵⁵ş¹⁵⁶ş¹⁵⁷ş¹⁵⁸ş¹⁵⁹ş¹⁶⁰ş¹⁶¹ş¹⁶²ş¹⁶³ş¹⁶⁴ş¹⁶⁵ş¹⁶⁶ş¹⁶⁷ş¹⁶⁸ş¹⁶⁹ş¹⁷⁰ş¹⁷¹ş¹⁷²ş¹⁷³ş¹⁷⁴ş¹⁷⁵ş¹⁷⁶ş¹⁷⁷ş¹⁷⁸ş¹⁷⁹ş¹⁸⁰ş¹⁸¹ş¹⁸²ş¹⁸³ş¹⁸⁴ş¹⁸⁵ş¹⁸⁶ş¹⁸⁷ş¹⁸⁸ş¹⁸⁹ş¹⁹⁰ş¹⁹¹ş¹⁹²ş¹⁹³ş¹⁹⁴ş¹⁹⁵ş¹⁹⁶ş¹⁹⁷ş¹⁹⁸ş¹⁹⁹ş²⁰⁰ş²⁰¹ş²⁰²ş²⁰³ş²⁰⁴ş²⁰⁵ş²⁰⁶ş²⁰⁷ş²⁰⁸ş²⁰⁹ş²¹⁰ş²¹¹ş²¹²ş²¹³ş²¹⁴ş²¹⁵ş²¹⁶ş²¹⁷ş²¹⁸ş²¹⁹ş²²⁰ş²²¹ş²²²ş²²³ş²²⁴ş²²⁵ş²²⁶ş²²⁷ş²²⁸ş²²⁹ş²³⁰ş²³¹ş²³²ş²³³ş²³⁴ş²³⁵ş²³⁶ş²³⁷ş²³⁸ş²³⁹ş²⁴⁰ş²⁴¹ş²⁴²ş²⁴³ş²⁴⁴ş²⁴⁵ş²⁴⁶ş²⁴⁷ş²⁴⁸ş²⁴⁹ş²⁵⁰ş²⁵¹ş²⁵²ş²⁵³ş²⁵⁴ş²⁵⁵ş²⁵⁶ş²⁵⁷ş²⁵⁸ş²⁵⁹ş²⁶⁰ş²⁶¹ş²⁶²ş²⁶³ş²⁶⁴ş²⁶⁵ş²⁶⁶ş²⁶⁷ş²⁶⁸ş²⁶⁹ş²⁷⁰ş²⁷¹ş²⁷²ş²⁷³ş²⁷⁴ş²⁷⁵ş²⁷⁶ş²⁷⁷ş²⁷⁸ş²⁷⁹ş²⁸⁰ş²⁸¹ş²⁸²ş²⁸³ş²⁸⁴ş²⁸⁵ş²⁸⁶ş²⁸⁷ş²⁸⁸ş²⁸⁹ş²⁹⁰ş²⁹¹ş²⁹²ş²⁹³ş²⁹⁴ş²⁹⁵ş²⁹⁶ş²⁹⁷ş²⁹⁸ş²⁹⁹ş³⁰⁰ş³⁰¹ş³⁰²ş³⁰³ş³⁰⁴ş³⁰⁵ş³⁰⁶ş³⁰⁷ş³⁰⁸ş³⁰⁹ş³¹⁰ş³¹¹ş³¹²ş³¹³ş³¹⁴ş³¹⁵ş³¹⁶ş³¹⁷ş³¹⁸ş³¹⁹ş³²⁰ş³²¹ş³²²ş³²³ş³²⁴ş³²⁵ş³²⁶ş³²⁷ş³²⁸ş³²⁹ş³³⁰ş³³¹ş³³²ş³³³ş³³⁴ş³³⁵ş³³⁶ş³³⁷ş³³⁸ş³³⁹ş³⁴⁰ş³⁴¹ş³⁴²ş³⁴³ş³⁴⁴ş³⁴⁵ş³⁴⁶ş³⁴⁷ş³⁴⁸ş³⁴⁹ş³⁵⁰ş³⁵¹ş³⁵²ş³⁵³ş³⁵⁴ş³⁵⁵ş³⁵⁶ş³⁵⁷ş³⁵⁸ş³⁵⁹ş³⁶⁰ş³⁶¹ş³⁶²ş³⁶³ş³⁶⁴ş³⁶⁵ş³⁶⁶ş³⁶⁷ş³⁶⁸ş³⁶⁹ş³⁷⁰ş³⁷¹ş³⁷²ş³⁷³ş³⁷⁴ş³⁷⁵ş³⁷⁶ş³⁷⁷ş³⁷⁸ş³⁷⁹ş³⁸⁰ş³⁸¹ş³⁸²ş³⁸³ş³⁸⁴ş³⁸⁵ş³⁸⁶ş³⁸⁷ş³⁸⁸ş³⁸⁹ş³⁹⁰ş³⁹¹ş³⁹²ş³⁹³ş³⁹⁴ş³⁹⁵ş³⁹⁶ş³⁹⁷ş³⁹⁸ş³⁹⁹ş⁴⁰⁰ş⁴⁰¹ş⁴⁰²ş⁴⁰³ş⁴⁰⁴ş⁴⁰⁵ş⁴⁰⁶ş⁴⁰⁷ş⁴⁰⁸ş⁴⁰⁹ş⁴¹⁰ş⁴¹¹ş⁴¹²ş⁴¹³ş⁴¹⁴ş⁴¹⁵ş⁴¹⁶ş⁴¹⁷ş⁴¹⁸ş⁴¹⁹ş⁴²⁰ş⁴²¹ş⁴²²ş⁴²³ş⁴²⁴ş⁴²⁵ş⁴²⁶ş⁴²⁷ş⁴²⁸ş⁴²⁹ş⁴³⁰ş⁴³¹ş⁴³²ş⁴³³ş⁴³⁴ş⁴³⁵ş⁴³⁶ş⁴³⁷ş⁴³⁸ş⁴³⁹ş⁴⁴⁰ş⁴⁴¹ş⁴⁴²ş⁴⁴³ş⁴⁴⁴ş⁴⁴⁵ş⁴⁴⁶ş⁴⁴⁷ş⁴⁴⁸ş⁴⁴⁹ş⁴⁵⁰ş⁴⁵¹ş⁴⁵²ş⁴⁵³ş⁴⁵⁴ş⁴⁵⁵ş⁴⁵⁶ş⁴⁵⁷ş⁴⁵⁸ş⁴⁵⁹ş⁴⁶⁰ş⁴⁶¹ş⁴⁶²ş⁴⁶³ş⁴⁶⁴ş⁴⁶⁵ş⁴⁶⁶ş⁴⁶⁷ş⁴⁶⁸ş⁴⁶⁹ş⁴⁷⁰ş⁴⁷¹ş⁴⁷²ş⁴⁷³ş⁴⁷⁴ş⁴⁷⁵ş⁴⁷⁶ş⁴⁷⁷ş⁴⁷⁸ş⁴⁷⁹ş⁴⁸⁰ş⁴⁸¹ş⁴⁸²ş⁴⁸³ş⁴⁸⁴ş⁴⁸⁵ş⁴⁸⁶ş⁴⁸⁷ş⁴⁸⁸ş⁴⁸⁹ş⁴⁹⁰ş⁴⁹¹ş⁴⁹²ş⁴⁹³ş⁴⁹⁴ş⁴⁹⁵ş⁴⁹⁶ş⁴⁹⁷ş⁴⁹⁸ş⁴⁹⁹ş⁵⁰⁰ş⁵⁰¹ş⁵⁰²ş⁵⁰³ş⁵⁰⁴ş⁵⁰⁵ş⁵⁰⁶ş⁵⁰⁷ş⁵⁰⁸ş⁵⁰⁹ş⁵¹⁰ş⁵¹¹ş⁵¹²ş⁵¹³ş⁵¹⁴ş⁵¹⁵ş⁵¹⁶ş⁵¹⁷ş⁵¹⁸ş⁵¹⁹ş⁵²⁰ş⁵²¹ş⁵²²ş⁵²³ş⁵²⁴ş⁵²⁵ş⁵²⁶ş⁵²⁷ş⁵²⁸ş⁵²⁹ş⁵³⁰ş⁵³¹ş⁵³²ş⁵³³ş⁵³⁴ş⁵³⁵ş⁵³⁶ş⁵³⁷ş⁵³⁸ş⁵³⁹ş⁵⁴⁰ş⁵⁴¹ş⁵⁴²ş⁵⁴³ş⁵⁴⁴ş⁵⁴⁵ş⁵⁴⁶ş⁵⁴⁷ş⁵⁴⁸ş⁵⁴⁹ş⁵⁵⁰ş⁵⁵¹ş⁵⁵²ş⁵⁵³ş⁵⁵⁴ş⁵⁵⁵ş⁵⁵⁶ş⁵⁵⁷ş⁵⁵⁸ş⁵⁵⁹ş⁵⁶⁰ş⁵⁶¹ş⁵⁶²ş⁵⁶³ş⁵⁶⁴ş⁵⁶⁵ş⁵⁶⁶ş⁵⁶⁷ş⁵⁶⁸ş⁵⁶⁹ş⁵⁷⁰ş⁵⁷¹ş⁵⁷²ş⁵⁷³ş⁵⁷⁴ş⁵⁷⁵ş⁵⁷⁶ş⁵⁷⁷ş⁵⁷⁸ş⁵⁷⁹ş⁵⁸⁰ş⁵⁸¹ş⁵⁸²ş⁵⁸³ş⁵⁸⁴ş⁵⁸⁵ş⁵⁸⁶ş⁵⁸⁷ş⁵⁸⁸ş⁵⁸⁹ş⁵⁹⁰ş⁵⁹¹ş⁵⁹²ş⁵⁹³ş⁵⁹⁴ş⁵⁹⁵ş⁵⁹⁶ş⁵⁹⁷ş⁵⁹⁸ş⁵⁹⁹ş⁶⁰⁰ş⁶⁰¹ş⁶⁰²ş⁶⁰³ş⁶⁰⁴ş⁶⁰⁵ş⁶⁰⁶ş⁶⁰⁷ş⁶⁰⁸ş⁶⁰⁹ş⁶¹⁰ş⁶¹¹ş⁶¹²ş⁶¹³ş⁶¹⁴ş⁶¹⁵ş⁶¹⁶ş⁶¹⁷ş⁶¹⁸ş⁶¹⁹ş⁶²⁰ş⁶²¹ş⁶²²ş⁶²³ş⁶²⁴ş⁶²⁵ş⁶²⁶ş⁶²⁷ş⁶²⁸ş⁶²⁹ş⁶³⁰ş⁶³¹ş⁶³²ş⁶³³ş⁶³⁴ş⁶³⁵ş⁶³⁶ş⁶³⁷ş⁶³⁸ş⁶³⁹ş⁶⁴⁰ş⁶⁴¹ş⁶⁴²ş⁶⁴³ş⁶⁴⁴ş⁶⁴⁵ş⁶⁴⁶ş⁶⁴⁷ş⁶⁴⁸ş⁶⁴⁹ş⁶⁵⁰ş⁶⁵¹ş⁶⁵²ş⁶⁵³ş⁶⁵⁴ş⁶⁵⁵ş⁶⁵⁶ş⁶⁵⁷ş⁶⁵⁸ş⁶⁵⁹ş⁶⁶⁰ş⁶⁶¹ş⁶⁶²ş⁶⁶³ş⁶⁶⁴ş⁶⁶⁵ş⁶⁶⁶ş⁶⁶⁷ş⁶⁶⁸ş⁶⁶⁹ş⁶⁷⁰ş⁶⁷¹ş⁶⁷²ş⁶⁷³ş⁶⁷⁴ş⁶⁷⁵ş⁶⁷⁶ş⁶⁷⁷ş⁶⁷⁸ş⁶⁷⁹ş⁶⁸⁰ş⁶⁸¹ş⁶⁸²ş⁶⁸³ş⁶⁸⁴ş⁶⁸⁵ş⁶⁸⁶ş⁶⁸⁷ş⁶⁸⁸ş⁶⁸⁹ş⁶⁹⁰ş⁶⁹¹ş⁶⁹²ş⁶⁹³ş⁶⁹⁴ş⁶⁹⁵ş⁶⁹⁶ş⁶⁹⁷ş⁶⁹⁸ş⁶⁹⁹ş⁷⁰⁰ş⁷⁰¹ş⁷⁰²ş⁷⁰³ş⁷⁰⁴ş⁷⁰⁵ş⁷⁰⁶ş⁷⁰⁷ş⁷⁰⁸ş⁷⁰⁹ş⁷¹⁰ş⁷¹¹ş⁷¹²ş⁷¹³ş⁷¹⁴ş⁷¹⁵ş⁷¹⁶ş⁷¹⁷ş⁷¹⁸ş⁷¹⁹ş⁷²⁰ş⁷²¹ş⁷²²ş⁷²³ş⁷²⁴ş⁷²⁵ş⁷²⁶ş⁷²⁷ş⁷²⁸ş⁷²⁹ş⁷³⁰ş⁷³¹ş⁷³²ş⁷³³ş⁷³⁴ş⁷³⁵ş⁷³⁶ş⁷³⁷ş⁷³⁸ş⁷³⁹ş⁷⁴⁰ş⁷⁴¹ş⁷⁴²ş⁷⁴³ş⁷⁴⁴ş⁷⁴⁵ş⁷⁴⁶ş⁷⁴⁷ş⁷⁴⁸ş⁷⁴⁹ş⁷⁵⁰ş⁷⁵¹ş⁷⁵²ş⁷⁵³ş⁷⁵⁴ş⁷⁵⁵ş⁷⁵⁶ş⁷⁵⁷ş⁷⁵⁸ş⁷⁵⁹ş⁷⁶⁰ş⁷⁶¹ş⁷⁶²ş⁷⁶³ş⁷⁶⁴ş⁷⁶⁵ş⁷⁶⁶ş⁷⁶⁷ş⁷⁶⁸ş⁷⁶⁹ş⁷⁷⁰ş⁷⁷¹ş⁷⁷²ş⁷⁷³ş⁷⁷⁴ş⁷⁷⁵ş⁷⁷⁶ş⁷⁷⁷ş⁷⁷⁸ş⁷⁷⁹ş⁷⁸⁰ş⁷⁸¹ş⁷⁸²ş⁷⁸³ş⁷⁸⁴ş⁷⁸⁵ş⁷⁸⁶ş⁷⁸⁷ş⁷⁸⁸ş⁷⁸⁹ş⁷⁹⁰ş⁷⁹¹ş⁷⁹²ş⁷⁹³ş⁷⁹⁴ş⁷⁹⁵ş⁷⁹⁶ş⁷⁹⁷ş⁷⁹⁸ş⁷⁹⁹ş⁸⁰⁰ş⁸⁰¹ş⁸⁰²ş⁸⁰³ş⁸⁰⁴ş⁸⁰⁵ş⁸⁰⁶ş⁸⁰⁷ş⁸⁰⁸ş⁸⁰⁹ş⁸¹⁰ş⁸¹¹ş⁸¹²ş⁸¹³ş⁸¹⁴ş⁸¹⁵ş⁸¹⁶ş⁸¹⁷ş⁸¹⁸ş⁸¹⁹ş⁸²⁰ş⁸²¹ş⁸²²ş⁸²³ş⁸²⁴ş⁸²⁵ş⁸²⁶ş⁸²⁷ş⁸²⁸ş⁸²⁹ş⁸³⁰ş⁸³¹ş⁸³²ş⁸³³ş⁸³⁴ş⁸³⁵ş⁸³⁶ş⁸³⁷ş⁸³⁸ş⁸³⁹ş⁸⁴⁰ş⁸⁴¹ş⁸⁴²ş⁸⁴³ş⁸⁴⁴ş⁸⁴⁵ş⁸⁴⁶ş⁸⁴⁷ş⁸⁴⁸ş⁸⁴⁹ş⁸⁵⁰ş⁸⁵¹ş⁸⁵²ş⁸⁵³ş⁸⁵⁴ş⁸⁵⁵ş⁸⁵⁶ş⁸⁵⁷ş⁸⁵⁸ş⁸⁵⁹ş⁸⁶⁰ş⁸⁶¹ş⁸⁶²ş⁸⁶³ş⁸⁶⁴ş⁸⁶⁵ş⁸⁶⁶ş⁸⁶⁷ş⁸⁶⁸ş⁸⁶⁹ş⁸⁷⁰ş⁸⁷¹ş⁸⁷²ş⁸⁷³ş⁸⁷⁴ş⁸⁷⁵ş⁸⁷⁶ş⁸⁷⁷ş⁸⁷⁸ş⁸⁷⁹ş⁸⁸⁰ş⁸⁸¹ş⁸⁸²ş⁸⁸³ş⁸⁸⁴ş⁸⁸⁵ş⁸⁸⁶ş⁸⁸⁷ş⁸⁸⁸ş⁸⁸⁹ş⁸⁹⁰ş⁸⁹¹ş⁸⁹²ş⁸⁹³ş⁸⁹⁴ş⁸⁹⁵ş⁸⁹⁶ş⁸⁹⁷ş⁸⁹⁸ş⁸⁹⁹ş⁹⁰⁰ş⁹⁰¹ş⁹⁰²ş⁹⁰³ş⁹⁰⁴ş⁹⁰⁵ş⁹⁰⁶ş⁹⁰⁷ş⁹⁰⁸ş⁹⁰⁹ş⁹¹⁰ş⁹¹¹ş⁹¹²ş⁹¹³ş⁹¹⁴ş⁹¹⁵ş⁹¹⁶ş⁹¹⁷ş⁹¹⁸ş⁹¹⁹ş⁹²⁰ş⁹²¹ş⁹²²ş⁹²³ş⁹²⁴ş⁹²⁵ş⁹²⁶ş⁹²⁷ş⁹²⁸ş⁹²⁹ş⁹³⁰ş⁹³¹ş⁹³²ş⁹³³ş⁹³⁴ş⁹³⁵ş⁹³⁶ş⁹³⁷ş⁹³⁸ş⁹³⁹ş⁹⁴⁰ş⁹⁴¹ş⁹⁴²ş⁹⁴³ş⁹⁴⁴ş⁹⁴⁵ş⁹⁴⁶ş⁹⁴⁷ş⁹⁴⁸ş⁹⁴⁹ş⁹⁵⁰ş⁹⁵¹ş⁹⁵²ş⁹⁵³ş⁹⁵⁴ş⁹⁵⁵ş⁹⁵⁶ş⁹⁵⁷ş⁹⁵⁸ş⁹⁵⁹ş⁹⁶⁰ş⁹⁶¹ş⁹⁶²ş⁹⁶³ş⁹⁶⁴ş⁹⁶⁵ş⁹⁶⁶ş⁹⁶⁷ş⁹⁶⁸ş⁹⁶⁹ş⁹⁷⁰ş⁹⁷¹ş⁹⁷²ş⁹⁷³ş⁹⁷⁴ş⁹⁷⁵ş⁹⁷⁶ş⁹⁷⁷ş⁹⁷⁸ş⁹⁷⁹ş⁹⁸⁰ş⁹⁸¹ş⁹⁸²ş⁹⁸³ş⁹⁸⁴ş⁹⁸⁵ş⁹⁸⁶ş⁹⁸⁷ş⁹⁸⁸ş⁹⁸⁹ş⁹⁹⁰ş⁹⁹¹ş⁹⁹²ş⁹⁹³ş⁹⁹⁴ş⁹⁹⁵ş⁹⁹⁶ş⁹⁹⁷ş⁹⁹⁸ş⁹⁹⁹ş¹⁰⁰⁰ş¹⁰⁰¹ş¹⁰⁰²ş¹⁰⁰³ş¹⁰⁰⁴ş¹⁰⁰⁵ş¹⁰⁰⁶ş¹⁰⁰⁷ş¹⁰⁰⁸ş¹⁰⁰⁹ş¹⁰¹⁰ş¹⁰¹¹ş¹⁰¹²ş¹⁰¹³ş¹⁰¹⁴ş¹⁰¹⁵ş¹⁰¹⁶ş¹⁰¹⁷ş¹⁰¹⁸ş¹⁰¹⁹ş¹⁰²⁰ş¹⁰²¹ş¹⁰²²ş¹⁰²³ş¹⁰²⁴ş¹⁰²⁵ş¹⁰²⁶ş¹⁰²⁷ş¹⁰²⁸ş¹⁰²⁹ş¹⁰³⁰ş¹⁰³¹ş¹⁰³²ş¹⁰³³ş¹⁰³⁴ş¹⁰³⁵ş¹⁰³⁶ş¹⁰³⁷ş¹⁰³⁸ş¹⁰³⁹ş¹⁰⁴⁰ş¹⁰⁴¹ş¹⁰⁴²ş¹⁰⁴³ş¹⁰⁴⁴ş¹⁰⁴⁵ş¹⁰⁴⁶ş¹⁰⁴⁷ş¹⁰⁴⁸ş¹⁰⁴⁹ş¹⁰⁵⁰ş¹⁰⁵¹ş¹⁰⁵²ş¹⁰⁵³ş¹⁰⁵⁴ş¹⁰⁵⁵ş¹⁰⁵⁶ş¹⁰⁵⁷ş¹⁰⁵⁸ş¹⁰⁵⁹ş¹⁰⁶⁰ş¹⁰⁶¹ş¹⁰⁶²ş¹⁰⁶³ş¹⁰⁶⁴ş¹⁰⁶⁵ş¹⁰⁶⁶ş¹⁰⁶⁷ş¹⁰⁶⁸ş¹⁰⁶⁹ş¹⁰⁷⁰ş¹⁰⁷¹ş¹⁰⁷²ş¹⁰⁷³ş¹⁰⁷⁴ş¹⁰⁷⁵ş¹⁰⁷⁶ş¹⁰⁷⁷ş¹⁰⁷⁸ş¹⁰⁷⁹ş¹⁰⁸⁰ş¹⁰⁸¹ş¹⁰⁸²ş¹⁰⁸³ş¹⁰⁸⁴ş¹⁰⁸⁵ş¹⁰⁸⁶ş¹⁰⁸⁷ş¹⁰⁸⁸ş¹⁰⁸⁹ş¹⁰⁹⁰ş¹⁰⁹¹ş¹⁰⁹²ş¹⁰⁹³ş¹⁰⁹⁴ş¹⁰⁹⁵ş¹⁰⁹⁶ş¹⁰⁹⁷ş¹⁰⁹⁸ş¹⁰⁹⁹ş¹¹⁰⁰ş¹¹⁰¹ş¹¹⁰²ş¹¹⁰³ş¹¹⁰⁴ş¹¹⁰⁵ş¹¹⁰⁶ş¹¹⁰⁷ş¹¹⁰⁸ş¹¹⁰⁹ş¹¹¹⁰ş¹¹¹¹ş¹¹¹²ş¹¹¹³ş¹¹¹⁴ş¹¹¹⁵ş¹¹¹⁶ş¹¹¹⁷ş¹¹¹⁸ş¹¹¹⁹ş¹¹²⁰ş¹¹²¹ş¹¹²²ş¹¹²³ş¹¹²⁴ş¹¹²⁵ş¹¹²⁶ş¹¹²⁷ş¹¹²⁸ş<

durumla rd₃ şık et k^ı rasından bahsetmek mümkün değildir. Boylc durumlarda "işletmen n̄n̄"
kirası sö^z konusudur".

Yuka^{rı}da da ifade edildiği gibi, Alman hukukunda tek bir ticari işleminin kiralama.s₁
(Uniemelu ^zensp_{aclır}) ile şirketler topluluğu çerçevesinde bir ano^zim _veya sermayc_ı
paylarab^zlünmtiş komandit şirket ile hasılat kirası sözleşmesi özellikleri taşıyan sözlçş.
mele^z ("işletme hasılat kirası sözleşmesi/işletmenin geçici devrı. sözleşmesi"
(Beirie ^zspachlıverırag, Betriebsüberlassungsvuırag)) yapılması. ekonomik ve hukuki
b^znzerlikler olmasına rağmen netice olarak farklı hukuk kurallarına tabi müesseselerdir
^zıralayanın(bir ano^zim ya da sermayesi paylara bölünmüş koma^zdit ortaklık) işletmcsı-
nınkullanılmasını.bır bedel karşılığında kiracıya devretmesi ve kiracın _ın da..bunu ke^zndı
a^zına vehesabına işletmesi halinde bir "işletme hasılat kirası sözleşmesinden bahsedılır
Kı₁ı:ıJayanortaklık, kira süresince işletmesinibırakır ve sadece kira geliri elde eder hale
g^zılır(R_{en}ınergesel/schıafı). Sözleşme. kiralayan tarafında bulunan ortaklıklar içi^z gerekJı
n^ztelikl^z yeter sayılar dışında. Alman MKm. 571 vd.'nda düzenlenen hasılat kirası hü-
kuml^zınc tabidir. bkz. RAISERIVEIL s. 941 N. 14-15. Bir ya da birkaç işyerinin
(Beir^zeb) ya da işletme kısımlarının (U^zternelımensteile) kiralınması "işletme hasılat kı-
rası^zozleşmesi" olarak nitelendirilemez Bu yüzden ki kanunda "Betriebspachtvertrag.,
yerine ••Uniernehmenspachtıverırag"• kavramının kullanılması ^zz^zz^za ^zy^z.n olu^zrd^z-
RA^zSERİY_E^zL. s. 941 N. 15. Kiracının sözleşmeden doğan yükümluluklarını yenne ge^zi-
rebilmesi için çok geniş temsil yetkileri ile donatılması (umfassen^ze Vo/l^zchı) gerekir,
k^zRAISERIVEIL s. 941-942 N. 16. C^o•ru^o•ıd^o•ü^o•ğü^o•g"ı bu sözleşmede kiracıya. şır^zk^zetle^zır h. uku-
u anlamında bir "yönetim organı" statüsü verilmemekte. şirketin yönetimi en isinde
kalmakta. işletmesinin yönetimi ve bundan istifade ise kiracıya bırakılmaktadır.
^zserin s. 137 vd.'nda yapılan atıflar ile verilen örnekler, bir hasılat kirası türü b^zticari
işletme kirası (Unteruehmenspachtı) ile Alman POK m. 292/1 b.^zıamındaki iş^zetme
^zılat kirası sözleşmesinin (Betriebspachtıverırag) kendine özgü bıçımde mezcıdılarak
şirket kirası•• olarak kavramsaJlaştırılıp BK m. 270 vd. (yTBK m. 357 vd.) bağlamında
ele alındığı izlenimi vermektedir. Ancak konunun şirketler hukuku boyutu ve tarafların
bu türden tasarruflara yetkili olup olmadığı veya ne derece yetkili olduğı hususu da ^zöz-
ardı edilmemelidir. Zira şirket gibi, gerek TK'da gerek şirket sözleşmesi ya da ana ^zoz-
leşmede kendisine has ve ortakların da katılımını gerektiren bir "iç hukuku" olan nızel
kişilerde. "şirketin yararlanma ve yönetiminin" salt borçlar hukuku sözleş^zz^zleriyle
üçüncü kişilere devredilmesi mümkün değildir. Şirketin işletmesini kiralayan kışının aynı
zamanda anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi ya da murahhas müdür. limited şirket-
lerde ise müdür yapılması mümkün olmakla birlikte görüldüğü gibi bu da şirketler huku-
ku araçları ile gerçekleştirilebilen bir uygulama olacaktır. Diğer yandan şirket ?rganları-
nın. özellikle de genel kurulların devredilemez yetki ve görevleri bulunduğu daima hatır-
da tutulmalıdır. Oysa kiracı yönetim kurulu üyesi. murahhas müdür ya da müdür olsa da
bu yolla genel kurulda herhangi bir hakimiyet kurması söz konusu değildir. Ancak eserin
¹SY₁.sayfasında.'şirketini kiraya veren kişi. bu şirketin sözleşmedeki amaçlarla faaliy^zı-
l^zrine ?evam edebilmesi için gerekli genel kurul kararlarını almak ve yükümlülüklerini
(omeğın, yıllık olağan genel kurullarını yapmak) yerine getirmek zorundadır" görüşü sa-
v_{un}ulmuştur. Alman hukukunda işletme hasılat kirası sözleşmesi (Betriebspachtıvertrag)
şirketler topluluğu hukuku bağlamında vaıcdildiğinden, AlmanPOK. kiralayan şirketin
o^zaklarını ve alacaklılarını koruyan ve normal şartlar altında böyle bir sözleşme ile ihlal
edilecek hükümlerini. bir diğer deyimle ortak ve aJacakJı haklarına yapılan müdahaleleri
dengeleyen mekanizmalar ihtiva etmektedir, RAISERIVEIL, s. 857 N. 24 vd, s. 894 N. 46
v^z••_s. 945N. 26. Oysa mer'ışirketler hukukumuzda bu türden mekanizmalar mevcut de-
^zıldır ve bu durumda şirketlerin yönetim organlarının hukukt sorumlulukları da söz ko-

gösterdiği gibi soruya verilecek cevap, şirketler arasında yapılacak ticari işletme kirası sözleşmesinin somut yapısına, bir diğer deyimle "*hangi ya da nasıl bir sözleşme*" sorusuna verilecek cevaba bağlıdır. Kira sözleşmesi ile kiracıya şirketler hukukunun çizdiği dar sınırlar içinde de olsa, kiralayan şirketin idari, finansal veya teknik yönetimi üzerinde söz sahibi olmasını sağlayacak türden yetkiler verilmesi durumunda, ticari işletme kirası sözleşmesi üzerinden şirketler topluluğu kurulmuş olacağı savunulmuş olmakla birlikte²³, çoğu zaman esas sözleşmede düzenlemeyi gerektiren yönetsel yetkilerin (şirketler hukuku araçlarının), bir borçlar hukuku sözleşmesine konulmasının, istenilen hukuki sonuçları doğurmayacak bir "yöntem" olduğu da açıktır. Diğer yandan anılan türden hükümlerin bir hasılat kirası sözleşmesinin olağan (tipik) içeriğinden olmayacağı, bir başka ifade ile bu hükümlerin, sözleşmenin niteliğini değiştireceği de hatırla tutulmalıdır. Bu halde artık saf bir ticari işletme kirası sözleşmesinden söz edilemez.

111. Hasılat Kirası Sözleşmesi Yapılması Sebebi Olarak Mali Güçlükler

İşletmelerin içinde bulundukları malt durumlar bunların ticari işletme kirası sözleşmeleri yapmalarına sebep olabilir. Zira ödeme güçlüğüne düşmüş her işletmenin tasfiye edilmesi, alacaklılar bakımından her zaman istenilen bir durum olmayabilir²⁴. Bu bağlamda iflas etme tehlikesi ile karşı karşıya

nusu olabilir. yTİK'ya bakıldığında ise Alman POK'da olduğu gibi "işletme hasılat kirası sözleşmesi/işletmenin geçici devri sözleşmesi" hakkında açık bir düzenleme ihtiva etmediği görülür. yTİK'nın şirketler topluluğu ile ilgili düzenlemelerinin, işletmelerin değil, ticaret şirketi tüzel kişiliğinin kendisinin kontrol altına girmesini esas aldığına dikkat çekmek gerekir. yTİK'nın, m. 195/1-b'de "bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyeti altında tutabiliyorsa" diyerek, deyim yerinde ise "torba" bir hakimiyet olgusu öngörmek ve m. 202/1'de de "hakim şirket. hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanamaz" ilkesini ve bunun uygulamalarını belirtmek suretiyle en azından topluluk içi ticari işletme kiralrı sebebiyle ortaya çıkabilecek menfaat ihtilaflarına ancak dolaylı biçimde temas ettiği söylenebilir.

Anılan eserde. şirket kirasına örnek olarak "Türk Telekom'un işletme amacıyla başka bir şirkete devredilmesinde hep hasılat kirası söz konusu olmaktadır" denilerek (s. 137), Türk Telekom A.Ş.'nin % 55 oranındaki hissesinin bir yabancı yatırımcıya 21 yıllığına satılması örnek gösterilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu örnekte salt hasılat kirası ("*şirket kirası*") bulunmamakta, ekonomik amaca ulaşmak için "blok hisse satış sözleşmesi" ile "hasılat kirası" bir imtiyaz sözleşmesi içinde bir araya getirilmiş bulunmaktadır (bkz. http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm, erişim tarihi: 02.08.2010). Dolayısıyla bu olgunun, şirketteki yönetsel kontrolü sağlamaya yönelik bir pay devri söz konusu olmaksızın, salt bir hasılat kirası sözleşmesi olarak nitelendirilmesi kanaatimizce yerinde olmaz. "Bir anonim şirketle sureli [...] pay sahipliği ilişkisinin kurulması da söz konusu olamaz", PULAŞLI, Şerh, C. I, § 10 N. 117 dn. 168.

²³ OPPENLANDER, s. 173-174.

²⁴ UNDENMEYER, s.89.

kalın bir şirketin ticari işletmesinin, mali durumun düzeltilmesi amacıyla yeni kurulmuş bir diğer şirkete (*Auffangsgesellschaft*) hasılat kirası yoluyla devredilmesi mümkündür²⁵. Diğer yandan birbirinden farklı birden fazla alanda faaliyet gösteren şirketlerin, farklı alanlardaki bu işletmelerini tamamen kapatmak ya da satmak yerine hasılat kirasına vermeleri, yeniden yapılanma sürecinde başvurulabilecek yöntemlerdendir. İşletmenin yaşamasını sağlayacak bu gibi yöntemler personelin çalışmaya devam etmesini ağırlıkları bakımından da daha "sosyal" bir çözüm yöntemi olacaktır.

Ozellikle işçilik ve yönetim maliyetlerini azaltmak ya da atıl kapasiteyi değerlendirmek amacıyla, işletmeye dahil değişik işyerlerinin müstakil işletmeler haline getirilerek, taşeronlara kiralanması da söz konusu olabilir. Bu uygulama, bir bütün olarak hasılat kirasına konu olması zor olan orta ve büyük ölçekli işletmeler için de uygun bir yöntem olarak düşünülebilir²⁶. Bu "taşeron kiracının", kiralayan tarafından kurulmuş ya da tamamen bağımsız bir şirket olması da mümkündür.

Üretim yapan bir işletme, değişik yerlerdeki "fabrika satış mağazaları", hasılat kirasına vermek suretiyle perakendeciliğin beraberinde getirdiği finansal ve organizasyonel sıkıntılardan kurtulma yoluna gidebilir. Ancak bu son halde, sözleşmelerde, hasılat kirası ile diğer bazı sözleşmelere (örneğin acentelik ya da tek satıcılık) ait unsurların birlikte bulunması ihtimalini de göz ardı etmemek gerekir.

Sonuç olarak ticari işletme kirasının, sözleşme serbestisinin yarattığı esneklik de dikkate alındığında, uygulamada çok farklı amaçlar için kullanılmasının mümkün olduğunu, bu farklı amaçların ise sözleşmenin muhtevasını etkileyeceğini ve bu yüzden düzenlenme amacı ve içeriği bakımından tek tip bir ticari işletme kirasından bahsetmenin mümkün olmadığını, bunun ise onun hakkındaki değerlendirmeleri güçleştirdiğini bir tespit olarak kaydetmek gerekir.

²⁵ S. KLEIN-BLENKERS. s. 24, 52; OPPENLANDER. s. 10; LINDENMEYER. s. 90: KLINGLER, s. 11.

²⁶ K. arş. LINDENMEYER, s. 78-79.

§ 5 TİCARİ İŞLETME KİRASININ BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERDEN AYRILMASI SORUNU

1. Satım ve Hasılat Kirası

Hasılat kirasını satım sözleşmesinden ayırt etmek teorik olarak ilk bakışta kolay gözükse de¹, özellikle sözleşme amaç ve maddi konularının bazı hallerde benzeşmeleri, meseleye daha yakından bakmayı gerektirmektedir². Ayrım sorunu, özellikle ifa fiilleriyle, yenilenme özelliği olmayan şeyin cevherine (özüne) kalıcı biçimde müdahale edildiği veya sözleşmenin konusunun ileride ortaya çıkacak semerelerin bir bedel karşılığında hak sahibi tarafından toplanacak olduğu hallerde önem kazanmaktadır³. Bilhassa da elde edilecek hasılatın mülkiyetinin doğrudan kiracıya ait olacak olması, satım ile hasılat kirasının birbiriyle karıştırılmasına yol açan sebeplerdendir⁴. İki sözleşme tipi arasında yapılacak ayırım, genel olarak ilişki hakkında uygulanacak hukuk kurallarının doğru biçimde tespiti, özellikle de tarafların hakları ve borçları bakımından önemlidir.

İster cüz'i intikal yoluyla (*asset deal*) ister işleten tüzel kişinin paylarının devri yoluyla (*share deal*) gerçekleşmiş olsun, ticari işletmenin satımının, ticari işletme kirası ile karışması, aradaki belli benzerliklere rağmen pek mümkün değildir⁵. İşte ilk bakışta ticari işletme "kirası" ile "satımını" kıyaslamak yerinde görülmeyecek olsa da, bir ticari işletme kirasında kiracıya iş-

Karş. BOLLER, s. 18. Örneğin HARKE iki sözleşmenin birbirinden sözleşme konusu şeyin sürekli olarak mı yoksa kesin/nihai olarak mı devredildiğine göre ayrılabilirliğini ifade etmektedir, in: MüKo-BGB, § 581 N. 14.

² BOLLER'in yalnızca satım ile hasılat kirasının ayrılması kriterlerini konu edinen bir monografi kaleme almış olduğu hatırlatılmalıdır, bkz. BOLLER, P.: Beitrage zur Unterscheidung von Kauf und Pacht, Diss., Aarau, 1948.

Esasen BK m. 223/II'de (karş. yTBK m. 260) yer alan "bayi bey'i feshettiği halde bayi ve müşterinin her biri, diğerinden aldığı şeyi iade ile mükelleftir. Bayi her halde munasip bir icar bedeli talep edebileceği gibi [...] hükmü satım ile (adi) kira arasındaki yakınlığın bir işareti sayılabilir, karş. BOLLER, s. 54 dn. 34, Yazar roma hukukunda mülkiyeti muhafaza kaydı meselesinin, mülkiyetin alıcıya şartlı olarak nakledilmesi yoluyla değil. taksit süresince alıcının bir hasılat kiracısı (*Pachter*) ya da ariyet alan (*Prekarist*) statüsünde değerlendirilerek çözüldüğünü ifade etmektedir.

^J OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 275 N. 9; BOLLER, s. 12, 15; KNOPPE, s. 22; ALTAŞ, s. 243.

TUNÇOMAÖ, s. 358-359.

UNDENMEYER, s. 72; KLEIN-BLENKERS, s. 54; HERRMANN, s. 51.

letmeninunsuru olarak örneğin depodaki hammaddeler, akaryakıt gibi mışlı ş:yer de devredilmişse bu durumda satım ya da ariyet ile hasılat kirasının birlikte bulunduğu düşünülebilir⁶. Bu bakımdan satım ile hasılat kirasını karşılaştırmanın hasılat kirasının özelliklerini daha yakından görmek için bir fırsat sunduğu da açıktır.

İster menkul, ister gayrimenkul ve ister hak satımı söz konusu olsun, bütün satım sözleşmelerinde nihai amaç bir bedel karşılığında mülkiyetin nakli, hakkın temlikidir (BK m. 182, 184, 213, 162; yTBK m. 207, 209-210, 237, 183; MK m. 1008). Hasılat kirası sözleşmesi ise, mülkiyetin nakli ya da hakkın temlikini değil, hasılat getirme özelliğine sahip bir menkul ve/veya gayrimenkul malın ya da hakkın kullanma ve yararlanma amacıyla geçici/sürekli devrini hedeflemektedir. Satım sözleşmesinde şeyin asli ya da fer'i zilyetliğini elde etmek asıl hedef iken hasılat kirasında ise bu yalnızca, hasılatın elde edilmesi uğruna amaçlanmaktadır⁷. Hatta hasılat kirasında kiralayan, herhangi bir hasılatın elde edileceğini dahi garantilememektedir. Görüldüğü gibi hasılat kirasında ne kiralananın kendisinin ne de miktarı daha baştan belli bir hasılatın mülkiyetinin nakli amaçlanmamaktadır. Özellikle ikinci anılan husus kiracının üstlendiği tipik bir sözleşme riskidir⁸. Kiracı hasılat elde edip edilmediğine bakılmaksızın kural olarak kira bedelini tediye ile mükelleftir (BK m. 282; yTBK m. 363). Bu da yukarıda da işaret edildiği gibi, hasılat kirasında kiracının borcu olan kira bedelinin, satımdan farklı olarak kiralananın mülkiyetinin naklini değil, o şeyin kullandırılmasını ve bundan yararlandırılmasını karşıladığını göstermektedir. Satımda mülkiyetin nakli kural olarak (ancak karşı. BK m. 222-223; yTBK m. 259-260; MK m. 764)⁹ mutlak iken¹⁰, hasılat kirası bakımından ise bu, hasılatların gerçekten elde edilmesi-ne bağlı bir "ihtimaldir" (MK m. 685/I; BK m. 184/II; yTBK m. 209/II)¹¹. Ayrıca satımda satıcının kural olarak her defasında teslim ve mülkiyeti nakil işlemleri yapması gerekli iken, hasılat kirasında kiracı, menkuller bakımından sözleşme ile aynı anda kendisine verilen ve tasarruf işlemi (aynı sözleşme) niteliğindeki "sahiplenme (mülkiyetine geçirme) iznine" (*dingliche Aneignungsgesattung*), haklar bakımından ise, kiralayanın kiracıya tanıdığı hakları kullanma (*Ausübungsermächtigung*) ve özellikle de tahsil yetkisine (*Einzziehungsermächtigung*) dayanarak her defasında yeni işlemlere gerek

6

HERRMANN, s. 51; ALTAŞ, s. 163.

7

BOUER, s. 49-50; HERRMANN, s. 51.

8

Bkz. sadece **VOELSKOW, NJW 1983, s. 910-**

"

BOLLER, s. 54.

10

S

11

g⁸;;:'.I⁸ vemülkiyeti nakil borcu" hakkında bkz. **TANDOĞAN, C. 111, s. 118 vd.**

kalmaksızın semereler üzerinde hak sahibi olmaktadır¹². Her ne kadar hasılatın mülkiyeti kiracıya ait olsa da, burada gözden kaçırılmaması **gereken** husus, bu hakkın, kiralayanın hasılat üzerindeki mülkiyeti temlik ile değil, kiracının kiralananı kendi fiilleriyle işleterek kazanılacak olmasıdır.

Hasılat kirasında kiracının mülkiyet ya da benzeri bir mutlak hak kazanmadığı, BK m. 278-279'da (yTBK m. 364-365) işaret edildiği gibi kiralayanın mülkiyet hakkına riayet etmek ve sözleşme bitiminde de BK m. 292 (yTBK m. 372) uyarınca kiralananı iade etmekle mükellef olduğu ifade edilmesi gereken diğer bir farktır¹³. Buna göre satıcının temel menfaati satım bedelinin elde edilmesinde iken, hasılat kirasından kiralayanın menfaati sadece kira bedelinin tahsili ile sınırlı değildir. Onun aynı zamanda kiralananı iade zamanında da¹⁴ hasılat getirir özellikte olmasında menfaati vardır. İşte bir şeyi devredenin, semere getirme özelliğine sahip şeyin aslının (*Stamm-, Muttersache*, örneğin maden yataklarının ya da meyve ağaçlarının bulunduğu ve salt bu yüzden ekonomik değeri bulunan arazi parçası ya da meyve veren ağaçlar) iadesinde ya da hasılat getirir şekilde iadesinde bir menfaatinin olmadığı anlaşıyorsa, o şey biçimsel olarak süreli devredilmiş olsa bile bir satım sözleşmesinin kabul edilmesi daha yerinde olacaktır^{15, 16}. Diğer önemli bir nokta ise alıcının satım konusu şey üzerinde mutlak bir hak kazanmasına rağmen, kiracının şey üzerinde ancak şahsi bir hakka sahip olmasıdır¹⁷. BK m. 277 ve 255'de (yTBK m. 358, 312) ise kira sözleşmesinin tapu siciline sadece *şerh* edilmesine izin verilmiştir (MK m. 1009)¹⁸.

¹² HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 3, "dingliche Aneignungsgestattung"; BOLLER, s. 11, 61-62.

¹³ HOLLER, s.9, 47; CANSEL, s. 32-33.

¹⁴ İştirakli kirada aynı zamanda sözleşme devam ederken de kiralananın hasılat getirme özelliğini muhafaza etmesinde kiralayanın menfaati vardır, BK m. 270/11 (yTBK m. 357/11).

¹⁵ Karş. BOLLER, s. 9-10, 49; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 14. BOLLER'in Alman İmparatorluk Mahkemesi'nden aktardığına göre, belli bir unsur belli bir halde hasılat kirasının varlığına delil oluşturabilirse de, aynı unsur diğer başka unsurların da katılması ile başka bir olayda satım için gösterge oluşturabilir, s. 24. Bu açıdan zengin mineral yataklarının bulunduğu bir arazinin sahibi, bunların çıkartılması amacıyla belli çıkarma miktarı sınırları içinde farklı zamanlarda farklı kişilere bunu kiraya verebilir. Bu durumda kiralayanın arazinin kalan minerallerle birlikte iadesinde menfaati vardır.

¹⁶ KNOPPE ise gayrimenkul sahibine ödenecek ivazın elde edilen hasılatın miktarına göre belirlendiği, kararlaştırılardan başka bir hasılatın elde edilemediği ve tüm rezervin tüketilmesinin söz konusu olduğu havza işletme sözleşmelerinin de (*Ausbeutevertrag, Abbauvertrag*) genel olarak hasılat kirası sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yine Yazar'a göre miktarı baştan belli bir hasılatın elde edilmesi için yapılan ve arazinin de birlikte devredildiği havza işletme sözleşmelerinin satım sözleşmesi olarak görülmesi gerekir, s. 22.

¹⁷ CANSEL, s. 32-33; ALTAŞ, s. 243.

¹⁸ OĞUZMANİSELİHOĞTAY-ÖZDEMİR, s. 185, 213-214.

İlkı ol.leşme tıptı arasındakiı dığer bır onemlı fark ıse bunların maddı konularında kendisini gösterir. Bır sözleşmenin hasılat kirası c;ozleşme\ı olarak nitelendirilebilmesi için kiralananın muhakkak kendiliğinden ya da kirasının işletmec;ı sureti ile hasılat getirme kabiliyeti olan ve kullanılmaya ve yararlanmaya elverişli bır mal ya da hak olması gerekir (BK m. 270/I; yTBK m 357/1). Satım sözleşmesi bakımından ise böyle bır zorunluluktan bahsetmek mümkün değildir. Bu bakımdan satım sözleşmesinin potansiyel maddı konularının haılal kirasına göre çok daha geniş olduğu belirtilmelidir . Bu sebeplerdir ki, satım ile hasılat kirasının karşılaştırılması, ancak bır hasılat kirası sözleşmesinin yapılmasının mümkün olduğu hallerde söz konusudur²". işte bu nedenle hasılat getirme özelliğine sahip bır mal ya da ha• konu edinen, ancak bu hasılatın da zamanla ve alıcının çalışması/işletmesi ile elde edilebile•eği durumlarda (örneğin kum, taş ya da maden ocağı) satım sözleşmesi ile hasılat kirası sözleşmesinin birbirlerinden ayrılması bazen güç olabilmektedir²¹. Bır diğer deyimle konusu, *ileride ve kendiliğinden* ya çıkacak hasılatın elde edilmesi olan ve "hak sahibinin" işleme faaliyetinin de semerelerin "üretilmesinden" çok, sadece *bunların "toplanmasına"* yöneldiği sözleşmelerin, satım mı yoksa hasılat kirası mı olduğunun tayini her zaman kolay değildir²². Bu gibi örneklerde iki sözleşme türünü ayırmak için diğişik kriterler geliştirilmiştir. Bunlardan taraf iradelerinin yorumu, kira miktarına, bunun neyin ivazı olduğuna ve dönemsel olarak mı yoksa peşin olarak mı ödendiğine ve sözleşmenin süresine göre yapılan ayırım çalışmaları yetersiz görülmüştür²³. Gerçekten de semerelerden faydalanmanın karşılığı olarak ödenecek bedelin borçlusunun, bunu nasıl (peşin ya da taksitle, nakden ya da aynen) ödediği hususu, iki sözleşmeyi birbirinden ayırmaya yaracak sağlıklı bır ölçüt değildir. Bu yüzden dayanılması gereken noktasıl olarak sözleşmenin maddi konusunun mahiyeti olmalıdır²⁴ -

¹⁹ BOLLER, s. 8-9.

¹⁰ BOLLER, s. 9.

¹¹ BOLLER maden yataklarının işlenmesi ile ilgili sözleşmelerin Fransız medeni hukuku çevrelerinde daima "saım" olarak nitelendirildiğini ifade etmektedir. s. 13.

²² BOLLER, s. 10, 12, 16; CANSEL, s. 35; ALTAŞ, s. 243. Yargıtay henüz yetişmemiş kavak ağaçlarının satımının mümkün olduğu (Y. 13. HD, T. 20.04.1974, E. 513. K. 972) ve hasılat toplama zamanı gelmeden bır bahçedeki ağaçların üzerindeki portakalların satılabileceği (Y. 13. HD, T. 15.09.1994. E. 6167. K. 7587) yönünde kararlar vermiştir. kararlar için bkz. ZEVJİLİLER, Borçlar Hukuku. s. 64 dn. 62. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku. Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Bası, İstanbul, 1990. s. 79 dn. 6a.

²³ Ayırma ilişkin olarak geliştirilmiş teoriler ve eleştirileri hakkında bkz. BOLLER, s. 18 vd. (Alman hukuku teorileri), s. 25 vd. (Fransız Hukuku teorileri s. 32 vd. (İsviçre hukuku teorileri); CANSEL, s. 35; TANDOĞAN, C. 1/2, s. 9; TUNÇOMAĞ, s. 359; ayrıca bkz. ALTAŞ, s. 243-244; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 15.

- ' ' Karş. ALTAŞ, s. 244, Yazar "her semere getiren malın konu unsurunu oluşturduğu sözleşmeleri hasılat kirası sözleşmesi olarak nitelendirmemek gerektiği ve somut olayın

Genel olarak kabul edilen esasa göre ise, hasılat getiren bir mal ya da hakkın semerelerinin devşirilmesi amacını güden hasılat kirası sözleşmesindeki şeyin özüne (cevherine) zarar verilmemesi, bir başka deyimle semerelerin toplanmasının kiralananın özüne zarar vermeden yapılması gerektiğinden²⁵ hareket edilmelidir. Bu açıdan eğer semerelerin devşirilmesi ile kiralananın kullanılabilirliği, yararlanabilirliği de kısa bir süre içinde ortadan kalkıyorsa, kiralananın özü, hasılat getirme özelliği ortadan kalkıyorsa, artık bir hasılat kirasının değil satım sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir. Bu açıdanörneğin eğer ocağın tamamının tüketilmesi kararlaştırılmışsa hasılat kirası değil, satış söz konusu olur²⁶. *HIGI* bu gibi hallerde satım ve kira unsurlarından oluşan bir karma sözleşmenin varlığının kabul edilmesinin daha uygun olacağını ifade etmektedir²⁷. Elde edilecek hasılatın miktarı önceden kararlaştırılmadan belli bir dönem içinde işletme söz konusu olacaksa -bu süre içinde cevherin tamamı tüketilmemek kaydıyla- hasılat kirasından bahsetmekmümkündür²⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kum ve çakıl ocağıyla ilgili kararında, hiç bitmeyen rezervlerin bulunduğu bir yere ilişkin yapılan sözleşmede hasılat kirasından söz etmenin ihtimal dahilinde olabileceğini, ancak işleme ile rezervlerin çok kısa bir süre içinde tükenmesi halinde ise hasılat kirasından çok bir satım sözleşmesinden bahsedilmesinin daha yerin-

özelliklerinin ve sözleşmelerin unsurlarının birlikte dikkate alınması suretiyle" bir sonuca ulaşılmasını savunmaktadır.

²⁵ *CANSEL*, s. 6; ayrıca bkz. *OPP!KOFER*, s. 75.

²⁶ *CANSEL*, s. 36; *TANDOĞAN*, C. U2, s. 10; *TUNÇOMAĞ*, s. 359; *ALTAŞ*, s. 245; *HIGI*, *Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis* (Art. 275-304) N. 168; *OSERI SCHÖNENBERGER*, Art. 275 N. 9.

²⁷ *H/GI*, *Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis* (Art. 275-304) N. 168.

²⁸ *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 10-11; *ALTAŞ*, s. 245. Bkz. Y. 6. HD, T. 12.02.2008, E. 2007/13669, K. 2008/1289, "[...] sözleşme içeriğinden davacının mermer ocağı işletmek için ruhsat aldığı sahanın bir kısmının kullanım hakkının davalı şirkete devredildiği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 248 ve takip eden maddelerinde düzenlenen kira sözleşmesi taşınır veya taşınmaz bir malın ya da bir hakkın belli bir bedel karşılığında geçici bir süre için kullanılmasını sağlayan anlaşma olarak tanımlanabilir. Davada dayatılan sözleşme ile de davacı, ruhsatını aldığı sahanın bir kısmını belli bir bedel karşılığında kendi adına mermer çıkarma faaliyetinde kullanması için davalı şirkete vermiştir. Sözleşme konusu taşınmazın niteliği ve sözleşmenin amacına göre taraflar arasında işletme ruhsatının devri sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 270 ve takip eden maddelerinde düzenlenen hasılat kirası ilişkisi bulunduğu kabulü gerekir[...] Davalı [...] taşınmazdaki faaliyetini eylemli olarak sona erdirmiş olmakla sözleşmeyi haksız ve yönemine uygun olmayan şekilde fesih ve taşınmazı terk etmiştir. Bu durumda mahkemece taraflar arasındaki sözleşme Borçlar Kanunu'nun hasılat kirası hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken [...]".

de olacağını ifade etmiştir²⁹. BK m. 184/II'de (yTBK m. 209/II) yer alan "mahsul •[•.J veya taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi bir gayrimenkulden ayrıldıktan sonra menkul olarak mülkiyeti nakledilecek mütemmim cüzü. !erin satılmasında menkul bey'idir" hükmüne de bu çerçevede işaret etmekte fayda vardır³⁰.

"Kiralananın cevherinin tüketilmemesi" ölçütü hiç şüphesiz örneğin kurn ya da maden çıkarılması faaliyetini konu edinen bir işletmenin (TK _m. 12/l b. 4; yTTK'da karşılığı yoktur) kiralınması söz konusu olduğunda ticari işletme kirası bakımından da önem kazanmaktadır. Buna göre bir maden işletmesinde rezervlerin tamamının tüketilmesi için yapılan sözleşmenin hasılat kirası olarak değil, menkul satımı olarak nitelendirilmesi gerekir.

Bundan başka bir işletme faaliyetinin söz konusu olup olmadığı ve hangi tarafta üstlenildiği hususu da başvurulacak kıstaslardan biridir. Buna göre insan emeğiyle, bir diğer deyimle de işletme faaliyeti neticesinde ortaya çıkan semerelerden yararlanmanın, bedel karşılığı devredildiği sözleşmelerde işletmeyi ve hasarı semerelerden faydalanan olan kimsenin üstlendiği halde hasılat kirasından, bu faaliyeti bedel karşılığında semerelerden yararlanmayı devreden üstlenmişse de bir satımdan hareket etmek doğru olacaktır. Ayrıca hasılat getirme özelliği bulunan şeyin ya da bunun üzerinde bulunduğu menkul ya da gayrimenkulün zilyetliğinin semerelerden faydalanan olan kişiye devredilmiş olması da hasılat kirasının bulunduğu bir göstergesi sayılabilir³¹. Nitekim ticari işletme kirasında da kiracı ticari işletmeyi işleterek elde edilen hasılatı istifade etmektedir.

İki sözleşme arasındaki temel farklardan bir diğeri de hasılat kirası sözleşmesinin, taraflar arasında sürekli borç ilişkisi ve özellikle kira borcu bakımından dönemsel edim yükümü yaratması, satım sözleşmesinin ise anidimli bir sözleşme olmasıdır. Gerçekten de hasılat kirasında kiracının semereleri elde etmesi sözleşme ilişkisinin son bulmasına neden olmaz. Kiracı bu sayede sözleşme süresince semereleri toplama hakkını haizdir. Bir diğer deyimle hasılat kirasında kiralayanın edim yükümü sürekli iken satım sözleşmesinde bu anidir³². Satım sözleşmesinde semenin taksitler halinde ödenme-

¹⁹ BGE 86 I 229, 233. Diğer bazı kararlar için bkz. *BOLLER*, s. 13. İşleme ile rezervlerin tükenmesi haline (satıma) örnek olarak ormandan kereste elde edilmesi gösterilebilir. bkz. *BOLLER*, s. 14.

³⁰ *BOLLER*, s. 17. yTBK m. 209/11 şu şekildedir: "Ürünler,[...] ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünleyici parçaların satılması da taşınır satışlarıdır".

³¹ *BOLLER*, s. 19-20, 22; *TANDOĞAN*, C. I/2. s. 10; *TUNÇOMAĞ*, s. 359; *ALTAŞ*, s. 243-244.

³² *BOLLER*, s. 11.

si (BK m. 222-224) ya da satıcının borcunu kısım kısım ifa etmesi (BK m. 68) halinde de durum değişmez.

Son olarak iki sözleşme arasındaki farka şekil şartları bakımından değinilmesinde de fayda vardır. Zira konusu taşınmazlarla ilgili bir hasılat kirası hiçbir geçerlilik şartına tabi değilken, taşınmaz satımı sözleşmesi ise BK m. 213 (yTBK m. 237), MK m. 997 ve 1022 uyarınca resmi şekilde yapılmadıkça geçerli değildir. Buna göre konusu gayrimenkuller olan bir sözleşme gerekli şekil şartına uyularak yapılmış ise burada satım söz konusu olacaktır. Bir başka deyimle ortada resmi şekil şartına uyularak yapılmış bir sözleşme varsa diğer kriterlere başvurmaksızın hasılat kirası seçeneği elenebilir. Ancak bu, devri özel bir şekil şartına bağlanmış olanlar (örneğin taşıt araçları) dışındaki menkuller bakımından başvurulabilecek bir ölçüt değildir.

il. Adi Kira ve Hasılat Kirası

1. Genel Olarak

Adi kira ile hasılat kirası kimi yönlerden benzerlikler kimi yönlerden ise farklılıklar gösteren iki ayrı sözleşme tipidir. Ancak her iki sözleşme tipinin kullanma ve yararlandırma yetkisi veren sözleşmeler grubuna dahil olması, sürekli borç ilişkisi doğurması, özellikle de hasılat kirasına ilişkin düzenlemelerin kısıtlı tutularak adi kiraya ilişkin BK hükümlerine atıflar yapılması (BK m. 272/II, 275, 281/11; yTBK m. 358) bu iki sözleşmenin karıştırılmasına neden olmaktadır³³. yTBK m. 299'da "kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı" üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanması, bir bedel karşılığında geçici süreli kullandırma ve yararlandırma amacıyla yapılan sözleşmelerin hukuki niteliğini güçleştirecek özelliktedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ekonomik gelişmeler bireylerin yeni hukuki araçlar ortaya çıkartmalarına ya da var olan hukuki araçları birtakım değişikliklerle uygulamaya devam etmelerine sebep olmaktadır. Zira borçlar hukukunda, amaç ve yöntem (şekil) bakımından geçerli olan sınırlar dahilinde asıl kanun koyucu bireylerdir³⁴. Ancak sözleşme serbestisi ilkesi, ekonomik ilişkilerin sözleşmelere çok farklı şekillerde yansımaları sağlasa da, kanaatimizce karşılaşılabilecek olguları baştan itibaren berraklaştırmak, bir başka ifadeyle temel olgu varsayımlarını ortaya koymak da bir zorunluluktur. Adi kira, hasılat kirası ayrımı bağlamında ilk olarak belirtilmesi gereken barınma amaçlı taşınmazlar (konut) ile her tür taşınır kiralalarının karşılaştırmanın kapsamı dışında kaldığıdır. Bundan başka zirai amaçlı hasılat kiralaları

³³ KNOPPE, s. 20.

³⁴ Karş. BOLLER, s. 3.

da sadece sınırlı biçimde ele alınabilecek özelliktedir. Hal böyle olunca geriye konusu bir işyeri olan (konuları arasında işyeri niteliğinde taşınmazlar olan) kira ilişkileri kalmaktadır. Ancak hasılat veren taşınmazların adı kiraya da konu olabilmeleri konunun sorunlu yanlarına işaret etmeye yeterlidir⁶. Bu yüzden kanaatimizce tarafların sözleşme ile güttükleri gayeye bir "işyerinin" doğrudan ya da dolaylı olarak devrinin dahil olduğu kira ilişkilerini üç alt grup içinde ele almak bir zorunluluktur. Bunlar ise kanaatimizce, i) adi kira niteliğindeki işyeri kirası (*Geschiiftsraummiete*), ii) hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası (*Geschäftsraum-, Gewerberaumpacht*) ve iii) hasılat kirası niteliğindeki ticari işletme kirası³⁷ (*Vnternehmenspacht, Pacht eines Handelsgewerbes*) şeklinde ifade edilebilirler. "Ticari kira sözleşmeleri"³⁸ üst başlığı altında da ele alınabilecek üç tipin birbirleriyle olan sınırlarının çizilmesi birçok sorunun giderilmesine katkıda bulunacaktır. Uygulama bakımından da pratik sonuçları olan ayırım konusunun karşılaştırmalı biçimde ele alınmasında fayda görüldüğünden konu aşağıda Türk, İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarındaki tartışma ve mahkeme kararları ile birlikte ele alınmaya çalışılacaktır.

³⁵ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 7.

³⁶ Adi kira-hasılat kirası ayırımının, bilhassa kira konusunun işyeri olduğu hallerde zorlaştığı konusunda bkz. ALTAŞ; s. 236; L/NDENMEYER. s. 60; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 16; KNOPPE, s. 21; STROBEL, s. 9; MICHALSKI, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 391; OETKER, H./MAULTZSCH, F.: Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin vd., 2007. s. 376 N. 234; aynı yönde BGE 103 11247. 253; 93 11453, 460. Avusturya hukuku açısından bkz. BARTA, s. 400; ARZBÖCK, s. J, 4; FOERSTER, s. 3.

³⁷ 'Hasılat kirası niteliğindeki ticari işletme kirası' ifadesindeki "hasılat kirası niteliğindeki" deyimine, ticari işletme kirasının hasılat kirası niteliğini belirtmek/vurgulamak amacıyla yer verilmiş olup, bunun zıt anlamından 'adi kira niteliğindeki ticari işletme kirasının' da bulunduğu sonuca varılmamalıdır. Bu sebeple de çalışmada 'ticari işletme kirası' ifadesi de kullanılmıştır.

³⁸ "Ticari kira sözleşmesi" ya da "ticari kira". kiracının kendisine ait bir ticari işletmeyi kiralayana ait bir taşınmazda ya da bunun bir bölümünde işletmek amacıyla akdedilen adi kira ya da hasılat kirası niteliğindeki işyeri kiralaları ile bir ticari işletmenin hasılat kirası yoluyla devrini tazammun eden sözleşmeleri ifade etmek üzere kullanılmış olup, böylece genci amaçlara (ticari ve mesleki olmayan amaçlara) yönelik kira sözleşmeleri ile olan farka işaret edilmek istenmiştir. Ticari kiralalar, TK m. 3'e (yTIK m. 3) göre kiracı açısından ticari iş niteliğindedir. karşı. ARKAN, s. 63; Y. 13. HD, T. 27.11.1978. E. 1978/4863. K. 1978/5001; ÖZSUNA "kiracılık hakkı" bağlamında "ticarethane kirası" ve "kiracı-tacir" ifadelerini kullanmıştır, Kiracılık Hakkı, s. 80-81. Yabancı hukuklarda da özellikle "kiracılık hakkı" sebebiyle ticari kiradan söz edilmekte ve ilgili kanunun uygulama alanına uygun olarak tanımlanmaktadır, bkz. ÖZSUNAY, Kiracılık Hakkı, s. 29 vd.

2. Türk Hukukundaki Durum

Sözleşme tipleri arasında yapılacak ayırım ticari işletme kirası sözleşmesine ticaret hukuku bakımından bağlanan sonuçların (devirde ve iadede tacir sıfatı, ticaret unvanı kullanma zorunluluğu, ticaret sicili ile ilgili hususlar, rekabet yasakları gibi)³⁹ doğup doğmayacağının tespit edilebilmesi açısından hiç şüphesiz oldukça önemlidir. Hukukumuz bakımından adi kira ile hasılat kirasını birbirinden ayırmanın önem arz ettiği bir diğer nokta da adi kira sözleşmelerinin, bu arada adi kira niteliğindeki işyeri kirası sözleşmelerinin, kira miktarı, süresi ve feshi konularında kiracılar lehine özel koruyucu hükümler getiren 6570 s. GKK'nın (yTBK m. 339 vd.)⁴⁰ kapsamına girebilecek olmasında ortaya çıkmaktadır. Zira 6570 s. GKK (yTBK m. 339 vd.) kiracıyı koruyucu hükümleri bakımından konut kiralari ile işyeri kiralari birbirinden ayırmamıştır⁴¹. Bir diğer deyimle, bir kira ilişkisinin, adi kira niteliğindeki işyeri kirası ya da ticari işletme kirası olarak nitelendirilmesi 6570 s. GKK'nın (yTBK m. 339 vd.) bu sözleşmeye uygulanıp uygulanmayacağı ile birebir ilgilidir⁴². Bu soruya verilecek olumlu ya da olumsuz cevap birçok açıdan, uygulanan hukukun değişmesine yol açacaktır⁴³. Nitekim yakın geç-

³⁹ Karş. *ARZBÖCK*, s. 2.

⁴⁰ 6570 s. GKK'nın yTBK'ya tamamen değil kısmen dahil edilmiş olduğuna işaret edilmelidir. Gerek yTBK'nın gerekçesinin ve gerek hükümlerin karşılaştırılmasının verdiği sonuçlara göre 6570 s. GKK m. 1-3, 7/1, 8-9, 11-16, yTBK m. 322 ve 339-356 arasında değiştirilerek de olsa kendilerine yer bulmuşlardır.

⁴¹ 6570 s. GKK m. 7/1 b. c ve d'de (yTBK m. 350 b. l, "işyeri gereksinimi") "bir meslek ya da sanatın icrası amacıyla işyeri olarak" denilmek suretiyle gayrimenkullerin işyeri olarak kiralanmasının da Kanun kapsamına girdiği ifade edilmiştir. Aynı Kanun'un 15/III. maddesinde de (yTBK m. 355) "ticarethaneden" söz edilmiştir. 6570 s. GKK'nın uygulama alanı hakkında bkz. *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 19 vd. *ARPACI*, A.: "Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru Mudur?", Yeditepe Ü. HFD, Y. 2008, C. V, S. 2, s. 5; *AKINCI*, Ş.: "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 38 vd. Makalede işyeri kiralari ile bunların işletmelere muhtemel yansımaları (zararları) da ele alınmıştır; ayrıca bkz. *HIGL*, Obligationenrecht, Yorbem. zum 8. Titdis (Art 275-304) N. 102. Ayrıca bkz. Y. HGK, T. 14.04.2004, E. 2004/11-222, K. 2004/222. Görüldüğü kadarıyla bir meslek ya da sanatın icrası amacına tahsis edilen gayrimenkullerin (işyerlerinin) kiralanmasının 6570 s. GKK m. 1 çerçevesinde Kanun'un kapsamına girdiği literatürde tereddütsüz, bir diğer deyimle ayrıca tartışılmaya gerek görülmezsizin kabul edilmektedir, örneğin *ERZURUMLUOĞLU*, s. 58-59, *YAVUZ*, s. 352 vd. yTBK m. 339 vd. döneminde de Kanun'un açık lafzı karşısında işyerlerinin kapsama girip girmediği tartışmaları gereksiz kalacaktır.

⁴² İsviçre için de aynı yönde bkz. *INDENMEYER*, s. 61. Ayrıca bkz. *ŞAHİN*, HATEMİ Armağanı, C. il, s. 1396.

⁴³ 6570 s. GKK'nın (yTBK m. 339 vd.) işyeri kiralari hakkında uygulanmasının eleştirisi hakkında bkz. *ARPACI*, Yeditepe Ü. HFD, Y. 2008, C. V, S. 2, s. 3 vd. yTBK bakımından da aynı yöndeki eleştiriler için bkz. *ŞENER*, O. H.: İşyeri ihtiyacı Nedeniyle Tahliye

mişte, kiranın konusunun işyeri niteliğindeki bir taşınmaz olması, uyuşmaz. lığa 6570 s. GKK'nın (yTBK m. 339 vd.) uygulanıp uygulanmayacağı çev. resinde tartışmalar yapılmasına sebep olmuştur⁴⁴.

Genel olarak belirtmek gerekirse, adi kiranın konusu maddi varlığı olan menkul ve gayrimenkuller olabilirken, hasılat kirasının konusunu ise hasılat v⁴⁵ e,?smenkul ya ?a gayrimenkuller ile ticari işletme veya haklar teşkil ede- bİr • Hasılat getirme özelliği olan şeyler bu özellikleri dikkate alınmaksızın ⁴⁶alt ⁴⁷u?lanılma amacıyla adi kiraya da konu olabilirlerken, hasılat getirme özelliği olmayan şeyler hasılat kirasına konu olamazlar ve haklar ve ticari iş- letmeler_de ⁴⁸di kiraya değil, yalnızca hasılat kirasına konu olabilirler⁴⁷. Bu açıdan, özellikle "ticari işletme kirası" ile "adi kira niteliğindeki konut kira- larınm" karşılaştırılmasının gereksiz olduğu söylenebilir⁴⁸. Ancak adi kira

Davaları ve Ortaklıklar Hukukuyla Bağlantısı, Ankara, 2010, s. 5-6. Gerçekten ⁴⁹TBK m. 350⁵⁰: 1 de yer alan "kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bak- maktaki yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kul- lanma zorunluluğu varsa" şeklindeki hüküm, muhtemel dava sebeplerini kişi yönünden daha d⁵¹ geni_şletmekle, konut kirası-işyeri kirası ayırımına bağlı sorunları ile_ride_daha_faz- la ⁵²ikleştirecek özelliktedir. işyeri kiracılarının koruma kapsamının genişletilmesi ge- ⁵³ktığı yönünde bkz. AKINCI. AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 38 vd.

44

Omek olarak bkz. Y. HGK, T. 14.04.2004, E. 2004/11-222, K. 2004/222; Y. 14. HD, T. 18.07.2006, E. 2006/5843, K. 2006/8633; Y. 1. HD, T. 17.12.2003, E. 2003/12872. K. 2003/13681; Y. 6. HD, T. 23.09.2003, E. 2003/6198. K. 2003/6232, anılan kararlar, 6570 s. GKK'nın (yTBK m. 339 vd.) hasılat getiren bir taşınmazı konu edinen hasılat ki- rası niteliğindeki ilişkiler hakkında uygulanamayacağı yönündedir; aksi gönişte bkz. ALTAŞ s. 242.

45

CANSEL de iki sözleşme tipini birbirinden ayırmak için -'şekilci görüş" ve "muhtevayı dikkate alan görüş" şeklinde iki ana bakış açısının geliştiğini ifade ettikten (s. 38-39) son- ra, sözleşmenin muhtevasını dikkate almak suretiyle farkı bulmaya çalışan göniışün du- rumu daha iyi açıkladığını belirtmiştir, s. 40; ALTAŞ, s. 233-234; adi_ ki⁵⁴ a ile hasılat kira- sının genel olarak karşılaştırıldığı diğer çalışmalar için bkz. DEVELIOGLU, H. M.: "Ha- sılat.Kirası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanac⁵⁵ Hükümler", Erdoğan TEZİÇ'e Armağan, İstanbul, 2007, s. 934 vd.; ŞAHİN, HATEM(Armağanı, C. il, s. 1398 vd., Yazar hasılat kirası bakımından kira konusunun menkul ya da gayrimenkul ol- masının, bunun hasılat verme özelliğinin bulunup bulunmamasına göre tali nitelikte ol- duğunu yerinde olarak ifade etmektedir, s. 1405 dn. 31.

46

TANDOĞAN, C. I/2, s. 7; ALTAŞ, s. 233-234, 237; HIGI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbi. ⁵⁶(Art 275-304) N. 147.

47

TANDOĞAN, C. I/2, s. 2-3; ALTAŞ, s. 234-235; HIGI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. TitelbL⁵⁷ ⁵⁸(Art 275-304) N. 147; KNOPPE, s. 20-21; BGE 103 il 247,253.

48

• Bazı hallerde hasılat kirası ile devredilen bir şey ile birlikte, bununla işlevsel bir bağlanı- sı olan ve aslında sadece adi kiraya konu olabilecek bir diğer şey de devredilmiş olabilir (örneğin bir fabrikanın (işletme) işçi lojmanları (konut) ile birlikte kiralınması). Bu gibi hallerde sözleşmenin ana amacı olan işletme kirasından hareket edilerek lojmanların dev- rine de hasılat kirası kurallarının uygulanması gerekmektedir, karşı. MICHALSKI, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 404-405. Karma sözleşmeler ve soğurma teorisi hakkında bkz. ARAL, s. 52. 56; YAVUZ, s. 22-23.

niteliğindeki işyeri kirası ile hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası ve özellikle de yine (hasılat kirası niteliğindeki) ticari işletme kirasının birbirinden ayrılması özel bir önem taşımaktadır⁴⁹.

İki sözleşmenin *hukuki konuları arasında* farklılık vardır°. Adi kirada kiracı kiralananı sadece kullanma hakkı elde eder ve böylece '),asif bir durumdadır. Hasılat kirasında ise kiracı kiralananı kullanma ve bundan yararlanma hakkını elde etmekte ve bu çerçevede özellikle BK m. 278 (yTBK m. 364) uyarınca kiralananı işletme borcu altına girmektedir¹. Bu son halde kiracıya daha aktif bir konum verildiği açıktır⁵². Hasılat kirasında kiralananın

⁴⁹ Basel Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 06.11.2000 tarihli bir kararında işyeri kirası ile ilgili olarak şu kanaate varılmıştır: "Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre bir işyerinden, bir işletmenin işletilmesi ya da geniş anlamda bir meslek faaliyetinin sürdürülmesine sürekli biçimde tahsis edilmiş, yatay ve dikey biçimde sınırlanmış az ya da çok örtülü bina anlaşılır (BGE 124 III 108 vd. 110). 80 m² büyüklüğündeki bir açık alanda kurulu ve bir fast food işletmesi için kullanılan yer (kiralanan). az ya da çok örtülü olmadığı ve yatay olarak da sınırlandırılmış bulunmadığı için yukarıda anılan içtihat anlamındaki bir işyeri olarak kabul edilemez. Kira sözleşmesi ile kiracıya, kiralayana ait gardrop, tuvalet, lavabo ve cafeterya gibi bazı mekanların kullanılmasına izin verilmiş olması da taraflar arasında bir işyeri kirasının varlığını kabule yetmez. Zira burada kiralayanın aslı değil, yan edim yükümü söz konusudur. Bir işyeri kirasından ancak, yukarıda tarif edilen türden bir yerin işletmesel amaçlarla devrinin, kiralayanın asli edim yükümünü teşkil ettiği hallerde söz edilebilir, ki somut olayda bu şartlar mevcut değildir. (http://www.baselland.ch/oger2000_1-hm.295879.0.html).

⁵⁰ ŞAHİN adi kira ile hasılat kirası arasındaki ayırımı "kiralırım niteliği" ile "işletme hakkının devri" unsurlarının özellikle önemli olduğunu vurgulamaktadır, HATEMİ Annağanı. C. II, s. 1400-1401. Ancak Yazar "kira sözleşmesinin konusunu bir hak veya ticari işletme oluşturduğu takdirde, bu soyut değerlerin adi kira sözleşmesine konu edilmesi mümkün olmadığından, işletme hakkının devri unsuruna gerek olmaksızın sözleşme, hasılat kirası olarak nitelendirilebilecektir" görüşünü de savunmuştur, s. 1416.

⁵¹ Bkz. Y. 12. HD, T. 18.03.2003, E. 2003/2575, K. 2003/5647, "[...] hasılat kirasını adi kiradan ayıran husus, özellikle işletme yükümlülüğüdür. Hasılat getiren bir şey adi kiraya da verilebilir. Ancak, taşınmaz, teçhizat ve mefruşatı ile birlikte ve işletme ruhsatı da devredilerek kiraya verilmiş, ayrıca da kira bedeli kiralananın semere ve hasılatının da bir kısmını oluşturmuş ise; sözü edilen unsurları taşıyan kira sözleşmesinin hasılat kirası olduğunun kabulü gerekir". Aynı yöndeki bir başka Yargıtay kararı ise şu yöndedir: "[...] hasılat kirasını adi kiradan ayıran özellik işletme yükümlülüğüdür. [...] Taraflar arasındaki sözleşmede her yıl için kira miktarları belirtilmek suretiyle tespit edilmiştir. Kira bedeli kiralananın semeresi ve hasılatının bir kısmını oluşturmamaktadır. Ayrıca işletme ruhsatının devredildiği iddia ve ispat da edilmemiştir. Bu durumda dayanak sözleşme hasılat kirası olmayıp adi kiradır [...]", Y. 12. HD, T. 03.05.2002, E. 2002/8232, K. 2002/9420. Ayrıca bkz. Y. 12. HD, T. 28.01.2002, E. 2002/578, K. 2002/1517.

⁵² CANSEL, s. 39-40; TANDOĞAN, C. II, s. 6-7; ALTAŞ, s. 234-235; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 16; I/NDENMEYER, s. 59.

Bir Yargıtay HGK kararındaki açıklamalar, burada ele alınan soruna ışık tutucu özelliktedir: "[...] Borçlar Kanunu, 248-269. maddeleri arasındaki hükümleriyle adi kirayı, 270. ve ardından gelen hükümlerinde de hasılat kirasını düzenlemiştir. Yasanın açık ve ayrıntılı düzenlemelerine göre, adi kiranın konusunu taşınır ve taşınmaz mallar oluşturmalarına

hasılat verme özelliği, kira bedelinin tamamen ya da kısmen hasılatın bir kısmı olarak da kararlaştırılmasını mümkün kılmıştır (iştirakli kira, BK n1. 270/II; yTBK m. 357/U)⁵³. Adi kirada ise kira bedeli, hemen her zaman bir miktar paradır. Bir diğer deyimle hasılat kirasında kira bedelinin kiralananın anılan özelliğinden hareketle nisbı olarak tayinine (hesaplanmasına) açıkça izin verilmişken, adi kirada bu kural olarak söz konusu değildir⁵⁴. Ancak işyeri kiralarda da kira miktarının tespitinde kiracının cirosunun bir kısmı olarak dikkate alınması mümkündür (BK m. 19/1; yTBK m. 26)⁵⁵. Diğer yandan *CANSEL*' in de isabetli olarak değindiği gibi hasılat kiracısının yürüteceği faaliyetler "devamlı ve metotlu" olmak zorunda olduğundan burada alt kiraya kural olarak izin verilmemiş ve kiralayanın rızası aranmıştır (BK m. 284/1; yTBK m. 366/1)⁵⁶. Adi kirada BK m. 259'da alt kiraya kural olarak izin verilmiş olmakla birlikte, 6570 s. GKK m. 12/l'de (yTBK m. 322/11) bu ilke tersine döndürülmüş ve 6570 s. GKK kapsamındaki adi kiralarda da, alt

karşın, hasılat kirasının konusu, hasılat veren (hasılat sağlayan) taşınır veya taşınmaz bir mal olabileceği gibi, adi kiradan farklı olarak bir hak da hasılat kirası sözleşmesine konu edilebilir. Adi kira, kiracıya sadece sözleşme hükümleri çerçevesinde kiralananı kullanma hak ve yetkisi verdiği halde hasılat kirası, kiralananın kullanımı yanında onun semere ve hasılatının toplanmasını da mümkün kılar. Hasılat kirasının bu niteliğiningereği olarak, bir ticari işletmeye ilişkin hasılat kirası sözleşmesi, salt işletmenin yürütüldüğü taşınmazın kullanılmasını değil, orada sözleşme tarihi itibarıyla faaliyetini sürdürmekte olan işletmenin de taşınmazla birlikte kiracıya devrini öngörür ve kiracıya taşınmazla birlikte bu işletmeyi devam ettirme hak ve yetkisini verir. l-...] Hasılat kirası sözleşmelerini adi kira sözleşmelerinden ayıran temel unsur durumundaki, kiralananı kullanmanın yanında ve ondan daha önemli olarak "hasılat toplama, semereden yararlanma" olgusu ve kira bedelinin nakit yanında semere veya hasılatın bir hissesi olarak da ödenebilmesi, bu sözleşme tipini kendine özgü bir yapıya kavuşturmakta ve adi kira sözleşmelerinden farklı olarak, hasılat kirasında kiracı, kiralayandan daha zayıf bir konumda bulunmamaktadır. Hasılat kirasının değinilen bu niteliği, ondan kaynaklanan uyumsuzlukların kendine özgü yasal düzenleme çerçevesinde çözülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. [...] Somut olayda taraflar arasındaki sözleşme, faaliyetini sürdürmekte olan bir ticari işletmenin, o faaliyetin yürütüldüğü taşınmazlarla birlikte kiralınmasına, dolayısıyla hasılat kirasına ilişkindir", **Y. HGK. T. 14.04.2004, E. 2004/11-222, K. 2004/222.**

⁵³ Hasılat kirasında kira bedelinin tayini hakkında bkz. *ALTAŞ*, s. 123 vd., iştirakli kira hakkında bkz. *ALTAŞ*, s. 88 vd.

⁵⁴ Karş. *ZEVKLİLER*. Borçlar Hukuku, s. 170-171. adi kirada kira miktarı altına ya da dövize endeksli olarak kararlaştırılabilmekle birlikte, bunun kiralananın hasılat getirme özelliği ile bir ilgisi olmadığı açıktır.

⁵⁵ Karş. *ŞAHİN, HATEMİ* Armağanı, C. II, s. 1320.

❖ Diğer yandan kiracının salt bir gayrimenkul (işyeri) olarak kiraladığı takdirde ödeyeceği ❖ kiradan ❖ ah ❖ ❖ ksek bir miktarı ödemesi halinin, hasılat kirasının varlığına işaret ettiği ifade edilmiştir. karş. *MICHALSKI*, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 403; ayrıca bkz. *ALTAŞ*, s. 239.

⁵⁶ *CANSEL*, s. 40; *ALTAŞ*, s. 241.

kira m. 12/I'deki (yTBK m. 322/II) sözleşmede düzenlenmiş/yazılı izin verilmiş olması dışında kiralayanın iznine tabi kılınmıştır.

Bir hasılat kirası türü olan ticari işletme kirasında kiralayan halihazırda işletilmekte olan ya da işletileceği TK m. 14/II (yTİK m. 12/2) çerçevesinde ilan edilmiş olan bir ticari işletmeyi, bütün ya da bazı maddi⁵⁷ ve gayri maddi unsurları⁵⁸, özellikle de müşteri çevresi ve teknik ve ticari sırları ile birlikte kiracıya belli bir süre için (geçici olarak) ve bir bedel karşılığında kendi adına ve hesabına işletmesi ve bunun sonucunda elde edilen hasılatı toplaması, kira süresi sonunda da yine bir ticari işletme olarak iade edilmesi amacıyla⁵⁹ devretmektedir. Bir ticari ya da sınai faaliyetin içinde yürütüldüğü fabrika, mağaza vs. adlarla anılan fiziki mekanların (işyerlerinin) devri ise, salt kiracıya ait bir işletme faaliyetinin kiralayana ait „yerlerde“ sürdürülebilmesi, bu amaçla kullanılması uğruna gerçekleşmekte olduğundan (*önlicher Mittelpunkt unternehmerischer Tätigkeit*)⁶⁰ ya adi kira niteliğindeki işyeri ki-

⁵¹ ALTAŞ, s. 203-204; Karş. "[...] bir ticari işletmeye ilişkin hasılat kirası sözleşmesi. salı işletmenin yürütüldüğü taşınmazın kullanılmasını değil. orada sözleşme tarihi itibarıyla faaliyetini sürdürmekte olan işletmenin de taşınmazla birlikte kiracıya devrini öngörür ve kiracıya taşınmazla birlikte bu işletmeyi devam ettirme hak ve yetkisini verir [...]". Y. HGK, T. 14.04.2004, E. 2004/11-222. K. 2004/222. Ancak bkz. "kaplıca ile birlikte işletmesinin kiraya verilmesi hasılat kirası niteliğindedir.[...] Davalı ile yapılan kira sözleşmesinden kiralanan yerin kaplıca tesisleri ile ona bağlı gazino ve lokantadan ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Kaplıca ile birlikte işletmesinin kiraya verilmesi hasılat icarı niteliğinde olup BK.nun 270 ve müteakip maddeleriyle sözleşme hükümünün uygulanması gerekir[...]", Y. HGK, T. 28.03.1980, E. 1979/6-1816, K. 1452.

Kararlardan da anlaşılabileceği üzere ticari işletme kiralarda işletmeye bir taşınmazın da dahil olduğu durumlarda taşınmazın, işletmenin bir unsuru kabul edilmesi gerekir. İken, ticari işletme taşınmazın adeta bir uzantısı, unsuru gibi telakki edilmekte ve taşınmaza zilyedliğin işletmeyi işletme hakkı verdiğinden hareket edilmektedir. Bu yaklaşım ise ticari işletme kirasının gerçek mahiyetinin anlaşılmasını engellemektedir. Diğer yandan kaplıca ile bunun çevresinde kurulmuş tesislerin birbirinden ayrı mütalaa edilmesi herhalde mümkün değildir (TK m. 11/11; yTTK m. 11/3). Bu açıdan bir ticari işletme kirasının söz konusu olduğu durumlarda, buna dahil taşınır ve taşınmazların, hukuki ilişkinin niteliğini tayininde artık arka planda kalması gerekmektedir, ancak bkz. ŞAHİN, HATEMİ Armağanı, C. II, s. 1406 ve dn. 35. Yazar'ın "buna karşılık kiracının işletmekte olduğu ticari işletmesini 3. bir kişiye devretmesi durumunda. 3. kişi ile mal sahibi arasında kurulan kira ilişkisi hasılat kirası niteliğinde değildir. Çünkü işletme, bu halde, 3. kişiye kiraya verilmemekte, işletme üzerindeki mülkiyet hakkı geçirilmek üzere, BK m. 179'a uygun olarak devredilmektedir. Bu halde mal sahibi ile işletmeyi devralan 3. kişi arasındaki sözleşme adi kira sözleşmesi niteliğindedir" görüşü de (s. 1407 dn. 39, "ticari işletme-taşınmaz ilişkisi" bakımından ayrıca bkz. s. 1411) ticari işletmenin unsurlarından bağımsız görülmesinin bir sonucu olarak yorumlanabilir.

SH Karş. FOERSTER, s. 40.

⁵⁹ Kiralayanın kira bitiminde iade gerçekleştikten sonra işletmeyi bizzat ya da yeniden kiraya vermek suretiyle işletmeye devam edip etmeyecek, hatta bunu tasfiye edecek olması sözleşmenin ticari işletme kirası niteliğini zedelemeyiz.

<0 FOERSTER, s. 3.

rası ya da hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası⁶¹ olarak görülebilir. Ancak bu tür bir sözleşme ilişkisi hiçbir zaman ticari işletme kirası olarak nitelene-
mez, zira her ikisinde de tarafların ekonomik ve hukukî hedefleri, dolayısıyla
da sözleşmenin konusu farklıdır. Ticari işletme kirası her ne kadar bu işlet-
menin faaliyetlerinin yürütüldüğü açık ve/veya kapalı fizikî mekan ya da
mekanların devrini beraberinde getirirse de⁶², bu her zaman zorunlu değildir.
Bir diğer ifadeyle kiralayanın işletmesini faaliyetin yürütüldüğü fizikî meka-
nından ayrı olarak hasılat kirasına vermesi de mümkündür. Bu durumda iş-
letme bakımından bir merkez değişikliğinden bahsetmek gerekecektir. Gay-
rimenkuller ile kiracılık hakkının ticari işletmeye dahil olması (TK m. 1 İffî;

⁶¹ Alman hukukunda envanterli ya da envantersiz olarak yapılan işyeri kirası sözleşmeleri için "*Raumpacht*", "*Einrichtungspacht*". "*Gewerberaumpacht*" ya da "*Geschäftsraumpacht*" kavramlarının (hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası) kullanıldığı ve bunlara Alman MK m. 581 vd.'nin uygulandığı belirtilmelidir, *LINDENMEYER*. s. 60; bkz. örneğin *HARKE*, in: MüKo-BGB, § 581 N. 7; *WEIDENKAFF*. in: *PALANDT*, BGB, 62. Aufl., § 581 N. 3; *MJCHALSKI*, in: *GS SONNENSCHNEIN*. s. 386. 396. 399; *HERRMANN*, s. 41-42 dn. 1, burada yer alan tanıma göre "*Raumpacht*" "taraflardan birinin diğerine, işletmenin tütüne ve konusuna uygun özellikte ve tipiklikte inşa edilip donatılmış bir yerin ya da yerlerin tam ya da büyük ölçüde tam maddi malvarlığı unsurları (envanter) ile birlikte devretmeyi yüklediği sözleşmedir". Ayrıca bkz. *KLEIN-BLENKERS*. s. 59. İsviçre hukukunda ise "*Geschäftsraumpacht*" ve "*Betriebspacht*" kavramları kullanılmakta ve bunun ticari işletme kirası niteliğinde ol-
madığı açıkça ifade edilmektedir, bkz. *HIGI*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelb, (Art 275-304) N. 122 vd., 136 vd.

⁶² Karş. Y. HGK, T. 14.04.2004, E. 2004/11-222, K. 2004/222: "[...] davacı sözleşme tari-
hinden önce işletilmekte bulunan ve işletme ruhsatını haiz olan taşınmazlarını sözleşme-
de öngörüldüğü şekilde ve zorunlu haller dışında mutlaka işletilmek üzere kiralamıştır.
Burada getirilen mutlak işletme ve yerlerin işletme ruhsatını haiz bulunması koşulu du-
raksamaya yer vermeyecek biçimde dava konusu sözleşmenin bir hasılat kira sözleşmesi
olduğunu göstermektedir. [...] Borçlar Kanunu, 248-269. maddeleri arasındaki hükümle-
riyle adi kirayı. 270. ve ardından gelen hükümlerinde de hasılat kirasını düzenlemiştir.
Yasanın açık ve ayrıntılı düzenlemelerine göre, adi kiranın konusunu taşınır ve taşınmaz
mallar oluşturmalarına karşın, hasılat kirasının konusu, hasılat veren (hasılat sağlayan) ta-
şınır veya taşınmaz bir mal olabileceği gibi, adi kiradan farklı olarak bir hak da hasılat ki-
rası sözleşmesine konu edilebilir. Adi kira, kiracıya sadece sözleşme hükümleri çerçeve-
sinde kiralananı kullanma hak ve yetkisi verdiği halde hasılat kirası, kiralananın kullanı-
mı yanında onun semere ve hasılatının toplanmasını da mümkün kılar. Hasılat kirasının
bu niteliğinin gereği olarak, bir ticari işletmeye ilişkin hasılat kirası sözleşmesi, salt iş-
letmenin yürütüldüğü taşınmazın kullanılmasını değil, orada sözleşme tarihi itibarıyla fa-
aliyetini sürdürmekte olan işletmenin de taşınmazla birlikte kiracıya devrini öngörür ve
kiracıya taşınmazla birlikte bu işletmeyi devam ettirme hak ve yetkisini verir [...]";
LINDENMEYER. s. 61. Ticari işletmenin kiralık bir işyerinde yürütülmesi ve bunun da
ticari işletme kirası çerçevesinde kiracıya devredilmesi halinde bu adi kira ilişkisinin ha-
sılat (ticari işletme) kiracısına intikalinin hukukî sonuçları hakkında bkz. *HIGI*.
Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelb, (Art 275-304) N. 119-120.

yTTK m. 11/3)⁶³, kiralayanın böyle bir sözleşme yapmasına engel teşkil etmez. Ancak bu nadir bir uygulama olacaktır⁶⁴.

Çatılı ya da çatılı olmayan bir taşınmazın, ticari işletme faaliyeti niteliğinde olup olmadığına ve belediye sınırları içinde yer alıp almadığına bakılmaksızın ticari veya sınai ya da zirai bir meslek veya sanatın icrası maksadıyla işyeri olarak kullanılmak üzere belli bir kira bedeli karşılığında geçici olarak devredilmesi biçiminde tanımlanabilecek⁶⁵ adi kira niteliğindeki işyeri kirası, hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası ile ticari işletme kirasından ayırmak bakımından bir takım kıstasların ortaya konulması gerekmektedir.

Adi kira niteliğindeki işyeri kiralarında sözleşmenin altında yatan başlıca ekonomik-teknik neden, yürütülecek ticari veya sınai faaliyetin deyim yerinde ise kapalı bir mekana ihtiyaç duymasıdır. Bu kapalı mekanın belli bir mevkide olması da tercih nedeni olabilir. Bir başka ifadeyle kiralananın bizzat kendi özelliklerinden⁶⁶ değil, daha çok çevresel ticari imkanlardan dolayı örneğin müşteri potansiyeli, merkezilik ya da ulaşım kolaylığı anlamında belli bir cazibesi/avantajı olsa da bu husus taşınmaza işyeri olarak duyulan ihtiyacın yanında talı kalmaktadır. Buna örnek olarak bir şehrin merkezi bir caddesinde bulunan iş hanındaki çok amaçlı kullanıma müsait, aksi deyimle belli, somut bir ticari/sınai faaliyet türü için inşa edilmemiş ve/veya donatılmamış daireler (ofisler, büro, muayenehane vb.) ya da bir organize sanayi bölgesinde kiralanan boş fabrika ya da atölyeler, adliyenin bulunduğu mahaldeki avukat yazıhaneleri, hastane çevresindeki eczane ya da diğer tıbbi işyerleri gösterilebilir⁶⁷. Bu gibi yerler çoğunlukla çıplak halde kiraya verilir.

⁶³ TK'nın kiracılık hakkını ticari işletmenin bir unsuru olarak öngörmesine rağmen bu hakkı koruyucu hiçbir hüküm öngörmemiş olması ve 6570 s. GKK'nın da "ticari kira ilişkileri" bakımından ancak dolaylı bir koruma sağladığı hakkında bkz. *ÖZSUNAY*, Kiracılık Hakkı, s. 58-59.

⁶⁴ "Ticaretin icra olunduğu yer üzerindeki kiracılık hakkı devrolunmadıkça, bir ticari işletmenin değeriyle devredilebilmesi hemen hemen mümkün değildir", *ÖZSUNAY*, Kiracılık Hakkı, s. 60. Ticaretin yapıldığı yer ile müşteri çevresi arasındaki bağ hakkında bkz. *ÖZSUNAY*, Kiracılık Hakkı, s. 6 vd.

⁶⁵ Karş. *ŞAHİN*, HATEMİ Armağanı, C. il, s. 1407; 6570 s. GKK m. 7/1-d. "[...] bir meslek veya sanatın bizzat icrası maksadıyla iş yeri olarak [...]", (yTBK m. 351); 6570 s. GKK m. 13 "[...] meslek veya sanatı idame[...]", (yTBK m. 356); 213 s. VUK m. 156'da da "ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyette iş yeri; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane, şube, depo, otel, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahalleri, madenler, taş ocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sınıflar ve meslekler bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyet/erde kullanılan yer" şeklinde bir tanım yer almaktadır. Ayrıca bkz. *ŞENER*, Tahliye Davaları, s. 4.

⁶⁶ Karş. *HIGL*, Obligationenrecht, Art 276 N. 37.

⁶⁷ Eğer kiralanda bir ticari işletme işletilmesi söz konusu ise, bu durumda TK m. 11/11 (yTİK m. 11/3) uyarınca ticari işletmeye dahil bir kiracılık hakkı söz konusu olacaktır,

Bir kıym envanterle birlikte kiralanmış olsalar dahi. böylece kiralanana hiçbir zaman ".hasılat verir ve semereleri devşirilebilir" hale gelmez. Verilen örneklerde dikkat çeken husus, kiralanana bizzat "hasılat verme" (81 m. 270¹; yTBK m. 357/1) özellik ve yeterliliğe sahip *olman:zası* ve b² bcp. le de bir hasılat devşirmeden, kısaca faydalanmadan söz *edilem_e"!esıdır* CBI(³- 31011- II; yTBK m. 357/1-II). Bu türden işyerleri sadece belli bir amaca fl. zıkı mekan olarak hizmet etmekte (*örtlicher Mittelpunkt untemehmerisc⁴, Tiitigkeit*), bunun için de *kullanılmaktadırlar*. BK m. 248 (yTBK m. 299) ile 6⁵70 ⁶- ⁷⁸K m⁹. ¹⁰/1 (yTBK m. 339) çerçevesinde, bu Ka¹¹un'a t¹²bi..olan al kiraniteli¹³indeki işyeri sözleşmelerinde bir ticari işletmenin devrı soz konu. suolmadığından bunların ticari işletme kirasından ayrılması oldukça kolay gözükmetedir.

.o.ysa '(a¹⁴gıtay birçok kararında ticari işletme kirasını adi kir! niteliğın. de¹⁵ışyen kirasıyla karşılaştırmış ve tespit ettiğı bazı kıst¹⁶sların⁸ _Yokluğu h¹⁷ınd¹⁸d¹⁹ olayda ticari işletme kirasının bulunmadığını belirterek sözleşme- nin ²⁰²¹ kira niteliğında olduğı yönünde kararlar vermiş²²ir. Aşağı?a da görü. lece_gı üzere adi kira niteliğindeki işyeri kirası ile ticari işletme kı.rası arasın- dakı tek ortak nokta ise her ikisinde de bir işyerinin (çoğunlukla işletme için gerekli taşınmaz) devredilmiş olmasıdır. Ancak her ikisi de bunun dışında temelinden farklıdırlar. Kararlarda hasılat kirasının hemen her zaman "ticari işletme kirası" olarak anlaşılmış olması, ticari kiralarda "hasılat kirası" kav- ramının ticari işletme kirasını anlatmak üzere bununla eş anlamlı olarak kul- lanılmış olması, hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası seçeneğinin gözden kaçırılmasına ve fiilen de adi kira-ticari işletme kirası karşılaştırmasının ya- pılmasına yol açmıştır. Sonuç olarak asıl karşılaştırma grupları birbirleriyle olan benzerlikleri sebebiyle i) adi kira niteliğindeki işyeri kirası-hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası ile ii) hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası-ticari işletme kirası olmalıdır.

Yargıtay'ın 2007 yılında verdiği ve ayırım konusunda bazı ölçütleri tespit etme imkanı bulduğı bir kararı, anılan hususlara örnek gösterilebilir. Uyuş- mazlık konusu olayda bir alışveriş merkezinde "oyuncak ve çocuk mağası.ası olarak kullanılmak üzere" davalıya 10 yıl süreyle kiralanmış bir bağımsız bölüm söz konusu olup, taraflar arasında birikmiş kiralara ile ciro farklarının icra takibi yoluyla tahsili talebi dolayısıyla sözleşmenin nitelendirilmesi ko-

karş. POROY. Y. 1953, C. 69. S. 9-10 (Eylül-Ekim). s. 35 vd.: ÖZ.SUNAY. Kiracılık Hakkı, s. 58 vd. TK m.11/11(yTTK m. 11/3) bakımından "kiracılık hakkının" adi ya da hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirasından veya bir ticari işletme kirasından doğmuş ol- ması arasında bir fark gözetilmemelidir.

Örneğın karş. Y. 12. HD, T. 18.03.2003, E. 2003/2575. K. 2003/5647: i- hasılat getiren bir şeyin, ii- teçhizat ve mefruşatı ile birlikte ve işletme ruhsatı da devredilerek. iii- kira- cının işletme yükümlülüğü olduğı halde kiralanması.

nusunda ihtilaf söz konusu olmuştur. Davalı taraf hukukî ilişkiyi hasılat **kira-**sı olarak nitelendirmiştir. Sözleşmede kira olarak yabancı para üzerinden belli bir miktar yanında, "bu bedelin üzerine çıkılması halinde cironun % 5 l olarak ödeneceği kararlaştırılmış[tır]". Yargıtay 6. HD ise "[...] *Borçlar Kanunu'nun 270 ve devamı maddelerinde düzenlenen hasılat kirasından söz edilebilmesi için hasılat getiren bir taşınır ya da taşınmaz mal, ticari işletme ya da hakkın kira ilişkisinin konusunu oluşturması ve kiralananın demirbaşları ve işletme ruhsatı ile birlikte kiraya verilmesi gerekir. Oysa taraflar arasında düzenlenen sözleşmede boş işyerinin mağaza olarak kullanılmak üzere kiraya verildiği, bir demirbaş devrinin söz konusu olmadığı işletme ruhsatıyla kiralananmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede kira parasının aylık cironun bir bölümü olarak ödeneceğinin kararlaştırılması taraflar arasındaki kira ilişkisinin hasılat kirası olduğunu göstermez. Sözleşmenin kira bedeli ve ödeme şekli başlıklı 5. maddesindeki bu düzenleme sadece kira parasının belirlenmesine yöneliktir. Bu halde taraflar arasındaki kira ilişkisinin temerrüt açısından Borçlar Kanunu'nun adi kiraya ilişkin hükümlerine tabi olduğunun kabulü gerekir [...]*" şeklinde karar vererek kıstaslarını ortaya koymuştur⁶⁹. Buna göre genel olarak hasılat kirası ve özel olarak da ticari işletme kirası ile adi kira niteliğindeki işyeri kirası ayrımında i) sözleşmenin konusunun hasılat getiren bir taşınır ya da taşınmaz mal, ticari işletme ya da hak olup olmadığı ve ii) kiralananın demirbaşları ve işletme ruhsatı ile birlikte kiraya verilip verilmediği belirleyicidir⁷⁰. Kira miktarının bu fizikî mekanda işletilen işletmenin cirosunun bir bölümü olarak tespit edilmiş olması ise ilişkiyi tek başına hasılat kirası haline getirmeye yetmemektedir⁷¹.

⁶ Y. 6. HD, T. 22.01.2007, E. 2006/11947, K. 2007/94.

⁷⁰ **Karş. Y. 6. HD, T. 26.12.2002, E. 2002/8070, K. 2002/8300, "[...] kiralanan tesisleriyle birlikte akaryakıt istasyonu olarak işletilmek üzere kiralandığına göre taraflar arasındaki kira ilişkisi bu haliyle bir hasılat kirası niteliğindedir[...]".** Ayrıca bkz. "[...] mahkemece, işletme ruhsatı davalı tarafça (kiracı) alındığından taraflar arasındaki hukukî ilişkisinin adi kira olduğunu kabul ile tahliye kararı verilmiştir. Kiralanan, mevcut eşyaları ile birlikte, kullanılır vaziyette kiralandığına göre hasılat kirasına konu teşkil eder[...]", Y. 6. HD, T. 28.12.2001, E. 2001/9736, K. 2001/10000; "[...] sözleşmedeki unsurlar ve tesbit ile diğer dosya içeriğinden de kira sözleşmesinin adi kira akti mi yoksa hasılat kirası niteliğinde mi olduğu açıkça anlaşılamamaktadır. Bu bakımdan kiralananın her türlü tesisleri ve donanımı ve işletme ruhsatı ile birlikte kiralanıp kiralananmadığı amacın yapılan işin getireceği gelirden yararlanmak olup olmadığının araştırılması gerekir [...]", Y. 6. HD, T. OL.02.1995, E. 1995/357, K. 1995/948. Yargıtay bazen de hiçbir tartışma yapmaksızın bir kira ilişkisini doğrudan hasılat kirası niteliğinde görmüştür, örneğin "[...] hatta taşınmazın hasılat getiren bir taşınmaz olduğu gözönünde tutularak oluşan aşağıdaki kira ilişkisinin adi kira olmayıp hasılat kirası olduğunu da kabul etmek gerekir [...]", Y. 6. HD, T. 04.10.1990, E. 1990/11248, K. 1990/11684.

⁷¹ Kiranın tespitinde cironun tek başına ya da sabit bir kira miktarına ilave olarak kullanılması hukukî ilişkiyi hasılat kirası haline getirmeye yetmeyeceği yönünde bkz. Y. 6. HD, T. 03.10.2006, E. 2006/8123, K. 2006/9463; Y. 6. HD, T. 22.01.2007, E.

Yargıtay' ın adi kira olarak değerlendirdiği işyeri kirası ile ticari işletme kirası arasında ayırım yaparken "işyeri ile birlikte işletme ruhsatının da devredilip devredilmediğine" özel önem verdiği görülmektedir. Nitekim bir kararında "{. .. } taraflar arasında düzenlenen ve karşı konulmayan 1.5.20{}3 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli sözleşmede kiralananın Otel apant otel/ Stüdyo olarak demirbaşları ile birlikte kiraya verildiği yazılı olup otele ait işletme ruhsatının kimin adına olduğu dosya kapsamından anlaşılamamak, . tadır. Bu nedenle işletme ruhsatının kimin adına olduğunun ilgili yerlerden araştırılarak kiralananın hasılat kirası mı yoksa adi kira hükümlerine mi tabi olduğunun belirlenmesi ve varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir [...]" demek suretiyle işletmenin işletildiği fiziki mekanların ve buna ait demirbaşların devrini dahi bir hasılat kirasının varlığı için yeterli saymamış ve ticari işletme kirasının varlığı bakımından kiralayanın kiracıya işletme ruhsatını da devretmesi gerektiğini dolaylı olarak da olsa ifade etmiştir⁷².

2006/11947, K. 2007/94; aynı yönde ALTAŞ. s. 240; aksi yöndeki kararlar ise, Y. 6. HD, T. 10.12.2002, E. 2002/6752, K. 2002n8t4; Y. 6. HD, T. 27.03.2006, E. 2006/723, K. 2006/3067; Y. 13. HD, T. 18.02.1993, E. J993n21, K. 1993/1322; Y. 12. HD, T. 18.03.2003, E. 2003n575, K. 2003/5647, anılan bu son kararda 12. HD... [...] hasılat kirasını adi kiradan ayıran husus, özellikle işletme yükümlülüğüdür. Hasılat getiren bir şey adi kiraya da verilebilir. Ancak, taşınmaz, teçhizat ve mefruşatı ile birlikte ve işletme ruhsatı da devredilerek kiraya verilmiş. ayrıca da kira bedeli kiralananın semere ve hasılatının da bir kısmını oluşturmuş ise: sözü edilen unsurları taşıyan kira sözleşmesinin hasılat kirası olduğunun kabulü gerekir"diyerek, iştirakli kirayı ticari işletme kirasının adeta zorunlu bir unsuru olarak kabul etmiş gözükmektedir. Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, T. 28.01.2002, E. 2002/578, K. 2002/1517; Y. 12. HD, T. 03.05.2002, E. 2002/8232, K. 2002/9420. Ancak anılan bu son kararlarda.. kiranın cirodan yüzdelik bir pay şeklinde belirlenmesi uygulamasının hasılat kirasının diğer unsurlarına (i- hasılat getiren bir şey. ii- teçhizat ve mefruşatı ile birlikte ve işletme ruhsatı da devredilerek. iii- işletme yükümlülüğü) eklenmesi şeklinde bir tablonun var olduğu da belirtilmelidir.

⁷² Y. 6. HD, T. 17.10.2005, E. 2005/7573, K. 2005/9472. Aynı yöndeki bir diğer Yargıtay kararı ise şöyledir: "[...] uyuşmazlık taraflar arasındaki kira ilişkisinin Borçlar Kanununun adi kira mı yoksa hasılat kirası hükümlerine mi tabi olduğu konusunda toplanmaktadır. Kira ilişkisine Borçlar Kanununun hasılat kirasına dair hükümlerinin uygulanabilmesi için kiralananın demirbaşları ve işletme ruhsatı ile birlikte kirallanmış olması gerekir. Takibe dayanak yapılan 1.1.2002 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin içeriğinden kiralananın işletme hakkı ile birlikte kiralandığı açıklanmadığına göre bu durumda mahkemece yapılacak iş işletme ruhsatının kimin adına olduğunun belirlenmesi [...] gerekirken [...r. Y. 6. HD, T. 10.10.2005, E. 2005/7314, K. 2005/9156. Aynı yönde Y. 6. HD, T. 28.05.2007, E. 2007/5485, K. 2007/6561, (www.sinerjias.com.tr). "[...] davada dayanan ve hükme esas alınan 1.1.2004 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli sözleşme konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır: Sözleşmede kiralanan Otel, 18 apart ile dükkan ve dükkan üzeri 2 daire olarak kirallanmış ve demirbaş listesi ile birlikte teslim edilmiştir. Musakkaf nitelikte olan kiralananın Borçlar Kanununun hasılat kirası hükümlerine tabi olabilmesi için işletme ruhsatıyla birlikte kiraya verilmesi gerekir. Dosyaya ibraz edilen iş yeri açma ruhsatı ve konaklama tesisi işletme izin belgesi davalı kiracı adına olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre kira sözleşmesi Borçlar Kanunun adi kira hükümlerine

Yargıtay' ın "işletme ruhsatının devri" şartını, kiralananın "işyeri" (bazı demirbaşlarla birlikte ya da bunlar olmaksızın bir mekan) olarak değil, bir işletme olarak (bina+demirbaşlar+fiili ve hukukî ilişkiler+ticaret unvanı+maddeler⁷³) devredildiğini göstermesi bakımından aradığını ve anılan şartı, ade-

ne tabi olup [...]"; ayrıca bkz. Y. 6. HD, T. 02.11.2004, E. 2004/6919, .K. 2004n579, "[...] dava konusu turizm tesisinin işletme ruhsatı ile davalıya kiraya verildiği, böylece kiralananın hasılat kirasına konu teşkil ettiği anlaşılmaktadır[...]". Yine aynı yön⁷³ bkz. Y. HGK, T. 14.04.2004, E. 2004/11-222, K. 2004/222, "[...] davacı sözleşme tarihinden önce işletilmekte bulunan ve işletme ruhsatını haiz olan taşınmazlarını sözleşmede öngör⁷³ldüğü şekilde ve zorunlu haller dışında mutlaka işletilmek üzere kiralamıştır. Burada getirilen mutlak işletme ve yerlerin işletme ruhsatını haiz bulunması koşulu duraksamaya yer vermeyecek biçimde dava konusu sözleşmenin bir hasılat kira sözleşmesi olduğunu göstermektedir [...]"; Y. 6. HD, T. 24.06.2003, E. 2003/4778, K. 2003/4827; Y. 6. HD, T. 11.03.2002, E. 2002/1370, K. 2002/1580.

⁷³ "[...] Dosyaya ibraz edilen yazılı sözleşmeden ve dava dilekçesindeki açıklamadan, sözleşmenin, bazı demirbaşları ile su motorları çalışır durumda olan umuma mahsus hamamın işletilmesi amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, bu kira ilişkisinin hasılat kirası niteliğinde olduğu sabittir (...]", Y. 6. HD, T. 06.02.1996, E. 1996/917, K. 1996/1104; "[...] Taraflar arasındaki 1.1.1988 başlangıç tarihli kira sözleşmesi incelendiğinde kiralanan şeyin ne için istimal edileceği hanesinde Kavacık Menbasuyu olduğu belirtilmiş, ancak özel şartlarda kiralanan yerin elektrik - su - ısıtma ve kalorifer tesisatından ve kiralananandan bahsedildiği görülmüş (özel sözleşmenin 1 - 2 - 3 - 4 - 9. maddelerinde) bu haliyle kiralanan sadece kuyudan ibaret olmayıp kiralanan yerin menba kuyusu değil, çeşitli menbalardan ve kuyulardan gelen suların dolum tesisi ve işletmesi olduğu anlaşılmıştır. Bu hale göre kiranın hasılat kirası niteliği taşıdığı [...] kabulü gerekmektedir[...]", Y. 6. HD, T. 24.01.1991, E. 1991/188, K. 1991/687; "(...] Taraflar arasındaki kira sözleşmesi davacıya ait dublex dairenin apart otel yada daire olarak kullanılmak üzere yapılmıştır. Sözleşmede kiralamanın turistik işletme amacıyla kullanılmak üzere olduğu açıkça belirtildiği gibi sözleşmenin özel şartlarında daire içindeki bir çok menkul bu işletme amacı yönünden zorunlu eşyanın birlikte teslim edilip kiralandığı gösterilmiştir. Ayrıca dairenin içinde bulunduğu sitedeki bazı ortak tesisler ile eşyanın da yine işletme amacı sebebiyle davalıya teslim edildiği belirtilmektedir. Sözleşmenin bu özellikleri sebebiyle, hasılat getiren taşınmazın işletme amaçlı olarak ve hasılat elde etmek için kiralamanın söz konusu olduğu kabul edilmelidir [...]", Y. 6. HD, T. 15.09.1993, E. 1993/7895, K. 1993/8460; "[...] Kira sözleşmesi taraflar arasında yapılmış olup, 42 oda 60 karavanlık kamp, lokanta ve yüzme havuzundan oluşan taşınmazın otel ve kamp olarak kullanılacağı sözleşmede açıkça belirtilmiş, özel şartlarda ayrıca kiralananadaki bütün demirbaş eşyalarla birlikte işletilmek üzere teslim edildiği belirtilmiştir. Sözleşmenin bu niteliği sebebiyle bütün demirbaşlarla otel olarak işletilmek üzere kira sözleşmesine konu edilen taşınmazın hasılat kirasına konu edildiğinin kabulü icap eder (...)", Y. 6. HD, T. 03.02.1992, E. 1992/1095, K. 1992/1421; "[...] Taraflar arasında yapılan 1.1.1979 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira aktinde kiralanan akaryakıt istasyonu olarak gösterilmiş ve teslim edilen tesis ve demirbaş listesinin kontrata eklendiği belirtilmiştir. Sözleşmeye ekli listede petrol ofisi akaryakıt istasyonu ve işletmeciliğinin, sosyal tesisler otel ve lokanta kısmı hariç yazılı şartlarla ve aşağıda yazılı tesis ve demirbaşlarıyla kiralandığı tekrarlanmış ve işletme için teslim edilen tesisat açıklıkla yazılmıştır. **Kira** sözleşmesinin özel şartlarının 1. maddesinde aktin sonunda kiralananın ekli listedeki demirbaşlarla noksansız ve tam olarak çalışır vaziyette teslim edileceği de yazılı bulunmak-

1,tdır İklın_ıl(•n bu nedenlere gorc kiralanan işletme ıesiseriyle birlikte ben.lin işıasy? ul, tr?k ı?lcımd.. uere kiralannışır. Bu akıı bu haliyle bir hasılat kirası niteli?indedi? 1 l •y 6 11D. T 23.02.1984, E. 1984/1761. K. 1984/1991:...() Taraflar arasındayı pılmış ?ulun?" 21.6 1979 ıanzim ıarihli ve 5 yıl süreli kira sö,deşmesinde. kiralananın 11. } .ııro hına:-ı ılc birlikie ııyairoya konulan mobilya, seslendirme ve ışıklandırma ıcsısıaı .ılcı 'c ?d,eı, 1. diğır ıaşınrı mallar ile mtilkiyeti kiralayana geçen tiyatro sahnesi ve bcyıl pcr?c kiral.ınmış ve bunların BK.nun 271 ve 272. maddeleri gereğince deftere kaydcıdfe. c?•?ı ve buna göre ıcslim edileceğı bclinilmiş ve söLlcşmenin 1 1. maddesinin (E) bendi- ııııı3. fıkrasında kira:.ının kendineteslim edilen kullanmakta olduğı mobilya. ıcsis. alcı ??•.1" ?mc ve di?cr ıaşınrı malların ııyanonun işletilmesi il'in yeterli old_u?u.nu ve ki?ala-) • nd an hu am.ıçla başka bir malzeme istemeyeceğın peşinen kabul ettiğını bildirmişir Bu duruma göre, k'ralananın ııyairo olarak işletilmek şartı yle k'raya ve'ld"Teı, kabu1 edil- mc?gc?ckır. Zira kiralanan. taşınmaz mal olarak kiralannamış ve tiyatro olarak semere gctircn ıcsletmeye h aur bir tiyatro olarak kiralannmış ve dava'ının iş'etme içi n baş' ahır ma,l,c'çm c_i'cstmcıı'ş olması bu hususa yönelik bulunmuştur. [... J Hasılat k'irası n'ıe'ı'ğ'ın- dckı kira için [... r. Y. 6. HD.T. 13.09.1983. E. 1983/7036. K. 1983/8280; •c...] Taraf. lar arasında diıLenlcınmış bulunan 28_12_1972 tarihli ve 4 sene sü?el! kira sözleşmesinin ?carş?angı? kısı?ı (l) Belediyesi Kaplıca Hamamları ile Otel (? Turistik M?t:lle?e ?e ?hlştemılaclarının hasılat kirasına ait işlcıme mukavelcisi olarak) ?elirtılm_ıştır. Soz. ?çşmenin tüm maddeleri bir arada incelendikt ve özellikle 13. maddesinde, (kiralananın işletme ha?ılat kirası oldu?u ve sürenin sonunda kiracını? kiralad_ığı tesi_s ve işletmeyi der?al tahliye etmesi yönünden yazılı tebligatı aldığı anda işlet?eyi bele?ıyeye d:v?dc- ce?ı ve tahliyeye mecbur olacağı) yazılıdır. Hasılat kirasında. kiralayan kiracıya bir ücret karşılığında hasılat veren, yani gelir getiren bir malını veya hakkın kullanılmasını ve se- merelerinin toplanmasını ıerketmektedir. Bu itibarla kaplıca ile ona bağı otel ve motelle- rin işletilmesinin kiraya verilmesi hasılat icandır [...]". Y. ?- H?,. T. 19.09. 1977. E_-1977/5179. K. 1977/5619. •Kasap dük.kanının işletme ruhsatı ile birlikte çalışır halde ?ıraya verilmesi hasılat kirası niteliğindedir". Y.6. H?. T. 05.05.1_992, E. 5717_K. 6122; [• • l yazılı kira sözleşmesinde kiralananın tüm demırbaşları ve ile çalışır vaziyette da- valıya teslim olunan ekmek fabrikası olduğı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca kiralananın işle- tilmesinin kesintisiz devam etirilmesi kararlaştırılmıştır. Taranarın bu anlaşmalannın özeliğı karşısında kira sözleşmesinin hasılat kirası nitelikli olduğunun kabulü gerekir [... J". Y. 6. HD. T. 07.07.1992. E. 8257, K. 8745. ERDOĞAN, Tahliye, 10. Baskı. s. 740-741.

Sabit ve/veya mobil telefon numaralarının. elektronik posta adreslerinin ve işletmeye ait internet sayfasının kira süresince kiracıya kullandırılması. müşterilerin devrini gösteren hususlardandır. karş. "[... J Devir sözleşmelerinde hususi hat ve telefonda bahsedilme- mektedir. Ancak. olayda ticari işletme söz konusudur ve bir ticari işletmeye hangi unsur- ların dahil olduğı da Türk Ticaret Kanununun 11. maddesinde açıklanmış ve tesisat. ki- racılık hakkı...gibi (bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsur- ların) mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça. ticari işletmeye dahil sayılacağı belirtil- miş bulunmaktadır. Bu itibarla konusu gazete yayınlamak olan bir işletmede hususi hat ve telefonun. galetc işletmesi için daimi bir tanda tahsis olunan unsurlardan bulunduğu şüphesizdir. Aksi takdirde bir gazetenin telefonsuz da çıkarılabileceğı kabul edilmiş olur ki. bugün için bu mümkün değildir. [... J Görülüyor ki. bir ticari işletmenin faaliyetine tahsis edilen şeyler. sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça işletmeye dahil unsurlar olarak kabul edilir. Davalılara ait devir sözleşmelerinde, hususi hat ile telefonun hariç tu- rıldığı ya lılı bulunmadığına göre. artık bunlardan işletme ile birlikte davalılara devre- dildiğini kabul etmekte zorunluluk vardır. bu nedenle. davalıların söz konusu teleks ile

u taraf iradelerinin bu yönde olduğunun bir kanıtı saydığını kabul etmek gerekir⁷⁴. Ne var ki Yargıtay'ın bu yaklaşımı, maddi ve hukuki lconu.\u sebebiyle hasılat kirasının bir alt türü olan "ticari işletme kirası" ile ..hasılat kirasını" eş anlamlı kabul ettiği düşüncesini uyandırmaktadır. Oysa hasılat **kira**sının, bunun altında yatan ekonomik ilişki ile sözleşmenin maddi ve huk:uk1 konusunun daha ayrıntılı biçimde göz önünde tutulması sayesinde kendi içinde alt türlere ayrılabilceğini görmek gerekir. Bunlar yukarıda da ifade edildiği gibi "*hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası*" ile "*ticari i\$Letme kirasıdır*". Gerçekten Yargıtay' ın bir yandan kendine özgü bir mal ve hizmet perakendeciliği modeli olan alışveriş merkezlerinin özelliklerini göz ardı etmesi ve diğer yandan da her hasılat kirasının zorunlu olarak ticari işletme kirası şeklinde nitelendirildiğini çağrıştıran yaklaşımı, olayların tamamına uygulanabilecek özellikte değildir. Zira kanunlarda yer alan ve belli bir ekonomik ilişki varsayımından hareketle düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinin uygulamada da her zaman bu saf halleriyle bulunmaları mümkün değildir. Hal böyle olunca Yargıtay' ın her hasılat kirasını adeta otomatik olarak ticari işletme kirası biçiminde anlaması ve önüne gelen olayda BK m. 270/1 (yTBK m. 357/1) anlamında hasılat veren mallar ve haklar topluluğu olarak bir "ticari işletmenin" bulunup bulunmadığını sorgulaması kanaatimizce ye-

telefonu kullanmadıkları yolundaki savunmaları geçerli olmayacağından [...]). Y. 11. HD, T. 20.02.1975, E. 1974/3626, K. 1975/1217.

⁷⁴ Karş. Y. 13. HD, T. 14.04.1987, E. 1987/590, K. 1987/2255. "[...]davacının kabul ve açıklamaları ve davalının vekil sıfatıyla Ankara Belediyesi Küşat Müdürlüğüne verdiği 3.11.1983 tarihli Kahvehane küşadının kirası (O.)'a devredildiğine ilişkin dilekçe içeriğinden, kiralanan kahvehanenin işletme ruhsatı ile hasılat kirası olarak, kiraya verildiği açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın çözümlenmesinde uygulanacak yasa maddeleri Borçlar Kanunu'nun hasılat kirasına ilişkin hükümleridir [...]". Ayrıca **karş. MICHALSKI**, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 390.

Bununla birlikte Yargıtay'ın "işletme ruhsatı" kavramını her zaman aynı anJamda kullandığı da söylenemez, bkz. örneğin Y. 6. HD, T. 12.02.2008, E. 2007/13669, K. 2008/1289, "[...] sözleşme içeriğinden davacının mermer ocağı işletmek için ruhsat aldığı sahanın bir kısmının kullanım hakkının davalı şirkete devredildiği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 248 ve takip eden maddelerinde düzenlenen kira sözleşmesi taşınır veya taşınmaz bir malın ya da bir hakkın belli bir bedel karşılığında geçici bir süre için kullanılmasını sağlayan anlaşma olarak tanımlanabilir. Davada dayanan sözleşme ile de davacı, ruhsatını aldığı sahanın bir kısmını belli bir bedel karşılığında kendi adına mermer çıkarma faaliyetinde kullanması için davalı şirkete vermiştir. Sözleşme konusu taşınmazın niteliği ve sözleşmenin amacına göre taraflar arasında işletme ruhsatının devri sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu'nun 270 ve takip eden maddelerinde düzenlenen hasılat kirası ilişkisi bulunduğu kabulü gerekir[...] DavaJı [...] taşınmazdaki faaliyetini eylemli olarak sona erdirmiş olmakla sözleşmeyi haksız ve yöntemine uygun olmayan şekilde fesih ve taşınmazı terk etmiştir. Bu durumda mahkemece taraflar arasındaki sözleşme Borçlar Kanunu'nun hasılat kirası hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken [...]". Karş. t985 l. ve 3123 s. Maden K. m. 3 b. 7,24.

rin, de olmamıştır. Yargıtay'ın sözleşmeyi hasılat kirası olarak niteleme, "" ""
 "e e sin. ı ticari kiralarda da bir ticari işletmenin devredilip devredilmemesi. Ol-
 duğu sorunundan b" aöimsiz şekilde ele almasının, özellikle taraf menfaa neri
 n. fil? kuan dahafaydalı olacağı kanaatindeyiz. Bir başka ifadeyle ti""
 leri n. h arz eden k l? so z e smelerinin niteliğinin tay in inde tek gösterge, ..."
 e ru sa n ile birlikte d e h 1 t
 dı Jı p d d. ya a ru satsız olarak bir ticari iş e menin de Vr e r-
 omaki evre ilmediği d e ğ i J d' r. Ti cari işletme kirası da bir hası lat ki rası turu
 zor dı l d a d. k t d 75 ben ticari hasılat kirası mutlaka ticari işletme kirası olmak
 ol ş d a h e o l d r 75 ve k i r a k onusunun ticari işletme nite i ğ i n i a i z o mamas,
 kirası a r u sa t ı ile b i r l i k te devredilmemiş olması hemen sö z e smenin hasıla t
 ı d r 76, n ı e l i ğ i n i n redct. ine ve adı iş yeri kirası olarak kabu l u ne d en o marna.
 itekim Yargıtay'ın zirai nitelikteki k i r a ı l ı ş k ı e r i n d e t a r 1 a, arazı.

Bk.t. Y 6 HD

olarak, h e s i l . : 03.10.2006, E. 2006/8123, K. 2006/9463. Yargıtay bu k d a r d a g e n c i
 "fark d at kirasının bulunmadığını ispatlamaya çalışmış olmakla birlikte, aslında
 nın b l n d o i d a d a n" hasılat kirasını bir ticari işletme kirası şeklinde anlamış ve kiralana.
 mış t i O t i c a r ı i ş l e t m e o l m a d ı n ı g e r e k ç e s i y l e d e "h a s ı l a t k i r a s ı n ı n" y o ğ l u ğ u s o n u ç u n a v a r .
 r a s ı d ı ; v e o r t a a . o l m a y a n b i r h a s ı l a t k i r a s ı d e ğ i l , b u n u n b i r t ü r ü a n t ı c a n i ş l e t m e k i -
 1 m e n f a a t l e r i m i d e g ö z e t e r e k a r a ş t ı r m a s ı g e r e k m e k t e d i r . Y i n e b e l i r t i l m e i d i r k i , k i r a ı l ı ş k ı .
 v e : d e n d o ğ a n b a z ı s o r u n l a r a ç ö z ü m g e t i r m e a m a ç l 6 5 7 d - s . G K K ' n ı n (y T B K m . 3 d
 y g u l a m a a l a n ı n ı n t e s p i t i s o r u n u g e n e l k a n u n B K ' y a g o r e y a p ı l m a s ı g e r e k e n h u k u k i
 n i t e l e m e y i e t k l e m i ş b u l u n m a k t a d ı r .

76

Aynı d ö n < l e S A H i N , H A T E M İ A r m a ğ a n ı , C . i l , s . 1410-1411; a n d a k k a r ş . T i (N Ç O M A C .
 s . 358, D E V E L I O Ğ L U . T E Z İ Ç A r m a ğ a n ı , s . 935 d n . 21. Yargıtay ın hasılat kirası d ın v a r .
 l ı d ı n ı k a b u l e t t i ğ i b a z ı k a r a r l a r a ö r n e k o l a r a k b k z . : "[...] katlı otopark hasılat getiren bir
 y e r o l u p b ö y l e b i r y e r i n k i r a l a n m a s ı i l e k i r a l a y a n k a r a r l a ş t ı r ı l a n k i r a p a r a s ı k a r ş ı l ı ğ ı n d a
 h a s ı l a t g e t i r e n b i r y e r i n h a k k ı n ı n k u l l a n ı l m a s ı v e s e m e r e l e r i n i n t o p l a n m a s ı n ı b l r a k m ı ş s a -
 y ı l ı r . O n e d e n l e b u y e r i n t a h l i y e s i i ç i n h a s ı l a t k i r a s ı n a i l i ş k i n h ü k ü m l e r i n u y g u l a n a c a ğ ı n -
 d a d u r a k s a m a y a y e r o l m a m a l ı d ı r . H a s ı l a t k i r a s ı n d a 6570 sayılı Yasa hükümleri uygu.
 l a n m a z I . .]" , Y . 13 . H D , T . 09.03.1992, E . 1992/1260 . K . 1992/2218 ayrıca b k z . Y . 6 .
 I I D , T . 22.09.1997, E . 1997/6475, K . 1997/6743 (katlı otopark); Y . 13 . H D .
 T . 25.06.1992, E . 1992/4326, K . 1992/5714 (katlı otopark); Y . 13 . H D , T . 05.04.2004.
 E . 2003/14701 . K . 2004/4725 (otopark); Y . 6 . H D , T . 22.09.1997, E . 1997/6475 .
 K . 1997/6743 (katlı otopark); Y . 6 . H D . T . 22.09.2003, E . 2003/6198, K . 2003/6232 (be-
 l e d i y e y e a i t u m u m i t u v a l e t) : Y . 6 . H D , T . 13.11.1984, E . 1984/9241, K . 1984/11118
 (kaynak suyu (Çırçır Suyu) ve sosyal tesisleri).

Esasen birer ticarethane özelliğindeki (katlı) otoparkların şartları oluştuğunda bir ticari
 işletme niteliğini de kazanmaları ve hasılat kirası ile devredilmeleri halinde, ortaya ticari
 işletme kirası çıkacağını söylemek mümkündür (Avusturya Federal **Yüksek Mahkemesi**
 bir g d f sahasının kiralalanmasını ticari işletme kirası olarak nitelendirmiştir, bkz.
 ARZBOCK. s. 124). Özellikle büyükşehir belediyelerinin (katlı) otoparkları bir belediye
 iktisadi teşebbüsü. çoğunlukla bir anonim şirket vasıtasıyla işletmeleri gerçeği de (katlı)
 otoparkların "ticarethane" niteliğini desteklemektedir. Bir iktisadi faaliyet, TK'd,a,c
 TST'de belirlenen ticari işletme şartlarını taşımaya başladığı andan itibaren onu işletenin
 iradesinin bu yönde olup olmadığına bakılmaksızın kanun gereği ticari işletme niteliğini
 t.ışımaya haşlayacağından, kiralayan taraf bir ticari işletme kiralamay ı açıkça istememiş

bahçe gibi tarımsal taşınmazların devrini hiç tartışmaksızın doğrudan hasılat kirası olarak nitelendirdiği görülmektedir⁷⁸. Yargıtay' ın zirai konulu ivazlı ve süreli kullandırma sözleşmelerini hasılat kirası olarak nitelendirmekte tereddüt etmemesine karşılık, işyeri olarak kullanılmak üzere devredilen taşınmazlar hakkında, bunların hasılat kirasına konu olabileceği seçeneğini, bir diğer ifadeyle hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası seçeneğini değerlendirme dışında bırakması kanaatimizce yerinde değildir⁷⁹. Bir tarlanın/bahçe-

olsa dahi, bu halde ticari işletme kirasına bağlanan hukuki sonuçlar doğmalıdır. Ancak özellikle kamu kuruluşlarına ait otoparklarda görüldüğü gibi, (katlı) otoparkın kamu kuruluşunca hiç işletilmeyip sadece kira geliri elde etme amacıyla farklı zamanlarda aynı ya da farklı kişilere kiralınması halinde ticari işletme kirası niteliğindeki bir hasılat kirasının değil, hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirasının bulunduğu kabul etmek gerekir.

AKINCI ise açık ve katlı otopark kiralalarının, adi kira niteliğindeki işyeri kirası olduğunu savunur gözükmektedir, *AKINCI*, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 42. Yazar, 6570 s. GKK'nın uygulanması hususunda salt musakkaf olup olmamaya göre ikisi arasında ayırım yapılmasını eleştirmektedir. yTBK m. 339'da da "çatılı işyeri" ifadesi kullanılmak suretiyle, kiralananın örtülü olup olmadığı ayrımı devam ettirilmektedir.

Kiracılık hakkı bağlamında 6570. GKK'nın sağladığı koruma sisteminin yetersiz olduğu yönünde bkz. ayrıca *ÖZSUNAY*, Kiracılık Hakkı, s. 65 vd.

n Aşağıda da görüleceği üzere kanaatimizin, konusu bir ticari işletme olan hasılat kirası sözleşmelerinin, bu işletmenin işletme ruhsatı ile devredilip devredilmediğini bakılmaksızın ticari işletme kirası olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde olduğu şimdiden belirtilmelidir.

⁷⁸ "(...) davacının kayıt ile davalı arasında yapılan kira sözleşmesine göre, tarla ziraat yapılmak üzere kiralananmıştır. Tarla hasılat veren bir mal olmakla ve kiralayan tarlanın hasılat ve semerelerini toplamakla kira akdinin, hasılat icarı niteliğinde bulunduğu kabul edilmek gerekir[...]", Y. 6. HD, T.11.12.1980, E. 6079, K. 11296; Y. 6. HD, T. 13.11.1996, E. 10213, K. 10380. Y. 6. HD, T. 16.10.1995, E. 9679, K. 9841 (tarla), *TUNABOYLU*, M.: Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları, 2. Bası, Ankara, 2007, s. 442 vd.; Y. 6. HD, T. 23.01.1996, E. 389, K. 490 (içinde balık üretme havuzu bulunan ve balık üretilen taşınmaz); Y. 6. HD, T. 09.10.1995, E. 9127, K. 9509 (zeytin ağaçlı tarla), *TUNABOYLU*, s. 462-463. Ayrıca bkz. Y. 6. HD, T. 15.09.1956, E. 6751, K. 5003 (taşınmaz mal); Y. 6. HD, T. 13.06.1963, E. 2341, K. 2851, Y. 6. HD, T. 05.12.1963, E. 4959, K. 4987, Y. 6. HD, T. 06.03.1964, E. 5794, K. 1973 (tarla); Y. 6. HD, T. 26.11.1970, E. 4659, K. 4467 (otlakiye); Y. 6. HD, T. 06.10.1964, E. 4270, K. 4258. Y. 6. HD, T. 16.04.1968, E. 105, K. 2017 (arazi); Y. 6. HD, T. 24.01.1967, E. 4358, K. 289, Y. 6. HD, T. 11.09.1968, E. 6-713, K. 591, Y. 6. HD, T. 16.05.1974, E. 2360, K. 2392 (bahçe/sebze bahçesi), *ERDOĞAN*, Tahliye, 3. Baskı, s. 316 vd.; Y. 6. HD, T. 20.01.1993, E. 373, K. 286 (karpuz tarlası); Y. 6. HD, T. 09.03.1967, E.3539.K.117 (findık bahçesi), *ERDOĞAN*, Tahliye, 10. Baskı, s. 742.

⁷⁹ Bu noktada zirai bir taşınmaz ile bir işyerinin kıyaslanması, "abesle iştigal" olarak görülmemelidir. Zira bir tarla ya da meyve bahçesinde de ekim, bakım, sulama, gübreleme vb. işletme faaliyetleri olmazsa orada ancak "ot" yetişecektir. Bunun ise **BK** rn. 270'de (yTBK m. 357) kastedilen hasılat/semere olmadığı açıktır. Aynı şekilde amaca uygun şekilde tefriş edilmiş bir işyeri de niteliğine uygun bir şekilde kullanılmamış ve faydalanılmamışsa, az da olsa belli bir gelir getirirse de, bu, işyerinin yaşamasına kısa vadede dahi yetmeyecektir. Sonuç olarak "hasılat/semere vermektan" tarlanın *kendi kendine* buğday

◆in ◆lak olarak kiraya verilmesinde dahi salt kiralananın hasılat verne özelliği◆den d◆layı hasılat kirasının varlığını kabul edip, bir işyeri söz konu. su olduğundaise, kiracılı 6570 s. GKK'dan (yT◆K: m. 339 vd.) yararlan. dır◆a. a?lacıyla da olsa , hasılat kirasıseçeneğim hiç dikkate almamak bir ç_elış_kıdı◆. ?◆sa en_a_zı_ndan, kiralayan tarafından belli, somut bir iktisadi faa liyetinyurutulması için özel olarak inşa edilmiş (örneğin (katlı)kutupark)sı i'elveya donatılmış (o" . rneğin bir otel pansiyon, yurt, (k at) opar , a akaryakıt istasyonu , çay bah çesi , sınıma, tiyatrosalonu^{SJ}, f ırın⁸⁴, umumi h amam^S,

ys. v e r m e s i y a d a b .
Bu da ir işyerinin kendi kendine işleticiye gel'ir s_ağ'aması an'ası marn^{al} ◆dır
goSl◆r◆yor kı, işletmek her iki kiralanan türü için de bir zorunluluktur. Hal boy!c
o¹u n c a; b u i k i o b;
ke n d i l i Jenin hasılat kirası bakımından "karşılaştırıla b . l ' o J d ğ u ◆ e - l ◆ s i n i n
ginden, diğerinin ise ancak işletme neticesinde hasılat ve semere verdiği iddia edi-
◆mez. Karş. Y. 6. HD, T. 26.02.2004, E. 2004/931, K. 2004/1137: "çiçek yetiştirilmek
◆zere açık bir alanın kiralınması hasılat kirası niteliğindedir"; Y. ◆- HD, : 22.09-2003,
T. 2003/6198, K. 2003/6232: "umumi tuvalet kirası ◆ hasılat k_irasıdır"; Y. 6. H◆.
• 26.12.2002, E. 2002/8070, K. 2002/18300: "akaryakıt istasyonu kirası has_ılat kirasıdır":
Y. 13. HD, T. 25.06.1992, E. 1992/214326, K. 1992/5714: "katlı otoparkın kiralınması ha-
sılat kirasıdır".

80 İşyeri kiracılarının da korunması gerektiği yönünde bkz. AKINCI, AÜHFD. Y. 2008. C. 57, S. 3, s. 40 vd.

XI (Katlı) otoparkların hasılat kirasına verilmesinden, buraların kiracı tarafından ücret karşı-
! ığında üçüncü kişilerle kira ya da saklama sözleşmeleri (yTBK m. 561 vd.) akdetmek suretiyle ticari amaçla işletilmesinin anlaşıldığı ifade edilmelidir. Yoksa örneğin bir iş-
letme sahibine ya da apartman sitesi/işhanı yönetimine kiralanan ve bunların da kendi ça-
alışanları, konut ve işyeri sahipleri ya da ziyaretçiler için kullandığı otoparkta ya da boş
arsada adi kira söz konusu olacaktır.

82 Akaryakıt istasyonu kirasının hasılat kirası olduğu yönünde kararlar: Y. 6. HD, T. 23.02.1984, E. 1984/1761, K. 1984/1991; Y. 6. HD, T. 18.04.1988, E. 1988/1566, K. 1988/6163; Y. 6. HD, T. 03.02.1992, E. 1992/1095, K. 1992/1421; Y. 6. HD, T. 22.09.2003, E. 2003/6198, K. 2003/6232; Y. 6. HD, T. 16.02.2004, E. 2004/613, K. 2004/706; Y. 6. HD, T. 08.03.2004, E. 2004/1292, K. 2004/1461; Y. 14. HD, T. 03.07.2006, E. 2006/5461; 2006/7840; Y. il. HD, T. 04.07.1995, E. 1995/3517, K. 1995/57 I8, "akaryakıt istasyonunun kiralınması kira akdi değil işletme sözleşmesidir. Karşı oy: «Bir sözleşmenin hukuki niteliği; tarafların, bu sözleşmeye vermiş oldukları isme göre değil, sözleşmenin içeriğine göre saptanır. Taraflar arasında kurulan ve en son 31. I2. 1992 günü sona eren sözleşme. işletme sözleşmesinin bir türü olan hasılat kirası sözleşmesidir. Bu sözleşme için BK.nun 270 ve devamı maddelerinde öngörülen hüküm-ler uygulanır»; aksi yönde Y. 6. HD, T. 16.03.2009, E. 2009/13774, K. 2009/2143: "iş-letme ruhsatı kiracı tarafından alındığından akaryakıt istasyonu kirası hasılat kirası değil-dir", ÖZTÜRK, s. 368.

X3 '[...] sözleşmenin 11. maddesinin (E) bendinin 3. fıkrasında kirasının kendine teslim edi-len kullanmakta olduğu mobilya, tesis, alet malzeme ve diğer taşınır malların tiyatrosalonu işletilmesi için yeterli olduğunu ve kiralayandan bu amaçla başka bir malzeme istemeye-ceğin peşinen kabul ettiğini bildirmiştir. Bu duruma göre, kiralananın tiyatro olarak işle-tilmek şartıyla kiraya verildiği kabul edilmek gerekir. Zira kiralana taşınmaz mal olarak kiralınmamış ve tiyatro olarak semere getiren işletmeye hazır bir tiyatro olarak kiralana-mış ve davalının işletme için başka bir malzeme istenmiş olması bu hususa yönelik bu•

sauna, spor salonu (*fitness center*), umumi tuvalet, halı saha, yüzme havuzları kompleksi (*aqua park*), "donanımlı" ¹⁸⁶ bir okul, orta ya da yüksek öğrenime geçiş sınavlarına hazırlık dershanesi, matbaa, müzik kayıt stüdyosu, **klinik**, tıbbi laboratuvar ve görüntüleme merkezi vb.) bir taşınmazın/işyerinin bu haliyle kiralandığı ve kiracının da kiralananı sırf bu hasılat verme özelliğini/yeteneğini dikkate alarak devraldığı (*sözleşmenin amacı*) olaylarda ilişkiyi hasılat kirası niteliğinde işyeri kirası olarak kabul etmek hukuki ve ekonomik gerçekliklere daha uygundur⁸⁷. Kiralananın anılan özelliklere, *daha açık bir ifadeyle işletme faaliyetine çok kısa bir süre içinde başlamayı mümkün kılacak nitelik ve nicelikteki envantere sahip bir yer olması*⁸⁸, kiracının

lunmuştur. Bu durumda, davacının davalıya temerrüde düşürebilmesi için BK.nun 288. maddesi gereğince davalıya 60 günlük mehil vererek temerrüt ihtarı çekmesi gerekir. Hasılat kirası niteliğindeki kira için BK.nun 260. maddesine dayanılarak çekilen ihtar, hukuki sonuç doğurmaz {...}], Y. 6. HD, T. 13.09.1983, E. 1983/7036, K. 1983/8280.

s.1 İsviçre Federal Mahkemesi 1907 tarihli bir kararında, fırın olarak inşa edilmiş bir binanın kiralınmasını adi kira olarak nitelendirmiştir, BGE 33 II 603, 605.

&S Y. 6. HD, T. 19.09.1977, E. 5179 K. 5619.

⁸⁶ "Donanımlı" ifadesi ile devredilen alet, araç ve gereçlerin mutlaka en yeni ve/veya en gelişmiş durumda olmaları değil, kiracının amaçladığı işletme faaliyetini sürdürmeye yeterli olacak sayıda ve nitelikte olması kastedilmektedir. Ancak itiraf etmek gerekir ki, "donanımlı" ifadesi işletmenin türüne göre olaydan olaya, zamandan zamana değişebilir bir anlama sahiptir ve adi kira niteliğindeki işyeri kirası ile hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası ayırımında en hassas kriterlerden birisini oluşturmaktadır. Bu sebeple taraflarca yapılan defter tespitinin, özellikle de ilk derece mahkemesinde yapılacak bilirkişi incelemesinin büyük önemi olduğu açıktır.

⁸⁷ Sahibi ticareti terk kararı almış ancak henüz tasfiye edilmemiş, bir diğer ifadeyle çok büyük bir gayreti gerektirmeksizin kiracı tarafından yeniden işletmeye devam olunabilecek bir işyerinin devri hali de hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirasına örnek gösterilebilir. Bu halde işletme değil, donanımlı bir işyerinin devri söz konusu olduğundan ticari işletme kirası söz konusu edilemeyecektir.

⁸⁸ Hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirasında kiralanan taşınmaz ile birlikte devredilen ve bu taşınmaz ile birlikte hasılat verme/işletilme özelliğini kazandıran taşınır, BK m. 262/II'de (ancak karş. yTBK m. 328-329) adi kira bağlamında zikredilen "mefruş olma" ve "mefruşattan" çok daha farklı. özellikle de gelir sağlayacak özellikte olacaklardır. Ayrıca belirtilmelidir ki, hasılat kirası niteliğinde bir işyeri kirası bakımından adi kira niteliğindeki işyeri kirasına nazaran ayırıcı unsur, envanterin herhangi bir ya da birkaç tür **iktisadi** faaliyetin değil, belli/somul bir ticari ya da sınai faaliyetin yürütülmesine uygun olması gerekliliğidir. Öyle ki burada kiracıya, tamamen ya da büyük oranda kurulu, kiracı tarafından kendi adına ve hesabına işletilecek, esnaf ya da ticari işletme vasıflarını kiracının kazandıracağı bir işletme nüvesinin, -TK'nın ifadesiyle- *adeta* bir ticarethane ya da fabrikanın (*Betriebsgegenstand*, karş. *ARZBÖCK*, s. 46), ancak kesinlikle bir ticari işletmenin *değil*. devri söz konusudur. "işletme nüvesi olma", kiralananın "hasılat verme" kabiliyetini ifade etmektedir. Kiracı kiralayana ait taşınır ve taşınmaz işletme tesisatını kullanmakta ancak kendisine ait bir işletme organizasyonu ile kiralanda kendi adına ve hesabına kendi işletmesini işletmektedir. Teslim edilen bina ve envanter birden fazla ticari-sınai maksatla da (örneğin hem eczane, hem market, hem mağaza, hem de depo olabilir ya da restoran da olabilir düğün salonu da olabilir) kullanılabilecek özellikte ya da iş-

adı kira niteliğindeki işyeri kirasındaki durumuna göre çok daha kıymetli bir üretilir. İşletmeye ve semere elde etmeye başlamasını sağlayacaktır.

. OmekJerin ve açıklamaların da gösterdiği gibi Yargıtay'ın -zırası hasılat kiralaları bir kenara bırakılırsa-, her ticari nitelikteki hasılat kirasının mutlaka ticari işletme kirası olduğu düşüncesini terk etmesi gerekmektedir. Bu çerçevede "hasılat veren mallar adi kiraya da konu olabilir" şeklindeki önermeyi dar yorumlamak, bir başka deyişle de hasılat veren bir mal kiralandığında öncelikle hasılat kirasının varlığından hareket etmek ve esaslı nedenler olmadıkça da adi kirayı kabul etmemek gerekir. Bir diğer ifadeyle, 6570 s. GK'nın (yTBK m. 339 vd.) uygulanıp uygulanmayacağı düşüncesiyle özellikle ticari kiralarda hasılat kirası aleyhine daralmış, adi kira-hasılat kirası ilişkisi üzerinde yeniden düşünülmesi ve bunun hasılat kirası lehine genişletilmesi BK'nın sözüne ve özüne daha uygun olacaktır. Böylece örneğin bir işyeri devredilmiş olmakla birlikte bir "ticari işletmenin" kiralandığı sonucuna varılamayan ve fakat kiralananın hasılat verme özelliğinin bulunduğu olarlarda, hasılat kirasının kabulü gerekir (örneğin uygun ve yeterli biçimde tefriş edilmiş otel, hastane, dersane, okul binası, katlı otopark). Aksı halde hasılat kirası sadece zırası hasılat kiralaları ile ticari işletme ve hayvan kiralalarını kapsar hale gelecektir ki, bunun BK m. 270 vd.'nin (yTBK m. 357 vd.) varlık nedeni ile bağdaşmayacağı açıktır. BK m. 262/11'de (ancak karşı yTBK m. 328-329) bazı işyerlerini de kapsar şekilde "mefruş olmadan" bahsedilmesi, kanun koyucunun taşınmazın envanter ile birlikte devredildiği kira ilişkilerini adeta emredici biçimde adi kira olarak tanımladığı sonucuna götürmemelidir⁸⁹. Bu sonuç, taraflar bakımından da daha adildir. Zira kiracıya hasılat veren, bir diğer deyimle ekonomik olarak sürekli biçimde değer-

letme maksat ve mevzuuna yetmeyecek nitelik ve nicelikte ise artık bir adi kiradan hareket etmek gerekir. Belirtmek gerekir ki, envanterin de birlikte teslim edilmiş olması, kiralananın taşınmaz niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu husus özellikle 6570 s. GKK'nın (yTBK m. 339 vd.) uygulanması bakımından önem taşımaktadır. Bu çerçevede boş olarak ya da yetersiz miktardaki envanterle teslim edilmiş olmasına rağmen bulunduğu yer itibarıyla sadece belli bir ticari faaliyetin yürütülmesine uygun işyerlerinin (örneğin bir şehirlerarası otobüs terminalindeki bilet satış gişesi) kirası kanaatimizce adi kira niteliğindeki işyeri kirası olarak değil, hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası olarak nitelendirilmelidir. Ancak Yargıtay 12. HD. 21.09.2000 tarih, 2000/12335 esas ve 2000/13268 karar sayılı kararında. "[...] takibe dayanak yapılan kira sözleşmesinde borçluya yeni terminal binasında (9) nolu bağımsız bölümün bilet gişesi olarak kullanılmak üzere kiralandığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki ilişki BK'nun 270. maddesinde belirtilen nitelikte hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını veya semerelerinin alınmasını içermediğinden hasılat kirası mahiyetinde değildir [...]" yönünde karar vermiştir.

⁸⁹ TANDOĞAN. BECKER'e atıfla içine makine yerleştirilmiş bir fabrika binasının kirasına, yerleşme daha uzun süreli olacağından BK m. 262/11 b. 2'nin değil, b. 1'in (ancak karşı yTBK m. 328-329) uygulanması gerektiğini belirtmektedir, C. 1/2 s. 207.

Jendirilebilir/işletilebilir halde bulundurulması gereken bir taşınmaz devredilmektedir. Eğer bu ilişki adi kira olarak nitelenirse kiralayan k.cndisini taşınmazın hasılat verme özelliği bakımından ancak özel sözleşmelerle koruyabilecektir. Zira adi kirada, hasılat kirasında olduğu gibi BK m. 278-279 (yTBK m. 364-365) ve bunlarla hukuki bir anlam ve işlev bütünlüğü içindeki m. 292'e (yTBK m. 372) muadili bir hüküm mevcut değildir. Anılan hükümlerin getirdiği koruma BK m. 256 ve 266'da (yTBK m. 316, 318, 334) sağlanan korumadan daha kapsamlıdır. Doktrinde İsviçre Federal Mahkemesi' nin bazı kararlarına⁹¹ dayanılarak "belli bir ticari işletme için özel şekilde hazırlanmış bir yerin adi kirasında, müşterilerin kaybolmaması için, kullanma yükümlülüğü olduğu" ifade edilmiştir⁹². Ancak bu davalardan 1907 tarihli olan ilkinde⁹³ fırın olarak inşa edilmiş bir binanın kirası söz konusu iken, 1942 tarihli olan ikincisinde ise⁹⁴, konut ile buna bağlı olan ve kısmen envanteriyle birlikte kiralanmış alelade boş bir işyerinin (bir binanın zemin katı) sağlık ve temizlik malzemeleri marketi (*Drogerie*) olarak kullanılması söz konusudur. İlk olayda davacı (fırın sahibi), kendisine ait bir fırın inşa etmesini gerekçe göstererek kiralananı erken tahliye eden kiracıdan (davalı), müşteri değerinin düştüğü gerekçesiyle tazminat talep etmiştir. Davacı, ilişkinin hasılat kirası olduğunu ileri sürmüş olsa da, gerek ilk derece mahkemesi ve gerek Federal Mahkeme kiracının talebi doğrultusunda sözleşmenin adi kira olduğuna karar vermişlerdir. Buna gerekçe olarak da kiracının kiralananı bir semere ya da hasılat elde etmediği, sadece bir işletme işletmek için bunu kullandığı belirtilmiş, ancak ilişkinin adi kira olmasının kiracının işletme yükümlülüğünün bulunmadığı şeklinde yorumlanamayacağı da eklenmiştir. Mahkeme işletme yükümlülüğü çerçevesinde kiracının kendisine ait aynı nitelikte bir işyeri açmış ve işletmeye başlamış olsa dahi bunun kiralananı erken tahliye etmesini haklı gösteremeyeceğini, bunun haksız rekabet de teşkil ettiği sonucuna vararak, bu hususta herhangi bir kantın hükmüne atıf yapmaksızın tazminat talebini kısmen kabul etmiştir. İkinci olayda ise kiracı kiralananın hemen yanında kendisi için yeni bir işyeri inşa ettirmiş

⁹⁰ Yargıtay bir köy tüzel kişiliği tarafından kiralanan taşınmazda kiracının sözleşmede yüklediği tesisleri (briketten barınak, gazino, mutfak, çayevi, tuvaletler) ihtara rağmen inşa etmediği gerekçesiyle BK m. 256'ya (yTBK m. 316, 318) dayanılarak açılan bir tahliye davasında, "[...] kiracı kiralananın işletilmesine ve korunmasına ilişkin borcunu yerine getirmez ve kiralayanın bunun giderilmesine ait ihtarını sonuçsuz kalırsa BK'nın 256. maddesi gereğince [...]" sözleşmenin feshedilebileceğini belirtirken, kiracının "işletme ve koruma borcundan" söz etmiştir, Y. 6. HD, T. 12.01.1988, E. 12100, K. 86, *TUNABOYLU*, s. 169-170.

⁹¹ BGE 3311603, 604, 68 11237. 239.

⁹² *TANDOĞAN*, C. I/2, s. 141; *TUNÇOMAĞ*, s. 275-276.

⁹³ BGE 33 11 603 vd.

⁹⁴ BGE 68 il 237 vd.

ve kira sözleşmesini süresinden öncesinde aynı türden işyerini yeni işyerine taşımıştır. Bunun üzerine davacı kiracı, ki davacı ile davalı arasında marketin işletilmesi hususunda da vadediği bir başka kişi ile birlikte daha önce akmeye uğramış bir adi şirket ilişkisi vardır, davacı boşalttığı işyerinin erken tahliye ve haksız rekabet sonucu müşteri değerinin düştüğünü gerekçesiyle tazminat davası açmış ve Federal Mahkeme de doğruluk ve güven ilkesine, BK m. 48 vd. 96'ya (yTBK m. 57, 11 Z) dayanarak davayı kabul etmiştir. Bu kararda da ilk kararda olduğu gibi, İsviçre BK'nın, BK.m. 256 ya (yTBK 316-318) mukabil mülga 261. maddesine (yürürlükte km. 25:f) herhangibir şekilde atıfta bulunulmamıştır. Bu son karara konu olayın, adı kira niteliğindeki işyeri kirası olması sebebiyle tartışılacak bir yön yoktur. Ancak ilk kararda erken tahliye ve dolayısıyla haksız rekabet-retiyle kiracı, 1n sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varmak için adı kirada işletme borcu yarat. mak, kanaatimizce çok dolaylı bir yoldur. Halbuki ilişkinin hasılat kirası olarak nitelendirilmesi halinde uyuşmazlığın doğrudan çözüme kavuşturulması mümkün olacaktı. Görüldüğü gibi BK m. 278-279 ve 292'de (yTBK m. 364, 365, 372) sağlanan koruma sistemi, BK m. 256 ve 266'da (yTBK m. 316, 318, 334) öngörülenden daha kapsamlı ve ticari kiralara daha uygun özelliktedir.

Yargıtay kararlarında adi kira niteliğindeki işyeri kirası, hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası ve ticari işletme kirası ayrımının yapılmamış olması, yukarıda da işaret olunduğu gibi 6570 s. GKK'nın (yTBK m. 339 vd.) hasılat kirası ilişkilerine uygulanıp uygulanmayacağı yönünde farklı içtihatların ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁹⁵. Bir diğer ifadeyle kararlarda hemen daima ticari bir hasılat kirasının ticari işletme kirası olması gerektiği düşüncesinden hareket edildiğinden⁹⁶, ancak ticari işletme kiralalarının da 6570 s. GKK m. 1/I'nın (yTBK m. 339/I) açık anlamı karşısında bu Kanun'un kapsamı dı-

⁹⁵ DEVELİOĞLU. TEZİÇ Armağanı. s. 932, 937 vd.; ŞAHİN, HATEMİ Armağanı, C. 11, s. 1397. 1428 vd.

⁹⁶ Örneğin bkz.: "[... ! Taraflar arasındaki uyuşmazlık kira sözleşmesinin hukukî tanımı ve nitelendirmesi ile bu sözleşmenin BK'nın 248 ve devamı maddelerinde düzenlenen adi kira ve devamı maddelerinde düzenlenen hasılat kirası veya 6570 sayılı Yasa hükümlerinden hangisine ait olduğu noktasında toplanmaktadır. Davada dayanan hükme esas alınan 1.5.2003 başlangıç tarihli beş yıl süreli kira sözleşmesinde kiralananın niteliği Kumlukalan Köyünde demirbaşlarıyla birlikte verilen akaryakıt istasyonu olarak belirtilmiştir. BK'nın 270. maddesindeki tanımlamaya göre, hasılat kirasının konusunu taşınır ya da taşınmaz yahut bir ticari işletme veya hak teşkil edebilir. Ancak kiralananın Borçlar Kanununun hasılat kirası hükümlerine tabi olabilmesi için işletme ruhsatı ile işletme hakkının devredilmesi gerekir. Dosyaya getirilen cevabi yazıdan işletme ruhsatının davalı kiracı tarafından alındığı anlaşıldığından mahkemenin kira sözleşmesinin hasılat kirası hükümlerine tabi olmadığı yönündeki tespiti doğrudur [...]". Y. 6. HD, T. 16.03.2009. E. 2009/13774, K. 2009/2143, ÖZTÜRK, s. 368.

şında kalması gerektiğinden⁹⁷, hasılat kirası sözleşmeleri 1.aman 1.aman ko-

171 Kanaatimizce hasılat kiralalarının 6570 s. GKK'ya (yTBK m. 339 vd.) tabi olup olmadığı tartışması yanlış bir zeminde sürdürülmüş, bu da "hangi hasılat -sorusu -I-? dan. çok genel olarak hasılat kiralanan 6570 s. GKK kapsamına dahil midir değil midir sorusuna cevap aranmasına ve çelişkili içtihatların ortaya çıkmasına da sebep _0_1_? (bk.z. DEVELJOĞLU, TEZİÇ Armağanı, s. 937, 942. Yazar, Yargıtay'ın konuya ilişkin _farklı kararlarının ..somut olay adaleti sağlama" amacıyla açıklanabileceği görüşündedir) ve mesele daha da karmaşık bir hal almıştır.

Hasılat kirası söz konusu olduğunda konu, 6570 s. GKK'nın yalnızca amacı. koruma gagesi, kiracının ekonomik zayıflığı-güçlülüğü, Kanun'un sadece adi ltraJan mı yoksa hasılat kirasını da mı kapsamına aldığı ile ilgili değildir. Bir başka deyimle anılan pencere-lerden konuya yaklaşılması çözüme yeterli olmamaktadır. Bunun gibi kiralananın semere getirip getirmediği, sözleşme ile sadece kullanmanın mı yoksa hem kullanma hem de semerelerden yararlanmanın mı amaçlandığı tek başına bir kriter olamaz. Kanaatimizce 6570 s. GKK m. 1/1 bakımından (yTBK m. 339/1) ve bir kıstas olarak burada özellikle vurgulanması gereken nokta, bu Kanun'un"taşınmaz" kiralalarını konu edindiği, ancak *ticari işletme kirası çerçevesinde bir taşınmaz devredilmiş olsa dahi*, ticari işletme **kirası**-nın böylece bir taşınmaz kirası haline *gelemeyeceğidir*. Zira yukarıda da ifade edildiği (bkz. § 2 il 3 B, C) üzere bir organizasyon olarak ticari işletme. bir mallar ve haklar topluluğu niteliğindedir. Yoksa Yargıtay HGK'nın bir kararında yer aldığı gibi. bir ticari işletme"[...] bir hasılat kirası sözleşmesine konu taşınmazı. *üzerindeki işletmeyle birlikte* kiralayıp [...]" (Y. HGK, T. 14.04.2004, E. 2004/11-222, K. 2004/222) görüşünden hareketle, kesinlikle bir taşınmaza indirgenemez ya da bunun bir eklentisi ya da bütünleyici parçası olarak mütalaa edilemez. Zira HGK'nın yaklaşımında, ticari işletmenin kiralananmış olması halinde buna dahil maddi ve gayri maddi unsurların devrinin, ticari işletmenin devrinden ayrı olarak mütalaa edilemeyeceği hususu göz ardı edilmektedir. Ticari işletme kirası, buna dahil taşınır ve taşınmazların devrini kendi bünyesinde eritmektedir (karş. BK m. 271; yTBK m. 359). Eğer HGK'nın yaklaşımı benimsenecek olursa, pekala ticari işletmeye dahil taşınırlar da öne çıkarılıp, ortada aslında "işletme ile birlikte kiralananmış taşınırlar" olduğundan da bahsedilebilir ki, bu durumda 6570 s. GKK'dan hiç bahsedilemeyeceği bir yana, sonucun hukuken ne denli çelişkili olacağı da açıktır. Hal böyle olunca *"bir taşınmazın üzerindeki işletmeyle birlikte kiralınması"* şeklinde bir niteleme söz konusu olamaz. Sonuç olarak ticari işletme kirası, hatta bir esnaf işletmesinin kiralınması, buna bir taşınmaz dahil olsun olmasın 6570 s. Kanun'un (yTBK m. 339 vd.) *tamamen* kapsamı dışındadır. Bir ticari işletme kirasında bunun tahliyesi ve kira miktarının tayini vb. konularda BK m. 270 vd. (yTBK m. 357 vd.) uygulanır.

Ayrıca bkz. Y. 6. HD, T. 19.09.1977, E. 5179 K. 5619:" [...] Taraflar arasında düzenlenmiş bulunan 28.12.1972 tarihli ve 4 sene süreli kira sözleşmesinin başlangıç kısmı (1) Belediyesi Kaplıca Hamamları ile Otel (T) Turistik Moteller ve Oteller ve Müştemilatlarının hasılat kirasına ait işletme mukavelesi olarak) belirtilmiştir. Sözleşmenin tüm maddeleri bir arada incelendikte ve özellikle 13. maddesinde, (kiralananın işletme hasılat kirası olduğu ve sürenin sonunda kiracının kiraladığı tesis ve işletmeyi derhal tahliye etmesi yönünden yazılı tebligatı aldığı anda işletmeyi belediyeye devredeceği ve tahliyeye mecbur olacağı) yazılıdır. Hasılat kirasında, kiralayan kiracıya bir ücret karşılığında hasılat veren, yani gelir getiren bir malını veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin toplanmasını terketmektedir. Bu itibarla kaplıca ile ona bağlı otel ve motellerin işletilmesinin kiraya verilmesi hasılat icarıdır. Olayda kira aktinin konusu hasılat veren bir mal veya hakkın kullanılması ile birlikte işletilmesi ve gelirlerinden yararlanmak tesbit etmektedir. Yapılan açıklamaya göre uyuşmazlığın çözümlenmesinde 6570 sayılı kanun hii-

niteliğinde kabul etmesi yanlıştır (...)", Y. 13. HD, T. 25.06.1992, E. 199214326. K. 1992/5714.

Hasılat kirasının 6570 s. GKK *kapsamında olduğuna* dair kararlar:"[...] 6570 sayılı Yasa kapsamı bakımından iki ayrı ölçü getirmiştir. Bunlardan biri; taşınmazın belediye teşkilatı olan yerde bulunması, diğeri de örtülü (musakkaf) olmasıdır. Kiralanan yerin hasılat getirip getirmemesi veya adi kira olması kapsama etkili görülmemiştir. Hasılat kirası da olsa. eğer kiralanan her belediye teşkilatı olan yerde ve musakkaf ise bu yerde _6570 sayılı Kanunun ve bu kanuna aykırı olmayan BK. hükümlerinin uygulanması **gerekir**. bu sebeple hasılat kiralardaki dahi belirli süreli akitlerin belirsiz süreye dönüşmesi mümkün değildir. Çünkü, 6570 sayılı Kanunun I J. maddesi hükmü buna engeldir. Artık böyle bir durumda BK. 287 madde hükmü uygulanamaz [...]", Y. 6. HD, T. 07.12.1990, E. 1990/14703, K. 1990/15344; "[...] Davacının murisi ile davalı arasında akdedilen 1.6.1978 başlangıç. 1.6.1979 sona erme tarihli kira sözleşmesinde kiralananın hamam olduğu ve hamam olarak işletileceği aradaki kira ilişkisinin hasılat kirası olduğu tartışmasızdır. [...] üzeri kısmen kubbeli tarihi taş hamam olduğu ve Adana Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde bulunduğu sabittir. Musakkaf taşınmazlara ilişkin hasılat kiralarda da 6570 Sayılı Kanunun hükümleri uygulanır. Çünkü bu yasanın I ve 8. maddelerinde B. Kanununun 6570 Sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına imkan tanımıştır[...]", Y. 6. HD, T. 19.02.2002, E. 2002/1001. K. 2002/1150; "[...] Taraflar arasında yapılan 9. I 2.1985 başlangıç tarihli I yıl süreli kira sözleşmesinde kiralananın çok katlı otopark olarak kiraya verildiği anlaşılmaktadır[...] Kiralananın hasılat kirasına konu teşkil ettiği uyuşmazlık konusu değildir. Burada çözümlenmesi gereken husus hasılat kirasının 6570 sayılı yasanın uygulama alanına girip girmediğinin saptanmasında toplanmaktadır. 6570 sayılı yasanın uygulama alanını belirleyen I. maddesinde iki şart öngörülmüştür. Birinci şart kiralanan taşınmazın musakkaf olması, ikinci şart ise belediye sınırları içerisinde veya iskele, liman veya istasyonlarda bulunmasıdır. Kanun adi kira ve hasılat kirası arasında bir ayırım yapmamıştır. O halde kanunda yazılı yerlerde bulunan ve galip vasfı musakkaf olan taşınmazların hasılat kirasına ait uyuşmazlıkların çözümünde de 6570 sayılı kanun ile bu kanuna aykırı olmayan B. Kanunu'nun hasılat kirasına ilişkin hükümlerinin uygulanması icap eder. Dava konusu yer hasılat kirasına konu teşkil etmekle birlikte 6570 sayılı yasanın uygulama alanı içerisinde bulunduğundan, tahliye kararı verilebilmesi için 6570 sayılı kanunun 7. maddesinde yazılı tahliye nedenlerinden birine dayanması ve tahliye nedenlerinin var olup olmadığının incelenmesi gerekir. Olayımızda: Taşınmazın mücerret hasılat kirasına konu teşkil etmesi yukarıda açıklanan ilkeler nazara alınmadan B. Kanunu'nun 287. maddesinde yazılı sürelerden yararlanarak ve feshi ihbar yoluyla tahliyenin sağlanması mümkün değildir [...]", Y. 6. HD, T. 22.09.1997, E. 1997/6475, K. 1997/6743; "[...] Taraflar arasında yapılan 1.9.1987 başlangıç tarihli, 5 yıl süreli kira sözleşmesinde; sözleşmeye konu teşkil eden otelin kirasına konu teşkil ettiği, ayrıca 6570 sayılı Yasanın uygulama alanı içerisinde kaldığı hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık konusu yoktur. Çözümlenmesi gereken sorun, hasılat kirasına 6570 sayılı Yasanın uygulama alanına girip girmediğinin saptanmasında toplanmaktadır. 6570 sayılı Yasanın uygulama alanını belirleyen I. maddesinde; iki koşul öngörülmüştür: Birinci koşul, kiralanan taşınmazın musakkaf olması, ikinci koşul ise belediye sınırları içerisinde veya iskele, liman veya istasyonlarda bulunmasıdır. Yasa, adi kira ve hasılat kirası arasında bir ayırım yapmamıştır. O halde, yasada yazılı yerlerde bulunan ve galip vasfı musakkaf olan taşınmazların hasılat kirasına ait uyuşmazlıkların çözümünde de 6570 sayılı Yasa ile bu yasaya aykırı olmayan BK.nun hasılat kirasına ilişkin hükümlerinin uygulanması icap eder. Dava konusu yer hasılat kirasına konu teşkil etmekle birlikte, 6570 sayılı Yasanın uygulama alanı içerisinde bulunduğundan tahliye

ile de b¹ içtihat ye² bir noktaya ulaşmıştır⁹⁹. Oysa menfaatler durumu, 6570 s. GKK'nın ³macı ve anılan Kanun'da (yTBK m. 339 vd.) a⁴ıkç⁵ır adı k⁶ra-hasılat kirası ayırımı yapılmamış olmasın¹⁰¹ karşısında, sırf ticari işletme kiralarnın.ıK.anun'un kapsamı dışında tutmak maksadıyla, sırf hasılat kirası oldukları için hasılat kirası niteliğindeki işyeri kiralarnı d⁷ 65.7_0 s. ⁸dan (yTBK m. 33 ⁹/d.) istisna edilmemelidir¹⁰¹. Aksi halde tic¹⁰rnı.ş¹¹er.ık¹²a¹³ıla- rını korumak¹⁴ maksadıyla,gerçekte hasılat kirası olan kira ılışkilennı adı

kararı verilebilmesi için 6570 sayılı Yasanın 7. maddesinde yazılı tahliye n edenlerinin var olup olmadığının incelenmesigerekmeğidir. Olayımızda, taşınmazın mucerrei hası- lat k¹⁵ına konu teşkil etmesi yukarda açıklanan ilkeler nazara alınm¹⁶dan.BK.nun 287 m¹⁷dde_¹⁸inde yazılı sürelerden yararlanılarak ve feshi ihbar yolu ileiahlıyenin sağlanması mumkun değildir[...]". Y. 6_HD. T. 07_03.1994, E. 1994/2289, K. 1994/26¹⁹7; ayrıca bkz. Y. 6. HD. T. 24.01.1991.E. 19911188, K. 1991/687: *DEVELİOĞLU, TEZİÇ Arma- ğanı*. s. 939 dn. 43'de anılan Y. HGK kararları.

W Y. HGK, T. 14.04.2004. E. 2004/JI-222, K. 2004/222. Ancak bu k_arar^dauyuşmazlığın h'.15ilat kirası niteliğindeki bir işyeri kirasından değil. ticari işletme kirasın?,an_d²⁰ğduğuna dık.kat çekilmelidir. Ne var ki Yargllay her iki sözleşmeyi eş anlamda gorduğundan bu kararı anmak gerekmiştir.

Hx1 **AYM.** T. 26.03.1963. E. 1963/3, K. 1963/67, RG T. 31.05.1963. S. 11416: Y. 13. HD. T. 26.11.1982, E. 1982/6168. K. 1982/7199.

101 *TANDOĞAN, C. U2*. s. 21; *ARPACI, Kira Hukuku*. s. 41: *DEVELİOĞLU, TEZİÇ Arma- ğanı*, s. 931-932; *ÖZTÜRK*, s. 365-366.

J²¹ Aynı yönde *ÖZTÜRK*. s. 367; 6570 s. GKK'ya labi hasılat kirası S?Zİ²²şme²³ erinin de bu- lunabileceği yönünde bkz. *ARPACI, Kira Hukuku*, s. 184; *DEVELİOĞLU, TEZİÇ Ar- mağanı*. s. 940 vd.

1<1J 6570 s. GKK'nın işyeri kiralarnı hakkında uygulanması hakkındaki tartı_²⁴malar için bkz. *ARPACI, Yeditepe Ü. HFD*, Y. 2008. C. V. S. 2. s. 3 vd.: *AKINCI, AUHFD*, Y. 2008. C. 57, S. 3, s. 38 vd.. Yazar özellikle çatılı-çatısız ayırımının kaldırılarak, koruma kapsa- mının genişletilmesini savunmaktadır, s. 40 vd. "[...] gerçekten de bir oteli işletme ruh- satı ile birlikte kiralayan kiracı ile işletme ruhsatı olmaksızın kiralayıp işletme ruhsatını kendi temin eden kiracının bu otelden tahliyesini farklı hükümlere tabi tutmak doğru ol- mamak gerekir(...]" ifadesini kullanan *DEVELİOĞLU*"nun hasılat kirası niteliğinde ol- dukları için ticari işletme kiralarnın da 6570 s. GKK (yTBK m. 339 vd.) kapsamına gir- mesi gerektiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır, *TEZİÇ Armağanı*, s. 936. Bu bağlamda Yazar'ın Y. HGK, T. 14.04.2004. E. 2004/11-222, K. 2004/222 sayılı kararının eleştirisi bağlamında s. 941-942'de verdiği örnek de ilginç olması bakımından anılmalıdır. Özetle, bir kimsenin bir kasap dükkanını tüm donanımı ve ruhsatıyla birlikte başkasına kiraya vermesi bir hasılat kirası sözleşmesi, aynı kimsenin aileden kalma boş bir apartman dai- resini X Bankası A.Ş.'ye irtibat bürosu olarak kullanılmak üzere kiraya vermesi bir adi kira sözleşmesi niteliğindedir. Eğer 6570 s. GKK'nın öngörölme nedenin zayıf konum- daki kiracıyı kiralayana karşı korumak olduğu ve bu sebeple hasılat kirası sözleşmelerine uygulanmaması kabul edilirse bir sermaye şirketi ve tüzel kişi tacir durumunda bulunan X Bankası A.Ş.'nin 6570 s. GKK kapsamına alınıp bir kasap dükkanı işleten ve muhte- melen esnaf olan kiracının koruma dışında bırakılması açıklanamaz. "Bu sebeple 6570 sayılı Kanunun sadece adi kiradaki kiracıyı değil, «genel olarak» kiracıyı hedef ıııııııı- nu kabul ederek. 6570 sayılı Kanun'u hasılat kirası sözleşmelerine de uygulamak yerinde olacaktır". aynı yönde bkz. *ŞAHİN, HATEMİ Armağanı, C. il*, s. 1434-1435 ve dn. 105.

kira olarak nitelenmesi söz konusu olabilir ki, bunun BK m. 248'de (yTBK m. 299) ifade edilmiş adi kira sözleşmesinin konusunu değiştirme anlamına geleceği açıktır. Hasılat kirası niteliğindeki işyeri kiralarında taşınmazla birlikte bunun eklentisi (MK m. 686)¹ ya da bütünleyici parçası (MK m. 684) olarak taşınır niteliğindeki eşyaların da birlikte devredilmesi, bunu taşınmaz olmaktan çıkartmayacağından, 6570 s. GKK'nın bu tip hasılat kirası ilişkilerinde uygulanması için Kanun'un 1/1. maddesindeki "taşınmaz kirası" şartı (yTBK m. 339/I c. 2) bakımından herhangi bir engel yoktur.

Bir kira ilişkisini ticari işletme kirası olarak nitelenmesi bağlamında. Yargıtay'ın taraf iradelerinin yorumunu, özel hukukun haricinde gerçekleşen ve TK' da da işletme faaliyeti için aranmayan bir şarta bağlamış olması ve bunu *hemen her olayda zorunlu* görmesi de eleştirilmesi gereken bir diğer husustur. "İşletme ruhsatı/izni" meselesi, nihayetinde kamu hukukunu ilgilendirmektedir¹⁰⁵. İşletmenin "ruhsat/izin ile birlikte devri", BK m. 270'de (yTBK m. 357) yer alan "hasılat verme" şartının ve ticari işletmenin hasılat verir şekilde işletilmesini sağlayacak maddi ve gayri maddi unsurlarının yerine geçmemelidir¹⁰⁶. Alınmış bir ruhsat, ticari işletmenin kimin tarafından işletileceği ile ilgili olup, "hasılat verme" özelliği ile ilgili değildir. Hatta ti-

Ancak bu örnek kanaatimizce yerinde değildir: İlk olarak, bir kira sözleşmesinin 6570 s. GKK (yTBK m. 339 vd.) kapsamını girip girmediğini, kiracının ekonomik bakımdan zayıf ve korunmaya muhtaç olup olmadığına göre tayin etmek 6570 s. GKK m. 1/1'in lafzı karşısında pozitif değil, subjektif bir yaklaşım olacaktır. Bundan başka kiracının anılan Kanun'dan yararlanıp yararlanamayacağı, bunun tacir ya da esnaf sıfatı ile ilgili değildir. Bu bakımdan bir banka da pekala 6570 s. Kanun'dan istifade edebilir, bir "işletme kiralama" berber ise istifade edemeyebilir. Ticari işletme kirasının adeta bir taşınmaz kirası gibi görülmesi, doğal olarak farklı sonuçlara sebebiyet vermektedir. Oysa bir "(ticari) işletmenin" kendisi asla bir taşınmaz olarak görülüp, 6570 s. GKK m. 1/1'de de (karş. yTBK m. 339/1 c. 2) "taşınmazdan" bahsediliyor denilerek bu Kanun'un kapsamına alınamaz. Bir organizasyon olarak işletmenin üzerinde bulunduğu ve içerdiği her türlü unsurlardan oluşan bir mal ve hak topluluğu olarak 6570 s. GKK'nın (yTBK m. 339 vd.) yer verdiği "taşınmaz" kavramının dışında olduğu tekrardan ifade edilmelidir.

¹⁰⁴ MK m. 687, kira ilişkilerini kapsamamaktadır. Zira burada asıl şey sadece geçici amaçlarla (korunmak, taşınmak, satılmak, kiralanmak gibi) bir araya getirilmiş taşınır eşyadan bahsedilmekte olup, hasılat kirası niteliğindeki işyeri kiralarında envanter, asıl şeye "yarar sağlama için" geçici olarak değil, sürekli olarak özgülenmiş bulunmaktadır, karş. OĞVZMAN/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 249. Diğer yandan 6570 s. GKK m. 4/1'in de (yTBK'da karşılığı yoktur) gösterdiği gibi taşınmazın içindeki bazı taşınırlarla kiralanması bu Kanun'un sistemine de yabancı değildir. Ayrıca bkz. BK m. 262/11 (karş. yTBK m. 328-329).

¹⁰⁵ Aynı yönde, ŞAHİN, HATEMİ Armağanı, C. II, s. 1411.

¹⁰⁶ Ancak karş. ŞAHİN, HATEMİ Armağanı, C. II, s. 1412 Yazar'ın "ruhsat devri olmadığı hallerde, taşınmaz ile birlikte kiraya konu edilen demirbaşların işletme faaliyetinin yürütülmesine imkan verecek nitelikte olup olmadığının tespit edilmesi gerekir" şeklindeki ifadesi, işletme ruhsatının adeta işletme unsurlarını ikame ettiği kanaatini uyandırması bakımından eleştiriye açıktır.

cari işletme hukuku bakımından, ruhsat ya da izin, ticari işletme sahibine kırım tacir sıfatını taşıdığı sorusunun cevabında, olsa olsa basit biripucu olabilir. Bu açıdan işletme ruhsatı açıkça devredilmemiş _ya_ idare hukukundan kaynaklanan sebeplerle devredilememiş olsa da, sözleşmenin hukukî niteliği, sözleşmenin konusu, tarafların hak ve borçları ile sözleşmenin fiilen ne şekilde ifa edile geldiğine bakılarak yapılmalıdır. Araştırılması gerekirken o kanaatimizce, maddi ve gayri maddi unsurlarla bütünleşerek ticari işletmenin mi devredildiği, yoksa kiralanan işyerindeki işletmenin kiracı tarafından sözleşme akdinden sonra bizzat tesis edildiği ya da buna eşdeğer bir durum olan, kiracının kendisine ait işletmeyi kiralaması işyerine mi taşındığıdır (merkez değişikliği; son iki halde de dikkatli inceleme gerekir). Bu sebeptir ki sözleşmenin nitelendirilmesinde salt borçlar hukuku değil, aynı zamanda ekonomik/ticari şartlar da dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede Yargıtay'ın, davacının sahibi olduğu otel, lokanta ve garajı bütün eşyaları ile birlikte on yıl süre için davalıya kiralamasını, sözleşmeden ve öne sürülen iddia ve savunmalardan, taşınmazın o ve lokanta olarak işletilmek üzere bütün eşyası ile birlikte kirayaverildiği anlaşılmış olmasına rağmen, sırf "otel ve lokantasının da:acı a_dına olan işletme ruhsatnamesi ile birlikte devir ve kiralandığı[nın] iddia ve ispat edilme[diği] ve esasen sözleşmede de aynen işletme ruhsatnamesinin de devredildiği[nin] yazılı olmadığı" gerekçesiyle, "bir hasılat kirasını vühdü düşünülme[yeceği]" ve de "otel ve lokantanın eşyalarla birlikte adı kirasının", adi kira niteliğindeki bir işyeri kirasının söz konusu olduğu sonucuna varması kanaatimizce isabetli olmamıştır. Nitekim karşı oy yazısında "taraflar arasındaki 1.12.1973 başlangıç tarihli ve 10 yıl süreli kira sözleşmesinde (eksiksiz eşyası ile otel, lokanta, garaj ve çamaşırhanenin turistik otel ve lokanta olarak kullanılmak üzere) kiraya verildiği[nin] yazılı" olduğu, [..]. olay[da] taşınmaz[ın] (turistik otel ve lokanta olarak) kullanılmak koşuluyla eşyası ile birlikte kiraya veril[diği], bu yön[ün] kira sözleşmesinde açıkça belirtil[diği], [...], bu durumda; taraflar arasındaki ilişkinin (hasılat kirası) olarak nitelendirilmesi gerek[tiği], olay[da] bir işletmenin kirası[nın] söz konusu [olduğu], bu nedenle kiralayan[ın], işletme için gerekli olan ve birlikte kiralanmış bulunan menkul eşyaları kira akdi sona ermeden geri alama[yacağı], bunlar[ın] işletmeye dahil oldukları, işletmeden ayrı düşünülme-

¹⁰⁷ MICHALSK/ de ayrımın kural olarak sözleşmenin akdi anındaki şartlara göre yapılması gerektiğini, ancak sözleşme şartlarının sonradan değişmesi hallerinin de göz önünde tutulabileceğini belirtmektedir, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 388. Gerçekten de tarafların sözleşme ifa safhasındaki eylemleri bunların ekonomik amaçlarının ve giderek sözleşmenin niteliğinin değiştiğine işaret edebilir. Bkz. ayrıca KNOPPE, s. 21.

si[nin] mümkün [olmadığı]" ifade edilmiştir¹⁰⁸. Gerçekten de yukarıda da belirtildiği gibi sebep ve sonuçları kamu hukukunu ilgilendiren işletme ruhsatı/izni konusunun tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri ekonomik amacın önüne geçirilmesi yerinde değildir. Diğer yandan işletme ruhsatı gibi nispeten şekli hususlara, anılan kararların da gösterdiği gibi bu denli belirleyici rol yüklenmesi, tarafların bazı maddi olguları böylece örtmeye çalışmalarına da neden olabilir. Bundan başka bir işletmenin kiralandığı sonucuna varılan hallerde mahkemenin işletme ruhsatının devrini aramak yerine veya ruhsat devri varsa böylece ortaya çıkan sonucu kontrol etmek amacıyla, kiracının elde ettiği ticari kazançlar sebebiyle gelir (193 s. GVK m. 2/1 b. 1, 37) ya da kurumlar vergisi (5520 s. KVK m. 1, 6 vd.) ödeyip ödemediğini, bir diğer deyimle gerçekten bir ticari işletmenin devralınıp işletilmeye devam olduğu hususunu araştırması kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Bu sebeplerle mahkemelerimizin sözleşmenin konusunun salt borçlar hukukunu ilgilendirmedeğini, ticaret hukuku açısından da bir takım sonuçlan olabileceğini göz önünde tutarak daha geniş bir bakış açısıyla ekonomik amaca uygun bir sonuca ulaşması gerekirdi¹⁰⁹.

2005 tarihli bir başka kararda ise restoran olarak işletilmek üzere kiralanın ve sözleşmede kiralanın şeyin kullanıma hazır bina olduğu ve içkili lo-

¹⁰⁸ Y. 13. HD, T. 21.02.1985, E. 1984/7600, K. 1985/1126. Ayrıca bkz. **Y. HGK**, T. 21.05.1986, E. 6-247, K. 551, "dava, konusu olan ve tahliyesi istenilen otel, bütün yatak eşyası ile birlikte teslim olduğundan işletilmeye yönelik olarak kiralanmış demektir. Bu nedenle mahkemenin akdin adı kira niteliğinde bulunduğu hakkındaki kabulü yerinde değildir. Kiralanan hasılat kirasına konu teşkil etmektedir", *ERDOĞAN, C.*: Tahliye, Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, 10. Baskı, Ankara, 2000, s. 717. Kararda bir işletme ruhsatı devrinden bahsedilmediğine dik.kat çekilmelidir. Ancak karardan işletilmekte olan bir işletmenin devredilip devredilmediği anlaşılmadığından, olayda bir ticari işletme kirasının bulunup bulunmadığı hakkında kesin bir tespitte bulunmak mümkün değildir. Diğer yandan araştırıldığı kadarıyla, bu karara diğer basılı eserler ile çeşitli içti-hat bankalarında rastlanmadığı belirtilmelidir.

Yargıtay kamuya ait olan ve bir otelin müstemilatı niteliğindeki "restoran bar niteliğindeki kiralananın" kiralayanca BK m. 272'ye uygun olarak teslim edilmemesinden (kiralananda içki satışı için işletme izninin alınamaması) kaynaklanan tazminat davasında verdiği bir başka kararda da, hiçbir gerekçe göstermeden sözleşmenin hasılat kirası niteliğinde olduğunu kabul etmiştir, Y. 14. HD, T. 05.10.2006, E. 2006/7776, K.2006/10511. Ayrıca bkz. *JOACHIM, W. E.*: "Hotelbetreibervertrage als Pacht- und Managementvertrage, Aktuelle Regelungsbeispiele und Entwicklungstendenzen", *NZM* 2001, s. 162. Yazar Alman Hukuku bakımından da işletilmesini mümkün kılacak şekilde donatılmış bir otelin devrinde hasılat kirasının, amaca uygun şekilde inşa edilmiş ancak tesisatsız (teşrifatsız) binanın devrinde ise adi kiranın söz konusu olacağını ifade etmektedir.

¹⁰⁹ *MICHALSKI* de özellikle kendiliğinden hasılat getirme özelliğine sahip olmayan varlıkların kiraya verilmesi halinde adi kira-hasılat kirası ayırımın ekonomik bakış açısının gerekli olduğuna dikkat çekmektedir, in: *SONNENSCHNEIN*, s. 403.

kanta-işyeri olarak kullanılacağı yazılı olan bir binada esaslı tamirat ve tadilatlar yapıldığı, işyerinin yeniden tefriş edildiği, ancak ruhsat almak üzere b?led?yeye_başvurulduğunda yapının çatı katının kaçak olduğunun bildirildiği ve ¹.?yeri açma ruhsatı verilmediği gerekçesiyle kiralay?na ?arşı açılan_da-?ada, kullandırma amacı güden kira sözleşmesiyle boş bir bınadan belli bir ?cret karşıl?ğı kir? s?resince yararlanılması kararlaştır?l?ıg.ı" gerekçes_i?le ?yu?mazlığın adı kira ilişkisi kapsamında değerlendirilme?ı gere?[tıgıJ, çünkü hasılat kirasında kiraliyan(ın) belli bir kira parası karşılığında kiracıya h?sıl??.veren bir malın veya hakkın kullanılmasını bırakın? borc? ?ırma ?r[?ıgı] (B.K.m. 270)" belirtilerek,"çekişmenin giderilmesine adı kiraya ilişkin Borçlar Kanunun 248_vd. maddeleri[nin]" uygulanması gerektiği sö-nucuna ulaşılmıştır' ¹⁰.

Yargıtay 13. HD'nin yukarıda özetlenen 21.02.1985 T. ve 1984/7600E., 1985/1126 K._ sayılı kararının da işaret edildiği üzere, adi.?ira-hasıla? kir?i ?rımını salt işletme ruhsatının işletme ile birlikte devredilip devredilmediğine ya da bunun kimin tarafından temin edildiğine dayandırmak her zaman doğru ?o?u?lar vermemektedir. Bu sebeple ruhsatıyla birli?t?. devredilmiş d-sa dah?, tüm unsurların birlikte değerlendirilmesinin gerektiği ve taraflar ara-smct?k? ak?ı ? yazılı) ve fiili ilişkinin tamamının dikk?te ?l?nmaşının_zoru?lu ol?u?u belirtmelidir. Sonuç olarak hasılat kirası (tıcan işletme kirası) ile adı kir_a nite?iğindeki işyeri kirası ayrımında i) sözleşmenin_konu?_un? hasılat getiren bir taşınmaz mal ya da ticari işletme olup olmadığı ve ii) kiralananın demirbaşları ve işletme ruhsatı ile birlikte kiraya verilip verilmediği hususlarının birlikte göz önünde tutulması gerektiği açıktır ¹¹.

3. İsviçre Hukukunda,ki Durum

Türk hukukunda durum yukarıdaki gibi iken İsviçre hukukunda BGE 103 II 252 vd.'nda yer alan karardan esinlenilerek adi kira-hasılat kirası, özellikle hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası-ticari işletme kirası ayrımı hususunda şu ölçütlere ulaşılması mümkündür: i) Envanterin birlikte devredilmesi ticari işletme kirası bakımından bir emare (*Indiz*) olabilir; ii) İşyerleri devredilmiş ve buralarda bir işletme işletilmek suretiyle hasılat elde edilmiş olsa da, bu hasılat, kiralananın kendi hasılat getirme özelliğinden çok kiracının kişisel gayret ve çalışmasından kaynaklanmışsa, hasılat kirası değil, adi kira söz konusudur ¹². Ancak işyeri de dahil olmak üzere, burada işletilen

¹¹⁰ Y. 14. HD, T. 01.02.2005, E. 2004/9197, K. 2005/391.

¹¹¹ "Sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanması ilkesi" hakkında bkz. KAPLAN, İ.: "Sözleşmenin Hakim Tarafından Yorumu", Yaşar KARAYALÇIN'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s. 441 vd. aynı yönde HERRMANN, s. 42.

¹¹² Karş. HIG/, Obligationenrecht, Yorbem. zum 8. Titeltitel (Art 275-304) N. 149, 154; İsviçre Federal Mahkemesi bir başka kararında "kiracının kiralanan mekanlar içinde ve bunlar

işletme bütün hukuki ilişkileri ile birlikte devredilmiş ise hasılat kirasının (ticari işletme kirasının) bulunduğu kabul edilmektedir. Bu durumda daha önce kiralayan tarafından aynı mekanlarda işletilen işletme, işletme faaliyeti hiç kesintiye uğramaksızın kiracı tarafından devam ettirilmektedir; *iii*) Sözleşmede kiracı için işletme yükümlülüğü (*Bewirtschaftungspflicht*) getirilmiş olması, zorunlu olarak bir hasılat kirasının varlığını göstermez. Zira adi **kira**-da da çok istisnai de olsa kiracının özen ödevinden doğan işletme yükümlülüğü bulunabilir. Bu tür bir borç bilhassa özel bir kullanım gayesine tahsis edilmiş ve iyi işletilmemesi halinde kira değeri düşecek yerler için söz konusudur; *iv*) Kira bedelinin hesaplanmasında cironun dikkate alınacak olması

vasıtasıyla hasılat elde etmek istemesi, salt kiralananın kullanılmasından ve faydalanılmasından değil de, kiracının kendi kişisel faaliyet ve çalışmasından kaynaklanıyorsa. kiralanan (işyeri) tesisatıyla birlikte devredilmiş olsa dahi, hasılat kirasına işaret etmeyece[ğini]" belirtmiştir (BGE 93 il 453, 456; ayrıca bkz. BGE 68 il 237, 239; 41 il 726; 54 il 183; 603, 33 II 605-606; 28 il 239, 241). Ancak işyeri, bunun içinde işletilen işletme ve hukuki ilişkileri ile birlikte devredilmişse, bir hasılat kirası söz konusu olur. Zira burada sözleşme hasılat getiren hakların bütününe konu edinmektedir (BGE 93 il 456). Dava konusu olayda taraflar arasındaki sözleşmeye göre davacı (kiralayan) davalıya (kiracı) sözleşmeye ekli plan üzerinde gösterilen yerleri, açık ifadeyle zemin katı ve bodrumu restoran, dans ve gece kulübü olarak kullanılmak üzere devretmiştir. Özel listede yer alan envanter, sözleşmenin akdiyle kiracının mülkiyetine geçmiştir ve sözleşme sonunda kiralayana iade edilmeyecektir. Eyalet Yüksek Mahkemesi envanterin kiracının tasarrufuna bırakılmasını, hasılat kirasının bir göstergesi olarak değerlendirmiştir. Ancak envanterin kiracının mülkiyetine geçmesi bunların kullanım amaçlı sözleşmenin konusu olamayacağını göstermektedir. Bir hasılat kirası ilişkisinin varlığı yokluğu bakımından belirleyici olabilecek husus hakkında, daha açık deyimle devredilen envanterin bir gece kulübünün işletilmesine yetip yetmeyeceği konusunda Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararından bilgi edinmek ise mümkün değildir. Eyalet Yüksek Mahkemesi sözleşmede davalıya (kiracıya), özellikle gece kulübü ruhsatının geri alınmasını engelleyecek tarzda "özenli işletme" borcu yüklenmiş olmasını, sözleşmenin hasılat kirası olarak nitelenmesi bakımından önemli saymıştır. Eyalet Mahkemesi'ne göre bu, adi kiracıya değil, İsviçre BK m. 283/1 (BK m. 278/1; yTBK m. 364/1) uyarınca ancak hasılat kiracısına getirilebilecek türden bir yükümlülüktür. Ancak adi kiraya ilişkin düzenlemeler arasında İsviçre BK m. 283/1'e muadil bir hükmün olmaması, tarafların kira sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme yapmalarına engel teşkil etmez. Özel bir sözleşme hükmü olmasa dahi, bazı hallerde kiracının doğruluk ve güven ilkesinden doğan İsviçre BK m. 261/1 (BK m. 256/1; yTBK m. 316/1) anlamındaki özen ödevi çerçevesinde bir işletme yükümlülüğü (*Bewirtschaftungspflicht*) söz konusu olabilir. Bu özellikle ticari kullanımı olan özel amaca sahip yerlerin kötü yönetim ya da kapalı kalması nedeniyle müşteri (kira) değeri kaybı yaşanmasının muhtemel olduğu hallerde ortaya çıkar (BGE 68 il 237, 239; 41 il 726, 730; 33 il 605; 28 il 239, 242). Kiralayanın, kiralanan işyerinde (kiracı tarafından) bir işletmenin işletilip işletilmediği ve nasıl işletildiği hususunda menfaatinin olması ise, o sözleşmeyi hasılat kirası haline getirmeye yetmez", BGE 103 il 247, 253-254. Kararın değerlendirilmesi için bkz. *INDENMEYER*, s. 60-61. Yazar, Aralık 1977 tarihli bu kararı iki sözleşme türünün ayrılması hususunda ölçütler getiren önemli bir karar olarak görmektedir.

9a zorunlu olarak bir hasılat kirasının varlığını göstermez¹¹³. Gön.Hdugi.Jgıby l vıçrF dederal Mahkeme'sinin içtihadı hangi sözleşmenin hacılat kira\ı olabılceğının değil, olamayacağının tespiti yönünde gelişmiştir. Diğer yandan bu kararlardan sözleşmenin bir bütün olarak göz önünde tutulması gcrektiğİne ilişkin bir pren İbe ulaşılması mümkündür.

4. Alman Hukukundaki Durum

Temel olarak envanterin tesliminin hukukı anlamı çevresinde yoğunlaşan Alman hukukunda, daha imparatorluk Mahkemesi zamanında geliştirilmeye başlanmış¹¹⁴ adi kira (işyeri kirası)-hasılat kirası ayrımı ölçütleri incelendiğinde şu sonuçlara varmak mümkündür: i) Hangi sözleşmenin söz konusu olduğunun tespiti için kural olarak sözleşmenin yapıldığı ana göre karar vermek gerekir. Bunun yanında tarafların daha sonraki süreçte sözleşmede yaptıkları değişiklikler de dikkate alınabilir¹¹⁵. Ancak bu noktada kanaatimizce değişikliklerin baştaki iradeyi teyit edici yönde mi, yoksa tarafların ekonomik ilişkilerini artık başka bir sözleşme türü ile devam ettirme yönünde mi olduğunu da araştırmak gerekir. Örneğin kiracının başlangıçta iade etmek üzere devraldığı envanteri daha sonra kiralayandan satın alması, tarafların hukuktan ilişkiyi artık adi kira sözleşmesi olarak sürdürmeyi amaçladıkları ve hasılat kirası sözleşmesini adi kira (işyeri kirası) sözleşmesi ile ikame ettikleri yönünde yorumlanabilir¹¹⁶.

ii) Tarafların sözleşmede kullandıkları başlığın belirleyiciliği sınırlı olup, ancak amaçlanan hakkında bir fikir verebilir ve sözleşme muhtevassınca teyit edilmeye muhtaçtır (BK m. 18/1; yTBK m. 19/1)¹¹⁷. Bu açıdan yapılan bir değerlendirmede işyeri kirası olduğu anlaşılan bir sözleşmenin başlığının "hasılat kirası sözleşmesi/işletme sözleşmesi vb." olması ya da ticari işletme kirası olduğu anlaşılan sözleşmenin başlığının "kira sözleşmesi" olması hukuken önemli değildir. Diğer yandan bizatihi hasılat getirme özelliğine sahip maddi malların yalnızca adi kiraya verilmek istenmesi halinde kiracının hası-

¹¹³ LINDENMEYER, s. 60-61; ayrıca bkz. HIGI. Obligationenrecht. Yorbem. zum 8. Titelbı, (Art 275-304) N. 125 vd.

¹¹⁴ VOELSKOW. NJW 1983, s. 910; KNOPPE, s. 21; MICHALSKI. in: Gedachtnisschrift SONNENSCHEN, s. 383, 393 dn. 40, 41. 46, 48. 49 ve 51'de anılan kararlar, RGZ 81. 23; 91.310; RG. JW 1913, 98; 1924, 803 vd.; 1930. 3241; 127. 274. Yazar konunun mahkemelerin önüne sıkça gelmiş olmasında, artık yürürlükten kalkmış bulunan "Prusya Damga Vergisi Kanunu", "Mahkeme Kuruluşları Hakkında Kanun'da" yer alan bir takım düzenlemeler ile 2. Dünya Savaşı öncesi ve sırasında kiracıları koruyan özel hükümlerin etkili olduğunu belinmektedir.

¹¹⁵ MICHALSKI. in: GS SONNENSCHEN, s. 388; STROBEL, s. 10.

¹¹⁶ MICHALSKI. in: GS SONNENSCHEN. s. 400; ALTAŞ, s. 238.

¹¹⁷ VOELSKOW, NJW 1983, s. 910; MICHALSK/, in: GS SONNENSCHEN. s. 388; LINDENMEYER. s. 62.

lat devşirme hakkına sahip olmadığı sözleşmede açıkça belirtilmelidir. Zira hasılat getirme özelliğine sahip bir malın bir bedel karşılığında geçici süreyle devri kural olarak hasılat kirasına delalet eder¹¹⁸.

iii) Hasılat kirasının muhtemel konularının adi kiraya göre daha geniş olduğu göz önünde tutulmalıdır. Özellikle gayrimaddi bir şeyden istifadenin ücret karşılığında terk edilmesi hiçbir zaman kira olarak görülemez¹¹⁹. Ayırım konusunda belirleyici olan nokta, sözleşmenin muhtevasına göre taraf iradelerinin ortaya çıkarılmasıdır¹²⁰. Adi kira ile hasılat kirası arasındaki ayırımı güçleştiren husus özellikle ticari hayatta, gayrimenkuller ile menkullerin diğer unsurlarla birlikte sözleşmeye dahil olması ve hep birlikte devredilmeleridir. Bu noktada bizzat menkul ve gayrimenkullerin mi, yoksa bunlar kullanılarak hasılat getirme özelliğine kavuşan bir hakkın mı sözleşmenin asıl konusunu oluşturduğunu tespit etmek gerekir. Bu çerçevede, menkul ve/veya gayrimenkuller devredilmiş olsa dahi, bunların daha baştan hasılat sağlama uğruna mı, yoksa kullanma ve tahsis gayesini kiracının belirleyeceği şekilde mi devredildiği araştırılmalıdır (sözleşmenin ekonomik ağırlık noktası). Buna göre örneğin devredilen gayrimenkulün küçüklüğü, menkullerin miktarının azlığı (örneğin reklam alanı tahsisleri¹²¹) sözleşmenin konusunun maddi mallardan çok bir hak olduğunu düşündürebilir¹²². Ancak çok işlek bir cadde üzerinde ya da kalabalık bir iş hanı içinde oldukça küçük bir yerin yüksek kira bedeliyle ticari amaçlı kiralınması halinde hemen hasılat kirasından söz etmek hatalı olacaktır. Bu bakımdan birlikte devredilen menkul ve gayrimenkullerin niteliksel ve niceliksel özellikleri tek başına kriter olmamalıdır. Nitekim ticari işletme kirasının ağırlık noktası da basit bir menkul, gayrimenkul ya da hak devri değildir. Konusu ticari işletme olan bir hasılat kirası sözleşmesinde daha önce de belirtildiği gibi salt bir "yer devri" söz konusu olmayıp, aksine işletme faaliyeti sonucunda oluşmuş her türlü maddi ve gayri maddi değerlerin toplamı kullanım ve faydalanma amacıyla bir "işletme/organizma" olarak devredilmektedir. Bu yüzden sözleşmede tam tefriş edilmiş mekanların devrinin yanında diğer işletmesel değerlerin de, örneğin ticaret unvanı, "*good will*", işletme faaliyetlerinin sürdürülebilmesi için gerekli sözleşmelerin devrinden söz edilmişse, artık sırf menkul ve gayrimenkullerin kiralınmasından değil aksine bir ticari işletme kirasından bahsetmek gerekir.

¹¹¹¹ **MICHALSKI**, in: **GS SONNENSCHNEIN**, s. 403.

¹¹⁹ **Karş. HIG/**. Obligationenrecht, Yorbem. zum 8. Titelbi, (Art 275-304) N. 154.

¹²⁰ **MICHALSKI**, in: **GS SONNENSCHNEIN**, s. 388; **CANSEL**, s. 39; **HARKE**, in: **MüKo-BGB**, § 581 N. 16.

¹²¹ **Bkz. ÇETİNER. B.:** "Reklam Alanları Tahsisi Sözleşmesi". Kazancı **Hakemli Hukuk Dergisi**. Y. 2008, S. 43-44 (Mart-Nisan), s. 77 vd.

¹²² **MICHALSKI**, in: **GS SONNENSCHNEIN**, s. 389; **HARKE**, in: **MilKo-BGB**, § 581 N. 16; **karş. BGE 103 11247, 252 vd.; STROBEL**, s. 10.

Dığından. kiracının devraldığı menkul/gayrimenkul unsurlarla b2.Z.1t yenibır. lıme tesis edeceği hallerde bir ticari işletme kirasından değil, adı kraniteliğindeki işyeri kirasından bahsedilmesi gerekir. Zira sözleşmenin gırlı kn oktası değişmiştir¹²³. Görüldüğü üzere ticari işletme kirasına bu özelliği kazandı an esas nokta, sözleşmenin ağırlık noktasını maddi değer. terde (işletmenin maksat ve mevzuu çerçevesinde hasılat elde etmeye tahsis edilmiş envanter h .) arıc. ziyade, gayrimaddi değerlerin teskil etmesi . d. 124

IV) İmparatorluk Mahkemesi'ni geliştirdiği ilkelere göre işletmede bu. lunan envanterin t am (eksi'ksiz) olması zorunlu olmayıp, 1. iş etme f a a iyetine derhal başlanabilm esi i c'n genel olarak yeterli olması k f d i r. Bunun g i b y r ım tesislerin amaca uygun biçimde donatılmış olup olmamalarının da b r onemi yoktu ¹²⁵. S o zleşmenin nitelenmesi bakımından, k iracının e e et tığıh asılatın, kiralayanın kiratarihine kadare elde etmiş olduğu hasılat ile ay. nı mıkta d olmas ı zorunlu değildir. Zira hasılat her zaman sadece işletme envanterinin nitei k . 1 . d. 126

v . . ve nice iğine bağlı degil ır .

.) d d kira-hasılat kiras ı ayrımı bağlamında Alman ?ukul_runda kabul d ilen olçutlerden bir diğeri de devredilen envanterin işletilmesi hedeflenen 1 d d d tme b d d i n n n c t a n u y g u n o l u p o l m a d ı ğ ı v e b u n u n s ö z l e ş m e n i n d u k u k ı n i t e l i ğ i n e e t k i s ı ı l e i l g i l i d i r. Buna göre hasılat kiras ı bakımından iş yende ? r u l u b u l u d a t e s ! s a t ı n h e r h a n ğ ı b i r i ş l e t m e n i n d e ğ ı l , k i r a l a n m a s ı a m a ç l a n a n i ş l e t m e n i n ı d d l e l m e i n e u y g u n o l m a s ı , g ö z ö n ü n d e t u t u l m s ı g e r e k e n h s u s l a r d a o c t u r . O n e l i k l e b e l i r t m e k g e r e k i r k i , b i r b i n a n ı n h ı c b ı r e n v a n t e n o l m a d a ? d e v r ı , h a l i n d e a d i k i r a n i t e l i ğ i n d e i ş y e r i k i r a s ı n ı n b u l u n d u ğ u n d a n ş ü p h e e d i l e m e z ' - . H a s ı l a t g e t i r e n b i r i ş l e t m e n i n f a a l i y e t i n e d e r h a l b a ş l a y a b i l e c e k y e t e r l i l i k t e e n v a n t e r i i l e b i r l i k t e d e v r i h a l i n d e i s e y e r l e ş m i ş i c t i h a d a g ö r e , t i c a r i i ş l e t m e k i r a s ı n ı n v a r l ı ğ ı k a b u l e d i l m e k t e d i r ¹²⁹. B u c ü m l e d e n o l m a k ü z e r e i ş y e r i i l e b i r l i k t e d e v r e d i l m i ş e n v a n t e r b u l u n m a k l a b e r a b e r , b u n l a r b i r i ş

123

MICHALSKI, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 390; OETKERIMAU TZSCH, s. 376 N. 234; ayrıca bkz. HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 18; ALTAŞ, s. 236.

124

Karş. OETKERIMAU TZSCH, s. 376 N. 234; KLE/N-BENKERS, s. 59-60; HERRMANN, s. 42.

125

RGZ 81, 23, 26, RG, JW 1913, 98, aktaran M/CHALSKI, GS SONNENSCHNEIN, s. 394 dn. 45, 46.

126

MICHALSKI, GS SONNENSCHNEIN, s. 394.

127

RG, JW 1930, 3241, aktaran, MICHALSKI, GS SONNENSCHNEIN, s. 394 dn. 49.

12

K JOACHIM, NZM 2001, s. 162. Yazar uygulamada bir otelin ya da bir alveriş merkezi içindeki mağazanın kendi ticari amaçlarına göre tamamlayabilmesi için kiracıya "kaba inşaat" halinde teslim edildiğinin görüldüğünü, bu gibi hallerde binanın hasılat elde etmeye dayalı bir kullanım amacının olduğu baştan belli olmasına rağmen, ilişkinin işyeri kiras ı niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

129

JOACHIM, NZM 2001, s. 162; MICHALSKI, GS SONNENSCHNEIN, s. 394; HARKE, in: MüKo-BGB, 581 N. 16; KNOPPE, s. 21; STROBEL, s. 10; ALTAŞ, s. 236.

letme kirası bağlamında devredilmemiş ve farklı farklı amaçlara da tahsis edilebilir özellik arz ediyor iseler, hasılat kirası değil, değil adi **kira** vardır¹³⁰. Ayrıca devralınan işyerinde yürütülmekte olan işletmenin maksat ve mevzuunun kiracı tarafından değiştirileceği daha baştan belli ise, burada hasılat kirası değil, adi kira söz konusudur. Bunun gibi devredilen envanter sadece bir tek işletme türü için elverişli ise ve bu haliyle devralarına kullanılamayacaksa, envanter devrinin varlığına hasılat kirasını bağlamak mümkün değildir¹³¹. Gerçekten de kiracı kendisine devredilen envanteri kullanarak, o yerde *farklı* bir işletme işletmeye başlamışsa artık bir ticari işletme kirasından değil işyeri kirasından bahsetmek gerekir.

vi) Diğer bir kıstasa göre ise envanterin hasılat kirası ya da başka bir sözleşme ile devredilmesi arasında bir farklılık yoktur. Bundan başka envanter kiracıya, sözleşme sonunda iade edilmek üzere devredilebileceği gibi, satılabilir de¹³². Ayrıca envanterin daha önceki kiracı ya da üçüncü bir kişi (örneğin içecek ya da gıda maddesi üreticisi) tarafından tedarikinin de mümkün olduğu belirtilmiştir¹³³. Ancak bütün bu ihtimallerde, sözleşmeler hasılat ki-

¹³⁰ JOACHIM, NZM 2001, s. 162.

¹³¹ MICHALSKI, GS SONNENSCHNEIN, s. 394; STROBEL, s. 10.

¹³² Ancak hasılat kirası sözleşmesi sona erdiğinde kiralayana boş mekanlar iade edilmeyeceğinden burada kiracıya satılan tesisat, işletme maksat ve mevzuunun gerçekleşmesi bakımından aslı önemde olan unsurlar (örneğin kargo işletmesinde taşıtlar, müşteri adresleri ve depolar, tekstil fabrikasında dokuma makineleri, petrol istasyonunda pompalar ve tankerler, tuğla fabrikasında kalıplar ve fırınlar, yazılım firmasında bilgisayar programları, yemek işletmesinde mutfak malzemeleri, yemek tarifleri) *değil*, tali nitelikteki unsurlar (örneğin büro malzemeleri ya da genel amaçlı taşıtlar) olabilir. karşı. MICHALSKI, GS SONNENSCHNEIN, s. 399-400. Kanaatimizce kiracı bütün envanteri satın almış olmasına rağmen iade tarihinde aynı özellikte tesisatı da iade borcunu üstlenmiş ise, bir diğer deyimle kiralayana boş işyeri değil, en azından "derhal faaliyete alınabilecek bir ticari işletme" iade edecek ise, bu durumda hasılat kirasının varlığından şüphe etmemek gerekir.

¹³³ Ancak işletme faaliyeti için gerekli envanterin üçüncü bir kişi tarafından ivazlı ya da ivazsız olarak tedariki haklı olarak eleştirilmiş ve bu halde bir hasılat kirasından değil, kiralayanın çıplak, daha açık deyimle bu haliyle hasılat getirme özelliğine sahip olmayan bir mekan devretmiş olmasından dolayı ancak adi kiradan söz edilebileceği ifade edilmiştir, MICHALSKI, GS SONNENSCHNEIN, s. 395, ayrıca bkz. s. 398. BK m. 272 (yTBK m. 360) ile de uyumlu olan bu eleştiri yerindedir. Masraflarına kiralayanın katlanması halinde ise bunların sözleşme bitiminde yine kiralayana iade edilecek olması şartıyla envanterin üçüncü kişiden tedariki sözleşmenin hasılat kirası niteliğine zarar vermemelidir. Diğer yandan "envanter" kavramının geniş anlaşılmasını gerektiren haller söz konusu olabilir. Örneğin bir restoranın ya da eğlence yerinin hasılat kirasına verilmesinde işletmenin konumu, iş ilişkileri, yemek tarifleri, mutfak malzemeleri ve masalar ile sandalyelerine göre daha önemlidir. Keza günümüzde maddi unsurlar kadar bunların çalışmasını sağlayacak bilgisayar yazılımları da önem kazanmıştır. OLG Düsseldorf 1993 tarihli bir kararında (T. 09.12.1993, S. 10 U 42/93), bir restoranın envantersiz olarak devredilmesi ve bunun kiracı tarafından tedarik edilmesi olayında, kiracının asıl işletmenin hasılat getiren tesisatı olarak görülen yemek salonunu devralmış olmasına dayanarak, kiracının ki-

ra 1 özleşme❖i ile işlevsel olarak irtibatlandırılmış olmalı. bir işletmenin faa. II) etinin devren yürütülmesi amacı güdülmeli ve iade tarihinde kiralayana bir işletme iade edilmesi gerektiği göz önünde tutulmalıdır¹³⁴. Kiracının en- , anteri kira sözleşmesinden ve işletilen ya da işletilecek işletmeden tamamen bağımsız şekilde bizzatıhi tedariki halinde ise hasılat kirasından söz edilemez (karş. BK m. 272; yTBK m. 360)¹³⁵. Diğer yandan yeni bir işletme kurmak yerine hasılat kirası yoluyla kiralanmasında kiracının yeni bir işletme için gerekli sermayeye sahip olmaması da bulunduğundan. envanterin kiracı tarafından satın alınıp alınmadığı bir kıstas olarak görecelileşmekte ve somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasını gerektirmektedir. Gerçekten bir fab- rikanın kiralanması ile orta ölçekli bir marketin kiralanmasının maliyeti ara- sında önemli farklılıklar olacağı açıktır. Diğer yandan değerlendirmelerde, envanterin kimin tarafından devir ya da tedarik edildiği yanında, bir ticari iş- letmenin devredildiğini gösteren öğelerin dikkate alınmaması hatalı olacak- tır¹³⁶. Zira adi kira niteliğindeki işyeri kirasında kira konusunun m' u şteri • b. ilişkilerinin kiracıya devri kiralayanın borçları arasında yer almaz (karş. BK

ralayanın kiralanana kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim borcunu yerine getirme- sini talep yetkisinden feragat etmesinin sözleşmenin hasılat kirası niteliğini değiştirme- yeceği sonucuna varmıştır, bkz. *MICHALSKI*, GS SONNENSCHNEIN, s. 397-398; *WAHL*, F.: Der optimale Pachtvertrag im Gastgewerbe, Hamburg, 1998, s. 127. Ancak kanaatimizce işletmenin tipine göre hasılat getirme özelliğine sahip aslı unsurlar ışıda kalan tesisatın bizzat kiracı tarafından maliyeti kendisine ait olmak üzere tedariki alın- de, asıl hasılat getirme özelliğine sahip yerlerin (örneğin yemek salonunun, bahçenin, bar ve dans alanlarının, otoparkın) kiracıya devredildiği gerekçesiyle hasılat kirasından söz edilmesi yerinde değildir. Aksi halde bu, ortada bir işletme olmadığı halde, adikira nite- liğindeki işyeri kirası sözleşmelerinin, ticari işletme kirasına dönüşmesi anlamına gele- cektir ki, bunun ticari amaçlı kiralarda adi kira ihtimalinin tamamen ortadankalkması so- nucunu doğuracağı açıktır. Kısacası OLG Düsseldorf'un yaklaşımını hukukumuz bakı- mından benimsemek mümkün gözükmemektedir.

¹³⁴ RGZ 91, 310: 114, 243; 122,274; 125, 128; RG, JW 1927, 1469; 1928,469, aktaran *MICHALSKI*. GS SONNENSCHNEIN, s. 394-395 dn. 53-58; *HARKE*, in: MüKo-BGB, § 581 N.16.

¹³⁵ Karş. *VOELSKOW*. NJW 1983, s. 910.

¹³⁶ *OSERISCHÖNENBERGER*, Art. 275 N. 4; *HIGI*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titclb,❖ (Art 275-304) N. 106 vd.; *SCHMIDT*, Handelsrecht, s. 141, 160; *KLEIN- BLENKERS*. s. 160 vd.; *AHLBRECHT, A. IBENGSOHN*. J.: "Die Unternehmenspacht und ihre Behandlung im Handelsregister", Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10, s. 361-362; *ARSLANLI*, Kara Ticareti. s. 112.

Karş. BGH, NZM 1998, 192, 195, aktaran *MJCHALSKI*, in: GS SONNENSCHNEIN. s. 400, ayrıca bkz. s. 403. Federal Mahkeme bu kararında, konusu bir eczane olan sözleşmede, eczane işletmesi için lüzumlu envanterin kiralayan tarafça kiracıya uygun bir fiyat ile satılmasını, kiralayanın bir işletmenin devrini ve işletilmeye devam olunacağını gösteren başkaca edimlerin taahhüt etmemiş olması karşısında, adi kira sözleşmesinin varlığını delalet ettiği sonucuna varmıştır.

m. 249; yTBK m. 301). Kiracı o işyerinde kendi işletmesini kendisi tesis edecektir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin geliştirdiği ve Federal **Mahkeme** tarafından da büyük ölçüde benimsenen¹³⁷ bu kıstaslar, taraf iradelerinin yorumunda envanter devrine fazlaca ağırlık verdikleri gerekçesiyle eleştirilmiştir¹³⁸. Diğer yandan sözleşme ile güdülen ekonomik amacın tespitinde envanter devri olgusundan istifade edilmesi kaçınılmazdır. Zira sadece soyut taraf iradelerine dayanmak, her türlü işyeri kirasının hasılat kirası olarak nitelenmesine yol açar ki, bunun BK m. 270 vd.'nın (yTBK m. 357) amacına ve sistemine uygun olduğu söylenemez¹³⁹.

5. Avusturya Hukukundaki Durum

Tüketilebilir olmayan bir eşyanın ya da bunun kısımlarının kullanımının belirli ya da belirlenebilen bir bedel karşılığında geçici olarak devrini, hem adi kirayı hem de hasılat kirasını içerecek şekilde "*Bestandsvertrag*" üst kavramıyla karşılayan (Avusturya MK m. 1090) Avusturya hukukunda da¹⁴⁰ kullandırma amacı güden bu iki sözleşme tipini, özellikle de adi kira niteliğindeki işyeri kiralari ile yine işyeri devrini içeren ancak hasılat kirası niteliğindeki ilişkileri ve ticari işletme kiralalarını birbirinden ayırmak için yıllar içinde muhtelif ölçütler geliştirilmiş bulunmaktadır. Avusturya **MK** m. 1 091 'e göre kiralanan ek bir çaba göstermek zorunda kalmaksızın (*ohne weitere Bearbeitung*) kullanılabiliriyorsa adi kira, ancak bir çalışma ve emek

¹³⁷ Bkz. *MICHALSKI*, GS SONNENSCHNEIN, s. 397; *VOESLKOW*, NJW 1983, s. 911-912.

¹³⁸ *VOESLKOW*, NJW 1983, s. 910-911. Yazar'a göre iki sözleşme türünün ayırımında dayanılacak yegane kıstas tarafların sözleşme iradesi, bir diğer deyimle kiracının şeyi sadece kullanmak için mi, yoksa aynı zamandan faydalanmak ve böylece gelir elde etmek için mi devraldığıdır. Bu bağlamda, işletilmeye hazır bir işletmenin devri zorunlu olmadığı gibi, kiracının işletme için herhangi bir yatırım yapmak zorunda olup olmadığı ya da yapmak isteyip istemediği, örneğin kiralayanın eskimiş ve değersiz hale gelmiş envanterini bir önceki kiracıdan devralarak yenileyip yenilemediği, boş bir işyerine yeni tesisat getirip getirmediği ya da envanterin işyerinde hazır halde bulunup bulunmadığı, hasılat kirasının varlığı bakımından belirleyici değildir. Bir diğer ifadeyle fiziksel mekanın somut faaliyet türü için gerekli tesisat ile birlikte devredilip edilmediği değil, bu mekanın restoran, büro ya da dans salonu olarak kullanımı (*Nutzung*) için devredilmiş olması yeterlidir.

Ancak bu yaklaşım, taraf iradelerinin (gerçek ya da farazı) kesin olarak nasıl anlamlandırılacağı sorunu bir yana, tarafların başlangıçtaki ya da daha sonraki süreçte değişen iradelerini yansıtan ifa fiillerinin hiç dikkate alınmaması sonucunu da doğurabileceğinden kabul edilemez. Bu geniş yorumun iki sözleşme türü arasındaki sınırı bulanıklaştıracığı ve hasılat kirasının alanını adi kira aleyhine genişleteceği açıktır.

¹³⁹ *MICHALSKI*, GS SONNENSCHNEIN, s. 396.

¹⁴⁰

Avusturya hukukunda adi kira ve hasılat kirası sözleşmeleri hakkında bkz. *BARTA*, s. 398 vd.; *FOERSTER*, s. 1 vd.

ile (*nur durch Fleiß und Mühe*) kullanılabiliriyorsa da hasılat kirası s_öz konu. su olacaktır. Medeni Kanun'un anılan hükümleri daha çok konut kiralari ile zirai hasılat kiralari düşünülerek hazırlandığı için eleştirilmekte ve yetersiz bulunmaktadır¹⁴¹.

İki sözleşme tipi de Avusturya MK bakımından çok büyük oranda ben. z_r h_kki sonuçlar doğurmalarına rağmen, özellikle kiracıları korumaya yone_ık_ozel mevzuat sebebiyle bunların arasında ayırım _pilm_s_mn_ekli ?ldu_u i_a_de edilmektedir¹⁴². Öğretide hasılat kirası nit_lığında_ış_eri kirası ile ticari işletme kirası ayırımında kullanılabilir kriterlere ilişkin olarak fa_rklı_örüşler ortaya çıkmıştır¹⁴³. Bunlardan bazıları şu şekilde _zetlene_ilir: Tic_ı işletme kirasının kabulü için kiralananın hasılatın kaynağını te_ş_ilet. mest ve sadece faaliyetin yürütüldüğü bir mekan olarak kullanılmak için ki- ralanmamış olması (*EHRENZWEIG*)¹⁴⁴; hasılat kirası için kiralananın hasılat vermesinin yeterli olmadığı, bundan başka bunun işlenmesi (*Bearbeitung*) ve bir işletme yükümlülüğünün (*Betriebspflicht*) bulunması gerektiği, hasılat ki- rasında yaşayan bir işletmenin ticaret unvanı, itibarı ve envanteri ile birlikte devredildiği (*SWOBODA*)¹⁴⁵; işyeri kirası ve ticari işletme kirasının teknik terimler olmadığı, bu yüzden katı anlaşılmaması gerektiği, değişmez ölçütler yerine somut olayın özelliklerini dikkate alabilecek esnek ölçütlerin gelişti- rilmesi gerektiği, bu çerçevede sözleşme hükümlerinin tek tek değil bir bü- tün olarak yansıttığı anlama göre nitelirmede bulunulabileceği, ancak yaşa- yan (*lebendes Unternehmen*), bir başka ifadeyle de sözleşmenin kurulması anında var olan bir işletmenin devredilmiş olması halinde hasılat kirasından söz edilebileceği, işletme yükümlülüğü, birlikte devredilen envanter, işletme ruhsatı, müşteri çevresi ve hammadde stoklarının hasılat kirasının varlığına işaret edebileceği (*BERNAT; KOZIOL-WELSER*)¹⁴⁶ doktrinde savunulan gö- rüşler arasındadır. Öğretideki hakim görüş ise, yaşayan bir işletmenin buna dahil unsurlarıyla birlikte devri ve böylece kiracının elinde hukukî ve eko- nomik bir birlik olarak yaşamaya devam etmesi halinde ticari işletme kirası- nın, kiralananın salt işletme faaliyetlerinde kullanılmak üzere devredildiği hallerde ise adi kiranın kabulü yönündedir¹⁴⁷.

Avusturya Federal Yüksek Mahkemesi ise sözleşmenin isminin (başlığı- nın) değil, içeriğinin bunun nitelenmesi bakımından belirleyici olduğu, söz-leşmenin bir bütün olarak ele alınması gerektiği, somut olayda işletme yü-

¹⁴¹ *FOERSTER*, s. 1-2.

¹⁴² *ARZBÖCK*, s. 105; *FOERSTER*, s. 17 vd.

¹⁻¹³ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. *ARZBÖCK*, s. 107 vd.; *FOERSTER*, s. 5 vd.

¹⁴⁴ *ARZBÖCK*, s. 107, 114.

¹⁴⁵ *ARZBÖCK*, s. 109.

¹⁴⁶ *ARZBÖCK*, s. 115 vd.

¹⁴⁷ *FOERSTER*, s. 3.

kiimlülüğü öngörülmüş olması, hammadde, envanter, işletme ruhsatı ya da müşteri çevresi devri, ciroya göre hesaplanan kira miktarı gibi yan unsurlardan¹⁴⁸ en azından birkaçının birlikte bulunmasının, ticari işletme kirasının varlığına delalet edeceği, ancak bunların ekonomik önemi, devredilen taşınmazınkine göre düşükse adi kira niteliğinde işyeri kirasının söz konusu olacağı, hasılat kirası bakımından en önemli kriterin kararlaştırılan ya da sözleşmenin yorumundan istihrac edilen işletme yükümlülüğü olduğu, bununla birlikte salt işletme yükümlülüğünün kararlaştırılmış olmasının hasılat kirasının kabulü için her zaman yeterli olamayabileceği, buna diğer bazı hususların da eklenmesi gerektiği, işletme amacının değiştirilmesinin ya da kötü yönetimin bir fesih nedeni olarak belirlenmiş olmasının, kiralayana yaşayan bir işletmenin iade edilmesi zorunluluğunun açıkça yüklenmiş olmasının ticari işletme kirasının varlığına işaret ettiği, kiralayanın kendisine ait bir işletmeyi tamamlayan bununla işlevsel ilişki içinde bulunan bir başka işletmesini kiralamasının ticari işletme kirasına işaret edeceği, diğer unsurlarla da tamamlanması kaydıyla işletmenin personeliyle veya ticaret unvanıyla birlikte devredilmiş olması ile kiranın belirlenmesinde cironun da dikkate alınması ve kiralayan için konulan rekabet yasağının ticari işletme kirasına delalet edeceği yönünde kararlar vermiştir¹⁴⁹. Yine kararlara göre kiracının işletmenin türünü değiştirmesi yasaksa da günümüzün sert rekabet şartlarında işletmenin ekonomik varlığını devam ettirebilmesini gerektiren değişiklikler yapılması mümkündür¹⁵⁰. ARZBÖCK'e göre Yüksek Mahkeme, ticari işletme kirasından bahsedilebilmesi için, türü değiştirilmeden (*Beibehaltung der Unternehmensidentität*) işletilmeye devam edilmek ve sözleşme nihayetinde de kiralayana bu haliyle iade edilmek üzere yaşayan bir işletmenin devredilmesi, bir başka ifadeyle devir sözleşmesi olan hasılat kirası sözleşmesinin yapıldığı sırada bir işletmenin, gelir sağlamaya dönük bir organizasyonun (*organisierte Erwerbsgelegenheit*) bulunması şartlarını aramakta ve sözleşmede işletme yükümlülüğü öngörülmüş olması ile devirde hammadde, envanter, işletme ruhsatı ya da müşteri çevresi devri, ciroya göre hesaplanan kira miktarı gibi unsurlardan işletmenin ekonomik varlığını sürdürmeye yeterli olacak nicelik ve nitelikte¹⁵¹ bulunmasına da özel önem vermektedir¹⁵².

¹⁴⁸ Yüksek Mahkeme, bu gibi edimleri "*good will*" olarak nitelemektedir, ARZBÖCK, S. 121, "*good-will Krirerien*".

¹⁴⁹ Kararların sistematik analizi için bkz. ARZBÖCK, s. 120 vd.; FOERSTER, s. 51 vd.

¹⁵⁰ ARZBÖCK, s. 135. Örneğin bir tekstil işletmesinin erkek konfeksiyonundan bayan ve çocuk konfeksiyonuna yönelmesine, bir başka tekstil işletmesinin iş elbiselerine ağırlık vermesine, bir barın restorana dönüştürülmesine müsaade edilmiştir.

¹⁵¹ FOERSTER, s. 4; ARZBÖCK, Yüksek Mahkeme'nin katı değil esnek bir karar zemini (*bewegliches Sysreim, bewegliche Enrscheidungsgrundlage*) oluşturmaya çalıştığını, bu sebeple de yaşayan işletmenin devredilmiş olması, türünün değiştirilmeden işletilmesi

FOERSTER da Yüksek Mahkeme'nin yıllardır aynı yönde kararlar verdiğini. buna göre ayırım için genel geçer bir kriterin bulunmadığını, ancak somut olayın önem arzeden yönlerinin toplamı ile sözleşmenin kurulduğu anda kiralanın tahsis gayesi ve kiracıya tanınan yetkilerin oldukça belirleyici hususlar olarak one çıktığını ifade etmektedirisJ

6. Sonuç

Ukara incelenen Türk İsviçre Alman ve Avusturya Hukuklarında geliştirilen kriterler topuca irdelenecek olursa adı kira ile aslat kirasının ayrılması bakımından .. k .. d ..

i) Tarafların ..şlusonuçlara ulaşılması mümkün .. 1 d
soz eşmeye verdikleri ismin belirleyici ığı sınırı ır.
J_?_?_leşmenin niteliğinitayindesözleşme metni ile tarafların açık ya da ortulu irad esm e dayanan ve sözleşme metninden ayrılan ifa f i 11 eri • d d' ik-
kate alınmalıdır.

iii) Hasılat getirsin ya da getirmesin bir menkulün, gayrimenkulün ya da hakte başına ya da birlikte devri ticari işletme kirası niteliğinde değildir.
iv) İcari işletme kirasına konu bir işletmeden söz edildiğinde, bundan işletmenin tüv ? ?onusuna uygun envanter ile hukuk A . 1 . k . l . , t i c a r ? t u ? ? a - 111' müş ? e i l e r i g i b i g a y r i m a d d i u n s u r l a r ı n ı n t o p l a m ı a n l a ş ı l m a l ı d ı r . T i c a ? ı i ş - l e t m e k ı r a s ı n d a n b a h s e d i l e b i l m e s i i ç i n h a l i h a z ı r d a k ı r a l a y a n _ t a r ? : n d a n i ş l e t i l m e k t e o l a n _ , b i r d i ğ e r d e y i m l e y a ş a y a n b i r t i c a r i i ş l e t ? e ? ı n s o z l e ş m e s o - ? u n d a y ı n e b i r t i c a r i i ş l e t m e o l a r a k i a d e e d i l m e k ü z e r e b i r k ı r a b e d e l i k a r ş ı l ı - g ı _ ? d a b e l l i b i r s ü r e i l e k ı r a c ı y a d e v r i n i n t a a h h ü t e d i l m i ş o l m a s ı g e r e ? i d i r . S o z l e ş m e n i n k o n u s u b i r " i ş l e t m e " o l m a l ı , k ı r a c ı y a b i r " i ş l e t m e " d e v r e d i l m e l i ? e k ı r a s ü r e s i s o n u n d a d a b u " i ş l e t m e " i a d e e d i l m e l i d i r . B e l l i . b i r a ? a ? i ç i n i n ş a v e / v e y a t e f r i ş e d i l m i ş i ş y e r i i l e b i r l i k t e e n v a n t e r i n d e t e s l i m e d i l m i ş o l m a s ı t e k b a ş ı n a t i c a r i i ş l e t m e k ı r a s ı n d a n b a h s e d i l m e s i i ç i n y e t e r l i d e ğ i l d i r . A n c a k b u s o n h a l d e s o m u t o l a y ı n ö z e l l i k l e r i n e g ö r e h a s ı l a t k ı r a s ı n i t e l i ğ i n d e k i b i r i ş y e r i k ı r a s ı n ı n b u l u n u p b u l u n m a d ı ğ ı a r a ş t ı r ı l m a l ı d ı r . B i r b a ş k a i f a d e i l e t i c a r i i ş l e t m e k ı r a s ı n d a n s ö z e d i l e m e d i ğ i h a l l e r d e h e m e n a d i k ı r a n i t e l i ğ i n d e k i i ş y e r i k ı r a s ı n ı n b u l u n d u ğ u s o n u c u n a v a r m a k h a t a l ı d ı r . A r a ş t ı r ı l m a s ı g e r e k e n o l g u l a r a d i k ı r a n i t e l i ğ i n d e k i i ş y e r i k ı r a s ı , h a s ı l a t k ı r a s ı n i t e l i ğ i n d e k i b i r i ş y e r i k ı r a s ı i l e t i c a r i i ş l e t m e k ı r a s ı d ı r .

v) İşyeri açma ve işletme mevzuatından doğan idari izinlerin (çalışma izni ve işletme ruhsatı) kiralayan tarafından mı devredildiği, yoksa bunların ki-

yükümlülüğü şartları dışında diğer kriterlerin her olayda kumulaiif biçimde bulunmasının zorunlu olmadığını ifade etmektedir. s. 141.

¹⁵ ARZBÖCK. s.134 vd., 140 vd.: aynı yönde FOERSTER. s. 46.

1SJ FOERSTER. s. 45-46.

racı tarafından mı alındığı hususu, sözleşmenin niteliğinin tayininde tek başına belirleyici değildir.

vi) Kira bedelinin hesaplanmasında cironun dikkate alınıp alınmadığı ya da aylık mı yıllık mı ödendiği ise sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde tek başına belirleyici değildir.

Son olarak tarafların bir işyeri kirası ya da ticari işletme kirası sözleşmesi yaparken bu ikisinin birbiriyle karışması ve bundan dolayı da farklı hukuki sonuçların doğacak olması hususunu dikkate alarak, sözleşme metninin hazırlanmasında gerekli özenin gösterilmesi gerektiği ifade edilmelidir¹⁵⁴.

111. Adi Şirket ve Hasılat Kirası

Hukukumuzda iki veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişinin adi şirket halinde ticari işletme işletmesinin mümkün olduğu büyük bir çoğunlukla kabul edilmektedir (TK m. 14/1; yTTK m. 12/1)¹⁵⁵. Bu yüzdendir ki ticari işletme kirası bağlamında hasılat kirası ile adi şirket sözleşmesinin karşılaştırılması ihtiyacı hasıl olmuştur. Gerçekten de iki veya daha fazla kişinin bir ticari işletme etrafında bir araya gelmeleri halinde ortaya çıkan ilişkilerin hukuki niteliğinin araştırılması gerektiğinde, sorulan sorulardan biri de "hasılat kirası mı, adi şirket mi" sorusu olacaktır. Diğer yandan tarafların ticari işletme kirasını gizlemek için adi ortaklık sözleşmesi¹⁵⁶ ve adi ortaklık söz-

¹⁵⁴ STROBEL, s. 10.

¹⁵⁵ Adi şirket vasıtasıyla ticari işletme işletilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz., ANSAY, T.: Adi Şirket, Demek ve Ticaret Şirketleri, Ankara, 1967, s. 155 vd.; DOMANİÇ, H.: Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul. 1988, s. 74-75; BARLAS, N.: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Bası, İstanbul, 2008, s. 33-34; ARKAN, I 13-114; KAYAR, İ.: Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescil, Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002, s. 479 vd.; YONGALIK, A.: Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara, 1991, s. 58-59; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 64, 103-104; farklı görüş KARAYALÇIN, Şirketler Hukuku, s. 131; aksi yöndeki İsviçre ve Alman doktrin ve uygulaması hakkında bkz. MEIER-HAYOZJFORSTMOSER, s. 119 N. 61 vd., s. 288 N. 23 vd., Yazarlar adi şirket ile ne gelir elde etmek ve paylaşmak amacı ile (doğrudan) ne de demek ve vakıflarda olduğu gibi "amacına varmak için" (dolaylı) ticari işletme işletemeyeceği görüşündedirler, bkz. ayrıca PULAŞLI, Şerh, C. I, § 1 N. 18; ULMER, P.: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, systematischer Kommentar der §§ 705-740 BGB, 2. Aufl., München, 1986, Yor§ 705 N. 12, § 705 N. 111.

¹⁵⁶ Muvazaalı adi ortaklık sözleşmeleri hakkında bkz. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 79 vd., işyeri kirasının altına gizlenmiş adi ortaklık sözleşmesinin konu edildiği Yargıtay kararı (Y. 13. HD, T. belirtilmemiş, E. 1974/6007, K. 1975/3915) için bkz. s. 80-81. Konusunu, görünüşte işyeri kirası ancak gerçekte ticari işletme kirasının (kereste ve parke fabrikasının "kiralınması") altına gizlenmiş adi ortaklık sözleşmesinin teşkil ettiği bir Yargıtay kararı (Y. 13. HD, T. 08.06.1987, E. 1962, K. 3398) için bkz. s. 84-85. Ayrıca bkz. YAVUZ, N.: "Kiralayan, Kira Sözleşmesinde (Yaptığı Bedelde Muvazaaya) Dayanabilir Mi?", Tırkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y. Şubat 2003, S. 117, s. 1 vd.

kişme inı gızlcmek için de ticari işletme kirası sözleşmesi yapmaları da ih. umal dahilindedir¹⁵⁷

Adi şirket sözleşmesi ile hasılat kirası sözleşmesini. özellikle ticari iş. letme kirasını birbirleriyle kıyaslarken sözleşme, sözleşmenin konusu ve ga. ye unsurlarını ?ö? önünde bulundurmak gerekir. Her iki sö?l ?fme?in. kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi olmadan akdedilebilmesi¹, adı şirkette emeği n^d _e sermaye olarak konabilmesi (BK m. 521/1; yTBK m. 621/I)¹⁶² ve hasılat kirasında kiracının işletme faaliyetinin bir tür emek sarfı niteliğinde ?iması _ . hasılat kirasının iştirakli kira (*Teilpacht, partiariscle Pacht*) şek. lı nde bir alt türünün bulunması (BKm. 1?O/II; yTBK m. 357/11) ve burada kiral a? a? in işletmeyi belli ölçüde olsa gözetim hakkına sahip olması¹⁶³, her iki s. o. zleşm eni n^d e tarafları arasında sürekli borç lı şki sı k urması g i b i h u- sus! a? , 1 k i s özleşme tipinin birbirine yaklaşmasına ve araların ?? ki sınırları nı tayininin zorlaşmasına sebep olmaktadır. Adi şirket sözleşmesinin çok farklı amaçlarla ?? ? ll ? nılabilmesi de karışıklığın bir diğer nedenidir¹⁶⁴. Bun? ? ? ? ? ka soı: rıut ılışkıde örneğin, "kiralayanın" işletme içinde kendi emeğini san etm _e sı v? bunun karşılığında dakendisine normal bir kira miktarını aşacak şekil _d? ? ardan pay alma imkanının verilmiş olması gibi hallerde, iki sözleş- me tıpının birbiriyle karışması muhtemeldir¹⁶⁵.

Her iki sözleşmenin birbirinden ayrılmasında, tarafların gerçek iradeleri yanında¹⁶⁴, somut olayın özelliklerinin de bir bütün olarak değerlendirilmesi ve buna göre bir sonuca varılması gerektiği açıktır¹⁶⁵. Diğer yandan tarafların hukukî ilişkiyi tavsiflerinin bağlayıcı olmadığının hatırdı tutulmasında fayda vardır¹⁶⁶.

¹⁵⁷ ŞENER, Adi Ortaklık, s. 84-85.

¹⁵ K. DOMANIÇ, AKKŞ. s. S; CANSEL, s. 42; Y. 13. HD, T. 02.05.1975. E. 1974/5853. K. 1975/2972, (YALMAN. M. İTAYLAN, E.: Adi Ortaklık, Ankara. 1976, s. 65).

¹⁵⁹ DOMANIÇ, AKKŞ, s. 6-7.

^{161.1} Karş. CANSEL, s. 55.

¹⁶¹ CANSEL, s. 51; ayrıca bkz. HERRMANN, s. 52-53.

¹⁶² Karş. ALTAŞ, s. 293-294; BARLAS, N.: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkile- ri. 2. Bası, İstanbul, 2008, s. 8-9; ULMER, Yor§ 705 N. 72. ANSAY da adi şirket hüküm- lerinin dernekler, ticaret şirketleri hatta ortak eser sahipleri hakkında uygulanabileceğine atıfta bulunarak, bunu diğer şahıs birlikleri arasında "ana şirket" olarak nitelemektedir, ANSAY. Adi Şirket, s. 34.

¹⁶³ KNOPPE. s. 23; EMMERICH, in: STAUDINGERS. Yorbem. zu § 581 . 43: STROBEL. s. 10.

¹⁶⁴ KNOPPE. s. 23; STROBEL, s. 10; TEKİL, F.: Şirketler Hukuku, İstanbul, 1981, s. 120.

¹⁶⁵ EMMERICH, in: STAUDINGERS, Yorbem. zu § 581 N. 44; ULMER. Yor§ 705 N. 77 ve dn. 203'de anılan mahkeme kararları; LINDENMEYER. s. 74: BGE 99 il 303. 305; ay- rıca bkz. BARTA. s. 825.

¹⁶⁶ STROBEL. s. 10; ULMER, Yor§ 705 N. 77.

Gerek hasılat kirasının gerek adi şirketin bir sözleşme olduğunda şüphe yoktur. BK m. 520/l'de (yTBK m. 620/l) ter alan ve aynı zamanda adi şirketin de tanımı olarak kabul edilen hükme¹⁶⁷ göre, "şirket bir akittir ki onunla iki veya ziyade kimseler, saylerini ve¹⁶⁸ mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam ederler"¹⁶⁹. Buna göre adi şirketler iki veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişinin menfaat ve kazanç temin etmek amacıyla, kanunen yasak olmayan her türlü maksat ve mevzuda işbirliği içinde faaliyet göstermek üzere bir araya geldikleri bir hukuki ilişki olarak tarif edilebilir¹⁷⁰. Ortaklar bu şirket türünde, ticari ya da esnaf işletmesi işletmek gibi ticari amaçlar güdebilecekleri gibi ziraî ya da meslekî türden, iktisadî ama ticari olmayan amaçlara ulaşmak da isteyebilirler (BK m. 521-522; yTBK m. 621-622)¹⁷¹.

Hasılat kirasında her zaman iki taraf bulunurken, adi şirket sözleşmesinde en az iki veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişinin iradelerini açıklaması gereklidir. Adi şirket sözleşmesi ile tüzel kişiliği olmayan bir şahıs birliği oluşturulması amaçlanmaktadır¹⁷². Adi şirket ilişkisi ile hasılat kirası arasındaki bir diğer ortak nokta ise, her ikisinin de taraflar arasında sürekli borç ilişkisi, bir başka ifadeyle sürekli edimler doğurmasıdır¹⁷³. Her iki sözleşmedeki süreklilik özelliği, borçlar hukuku ile kişi ve şirketler hukuku arasında bağlantılar kurulmasına yol açabilir¹⁷⁴. Süreklilik, ilişkinin taraflarına BK' da düzenlenmiş tipik akdi borçlarının yanında ayrıca, kaynağını MK m. 2'de bulan doğruluk ve güven ilkesine uygun davranma yükümü de yükler ki

¹⁶⁷ **Karş. KARAYALÇIN**, Şirketler Hukuku, s. 125-126; **BARLAS**, s. 12-13.

¹⁶⁸ Hükümde geçen "ve" kelimesinin "veya" şeklinde anlaşılması gerektiği (karş. BK m. 521/1 c. I) yönünde bkz. **BARLAS**, s. 13; **ŞENER**, Adi Ortaklık, s. 1 dn. 1. Kanaatimizce hükümdeki "ve" kelimesinin "ve/veya" şeklinde anlaşılmasının önünde de herhangi engel yoktur. "Ve" kelimesi yTBK m. 620/l'de de muhafaza edilmiştir.

¹⁶⁹ **B** K m. 520'deki tanımın eleştirisi ve doktrindeki diğer adi şirket tanımları için bkz. **BARLAS**, s. 12 vd. yTBK m. 620/1 ise şu şekildedir: "Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştinneyi üstlendikleri sözleşmedir."

¹⁷⁰ **DOMANIÇ**, **AKKŞ**, s. 71; **POROY** (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 12-13 N. 19 ve s. 38 N. 70a; **PUL.AŞLI**, s. 11-12, 19; **YONGALIK**, s. 4-5; **YAVUZ**, s. 909; **ALTAŞ**, s. 146.

¹⁷¹ **DOMANIÇ**, **AKKŞ**, s. 74-75; **POROY** (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 38 N. 70a, 46 N. 77-78; **YONGALIK**, s. 10-11; **MOROĞLU**, E.: "Adi Şirkete Dair", Makaleler il, İstanbul, s. 264-265; **PUL.AŞLI**, s. 15, 23; adi şirket bağlamında "gaye" hakkındaki aynntılı tartışmalar için bkz. **ANSAY**, Adi Şirket, s. 37 vd.

¹⁷² **YAVUZ**, s. 908; **LINDENMEYER**, s.73.

¹⁷³ **TEKİNAYIAKMAN/BURCUOĞLU**, s. 11; ayrıca bkz. **EREN**, s. 99-100; **GAUCH**, P.: Das System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss., Freiburg (Schweiz), 1966, s. 10, 15.

¹⁷⁴ **GAUCH**, Beendigung von Dauerverträgen, s. 7.

(karş. BK m. 278/J. 279; 526, 528; yTBK m. 364/1, 365, 626, 628), her ıkı sözleşmenin haklı nedenlerle sona erdirilmesine izin verilmiş olması (BK n1 274/111¹⁷⁵, 286, 289, 535 b. 7; yTBK m. 358, 324, 369, 639 b. 7), kanaatimizce bu durumun bir ifadesidir. Bundan başka adi şirkete bir ticari işletmenin sermaye olarak getirilmiş olması halinde (BK m. 521/I; yTBK n1. 621/1)¹⁷⁶, kiraya ilişkin hükümlerin (BK m. 272/1, 251-253; yTBK m. 360/1, 304-319-320, 309) kıyasen uygulanması da söz konusu olabilecektir (BK n1. 521/II; yTBK m. 621/1)¹⁷⁷. Ancak bu durum ticari işletme kirası sözleşmesinin adi şirket sözleşmesi ile birleşik ya da karma sözleşme teşkil edecek şekilde bir araya geldiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira ticari işletmenin adı ortaklığa getirilmesi, sermaye koyma amacına yönelik olup, diğer nak ya da ortaklarla bir ticari işletme kirası sözleşmesi yapmak değildir. Aksi yorum BK m. 521/II (yTBK m. 621/II) hükmünün sözü ve özü ile de bağdaşmaz. Bu son durumda adi şirket ortakları TK m. 14/I'de (yTIK m. 12/1)

¹⁷⁵ AR PACI, BK m. 274/III'ün (yTBK m. 358. 324) adi kira hakkındaki muadil hükmü olan BK m. 252/III'e (yTBK m. 324-325) ilişkin olarak "BK. 252 hükmünün sınırlarında ise, aklı sebebiyle kira sözleşmesinin feshine ilişkin hakların saklı olduğu belirtilmiştir ki, hukumlc, BK. 264 hükmüne atıf yapılmak istenmiştir" demek suretiyle, BK m. 252/11(ile m. 274/III'de müstakil bir fesih hakkının düzenlenmemiş olduğuna, bunların aslında BK m. 264 ile 286'ya (yTBK m. 331, 369) gönderme yaptığını işaret etmiştir, Kira Hukuku. s. 62. Yerinde olan bu görüşe katılmak gerekir; ayrıca bkz. Y. 12.10.2000, E. 2000/8689, K. 2000/9920: "kira konusu bir taşınmaz ise ve kiracının şahsında kendini gösteren engel, onun kusurundan ileri gelmemiş, önceden görülmesi mümkün olmaması ve sözleşmenin devamını tahammül edilemez hale getirecek derecede önemli ise, kiracı tam tazminat vermek ve BK. mad. 262 veya mad. 285'deki feshi bildirme sürelerine {adi kirada üç ay veya on beş gün, hasılat kirasında altı ay} uymak şartıyla sözleşmeyi feshedebilir. Bu olanak BK. mad. 252/III ve mad. 274/III'de tanınmış bulunmaktadır. Zira bu hükümler, böylece BK. mad. 264 ve mad. 286'daki önemli nedenler (önemli nedenlerden amaç, sözleşmenin kurulmasında var olan kişisel ve nesneye ilişkin maddi nitelikteki önemli koşulların hükümsüz hale gelip gelmediğidir) dolayısıyla fesih hakkını saklı tutmaktadır. Böyle hallerde kiralayanın zararı tazmin edilmelidir. Zira kiralayan fesih (dönme) anından itibaren kira bedeli istemine sahip değildir".

¹⁷⁶ YONGALIK, s. 58. 65; POROY (POROYFEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 24 N. 54. s. 47 N. 78; PULAŞLI, s. 16, 18; DOMANIÇ, AKKŞ, s. 7;

¹⁷⁷ YONGALIK, s. 59, Yazar, "sermaye payı olarak ticari işletmenin mülkiyet hakkı getirilmeden sadece işletme hakkı da konulabilir" demek suretiyle hasılat kirası ilişkisine işaret etmiştir.

¹⁷⁸ Birleşik (mürekkep) ve karma sözleşmeler hakkında bkz. TANDOĞAN, C. I/1, s. 69 vd.: YAVUZ, s. 19 vd.; KUNTALP, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971, s. 102.

¹⁷⁹ KUNTALP de bazı sözleşme türlerinde başka sözleşmelere ilişkin hükümlere atıf yapımalarının bir zarurenen kaynaklandığını, böylelikle bazı sözleşme tiplerine açık bir nitelik kazandırıldığını ve "belli bir akit tipine bağlanmış hükümlerin, bu tipe benzerlik gösteren somut bir ilişkiye uygulanabilmesi imkanının tanınması[nın], hukuki güvenin ve içtihatların yeknesaklığının sağlanması bakımından zaruri" olduğunu yerinde olarak ifade etmiştir, s. 54. Bu bağlamda KUNTALP'in şu görüşleri de zikredilmelidir: "Şirket akdi, tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı sinalagmatik akitlerden farklı olarak, ni-

yer alan "kısmen dahi işletme" kıstası sebebiyle tacir sıfatını kazanacaklar, işletme nedeniyle yapılan işlemlerden dolayı hak ve borç sahibi olacaklar ve elde edilen kar ya da zararı aralarında taksim edeceklerdir (BK m. 522-523; yTBK m. 622-623). Oysa bir ticari işletme kirasında işletmenin işletilmesinden doğan hak ve borçlar yalnızca kiracıya aittir. Adi şirkette işletme rizikoları tüm ortaklara ait iken, ticari işletme kirasında kiracıya aittir. Anılan bu hususlar dahi, şirketteki "ortak gaye" ve hasılat kirasındaki "zıt menfaatler" unsurunu vurgulamaya yeterlidir. Hasılat kirasında esas olarak kiralayan kira bedeli, kiracı ise kiralananı işleterek hasılat elde etme amacını taşırken ve bundan dolayı da tarafların hak ve borçları bir değişim (*synallagmatik*) bir ilişkisi içindeyken¹⁸⁰, adi şirkette her ortak, müşterek gaye uğrunda emek ve/veya sermayelerini getirmek ve bunları şirketin emrine vermekle yükümlüdür (*societas*) (BK m. 521; yTBK m. 621)¹⁸¹. Varılan bu sonuç, ortaklardan birinin ticari işletmeyi, diğerinin ise emeği ya da başka bir değeri sermaye olarak getirdiği iki ortaklı adi şirketler bakımından da değişmez¹⁸². Bir ortağın işletmeyi sermaye olarak getirdiği diğer ortağın ise idare görevini üstlendiği ve kardan da belli bir pay almasının öngörüldüğü adi şirket sözleşmeleri ile kiralayanın, ticari işletmenin kar ve zararına katılmasının, kiracının da işletmenin değer artışlarından istifade etmesinin kararlaştırıldığı ticari işletme kirası sözleşmelerinde, iki sözleşme tipi birbirine yaklaşırsa da aradaki temel farklılıklar kendisini koruyacaktır¹⁸³.

Tipi, edimin yüklenilme şekline ve muhtevasına bağlı olmayan şirket sözleşmesinde *societas*, edim bağlayıcı unsur olarak ortaya çıkmaktadır¹⁸⁴. Şirket sözleşmesi ikiden fazla tarafa borç yükleyen tek sözleşme tipi olarak, bir tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler karşısında çok taraflı (kollektif) sözleşmeler kategorisindedir¹⁸⁵. Adi şirkette ortakların menfaatlerinin aynı ve tek bir gayeye yönelmiş olması, ortakların

liği itibarıyla çeşitli edim muhtevalarını bünyesinde, herhangi bir tip karışımı söz konusu olmaksızın, birleştirebilir. [...] Görülüyor ki, şirket akdi, niteliği itibarıyla, karışık muhtevalı aktin doğumuna yol açamaz. Başka bir deyişle katılma payı olarak çeşitli edim türlerinin yüklenilmesi halinde, ortaya karışık muhtevalı bir akit çıkmaz", s. 74.

¹¹¹⁰ Sözleşmelerin, borç altına giren taraf sayısına göre (edim ilişkisine göre) sınıflandırılması hakkında bkz. *EREN*, s. 193 vd.; *TEKİNAYIAKMAN/BURCUOĞLUALTOP*, s. 53.

¹⁸¹ Uygulamada şirket sözleşmeleri ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin değişik amaçlarla kombine edilmesi mümkündür, bkz. *SCHMIDT*, Gesellschaftsrecht, s. 1455.

¹⁸² *KLEIN-BLENKERS*, s. 59.

¹¹¹ *KLEIN-BLENKERS*, s. 59; *HARKE*, in: *MüKo-BGB*, § 581 N. 24.

¹⁸⁴ *KUNTALP*, s. 71; *EMMERICH*, in: *STAUDINGERS*, Vorbem. zu § 581 N. 43.

^{1&S} *TEKİNAYIAKMAN/BURCUOĞLUALTOP*, s. 54; *EREN*, s. 195-196; *MOROĞLU* da "adi ortaklıkta ortakların katılma payı taahhütleri arasında edimler birleşimi durumu" olduğunu ifade etmektedir. *MAKALELER* il, s. 261. *BARLAS* "çok taraflı sözleşme" terimini eleştirmektedir, s. 60.

edimlerinin *değişim* değil, deyim yerindeyse *kooperatif* bir ilişki içinde ol-
 ması sonucunu doğurmuştur¹⁸⁶ _ Hak ve borçlar ortaklara, birbiri¹⁸⁷ e zıt **kişi**¹⁸⁸!
 ya da grupsa-l¹⁸⁹ enfa¹⁹⁰ tlerin gerçekleştirilmesi için değil, ortak şirket a¹⁹¹ acı-
 nın gerçekleştirilmesi için verilmişlerdir. Edimler bu amaç uğruna birleş.

186

MEIER-HAYOZ/FORSIMOSER, s. 25 N. 68; BARLAS, s. 58-59; ALTAŞ, s. 294; Bkz. Y. H<:3K, : :1.12.1963, E. 4/26, K. 96: "[...] çünkü ortaklık, karşılıklı borçlu-1 2 2 ps 2 yan_b1r 2 it değil 2 ir, herkesin belli bir amaca ermek için bir takım borçlar altın 2 girdığı hır akıttır kı bundaki borçlar, hukuk bakımından birbirinin karşılığı sayılmaz. Bir ortağın sermaye borcunu yerine getirmekten kaçınması, diğer tarafa ancak **BK** 535. maddesin'ın 7. bendi uyarınca ortaklığın feshini isteme yetkisini verir ve ortaklık haki 2 2 n kararı _ile ort 2 an kalkar [...]", aktaran *PULAŞLI*, s. 25 dn. 41. Bu bağlamda *KALPSUZ'un* şu ifadeleri de anılmalıdır: "Karşılıklı akitlerde akitlerin akitle deruhte ettikleri edalar, akdin mahiyet ve nev' initayin eder; şirketlerde ise affectio societatis (iştirak kasdı) aslolup, akitlerin edalar-ı talı bir rol oynar", aktaran *TEKİL*, Şirketler Hukuku, s. 112 dn. 5; ayrıca bkz. *KUNTALP*, s. 59 dn. 169; *GAUCH*, Beendigung von Dauervertragen, s. 15-16.

187

KUNTALP, s. 73; *BARLAS*, s. 24-25; ayrıca bkz. *KLINGLER*, s. 36-37; *HERRMANN*, s. 53. Diğer yandan ortakların ortaklığa katılırken farklı menfaatlerden/saiklerden hareket etmiş olmaları müşterek gayenin bulunmadığı anlamına gelmez, buna zarar vermez, bkz. *MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER*, s. 21 N. 54 vd.; BGE 94 11 122, 126; *ULMER*, § 70S N. I14.

188

Karş. *KLINGLER*, s. 36.

189

YALMAN/TAYLAN, s. 19; *KLINGLER*, s. 37.

190

Adi şirketlerde malvarlığı hakkında bkz. *ANSAY*, Adi Şirket, s. 137 vd.; *KÜBLER, F./ASSMAN*, H.-D.: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Untemehmen, 6. Aufl., Heidelberg vd., 2006, s. 57. "Ortakların iştirak halinde mülkiyetindeki "şirket malvarlığının", ortakların şahsi malvarlıklarından ayrılması gerektiği" ifadesi ile hukukumuzda adi şirketin kısmen dahi olsa hak ehliyetini ve giderek tüzel kişiliği haiz olduğu hususunun kastedilmediği ifade edilmelidir, BGHZ 146, 341 vd. (*ARGE Weij3es Ross Kararı*) bağlamında isabetli değerlendirmeler için bkz. *BARLAS*, s. 76; ayrıca bkz. *BİLGİLİ*, F.: Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal

kar şeklinde, ortaklara geçerler. Bu açıdan bu sözleşme tipinde ivazlılıktan ancak dolaylı biçimde söz edilebilir¹⁹¹.

Şirket sözleşmesinin unsurları açısından yapılan bu değerlendirmeler dışında, taraflar arasındaki sözleşmenin içeriği de iki sözleşmeyi birbirinden ayırma açısından önem kazanabilir. Eğer sözleşmede "kiralayana" (kiralayan görünümündeki ortağa) BK m. 524-525 (yTBK m. 624-625) anlamında şirket idare ve şirket kararlarına katılma yetkisi verilmişse artık bir hasılat kirasından değil, şirket sözleşmesinden bahsetmek gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu durumda müşterek gayenin yanında bunun gerçekleşmesi için aktif biçimde gayret gösterme unsurunun da gerçekleşmiş bulunduğu açıktır¹⁹². "Kiralayana" tanınan bu türden haklar, tarafları "adi şirket ortağı" haline getirecektir¹⁹³. Ancak burada "kiralayanın" kardan istifade, yönetim ve/veya denetim yetkilerine sahip olduğunun ya da olmadığının sözleşmede belirtilmiş olup olmaması kadar, sözleşmenin fiilen nasıl ifa edildiği de değerlendirmelerde göz önünde tutulmak gerekir¹⁹⁴. Bundan başka ticari işletmenin (gerçekte ticari işletmenin maddi ve gayri maddi unsurlarının), ortak bir gayeye erişme yolunda sermaye koyma borcunun ifası için mi (*causa societatis*) (BK m. 521; yTBK m. 621), yoksa hasılat sözleşmesinden doğan kiralananın teslimi borcunun ifası ve böylece kararlaştırılan kirayı talep için mi (*causa credendi, acquirendi*)¹⁹⁵ (BK m. 272; yTBK m. 360) devredildiği hususu da, taraf iradelerinin yorumunda önem kazanacaktır¹⁹⁶.

Mahkemesi'nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum, Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002, s. 209 vd.

¹⁹¹ KLINGLER, s. 37; MEIER-HAYOVFORSTMOSER, s. 28 N. 78 vd.; KUNTALP, s. 72; BARLAS, s. 84 vd.

¹⁹¹ KLINGLER, s. 37; LINDENMEYER, s. 74; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 24; STROBEL, s. 1 l; ayrıca bkz. TEKİL, Şirketler Hukuku, s. 121; HERRMANN, s. 53; ayrıca bkz. EMMERICH, in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 44, Yazar, taraflar arasında ortak bir kasanın bulunmasını, her iki tarafa da kasadan para alma hakkının tanınmış olmasını ve ortak işletme planları yapılmış olmasının, ortak bir gayenin varlığına işaret ettiğini ifade etmektedir; aynı yönde bkz. ULMER, Yor§ 705 N. 79.

¹⁹³ HIGI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis(Art 275-304) N. 139.

¹⁹⁴ HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 24.

¹⁹⁵ Sinallagmatik sözleşmelerde (borçlandırıcı işlemlerde) tarafların borçlarını "do ut des" ilişkisi içinde yerine getirmeleri halinde bunun hukukî sebebi olarak *causa credendi, acquirendi* hakkında bkz. HÜBNER, H.: Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl., Bertin vd., 1996, s. 288 N. 636. Gaye (*causa*) anlaşmalarının türlerinin sınırlı olmadığı, aslında kazandırmanın gayesi olarak tarafların üzerinde anlaştıkları her gayenin, kazandırmanın hukukî sebebinin teşkil edeceği ve örneğin yenileme sebebinden (*causa novandi*), tespit sebebinden, cihaz sebebinden (*dotis constituenda*), bir şartı yerine getirme sebebinden (*condicionis implendae causa*), bir müstakbel sebebin ifası sebebinden (*datio on rem, ob causam faturam*) ve nihayetinde inanç sebebinden (*causa fiduciae*) söz edilebileceği yönünde bkz. ÖZ.SUNAY, E.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta inançlı Muameleler, İstanbul, 1968, s. 90-91; ayrıca bkz. Almanya Federal Mahkemesi'nin 8.5.2006 tarih ve

ortaklar arasında elbirliği ortaklığı yaratan yönü de gözden kaçmamalıdır¹⁹³. Bu durum, kanunun adi şirket sözleşmesine aynı bir etki bağladığını da göstermektedir (karş. BK m. 534 c. 1¹⁹⁹, ayrıca bkz. c. 3; yTBK m. 638/I, III)m. Gerçekten de BK m. 534 c. 1 (yTBK m. 638/D ile ortaklar arasında, aksi kararlaştırılabilir bir "yasal mal rejimi" yaratılmıştı²⁰¹. Oysa tipik bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak hasılat kirasının, tarafların malvarlıkları üzerinde bu türden bir etkisi bulunmamaktadır. Hasılat kirası bakımından yalnızca, bu sözleşme ile aynı anda ancak ondan bağımsız olarak akdedilen ve bir tasarruf işlemi (aynı sözleşme) niteliğindeki "*sahiplenme (mülkiyetine gefirme) izninden*" (*dingliche Aneignungsgestattung*) bahsetmek mümkündür⁰². Ancak bu da kolayca anlaşılabileceği gibi, taraflar arasında bir ortaklık bulunduğunu değil, sözleşmenin ifasının aynı etkilerini izah eder. Bu son hususlar, tarafların sözleşme iradelerinin yorumunda rol oynayacak noktalardandır. Zira

¹⁹⁸ DOMANIÇ. AKKŞ, s. 95; POROY (POROY/FEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 50 N. 82; BARLAS, s. 84 vd; SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 1422, 1471 vd.

¹⁹⁹ Hükümdeki "müştereken" ifadesinin "iştirak (elbirliği) halinde" şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. ANSAY, Adi Şirket, s. 138; BARLAS, s. 84-85; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 181.

²⁰⁰ ULMER, § 705 N. 127 vd.; roma hukukunda olduğu gibi modern hukukta da ortaklık sözleşmesinin sadece borçlar hukukuna ilişkin bir etki yarattığı, aynı bir tesirinin olmadığı ileri sürülmüştür. bkz. ŞENER, O. H.: "Roma Hukukunda Ortaklık Akdi ve Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002, s. 721. Ancak Yazar'ın da ifade ettiği gibi roma hukukunda şirket sözleşmesi (*societas*) ile ortaklar arasında müşterek mülkiyet söz konusuydu, s. 717 vd.. nitelikim bkz. s. 719 dn. 74; ayrıca bkz. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 179, "Bu şekilde teşkil edilen ortaklık mameleki üzerinde, -kural olarak- ortakların elbirliği halinde mülkiyeti söz konusudur. Elbirliği ile mülkiyet ancak kanunda belirtilen hallerde olur. İşte o durumlardan birisi de adi ortaklık ilişkisidir. Elbirliğiyle mülkiyet, bir adi ortaklığın varlığının sonucudur. Ancak adi ortaklığın hiçbir şekilde amacı değildir. [...] Bu şekilde kural olarak elbirliğiyle mülkiyetin benimsenmesiyle, adi ortaklığa ait malvarlığı üzerinde özel bir rejim teşkil edilmektedir. Ortaklar elbirliğiyle mülkiyeti kabul etmekle, kendi sözleşmesine! bağlantılarına belirli bir dış etki sağlamış olmaktadır", s. 181.

²⁰¹ SCHMIDT de adi şirketlerin zorunlu olarak iştirak halinde mülkiyetin (*Gesamthandsvermögen*) sebebi olmadığını ifade ettikten sonra, tipe ait temel özellikler olarak da, dış şirketler bakımından kuralın bunların daima bir elbirliği ortaklığı (*Gesamthandsgesellschaft*) olduğunu, iç şirketlerin ise kural olarak elbirliği ortaklığı olmadığını vurgulamaktadır, Gesellschaftsrecht, s. 1419, 1422, 1541. Ancak SCHMIDT'in "*ARGE Weifies Ross Kararından*" (BGHZ 146. 341 vd.) çok önce elbirliği ortaklığından. malvarlığının iştirak halinde mülkiyet şeklinde ortaklara ait olmasını değil, doğrudan şirkete (elbirliği ortaklığına) ait olmasını anladığını vurgulamak gerekir, örneğin bkz. Gesellschaftsrecht. s. 171 vd.. 1436 vd.

²⁰¹ HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 3; BOLLER, s. 11; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 171; WILHELM, Sachenrecht, s. 372 N. 946 vd. BARTA kanun ile kiralayana tanınmış olan hapis hakkının da (BK m. 281/son, 267 vd.) kiralaayan ile kiracı arasında bir eşya hukuku ilişkisi kurduğunu ifade etmektedir, s. 399.

hırlat kira sözleşmesi Laraflarının aralarında herhangi bir birlikte mulkiyet ilişkt yaratmayı amaçladıkları düşünülemez.

. Yukarıdaki açıklamalar ışığında ..müşterek gayenin" adi şirketin vazgeçilmezunsuru olduğu ortaya çıkmış bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tüm unsurları bunu_n etrafında toplanırlar2o3_ Adi şirkette ortakların amacı tek ve ayn_1 lmal_1, bir_veya birkaç ortağın menfaatlerinin diğer ortaklarca gerçekleştirilmesişeklinde hizmet, istisna ya da vekalet benzeri ilişkiler söz konusu olmamalıdır2 . ?enI olarak şirket akdine özgü olan ve adi şirketede aranana *affectiosocietatis* unsuru, ortakların müşterek gaye uğrunda birlikte ça-1 .?la:,m. zo-nlu kılar2o5. "Birlikte çaba gösterme yükümlülüğü" aslım yukum nitliğinde olup süreklilik arzeder2o6_ *Affectio societatis*, yukarıda

yer ve :ile_s_ozleme nitelikleri yanında, adi şirketi, sonuca katılma hakkı veren kara iştiraklı (sonuca katılmalı) karz201, kara iştiraklı hizmet (B m. 323 iTBKm. 40/l_ve (iştiraklı) hasılat kirasından ay_ran en önemli k

sustu • Menfaat birlığı ve müşterek gaye için ifanın soz konusu olduğu

103 PO ROY (POROYFEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 23_24 N. 50-51; TEKİL, Şirketler Hukuku, s.111-112; KUNTALP, s. 72; BARLAS, s. 24; MEIER-HAYOVFORSTMOSER, s. 19-20 N. 50-51; ULMER, Yor§ 705 N. 71. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 49 vd., 1454 d.; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. '24 Yazar ortak gayenin şirket için kuru_cu nitelikte(konstitutiv) olduğunu ifade etmekte; "eşitlik" ve "işbirliğinin" şirket akdinin asli unsuru olmadığı yönündeki görüş içinbkz. KARAYALÇIN, Şirketler Hukuku, s. 62. YAVUZ, s. 909; BARLAS, s. 25; ayrıca bkz. DOMANIÇ, AKKŞ, s. 14.

105 YAVUZ, s. 909; DOMANIÇ, AKKŞ, s. 12 vd.; PULAŞLI, s. 18-19; BARLAS, s. 35 vd.; ORUÇ, Adı Ortaklık, s. 116 vd.; ORUÇ. TEOMAN Armağanı, s. 710 vd.; MEIER-HAYOVFORSTMOSER, s. 19 N. 50; LINDENMEYER, s. 73; ayrıca bkz. POROY (POROYFEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 38 N. 70a'da zikredilen Y.,I: J:11?'nin, 24.11.1980T., 1980/6387 E. ve 1980/6111 K. sayılı kararı. Kararda özele ilişkilerin yalnız ortaklık olarak tanımlanabilmesi için, [...] ilişkide ayrıca sözleşme-, sözleşmeyi-apa-cak işler, katılma payı, ortak amaç ve işbirliği öğeleri bulunmalıdır. Öğelrden sözleşmenin varlığı ise, ya bağlayıcı (iltizamı) işlem ya da amaç doğrultusunda çalışmanın varlığı ile belirlenir. Amaç doğrultusunda çalışma ise az-çok işbirliğini (affectio societatis) gerektirir. Bu ögenin bulunmaması, sözleşmeyi katılmalı hizmet ya da ödünç gibi öteki tür sözleşmelere kaydırır" denilmiştir.

206 Bkz. yalnızca BARLAS, s. 38.

207 Kara iştiraklı ödünç ile adi şirket sözleşmesi ayrımı hakkındaki BGE 99 il 303 vd.'nin değerlendirilmesi için bkz. TEKİL, Şirketler Hukuku, s. 113 vd.

208 POROY (POROYFEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 27 N. 60; DOMANIÇ, AKKŞ, s. 14-15; MOROĞLU, Makaleler 11, s. 265; BARLAS, s. 24, 37; EMMERICH, in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 44; BATTAL, A.: Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Özel Finans Kurumları, Ankara, 1999, s. 151 vd., 155; "sonuca katılmalı borç ilişkisi" ve sonuca katılmalı borç ilişkisinde şirket sözleşmesinin hiçbir esaslı unsurunun bulunmadığı hakkında bkz. KUNTALP, s. 74 vd.; KUNTALP, E.: Sonuca Katılmalı Odünç Sözleşmesi, Kavram ve Hukuki Niteliği, Ankara, 1980, s. 15 vd.; TANDOĞAN, C. I/2, s. 336 vd.; Y. 4. HD, T. 10.05.1966, E. 1965/4379, K. 1966/5530, YALMAN/TAYLAN,

s. 57; Y. 13. HD, 18.09.1975, E. 1975/231, K. 1975/5355, *YALMAN/TAYLAN*, s. 67; ay-

şirket akdinin unsurlarından olan ve "müşterek gayenin tahakkuku için, eşrt durumda, gayret ve özen sarfetmek yükümü" şeklinde de ifade edilen *affectio societatis*' in, zıt ekonomik menfaatlerin gerçekleştirilmesi amacını ıaşıyan ve karşılıklı ifanın söz konusu olduğu hasılat kirasında bulunmayacağı açıktı-209. Kiracı işletmeyi kendi adına ve hesabına kendi mali kaynakla ile ve riski kendisine ait olmak üzere işletmektedir²¹⁰. Kiralayanın safi ya da gayri safi kar üzerinden belli bir pay alacağı kararlaştırılan iştirakli kira ilişkisi (BK m. 270/II; yTBK m. 357/II) kiralayana işletme faaliyetleri üzerinde belli bir gözetim yetkisi vermesine rağmen, bu noktada müşterek gayeden bahsedilebilmesi ve bir şirket sözleşmesinin varlığının tereddütsüz kabulü mümkün değildir²¹¹. Tarafların bir şirket sözleşmesi akdetmiş olduğu so-

rica bkz. *KARAYALÇIN*, Şirketler Hukuku, s. 62, Yazar, "işbirliğinin", bir sözleşmenin kara iştirakli bir sözleşme mi yoksa şirket sözleşmesi mi sayılacağı yönünde. hakimın tarafların iradesini tespitte faydalanacağı bir unsur olabileceğini ifade etmiştir.

Ticari işletme kirası uygulamasında, kiralayanın kiracıya sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi ile borç vererek aynı zamanda mali kaynak yaratması da mümkündür, (karş. *KUNTALP*, Ödünç, s. 7-8, nitekim Yazar da sonuca katılmalı ödünç sözleşmesinin "bir teşebbüse (münferit tacir veya ticaret şirketi) bir miktar para[nın] ödünç veril[mesi] ve faiz yerine kardan hisse alın[ması]" şeklinde tanımlanabileceğini ifade etmektedir). Bu halde her iki sözleşmenin hukuki ve ekonomik olarak birleşmesi söz konusu olacaktır. "Kiralayana" yönetim ve gözetim yetkileri tanınmamış olmak ve "ödünç". sermaye koyma borcunun ifası şeklinde nitelendirilmemek şartıyla kanaatimizce bu ihtimalde bir adi şirket sözleşmesinden bahsedilemez, karşı. *KUNTALP*, Ödünç, s. 15-16.

²⁰⁹ *POROY* (POROY/FEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 27 N. 60; *KARAYALÇIN*, Şirketler Hukuku. s. 64; *HIGI*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art 275-304) N. 122; *LINDENMEYER*, s. 73; *KNOPPE*, s. 23; *KLINGLER*, s. 36; ayrıca bkz. *KUNTALP*. s. 72-73.

²¹⁰ Karş. Y. 4. HD, T. 13.04.1972, E. 75, K. 126, *ERDOĞAN*, Tahliye, 10. Baskı, s. 724; *HIGI*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art 275-304) N. 122; *ALTAŞ*, s. 294; İsviçre Federal Mahkemesi de verdiği bir kararda "taraflardan yalnız birisinin emeğini, gerçekleştirilmesi amaçlanan gayenin hizmetine sunmayı taahhüt etmesi halinde adi şirketin varlığından bahsedilemez. Böyle bir durumda yalnızca karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme bulunur" diyerek şirket sözleşmeleri ile sinallagmatik sözleşmeleri birbirinden ayırmıştır, BGE 94 N 122, 126-127.

²¹¹ Y. 4. HD, T. 13.04.1972, E. 75, K. 126, "Kira bedeli hasılatın bir kısmı ise buna iştirakli kira denir. Bu kiranın adi ortaklıkla ilgisi yoktur: [...] Kira bedelinin semere veya hasılatın bir kısmı veya bir payı olması şekli iştirakli kiradır. Bu kiraya B.K.271. maddesi uyarınca alat, hayvan yahut zahire de dahil olabilir. Adi ortaklık ile bir işletme kurulmasına karşılık iştirakli kirada sadece kiracının işletmesi söz konusu olmaktadır. Adi ortaklıkta; ortak bir teşebbüs, iştirakli kirada ise kiracının müstakil bir teşebbüsü vardır. Adi ortaklıkta ortakların hepsi zarardan sorumlu oldukları halde iştirakli kirada kiralayan zarardan sorumlu değildir. Tarla, tohum, traktör ve su motoru davacı tarafından, diğer giderler davalı tarafından sağlanmak ve araziler davalı tarafından ekilmek üzere taraflar arasında yapılan sözleşme bir iştirakli kira sözleşmesidir. Sözleşmede ayrıca tarla, traktör, tohum ve su motoru karşılığı verilecek payları ayrı ayrı gösterilmiştir. Ortada kiracının müstakil bir teşebbüsü mevcuttur[...]", *ERDOĞAN*, Tahliye, 10. Baskı, s. 724.

nucuna varabilmek için taraflar arasında menfaatler durumunun benzeşmesi sabit bir dönemsel kira bedelinin değil, cirodan/kardan pay vermenin kararlaşdırılmış olması, "kiralayanın" zarara da katılacak olması, "kiralayana" kiralananı teslim ve kullanıma ve işletilmeye hazır halde bulundurma borcunu aşan yönetim ve denetim yetkilerinin tanınmış olması *gibi* başka bir takım unsurların daha anılan maddi olguya eklenmesi gereklidir²¹². Gerçekten iştirakli hasılat kirasında kiralayan, kiracı tarafından belli bir dönemde yaratılan sonuca (hasılat) katılmaktadır. Kiralayanın katıldığı sonuç esasen kiracının yarattığı bir hasılat olmakla birlikte, karşılıklı iradeler sonucu buna kiralayanın katılmasına izin verilmektedir²¹³. Adi şirket sözleşmesinde ise ortakların faaliyetler neticesinde ortaya çıkan sonuca katılmaları her zaman²¹⁴ mecburi iken (BK m. 622, 623; yTBK m. 622-623), bir diğer deyimle bu şirket sözleşmesinin karakteristik (tipik) özelliklerinden iken, iştirakli kira, hasılat kirasında tipik bir unsur olmayıp, tamamen kira borcunun hesap ve ifa şekliyle

Ayrıca bkz. *KL/NGLER*, s. 36; *LINDENMEYER*, s. 73; *HIGI*, *Obligationenrech.* Yorbem. zum 8. Titelb" (Art 275-304) N. 139; *EMMERICH*, in: *STAUDINGERS*, Vorbem. zu § 581 N. 44-45; *KNOPPE*, s. 23; *HERRMANN*, s. 53; *STROBEL*, s. 10-11; *WEIDENKAFF*, in: *PALANDT*, BGB, 62. Aufl., Einführung von § 535 N. 20; *TEKİL*; *Şirketler Hukuku*, s. 119-120; *ALTAŞ*, s. 294; *CANSEL*, s. 55-56. Yazar roma hukukunda iştirakli kiranın bulunmadığını iddia edenlerce bunun şirket benzeri bir ilişki (*quasi societaris*) olarak tavsif edildiğini belirttikten (s. 51) ve iştirakli kiranın niteliği, özellikle de şirket sözleşmesi hakkında doktrindeki değişik görüşleri ifade ettikten sonra (s. 52 vd.) İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1919 tarihli şu kararını nakletmektedir: "Müddei, her ne kadar, akdin şirket akdi olduğunu söylemekte ise de, tarafların tesis ettikleri münasebet bir şirket akdi değildir. Çünkü, bu gayeye erişmek için, adı geçen akitte ne müşterek gaye, ve ne de müşterek vasıtalar vardır. Semerelerin yarısının, kiralayan sıfatı ile müddeiaJeyhe verilmesi vakiasından. istihraç ile, ortada bir şirket akdi olduğu iddia edilemez. Vakıada ise, bir hasılat kirasının, bilhassa, bir iştirakli kiranın mevcudiyeti daha galip bir ihtimaldir. Çünkü bu akitte, kira bedeli, kiralananan elde edilecek semerelerin muayyen bir hissesine tekabül ettiği gibi, bu miktar, çıkarılan semereye göre de kolayca tayin olunabilir. Kira bedelinin tayin edilmemiş olması, bu akdin bir hasılat kirası olmasına mani olmaz", s. 55.

Avusturya Medeni Kanunu m. 1 103'de iştirakli kira ilişkisi de bir tür adi şirket ilişkisi sayılmıştır. Anılan hükme göre "malik taşınmazını bir başkasına, devralanın bunu işletmesi ve devredene elde ettiği hasılatın örneğin üçte birini ya da yarısını vermesi şartıyla devrettiği takdirde, hasılat değil şirket sözleşmesi doğar. Bu sözleşme hakkında şirket hakkındaki hükümler uygulanır". bkz. *UNDENMEYER*, 74: ancak doktrin kanunun açık ifadesine rağmen bunu reddetmekte ve şirket sözleşmesinin değil, hasılat kirasının varlığını kabul etmektedir, bkz. *IRO*, G., in: *ABGB*, § 1103 N. 1 vd.; *BARTA*, s. 410.

²¹² *LINDENMEYER*, s. 74; *ULMER*, Yors 705 N. 79.

²¹³ *KUNTALP*, Ödünç, s. 5-6.

²¹⁴ "Her zaman" ifadesi ile sonuca (kara ve zarara) ortakların tamamının katılımı değil¹, faaliyet neticesi hakkında daima bir karar verilmesi gerektiği ifade edilmek istenmiştir.

ilgilidir ve uygulanması tarafların iradesine bağılı bulunmaktadır¹⁵. Ayrıca iştirakli hasılat kirasında ve sonuca katılmaJı ödünç sözleşmesinde olduğu gibi adi şirket sözleşmesinde taraflardan birinin pasif kalıp diğerlerinin faaliyetleri neticesinde elde edilen sonuclan pay almayı beklemeleri esasen *affectio societatis* unsuruna aykırıdır²¹. Ayrıca belirtilmelidir ki iştirakli hasılat kirasında kiralayanın katıldığı sonuç, esasen kiracıya ait. onun mülkiyetinde gerçekleşen bir artıştır. Oysa adi şirkette herhangi bir ortağı değil, **iştirak** halinde mülkiyet sebebiyle bütün ortaklara ait karın paylaşılması söz konusudur²¹¹. Bir diğer deyimle kar ya da zarar zaten adi şirket ortaklarının iştirak halinde mülkiyetinde doğmuştur sadece taksim edilmesi söz konusudur. Yine iştirakli hasılat kirasında kiralayanın sonuca katılmasının fiilen gerçekleşmesi, kiracının bu borcuna uygun davranmasına bağılıdır. Bu açıdan iştirakli hasılat kirasında aynı nitelikte bir talep hakkı doğmaz. Bu ise hasılat kirası sözleşmesi ile taraflar arasında herhangi bir mülkiyet ilişkisinin kurulmamasının tabii sonucudur.

Alman Federal Mahkemesi de örneğin taraflardan birinin diğerine hasılat katılım karşılığında belli bir işletme alanının devrini taahhüt etmesi halinde, bu kişi belli tedarik yükümlülüğü altına girmiş olsa dahi, üretimin türü ve hacmi hususunda her hangi bir söz hakkına sahip olmadığından ilişkisinin şirket değil, hasılat kirası olduğuna hükmetmiştir²¹⁸. Bunun gibi bir alışveriş merkezinin, bir seyahat acentesine, belli bir yüzde ile provizyonlara katılma karşılığında işyeri tahsis etmiş olması da yine şirket sözleşmesi olarak değil, hasılat kirası olarak nitelendirilmiştir²¹⁹. Ancak "kiralayanın" zarara da iştirak etmesinin kabul edildiği, özellikle şirket sözleşmesine özgü diğer unsur-

²¹⁵ Bunun da gösterdiği gibi bir sözleşmeyi karakterize eden esaslı unsurlarını değil de, *birçok* ifa modalitelerinin herhangi birisinden hareket ederek o sözleşmenin tipi konusunda değerlendirmede bulunurken dikkatli olmak gerekir. Nitekim sonuca katılmak/sonuçtan pay almak adi şirket sözleşmesinde temel unsurlardan iken (BK m. 522. 530/III. (yTBK m. 622. 630/111), karşı. *TEKİL*, Şirketler Hukuku, s. 136; *ŞENER*, Adi Ortaklık. s. 227) kiracının çabası ile üretilen sonuçtan pay almak hasılat kirası bakımından bir ifa modalitesi niteliğindedir.

¹¹⁶ *ULMER*, § 705 N. 120: *SCHMIDT*, Gesellschaftsrecht, s. 50; *BARLAS*, s. 35 vd. 'Aslan payı ortaklığı' (*societas leonina*) genellikle, ortaklardan bazılarının tamamen ya da kısmen sadece zarara, diğerlerinin ise sadece kara katılacaklarının kararlaştırıldığı sözleşmeler olarak anlaşılacakla birlikte (bkz., *BARLAS*, s. 29; *ULMER*, § 705 N. 118). kanaatimizce ortaklardan bazılarının çaba göstererek ulaştıkları kara, hiçbir çaba göstermeyen diğer "ortakların" da katılacağına kararlaştırıldığı sözleşmeler de, "aslan payı ortaklığı" kavramı altında ele alınabilir.

m ²¹⁸ Bkz. *KUNTALP*, Ödünç. s. 6.

²¹⁸ *MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER*, s. 29 N. 80 vd.; BGH, NJW 1951, s. 308 vd., aktaran *EMMERICH*, in: *STAUDINGERS*, Yorbem. zu § 581 N. 47.

²¹⁹ BGH, NJW-RR 1988, s. 417, aktaran *EMMERICH*, in: *STAUDINGERS*, Yorbem. zu § 581 N. 47.

lar.ında. 220. Değerlendirildiğinde, artık bir şirket sözleşmesinin varlığı kabul edildiği m. 1.1. DOMANIÇ de İsviçre hukukunda, *affecio societatis*'e önem verildiğini belirterek, "gelirin belli bir kısmına iştirak etme karşılığında bir ortaklık kurulmasına emrine verilmesinde *affecio societatis* bulunmadığı nedeniyle şirketin kurulması" görülmediğini, böyle bir anlaşmanın hasılat kirası kabul edildiğini ifade etmiştir²²¹.

Adi şirket.-hasılat kirası karşılaştırması bağlamında üzerinde durulması gereken bir diğer husus da *gizli ortaklık ilişkileridir*. Gizli ortaklıkta, mal kaynaklarına sahip olan ve bunu değerlendirmek isteyen, ancak üçüncü kişilerle karşı bir ortak olarak da gözükmemek istemeyen şahıs, işletme sahibi diğer bir şahıs ile bir ortaklık kurmakta ve işletme bu sonuncusu tarafından kendi adına işletilmektedir²²². Ticari işletme kirasında da kiracı, bir başkasına ait işletmeyi kendi adına ve hesabına işletmekte ve bunu devreden kiralayan (işletme sahibi) ise pasif kalmaktadır. Kısacası her iki ilişki türünde de bir işletme²²³ 'ın pasif kalan ve aktif olan kişiler söz konusudur. Bu durum iş ilişkisinin birbirleriyle karıştırılmasına sebebiyet verebilir.

Adi şirketin özel görünümülerinden iç şirketin bir alt türü olan²²⁴ ve bir şahsın (gizli ortak), bir başka kişinin (aktif ortak) yürüttüğü işletme faaliyeti-

²²⁰ KLINGLER. s. 38; EMMERICH. in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 44; ULMER, Yor§ 705 N. 77; KNOPPE. s. 23; STROBEL. s. 10-11. İsviçre Federal Mahkemesi, bir sözleşmenin kara iştirakli ödünç mü yoksa adi şirket mi olduğuna ilişkin 1973 tarihli kararında. salt zarara katılmanın kararlaştırılmış olmasının şirket akdinin varlığını kabulü için yeterli görülemeyeceğini, aksine somut olayın tüm özelliklerinin, bilhassa da tarafların sözleşmeyi ifa biçimlerinin göz önünde tutulması gerektiğini dile getirmiştir. BGE 99 il 303, 305. Ticari işletme kirasında da kıyasen uygulanabilecek BK m. 282/II'ye göre kiranın belli hallerde indirilmesi ise zarara katılma olarak yorumlanamaz. bkz. HIGI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelb, (Art 275-304) N. 122.

²²¹ DOMANIÇ. AKKŞ, s. 14-15.

²²² Karş. BARLAS. s. 160-161; DOMANIÇ, AKKŞ, s. 28; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 146, gizli ortaklığın tanımı ve bu ortaklık tipinin tercih edilmesinin nedenleri hakkında bkz. BİLGİLİ. F.: İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri. Ankara, 2003. s. 20, 29 vd.; POROY (POROYFFEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 40 N. 72a. Ancak anılan son eserde "iç ortaklık" başlığı altında bir tanım verilmiştir. Ayrıca bkz. MEIER-HAYOZFORSTMOSER. s. 349 N. 2, s. 350 N. 5-6.

²²³ Gizli ortaklık ilişkilerinin mutlaka bir ticari işletme işletmek amacıyla ortaya çıkmak zorunda olmadığını ve çıkmadığını belirtmekte fayda vardır, bkz. BARLAS, s. 162, 171; POROY (POROYFFEKİNALP/ÇAMOĞLU). s. 41 N. 72b. Ancak çalışmanın konusu itibarıyla gizli ortaklığın bir ticari işletme işletme amacıyla kurulduğundan hareket edilmiştir.

1.1.1 BARLAS, s. 171-172. Yazar "iç ortaklık" kavramının çatı kavram olduğunu ve "alelade iç ortaklık". "gizli ortaklık" ve "alt katılım ortaklığı" şeklinde üç alt türü barındırdığını ifade etmektedir. İç ortaklığın yapısı ve özellikleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. s. 113 vd.; BİLGİLİ. s. 19-20, ayrıca bkz. s. 19 dn. 1, Yazar iç ortaklığı atipik adi ortaklık olarak da nitelendirmiştir. s. 99; Y. 13. HD, T. 06.11.2006, E. 2006/9540, K. 2006/14381. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 48. 147-148; MEIER-HAYOVFORSTMOSER.

ld - ²²⁵ gizli ortaklık, aktif ortak ile gizli ortak arasında kurulan söz-
11^e.kaU.iliş'kisine dayanmaktadır. Sözleşme, aktif ortağa işletmeyi d'ış'ı'ı'k'ı'de
leSınd'adına ve iç ilişkide hem kendi hem de gizli ortak hesabına (auf
kehi (1,;.. d
eirreinsame Rechnung) işletme ve elde edilecek s'n'ca 'ya a zar:U-
gizli ortağın katılmasını sağlama borcu yüklen, gizli ortağa o'ı'ğın
g acının gerçekleşmesine uygun ve ekonomik değer taşıyan bir e'ımı ka-
'a payı olarak getirmek..ve bunu a'orta'n malv'rlı'ı'a dahil d'
kilde ifa etme borcunu yüklemektedir². Aktif ortak tıcan işletmeyi kendi
!ına işlettiğinden tacir sıfatı da ona ait olmaktadır. ?iz_li ortağın_?if ortak
anında tacir sıfatını taşıması söz konusu olamaz. Zira işletme gizli ortaklı-
!10 ya da gizli ortağın adına işletilmemektedir (karş. TK m. 14/I; yTİK m.
2/1)^{227,228}. Tacir olmaya bağlanan sonuçlar da aktif ortak için söz konusu

s. 351 N. 15; SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 1540-1541; KÜBLER/ASSMANN. s. 112-113. BARTA, (Avusturya hukukunda) gizli ortaklığın ne bir "şirket" ne de "iç şirket" olmadığını ifade etmekte ve açıkça olmasa da bunu salt borçlar hukuku ilişkisi olarak nitelendirmektedir, s. 826. KÜBLER/ASSMANN da gizli ortaklığın taraflar arasındaki borçlar hukuku ilişkilerinden oluştuğunu ve bu ilişkinin sınırları içinde kaldığını belirtmişlerdir, s. 112, 113. Hukumuzda ise "iç ilişkide tam anlamıyla bir ortaklık münasebetinin doğduğu" (BARIAS, s. 161, 182) "aktif ortakla (yönetici ortakla) gizli ortak (yönetici olmayan ortak) arasındaki ilişkinin normal bir ortaklık ilişkisi" olduğu (BİLGİLİ, s. 130) ifade edilmektedir. Alman ve Avusturya Hukukları'nda gizli şirketin dış şirket niteliğindeki adi şirketten farklılığını, özellikle de iç şirketin hak ehliyetinin ve elbirliği ortaklığı şeklinde ortaya çıkan bir malvarlığının bulunmadığını (nitekim bkz. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 1556-1557; ayrıca bkz. BARIAS, s. 114 dn 3, 117) vurgulama amacıyla olsa gerek, bunun bir şirket oluşunun yer yer borçlar hukuku özellikleri öne çıkarılarak örtülmeye çalışıldığı tezi, kanaatimizce yaklaşım ve nitelendirme tarzlarının farklılığını açıklayabilir.

115 BARIAS, s. 171. Söz konusu katılım, işletmenin kendisine, bir başka ifadeyle işletmeye dahil unsurlar üzerindeki mülkiyet ya da diğer hak sahipliğine değil, o işletmenin faaliyetinden ileri gelen kazanç veya zarara katılım anlamını taşımaktadır, BARLAS, s. 182; BİLGİLİ, s. 99-100.

116 BARIAS, s. 174, 177; ayrıca bkz. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 190; SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 1554-1555; KÜBLER/ASSMANN, s. 113-114.

117 A^{RKA}N, s. 114; ANSAY, Adi Şirket, s. 167-168; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 146-147; SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 1541. İsviçre hukukunda dış şirket niteliğindeki adi şirketin ticari işletme işletmesinin mümkün olmadığı savunulurken, bir iç şirket oluşu ve üçüncü kişilerle sadece aktif ortağın işlemler yaptığı gerekçe gösterilerek gizli şirketin ticari işletme işletebileceği ifade edilmektedir ("im gegensatz zur nach/ aussen auftretenden einfachen Gese/ltschaft darf die stille Gesellschaft ein nach/ kaufmlinnisch/er Art gefü/rtes Gewerbe betreiben"), MEIER-HAYOZJFORSTMOSER, s. 353 N. 22. Ancak bu anlatım yanlış anlaşılabilir özelliktedir. Zira gizli ortaklık bir hak süjesi olmadığından işletmenin "sahibi" de (Rechtstriiger) olamaz. İşletmenin sahibi daima aktif ortaktır. Dolayısıyla işletmeyi ortaklık değil, aktif ortak işletmektedir, karş. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 1556. GRÜNEWALD de gizli ortaklığın bizzat ticari işletme işletmediğini ve bu sebeple -kollektif şirket anlamında- ticaret şirketi de sayılamayacağını

olacaktır. Görüldüğü gibi gizli ortaklıkta işletme faaliyetini yürüten ve bu çerçevede gerçekleştirilen işlemlerden hak sahibi olan borç altına giren aktif ortaktır. Gizli ortak dışı karşı hak ya da borç sahibi değildir²²⁹.

Gizli şirketin konumuz bakımından en önemli yönlerinden ilki, yukarıda da ifade edildiği gibi, aktif ortak ile gizli ortak arasında şirketin varlığını üçüncü kişilerce bilinmemesi²³⁰, daha doğru bir ifadeyle şirketin dışarıya sızdırılmaması, işlemlere "taraf" olmamasıdır²³¹. Oysa ticari işletme kirasında bu ilki ticaret sicili kayıtları sayesinde daha baştan dışı yansır. Ticari işletme ile bir iç şirket türü olarak gizli ortaklık vasıtasıyla ticari işletmenin işletilmesi arasındaki temel farklardan bir diğeri de, ilk tür ilişkinin gizli yada aleni herhangi bir ortaklık tesis etme amacı taşımaması, ikinci tür ilişkide isetarafların üçüncü kişilerle olan hukuki münasebetlere yansımaya-
cak olmasıdır, aralarında bir ortaklık tesis etmiş olmalarıdır. Farklı bir anlatımla, ticari işletme kirasında kiracı her ne kadar kiralayana ait bir işletmeyi işletmekte ise de, burada kiracının ya da kiralayanın bir gizli ortaklık sözleşmesi ile bir ilişkisi ve bunlardan birinin gizli (kiralayan), diğeri ise aktif ortak (kiracı) haline geldiğini söylemek mümkün değildir. Bu çerçevede kiracıyı işletmeye devir borcu, katılım payı ödeme borcu ve kiracımla ilgili kira da, gizli ortağa ödenen "işletme geliri payı" olarak değerlendirilemez. Bundan başka ticari işletme kirası, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden iken, gizli ortaklık sözleşmesi kendine özgü yanları olmakla birlikte bir adi şirketsözleşmesidir²³². Geçici süre ile işletmesini devreden kiralayanın amacı, sermayesini değerlendirmek ve kiracının karına ya da zararına iştirak etmek değil, belli bir kira geliri elde etmektir. Bir diğer ifadeyle kiralayan pa-

ifade etmektedir. GRÜNEWALD, B.: Gesellschaftsrecht. 7. Aufl.. Tübingen. 2008. s. 159; KÜBLER/ASSMANN, s. 112.

229: > Gi. di onaklığın ticari işletme kurulduktan ve işletilmeye başlandıktan sonra tesis edilmesi halinde de durum değişmeyecek ve gizli ortak aktif ortağın yanında tacir olarak yer alamayacaktır.

230: 9 BARLAS. s. 177-178; SENER. Adi Ortaklık, s. 190; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER. s. 352 N. 19 vd; SCHMIDT. Gesellschaftsrecht, s. 1548. KÜBLER/ASSMANN, s.113.

231: K arş. KARAYALÇIN. Şirketler Hukuku. s. 174.

232: BARLAS. s. 161-162. 176; POROY (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU). s. 39-40 N. 72; SENER. Adi Ortaklık, s. 146; SCHMIDT. Gesellschaftsrecht, s. 1421. Alman Federal Mahkemesi'nin "ARGE WeijJes Ross Kararında" (BGHZ 146. 341 vd.) açıkça dış şirketlen bahsedildiğinden, bu kararın iç şirketin bir türü olan "gizli şirketin hak ve taraf ehliyetleri" üzerine herhangi bir etkisi yoktur. Karş. SCHMIDT. Gesellschaftsrecht. s. 1541; BİLGİLİ, s 94.

23: 23: BARLAS. s. 183-184; POROY (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU). s. 39-40 N. 72; DOMANİÇ AKKŞ. s. 28; BİLGE, Borçlar Hukuku. s. 447; ayrıca bkz. Y. 13. HD. T. 06.11.2006, E. 2006/9540, K. 2006/14381, SENER, Adi Ortaklık, s. 48. 147-148; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER. s. 351 N. 13-14, "einfache Gesellschaft besonderer Art".

...ıf kalarak da olsa işletme faaliyetine katılmamakta ve herhangi bir işletme
❖sli üstlenmemektedir. İşletme kira süresince kiracı tarafında❖ kendi ❖dına
,t hesabına işletilmekte ve bundan doğan hak ve borçlar da kiracıya ait ol-
maktadır. Bu durum iştirakli kiranın kararlaştırılmış ya da kiralayanın kira-
cıya işletme unsurlarının tedariki için başlangıçta "mali kaynak" sağJ❖mış
olması durumunda da değişmez. Ancak bu son ihtimalde, somut olayın özel-
likleri ve taraf iradeleri farklı bir sonuca (dış şirket şeklinde bir adi_şirket ya
da iç şirket şeklinde bir gizli ortaklık) varılmasını gerektirebilir. Onem arz
eden bir diğer husus da ticari işletme kirasının tarafları arasında, devredilen
ticari işletme ile ilgili olarak herhangi bir aynı ilişki yaratmaması, gizli or-
taklıkta ise aktif ve gizli ortak arasında, iştirak halinde mülkiyet anlamında
bir "ortaklık malvarlığından" söz edilemese bile, gizli ortağın katılım payı-
nın (Einlage) aktif ortağın malvarlığına geçmesi, artık buna dahil olmasıdır.
Gizli ortaklık devam ettiği sürece elde edilen gelirler için de aynı durum söz
konusudur²³³. Oysa ticari işletme kirasında işletmede üretilmiş ve satıma
arzedilmiş mallar ile depodaki akaryakıt, pamuk, iplik vb. hammaddeler ha-
riç²³⁴ ticari işletmeye dahil unsurların kira sözleşmesi ile kiracının mülkiye-
tine geçmesi söz konusu değildir. Kaldı ki verilen örneklerde de kira sözleş-
mesi ile birlikte akdedilmiş satım ya da bağış sözleşmesinden hareket etmek
gereldir. Son olarak gizli ortaklık sözleşmesinin sona ermesi halinde²³⁵ aktif
ortağın kanundan doğan bir "işletmeyi pasif ortağa iade borcu" söz konusu
değildir²³⁶. Hatta gizli ortaklık sözleşmesinde, ortaklığın sona ermesi halinde
gizli ortağın işletmeyi devralacağı ve aktif ortağa sadece bir "uzlaşma akçe-
si" ödeneceği kararlaştırılmış olması da²³⁷, ilişkinin ticari işletme kirası ol-
duğunu göstermez.

Gizli ortaklıkta gizli ortağın "gerçekten" gizli kalmak istemesi, bu ilişki-
nin ticari işletme kirasının arkasına gizlenmesine ve giderek bir muvazaalı
işlem yapılmasına sebebiyet verebilir (sözleşmenin niteliğine ve türüne iliş-

²³³ BiLGİLİ, s. 108; BARLAS, s. 179-180; POROY (POROYffEKİNALP/ÇAMOĞLU),
s. 42 N. 72c; ŞENER. Adi Ortaklık, s. 146, 190; MEIER-HAYO'Z/FORSTMOSER, s. 352
N. 19-20; SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 1556-1557; KÜBLER/ASSMANN, s. 112.
DOMANİÇ ise "hususî şirketler" hakkında "Türk Hukuku yönünden de. hususî şirketler
adi şirketler hükümlerine tabi olduğundan, gizli şirket münasebeti ispat edilmek kaydile,
hususî şirketlerin özel malvarlığı vardır ve şirket alacaklılarının bu mamelek üzerinde im-
tiyaz hakları bulunmaktadır" görüşünü savunmuştur, AKKŞ, s. 28.

²³⁴ Karş. HERRMANN, s. 51:ALTAŞ, s. 163.

²³⁵ Gizli ortaklığın sona erme halleri hakkında bkz. BiLGİLİ, s. 141 vd.

²³⁶ SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 1560; gizli ortaklığın tasfiyesi hakkında bkz. BiLGİLİ,
s. 152 vd.; MEIER-HAYO'Z/FORSTMOSER, s. 359 N. 48.

²³⁷ Bkz. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, s. 1560; BiLGİLi, s. 161.

kin_?uvaza?l¹⁶. Bu suretle gizli ortak (kiralayan), kira adı altında sabit bir gel_ırı gara?tı etme yoluna gidebileceği hatta iştirakli kira kararlaştırılmak su. ?etiyle g?lı?lerden de pay alabileceği gibi, gizli ortaklık ilişkisinde olmayan işletmenin iade edilmesi talebini de sağlamlaştırmış olacaktır. Gizli ortaklı-ğ?_nhasılat kirasının arkasına gizlenmesi ile hedeflenen diğer bir husus da, gizli ortaklıktaki zarara katılma mecburiyetinden (BK m. 522-523; yTBK m. 622-623/³⁹ kurtulmak olabilir. Bu gibi hallerde, görünürdeki işlem olan ticari işlet_me kirası, tarafların gerçek iradesi bu yönde olmadığından muva. zaa sebebiyle hükümsüz sayılacakken, gizli işlem olan gizli ortaklık sözleş-mesi geçerlilik şartı olan hususlara²⁴⁰ riayet edilmiş olmak kaydıyla geçerli kabul edilebilecektir (BK m. 18/1; yTBK m. 19/I).

Sonuç olarak belirtilmelidir ki, sözleşmenin niteliğinin tayininde taraf iradelerinin belirleyiciliği karşısında²⁴¹, tarafların ticari işletme kirası ile adi şirket ve gizli ortaklık ilişkilerinin birbirleriyle karışma ihtimalini göz önün-de tutarak, sözleşme metninin hazırlanmasında gerekli özeni göstermeleri ve sözleşmenin ifa safhasında da buna riayet etmelerinde büyük fayda vardır.

IV. İnançlı İşlemler ve Hasılat Kirası

Uygulamada bir ticari işletmenin tasfiye ve yeniden organizasyon, kanu-ni, idari veya yargısal işletme yasaklarını bertaraf etmek gibi değişik sebep-lerle²⁴² "sahibi" tarafından değil, bir üçüncü kişi tarafından işletilmesi söz

²³⁸ ESENER, T.: Borçlar Hukuku 1, Akiılerin Kuruluşu ve Geçerliliği. (BK. m. 1-40), Anka-ra, 1969, s. 87; EREN ise "sözleşmenin niteliğini değiştiren muvazaa" ifadesini kullan-maktadır. s. 319.

²³⁹ BiLGİLi. s. 1 16 vd.; BARLAS, s. 180-181; DOMANIÇ, AKKŞ, s. 76; Alman hukukunda sonuca kaınımalı karz akdi ile gizli ortaklık ilişkilerinin birbirinden ayrılmasında, taraf-lardan birine geniş yönetim ve denetim yetkileri tanınması ile işletme konusunun değiştiri-lmesinin diğer tarafın onayına bağlanması, aynı ve şahsı taminatlardan sarfı nazar edil-miş olması, özellikle de zarara katılma zorunluluğunun öngörölmüş olmasının gizli or-taklığın varlığına işaret ettiği kabul edilmektedir. bkz. KÜBLERİASSMANN, s. 111. Zira Alman hukukunda gizli onağın kara katılması zorunlu iken, zarara katılmaktan muaf tu-tulabilir (bkz. Alman TK m. 231/11), GRÜNEWALD, s. 168 N. 25-26.

^{2.10} Bkz. BİLGİLİ. s. 101 vd.

²⁴¹ KNOPPE, s. 23; STROBEL, s. 10.

...!-! İnançlı işlemler ile kanuna karşı hile arasındaki ilişki hakkında bkz. ÖZSUNAY. İnançlı Muameleler, s. 240 vd.; TEKİNAYIAKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 420 vd.; EREN s. 336-337; OĞUZ, A.: 'Roma ve Türk Hukukunda inançlı İşlem ve Vekalet Sözleşmele-rinin Karşılaştırılması". AÜHFD. Y. 1989-1990. C. 41, S. 1-4. s. 243. Ticari işletme öze-linde ifade edilecek olursa, TK m. 16 (yTTK m. 14) hükmü, belli yasaklara rağmen iş-letmenin bizzat işletilmesine tacir sayılma sonucunu bağladığına göre, kanaatimizce tica-ri işletmenin yine anılan türden yasaklar sebebiyle inanç anlaşması ya da ticari işletme ki-rası yoluyla "dolaylı" biçimde işletilmesi halinde de, gerek inanılan ve gerek kiracı hak-kında bu işlemler dolayısıyla ticaret hukuku (örneğin TK m. 20 vd, 26 vd., 41 vd., 66 vd.:

konusu olabilir²⁴³. Böylelikle işletme sahibi kendisini üçüncü kişilerden gizleme imkanını elde etmiş olur²⁴⁴. Bunu sağlayan enstrümanlardan birisi de varlığını doktrin ve yargı kararlarına borçlu olan²⁴⁵ "inançlı işlemlerdir".

İnananın ya da onun isteğiyle bir üçüncü kişinin teminat teşkil etmek ya da idare olunmak üzere malvarlığına dahil bir şeyi veya hakkı, aynı amaca yönelik benzer hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak gayesiyle inanılana kazandıran ve sonra da tekrar inanana ya da üçüncü kişiye devretme yükümlülüğünü içeren ve inanılanın kazandırma ile elde ettiği hakkın sağladığı bazı yetkileri hiç kullanmamak, bazılarını da inananın talimatları doğrultusunda kullanmak zorunda olduğu işlemlere *inançlı işlemler* denilmektedir²⁴⁶. inaçlı işlemlerde bir yandan inaç konusu inanın inanılana devrini sağlayan bir işlem ("*kazandırıcı işlem*", "*hakkın devri muamelesi*", örneğin satım ya da bağış sözleşmesine dayanan teslim (zilyetliğin ve mülkiyetin nakli), alacağın temliki, ciro ve senedin teslimi), diğer yandan da inanan ile inanılan arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen bir inaç anlaşması (örneğin vekalet, hizmet, eser, vedia, ariyet ya da şirket sözleşmeleri)²⁴⁷ mevcuttur. Bu iki işlem çoğunlukla iç içe girmiştir ve bir bütün teşkil ederler. Hakkın devri muamelesi ile inaç konusu inanan ya da bir üçüncü kişi tarafından inanılana kazandırılmakta iken, gerek kazandırmanın ve gerek iadeten devrin sebebini teşkil eden borçlandırıcı nitelikteki inaç anlaşması ile de tarafların hak ve borçları düzenlenir, kazandırmanın doğurduğu mutlak sonuçlar sınırlandırılır ve inanılanın hukuki durumu tespit edilir²⁴⁸.

yITK m. 18 vd., 24 vd., 39 vd., 64 vd.) ve buna bağlı borçlar hukuku (özellikle BK rn. 179; yTBK m. 202) sonuçlarının doğması mümkün olmalı ve böylece üçüncü kişilerin hukuk, güvenliği temin edilmelidir. Ayrıca, inanan ile inanılan arasında dolaylı temsilin söz konusu olduğu bir inaçlı işlem türü olan "saman adam" ilişkisi de (bkz. *BUCHER*, E.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich, 1988, s. 597 ve dn. 6; *HEINRICH*, in: *PALANDT*, BGB, 51. Aufl., Einführung vor § 164 N. 8; *BASSENGE*, in: *PALANDT*, BGB, 51. Aufl., § 903 N. 37; karşı. *ÖZSUNAY*, İnaçlı Muameleler, s. 27-28) ticari işletmenin "dolaylı biçimde" işletilmesini sağlayacak vasıtalar-
dan birisidir.

²⁴³ Karşı. *ÖZSUNAY*, İnaçlı Muameleler, s. 45, ticari işletmelerin de inaçlı kazandırmalara konu olabileceği hakkında bkz. s. 108.

²⁴⁴ *ÖZSUNAY*, İnaçlı Muameleler, s. 27-28.

²⁴⁵ *ÖZSUNAY*, İnaçlı Muameleler, s. 2-3.

²⁴⁶ *EREN*, s. 329-330; *ÖZSUNAY*, İnaçlı Muameleler, s. 1; *TANDOĞAN*, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. il, 4. Baskı, İstanbul, 1989, s. 543. 548; *TEKİNAY/AKMANIBURCUOĞLUALTOP*, s. 416-417; *OĞUZ*, AÜHFD, Y. 1989-1990, C. 41, S. 1-4, s. 239.

²⁴⁷ İnaç anlaşması tipleri hakkında bkz. *ÖZSUNAY*, İnaçlı Muameleler, s. 130 vd.

²⁴⁸ *ÖZSUNAY*, İnaçlı Muameleler, s. 85 vd., 120 vd., inaç anlaşmasının "*sınırlama fonksiyonu*" hakkında bkz. s. 123-124; *TANDOĞAN*, C. il, s. 543-544; *OĞUZ*, AÜHFD, Y. 1989-1990, C. 41, S. 1-4, s. 245, 248 vd.; *EREN*, s. 330-331, Yazar kazandırıcı işlem ile

Hır tı arı ı letmcının işletilmek üzere inançlı işlemle bir başka\ına devri hal inde ",ar inançlı işlemlerden"²⁴ olan "idare mak\adıyla yapılan inançlı de,ır" !<.ö7 konu u olacaktır. Bu tip inançlı işlemlerde inanılan, inanç konu- unu başkasının yararına olmak üzere elinde bulundurur, başkasının yararına olarak kullanırs aklar, idare eder ya da başkasının yararına olarak bir_şey sa. un alırya ab ır şeysatar⁵⁰. "İdare maksadıyla yapılan inançlı devirlerde" taraflaraksını kararlaştırmadıkça inanan ile inanılan arasındaki iç ilişkiler bakımından vekalet sözleşmesi hükümleri (BK m. 386 vd.; yTBK m. 502 vd.-) mutolayın özelliklerini de göz önünde tutarak kıyasen uygulanabilecektir.

Birşeyin ya_da hakkın inançlı olarak devredilmesi halinde i anılan inç konusu: bu bir şey ise tam bir malik ve bir hak ise de tam bir hak sahibi olarakıktısap eder. Bir diğer deyimle inançlı devir normal bir devrin ün sonçlarını doğurur. İnanç konusu inanılanın malvarlığına dahil olur. inanın ı açkonusu üzerindeki idare ve tasarruf yetkilerini de haiz olur (hakkın tam ıktısabı, *Theorie des vollen Rechtserwerbs*). inanılanın, tam hak sahibi •fatıyla yaptığı bütün işlemler sadece kendisi hakkında hükümler doğurur. inançlı devir, inanılan bakımında miras, usul ve icra iflas hukukları bakımından da sonuçlar doğurur. Kısacası inanan inanç konusu üzerinde mülkiyete dahil her hakkı kaybetmektedir²⁵². inanç anlaşmasının bir diğer özelliği de a nl şma sona erdiğinde inanç konusunun inanana iade edilmesi, bu arnaç- 1 bir iade devrinin yapılmasıdır²⁵³. İdare amacı taşıyan inanç sözleşmelerinin devamı müddetince inanılan elde ettiği semereleri inanana ya da faydalananlara vermekle yükümlüdür. Bu inanan bakımından ise sözleşme en doğan bir haktır²⁵⁴. Ayrıca inanılanın inanana hesap verme borcu vardır. inançlı işlem güvene dayalı bir işlem olduğundan inanılan idare görevini bizzat ve iyi bir idarenin gerektirdiği özene riayet ederek yerine getirmek zorunda-

inanç anlaşmasının birbirinden farklı ve ayrı işlemler olduğunu, nadir olarak bir arada bulunduklarını ve bir bütün oluşturdıklarını ifade etmektedir, s. 332.

:w.1 Bir ticari işletmenin tasfiye. idare ya da yeniden yapılandırma amacıyla devri saf inançlı işlemler arasında sayılmaktadır, bkz. ÖZ.SUNAY. inançlı Muamelt:er, s. 45. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, C. 11, s. 544 ve dn. 592; EREN, s. 330; OĞUZ, AÜHFD, Y. 1989-1990, C. 41. S. 1-4, s. 241 vd., Yazar "olağan inançlı işlemler" ve "karma inançlı işlemler" ayrımını yapmıştır.

250 ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler. s. 53; OĞUZ, AÜHFD. Y. 1989-1990, C. 41, S. 1-4. s. 243.

151 ÖZSUNAY. İnançlı Muameleler, s. 135-136; TANDOĞAN, C. il, s. 545; EREN. s. 331; OĞUZ. AÜHFD, Y. 1989-1990. C. 41, S. 1-4, s. 252-253.

252 ÖZSUNAY. İnançlı Muameleler. s. 114 vd.; TANDOĞAN. C. II, s. 547; EREN, s. 332; OĞUZ, AÜHFD, Y. 1989-1990, C. 41, S. 1-4, s. 253.

253 Sona erme sebepleri ve sonuçları hakkında bkz. ÖZ.SUNAY. İnançlı Muameleler. s. 185 vd.

2.H Karş. ÖZSUNAY, inançlı Muameleler. s. 149.

dır⁵. İnanan açısından ise inanç konusunun idaresi sebebiyle inanılanın yapmış olduğu masraf ve avansları ödemek, uğradığı zararları tazmin etmek, üstlendiği borçları yüklenmek ve kararlaştırılan ücreti ödeme borçları söz konusudur. Özellikle idare amacıyla yapılan inançlı işlemlerde inananın inanılana bir ücret ödemesi ve bu ya da diğer borçların yerine getirilmemesi halinde inananın ismini açıklama hakkının saklı tutulması vurgulanması gereken bir husustur²⁵⁶.

Bu genel açıklamalardan sonra inançlı işleme dayanılarak bir ticari işletmenin devredilmesi ve inanılan tarafından işletilmesi ile ticari işletme kirası vasıtasıyla devredilmesi ve kiracı tarafından işletilmesi arasındaki benzerlik ve farklara değinmek gerekir. Gerek inançlı işlem ve gerek ticari işletme kirası değişik hukukî yasaklar ya da fiilî engeller sebebiyle bir ticari işletmenin bizzat işletilmesinin mümkün olmadığı ya da istenilmediği hallerde bunun bir başkası tarafından işletilmesinin sağlanmasında faydalanılabilecek müesseselerdir. Her iki ilişki türü de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere dayanmakta, sürekli borç doğurucu özellikleriyle gerçekte bir başkasına ait ticari işletmenin belirli ya da belirsiz bir süre için devralan tarafından kendi adına işletilmesini hedeflemektedir. Ancak ticari işletme kirasında kiracı işletmeyi gerçekten kendi adına ve hesabına işletirken, inançlı işlemlerde inanılan anlaşma gereğince işletmeyi yine kendi adına, ancak inananın talimatları dairesinde onun "menfaatine" işletmek ve elde ettiği sonuçları da inanana nakletmekle yükümlüdür²⁵⁷. Oysa kiracı ile kiralayan arasında, iç ilişkiyi düzenlemek amacıyla kira sözleşmesinden başka bir sözleşme daha yapılmaz. Önemli bir diğer fark da, inançlı işlemde inanılana bir kazandırma bulunulduğundan inanılanın, ticari işletmenin (ticari organizasyona dahil mallar ve haklar topluluğu) "maliki/sahibi" haline gelmesi, kira sözleşmesinin ise bir kullanma ve faydalanma amacı güden sözleşme olarak, kiracıya kiralanan üzerinde mülkiyet ya da bir başka mutlak hak sağlamamasıdır²⁵⁸. Bu durum inançlı işlemlerin sadece tasarruf işlemlerinde söz konusu olabilmesinin, bir diğer ifadeyle de ancak bir kazandırma işlemi varsa inançlı işlemde bahsedilebilmesinin sonucudur²⁵⁹. Bu açıklamalar ışığında ticari iş-

²⁵⁵ ÖZSVNAY, İnançlı Muameleler, s. 146 vd.

²⁵⁶ ÖZSVNAY, İnançlı Muameleler, s. 148-149.

²⁵⁷ ÖZSVNAY, İnançlı Muameleler, s. 147.

²⁵⁸ Ticari işletme kirasında işletmenin unsuru olarak örneğin depodaki hammaddeler, akaryakıt gibi misli şeyler de devredilmişse bu durumda satım ya da ariyet ile hasılat kirasının birlikte bulunması söz konusu olabilir, *HERRMANN*, s. 51; *ALTAŞ*, s. 163. Ancak bu sayılanlar işlemin hukukî nitelendirmesinde ihmal edilebilecek unsurlardır.

²⁵⁹ *EREN*, s. 330; *ÖZSVNAY*, İnançlı Muameleler, s. 85. Kazandırıcı işlemin zorunluluğu karşısında mülkiyeti/hak sahipliğini devir amacı güden sözleşmeler (ve buna dayalı tasarruf işlemleri) ve hukukî işlemler dışındaki hukukî işlemlerin inançlı işlemlerde "kazandırıcı işlem" olarak yer alması mümkün değildir.

letmenin bir inaçlı devir işlemine konu olması, bunun satım yada b²⁶⁰ğış gibi mülkiyeti devir amacı güden bir sözleşme ile inanılana devredilmesi ve BJ(m. 179'un (yTBK m. 202) bu işleme uygulanması anlamına gelmektedir²⁶¹. Bu durumda ise ticari işletme inanılan tarafından kendi adına ve hesabına iş.. letilecek ve bundan doğan tüm hak ve borçlar ile ticaret hukukunda? ka²⁶²nak- lı sonuçlar da yine inanılana ait olacaktır. Ticari işletme kirasında ise kiralayan kendi işletmeciliği sırasında kiracı ise kira döneminde kendi ad ve hesaplarına işlemler yaptıklarından: işletmenin "mülkiyetinin" devri söz konu. su olmadığından BK m. 179 (yTBK m. 202) uygulama alanı bulm²⁶³yacaktır. Diğer yandan kira sözleşmesi daima ivazlı iken, inançlı işlemlerde inanılanın işletme edimi, t²⁶⁴r²⁶⁵flar arasındaki ilişkinin özellikleri sebebiyle bazı halle²⁶⁶de ivazsız da olabilir. Ticari işletme kirasında kiracının BK m. 278-279 da (yTBK m: 364-365) düzenlenmiş "işletme" ve "iyi halde m²⁶⁷hafaza" b²⁶⁸r²⁶⁹l²⁷⁰ı dışında, kiralayana hesap verme yükümü söz konusu değildir. Bunun gıbı kiralayanın ²⁷¹Km. 272-274'de (yTBK m. 360-361, 358,324) öngörülen "kiralananı satıl halde teslimi ve kullanıma ve işletilmeye uygun halde bulundurma" borçları dışında kiracının masraflarına katılma borcu söz konusu değildir. Diğer yandan iki ilişki türünün de belli bir güvene dayanması, kiracının kiralayanın, inanılanın da inananın menfaatlerini koruyup gözetmesini gerekli kıldığı (BK m. 278-280, 390ffi; yTBK m. 364-365, 358, 318, 506ffi) belirtilmelidir²⁶¹. Ticari işletme kirası ile inançlı işlemle ticari işletme devri arasındaki bir ortak nokta da, ticari işletmenin her iki ilişkinin sonunda kiralayana/inanan²⁶² iade edilmesi mecburiyetidir (karş. BK m. 292-293; yTBK m. 372-373). İnanç anlaşmasının son bulması ticari işletmenin kendiliğinden inananın mülkiyetine dönmesini sağlamaz²⁶². Aynı şekilde kira bitiminde de kiracının kira başlangıcında yapılanların adeta bir izdüşümü gibi kiralayana maddi unsurların zilyetliğini iade, hakları temlik ve kiralayanı ticari işletme organizasyonunun faaliyet çevresine dahil etme, onu organizasyon ile tanıştırma/takdim etme (*Einweisung in den Tdtigkeitsbereich==Einführung in das Unternehmen*) yükümlülüğü vardır²⁶³.

-
- ²⁶⁰ Karş. ÖZSUNAY, İnançlı Muameleler, s. 108-109; ARSLANLI, Kara Ticareti, s. III. ARICI, Devir, s 65.
- ²⁶¹ ÖZ.SUNAY, İnançlı Muameleler, s. 145-146; TANDOĞAN. C. il. s. 548; EREN, s. 330.
- ²⁶² ÖZ.SUNAY, İnançlı Muameleler, s. 188; TANDOĞAN, C. il. s. 549.
- ²⁶³ Karş. ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 111; kiracının iade yükümlülüğü hak.kında bkz. aşağıdaş 8 11.

V. Franchise Sözleşmesi ve Hasılat Kirası

Franchise veren ile franchise alan arasındaki sıkı ekonomik ilişkiler ve özellikle de franchise verenin franchise alana "adeta kurulu bir işletme sunması", iki sözleşme tipinin birbiriyle karşılaştırılmasını ve farklı noktalarının ortaya konulmasını gerektirmektedir²⁶⁴. Gerçekten de her iki **ilişki** türü de ticari işletmeleri ilgilendirmektedirler. Özellikle "işletme franchisinginin" (*Betriebsfranchising*; ²⁶⁵ ticari işletme kirası ile yer yer benzeştiği ifade edilmiştir²⁶⁶. Gerçekten de Amerikan hukuk çevresinde ortaya çıkmış bir pazarlama sistemi olan franchisingin Kara Avrupası ülkelerinde uygulanması, bu ülkelerin gerek borçlar ve gerek ticaret hukuklarının temel kurum ve yalçışmaları ile uyum sorunlarını gündeme getirmiştir.

İsimsiz sözleşme türlerinden karma sözleşmeler Wsbunda yer alan²⁶⁷, esasen bir mal ve/veya hizmet pazarlama modeli olan ⁶⁸ ve uygulamada da çok farklı şekillerde ortaya çıkabilen²⁶⁹ franchise sözleşmesi, "franchise verenin kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayalı ticari faaliyet sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiğini; franchise alanın ise hem (söz konusu sisteme franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme" şeklinde tanımlanmaktadır²⁷⁰. Y. 19. Hukuk Dairesi de

²⁶⁴ Karş. *KIRCA, Ç.*: Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1999, s. 62-63. Franchise sözleşmeleri değişik açılardan ele alınabilir ve diğer sözleşme tipleri ile kıyaslanabilir. Bu çerçevede franchise sözleşmesinin, franchise alanla veren arasındaki sıkı bağıllık bağlamında iş sözleşmesi ile ilişkisinin değerlendirilmesi hakkında bkz. *ERDENK, E.*: İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, İstanbul, 2008, s. 246 vd. Yazar franchise sözleşmesi için "iş zinciri sözleşmesi" kavramını kullanmaktadır. Ayrıca bkz. *KIRCA, Ç.*, Franchise Sözleşmesi, s. 80 vd.

²⁶⁵ *KIRCA, Ç.*, Franchise Sözleşmesi, s. 37.

²⁶⁶ *HIGI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis*(Art 275-304) N. 198.

²⁶⁷ *YAVUZ, s. 21, 37 dn. 43; KIRCA, Ç.*, Franchise Sözleşmesi, s. 61; *BARTA, s. 319*. Franchise sözleşmesi 6098 s. TBK'da da düzenlenmemiştir.

²⁶⁸ *KIRCA, Ç.*. Franchise Sözleşmesi, s. 6 vd.; *EMMERICH*, in: *STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 131; ŞUA, Yeditepe Ü. HFD, Y. 2007, C. iv, S. 2, s. 57-58*.

TM *KIRCA, Ç.*, Franchise Sözleşmesi, s. 36 vd.; *EMMERICH*, in: *STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 134, 142; ŞUA, Yeditepe Ü. HFD, Y. 2007, C. iv, S. 2, s. 58 vd*.

²⁷⁰ *GÜRZUMAR, Franchise Sözleşmeleri, s. 10; KIRCA, Ç.*, Franchise Sözleşmesi, s. 19-20, sözleşmenin unsurları hakkında s. 20 vd.; *EMMERICH*, in: *STAUDINGERS, Vorbem.*

200 J yılında verdiği bir kararında, franchise sözleşmesini "bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli bir iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana getiren²⁷¹ sözleşme! ilişki" şeklinde tanımlamıştır²⁷².

Franchise sözleşmesinin, franchise verene ait gayri maddi değer üzerindeki hakların kullandırılmasını tazammun etmesi, bunu bir hasılat kirası türü olan "hak kirasına" yaklaştırmakla birlikte²⁷³, ikisi arasında belirgin farklar olduğu da gözden kaçmamalıdır. Bu yüzden hasılat kirası ile franchise sözleşmesi arasında gerçek bir ayırım problemi olmadığı da ifade edilmiştir²⁷⁴. Franchise sözleşmesi ile franchise kirası arasında temel fark ise, her iki sözleşmenin konularının farklılığında yatmaktadır: Franchise sözleşmesinin konusu, unvan, ad, marka, logo,

zu § 581 N. 138; *H/G/, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art 275-304) N. 195: WEIDENKAFF*, in: PALANDT, 8GB, 62. Aufl., Einführung vor § 581 N. 21; *KLEIN-BLENKERS*, s. 60; *LINDENMEYER*, s. 68.

²⁷¹ Cümle düşüklüğü, kararın aslında bulunmaktadır.

²⁷² Y. 19. HD, T. 25.06.2001, E. 2001/819, K. 2001/4917, Kararda sözleşme, "franchising sözleşmesi" olarak isimlendirilmiştir. Ayrıca bkz. BGE 118 il 157 vd.; Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 26.04.1994 t. ve 4Ob53S/94 s. kararı, s. 6, (www.ris.bka.gv.at). Rekabet Kurulu'nca yayınlanan 1998/7 s. Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (RG T. 16.12.1998, S. 235S5) m. 3/a franchise-ı "son kullanıcıların malların yeniden satılması veya hizmetlerin sunumu için kullanılacak olan markalar, ticareti unvanları, mağaza işaretleri, faydalı modeller, tasarımlar, telif hakları, know how veya patentlere ilişkin fikri veya sınat mülkiyet haklarından oluşan bir sistem" olarak ve franchise sözleşmesini de m. 3/b'de "franchise verenin, franchise alana, doğrudan veya dolaylı mali katkı karşılığında, belirli türden mal ve/veya hizmetleri pazarlaması amacıyla bir franchise kullanılması hakkını verdiği ve en azından, 1- ortak bir marka veya işletme adının kullanılması ve tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak bir görünüm verilmesi, 2- franchise veren tarafından franchise alana know how aktarılması, 3- franchise alanın anlaşma süresince franchise veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan desteklenmesi yükümlülüklerine içeren bir anlaşma" olarak tanımlanmıştır. Franchise sözleşmesinin farklı tanımlarının eleştirisi ve yeni bir tanım yaklaşımı için bkz. ŞUA, Yeditepe HFD, Y. 2007, C. IV, S. 2, s. 66 vd. Yazar sözleşmenin, objektif esaslı unsurları göz önünde tutularak şu şekilde tanımlanabileceğini kaydetmektedir: "franchise sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki onunla franchise veren ticari başarısını sağlayan yöntemleri franchise alana devamlı olarak aktarma, franchise alan ise bu yöntemlere uyma ve bir bedel verme yükümü altına girer", s. 78-79.

²⁷³ *EMMERICH*, in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 143, 146; *HJGJ*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art 275-304) N. 198; *WEIDENKAFF*, in: PALANDT, 8GB, 62. Aufl., Einführung vor § 581 N. 22; *HARKE*, in: MüKo-BGB, § 581 N. 28; ayrıca bkz. *KIRCA*, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 61 vd.; *GÜRZUMAR*, Franchise Sözleşmeleri, s.18 vd.

²⁷⁴ *H/GI*, Obligationcnrecht, Vorbcm. zum 8. Titelbl (Art 275-304) N. 198; bkz ayrıca *KLEIN-BLENKERS*, s. 60.

know how, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım *gibi* muhtelif gayri maddi unsurlardan (franchising paketi)²⁷⁵ oluşan bir pazarlama sisteminin ivazlı olarak devri ve franchise alanın bu unsurları kullanma yükümlülüğüne girmesi, franchise verenin de franchise alanın işletme faaliyeti üzerinde kontrol ve talimat verme yetkilerine sahip olmasıdır. Buna edimlere, franchise verenin, alana sözleşme süresince eğitim, reklam vb. gibi destekler sağlama, franchise alanın da mal ve hizmetleri sadece franchise verenden tedarik yükümlülüğü eklenebilmektedir²⁷⁶.

Franchise veren kendi işletmesini *kiralamamakla* birlikte²⁷⁷, hukuken kendisinden bağımsız ancak, işletme modeli anlamında kendisiyle tam işbirliği yapmak zorunda olan işletmeleri kendi bünyesinden adeta "doğurmakta" ve bunlar da üçüncü kişilerde tek tip/standardize edilmiş işletmeler görüntüsü vermektedirler²⁷⁸. Oysa gerçekte biri franchise verene ve diğerleri de franchise alanlara ait hukuken birbirinden bağımsız işletmeler vardır²⁷⁹. Uygulamada ise franchise alanlar tarafından işletilen işletmelerin franchise verenin şubesi olarak değerlendirildiği görülmektedir (*Filialisierung mit Fremdfinanzierung, Quasifilialität*; ²⁸⁰. Ancak bu ekonomik anlamda doğru olsa da, hukuken yerinde bir nitelendirme değildir. Zira franchise alanlar işletmeleri kendi ad ve hesabına gerçekleştirmekte (TK m. 14/I; yTTK m. 12/1), işletme risklerini bizzat üstlenmekte ve işletme sermayesini de, başlangıçta farklı franchise veren tarafından destek verilebilse de, neticede bizzat karşılamaktadırlar²⁸¹. Diğer yandan müşterilerin de örneğin bir zincir restoran işletmesinin, franchise işletmesi olup olmadığını, olsa da bunun gerçekte franchise verene mi, yoksa alana mı ait olduğunu dışarıdan bilmelerinin her zaman mümkün olmadığını belirtmelidir²⁸².

Ticari işletme kirasında "ticari işletme", maddi ve gayri maddi unsurları, özellikle de organizasyonu ve müşteri çevresi ile birlikte bir "ekonomik bil-

m KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 25-26; EMMERICH, in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N.135.

²⁷⁶ EMMERICH, in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 138; H/G/, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis(Art 275-304) N. 198; WEIDENKAFF, in: PALANDT, BGB, 62. Aufl., Einführung vor § 581 N. 23; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 28; KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 20; LINDENMEYER, s. 68-69.

m LJNDENMEYER, s. 69.

¹⁸ EMMERICH, in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 136.

²⁷⁹ Karş. KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 24; BARTA, s. 319.

²⁸⁰ KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 7, 25; LINDENMEYER, s. 70; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 28; BARTA, s. 319.

²⁸¹ Karş. KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 26; KLEIN-BLENKERS, s. 60; merkez-şube ayrımı kıstasları hakkında bkz. ÖZDAMAR, M.: "Yargıtay Kararları Işığında Ticari İşletmede Şube Kavramı", ABD, Y. 65, S. 1 (Kış 2007), s. 52 vd.

²⁸¹ LJNDENMEYER, s. 69.

tünlük" olarak devredilirken, franchise sözleşmesinde yalnızca başarıya ulaşm_ış bir satış ve pazarlama modelinin bu başarısını temi.n eden ga◆j maddi unsurlar, *franchise alana ait işletmede* "kullanılmakta" ³, franchise alan, bu yolla başarısı kanıtlanmış bir satış ve pazarlama sistemine entegre olmaktadır²⁸⁴. Franchise verenin, menkul işletme tesisatının temini borcunu üstlenmiş olması, tarafların asli edim yükümleri franchise sözleşmesine uygun olduğu sürece, ilişkiyi ticari işletme kirası haline getirmez²⁸⁵.

Franchise sözleşmesinde franchise verenin durumu, hasılat kirasında kiralayanın durumundan çok farklıdır. Keza franchise alan ile kiracının bir takım hak ve borçları karşılaştırıldığında bunların durumlarının da farklı olduğu görülür. Franchise veren esasen kendisine ait bir işletmeye sahiptir. Bu işletme belli bir mal ya da hizmetin belli yöntemlerle üretilmesi ve pazarlanması modelinin üçüncü kişilere ivazlı olarak kullanılması üzerine kuruludur. Ancak franchise veren aynı işi, kendisine ait işyerlerinde kendi çalışan. lan vasıtasıyla da sürdürebilir²⁸⁶. Franchise sözleşmesi, bir işletmenin bütün olarak devrine değil, belirli bir mal ve/veya hizmetin pazarlanması sisteminin, bir bedel karşılığında başkasına kullanıdırılmasına (*Multiplizierung einer untemehmerischen Idee*) dayanmaktadır²⁸⁷. Bu sözleşme ile belli bir mal ve hizmetin üretimi ve pazarlamasının coğrafi olarak yaygınlaştırılması (*Dezentralisation*) amaçlanmaktadır. Diğer yandan franchise verenin kendi modelinin kullanımını devrederken üstlendiği malı yükümlülükler hasılat kiracısında kiralayanın ve franchise alanın yükümlülüklerine nazaran düşüktür²⁸⁸. Franchise sözleşmesinde franchise alan bütün maliyetiyle kendi ticari işletmesini tesis etmektedir. Bu aynı zamanda, franchise alanın TK m. 14/1 ya da 18/1 (yTTK m. 12/1, 16/1) çerçevesinde tacir olduğunu ve TK m. 20 vd.'nda (yTTK m. 18 vd.) düzenlenen tacir olmaya bağlanan sonuçlara da şahsen muhatap olduğunu göstermektedir²⁸⁹. Bu işletmeye ait riskler, birdi-

²⁸³ "[...] Franchise veren ürüne, hizmete veya bilgi birikimine ve bunlara ait denenmiş kalitesi kanıtlanmış ve başarılı bir mar◆aya, isme sahip ve bunların satış, dağıtım veya işletme hakkını belirli bir bedel karşılığı veren taraftır. Franchise veren isim, marka ve diğer ayırtedici özelliklerinin sahibi olmalı veya yasal olarak kullanım hakkına sahip bulunmalıdır[...]", 19. HD, T. 25.06.2001.. E. 2001/819, K. 2001/4917, KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 19; ayrıca bkz. ŞUA,,:Yeditepe Ü. HFD, Y. 2007, C. IV, S. 2, s. 70-71.

²⁸⁴ ALTAŞ, s. 297-298; EMMERICH, il): STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 130.

²¹¹⁵ Karş. BGE 118 II 157, 162-163.

²⁸⁶ Ancak franchise alana sözleşmede-belli pir tekel bölgesi tanınmış ise, franchise verenin kendi işletme faaliyetinin bunu ihlal etmemesi gerekir, karş. KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s.143 vd.

²⁸⁷ EMMERICH, in: STAUDINGERS, Vprbem. zu § 581 N. 130; KLEIN-BLENKERS, s. 60; ALTAŞ, s. 297; KIRCA, Ç., Franchise◆Sözleşmesi, s. 28-29; BARTA, s. 318-319.

²¹¹⁸ I/NDENMEYER, s. 69.

²⁸⁹ Karş. EMMERICH, in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 136; KLEIN-BLENKERS, s. 60; WEIDENKAFF, in: PALANÜ,f, BGB, 62. Aufl., Einführung vor § 581 N. 22.

ğer deyimle başka kişiler tarafından uygulandığında başarıya ulaşmış modelin, kendi işletmesinde başarıya ulaşamamasına ilişkin riskler franchise alana aittir²⁹⁰. Franchise sözleşmesine göre franchise alan, franchise verenin ticaret unvanını, işletme adını, markasını, logosunu kullanmak zorunda kalsa da , TK m. 43-45 (yITK m. 41-43) hükümleri gereği, kendisine ait ve ayırıcı özelliği olan bir unvan seçmek ve kullanmak zorundadır²⁹². Oysa hasılat kirasında kiracı, devredenin unvanını ve işletme adını aynen kullanmaya devam edebilir (TK m. 51; yITK n. 49/2).

Ticari işletme kirasında kiraya alan işletmeyi maddi ve manevi unsurları ile kiracının işletmesine (kullanım ve faydalanmasına) terk etmekle, BK m. 272'de (yTBK m. 360) düzenlenmiş olan "kiralananı kullanıma uygun halde teslim borcunu" yerine getirmiş olur. Oysa franchise sözleşmesinde franchise veren franchise alana gayri maddi malların kullanımını terk etmekle yetinemez. Bundan başka franchise alanı aktif biçimde ve sürekli korumakla yükümlüdür²⁹³. Diğer yandan ticari işletme kirasında da maddi ve gayri maddi değerlerin kullandırılması söz konusu olmakla beraber, bunlar kiralayana ait işletme bütünlüğü çerçevesinde birlikte devredilmektedir. Kiracı marka ya da know how gibi önemli gayri maddi değerleri işletmeye dahil unsurlar olarak devraldığında, bunları kural olarak kendi işletme modeli/organizasyonu çerçevesinde kullanma imkanına sahipken, franchise sözleşmesinde franchise alan gayri maddi değerleri kendisine ait bir işletme modeli/organizasyonu içinde değerlendiremez, bu değerleri franchise verenin gösterdiği sistem dışında kullanamaz²⁹⁴. Görüldüğü gibi ticari işletme kirası esas olarak ticari işletmenin bir ekonomik bütünlük olarak devrine yönelmişken, franchise sözleşmesinde franchise alan kendi işletme faaliyeti için ihtiyaç duyduğu iş modeli ile gayri maddi unsurları bir başkasından (franchise verenden) ivazlı olarak "tedarik etmektedir".

²⁹⁰ LINDENMEYER, s. 70.

²⁹¹ KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 113 vd.

²⁹² Franchise sözleşmesinde "franchise verenin ticaret unvanı ve işletme adından franchise alanın yararlanmasını sağlama borcu" çerçevesinde franchise alanın ticaret unvanının ve işletme adının TK m. 43 vd. ve 52 vd. (yTTK m. 41 vd., 49 vd.) ile uyumlu biçimde teşkil ve tescili ile ilgili tartışmalar için bkz. KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 126 vd. Yazar ticaret unvanı bakımından franchise verenin unvanı ile alanın unvanının birbirinden farklı olması gerektiği ve bu yüzden franchise verenin unvanının ancak ek getirilerek kullanılabilceği, işletme adı bakımından ise, sözleşmenin ekonomik amacının dikkate alınması gerekliliği ve franchise sisteminde müşteri çevresi için iltibas tehlikesi yaratılmış olmadığı gerekçesiyle, franchise alanın franchise verenin işletme adını aynen kullanabilmesinin kural olarak mümkün olduğu sonucuna varmıştır, s. 128.

²⁹³ KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 63, ayrıca bkz. s. 113 vd., 136 vd.; HIGL, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbıs (Art 275-304) N. 198.

²⁹⁴ KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 147 vd.; karşı. EMMERICH, in: STAUDINGERS, Vorbem. zu § 581 N. 154, 160.

Hasılat kirasında da kiralayan, işletmesinin karlılığının ve başarısının doğal olarak kira süresince de sürmesini ister. Ancak kiralayanın bunun için kendi ticari ve ekonomik organizasyonunun uygulanması zorunluluğunu getirmesi mutad değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi franchise sözleşmesinde kullandırılan sistemin, "başarısını" kanıtlamış olması, franchise alanın buna aynen uyması vazgeçilmez bir husustur. Oysa hasılat kirasında, işletmenin kiralabilmesi, bunun mutlaka belli bir başarıyı yakalamış olmasına bağlı değildir. Kiracı, ticari ve finansal olarak çok iyi durumda olmayan bir işletmeyi de kiralayarak bunu daha iyi hale getirmeyi "deneyebilir". Ancak bir franchise alan başarısız bir pazarlama sistemini kesinlikle kullanmak ve bunun için bir bedel ödemek istemeyecektir. Dolayısıyla her iki sözleşme türü bakımından sözleşme konusunun devir tarihindeki ticari, teknik ve ekonomik durumu hususunda önemli farklılıklar vardır. Diğer yandan hasılat kirasında kiracıya devredilen müşteri çevresi "somut" iken, franchise sözleşmesinde ise, -eğer aynı zamanda bir başka franchise işletmesi devralınıyor değilse-, "soyut", bir başka deyimle franchise verene, onun marka vb. değerlerine bağlı, ancak henüz franchise alan ile fiilen temasa geçmemiş bir müşteri çevresi söz konusu olacaktır²⁹⁵.

İki sözleşme türü arasındaki farklardan birisi de franchise alanın franchise verene ödediği "ücret" ile kiracının kiralayana ödediği "kiranın" sebebinin farklı oluşudur. Gerek "ücret" ve gerek "kira", ilgili sözleşme tarafı için asli edim yükümü teşkil etse de franchise sözleşmesindeki "başlangıç ücreti" franchise verenin franchise alanın işletmesinin kurulmasındaki yardımlarının ve franchise alanın sisteme girerek franchise verene ait gayri maddi malları kullanabilmesinin, franchise alanın cirosuna göre belirlenen ve dönemsel ödenen "sürekli ücret" ise franchise verenin franchise alanı sürekli olarak koruması, gayri maddi malları kullandırması ve bunlardan yararlandırması karşılığı olarak ödenirken²⁹⁶, ticari işletme kirasında işletmenin bir bütün olarak devredilmesinin karşılığı olarak ödenmektedir. Bu son halde taraflar aksini kararlaştırmadıkça kural olarak bir başlangıç ücreti söz konusu olmayacaktır. Ancak müşteri çevresinin devri karşılığında başlangıçta belli bir bedelin ödenmesi söz konusu olabilir. Diğer yandan bu durumda kiralananın iadesi halinde kiracının da benzer sebeple kiralayandan bir ücret istemesi söz konusu olabilir ki, bunun "kiranın" mahiyetiyle ne derece bağdaşacağı tartışmaya açıktır. Bu açıdan ticari işletme kirasında müşteri çevresinin büyüklüğünün kira miktarına yansımaları ilişkinin mahiyetine daha uygundur.

Her iki sözleşmenin sona ermesi bakımından da farklılıklar bulunduğunu ifade etmek gerekir. Zira ticari işletme kirasında, sözleşmenin sona ermesi

²⁹⁵ HARKE, in: MüKo-BGB. § 581 N. 29.

²⁹⁶ KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, s. 145-147.

kiracının ticari işletmeyi bir bütün olarak iadesi ve böylece "ticareti terk etmesi" anlamına gelirken, franchise sözleşmesinde franchise alan "sadece" dahil olduğu pazarlama sisteminden çıkmak, özellikle de kullanımına sunulan gayri maddi unsurlardan faydalanmaya son vermek zorundadır²⁹⁷. Ancak bu durum, eski franchise alanın ticari işletmesindeki her türlü işletme faaliyetini durdunmak zorunda olduğu anlamına gelmez. Bir başka deyişle "gelir sağlama amacı" ve "devamlılık" unsurları franchise sözleşmesinin sona ermesinden "henüz" etkilenmemiştir. Eski franchise alanın alacağı işletmesel kararlar, işletme mevzu ve/veya maksadının değiştirilerek işletme faaliyetinin devamını sağlayabilir. Ancak bu son halde ticaret unvanında ve işletme adında gerekli değişiklikleri yapmak zorundadır.

Diğer yandan belirtilmelidir ki, bir pazarlama sisteminin üçüncü kişilere kullandırılmasında, franchise sözleşmesi kadar hasılat kirası sözleşmesi de elverişlidir. Sözleşme serbestisi, kiracının kiralayana işletme yükümlülüğü kapsamında daha sıkı bağlanmasını ve bu sayede hasılat kirası sözleşmesinin franchise sözleşmesine yaklaştırılmasına izin vermektedir. Bu son halde "franchise veren", bizzat kendisi işletmeler tesis edecek ve bunları öngördüğü model içinde işletilmek üzere üçüncü kişilere ("franchise alan") ticari işletme kirasına verecektir²⁹⁸. Bu durumda franchise sözleşmesi ile ticari işletme kirası sözleşmesi işlevsel olarak birbirlerini tamamlayacaklardır. Bir başka ifade ile bu durumda da ticari işletme kirası franchise sözleşmesinden müstakil varlığa sahip olmayıp yine franchise sözleşmesinin tamamlayıcı bir unsurudur. Bu sebeple hasılat kirasına ilişkin hükümler franchise sözleşmesine ancak kıyasen uygulanır²⁹⁹.

²⁹⁷ **KIRCA, Ç.**, Franchise Sözleşmesi, s. 186 vd.

²⁹⁸ **LJNDENMEYER**, s. 69-70; **KIRCA, Ç.**, Franchise Sözleşmesi, s. 63.

²⁹⁹ **KIRCA, Ç.**, Franchise Sözleşmesi, s. 64. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında taraflar arasındaki ilişkinin ağırlık noktasını franchise sözleşmesinin teşkil etmesi ve adi kira ile hasılat kirasına ilişkin unsurların yan edim yükümü niteliğinde olması halinde, adı geçen sözleşmelerin sona ermesine ilişkin BK hükümlerinin olayda uygulanamayacağını, zira hasılat kirasının franchise sözleşmesine tabi olduğunu, müstakil bir hasılat kirası ilişkisinin bulunmadığını ifade etmiştir, BGE 118 11157, 162-163.

§ 6 TİCARİ İŞLETME KİRASİ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI

I. Genel Olarak

Bir mallar ve haklar topluluğu ve bir organizasyon olan ticari işletmenin ekonomik varlığı, anılan değerler üzerinde hak sahibi olan ve/veya bunu işleten gerçek ya da tüzel kişinin (ticari işletme sahibinin) değişiminden etkilenmez. Bir başka ifade ile ticari işletme bir müessese olarak, ona varlık şartlarını (TST m. 14/II) kimin verdiğinden ve malvarlığı unsurlarını kimin tahsis ettiğinden bağımsızdır¹. Önemli olan ona bu unsurların kazandırılmış ve işletilmekte olmasıdır. Hatta kira yoluyla devredilen bir işletmeye dahil bazı unsurların kiralayanda kalması, ticari işletme niteliğinin sona ermesine sebep olmadığı sürece önemsizdir. Bu açıdan ticari işletmenin ekonomik bir bütünlük olarak kendine özgü dinamikliği vurgulanmalıdır.

Kiralanacak ticari işletmenin bir gerçek kişi ya da tüzel kişi tacire ait olması, bir başka ifade ile ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarını işletmeye tahsis edenin ve işletme organizasyonunu kurmuş olanın gerçek ya da tüzel kişi olması da işletmenin kiralanabilirliğini etkilemez. Bu sebeple kural olarak her gerçek kişi ya da tüzel kişi tacir kural olarak işletmesini hasılat kirasına verme imkanına sahiptir². Diğer yandan kiracının gerçek ya da tüzel kişi olması da ticari işletmenin kiralanması bakımından önemli değildir.

II. Ticari İşletme Kirasının Yapılmasında Yetki Sorunu

Ticari işletmelerin kiralanmasında gerek kiralayan ve gerek kiracı taraf bakımından bunların gerçek ya da tüzel kişi tacir olmalarına göre ortaya çıkacak yetki sorunlarının incelenmesi gerekir.

Çalışma kapsamında ticari işletme kirası, rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, tarafları arasında sürekli borç ilişkisi yaratan, işletme unsurlarının mülkiyetinin değil, maddi mallar için zilyetliğin nakli, haklar için ise kullanma ve tahsil yetkisi tanınması sonucunu doğuran ve bu yüzden de sözleşme bitiminde kiralananın bir bütün olarak iadesinin söz konusu olduğu, ivazlı bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Bu çerçevede özellikle sermaye şirketleri açısından yeniden vurgulanması gereken bir husus da "ticari işletmenin hasılat kirasına konu olması" meselesinin, bir şirke-

Karş. LINDENMEYER, s. 93.

LINDENMEYER, s. 93.

tin devralınması, bunun üzerinde doğrudan ya da dolaylı biçimde hakimiyet kurulması (karş. yTTK m. 195) olarak görülemeyeceğidir. Zira bu son nokta, şirketler hukukunun müstakil bir alanı olmakla, özel bir incelemeyi gerektirdiği gibi, örneğin Alman POK m. 292/1 b. 3 (*Betriebspacht-, Betriebsüberlassungsvertrag*) gibi özel bir düzenlemenin de olmadığı hukumuzda konuyu salt hasılat kirası ve ticari işletme kirası açısından ele almak mümkün ve doğru da değildir. Bir şirketin ticari işletmesi ile birlikte ya da ticari işletmesi olmaksızın, şirketi ekonomik ve hukuki olarak kontrol etmeye imkan verecek uygun yönetim ve kontrol³ araçları (karş. yTIK m. 195, 198) ile *sürekli olarak* ya da *geçici bir süreyle* devralınması, şirketler hukukunun gereklilikleri ve imkanları içinde cereyan eden bir işlemdir. Hukuken bakıldığında salt ticari işletmenin hasılat kirasına konu olması, kiralayan durumundaki şirketin de bu sayede kiracının yönetim ve kontrolü altına girdiği anlamına gelmeyeceği, ancak bir şirketin yönetim ve kontrolünü şirketler hukuku araçları ile elde etmenin⁴ bunun ticari işletmesinin yönetim ve kontrolünü de elde etmek anlamına geleceği açıktır. Kısacası ticari işletme kirasında kiracı ile kiralayan arasındaki hukuki ilişki, kiracıya ticari işletme üzerindeki mülkiyet, sınırlı aynı hak ya da ortaklık hakları sağlanmasını kapsamamaktadır. Zira anılan bu hususların salt borçlar hukuku işlemi olan hasılat kirası sözleşmesi ile gerçekleştirilmesi mümkün olmayıp, bunun için özellikle pay devri, pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi, oy hakkında ya da yönetime katılmada imtiyaz tanınması gibi şirketler hukuku enstrümanlarından istifade edilmesi gerekir. Pay üzerinde intifa hakkı tesisi, pay sahipleri sözleşmesi ya da oy sözleşmelerinde⁵ olduğu gibi hukuki etkilerini gerçekte şirketler hukuku alanında doğurmayan hukuki işlemler, özellikle de salt borçlar hukuku sözleşmeleri ile bir ticaret şirketinin yönetim ve kontrolünün maddi anlamda üçüncü kişilere bırakılması mümkün değildir. Bir diğer deyimle şirketlerin yönetim ve kontrolü, ancak şirketler hukukunun öngördüğü, cevaz verdiği yöntemlerle ve kapsamda el değiştirebilir, üçüncü kişilere bırakılabi-

³ Anonim şirketler bakımından "yönetimin", iç ve/veya dış ilişkiye yönelik olarak şirket içi kararları alma ve uygulama, şirket işlerinin yürütülmesi gücü olduğu ifade edilmekte ve yönelimin pay sahiplerinden farklı özel bir kurula verildiği vurgulanmaktadır. "Kontrol" ise, eldeki özel imkanlara (örneğin sermaye ve oy çoğunluğuna) dayanarak, yönetim üzerinde hakimiyet kurma, yönetim kurulu üyelerini seçme, azletme (kanaatimizce bunlara yönetimi ibra etme, gerektiğinde sorumluluk mekanizmasını harekete geçirme gibi hususlar da eklenebilir) ve nihayetinde karın dağıtımını belirleme gibi araçlarla yönetimi yönlendirebilme gücü olarak betimlenmektedir, bkz. PASLI, A.: Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu", *iHFD*, Y. 2008, C. LXVII, S. 2, s. 345-346. Ayrıca bkz. PASLI, A.: Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009. s. 27. 30-31. 35 vd.

⁴ Kontrol araç/an hakkında bkz. OKUTAN NILSSON. s. 81 vd.; PASLI. s. 61vd., 198 vd.

⁵ Kontrol tesisi aracı olarak pay üzerinde intifa hakkı tesisi. pay sahipleri sözleşmesi ve oy sözleşmeleri hakkında bkz. PASU, s. 241 vd., 248 vd.

lir. Şirketler hukuku alanında etki doğurma imkanı olmayan ya da buna izin verilmeyen borçlar hukuku araçları da bu yöntemler arasında yoktur⁶. Bunun için örneğin üçüncü kişinin şirket genel kurulu tarafından yönetim kuruluna ya da şirket müdürlüğüne seçilmiş, şirketin yetkili organları tarafından **kendisine** ticari mümessillik verilmiş ya da yönetimde ya da oy hakkında imtiyazlar tanınmış olması gerekmektedir. Bu hallerde bile şirket organlarının TK'dan/yITK'dan doğan vazgeçilemez ve devredilemez yetkileri ve görevleri baki kalmaktadır. Şirketlerin karar organları ile ister ortak, ister üçüncü kişilerden müteşekkil olsun yönetim organlarının anılan türden görev ve yetkilerini kullanmaktan imtina etmeleri söz konusu olamaz.

Bu sebeplerle ticari işletme kirası ilişkisinin bunu işleten şirketin yönetim ve kontrolünün elde edilmesini sağladığını kabul etmek ya da bir şirketin yönetim ve kontrolünün elde edilmesini hasılat kirası ilişkisi olarak değerlendirmek ve giderek bunu bir "şirket kirası" olarak görmek, daha açık bir ifadeyle bir borçlar hukuku sözleşmesi olan hasılat kirası sözleşmesinin işletmeyi işleten şirketin yönetim ve kontrolüne de imkan verdiğini düşünmek şirketler hukuku sistemimize uymayan bir değerlendirme olacaktır⁷. Esasen işletmeyi işleten tüzel kişinin yönetim ve kontrolünü elde ettikten sonra, ayrıca ticari işletmenin de hasılat kirası yoluyla devralınmasına gerek yoktur. Bu sebeple açıklamalarımızın, ticari işletmenin bunu işleten tüzel kişi tacirin

⁶ *PASLI'nın* anonim şirketin devralınması bağlamında ifade ettiği ve kanaatlerimizi destekleyen, tüzel kişilerin kanun ve "tüzükleri" ile oluşturulan statülerine pozitif hukukumuza göre borçlar hukuku sözleşmeleri ile müdahale edilemeyeceği yönündeki görüşlerinin burada anılmasında fayda vardır: Yazar bu bağlamda "[...] anonim ortaklığa ait olan işletmenin satımı/devri veya kiralanması[nın] "anonim ortaklığın devralınması" olmadığını, "[...] anonim ortaklığın devralınmasından bahsedebilmek için, yapılan hukuki işlemin tüzel kişilik olarak anonim ortaklık organizasyon yapısı içerisinde etkisi ile, ortaklığın yönetim hakimiyetinin sahipliğini belirleyebilmesi gerek[tiğini]" (s. 258) ve "hakimiyet sözleşmesi, bizatihi anonim ortaklığın tüzel kişilik organizasyonuna etki etmekte ve onun yönetim hakimiyetini sözleşmesinin diğer tarafına geçirmektir. [...] bu tür bir sözleşmenin akdine yönelik olarak kanuni bir dayanak bulunmadıkça, tüzel kişilik olarak bir anonim ortaklığın zorunlu organlarının ortaklık yapısı içinde devredilemez nitelikteki görevlerinin ortaklık yapısının dışına çıkarılması evleviyetle mümkün değildir. [...] Esas sözleşme ile yapılamayan bir yetki devrinin, aynı şekilde, ortaklık tüzel kişiliği ile bir üçüncü kişi arasındaki sözleşme ile öngörülmesi de kabul edilmemelidir. Ortaklığın amacının bağımlılığa uygun bir şekilde düzenlenmesi, emredici kurallar ile düzenlenen tüzel kişilik yapılanmasına terstir. Dolayısıyla hakimiyet sözleşmesi [...] bugün için kanuni dayanak bulunmayan Türk hukukunda geçerli kabul edilemez. [...] Bir anonim ortaklığı/işletmeyi diğer bir üçüncü kişiye bağlayan sözleşmeler olarak [...] "işyerinin kiralanması sözleşmesi" ve "işyerinin devri sözleşmesi" zikredilmektedir dedikten sonra, bunların anonim ortaklığın devralma yöntemi olama[yacağını] vurgulamıştır.s. 256-257.

⁷ Ancak karş. *ALTAŞ*, s. 140 vd., 153 vd., 187, 209, 285. Anılan eserin 154. sayfasındaki konuyla ilgili şu ifade dikkat çekicidir: "[...] Nasıl ki bir şey kiraya verildiğinde, kira konusu şeyin kiracıya fer'i zilyetliğinin devri gerekir aynı şekilde kiraya verilen şirketin zilyetliğini temsil eden yönetiminin de kiracıya devri gerekir[...]"

yönetim ve kontrolünün üstlenilmesi süretiyle "kiralınmasına" ilişkin olma. dığı vurgulanmalıdır. Esasen böyle bir "kiralama" biçimi de yoktur.

Bu zıru?lu açıklamalardan sonra aşağıda gerek kiralayan ve gerek kiracı olarak bir ticari işletme kirası sözleşmesi yapılmasında ortaya çıkabilecek yetki sorunları tacir türlerine göre ele alınmaya çalışılacaktır.

1. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Gerçek Kişi Tacirler

Bir ticari işletmenin gerçek kişiye ait olması, bunun gerçek kişi tarafın. dan kendi adına ve hesabına işletilmesi anlamına gelir ¹¹T. 1411, YITK m. 12/1). Gerçek kişi tacir, tam ehliyetli olduğu sürece ticari işletme¹²ını serbesçe kiray¹³ verebilecektir. Keza gerçek kişi kiracının tam ehliyetli olması halinde de kira sözleşmesi bakımından herhangi bir ehliyet sorunu ile karşılaşılacaktır.

Kiralayan gerçek kişi tacir, ayırt etme gücünden yoksun ve *velayet altında bulunan bir küçük* ise, kira sözleşmesi bizzat kanuni temsilci tarafından yapılmalıdır (MK m. 14-15, 342). Kiralayan gerçek kişi tacirin, ayırt etme gücüne sahip ve velayet altında bulunan bir küçük olması halinde ise, kira sözleşmesinin bağlayıcılığı, kanuni temsilcisinin izin ya da onayına bağlı olacaktır (MK m. 16/I, 342, 343/I, 451/II)8.

Kiralayan gerçek kişi tacir, ayırt etme gücüne sahip ya da bundan yoksun, *vesayet altındaki bir küçük ya da ergin* ise, öncelikle vesayet makamının (MK m. 397), MK m. 443 uyarınca küçük ya da erginin malvarlığında bulunan ticari işletmenin işletilmesine devam mı edileceği ya da bunun tasfiye mi edileceği yönündeki kararını beklemek gereklidir. Vesayet makamının, muhtemel bir işletilmeye devam olunması kararı çerçevesinde, işletmenin hasılat kirasına verilmesine de karar verilebileceğinden, bu durumda kira sözleşmesi için yasal temsilcinin izni yanında (MK m. 451/1), MK m. 462 b. 6'ya göre hasılat kirasının süresinin bir yıldan uzun olması halinde, vasinin izni yanında vesayet makamının izni de gerekli olacaktır⁹. Vesayet makamının işletmenin devamına ve hasılat kirasına verilmesine ilişkin MK m. 443 uyarınca vereceği kararın, MK m. 462 b. 6' daki iznin yerine geçeceği düşünülebilirse de, ticari işletme kirası olağan bir idare faaliyeti olarak görülemediğinden ve içinde karmaşık bir malvarlığı ve kişisel ilişkiler ağı barındırdığından¹⁰ sözleşme için mahkeme ayrıca izin vermelidir. Diğer yandan MK m. 450/I'e göre, vasinin, vesayet altındaki kişinin görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olması halinde, önemli işlere dair kararını vermeden önce imkan ölçüsünde onun da görüşlerini alma yükümlülüğü bulundu-

¹¹ İsviçre hukuku bakımından karşı. LINDENMEYER, s. 95-96.

⁹ Alman hukukundaki benzer düzenleme için bkz. KLEIN-BLENKERS, s. 131.

¹⁰ KLEIN-BLENKERS, s. 131.

ğundan, böyle bir durumda vesayet altındaki kişinin de görüşlerinin alınması gerektiği belirtilmelidir. Bu durumda vesayet altındaki küçük ya da ergin de kiralama hakkındaki görüşlerini açıklayabilecektir. Ancak aynı hükmün ikinci fıkrasından da anlaşıldığı üzere bu görüşler vasi için bağlayıcı değildir. Vesayet altındaki küçük ya da kısıtlı ayırt etme gücünden yoksun ise yukarıda anılan izne ilişkin hususlardan başka kiralamaya ilişkin işlemlerin bizzat vasi tarafından yapılmasının zorunlu olduğu da ayrıca belirtilmelidir.

Diğer yandan ayırt etme gücüne sahip olan ya da olmayan bir küçük ya da erginin vesayet altına alınması gerektiğinde, "vesayet altındaki kişinin menfaatinin haklı gösterdiği, özellikle bir işletmenin, [...] sürdürülmesi gerektiği takdirde vesayet[in] istisnai olarak" bir aileye verilmesine müsaade edilmiştir (MK m. 398/I, 399). Bu durumda vesayet makamının yetki ve görevlerinin ise kurulacak aile meclisine (MK m. 400, 401/II, 402) geçmesi öngörülmüştür (MK m. 398/II). Görüldüğü gibi bu hallerde vasinin MK m. 462 b. 6' da öngörülen izni, vesayet makamı yetkilerini kullanan aileden meclisinden alması gerekecektir.

MK m. 359/I'de velayet altındaki küçüklere velisi tarafından, m. 453'de vesayet altındakilere de vesayet makamı tarafından "bir meslek ya da sanatla uğraşma izni" verilmesinden söz edilmiş ve yine m. 453'de bu şekilde kendisine izin verilen küçük ya da kısıtlının "[...] bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkili [...]" olması öngörülmüştür (karş. MK m. 343/I). Ancak işletmeyi hasılat kirasına verme işlemi olağan bir işletme faaliyeti olarak görülemeyeceğinden, bu durumda olan küçük ya da kısıtlılar da, ancak kanuni temsilcilerinin izin ya da onayını ve kısıtlılar da MK m. m. 462 b. 6' da gösterilen hallerde ayrıca vesayet makamının iznini almak zorundadırlar.

Yukarıda anılan hususlar ayırt etme gücüne sahip olan ya da olmayan küçük ya da kısıtlı *kiracılar* için de geçerli olmakla birlikte, bir ticari işletmenin kiralanması da MK m. 463 b. 3' de belirtilen "bir işletmenin devralınması" niteliğinde görülebileceğinden, kanuni temsilci ile vesayet makamının iznine ilaveten, denetim makamından da izin alınması gereklidir.

2. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Adi Şirket Orta.klan

Hukukumuzda adi şirketlerin ticari işletme işletebilecekleri kabul edilmektedir¹¹. Bu sebeple ticari işletmenin kiralanmasında adi şirketler açısından da yetki konusunun ele alınması gereklidir.

Adi şirkette şirketin idaresi BK m. 525'de (yTBK m. 625) düzenlenmiş olup aksi şirket sözleşmesi ya da bir ortaklar kararı ile kararlaştırılmadıkça,

¹¹ Bkz sadece *ANSAY*, Adi Şirket, s. 155 vd.; *BARLAS*, s. 33-34; *ŞENER*, Adi Ortaklık, s. 174 vd.; Y.11. HD, T. 24.12.2002, E. 2002/7112, K.11937.

her ortak idare görev ve yetkisini haiz sayılır. BK m. 524'e (yTBK m. 624) göre de aksı sözleşmede kararlaştırılmadıkça şirket kararları oybirliği ile alınmalıdır. Bundan başka BK m. 525 c. 4'de de (yTBK m. 625/III) "alelade şirket muameleleri fevkindeki hukukî tasarrufların yapılması için bütün şirketlerin ittifakı lazımdır" denilerek, oybirliği gerektiren iş ve işlemlerin çerçevesi belirlenmiştir. Bu sebeple olağanüstü bir işlem¹² olduğundan şüphe duyulamayacak (BK m. 525 c. 3, 530/I, 388/III; yTBK m. 625/II, 630/1, 504/III) ticari işletmenin kiralanması işlemine ilişkin kararın oybirliğiyle ve-

¹² BK m. 525 c. 3'de (yTBK m. 625/111) olağanüstü işlemlere örnek olarak yalnızca ticari işletme başkanının atanması gösterilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatına göre ise bir iş ya da işlemin olağanüstü işlem olup olmadığı esasen somut olayın özelliklerine göre tespit edilmek gerekir. Bu çerçevede işin/işlemin türü ve büyüklüğü belirleyicidir. Buna göre şirketin olağan gayesini aşan işlemler "türü bakımından",... şirketin iş ve işlemleri kaynakları ile kıyaslandığında orantısız olduğu görülen iş ve işlemler büyüklüğü bakımından" olağanüstü niteliktedir, bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 15.06.2004 tarih ve 4C.191/2003/1 anı (1. Zivilabteilung) sayılı (http://www.polyreg.ch/d/infonnaionen/bgeunpubliziert/Jahr_2003/Entscheide_4C_2003/4C_191_2003.html) ve 15.08.2007 tarih ve 4C.2 17/2006/lem (1. Zivilabteilung) sayılı (http://www.chblaw.ch/upload/0709_i7/EntscheideinfacheGesellschaft-Werkvertrag.pdO_BGE'de_yayınlanmış_kararlar). Ancak genel olarak şirketin maksat ve mevzuunu aşan, şirket sözleşmesinin değişikliğini gerektiren, idareci ortağın mutad işi olarak görülemeyecek olan iş ve işlemler olağanüstü işlemler olarak kabul edilmektedir. BK m. 530/1 (yTBK m. 630/1) göndermesi ile BK m. 388/III'de (yTBK m. 504/III) sayılan dava açmak, sulh olmak, tahkime gitmek, kambiyo taahhüdünde bulunmak bağışlamak, taşınmazları devir ve tahdit etme işlemleri de olağanüstü işlemler olarak görülebilir. *ANSAY*, Adi Şirket, s. 118; *DOMANİÇ, AKKŞ*, s. 84; *TEKİL*, Şirketler Hukuku, s. 138; *PULAŞLI*, s. 32-33; Y. 11. HD, T. 14.11.1979, E. 1979/4583, K. 1979/5217; *KARAYALÇIN*, ayrıca çok büyük miktarda alım-satım, kredi ve kefalet işlemleri ile şirketin sona ermesine sebep olacak işlemleri olağanüstü işlemlere örnek göstermektedir, Şirketler Hukuku, s. 143 ve dn.51'de anılan Y. TD'nin 22.03.1968 tarihli kararı. Diğer yandan Yazar'ın "müşterek maksada açıkça aykırı düşmedikçe TK m. 165'deki ölçünün tercih edilmesi maksada daha elverişli sayılabilir" görüşünü zikrettiği de ifade edilmelidir. *POROY* ise doktrindeki muhtelif görüşleri aktardıktan sonra olağan iş-olağanüstü iş ayrımında BK m. 530/1, 388/111 ve (yTBK m. 630/1, 504/111) TK m. 165 (yTIK m. 223) hükümleri ile bağlı kalınmaksızın "genel bir ölçü" çerçevesinde, duran varlıklara ilişkin işlemlerin olağanüstü sayılması gerektiğini, bunun dışındakilerin ise müad kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar'a göre bugün iş hayatının vazgeçilmezi olan kambiyo taahhüdünde bulunmanın olağanüstü işlerden kabul edilemeyeceğini, tahkim, kabul, feragat, sulh ve bağışlama gibi işlemlerin ise olağanüstü işlem olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir, *POROY (POROYTEKİNALPIÇAMOĞLU)*, s. 52 N. 87a

BK m. 525 c. 3 (yTBK m. 625/III) emredici olmamakla beraber, ticari mümessil tayini, Yürürlükte ortak alınması gibi bazı olağanüstü işlemlerin herhalde oybirliğini gerektirdiği görüşü için bkz. *MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER*, s. 293 N. 45. Bu tür işlemlerin oybirliğine tabi olması, ortaklar bakımından adeta "müktesep hak" niteliğindedir. Sınırsız sorumluluğunsöz konusu olduğu adi şirkette, temel işlemler için oybirliğinin zorunlu olması olağan kabul edilmelidir. Kanaatimizce ticari işletmenin kiralanması da bu nev'i temel işlemlerden olduğu hususunda tereddüt edilmemelidir.

rilmesi gerekir¹³. Ticari işletmenin kiralanması, "şirket muamelelerinin idaresi şeriklerin¹⁴ cümlesine veyahut birkaçına tevdi edilmiş ise bunlardan her biri diğerlerinin iştiraki olmaksızın muamele yapabilir" şeklindeki BK m. 525 c. 2'nin de (yTBK m. 625/II) kapsamına girmez.

Ticari işletme kirası sözleşmesinin kimin tarafından akdedileceği ve ortaklar için bağlayıcılığı hususu ise adi şirket ortaklarının temsili ile ilgilidir. Adi şirkette temsil yetkisi BK m. 533'de (yTBK m. 637), sonuçları ise m. 534'de (yTBK m. 638) düzenlemiştir. BK m. 533 c. 3'e (yTBK m. 637/III) göre "kendisine idare vazifesi tahmil edilen şerik¹⁵ şirketi ve bütün şerikleri üçüncü şahıslara karşı temsil etmek hakkını haiz" sayılmıştır¹⁶. Öncelikle belirtmek gerekir ki, BK m. 533'de (yTBK m. 637) tanınan temsil yetkisi, olağan idare işleri kapsamında kalan iş ve işlemlere ilişkindir. Bir başka deyimle BK m. 533 c. 2-3 (yTBK m. 637/II-III) ve BK m. 32/I'deki (yTBK m. 40/1) esaslar tüm ortakların ittifakını gerektiren iş ve işlemlerde (BK m. 525 c. 3; yTBK m. 637/III) uygulama alanı bulamayacaktır¹⁷. Bu gibi iş ve işlem-

¹³ Karş. KARAYALÇIN, Şirketler Hukuku, s. 143; DOMANIÇ, AKKŞ, s. 85, Yazar, olağanüstü işlemler çerçevesinde "işletmenin ve ortaklığın bünyesine tesir eden muameleler" ifadesini kullanmıştır; karş. ALTAŞ, s. 146-147.

¹⁴ DOMANIÇ hükümde sadece "idareci ortaklardan" bahsedilmiş olmasının bir "sürçü lisan" olduğunu ifade etmektedir, AKKŞ, s. 87.

¹⁵ DOMANIÇ hükümde sadece "ortaktan" bahsedilmiş olmasına rağmen iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bakımından idareci üçüncü kişilerin de BK m. 533 c. 3 (yTBK m. 637/III) çerçevesinde kanunen temsil yetkisini haiz kabul edilmeleri gerektiğini ifade etmektedir, AKKŞ, s. 92. Aynı yönde bkz. Y. 12. HD, T. 28.10.2008, E. 2008/17211, K. 2008/18679.

¹⁶ BK m. 533 c. 3'de öngörülen karinenin anlamı ve genel sistem içindeki işlevi hakkında bkz. KIRCA, İ.: "Adi Şirketin Temsili İle İlgili İki Sorun", BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 4, s. 65 vd. yTBK m. 637/111 ise şu şekildedir: "Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır".

¹⁷ ANSAY, Adi Şirket, s. 117-118; POROY (POROY/FEKJNALPIÇAMOĞLU), s. 64 N. 99e; aksi görüş DOMANIÇ, AKKŞ, s. 91-92.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 15.06.2004 tarih ve 4C.191/2003/Ima (1. Zivilabteilung) sayılı kararı (http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2003/Entscheide_4C_2003/4C.191_2003.html) bu hususta aydınlatıcıdır. Karara konu olayda, iki ortaktan (bir AŞ (davalı) ve bir gerçek kişi tacir) oluşan ve açık hava festivallerinin organizasyonunu gerçekleştirmeyi amaçlayan, ki bu bir ticari işletme faaliyeti olarak görülebilir, bir adi şirkette ortaklardan biri (gerçek kişi tacir) üçüncü kişi ile kara katılmalı para ödücü sözleşmesi (300.000 İsviçre Frangı+en az 30.000 İsviçre Frangı tutarında kar) yapmış, sözleşmede ayrıca adi şirketin de müteselsil borçlu olması kararlaştırılmıştır. Gerçek kişi tacirin iflas etmesi sonucunda alacaklı alacağını İsviçre BK m. 543'e (BK m. 533) dayanarak ve gerçek kişinin aslında diğer ortağı da temsil ettiğini, paranın adi şirketin hesabına yatırıldığını, sözleşmede adi şirketin de müteselsil sorumluluğunun ka-

terde tüm ortakların müteselsil sorumluluğu ile ilgili hukuki güvenlik riski, BK m. 530/I c. 2, 414-415, 388 (yTBK m. 630/I, 530-531, 504) bir yana bırakılırsa, üçüncü kişiye aittir. Hal böyle olunca ticari işletmenin kiralanması temsilcilerin BK m. 533 c. 2 ve 3'ye (yTBK m. 637/II-ill) göre sahip oldukları temsil yetkisi kapsamı dışındadır ve bu sebeple de tüm ortakların birlikte hareket etmeleri zorunludur¹⁸. BK m. 533 c. I'in (yTBK m. 637/I), ticari işletme işleten bir dış (adi) şirkette uygulanma imkanı yoktur¹⁹. Gizli ortaklık-

rarlaştırıldığını ileri sürerele, diğer ortak olan AŞ'den anaparayı, karı ve faizleri talep etmiştir. Ancak gerek kanton mahkemeleri ve gerek Federal Mahkeme. İsviçre BK m. 535/111 ve m. 543/HI çerçevesinde (BK m. 525 c. 3. m. 533 c. 3; yTBK m. 625/11, 637/111). dava dışı müflis ortak gerçek kişi tacirin sözleşmeyi şirket adına değil kendi adına yaptığını, bu miktarca b'n- para ödününün olağan işler kapsamında göiülmesinin mümkün olmadığını, bu jizden de ortakların birlikte karar almadığı ve sözleşme de yapmadığını belirterek olayda vah ortak AŞ'nin sorumluluğn bulunmadığına karar vermiş ve davacının temyiz talebini reddetmiştir. Görüldüğü gibi ilk bakışta BK m. 533 c. I'de (yTBK m. 637/1; İsviçre BK m. 543/III) düzenlenen temsil türüne uyar gözükten olayda. İsviçre Mahkemeleri dolaylı temsil üzerinde durmayı gerekli görmemişlerdir. Diğer yandan Y. HGK'nın aşağıda kısaca değinilecek karar (T. 28.01.2009, E. 2008/12-825, K. 2009/32, www.hukukturk.com) ile geliştirilen içtihat karşısında, yukarıda özetlenen olayın ülkemizde gerçekleşmesi halinde İsviçre Federal Mahkemesi'nin tam aksi bir sonuca varılması kuvvetle muhtemel gözükmektedir.

¹⁸ *ANSAY*, Adi Şirket, s. 117-118; *ALTAŞ*, s. 146.

¹⁹ *DOMANİÇ*, bir ortağın kendi adına ancak şirket hesabına işlemler yapmasını "gizli temsil" olarak nitelendirmekte ve iç (hususî) şirket ile komisyonu buna örnek göstermektedir, AKKŞ, s. 93; aynı yönde *TEKİL*, Şirketler Hukuku, s. 144. Kanaatimizce de. sözleşme, ortaklar kararı ya da BK m. 525 c. 1, m. 533 c. 3 (yTBK m. 625/I, 637/111) uyarınca temsil yetkisini haiz olmayan ortağın işlemlerini düzenleyen BK m. 533 c. I'de (yTBK m. 637/0 yer alan temsil yönteminin (dolaylı temsil) uygulama aJanını iç ortaklık. özellikle gizli ortaklık ilişkileri ile konusu ticari işletme işletmek olmayan dış ortaklık niteliğindeki adi şirketlere hasretmek yerinde olur. Zira bir yandan *affecio socieratis* unsurunun en yoğun olduğu şirket tipi olan adi şirkete ortaklar arası güven ve işbirliğinin kanun eliyle daha en başta sarsıldığını kabul etmek gerçekten zordur. Diğer yandan ortada bir dış ortaklık olmasına rağmen. üçüncü kişiler tarafından her zaman bilinmesi mümkün olmayan dolaylı temsil sebebiyle üçüncü kişiyi diğer ortakları takip etmekten aJıkoymak da yerinde değildir. Bu sebeple ticari işletme işleten ve dış ortaklık niteliğindeki adi şirketler bakımından temsil yetkisi sorunu BK m. 525 c. I, 533 c. 2-3 (yTBK m. 625n, 637/II-III) çerçevesinde ele alınmalıdır. Zira BK m. 533 c. I'de (yTBK m. 637/1) yer aldığı şekliyle, dolaylı temsilde hesabına hareket edilen ortak, gerek işlemi yapan ortağa ve gerek işlemin karşı tarafı üçüncü kişiye karşı doğrudan temsilde olduğu gibi *ipso iure* (BK m. 533 c. 2-3, BK m. 32/1; yTBK m. 637/11-111, 40/Q) hak ve borç sahibi olamamakta, bunun için alacağın temlik ve borcun nakli işlemlerinin de gerçekleşmesi gerekmektedir (BK m. 32/111, 414-415, 393; yTBK m. 40/111, 530-531, 509); *ANSAY*, Adi Şirket. s. 119 ve dn. 30'da anılan eserler; *MEIER-HAYOZIFORSTMOSER*, s. 298 N. 64; BK m. 530/I, 414-415, 393/11 (yTBK m. 630/I, 530/531, 509/11) çerçevesinde açıklamalar için bkz. *ANSAY*, Adi Şirket, s. 119-120; *ŞENER*. Adi Ortaklık, s. 402); *BiLGİLİ* de BK m. 533 c. I'in (yTBK m. 637/1) "adeta yalnızca gizli ortaklıkları göz önünde bulundurularak _sevk edilmiş" olduğunu ifade etmektedir, s. 173; bkz. ayrıca *ŞENER*, Adi Ortaklık, s. 398 vd. ve Y. 13. HD'nin orada anılan, 05.11.1982 T. 1982/5924 E. ve 1982/6583 K.

sayılı kararı. Yazar ayrıca BK m. 533 c. 1 (yTBK m. 637n) düzenlemesinin dolaylı temsilin gizli adi ortaklık dışında dış ortaklıkta da mümkün olduğunu gösterdiğini, ancak dış ortaklığın böylece gizli ortaklık haline gelmeyeceğini de ifade etmektedir, s. 397-398. Bunun ise özellikle üç ve daha fazla ortaklı adi şirketlerin bünyesine ve bilhassa ticari işletme işleten bir dış (adi) şirketin ihtiyaçlarına uymadığı açıktır. Ortağın şirket ilişkisi içinde en tabii hakkı olan kara katılma hakkını (BK m. 523; yTBK m. 623) dahi olumsuz etkileyebilecek BK m. 533 c. 1 (yTBK m. 637/I) dış ortaklıklarda, ortaklararası ilişkileri temelinden sarsıcı bir anlama sahiptir ve kanun koyucunun adi şirketlerin ticari işletme de işletebileceğini ve böylece üçüncü kişilerle daima hukuki ilişkiye girebileceğini göz önüne almadığı "adi şirket kurgusunun" ürünüdür. Aslında iç şirket ilişkilerinde gizli ortağı üçüncü kişilerin taleplerine karşı koruma işlevine sahip BK m. 533 c. 1'in (yTBK m. 637/I), iç ortaklık-dış ortaklık ayrımı dikkate alınmaksızın BK m. 533 c. 2 ve 3 (yTBK m. 637/II-III) ile birlikte aynı maddede yer alması yerinde olmamış, adeta bunun dış şirketler için de "olağan" bir temsil yöntemi olduğu algısının doğmasına yol açmıştır. Bu yüzden *BİLGİLİ'nin* aynı hüküm içinde yer almalarına rağmen BK m. 533 c. 2 ve 3'ün de (yTBK m. 637/II-III) gizli ortaklıklara uygulanmasının mümkün olamayacağı yönündeki kanaati yerindedir. BK m. 533 c. 1'in (yTBK m. 637/I) uygulama alanının sınırlandırılması teklifi, bir "ortaklıkla" işlem yaptığı ve karşısında en az iki tane müteselsilen ve sınırsız sorumlu malvarlığı olduğu inancı ile işlem yapmış, yaratılan hukuki görünüşe haklı olarak güvenmiş üçüncü kişilerin menfaatlerinin gözetilmesi bakımından da yerindedir. Bu noktada bir ortağın bankadan dolaylı temsil yetkisi ile kredi alması ve fakat borcun ifasında ödeme güçlüğüne düşülmesi örneği göz önüne getirilebilir. Bu bakımdan dış (adi) şirket vasıtasıyla ticari işletme işletilen hallerde, üçüncü kişilerle işlemler yapan ortakların BK m. 533 c. 2 (yTBK m. 637/II) ve dolayısıyla m. 32 vd. (yTBK m. 40 vd.) çerçevesinde hareket ettiği kabul edilmeli ve dış adi şirketin ortaklarına, işlem yapan ortağın dolaylı temsilci olarak hareket ettiği, kendilerinin bu işlemde dolayı doğrudan hak ve borç sahibi olmadıklarını ileri sürme imkanı tanınmamalıdır. Üçüncü kişiler, bir adi şirket ortakları ile işlem yaptıklarında, "şirket" ya da ortaklar adına hareket eden bu yolda örneğin ticaret unvanını da kullanan ortak ya da ortakların BK m. 533 c. 2 ve 3'e (yTBK m. 637/II-III) göre hareket ettiklerine dayanabilmelidir. Aksinin (BK m. 533 c. 1; yTBK m. 637/I) ispatı adi şirket ortaklarına düşmelidir. Nitekim "güven ilkesine" göre de önemli olan temsilcinin ne düşündüğü değil, onun üçüncü kişilerce tanınabilir iradesidir, *TEKİL*, Şirketler Hukuku, s. 143-144; *ANSAY*, Adi Şirket, s. 115-116.

Yeni tarihli bir Y. HGK kararında, özellikle BK m. 530/1 c. 1, m. 388 (yTBK m. 630/1, 504), çerçevesinde ortaya çıkan temsil yetkisinin kapsamı problemlerinin ortadan kaldırılması, bir diğer deyimle anılan düzenlemelerin üçüncü kişilerin hukuki güvenliğini zedeleyecek biçimde uygulanmaması amacıyla, adi şirketi temsile yetkili ortağın/üçüncü kişinin ticari mümessil olarak görülmesi gerektiği ifade edilerek BK m. 533 c. 2-3'e yeni bir boyut kazandırılmıştır. Kararda özetle "[...] özellikle, adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip bulunmamasına, adi ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm yer almadığı sürece, idareci ortağın yapacağı işlemlerin diğer ortakları da bağlayıcı nitelikte olmasına, adi ortaklıkta idareci ortağın statüsünün, Borçlar Kanunu'nun 449. maddesinde düzenlenen ticari mümessile benzer bir nitelik taşımasına, aynı Kanunun 450. maddesi uyarınca, ticari mümessilin kambyo taahhüdünde bulunma yetkisine sahip olmasına [...]; dolayısıyla, adi ortaklıkta idareci ortağın kambyo senedi düzenleyebilmesi için bu konuda ayrı ve özel bir yetkiye sahip kılınmasının gerekmemesine; somut olayda, takibe konu kambyo senedini (çek) düzenleyen M. O. D.'nin idareci ortak durumunda bulunduğu da çekışmesiz olmasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararın onanması gerekir" görüşü savunulmuştur (Y. HGK, T. 28.01.2009, E. 2008/12-825, K. 2009/32; aynı

yönde Y. 12. HD, T. 11.01.2010, E. 2009/1g J75, K. 20J0/28, www.hukukturk.com). Karar kanaatimizce bazı açılardan tartışmaya açıktır. öncelikle Y. HGK'nın BK m. 533 ile m. 530/I'i hiç tartışmamış, bir başka deyimle oy birliği gerektiren iş ve işlemlerin temsil yetkisinin kapsamına etkilerini ele almamış olması yerinde değildir (BK m. 388/III'den (yTBK m. 504/III) farklı olan TK m. J65'in (y'ITK m. 223) adi şirketlerde uygulanabilirliği hakkındaki tartışma için bkz. ŞENER, Adi Ortaklık. s. 412-414). ilk derece mahkemesi ise kararını BK m. 533 c. 2 ve 534 c. 3'e (yTBK m. 637/11. 638/III) dayandırmıştır. Diğer yandan adi şirketin idaresine, özellikle de ticari mümessil atanmasına ilişkin açık kurallar (karş. BK m. 525 c. 1 ve 3; yTBK m. 625/1, III) dikkate alınmaksızın. ticari hayatın vazgeçilmezi kambiyo senetlerinin alacaklılarını korumak bakımından da olsa, her adi şirket temsilcisinin ticari mümessil kabul edilmesi, adi şirket temsil sisteminin tamamen değişmesine yol açacaktır. Bu aynı zamanda BK m. 449 ve 452'deki (yTBK m. 547. 550) ticari mümessil atama sisteminden kopuş anlamına da gelebilecektir. Her ne kadar HGK'nın idareci ortağı, BK m. 533 c. 3'e (yTBK m. 637/III) göre temsilci kabul ettiği örtülü olarak anlaşılrsa da, "idareci ortağın". ticari mümessile benzetilmesi de ilginçtir. Ayrıca karar, ticari mümessilin yaptığı işlemde dolayı kendisinin borç altına girmemesi esasına da aykırıdır. Zira temsilci ortak, BK m. 533 c. 2-3 (yTBK m. 637/11-111) çerçevesinde, adi şirket tüzel kişiliği haiz olmadığından aynı anda hem kendi adına hem de diğer ortaklar adına ve hesabına hareket eder. Oysa HGK'nın kabulüne göre, ticari mümessil statüsündeki idareci ortağın kendisinin de ticari mümessil olarak temsil ettiği sonucuna varılır. Bu açıdan en azından "diğer ortakları temsilde ticari mümessil statüsünde" gibi bir sınırlamaya yer verilmesi yerinde olurdu. Karar bu açıdan adi şirkete tüzel kişilik tanınması tartışmasını dahi başlatacak özelliktedir. Ancak Yargıtay HGK'nın içtihadının, BK m. 530/I, 388/IJI ile BK m. 450/11 (yTBK m. 630/1, 504/III, 548/11) arasında bir uyum. suzluk doğurmadığı da ifade edilmelidir. Bu bakımdan sonuç olarak karara konu olayın BK m. 520 vd. (yTBK m. 620 vd.) ile BK m. 32 vd.'nın (yTBK m. 40 vd.) sistemi içinde kalınarak çözülmesi daha yerinde olurdu, bkz. örneğin Y. 19. HD, T. 15.04.2005, E. 2004/8053, K. 2005/4136: "[...] BK.'nın 533. maddesi gereğince adi ortaklık namına üçüncü bir şahısla ortaklardan biri muamele yaptığı takdirde [olayda bono düzenlenmiştir]. diğer ortakların temsil hakkındaki hükümlere uygun olarak alacaklı veya borçlu olacak olmasına adi ortaklığı temsilen idareci ortağın imzaladığı senciten dolayı ortak davacının da sorumlu bulunmasına göre[...]" ; Y. 12. HD, T. 11.10.1995, E. 1995/12692, K. 1995/13432 (çek); Y. 12. HD, T. 14/09/1995, E. 1995/11628, K. 1995/11293 (bono); Y. 11. HD, T. 28.12.1976, E. 1976/5670, K. 1976/5671 (bono). Kanaatimizce, adi şirketler hakkında uygulanan BK m. 388/III (yTBK m. 504/111) hükmünün emredici olmaması karşısında (BK m. 530/I c. 1, yTBK m. 630/I), adi şirket ortaklarının kambiyo senedi düzenleyebilecekleri hususunun TK m. 165'in (y1TK m. 223) kıyasen uygulanması yoluyla değil. kambiyo senedi düzenlemenin iş hayatında olağanlaşmış olmasından hareketle, bunun bir ticari örf ve adet kuralı haline gelmiş olması ile izahı daha yerindedir. Gerçekten de iş hayatında hergün sulh, kabul, feragat, tahkim gibi işlemler yapılmasa da, bono ya da çek düzenlenmesi bugün artık vazgeçilmez bir pratik haline gelmiştir. Böylece ticari örf ve adetin, ticari işletme işleten adışirketler bakımından BK m. 388/III'ü (yTBK m. 504/III) değiştirdiği kabul olunarak, ortaklara isterlese BK m. 530/1 c. 1 (yTBK m. 630/1) bağlamında aksini düzenleme imkanı da tanınmış olacaktır. Hatta basiretli iş adamı gibi davranma yükümü (TK m. 20/II; yTIK m. 18/2) uyarınca, tacir adi şirket ortaklarının şir❖❖t sözleşmesinde bu hususu düşünmemelerinin mümkün olamayacağı dahi kabul edilebilir. Karş. Y. 11. HD, T. 07.02.1978, E. 1978/7, K. 1978/354: "Kollektif şirkete ortaklar şirketi. ayrı ayrı temsil edebilir ve borçlandırabilir. Kefillik de aJışıl gelmiş işler ara-

u1. gizli onak ile aktif onak arasındaki ilişki normal bir ortaklık ilişkisidir²⁰, olduğundan, burada da BK m. 525 c. 3'ün (yTBK m. 625f1Tf) tatbik, **gerekecektir**. Bu bakımdan BK m. 533 c. 1'e (yTBK m. 637n) **göre de alctrf onağın** temsil yetkisi ticari işletmenin kiralanmasını kapsamamaktadır. rnğer yandan BK m. 530n c. 2 (yTBK m. 630n) göndermesi ile BK m. 410 vd. ile m. 38-39 (yTBK m. 526 vd., 46-47) saldırıdır²⁰.

Adi şirket ortaklarının ticari işletme kiracısı olmaları durumunda da yukarıda ifade edildiği şekli ile BK m. 525 ve 533 (yTBK m. 625, 637) uygulama alanı bulacaktır.

Diğer yandan belirtilmelidir ki, adi şirketin ticari işletmesini kiralaması ya da bir adi şirketin ticari işletme kiralaması bazı hallerde sözleşme **değişikliği**ni de gerektirebilir. Örneğin ticari işletme işletmek üzere kurulmuş olan bir adi şirket başka şubesi de bulunmayan ticari işletmesini kiraladığında bu bir amaç değişikliği anlamına geleceğinden şirket sözleşmesinin değiştirilmesi zorunlu olacaktır. Zira artık fiili işletme gelirleri değil kira gelirlerinin elde edilmesi söz konusudur. Benzer şekilde başlangıçta ticari işletme işletmek amacıyla kurulmamış ya da belli bir konuda işletme işletmek üzere kurulmuş adi şirket ortakları, ticari işletme kiraladıklarında veya sözleşmede yazılı olandan farklı bir konuda faaliyet gösteren işletme **kiraladıklarında** şirket sözleşmesinin değiştirilmesi gerekecektir.

3. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Kollektif ve Adi Komandit Şirket

Gerek kollektif ve gerek adi komandit şirketler sadece ticari işletme işletmek amacıyla kurutabildikleri için (TK m. 153, 243/1; yTTK m.211, 304) bunların işletecekleri ticari işletmelerini üçüncü kişilerden hasılat kirası yoluyla devralmaları ve işletmekte oldukları işletmelerini de üçüncü kişilere kiralamak suretiyle devretmeleri, üzerinde durulması gereken hususlardır. Keza şirket kendisine ait bir ticari işletmeyi işletmek üzere faaliyet göstermekte iken şirket maksat ve/veya mevzuunu değiştirmek amacıyla hali hazırdaki işletmesini satarak veya tasfiye ederek başka bir ticari işletmeyi kiralayabile-

sındadır. Tersileri sürülürse, uyumsuzluk bilirkışı aracılığıyla çözümlenmeli, ticari gelenek ticaret odasından sorulmalıdır".

HGK'nın içtihadının, gerçek kişi adi şirket ortaklarının çek düzenlemeleri ile ilgili boyutunun ise 5941 s. Çek K. m. 2/3 ve 5/3 sebebiyle yeniden ele alınması kaçınılmaz görülmektedir. Tartışmalar için bkz. KIRCA, İ.: 5941 Sayılı Çek Kanunu, Konferans (22.01.2010). Ankara, 2010, s. 25 vd.; TOPÇUOĞLU, M.: "Yeni Çek Kanunu Çerçevesinde Çeklerde Gerçek Kişilerin Temsili ve Temsilin Sonuçları", BATİDER, Y. 2010, C. XXVI, S. 4, s. 146-147; BİLGİN, M.: "5941 s. Çek Kanunu ve Uygulamalar", 5941 s. Çek Kanunu Paneli (26.03.2010), Ankara, 2010, s. 32-33.

20

POROY (POROYITEKİNALPIÇAMOĞLU), s. 41 N. 72a; BİLGİLİ, s. 130-131, 137-138; aksi görüş, BARIAS, s. 178-179.

❖ eği gibi, var olan ticari işletmesi yanında buna ek olarak farklı bir alandaki işletmeyi de kiralayabilir.

Bir ❖ o_llektif ve adi komandit şirketin ticaret siciline tescili anında ticari işletmesinin bulunmaması, bir diğer ifade ile işleteceği bir ticari işletmesi olmaksızın tescil talebinde bulunması TIK m. 153 ve 157 (yTTK m. 211 215) ile TST m. 15 ve 29 hükümleri karşısından mümkün gözükmemektedir. Anılan düzenlemeler kollektif ve adi komandit şirketlerin en geç tescil tarihinde bir ticari işletmeye "*sahip*" olmalarını wrunlu kılmaktadır. İşletme, şirket tüzel kişilik kazanmadan işletilmeye başlanmış olabileceği gibi (karş. TK m. I 58; yTTK m. 216), tescilden sonra da işletilmeye başlanacak olabilir²¹. Bir diğer ifadeyle işletmenin şirketin kurulduğu sırada işletiliyor olması zorunlu değildir. Diğer yandan bu işletme, şirkete ait, daha açık bir ifadeyle şirketin "*mülkiyetinde*" olmak zorunda değildir. Bu açıdan yeni kurulan bir kollektif ya da adi komandit şirketin üçüncü kişiden kiralanmış bir ticari işletmeyi işletmesi de mümkündür. Bir başka ifadeyle ortaklar şirketin kuruluşunda bizzat bir ticari işletme tesis etmemiş ve kiralama yoluna gitmiş olabilirler. Bir işletmenin kiralanması ve şirketin bu işletmeyi işletmesi yönündeki karar bütün kurucuların oybirliği ile alınacaktır (TK m. 138, 156; BK m. 524; yTTK m. 126, 214; yTBK m. 624). Ayrıca, ortakların bir ticari işletmenin kiralanması ve işletilmesi ile ilgili hususları şirket sözleşmesinde düzenlemelerinin faydalı olacağı, böyle ayrık bir durumda standart sözleşme metinleri ile yetinilemeyeceği belirtilmelidir (TK m. 155ff; yITK m. 213/2).

Kollektif şirketin idare ve temsili TK m. 160 vd. ile 175²² vd.'nda (yITK m. 218 vd., 233 vd.) düzenlenmiştir. TK m. 160/I'e göre (yTTK m. 218/1) şirketin idaresi şirket sözleşmesi ya da ortakların çoğunlukla verebildikleri

²¹ Alman hukukunda şirketin işletmesinin daha kuruluşu anında ticari işletme seviyesinde olmasının zorunlu olmadığı, önemli olanın gayenin en baştan itibaren bir ticari işletme işletilmesi olmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir. *OPPENLANDER*, s. 194 ve dn. 4'de anılan kaynaklar.

²² TK m. 175, yTTK'ya alınmamıştır. Gerekçede ise Tasarının bu maddesi [m. 233], 6762 sayılı Kanunun 176 ncı maddesinin tekrarıdır. Buna karşılık 6762 sayılı Kanunun 175 inci maddesi Tasarıya alınmamıştır. Çünkü 6762 sayılı Kanunun 175 inci maddesi, aynı Kanunun 160 ncı maddesine gönderme yaparak hem 6762 sayılı Kanunun 155 inci maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendi hükmü ile çelişiyor, hem de temsil kurumuna uymuyordu" denilmiştir. yITK böylece idare yetkisine sahip olanların aynı zamanda temsil yetkisine de sahip olduğu karinesine (*PULAŞLI*, s. 122-123) son vermiştir. Bu sebeple TK m. 15511b. 6'ya göre sözleşmeye konulması gerekip de konulmayan kayıt. TK m. I 60. 175 sayesinde "telafi" edilebilirken. TK m. I 75'in yTTK'ya alınmamış olması ve yTTK m. 23-3'un de lafzı karşısında, şirket sözleşmesinde şirketi temsile yetkili olan kişilerin tespit edilmesi zorunluluğuna (yTTK m. 2 I3/1-d) uyulmaması, şirketin temsil edilememesi sonucunu doğuracaktır. Ancak belirtilmelidir ki, yTTK m. 126, yTBK m. 637/III c. I yoluyla bu hususta çıkacak temsil sorununun giderilmesi mümkündür. Bir

bir kararla ortaklardan birisine, bir kaçına ya da üçüncü bir kişiye.vcnl❖-
mişse, ortaklardan her birinin şirketi ayn ayrı idare hak vg örcvine ❖❖p
olacağı ifade edilmiştir. TK m. 165'de de (yTTK m. 223) •❖ yetkisinin
olağan işleri kapsadığı ifade edilmiş ve bağışta bulunmak..şirke_t amacı dı-
şında kalıyorsa taşınmaz satmak, satın almak veya üzerlerinde.❖❖c❖ tesis
etmek gibi işlemler ise olağ_üstü kabul edilerek ortakların oybirliği iJe ala-
cağı kararlara bırakılmıştı❖. Ancak bir ticari işletme işletmek üzer:e ❖rul❖-
bilen kollektif şirketlerde işletmenin üçüncü kişiye kiraya verilmesi, şirketin
gayesi ile doğrudan ilgili olduğundan bunun olağanüstü işlem niteliğinde ol-
duğu açıktır. Zira kollektif şirketler için ticari işletmenin bulunması bir kuru-
luş şartıdır. Gerek TK m. 165 ve gerek yTIK m. 223 de olağanüstü işlemleri
sınırlayıcı olarak saymamıştır. Bu sebeple.kplJektif şirketlerde işletmenin
üçüncü kişilere kiralanması ortakların oybirliği ile verecekleri ve bir şirket
sözleşmesi değişikliği teşkil eden karara bağlıdır-14. Şirketin işletmesinin şu-
belerinden birinin ya da birkaçının müstakÜ ticari işletmeler olarak kiraya
verilecek olması halinde de durum değişmez

Kollektif şirketlerde, sözleşme ya da ortakların kararı ile aksi kararlaştır-
ılmış olmadıkça TK m. 160/I (yTIK m. 218/1) g❖reğince idare yetki ve gö-
revini haiz olanlar aynı zamanda temsil yetkisini de haizdirler ve şirketin
amacına dahil her türlü iş ve işlemleri yapabilirler (TK m. 175, 176/I; karş.
yTIK m. 233). Ancak temsilci ortakların temsil yetkileri de TK m. 165
(yTTK m. 223) ile tayin edilen olağan iş ve işlerleri kapsar. Bu sebeple or-
takların oybirliği ile verecekleri bir karar olmaks❖❖m. olağanüstü bir iş niteli-
ğindeki ticari işletmenin kiraya verilmesinil} rylümkün olmadığı açıktır. Bir
başka ifade ile bu işlemi temsilcilerin anıları türden bir ortaklar kararı olma-
dan yapmaları halinde yetkisiz hareket etmiş blurlar²⁵.

diğer ifade ile TK m. 175'deki karine ilga edilmek fst;nmesine rağmen. yTBK'dak.i ben-
zer düzenleme muhafaza edildiğinden eskiye gör.e esaslı bir değişikliğin olmayacağı ifa-
de edilebilir. yTTK m. 233/1'in ifadesi de, yTTK m. 126 ve yTBK m. 637/3 c. 1'in bu
hususla tatbikini engeller bir anlama sahip değildir.

²³ yTTK m. 223 şu şekildedir: "Şirketin yönetimi kapsamındaki hususlar, şirketin amacını
ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işler ile sınırlıdır. Şirketi
yönetenler, şirket menfaatine uygun gördükleri işlerde, olağan işlem ve işlerle sınırlı ol-
mak şartıyla, sulh, feragat ve kabul ile tahkime de y.etkilidirler. Şu kadar ki, bağışta bu-
lunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve
şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin
özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnemek veya ticari işletme rehni kur-
mak gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ortakların oybirliği şarttır". Gö-
rüldüğü gibi sulh, feragat ve kabul ile tahkim yetkisi olağan işlerle sınırlandırılmış, diğer
yandan da olağanüstü işlemlerin kapsamı genişletilmiştir.

²⁴ Karş. ALTAŞ, s. 147; LINDENMEYER, s. 96-97; KL/NGLER, s. 46-47; Alman hukuku
için bkz. KLEIN-BLENKERS, s. 135-136; OPPENLANDER, s. 196.

²⁵ LINDENMEYER, s. 97.

Adi komandit şirketlerde şirketin idaresi komandite ortaklara ait olmakla birlikte (TK m. 248; yITK m. 309/2), TK m. 248 c. 2'de (yTTK m. 30911, 3) idare hakkını haiz olanların yetkileri dışında kalan hususlar hakkında, daha açık ifadeyle olağanüstü işlerde²⁶ komanditerlerle de o o hakkı ta nındığından, bunlar dahil tüm ortakların oybirliği ile verdiklen bir karar olmadıkça kira sözleşmesi akdedilemez²⁷.

Ancak kollektif ve adi komandit şirketin işletmesini üçüncü kişiye hasılat kirasına vermesi şirketin böylece sona erip ermediği sorunu, yaratmaktadır. Kollektif ve adi komandit şirketin sona erme sebeplen TK da kısmen açık kç, kısmen de BK m. 535-536'ya (yTBK m. 639-740) atı ya ı!arak gösterilmiştir (TK m. 185, 267; yTTK m. 243, 328). Şirketi tıca ı!letmesiz kalmasının infisah bakımından sonucu açıkça düzenlenmiş değildir. Doktrinde NOMER ERTAN "ticaret ortaklıklarının tacir sıfatı TK 18'de (yTTK m. 16) hiçbir koşul aranmaksızın gösterildiği için, bunların tacir sıfatını kazanabilmeleri için ayrıca adlarına ticari işletme işletilmesi zorunlu değildir. [...] Kollektif ve (adi) komandit şirketler ancak ticari işletme işletmek amacıyla kurulabilirler. Dolayısıyla bu tür şirketler bakımından. "ticari işletme"nin mevcudiyeti tacir sıfatını elde etmeleri bakımından değil, kurulmaları bakımından yerine getirilmesi gereken bir şarttır" görüşünü dile getirmiştir²⁸. Şirketler hukuku bakımından tüzel kişiliğin kazanılması ile ticari işletme hukuku bakımından tacir sıfatının kazanılması hususlarını birbirinden ayırt eden bu görüşe katılmak gerekir. Bir diğer deyimle kollektif ve adi komandit şirket, tüzel kişiliğini muhafaza ettiği sürece, TK m. 18/I ve 136-137 (yTIK m. 16/1, 124-125) uyarınca tacir sayılacaktır. AYHAN da "ticaret şirketlerinin hukuka uygun bir şekilde teşekkül etmeleri ve son bulmaları tacir sıfatının da başlangıcı ve sona ermesi demektir" şeklindeki görüşüyle TK m. 18/1 ve 136-137 (yTTK m. 16/1, 124-125) ile uyumlu olarak her türlü ti-

²⁶ Bu husus yITK m. 309/3'de, "Komanditerler, şirket işlerini görmeye görevi ve yetkili olmadıkları gibi, yönelim hakkını haiz kişilerin yetkileri içinde yaptıkları işlere itiraz da edemezler. Ancak, olağanüstü iş ve işlemlerde, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi, lür değişirme, birleşme ve bölünme gibi yapısal değişikliklerde: şirkete ortak alınması, çıkarılması ve payın devri ürününden temel işlemlerde komanditerler de oy hakkını haizdirler" denilerek daha anlaşılır biçimde ifade edilmiştir.

²⁷ Karş. ALTAŞ, s. 148; LINDENMEYER, s. 98; KLINGLER, s. 47.

²⁸ NOMER ERTAN, F., (ÜLGEN, H.İTEOMAN, Ö./HELVACI, M.İKAYA. A.İNOMER ERTAN, F.): Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, s. 215 N. 647; ticari işletme işleminin sadece şirketin kurulması için lüzumlu olduğu ancak şirket bir kere kurulduktan sonra da bunu. devamının daima işletme işletilmesine bağlı olmadığı yönünde bkz. f?PPENLANDER, s. 195. Yazar ayrıca tasfiye halinde de kollektif ve adi komandit şirketin b o elliğini koruduğunu, bunların adi şirket olarak değil yine kollektif ve adi komand it şirket olarak tasfiye edildiğini yerinde olarak ifade etmekte ve işletmesini kirala-yan şirketin tasfiye haline gireceğini (liquidationsgesellschaft) iddia eden görüşlere karşı çıkmaktadır, dn. 2.

caret şirketinin tacir sıfatının, tüzel kişiliğin doğumu ve sona ermesine bağlı olduğunu ifade etmiştir²⁹. Gerçekten de kollektif ve adi komandit şirketlerin tanımını yaparak bazı kuruluş şartlarını belirleyen ve TK m. 271/1' in (yITK m. 331) şahıs şirketleri açısından muadili olarak kabul edilmesi gereken TK m. 153, 243/1'e (yTIK m. 211, 304/1), tüzel kişi taciriğin doğumu bakımından belirleyici etki tanımak, bir diğer ifade ile TK m. 153 ile 243/1'e, tüzel kişi tacirler bakımından TK m. 18/1'e (yTTK m. 16/1) göre özel hüküm niteliği vermek ya da bunun yerine koymak, anılan normların düzenleme amaç ve alanlarının farklılığının gözden kaçırılması anlamına gelecektir. Bu sebeple ticari işletmenin kiralanmasının şirket tüzel kişiliğine etkisini şirketin "maksat ve mevzuu" bağlamında ele almak ve soruna TK m. 185 ve 267 (yTTK m. 243, 328) uyarınca kollektif ve adi komandit şirketler hakkında da uygulanan BK m. 535/1 b. 1 (yTBK m. 639 b. 1) çerçevesinde çözüm aramak gerekir. Hükme göre şirket "şirketin akdinde maksut olan gayenin elde edilmesi yahut elde edilmesinin imkansız hale gelmesiyle" infisah eder. Ticari işletmenin satılmak suretiyle devredilmesi, ticari işletmek üzere kurulabilen şirketler olan kollektif ya da adi şirketin amacına ulaşmanın imkansız hale geldiğini göstermekle birlikte, işletmenin hasılat kirasına verilmesi, bir yandan bu ilişkinin geçici olması diğer yandan şirketin bu yolla kira geliri elde edebilecek olması nedeniyle amaca ulaşmanın nihat olarak imkansız hale geldiğini, şirketin kollektif ve adi şirket olma özelliği de TK m. 136 (yTTK m. 124) anlamında ticaret şirketi olma özelliğini kaybettiğini göstermeye yetmez. Bu açıdan kira ilişkisi devam ettiği müddetçe şirketin infisah etmiş sayılmaması gerekir³⁰. Bu noktada kollektif ve adi komandit şirketlere özgü olarak kiranın süresinin önem taşıdığı da itiraf edilmelidir. Zira ekonomik anlamda bir satıma (devre) tekabül edecek kadar uzun süren kiralamalarda, ki bu konuda somut olayın özellikleri önemli olacaktır, şirketin maksat ve mevzuunun, TK m. 153 ve 243/1 (yTTK m. 211, 304/1) ile birlikte yorumlanması gereken BK m. 535/1 b. 1 (yTBK m. 639 b. 1) uyarınca infisah se-

²⁹ AYHAN, s. 198; aynı yönde POROY/YASAMAN. s. 121 N. 181; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 73; BAŞTUĞ/ERDEM, s. 77; BİLGE, M. E.: "Tacir Sıfatının Sona Ermesi", Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, İstanbul, 2002, s. 180; DOMANIÇ/ULUSOY ise kollektif ve adi komandit şirketlerin tacir sıfatının kısmen ticari işletme işletmeye bağlı olduğu görüşündedirler, s. 203. Benzer yönde GÖLE. BATIDER, Y. 1985. C. XIU, S. 2, s. 47-48.

³⁰ ALTAŞ da, Kanun'da infisah nedenleri arasında kiraya vermenin açıkça belirtilmediği gerekçesiyle, salı kira sebebiyle şirketin sona ermeyeceğini ifade etmektedir, s. 148. Esasen kira sebebiyle kollektif şirketin sona erip ermediğinin tartışılması "şirket kirasının" ele alındığı düşünülürse bir çelişki olarak görülebilir. Zira şirket kirasından bahsedildiği için esasen şirketin bu sebeple feshi düşünülemez. Aksi halde kira sözleşmesi özellikle kiracı açısından konusuz ve giderek akim kalmış olur. Bu açıdan "şirket kirası" ile aslında ticari işletme kirasının kastedildiği anlaşılmaktadır.

bebinin olduğu, daha açık deyimle tüzel kişilik baki kalsa da kollektif ve adi komandit şirket, giderek de TK m. J 36 (yTfK m. 124) anlamında ticaret şirketi olma özelliğinin hukuken ortadan kalktığı sonucuna varmak gerekir³¹. Zira kanun koyucu kollektif ve adi komandit şirketler bakımından ticari işletmeye sahip olma ve bunu işletme maksadını, emredici biçimde öngörmüş olmakla, maksat konusunda ortaklara irade serbestisi tanımadığını da ortaya koymuştur. Bu anlamda kollektif ve adi komandit şirket ortaklarının şirketin kuruluşu ile varlığını sürdürme şartlarını, şirketin hukuki tipini bizzat belirleme imkanlarının olmadığı açıktır³². Hal böyle olunca artık ekonomik ve/veya hukuki anlamda bir ticari işletmesi olmayan ve bunu bizzat kendi adına ve hesabına işletmeyen şirketi, bu hal geçici bir ekonomik ve hukuki ilişki kuran ticari işletme kirası sözleşmesi ile ortaya çıkmış olsa da, TK m. 153 ve 243/I (yTIK m. 211, 304/1) anlamında kollektif veya adi komandit şirket ve TK m. 136 (yTIK m. 124) anlamında da ticaret şirketi olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Diğer yandan TK m. 153 ve 243/I'de (yTIK m.211, 304/1) yer alan "bir ticari işletme işletme maksadıyla kurulma" şartı ile güdülen temel amaç, şirketin tacirlik sıfatını belirlemek, daha yerinde bir ifadeyle kollektif ve adi komandit şirketlerin tacirlik sıfatını TK m. 14/I' deki (yTTK m. 12/1) esaslara bağlamak değil, kollektif ya da adi komandit şirketin bir esnaf işletmesinin işletilmesine ya da tamamen gayri iktisadi bir maksada uygun olmadığını açıklamaya, bu sayılan hususları şirket amaçları arasından çıkarmaya matuf olduğunu belirtmek gerekir³³. Türk sistemi bu bakımdan ticari nitelikte olmayan bir işletmenin ("*kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe*"; esnaf işletmesinin) işletilmesi için de kollektif şirket kurulmasına izin veren

³¹ Alman Federal Mahkemesi de il. Dünya Savaşının ardından verdiği ve işgal hukukunun Alman TK'ya etkilerinin de tartışıldığı bir kararında somut olarak herhangi bir süre belirtme işi olsa da, kısa süren hasılat kirası sözleşmelerinin kollektif şirketin ticari işletmesiz kalmasına ve giderek bu sebeple adi şirkete dönüşmesine sebebiyet vermeyeceğine hükmetmiştir. BGHZ 32. 307, 312-313. *OPPENi.ANDER* hakim görüşün kollektif ve adi komandit şirketin işletmesini kiralamasının şirketi adi şirkete dönüştüreceğini ifade etmekte (s. 191), akabinde de, işletme faaliyetine geçici olarak ara verilmesinin şirketin karakterine etkili olmayacağını belirtmekte ve hakim görüşü eleştirmektedir (s. 195-196). Kanaatimizce kollektif ve adi komandit şirketler, aynı ya da farklı kiracılarla bir defada uzatma sliresi dahil üç yılı aşan ticari işletme kirası sözleşmeleri yapamamalıdır. Üç yıllık süre ortakların şirketin geleceği özellikle de *affectio societatis* konusundaki niyetlerini ortaya koymak bakımından yeterlidir. İşletmenin tekrar kiraya verilmesi söz konusu olacak ise de kira dönemleri arasına ortakların şirketin ticari işletme amacını koruduğunu gösteren uygun *bir* süre (örneğin bir yıl) girmelidir. BGHZ 32.310-311.

³² Karş. ÇAMOĞLU (*POROYFFEKİNALPİÇAMOĞLU*), s. 127 N. 191.

İsviçre sisteminden³⁴ (İsviçre BK m. 553) çoğ 1998 reformu önce..! metni esas alındıkta, esnaf işletmeleri için kollektif ve adi komandit şirket kurulmasına izin vermeyen Alman sistemine yaklaşmaktadır (Alman TK m. 4ffi. IOS, eski metin). Alman TK sisteminde kollektif ve adi komandit şirketlerin tacirlik sıfatı reform öncesi dönemde olduğu gibi reform sonrasında da bir "ticari işletme" işletmelerine bağlıdır³⁵. Ancak tacir sıfatının kazanılması bakımından şahıs şirketleri ile sermaye şirketleri ve kooperatifler için farklı esaslar koyan Alman TK' nın³⁶ bu özelliği, TK m. 18/1 ve 136-137'de (yTTK m. 16/1, 124-125) böyle bir ayırım yapılmamış olması karşısında hukukumuza aktarılamaz. Bir diğer ifadeyle asıl olarak kollektif ve adi komandit şirketlere esnaf işletmesi işletme yolunu kapatmak için konulmuş olan ticari işletme işletme kuralının, bu özelliği göz ardı edilerek, anılan türden şirketlerin tacir sıfatının bir şartı olarak değerlendirilmesi hatalı olur. Görüldüğü gibi hukukumuzda sorun bu şirketlerin tacir sıfatı TK m. 18/I'de (yTTK m. 16/1) açıkça tüzel kişiliğe bağlanmışken, TK m. 153 ve 243/I' de ticari işletme işletmeden bahsedilerek adeta TK m. 14/1 (yTTK m. 12/1) esaslan ile bağlantı kurulduğu algısının yaratılmış olmasından kaynaklanmaktadır. TK 14'ün kenar başlığı "hakiki şahıslar" ve TK m. 18'in kenar başlığı "hükmi şahıslar" şeklindedir (yTTK m. 12-gerçek kişiler, yTTK m. 16-tüzel kişiler) ve kanun koyucu *sadece*, tüzel kişi olduklarını bildiği dernekler³⁷ için açıkça ticari işletme işletmekten bahsetmiştir. Bu açıklık karşısında kollektif ve adi komandit şirketler için dolaylı olarak da olsa ticari işletme işletilmesini tacir sıfatı için şart koşturmak doğru olmaz.

³⁴ İsviçre hukukunda kollektif şirketin ideal amaçlar için de kurulabileceği ifade edilmektedir, *ME/ER-HAYOVFORSTMOSER*, s. 312 N. 6, s. 316 N. 30.

³⁵ *SCHMIDT*, Gesellschaftsrecht, s. 1118; *BROX*, s. 35 N. 75, s. 39 N. 83. Ancak Alman TK'da 1998'de yapılan değişiklikte ticari olmayan bir iktisadi işletmeyi işleten küçük tacirin durumunu düzenleyen (*Minderkaufmann*) m. 4 kaldırılmış, m. 105 de uygun şekilde değiştirilmiş ve esnaf işletmeleri (*Kleingewerbe*) için de kollektif ve adi komandit şirket kurulmasına imkan tanınmıştır (m. 105/11). Ancak bu son türden bir şirketin kollektif ya da adi komandit şirket sayılabilmesi, bunun hukukuna tabi olabilmesi, şirketin ticaret siciline tescil edilmesine bağlanmıştır (kurucu etki). Eğer şirketin işletmesi Alman TK m. 1/11 anlamında bir ticari işletme ise (*Handelsgewerbe*) kollektif ya da adi komandit şirket niteliğinin kazanılması şirketin tesciline bağlı değildir (bildirici etki), bkz. *CANARIS*, s. 48 N. 45 vd.; *OETKER*, Handelsrecht, s. 36 N. 70dn. 175; *BÜLOW*, s. 20.

³⁶ Bkz. sadece *CANARIS*, s. 47 N. 40 vd.

³⁷ yTTK m. 16/1 'de dernekler yanında vakıflar da açıkça zikredilmiştir. Ancak doktrinde TK'nın açıkça anmamasına rağmen amacına ulaşmak için ticari işletme işleten vakıfların da tacir oldukları (TK m. 18/11'deki (yTTK m. 16/2) istisna dışında) konusunda herhangi bir tereddüt yoktur, bkz. *ARKAN*, s. 121-122.

4. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Anonim Şirket

Anonim şirketler³⁸ TK m. 271 (yTTK m. 331) hükmü uyarınca kanunen yasaklanmayan her türlü iktisadi maksat ve konular için kurulabildiklerinden esasen bunların bir ticari işletme işletmeleri zorunlu değildir. TK m. 18'de de (yTTK m. 16), bir ticaret şirketi olan anonim şirketler (TKm. 136; y111(m. 124) ticari işletme işletip işletmediklerini bakılmaksızın tüzel kişi tacir sayılmışlardır. Ancak anonim şirketler için de olağan durum bir ticari işletme işletilmeleridir³⁹. Diğer yandan anonim şirketlerde kollektif ve komandit şirketlerden farklı olarak tescil anında bir ticari işletmenin tesis edilmiş olması zorunlu değildir. Özellikle ani ya da tedrici nakdi (basit) kuruluş ile paradan başka sermayenin, bir ticari işletme olmadığı mevsuf kuruluşta⁴⁰ ticari işletme tescili müteakip tesis edilecektir.

Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından idare ve temsil olunur (TK m. 317; yTIK m. 365). Yönetim kurulunun görev ve yetkileri TK'da bir liste halinde sıralanmış olmayıp, dağınık biçimde yer almıştır (ancak karşı. yTTK m. 375/1. TK m. 321/I'de (yTTK m. 371/1) temsile yetkili olanların şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan "*her nevi işleri ve hukukî işlemleri*" şirket adına yapmaya ve şirket unvanını kullanmaya yetkili oldukları ifade edilmiştir. Bu çerçevede kanun veya esas sözleşme ile açıkça genel kurula ve denetleme kuruluna⁴² bırakılmış iş ve işlemler hariç yönetim kurulu gerek iç ilişki gerek dış ilişki bakımından tam yetkilidir. Ayrıca anonim şirketlerde yönetim hakları bakımından kollektif ve adi komandit şirketlerde olduğu gibi mutad işler-fevkalade işler ayrımı (karşı. TK m. 165, 257/I; yTTK m. 223, 318/1) uygulanmadığı da belirtilmelidir⁴³. Bu çerçevede gerek kiralayan gerek kiracı olarak şirket adına ticari işletme kirası sözleşmesi yapma yetkisinin yönetim kurulunda olduğunda şüphe yoktur.

³⁸ Uygulamada hemen hiç rastlanmayan bir şirket türü olduğundan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ele alınmamıştır.

³⁹ POROY (POROYTEKİNALPIÇAMOĞLU), s. 212 N. 435. Yazar saf holdingler ile menkul kıymetler yatırım ortaklıklarının iktisadi amaçlı olmakla birlikte doğrudan doğruya bir ticari işletme işletmediklerini ifade etmektedir; ayrıca bkz. İMREGÜN, O.: Anonim Ortaklıklar. 4. Bası, İstanbul, 1989, s. 24.

⁴⁰ POROY (POROYTEKİNALPIÇAMOĞLU), s. 245-246 N. 483b.

⁴¹ TEKİL, F.: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998, s. 168.

⁴² yTTK m. 397 vd. ile (bkz. ayrıca yITK m. 565/2, 635) anonim şirketlerde bağımsız dış denetim sistemine geçildiğinden. "murakıplar" başlıklı TK m. 347 vd. yTIK'da kendisine yer bulamamıştır. yITK m. 397 vd.'nm uygulanmaya başlayacağı tarih olan 01.01.2013'den itibaren, TK'ya göre seçilmiş olan denetçilerin görevleri yTIK m. 1533/3'deki esaslar çerçevesinde sona erecektir.

⁴³ ÇAMOĞLU (POROYTEK/NALPIÇAMOĞLU), s. 266 N. 524-525, s. 358 N. 664 vd.; TEKİL. Anonim Şirketler, s. 166-167.

Anonim şirketler bağlamında ele alınması gereken bir diğer konu da müdürlerin işletme kirası sözleşmesi yapıp yapamayacaklarıdır. Müdürler esas itibariyle TK m. 319m (murahhas müdür; yTTK m. 367/1, 370/2) ve m. 342'de⁴⁴ (müdür) düzenlenmişlerdir. "Murahhas müdürler" şirkette pay sahibi olmak zorunda olmayan ve esas sözleşmedeki ilgili düzenleme uyarınca genel kurul ya da yönetim kurulu kararı ile yönetim kurulunun idare ve temsil yetkisinin bir kısmı ya da tamamı kendisine bırakılan kişilerdir. Müdürler ise şirkette pay sahibi olmak zorunda olmayan ve esas sözleşme, genel kurul ya da yönetim kurulu kararı ile şirket işlemlerinin, faaliyetlerinin dış ilişkide icrasına ilişkin konularda kendilerine yetki verilen kişilerdir⁴⁵. Mü-

⁴⁴ yITK, TK m. 342'de düzenlenmiş olan müdürleri açıkça kapsamına almamıştır. Ancak y1TK m. 368, 375 b. d ile birlikte dikkate alındığında, anonim şirket yönetim kurulunun y1TK m. 370n'ye göre atanan müdürler dışında da, "müdür" atayabileceği sonucuna varmak mümkündür.

⁴⁵ ÇAMOĞLU (POROYFF EKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 337 N. 622; KARACA, B.: Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, İstanbul, 2005, s. 6, 11 vd., 16 vd. yITK bir yandan yönetim ve temsil yetkisinin müdürlere devrine izin verirken (m. 367/1, 370n) m. 368'de de yönetim kuruluna ticari mümessil ve ticari vekil atama yetkisi de tanımak suretiyle, sürmekte olan anonim şirketlerde ticari mümessil atanıp atanamayacağı tartışmasına da son vemiştir, bkz. TÜRK, A.: "Müdürlerin Temsil ve Yönetim Yetkileri Bakımından Hukuki Durumu ve Anonim Ortaklığa Ticari Mümessil Atanıp Atanamayacağı Sorunu", BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 4, s. 75, 84 vd. Yazar anonim şirketlerde yönetim kurulunun şirketin bütününe ya da bir şubesini yönetmek üzere ticari mümessil atanabileceği görüşündedir, s. 86-87; aynı yönde bkz. KARACA, s. 26 vd. Bununla beraber yeni düzenlemenin de, temsil yetkilerinin kapsam ve sınırları çok açık olmayan ve ortaya çıkan sorunları ticari mümessil/ticari vekil düzenlemelerine kıyasla çözülmeye çalışılan şirket müdürleri (tartışmalar hakkında bkz. TÜRK, A., BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 4, s. 77 vd., 81) ile kendileri için BK m. 449-453'da (yTBK m. 547-551) belirli bir çerçeve çizilmeye çalışılmış ticari mümessil ve ticari vekiller hakkındaki tartışmaları sonlandıracağı şüphelidir. Ancak yTTK'nın müdürler yanında ticari mümessil ve ticari vekiller atanmasına da imkan tanımış olması, müdürlerin iç ve dış ilişkide anılan tacir yardımcılarına nazaran hukuken daha farklı bir yerde konumlandırılmak istendiğinin göstergesi sayılabilir.

y1TK'nın anonim şirketin yönetimi ve temsili ile ilgili değişik hükümleri incelendiğinde şu tabloyu çizmek mümkündür:

- a) Yönetim kurulu (m. 359 vd., iç ve dış ilişki, zorunlu organ),
- b) Müdürler (m. 367/1, 370/2, iç ve dış ilişki, ihtiyari),
- c) Ticari mümessil ve ticari vekiller (m. 368, 375 b. d, yTBK m. 547, 551, iç ve dış ilişki, ihtiyari),
- d) Riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi (m. 207, 378, iç ilişki, zorunlu/ihtiyari, m. 378),
- e) Yönetim kurulunca "işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla" kurulan komisyon ve komiteler (m. 366/2, iç ilişki, ihtiyari).

Görüldüğü gibi anonim şirketin yönetim ve temsili hususunda işlevleri farklı birden fazla "merciden" bahsedilmektedir. Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetki

dürl_erin_temsil yetkisinin kapsamı, bunların ticari mümessil mi yoksa ticari ve il mı oldukları yönünden tartışılmakla birlikte⁴⁶ her iki hal için de kabul edilen bir durum vardır ki, o da müdürlerin şirketin temeline, özüne ilişkin hususlarda yetkili olmadıklarıdır. Buna göre müdürlerin, şirketin işletmesinin devri, faaliyetlerinin durdurulması, konusunun değiştirilmesi, üzerinde ticari_ işletme rehni tesisi gibi doğrudan ticari işletme ile ilgili işlemlerde temsil yetkileri yoktur⁴⁷. Kanaatimizce işletme kirası da şirketin temeline ilişkin bir işlem olarak görülmeli ve anonin şirket müdürlerinin bu işlemi ancak özel bir yetki ile yapabilecekleri kabul edilmelidir. Zira işletme kirası anlık ve olağan bir hukuki işlem değildir. İşletmenin ister sürekli (satım), ister geçici olarak (hasılat kirası) devri, gerek şirketin iç işleyişini ve gerek dış ilişkilerini esaslı ve kalıcı biçimde etkileme potansiyeline sahip işlemlerdir. Şirketin ekonomik ve teknik hacmi ve giderek ortak ve alacaklıların menfaatleri, bir ticari işletmenin hasılat kirası yoluyla devralınması ya da devredilmesinden olumlu ya da olumsuz etkilenecektir. Bu durum kiralama-

ve görevleri yTİK m. 375'de gösterilmiş olmakla birlikte, esas sözleşme ile yTTK m. 367/1 uyarınca hazırlanacak iç yönergede bu mercilerin görev ve yetkilerinin yapılandırılması ile uyumlandırılmasının" büyük önem taşıdığı ifade edilmelidir.

⁴⁶ KARACA, s. 20 vd.; TÜRK, A., BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 4, s. 77 vd. Yazar TTK m. 342 vd. çerçevesinde atanan müdürlerin (bkz. s. 77) "herhangi bir ticari mümessilden farkları" olmadığını ifade etmektedir. s. 79, 84. Ancak bu ifade ile aynı makalenin 92. sayfasında yer alan "yönetim kurulunun karar ve talimatları doğrultusunda ortaklığın bütünü yönetmek üzere atanan ticari mümessillerin de sonuçta TİK. m. 342 vd. hükümlerine tabi "müdür" olduklarını kabul etmek gerekir" şeklindeki görüş karşılıklı olduğunda "müdür ler mi ticari mümessildir yoksa ticari mümessil mi müdürdür" sorusu onaya çıkmaktadır. Gerçekten hakkında çok yetersiz düzenlemeler bulunan, "şirket işlerinin icra safhasına ilişkin kısmı" ile görevlendirilmiş olan, ancak temsil yetkisinin kapsamı boş bırakılan, sadece iç ilişkide değil dış ilişkide de yetkili, "müdür" kurumunun yönetim kurulu üyesi, Murahhas müdür, ticari mümessil ve ticari vekil kurumlarının adeta bir "melezi" olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sebeple de yetki ve sorumluluk alanları nispeten daha belirgin biçimde çizilmiş bulunan yönetim kurulu üyeliği, Murahhas müdürlük, ticari mümessil ve vekillik kurumları varken bunların bir karışımı oları ve bu sebeple tavsif de edilemeyen "TİK m. 342 müdürlüğüne" ihtiyaç yoktur. Bundan beklenen faydalara yukarıda isimleri anılan kurumlar vasıtasıyla ulaşmaya çalışmak, hukuk politikası ve "sorun ekonomisi" açısından daha yerindedir. TÜRK de çalışmasında (s. 92) anonim şirketin müdürleri ve ticari mümessilleri biçimindeki bir ayrımın yapay olduğunu, öğretide de, ticari mümessillik düzenlenmiş iken TK'da ayrıca müdürlük müessesine yer verilmesinin isabetsiz olduğunun ifade edildiğine dikkat çekmektedir. Bu görüşe katılmak gerekir. Bireylerin modern hukuktan, kendilerine, en azından belli alanlarda "kullanılması karmaşık olmayan ve karmaşıklaştırılmayan", "kullanımını mutlaka uzman hukukçu yardımı gerektirmeyen", enstrümanları/kurumları sunmasını beklemeleri her halde yersiz değildir.

⁴ KARACA, s. 59; TÜRK, A., BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 4, s. 90; ayrıca bkz. KIRCA, I., Ticari Mümessillik, s. 126, 128.

nın temel işlem olduğunu gösterir. Bu sebeplerle temsil yetkisi bizzat yönetim kurulundadır.

Ancak yönetim kurulunun gerek kiralayan ve gerek kiracı olarak kira sözleşmesini akdedebilme sorunundan ayrı mütalaa edilmesi gereken husus, bu türden bir işlemin yapılabilmesi için esas sözleşme değişikliği ya da genel kurulun izninin gerekli olup olmadığıdır. Anonim şirketler ticari işletme işletmek zorunda olmasalar da, bunların bir ticari işletme işletmekte olmaları halinde, işletmenin kiralanması, kiralayan durumundaki anonim şirket bakımından, şirket amaç ve konusunun değişmesine sebep olabilir⁴⁸. Zira kira sözleşmesinden sonra kiralayan şirket, kira ödemelerini kabul eden, böylece oluşan karı ortaklara dağıtan ve kira sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getiren bir tüzel kişilik haline gelecektir. Şirket bu satlıada tüzel kişiliğini ve anonim şirket niteliğini kaybetmese de (karş. TK m. 271; yTTK m. 331)⁴⁹ kendi işletmesel faaliyetlerini askıya almakta ve sadece malvarlığını yönetir hale gelmektedir (*Rentnergesellschaft*;5°. Oysa tüzel kişiler ve bu arada anonim şirketler amaç topluluklarıdır (TK m. 271, 279ff b. 2; yTTK m. 331, 339/2 b. 2)5'. Bu sebeple ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi esas sözleşmede açık bir hüküm bulunmasını ya da şirket açısından maksat ve/veya mevzuunun değişmesi sonucunu doğuruyor ise, kira sözleşmesinden önce gerekli esas sözleşme değişikliğinin yapılması gereklidir⁵².

⁴⁸ Esas sözleşmesinde yazılı alan dışında bir işletme kiralayan kiracı anonim şirket için de aynı durum söz konusu olur.

⁴⁹ *ÖPPENLANDER*, s. 198.

⁵⁰ **Karş.** *HERMANN*, s. 75, 76; *ÖPPENLANDER*, s. 201.

⁵¹ *POROY (POROY/TEKİNALPİÇAMOĞLU)*. s. 212 N. 435 vd.; *İMREGÜN*, Anonim Ortaklıklar, s. 24-25; *KLİNGLER*, s. 46.

⁵² *HERMANN*, s. 73-74; *KLİNGLER*, s. 48. *ÖPPENLANDER*, s. 202. Ancak Yazar'ın kiralama ile gelir elde etme amacının değişmediğini sadece yönteminin değiştiği yönündeki yaklaşımı (s. 201), bir ticari işletmenin şirket ve ortakları açısından ekonomik önemi karşısında lafzi bir yorumdur.

yTTK m. 125/2 düzenlemesi ile ticaret şirketlerinde ultra vires teorisinden doğan hak ehliyetine ilişkin kısıtlama kaldırıldığından (karş. yTİK m. 371/2, m. 629). anonim şirket yönetim kurulunun işletme amaç ve konusu dışında kalan bir ticari işletme kirası sözleşmesi yapması halinde iyiniyetli üçüncü kişiler şirkete karşı hak ve borç sahibi olacaklardır, yTTK'nın ticaret şirketlerinin hak ehliyetlerine ilişkin düzenlemelerinin kapsamı hak.kında bkz. *YILDIZ*, B.: "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükümündeki "Ultra Yires" Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, Y. 2006, C. 55, S. J, s. 337 vd.: ilgili yTTK düzenlemelerinin eleştirisi ve iyileştirme önerileri hak.kında bkz. *YILDIZ*, B.: "Ultra Yires ilkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği", *BATİDER*, Y. 2011, C. XXVII, S. 3, s. 111 vd.: *PULAŞLI*, Şerh, C. 1, § 5 N. 34 vd.

Ancak kanaatimizce ticaret şirketlerinde şirket tüzel kişiliğinin, alacaklıların veya ortakların (azınlık ya da imtiyazlı pay sahipleri) konınması bağlamında müstakil birçok hük-

Esas sözleşme değişikliği ile şirketin maksat ve/veya mevzuunda değişikJik yapılacağından, karar TK m. 388ff, IV'deki (karş. yITK m. 421/3-a⁵) yeter sayılara tabidir. Ancak birden çok alanda faaliyet gösteren v? şirketin geneli açısından marjinal öneme sahip bir işletmenin ya da herhangi bir şubenin kiralınması, kural olarak şirketin maksat ve/veya mevzuunun değişmesi anlamına gelmeyeceğinden, esas sözleşme değişikliğine de kural olarak gerek yoktur⁵⁴. Bununla birlikte değişik sıfatlarla ticari işletmenin yönetimine katılma, hasılatından, imkanlarından istifade etme gibi hususlarda (karş. TK m. 401/I; yTTK m. 478/2 2. yarım cümle) imtiyaz tanınmış paylara sahip ortakların da, ticari işletme kirasına ilişkin esas sözleşme değişikliklerinde TK m. 401 ve 389 (yTTK m. 478, 454) gereği onayının alınması gerektiği açıktır⁶.

Şirketin amaç ve konusunun değişikliğe uğramasına ilişkin esas sözleşme değişikliği dışında, oldukça önemli olan diğer bir nokta daha vardır ki, o da, gerek kiracı ve gerek kiralayan olarak yönetim kurulunun bu işlem için genel kurulun iznini almak zorunda olup olmadığıdır⁵⁷. Yukarıda da belirtil-

me dağılmış mutlak emredici düzenlemeler (keza karş. yTTK m. 340 c. I) ile yTİK m. 125/2, 371, 2 ve 629 arasındaki ilişkilerin detaylarının ortaya çıkarılması gerekir. Daha açık ifade ile konu sadece ultra vires ilkesinin kendi sınırları içinde, yani salt hak ehliyetinin genişletilmesi sorunu olarak ele alınmamalı, Kanun'un şirketler hukukuna ilişkin hükümlerinin bütünlüğü içindeki yeri ve anlamı da değerlendirilmelidir.

⁵³ Ağırlaştırılmış karar yeter sayısı öngören yTTK m. 421/3-a'da "şirketin işletme konusunun *tamamen* değiştirilmesi" ifadesi kullanılmıştır. "*Tamamen*" kelimesi yorum sorunlarına yol açabilecektir. Limited şirketlere ilişkin benzer düzenleme olan yITK m. 621/1-a'da ise herhangi bir ayırım yapılmaksızın "*şirket işletme konusunun değiştirilmesi*" hükmüne yer verilmiştir. yTİK m. 421/3-a'nın ifadesi karşısında, ticari işletme kirası bakımından şirketin işletmesini örneğin üç yıl ya da daha uzun süreli olarak kiralayacak ya da o tarihe kadar işletmekte olduğu işletmeyi -süresi ne olursa olsun- kiralayıp yerine tamamen farklı bir konuda yeni işletme(ler) tesis edecek olması halinde işletme konusunun *tamamen* değişecek olmasından söz edilmesi ve bu durumda yTTK m. 421/3-a'nın uygulanması mümkündür. "*Kısmi değişiklik*" hallerinde ise, yTTK m. 421/3-a'nın aksi anlamından. yITK m. 421/1'deki çoğunluğa göre karar alınması gerektiği sonucuna varmak gerekir.

⁵⁴ KLINGLER, s. 48; ayrıca bkz. OPPENLANDER, s. 198.

⁵⁵ KARAHAN, S.: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991, s. 135-136.

⁵⁶ KARAHAN, İmtiyazlı Paylar, s. 143 vd.; İMREGÜN, O.: Anonim Ortaklıkta Özel Kategori «İmtiyazlı» Paylar Kurulları, Yaşar KARAYALÇIN'a Armağan, Ankara, 1988, s. 190 vd.

⁵¹ Yönetim kurulunun, esas sözleşme gereği genel kurulun iznini alması gereken işlemleri yapması halinde uygulama alanı bulabilecek yTTK m. 371/4 ise şu şekildedir: "temsile yetkili kişiler tarafından yapılan işlemin esas sözleşmeye veya genel kurul kararına aykır olması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilerin o işlemde dolayı şirkete başvurmalarına engel değildir". Ancak TK m. 321/IV'ün muadili olan yTTK m. 371/4'ün, TK'da karşılığı olmayan yTTK m. 340 c. 1 ile birlikte uygulanması sorunlar yaratabilecektir. Zira açıkça

diği gibi anonim şirketlerde mutad işlem-fevkalade işlem aynını yapılma-
makla birlikt, şirketi bir bütün olarak etkileyen ve temel işlem olarak da ad-
landırılan işlemler vardır ki, bunların genel kurulun iznine tabi olduğu ifade
edilmektedir. Ayrıca anonim şirketin esas sözleşmede belirtilen işletme faa-
liyetini sürdürmesini hukuken ya da fiilen imkansız kılan hukuki işlemlerin
yönetim kurulunun idare ve temsil yetkisinin kapsamı dışında kaldığı **da be-**
lirilmektedir⁵⁸. Bu türden işlemler arasında şirkete ait işletmenin bütün ola-
rak satılması ve kiralınması da gösterilmektedir⁵⁹. Bu genel açıkJamalardan
sonra kiralayan anonim şirket bakımından ortaya çıkabilecek bir ihtimal, TK
m. 443ff'i'de (yTTK m. 538/2) düzenlenmiş olan husustur. TK m. 443ff'i
c. 1'de tasfiye memurlarının şirket aktiflerini toptan satabilmeleri için genel
kuruldan izin (TK m. 388/III-IV; yTTK m. 538/2, 421/3, 4)⁶⁰ alınması gerek-
tiği ifade edilmiştir. Ayrıca Yargıtay'ın da TK m. 443/II'yi (yTTK m. 538/2)
şirket faaliyetine devam ederken şirketin "tek malvarlığı" olarak nitelenebi-
lecek arsa, arazi, işletme gibi değerlerin bir bütün olarak satılması için genel
kurulun iznini şart koştuğu belirtilmektedir⁶¹. Bu çerçevede hasılat kirasına
verilecek ticari işletmenin kiralayan anonim şirketin "tek malvarlığı" ya da
şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz malvarlığı⁶,6 olması
durumunda, yönetim kurulu kira sözleşmesi yapmadan önce, şirket tasfiye
halinde bulunmasa dahi, TK m. 443/II'nin (yTTK m. 538/2) *ratio legis*ine

izin verilmeyen konularda Kanun hükümlerini ihtiva etmesi gereken anonim şirket esas
sözleşmelerinin üçüncü kişilerle olan ilişkilerde delinmesi söz konusu olabilecektir. Di-
ğer yandan bir işlem için Kanun gereği genel kurulun izninin arandığı hallerde yTIK m.
125/2 ile m. 371/2, 629 uygulama alanı bulmamalıdır. Bu açıdan yTIK m. 125/2 ile
m. 371/2, 4, 629'un uygulanabilmesi için ilk şart, yönetim kurulunca şirketin konusu dı-
şında yapılan işlemin kanun gereğince genel kurulun iznine tabi olmamasıdır. Zira, "bir
işlemin şirketin konusunun dışında kalması", bunun esas sözleşmede açıkça anılmamış
olması şeklinde anlaşılabilceği gibi, genel kurulun iznine bağlanmış olması şeklinde de
anlaşılabilir.

sg LINDENMEYER, s. 98.

⁵⁹ *IMREGÜN*, Anonim Ortaklıklar, s. 207; *TEKiL*, Anonim Şirketler, s. 167-168. İşlemin
genel kurul tarafından onaylanması zorunluluğu Alman POK m. 292/1 b. 3 ve 293-294'de
özel olarak düzenlenmiş, karar yeter sayısı olarak toplantıda hazır bulunan sermayenin
3/4'ü öngörülmüş, hasılat kirası sözleşmesi geçerlilik şartı olarak yazılı şekle bağlanmış
ve ayrıca ticaret siciline tescil zorunluluğu getirilmiştir, *VEIL*, s. 28 vd., 126 vd.:
SCHMIDT, K., s. 775, 794; *OPPENLANDER*, s. 167 vd; *KLEIN-BLENKERS*, s. 133-134.

⁶⁰ Karş. *ÖZDAMAR*, M.: "Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu
Tarafından Topluca Devredilmesi", Selçuk ÜHFD, Y. 2006, C. 14, S. 2, s. 107.

⁶¹ Bkz. *POROY (POROYTEKİNALPİÇAMOĞLU)*, s. 359 N. 665a'da anılan yayınlanma-
mış kararlar: Y. il. HD, T. 17.10.1984, E. 1983/3801, K. 1984/4820; Y. 11. HD,
T. 13.02.2006, E. 2005/1362, K. 2006/1253; Y. 11. HD, T. 24.03.2008, E. 2007/2068,
K. 2008/3780. Limited şirkete ilişkin bu son kararda "aktiflerin satılabilmesi için ortaklar
kurulunun kararının alınmasının zorunlu olduğu" ifade edilmiştir, s. 842 N. 1725a.

⁶² Karş. Y. 11. HD, T. 13.02.2006, E. 2005/1362, K. 2006/1253.

uygun olarak genel kurulun iznini almalıdır⁶³. Ancak alınma❖, gereken bu izin iç ilişkiiyi ilgilendirdiği, izin veren bir genel kurul kararının olmamasının iyniyetli karşı tarafa kural olarak ileri sürülemeyeceği de ifade edilmelidir-4 Ne var ki hasılat kirası sözleşmesi mülkiyeti nakil amacı taşımadığından bu son anılan problemle çok sık karşılaşılmayacaktır.

yTTK'nın, konuyu doğrudan ilgilendiren 408/2-f maddesinde "önemli miktarda şirket malvarlığının toptan satışı" genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılmıştır. Anılan hükümde, açıkça ..satıştan" bahsedilmiş olması karşısında, ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi için genel kurulun zorunlu bir onay yetkisinin bulunmadığı düşünülebilirse de, kanaatimizce burada "satım" kelimesinin yTBK m. 207 vd. hukukı anlamından çok, yapılan işlemin şirket açısından ifade edeceği ekonomik etkiyi esas almak gerekir. yITK m. 408/2-f de yer alan "önemli miktarda şirket varlığı" ifadesinden şirketin ticari işletmesine tahsis edilmiş halde bulunan ve burada kullanılan malvarlığı da anlaşılabilirliğinden, kural olarak üç yılı aşan uzun süreli kiralamalarda genel kurulun izninin alınması gerekir. Sonuç olarak yTTK'nın yürürlüğü döneminde de şirket tasfiye halinde olsun ya da olmasın, ticari işletmenin şirketin "tek malvarlığı ya da şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz malvarlığını" teşkil ettiği hallerde, yönetim kurulunun kira işlemi için genel kuruldan izin alması zorunluluğunun devam edeceği söylenmelidir.

Genel kurul izni ile ilgili bir diğer husus da, kiracı anonim şirket ile ilgilidir. Zira bir ticari işletme kiralamak isteyen anonim şirkette (kiracı anonim şirket), yönetim kurulunun sözleşme yapmadan önce genel kuruldan izin almasını gerektiren durumlar söz konusu olabilir. Konu TK m. 311 (y'ITK m. 356) dolayısıyla önem kazanmaktadır. Nitekim, esasen aynı kuruluşdaki denetimlerin dolanılmasını engellemeyi ve böylece esas sermayenin korunmasını amaçlayan TK m. 311'de, anonim şirketin kurulduktan sonra iki yıl içinde bir işletmeyi esas sermayesinin 1/10' nu aşan bir bedelle devralması, genel kurulun onayına (TK m. 295, 290; karş. yTTK m. 356/3, 421/3-4) bağlanmıştır⁶⁵. Yargıtay bir kararında TK m. 311'in amacını şu şekilde açıklamıştır⁶⁶: "[...] Yasaya böyle bir hükmün konuluş amacı, şirketin kuruluş aşamasındaki değer saptama kurallarından kurucuların kurtulmak amacı ile yapacakları bir devir sözleşmesinin şirket kuruluşundan itibaren iki yıl için bu maddenin diğer fıkralarında gösterilen prosedüre ve denetime tabi tutul-

⁶³ Karş. ALTAŞ, s. 149-150; ÖZDAMAR, Selçuk ÜHFD. Y. 2006, C. 14, S. 2, s. 104-105.

⁶⁴ TEKiNALP (POROYİTEKİNALPİÇAMOĞLU), s. 757 N. 1594; ayrıca bkz. ÖZDAMAR, Selçuk ÜHFD. Y. 2006, C. 14, S. 2, s. 113 vd.

⁶⁵ yTİK m. 356/1 ve 2'de açıkça kiralamadan bahsedildiği için yTTK döneminde kıyas yo••una başvurmaya gerek kalmayacağı ifade edilmelidir.

⁶⁶ Y. 11. HD, T. 04.07.1986, E. 1986/3661. K. 1986/4214.

ması ve bu şekilde kanuna karşı yapılacak bir hilenin önlenmesidir. Kanun koyucu böylece ortaklık malvarlığının zedelenmesi yüzünden diğer şirket ortaklarının ve şirket alacaklarının menfaatlerini korumak istemiştir[...].Kira ve hizmet sözleşmelerinin TK m. 31 I kapsamına girip girmediğinin tartışmalı olduğu ifade edilmekte ve bu tür sözleşmelerin bilançoda aktileştirilebilecek bir şekilde akdedilmiş, örneğin beş yıllık kiranın peşinen ödenmiş olduğu hallerde TK m. 311'in uygulanabileceği belirtilmektedir⁶⁷. Kanaatimizce hükmün uygulanması kiracının ödeme şekline değil, toplam kiranın tutarına bağlı olmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında yönetim kurulunun, şirketin kuruluşunu takip eden iki yıl içinde, hasılat kirası sözleşmesi ile kiralayacağı bir ticari işletme için ödenecek kira bedelinin esas sermayenin 1/10'nu aşacağını tespit etmesi halinde, hükümdeki "devralma" ifadesinin sadece satın almaları kapsadığı yanlışlığına düşmemesi (karş. TK m. 320, 336) ve sözleşmenin akdinden önce TK m.311 'deki usule uygun hareket etmesi gerekir⁶⁸. 1/10'luk sınırın ise, kaç yıllık kira bedeline tekabül ettiğinin bir önemi yoktur. Bir başka deyimle 1/10 sınırının, örneğin 2 yıl, 5 yıl ya da 10 yıl süreli sözleşmelerle aşıldığı bir önem taşımamalıdır. Diğer yandan hasılat kirası sözleşmesinin süresinin tarafların açıkça anlaşmaları ile ya da BK m. 287'de (yTBK m. 367) belirtilen yolla (zımnı yenileme) uzatılması hallerinde de TK m. 311'e göre hareket edilmek gerekir. Aksi halde TK m. 31 I 'in engellemek istediği bir sonucun ortaya çıkması muhtemeldir. TK m. 31 I 'de belirtilen usule uyulmadan yapılan bir kira sözleşmesi geçersiz olacaktır (TK m. 311/I). TK m. 311/son'da yer alan istisnanın hasılat kirası sözleşmeleri bakımından da uygulanması mümkündür.

Yukarıda da işaret edildiği gibi, yTIK'nın konuyu düzenleyen 356. maddesi ise kuruluştan sonraki ticari işletme kiralamalarının genel kurulun iznine tabi olup olmadığı tartışmalarına son vermiştir. Zira m. 356/1 ile türü belirtilmeksizin kira sözleşmeleri de onay kapsamına dahil edilmiş ve "şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda

⁶⁷ POROY (POROY/TEKİNALPIÇAMOĞLU), s. 257 N. 511; ÜLGEN, H.: Anonim Ortaklığın Kurulştan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması, İstanbul, 1969, s. 53-54.

⁶⁸ Yargıtay 1964 tarihli bir kararında şunları belirtmiştir: "Davaya esas teşkil eden olayda, bir bankanın kurulmasından sonra iki yıl geçmeden, beş senelik gayrimenkul kira anlaşması yapılmıştır. Gayrimenkulün aylık kirası 10.000 TL'dir. Gerçi anlaşmaya göre kira her ayın başında ödenecektir, fakat banka beş yıllık karşılığı olan 600.000 TL'nı peşin ödemiştir. Bankanın esas sermayesi 2.500.000 TL olduğuna göre, ödenen miktar esas sermayenin onda birinden fazladır. ilk mahkeme bu kira anlaşmasını TTK, 311'e aykırı gördüğü için geçerli saymamıştır. Hüküm onanmak gerekir", Y. 11. HD. T. 06.01.1964, E. 1963/2851, K. 1964/93, ANSAY, T.: "Anonim Şirketler ve Tatbikat", BATIDER, Y. 1968, C. IV, S. 3, 516-517. ANSAY'da Yargıtay'ın "devir almayı" geniş yorumlayarak TK m. 279/11 b. 4 ve 289 b. 2 ile paralellik kurduğunu ifade etmektedir.

birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya *kiralanmasına* ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz" hükmü gerilmiştir. Buna göre alınacak genel kurul kararı ise yTTK m. 356/3 göndermesi, m. 421/3-4 hükümlerine tabidir. Kapsam husu. sunda açıklık getiren bu değişikliği olumlu karşılamak gerekir.

Kiracı anonim şirket açısından TK m. 3 I 1'de (yTTK m. 356) belirtilen hallerin dışında genel kurulun izninin alınması gereken bir durum söz konusu değildir. Bir başka ifade ile esas sermayenin 1/10'nu aşmayan veya kuru. luşu takip eden ilk iki yıldan sonra akdedilen ticari işletme kiralari sözleşme. Jeri için kiracı şirketin genel kurulundan izin alınmasına gerek yoktur. Diğer bir istisna ise, TK m. 31INI'da(yTTK m. 356/5) düzenlenen "şirketin işti- gal mevzuuna" giren kiralamalardır.

5. Kiralayan ya da Kiracı Olarak Limited Şirket

Limited şirketlerin de mevzuatta anonim şirketlere hasredilmiş konular dışında kalan ve yasaklanmamış olan her türlü iktisadi maksat ve konular için kurulabilecekleri kabul edilmiştir (TK m. 503ffil, 271; yTTK m. 573/3). Limited şirketler de TK m. 18/1'de (yTTK m. 16/ 1) bir ticari işletme işletip işletmediklerine bakılmaksızın tüzel kişi tacir kabul edilmişlerdir. Bununla birlikte ticari işletme işletmek limited şirketler için olağan durumdur⁶⁹. Nak- dı (basit) kuruluşun söz konusu olduğu hallerde ticari işletme tescilden sonra tesis edilecektir. Bunun gibi bir ticari işletmenin sermaye olarak getirilmedi- ği mevsuf kuruluştaki da aynı durum söz konusu olacaktır.

Bir ticari işletmesi olan limited şirketlerde bunun kiralanmasının şirketin amaç ve konusunda değişikliği beraberinde getirebileceği açıktır. Zira kira sözleşmesinden sonra şirket, kira ödemelerini kabul eden, böylece oluşan ka- rı ortaklara dağıtan ve kira sözleşmesinden doğan yükümlülükleri yerine ge- tiren bir tüzel kişilik haline gelecektir (*Rentnergesellschaft*). Oysa limited şirketler amaç topluluklarıdır (TK m. 271, 506 b. 2; yTIK m. 573/3, 576 b. 2). Bu sebeple ticari işletmenin hasılat kirasına verilebilmesi için esas söz- leşmede açık bir düzenleme olması ya da kira sözleşmesinden önce gerekli esas sözleşme değişikliğinin yapılması gereklidir⁷⁰. Değişiklik kararının TK m. TK m. 513/1' de belirtilen çoğunlukla alınması gerekir. yTIK ise, işletme konusunun değiştirilmesini özel karar yeter sayısına bağlamıştır (m. 621/1• a). Ancak limited şirketler her türlü ekonomik amaç için kurulabildiklerin- den, işletmelerini kiralamalarının bunların limited şirket niteliklerine, tüzel kişiliklerine ve tacirlik sıfatlarına etki etmeyeceği belirtilmelidir⁷¹.

⁶⁹ *POROYİTEKİNALPIÇAMOĞLU*, s. 789 N. 1644a.

⁷⁰ Karş. *HERMANN*. s. 73-74; *OPPENLANDER*, s. 203.

⁷¹ *OPPENLANDER*, s. 198.

Limited şirketlerde şirketin idare ve temsili müdürlere aittir (TK m. 540, 542; yTIK 623, 629). Limited şirketlerde müdürlerin idare ve temsil yetkisi bakımından mutad işler-fevkalade işler ayrımı yapılmamıştır. Müdürler, şirketin faaliyet konusuna dahil ve TK m. 539'da (yTTK m. 616) ortaklar genel kuruluna tevdi edilen yetki ve görevler ile yirmiden fazla ortağı bulunan limited şirketler bakımından denetleme kuruluna ait yetki ve görevler dışında kalan (TK m. 548/I, 347 vd.)⁷² her türlü konuda karar alma ve uygulama yetkisine sahip olduklarından⁷³, gerek kiralaayan ve gerek kiracı olarak hasılat kirası sözleşmesi yapma yetkisini de haizdirler.

Ancak yukarıda anonim şirketler için ifade edildiği gibi, limited şirketler bakımından da, hasılat kirasına verilecek ticari işletmenin, "şirketin sahip olduğu tek malvarlığı olması veya şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bulunduğu belirlenmesi halinde" *kiralaayan* limited şirket müdürünün, TK m. 552, 443/II, 388/III-IV'e (yTTK m. 643, 538/2, 421/3-4) uygun olarak, öncelikle genel kurulun iznini almaları gerekir⁷⁴. Bu hususta

⁷² yTTK m. 565/2 uyarınca limited şirketlerde de m. 397 vd.'nda düzenlenen bağımsız dış denetim sistemi uygulanacağından TK m. 548 yTTK'ya alınmamıştır.

¹³ *POROYTEKİNALPİÇAMOĞLU*, s. 840-841 N. 1724.

⁷⁴ Aynı konuda ayrıca bkz.: Y. 11. HD, T. 13.02.2006, E. 2005/1362, K. 2006/1253: "[...] Dava, haksız rekabet ve marka hakkına tecavüze dayalı tecavüzün önlenmesi ve tazminat istemine ilişkindir. [...] Limited şirket müdürlerinin temsil yetkisinin kapsamı, TIK.'nın 542. maddesi yollaması ile aynı Yasa'nın 321. maddesi ile belirlenmiştir. [...] Ana sözleşme ve açıklanan yasa hükümlerine göre, kural olarak şirketi temsile yetkili müdürün şirkete ait bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabileceğinin kabulü gerekir. Ancak bu malvarlığının, şirketin sahip olduğu tek malvarlığı olduğunun veya şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bulunduğu belirlenmesi halinde bu kez, anılan devir yönündeki taahhüdün geçerli olabilmesi için limited şirketlerde de uygulama alanı bulunan TIK.'nın 443/2. maddesi uyarınca ortaklar kurulunun bu konuda anılan maddede açıklanan çoğunlukla karar alması gerekmektedir. [...] Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın incelenmesinde, dava konusu "Y Nalın" markasının davacı şirketin varlığını sürdürmesinde hayati öneminin bulunduğu ve bu markanın devri konusunda ortaklar kurulunun TIK.'nın 443/2. maddesinde belirtilen çoğunlukla karar almasının zorunlu olduğu açıkça anlaşılmaktadır. [...] Ayrıca, dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden davacı şirketin iki ortağı arasında anlaşmazlıklar yaşandığı, ortaklardan N.'in, diğer ortak S.'in muvafakati olmadığı halde dava konusu markayı davalı şirkete devrettiği ve N.'in, davalı şirketin de münferiden temsile yetkili iki ortağından birisi olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre mahkemece, dava konusu markanın devri işleminin esaslı işlerden olduğu ve yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler ile somut olayın özellikleri dikkate alındığında, ortaklar kurulu kararı ile özel bir yetki verilmeden devredilemeyeceği kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. [...]"; aynı yönde Y. 11. HD. T. 17.01.2000, E. 1999/8298, K. 2000/19: "Limited şirketin tek mal varlığı olan ve üzerinde şirketin faaliyetini sürdürdüğü fabrikanın kurulu bulunduğu arsanın dışarıdan atanan müdür tarafından tek başına ve temsil yetkisine dayanılarak ortaklardan birine sattığı iddiasıyla açılan satış sözleşmesinin iptali ile tapu kaydının şirket adına geri döndürülmesi isteğine ilişkin davada; müdürün temsil yetkisine dayanarak tek başına satış yapması olayının TIK'nın 542. madde-

TK m. 536/I'deki yirmi ve daha az ortaklı ve yirmiden çok ortaklı limited şirket ayrımı yapılmamalıdır.

Genel kurul izni hususunda, kiracı limited şirketin durumunun da ele alınması gerekir. Ne var ki, TK'nın limited şirketleri düzenleyen m. 503 vd.'da, TK m. 311'e tekabül eden ya da buna atıfta bulunan herhangi bir hükme yer verilmemiştir. *ARSLANLI* ise bu hususta şunları yazmaktadır: "limited şirketler hakkında TTK. 31J. m. mümasil bir hüküm sevk edilme miştir. /sviçre Hukukunda hakim olan kanaate göre devralma ile nakdi sermaye borcunun ifası maksadı güdülmüşse veya kanuna karşı hile kullanılmışsa, aynı sermayeye dair hükümlere riayetsizlik vardır"⁷⁵. Ancak TK m. 508 ile 516 (karş. yTTK m. 58I, 590) incelendiğinde, bunların anonim şirketlerde mevsuf kuruluşu düzenleyen TK m. 279/II b. 4, 291, 293'den⁷⁶ yöntem bakımından ayrıldığı görülmektedir. Bir başka deyimle limited şirketler bakımından sadece ani kuruluş sistemini öngörmüş olan kanun koyucunun mevsuf kuruluş bakımından anonim şirketlerde olduğu kadar ayrıntılı düzenleme yapmaktan da sarfı nazar ettiği açıktır (ancak karş. yTTK m. 578). Ne var ki Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'e (2003/3 s. Tebliğ/⁷ ekli EK-1 ve EK-2 formları ile "limited şirketin sermaye artırımını aynı sermaye veya firma devri yoluyla yapıyorsa, bunların tespitine dair bilirkişi raporu ve mahkeme bilirkişi atama kararı veya yeminli mali müşavir raporu" aranmaktadır. Buna rağmen TK'nın limited şirketlere paradan başka sermaye getirilmesi ile ilgili düzenlemeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, şirketin kuruluşundan sonra bir ticari işletmenin hasılat kirası yoluyla devralınmak istenmesi halinde müdürlerin kira sözleşmesini önce ortaklar genel kurulunun iznini almaksızın doğrudan yapabilecekleri sonucuna varılması mümkün gözükmele birlikte TK m. 508/II'yi de gözden kaçırmamak gerekir. Diğer yandan TK m. 508/II'de yer alan "şirketin ortak veya üçüncü şahıslardan paradan başka mali kıymetler devralması kararlaştırılmış bulunuyorsa mukavelede, devralınacak mali kıymet, devreden ad ve soyadı ve şirketin vereceği karşılık gösterilir" şeklindeki hüküm, kuruluştan sonraki devralmaların, esasen şirket sözleşmesinin muhtevasına dahil konulardan birisi olduğunu göstermektedir. Hal böyle olunca kuruluştaki şartları henüz bulunmadığı için şirket sözleşmesine konul-

si gön⁷erm7sirle ay.nı kanunun 321 ve şirketin tüm mal varlığının elden çıkarılması konusunda ise limited şirketlere de uygulanması mümkün olan TTK'nın 443/2. madde hükümleri dikkate alınarak inceleme yapılması gerekir"; Y. 11. HD. T. 17.01.2000. E. 1999/8298, K. 2000/19; bkz. ayrıca ALTAŞ s. 149.

⁷⁵ ARSLANLI, H.: Limited Şirketler, İstanbul. 1969, s. 77.

⁷⁶ YTTK anonim şirketlerin mevsuf kuruluşuna izin vermemiştir.

⁷⁷ RG T. 25.07.2003. S. 25179.

mamış, ancak TK m. 508/II'ye göre aslında sözleşmede yer alması gereken bir olgunun, sonradan gerçekleşmiş olması durumunda bunun da bir sözleşme değişikliğini gerektireceğinde tereddüt edilmemelidir. Bu sebeple kiracı limited şirketler bakımından da, kuruluştan sonra bir işletmenin kiralanmasının, şirket sözleşmesinde TK m. 513/I'deki çoğunlukla bu konuda bir değişiklik yapılmasına bağlı olduğu sonucuna varılmalıdır⁷⁸. Eğer bu husus TK m. 508/II'nin işaret ettiği gibi şirket sözleşmesinde zaten düzenlenmiş bulunuyor ve kiralama şartları buna aynen uymakta ise ortaklar genel kurulundan ayrıca izin alınmasına lüzum yoktur.

yTİK m. 578'de "aynı sermaye, ayınların veya işletmelerin devralınması ve özel menfaatler hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır" hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle kuruluştan sonra aynı sermaye konulması hakkında yTİK m. 342-343'e, kuruluştan sonraki devralmalarda ise "ayınların veya işletmelerin devralınması [...] hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır" ifadesi ışığında, yTİK'nın kuruluştan sonra devralmayı düzenleyen 356. maddesine atıf yapılmış olduğu sonucuna varılmalıdır. Anonim şirketler hakkındaki yTİK m. 356/3, yeter sayı konusunda doğal olarak m. 421/3-4'e gönderme yapmıştır. Ancak benzer konu limited şirketlere ilişkin olarak yTİK m. 621/1-a'da özel olarak düzenlenmiş olduğundan yeter sayı hakkında anılan bu hüküm uygulanmalıdır. yTİK'nın düzenlemeleri sayesinde TK'nın yukarıda ortaya çıkmış olan limited şirketlerde kuruluştan sonra devralmaya ilişkin boşluk da doldurulmuş ve hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır.

6. Tasfiye Memurlarının Ticari İşletme Kirası Hususundaki Yetkisi

İşletmenin hasılat kirasına verilmesi, ticaret şirketlerinin iflası nedeniyle tasfiyeleri⁷⁹ hariç diğer tasfiye hallerinde gündeme gelebilir.

⁷⁸ Bkz. *KLEIN-BLENKERS*, s. 135, Yazar Alman LOK'da açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın farklı hükümlere dayanılarak da olsa limited şirketlerde de sonuç olarak, ticari işletmenin kiralanması işleminin ortakların onayına bağlı olduğunun kabul edildiğini ifade etmektedir.

⁷⁹ Ticaret şirketleri iflas sebebiyle infisah etmiş ve tasfiye haline girmişlerse işlemler İİK hükümlerine göre yürütülür, bkz. örneğin *TEKİNALP (POROYI'EKİNALPİÇAMOĞLU)*, s. 740 N. 1570; *İMREGÜN*, Anonim Ortaklıklar, s. 492. İflasın gayesi, müflisin masaya giren mal ve haklarının tasfiyesi ve elde edilecek paradan alacaklıların tatmin edilmesi olup (İİK m. 208 vd.), iflastan sonra tacirin ticari işletmesinin faaliyetlerinin durdurulması kuralı, işletilmeye devamı ise istisnadır (İİK m. 210). Ayrıca iflasın açılması ile müflisin malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır (İİK m. 191) (karş. Y. 21. HD, E. 26.04.2005, E. 2005/877, K. 2005/4350). Bu çerçevede iflas halinde ticari işletmenin kiraya verilmesi pratik olarak mümkün değildir. Ancak iflasın ertelenmesi (İİK m. 179a) çerçevesinde, verimsiz görülen ve şirketin mali durumu sebebiyle yatırım yapılması da mümkün olmayan işletmelerin, kapatılmak ya da satılmak yerine, işletmenin faaliyetlerini iyileştireceği ve karlılık ve verimlilik artışı sağlayacağı, böylece şirketin finansal yapı-

!..asfiye memurlarının görevi tasfiye işlerini tasfiye amacının çizdiği sınır dahilinde gerçekleştirmek ve tasfiyeyi mümkün olan en kısa sürede sanlan. dırmaktır (TK m. 208, 225, 446, 450, 552; yTTK m. 269, 286, 542, 546, 643). TK m. 230'a (yTTK m. 291) göre "tasfiye memurları, şirketin devamı zamnında başlanmış olup da henüz neticelendirilmemiş olan iş ve muameleleri tamamlamaya, şirketin borç ve taahhütlerini yerine getirmeye, şirketin alacaklarını tahsile ve mevcut mallarını paraya çevirmeye kısaca, safi mevcudu elde etmeye yarıyan bütün iş ve muameleleri yapmaya mecburdurlar". Tasfiye halinde olan bir tacirin ticari işletmesinin kiralanmasının, tasfiyenin Yarıda ifa edilen amacı ile bağdaştırılmasının güç olduğu ıdır. Bunun gibi ıkonomik olarak da işlevsel olduğu tartışılabilir. Ancak birden fazla ticari işletmesi bulunan ticaret şirketlerinde tasfiyenin öngörülebilir bir süre içinde tamamlanamayacağının anlaşılmış olması halinde bu işletmelerden biri ya da birkaçının ticari işletme kirasına verilmesi bir alternatif olarak değerlendirilebilir.

TK m. 231/I'e (yTTK m. 292) göre "tasfiye memurları tasfiyenin icaplarından olmıyan yeni bir muamele yapamazlar". M. 232'ye (yTTK m. 293) göre de "tasfiye memurları, şirketin mevzuunu teşkil eden muamelelere, her halde ortakların ittifakiyle, feshe mahkemece karar verilmiş olan hallerde ortaklar ittifak edemezlerse mahkemenin tasvibiyle muvakkat olarak devam edebilirler" (ayrıca bkz. TK m. 207/1; yITK m. 268/1). Bu iki düzenlemede yer alan yetki kuralları ile TK m. 219'da (yTIK m. 280) tasfiye memurlarına verilen temsil yetkisi çerçevesinde tasfiye memurlarının ticari işletme kirası sözleşmesi yapmaları mümkündür (karş. TK m. 446, 450, 552; yTIK m. 542, 546, 643)⁸⁰.

Diğer yandan anonim ve limited şirketlerde şirketin "tek ya da varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bir malvarlığını"⁸¹ teşkil eden ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi halinde tasfiye memurlarının TK m. 388ffil-IV (karş. yTIK m. 421) hükümlerine uygun biçimde genel kurul izni aldıktan sonra işlemi gerçekleştirebilecekleri açıktır (TK m. 443/II, 552).

sının düzeltilmesine katkıda bulunacağının anlaşılması halinde kiralanması alınacak iyileştirme tedbirleri arasında görülebilir ve mahkemeye sunulacak "iyileştirme projesinde" yer alabilir. Özellikle gelecekte yıllara ait kiraların peşin alınması halinde kiralama, nakit girişine sebep olacağı gibi işletme maliyetlerinde de önemli tasarruflar yapılmasını sağlayacaktır. İyileştirme tedbirleri hakkında bkz. *MUŞUL*. T.: İflasın Ertenilmesi. 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 121 vd.; *YILMAZ*, B. 8.: "İflasın Ertenilmesinde İyileştirme Projesi", Maliye Finans Yazıları. Y. 23, S. 85 (Ekim 2009), s. 51 vd.

⁸⁰ *TEKİNALP (POROY) TEKİNALPİÇAMOĞLU*, s. 755-756 N. 1591-1592.

¹¹¹ Karş. Y. 11. HD, T. 13.02.2006. E. 2005/1362, K. 2006/1253.

7. Miras Ortaklığı Bakımından Kiralama Yetkisi

Terekeye bir ticari işletme dahil olabilir. Ticari işletme hukuku bakımından tacirin ölümü tacir sıfatını sona erdirse de, bu durum ticari işletmenin her türlü faaliyetinin ve ilişkisinin de kendiliğinden sona erdiği anlamına gelmez. Mirasçılar mirasbırakanın ölümü ile mirası kanun gereği bir bütün olarak kazandıklarından (*külf halefiyet*) (MK m. 599) ve mirasın açılması ile birden çok mirasçı arasında bir miras ortaklığı kurulduğundan (MK m.640) mirasçılar ticari işletmenin de elbirliği halinde sahibi haline geleceklerdir. Mirasçılar paylaşmanın tamamlanmasına kadar işletmeyi bizzat işletmeye devam edebilecekleri gibi işletme faaliyetlerini tamamen durdura dabilirler⁸². Diğer bir ihtimal ise miras ortaklığının, işletmeyi paylaşırma işlemleri bite-ne dek kiralamasıdır. Bu durumda mirasçıların tamamının onayı ile terekeye dahil ticari işletme, hasılat kirasına verilebilir (MK m. 640/I-II)⁸³.

8. Ticari İşletme Rehni Kanunu ve Ticari İşletme Kirası

TİRK' in, ticari işletme kirası sözleşmesinin yapılması üzerine etkileri üzerinde durulmak gerekir. Zira anılan Kanun'da "ticari işletme sahibi[nin], işletmenin normal faaliyette bulunabilmesi için gerekli her türlü muameleleri yapmak yetkisini haiz" denildikten sonra (m. 10/I), "ticari işletme sahibi, ticari işletmeyi veya rehne dahil münferit unsurları devretmek, bir aynı hakla takyid etmek, başka bir mahalle nakletmek veya başkaları ile değiştirmek için alacaklının muvafakatini almak" zorunda olduğu ifade edilmiştir (m. 10/II). Ayrıca ticari işletme sahibinin işletmenin merhun değerini muhafaza için gerekli özeni göstermemesi veya Kanun'da gösterilen hallerde alacaklının muvafakatini almaması ve bu yüzden de ticari işletmenin merhun değerinin alacaklının zararına düşmesi⁸⁴ halinde ek teminat göstermesi ya da alacaklıya teminat noksanına tekabül edecek bir miktar tazminat ödemesi de söz konusu olabilecektir (TİRK m. 11). Bu açıklamaların da gösterdiği gibi rehne-dilmiş bir ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi rehin alacaklısının ya da alacaklılarının muvafakatine bağlıdır⁸⁵. Her ne kadar TİRK m. 10/II ile 12' de yer alan "devir" ve "temlik" kavramları öncelikle, işletmenin sahipliğinin sa-

⁸² MK, özellikle zirai işletmelerle ilgili olarak bunların paylaşımı/özgülenmesi hakkında özel hükümler sevk etmiştir. bkz. m. 659, 667-668.

⁸³ Karş. ALTAŞ, s. 147; LINDENMEYER, s. 96.

⁸⁴ Rehne dahil malların işletme dışına çıkartılmasının hukuki sonuçları bakımından da alacaklının zararı şartının aranması gerektiği yönünde bkz. HAZNEDAR, Ticari İşletme Rehni, s. 83.

⁸⁵ ERTEN, Ticari işletme Rehni, s. 45-46; HAZNEDAR, Ticari işletme Rehni, s. 69. Muvafakat hem izni (rıza) hem onayı (icazet) kapsadığı gibi sarıh ya da zımni olarak da açıklanabilir. bkz. ERTEN, Ticari İşletme Rehni, s. 47; Y. 11. HD, T. 16.02.1990, E. 855, K. 964.

Kiracının kiraladığı ticari işletme üzerinde rehin tesis etmesi ise TİRK m. 2/I karşısında mümkün değildir⁸⁹. Diğer yandan kiralayan, kiracı lehine işletmesi üzerinde rehin tesis edebilir⁹⁰.

9. Rekabet Sınırlama/arı Hukuku ve Ticari İşletme Kirası

Mal ve hizmet piyasalarındaki iktisadi rekabetin korunması yönüyle ekonomik kamu düzeni, birleşme ve devralma teşkil eden hukukî işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi için sözleşme serbestisine kısıtlamalar getirmiştir. Bu çerçevede RKHK, teşebbüslerin hakim durum yaratmaya ya da hali hazırda hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olan veya ilgili pazarlardaki rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak nitelikteki birleşme ve devirlerini yasaklamıştır⁹¹. Bizatihi rekabeti sınırlayıcı bir işlem olarak nitelenmesi mümkün olmamakla birlikte⁹², ticari işletmenin, ticari işletme kirası yoluyla hali hazırda bununla aynı ticari ve/veya sınai alanda faaliyet gösteren⁹³ bir işletmeyi ya da işletmeleri işletmekte olan bir gerçek kişi ya da ticaret şirketi tarafından devralınması, RKHK m. 7-11 çerçevesinde hukukî sonuçlar doğurabilir^{94,95}. Bunun gibi ticari işletme kirası

⁸⁹ ERTEN, Ticari İşletme Rehni, s. 11, 37.

⁹⁰ Üçüncü kişi lehine ticari işletme rehni hakkında bkz. ERTEN, Ticari İşletme Rehni, s. 11, 18.

⁹¹ TOPÇUOĞLU, M.: "İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Etkisi", Ünal TEKİNALP Armağanı, C. II, İstanbul, 2003, s. 92.

⁹² JICKELJ, J.: "Miet- und Pachtverträge im Kartellrecht, in: Gedachtnisschrift für Jürgen SONNENSCHNEIN, Berlin, 2003, s.464.

⁹³ Farklı alanlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arası birleşme veya devralma işlemlerinin yasak kapsamına girmediği ve RKHK m. 7'yi ihlal etmeyeceği yönünde bkz. TOPÇUOĞLU, TEKİNALP Armağanı. C. II, s. 100. Hukuka aykırı birleşme ve devralmalar ve bunun rekabet üzerindeki etkileri hakkında bkz. GÜVEN, P.: Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara, 2002, s. 95-96; AKYÜZ, H. B.: Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara, 2007, s. 69 vd.

⁹⁴ JICKELJ, konusu ticari işletme olan hasılat kirası sözleşmelerinin (*Pachtverträge über Unternehmen*) kontrolün devralınmasının şartlarını gerçekleştirdiğini ifade etmektedir, in: GS SONNENSCHNEIN, s. 472, 478. LINDENMEYER ise, karşılıklı edimleri içerdiği, zıt ekonomik menfaatleri ihtiva ettiği, bu sebeple de Alman Rekabet Sınırlamaları Kanunu m. 1 'de belirtilen "ortak amaç" (*gemeinsamer Zweck*) şartını gerçekleştirmediği gerekçesiyle ticari işletme kirasının, kural olarak anılan Kanun'un kapsamı dışında kaldığı görüşündedir, s. 40. Aynı yönde STROBEL, s. 41. Yazarların ifade etmek istediği husus ticari işletme kirasının kartel teşkil etmediği ve kartel yasağına konu olamayacağıdır (karş. RKHK m. 4; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 72). Ancak yazarlar Alman Rekabet Sınırlamaları Kanunu m. 39'da (m. 23, eski metin) yer alan eşik değerleri aşan ticari işletme kiralalarının Federal Rekabet Otoritesi'ne bildirim ve inceleme prosedürüne tabi olduğunu da ifade etmişlerdir, LINDENMEYER, s. 40; STROBEL, s. 41-42. Alman hukukundaki bildirim yükümlülüğü ve inceleme prosedürü ile hukukî sonuçları hakkında bkz. EMMERICH, Kartellrecht, s. 310 vd.; KLEIN-BLENKERS, s. 121. İsviçre hukukunda

sözleşmesine konulacak bazı hükümler RKHK m. 4 anlamında belli bir pazardaki rekabeti kısıtlayıcı etkiye sahip olabilir⁹⁶. Bu sebeple ticari işletme kirasının yapılmasında yetki sorunlarına ilişkin olarak ele alınması gereken hususlardan bir diğeri de, işletmenin hasılat kirası yoluyla devrinin rekabet sınırlamaları hukuku karşısındaki durumu olmalıdır. Konu bilhassa, ilgili pazarlardaki rekabeti etkileme gücüne sahip büyük işletmeler bakımından önemiidir⁹⁷.

Çalışma kapsamında ticari işletme kirası, rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, tarafları arasında sürekli borç ilişkisi yaratan, işletme unsurlarının mülkiyetinin değil, maddi mallar için zilyetliğin nakli, haklar için ise kullanma ve tahsil yetkisi tanınması sonucunu doğuran ve bu yüzden de sözleşme bitiminde devredilenin bir bütün olarak iadesinin söz konusu olduğu, ivazlı bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Ticari işletme kirası ile işletmenin maddi ve gayri maddi unsurları ile organizasyonunun geçici olarak kiracıya devri söz konusudur. Görüldüğü gibi ticari işletme kirasında kiracı ile kiralayan arasındaki hukuki ilişki, kiracıya ticari işletmenin mülkiyeti, bunun üzerinde sınırlı aynı hak tesisi ya da kiralayan durumundaki ticaret şirketinin veya bir diğer tüzel kişi tacirin ortaklık/üyelik haklarının ve bunların sahibine sağladığı genel kurula katılma, oy kullanma, iptal davası açma, yönetime katılma (seçme ve seçilme) gibi idari hakların ya da bu hususlarda imtiyaz öngören payların devri gibi katılım ve kontrol araç ve imkanların sağlanmasını kapsamamaktadır⁹⁸. Bu açıklamalar ışığında ticari işletme kirasının hukuki ve ekonomik anlamları ile RKHK ve bağlı mevzuatının "devralma" kavramları açısından da tipikleştirilmesi ve hukuki sonuçlarının neler olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

RKHK m. 7/1'de "bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki

bildirim yükümlülüğü ve inceleme prosedürü hakkında bkz. İsviçre Karteller ve diğer Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun m. 9, 32 vd.

Ticari işletmenin BK m. 179'a (yTBK m. 202) uyan devrinde, rekabet hukuku açısından denetime tabi bir devralmanın söz konusu olduğu yönünde bkz. *GÜVEN*, s. 154-155; aynı yönde *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP Armağanı*, C. II, s. 76-77, 100-101; devralmaların rekabeti sınırlayan yönleri hakkında bkz. *ASLAN*, *Rekabet Hukuku*, s. 254-255; *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP Armağanı*, C. II, s. 90-91; *EMMERICH*, *Kartellrecht*, s. 248 vd.

⁹⁵ Bir şirketler topluluğunun içinde gerçekleşen ticari işletme devirleri (kiralamaJarı) **RKHK** m. 7 kapsamı dışındadır, karış. *ASLAN*, *Rekabet Hukuku*, s. 257 vd.; *GÜVEN*, s. 145.

⁹⁶ *SONNENSCHEN* in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 250.

⁹⁷ *KLEIN-BLENKERS*, s. 121; ayrıca bkz. *AKYÜZ*, s. 73.

⁹⁸ *JICKEU*, in: *GS SONNENSCHEN*, s. 471.

rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde [...] herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır" hükmüne yer verilmiş ve II. fıkra da bu kapsamda yer alan ve izne tabi kılman bir devrin geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereği ifade edilmiştir⁹⁹. Görüldüğü gibi Kanun "*genel olarak devralma*" ile "*ivie tabi devralmalar*" ayrı ayrı ele almıştır. İzne tabi devralmaların düzenlenmesi çerçevesinde aşağıda anılacak Tebliğ'lerde öngörülen kıstaslar ile devralma işleminin "ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltacağı" yönünde bir aksi ispat edilebilir¹⁰⁰ karine yaratılmış olmakta ve bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu kıstasların irdelenmesi çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak bu bağlamda devralmanın yasaklanabilmesi için, aşağıda da değinileceği üzere salt Tebliğ kıstaslarının gerçekleşmiş olmasının yetmediği, ayrıca devralma ile "işletme üzerinde" kontrolün ele geçirilmesinin ve sonuç olarak da hakim durum yaratılmasının ya da var olan hakim durumun güçlenmiş olmasının gerekli olduğu, bu iki halden herhangi birisi ortaya çıkmasa da devralma ile ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azalmış olması gerektiği ifade edilmelidir¹⁰¹. Bu sebeple açıklamalarda, ticari işletme kirası yoluyla işletmenin devralınmasının, "hakim durum yarattığı" veya "mevcut hakim durumu güçlendirdiği" ya da "devralma sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellediği" varsayılmıştır¹⁰².

Hangi devralmaların izne tabi olduğu ise Rekabet Kurumu Başkanlığı tarafından çıkartılan Tebliğ'lerde belirlenmiştir. Bu çerçevede ilk olarak 1997/1 s. Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devral-

99

RKHK m. 7'nin eleştirisi hakkında bkz. *ASLAN*, Rekabet Hukuku, s. 254-255; *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP* Armağanı, C. II, s. 95 vd.

100 *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP* Armağanı, C. II, s. 102 vd. dn. 135.

101 Rekabeti kısıtlayan ve kısıtlamayan devir ayrımına ilişkin olarak bkz. *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP* Armağanı, C. 11, s. 102 vd.; *ASLAN*, Rekabet Hukuku, s. 266-267; *GÜVEN*, s. 97 vd.; ayrıca bkz. *JICKEL*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 475.

"Hakim duruma yol açan devirlerde, ayrıca rekabetin azalmasından bahsetmek yersizdir. Esasen rekabetin azalması hakim durum sonucuna yol açmayan devirler için bir ölçü olmalıdır", *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP* Armağanı, C. 11, s. 92 vd. 102.

102

Metin için bkz. 2010/4 s. Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ m. 13/2 (RG T. 07.10.2010 S. 27722). 2010/4 s. Tebliğ 01.01.2011'de yürürlüğe girmiştir; ayrıca bkz. *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP* Armağanı, C. II, s. 97; *GÜVEN*, s. 152.

malar Hakkında Tebliğ⁰³ çıkarılmıştır. Anılan 1997/1 s. Tebliğ m. 2/II-b uyarınca -ticari işletme kirası açısından ilgili kısımlarına dikkat çekilecek olursa- devralmanın "herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını [...] devralması veya kontrol etmesi" şeklinde tanımlanmış söylenebilir. 2/III. maddede de kontrolün, "ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebileceği ifade edilmiştir¹. Bir devralmanın izne tabi olup olmadığında ise esas olarak devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasındaki pazar payları ve toplam ciroları belirleyici kabul edilmiştir (1997/1 s. Tebliğ m. 4). 1997/1 s. Tebliğ m. 6/II'de, "hakim durum yaratmayan veya bir hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemeyen birleşme veya devralmalara izin" verileceği, aynı maddenin son fıkrasında ise "bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme veya devralmaların

^{10J} RG T. 12.08.1997, S. 23078. Bu çerçevede ayrıca 1998/4 s. Özelleştirme Yoluyla Devralma Hukukı Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak On Bildirimlerde Ye İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'e de (RG T. 12.09.1998, S. 23461) kısaca değinmek gerekir. Anılan Tebliğ'in 2/1. maddesi hükmü göre de "bir teşebbüsün [...] mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerin(in) özelleştirme yolu ile her türlü devri" bildirim ve izne tabi işlem sayılmıştır. M. 2/son'da yer alan "işletme hakkının verilmesi" kavramından anlaşıldığı üzere de hasılat kirası akdi de bir özelleştirme uygulaması olarak değerlendirilmektedir.

⁰⁴ 1997/1 s. Tebliğ düzenlemeleri ışığında devralmada kontrolün el değiştirmesine yol açan haller için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 255 vd.; GÜVEN, s. 153 vd.; AKYÜZ, s. 77 vd. Doktrinde ele alınan kontrolü devralma yöntemleri incelendiğinde, kontrolün elde edilmesinde çoğunlukla devralınacak teşebbüsün (sermaye şirketinin) pay (sermaye) ve/veya oy çoğunluğunu elde etme, oyda, yönetime katılmada imtiyazlı pay edinme, kontrolü sağlamaya yetecek derecede (azınlık) pay iktisabı gibi şirketler hukuku araçlarından istifade edildiği görülmektedir: kontrol sahipliğinde bir değişikJik yaratmayan azınlık paylarının ele geçirilmiş olmasının devir işlemi olarak nitelendirilemeyeceği görüşü için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 260; TOPÇUOĞLU, TEKİNALP Armağanı. C. il, s. 93 dn. 94. Ancak bu yöntemler kontrolü tamamen ya da kısmen devralınan teşebbüsle ilgili şirketler hukuku uyumsuzluklarının da "devralınmasına" sebep olabilir. Bu nedenle uyumsuzluktan kaçınma düşüncesi, -bankacılık, sigortacılık gibi ticari işletmenin şirketten ayrılamayacağı haller müstesna- işletmeyi işleten ticaret şirketini (teşebbüsü) devralmaya oranla, bunun operasyonel kısmını teşkil eden özünü yani ticari işletmesini devralmayı, özellikle de hasılat kirası yoluyla kiralamayı daha işlevsel bir alternatif olarak ortaya çıkarmaktadır.

Kanuna aykırı" kabul edileceği ve bunlara izin verilmeyeceği öngörülmüştür.

1997/1 s. Tebliğ'i yürürlükten kaldıran 2010/4 s. Tebliğ m. 5/1-b' de "devralma", "bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hali hazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından, kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde devralınması" şeklinde tanımlanırken (ayrıca bkz. m. 5/3), "kontrol" de, "ayn ayn ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı" olarak ifade edilmiştir (*kontrolün devralınması, Kontrollenverb*)¹⁰⁵. Kontrol, özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararlar üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar ya da sözleşmelerle tesis edilebilir (2010/4 s. Tebliğ m. 5/2). 2010/4 s. Tebliğ m. 7' de de devralma işleminin taraflarının Türkiye cirolarının belli hadleri aşması halinde devralmanın Kurul' un iznine tabi olduğu ifade edilmiştir. Nihayetinde "tek başına ya da birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran" devralmalara izin verilmeyeceği belirtilmiştir (2010/4 s. Tebliğ m. 13/2).

Ticari işletme kirasının, 2010/4 s. Tebliğ' de, "bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkanı veren" araçlar arasında sayılan, "işletilmeye müsait bir kullanma hakkı sağlayan sözleşmeler" ifadesinin kapsamına girdiği açıktır. Bunun bir sonucu olarak da, RKHK m. 3 anlamında bir "teşebbüs" olan ticari işletmenin¹⁰⁶, hasılat kirası yoluyla devrinin de ekonomik etkileri itibariyle RKHK m. 7 ve 2010/4 s. Tebliğ m. 5 anlamında devralma

¹⁰⁵ GÜVEN, s. 91, 150 vd.; TOPÇUOĞLU, TEKİNALP Armağanı, C. 11. s. 97; EMMERICH, Kartellrecht, s. 267 vd.; JICKELJ, in: GS SONNENSCHNEIN. s. 470 vd.

¹⁰⁶ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 31-32, 63-64; GÜVEN, s. 99-100; ARI, Z.: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı, Ankara, 2004, s. 145 vd.; TOPÇUOĞLU, TEKİNALP Armağanı, C. 11, s. 76; ayrıca bkz. EMMERICH. Kartellrecht, s. 14-15. Ancak RKHK m. 3'de yer alan "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" şeklindeki tanımda aslında *mütesebbis* olarak anılması gereken "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerin" de, gerçek anlamda *teşebbüs* olan "bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerle" birlikte teşebbüs sayılması dilbilgisi bakımından hatalıdır. Rekabet hukuku ekonomik faaliyetin kimin tarafından ya da hangi hukuktan formda yürütüldüğünden çok, bunun bizzat kendisiyle ilgilendiğinden, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" şeklindeki bir tanım daha yerinde gözükmemektedir.

olduğu ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. Bu çerçevede rekabet hukuku tanımları içinde kalarak ticari işletme kirasını, "bir teşebbüsün ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün (teşebbüs üzerinde fiilen ya da hukuken belirleyici etki uygulama imkanını¹⁰⁸), diğer bir teşebbüs veya kişi tarafından kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde sözleşmeyle devralınması" şeklinde anlaşılması mümkündür¹⁰⁹. Zira ticari işletme kirasında da işletme (ekonomik birim), bir diğer ifadeyle, üretim araçları (işletmedeki maddi, gayri maddi unsurlar), işletme organizasyonu ve stratejileri üzerindeki kontrol kira süresince kiracıya geçmektedir. Bu çerçevede kiracı işletmenin ilgili pazardaki faaliyetlerini belirler hale gelmekte, yeni kaynaklara ulaşmakta ve bunları kendi ekonomik amaçları için kullanabilmekte, yeni tedarik ve müşteri pazarlarına kavuşmakta, ayrıca bazı hallerde de bir rakibini (kiralayanı) saf dışı edebilmektedir¹¹⁰. Ticari işletme kirasının özelliği, kısa süreli bir kontrol gücünün dahi, işletme üzerindeki etkileri kalıcı olacak kararların alınmasına ve uygulanmasına fırsat veren bir işlem türü olmasıdır¹¹¹. Bununla birlikte "teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkanından" bahsedildiğinden ticari işletme kirası bakımından kira süresi önem kazanabilir¹¹². Zira kira, kontrolün satım sözleşmesinde olduğu kesin ve sürekli biçimde el

^{un} Rekabet hukuku açısından değerlendirme ölçütü, devralma ya da birleşme teşkil eden işlem ya da uygulamanın hukukî niteliği değil, ilgili pazardaki rekabet ilişkileri üzerinde yaratacağı ekonomik etkileridir, bkz. *ASLAN*, Rekabet Hukuku, s. 253-254; *JICKEU*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 463. Ayrıca bkz. *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP* Armağanı, C. II, s. 97: "[...] önemli olan husus, iki veya daha fazla teşebbüsün karar mekanizmalarının kontrol altına alınmasıdır. Bu açıdan Rekabet Kanunu çerçevesinde değerlendirecek birleşme ve devirler, ticaret hukukunun teknik-hukukî anlamdaki birleşme ve devralmalarıyla sınırlandırılmaz". Rekabet hukukunun özel hukukun kavramlarını kullanmakla birlikte bunların hukukî teknik kalıplarından çok ekonomik anlam ve etkilerini esas aldığı bilinmektedir. Hatta tarafların herhangi bir nedenle sakat sözleşmeyi ifa etmiş olmaları durumunda da rekabet hukukunun ilgilendiren bir olgu söz konusu olabilir. bkz. *EMMERICH*, Kartellrecht, s. 270. *KLEIN-BLENKERS* da, Alman Rekabet Sınırlamaları Kanunu'nda 1998'de yapılan değişiklikten sonra, ticari işletme kiralari her ne kadar Kanun'da açıkça sayılmıyorsa da, bir işletmenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde kontrolü elde etme sonucunu doğuran vem. 35'deki büyüklüklere ulaşan ticari işletme kirası sözleşmelerinin m. 37/1b. 2 anlamında birleşme sayılması hususunda bir tereddüt olmadığı ifade etmektedir, s. 121, (karş. m. 23/1 b. 3-c, eski metin).

^{10M} Kısaca "bir teşebbüsün bir başka teşebbüsün ticari politikalarının oluşumunu, kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirme imkanı" olarak ifade edilen "belirleyici etki" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *GÜVEN*, s. 155 vd.; *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP* Armağanı, C. II, s. 98 vd.;

¹⁰⁹ *1/CKEL*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 470-471.

¹¹⁰ *1/CKEU*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 472, 475-476.

¹¹¹ *1/CKEL*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 473.

¹¹¹ *1/CKEL*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 464,472; "[...] devralmanın hukuka aykırı kabul edilebilmesi için devrin, işletme üzerinde uzun dönemli yapısal değişikliklere yol açması şarttır", *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP* Armağanı, C. II, s. 99.

değiştirdiğini göstermek bakımından her zaman yeterli gelmeyebilir. Hangi sürenin "belirleyici etki" yaratacağı ise ancak somut olayın özelliklerine göre belirlenebilecek bir husustur. *JICKEU*, bu konuda belirleyici olanın, taraflar arasındaki ilişkinin/bağın devralmaya katılan teşebbüslerin ve ilgili pazarın yapısına etki edebilecek sürece devam edip etmediği olduğunu, bunun ise zorunlu olarak tahmini bir kararı (*Prognoseentscheidung; ex ante denetim*¹¹³) beraberinde getireceğini ifade etmektedir¹¹⁴. Yazar, Alman ve Avrupa uygulamasında, devirden sonraki 3 ila 5 yılın dikkate alındığını, hasılat kirası sözleşmesinin 5 ya da daha fazla yıl için akdedildiği takdirde de, "süreklilik şartının" (*Dauerhaftigkeit*) gerçekleşmiş sayılacağını, süresi daha kısa sözleşmelerde ise, öngörülen şartlar dolayısıyla sözleşmenin uzatılacak olması ya da feshin fiilen imkansız hale geldiği hallerde de birleşmeden bahsedildiğini ifade etmektedir¹¹⁵. Özetle ticari işletme kirasının süresinin uzunluğu, bunu işletmenin "mülkiyetinin" devrine yaklaştırmakta ve işletmenin satımındaki rekabet kontrolü süreçlerinin burada da başlatılmasına sebep olmaktadır¹¹⁶. Kiracıya verilmiş olan yatırım yetkilerinin genişliği de rekabet hukuku bakımından değerlendirmede dikkate alınacak hususlardandır¹¹⁷.

Bundan başka kira sözleşmesinde kararlaştırılan ve zorunlu, objektif ve makul olmayan rekabet yasakları da belli hallerde kiralamanın yasaklanmasının nedenlerinden birisini teşkil edebilir¹¹⁸. Bunun gibi kiralayanın kiracıya yüklediği tedarik yükümlülükleri de kritik değerlendirme noktalarından olabilir¹¹⁹.

Bir ticari işletmenin kiralanması izne tabi bir devralma niteliğinde ise, bir diğer deyimle 2010/4 s. Tebliğ m. 7-8'deki eşik değerler gerçekleşmişse¹²⁰, bunun işlemin her iki tarafı ya da taraflardan herhangi birisi tarafından Rekabet Kurulu'na bildirilmesi gereklidir (2010/4 s. Tebliğ m. 10/1). Buna karşın anılan eşik değerlerin aşılmadığı, diğer ifadeyle bir hakim durumun yaratılmadığı ya da güçlendirilmediği ya da rekabetin önemli ölçüde azal-

¹¹³ AKSOY, N./YAVUZ, Ş.: "Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunun Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Sınırları", *Rekabet Dergisi*, Y. 2009, C. 10, S. 2, s. 8.

¹¹⁴ *JICKEL*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 473.

¹¹⁵ *JICKEL*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 473. Kanaatimizce rekabet hukuku kuralları çerçevesinde izne tabi ticari işletme kiralamalarında aranan süre ile ticari işletmenin kiralanmasının işletmecisi ticaret şirketinin genel kurulunun izni bakımından aranan sürenin aynı uzunlukta olmasını aramamak gerekir.

¹¹⁶ *JICKEL*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 476.

¹¹⁷ *JICKEL*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 473.

¹¹⁸ *ASLAN*, *Rekabet Hukuku*, s. 284-285; *GÜVEN*, s. 222 vd., 228; *J/CKEU*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 466 vd.

¹¹⁹ *JICKEL*, in: *GS SONNENSCHNEIN*, s. 469.

¹²⁰ Karş. *TOPÇUOĞLU*, *TEKİNALP Armağanı*, C. il, s. 111.

madığı hallerde Kurul'a izin başvurusunda bulunulması gerekmez¹²¹. Bildirilmesi gerekli bir devralmanın bildirilmeden uygulanması, yani ticari işletme unsurlarının kiracıya teslimi söz konusu değildir (RKHK m. 10n; 2010/4 s. Tebliğ m. 10/4)¹²². Yine bu çerçevede özellikle belli büyüklükteki işletmelere ilişkin ticari işletme kirası sözleşmeleri öncesinde tarafların, işlemin RKHK m. 7 ve ilgili Tebliğ' in kapsamına girip girmeyeceği hususunda ön değerlendirme yapmalarında, sözleşmeyi de geciktirici ya da infisahi şartla akdetmelerinde büyük fayda olduğu belirtilmelidir¹²³.

İzne tabi devralmaların hukuki geçerlilik kazanmaları devre açık (RKHI m. 9, 40 vd.) ya da zımni (RKHK m. 10/11) izin veya menfi tespit kararı (RKHK m. 8) verilmesine bağlıdır (RKHK m. 7ff; 2010/4 s. Tebliğ m. 7/1, 10/4)¹²⁴. Devralmaya ön inceleme sonucunda izin verilebilir. Bu takdirde izne kadar işlem askıdadır. Ancak devralma işleminin nihai incelemeye alınmasına karar verildiği takdirde işlem bu kararın verilmesine dek askıdadır (*askıda geçersizlik*). İzin talebi Kurul tarafından nihai karar ile reddedilmiş ise askı durumu son bulur, işlemi tamamlayıcı olarak öngörülen izin şartı gerçekleşmediğinden, devralma BK m. 19/11, 20/1 (yTBK m. 27/1) anlamında kesin olarak geçersiz hale gelir¹²⁵. Gerek askıda geçersizlik ve gerek kesin geçersizlik halleri hakim tarafından re'sen dikkate alınır¹²⁶. Bir başka ifadeyle hakim önüne gelen uyuşmazlıkta ya da bir başka resmi makam kendisine yöneltilen talepte (örneğin ticaret sicil memuru tescil başvurusunda) RKHK m. 7'nin uygulanması gerektiği kanaatine varırsa, durumu bekletici mesele yapmalı ve Kurul' un nihai kararına göre davranmalıdır (RKHK m. 20/1, 27). İzin şartı gerçekleştiğinde ise başlangıçtaki eksiklik giderilmiş olacağından devir sözleşmesi baştan itibaren hükümlerini doğurur, askıda geçersizlik hali sona erer¹²⁷.

Bildirilmesi gerektiği halde bildirilmeyen devralmalar hakkında RKHK m. 11 uygulanır⁸. Buna göre Rekabet Kurulu herhangi bir şekilde işlem den haberdar olduğu zaman devralmayı kendiliğinden incelemeye alır. İnceleme sonucunda devralmanın RKHK m. 7/1'e aykırı olmadığı tespit edilirse buna izin verilir, ancak bildirimde bulunmayan ilgililere idari para cezası uygulanır.

121:11 ASLAN, Rekabet Hukuku. s. 261; GÜVEN. s. 368; TOPÇUOĞLU. TEKİNALP Armağanı, C. II, s. 96-97.

122 Karş. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 273.

123 KLEIN-BLENKERS, s. 121.

124 GÜVEN, s. 252. Devralmalarla ilgili karar süreci "ön inceleme", "ön araştırma", "soruşturma", "sözlü savunma" ve "nihai karar" aşamalarında oluşur, GÜVEN. s. 272 vd.

125 GÜVEN. s. 366-368; TOPÇUOĞLU, TEKİNALP Armağanı, C. II, s. 101. 105 vd.

126 TOPÇUOĞLU. TEKİNALP Armağanı. Ç. II, s. 105.

127 TOPÇUOĞLU, TEKİNALP Armağanı. C. II, s. 106; GÜVEN. s. 367.

128:K GÜVEN, s. 268-269.

nır. Re'sen yapılan incelemelerde devralmanın izne tabi olduğu anlaşıldığı takdirde ise idari para cezası yanında devralma teşkil eden işlemlerin sona erdirilmesine ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına (eski hale iade) karar verilir (RKHK m. 11; 2010 s. Tebliğ m. 10/5)¹²⁹. Eski hale iade yaptırımları, Kurul'a bildirilen, ancak nihai karar beklenmeden ifa edilmeye başlanan, akabinde ise izin verilmeyen devralma işlemleri hakkında da uygulanır. Bunun gibi izin verilmeyen devralmalarda RKHK m. 56'nın da uygulanması mümkündür¹³⁰. Ticari işletme kirası özelinde eski hale iade işletmeye ait maddi ve gayri maddi unsurların kiralayana iade edilmesi şeklinde gerçekleşecektir. Kurul gerek bildirim üzerine ve gerek re'sen yaptığı incelemelerde, telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkma ihtimalinin olduğu hallerde inceleme sonuçlanıncaya dek gerekli tedbirlerin alınmasına karar verebilir (RKHK m. 9/son).

Aşağıda, tamamı dar ve teknik anlamdaki bir ticari işletme kirasına teka-bül etmemekle birlikte, konunun aydınlatılmasına katkılan bakımından Rekabet Kumlu'nun bazı kararlarına yer verilmiştir:

a) Rekabet Kurulu Kararı (RKK) T. 26.07.2006, S. 06-56/716-206: Karaman Oluklu Mukavva ve Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret A.Ş.'nin (Karaman Oluklu Mukavva) bütün müşterilati ve üretim makineleri ile birlikte Tire Kutsan Oluklu Mukavva Kutu ve Kağıt San. A.Ş. (Tire Kutsan) tarafından kiralanması: Karar'da yer alan "Karaman Oluklu Mukavva'nın fabrika binası ve idari binaları bütün müşterilatiyla ve tüm üretim makineleri, mütemmim cüz ve teferruatları ile Tire Kutsan'a kiralanmaktadır. Kiralama işlemi "Taşınmaz Kira Sözleşmesi" ve "Makine, Teçhizat ve Tesisat Kira Sözleşmesi" olmak üzere iki sözleşme ile gerçekleştirilmektedir. Bildirim konusu kiralama işlemi Tire Kutsan'a bir kullanma hakkı vererek, Karaman Oluklu Mukavva üzerinde Tebliğ anlamında bir kontrol değişikliği yaratacaktır. Sözleşmelerin süresi sekiz yıldır. Tire Kutsan kiralama işlemiyle sekiz yıl boyunca ek üretim ihtiyacını karşılayacaktır. Dolayısıyla 1997/1 sayılı Tebliğ anlamında bir kontrol değişikliği söz konusudur ve bildirim konusu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ' in anılan maddesi anlamında bir devralma işlemidir" şeklindeki açıklamalardan taraflar arasındaki işlemin tipik bir ticari işletme kirası olduğu anlaşılmaktadır. Kurul devralmaya izin vermiştir¹³¹.

b) RKK T. 04.07.2007, S. 07-56/630-212: Standart Beton Sanayi Nak. inş. Paz. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye ait hazır beton tesisinin Akçansa

¹²⁹ *ASLAN*, Rekabet Hukuku, s. 275 vd.; *GÜVEN*, s. 332-333; *TOPÇUOĞLU*, TEKİNALP Armağanı, C. il, s. 111.

¹³⁰ *GÜVEN*, s. 370-371.

¹³¹ www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1683.pdf.

Ayrıca bkz. www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2788.pdf; www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar3732.pdf.

Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından üç yıl süre ile kiralanması. Kurul devralmanın eşik değerleri aşmadığı ve izne tabi olmadığı sonucuna varmıştır. Kararda kiralanın hazır beton tesisinin kiralaanın işletme bütünlüğü içindeki yerine dair açıklık olmadığından, olayın bir ticari işletme kirası olarak değerlendirilip de değerlendirilemeyeceği konusunda kesin bir sonuca varmak mümkün değildir³².

c) RKK T. 01.11.2007, S. 07-83/1004-389: Antalya Gazipaşa Havaalanının mevcut sınırları dahilinde tüm tesis, cihaz ve sistemlerinin kiralanmak suretiyle işletilmesi hakkının 25 yıl süre ile devri: Karar'da yer alan "Antalya Gazipaşa Havaalanı'nın halihazırda mülkiyeti ve işletme hakları Devlet Hava Meydanları İşletmesi'nde (DHMI) bulunmaktadır (karş. TK m. 1_8/1; yTTK m. 16/1). Bildirim konusu işlem kapsamında, mülkiyet yine DHMI'de kalmak üzere havaalanının işletme hakları 25 yıllık bir süre için devralan tarafa geçecektir. Esasen, devralan tarafın kendisine verilecek imtiyaz hakları vasıtasıyla havaalanı üzerinde belirleyici etki uygulama imkanına sahip olması için 25 yıllık kira dönemi yeterince uzun bir dönem olduğundan, işlem 1997/4 s. Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralmadır" ifadeleri olayda DHMI ile devralanlar arasında bir kamu işletmesinin bunun için öngörülen özel yöntemler kullanılarak hasılat kirasına verildiğini göstermektedir¹³³.

d) RKK T. 14.8.2008, S. 14.8.2008: Hamoğlu Yönetim Organizasyonu Personel Taşımacılık ve Yemek Üretim Hizmetleri İşletmecilik A.Ş.'nin kirasında bulunan Silivri, Çengelköy ve Tekirdağ Maksi Marketler' in faaliyet gösterdiği işyerlerinin Migros Türk Ticaret A.Ş. tarafından kiralanması: Karar'da yer alan "Bildirimde bulunulan işlem, Hamoğlu Grubu'nun kontrolünde bulunan ve "Maksi Market" markası altında organize perakende mağazacılık sektöründe faaliyet gösteren Silivri, Tekirdağ ve Çengelköy işyerlerinin, kiraya verenlerle mutabakata varılarak Migros'a alt kira sözleşmeleri ile kiralanmasını içermektedir. (...) Bildirimde bulunulan işlemde herhangi bir şirketin devralınması söz konusu olmayıp, Maksi Market markası altında Hamoğlu Grubu'nun kontrolünde faaliyet gösteren üç işyeri Hamoğlu Grubu'nun kontrolünden çıkıp Migros'un kontrolüne geçecektir. [...] Bu işlem ile daha önce Maksi Marke olarak faaliyet göstermekte olan bu üç mağaza-

¹³³! www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2071.pdf.

Aynı faaliyet alanındaki diğer bazı kararlar için bkz. www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2411.pdf; www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2432.pdf;

www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2455.pdf;

www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2705.pdf;

www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar3018.pdf;

www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar3028.pdf;

www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar3345.pdf.

:¹n <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2223.pdf>.

nın bulunduğu yerdeki müşteri portföyü bundan böyle Migros'un kontrolüne geçmiş olacaktır. Ayrıca işlem kapsamında söz konusu işyerlerine ait demirbaşlar ve stoktaki ayıpsız mallardan Migros portföyünde yer alanlar da Migros tarafından satın alınacaktır" şeklindeki ifadeler, olayda üç şubeden oluşan bir ekonomik bütünlüğün hasılat kirasına konu edildiğini ve bunun da Kurul tarafından malvarlığının kısmı devri olarak değerlendirildiğini göstermektedir¹³⁴.

Son olarak ticari işletme kirası sözleşmesine konulan ve kiracının belli bir mal ve/veya hizmet piyasasındaki iktisadi faaliyetini konu, fiyat, miktar, zaman ya da coğrafi olarak kısıtlayıcı nitelikteki¹³⁵ hükümlerin de (karş. RKHK m. 4/ID¹³ RKHK m. 4 ve 56/I uyarınca geçersizlik yaptırımı ile karşılaşılabileceği vurgulanmalıdır¹³⁷. Bu çerçevede taraflar arasında, örneğin ticari işletme kirası sözleşmesiyle birlikte hukuken bundan bağımsız olarak bir acentelik sözleşmesi de kurulmuş olabilir. Acentelik sözleşmesi (TK m. 116 vd.; yTTK m. 102 vd.) bağımsız olarak akdedilmiş olabileceği gibi, ilgili hükümler kira sözleşmesi içinde de yer almış olabilir. İşte bu halde RKHK m. 4 çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı nitelikte işbirliği yapılmasını sağlayacak sözleşme hükümleri, rekabet hukuku kaynaklı yaptırımların uygulanmasına neden olabilir¹³⁸. Ayrıca kira süresinin sonunda geçerli olacak ve kiracının kiralayanla rekabet etmesini engelleyen rekabet yasağı şartı da, RKHK m. 4 anlamında taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği anlaşması (karş. RKHK m. 4/II-b, e) ya da kiralayanın kiracıya dayattığı bir pazara giriş engeli (karş. RKHK m. 4/II-d) teşkil ettiği ölçüde, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak (özellikle yasağın coğrafi kapsamı ve süresi) rekabet hukuku açısından değerlendirme konusu yapılabilir¹³⁹.

¹³⁴ www.rekabet.gov.tr/dosyalar/karar1ar/karar2643.pdf. Aynı faaliyet alanındaki diğer bazı kararlar için bkz. www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2774.pdf; www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar2788.pdf; www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar3014.pdf; www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar3173.pdf; www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar3957.pdf; www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar4029.pdf; www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar4135.pdf.

¹³⁵ "Perse". "rule of reason" ve "de minimis" ilkeleri hakkında bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 99. 119 vd.; ARI, s. 133 vd.; EMMERICH, Kartellrecht. s. 42.

¹³⁶ Rekabetin sınırlanması şekilleri (rekabeti sınırlayıcı davranış türleri) hakkında bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 121 vd.; ARI, s. 125 vd.

¹³⁷ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 378 vd.; ARI, s. 196 vd.; ayrıca bkz. SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 250 vd.

¹³⁸ Bkz. 2003/3 ve 2007/2 s. Rekabet Kurulu Tebliği ile değişik 2002/2 s. Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği (RG T. 14.07.2002, S. 24815) m. 2, 4-5.

¹³⁹ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 261 vd., 269.

111. Sözleşmenin Kurulması ve Şekli*

. Hasılât kirası sözleşmesinin esaslı unsurları öğretide farklı biçimlerde ifade edilmiş olmakla birlikte, bunlar genel olarak i) hasılât (tabii ya da madeni sehere) getiren bir mal ve/veya hakkın, ticari işletme (özelleşmenin konusu), zi) hasılât getiren mal ve/veya hakkın, ticari işletmenin kullanılması, f) faydalanılmasının veya işletilmesinin devri, iii) devrin zaman!a sınırlı (sureli) olması (iade yükümlülüğü), iv) kullanma, faydalanma ve işletilme karşılığında bir miktar paranın ödenmesi ya da hasılâtın i.foküsünün verilmesi (ivaz) ve v) tarafların anlaşması şeklinde sıralanabilir. Anılan unsurlar çalışma içinde müteaddit defalar ele alındığından burada tekrardan inceleme konusu yapılmayacaktır. Rızai sözleşmelerden olan hasılât kirası sözleşmesi¹⁴¹, tarafların objektif ve subjektif esaslı unsurlar (*essentialia negotii*) üzerinde açık ya da örtülü biçimde uyuşmaları ile kurulmuş olur. Tarafların sözleşmeyi hazırlarken dikkat etmeleri gereken en önemli noktalar, hiç şüphesiz, hasılât kirası niteliğinde olan ticari işletme kirasının, adi kira niteliğindeki işyeri kirası ve yine örneğin bir kum ya da maden ocağının kiralınmasında ortaya çıkabileceği gibi, satım sözleşmesinden ayırmaya yarayacak unsurları¹⁴³ sözleşmeye koymak olacaktır. Bu hususlarda taraflar arasında anlaşmazlık (*dissens*) varsa, hasılât kirası sözleşmesinin kurulduğundan bahsetmek mümkün değildir (BK m. 2/I; yTBK m. 2/1)¹⁴⁴. Tarafların sözleşmeye verdikleri ismin başlı başına bir önemi olmadığı daha önce de belirtilmişti. Sözleşme BK m. 270 vd.'ndaki (yTBK m. 357 vd.) tipik husustan, özellikle kiralananın hasılât getiren bir mal ya da hak olması ve edimleri ihtiva ettiği müddetçe, kira sözleşmesi, işletme sözleşmesi, kullanım ya da yönetim sözleşmesi vs. olarak adlandırılmış olması zarar vermez¹⁴⁵.

Özel hukukumuzda kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerlidir (BK m. 1/I; karş. yTBK m. 12/I)¹⁴⁶. Daha yerinde bir ifadeyle sözleşmenin tarafları

¹⁴⁰ C'ANSEL, s. 41; ALTAŞ, s. 76 vd., 143 vd.; TANDOĞAN, C. I/2, s. 11 vd.; YAVUZ, s. 366 vd.; BİLGE, Borçlar Hukuku, s. 144 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 352 vd.; ZEVLİLİLER, Borçlar Hukuku, s. 167 vd.; ARPACI, Kira Hukuku, s. 163 vd.; ÖZTÜRK, s. 50 vd.; HIG/, Obligationenrecht, Art. 275 N. 59; IINDENMEYER, s. 118 vd.; HERMANN, s. 55 vd.; KLEIN-BLENKERS, s. 106 vd.; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 155 vd.; WEIDENKAFF, in: PALANDT, § 581 N. 2-3; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N.9 vd.

¹⁴¹ ALTAŞ, s. 75; HIGI. Obligationenrecht, Art. 275 N. 59; KLEIN-BLENKERS, s. 114.

^{141.2} C'ANSEL, s. 41-42; ALTAŞ, s. 75, 80; TANDOĞAN, C. I/2, s. 11; YAVUZ, s. 366; EREN, s. 199-200; OSERJSCHÖNENBERGER, Art. 275 N. 1 vd.; HIGI. Obligationenrecht, An. 275 N. 59; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 126.

¹⁴³ Hasılât kirası ile satım sözleşmesinin karşılaştırılması için bkz. yukarıda § 5 I.

^{141.1} EREN, s. 215 vd.; TEKINAYIAKMANIBURCUOĞLU/ALTOP, s. 75 vd.

^{141.8} SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 126.

¹⁴⁶ TUĞ. A.: Türk Özel Hukukunda Şekil. 2. Baskı, Konya. 1994, s. 9 vd.

bu işlemi tesis etmeye yönelik iradelerini herhangi bir şekle bağlı kalmadan açıklayabilirler¹⁴⁷. BK m. 270 vd.'nda (yTBK m. 357 vd.) akdin şekline ilişkin herhangi bir hükme yer verilmiş değildir¹⁴⁸. Yukarıda da ifade edildiği gibi, tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları hasılat **kirası** sözleşmesinin kurulması için yeterlidir. Kiracının kiralayana devrettiği envanterin listelenmesini öngören BK m. 271 (yTBK m. 359) hükmünün, kira sözleşmesinin de yazılı olarak yapılmasını zorunlu kılmadığı oybirliği ile kabul edilmektedir¹⁴⁹. Bu sebeple hasılat kirası, kanunda ya da sözleşmede bir şekil şartı öngörülmedikçe herhangi bir geçerlilik şekline (BK m. 11m, l 6; yTBK m. 12/1, 17/I) tabi olmamakla birlikte¹⁵⁰, gerek ticari işletmenin karmaşık yapısı ve gerek sözleşmenin varlığını ispat bakımından yazılı şekil çoğu zaman fiilen ve hukuken zorunlu olacaktır (karş. HUMK m. 288-290; HMK¹⁵¹ m. 200-201)¹⁵². Bunun gibi hasılat kirası sözleşmesinin tapu siciline

¹⁴⁷ EREN, s. 201; *TEKİNAYIAKMANIBURCUOĞLUALTOP*, s. 61, 99-100.

¹⁴⁸ ♦ Hasılat kirası hakkında da uygulanan (Alman MK m. 581/11, 578) Alman MK m. 550 c. I'e göre süresi bir yıldan fazla olan ve konusu arazi/arsa ya da bina olan kira sözleşmeleri yazılı biçimde akdedilmemişlerse belirsiz süreli kabul edilirler. Sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olması ise feshi ihbar süreleri bakımından önem taşımaktadır (karş. Alman MK m. 550 c. 2, 573, 575, 584). Kiralanan ticari işletmeye bir arazi/arsa ya da binanın (örneğin işyeri) da dahil olması halinde, Alman MK m. 550'nin ticari işletme kiralarda da uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuştur. Zira sözleşmenin yazılı yapılmaması ya da yazılı yapılmış olmasına rağmen bazı hususların metne dahil edilmemesi kira sözleşmesinin belirsiz süreli hale gelmesine sebep olacaktır ki, bunun ticari hayat bakımından yerinde olmadığı açıktır. "Alman MK m. 550'nin amacı arsa/arazi ya da binayı satın alacak üçüncü kişinin kendisine intikal edecek hak ve borçlar konusunda bilgi sahibi olmasının sağlanmasıdır. Doktrindeki hakim görüş Alman MK m. 550'nin ticari işletme kiralaları hakkında da ilke olarak uygulanması gerektiğini savunmakla beraber, yazılı şekle tabi sözleşme kapsamı hakkında, daha açık ifadeyle anılan hükmün dar ya da geniş yorumu hususunda görüşler ayrılmaktadır, *KLEIN-BLENKERS*, s. 115 vd.; karş. *ALTAŞ*, s. 153 dn. 120.

yTBK m. 358, "bu ayırımda ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça. kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır" hükmüne yer vermiştir. yTBK'nın adi kira ya ilişkin ve yazılılık şartını getiren hükümleri şu şekilde sıralanabilir: m. 315 (mehil tayini), 316/II-III (fesih), 321 (muvafakat, anlaşma), 322//11 (muvafakat), 323/1-II (muvafakat), 332/11 (mehil tayini), 335 (ihbar), 342/111 (ihbar), 345/11 (ihbar), 348 (fesih), 351/1 (ihbar), 352/1-II (taahhüt, ihtar), 353 (ihbar), 355/11 (ihbar). Ürün kirasına ilişkin yazılılık şartı içeren tek düzenleme ise yTBK m. 362/II'deki "kiracı, kiralananın tesliminden sonra vadesi gelmiş kira bedelini veya yan giderleri ödemezse kiraya veren, kiracıya *yatılı* olarak en az altmış günlük bir önel verip, bu önel içinde ödememesi durumunda sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir" hükmüdür. Ancak bu hükümlerin ticari işletme kiralaları hakkında uygulanmasında yITK m. 18/3, 1525-1526 da dikkate alınmalıdır.

¹⁴⁹ *CANSEL*, s. 90; *ALTAŞ*, s. 83-84, 154; *ÖZTÜRK*, s. 54; *LINDENMEYER*, s. 99.

¹⁵⁰ *TANDOĞAN*, C. U2, s. 92-93; *CANSEL*, s. 42; *ALTAŞ*, s. 76; *ÖZTÜRK*, s. 54; *HIGL*, *Obligationenrecht*, Art. 275 N. 60; *LINDENMEYER*, s. 99; *OSERJSCHÖNENBERGER*, Art. 275 N. 8; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 128.

¹⁵¹ 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu. RG T.04.02.2011.S. 27836.

şerh verilmesi söz konusuysa (BK m. 255, 277, yTBK m. 358, 312) sözleşmenin yazılı yapılması gerekecektir (bkz. Tapu Sicili Tüzüğü m. 55/d)¹⁵¹ Diğer yandan yITK m. 11/3'de "ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir" denildikten sonra aynı hükümde devamla "bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir" hükmüne yer verilmiştir. Ticari işletme kirası sözleşmelerinin de bu kapsamda olduğu açık olduğundan¹⁵⁴ ("*diğer hukukî işlemler*"), bunların da en azından adi yazılı şekilde yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi zorunludur. Gerek anılan hükümde ve gerek madde gerekçesinde, şeklin hukukî niteliği hakkında açıklık yoktur. yTBK m. 12/I'de yer alan "kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz" hükmü karşısında yTTK m. 1 I/3'de yer alan yazılı şekil ve tescil ve ilanın ticari işletme kirası sözleşmesi bakımından bir geçerlilik şartı olduğu sonuca varmak gerekir.

Hukukumuz bakımından, açılması ve işletilmesi özel ruhsata ve şartlara bağlanmış olan eczanelere kısaca da olsa değinmekte fayda vardır. 6197 s. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun m. 2'de eczane işletme hakkı¹⁵⁵, münhasıran eczacılık fakültesi mezunlarına tanınmış olup, ilk defa eczane açılması, satılması ve taşınması Sağlık Bakanlığı'nın vereceği ruhsata bağlanmıştır (6197 s. Kanun m. 5, 11). Anılan Kanun'da hasılat kirası açıkça zikredilmemiş olmakla birlikte, kanaatimizce bir eczanenin ticari işletme kirasına konu olması da¹⁵⁶, kiracının 6197 s. Kanun'da sayılan eczane işletme

¹⁵² TANDOĞAN, C. I/2, s. 95; UNDENMEYER, s. 99.

¹⁵³ Karş. LINDENMEYER, s. 99.

¹⁵⁴ ARKAN. Ticari İşletme, 15. Baskı, s. 43; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 48.

¹⁵⁵ 6197 s. Kanun'da ecza dolabı işletilmesinden bahsedilmekle beraber, bu ticari işletmeniliğinde bir eczane olmadığından değerlendirmelerde dikkate alınmamıştır.

¹⁵⁶ Y. 13. HD, T. 27.11.1978, E. 1978/4863, K. 1978/5001: "Eczane bir ticari işletmedir ve bu yerin eczane olarak kiralanması davalı yönünden ticari işletmeniliğindedir" (CERRAHOĞLU, M. F.: Ticari İşletme Hukukunun Seçilmiş Konuları, İstanbul, 1980, s. 23); Y. 11. HD, T. 29.03.1976, E. 1976/1903, K. 1976/1650: "6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun hükümleri gereğince: Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'ndan ruhsat almak suretiyle açılan eczaneler, uğraş konularının, menkul malları satmak üzere icradik etmek ve bunları aynen veya başka bir şekle sokarak salmak olması nedeniyle TTK'nun 12/1. maddesi hükmüne göre ticaret siciline sayılmak durumundadırlar ve bu nitelikleri yönünden de aynı kanunun 11. maddesi uyarınca ticari işletmedirler. TTK'nın 3. maddesi hükmü gereğince eczaneyi ilgilendiren bütün işlem, eylem ve işlemler ticari işler olduğundan gayri iradi ve ikisadi faaliyeti nakdi sermayesinden, dyade bedelini çalmamış ve vancı 1. Ja an'ak gc imini ağılamaya yctel'ck derecede at buluramayacağı 1 cihcile aynı Kanunun 17. maddesi hükmüneimleki tanıma uygun olarak s-

hakkına sahip kişilerden olmasına bağlıdır. Nitekim anılan Kanun'un 1 l. maddesi hükmündeki "bir eczaneyi devir veya satın alan kimse" ile 12. maddesindeki "devredilen veya satılan bir eczanede" ifadelerinin, dolaylı da olsa hasılat kirasına işaret ettiği kabul edilmelidir¹⁵⁷. 6197 s. Kanun m. 1 l 'de yer alan "bir eczaneyi devir veya satın alan kimse eczane açmak için bu kanunda yazılı şartları haiz olduğu takdirde, namına ruhsatname verilir" hükmü uyarınca eczaneyi kiralayacak olan kişinin de gerekli şartları haiz olması gerekir. Ancak kiracıya ruhsat verilmesinin, hasılat kirası sözleşmesinin bir şekli şartı olarak yorumlanması mümkün değildir. Ruhsat alınamamış olması, somut olayın özelliğine göre, sözleşme konusunun baştaki imkansızlığı¹⁵⁸ (BK m. 20/I; yTBK m. 27/I), sonraki kusursuz imkansızlık¹⁵⁹ (BK m. 117/I; yTBK m. 136/1) ya da borca aykırılık (BK m. 278, 28 l, 96; yTBK m. 364, 362, I 12) olarak yorumlanabilir. Diğer yandan aynı hükmün ikinci fıkrasında ifade edilen husus da önemlidir. Buna göre "bu satışlar Hükümet tabibinin huzuriyle ve noterlikçe yapılır". İlk fıkrada devirden de bahsedildiğinden sadece satışların değil, kiralama işlemlerinin de bu fıkra hükmü kapsamında olduğunu kabul etmek mümkündür. Hal böyle olunca konusu bir eczanenin kiralanması olan ticari işletme kirası sözleşmelerinin 6197 s. Kanun m. 11/I uyarınca "hükümet tabibinin huzuriyle ve noterlikçe yapılması" gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Yukarıda belirtilen ilkel şekli serbestisine rağmen mevzuatta ticari işletmeye dahil olabilecek bir takım gayri maddi unsurların devri konusunda özel şekli şartları getirilmiştir. Bu bakımdan bir mallar ve haklar topluluğu olan ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesinde şekli şartı bakımından buna dahil bazı unsurları özel olarak anmak zorunludur. Nitekim ticari işletmeye marka, patent, fıkri haklar da dahil olabilir (TK m. 1 lff; yITK m. 11/3 c.3; ayrıca karş. 556 s. Marka KHK m. 16/II c. 1). Bu gibi hallerde ilgili

naf da değildir ve ticari işletme olan eczaneyi işlettiğinden TTK'nun 14. maddesi hükmü uyarınca tacirdir": ayrıca bkz. Y. l l. HD, T. 16.04.1984, E. 1984/2051.K. 1984/2200.

¹⁵⁷ Alman Eczaneler K., konusu eczane olan hasılat kirası sözleşmelerini kural olarak yasaklamış. ancak a) ruhsat sahibi kişinin eczaneyi kendisinden kaynaklanan öm. sağlık engeli şeklindeki haklı sebeplerle bizzat işletemeyecek olması ile ruhsatının belli bazı nedenlerden dolayı geri alınmış olması hallerinde herhangi bir kişi tarafından: b) ruhsat sahibinin ölmesi halinde miras hakkına sahip alt soyu tarafından 23 yaşını dolduruncaya kadar ve c) ruhsat sahibinin ölmesi halinde miras hakkına sahip eşi tarafından, eş bizzat ruhsat sahibi olmamak kaydıyla yeniden evleninceye dek işletilmesine izin vermiştir. Bu istisnalar dışından yapılan ticari işletme kirası sözleşmeleri mutlak batıldır, *KLEIN-BLENKERS*, s. 120.

ISK *EREN*, s. 295 vd., 297.

¹⁵⁹ *EREN*, s. 1249.

mevzuatın öngördüğü şekil şartına ticari işletme kirası sözleşmesi bakımından da uyulmalıdır¹⁶⁰:

j) Kiralanacak ticari işletmeye bir fikir ve sanat eseri (5846 s. FSEK m. 1/B-a, 2 vd.) dahil olabilir. Hasılat kirası kiracıya geçici bir kullanım imkanı sağladığından, bir diğer ifadeyle kiralanının iadesini gerektirdiğinden, burada mali hakların kiracıya dar ve teknik anlamda devri değil¹⁶¹, ticari işletme kirası çerçevesinde kiracıya tam ya da basit (ancak karş. BK m. 272, 275; yTBK m. 360, 358, 309-3 1 ı) ruhsat (lisans) tanınması söz konusu olacaktır. Bu daşerçekte, taraflar arasında bir lisans sözleşmesi¹⁶² yapılmasını gerektirecektir¹⁶³. 5846 s. FSEK m. 52'ye göre "mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır"¹⁶⁴. Ancak belirtilmelidir ki, 5846 s. FSEK'de açıkça öngörülmemişse de m. 52' nin lisans sözleşmeleri hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁶⁵. Bu sebeple bir ticari işletme kirası sözleşmesi ile kiracıya eser üzerindeki mali haklara ilişkin olarak lisans tanınması da söz konusu ise, lisansın geçerli biçimde tanınabilmesi için ticari işletme kirasının eki olan lisans sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması ve üzerinde lisans hakkı tanınan mali hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir¹⁶⁶. FSEK m. 52'de bir geçerlilik şartı olarak yazılı şekil ve devredilen mali hakların türlerinin açıkça gösterilmesi şartı getirilmiş olmakla birlikte, bu sözleşmenin müstakil biçimde yapılması aranmamıştır. Bu açıdan FSEK m. 52'nin içeriğe ilişkin gerekleri yerine getirilmek kaydıyla, yazılı ticari işletme kirası sözleşmesinde lisans hakkına ilişkin düzenlemelere de (*lisans şartı*) yer verilebilir.

Kanun'da yalnızca "yazılılıktan" bahsedilmiş ancak bunun türü¹⁶⁷ açıklanmamış olduğundan lisans sözleşmesinin adi yazılı biçimde yapılmış ol-

¹⁶⁰ Belirtilmelidir ki, yTTK m. 11/3 c. 1'deki "ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasamıf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir" hükmü karşısında, bazı işleme unsurları bakımından söz konusu olabilecek taahhüt ve/veya tasarruf işlemleri için özel mevzuatla öngörülen şekil şartlarına riayet mecburiyeti ortadan kalkmıştır, ARKAN, Ticari İşleme, 15. Baskı, s. 42-43. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. yukarıda § 2 II 3 D.

¹⁶¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 192 N. 13.

¹⁶² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 192 N. 14, 196 N. 28 vd.

¹⁶³ Fikir ve sanat eserlerine ilişkin olarak alt lisans sözleşmesi yapılması da mümkündür, ARBEK, Ö.: Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara. 2005, s. 146.

¹⁶⁴ Eser sahibinin manevi hakları ölümle mirasçılara geçmeyeceği gibi ölüme bağlı tasamıfların ve sağlararası hukuki işlemlerin konusu olamaz. Manevi hakların bu çerçevede lisans sözleşmelerine de konu olması mümkün değildir, ARBEK, s. 103, 130-131.

¹⁶⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 196 N. 28; ARBEK, s. 166-167.

¹⁶⁶ ÖZTÜRK, s. 55; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 194 N. 23.

¹⁶⁷ Yazılı şeklin türleri hakkında bkz. EREN, s. 244 vd.

ması yeterli olacaktır¹⁶⁸. Taraflar bununla birlikte adi yazılı şekli ağırtaştırabilirler (BK m. 16; yTBK m. 17), örneğin noter onayı şartı getirebilirler.

¹⁶⁸ **Karş.** *EREN*, s. 245.

Marka lisans sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Yazılı şekil geçerlilik şartıdır (556 s. Marka KHK m. 15/11)¹⁷⁵. Bu sebeple kiracıya devredilecek ticari işletme unsurları arasında bir tescilli marka^{1 6} ya da marka tescil başvurusu bulunduğu takdirde¹⁷⁷ ticari işletme kirası sözleşmelerinin geçerliliği yazılı olarak yapılmalarına bağlıdır¹⁷⁸. Yazılı şekil şartına, 556 s. Marka KHK m.21/IV'e göre lisans sahibi kiralayanın bir lisans hakkının devrinin ya daalt lisansın mümkün olduğu hallerde de uyulmalıdır (karş. 556 s. Marka KHK m. 15/II). KHK'de sadece yazılı şekilden bahsedildiği ancak bunun türü belirlenmediği için adi yazılı şekle (BK m. 12 vd.; yTBK m. 13 vd.) uyulması yeterlidir. Ancak taraflar adi yazılı şekli ağırlaştırabilirler¹⁷⁹.

Kasım 1995 tarihli 556 s. Markaların Korunması Hakkında KHK'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik'i yürürlükten kaldıran Nisan 2005 tarihli 556 s. Markaların Korunması Hakkında KHK'nin Uygulanmasına Dair Yönetmelik (Marka KHK-Y)¹⁸⁰ lisans sözleşmesi için aranan ve esasen 556 s. •.Marka KHK' da da bulunmayan noter tasdiki şartını kaldırmış, bir başkafadeyle noter onayının uygulama alanını değiştirmiştir (bkz. Marka KHK-Y m. 20)¹⁸¹.

Marka lisans sözleşmesi ticari işletme kirasının bir eki olacak şekilde müstakilen akdedilebileceği gibi marka lisansına ilişkin düzenlemelerin kira sözleşmesine konulması da mümkündür (*lisans şartı*). Marka KHK-Y m. 20/II-b'de yeralan "lisans alan ve verenin imza ve beyanlarını, lisansa konu olan mal ve/veya hizmetleri, marka tescil numarasını, marka adını, varsa lisans ücretini, lisans süresini belirtir lisans sözleşmesi ya da bu sözleşmenin aslına uygunluğunun noter tarafından tasdikli örneği" ifadesinin, lisans sözleşmesinin taraflar arasında ticari işletme kirası sözleşmesinden ayrı biçimde akdedilmesi *gerektiği* yönünde bir anlam taşıdığı söylenemez¹⁸². Hal böyle

¹⁷⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 396 N. 32; KAYA, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 407 N. 1159; ÜNAL, Marka, s. 169.

¹⁷⁶ Garanti markasının hukuki işlemlere konu olup olmayacağı hakkında farklı görüşler için bkz. TEKiNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 319 N. 43. Yazar 'garanti markası her türlü hukuki işleme konu olabilir' görüşünü ileri sürerken, KAYA, ((ÜLGEN, Ticari İşletme). s. 411 N. 1171), ARKAN (s. 286) ve ÜNAL (Marka, s. 147-148) aksi görüşte olup, garanti markasının teknik yönetmelikte belirtilen şartları yerine getiren herkes tarafından kullanılabilirliğini ifade etmektedirler.

¹⁷⁷ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 151-152.

m1 ÖZTÜRK, s. 55; ayrıca bkz. CANSEL, s. 43.

¹⁷⁹ ÜNAL, Marka, s. 169.

iKi) RG T. 09.04.2005, S. 25781.

1111 İlgili mevzuat değişikliği hakkında bkz. ÜNAL, Marka, s. 170-171.

¹⁸² Karş. ÖZTÜRK. s. 68, "patent ya da marka hakkının işletilmesi bağımsız olarak Uçılncil kişiye devredilebileceği gibi, ait olduğu şirket veya ticari işletmenin kullanılmasının devri sırasında birlikte de devredilebilir"; Y. 11. HD, T. 14.09.1999. E. 1999/1896; K. 1999/6794: ..[...] ilke olarak marka devir sözleşmesinin yazılı yapılması sözleşmenin

olunca lisans hakkının ticari işletme kirasının bir eki olarak akdedilen müstakil lisans sözleşmesinde ya da kira sözleşmesindeki bir lisans şartı vasıtasıyla tanınması, yazılı şekil şartı bakımından herhangi bir değişiklik yaratmaz. Bu durumun bir başka etkisi de lisans şartının içinde yer aldığı sözleşmenin tamamının yazılı şekil şartına tabi hale gelmesidir¹⁸³.

Gerek 556 s. Marka KHK m. 20-21 ve gerek Marka KHK-Y m. 20 incelendiğinde lisans sözleşmesi için açık bir asgarı muhteva öngörülmemiş olmakla birlikte, belirtilen hükümlerden sözleşmede bazı hususların zorunlu olarak bazılarının ise ihtiyarı olarak yer alacağı anlaşılmaktadır¹⁸⁴. Zorunlu hususlar olarak sözleşmenin tarafları dışında, marka tescil numarası ile mar-

◆a adı: lisans hakkının tanındığı mal ve hizmetler anılabilir. Anılan son nokta ile bağlantılı olarak, lisansın üretim ve/veya dağıtım lisansı olup olmadığı, kullanımının belli bir coğrafi alanla sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı sözleşmede yer almasında yarar olan hususlardır¹⁸⁵. 556 s. Marka KHK m. 21 ve 73 ile Marka KHK-Y m. 20 birlikte değerlendirildiğinde de, lisansın türü, lisans alanın lisanstan doğan haklarını devir ya da alt lisans verme yetkisi, iþhisiari lisans sahibinin markayı koruyucu dava haklarından yoksunluğu ve lisans süresi gibi hususların ihtiyarı olarak sözleşmeye konulabileceğini ifade etmek mümkündür. Marka lisansı bir ticari işletme kirası çerçevesinde tanındığından burada bir serbest lisans¹⁸⁶ söz konusu olmayacaktır. Bundan başka kira bedelinin marka lisansı bedeli de dikkate alınarak hesaplandığı hallerde lisans bedelinin sözleşmede ayrıca kararlaştırılması gerekli değildir.

556 s. Marka KHK m. 21/X'da da açıkça ifade edildiği gibi lisans sözleşmesinin marka siciline tescili bunun iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinin şartı olup, sözleşmenin taraflar arasında kurulması ve ge-

geçerliliği için şart ise de marka sahibinin içinde bu hakkın da yer aldığı işletmesini bir bütün olarak devretmesi de mümkündür. 556 sayılı KHK'nin 16/11 maddesi uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrolunması (BK. 179, 180) aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye dahil bir unsur olan markanın da devrini kapsar (TİK.m.11). Somut olayda **M.T.K.**'un kurduğu ve % 95 oranda pay sahibi bulunduğu şirkete önceki ticari işletmesini aktif ve pasifi ile devrettiği anlaşıldığından markasını da devrettiği sonucuna varılmalıdır[...]"

¹⁸³ *TEKİNALP*, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 594 N. 4: "Başvuru ve Tasarım ile ilgili işlem bir başka sözleşmenin içinde yer alıyorsa, yani onun (mesela, bir know-how sözleşmesinin) bir maddesi oluşturuyorsa, şekil şartı sözleşmenin bütününe uygulanır". Yerinde olan bu görüşü konumuz itibarıyla patent ve endüstriyel tasarım lisansı şartı ihtiva eden ticari işletme kirası sözleşmeleri hakkında da geçerli kabul etmek gerekir. Aynı hususta ayrıca bkz. *ÖZSOY*, S. H.: *Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi*, Ankara. 201 İ. s. 114 dn. 543.

¹⁸⁴ **Bk.z. ARKAN**, s. 286.

¹⁸⁵ Karş. *KAYA*, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 411-412 N. 1173.

¹¹¹⁶ *TEKİNALP*, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 396 N. 31.

çerçliliği bakımından zorunlu bir şekil şartı değildir¹⁸⁷. Ancak ortak marka üzerinde tanınan lisansın geçerliliği bunun tesciline bağlıdır (556 s. Marka KHK m.60)¹⁸⁸.

Marka lisansı ister müstakil bir sözleşmede ister ticari işletme kirası sözleşmesinde tanınmış olsun 556 s. Marka KHK m. 21/son ve Marka KHK-Y m. 20/I c. 2'de yer alan "lisans sözleşmesine, 556 s. Marka KHK ile konuya ilişkin diğer mevzuata aykırı hükümler konulamayacağı" ilkesine riayet edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır. Sözleşme serbestisini kısıtlayan bu hükme göre taraf iradelerine değil mevzuata üstünlük tanınacaktır.

iii) Kiralanacak ticari işletmeye bir patent ya da patent başvurusu dahil olabilir. Burada da hasılat kirasının tarafları arasında kullandırma amaçlı geçici bir ilişki kurmasının bir sonucu olarak patentin devri (551 s. Patent KHK m. 86/1) değil, kiracıya "sözleşmeye dayalı lisans" (551 s. Patent KHK m. 88) verilmesi söz konusu olacaktır. 551 s. Patent KHK m. 88/I'e göre "patent başvurusunun veya patentin kullanma hakkı, milli sınırların bütünü içinde veya bir kısmında geçerli olacak şekilde, lisans sözleşmesine konu olabilir". 551 s. Patent KHK da lisans sözleşmesinin şekli hususunda yazılılık şartı getirmiş ve bunu geçerlilik şartı olarak belirlemiştir (m. 86/II)¹⁸⁹. Bu bağlamda ticari işletme kirası çerçevesinde kiracıya bir patent lisansı tanınması da söz konusu ise, gerek ticari işletme kirasının eki niteliğindeki lisans sözleşmesinin ve gerek ilgili lisans şartını içeren ticari işletme kirası sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması zorunludur¹⁹⁰. KHK'da yazılı şeklin türü belirtilmediğinden adi yazılı şekil yeterli olacaktır¹⁹¹. Tarafların genel hükümlere göre yazılı şekil şartını ağırlaştırmaları ise mümkündür.

551 s. Patent KHK m. 92/II'ye göre"[...] patent başvuruları veya patentlere ilişkin devirler ve lisanslar, [...] iyi niyetli üçüncü kişilere karşı Patent Sicili'ne kayıt tarihinden itibaren hüküm doğurur". Görüldüğü gibi patentlisansında da sicile kayıt, lisans sözleşmesinin kurulması bakımından değil, üçüncü kişilere etkisi bakımından önemlidir¹⁹².

Patent **KHK-Y**¹⁹³ m. 35' e göre lisans sözleşmesinin patent siciline kayıt edilebilmesi için aranan belgeler arasında "taraflarca imzalı, imzaları onaylı lisans sözleşmesi" de sayılmıştır. Kanaatimizce bu hüküm patent lisansı söz-

¹¹¹⁷ *TEKİNALP*, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 397 N. 33; *ÜNAL*, Marka, s. 172 vd.; şekil şartı olarak tescil hakkında bkz. *TUĞ*, s. 79 vd.

¹⁸¹¹ *KAYA*, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 411N.1172; *ARKAN*, s. 286.

¹⁸⁹ *TEKİNALP*, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 522 N. 12; *ÖZSOY*, s. 114-115.

¹⁹⁰ *ÖZTÜRK*, s. 55-56; ayrıca bkz. *CANSEL*, s. 43.

¹⁹¹ *ÖZSOY*, s. 115.

¹⁹¹ *ÖZSOY*, s. 116.

¹⁹³ Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik, RG T. 05.11.1995, S. 22454.

leşmesinin hasılat kirası sözleşmesinden mutlaka ayrı biçimde akdedilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Bu bakımdan ticari işletmeye dahil bir patent ya da patent başvurusu üzerinde ticari işletme kirası çerçevesinde kiracıya lisans tanınması söz konusu olacaksa bunun kira sözleşmesinden ayrı **ancak** bunun bir eki olarak akdedilmesi mümkün olduğu gibi, ilgili düzenlemelerin bizzat sözleşme içine konulması da mümkündür (*lisans şartı*)¹⁹⁴.

551 s. Patent KHK m. 88 anlamında patent lisans sözleşmesinde lisansın türü (inhisarı-basit), ve kapsamı (ihraç, üretim ve satış lisansı gibi) ile coğrafi kullanım alanı (Türkiye'nin tamamı ya da belli bir bölgesi) gösterilmelidir (m. 88/1)¹⁹⁵. Patent lisansı bir ticari işletme kirası çerçevesinde tanındığı için, kira bedeli lisans bedeli de dikkate alınarak belirlenmiş ise lisans bedelinin sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasına gerek duyulmayacaktır. Ancak her iki ivazın müstakil olarak belirlenmesine bir engel yoktur.

iv) Kiralanacak ticari işletmeye bir endüstriyel tasarımın ya da bir tasarım başvurusu dahil olabilir. Burada da hasılat kirasının taraftan arasında kullanıma amaçlı geçici bir ilişki kurmasının bir sonucu olarak endüstriyel tasarımın devri (554 s. Endüstriyel Tasarım KHK m. 39) değil, kiracıya "sözleşmeye dayalı lisans" (554 s. Endüstriyel Tasarım KHK m. 41) verilmesi söz konusu olacaktır. 554 s. Endüstriyel Tasarım KHK m. 41/T'e göre "tasarım başvurusu veya tescilli tasarım hakkından doğan kullanma yetkisi ulusal sınırların bütünü içinde veya bir kısmında geçerli olacak şekilde, lisans sözleşmesine konu olabilir" (ayrıca bkz. Endüstriyel Tasarım KHK-Y m. 26)¹⁹⁶. 554 s. Endüstriyel Tasarım KHK m. 37/III ve 41NII uyarınca lisans sözleşmesi yazılı şekle tabidir ve taraflardan birinin talebi üzerine sicile kayıt edilir ve yayımlanır ayrıca bkz. Endüstriyel Tasarım KHK-Y m. 26). Yazılı şekil geçerlilik şartıdır. Kiracıya lisans hakkı, ticari işletme kirası sözleşmesinin bir eki olarak ister ayrı bir sözleşmede tanınmış olsun, ister bizzat kira sözleşmesinin içinde ilgili düzenlemeler diğer hükümlerle birlikte yer alsın, sözleşme yazılı olarak yapılmadıkça geçerlilik kazanmaz¹⁹⁷.

Lisans sözleşmesinin/şartının içeriğinde "lisansa konu olan tasarımın adı, tescil numarası, çoklu başvuru ise (554 s. Endüstriyel Tasarım KHK m. 28) sıra numaraları, ücreti, süresi" yer almalıdır (Endüstriyel Tasarım KHK-Y m. 26/II).

¹⁹⁴ Karş. ÖZTÜRK, s. 68.

¹⁹⁵ Patent lisansı türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZSOY, s. 30 vd.; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 522 N. 10-11.

¹⁹⁶ Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik, RG T. 07.02.2006, S. 26073.

¹⁹⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 594 N. 4.

554 s. Endüstriyel Tasarım KHK, lisansın sicile kaydı konusunda 551 s. Patent KHK ve 556 s. Marka KHK kadar açık bir ifade kullanmamıştır. 554 s. KHK m. 41NII'ye göre "lisans sözleşmesi taraflardan birinin talebi üzerine sicile kayıt edilir ve yayımlanır". Aynı KHK'nın 39. maddesi son fıkrası ise "başvurunun ve tasanın hakkının *devri* veya *miras* yolu ile intikali yönetmelikte öngörülen ücretin ödenmesi ile sicile kayıt edilir ve yayımlanır. Yayın tarihi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etme tarihidir" hükmünü getirmiştir. Endüstriyel Tasarım KHK-Y m. 26/son da "lisans sicile kaydedilir ve ilgili Bültende yayımlanır" şeklindedir. Ancak endüstriyel tasarım lisansının siciline kaydının da üçüncü kişilerin iyiniyetlerini ortadan kaldırııcı etkiyi haiz olacağı kabul edilmelidir¹⁹⁸.

Gerek marka ve gerek patent lisansı sözleşmelerinin ya da şartlarının ilgili sicillerine kaydı için bunların asıllarının ya da noter onaylı örneklerinin Türk Patent Enstitüsüne sunulması gerektiği ifade edilmiştir ki, buradaki noter onayının tarafların kimliğini saptama ve bir ispat işlevi gördüğü açıktır. Bir diğer ifadeyle sözleşmenin noterce re'sen düzenlenmesi ya da noterce onaylanması bir geçerlilik şartı değildir (Marka KHK-Y m...20/II-b¹⁹⁹; P_ate KHK-Y m. 35/II-b²⁰⁰). Ancak endüstriyel tasarım lisansı sözleşmelerinin sicile kaydı hakkındaki Endüstriyel Tasarım KHK-Y m. 26/II'nin lafzı ise bu hususta farklılık göstermektedir. Anılan düzenlemenin ilgili kısmı "lisans alan ve verenin imza ve beyanlarını, lisansa konu olan tasarımın adını, tescil numarasını, çoklu başvuru ise sıra numaralarını, ücretini, süresini belirtir *noter tasdikli ve müstenidatlı lisans sözleşmesi*" şeklindedir. Hükmün *mülga Marka KHK-Y m. 23/II-a* ile aynı olan lafzı, endüstriyel tasarım lisansı sözleşmesinin ve lisans şartı içeren ticari işletme kirası sözleşmesinin *noter tarafından onaylanması* gerektiği kanaatini uyandırmaktadır. Ancak bu düzenlemenin tekabül ettiği Marka KHK-Y m. 20' de 2005'de yapılan değişikliği de göz önünde tutarak, Endüstriyel Tasarım KHK-Y m. 26/II'nin, "sözleşmenin aslına uygunluğunun noter tarafından tasdikli örneği" şeklinde anlamak ve uygulamak gerekir. Kaldı ki, sözleşmenin aslını da kapsar şekilde aranılan noter tasdiki şartı, Marka KHK-Y'deki değişiklikten önce de, 556 s. Marka KHK' da hiçbir dayanağının bulunmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmişti²⁰¹. Aynı eleştirinin 554 s. Endüstriyel Tasarım KHK ve Yönetmeliği açısından da geçerli olduğu hususunda tereddüt yoktur.

¹⁹⁸ TEKiNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 595 N. 6.

¹⁹⁹ "Lisans sözleşmesi ya da bu sözleşmenin aslına uygunluğunun noter tarafından tasdikli örneği"

²⁰⁰ "taraflarca imzalı, imzaları onaylı lisans sözleşmesi".

²⁰¹ TEKiNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 396 N. 32.

Bir fikrı hakkın ya da sınai mülkiyet hakkının ticari işletmenin unsuru olarak ticari işletme kirası sözleşmesine konu olması, bunların fikri ve sınai mülkiyet hukuku alanından borçlar hukuku alanına geçmelerine, bir diğer deyimle uygulanacak hukukun değişmesine neden olmaz. Ticari işletme kirası sözleşmesinin konuları arasında kiracıya lisans tanınması da varsın²⁰² bu durumda sözleşmeye BK ve TK yanında fikrı ve sınai mülkiyet haklarına ait özel hükümler de kendi alanlarında uygulanacaktır. Gerek ticari işletme **kira-**sın²⁰³n-eki niteliğindeki lisans sözleşmeleri ve şereh lisans²⁰⁴ irtı ihtiv²⁰⁵-eden ti,²⁰⁶ carı işletme kirası sözleşmeleri bakımından²⁰⁷ 2, bunların *karma sözleşme* niteliğinde olduğunu ifade etmek mümkündür. Karma sözleşmelerde, kanunun düzenlediği çeşitli sözleşme tiplerine ait edimlerin/unsurların, taraflarca kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirilmesi söz konusudur,²⁰⁸ Gerçekten de yukarıda ifade edilen kombinasyonlarda, ticari işletmenin bir mallar ve haklar topluluğu olmasının da sonucu olarak, kiralayan hem hasılat hem de lisans sözleşmelerine ait edimleri yerine getirme borcu altına girmiştir (BK m. 272; yTBK m. 360). Diğer yandan burada, "*çeşitli tiplere ait unsurların birbirleriyle karıştığı*" türden bir karma sözleşme söz konusu olduğu da özellikle belirtilmelidir²⁰⁹. Karma sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında farklı teoriler olmakla birlikte²¹⁰ burada, lisans sözleşmeleri özel kanunlarda düzenlendikleri, malvarlığı haklarını ilgilendirdikleri ve emredici hususlar içerdikleri için ticari işletme kirasına bağlamında "birleştirme (terkip) görüşüne"²¹¹ üstünlük tanımak gerekir.

IV. Ticari İşletme Kirası Sözleşmesinin Ticaret Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar

Taraflar arasında akdedilen ticari işletme kirası sözleşmesi bir taahhüt işlemi olması itibarıyla tarafların kişisel hallerinde ve malvarlıklarında maddi anlamda herhangi bir değişiklik yaratmaz. Ancak sözleşmenin ifasına başlanması, daha açık deyimle ticari işletmeye dahil maddi ve gayri maddi unsurların kullanım²¹² ile bunlardan yararlanmanın kiracıya devri suretiyle işletmenin işletilmesinin kiracıya nakli ve kiracının da kendi adına ve hesabına işletme teşkil eden faaliyetlerine başlaması, müşteri ve/veya tedarikçi çevresi

²⁰² Birden fazla sözleşmenin bileşik sözleşme teşkil edip etmediğinin tayininde, bunların aynı belgede toplanıp toplanmadığından çok, taraf iradelerinin ve ekonomik bütünlüğün daha önemli olduğu yönünde bkz. TANDOĞAN, C. 1/1, s. 76.

²⁰³ TANDOĞAN, C. 1/1, s. 69 vd.; YAVUZ, s. 21 vd.; ZEVLİLER, Borçlar Hukuku, s. 41 vd.; ARAL, s. 52 vd.

²⁰⁴ TANDOĞAN, C. 1/1, s. 72; YAVUZ, s. 23; ZEVLİLER, Borçlar Hukuku, s. 43; ARAL, s. 54.

²⁰⁵ Bkz. sadece YAVUZ, s. 23-24; TANDOĞAN, C. 1/1, s. 73 vd.

²⁰⁶ TANDOĞAN, C. 1/1, s. 74.

ile temasa geçmesi, ticari işletme kirasının tarafları açısından ticaret hukuku alanında bir çok hukuki sonucun doğmasına yol açar. Bunlar bilhassa taranın tacir sıfatları, ticaret sicili kayıtlarındaki değişiklikler ile ticaret unvanı, işletme adı gibi işletme unsurlarının devri olarak özetlenebilir. Ticari işletme kirası sözleşmesi ayrıca rekabet hukuku ve icra ve iflas hukuku ile ilgili bir takım sonuçların doğmasına da sebep olabilir.

1. Ticari İşletme Kirasının Tacir Sıfatına Etkisi

Hasılat kirası sözleşmesi ile bir ticari işletmeyi devralan kiracı, sözleşme süresi boyunca borçlar hukuku temelli de olsa, devreden işletmecinin yerini alır ve işletmeyi kendi ad ve hesabına işletir. Bir diğer deyimle işletmenin sahipliği (*Inhaberschaft*) kiralayanda kalırken işletmeciliği (*Unternehmerschaft*) ise kiracının şahsına geçmiş ve böylece "sahiplik" ile "işletmecilik" birbirinden ayrılmış olur²⁰⁷.

TK, tacirlik sıfatının doğumunu farklı esaslara bağlamıştır. Bu çerçevede gerçek kişiler ile amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflar bakımından tacirlik sıfatının doğumu bir ticari işletmenin işletilmesine bağlıken, ticaret şirketleri ile kooperatifler ticaret siciline tescille tacir sıfatının kanun gereği iktisap etmektedirler (TK m. 14/I, 18/I, 136, KoopK m. 1: yTTKm. 12/I 16/1, 124/1^{208,209}). TK m. 18'den (yTTK m. L6) anlaşıldığına göre ise kamu tüzel kişileri ile kamu yararına dernek ve vakıflar tarafından tesisedilip işletilen ticari işletmeler, Türk sisteminde özel bir kategori teşkil etmekte olup bunları işleten kamu ve özel hukuk tüzel kişileri bizzat tacir sayılmamakta, işletmeler ise tacir kabul edilmektedirler²¹¹.

TKm. 19'da (yTTK m. 17) ise donatma iştiraki hakkında tacire ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

²⁰⁷ ARKAN, s. 164 ve dn. 2; KIRCA, İ., Ticari Mümessillik, s. 49-50; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 276 ve dn. 530; KLEIN-BLENKERS, s. 78-79, 239; HIGI, Obligationenrecht, Yorbem. zum 8. Titelb, (Art 275-304) N. 111; OPPENLANDER, s. 144 vd.; SCHMIDT, Handelsrecht, s. 158 vd.; karşı. AHLBRECHTIBENGSOHN, Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10, s. 362.

²⁰⁸ yTTK m. 195/5 c. 2 ile ihdas edilen yeni tacir türü "hakim teşebbüs" hakkınd a bkz. AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 2, s. 282 vd.

²⁰⁹ Ticari işletme kirasında tatbik imkanının az olduğu düşünüldüğünden, tacir sıfatı bakımından TK m. 14/11 ve III 'de (yITK m. 12/2-3) düzenlenmiş olan ihtimaller üzerinde ayrıca durulmamıştır. TK m. 14/11-III hakkında bkz. AKER, BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 2, s. 247 vd.

¹¹⁰ Bkz. ARKAN, s. 121.

¹¹¹ Tacir sıfatı hakkında bkz. ARKAN, s. 111; NÖMER ERTAN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 209 N. 632 vd.; AYHAN, s. 177 vd.; KARAHAN, Ticari İşletme, s. 65 vd.

A) Kiralayanın Tacir Sıfatı veya Kiralayanın Kira Süresince Hukukî Durumu

Ticari işletme kirasının kiralayanın tacir sıfatına etkileri ele alınırken yukarıda yapılan genel açıklamalar göz önünde tutulmalıdır. Buna göre tacir sıfatının doğumunun ticari işletme işletilmesine bağlı olduğu hallerde, kira sözleşmesi sebebiyle işletmenin işletilmesinin kiracıya terk edilmesi ile kiralayanın tacir sıfatı sona erecektir. Zira bu halde TK m. 14/I'de (yTTK m. 12/1) aranmış olan, kısmen dahi olsa kendi adına bir ticari işletme işletme şartı²¹² gerçekleşmemektedir. Kira dönemi içinde ticari işletmenin işletilmesi sebebiyle yapılan fiil ve işlemlerden kiralayan değil, kiracı hak ve borç sahibi olmaktadır²¹³. Kiralayan tarafta birden fazla gerçek kişi varsa, bir diğer ifadeyle kiralanan işletme bir adi şirket vasıtasıyla işletilmekte ise²¹⁴, "kısmen dahi olsa" işletme faaliyeti sona erdiğinden adi ortakların tacirlik sıfatı da sona ermiş olacaktır²¹⁵.

Belirtilmelidir ki, tacir sıfatı yalnızca kiralanan işletme bakımından son bulmakta olup, kiralayanın başkaca işletmesi ya da işletmeleri varsa bunlar bakımından tacir sıfatı devam edecektir.

"Tacir sıfatının sona ermesi" şeklindeki bu sonuç, ilk bakışta tartışmasız biçimde doğru gözükse de, konuya daha yakından bakılmasında fayda vardır. Zira hasılat kirası sözleşmesi ile taraflar arasında yalnızca geçici bir zaman dilimi için sürekli borç ilişkisi kuruluyor olması, farklı ifadeyle bir tarafın (kiralayanın) işletme organizasyonunu bütün unsurları ile nihai olarak temlik etme ve diğer tarafın da (kiracının) bunu temellük etme amacının olmaması ve kiracının kiralananı iade borcunun bulunması (BK m. 292; yTBK m. 372) karşısında, kiralayanın, ticari işletmesi ile olan hukukî ve fiilî ilişkisini bir daha tesis edilemeyecek şekilde tamamen kestiğini iddia etmek de zordur. Bu ise kiralayan durumundaki gerçek kişiler ile amacına ulaşmak için ticari işletme işleten demek ve vakıfların tacir sıfatının, kira ilişkisi süresince de devam ettiğini iddia etmenin mümkün olup olmadığının sorulmasını gerektirmektedir. Buna dayanak olarak hukukumuzda oybirliği ile yalnızca adi şirket vasıtasıyla ticari işletme işletilmesini kastedtiği kabul edilen ve bu çerçevede uygulama bulan²¹⁶ TK m. 14/I'de (yTTK m. 12/1) yer alan

²¹² Bkz. sadece ARKAN, s. 113, 120-121.

²¹³ OPPENLANDER, s. 181; BİLGE, TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, s. 175-176, 191.

²¹⁴ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 123.

²¹⁵ Karş. ANSAY, Adi Şirket, s. 167-168. Ticari işletmesi kiralanan adi şirketin infisah edip etmeyeceği sorunu ise, öncelikle şirket sözleşmesine göre, burada bir hüküm bulunmadığında da, BK m. 535/1 b. 1 ve il çerçevesinde halledilmelidir.

²¹⁶ Bkz. sadece ARKAN, s. 113-114; NÖMER ERTAN, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 211 N. 638.

"*Is en dahi olsa*" ifadesi gösterilebilir. Acaba "*kısmen dahi olsa*" ifadesi. nin, işletmenin ticari işletme kirasında olduğu gibi kiralayanın iradesi ile ki. racı tarafından dolaylı olarak da olsa işletilmeye devam dildiği halleri de kapsar şekilde yorumlanması mümkün müdür? *OPPENLANDER* doktrinde *HOENIGER*'in, kira süresince kiralayanın tacir s!fının_ askıya alındığını (*ruh de Kaufmannseigenschaft*), ancak sözleşmeyi ifa e?ıyor olması Şartı. la kira sözleşmesi süresince tacir gibi işlem g?esı (*Befu4lung als Ka fman ng*)rektiğini ifade ettiğini bildirmekt?ır2 . ? :ENLAN?ER'ın da ifade ettiği gibi *HOENIGER*'in bu düşüncesi ile guttuğu amaç kira söz. leş mesinin ifası amacıyla yapılan eylem ve işlemlerimi_car_i iş.s_ayılmasını a?lam?ktır. Zira Alman TK m. 343'e göre ticari iş, ta_cırın ??carı işl?mesini ?lgilendiren bütün işlemlerdir (hukuki işlemler ve diğer ?ıllar).?ır diğer ifadeyle Alman sisteminde iki taraflı bir işin ticari olarak nitelendirilebilme. si_, ??n_un somut işletmeyi ilgilendirmesi yanında, işlemin tar?flar_?dan en az birisinin tacir olmasına da bağlıdır²¹⁸. Ancak hukukumuzda t_ic_n iş sayılma hususunda işlemi yapanlardan en az birisinin tacir olması gıbı bir şart ara. mayan TK m. 3 ile m. 21/II (yTTK m. 3, 19/2) açından, ?u- yö?d?_bir zor- lamaya gerek yoktur. Diğer yandan tacirin ticari işletmesi ile ilgili olarak yüklendiği borçların kural olarak ticari olduğunu belirten TK m. 21/I'e (yTTK m. 19/1) bakıldığında ise açıkça "*tacirden*" söz edildiği görölmekte- dir. Bu ihtimalde ilgilinin, her ne kadar borç doğurucu işlemin kurulduğu anda tacir sıfatına sahip olması yeterli olsa ve borcun (sözleşmenin) nihai ifasına dek tacir sıfatını taşımaya devam etmesi gerekmesse dahi, akdin ifası kapsamında kiralayanın kiracıya ve gerek üçüncü kişilere karşı başka borçlar yüklenebileceği ihtimali de göz önünde bulundurularak, kiralayanın tacir sı- fatının kiralama işlemi ile gerçek kişilerin ve amacına varmak için ticari iş- letme işleten demek ve vakıfların tacirlik sıfatı bakımından tamamen sona ermediği, bu dönem için *askıya alındığı* kabul edilmelidir. Diğer yandan ki- ralayanın, ticari borç (gerçek kişi tacirler bakımından²¹⁹ TK m. 21/1,; yTTK m. 19/1), ticari örf ve adet (TK m. 2; yTTK m. 2), ihbar ve ihtarlar ile fatura münderecatı ve teyit mektubuna itirazlar (TK m. 20ffil, 23/11-ill; yTTK m. 18/3, 21/2-3), ücret ve ceza şartın indirimini talep edememe (TK m. 24; yTTK m. 21), kurulmuş hapis hakkının devamı anlamında hapis hakkından yararlanabilme (MK m. 950/II), ticari satımlara ilişkin hususlar (TK m. 25; yTTK m. 23) ile TK m. 30/I'de (yTTK m. 28/1) yer alan "ilgili" kavramı ba- kımından karşı tarafın iyiniyetli-kötüniyetli olup olmadığına bakılmaksızın

²¹⁷ *OPPENLANDER*, s. 182. Ayrıca bkz. *STROBEL*, s. 33.

²¹⁸ *C'ANARIS*, s. 414 N. 2 vd.; *SCHMIDT*, Handelsrecht, s. 515; *OETKER*, Handelsrecht, s. 170-171 N. 8-10.

²¹⁹ *ARKAN*, s. 64; *NOMER ERTAN*, (ÜLGEN, Ticaret Hukuku), s. 220 N. 663; *POROYI YASAMAN*, s. 117 N. 171.

“e sadece kendi işletmeciliği dönemindeki işlemlerle ilgili olarak tacir gibi işlem görmeye (tacir sayılmaya) devam etmesi gerekir” . Bunun hukuksal dayanağı ise TK m. 14/1'de (yTTK m 12/1) yer alan esaslar olup, bunlar ticari işletme kirasının geçici ve salt kullanılma amaçlı oluşu, kullandırmanın kendine özgü dinamik yönü²²¹ ve tarafların ve üçüncü kişilerin menfaatleri göz önünde tutularak yorumlanmalıdır. Aksi halin kabulü kanunun lafzi yorumu olur ki, böylece ortaya çıkan sonuç tarafların menfaatleri ile üçüncü kişilerin aleniyet ve hukuki güvenlik ihtiyaçları ile bağdaşmaz. Kiralayan gerçek kişi, demek ya da vakfın, kiraladığı ve artık fiilen kiracı tarafından işletilen ticari işletme ile ilgili işlemler yapması durumunda ise, TK m. 14/111 (yTTK m 12/3) çerçevesinde iyiniyetli üçüncü kişilere karşı "tacir gibi sorumlu" olduğunu kabul etmek gerekir.

Ancak tacir olmaya bağlanan bazı haller bakımından ise farklı sonuca varmak gerekir. Bunlardan ilki ayrıntıları üzerinde aşağıda durulacak olan ticaret unvanı konusudur. Sahibi olduğu bir tek işletmeyi kiralayan tacir²²² artık bir ticaret unvanı kullanamaz (TK m. 20/1, 42/1, *argumentum a contrario*; yTTK m. 18/1, 40/1). Bir diğer husus ise kiralayan durumundaki gerçek kişi tacirin işletmesini, ticari işletme kirasına dayanarak kiracıya devretmiş

²²⁰ Ticari işletme kirasında kiralayanın tacir sıfatını tamamen koruduğu ya da tamamen kaybettğini tartışmak yerine bazı normlar bakımından bunun tacir sayılmaya, tacir gibi işlem görmeye devam edilmesinin amaca daha uygun olduğu yönünde bkz. OPPENLANDER, s. 187, 189.

Tacir sayılmaya devam etme TK m. 66 vd.'nda (yTTK m. 64 vd.) düzenlenmiş olan ticari defter tutma yükümlülüğü bakımından da geçerlidir. Buna göre tacir, ticari işletmesini kiralarak devretmiş olsa dahi kendi işletmecilik dönemine ait alacak tahsili, borç ödemesi, vergi ödemeleri gibi işlemleri ticari defterlerine kaydetmeye devam etmelidir. Bunun gibi kiralayanın ticari defterlerini muhafaza yükümlülüğünün kaynağı TK m. 68/11 değil (yTTK m. 62/8), 66/son, 67 ve 68/1'dir (yTTK m. 62/1, 7). Ticari işletmenin devri çerçevesinde yapılan örneğin alacağın temliki, borcun nakli, hammadde, stoklar, tefrişat niteliğindeki demirbaşlar gibi bir kısım malvarlığının satımı (KUNGLER, s. 55-56; HERMANN; s. 130) işlemlerinin de her iki tarafça kendi ticari defterlerine kaydedilmesi gerektiği açıktır (karş. HERMANN, s. 133). Buradan da anlaşıldığı gibi kiracının kendi ticari defterlerini kullanması gerekli olup, kiralayanın ticari defterlerini işlemeye devam etmesi mümkün değildir (TK m. 66/1; yTTK m. 64/1).

²¹¹ Karş. OPPENLANDER, s. 189.

²²² Gerçek kişi tacirler ile amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflar. Ticaret şirketleri işletmelerini kiralamış olsalar dahi ticaret unvanı kullanma yükümlülükleri devam eder.

²²³ İİK m. 44'ün sadece gerçek kişi tacirler hakkında uygulanacağı yönünde bkz. KURU, B.: "Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler", AÜHFD. Y. 1970, C. 27. S. 1-2, s. 115-116; NÖMER ERTAN (ÜLGEN, Ticaret Hukuku), s. 221 N. 667; BİLGE, TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, s. 190. Yazar yerinde olarak ticari işletme işleten demek ve vakıfların da İİK m. 44 uygulaması bakımından gerçek kişiler gibi olduğunu ifade etmektedir, s. 190. Kanaatimizce donatma iştirakini de bu kapsama dahil etmek gerekir (TK m. 19; yTTK m. 17). Sonuç olarak İİK m. 44'ün ticaret şirketleri ile

olmasının, tek başına İİK m. 44 anlamında bir "ticareti terk" eylemi olarak Yargıt'ın kabul edilemeyeceği sorusu esasen, ticareti terkin tasarruf sıfatına tesvici, mal beyanının kabul edilmesi ve bunun usulünce ilanının hukuki sonuçlarından olan²²⁴, bir yıl geçtikten sonra artık iflas yolu ile takip edilememenin (İİK m. 44ff) vetasarruf yetkisinin kısıtlanmasının (İİK m. 44ml) ticari işletme kirasında uygulanmasının yerindeliği ile ilgilidir²²⁵.

. "Ticareti terk" kavramının yasal bir tanımı yoktur. **YALÇIN**, ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmeyi veya ticari işletmeyi kapatma ve dağıtmayı "ticareti terk" olarak tanımlamaktadır²²⁶. Bir başka tanıma göre ise²²⁷, ticari işletmesini (veya, birden fazla ticari işletmesi varsa, bunların hepsini) bir başkasına tüm olarak devrederse veya ticari işletmesini (veya işletmelerinin hepsini) kapatır veya dağıtırsa, bununla ticaretini tüm olarak terketmiş ve dolayısıyla tacir sıfatını kaybetmiş" olacaktır (ticaretin tüm olarak terki)²²⁷. Bu tanımların ortak özelliği, tacir sıfatının unsurlarından olan, bir ticari işletmenin varlığı ile bunun işletilmesinin artık sona ermiş olmasıdır²²⁸. Hatta **KURU**, "ticaretin kısmen terkinden" söz etmekte ve bunu da "bir tek ticari işletmeye sahip olan bir tacirin, ticari işletmenin muayyen bir kısmını bir başkasına devretmesi (yanına ortak alması) veya birden fazla ticari işletmesi olan bir tacirin, üzerinde asgari bir ticari işletme (veya onun da bir kısmını) bırakarak, diğer ticari işletmelerini başkasına devretmesi, ka-

özel mevzuatına tabi kamu işletmeleri hakkında uygulanmayacağını ifade etmek mümkündür.

Ancak tacirlerin her türlü borçlarından dolayı iflasa tabi olmalarını öngören TK m. 20/l'in (yİTK m. 18/1) gerçek kişi tacirler bakımından taşıdığı bir çelişkiye dikkat çekmekte fayda vardır. Buna göre mali durumu, hakkında iflas kararı alınmasını gerektirecek derecede kötüleşmiş bir gerçek kişi tacirin işletmesi olayların çoğunda, karar tarihinde aslında esnaf faaliyeti sınırlarına düşmüş olacaktır. Bu sebeple "(gerçek kişi) tacirler her türlü borçlarından dolayı iflasa tabidir" ilkesinin yeniden yorumlanması gerektiği açıktır. İlk bakışta borçlunun, borçların doğduğu dönemde tacir olmasının yeterli olacağı savunulabilirse de, gerçek kişilerce işletilen işletmelerin ticari işletme ile esnaf işletmesi arasından salınması her zaman mümkün olduğundan bu görüşün tatbik kabiliyeti de sınırlıdır.

²²⁴ **KURU**, AÜHFD, Y. 1970. C. 27, S. 1-2, s. 112 vd., 115 vd.

²²⁵ İİK m. 44'ün, zıt menfaatlere sahip tarafların (terk eden tacir=bir yılın geçmesi ile iflas tehdidinden kurtulma; alacaklılar=tacirin tasarruf yetkisinin kısıtlanması ancak iflas yoluyla takip imkanının bir süre sonra son bulması) korunması şartı olarak, aynı maddi ve hukuki olguları (ticareti terkin tesvici, mal beyanında bulunma ve ilan) öngörmüş olması karşısında, menfaatleri başarılı şekilde dengeleyen bir hüküm olarak değerlendirilmesi güçtür.

²²⁶ **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s. 212.

²²⁷ **KURU**, AÜHFD, Y. 1970. C. 27, S. 1-2, s. 110.

²²⁸ **AKER**, BATIDER. Y. 2009, C. XXV, S. 2, s. 272.

patması veya dağıtması" şeklinde tanımlamaktadır²²⁹. Yazar'a göre İİK m. 44/1, üzerinde en azından bir ticari işletmenin bir kısmı kalacak ve bu yüzden tacir sıfatını da kaybetmeyecek olan (TK m. 14/I; yTIK m. 12/ I) kişiler hakkında uygulanmamalıdır²³⁰. Bu açıklamalar, "ticaretin terk edilmesinden", ilgilinin kendisine ya da işletmesine ilişkin bir sebeple idari ya da yargısal kararlar sonucunda ticari işletmesinin faaliyetlerine tamamen ve sürekli olarak son vermesinin, kapatmasının, dağıtmasının, satmasının, başka menkul ya da gayrimenkul mallarla trampa etmesinin, bağışlamasının anlaşılması gerektiğini göstermektedir²³¹. İİK m. 44/I'de yer alan "ticareti terk" kavramı bu şekilde anlaşıldığında, kiralayanın iflasa tabi olma süresinin bir yılla sınırlandırılmasının İİK m. 44'ün ihdası gayesine²³² ters düştüğü açıktır. Zira kanun koyucunun amacı gerçek kişilerde tacir sıfatının doğumuna yol açan unsurlardan birisinin veya birkaçının kesin olarak ortadan kalkmasını tacir ile alacaklıların menfaatleri doğrultusunda düzenlemektir. Oysa ticari işletme kirasında kiralayanın işletmesini kesin olarak devir ve işletme faaliyetine de sürekli olarak son verme amacı taşımadığı açıktır. Hal böyle olunca kiralayanın İİK m. 44/1 anlamında ticareti terke dair tescil ve mal beyanında bulunma talebi ticaret sicil memurluğunca reddedilmeli, her nasılsa bu gerçekleşmiş ise de tescil ve ilana İİK m. 44/II ve III'de bağlanmış olan sonuçlar, kiralayan bakımından doğmamalıdır. Kiralayanın kiracıya bazı menkul ve gayrimenkullerin zilyetliği ile hakları devretmesi gerektiğinden, İİK m. 44/III'ün uygulanmasının ticari işletme kirasının ifası ile uyumlu olmadığı

¹¹⁹ KURU, AÜHFD. 1970, C. 27, S. 1-2, s. 116.

²³⁰ KURU, AÜHFD, 1970, C. 27, S. 1-2, s. 117.

²³¹ Karş. AKER, BATİDER. Y. 2009. C. XXV, S. 2, s. 272'de yer alan ""ticaretin terk edilmesinden" aslında, *tacir sıfatının sona ermesinin* anlaşılması gerektiği, bunun hangi suretle gerçekleştiğinin ise (örneğin ticari işletmenin faaliyetlerine tamamen ve sürekli olarak iradi, idari ya da yargısal nedenlerle son verilmesi, ticari işletmenin satılması ya da hasılat kirasına verilmesi nedeniyle işletme faaliyetinin sona ermesi, işletilen birden fazla ticari işletmelerden bazılarının tamamen kapatılması, satılması ya da hasılat kirasına verilmesi suretiyle işletme faaliyetinin bunlar yönünden sona ermesi) belirleyici olmadığı anlaşılmaktadır" şeklindeki metinde geçen "işletmenin hasılat kirasına verilmesi" ifadelelerinin, kiralayanın ticari işletme kirasını işletme üzerindeki sahipliğine, hukuki ve fiili egemenliğine ve bunun işletilmesi faaliyetlerine kesin olarak son vermenin *ilk aşaması*, daha açık deyimle işletmeyi bizzat işletmek üzere bir daha geri (iade) almamak üzere ara/geçici çözüm olarak kiralama, ileride kiracıya ya da bir başkasına (örneğin eğitimi ya da askerlik hizmetini tamamlayacak altsoya ya da ileride belli şartları yerine getirecek üçüncü bir kişiye) devretmeyi (satım, bağışlama) göz önünde bulundurarak "şimdilik.. kiralama) özgülemek gerektiği ifade edilmelidir. Zira örnek olarak sayılan hallerden de kiralayanın, kişisel işletme faaliyetine bir daha tekrardan başlamamak üzere son verme iradesini açık olarak çıkarmak mümkündür.

¹³¹ Bk.z. KURU, A U HFD, 1970, C. 27, S. 1-2, s. 109 dn. 2.

ğı da açıktır. Bu halde kiralayanın iflas yoluyla takibi imkanı devam ettiğinden alacaklıların menfaatlerinin zedelendiği söylenemez.

Ticaret şirketlerinin kiralayan durumunda olması halinde ise bunlar TK m. 4/I, 18/1, 136, KoopK m. 1 (yTTK m. 12/1, 16/1, 124/1) hükümleri gereği tacir sıfatını iktisap ettiklerinden işletmenin hasılat kirasına konu olması halinde bunların tacir sıfatlarına hâlel gelmeyecektir. Doktrinde de yerinde olarak ifade edildiği gibi, kiralayan durumundaki ticaret şirketleri ticari işletme kirasında bu sıfatlarını ve tüzel kişiliklerini korumaya devam ettiklerinden, genel kurul toplama, organ seçimi, yönetim ve denetim, ticari defter tutma, bilanço ve kar ve zarar hesabı düzenleme gibi TK'da yer alan idari ve mali yükümlülükleri de devam edecektir²³³.

B) Kiracının Tacir Sıfatı

Ticari işletme kirasında kiracının tacir sıfatından söz edildiğinde, tacir sıfatının kazanılması şartlarından hareket edilmesi gerektiği açıktır. TK, tacir sıfatının kazanılması şartlarını -yukarıda da ifade edildiği gibi- ilgilinin gerçek kişi ya da tüzel kişi olup olmamasına göre farklı esaslara bağlamıştır (TK m. 14/1-II, 18; yTTK m. 12/1-2, 16).

Bu başlık altında vurgulanması gereken ilk nokta, hukukumuzda gerçek ya da tüzel kişilerin ancak kendilerine ait bir işletmeyi işletebilecekleri yönünde herhangi bir zorunluluğun bulunmadığıdır. Bir diğer ifadeyle gerçek ve tüzel kişiler, iktisadi faaliyet için mutlaka bizzat işletme tesis etmek zorunda olmayıp, satın aldıkları, kiraladıkları ya da üzerinde intifa hakkı tesis ettikleri bir başkasına ait işletmeyi işletmek suretiyle de iktisadi faaliyette bulunabilirler. Bu durumun gerçek kişiler ile amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların tacir sıfatı hakkında doğurduğu sonuç ise, tacir sıfatının kazanılabilmesi bakımından, bir ticari işletmenin kısmen dahi kendi adına ve hesabına işletilmesinin yeterli olduğu, bu işletmenin, daha doğru bir ifadeyle ticari işletmeyi oluşturan, buna özgülenmiş mal ve hakların, işletenin mülkiyetinde bulunmasının zorunlu olmadığıdır²³⁴. Hukukumuzda ne işletme işletme hakkı ne de tacir sıfatı bakımından işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının mülkiyetinin kime ait olduğu hususu üzerinde durulmamıştır.

²³³ STROBEL, s. 34. Ayrıca bkz. HERMANN, s. 133 vd.

²³⁴ Karş. AHLBRECHTIBENGSOHN. Rechtspneger, Y. 1982. S. 10. s. 362. Ancak yazarların kiracının, ticari işletmenin tam sahibi (Vollinhaber des Uniemelimens) haline geldiği yönündeki görüşlerine, işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının mülkiyeti anlamında sahipliğine erişme anlamında değil, sadece işletme organizasyonunun tam hakimi haline gelme şeklinde anlaşıldığı takdirde katılmak mümkündür.

Kiracı gerçek kişiler ile demek ve vakıflar, kiraladıkları ticari işletmeyi ilgilendiren işlemleri müşteri çevresi ya da tedarikçilerle kendi adına ve hesabına yapmaya başladığı tarihte tacir sıfatını da kazanmış olacaktır (TK m. 14/I; yITK m. 1211)²³⁵. Ancak kiracı ile kiralayan arasında yapılan ticari işletme kirası sözleşmesi sadece tarafları arasında hukukî sonuç doğurmaya yönelik olduğundan TK m. 14/I (yTİK m. 12/1) anlamında tacir sıfatının doğumu için yeterli değildir²³⁶. Diğer yandan tarafların her zaman öncelikle yazılı bir sözleşme yapmaları söz konusu olmayabilir²³⁷. Bir başka ifadeyle sözleşmenin kurulduğu ifa fiillerinden de anlaşılabilir. Bu çerçevede, kiralayanın kiracıyı ticari işletme organizasyonunun faaliyet çevresine dahil etmesinden söz edilebilir (*Einweisung in den Tii.tigkeitsbereich=Einführung in das Unternehmen*; BK m. 272; yTBK m. 360). Kiralayan kiracıya işletmeyi ticari ve teknik yönleriyle tanıtır ve tedarikçi ile müşteri çevresine takdim eder. Kiracının da katılımı ile gerçekleşecek bu gibi fiiller üçüncü kişilere yönelik işletme faaliyeti teşkil ettiğinden, onun TK m. 14/II (yTTK m. 12/2) uyarınca tacir sayılmaya başlaması sonucunu doğurur.

Kiracı gerçek kişi, demek ya da vakıf, hali hazırda bir ticari işletme işletmekte ve bu sebeple tacir sıfatını taşımakta olsalar da, kiralanan yeni işletme sebebiyle de tacir sıfatını iktisap etmiş olacaklardır. Kiracının kamu yararına bir demek ya da vakıf olması halinde ise, TK m. 18/II (yTİK m. 16/2) gereği bu demek ya da vakıf tacir sıfatını kazanmayacak, ancak kiralanan işletme tacir sayılacaktır (TK m. 18/1; yTTK m. 16/1). Kiracının bir ticaret şirketi olması halinde, bunlar TK m. 18/1 (yTTK m. 16/1) uyarınca tacir sayıldıklarından, bir ticari işletmeyi kiralamış olmaları tacir sıfatlarında herhangi bir değişiklik yapmayacaktır.

Gerçek kişi kiracının ticaretten men edilmiş bir kişi ya da küçük ya da kısıtlı olması hallerinde ise TK m. 15 ve 16'daki (yITK m. 13, 14) hukukî sonuçların doğacağı açıktır.

2. Ticari İşletme Kirasının Ticaret Unvanına ve İşletme Adına Etkisi

Her tacir bir ticaret unvanı seçip kullanmak ve bunu işletmenin açıldığı tarihten itibaren onbeş gün içinde merkezin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmek zorundadır (TK m. 20/I, 42/I; TST m. 13/I-II; yTİK

²³⁵ Karş. ARKAN, s. 111 vd., 164; KIRCA, i., Ticari Mümessillik, s. 50; NOMER ERTAN (ÜLGİN, Ticari İşletme). s. 209 N. 633 vd., 214 N. 645 vd.; LINDENMEYER, s. 102-103, Yazar İsviçre hukukuna özgü olarak açıkça tacir sıfatından değil, kiracının ticaret siciline tescil yükümlülüğünden söz etmektedir.

²³⁶ "Aleniyet" unsuru hakkında bkz. yukarıda § 2 il 2 D.

²³⁷ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 126.

m. 18/1, 40/1)²³⁸. işletmecinin değişmesi sonucunu doğuran ve yukarıda da görüldüğü gibi tacir sıfatına etki eden ticari işletme kirası, bu alanda da değişik hukuki sorunların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. TK m. 51/I'de (yTTK m. 49/1) ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceği belirtildikten sonra, II. fıkra da aksi sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmadıkça, işletmenin devri ile unvanın da devredilmiş sayılacağı ifade edilmiştir (TK m. 1 I/11; yITK m. 1 I/3)^{239,240}. Bir diğer ifade ile ticari işletme kirasında kira veren, ticaret unvanını işletme ile birlikte devrede_?ile_?Şli_?aha_? bir deyimle kiracı tarafından kullanımına izin verebileceği gibi , işletmeyi unvansız da kiralayabilir (ayrıca bkz. TST m. 83).

TK, ticaret unvanının teşkili ve kullanımı konusunda tacir türüne göre farklı esaslar öngörmüştür (TK m. 43-48, 50; yTTK m. 4 I-46). Bu esaslardan hareketle, ticaret unvanının teşkili ve kullanımına hakim bir takım ilkelere ulaşmak mümkündür²⁴². "Gerçeklik" ve "devamlılık (süreklilik)" ilkeleri konuyu ilgilendiren başlıca ilkelerdir. Gerçeklik ilkesi, tacir türüne göre unvan teşkili şartlarını düzenleyen hükümlerde (TK m. 43-47, 50; yTTK m. 41-45, 48) gösterilmişken, devamlılık ilkesi ifadesini TK m. 49' da (yTTK m. 47) bulmuştur. Unvanın devirden sonra da kullanımının uygunluğu ve şekli konusunda, TK m. 49/11 c. 2-3, 11/II ve 51/II'den (yTTK m. 47/2, 11/3, 49/2) dolaylı bazı sonuçlara ulaşmak mümkün gözükse de, zikredilen hükümler incelendiğinde, işletmenin unvanıyla birlikte satılması ya da kiralanması halinde (TK m. 1 I/11, 51/II; yITK m. 1 I/3, 49/2), devralınan unvanın alıcı ya da kiracı tarafından kullanımının şekli esasları hususunda boşluk olduğu görülecektir²⁴³. Bir diğer ifade ile işletmenin sağılar arası işlemlere

²³⁸ yTTK ticaret unvanının işletmenin dış cephesine asılması mecburiyetini korumuş olmanın yanı sıra, ticaret unvanı ile sağlanan aleniyeti artırmak amacıyla, işletme ile ilgili olarak kullanılan her türlü kağıt ve belgede, diğer hususlar yanında ticaret unvanının da açıkça yer almasını istemiştir (m. 39/2).

²³⁹ P^Q ROY/YASAMAN unvanın belli bir işlemede müşterileri bir arada tutan esaslı unsur olması halinde, işletmenin unvan saklı tutularak devredilemeyeceğini, bu yönde bir anlaşmanın geçersiz olacağını ifade etmektedirler, s. 339 N. 459. yTTK m. 11/3 hakkındaki değerlendirmeler için bkz. yukarıda § 2 il 3 D.

²⁴⁰ Unvanın devrinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. *AHLBRECHT/BENGSOHN*, Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10, s. 362-363.

²⁴¹ *AHLBRECHT/BENGSOHN*. Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10, s. 362-363.

²⁴² BOYACIOĞLU. C.: Ticaret Unvanı. Ankara, 2006, s. 65 vd.

²⁴³ POROYYASAMAN, s. 339-340 N. 460. Yazarlar yerinde olarak "kişi adı şeklinde olan unvanlar için unvanın devamlılığı hükmünde özel bir düzenlemenin" bulunmasının faydalı olacağına işaret etmişlerdir. Ayrıca bkz. *HELVACJ, M., (ÜLGEN. H.ITEOMAN, O./HELVACJ, M.İKAYA. A./NOMER ERTAN. F.): Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul. 2006, s. 329 N. 947. yITK m. 49/2 c. 2'de yer alan "devir halinde devralan. unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir" hükmü, unvanın devralan tarafından kullanılma şekline dair nisbi bir açıklık getirmiştir. Ancak burada da "aynen kullanım hakkından" bahsedil-

konu olması halinde unvanın müteakip kullanımının şekli esaslan belli değildir. Bu da unvanın devri ile ilgili pek çok sorun ortaya çıkartmaktadır. Örneğin unvanın devri sadece, devredenin devir ile faaliyetlerine kesin olarak son verdiği hallere mi mahsustur, yoksa unvan, işletmenin bölünerek sadece bir kısmının (örneğin dört şubeli işletmede iki şubenin devri) devredildiği hallerde de devredilebilir mi? Unvan bir bütün olarak mı devredilmelidir, yoksa bir kısmının devri de mümkün müdür? Devralan devraldığı unvanın tamamını mı kullanmak zorundadır, yoksa bütün olarak devralsa da sadece belli kısımlarını kullanabilir mi? Devralan devraldığı unvanı kendi unvanının çekirdek kısmında mı, ek kısmında mı kullanabilecektir ve bu kullanımın devralanın tabi olduğu ticaret unvanı teşkili kuralları ile ilişkisi (etkileşimi) nasıl olacaktır? Görüldüğü gibi tacir ve giderek unvan türleri, devreden ile devralanın unvanları, çekirdek ve ek gibi değişkenler birlikte dikkate alındığında onlarca ihtimalden söz etmek mümkündür. TST de, TK m. 49'u, 11/II'yi ve 51/II'yi (yTTK m. 47, 11/3, 49/2) açıklığa kavuşturacak bir hüküm ihtiva etmemektedir. TST m. 83 ise devrin sicil hukukundaki sonuçlarını düzenlemekte olup; devralınan unvanın kullanım şekli hususunda bir düzenleme getirmemektedir. TST m. 83'ün de, anılan bu eksikliğe rağmen ticaret unvanını "*parametre*" olarak kullanmış olmasının yerinde olmadığı açıktır. Kısacası TK 'da unvanın işletme ile birlikte devrine izin verilmiş, ancak bunun unvan hukukunun temel ilkeleri ile uyumlu olarak ne şekilde uygulanacağı konusunda sessiz kalınmıştır.

Değerlendirmelere geçmeden önce İsviçre-Türk sistemlerinin, devreden unvanının devralan tarafından kullanılmaya devam edilmesi ile devralanın geçmiş işletme borçlarından sorumluluğu arasında bağlantı kuran Alman sisteminden (Alman TK m. 25 vd.) ayrıldığını vurgulamakta fayda vardır²⁴⁴.

diği için, çok azı da içerir kuralından hareketle unvanın bir kısmının kullanımının da mümkün olduğu sonucuna ulaşılabileceği gibi, lafzı yorumla sadece aynen kullanıma izin verildiği sonucuna varmak da mümkündür. Kanaatimizce ilk yoruma üstünlük tanımak daha yerinde olacaktır. Diğer yandan anılan yenilik, fıkranın ilk cümlesinde yer alan "bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın da devri sonucunu doğurur" hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, tarafların unvanın işletme ile birlikte devrine yetkili oldukları, bunun zımnı olarak da yapılabileceği, tarafların unvanın devralan tarafından kullanım biçimini belirleyebilecekleri, bu hususta açıkça anlaşılmamışsa da devralanın, unvanı aynen kullanım hakkına sahip olacağı kabul edilecektir.

Konuya ilişkin Alman TK m. 22, işletmeyi devralanın/kiracının unvanı aynen kullanabilmesini devredenin açık izin ya da onayına bağlı kılmıştır. İzin kira sözleşmesinden tereddütsüz anlaşılmalıdır, *KLEIN-BLENKERS*, s. 152-153. Unvan kullanımının devreden açık izin ya da onayına bağlanmasının nedenleri arasında, Alman TK m. 25 vd.'nda, unvanın müteakip kullanımı ile devralanın eski borçlardan sorumluluğu arasında bağ kurulmuş olması sayılabilir.

²⁴⁴

865 s. ETK'da yer alan ve devralanın unvanı kullanmasına eski borçlardan sorumluluk sonucunu bağlayan düzenlemeler (m. 46-49) hakkında bkz. *BİLGİŞİN*. s. 192;

Bir diğer ifadeyle İsviçre-Türk hukuklarına göre kiracının kiralayanın unvanını bunun müsaadesiyle kullanmaya devam etmesi ile borçlardan sorumluluğu arasında isabetli olarak herhangi bir bağ kurulmamıştı.²⁴⁵ Bu sebeple de açıklamalar salt unvan hukuku çerçevesinde yapılacaktır.

A) Kiralayanın Ticaret Unvanı

Kiralayanın ticaret unvanının ne olacağı sorusunun cevabı, bir yandan kiralayanın kiralama işleminden sonra başka işletmeleri sebebiyle işletme faaliyetine devam edip etmeyeceği²⁴⁶, diğer yandan da ticari işletmenin unvanlı mı yoksa unvansız mı devredildiğine göre değişiklik gösterecektir. Esasen kiralayan gerçek kişi ya da amacına varmak için ticari işletme işleten demek ya da vakfın kiraladığı işletmeden başka bir işletmesi yoksa, bunların ticaret unvanının nasıl olması gerektiğini değerlendirmek gereksizdir. Zira bu halde anılan tacir grubunun tacirlik sıfatı, ticari işletme kirası sebebiyle sona erer. Tacirlik sıfatının son bulması, bu kişiler bakımından TK m. 20/1 ve 42/l'de (yTTK m. 18/1, 40/1) düzenlenmiş bir ticaret unvanı seçip, kullanma ve tescil ettirme yükümlülüğünün de sona ermesi anlamına gelir. Bunların²⁴⁷ ticari işletmenin iadesine dek ticaret unvanı kullanmaları mümkün olmaz. Birdiğer deyimle kiralayanın başkaca bir işletmesi olmaması halinde işletmenin unvanlı ya da unvansız kiralınmasının bir önemi kural olarak

ARSLANLI, Kara Ticareti. s. 96; EREM. s. 164; ÖÇAL, A.: "Ticaret Unvanının Devri". Eskişehir İTİAD, Y. 1973. C. 9. S. 1. s. 270-271.

²⁴⁵ Karş. BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 99-100.

²⁴⁶ Kiralayan durumundaki ticaret şirketlerinin, başkaca bir işletme işletip işletmediklerine bakılmaksızın kiralamaya rağmen tüzel kişiliklerinin ve tacir sıfatlarının devam etmesi de (TK m. 18/1; yTTK m. 16/1) bu ihtimale dahildir.

²⁴⁷ Yargıtay'ın bir kararında şu ifadeler yer almıştır: "Davacı artık otobüsçülük yapmadığına göre, olmayan ticari işletmesinin Unvanını üzerinde tutamayacağı gibi, bu ünvana ön ilaveler yaparak kendi adına tescil ettirmeyi sürdürmesinin de iyiniyetle bağdaşmayacağı [••] ticaret Unvanının korunmasından maksat. kişinin o ünvan altında fiilen ticaret yapmasını zaruri kılmasıdır. Belli bir konu için ticaret Unvanı alıp, o ünvanı kullanmadan ve o işi yapmadan başka bir firma ismi altında değişik işgal konusu ile meşgul olunmasına davacının ve karşı davalının kaydettirdiği diğer 12 ticaret Unvanını fiilen kullanmadığının anlaşılmasına, bu suretle de hakkını M.K. nun 2. maddesine göre suistimal etmiş olmasına göre davacı ve mukabil davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir", Y. 11. HD, T. 30.05.1988, E. 1988/626. K. 1988/3513. Anılan karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. KARAHAN, S.: "Ticaret Unvanının Tescilinde Kullanma Amacı veya Unvanda Teklik İlkesi", M. Şakir BERKİ'ye Armağan, Konya, 1996, s. 122 vd., 125. Yazar'ın karara dayanarak vardığı sonuçlar arasında şunlar önemine binaen zikredilmelidir: "Ticari işletme faaliyetini terk eden tacir, önceden beri kullanmakta olduğu unvanı sicilden terkin ettirmeli, yani serbest bırakmalıdır. Ticari işletme faaliyetini terk eden tacir, artık yeni ticaret unvanını tescil ettirmemelidir. Fiilen kullanılan ticaret unvanı veya unvanları tescil ettirilmemelidir. Fiilen kullanılmayan ticaret unvanları kanuni korumadan faydalanamaz".

yoktur. İşletmenin unvanlı mı yoksa unvansız mı kiralandığı sadece **kiralayanın** ileride bir başka işletme işletmeye başlaması ile ilgili olabilir. Buna göre işletmesini unvanıyla birlikte kiralamış olan kişi, sonradan yeni bir ticari işletme işletmeye başladığı takdirde, eski unvandan ayrılan yeni bir unvan teşkil edip kullanmak zorundadır²⁴⁸. Eğer ortada unvansız bir kiralama varsa, kiralayan kullanmayı terk ettiği unvanı, yeni işletmesi için yeniden kullanmaya başlayabilir. Ancak unvan, arada geçen sürede bir başkası tarafından kullanılmaya başlanmış ise, koruma için gerekli olan öncelik hakkı kiralayanın ilk kullanımı tarihinden değil, yeniden kullanmaya başladığı tarihten itibaren hesaplanır²⁴⁹.

Üzerinde durulması gereken diğer bir soru, kişinin sattığı/kiraladığı işletmesinden başka aynı ya da farklı konularda faaliyet gösteren bir ya da birkaç işletmesi varsa ve bu işletmeler için de *aynı unvanı* (bkz. TST m. 22) kullanıyorsa²⁵⁰, bir başka ifadeyle satan ya da kiralayan satım ya da kira işlemi sonrasında da tacir kalmaya devam ediyorsa, unvanın devrinin yine de mümkün olup olmadığıdır.

TK m. 11/II'de (yTTK m. 11/3) "[...] ticaret unvanı ve diğer adlar [...] gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dahil sayılır" denilmiştken, TK m. 51'de de (yTTK m. 49) "ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez. Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmez²⁵¹ iş olmadıkça, unvanın dahi devrini tazammun eder" ifadesi yer almıştır. Özellikle TK m. 5 I 'de (yTTK m. 49) açıklanan "işletmenin unvandan ayrı devredilebileceği"²⁵¹, ancak unvanın işletmeden ayrı devredilemeyeceği" kuralı, unvanı devreden satım ya da kiradan sonra da aynı konuda faaliyet gösteren bir başka işletmesi (TK m. 14/I; yTTK m. 12/1) ya da kanun hükmü (TK m. 18/1; yTIK m. 16/1) nedeniyle tacir sıfatını muhafaza ettiği hallerde, ticaret unvanının satılan/kiralanan ticari işletme ile birlikte devredilemeyeceğinin göstergesidir²⁵². Aksi halin kabulü ticari işletme ile unvanın ayrılması neticesini doğurur. Kanaatimizce TK m. 11/II ve 51/II' de (yTTK m. 11/3, 49/2) unvanın devrine müsaade edilmesinin altında yatan temel hareket nok-

²⁴⁸ ÖÇAL, Eskişehir İTİAD, Y. 1973, C. 9, S. 1, s. 272.

²⁴⁹ BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 1 J I.

²⁵⁰ POROYIYASAMAN, s. 330 N. 441; HELVACI, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 321 N. 931.

²⁵¹ Ticari işletmenin bir kişiye, unvanın da ayrı bir kişiye devrinin de mümkün olmadığı ifade edilmelidir, ÖÇAL, Eskişehir İTİAD, Y. 1973, C. 9, S. 1, s. 274dn. 45.

²⁵² ARSLANLI'nın şu ifadeleri de unvanın işletme ile birlikte devrinde işletmenin kül halinde devredilmesinin gerekli olduğunu destekler nitelikte değerlendirilebilir: "(...] Bu sebeptendir ki ticaret unvanının yalnız başına devri tecviz edilmemiş, unvanla birlikte ticari işletmenin maddi ve gayri maddi unsurlarının da devri aranmıştır. Lakin devirde ticari işletmenin vahdet olarak devri lazımsa da vahdet bozulmamak kaydı ile bazı mallar istisna edilebilir [...]", Kara Ticareti, s. 96.

ta²⁵³, işletmeyi satan ya da kiralayanın, işletme faaliyetine böylelikle son vermiş²⁵⁴lac²⁵⁵, ticareti terk edeceği varsayımıdır. Eğer anılan i²⁵⁶timalde unvanın²⁵⁷evrme izin verilirse, işletmelerinden birisini satan ya da kiralayanın ilk kez işletme açıyor gibi kendisine ait yeni bir unvan oluşturması gerekir ki, alıcı ya da kiracı da unvanı kullanmaya devam etmekte iken bunun gerçeklik (TK m. 43-47, 50; yITK m. 41-45, 48) ve teklik (TK m. 43/11, 47, 52; yTTK m. 45, 50) ilkeleriyle nasıl bağdaştırılacağı önemli bir problem olarak ortaya çıkacaktır. Yukarıda varılan sonuç tacirin birden fazla işletmesi için tek bir ticaret unvanı kullandığı haller bakımından yerinde ise de (karş. TST m. 22), faaliyet konularına göre az ya da çok farklı unvanlar kullanılıyor ise, bu işletmelerden birinin satımı ya da kiralınması halinde bunun için kullanılan unvan da birlikte devredilebilir.

Farklı konularda faaliyet gösteren işletmelerinden birisini satan ya da kiralayan tacir açısından ise şu hususlara işaret etmek mümkündür. Tacir bu hallerde TST m. 22 uyarınca farklı konulardaki işletmeleri için farklı unvanlar tescil ettirip kullanabileceği gibi, bütün işletmeleri için aynı unvanı da kullanabilir. TST m. 22, tacire bir hak sunmakta olup, yükümlülük getirmektedir²⁵³. İşte tacir farklı konulardaki işletmeleri için aynı ticaret unvanını kullanmakta ise bunlardan herhangi birisinin satımı ya da kiralınmasında unvanı da birlikte devredemez. Ancak faaliyet konularına göre farklı unvanlar kullanılmakta ise bu işletmelerden birinin satımı ya da kiralınması halinde bu işletme için kullanılan unvanın da birlikte devri mümkündür.

Sonuç olarak kiralayanın, tümü için tek bir unvan kullanmakta olduğu işletmelerinden sadece bir ya da bir kaçını kiraladığı hallerde, kira işlemi sonrasında da tacir kalmaya devam edeceğinden, unvan kiralanan işletme ile birlikte kısmen dahi olsa devredilemez. Tacir sıfatını iktisap etmeleri ve böylece bir ticaret unvanı kullanmaları ticari işletme işletip işletmediklerine bağlı olmayan ticaret şirketleri için de (TK m. 18/1; yTİK m. 16/1) aynısı geçerlidir. Zira bunlar ticari işletmelerini devretseler dahi tacir sıfatları ve buna bağlanan sonuçlar devam edeceğinden farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. Unvan hukuku, markada olduğunun aksine, devir veya lisans sözleşmesi ya da başka hukukî vasıtalarla da olsa, unvanın aynı anda birden çok kişi tarafından aynen ya da benzerlik gösterecek biçimde kullanılmasına mü-

²⁵³ KARAHAN, BERKİ* Armağanı, s. 123-124; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 378-379. TST m. 22'den açıkça anlaşılmasa da kanaatimizce hüküm, "şahıs unvanı" kullanan gerçek kişiler ile kollektif ve adi komandit şirketleri, amacına varmak için ticari işletme işleten demek ve vakıfları ve kamu tüzel kişilerini kapsamaktadır. Zira TK m. 45 uyarınca anonim ve limited şirketler ve kooperatiflerde işletme konusunun unvanda yer alması zorunludur. Uygulamada da işletme konusu unvana oldukça geniş biçimde yansıtıldığından bu tür tacirlerin TST m. 22'ye müracaatlarını gerektirecek bir durum söz konusu olmayacaktır.

saade etmemektedir. TK bu konuda bireylere sözleşme yapma imkanı vermemiştir. Bu çerçevede ticari işletmenin, müstakil bir işletme teşkil **edecek** şekilde bir şubesinin ya da bir mağaza, fabrika, atölye gibi bir bölümünün kiralanması hallerinde de, unvanın birlikte devri mümkün değildir. Zira bu hallerde geride yine bir ticari işletme olarak nitelenebilecek maddi ve gayri maddi mallardan oluşan bir organizasyon kalmakta ve bu işletilmeye devam edilmektedir. Bu da, kiralayanın ilgili hükümlere göre tesis edilmiş bir ticaret unvanı kullanma yükümlülüğünün devamı anlamına gelir. TK, ilgililere kanuna göre seçip kullanmak zorunda olduğu unvanı kısmen ya da **tamamen** başkasına devredip, müteakiben yeni bir daha unvan teşkil etme **hak.kını** vermemiştir (*teklik ilkesi*)²⁵⁴. Ayrıca unvanın işletmeden ayrı devredilemeyeceği kuralı da (TK m. 50/1; yTTK m. 49/1) göz önünde tutulmalıdır.

TK m. 11/II (yTTK m. 11/3) ve gerek m. 51/II'de (yTTK m. 49/2) sözü edilen devirden, unvanın, *şirket türünü gösteren ibareler hariç*, bir bütün olarak devri ve devralanın da bunu bir bütün olarak kullanması anlaşılmalıdır²⁵⁵. Ticaret unvanı çekirdek ve eklerinden (zorunlu, ihtiyari) oluşur (karş. TST m. 1 7/IV). Unvanın işletme ile birlikte yalnızca belli bir kısmının (örneğin yalnızca adın ya da yalnızca soyadın ya da işletme mevzuunun, ticaret şirketlerinde işletme konusu ile türüne eklenen zorunlu ya da ihtiyari ekin, Delta Bilişim Sistemleri A.Ş.'deki "Delta", Sağlam İnşaat Taahhüt Ticaret Ltd. Şti.'deki "Sağlam" kelimesi gibi) devri mümkün değildir. Bütün olarak devralınan unvan bir bütün olarak kullanılmalıdır. Unvanın tescil edildiği gibi kullanılması zorunluluğu, bir unvan kullanılmasından kaynaklandığı için buna sadece devreden değil, devralan da riayet etmelidir. Bu durumda ad ve soyad, "Delta Bilişim Sistemleri A.Ş.", "Sağlam İnşaat Taahhüt Ticaret A.Ş." bir bütün olarak devredilmeli ve kullanılmalıdır. Sonuç olarak TK m. 51/II'deki (yTTK m. 49/2) "bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın dahi devrini tazammun eder" esası, "bir işletmenin devri unvanın bir bütün olarak, bölünmeden devrini tazammun eder" şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak devredilen unvanın devralanın unvanı içinde çekirdeğin bir kısmını veya eki ya da ekin bir kısmını oluşturmaması ise mümkündür²⁵⁶.

Keza ticari işletmeyi hasılat kiracısı olarak işleten kişinin sözleşmede alt kiraya izin verilmiş olsa da (BK m. 284/1; yTBK m. 366) devraldığı unvanı devir yetkisi yoktur²⁵⁷.

²⁵⁴ Bkz. BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 111 vd.

²⁵⁵ "[...] 5 l. inci madde hükmünden çıkan manaya göre ticaret unvanı olduğu gibi iktisap edilerek kullanılabilir[...]", ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 96. Ayrıca bkz. ÖÇAL, Eskişehir İTİAD, Y. 1973, C. 9, S. 1, s. 270.

²⁵⁶ Örnekler için bkz. ÖÇAL, Eskişehir İTİAD, Y. 1973. C. 9, S. 1. s. 273.

²⁵⁷ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 96.

Yukarıda da dolaylı biçimde işaret edilmiş olduğu gibi, unvanın *ti_cari* işletme ile birlikte devrinin iki yönü bulunduğu ortaya çıkmaktadır: ilk yön unvanı devreden (kiralayanın) durumunu ilgilendirir ki, devreden unvanı aynen ya da benzer şekilde kullanmaktan kaçınılmalıdır²⁵⁸. Diğer yön ise kiracının devraldığı, kira süresince kullanma hakkını elde ettiği unvan ile "*ne yapacağıdır*". Öncelikle ifade edilmesi gereken husus, TK m. 11/II ve 51/II'ye (yTTK m. 11/3, 49/2) göre yapılan devir işleminin taraflara TK m. 41 vd. (yTTK m. 39 vd.) yer alan unvan hukukunun emredici hükümlerini değiştirme yetkisi vermediğidir. Kanaatimizce, TK m. 51'e (yTTK m. 49) ve TST m. 83'de yer alan devir ile, devralanın bunu öncelikle kendi unvanın çekirdek kısmında kullanacağından hareket edilmiş gözükmektedir. Hal böyle olunca da devralanın durumu, unvanın çekirdek kısmının teşkiline ilişkin emredici kurallar çerçevesinde açıklanmalıdır. Bir diğer deyimle kiralayana ait unvan kiracı tarafından kendi türüne ait ticaret unvanı teşkil esaslarına uygun biçimde değerlendirilebilir. Devir serbestisi kendi türüne ait ticaret unvanı teşkil kurallarını terk edebilme ve başka türe ait olanları uygulayabilmeye ruhsat vermez²⁵⁹. Ancak tarafların unvanın kiracı tarafından kendi unvanının eki olarak kullanılması konusunda anlaşmalarına da hukukî bir engel yoktur. Bu son halde kiracı, kiralayanın unvanını kendi unvanına ekleyerek kullanabilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, bu durumda da kiracı bakımından çekirdek ile ekin birbirine karışması, özellikle de kiralayana ait çekirdeğin kiracı tarafından ek olarak kullanılması söz konusu olur ki, her iki tarafın da gerçek kişi tacir olduğu hallerde, kanunun istemediği bir kannaşının doğacağı açıktır. Bu açıdan devralınan unvanın ek olarak kullanılması unvan hukukunun temel esaslarını zorlar nitelikte olduğundan, tatbik kabiliyeti çok sınırlı gözükmektedir.

Unvan devrinden, unvanın devralan tarafından değiştirilmeksizin ve bir ek de getirilmeksizin aynen kullanımı *zorunluluğu* anlaşılacaksa, ticari işletmenin gerçek kişi tarafından tüzel kişi tacire ya da demek veya vakıf tarafından bir ticaret şirketine satımı/kiralınması halinde gerçek anlamda unvan devrinin söz konusu *olamayacağı* belirtilmelidir. Zira alıcıya/kiracıya ait ticaret unvanı (çekirdek) teşkilî kuralları, özel olarak belirlenmiş olup (TK m. 44-47; yITK m. 42-45), bireyler arasındaki sözleşmelerle bunların değiştirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple gerçek anlamdaki unvanlı devirlerin sadece gerçek kişiler arasındaki devirlerde mümkün olduğu kendiliğinden anlaşılır. Diğer yandan devredilen unvanın devralanın unvanı içinde çekirdeğin bir kısmını veya eki ya da ekin bir kısmını oluşturması da mümkün olduğundan, bu ihtimalde bütün tacir türleri arasında geniş anlamda unvan dev-

²⁵⁸ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 97; BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 94; ÖÇAL, Eskişehir İTİAD. Y. 1973, C. 9, S. 1, s. 272.

²⁵⁹ Örnekler için bkz. ÖÇAL, Eskişehir İTİAD, Y. 1973, C. 9, S. 1, s. 273.

rinden bahsetmek imkan dahiline girer²⁶⁰. Fakat bu durumda özelliğle şirket türünü belirten ekler bakımından, kullanılacak unvanda değişik yapılması gerektiği açıktır.

Bir ticaret şirketinin ticari işletmesini kiralamasının, bunun tacirlik sıfatını sona erdirmeyeceği yukarıda ifade edilmişti (TK m. 18/I; yTTK m. 16/1)²⁶¹. Bir başka ifade ile gerçek kişi tacirler ile ticari işletme işleten dernek ve vakıflar bakımından söz konusu olan tacir sıfatı sona erdiği için ticaret unvanı kullanamama hususu, ticaret şirketleri hakkında geçerli değildir. Kiralayan ve kiracı ticaret şirketlerinin faaliyet konuları ve türleri aynı olsa dahi, bunlar arasında gerçek anlamda unvan devri mümkün değildir. Bu açıdan TST m. 83/IV'de yer alan ve f. II'ye atıf yapan, kiralayan şirketin unvanının silinmesini öngören düzenlemeler, ticari işletme kirası bakımından da yerinde değildir. Zira belirtildiği gibi kiralama işlemi kiralayanın tüzel kişiliğini sona erdirmeyeceğinden bunun ticaret unvanı kullanma yükümlülüğü devam etmektedir (TK m. 20/I, 42/I; yTTK m. 18/1, 40/1). Tasfiye haline giren tacir dahi unvanını "tasfiye halinde" eki getirerek aynen kullanmaya devam ederken (TK m. 208, 439/II; yTTK m. 269, 533/2), TST m. 83'ün işletmesini satan ya da kiralayan şirketin tasfiye sürecinin bitmesini dahi beklemeden unvanın terkinini öngörmesi isabetsizdir.

Kiralayan unvanının kullanılmasına izin vermiş olmakla birlikte bunu aynen veya benzer şekilde kullanmaya devam etmekte ise kiracı, akde aykırılığa dayanarak (BK m. 272, 96; yTBK m. 360, 112) tazminat talebinde bulunabilir. Kiracının kiralayana karşı, TK m. 52 vd.'daki (yTTK m. 50 vd.) korumadan istifadesi mümkün olmamakla beraber, m. 56 vd.'ye (yTTK m. 54 vd.) başvurması imkan dahilinde olsa gerektir²⁶². İşletme unvanlı devredilmiş olmakla birlikte kiracı sonradan kendisine ait bir unvan seçip tescil ettirmişse, kiralayan da yeni bir işletme açtığı takdirde kendi unvanını yeniden kullanmaya başlayabilir²⁶³.

²⁶⁰ BOYACIOĞLU, "gerçek kişi tacire ait bir ticari işletmenin sermaye şirketi tarafından devralındığında", "bir sermaye şirketi gerçek kişi tacir tarafından devralındığında", "gerçek kişi tacire ait bir ticari işletme şahıs şirketlerinden birisi tarafından devralındığında". "gerçek kişi tacir bir şahıs şirketinin unvanını devralındığında" ve "sermaye ve şahıs şirketleri arasında diğer şirket nev'ine ait bir unvanın devralınmasında", unvanlı devrin mümkün olduğu görüşündedir, Ticaret Unvanı, s. 97.

²⁶¹ Bkz. yukarıda § 6 II 3, 4, 5.

²⁶² Kiralayan, unvanı kullanma izni veren kira sözleşmesine aykırı şekilde kendisi için kullanmaya devam ettiğinden, kiracının TK m. 57 b. S'de (yTTK m. 55/1-a-2, 4) yer alan "iltibas" hukuki sebebine dayanması mümkündür. Bir başka ifadeyle unvanın sözleşmeye aykırı olarak kullanılmaya devam edilmesi de, b. S'de ifadesini bulan haksız kullanım olarak değerlendirilebilir. Ayrıca bkz. BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 98-99.

²⁶³ Karş. BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 94.

B) Kiracının Ticaret Unvanı

Unvan devrinin iki yönünün bulunması, kiralayanın unvanına ilişkin başlık altında kiracının durumu ile ilgili açıklamaların da yapılmaması sebebi olmuştur. Buna rağmen şu hususlara değinilmesi mümkündür: Öncelikle ifade edilmelidir ki, kiralayan, işletme ile unvanı da devretme zorunda değildir. Kiralayanın BK m. 272'de (yTBK m. 360) düzenlenen kirat.alınan işletmeye uygun halde teslim ve bulundurma borcundan, unvanı da birlikte devretme yükümlülüğü çıkarılamaz²⁶⁴. Bir başka ifade ile TK m. 51/II'de (yTTK m. 49/2) unvanın devri zımın anlaşma ile dahi mümkün kılınmış olsa da, ne buradan ne de BK m. 272'den (yTBK m. 360) bir devir yükümlülüğüne ulaşmak mümkün değildir. Kiralayan bu konuda bir serbestiye sahiptir. işte kiracı tacir, işletmeyi unvansız olarak devraldığı takdirde, kendi türüne göre bir unvan teşkil edip ve kullanmak zorundadır. Kiracı ticari işletme kirası sözleşmesi ile kendisine kullanma izni verilen ticaret unvanını ise herhangi bir ek getirmek zorunda aynen kalmaksızın kullanabilir²⁶⁵. Bu husus yTTK m. 49/2 c. 2' de "devir halinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir" hükmü ile açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır. Kiracı devraldığı unvanı kural olarak aynen kullanma hak ve yükümlülüğüne sahip olmakla birlikte, ihtiyarı ekler getirmesi de mümkündür²⁶⁶. Kiracının devraldığı unvanı kullanmama hakkı da vardır. Ancak devralınan unvan sadece kiralanan ticari işletme ile ilgili olarak kullanılabilir. Bir başka deyimle başka işletmeleri de işletmekte olan kiracı devraldığı unvanı yalnızca kiraladığı işletme bakımından kullanabilir²⁶⁷. Bundan başka, kiracı işletmeyi unvanıyla birlikte dev-

²⁶⁴ **Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 153.**

²⁶⁵ ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 97; ARKAN, s. 261; POROYIYASAMAN, s. 339 N. 460; HELVACI, (ÜLGİN, Ticari İşletme), s. 330 N. 949,951; BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 95, 108. BOYACIOĞLU, Alman literatürüne atfen şu görüşleri de ifade etmiştir: "[...] Ticaret unvanının işletme ile birlikte devredilmesi ile, devralan, mevcut unvanı sorumluluk potansiyeline ilişkin bir aykırılık mevcut olmadığı takdirde, aynen kullanma hakkı elde eder. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, devraldığı unvanı kullanmak zorunda değildir ve işletme için yeni bir unvan seçebilir. Özellikle devrin bir süre ile sınırlandırılmış olması halinde devralan seçtiği yeni unvanı kuracağı ya da devralacağı bir başka işletme için kullanma hakkına sahiptir. Buna karşılık yeni unvanın oluşturulmasında devralınan işletmeye ait unvanın parçaları kullanılmış ise, devri süresinin sonunda devralınan işletmeye ait eski unvanın unsurları herhangi bir değişiklik ve alıntı yapılmaksızın devredene iade edilir[...]", Ticaret Unvanı, s. 95-96. •

²⁶⁶ ÖÇAL, Eskişehir İTİAD, Y. 1973, C. 9, S. 1, s. 272; 865 s. ETK devirlerde devralana unvana halefiyet eki getirmeyi zorunlu kılmışsa da, bu kural TK'ya alınmamıştır, KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 388. Ancak kiralayanın kira süresince doğacak borçlardan dolayı isim benzerliğinden kaynaklanabilecek gereksiz dava ve takiplerle karşılaşmaması bakımından, devredilen unvana ihtiyarı ek olarak halefiyeti, kirayı ya da kiracıyı gösteren bir ekin getirilmesinin isabetli olacağı söylenebilir.

²⁶⁷ ÖÇAL, Eskişehir İTİAD, Y. 1973, C. 9, S. 1, s. 272.

ralmış ancak başka bir unvanı kullanmak istiyorsa devraldığı unvan ile kullanmak istediği unvan arasında tercihte bulunması gerekir. Zira tacirin aynı işletme için birden fazla ticaret unvanını tescil ettirerek uhdesinde bulundurması mümkün değildir. Tescil edilmiş unvanların fiilen de kullanılıyor olması gereklidir²⁶⁸.

Hukukumuzda devir ya da kira halinde unvana ek getirilerek kullanma zorunluluğu bulunmadığından ve devralanın ya da kiralayanın geçmiş işletme borçlarından sorumluluğu ile unvan arasında herhangi bir ilişki kurulmamış olduğundan, üçüncü kişilerin unvanın alıcı ya da kiracı tarafından aynen ya da ek getirilerek kullanılmaya devam edilmesi ile bu kişilerin eski işletme borçlarından sorumluluğu arasında bağ kurmaları da söz konusu olamaz. Bir diğer ifadeyle, satıcının/kiralayanın unvanının aynen ya da ek getirerek kullanılmaya devam edilmesi, alıcının/kiracının eski borçlardan sorumlu olduğu yönünde bir hukuki görünüş yaratmaz.

TK m. 48/IU'de (yTIK m. 46/3) bazı kelimelerin ticaret unvanına konulabilmesi Bakanlar Kurulunun iznine bağlanmıştır. Kiracı işletmeyi unvanlı olarak devralmış olsa da bu kelimeler için kendisi adına izin almadıkça unvanı kullanamaz. Bunun gibi kiralayanın mesleği, eğitimi ya da uzmanlığı sebebiyle haklı olarak kullandığı eklerin, aynı vasıflara sahip olmayan kiracı tarafından kullanılmaya devam etmesi söz konusu olamaz²⁶⁹.

C) Ticari İşletme Kirası ve İşletme Adı

İşletme adı TK m. 55'e (yTTK m. 53) göre işletmeyi diğer işletmelerden ayırmaya yarayan addır. TK m. 55'de (yTTK m. 53) işletme adı hakkında uygulanacak hükümler arasında unvanın devrini düzenleyen TK m. 51 (yTTK m. 49) sayılmamıştır. Bu da işletme adının özellikle işletmeden ayrı olarak devredilip devredilemeyeceği hususunda tartışmalara sebep olmuştur²⁷⁰. Ancak kanaatimizce bir işletme işareti olan işletme adının işletme ile birlikte kiracıya devri ve böylece onun tarafından kullanılmasına izin verilmesi mümkündür. Kiracı işletme adını aynen kullanma hakkına sahip olur ve bu kendi adına tescil edilir (TK m. m. 11/II, 55, 28, 43/11; TST m. 23; yTTK m. 11/3, 53, 26, 45). Kiralayan da, kira süresince işletme adını kullanmaktan vazgeçer. Aksi halde kira sözleşmesinin ihlali dolayısıyla kiracı tazminat talebinde bulunabilir (BK m. 272, 96; yTBK m. 360, 112). Ancak kiracı kiralayana karşı TK m. 55 (yTIK m. 53) göndermesi ile m. 52 vd.'ndaki (yTTK m. 50 vd.) korumadan istifade edemez.

²⁶⁸ KARAHAN, BERKİ Armağanı, s. 125-126.

⁹ BOYACIOĞLU, Ticaret Unvanı, s. 96.

¹⁶ HELVACI, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 338 N. 978-979; POROYIYASAMAN. s. 341 N.464.

3. Ticari İşletme Kirası ve Ticaret Sicili

Ticaret sicili, ticari işletmeler, tacirler ve ticaret şirketleri ile ilgili olarak TK ve diğer kanunlar (örneğin BK, İİK, KoopK, TIRK) ile TST'de tespit edilmiş belli işlem ve olayların, kayıt altına alınması ve üçüncü kişilere duyurulması amacıyla kurulmuş, resmî ve alenî bir sicil olarak tarif edilebilir²⁷¹. Ticaret sicili kısaca "*ticari işletmeler sicili*" olarak da nitelendirilmektedir²⁷². Ticaret sicili hiç şüphesiz bir ticari işletmenin hasılat kirasını verilmesi halinde de önemli işlevler icra edecek bir kurumdur. Bir diğer ifadeyle ticari işletme kirası da ticaret siciline tescil edilecek işlem ve olayların doğmasına yol açabilir. TST'de devir işlemlerinin sicil hukuku açısından özel olarak düzenlenmesini lüzumlu görmüş ve ilgili hükümlere 83. maddesinde yer vermiştir²⁷³. Hükümde sadece "devir"den bahsedilmiş olmakla beraber, bunun yalnızca satım ya da bağış yoluyla gerçekleşen devirleri değil, aynı zamanda hasılat kirası yoluyla gerçekleşen devirleri kapsadığı da kabul edilmelidir. Bu sebeple yTTK'na göre hazırlanacak TST'de kiralama işlemlerinin de özel olarak anılmasında fayda olduğu açıktır (yTTK m. 356/1).

A) "İlgili" Kavramı Bakımından Değerlendirme

Ticari işletme kirası ile kiralayan kendi işletme faaliyetlerine son vermekte, kiracı ise bu işletme üzerinde kendi adı ve hesabına işletme faaliyetlerine başlamaktadır. Ticari işletme ile ilgili işlem ve olaylara ilişkin sicil işlemleri, ticaret sicil memuru tarafından kural olarak talep üzerine istisnaen de re' sen yapılır (TK m. 29; TST m. 24; yTTK m. 27). TK m. 30/I (yTTK m. 28/1) ile TST m. 31/1'de ise, talepte bulunma yetkisinin ise "ilgililerde" bulunduğu belirtilmiştir. Bu sebeple öncelikle kiralayan ile kiracının durumlarının "ilgili" kavramı bakımından ele alınması gerekir. TST m. 31/ill'e göre "ilgililer", "tacirin hakiki şahıs olması halinde kendisi veya akidle kendisine selahiyet verilmiş temsilcisi, tacirin hükmi şahıs olması halinde ise onun selahiyetli uzuvları veya selahiyetli temsilcileri" olarak tespit edilmiştir. Bu hükümden hareketle "ilgilinin", gerçek kişiler bakımından işletme sahibi ya da yetkili temsilcisi, tüzel kişiler bakımından ise bunların organları ya da

²⁷¹ Muhtelif tanımlar için bkz. BİLGE, M. E.: Ticaret Sicili, İstanbul, 1999. s. 10-11; NOMER ERTAN. (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 281 N. 831.

²⁷² BİLGE, Ticaret Sicili. s. 83.

²⁷³ Mevcut TST'nin hazırlanmasında kaynak vazifesi gören İsviçre TST. m. 83'c tekabül eden düzenlemelerini değiştirmiş ve 2004 yılından itibaren İsviçre Birleşme Kanunu'na ile uyumlu hükümler getirmiştir (bkz. m. 105 vd.). Ancak bu düzenlemeler arasında bir ticari işletmenin satılması ya da kiralanması ihtimali göz önünde tutulmamıştır. yTIK döneminde hazırlanacak TST'de de yTTK m. 134 vd. çerçevesinde uyumlaştırmalar yapılmasının büyük faydaları olacağı kuşkusuzdur, bkz. 6103 s. Kanun m. 42.

yetkili temsilcileri olduğu ifade edilmektedir²⁷⁴. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere hukukumuzda ne iktisadi faaliyet serbestisi ne de tacir sıfatı **bakı**mından işletmenin işletenin mülkiyetinde bulunma zorunluluğu bulunmadığından ticari işletme kirası söz konusu olduğunda ilgili kavramının kapsamını yeniden ele almak gerekir. TST m. 31/III' ün, "tacirin hakiki şahıs olması halinde kendisi" şeklindeki ifadesinin de gösterdiği gibi, tacirlik sıfatının doğumuna sebep olan hadiseye, yani işletme faaliyetlerine, bunların kimin adına ve hesabına yürütüldüğüne ve kimin hak ve borç sahibi olduğuna önem verilmiştir. Hal böyle olunca "ilgiliden", sadece işletme sahibi durumundaki işleticinin anlaşılması, eksik bir değerlendirme olacaktır. Bu açıdan ticari işletme kirası söz konusu olduğunda, işletmenin sahibi olmayan kiracıyı da "ilgili" olarak kabul etmek gerekir²⁷⁵.

Cevaplandırılması gereken bir diğer soru ise, "ilgililik" sıfatının, bunlardan her biri için ne zaman başladığı ve sona erdiği. İlk olarak belirtilmesi gereken husus kiranın başlangıcı ve bitimindeki devir ve iade işlemleri için hem kiralayanın hem de kiracının "ilgili" sayılması ve sicil işlemleri için birlikte hareket etmeleri gerektiğidir. Zira bir ticari işletmenin, işletmecisiz kalması düşünülemeyeceğinden, devrin ve devralmanın (işletme organizasyonu ile maddi ve gayri maddi mal varlığının naklinin) aynı anda gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu taraflar arasında hukulî işlemler ve eylemlerle gerçekleşen bir süreç olduğundan, her iki tarafın da "ilgili" kabul edilmesi gerekir. Ancak ticari işletme kirası sözleşmesi kiracıya işletmenin özüne ilişkin işlemleri (örneğin işletmenin merkezini değiştirme, kiralayanın izni ile kullandığı ticaret unvanı ya da işletme adını değiştirme, işletmeyi tasfiye etme) yapma yetkisi vermeyeceğinden bu gibi konularda "ilgili" sıfatı kiracıya ait değildir. Bu gibi temel hususlar dışında kiracı kendi işletmecilik döneminde TST m. 31/III anlamında "ilgili" sıfatını *tek başına* haizdir. Sözleşmenin sona ermesi ve ticari işletmenin iadesinin gerçekleşmesi ile ticari işletmenin asıl sahibi durumundaki gerçek ya da tüzel kişi yeniden "ilgili" sıfatını tüm kapsamıyla kazanır. Sözleşme sona ermiş olmasına rağmen işletme kiracı tarafından fiilen işletilmeye devam olunmakta ise özellikle hukuk güvenliği ilkesi açısından sicil memurluğuna karşı sadece kiracının "ilgili" sayılması gerekir. Bu durumda kiralayanın TK m. 34/IV'de (yTTK m. 32/4) (TST m. 44N) düzenlenen "geçici tescil" kurumundan istifade etmesi mümkündür.

¹¹ ⁴ *BiLGE*, Ticaret Sicili, s. 90. 96.

m **Karş.** *AHLBRECHT/BENGSOHN*, Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10. s. 362.

B) Tescil Edilebilecek Hususlar

❖İca❖i işletmenin işleticisinin değişmesi sonucunu doğuran bir işlem olarak ticari işletme kirası, gerek sözleşme yapılırken ve gerek ifa edilirken bir takım tescil ve/veya ilanı gerektiren işlemlerin yapılmasına ya da olayların gerçekleşmesine sebebiyet verebilir. Ancak en başta belirtilmesi gereken husus ticari işletme kirasının TK açısından bizzat kendisinin tescili zorunlu bir işlem olmadığıdır. yITK m. 11/3 karşısında ise ticari işletme kirasının da tescil ve ilan edilmesi gereken bir işlem olduğu açıktır.

TST m. 83 ticari işletmenin devri meselesini özel olarak düzenlemiştir. Bu sebeple anılan hüküm üzerinde durulması gerekmektedir. TST m. 83 incelendiğinde, ticari işletmenin kimler arasında devre konu olduğuna, özellikle de unvanla birlikte mi, yoksa unvansız mı devredildiğine önem verildiğini görmek mümkündür:

a) Ticari işletmenin bir gerçek kişi tarafından bir başka gerçek kişiye kiralanması (TST m. 83/1-II):

aa) *işletmenin unvanla birlikte kiralanması* (karş. TK m. 51/11; yITK m. 49/12): Bu durumda işletme ve unvana ait kayıtlardan sadece devir sebebiyle değiştirilmesi gerekli olanların değiştirilmesi istenmiş ancak bunların neler olduğu, özellikle kiralayanın durumu açıkça gösterilmemiştir (TST m. 83/1). Kanaatimizce, TST'de yer alan "*unvanı ile beraber devir*" ifadesi ile kiracının kiralayanın unvanını hiçbir değişikliğe uğratmaksızın aynen kullanmaya devam etmesi kastedilmektedir. Bu ihtimalde öncelikle TK m. 20/I ve 42/1'de (yTTK m. 18/1, 40/1) bildirilen hususlara riayet edilmesi gerektiği açık olmakla birlikte . Buna göre her tacir açtığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ticari işletmesini ve ticaret unvanını merkezin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmek zorundadır. Hükümde geçen "açıldığı" ifadesinden, TK m. 14/1-II (yTTK m. 12/1-2) ile uyumlu olarak "işletmeye başlama" ya da "işletilmeye başlamış sayılmanın" anlaşılması gerekir. Buna göre öncelikle kiracının ticari işletmeyi devraldığı, en geç de fiilen işletmeye başladığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ticaret siciline tescil ve ilan ettirmesi gerektiği açıktır (TK m. 29-32; TST m. 24-26; yTIK m. 27-30)²⁷⁶. Kiracının işletmeye başlaması, kiralayan tacirin kendi işletme faaliyetlerine son vermiş olmasını gerektirdiğinden, ki aksi takdirde bir adi şirket ilişkisi ortaya çıkabilir, kiralayan durumundaki tacire ait kaydın terkin edilmesi ve yerine de kiracının tescil edilmesi gereklidir (TK m. 33/I, 20/I; TST m. 38/1; yTTK m. 30/1, 18/1). Bir başka ifadeyle kiralayanın terkin başvurusu zaman bakımından önce gerçekleşecekti.²⁷⁷ Sicil esas defterinde her bir tacir ya da unvan için değil, her bir ticari işletme için sayfa ayrıldığından (TST

²⁷⁶ Karş. AHLBRECHT/BENGSOHN, Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10. s. 363.

²⁷⁷ Karş. AHLBRECHT/BENGSOHN, Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10, s. 363.

m. 85/11)²⁷⁸ ve TST m. 83/I'de öngörülen ihtimalde olduğu gibi kiracı da unvanı aynen kullanmaya devam edeceğinden, "kiracının işletmesi" için yeni bir sayfa açılmaksızın, ticari işletmeye ayrılmış sayfada kiralayan tacire ait kayıt terkin edilirken kiracı i²⁷⁹ de tescil işlemi yapılacaktır. Bu sırada kiralayanın ticaret sicil numarası⁷⁹ da terkin edileceğinden, kiracıya yeni bir ticaret sicil numarası verilmelidir. Değişikliklerin hukukî sebebi²⁸⁰, tüzel kişi kiralayanlarda işletmenin kiraya verilmesine ilişkin yetkili organ kararının tarihi ile TST m. 16/1'de belirtilen diğer hususlar da sicil esas defterinin ilgili sütunlarında²⁸¹ gösterilir. Kira bitiminde işletmenin iadesinde de aynı işlemlerin tersine şekilde tekrarlanması gerektiği açıktır. Bunun gibi kira süresince mevcut bir şubenin kapatılması ya da yeni şube açılması gibi işlemler de hiç

¹¹⁸ *BİLGE*, Ticaret Sicili, s. 83. Ancak ticari işletmeyi tek başına karakterize edecek bir işaret olmadığından, işletmelerin birbirlerinden bunları işleten tacirlerin kullanmak zorunda oldukları ticaret unvanları vasıtasıyla ayrılacakları de göz önünde tutularak, ticari işletme ile ticaret unvanı arasında sicil bakımından yine de işlevsel bir ilişki olduğu göz ardı edilemez. Bir diğer deyimle, ticaret unvanı her ne kadar taciri diğer tacirlerden ayırmaya yarayan işaret olarak kabul edilse de, sicil bakımından ticaret unvanı işletmeyi sicilde kayıtlı diğer işletmelerden ayırma işlevini de üstlenmektedir.

²⁷⁹ 16.04.2010 t. ve 27554 s.lı RG'de yayınlanan Merkezi Tüzel Kişilik Bilgi Sisteminin Ticaret Sicili Memurluklarında Uygulanması Hakkında Tebliğ'e (İç Ticaret 2010/1) göre "vakıflar ve dernekler ile ticaret siciline kaydı bulunan tüm tacirlere verilen Merkezi Tüzel Kişilik Bilgi Sistemi (Merkezi Sicil Kayıt Sistemi, MERSİS) üzerinde özel bir algoritma ile üretilen 16 haneli tekil numara", Merkezi Tüzel Kişilik Numarası (**MTK** Numarası) olarak isimlendirilecektir (m. 3). M. 4'e göre, sisteme kayıtlı bütün tüzel kişilikler, ticaret sicili işlemlerinde MTK numarasını kullanmak zorundadırlar. Gerçek kişi tacirler ise T.C. Kimlik numaraları ile işlem yapabilecekleri gibi, sistemden almış oldukları MTK numarasını da kullanabilecektir. Kanun hükümlerine uygun olarak ticari işletme ve/veya şirket kurmak isteyen kişiler, Bakanlıkça hazırlanan MTK sistemine www.icticaret.gov.tr adresinden erişecektir (m. 6/1). Ticaret sicil memurluğuna yapılan tescil işlemi sonrasında kuruluşu gerçekleştirilen "firma" için sistem üzerinde üretilen bir MTK numarası verileceği dem. 7/2'de ifade edilmiştir.

²⁸⁰ *AHLBRECHT/BENGSOHN'un* da isabetli olarak belirttikleri gibi sicil memurunca, işletmeyi işletecek kişinin, hasılat kiracısı olduğunun serh edilmesi mümkün değildir. Zira ticaret siciline tescil edilmesi gereken ve edilebilecek hususlar mevzuatta gösterilmiş olup bunlara arasında işleten kişinin hangi hukuki dayanakla işletmeyi işlettiği hususu yoktur, *Rechtspfleger*, Y. 1982, S. 10, s. 363. Diğer yandan böyle bir imkan tanınırsa, sicil memuruna taraflar arasındaki hukukî ilişkileri maddi hukuk anlamında niteleme yetkisi verilmiş olur ki, bunun sicil memurluğu sıfatı ile bağdaştığı söylenemez. TST m. 16/1'de yer alan "işletmenin tescilinde işletmenin hakiki veya hükmi şahsa ait olduğu veya donatma iştirakinden ibaret bulunduğu ve hükmi şahsa ait ise o hükmi şahsın kanuni şekli [...] kaydolunur" ifadesi de bu sonucu destekler niteliktedir. TST'nin bu konuda getirdiği istisna ise, işletme sahibinin velayet ve vesayet altında bulunması. kendisine bir müşavir tayin edilmiş olması gibi ehliyeti ilgilendiren haller ile veli, vasi veya müşavirin kimler olduğunun tescil edilmesi hususudur (TST m. 16/11). Ancak yTTK m. 11/3 karşısında aksi sonuca varmak gerekir.

²¹¹ *BİLGE*, Ticaret Sicili, s. 73 dn. 205.

şüphesiz tescili zorunlu hususlardandır (TK m. 42/ITI; yTTK m. 40/3). Ancak bu ihtimalde ticaret unvanı kiralayanın izni ile (karş. TK m. 49/II c. 2-3, 51/II; yTTK m. 47/2, 49/2) kiracı tarafından aynen kullanılmaya devam edeceğinden²⁸² sicil kayıtlarında unvanla ilgili herhangi bir değişikliğe gerek kalmayacaktır.

ab) İşletmenin unvansız kiralınması: TST m. 83ff'i'de düzenlenen bir diğer ihtimal ise işletmenin kiralınması sırasında kiralayanın ya hali hazırda bir işletme işletmekte olduğu için ya da başka bir nedene dayanarak kiracıya unvanını kullanmasına izin vermemesi halidir. Bu durumda kiracı kiralayanın unvanından tamamen farklı yeni bir unvan oluşturacaktır. Kanaatimizce kiracının kiralayanın unvanını değiştirerek, daha açık deyimle zorunlu ya da ihtiyarı bir ek getirerek kullanması halini de TST m. 83/II kapsamında değerlendirmek de fayda vardır. Aksi halde uygulamada ortaya çıkma ihtimali yüksek olan bir ihtimal çözümsüz bırakılmış olacaktır ki, bunun yerinde olmadığı açıktır. Bu sebeple olaya en uygun TST m. 83/II kıyasen uygulanmalıdır. Kiralayanın unvanı ile kiracının unvanının farklılık göstermesi sebebiyle TST m. 83/I'in uygulanması mümkün değildir.

TST m. 83/II'ye göre bir ticari işletmenin unvansız kiralınması halinde eski unvan ve işletmeye (kiralayana) ait bütün²⁸³ kayıtlar silinir ve yeni bir unvan altında işletilecek işletme için yeniden tescil işlemi yapılır. Bu da yeni durum için sicil esas defterinde yeni bir sayfa açılması ve kiracıya yeni bir sicil numarası verilmesi anlamına gelmektedir. Ancak, bu işletmenin eskisinin devamı olduğu, işletmenin eski sicil numarası ve unvanı da yazılarak kırmızı mürekkeple yeni işletmeye ait sayfaya şerh verilir. Bu şerh, üçüncü kişilerde bir adi ortaklık ilişkisi bulunduğu kanaati yaratılmaması bakımından da önemlidir²⁸⁴. Görüldüğü gibi bu halde kiralayan bakımından terkin, kiracı bakımından ise tescil ve şerh işlemleri öngörülmüş ve adeta yeni bir işletme açılmış ve ilk defa tescil ediliyor gibi tescil işlemlerinin yapılması öngörülmüştür.

²⁸² **ARKAN**, s. 260-261; **HELVACI**, (ÜLGEN, Ticari İşletme), s. 330 N. 949, 951.

²⁸³ Kiralayan durumundaki gerçek kişi tarafından işletilen başkaca işletmelerin de bulunması ihtimali karşısında "*eski unvan ve işletmeye ait bütün kayıtlar silinir*" ifadesinin ihtiyatla karşılanması gerekir. Zira gerçek kişiler faaliyet konuları itibarıyla birbirlerinden farklı birden fazla işletme işletseler de, bütün bu işletmeleri için medeni adlarını herhangi bir ek getirmek, farklılaştırmak zorunda olmaksızın, ticaret unvanı olarak kullanma imkanına sahiptirler, bkz. **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s. 378-379; **POROYYASAMAN**, s. 330 N. 441; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s. 123. Ancak TST m. 22 uyarınca unvan her bir ticari işletme için ayrı ayrı tescil edilmek zorunda olduğundan, TST m. 83/II'de yer alan "*eski unvan ve işletmeye ait bütün kayıtlar silinir*" ifadesinin hangi ticari işletme için tescil edildiyse sadece buna ilişkin kaydın terkinde şeklinde anlaşılması mümkündür.

²⁸⁴ Karş. **AHLBRECHT/BENGSOHN**, Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10, s. 364.

b) *Ticari işletmenin bir gerçek kişi tarafından bir ticaret şirketine kiralanması (TST m. 83/11)*: TST'de düzenlenen bir diğer ihtimal de kiralayanın gerçek kişi, kiracının ise tüzel kişi olması halidir. Anılan hüküm incelendiğinde gerçek kişilerle tüzel kişilerin ticaret unvanı oluşturma esaslarının farklı oluşundan hareket edildiği ve kiralayan bakımından adına yapılmış olan kaydın terkininin, kiracı ticaret şirketi kayıtları bakımından ise, ilgili şirkete ilişkili TK ve TST'deki özel hükümlere uyulmak kaydıyla, kiralama işlemi dolayısıyla gereklilik olarak ortaya çıkan tadillerin yapılması öngörülmüştür. Bunlar arasında örneğin ticaret şirketinin konu değişikliğine ya da kiralama işlemine ilişkin sözleşme değişikliğinin, şirketin yetkili organının kararının, ticaret unvanı değişikliğinin kaydedilmesi söz konusu olabilir.

c) *Ticari işletmenin bir ticaret şirketi tarafından gerçek kişiye kiralanması (TST m. 83/N)*: Bu ihtimalde de yine tacir türleri arasındaki ticaret unvanı oluşturma esaslarındaki farklılıkların göz önünde tutulduğu anlaşılmaktadır. Diğer yandan anılan hükümde bir ticaret şirketinin "mamelekinin" bir gerçek kişiye devrinden söz edilmiştir. Ancak ticaret şirketlerinin malvarlığı bunların ticari işletmelerinden ibaret olmadığı gibi, ticari işletmenin ya da işletmelerden birisinin üçüncü kişiye satımı ya da kiralanması da her zaman şirket mamelekinin devri/nakli şeklinde de yorumlanamaz. Bu sebeple de "mamelekin devri" ifadesine, şirkete ait ticari işletmenin satılması, bağışlanması anlamında devrinin ve kiralanmasının da dahil olduğunu kabul etmek gerekir.

ca) *Kiracının hali hazırda ticaret sicilinde kayıtlı olmaması hali*: TST m. 83/IV'de, kiracı gerçek kişinin hali hazırda ticaret sicilinde kayıtlı olmaması, bir diğer deyimle kiracının ilk kez ticari faaliyete başlayacak olması hali için II. fıkra hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Anılan fıkranın ilgili kısmına göre ise "[. ..] eski unvan ve işletmeye ait bütün kayıtlar silinir, yeni unvan altındaki işletme için yeniden tescil muamelesi yapılır. Şu kadar ki, bu işletmenin eskisinin devamı olduğu, işletmenin eski sicil numarası ve unvanı gösterilmek üzere kırmızı mürekkeple yeni işletmeye ait sahifeye şerh verilir". Bu atfa göre ilk defa ticari işletme işletecek gerçek kişinin ticaret siciline tescili ve eski kayıtla irtibatlandırılması gerektiği düşülse de, işletmeyi devreden ya da kiralayan şirketin terkinin anlamına da gelen bu sonuç yerinde değildir. Zira ister satım ya da bağış yoluyla devirde, ki TST asıl olarak bunu düzenlemektedir ve ister kiralamada olsun, bir ticaret şirketinin işletmesini kiralaması bunun infisahı nedeni değildir. Bu konuda karar yetkisi ortaklardadır. Onlar bu yönde bir karar almadığı sürece, satımdan ya da kiraladan elde edilen gelirle şirketi yaşatma imkanına sahiptirler. Bu açıdan II. fıkraya yapılan atfı, sadece satılan ya da kiralanmış ticari işletmeye ilişkin kaydın terkinin şeklinde anlamak gerekir.

cb) *Kiracının hali hazırda ticaret sicilinde kayıtlı olması ihtimali:* TST m. 83/IV'de bir ihtimal daha düzenlenmiştir ki, bu da işletmeyi kiralayan gerçek kişinin bir ticari işletme işlettiği için hali hazırda sicilde kayıtlı olması durumudur. TST, bu alternatif için, devreden şirketin unvanının silinmesini ve devralana ait kayıtlarda sadece bu devir sebebiyle gerekli değişikliklerin yapılmasını öngörmüştür. Burada da aynen yukarıda olduğu gibi, ticari işletmenin satımı ya da kiralanması, satan ya da kiralayan ticaret şirketinin unvanının, sonuç olarak tüzel kişiliğinin, ticaret sicilinden terkinini haklı ve gerekli gösterecek bir sebep oluşturmaz. Ticaret şirketlerinin ne zaman ve hangi şartlarla kurulmuş ya da infisah etmiş sayılacağı ve böylece tescil ve terkin edileceği hususu TK'da gösterilmiştir ki, bunlar arasında ticari işletmenin satımı ya da kiralanması bulunmamaktadır. Tüzük ile Kanun'da olmayan terkin nedenleri öngörülmesi yerinde değildir. Bu hususlar TK m. 136 vd.'na (yTTK m. 124 vd.) göre çözümlenmelidir. Sicil memuru bu halde olsa olsa, ilgilileri tescile (terkine) davet etme yetkisini kullanabilir (TK m. 35; TST m. 40-41; yfTK m. 33). Sonuç olarak kiralayanın unvanı terkin edilmemeli, sayfasında işletmenin kiralandığı gösterilmeli, kiracıya ait sayfadaki kayıtlarda sadece bu devir sebebiyle gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

Yukarıda belirtilen hususlar, TST m. 83'de düzenlenmeyen kiracı ile kiralayanın ticaret şirketi ya da diğer bir tüzel kişi tacir olduğu haller için de geçerlidir.

d) *Ticari işletmenin bir gerçek kişi ya da ticaret şirketi tarafından "bir işletmesi bulunmayan" bir dernek, vakıf ya da kamu tüzel kişisine kiralanması (TST m. 83/V):* TST, bu ihtimali işletmenin bir gerçek kişi tarafından bir başka gerçek kişiye unvansız satımı ve kiralanması ile eşdeğer görmüş ve TST m. 83/II'nin uygulanmasını istemiştir. TST, bu alternatifte kiralayan ile kiracının ticaret unvanı tesisine ilişkin esaslar farklı olduğundan, kiracının her halde farklı bir unvan tesis etmek zorunda olduğundan, bunun da unvansız devre tekabül edeceğinden hareket etmiştir. Buna göre işletmenin bir gerçek ya da ticaret şirketi tarafından bir dernek, vakıf ya da kamu tüzel kişisine kiralanması halinde, eski unvan ve işletmeye (kiralayana) ait bütün kayıtlar silinecek, kiracı için de sicil esas defterinde yeni bir sayfa açılacak ve yeni bir sicil numarası verilecektir. Ancak, bu işletmenin eskisinin devamı olduğu, işletmenin eski sicil numarası ve unvanı da yazılarak kırmızı mürekkeple yeni işletmeye ait sahifeye şerh verilir.

TST m. 83 uyarınca yapılacak sicil işlemlerinin hukukî niteliği konusunda genelleme yapmak yerinde olmaz. Zira yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı gibi hakkında sicil işlemi yapılması gerekli ya da mümkün birçok husus bulunduğu için bunlara ilişkin kayıtların kurucu ya da bildirici olup olmadığı somut işlem ya da olayın türüne göre belirlenmelidir. Yine belirtilmelidir ki, TST m. 83'de hiç ilandan bahsedilmediğinden, ilana tabi hu-

susların neler olduğu buna ilişkin özel hükümlere göre belirlenecctir"❖ Ancak gerek tarafların ve gerek ticaret sicil memurunun yapılacak ilanlarda. bunun BK m. 179'un (yTBK m. 202) uygulanmasına yol açabilecek **ifade**lerden kaçınması gerekir (TK m. 39/II; yTTK 36/4, 37). Zira BK m. 179 (yTBK m. 202), hem "işletme unsurları üzerinde eşya hukuku anlamında mülkiyete sahip olma" anlamındaki, hem de "işletme organizasyonu üzerinde etkili olabilme iktidarı" anlamındaki işletme sahipliğinin karşı tarafa satım, bağış ya da trampa gibi mülkiyeti nakil amacı güden bir devir sözleşmesi ile kesin ve sürekli bir şekilde nakli hallerinde uygulanabilir bir hükümdür⁸⁶. İşte bu sebeple ilanlarda, BK m. 179'a (yTBK m. 202) uyan bir devre bağlanan sonuçların doğmasına sebep olacak hukukî görünüş yaratılmasından kaçınılması tarafların menfaatinedir (karş. TST m. 101; yTIK m. 47). Bunun gibi TST m. 83'de bir açıklık olmamasına rağmen, bir kaydın terkini- nin diğerinin ise tescilinin söz konusu olduğu hallerde, bunların eş zamanlı olması❖ gerektiğinden hareket edilmelidir (TK m. 33; TST m. 38; yTIK m. 31)²⁸. Bu çerçevede gerek kira başlangıcında ve gerek kira bitiminde. kirala- yan ile kiracıya ait tescil işlemleri eş zamanlı yapılmalıdır.

TST m. 83 dışında kalan ve tescili mümkün hususlar arasında ticari mümessil atanması hali de örnek olarak verilebilir. BK m. 449/1 (yTBK m. 547/I) uyarınca ticari işletmenin "sahibi", ticari mümessil atamaya yetki- lidir. Doktrinde de yerinde olarak işaret edildiği gibi, "işletme sahibi" ifade- sinin, "işleten" şeklinde anlaşılması gerekir. Bu anlamda işletme sahibi kav- ramına hasılat kiracısı da dahildir²⁸⁸. Kiracının bir ticari mümessil ataması durumunda bunun da tescil edileceği açıktır (BK m. 449/II; yTBK m. 547/II). Kiralayan tarafından atanmış ticari mümessilin yetkisi, ticari işlet- menin hasılat kirasına verilmesi ile sona ereceğinden bu durumun da kirala- yanca terkin ettirilmesi gerekir (BK m. 452/1; yTBK m. 550/1)²⁸⁹.

¹¹⁸ İlana tabi hususlar hakkında bkz. *BİLGE*, Ticaret Sicili, s. 129-130.

²¹¹⁶ *ARICI*, Devir, s. 65-66; *ŞAHİN*, HATEMİ Armağanı, C. II, s. 1413-1414.

²¹¹⁷ **Karş.** *AHLBRECHT/BENGSOHN*, Rechtspfleger. Y. 1982, S. 10, s. 363, 364.

^m *KJRCA*, i.. Ticari Mümessillik. s. 50; *ARKAN*, s. 164 ve dn. 2; *KARAHAN*. Ticari İşletme. s. 276 ve dn. 530.

²¹¹⁹ *KIRCA*, I.. Ticari Mümessillik, s. 192, 194.

§ 7 TİCARİ İŞLETME KİRASINDA TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI ÇERÇEVESİNDE SEÇİLMİŞ BAZI KONULAR

Konusu bir ticari işletmenin işletilmesi olan hasılat kirası tarafları arasında, gerek kendilerini gerek üçüncü kişileri ilgilendiren pek çok hukuki ilişkinin doğmasına sebep olur. Bunların gerek borçlar hukuku ve gerek ticaret hukuku bakımından ayrıntılı biçimde ele alınması mümkündür. Ne var ki bu yapılırken, sözleşmenin konusunun özellikleri daima göz önünde tutulmalıdır. Bir diğer ifadeyle sorunların ticari işletme *bütünlüğünü* ilgilendirdiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeple BK m. 270 vd.'da (yTBK m. 357 vd.) düzenlenmiş olan hususların, bilhassa da tarafların karşılıklı hak ve borçlarının, ilişkinin konusunun ticari işletme olduğu göz önünde tutularak ele alınmasının daha yerinde bir yöntem olacağı açıktır.

I. Kiralayanın Ticari İşletmeyi Kullanıma ve İşletilmeye Uygun Halde Teslim ve Bulundurma Borcu

1. Borcun Kapsamı

Kiralayanın kiracıya karşı sözleşme ilişkisinden doğan en temel borcu, ticari işletmeyi kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve kira süresince de bu halde bulundurma borcudur (BK m. 272/1; yTBK m. 360)¹. Kiracının hasılat elde edebilmesi, bir başka ifadeyle de sözleşmenin ekonomik gayesine ulaşabilmesi de ancak bu takdirde mümkündür. "Kullanıma ve işletilmeye uygun bir şekilde teslimden" maksat, kiracıya kiralanda işletme faaliyetlerini duraksamaksızın yürütebilmesini sağlayacak tür, nitelik ve miktarda

¹ ALTAŞ, s. 100, 169; KLINGLER, s. 80; bkz. ayrıca YAVUZ, s. 282. yTBK adi kiraya ilişkin m. 301'de "kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurma ile yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme" yapılamayacağını öngörerek kullanıma uygun biçimde teslim borcuna emredicilik kazandırmıştır. yTBK'da kiralananın kullanıma ve işletilmeye elverişli halde teslim borcuna isem. 360'da yer verilmiş olup, bunun nisbî emrediciliği hususunda ilgili hükümde bir açıklık yoktur. Ancak kanaatimizce yTBK m. 358'deki genel atıf ve m. 301'deki "diğer kira sözleşmelerinde" ifadesi, anılan borcun ürün kiralarında da genel işlem koşulları yoluyla (yTBK m. 20 vd.) kiracı aleyhine tadilini imkansızlaştırmaktadır. Hükümde açıkça "genel işlem şartlarından" söz edildiğinden, yükümlülüğün başka yollarla (örneğin karşılıklı müzakere ile akdedilen bir sözleşmeye konacak şartla) kiracı aleyhine değiştirilmesi mümkündür.

m lze e, bina, sözleşme ilişkileri, imtiyaz ve ruhsat gibi işletme izinleri ile müş_teri çevresini ve ticari ve teknik sırları, bilgileri teslim etmek ve bu suretle kiralacının hasılat elde edebilmesi gerekli ticari şartları gerçekleştirmektedir².

 ncak_borcun kapsamının, sözleşmenin amacı, süresi, işletmenin konusu, te  s tarihi (işletmenin yaşı), bunu işleten süjenin türü, tarafların (muhtemel) ıra el_eri, örf ve adet gibi bir çok bileşene göre değişiklik gösterebileceği de belirtilmelidir³.

Kiralananı kira süresince kullanıma ve işletilmeye uygun halde bulundurma borcu, sözleşmenin akdi ile ortaya çıkan ve kira süresince de devam eden bir borç olduğu kadar, ayıba ve zapta karşı tekeffül borçlarını da içinde barındıran bir y k ml l kt r⁴. Aşağıda yapılacak açıklamalardan da anlaşı-

² CANSEL, s. 57; KLEIN-BLENKERS, s. 140, 142; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS,   581 N. 142; bkz. ayrıca KLINGLER, s. 80-81; HIG!, Obligationenrecht, Art. 278 N. 18.

³ ALTAŞ, s. J00-101. 169-170; KLINGLER, s. 80-81; VINASSA, s. 134 vd.; KLEIN-BLENKERS, s. 143-144; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS,   581 N. 145. 147-148; S ROBEL, s. 23-24; zilyetliğin devrinin çeşitli şekilleri hakkında bkz. OĞUZMAN! SELİ HOKTAY-ÖZDEMİR, s. 66 vd.: "[...J Mülkiyetin kazanılma sebeplerinden biri olan zilyetliğin konusu ancak maddi şeylerdir. Maddi nitelik taşımayan haklar üzerinde zilyetlik olmaz. Zilyetliğin tanımında da görüleceği gibi, bir şeyin bulunması ve ayrıca o şey üzerinde fiili hakimiyetin kurulması gerekir(...)", Y. İBK, T. 04.12.1998, E. 1996/4. K. 1998/3.

Karş. Y. 19. HD, T. 03.12.1997, E. 1997/7131. K. 1997/10261: "Davacı vekili, davalıya ait gayrimenkulde kiracı olduklarını,  evre yasası ve  evre kurulu kararı gereğince işyerindeki ısıtma sisteminin doğalgaza dönüştürülmesi gerektiği halde bunun davalı tarafından yapılmadığını cezai müeyyide ile karşılaşmamak için dönüşüm masraflarının kendilerince karşılandığını, yapılan harcamaların tahsili için icra takibi yapıldığını ve itirazda bulunulduğunu iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir. Davalı savunmasında, doğalgaz dönüşümü yapılırken kendilerine haber verilmediğini beyan ederek davanın reddini istemiştir. [...] BK. 249. maddesi uyarınca kiralayan, kiralananı akitten maksut olan kullanmaya uygun bir halde teslim etmekle yükümlü olduğu gibi BK. 258. maddesine göre de kiralanda yapılacak tamir kendisine aittir. 2872 Sayılı  evre Kanununun [...) maddeleri ile il  evre komisyonunun [...] tarihli kararları uyarınca işyerlerinin doğalgaza dönüşümünün yapılması zorunlu olup, yapılmadığı takdirde kapatılacağı karar altına alınmıştır. O halde kiralananın amacına uygun kullanılabilmesi için doğalgaza dönüşümünün yapılmış bir halde teslimi gerekir. Somut olayda bu işlem yapılmadan işyerinin teslim edildiği ve dönüşüm masraflarının davacı kiracı tarafından karşılandığı anlaşıldığından tamir giderlerinden olan bu harcamadan davalı kiralayanın sorumlu bulunduğu gözetilmeden yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir".

Kiralayanın kiralananın teslimi yükümlülüğü yanında kiracının, kiralananı kaynaklanabilecek tehlikelere karşı korunması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır, SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS,   581 N. 158.

⁴ TANDOĞAN, C. U2. s. 109-110, 114; YAVUZ, s. 269-270, 282; ALTAŞ, s. 173; ARKAN SER M, s. 43 vd.; ZEVKLİLER, s. 193; HIG!, Obligationenrecht, Art. 278 N. 13; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS,   581 N. 142; HERRMANN, ticari işletme kira-sında, satıma ilişkin ayıba karşı tekeffül h ktimlerinin kıyasen uygulanacağı g rt ş nde-

ıacağı üzere, kiralananı kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve kira süresince de bu halde bulundurma borcu, esasen bağımsız nitelikleri olmayan birçok edim yükümlerini ihtiva eden bir tür "edimler demeti" niteliğindedir⁵. *KLINGLER* de teslimden (*Übergabe*), kiracının şimdiye dek kirala-yan tarafından yürütülen ticari işletme faaliyetlerinin, artık kiracı tarafından sürdürülebilmesi için, kiralayanca ifası zorunlu olan edimlerinin *tümünün* anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir⁶. BK ve yTBK'nın hasılat (ürün) kira-sına ilişkin hükümleri ticari işletme kirası dikkate alınarak öngörülmediğinden, tarafların işletmenin kullanılmaya ve işletilmeye uygun halde teslimi ve bu halde bulundurulmasına ilişkin aktif ve pasif yükümlülüklerine sözleşme- de ayrıntılı biçimde yer vermelerinde olağanüstü yarar vardır⁷.

İşletmenin öncelikle teslim tarihinde kanunda ve sözleşmede kararlaştırı- lan esaslara göre ayıpsız olması gerektiğinden (BK m. 272/II, 249/II; yTBK m. 360/2, 358, 304 vd.)⁸, teslim zamanının tespiti önemlidir. İşletme bütün- lüğünü oluşturan maddi ve gayri maddi işletme unsurlarının teslimi zamanı öncelikle sözleşmeye, yoksa örf ve adete göre tayin edilir⁹. Bu sebeple söz-leşmede belli bir "devir-teslim tarihi" (*Übergangsstichtag*) belirlenmesinde, gerek taraflar ve gerek üçüncü kişilerin hukuki' menfaatleri bakımından bü- yük yarar vardır. Maddi ve gayri maddi unsurların tesliminden ayrı olarak mütalaa edilmesi gereken husus, aşağıda da değinileceği üzere kiracının "iş- letmeci" pozisyonunu üstlenmesinin sağlanmasıdır. Bunun ilk şartı ise maddi ve gayri maddi unsurların teslim edilmesidir¹⁰. Yine bu cümleden olmak

dir, s. 56. Aynı yönde *OPPENLANDER*, s. 362-363. Ancak her iki Yazann açıklamaları değerlendirildiğinde bu kanaatin arkasında işletmenin değişken yapısı ve özellikle kira döneminde işletme üzerinde kiracının fiilen ve hukuken etkili olması karşısında, kirala-yanın ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlandırma düşüncesinin yattığı görülmekte- dir.

⁵ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 150; *HIGI*, *Obligationenrecht*. Art. 278 N. 14; *LINDENMEYER*, s. 118.

⁶ *KLINGLER*, s. 80.

⁷ *LINDENMEYER*, s. 118.

ALTAŞ, s. 175; *HIGI*, *Obligationenrecht*, Art. 278 N. 13; *OPPENLANDER*, s. 364; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 149; *KLINGLER*, s. 80, Yazar ticari iş- letmenin dinamik bir ekonomik bütünlük oluşundan hareketle, sözleşme tarihi ile teslim tarihi arasında mesafe olması durumunda teslim edilen işletme ile sözleşmede kararlaştırı- rılan işletme arasında farklılıkların olabileceğine dik.kat çekmekte ve kararlaştırılan ile teslim edilenin birebir aynı olmasının (*identisclı*) beklenemeyeceğini, bunun bir zorunlu- luk olmadığını ifade etmektedir. Belirli ve kabul edilebilir sınırlar içinde kalan ve söz-leşmenin ekonomik amacını akamete uğratmayan farklılıklar için Yazar'ın bu görüşüne katılmak mümkündür.

⁹ *HIGI*, *Obligationenrecht*, Art. 278 N. 8; *KLEIN-BLENKERS*, s. 162; *OPPENLANDER*, s. 366.

¹⁰ **Karş.** *LINDENMEYER*, s. 118.

üzere, kiracıya kısa süre içinde işletmeci statüsünün kazandırılması mümkün olmayabileceğinden, nihai teslim için bir "hazırlık döneminin" kararlaştırılması da söz konusu olabilir. Bu dönemde kiralayan kiracıya, işletme faaliyetlerinde bir rehber/danışman gibi yardım edebilir¹¹. Hasılat kirasında eş zamanlı ifa kuralı olarak söz konusu değildir. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kiralayan kanun gereği ilk olarak ifa ile yükümlüdür¹².

Kiralayanın ticari işletmeyi kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim b?r_cuna aykırı davranması, bir başka ifade ile kiralananı sözleşmeye uygun b!ç!mde kullanılması ve işletilmesi ile hasılat elde edilmesi amacına elverişli biçimde teslim etmemesi ve kira süresince de bu halde bulundurmaması ayıplı ifa olarak nitelendirilir. Buna ise maddi, manevi (ekonomik) ve hukuki ayıplar neden olabilir¹³. *CANSEL* de "kiralananın kullanılması ve işletilmesiyle temin edilebilecek hasılatın nev' ini ve tahmini miktarını elde etmeye mani olan her hal[in]", ayıp ve kusur telakki edileceğini ifade etmiştir¹⁴. Ticari işletme kirası bakımından ayıp ise, kiralananın teslim anında sözleşmede kararlaştırılan özellikleri taşıması ya da sözleşme sürerken bunları kaybetmesi, bu gibi özellikler sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış ise de, işletmenin sözleşme ile amaçlanan ekonomik amaca ulaşabilmesi, faaliyette bulunabilmesi için gerekli niteliklere hiç ya da kısıtlı olarak sahip olması şeklinde ifade edilmektedir. Bunun gibi kiralananın, kiralayanın vaad ettiği özellikleri taşıması hali de bir ayıp teşkil eder¹⁵. Teslim sırasında var olan ya da sonradan ortaya çıkan ayıplar nedeniyle, kiralananın sözleşmeye uygun şekilde istifade edilememesi durumunda, aşağıda da açıklandığı gibi seçimlik haklar yanında bir zararın varlığı halinde tazminat talebi imkanı da tanınmıştır¹⁶. Ancak işletmeye dahil unsurlar arasında işletmenin faaliyet gösterdiği taşınmazlar bulunmakta ise, kiralama işleminin kiralayanca tapu siciline şerh verilmesi (BK m. 277; yTBK m. 358, 312), "kullanıma ve işle-

¹¹ KLEIN-BLENKERS, s. 162-163; SONNENSCHNEIN. in: STAUDINGERS, § 581 . 146; STROBEL, s. 24.

¹² SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS. § 581 N. 146. *H/GI*. ifa zamanının sözleşme ile kararlaştırılmamış olduğu ya da örf ve adete göre de tespit edilemediği durumlarda, İsviçre BK m. 75'in (BK m. 74; yTBK m. 90) uygulanması gerektiği görüşündedir. Obligationenrecht, Art. 278 N. 10. Ancak ticari işletme kirası bakımından bunun yerinde olduğu söylenemez. Zira işletmenin, kullanıma göre çok daha önemli olduğu bir kira türü olarak, ticari işletme kirasında kiracının öncelikle işletme imkanına kavuşmuş olması gerekir. Bu bakımdan kiracının öncelikle ifa yükümü altında bulunduğunu kabul edebilmek için bu hususta açık sözleşme hükmünün bulunması gerekir.

¹³ ALTAŞ, s. 100; TANDOĞAN, C. 1/2, s. 111; ZEVKİLER, s. 195-196; KLINGLER, s. 82; *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 278 N. 16; OPPENLANDER, s. 368.

¹⁴ *CANSEL*. s. 60; ayrıca bkz. YAVUZ; s. 283.

¹⁵ ALTAŞ, s. 175; ayrıca bkz. *CANSEL*, s. 57-58, 60.

¹⁶ *CANSEL*, s. 60 vd.; ALTAŞ, s. 174.

tilmeye elverişli halde teslim ve bulundurma borcunun" kapsamında sayılmamalıdır. Zira bunun kiralananın hasılat kabiliyetine tesir etmesi söz konusu değildir.

BK m. 272/I'de "mucir, birlikte icar edilmiş menkul şeyler varsa bunlar dahi dahil olduğu halde mecuru akitten maksut olan kullanmağa ve işletmeğe salih bir halde müstecire teslim ile mükelleftir" hükmüne yer verilmiş iken, yTBK m. 360'da ise özellikle kullanmaya ve işletilmeye uygun halde bulundurma yükümlülüğü de dikkate alınarak "kiraya veren, birlikte kiralanan taşınır şeyler varsa bunlar da içinde olmak üzere, kiralananı, sözleşmenin amacına uygun biçimde kullanılmaya ve işletilmeye elverişli bir durumda kiracıya teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür" şeklinde, daha sarıh bir hüküm sevk edilmiştir. Ancak yTBK m. 360, uygulama bakımından esaslı bir değişiklik getirmeyecektir. Zira doktrinde de BK m. 272/I.'de açıkça zikredilmemiş olsa da kiralananın sözleşme süresince de kullanıma ve işletmeye uygun halde bulundurma borcunun bulunduğu tereddüt edilmemektedir (karş. BK m. 249/I., 273; yTBK m. 301, 361)¹⁷. Kira konusunun ticari işletme olması, tarafların sözleşmeden ve özellikle de MK m. 2'den doğan karşılıklı koruma ve gözetme borçlarının da yoğunlaşmasına neden olur. Adi kirada kiracının kiralananı teslim alma yükümlülüğü kural olarak bulunmamakla beraber, hasılat kirasında kiracının teslim alma yükümlülüğü vardır (BK m. 278; yTBK m. 364)¹⁸.

"Kullanıma ve işletilmeye elverişli halde teslim ve bulundurma" borcunun somut kapsamı (*kira sebebiyle devrin kapsamı*) öncelikle taraf iradelerine ve örf ve adete göre tespit edilir¹⁹. Taraflar kira sözleşmesinin hazırlanmasına zaman ayırmalılar ve devredilen taşınır ve taşınmazlar ile bilhassa ticaret unvanı, işletme adı, marka, endüstriyel tasarım ve patent gibi sınavat mülkiyet hakları, işletme organizasyonunun bir parçasını teşkil eden sözleşme ilişkileri²⁰, tedarikçi ve müşteri bilgileri, finansal belgeler, kiralananı satın alacak ya da tüketim ödöncü olarak verilecek tüketim malları, binaların kroki ve planları, devir tarihindeki durumları hakkında yeterli açıklıkta dü-

¹⁷ CANSEL, s. 57; YAVUZ, s. 370; ALTAŞ, s. 102, 172; Y. 14. HD, T. 04.07.2005, E. 2005/6204, K. 2005/6853; Y. 14. HD, T. 05.10.2006, E. 2006/7776, K. 2006/1051 l.

¹⁸ TANDOĞAN, C. U2, s.112; ZEVKİLER, s. 194.

¹⁹ KLINGLER, s. 8 l; tarafların birbirleriyle ilişkilerinin (yakınlıklarının) derecesi, kira ile g  ll  kleri ekonomik ama  lar, kira bitiminde kiracıya satın alma opsiyonu tanınmış olup olmaması, devrin kapsamını etkileyecek hususlardandır.

²⁰ "zum Unternehmen gel  rende Vertragsverh  ltnisse", KLEIN-BLENKERS, s. 153, 156; ayrıca bkz. ARICI, Devir, s. 158-159. Fikr'i ve sınav haklara ilişkin lisans sözleşmeleri, neşir (yayım) sözleşmeleri, enerji abonelik sözleşmeleri, organize sanayi b  lgesi y  netimi ile olan kira sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri, periyodik teknik bakımı edinen servis (vekalet) sözleşmeleri bu t  rden sözleşmelere   rnek verilebilir.

zenlemeler yapmalıdır²¹. Bu tespitler sayesinde aynı zamanda işletmenin teslim öncesindeki fotoğrafı da çekilmiş olur ki²², bu hiç şüphesiz kiracının iade borcunun kapsamı bakımından da önemlidir (BK m. 292-293; yTBK m. 372-373). Kiralanan bir ticari işletme olduğu için, pozitif hukuk bakımından TK m. 1 1/II'ye (yTTK m. J 1/3) dikkat çekilmelidir. Zira anıyla hükümlerde devredilmek istenilmeyen unsurların sözleşmede açıkça belirtilmesi gerektiğinden hareket edilmiştir²³.

Ticari işletme kirasında, ekonomik ömrü kısa demirbaşlar ile hammadde-ler ve üretilip satılmayı bekleyen malların ise, kiralanmalarından çok "kiracıya" satılmaları daha olağan bir durum teşkil edecektir²⁴. Bunun gibi BK m. 27 I (yTBK m. 359) uyarınca düzenlenen teslim envanteri kiralayanın işletmeyi, kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim edip etmediği, özellikle de teslim edilen menkullerin nitelikleri hususunda önemli bir delil teşkil eder²⁵. İşletmeye dahil unsurlar arasında makine ve diğer teçhizat da bulun-

²¹ *KLEIN-BLENKERS*, s. 142-143. Özellikle gerçek kişiler tarafından işletilen işletmelerde, gerçek kişilerin malvarlığını, ticari ve gayri ticari (özel) şeklinde ayırmak her zaman kolay olmadığından, devredilmek istenen ve istenmeyen unsurların detaylı biçimde tespit edilmesinin taşıdığı önem açıktır.

²² *KLEIN-BLENKERS*, s. 163.

²³ Karş. *KLINGLER*, s. 81.

²⁴ *KLEIN-BLENKERS*, s. 141; *ALTAŞ*, s. 163-164; *STROBEL*, s. 23-24. Yazar bu halde bir geri alım hakkının da kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir. Ancak haklı olarak işaret edildiği gibi, kiralayanın ilk satım tarihi ile geri alım tarihi arasındaki muhtemel değer farklılıklarından etkilenmemesi için, kiracıya kendisine satılan unsurları sürekli yenileme yükümlülüğü getirilmesi gibi çeşitli tedbirler de düşünülebilir.

Diğer yandan miktar ya da değer olarak önemsiz iseler, bu tür maddi unsurların bağışlanmış olduğu da kabul edilebilir. Ancak TK m. 22 (yTTK m. 20) ile BK m. 293/I'e de (yTBK m. 373/1) işaret edilmelidir. Tüketilebilen maddi unsurların devrinin niteliğine ilişkin taraf iradelerinin karz akdi (BK m. 306 vd.; yTBK m. 386 vd., tüketim ödöncü sözleşmesi) yönünde olup olmadığı da araştırılabilir. Ancak tüketilebilen şeylerin karz akdine konu olması halinde ivazsız bir işlemin söz konusu olacağı, hasılat kirasının ise ivazlı bir işlem olduğu hatırd tutulmalıdır. Diğer yandan, taraflar arasında hasılat kirası sözleşmesi ile birlikte, aynı zamanda satım ve/veya karz akidleri de yapılmış olmasının, sözleşmenin hasılat kirası özelliğini ortadan kaldırmayacağı ifade edilmelidir, *KLEIN-BLENKERS*, s. 146. Satılan malların maddi, manevi (ekonomik) ya da hukuken ayıplı olması halinde ise satımdaki ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerine başvurulmalıdır (BK m. 189 vd., 194 vd.; yTBK m. 214 vd., 219 vd.). *HIGI*, isabetli olarak kiracıya satılan demirbaşlar, hammaddeler ve mamul mallar için kiralayanın BK m. 272/II, 249 vd.'da (yTBK m. 360, 301 vd.) düzenlenmiş ayıba ve zapta karşı tekeffül yükümünün olmadığını ifade etmektedir, *Obligationenrecht*, Art. 278 N. 31. Doğal olarak bu durumda da alıcı (kiracı) satıcının ayıba ve zapta karşı sorumluluğu hükümlerine (BK m. 189 vd., 194 vd.; yTBK m. 214 vd. 219 vd.) başvurabilir. Aynı yönde *STROBEL*, s. 23.

²⁵ *CANSEL*, s. 89 vd.; *KLEIN-BLENKERS*, s. 167 vd. Kanaatimizce ticari işletme kiralarda, BK m. 271'deki "alat" ve yTBK m. 359'daki "araç ve gereçler, eşya veya stoklanmış mallar" ifadesi geniş yorumlanmalı ve bundan "stoklar" ile "maddi duran varlıklar" anlaşılmalıdır.

duğu takdirde bunların çalışır, en azından da çalışmaya hazır vaziyeye teslim edilmesi asıldır²⁶. Ticari işletme bakımından önemli olan bir diğer husus, müşteri çevresinin de kiracıya devredilmesi gereğidir. Bu, özellikle müşteri bilgilerinin kiracıya verilmesi ve/veya kiracı ile müşterilerin tanıştırılması, ilanlar yapılması ya da kiralayanın ya da onun tayin edeceği bir yardımcısının bir süre kiracı ile birlikte işletmenin sevk ve idaresinde yer alması ile gerçekleşecektir²⁷. Bu çerçevede kiralayanın tabi olduğu rekabet yasağı da²⁸ müşteri çevresinin devredilmiş sayılabilmesi bakımından hiç şüphesiz önemlidir. Bunun gibi hammadde gibi üretim unsurlarının tedarik kaynaklarının kiracıya bildirilmesinin de, ticari işletmeyi teslim etme ve kullanıma ve işletilmeye uygun halde bulundurma borcu kapsamında sayılması gerekir. Bu da *işletme faaliyetlerinin yürütülebilmesi için gerekli* bazı hukukî ilişkilerin, alacakların ve borçların da kiracıya temlikini ve naklini gerekli kılabilir²⁹. Bir başka ifade ile kiracının işletme faaliyetlerini sürdürebilmesi, buna eski döneme ait her türlü (tüm) işletme aktif ve pasifinin teslimini, naklini ve temlikini gerekli kılmaz. Ticari işletmenin satımı ile kirası karşılaştırıldığında, işlemin doğrudan tarafları ile işletme borçlu ve alacaklıları arasındaki menfaatler durumunun farklılığı açıktır. Hal böyle olunca işletme aktif ve pasifinin küllî intikal benzeri bir yolla *ipso iure* kiracıya geçmesine ihtiyaç yoktur. Bu sebeptir ki ticari işletme kirası sözleşmesi, işletmeye dahil borçların kanun gereği kiracıya intikalini sağlamaz. Bir başka deyimle hasılat kirasında BK m. 179 (yTBK m. 202) uygulama alanı bulmaz³⁰. Bunun

²⁶ ALTAŞ, s. 101.

²⁷ Karş. ALTAŞ, s. 170.

²⁸ Bkz. aşağıda § 7 il.

²⁹ Karş. ARICI, Devir, s. 125 vd.; OPPENLANDER, s. 368-369, kiralayan, kiracının işletme faaliyetlerini yürütebilmesi için devrettiği alacak, hak ve borçların varlığından da sorumludur, s. 373; KLEIN-BLENKERS, s. 188-189.

³⁰ ARICI, Devir, s. 66; ŞAHİN, HATEMİ Armağanı, C. 11, s. 1413-1414; DURMAN, O.: İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 2009, s. 106 vd. Yazar açıkça hasılat kirasının BK m. 179'un uygulama alanı içinde olup olmadığı hususunda açıklamada bulunmamışsa da, konu çerçevesinde sadece mülkiyetin devri amacı güden sözleşmeleri dikkate almıştır, ayrıca bkz. s. 130, dn. 259'da anılan Y. 21. HD, T. 04.12.2006, E. 4345, K. 12320: "[...] dosya içerisinde mevcut kira sözleşmesinde Yeni Konya Televizyonu ve Gazetesi adına işyerini Endüstri Holding A.Ş.'den Ol.06.2002 tarihinden itibaren 15 yıl süreyle kiralanmış olduğu açıktır. Anılan kira sözleşmesinden BK.nun 179. maddesi uyarınca işletmenin devrinin söz konusu olduğu sonucuna varılamaz. Kural olarak elektrik borcu abone sözleşmesi kimin adına ise tüketim bedelini onun ödemesi gerektiği şeklindedir. Davacıdan önceki abonenin elektrik borcunun istenmesi doğru değildir. Davacının elektriğin kesilmemesi ve kendisinin abone olabilmesi için yapmış olduğu işlemler onun borcu üstlendiğini göstermez". Aksi görüş BUCHL, G.: Die Übemahme eines Vermögens oder eines Geschäfts nach Art. 181 OR, Diss., Zürich, 1953, s. 23; BÜHLER, A.: Die Vermögens-, Geschäfts- und Untemehmensübemahme nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich, 1947, s. 20, 22;

gibî YK- m. 11/3 c. 1 de, işletmeye dahil unsurların, öllikJ :de illetme aktının kiracıya intikalini sağlamaz. Zira yukarıda da elirtildiğı gıı hasılat kirasında maddi unsurlarda mülkiyetin, gayri maddi unsurlarda ise hak sahipliğinin küllü intikaline lüzum yoktur, tarafların ekonomik ve hukuki amaçları bu yönde değildir. Hayatın olağan akışında da kiracının kiralayanın orçlarından ve iadede de kiralayanın kiracının borçlarından sorumlu olmak isteyecekleri düşünülemez³¹.

Kiralananı teslim borcuna somut olayın özelliklerine göre, işletme faaliyeti için olmazsa olmaz nitelikteki belli sözleşme ilişkilerinin (örneğin hammadde ve enerji satın alma sözleşmeleri, acentelik ya da tek satıcılık faaliyetleriyle uğraşan bir işletmenin kiralananmasında acentelik ve tek satıcılık sözleşmeleri, üretilen mal ve hizmetlerin satımı için müşterilerle yapılmış uzun süreli satım sözleşmeleri, işletme kiralınmış bir mekanda faaliyet gösteriyorsa işyeri kirası sözleşmesi) ve/veya bunlardan doğan belirli borç ve alacakların nakli ve temliki de söz konusu olabilir. "Kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve bulundurma borcu" çerçevesinde, kiralayanın bu türden sözleşmelerin kiracıya devri için, üçüncü kişinin onayının alınmasını sağlama yükümlülüğü altına girdiği ifade edilmektedir³². üte yandan işletme vebakım borcu gereğı (BK m. 278-279; yTBK m. 364-365) kiracının da bu sözleşmeleri yüklenmesi gerekir³³. Ancak kiralayan döneminde bunun tarafından ya da buna karşı işlenmiş haksız fiillere dayanan tazminat talepleri ve yükümlülüklerinin ticari işletme kirası sözleşmesi ile kiracıya temliki ya da nakli kural olarak söz konusu değildir. Zira bu türden talep hakları ile yükümlülüklerin, kiracının işletmeyi işletmeye devam edebilmesi için olmazsa

ACEMOĞLU da, BK m. 179'un ticari işletmenin hasılat kirasına konu olması halinde de uygulanabileceğini ifade etmektedir, s. 3, 25.

Alman TK m. 25'de öngörülen ve unvanlı devirde kiracının eski işletme borçlarından sorumluluğunu öngören hukukî rejim hakkında bkz. CANARIS, s. 121; s. 140 vd.; KOUMANTOS, G.: Erwerberhaftung bei Untemehmensverauperung, Diss., Harnburg, 1955; GERLACH, J. W.: Die Haftungsordnung der §§ 25, 28, 130 HGB, Stuttgart, 1976, s. 4 vd.; HERRMANN, s. 109 vd.; STROBEL, s. 34-35; EBENROTHIBOVJONG/JOOST, HGB, § 25 N. 1 vd.; KLEIN-BLENKERS, s. 158 vd.; SCHRICKER, G.: "Probleme der Schuldnerhaftung bei Übemahme eines Handelsgeschäfts", Zeitschrift für Untemehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), Y. 1972, C. I, S. 2, s. 126 vd.; ARICI, Devir, s. 137 vd.

³¹ Aynı gerekçeyle, ticari işletme satımlarında olağan olan "hava parası" ya da başka isimli ödemelere ticari işletme kiralarda rastlanması pek söz konusu olmayacaktır. Zira müşteri çevresini "hava parası" ile değerlendirmiş olan kiralayan, kira bitiminde aynı şekilde kiracıya "hava parası" ödemek zorunda kalacaktır ki, bunun pratik olmayacağı açıktır. Ticari işletme kirasında müşteri çevresinin değerinin kira bedeline yansıtılması daha olağan bir uygulama olacaktır.

³² KLEIN-BLENKERS, s. 155-156.

³³ KLEIN-BLENKERS, s. 156.

olmaz işletme unsurları arasında yer aldıkları söylenemez. Tarafların **farklı** yönde düzenlemeler yapmaları ise mümkündür³⁴.

Kiracının gerek sözleşme öncesinde ve gerek sözleşmede sonrasında işletmenin malı durumunu öğrenebilmesi için finansal bilgilere ihtiyacı olduğu açıktır. Bu bağlamda kiracının işletmenin ticari defter ve belgelerini incelemesine imkan tanınması da BK m. 272'ye (yTBK m. 360) dahil borçlardan-
dır. Ancak kiracı ticari defterler ve belgelerin teslimini talep edemez (karş. TK m. 66/son, 68/I; yTTK m. 64/2, 82).

Bilhassa tüketilebilen şeyler ile hak sahipliğinin devri için özel şekil şartı gerekmeyen unsurlarda devrin kapsamı hakkında taraflar arasındaki anlaşmazlıklarda, *KLEIN-BLENKERS*' in isabetli olarak ifade ettiği gibi ticari işletme kirasının ekonomik amacından hareketle, kiracıyı işletmeci konumuna getirecek unsurların devredilmiş olması, bununla beraber işletmenin özünün de kiralayanda kalması gerektiği ilkelerinden hareket edilmelidir. Bir başka ifade ile kiralayan kendisini işletmenin sahibi olma özelliğinden çıkartacak boyuttaki devir taleplerini reddetme imkanına sahiptir. Şüphe halinde ilgili unsurun kiralayanda kaldığı kabul edilmeli, kiracı bunun kendisine devri gerektiğine dair sözleşmede bir düzenleme olduğunu ya da işletmesel bir gereklilik (BK m. 272; yTBK m. 360) olduğunu ispat etmelidir³⁵. Bu da ticari işletme kiralarda TK m.1 I/II'nin (yTTK m. 11/3) sınırlı bir şekilde uygulanabileceğini göstermektedir. Belirtilmelidir ki, "kiracıya" satılan unsurlar, ivaz karşılığı kullanılmak ve işletilmek üzere devredilen unsurlardan değer ve işlevsel olarak fazla ise, artık bir ticari işletme kirasından değil, ticari işletme satımından bahsetmek gerekecektir (tür değişimi)³⁶.

Ticari işletme kirasında işletmenin kullanıma ve işletilmeye elverişli halde tesliminden söz edildiğinde bundan sadece yukarıda ifade edilen ekonomik unsurların devrinin anlaşılması hatalı olur. Bu kira türünde önemli olan, ekonomik unsurlarla birlikte, kiralayanın kiracıya işletmenin organizasyonunu, yönetimini, kısacası işletmecilik statüsünü terk etmesi, kiracının işletmeci haline gelmesini sağlamasıdır³⁷. Kiracı, işletmenin idari, ticari ve teknik anlamda sevk ve idarecisi durumuna getirilmelidir. Kiracı işletme organizasyonunu idare edebilir hale gelmelidir (*Einweisung in den Tätigkeitsbereich=Einführung in das Unternehmensorganisation und in die Geschäftsbeziehungen*;³⁸. Bu sonuca ise, ekonomik unsurların kullanımının

³⁴ *KLEIN-BLENKERS*, s. 157-158. Temliki mümkün alacaklar hakkında bkz. *DAYINI-ARLI*, K.: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara, 1993, s. 44-45.

³⁵ *KLEIN-BLENKERS*, s. 145-146.

³⁶ *KLEIN-BLENKERS*, s. 145, 147.

³⁷ *KLEIN-BLENKERS*, s. 142; *ALTAŞ*, s. 101.

³⁸ *OSERJSCHÖNENBERGER*, Art. 275 N. 4; *HIG*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbi, (Art 275-304) N. 106 vd.; *SCHMIDT*, Handelsrecht, s. 141, 160; *KLEIN-*

te?_ki şeklindeki ak?if ey_lemeler ve kiracının her türlü_ilet?e faaliyetlerinc
musaade etme şeklindeki pasif davranışlarla ulaşılabilir³ . Yine bu cumleden
olmak üzere kiralayanın kiracının ticari itibarını zedeleyebilecek ya da işlet-
me faaliyetlerine zarar verebilecek davranışlardan kaçınması gerektiği de be-
lirtilmelidir⁴⁰. Kiracının işletmeci haline getirilmesi cümlesinden olmak üle-
re kiralayanın kiracıyı aydınlatma yükümlülüğü de anılmalıdır. Buna göre
kiralayan işletme ile ilgili kritik bilgileri vermeli, özellikle kiracının şahsı ve
çalışanları bakımından tehlike oluşturabilecek teknik ve çevresel risklere işa-
ret etmelidir. Ayrıca işletme ile ilgili sürmekte olan davalar, takipler, miras
olayları gibi hususlarda kiracıyı bilgilendirmelidir. Bilhassa yakın çevrede
rakip bir işletmenin açılacak olmasına kiralayanın kiracının dikkatini çekme-
si gerekir⁴¹. Kiralayan teslim borcunu bizzat ifa edebileceği gibi çalışanla-
rından ya da üçüncü kişilerden de yararlanabilir. Bir başka ifade ile kiralaya-
nın BK m. 272'den (yTBK m. 360) doğan borcunu şahsen ifa yükümlülüğü
kural olarak yoktur⁴².

Ancak diğer yandan bir hasılat kirası türü olmakla ticari işletme kirasın-
da kiracının en temel amacı ve beklentisi, işletme faaliyetleri sonucunda ge-
lir elde etmektir. Bu ise işletmenin teknik ve ekonomik performansı ile ya-
kından ilgilidir. BK'da açıkça zikredilmemiş olsa da, BK m. 272'ye (yTBK
m. 360) işletmenin verimli olacak şekilde teslim edilmesi ve kira süresince
de bu halde kalmasının temin edilmesi gerektiğinin mündemiç olduğu kabul
edilmektedir⁴³. Hasılat kirası bakımından ayıba ve zapta karşı tekeffül hü-
kümünün esas gayesi hasılat ve işletme kabiliyetinin sürekliliğini sağla-
maktır⁴⁴. Bu, kiracının BK m. 278-279'de (yTBK m. 364-365) düzenlenen
işletme ve bakım borçlarının da karşılığını (*sinallagmasını*) oluşturur. Gö-
rüldüğü üzere kiralayanın verim kabiliyeti hususunda da yükümlülükleri ol-
madığı düşünülemez. Kiralayanın tekeffül ettiği husus, işletmenin bir bütün
olarak, özellikle pazar imkanları bağlamında hasılat getirmeye *elverişliliği-*
dir. Kiralayanın belli bir kapasite, teknik yeterlilik ve net ya da brüt kazanç

BLENKERS, s. 160 vd.; AHLBRECHTIBENGSOHN, Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10,
s. 361-362; ARSLANLI, Kara Ticareti, s. 112.

³⁹ LINDENMEYER, s. t18, Yazar, yerinde olarak ticari işletme kiralarındaki devir eylemle-
rinin, özellikle aktif davranış yükümlülüklerinin, diğer hasılat kirası konularına göre çok
daha karmaşık olduğuna işaret etmektedir.

⁴⁰ ALTAŞ, s. 172-173, 175; KLINGLER, s. 80; LINDENMEYER, s. 118; STROBEL, s. 25-
26; HERRMANN, s. 55-56.

⁴¹ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 173.

⁴² HIGI, Obligationenrecht, Art. 278 N. 35; V/NASSA, s. 116 vd.

⁴³ CANSEL, s. 58.

⁴⁴ KLINGLER, s. 81; KLEIN-BLENKERS, s. 211; OPPENLANDER, s. 372; HARKE, in:
MüKo-BGB, § 581 N. 50; HIGI, Obligationenrecht, Art. 278 N. 28; SONNENSCHNEIN,
in: STAUDINGERS, § 581 N. 169; STROBEL, s. 25; VOELSKOW, NJW 1983, s. 910.

vaadinde bulunduğu ve kiracının da güven ilkesi ışığında bu vaade verdiği anlam dışında, işletmenin bizzatıhi sahip olduğu teknik ve ticari yeteneklerin objektif olarak değerlendirilmesi neticesinde ortaya çıkacak verimlilik/yeterlilik analizi⁴⁵ sonuçlarının altında kalınması halinde, ayıbın var olduğu kabul edilmelidir. Örneğin alışveriş merkezlerinde ya da iş merkezlerinde ticari işletme kirası olarak nitelendirilebilecek kiralamalarda, bu merkezleri işleten gerçek ya da tüzel kişilerin kiralananların hasılat kabiliyetini olumsuz etkileyen davranışları, kiracının ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurmasına neden olabilir⁴⁶. Kiralayanın kiracıya kapasite ve gelir hususunda yanıltıcı bilgiler vermesinin, hile ya da ağır kusur teşkil edeceği ve sorumluluğuna yol açacağı ise açıktır⁴⁷. Ancak kiracı bakımından adi saik hatası olarak kabul edilebilecek (BK m. 24/I; yTBK m. 32), ekonomik verimliliğe ilişkin dayanaksız yüksek beklentilerden kiralayan sorumlu değildir⁴⁸. İşletme riskleri kiracıya aittir. Bir başka ifadeyle kiracı işletme yükümlülüğünü ve kira ödemeyi üstlenmekle, işletmenin geleceğine ait ekonomik riskleri de kabullemiş sayılır. Özellikle genel ekonomik şartların kötüleşmesi nedeniyle hasılatın azalması, kiralayanın sorumluluğunu doğurmaz. Zira şartların iyileşmesi halinde, bunun etkilerinden, iştirakli kiranın dolaylı sonuçları hariç, yalnızca kiracının faydalanacağı da açıktır. Diğer yandan her iki tarafa da yüklenemeyecek nedenlerden ötürü hasılat kabiliyetinde azalma olan hallerde hakim kira miktarını tespit etmek üzere hukukî ilişkiye müdahale etmesi mümkündür⁴⁹. Bunun gibi kiracının esaslı saik hatalarından doğan sonuçlar saklıdır (BK m. 24/I; yTBK m. 32 c. 2-3).

⁴⁵ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 278 N. 24.

⁴⁶ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 170; bkz. ayrıca *OPPENLANDER*, s. 373.

⁴⁷ *KLEIN-BLENKERS*, s. 203 vd.; *OPPENLANDER*, s. 370 vd.

⁴¹¹ Karş. *KLEIN-BLENKERS*, s. 211; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 169; *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 278 N. 26; *OPPENLANDER*, s. 373.

⁴⁹ *KLINGLER*, s. 88-89. Karş. Y. HGK, T. 11.11.2009, E. 2009/14-456, K. 2009/496, "[...] sözleşme hukukunda asıl olan sözleşmeye bağlılık ilkesi olup, bu ilke sözleşme hukukunun temelini oluşturur. Borçlar Kanunu'nun 270 ila 298. maddeleri ise hasılat kirasına ilişkindir. Hasılat kirasına ilişkin hükümler ziraat ürün kirası esas alınarak düzenlenmiştir. Ne var ki; BK'nın 282. maddesinde belirtilen dava konusu olayda söz konusu olan aşırı kuraklık gibi olağanüstü durumlar sözleşmede önceden var olan sözleşme adaletini bozmakta, taraflar daha önce bunlara karşı bir önlem de alamadıklarından sözleşme koşulları bir taraf aleyhine ağırlaşmış olmaktadır. Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette değişmişse artık taraflar o akitle bağlı tutulamazlar, değişen koşullar karşısında Borçlar Kanunu'nun 282. maddesi uyarınca kira bedelinden gerekli indirimin yapılması gerekebilir. Davacı, açıklanan nedenlerle kira bedellerinde ve kiralama şartlarında uyarılama talep etmiştir. Dava konusu zeytinliklerdeki verim düşüklüğünün gerçek sebebinin aşırı kuraklık olduğu belirlenmiş olmasına göre mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler de nazara alınarak davacının talepleri

Hasılat kirası sözleşmesi yapılırken kiralayan kiracı ile aynı zamanda bir tasarruf işlemi de (ayni sözleşme) yapmaktadır. Kiralayan bu suretle henüz bağımsız hale gelmemiş hasılatların, bunlar asıl şeyden bağımsız hale geldikleri anda (geciktirici şart) kiracının mülkiyetine geçmesine izin vermektedir. Söz konusu ayni sözleşme hasılat kirası sözleşmesi ile birlikte zımnen akdedilmekte ise de hukuki varlığı gerçekte bundan bağımsızdır⁵⁰. Bir başka deyişle kiracının devşirdiği hasılat ve hasılatlar üzerindeki mülkiyeti, bir tahhüt işlemi olan hasılat kirası sözleşmesine⁵¹ değil, bu sözleşme ile aynı anda verilen ve tasarruf işlemi (ayni sözleşme) niteliğindeki "*sahiplenme (mülkiyetine geçirme) iznine*" (*dingliche Aneignungsgestattung; Fruchtziehungsrecht*) dayanır⁵². Hasılat kirasına dahil olan "haklar" bakımından ise, bunlarda zilyetlik söz konusu olmadığından, kiralayan kiracıya böylelikle, hakları kullanma ve özellikle de tahsil yetkisi vermiş olacaktır³. Görüldüğü gibi BK m. 272/1'e (yTBK m. 360) uygun ifanın gereklerinden birisi de, kiralayan ile kiracı arasında sarahaten ya da zımnen, işletme faaliyetleri neticesinde elde edilecek hasılatı tahsil yetkisi tanıyan bir tasamıfı sözleşme akdedilmesidir. Bu sebeple kiralayanın BK m. 272/1'de (yTBK m. 360) düzenlenen "kiralananı kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve bulundurma borcunun", "kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim, bulundurma ve kiracıyı hasılatıdan faydalandırma borcu" şeklinde anlaşılması gerekir⁵⁴.

Kiralayan, sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan ve kiralananın hasılat kabiliyetini etkiler özellikteki esaslı (önemli) yapısal ya da teknik ayıpları kiracı tarafından bildirilir bildirilmez (karş. BK m. 280; yTBK m. 358, 318) dürüstlük kurallarının gerektirdiği süratte (*unverzüglich*;⁵⁵ masraftan kendisine ait olmak üzere gidermekle yükümlüdür (BK m. 273)⁵⁶. BK

doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır".

⁵⁰ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 171; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 3. Ayrıca bkz. TEKİNAYIAKMANIBURCUOĞLUALTOP, s. 55.

⁵¹ Bu yönde bkz. CANSEL, s. 7.

⁵² HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 3; BOLLER, s. 11; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 171.

⁵³ HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 3.

⁵⁴ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 141, 161 vd.

⁵⁵ Kiralayanın kiracı tarafından ihbar edilmeden de esaslı ayıpları giderme yetkisi vardır. Aynı şekilde ihbarın mutlaka bizzat kiracıdan gelmiş olması da zorunlu değildir, H/GI, Obligationenrecht, Art. 279 N. 7, 25-26.

⁵⁶ BK m. 273'ün (yTBK m. 361) ticari işletme kiralrı bakımından taraf menfaatlerine ıam olarak uydugu söylenemez. işletmeye dahil makineler, kiracının belirlediği işletme yöntemi ve kapasitesine göre çalışacaktır. Teslim edilen makineler eski olabilir, kiracı tarafından periyodik bakımları yaptırılmamış olabilir. Kiralayanın, kendisinin dahil olmadığı, kontrol etmediği bir süreçte ortaya çıkan esaslı onarım ihtiyaçlarından sorumlu tutulması

m. 273'e karşılık gelen yTBK m. 361'de de "kiraya veren, kira süresi içinde yapılması zorunlu olan esaslı⁵⁷ onarımları, kiracı tarafından bildirilir bildirilmez, gideri kendisine ait olmak üzere yapmakla yükümlüdür" denilerek, bu husus daha açık bir biçimde vurgulanmıştır. BK m. 273'de sadece esaslı tamirattan bahsedilmiş olması, hasılat kirasında kiralayanın ayıba karşı tekeffül yükümünün, adi kirada kiralayanın yükümlülüğüne göre daraltılmış olduğunu da göstermektedir⁵⁸.

BK m. 273 (yTBK m. 361), m. 279/11 (yTBK m. 365/II) ile birlikte değerlendirilmelidir. Zira Kanun esaslı onarımları kiralayana yüklemişken, küçük onarımları ise kiracının gerçekleştirmesini istemiştir. Bu iki kategori arasındaki sınırı taraflar sözleşmede çizebilecekleri gibi, öf ve adet ile taraf iradelerinin yorumu da yol gösterici olabilir. Esaslı ayıbın teslim sırasında mevcut olmadığını, sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıktığını kiracı ispat etmelidir⁵⁹. Bir maddi unsurun, onarım geçirmeden işletmeye tahsis edilmesinin mümkün olmadığı hallerde, ayıbın önemli olduğu, karine olarak kabul edilebilir⁶⁰. Kiralayan BK m. 273'deki (yTBK m. 361) esaslı tamiratları yapma borcu çerçevesinde sadece gerçekleşmiş olanları değil, gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel önemli ayıpları da gidermekle yükümlüdür⁶¹. Diğer yandan ayıbın önemli olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinde, kiralananın kullanım ve işletme amacı (ticari işletmenin asli ve buna bağlı zorunlu yan faaliyet konuları) ile kira bedelinin yüksekliliği de dikkate alınmalıdır⁶². Bir başka ifade ile normativ değil, ekonomik bakış açısı tercih edilmelidir.

menfaatler dengesine uymaz. Diğer yandan kiralayan işletmesini kiralamakla, sadece kira gelirlerinden geçinir hale gelmiş olabilir ki, esaslı onarım maliyetlerinin bu gelirleri aşması her zaman ihtimal dahilindedir. Bundan başka kiracının, onarım için kiralayanın girişimlerini beklemesi işletme gerçekliklerine uymaz. Bu sebeplerle BK m. 273, lafzında yer alan "yapmağa mecburdur" ifadesine rağmen, taraflarca sözleşmede değiştirilebilecek hatta bertaraf edilebilecek bir hüküm olarak kabul edilmelidir, bkz. *HJGI*, *Obligationenrecht*, Art. 279 N. 6, 18; *INDENMEYER*, s. 119; bkz. ayrıca *KLINGLER*, s. 85; diğer yandan BK m. 273'ün, kiralayana işletmeyi teknolojik gelişmelere karşı sürekli modernize etme borcu yüklediği de kabul edilemez. Bir başka ifadeyle özellikle uzun süreli kiralamalarda, sözleşme yapılırken o anki teknolojiye uygun halde bulunan ve bu yüzden de ayıpsız kabul edilen bir işletme zamanla teknolojideki değişiklikler sebebiyle hasılat getirme kabiliyetini büyük ölçüde kaybetmiş olabilir. İşte bu gibi hallerde kiracı "modernizasyon talebini" BK m. 273'e dayandıramaz, karş. *SONNENSCHEN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 160; *INDENMEYER*, s. 119 dn. 8. Ancak tarafların aksi yönde düzenlemeler yapmaları mümkündür. *HJGI* de kiralayanın periyodik bakımlar yapmasının kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir, *Obligationenrecht*, Art. 279 N. 20.

⁵⁷ yTBK m. 304'de, "önemli ayıp", "önemli olmayan ayıp" ifadeleri kullanılmıştır.

⁵⁸ *HJGI*, *Obligationenrecht*, Art. 279 N. 8-9.

⁵⁹ *CANSEL*, s. 63.

⁶⁰ *CANSEL*, s. 63.

⁶¹ *HJGI*, *Obligationenrecht*, Art. 279 N. 23.

⁶² *HJGI*, *Obligationenrecht*, Art. 279 N. 7, 10.

Esaslı tamiratları yapma borcu, iyileştirmeleri, arızanın, arızalı kısımların/parçaların arızasız yenileri ile değiştirilerek ya da salt onarımla ortadan kaldırılmasını, ayıp nedeniyle yok olan bölümlerin yeniden tesis edilmesini kapsar. Kiralayanın onarımları tekniğe uygun yeterlilikte olmalı ve yeni bir ayıba sebep olmamalıdır⁶³. Onarımlar tarafların belirlediği ya da böyle bir anlaşma yoksa somut olayın özelliklerine uygun bir süre içinde tamamlanmalı, böylece işletmenin faaliyetleri gereksiz biçimde akamete uğratılmamalıdır. Onarımın somut ayıbın özelliklerine göre günler, haftalar ya da aylar içinde tamamlanması da ihtimal dahilindedir⁶⁴.

Kiracı yapılacak onarım ve iyileştirmelere müsaade etmekle yükümlüdür (karş. yTBK m. 358, 31 9/I). Ancak anılan türden ayıpların zamanında giderilmemesi nedeniyle işletme faaliyetinin durması sonucu kiracının uğradığı masraflar, yoksun kalınan karlar ve ödenen tazminatlar gibi zararlar kiralayan tarafından giderilmelidir (karş. yTBK m. 358ffil-IV)⁶⁵. BK'da açıkça yer almamakla birlikte ticari işletme kiralalarında, kiralayanın ihbara rağmen ayıpların giderilmesini sağlamamış olması halinde, kiracının mahkemeden izin alarak masrafları kiralayana ait olmak üzere ayıpları gidertme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir (BK m. 97/I; yTBK m. 1131I)⁶⁶. Kiracının BK

⁶³ *H/GI*, Obligationenrecht, Art. 279 N. 11-12.

⁶⁴ *HIGJ*, Obligationenrecht, Art. 279 N. 28.

⁶⁵ *TANDOĞAN*, C. U2, s. 121, dn. 46a; ayrıca bkz. *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 279 N. 29.

⁶⁶ *CANSEL*, s. 65; *TANDOĞAN*, C. Y2, s. 118; *ALTAŞ*, s. 177-178; Y. 14. HD, T. 27.06.2007, E. 2007/6943, K. 2007/8424." t- [...]. 2- Davalı kiralayanın temyiz itirazlarına gelince; Borçlar Kanunu'nun 273. maddesi hükmünce kiralayan, kira müddeti zarfında icrasına zaruret olan esaslı tamiratı kiracı tarafından ihbar edilir edilmez gideri kendisine ait olmak üzere yapmaya mecburdur. Kaldı ki, taraflar arasındaki sözleşmede davalı kiralayanın büyük bakım ve onarımlardan sorumlu olduğuna dair açık hüküm bulunmaktadır. Olaya uygulanması zorunlu Borçlar Kanunu'nun 273. maddesindeki esaslı tamirattan maksat ise; kiralanan şeyin akitten beklenen amaca uygun kullanma ve işlemeye elverişli bir durumda bulundurulması için gereken tamirat demektir. Esaslı olmayan onarmaların neler olduğu da yasanın 274. maddesi hükmünde gösterilmiştir. Ne var ki, kiralayanın esaslı tamirat giderlerinden sorumlu tutulması için kiracının (davacının) davalı kiralayana esaslı tamiratın varlığını ihbar etmesi, uygun bir süre tanımasına rağmen kiralayanın Borçlar Kanunu'nun 273. maddesinde hükme bağlanan esaslı tamirat borcunu yerine getirmemesi, kiralayanın temerrüdünden sonra da kiracının Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinden yararlanılarak hakimden alacağı izin sonucu onarımın kiralayan namına yapması gerekir. Öncelikle Borçlar Kanunu'nun 273. maddesindeki kiracının "ihbar borcu" yerine getirilmeden nama ifa yapılamaz. Kaldı ki, eğer kiracı kiralananı akit tamamlanmadan önce gezmiş ve muayene etmişse, kiralananın o andaki durumunu kullanmaya elverişli olarak kabul etmiş sayılır. Ticari bir işletme olan kafeteryayı işleten ve basiretli tacir olması gereken davacının kiralanan şeyi gezip görmediğini veya muayene etmediğini kabul etmek hayatın olağan akışına uygun düşmez. Bütün bu açıklamalardan sonra mahkemece yapılması gereken iş, davacının Borçlar Kanunu'nun 273. maddesinde hükme bağlanan ihbar mükellefiyetini yerine getirmeden ve kiralanan mevcut du-

m. 280'de esaslı tamirat ihtiyacını kiralayana ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması, kiralayanın onarma borcunu ortadan kaldırıncı. Ancak ihbarda bulunulmaması kiracının muhtemel tazminat taleplerine etki edecektir (BK m. 280 c. 2, 44/1; yTBK m. 5211)⁶⁷. Diğer yandan çatının uçması, depolardan kimyasal sızıntı olması, su basması gibi acil durumlarda kiracının, kiralayan onarım işlemlerine başlayana dek ihbara ve hakim iznine gerek kalmaksızın, masrafları kiralayana ait olmak üzere gereken tedbirleri alması mümkün olmalıdır⁶⁸. Zira ticari işletme gibi sürekli faaliyet halinde bulunması gereken bir kira konusunda kiracının kiralayanın harekete geçmesini ya da yargı kararını beklemesi, telafisi güç zararların doğmasına, ticari geleceğini kiralayanın takdirine bırakmasına neden olacaktır. Bu durumun ise ticari işletme kirasındaki menfaatler dengesi ile bağdaşmayacağı açıktır⁶⁹. Kiracı kiralanan ticari işletmede çıkan önemsiz ayıpları ise masrafları kendisine ait olmak üzere bizzat gidermekle yükümlü tutulmuştur (BK m. 279; yTBK m. 365/11). Yukarıda işaret edilen sorunların da gösterdiği gibi ticari işletme kirası sözleşmesinin tarafları, çok genel nitelikli ve bir işletmenin kiralınması göz önünde tutularak hazırlanmamış olan BK hükümlerine⁷⁰ itibar etmeyerek gerek esaslı ve gerek esaslı olmayan ayıplardan sorumluluk hususunda kendi menfaatlerine ve sözleşmenin ekonomik amacına uygun düzenlemeler yapmalıdırlar⁷¹.

Bunun gibi mevzuat gereği işletme izinlerini bizzat kiracının alması gereken hallerde, ticari işletmenin işletme izni olmaksızın devredilmesi de kural olarak ayıplı ifa sayılmaz. Ancak kiralayan işletmeyi, izinlerin alınmasını mümkün kılacak fiziksel ve hukuksal şartlara sahip olduğu halde teslim etmiş olmalıdır⁷². Bu halde işletmenin ekonomik unsurları ile organizasyonu-

rumu ile kiralandığından sözleşmenin 9. maddesine dayanılarak istenen onarım giderleri ile ilgili davasını reddetmek olmalıdır. Karar açıklanan nedenlerle bozulmalıdır".

⁶⁷ Karş. *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 1J5; *KLINGLER*, s. 85.

⁶⁸ HIGI, *Obligationenrecht*, Art. 279 N. 21; Karş. Y. 19. HD, T. 03.12.1997, E. 1997/7131, K. 1997/10261.

⁶⁹ Karş. *KLEIN-BLENKERS*, s. 224-225.

⁷⁰ Bu hususta maalesef yTBK hükümleri de yeterli kabul edilemez. yTBK m. 357'da BK m. 270 vd.'ndaki hükümlerden birçoğuna muadil hükümler öngörmekten de imtina ederek m. 358'de adi kiraya ilişkin düzenlemelere atıfta bulunmuştur. Ancak adi kiraya ilişkin düzenlemelerde kiracının korunması düşüncesi hakim olduğundan, bunun ticari işletme kirasındaki menfaatler dengesine uygun çözümler getireceği şüphelidir.

⁷¹ Karş. *ALTAŞ*, s. 179.

⁷² *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 149; karş. Y. 3. HD, T. 04.03.2004, E. 2004/1470, K. 2004/1618: "Kiralananın amacına uygun kullanılabilmesi için kiralayanın ayıpsız teslim borcu vardır. Kiraladığı yer için kiracının işletme ruhsatı alınması vazgeçilmez bir zorunluluk olup, kiralanan şeyin ayıpları ise kiralayanın tekeffülü altında kabul edilir. Kiralanan ayıplı ise ve bu ayıp kiralananın sözleşme ile güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasını ve işletilmesini imkansız kılacak çeşitlen ise, kiracı sözleş-

nun devredilmiş olması, yeterli kabul edilmelidir⁷³. Aksi halde, yani işletmenin kiralayana ait işletme izinleri ile kiracı tarafından da işletilmesinin mümkün hatta zorunlu olduğu durumlarda, ilgili izinlerin de birlikte devredilmiş olması gerekir. Her iki ihtimalde de kiralayan, kiracının işletmeyi ilgili kolluk mevzuatı açısından sorunsuz işletebilmesi ve kira süresince bunların yenilenmesi için gerekli idari işlemlerin yapılmasına katılmalıdır (BK m. 272/f). Zira kiralayanın kiracının faydalanmasını sağlama yükümlülüğü etkisini gerek sözleşme başında gerekse devam ederken gösterir⁷⁴. Diğer yandan kiralayanın TK ve TST gereği yapılması gereken tescil işlemlerine katılması da BK m. 272/l'e uygun bir ifaya dahil edim fiilleri arasında sayılmalıdır. Zira ticari işlemlerle ilgili sicil işlemlerinin gerçekleştirilmemiş olması, bunun işletilmesini ve hasılat elde edilmesini olumsuz etkileyebilecek hususlardan-
dır. Ancak idari izinlerin bulunmamasından dolayı kiralayana karşı zapta karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmek bakımından bu hukukî ayıplann işletmenin işletilmesini, hasılat kabiliyetini potansiyel olarak değil gerçekten ortadan kaldırmış olması gerekir. Bu çerçevede örneğin gerekli izinlerin bulunmaması na rağmen resmi kuruluş işletme faaliyetini tolere ediyor, herhangi bir idari yaptırım uygulamıyorsa, kiradan indirim ya da fesih haklarının kullanılması söz konusu olmaz⁵. Kanaatimizce gerekli izinlerin kiralayan tarafından alınmamış olmasından kaynaklanan idari para cezalarının, kiracı tarafından kiradan indirilmesi mümkündür (BK m. 273, 275, 283; yTBK m. 361, 358, 309, 302)

Sözleşmenin ifası sırasında kiralayana yüklenemeyen bir sebeple kiralanan tamamen tahrip olmuşsa BK m. 117/1-II (yTBK m. 136/1-11) kiralayan kiralananı kullanıma ve işletilmeye hazır halde bulundurma borcundan kurtulur • İmkansızlık, kiralayanın ayıba karşı tekeffül yükümlülüğünün sınırla-

meden dönme hakkını kullanabilir (BK. mad. 249-250-106-108). Somut olayda davacının sabıkacı olduğunu bilen ve problem çıktığında geri devretmeyi teklif eden davalı, üstelik içkili yer kapsamından çıkarılmış olmasından dolayı kiracı ruhsat almadığı takdirde yönetmelik uyarınca ancak bir kez devredebileceği kendi ruhsatının da iptal edileceğini bilerek taşınmazı kiraya vermekle, kiralananı kullanılmaya elverişli halde teslim borcunun gerçekleşmediği [...]" ; ayrıca bkz. Y. 3. HD, T. 20.09.2001, E. 2001/6727; K. 2001/7921.

⁷³ ALTAŞ, s. 101-102.

⁷ Y. 3. HD, T. 15.03.2004, E. 2004/1763, K. 2004/2081: "Kira sürekli bir akit olduğundan, hem akdin kurulmasından önce mevcut, hemde akdin devamı süresince kiracının bir kusuru olmaksızın ortaya çıkan ayıplar kiralayanın tekeffülü ağındadır. Diğer bir anlatımla sözleşme süresince kiralanda meydana gelen bozuklukları ve eksiklikleri gidermek kiralananın kullanmaya elverişli bulunması için gerekli önlemleri almak zorunda bulunan kiralayandır"; ALTAŞ, s. 173.

¹⁵ HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N.

⁷⁶ CANSEL, s. 60-61. 64; bkz. ayrıca KLEIN-BLENKERS, s. 226-227; KL/NGLER, s. 88; H/G!, Obligationenrecht. Art. 278 N. 34.

rını da çizmektedir. Buna göre ayıba karşı tekeffülden doğan yükümlülükler kiralananın ekonomik ve teknik olarak yeniden tesisini ihtiva etmez. yTBK, BK'dan farklı olarak kısmi ifa imkansızlığını düzenlemiş ve cunifasının borçluya yuklenemeyen sebeplerle kısmen imkansız hale geldiği hallerde, borçlunun borcun imkansızlaşan kısmından kurtulmasını öngörmüştür. Ancak taraf iradelerinin yorumundan, kısmi ifa imkansızlığı baştan öngörülseydi, sözleşmenin akdedilmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa boçlu borcundan tamamen kurtulacaktır (yTBK m. 13711)⁷⁸. Bu son seçenek, ticari işletme kiralalarında tarafların sözleşmeden ekonomik beklentilerine daha çok uyan bir durumdur.

Kiracı "basiretli bir iş adamı" olarak gerek sözleşme, gerek teslim öncesi ve esnasında kiralananı gözden geçirmeli, ayıpları bakımından incelemeli, ayıfğlı ifadan kaynaklanacak haklarını saklı tutmak için gerekenleri yapmalıdır⁹. Ancak kiralayanın ayıba karşı tekeffül borcu kira süresince devam ettiğinden kiracının muayane yükümlülüğü satımda alıcının muayene yükümlülüğü kadar geniş değildir⁸⁰. BK m. 272, bu inceleme esnasında tespit edilen ayıpların teslimden evvel giderilmesini amirdir. Ayıplar kiracıya tesellümden kaçınma hakkı verir (karş. BK m. 81; yTBK m. 97)⁸¹. Kiracının muayene de tespit ettiği ancak teslim sırasında kiralayana bilerek ya da ağır kusurlu biçimde kiralayana bildirmediği ayıpları kabul ettiği varsayılır⁸². Bunun gibi kiracının bazı ayıpları görmüş ve açıkça kabul etmiş olması da mümkündür.

ⁿ **KLINGLER**, s. 88.

⁷⁸ Karş. **CANSEL**, s. 61.

¹⁹ **KUNGLER**, s. 85-86; **KLEIN-BLENKERS**, s. 186. Kiralama işlemi TK m. 14/II (yTIK m. 12/2) anlamında ticari işletme işletmeye hazırlık faaliyeti olarak görülebileceğinden tacir olmaya bağlanan sonuçların da bu dönemde etkisini göstermeye başlayacağını kabul etmek gerekir.

⁸⁰ **KLINGLER**, s. 86.

⁸¹ **KLEIN-BLENKERS**, s. 215; karş. **TANDOĞAN**, C. V2, s. 115.

⁸² **KUNGLER**, s. 85; "dava, 25.07.2002 günlü başlangıç tarihli hasılat kira ilişkisine dayalı esaslı onarım giderlerinin davalı kiralayandan tahsili istemiyle açılmıştır[...] Mahkemece istek kısmen hüküm altına alınmış, değişik tarihlerde faiz yürütülerek 1.812.48 YTL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Hükmü taraflar temyiz etmiştir. 1- Taraflar arasındaki 25.07.2002 günlü halı saha sosyal tesisleri kafeterya işletme kira sözleşmesi 9. maddesi hükmüne göre kiralananadaki büyük bakım, onarım ve tadilat giderleri davalı kiralayana aittir. Davacı kiracı, kiralanda sözleşmenin 9. maddesi kapsamına giren ısıtma tesisatında ortaya çıkan problem nedeniyle esaslı harcamalar yaptığını ileri sürerek ibraz ettiği faturalara karşılık davalı kiralayandan 5.816.22 YTL alacağın tahsilini talep etmiştir. Bilirkişi raporuna göre, davacının önceden sıvı yakıtla çalışan kalorifer kazanını katı yakıtla çalışan sisteme dönüştürmesindeki neden, yakıt masraflarını azaltmaya yöneliktir. Bu amaçla yapılan değişiklik esaslı tamirat kabul edilemeyeceğinden, buna ilişkin harcama kalemleri ile ilgili davanın reddedilmesinde bir yanılğı yoktur. Davacının bütün temyiz itirazları açıklanan nedenle reddolunmalıdır. 2- [...]", Y. 14. HD, T. 27.06.2007, E. 2007/6943, K. 2007/8424.

Kiracının belli kusurlara itiraz etmemesi, kiralananı teslim alarak bir süre işletmesi ve kira bedelini çekincesiz ödemiş olması da durumu kabul ettiği şeklinde yorumlanmaya müsaittir⁸³. Ancak BK m. 249ffil'den hareketle, kiracının ya da çalışanlarının sağlığı için ciddi tehdit teşkil eden ayıplar söz konusu ise, kiracı bunları sözleşmenin kurulması sırasında bilse ve sessiz kalmış olsa da, sözleşmeyi fesih hakkını korur⁸⁴. Ayrıca örneğin işletmenin çukur bir yerde bulunması ve bu sebeble sık sık su basmasına maruz kalması, sahil bölgelerindeki otelde aşırı sıcak nedeniyle elektrik tesisatının tedbirlere rağmen sık sık arızalanması, dağlık bölgedeki bir otelde soğuk sebebiyle suların sık sık donması gibi çevresel faktörlere bağlı haller, giderilmesi mümkün ayıplardan değildir. Zira bunlar işletmenin bulunduğu coğrafya ile ilgilidir. Ancak bu tür ayıpların işletme esnasında ortaya çıkan sonuçları kiralananın kullanımı ve işletilmesini imkansız kılacak düzeyde ağır ise kiracı ayıba karşı tekeffül hükümlerinden, özellikle kira bedelinden indirim talebi hakkında⁸⁵ ifade edebilir (BK m. 272/II, 249/II, 250/I; yTBK m. 360, 358, 305 vd.) . Özellikle ticari işletme kirasında kiracıya gerek duran ve gerek dönen malvarlığından birçok unsur devredildiğinden ve bunlar işletme faaliyetleri sebebiyle sürekli kullanıldığından hangi eksiklik ya da arızanın ayıp sayılacağını tespit etmek güçtür. Örneğin, neredeyse sadece iş makinelerinden ibaret bir hafriyat ya da tekstil dokuma işletmesinin kiralananında makinelerin belli bir yıpranmışlık ile devredilmiş olacağı açıktır. Bu çerçevede anılan makinelerin ilgili teknik çevrelerce rutin görülebilecek arızaları ayıp olarak nitelendirilmemelidir⁸⁶. Ancak, arızaların görülme sıklığı, farklı türden de olsa tekrarlanan arızalar, teknik bakım ve onarım masraflarının hasılatla önemli kayıplara yol açıyor olması, genel tablonun müşteri kaybına sebebiyet vermesi gibi haller ise farklı sonuca varmayı gerektirebilir. Kiralananın teslimi sırasında taraflarca BK m. 271 (yTBK m. 359) uyarınca teslim edilenlerin⁸⁷ özelliklerini de gösteren ayrıntılı bir defter tutulmuş olması halinde, buna itiraz etmeyen kiracının, kayıtlarda yer alan hususlarda sonradan ayıp ihbarında bulunması kural olarak mümkün değildir. Ancak "ayrıntıdan" ne anlaşılacağı belli olmadığından bu görüşe mesafeli yaklaşmak gerektiği⁸⁸ gibi, gizli ayıplar söz konusu olduğunda da farklı sonuca varmak gerekir . Kiracının teslim öncesindeki incelemelerinde (adı muayene) tespit etmesinin

❖ CANSEL, s. 60; TANDOÖAN, C. U2, s. 115; YAVUZ, s. 285.

¹¹⁴ C'ANSEL, s. 67; karşı. KLEIN-BLENKERS, s. 218

⁸⁵ CANSEL, s. 58, 63; KL/NGLER, s. 84; KLEIN-BLENKERS, s. 183,215 vd.

⁸⁶ K arş. CANSEL, s. 63.

⁸⁷ BK m. 271'in (yTBK m. 359) öncelikli amacı birlikte teslim edilen maddi unsurların kayıt altına alınması olmakla birlikte, kanaatimizce ticari işletme kirasında tutanağa gayri maddi unsurların geçirilmesi de mümkündür.

⁸⁸ CANSEL, s. 62.

mümkün olmadığı ayıplar ise gizli ayıplardır ve kiralananın teslim alınmış olması bu ayıpların kabul edildiği anlamına gelmez. Bu halde kiracı satımdaki gizli ayıplara ilişkin hükümlere kıyas yoluyla başvurabilir (BK m. 198. 202; yTBK m. 223/11, 227)⁸⁹.

2. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

BK ve yTBK'da, kiralananın ayıplı teslimi halinde kiracıya muhtelif seçimlik haklar tanınmış olup, bu hakların hem tek tek işletme unsurlarının ayıplı olması ve hem de işletmenin bir bütün olarak ayıplı olması halinde kullanılabilir⁹⁰. Bir diğer ifade ile ticari işletme kirasında tek tek işletme unsurlarının ayıplı olması ile işletmenin bir bütün olarak ayıplı olması (*Untemehmensmiingel*) arasında ayırım yapılması gereklidir. BK m. 272/II (yTBK m. 360), sözü edilen borca aykırılığın yaptırımını adi kira hükümlerine (BK m. 249-250) atıfla, "ayıba karşı tekeffül" olarak düzenlemiştir (ancak karş. yTBK m. 358, 304-308). BK m. 272/I'e (yTBK m. 360) uygun teslim etmeme, kiralayan bakımından aynı zamanda bir temerrüd hali de teşkil edeceğinden, kiracı bu halde ayıba karşı tekeffül hükümleri yanında borçlunun temerrüdü hükümlerinden de istifade edebilir⁹¹. Kiracının hakları, önem-

⁸⁹ CANSEL, s. 58; yTBK m. 227/I'in kıyasen uygulanması ile kiracı bakımından ortaya çıkabilecek seçimlik haklar şunlardır: a) kiralanayı geri vermeye hazır olduğuna bildirerek sözleşmeyi fesih (karş. yTBK m. 358, 305/1, 306/II), b) ayıp oranında kira bedelinde indirim isteme (karş. yTBK m. 358, 305/1, 307), c) masrafları kiralayana ait olmak üzere kiralananın ücretsiz onarılmasını isteme (karş. yTBK m. 358, 305/1, 306n), d) kiralananın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme (karş. yTBK m. 358, 305/1, 306/1) ve bunlara ek olarak genel hükümlere göre tazminat hakkı (karş. yTBK m. 358, 305m, 308).

❖ KIJNGLER, s. 82-83; OPPENLANDER, s. 360-361; KLEIN-BLENKERS, s. 179-180.

⁹¹ YAVUZ, s. 281; HIGI, Obligationenrecht, Art. 278 N. 116-17; KIJNGLER, s. 83; Y. 3. HD, T. 11.05.2000, E. 2000/4180, K. 2000/4495: "Davacılar, dersane olarak 3 yıllık kira kiralanan taşınmaza ilişkin oturma izninin (iskan ruhsatının) alınmadığından ötürü kira akdinin feshi ile peşin ödenen kira bedelinin iadesine ve de [...] lira maddi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemişler[dir]. Davacılar kira akdinin yürürlüğe girmesine için iskan müsaadesinin istihsaline gerek olmadığını savunarak talebin reddini dilemişler[dir] [...] BK.nun 249/1 hükmüne göre kiraya veren (davalı için), "akitten maksut olan kullanmaya salih bir halde kiracıya teslim" borcu yüklenmiştir. İskan izni alınmamış yapılar; elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden yararlanılamaz. O halde kiralananın özel dersane olarak kullanılabilmesi için iskan izni alınması vazgeçilmez bir zorunluluk olup, bunun yerine getirilmesi hususu da kiralayana ait bulunmaktadır. Sözleşme yapılırken sözü edilen iskan izninin (iskan ruhsatının) bulunmaması, kiracının bu izin alınmak üzere işlemlere başlanılmış olması nedeniyle kiralanda bir takım hazırlıklara başlaması, kiralayanı (davalıyı) kanunen kendisine yüklenen harç ve belgeleri tamamlayarak iskan (oturma) iznini alma ve kiralanayı sözleşmenin amacına uygun kullanılabilir duruma getirme yükümlülüğünden kurtarmaz. Zira kiracı, kiralayanın ayıba karşı olan tekeffül borcunu ne sözleşme ile açıkça ve ne de çeşitli davranış biçimlerini sergileyerek halin icablarına göre zımni olarak ortadan kaldırmıştır. Kaldı ki bu aşamada kiralayanın sözleşmeden beklenen amaca uygun olarak kiralanayı kiracıya teslim ettiğinden de söz edi-

li ayıpların giderilmesi şartıyla akdin ifasını (BK m. 273; yTBK m. 361), gecikmeden doğan zararın tazminini (BK m. 96, 106, 250ffi; yTBK m. 112, 123, 358, 304, 308), kira bedelinin indirimini (BK m. 272ffi, 250/I; yTBK m. 360, 358, 304-307) talep hakkı ile sözleşmeyi fesih hakkıdır (BK m. 274/III, 286; yTBK m. 358, 324, 369). Kiracı ayrıca bu haklarından bağımsız olarak maddi ve manevi zararlarının giderilmesini de kiralayandan isteyebilir (BK m. 272ffi, 250/II; yTBK m. 360, 358, 308)⁹². BK m. 279ffi (yTBK 365_/II), adi kiraya ilişkin BK m. 251ffi'den (yTBK m. 318) farklı olarak, onmız (ufak tefek) ayıpların giderilmesi yükümlülüğünü kiracıya tahmil etmiştir. Bir başka ifade ile hasılat kirasındaki önemsiz ayıpların kapsamı, adi kiraya göre daha geniştir. Sözleşmede hükmün aksi kararlaştırılmazsa de bu, ticari işletme kirasının ekonomik özelliklerine uymayacaktır⁹³. Teslim, zamanında gerçekleşmediği takdirde ise BK m. 101 vd., 106 vd. (yTBK m. 117 vd., 123 vd., 126) uygulanır⁹⁴.

Kiracı BK m. 272ffi yollamasıyla, BK m. 249/11 ve 250/I hükümleri uyarınca, kiralananın sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun biçimde kullanılmasını engelleyen veya önemli ölçüde zorlaştıran ayıpları bulunması halinde kiralayana ayıbı ihbar etmek suretiyle kiradan uygun⁹⁵ bir miktarın indiril-

lemez. Bu halde dahi kiracı konumunda olan davacının davalıya karşı borçlu temerrüdü hükümlerine (BK.mad. 106 vd.) başvurabileceği gibi geç teslimden dolayı bir zarar doğmuşsa bunun tazmini yoluna da gidebilir (BK. mad. 96). Kiralanan şeyin kiralayanın (davalı) tekeffülü altındadır. Bu ayıplar, kiralananın sözleşme ile güdülen amaca uygun biçimde kullanılmasını veya işletilmesini imkansız kılacak, yahut da bu kullanım ve işletmeyi önemli surette azaltacak çeşitten olmalıdır. Kiracı ayıbın giderilmesi için kiralayana uygun bir mehil vermelidir. Bu mehil içinde ayıp giderilmediği takdirde kiracı (davacı) kira parasının indirilmesini isteyebileceği gibi sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir. Ayıplar uygun mehil zarfında giderilmediği takdirde, kiracı yeni bir mehil vererek bu mehilin sonunda da giderilmezse sözleşmeden dönebilir (BK.mad. 249-250 ve 106-108) [...]".

⁹² CANSEL, s. 61 vd.; TANDOĞAN, C. 1/2, s. 121 vd.; ALTAŞ, s. 179 vd.; ARKAN SERİM, s. 44 vd.; H/G/, Obligationenrecht, Art. 278 N. 17.

⁹³ ALTAŞ, s. 178; CANSEL, s. 63.

⁹⁴ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 110; CANSEL, s. 59-60; ZEVKLiLER, s. 194; KARAHASAN, s. 795; H/GI, Obligationenrecht, Art. 278 N. 12; KLE/N-BLENKERS, s. 233; STROBEL, s. 25

⁹⁵ Y. 19. HD, T. 13.05.2005, E. 2004/8831, K. 2005/5502: "Dava, davalı tarafından ödenmediği iddia edilen 2000 yılı Mayıs-Haziran aylarına ait kira farkı alacağı ile Temmuz-Ağustos-Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2000 yılı kira bedelinin tahsili istemiyle yapılan icra takibine yönelik itirazın iptali davasıdır. [...] Davalı vekili, müvekkilinin gıda satışmağazası olarak kullanımına tahsis edilen mecurun müvekkilinden kaynaklanmayan nedenlerle Belediye tarafından kapatıldığını, kira sözleşmesinin 6. maddesine göre kira akdinin fesh edildiğini, belediyenin mühürlemesinden sonra mecurun kullanılmadığını 2 defa davanın reddini istemiştir. [...] Davacıya ait dükkanın 1.1.1999 başlangıç tarihi ve 10 yıl süreli kira sözleşmesi ile davalıya kiralandığı, şikayet üzerine belediye tarafından ayırma işlemi yapıldığı, ayırma işlemi yapıldığına rağmen ayırma işlemi yapılmadığı

mesini de talep edebilir⁹⁶. Görüldüğü gibi indirim talebini haklı kılan ayıplar, -kiralayanın tekeffül ettiği hallerde küçük ayıplar hariç- esas itibariyle önemli kabul edilecek⁹⁷, işletmenin hasılat kabiliyetini etkileyecek türden ayıplardır⁹⁸. Ancak BK m. 274/I'in (yTBK m. 358, 324) aksi anlamından hareketle, kiracının kiralayanın kusurundan kaynaklanan ve işletmenin faaliyetlerinin tamamen durması sonucunu doğuran ayıp sürdüğü müddetçe kira borcunu ödemekten kaçınma hakkı da olmalıdır⁹⁹. Zira nasıl kiracı kendi kusurundan dolayı kiralananı kullanamadığında dahi kirayı ödemekle yükümlü ise, aksi halde kiracı da kirayı ödemekten kaçınabilmelidir. Bunun gibi faaliyetin, kiralayandan kaynaklanan nedenlerle tamamen durması halinde sadece kiranın indirilmesini talep edebilmek, BK m. 272/II, 249/II ve 250/1 (yTBK m. 360, 358, 304) düzenlemelerinde mündemiç menfaatler dengesi ile de bağdaştıramaz. Bir başka ifadeyle bu gibi hallerde kiracının, indirilmiş de olsa kirayı

için mağazanın Belediye tarafından mühürlenerek kapatıldığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durumda, yukarıda anılan madde hükmü gözetildiğinde, taşınmazın Belediye tarafından mühürlenmesi ile davalının taşınmazı sözleşmedeki amacına uygun olarak kullanmasının engellendiğinin kabulü gerekir. Ayrıca, davalı davacıya gönderdiği 3.7.2000 tarihli ihtarnamede " 60 gün içinde mecur hakkındaki kapatma kararının kaldırılması için gerekli ameliyelerin yerine getirilmesi, kapatma tarihinden itibaren mecurun sözleşme ile umulan amaca salih biçimde iadesine kadar kira parasının işleme-yeceği ve bu süre zarfında gereken işlemler yapılmaz ise 6.maddeye göre sözleşmenin feshedileceği" nin bildirildiği görülmektedir. Bu yönler gözetilmeden anahtarların geç teslim edildiği gerekçesiyle davalının kira bedelinden sorumlu tutulması isabetli değildir".

⁹⁶ CANSEL, s. 63; ALTAŞ, s. 179-180; KLINGLER, s. 90-91.

¹¹ Çıplak gözle muayenede dahi görülen, özel teknik inceleme gerektirmeyen ve giderilmesi uzun bir zaman ve masraf gerektirmeyen ayıplar, önemsiz (esaslı olmayan) ayıplar olarak görülebilir, KLEIN-BLENKERS, s. 184.

⁹⁸ "Ust kattan su sızması", Y. 3. HD, T. 15.02.2011, E. 2010/20783, K. 2011/1840; Y. 14. HD, T. 04.07.2005, E. 2005/6204, K. 2005/6853; "ısıtma sisteminde yetersizlik", Y. 13. HD, T. 24.03.2005, E. 2004/16785, K. 2005/4909; "kanalizasyon suyu basması", Y. 13. HD, T. T. 04.03.2003, E. 2002/13780, K. 2003/2297; Y. 3. HD, T. 20.09.2001, E. 2001/6727; K. 2001/7921; "alt katlarda yer alan işletmenin bacasından çıkan alevler sebebiyle mutfakta yangın çıkması", Y.. 13. HD, T. 08.07.1975, E. 1975/6778, K. 1975/4771; bkz. ayrıca "kaplıcaya sıcak su sağlayacak ünitelerde sürekli su kesintisi", Y. 14. HD, T. 28.10.2005, E. 2005/6528, K. 2005/9704 (davada tazminat talebinde bulunulmuştur). Ayrıca yangın nedeniyle işyerinin önemli hasar görmüş olması, yer altı suları nedeniyle işyerinin sürekli rutubetli olması ya da yağmurlu dönemlerde bu nedenle su basması, komşu işletmenin faaliyet konusunu değiştirmesinden (örneğin bürodan fırına, kasaba, kebabçıya) dolayı kiralananın faaliyetine eskisi gibi engelsiz devam etmesinin objektif olarak zorlaşması ya da imkansız hale gelmesi, kiralanda üretilen malların ihracının yasaklanması, hammadde ithalatının yasaklanması, çalışma saatlerine sınırlamalar getirilmesi de (hukukt ayıplar) bu çerçevede örnek olarak verilebilir, karş. TANDOĞAN, C. 1/2, s. 114; KLINGLER, s. 82, 90-91; KLEIN-BLENKERS, s. 182, 185, 194; OPPENLANDER, s. 369; VOELSKOW, NJW 1983, s.911.

⁹⁹ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 216; STROBEL, s. 25.; VOELSKOW, NJW 1983, s. 911.

ödemekle yükümlü olduğunu düşünmek hatalı olur. Zira bu dönem içinde sözleşmeden beklenen ekonomik amaca ulaşabilmek mümkün değildir. Alman MK m. 536/1 c. 1 ise bu konuda oldukça aydınlatıcıdır: Anılan hükme göre "kiralananın kiracıya teslimi sırasında, sözleşmeye uygun kullanımını ortadan kaldıracak bir ayıba sahip olması ya da kira süresi içinde bu türden bir ayıbın ortaya çıkması halinde kiracı, kiralananın kullanıma elverişli bulunmadığı süre içinde, kira borcunu ifa ile yükümlü değildir. Kiracı, ayıp nedeniyle kiralananın kullanıma elverişliliğinin azaldığı dönem için ise kiradan uygun bir indirim yapabilir. Kiralananın kullanıma elverişliliğini önemsiz derecede azaltan ayıplar dikkate alınmaz".

Ticari işletme kiralalarında indirim miktarının tespitinde ayıbın süresi ve derecesi dikkate alınacak olmakla birlikte¹⁰⁰, kira kısmen ya da tamamen işletmenin safi ya da gayri safi hasılatına (cirosuna) göre de belirlenebildiğinden, kira bedelinden indirim hususunun sözleşmede özel olarak düzenlenmesinde fayda vardır¹⁰¹. Bu hak, ya tamamen bertaraf edilmeli ya da nasıl hesaplanacağı açıklanmalıdır. Kanaatimizce maktu kira ile ciroya bağlı (nisbi) kiranın birlikte kararlaştırılmış olduğu hallerde, indirimin sadece maktu kiradan yapılabilmesi gerekir.

Kiracının, kiralananın sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun biçimde kullanılmasını engelleyen veya önemli ölçüde zorlaştıran ayıpları bulunması halinde, kiracıya tanınan seçimlik haklardan bir diğeri de sözleşmeyi fesih hakkıdır (BK m. 274/III, 286; yTBK m. 358, 324, 369). Buna göre kiracı mehil tayin ederek kiralayandan ayıbın giderilmesini ya da kiradan indirim yapılmasını talep etmesine rağmen bu talepleri yerine getirilmediğinde sözleşmeyi feshedebilir¹⁰². Buna karşılık ayıbın giderilmesi için kiralayanın şahsından ya da ayıbın niteliğinden kaynaklanan nedenlerle süre tayininin faydasız olacağının anlaşıldığı hallerde kiracının sözleşmeyi mehil vermeksizin derhal feshedebileceği ileri sürülmüşse de¹⁰³, BK m. 274/III'ün (yTBK m. 358, 324) işaretiyle uygulanacak BK m. 286'nın (yTBK m. 369) açık lafzı karşısında bu mümkün gözükmemektedir. Bunun gibi özel hüküm olarak BK m. 286 (yTBK m. 369) varken, genel hüküm olan BK m. 101/I, 106, 107'nin (yTBK m. 117/1, 123, 124) kıyasen uygulanması söz konusu ola-

¹⁰⁰ KLINGLER, s. 84.

¹⁰¹ Karş. ALTAŞ, s. 180; KLEIN-BLENKERS, s. 216,221. KLINGLER, iştirakli hasılat kira-sında, kiradan indirimsorununun kendiliğinden çözüleceğini ifade etmektedir, s. 84.

¹⁰¹ ALTAŞ, s. 180; CANSEL, s. 62; KLEIN-BLENKERS, s. 217-218.

¹⁰³ ALTAŞ, s. 181; KLEIN-BLENKERS, s. 218. Kiralayanın kira sebebiyle tacir sıfatını kaybetmiş olduğu hallerde, ilk bakışta fesih beyanının TK m. 20/III'e (yTİK m. 18/3) uyularak yapılmasının zorunlu olmadığı fikri ileri sürülebilirse de, kiralayan kira başlangıcında kiracı da fesih tarihinde tacir sıfatını haiz olduklarından, fesih beyanının anılan hükümlerdeki usullere uyularak yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Kiralayanın başka bir işletmesi sebebiyle tacir sıfatını muhafaza ettiği hallerde de aynı sonuca varmak gerekir.

maz. Anılan haller olsa olsa feshi ihbarda bulunanın BK m. 286' da (yTBK m. 369) zikredilen tazminat yükümünü kaldırabilir. Kiracı bunun gibi, akdin ifasından vazgeçme anlamına gelen fesih halinde tazminat talebinde de bulunabilir. Kiracı bu halde müspet zararlarının giderilmesi yanında mahrum kaldığı karı da talep edebilir. Kiralayan kusursuzluğunu ispatla yükümlüdür. Kiralananın kullanılmaya ve işletilmeye uygun biçimde teslim edilmemiş olması kiralayanın kusuruna karine teşkil eder. Kiracı sadece ayıplı teslimi ve zararını ispatla yükümlüdür (BK m. 272ff, 250/II; yTBK m. 360, 358, 304)¹⁰⁴. Kanun kiralananın ayıplı olması halinde kiracıya fesih hakkı vermişse de, bu hakkın kullanımında ticari işletme kirasının konusunun tek tek işletme unsurları değil, bunların tamamının belli bir organizasyon içinde bir araya getirildiği işletme bütünlüğü olduğu da hatırdan tutulmalıdır¹⁰⁵. Bir başka deyimle herhangi bir işletme unsurunun tek başına ayıplı olması kiracıya fesih hakkı vermemelidir. Bunun için tek bir ayıbın (fabrikanın tek buhar kazanının arızalı olması, makineleri çalıştıran yazılımın hatalı olması ve lisansa ilişkin sorunlar nedeniyle güncellenememesi) ya da birden çok ayıpların ticari işletmeden hasılat elde edilmesini kalıcı, sürekli ve kiracı bakımından tahammül edilmesi beklenemez biçimde zorlaştırmış ya da tamamen imkansız kılmış olması şartı (işletme faaliyetinin temelinden sarsılmış olması) aranmalıdır. İşletmenin bir bütün olarak işlevlerini hiç etkilemeyen ya da önemsiz derecede etkileyen ayıplarda, öncelikle ayıpların giderilmesi, kira ödemelerini durdurma, kiradan indirim ve tazminat seçenekleri kullanılmalıdır¹⁰⁶. Bu sonuç MK m. 2/I'de yer alan ve hakların muhatabını koruyucu şekilde kullanılması ilkesi (*schonende Rechtsausübung*) ile de uyumludur¹⁰⁷. Özetle ticari işletme kirasında kira konusunun işlemin tarafları ve ilgili pazar açısından taşıdığı önem göz önünde tutulduğunda, feshin en son başvurulacak çare olduğu, feshin kiralayan bakımından katlanması beklenilemez, sözleşmeyi sürdürmenin ise kiracı açısından katlanabilir kabul edileceği durumlarda (onarımın kısa sürede yapılabilecek olması ya da onarımın kiralayan bakımından katlanması mümkün olmayan masrafları gerektirmesi) feshin, bir ayıba karşı tekeffül seçeneği olmadığı sonucuna varılmalıdır¹⁰⁸. Bu çerçevede kiralayan, müstakil bir işletme unsurunun, gerçekte maddi ya da manevi (ekonomik) veya hukuki olarak ayıplı olmasına rağmen, somut olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde, özellikle kiracının ayıplı unsuru işletme içinde hiç (örneğin üçüncü kişinin hak iddiasına rağmen üzerinde lisans hakkı tanınmış patent ya da markanın kiracı tarafından zaten hiç kullanılmama-

¹⁰⁴ CANSEL, s. 62; ALTAŞ, s. 174; KLEIN-BLENKERS, s. 223.

¹⁰⁵ KLEIN-BLENKERS, s. 179-180, 182; KL/NGLER, s. 82; OPPENU..NDER, s. 360-361.

¹⁰⁶ KLEIN-BLENKERS, s. 182, 192 vd.

¹⁰⁷ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 184; OPPENU..NDER, s. 365.

¹⁰⁸ KLEIN-BLENKERS, s. 219-220.

sı) ya da sınırlı (örneğin devredilmiş ancak arızalı olduğu anlaşılan ekipman ya da makinaya kiracının düşük kapasite ile çalışması nedeniyle 1.aten nadiren ihtiyaç duyması) olarak kullanması halinde ya da kiracının ayıp ile ortaya çıkmış olan sonucu ilave olağanüstü bir masraf gerektirmeksizin kendisinin telafi etmiş olması halinde (bir enerji abonelik sözleşmesi kiracıya devredilememiş olmasına rağmen, kiracının abonelik sözleşmesini kendi adına yapmış olması), işletmenin hasılat kabiliyetine önemli kabul edilebilecek bir etkisi olmayan benzer eksiklik ve hatalarda, kiracının fesih hakkını kullanmasına engel olabilmeli, buna rağmen yapılan fesihlerde ise müspet zararının tazminini talep edebilmelidir'⁹. Ayrıca fesih hakkı kural olarak işletmenin tamamını kapsar şekilde kullanılabilir. Bir başka deyimle kısmi fesih kural olarak mümkün değildir. Ancak örneğin şubeleriyle ya da şube niteliğinde olmayan birden çok işyerleri ile birlikte kiralananmış bir ticari işletmede, ayıp bu şubelerden ya da işyerlerinden birisine özgü ise fesih hakkının sadece bu şubeye/işyerine özgü ilişkin olarak kullanılması kabul edilebilir¹¹⁰.

yTBK m. 358'in göndermesi ile hasılat kirası hakkında da uygulanacak m. 305-307 hükümlerinde de ise kiracının hukukî durumu daha açık biçimde düzenlenmiştir¹¹¹. Buna göre kiralanan baştan önemli ayıplarla teslim edilmiş veya kiralanan sonradan ayıplı hale gelmişse kiracıya, i) kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya ii) kiralananın ayıpsız yenisi ile değiştirilmesini ya da iii) kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını talep edebilme ve iv) sözleşmeyi feshetme şeklinde haklar tanınmış (yTBK m. 305, 306/1), akabinde bu bunlar detaylandırılarak, zararının giderilmesini talep hakkının bulunduğu da (yTBK m. 305/1, 308) belirtilmiştir (yTBK m. 304). Özellikle kiralananın teslim tarihinde ayıplı olmasına ilişkin olarak yTBK m. 304'de yer alan vem. 358 atfı ile hasılat kirası sözleşmelerinde uygulanacak düzenlemeye dikkat çekilmek gerekir. Buna göre kiralanan önemli ayıplarla teslim edilirse kiracı yukarıda belirtilen haklarını kullanabileceği gibi borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerden de (yTBK m. 117 vd., 123-124, 126) istifade edebilir (yTBK m. 304/1). Buna göre kiracı kiralayana uygun süre vererek ayıbın giderilmesini talep edebilir (mehil tayininin gereksiz olduğu haller için bkz. yTBK m. 124) ve geçen süreye rağmen ayıp giderilememişse karşılıklı borç yükleyen sürekli edimli sözleşmelere ilişkin yTBK m. 126 uyarınca sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Ancak teslim sırasında kiralanda bulunan ayıp önemsiz nitelikte bir ayıp ise, kiracı sadece

¹⁰⁹ KLE/N-BLENKERS, s. 184, 189-190.

¹¹⁰ KLEIN-BLENKERS, s. 221.

¹¹¹ Bkz. ŞENYÜZ, s. 291-292.

kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesini düzenleyen hükümlere (yTBK m. 305 vd.) başvurabilir (yTBK m. 304ff).

Kiracının öncelikle kiralayandan ayıpların uygun bir süre içinde giderilmesini talep hakkı vardır. Ayıplar tayin edilen süre içinde giderilmediğinde kiracı giderleri kiralayana ait olmak üzere onun hesabına onarım yaptırabilir ve giderleri de kira bedelinden indirebilir. Kiracı ayıbın giderilmesini talep yerine kiralananın ayıpsız yenisi ile değiştirilmesini de talep edebilir (yTBK m. 306/1). Görüldüğü gibi kiracının masrafları kiralayana ait olmak üzere ayıplı kiralananı ayıpsız yenisi ile değiştirme hakkı yoktur. Bu hak kiraya- na aittir ve kiralayan, ayıbı gidermek yerine kendisine kiracının tanıdığı uy- gun süre içinde ayıpsız yenisi ile değiştirme yetkisine sahiptir (yTBK m. 307/III). Bundan da anlaşıldığı üzere, kiracı kiralayana ayıbı ihbar ve uy- gun bir süre tayin ederken, onarımı yerine ya da bu mümkün olmayacaksa ayıpsız yenisi ile değiştirme talebinde de bulunabilir. Ancak onarım ve özel- likle de masrafları kiralayana ait olmak üzere onun hesabına onarım ile kira- layana tanınan ayıpsız yenisi ile değiştirme hakkı şeklindeki karşılıklı yan- şan haklar uygulamada sorunlar yol açabilecek özelliktedir. İki haktan han- gisinin kullanılacağına sözleşme, örf adet ve MK m. 2 ışık tutacaktır. Ayıp- sız yenisi ile değiştirme hem taşınmaz hem de taşınır kiralaları açısından söz konusu olabileceği gibi, taşınmazlarda ayıba yol açan ve eklenti ya da bütün- leyici parça şeklindeki taşınırın ayıpsız yenisi ile değiştirilmesi bakımın- dan da kullanılabilecek bir haktır. yTBK m. 306/son'da kiralayana kiracıya ayıplı olanı yerine ayıpsız yenisini *hemen* vermek ve kiracının uğradığı zara- rın tamamını da gidermek suretiyle kiracının seçimlik haklarını kullanması- nın önüne geçmesi mümkün kılınmıştır. Engellenebilecek haklar ise kiracı- nın giderleri kiralayana ait olmak üzere ayıpları giderme, kira bedelinden indirim yapma, fesih ve zararın tazmini hakları olarak belirtilebilir.

Kiradan indirim talebinde bulunma hakkı ise zaman ve miktar bakımın- dan sınırlandırılmıştır. Buna göre kiradan indirim, ayıbın haber verilmesi ile giderilmesi/ayıpsız yenisi ile değiştirilmesi arasında geçen süre içinde de ayıbın derecesi ile orantılı olarak mümkündür (yTBK m. 307, 305/I).

Kiracının fesih hakkı ise ayıbın kiralananın sözleşmede öngörülen kulla- nımına elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilmemesi haline özgülenmiştir (yTBK m. 306/II). Kira- layanın ayıpsız yenisi ile değiştirmemiş olması da süresinde onarılmasına denk kabul edilmelidir. Bir başka deyişle "süresinde giderilmemesinden" sa- dece onarmama değil, ayıpsız yenisi ile değiştirmeme de anlaşılır.

Kiralayan kusursuz olduğunu ispat etmedikçe kiralananın ayıplı olma- sından doğan zararları kiracıya tazminle yükümlüdür (yTBK m. 308). Hü- kümdede açıkça "kiracı" ifadesine yer verilmiş olması, husumet sorunları ya- ratmaya elverişlidir. Zira ayıptan kiracının şahsı değil, aile bireyleri de zarar

görmüş olabilir ki. bu gibi hallerde bunlara da dava hakkı tanımak yerinde olabilirdi. Bu gibi kişilerin haksız fiile dayanabilecekleri ise açıktır. yTBK m. 305/T'de kiracının tazminat talebinin, seçimlik hakları kullanmasına bir engel teşkil etmeyeceği ifade edilerek, iki ayrı hak kategorisi arasında yanlış- ma olmadığı açıklanmış bulunmaktadır.

3. Zapta Karşı Tekefül Borcu

Ticari işletmeyi kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve kira süresince de bu halde bulundurma borcunun kapsamına, işletmenin *hukuken de ayıpsız* olarak teslim edilmesi ve kira süresince de gerek kiralayanın şahsından ve gerek üçüncü kişilerden kaynaklanacak aynı ya da şahsı üstün hak iddialarından kiracının korunması da girmektedir (BK m. 275, 276, 253-254; yTBK m. 358, 309-310)¹¹². Bu çerçevede kiralayan kira süresince üçüncü kişilere kiralanan üzerinde iddia edebilecekleri üstün haklar vermemek ve kiralanan vukubulacak daimi ya da geçici hukukı tecavüzlerden kaçınmak, üçüncü kişilerden gelebilecek bu tür saldırıları engellemek, gerektiğinde da-

¹¹² CANSEL. s. 71 vd.; TANDOĞAN. C. V2. s. 124 vd.; ALTAŞ, s. 105 vd., 181 vd.; ARKAN SERİM. s. 68 vd.; Kİ/NGLER, s. 84-85; SONNENSCHNEIN. in: STAUDINGERS. § 581 N. 168; Y. HGK. T. 30.09.1981. E. 1979/3-372. K. 1981/657: "Taraflar arasında, kaynağını BK. nun 270. maddesinden alan bir hasılat kirası sözleşmesi bulunduğu ve davacının 9.4.1977 günlü sözleşmeye göre yıllık kira bedeli olan 4500 lirayı davalıya peşinen ödediği konusunda herhangi bir uyuşmazlık yoktur. Öte yandan dinlenen davacı tanıklarının açık ve birbirini tamamlıyan sözlerinden üçüncü kişi durumunda bulunan başka köyler halkının, davacının koyun sürüsünü otlatmak üzere kiraladığı otlakiye üzerinde mülkiyet iddiasında bulunarak yararlanmasına engel olduğu ve davacının bu durumu davalı kiralayana derhal duyurmasına rağmen davalının, engellemenin ortadan kaldırılması için hiç bir girişimde bulunmadığı anlaşılmaktadır. BK.nun 249 ve 272. maddelerinin açık hükümlerine göre kiralayan. kiralananı sözleşmenin amacına uygun suretle kullanmaya (ve işletmeye) elverişli bir şekilde ıcslime mecburdur. Ancak kiralayanın. kiralananı sözleşmenin başlangıcında kiracının kullanmasına elverişli halde teslim etmiş bulunması gerekli olmakla beraber, asla yeterli değildir. Kiralayanın bu borcu, sözleşmenin devamı boyunca da devam eden bir süreklilik ıaşıır. Ne var ki kiralayan sözleşme boyunca kiracının kiralananı kullanmasına sadece kailanmak, ona karışmamak suretiyle bu borcunu ifa etmiş sayılmaz: onun aynı zamanda kiralanda meydana gelen ve kiracının sözleşmede öngörülen tarzda onu kullanmasına engel olan arızaları ve eksiklikleri gidermek yükümlü de vardır. Diğer tarafian kiralayan, kiralanan şeyin zaptına karşı da tekellüf ile borçludur. Bir diğer ifade ile kiralayanın kiralananı bütüln sözleşme süresince kiracının kullanmasına elverişli halde bulundurmak mecburiyeti. diğer bir yönü ile (kiralananan kiracının ihtilafsız. nizasız bir suretle yararlanmasını temin yükümlülüğü) nü gerektirir [...] O halde kiralayan. kiracıya karşı. sadece kendisinin değil. kiralanan üzerinde hak iddia eden üçüncü kişilerin bu iddiaları yüzünden de sorumlu bulunmaktadır (BK. 253. 275). Bu yükümlülük ve sorumluluk keza bütün sözleşme boyunca devam eder. Kiralananın **kira-** cıya tesliminden sonra üçüncü kişinin el atması yüzünden kiracı kiralananan faydalanamamış ise: kiralayan kiracının zararını ödemekle yükümlü olduğu gibi, peşin aldığı kirayı da iade ile mükelleftir".

vn açmakla yükümlüdür. Kiralayan ancak bu şekilde, kiracının kiralananndan kira süresince nizasız fasılasız yararlanmasını temin etmiş sayılabilir¹¹³.

Ticari işletme kirasında üçüncü kişiler işletme unsurları üzerinde üstün hak iddiasında bulunabilirler. Genel olarak denilebilir ki, kiracı tecavüz fiillerini kiralayana derhal ihbar etmelidir¹¹⁴. Kiralayan ihbardan sonra hukuki ya da fiili müdahaleleri önlemeye çalışmalı, açılmış davaları üstlenmeli, fiil müdahaleleri ise def etmelidir. Aksi takdirde kiracının zararlarını tazmin etme yükümlülüğü söz konusu olabileceği gibi, kiracının kira bedelinden indirim yapılmasını talep etmesi de mümkündür (BK m. 275, 250, 253; yTBK m. 358, 307, 309)¹¹⁵. Bu çerçevede örneğin işletmeyle birlikte devredilen işyerinin satılmış, üzerinde intifa hakkı ya da ipotek tesis edilmiş olması, yine kullanımlarına izin verilen ticaret unvanı, işletme adı ya da marka gibi sınav haklarda üstün hak iddiasında bulunulması ihtimal dahilindedir¹¹⁶. Marka lisansı bakımından, basit lisans söz konusu ise ya da inhisarı lisans söz konusu olup da kiracı (lisans alan) dava hakkını kullanmamışsa, kiralayanın (lisans verenin) tecavüzcüye karşı dava açması gerekliliği bu cümleden sayılabilir (karş. BK m. 275; yTBK m. 309; 556 s. Marka KHK m. 21NI-Vm¹¹¹). Bunun gibi kiracının unvanı aynen kullanmasına izin verilmiş olan hallerde (karş. TST m. 83/1), bir başka deyimle kiracının kendisinin bir unvan oluşturmadağı hallerde de, kiralayanın kiracıya karşı açılmış terkin ya da tadil davalarına (BK m. 275; yTBK m. 309; TK m. 52, 54; yTTK m. 50, 52) karşı, kendisi sicilden terkin edilmiş olmasına rağmen, savunma yapması gerektiği açıktır. Kiralayan, 3226 s. Finansal Kiralama K.¹¹⁸ m. 15/T'deki yasağa rağmen finansal kiralama ile temin etmiş olduğu bir menkul işletme unsurunu da kiracıya devretmiş olabilir. Bu gibi hallerde de finansal kiralama şirketinin koruma tedbirlerine karşı, kiralayanın kiracıyı koruyacak işlemleri yapması gerekir.

Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa ticari işletmeye ve buna dahil unsurlara ait vergi ve benzeri yükümlülükler kiralayana ait olduğundan (BK m. 283; yTBK m. 358, 302), kiralayanın bunları yerine getirmemesi sebebiyle işletmenin işletilmemesi bir hukuki ayıp teşkil eder. Hasılat kirası sözleşmesinin bir borçlar hukuku işlemi olması, işletmenin "sahibi" olmayan bir kişinin de (örneğin kiracı (karş. BK m. 284; yTBK m. 366) ya da intifa hakkı sahibi) kiralayan olmasını mümkün kılmaktadır. Hal böyle olunca, kiralaya-

¹¹³ CANSEL, s. 71, 78 vd.; ALTAŞ, s. 182; YAVUZ, s. 289; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 52.

¹¹⁴ ALTAŞ, s. 183.

¹¹⁵ ALTAŞ, s. 183; CANSEL, s. 73; ŞENYÜZ, s. 293.

¹¹⁶ Bkz. örneğin ÜNAL, Marka, s. 184.

¹¹⁷ TEKiNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 398-399 N. 39-40; ÜNAL, Marka, s. 183.

ⁱⁱⁱ RG T.28.06.1985, S.18795.

nın salt işletmenin "sahibi" olmaması, bir hukuki ayıp teşkil etmez¹¹⁹. Ancak kiralayanın işletmeyi teslim edememesi temerrüde ilişkin sonuçları beraberinde getirir.

Kiralayanın uygun zamanlarda kiralananı müstakbel kiracılara gezdirmesi, zorunlu onarımları yaptırması, bu süre zarfında işletmenin faaliyetlerine ara verilmesi kural olarak bir saldırı niteliğinde görülemezse de¹²⁰, ticari işletme kirasında bu tür davranışlar hali hazırdaki kiracının ticari itibarına zarar da verebileceğinden, somut olayın özellikleri önem kazanacaktır. Kiralayan üçüncü kişilerin fiili saldırılarından ise kişisel kusuru olmadıkça sorumlu değildir. Kiracı bunları zilyedliğin kendisine tanıdığı imkanlarla def etme yetkisine sahiptir (MK m. 981 vd.; 3091 s. Kanun m. 3; BK m. 52; yTBK m. 63m, 64)¹²¹. Üçüncü kişilerin fiili müdahalelerinde kiralayan dava açmadığı takdirde, kiracının bu nedenle uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür (BK m. 275, 253, 192-193; yTBK m. 358, 309, 217-218)¹²². Ancak kiralayanın zapttan dolayı sorumluluğu, satıcının sorumluluğuna göre daha hafiftir. Kiracı ödemiş olduğu tüm kiralaları değil, sadece zapttan sonra ödemiş olduğu, bu süreye tekabül eden kiralaların iadesi ile doğrudan doğruya zapt nedeniyle uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilir¹²³.

Kiralayanın borçlarından dolayı işletme unsurları üzerinde haciz veya ihtiyati tedbir işlemlerinin uygulanması da kiralananaya karşı gerçekleştirilecek fiiller arasında sayılabilir. Özellikle devri takip eden haftalar ya da aylarda kiralayana karşı yürütülen bu tür takipler kiracı bakımından birçok olumsuzluğu beraberinde getirebilir. Borçlu kiralayana ait ancak işletmede kiracı tarafından kullanılmakta olan mallar üzerine haciz konulması halinde (ÜK

¹¹⁹ SONNENSCHEN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 141; bkz. ayrıca TANDOĞAN, C. V2, s. 104.

¹²⁰ CANSEL, s. 72-73.

¹²¹ CANSEL, s. 74-75, 78 vd.

¹²² ALTAŞ, s. 183; CANSEL, s. 79, 81.

m CANSEL, s. 79; Y. HGK, T. 30.09.1981, E. 1979/3-372, K. 1981/657: "[...] dinlenendavacı tanıklarının açık beyanlarına göre, gerçekleşen kira sözleşmesine dayanarak davacının koyun sürüsünü otlatmak üzere taşınmaza götürmesi üzerine, başka köyler halkının kendisini bu yerden yararlanmaktan engelledikleri kesinlikle anlaşılmaktadır. Bu bakımdan davacının kira konusu yerden bir süre için dahi yararlanmadığı gerçekleşmiştir. Hatta, durumun davalı kiralayana bildirmesi üzerine, davalının ben burayı sana kiraya verdim, sen ne yaparsan yap demek suretiyle BK.nun yukarıda anılan hükümlerine açıkça muhalefet ettiği yine tanık beyanları ile sabittir. Şu halde davalı kiralayanın, kira sözleşmesinin kendisine yüklediği, gerçek anlamda bir teslim ve yararlanmaya amade bulundurma borcunu yerine getirmediği açık ve seçik olarak anlaşılmaktadır. Oysa kiralayan teslim mükellefiyetini tam yerine getirmediği için davacı tarafından feshedilmiştir. O halde, davacı haksız iktisap kurallarınca davalı kiralayanın peşin aldığı kirayı istemekte haklıdır[...]"

m. 85), üçüncü kişi durumundaki kiracı itiraz sebepleri varsa iiI< m. 89/11 uyarınca haciz işlemine karşı koyabilir (aynca bkz. İİK m. 89N c. 2, 99)¹²⁴. Borçlu kiralayanın İİK m. 62 vd.'na göre ödeme emrine itiraz eanesi, m. 72'ye göre menfi tespit davası açması da, bunun ticari işletme kirasından doğan kiralananın kira süresince kullanıma ve işletilmeye elverişli halde tutma ve kiracıyı üçüncü kişilerin hukuki müdahalelerinden koruma borcunun bir sonucudur. Kiracının elinde bulunan işletme unsurlarına konulmuş ihtiyati hacizlerde, kiralayan İİK m. 265'de öngörüldüğü gibi buna itiraz etmeli ve/veya m. 266 uyarınca ihtiyati haczin kaldırılmasını sağlamalıdır¹²⁵. Bunun gibi borçlu kiralayan tarafından bir teminat gösterilmek ya da kiracı tarafından bir taahhüd senedi verilmek suretiyle hacizli mallar kiracıya bırakılabilir (İİK m. 263)¹²⁶. Borçlu kiralayanın alacaklıya karşı menfi tespit davası açması da mümkündür (İİK m. 72)¹²⁷. Ancak kiracının kendi zilyetliğinde olan kiralayana ait ihtiyati hacizli işletme unsurlarından dolayı alacaklıya karşı istihkak davası açmasının bir faydası olmayacaktır (İİK m. 261/11, 96-97)¹²⁸. HMK m. 389 vd. uyarınca alınan ve kiralayana ait ancak kiracının işletmede kullandığı unsurlar üzerinde uygulanan ihtiyati tedbir kararlarına karşı da kiralayanın, HMK m. 394'e göre itiraz etmesi vem. 395'e göre de tedbirin değiştirilmesini ya da kaldırılmasını sağlaması gerekir¹²⁹. Kiralananın, haciz, ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir gibi işlemler sebebiyle kullanımının mümkün olmaması, kiracının, sözleşmeyi haklı nedenle feshi için bir gerekçe teşkil edebilir (BK m. 286; yTBK m. 369).

Kiralananana karşı kiracının işletmeyi sözleşme amacına uygun bir şekilde işletmesini engelleyecek nitelikteki müdahaleler, kiradan önce üçüncü kişiye üstün hak veren işlemlerden de kaynaklanabilir. Bu bağlamda işletme, TİRK m. 10m•deki "devir yasağına" rağmen kirallanmış olabilir. Bir başka ifadeyle kiracı ticari işletme rehnine konu bir işletmeyi kiralamış olabilir. Rehin alacaklısı TİRK m. 13 ve 14/III'e dayanarak haklarını korumak için dava açtığında ya da ihtiyati haciz talebinde bulunduğunda işletme faaliyeti bundan olumsuz etkilenecektir. Ancak rehin borçlusu rehinli işletmeyi kiralamış olsa

¹²⁴ MVŞVL, T.: İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 560.

¹¹⁵ G eniş bilgi için bkz. MUŞVL, İcra ve İflas Hukuku, s. 1058 vd., 1063.

¹²⁶ MVŞVL, icra ve İflas Hukuku, s. 1057-1058.

¹²¹ cra takibinden önce açılan menfi tespit davası, alacaklının icra takibi başlatılmasına, sonra açılan dava da takibin kendiliğinden durmasını sağlamayacağı gibi mahkeme bu ihtiyati tedbir yoluyla takibin durması kararı da veremez (tİK m. 72/11), TÜRK. A.: Menfi Tespit Davası, Ankara, 2006, s. 245, 257. Görüldüğü gibi borçlu kiralayanın menfi tespit davası açması, kiracının haklarını koruyucu bir işleve sahip değildir.

¹ ♦ MVŞVL, İcra ve iflas Hukuku, s. 1064.

¹²⁹ G eniş bilgi için bkz. PEKCANITEZ, H./İATALAY. 0./ÖZEKES, M.: Medent Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara, 2011, s. 723 vd.

da, ticari işletme rehni sicilinin aleniliği karşısında¹³⁰, kiracının tazminat talebinde bulunması.(BK m. 275, 2³; yTBK m. 35³, 309) mümkün değildir¹. Bununla birlikte kiracının fesih hakkı bulunduğu kabul edilmelidir.

Kiralayan işletmeyi kiraya verdikten sonra bir başkasına satım, bağış trampa ya da bir şirket sözleşmesi yoluyla¹³² devrettiği takdirde ise BK m. 276 (yTBK m. 358, 310) uygulanır (gerçek olmayan zapt)¹³³. Buna göre işletme bir bütün olarak¹³⁴ başkasına devredildiğinde (TK m. 11/II; YTTK m. 11/3; BK m. 179; yTBK m. 202), kira ilişkisi, ancak yeni işletme sahibi bunu kabul ettiği takdirde sürdürülebilir¹³⁵. Bir başka ifade ile BK

¹³⁰ **ARKAN**, s. 52.

¹³¹ Karş. **CANSEL**, s. 81.

¹³² **TANDOĞAN**, C. 1/2, s. 127. Bir icra takibinde işletmenin bir bütün olarak ihale edilmesi söz konusu olmayacağından, bu durumda BK m. 276 (yTBK m. 358.310) uygulanmayacaktır. Ancak iflas takibinde ticari işletmenin bir bütün halinde satılması mümkün olduğundan, BK m. 276 bu ihtimalde etkisini gösterebilir.

¹³³ **CANSEL**, s. 81 vd; **ALTAŞ**, s. 183-184.

¹³⁴ "Bütün olarak" ifadesinden, ticari işletmenin her türlü aktif ve pasifi ile devri değil. devirden sonra devralanın bunu işletmeye devam edebilmesi için gerekli ve yeterli tür. nitelik ve miktarda ki maddi ve gayri maddi unsurlarıyla devri anlaşılmalıdır.

¹³⁵ **TANDOĞAN**, "miras yoluyla intikal veya şirketlerin veya işletmelerin birleşmesi (BK. md. 180), bir mamelek veya işletmenin alacak ve borçları ile temliki (BK. md. 179) gibi külli haJefiye haJlerinde, mirasçılar veya diğer halefler, kiralananın mülkiyeti ile beraber kiralayanın hak ve borçlarını da üzerlerine alırlar" demek suretiyle, ticari işletmenin BK m. 179'a göre alacak ve borçları ile birlikte devredilmiş olması halinde devralanın bizzat ticari işletme kirasını da devralmış olacağı ve böylece kirayı tanıyacağı görüşünü savunmaktadır, C. V2. s. 127; **ACEMOĞLU** ise, TK m. 1 I/I'de (**yITK** m. 11/3) yer alan kiracılık hakkının işletme devredildiğinde, BK m. 179 (yTBK m. 202) uyarınca kiracı işletme sahibi tarafından işyerinin yeni malikine karşı ileri sürülebileceğini ifade etmektedir. s. 80-81; aynı yönde **ARKAN**, s. 44; aksi görüş **POROYYASAMAN**, s. 43 N. 67.

Kanaatimizce **TANDOĞAN**'ın görüşüne katılmak güçtür. Zira BK m. 179 ticari işletmeleri ilgilendirdiği ölçüde, gerçek anlamda bir külli halefiyet hükmü değildir. Anılan hükmün borçlar açısından külli, aktiner açısından ise cüz'i halefiyet öngördüğü ifade edilse de (bkz. **ACEMOĞLU**, s. 132), devir ile devredenin tüm borçları değil, sadece ticari işlemlerle ilgili borçları, bunlardan da devrin dışında tutulmamış olanları nakledilmiş sayıldığından, gerçek anlamda bir külli halefiyetten söz edilemez (bkz. **POROYYASAMAN**, s. 43 N. 67: "BK 179. maddede ise külli halefiyet ilkesi geçerli değildir"). Burada olsa olsa devre dahil borçlar bakımından "külli intikalden" bahsetmek mümkündür, bkz. **ARICI**, Devir, s. 29-30, dn. 107, 47-48; **KENDİGELEN**, (ÜLGEN, Ticari İşleme), s. 171 N. 520. BK m. 179'un kapsamına ticari işletmenin ekonomik devamlılığını sağlayan, özünde bir işletme faaliyeti teşkil eden ve bu sebeple de doğrudan işletme konusuna dahil borçların girdiği kabul edilmek gerekir (karş. **ARICI**, Devir, s. 158). Kira akdi bizzat işleminin kendisini ilgilendirdiğinden, bunun da diğer hak ve borçlar gibi BK m. 179 uyarınca ihbar ve ilanla işletmeyi devralana geçtiği kabul edilemez. Bir başka ifadeyle ticari işletme kirası işlemi BK m. 179 kapsamında değerlendirilebilecek işlemlerden değildir. B_K m. 179 geniş anlamda borç ilişkilerinin kanunen intikalini öngören bir hüküm değildir, karş. **ARICI**, Devir, s. 30. Bunun gibi BK m. 179. ihbar ve ilanla devreden devir tarihine kadarki borçlarından sorumluluğunu kaldırmamaktadır. Devreden iki yıllık süre

m. 276'nın düzenlediği husus, kiracının kira sözleşmesini işletmeyi devralan üçüncü kişiye ileri sürememesi, üçüncü kişinin bu sözleşme ile bağlı olumasıdır¹³⁶. Bununla beraber yeni işletme sahibinin akdi fesih imkanı da bulunmakta olup, bu hakkını, fesih daha erken mümkünse (örneğin kira sözleşmesinde kararlaştırılmışsa, somut olayın özellikleri buna imkan veriyorsa) buna göre¹³⁷, aksi halde ise BK m. 276/II, 285 (karş. yTBK m. 358, 310, 368) çerçevesinde 6 ay sonra etkili olmak üzere kullanabilir. Feshi ihbarda bulunulmadığı takdirde, yeni malik kira ilişkisine uymakla yükümlüdür. Bu son halde kira bedelleri işletmenin yeni sahibine ödenmek gerekir¹³⁸. Kira sözleşmesinin feshedilmesi halinde, kiracının işletmeyi devretmiş olan kira-

içinde devralanla birlikte sorumlu olmaya devam edecektir (kanuni teselsül), *ARICI*, Devir, s. 193-194. Bu sebeple yukarıdaki görüş kabul edilecek olursa, kiracının karşısında kiralayan olarak devreden ile devralanın bulunacağı açıktır. Kaldı ki iki yıllık süre devir tarihinde muaccel olmayan borçlar için muacceliyet tarihinden itibaren başlayacaktır ki, bunun ticari işletme kirasının da bir bütün olarak devralana geçmesi olgusu ile bağdaştırılması güçtür. BK m. 179'un hasılat kirasına verilmiş ticari işletmelerin devrinde de uygulanması, bu türden işletmelerin satımını fiilen imkansız hale getirir. Zira bir ticari işletmeyi satın alan bir gerçek ya da tüzel kişi bunu kendi adına işletmeye devam etmek isteyecektir. Ancak alıcının kiraya bağlı kalmak zorunda olduğunun kabulü bu amaca ulaşmayı imkansız kılar. Bu nedenlerle işletmenin bir başkasına satılması halinde BK m. 179, kiracının hasılat kirası sözleşmesini devralana ileri sürebilmesine dayanak oluşturmaz. Bu hallerde BK m. 276 uygulanacaktır. Eğer işletmeyi satın alan hasılat kirası sözleşmesini de bir bütün olarak devralmak istiyorsa bunun için devreden, kiracı ve devralanın bir sözleşmenin devri anlaşması (yTBK m. 205) yapmaları gerekir, *ARICI*, Devir, s. 126-127; *TANDOĞAN*, C. U2, s. 127 dn. 61a; sözleşmelerin devrinin şartları hakkında bkz. *AYRANCI*, s. 87 vd.

¹³⁶ *TANDOĞAN*, C. U2, s. 127.

¹³⁷ Zirai hasılat kiralarda, sözleşme süresi bitmemiş olsa da, o yıla ait hasatın kaldırılmış olması, derhal feshe imkan sağlamaktadır, bkz. Y. 6. HD, T. 14.04.1980, E. 12133. K. 3695, *TANDOĞAN*, C.1/2, s. 129 dn. 66a; *ÖZTÜRK*, s. 183.

¹³⁸ *CANSEL*, s. 85-86; *TANDOĞAN*, C. V2, s. 130; Y. 14. HD, T. 20.02.2007, E. 2007/1356. K. 2007/1547: "davalı ile dava dışı Egnason Ltd. Şti. arasındaki 15.09.2001 günlü kira sözleşmesi kira sözleşmelerinin bir türü olan hasılat kira ilişkisine dayalıdır. Bu tür bir uyuşmazlıkta kiralanan taşınmazda kira süresinin devamı sırasında hak kazanan sonraki malikin kiracıya karşı ne gibi bir istekte bulunabileceği hasılat kirasına ilişkin Borçlar Kanununun 276. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar davacı taşınmazda 1/2 oranında irtifak hakkını tapuya 28.03.2005 tarihinde tescil ettirerek kazanmış ve altı aylık ihbar süresi içersine akde devam etmeyeceğini davalıya 23.08.2005 tarihinde bildirerek davayı da bu sürenin geçmesinden sonra açmış ise de, davalı ile dava dışı şirket arasındaki 15.09.2001 başlangıç tarihli ve süresi 15.07.2007 tarihinde bitecek kira sözleşmesinden kaynaklanan kiracının taşınmazı sözleşmedeki amacına uygun yararlanma ve kullanma hakkı bir bütündür. Kiralayanlar sözleşmeden kaynaklanan bölünebilir haklarını (örneğin, kira parası istemini) payı oranında kiracıdan talep edebilirse de kiracının bölünemez hakkı olan kiralanan taşınmazdan tahliyesini kira süresinin bitimine kadar isteyemez. Mahkemece tahliye amaçlı elatmanın önlenmesi isteminin reddedilmiş olması açıklanan bu nedenle sonuç olarak doğrudur".

layandan tazminat talebinde bulunması mümkündür. Kiracı kiralayanın kusurunu ispat etmek zorunda değildir¹³⁹. Kiracı işletmeyi satın alan ile anlaşmak suretiyle de, bunun kira sözleşmesine riayet etmesini sağlayabilir. Bu halde kiralayanın BK m. 276'dan kaynaklanan sorumluluğu doğmaz¹⁴⁰.

BK m. 277, 255/II¹⁴¹ (MK m. 1009; yTBK m. 358, 312)¹⁴² uyarınca alıcının kira sözleşmesine riayet etmesi, bunun tapu siciline şerh edilmesi ile sağlanabilirse de, ticari işletmeler tapu siciline şerh edilemeyeceğinden, ticari işletme kirasında bu imkandan istifade etmek mümkün değildir. TK'da da ticari işletme kirası sözleşmelerinin ticaret siciline tescilini zorunlu ya da mümkün kılan açık bir hüküm yoktur. Bir başka ifadeyle, ticaret siciline ancak işletmecinin değişmesinden kaynaklanan değişiklikler tescil edilebilecek olup, bizzat kiranın kendisi tescili mümkün bir işlem değildir (karş. TST m. 83). Ticaret siciline de ancak TK'da, başka bir kanunda ya da TST'de öngörülen hususlar tescil edilebileceğinden, anılan sözleşme ticaret siciline tescil edilemez ve bu yolla aleniyet sağlanamaz. Özetle BK m. 277, 255/II'nin (yTBK m. 358, 312), ticari işletme kiralarda beklenen hukuki sonucu doğurması söz konusu değildir. Anılan hükümlerin kiranın ticaret siciline tescil edilebilmesi yönünde kıyasen uygulanması da mümkün değildir. Ancak yTİK m. 11/3'e göre "[...] devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir". Hiç şüphesiz ticari işletme kirası sözleşmesi de bu kapsamdadır. Bu son halde ise tescilin kapsamı henüz belli olmamakla birlikte, kira sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmiş olması, işletmeyi devralanların kira sözleşmesine riayet etmesi sonucu doğuracaktır (karş. yTBK m. 358, 310,311).

yTBK m. 358, 310, 311'de ise kiracıyı koruyan farklı bir düzenlemeye gidilmiş ve sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur" hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi düzenleme ile yeni malikin kiralananı iktisap ettiği anda, kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı olacağı (kanunı halefiyet) ve kiracının kiracılık hakkını yeni malike karşı da ileri sürebileceği öngörülmüştür. Benzer durum üçüncü bir kişinin, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi olması halinde de geçerli olacaktır. Sonuç olarak, yTBK ürün kirasını düzenleyen hükümler arasında, içeriği itibariyle BK

¹³⁹ CANSEL, s. 82-83.

¹⁴⁰ CANSEL, s. 82.

¹⁴¹ yTBK'nın BK m. 255'e tekabül eden 312. maddesinde m. 255/1 korunurken, fıkra II'ye yer verilmemiştir. Bunun sebebini "sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur" şeklindeki yTBK m. 310/I'de aramak gerekir.

¹⁴² C'ANSEL, s. 83.

m. 276'ye muadil bir kurala yer vennemiş olmakla, yeni malike tanınmış olan altı aylık feshi ihbar süresinden vazgeçmiştir. Buna paralel olarak BK m. 276/I'e göre kiracının sahip olduğu tazminat hakkı da kaldırılmıştır. **Kiralayanın**, işletmeye tahsis edilmiş bazı unsurları üçüncü kişilere satmış olması. TK m. 11/II, BK m. 179 (yTTK m. 1 1/3; yTBK m. 202) anlamında "işletmenin devri" olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu gibi haller de BK m. 276 (yTBK m. 358, 310) uygulanamaz. Bu halde, kullanıma ve işletilmeye uygun halde bulundurma borcuna aykırılığın sonuçları doğar (BK m. 272, 273, 274/I, 250, 253, 96, 106; yTBK m. 358, 305 vd., 309, 324, 112, 123).

il. Kiralayanın Rekabet Yasağı

Ticari işletme müşterisiz düşünölemeyeceğı gibi, ticari işletmenin müşterisiz devri de düşünölemez. Bir işletmeyi devralanın ön planda tuttuğı husus da esasen müşteri çevresinden elde edebileceğı hasılat miktarıdır¹⁴³. Bu bakımdan ticari işletme kirasında da kiracının tedarikçi ve özellikle de müşteri çevresini kiralayanın ve üçüncü kişilerin rekabeti olmaksızın tek başına kullanmaya devam edebilmesi büyük önem taşır. Kiralayan sadece maddi ve gayri maddi işletme unsurlarını değıl, tedarikçi ve müşteri çevresini de kiracıya terk etmek ve kira süresince de tedarikçi ve müşteri çevresi ile ticari ilişki kurmaktan kaçınmak zorundadır. Zira kiracı ancak böylelikle işletmeci statüsünü üstlenip sürdürebilir ve orta ve uzun vadede işletmeden hasılat elde etme imkanına kavuşabilir. Bu çerçevede "kiralayanın kiracıyı kendisinin ve belli haJierde üçüncü kişilerin rekabetine karşı koruma borcu" önem kazanır. Bu sebeple kiralananın tür ve hacmine bakılmaksızın her türlü ticari işletme kirasında kiralayan kira süresince kiracıyı işletmesinde bizzat rahatsız edemeyeceğı gibi, işletmenin başkaları tarafından rahatsız edilmeden işletilmesini de temin etmekle yükümlüdür. Bir başka ifade ile kiralayan, kiradığı işletmenin konusuna giren işleri, ticari faaliyetleri, aynı ya da yakın çevrede kendi ya da başkası adına yürütemez¹⁴⁴.

¹⁴³ ÖÇAL, A.: "Ticari İşletmesini Devredenin Rekabet Etmeme Borcu (Belçika Hukuku Üzerine Bir İnceleme)", Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir, 2000, s. 566.

¹⁴⁴ CANSEL, s. 59; ALTAŞ, s. 184; YAVUZ, s. 285; ÖÇAL, EDİS Armağanı, s. 567; KLE/N-BLENKERS, s. 260-261; KLINGLER, s. 92-93; STROBEL, s. 26; VINASSA, s. 116 vd., 118; LINDENMEYER, s. 120-121, Yazar kiralayanın tabi olduğı rekabet yasağının kapsamı bakımından kollektif şirket ortağı hakkındaki rekabet yasağının ölçüt olabileceğini ifade etmektedir; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 151-152, Yazar kiralayana ait işletmede üretilen/satılan/sunulan mal ya da hizmetlerin kiracı tarafından işletilmekte olan işletmede üretilen/satılan/sunulan başlıca mal ya da hizmet türleri ile aynı olması halinde rekabet yasağının ihlal edilmiş olacağını, ancak yan (asit olmayan) ürün ve hizmetler söz konusu olduğunda, bir aykırılıktan söz edilemeyeceğini, ölçüt olarak da ilgili ürün ya da hizmetin cirodaki payına bakılabileceğini ifade etmektedir, N. 154; karşı. Y 13. HD, T. 185; 12.04.1996, E. 1996/3139, K. 1996/3683: "Uyuşmazlığın çözümü,

-. Kiralananın rekabet etmeme borcu BK'da ne de yTBK'da açıkça ongorulmemiştir. Ancak taraflar arasındaki menfaatler dengesi, sözleşme ekonomik macı ve bu bağlamda kiracının kira ödemek suretiyle elde etkölümü, işletme ve böylece hasılat elde etme imkânının kiralayanın rekabeti ile kaybedilmesi ya da azalması kabul edilemez. Hasılat kirasının sürekli borç doğuran bir sözleşme olması ve kiracı ile kiralayan arasında güveniliş kisi yaratması, MK m. 2 uyarınca kiralayanın kira süresince rekabet teşkil edecek eylemlerden kaçınmasını gerekli kılar¹⁴⁵. Ayrıca kiralayanın rakip olarak faaliyetlerine devam etmesi, bunun işletmeyi BK m. 272'ye (yTBK m. 360) uygun biçimde teslim etmediğini gösterir. Bu da rekabet yasasının aslında BK ve yTBK'da bir dayanağının olduğuna işaret etmektedir'. Bu sebeple aslında kiralayanın rekabet yasağının tabi olup olmadığından çok, bunun kapsamı ile hüküm ve sonuçları üzerinde durmak daha yerindedir¹⁴⁷. Aynı yasak işletme organizasyonu ve müşteri çevresi hakkında bilgi ve etki sahibi mirasçılar için de söz konusudur¹⁴⁸. Tarafların da kira sözleşmesinde

BK. 249/F-1'de anlamını bulan kiralayanın borçları ve tekeffülü alımda bulunan "kiralananın akitle güdülen amaca uygun biçiminde kullanılmasını imkansız kılacak yahut da bu kullanmayı önemli surette azaltacak ayıplar nedeni ile aklın feshinin resbiiinde toplanmaktadır. Gerçekten: kiralanan şeyin ayıpları kiralayanın tekeffülü alımda ve kiracı kiralananı kullanırken aynı işinmazda oturan kiralayan ve diğer kiracılar tarafından rahatsız edilmemesini talep etmek hakkına sahiptir. Diğer bir anlatımla; kiralayan, yalnız kendisi kiracısını rahatsız etmekten kaçınmakla kalmayıp diğer kiracıların da rahatsız etmesine engel olmakla yükümlüdür. Dahası kiralayan, yalnız diğer kiracıların değil, aynı zamanda başka üçüncü kişilerin örneğin, komşuların da kira aletinden beklenen kullanmayı azaltacak şekilde kiracısını rahatsız etmelerini önlemekle görevlidir. Bu bağlamda hemen belirtelim ki, kiracının bu gibi hallerde üçüncü kişilere karşı kendisinin bazı hukuki yollara başvurabilecek durumda olması az yukarda açıklanan kiralayanın akdi borcunu onadan kaldırmaz. Kiralayan malik sıfarıyla komşuluk hükümlerine dayanarak üçüncü kişilerin mülkiyet haklarını aşmalarına karşı önlem alması gerekir. Kiralananın altındaki dairenin randevuevi olarak kullanılması nedeni ile...}. Bu olgu karşısında; davacı kiralayanın anlatılan BK.nun 249. maddesindeki akde uygun şekilde kiralananı teslim ve koruma borcunu ağır bir şekilde ihlal ettiğinden kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır..

¹⁴⁵ ALTAŞ, s. 185; *OPPIKOFER*, s. 132 vd., dn. 2 ve 3'de anılan Alman imparatorluk Mahkemesi kararları. Mahkeme rekabet yasağına sözleşmenin doğruluk ve güven kuralı doğrultusunda yorumu ile ulaşmıştır; *HARKE* de kiracının rekabete karşı korunmasının sözleşmede açıkça öngörülmesinin gerekli olmadığı ve kiralayanın kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve kira süresince de bu halde bulundurma borcunun, kiracıyı rekabete karşı koruma ödevini de ihtiva ettiği (Alman MK m. 535/1 c. 2) görüşündedir. in: MüKo 8GB, § 581 N. 55. Alman MK m. 581 ile 535 arasındaki ilişki hakkında bkz. ayrıca bkz. *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 141; karş. ayrıca *ÖÇAL*, EDIS Armağanı, s. 567.

¹⁴⁶ *LINDENMEYER*, s. 120; *KLEIN-BLENKERS*, s. 261; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 152.

¹⁴⁷ Karş. *KLINGLER*, s. 92.

¹⁴⁸ *OPPIKOFER*, s. 133.

Ay m. 48/I, MK m. 23/1-II, BK m. 19, 20/1 (yTBK m. 27/1) ve RKHK 01. 411. II b. a-c ile çizilen sınırlar içinde kiralayan bakımından rekabet yasağı şartı kararlaştırmaları mümkündür. Bu çerçevede yasağın kapsamı bakımından işletme konusu, yeri, taraf menfaatleri, örf ve adetler ile doğruluk ve güven ilkesi önem taşır¹⁴⁹. Aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça ticari işletme kirasında rekabet yasağının kira süresince devam etmesi ise olağan bir durum olup, bu durum doğrudan hukuka aykırı görülmemelidir. Esasen rekabet yasağının kiralayanı koruyan etkilerine de dikkat çekilmelidir¹⁵⁰. Ancak rekabet yasağının sözleşmede açıkça kararlaştırılmadığı hallerde bazı özel durumlar rekabet yasağının bulunmadığının ya da kapsamının sınırlı olduğunun göstergesi sayılabilir. Buna göre örneğin kiracının kiralayanın rekabet teşkil eden eylemlerini bilmesine rağmen kira ödemeye devam etmiş olması, kiralayanın faaliyetlerinin kiracının müşteri çevresine hissedilir bir etkisi olmayacak kadar dar kapsamlı ya da uzak bir bölgede yürütülmesi gibi olgular rekabet yasağını kaldırır ya da daraltır¹⁵¹. Bunun gibi şubeleri bulunan bir işletmenin bir şubesini kiralamış olan kiracı kiralayandan ticari faaliyetlerini durdurmasını istyemez. Ancak kiralayandan işletmenin bulunduğu yerde yeni bir şube açmamasını talep hakkı vardır.

Rekabet teşkil eden eylemlerler, öncelikle kiralananın yürütülen faaliyetlerin aynısının ya da benzerinin, kiralayan ya da bunun etkili olduğu üçüncü kişiler tarafından, kiralanan ile aynı ya da buna yakın bir çevrede, bir başka deyimle kiralananın başlanmış müşteri çevresine, aynı ya da daha ekonomik şartlarla sunulmasıdır¹⁵². Bundan başka kiralayan tarafından yapılacak fikri' ve sınai' mülkiyet hakkı ihlalleri ile kiralayanın TK m. 57 b. 1-2, 5-8'e (yTTK m. 55/1/(a) b. 1-2, 4-6, (b) b. 1-4, (d)) uyan eylemleri de rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebilir. Ancak fikri' ve sanat hakları üzerinde kiracıya yalnızca basit lisans tanınmış ise, kiralayanın başkalarına da lisans vermesi tek başına rekabet yasağına aykırılık teşkil etmez. Fakat bu durum kiralananın hasılat kabiliyetini hissedilir derecede etkiliyorsa kiralayanın sorumluluğunu kabul etmek gerekir. Bunun gibi kiralayanın, tedarikçi işletmelerin kiracı ile olan ilişkilerini akamete uğratacak, eskiye oranla ağırlaştıracak eylemleri de rekabet yasağına aykırı görülmalıdır.

Ancak kiralayanın kiracıyı, yakın ya da uzak çevrede bulunan benzer işletmelerin halihazırdaki ve muhtemel rekabetinden koruma yükümlülüğü kural olarak yoktur. Ticari işletme kirasında kiracının pazarda halihazırdaki ve

¹⁴⁹ KLEIN-BLENKERS, s. 260; LINDENMEYER, s. 120; KLINGLER, s. 92; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 153; ÖÇAL, EDİS Armağanı, s. 566.

¹⁵⁰ ALTAŞ, s. 185; KLINGLER, s. 93; KLEIN-BLENKERS, s. 260-261; farklı görüş için bkz. ÖÇAL, EDİS Armağanı, s. 568.

¹⁵¹ ALTAŞ, s. 185; CANSEL, s. 79.

¹⁵² Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 260.

muhtemel rakipleri ile yarış içinde olacağını bilmediği düşünülemez. Kiracı tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü karşısında (TK m. 20/II; yTTK m. 18/2), kira bedelinin ve diğer şartların tespitinde, muhtemel rekabet göz önünde tutulmalıdır. Örneğin bir maden ocağı işletmesini kiralayan tacirin, kendi ocağına yakın alanda başkalarının da aynı tür madeni işletebileceğini hesaba katması gerekir. Bunun gibi aynı türden işletmelerin yer aldığı bir iş hanında bulunan ticari işletme kiracısı kiralayana karşı rakipleri sebebiyle herhangi bir talepte bulunamaz¹⁵³. Ancak açık sözleşme hükmil ya da somut olayın özellikleri istisna teşkil edebilir. Bu konuda, kiralayanın teslimden sonra yeni rakiplerin ortaya çıkmasında kendi filleriyle rol oynayıp oynamadığına göre bir sonuca varmak yerinde olur¹⁵⁴. Aynı iş hanı/merkezi içinde kiralayana ait birçok işyerinin bulunması örneğinden hareketle, bu hususta yine belirtilmelidir ki, kiralayanın sadece bir başka ticari işletmesini kiraya vermesinin değil, kiraladığı işletme ile aynı konuda faaliyet gösterecek bir işyerini kiralaması da rekabet yasağını ihlal edecektir.

Rekabet yasağına aykırı davranmanın sonucu, kiracının BK m. 272/II'nin göndermesi ile BK m. 249-251'den (yTBK m. 360, 358, 304 vd.) doğan seçimlik hakları kullanabilecek olmasıdır. Tazminat taleplerinin kiracının zararını ispat etmesine bağlı olduğu açıktır. Kiralayan tarafından vuku bulacak rekabet yasağına aykırı davranışlar aynı zamanda TK m. 56 vd. (yTTK m. 54 vd.) anlamında haksız rekabet de teşkil ediyorsa, kiracı bu hükümlerden doğan koruma yollarından da istifade edebilir (karş. BK m. 51; yTBK m. 60). Rekabet yasağı eğer sözleşmede kararlaştırılmış ise tarafların cezat şart (BK m. 158 vd.; yTBK m. 179 vd.) öngörmeleri de mümkündür¹⁵⁵.

111. Kiracının Kiralananı İşletme ve İyi Halde Muhafaza (Bakım) Borcu

Kira süresince işletmenin kiracı tarafından işletilmesi ve iyi bir halde muhafazası merkezi önemde olup, kira ödeme yükümlülüğü yanında bir diğer temel borçtur (BK m. 278-279; yTBK m. 364-365)¹⁵⁶. Hatta işletme sahibi açısından ticari işletme kirasını, satımdan ayıran hususun kiracının iş-

¹⁵³ Karş. *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 113.

¹⁵⁴ *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 112-113 dn. 16'da anılan Y. 4. HD, 06.01.1958 T., 6952 E. ve 55 K. sayılı kararında, bir handaki kahve ocağı kendisine kiralanan şahsın, kiralayanın sonradan o handa başka bir yeri daha kahve ocağı haline getirerek başkasına kiralaması halinde, kira bedelinin indirilmesini talep edebileceğine hükmetmiştir; farklı görüş için bkz. *ÖÇAL*, *EDIS Armağanı*, s. 568.

¹⁵⁵ *STROBEL*, s. 26; *VNASSA*, s. 138.

¹⁵⁶ *KLEIN-BLENKERS*, s. 239; *ALTAŞ*, s. 115; *ARKAN SERİM*, s. 85 vd., 115 vd.

İşletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcu olduğu da söylenebilir¹⁵⁷. Adi kirada kiracının sadece kiralananı özenle kullanma yükümlülüğü varken (BK m. 256; yTBK m. 316), hasılat kirasında kiracının kiralananla olan ilişkisi çok daha güçlendirilmiş ve hem BK hem de yTBK kiracının işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcunu açıkça düzenlemişlerdir. Kiranın tamamen ya da kısmen hasılatla göre hesaplandığı hallerde (BK m. 270/11; yTBK m. 357/11), kiracının işletme borcu, kiralayan bakımından daha da önem kazanır¹⁵⁸. Hasılat kirası sözleşmesi ile bir ticari işletmeyi devralan kiracı, sözleşme süresi boyunca borçlar hukuku temelli de olsa, devreden işletmecinin yerini alır ve işletmeyi kendi ad ve hesabına işletir¹⁵⁹.

Kiracının *işletme borcu*, ticari işletme kirası ile güdülen ekonomik amaç bir sonucudur. Bir diğer ifadeyle sözleşme ile ulaşılacak istenilen ekonomik hedefler, kiracının ticari işletmeyi düzenli ve özenli biçimde işletmesini (*ordnungsgemäße Bewirtschaftung*), böylelikle de hasılat sağlama ve gelir getirme kabiliyetini sözleşme süresince muhafaza etmesini sağlayacak aktif ve pasif davranışlarda bulunmasını gerekli kılmaktadır¹⁶⁰. Gerçekten de hasılat kirası kiralananın hasılat getirme özelliğinin muhafazasını gerektirir. Ticari işletme kirası bakımından kiracının işletme borcunun önemi belirtildiği gibi daha da fazladır. Zira ticari işletme işletilmediği takdirde alelade mallar yığına dönüşür. Bu sebeple kiracının ilk görevi, zorunlu geçiş dönemi hariç işletme faaliyetlerini durdurmamak, işletmeye dahil ve kendisine devredilmiş maddi unsurlar kadar gayri maddi unsurları da kullanmak suretiyle

¹⁵⁷ Karş. STROBEL, s. 27. ARPACI, hasılat kirasında kiracının "kira konusunu «iyi işletmekle» borçlu" olduğunu, "ama onun her olayda «işletme» borcu ahında" bulunduğunun düşünülmemesi gerektiğini, işletmemeden kiralayan zarar görmüyorsa işletme borcunun bulunmayacağını ifade etmiştir. Ticari işletme kirasında gerek kiralananın ve gerek kiralayanın zarar görme tehlikesi açık olduğundan, bu son halde işletme borcunun bulunduğu tereddüt edilemez, Kira Hukuku, s. 175; ŞENYÜZ, s. 287-288, 323. Bu yöndeki diğer tartışmalar için ayrıca bkz. ALTAŞ, s. 81-82.

¹⁵⁸ Karş. KLINGLER, s. 97, Yazar iştirakli hasılat kirasında aynı zamanda kiracının işletme yükümlülüğünün de kararlaştırılmış sayılacağını ifade etmektedir; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 223.

¹⁵⁹ KLEIN-BLENKERS, s. 48, 239; KLINGLER, s. 110; VOELSKOW, NJW 1983, s. 910; CANSEL, s. 95.

¹⁶⁰ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 141; CANSEL, 94 vd.; ALTAŞ, s. 193; OSER(SCHÖNENBERGER, Art. 283 N. 1; HIGI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbıs (Art. 275-304) N. 110; OPPIKOFER, s. 77; REYMOND, in: VISCHER, Obligationenrecht, s. 264; OPPENLANDER, s. 286 vd.; STROBEL, s. 28; KLINGLER, s. 94-95.

ticari işletmeyi işletmeye başlamak/devam etmektir¹⁶¹. Kiracının işletmesi kiralayana ait işletmenin devamı olmalıdır¹⁶².

Kiracının kiralananı "*iyi halde muhafaza borcu*" (BK m. 279; yTBK m. 365) ise, işletme borcu ile yakın ilişki içinde olup, adeta bunun gerçekleştirilmesinin ve sürdürülmesinin teknik alt yapısını teşkil etmektedir. BK m. 279 (yTBK m. 365) aynı zamanda BK m. 273 (yTBK m. 361) ile de karşılıklı ilişki içindedir¹⁶³. BK m. 279/I (yTBK m. 365/I), "*iyi halde muhafazayı*" (*ordentlicher Unterhalt, bon entretien*) öngördüğü ölçüde, emredici kabul edilmektedir¹⁶⁴. İyi halde muhafaza borcu, kiralananın hem iyi halde muhafazasını (bakımını) hem de korunmasını ihtiva eder. Bu borç kiralananın kiracıya teslim edildiği (devredildiği) anda başlar ve kiracının işletme ile gerek zilyetlikten doğan ve ekonomik ilişkilerinin sona ermesi ile de son bulur. Bir diğer deyimle koruma ve iyi halde muhafaza (bakım) borcu sözleşmenin son bulmasında sonra da etkisini göstermeye devam edebilir¹⁶⁵. İyi halde muhafaza (bakım) borcu gerek işletmenin ekonomik bütünlüğünü ve gerek tek tek maddi ve gayri maddi işletme unsurlarını, özellikle de birlikte devredilen envanteri kapsayan bir borçtur¹⁶⁶.

BK m. 278, hasılat kiracısının işletme, m. 279 da kiralananı iyi halde muhafaza borcunu düzenlemiştir. Buna göre hasılat kirasında kiracı, kiralananı özgülendiği amaca uygun bir şekilde işletmekle, iyi durumda muhafazası için gerekli çabayı göstermekle, özellikle de hasılatla kabiliyetli halde bulundurma yükümlü kılınmıştır. Bu çerçevede, kiracıya kiralayanın onayı olmaksızın işletmenin işletme tarzını kiranın bitiminden sonra da etkileri görülebilecek şekilde değiştirmesine izin verilmemiş ve kiralanda "ufak tefek tamirâtı", bakım ve onarımı yapmakla ve kullanmaktan dolayı aşınan ve kullanılamaz hale gelen önemsiz alet ve araç gereçleri de yenileriyle ikame etmekle yükümlü kılınmıştır.

yTBK da, az sayıda hükümle düzenlemeyi tercih ettiği hasılat kirası sözleşmesinde kiracının işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcu konusunda adi kira hükümlerine atıf yapmamış ve m. 364'de "kullanma ve işletme borcunu", m. 365'de ise bakım (iyi halde muhafaza) borcunu öngörmüştür. Buna göre kiracı, "kiralananı özgülendiği amaca uygun ve iyi bir biçimde işletmekle, özellikle ürün vermeye elverişli bir durumda bulundurmakla yükümlü" olup, "kiraya verenin izni olmaksızın, kiralananın işletme usulünü,

¹⁶¹ ALTAŞ, s. 193-194; LINDENMEYER, s. 129-130; STROBEL, s. 29; KLEIN-BLENKERS, s. 242; OPPENLANDER, s. 286.

¹⁶² KLINGLER, s. 99; bkz. ayrıca OPPENLANDER, s. 284.

¹⁶³ Karş. H/GI, Obligationenrecht, Art. 284 N. 5, 8.

¹⁶⁴ H/GI, Obligationenrecht, Art. 284 N. 4, 9.

¹⁶⁵ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 235-236; KLINGLER, s. 94.

¹⁶⁶ H/GI, Obligationenrecht, Art. 283 N. 13.

kira süresinin bitiminden sonra etkisi görülebilecek biçimde" değiştiremez. Kiracı bunun gibi, "kiralananın bakımını gereği gibi sağlamakla" ve "yerel adete uygun olarak küçük onarımları yapmak, bozulan veya kullanılmayla yok olan düşük değerli araç ve gereçlerin yerine yenilerini" koymakla yükümlü tutulmuştur. Görüldüğü gibi BK ve yTBK düzenlemeleri arasında temel bir farklılık yoktur.

Alman MK'da ise İsviçre-Türk BK'larının aksine, kiracının işletme yükümlülüğü açıkça öngörülmemiştir. Buna karşılık doktrinde, özellikle ticari işletmeyi diğer hasılat kirası konularından ayıran kendine has yanlarının bulunduğunu, bir ticari işletmenin ancak dış ilişkileri sayesinde var olabileceği, Kanun'un bu konuda susmasının sebebinin kanun koyucunun zirai hasılat kiralalarını ön planda tutmuş, ticari işletmelere karşı ise sessiz kalmak istemiş olması gibi gerekçelere dayanılarak, doktrindeki farklı görüşlere rağmen¹⁶⁷, ticari işletme kiralalarında kiracının işletme borcunun bulunduğu tereddüt edilmemektedir¹⁶⁸. *OPPENLANDER* da kira sözleşmelerinde kiracının işletme yükümlülüğüne yer verilmesinin alışılmış bir uygulama olduğunu ifade etmektedir¹⁶⁹.

İşletme ve koruma borcunun içeriğine BK'da (ve yTBK'da) işaret edilmiştir. Gerek BK ve gerek yTBK hükümleri genel olarak değerlendirildiğinde, kiralananı işletme ve koruma borcunun işletmesel ve teknik yönleri olduğu dikkat çekmektedir. Buna göre "kiralananı özgülendiği amaca uygun bir şekilde işletmek", "hasılate kabiliyetli halde bulundurmak" ve "işletme tarzını kiranın bitiminden sonra da etkileri görülebilecek şekilde değiştirememek", borcun işletmesel yönüne; "ufak tefek tamirâtı yapmak ve kullanmaktan dolayı aşınan ve kullanılamaz hale gelen önemsiz alet ve araç gereçleri yenileriyle değiştirmek" ise borcun teknik yönüne işaret etmektedir. "Kiralananın iyi durumda muhafazası için gerekli çabayı göstermek" ise her iki kapsamda da değerlendirilmesi mümkün bir edim borcudur. Borcunun kapsam ve sınırlarının tayininde somut ticari işletmenin konusu, hacmi, yeri gibi unsurlar da hiç şüphesiz belirleyici olacaktır. Bunun gibi tarafların sözleşmeye koyacakları hükümler de, borcun somutlaştırılabilmesi ve kiracıya tanınacak

¹⁶⁷ *HARKE*, in: *MüKo-BGB*, § 581 N. 12-13, "işletme yükümlülüğü, (*Betriebspflicht*)"; *OPPENLANDER*, s. 286, Yazar, alelade hasılat kirasında kiracının kiralananı kullanma yükümü (*Gebrauchspflicht*) bakımından açık sözleşme hükmü ya da somut olayın özelliklerini zorunlu addetmektedir; *SONNENSCHNEIDER*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 221, "kullanma yükümü (*Gebrauchspflicht*)", ancak Yazar, kiracının kiralananı koruma borcunun (*Obhutspflicht*), Kanun'da düzenlenmemekle birlikte, taraflar sözleşmede açıkça kararlaştırmamış olsalar da kendiliğinden var olduğunu ifade etmektedir, N. 230 vd. Alman literatüründe tam bir terim birliği olmadığına da dikkate çekmek gerekir.

¹⁶⁸ *KLEIN-BLENKERS*, s. 242-243; *HERRMANN*, s. 141 vd.; *STROBEL*, s. 27-28; *OPPENLANDER*, s. 286.

¹⁶⁹ *OPPENLANDER*, s. 281.

serbest karar alanının tayini bakımından büyük önem taşımaktadır¹⁷⁰. Ancak ticari işletme gibi sürekli gelişim ve değişim içinde olan bir bütünlüğü ilgilendiren her türlü işletmesel politika ve kararların önceden öngörülebilmesinin ve sözleşmeye konulabilmesinin zorluğunu da teslim etmek gerekir. Diğer yandan bilhassa uzun süreli kiralamalarda yenileme ve yatırıma ilişkin hususların detaylı biçimde düzenlenmesi tedbirli bir davranış olacağı açıktır¹⁷¹.

Kiracının işletme borcu bakımından, "yapamayacağı eylemlerin", "yapması gerekenlere" göre daha ön planda olduğu söylenebilir. işletme borcunun kapsam ve sınırlarının genel ve kesin biçimlendirilmesi mümkün olmakla, bunun içeriğinin tayininde işletmenin türü^{1 2} ve büyüklüğü, sözleşmenin lafzı ve amacı ile yerel örf ve adetler rol oynamakla beraber¹⁷³, kiracı işletmeyi, genel olarak TK m. 20/II (yTTK m. 18/2) ve MK m. 2/I'e uygun davranan tedbirli, dürüst, iyiniyetli¹⁷⁴, ilgili pazara özgü rekabet çerçevesini de dikkate almak suretiyle, verimlilik, karlılık gibi ekonomik esaslara göre hareket eden, ticari ve teknik esaslara riayet eden profesyonel bir işletmeci gibi işletmeli, işletmenin devamlılığı ile iyileşmesini amaçlamalıdır¹⁷⁵. Kiracı kısaca kazanç sağlama şeklinde özetlenebilecek şahsi menfaatlerini başkasına ait bir mallar ve haklar topluluğunda gerçekleştirdiğinin, elinde tuttuğu ve işlettiği işletmenin bir başkasına ait olduğunun bilinciyle hareket etmelidir¹⁷⁶. Kiracı bu çerçevede işletme ile ilgili kararlarda sahip olduğu işletmesel takdir yetkisi⁷⁷ dahilinde, ticari işletmeyi muntazam bir şekilde ve kural

¹⁷⁰ KLINGLER, s. 98-99; KLE/N-BLENKERS, s. 244.

¹⁷¹ STROBEL, s. 30-31.

¹⁷² HIGJ, bir otelin kiracısı ile bir kum ocağının kiracısını örnek göstererek işletme ve iyi halde muhafaza borcu çerçevesinde kiracının kiralanan ve müşterilerine karşı olan davranış yükümlülüklerinin farklılığına işaret etmektedir. Obligationenrecht, Art. 283 N. 11.

¹⁷³ CANSEL, s. 94; OSERISCHÖNENBERGER, Art. 283 N. 2; HIGJ, Obligationenrecht, Art. 283 N. 10; STROBEL, s. 30.

¹⁷⁴ CANSEL Fransız Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin 1728. maddesinde kiracının işletme yükümlülüğü ile ilgili olarak "iyi bir aile babası" ifadesinin kullanılmış olduğunu belirtmektedir, s. 95.

¹⁷⁵ ALTAŞ, s. 114, 194; CANSEL, s. 95, 97-98; ARPACI, Kira Hukuku, s. 175; KLINGLER, s. 98; STROBEL, s. 29-30; OPPENI..ANDER, s. 284-285; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 59; SONNENSCHEN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 234.

¹⁷⁶ OPPENI..ANDER, s. 288-289. Ancak Yazar'ın özen ödevi ve buna bağlı sonuçlar bakımından, kiracıyı anonim şirket yönetim kurulu (karş. Alman POK m. 93/1, V) ile eşdeğer kabul etmesi (s. 290) aşırı giden ve görülebildiği kadarıyla literatürde tek kalan bir görüştür. Taraflar arası anlaşmalar ile karşılıklı ilişkilerin mahiyeti ve kiralananın özellikleri. kiracının işletmesel özen ödevinin daha ağır ya da hafif biçimde tayin edilmesini gerektirebilir.

ⁱⁿ KLINGLER, işletme büyüdükçe kiracıya tanınan işletmesel takdir yetkisinin de genişletildiğini ifade etmektedir. s. 102.

otınık da şimdiye kadar nasıl işletildi ise o yönde işletmek zorundadır. Bu çerçevede kiracı işletmenin faaliyet konusuna (işletmenin tahsis yönü) bağlı kılmalı ve bu konuya giren mal ve hizmetleri aynen üretmeye devam etmelidir. İşletmenin tahsis yönü ise, sözleşmeye ve işletmenin kiracıya devredildiği (terk edildiği) tarihteki durumuna göre belirlenir¹⁷¹¹. Kiracı pazarın durumuna göre ürün çeşitliliğini ve satış şartlarını belirleme imkanına sahiptir. Ancak kiracı UrUn türlerini değiştirme gerekçesiyle işletmenin faaliyet konusunu değiştiremez (örneğin kendi çiftliğindeki hayvanlardan¹⁷⁹ elde edilen soilerle süt UrUnleri imal eden ve toptan pazara sunan bir işletmenin, başka işletmelere ait hazır sUt ürünlerini satan salt perakendeci bir işletme haline getirilmesi; iplik fabrikasına dokuma tezgahları alınarak dokuma faaliyetlerine de girilmesi; belli bir markadaki araçlar için servis faaliyetlerini yUrUren işletmenin başka markaların işlerini de üstlenmesi; konusu karayoluyla yük taşımacılığı olan bir işletmenin aynı zamanda deniz yoluyla nakliyat işi ile de uğraşmaya başlaması)¹⁸⁰. Ticari işletme kirası bakımından önemli olan

m CANCEL, s. 98.

¹⁷⁹ Hayvanlar bir unsur olarak işletme bUUnluğU içinde kiralandığından, taraflarca farklı yönde düzenleme yapılmadıkça bunlar hakkında hayvan kirasına ilişkin düzenlemeler (BK m. 296 vd.: yTBK m. 376 vd.) ancakkiyasen uygulanabilir.

¹⁸⁰ HO ALTAŞ'ın s. 210 vd.'da işletmenin tahsis yönünün kiracı tarafından değiştirilebilmesine ilişkin açıklamalarının ise kiracı lehine oldukça geniş yorumları içerdiği görülmektedir: "(...J Anayasada da temelini bulan girişimcilik hak ve yUkUmlUİUğU şirket kirası ile kiracıya geçmektedir. Bu kadar riske katlanan şirket kiracısının şirket Üzerinde faaliyetlerin daha iyi yUrUtUlebilmesi adına kapsamlı değişiklik yapma hak ve yUkUmlUİUğU vardır. Zaten, şirketini kiraya verende bu risklerden kaçınmak istediğinden, kiracı için bu kapsamlı yeni faaliyetlerin daha iyi yürüyebilmesi için gerekli değişiklikleri yapma yükUmlUİUğU olmalıdır. Şirketi kiraya alan kişi bu bağlamda şirketin Üreuiği mal ve hizmet demetini ve bunların niteliğini, şirketin yapılanmasını ekonominin değişen şartlarına uydu-rabilir [...]). Kanaatimizce derin ve kalıcı etkileri olabilecek özellikte değişiklikler yapma yetkisi, kiralayanın b?langıçtaki genel ya da sonradan olaya özel muvafakatı olmaksızın salt kiracının işletme hakkından türetilemez. Sözleşmenin amacı, konusu ve sUresi'nin MK m. 2 çerçevesinde yorumlanması sonucunda kiralayanın muvafakat vermediği değişiklik hallerinde kiracının haklı nedenle fesih ve tazminat talep hakkını kullanması gerekir (BK m. 286; yTBK m. 369).

Yargıtay'ın tahsis yönUnUn değiştirilmesine ilişkin verdiği kararlarda, hastane olarak kullanılan yerin hukuk işleri bürosu (Y. HOK, T. 20.12.1961.E. 6-120, K. 85), terzihanenin camcı dükkanı (Y. 6. HD, T. 23.01.1958, E. 196, K. 448) ve kahvehanenin şaraphane yapılmasını sözleşmeye aykırılık olarak kabul etmiştir, TANDOĞAN, C. U2, s. 144 dn. 19, 21, 23.

Alman imparatorluk Mahkemesi, kiralayanın da aynı değişiklikleri yapmasının zorunlu olacağı hallerde, kiracının işletme konusunu tamamen değiştirebileceğine, bu çerçevede bir alkol fabrikasının cıvata ve somun Üreten metal fabrikasına dönUştUİİllmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir, ROZ 139, 353, 356 vd., OPPENLANDER, s. 285 dn. 3. 1933 tarihli kararın Almanya'nın o tarihte içinde bulunduğu ekonomik zorluklarla olan ilgisini ve ekonominin tek elden yönetimi hususunu göz ardı etmemek gerekir. Bu kararın da gösterdiği gibi, planlı ya da kapalı ekonomilerde işletmecilerin kendi işletmeleri

bir husus da hiç şüphesiz işletmenin ticari işletme vasfını yitirmesine yol açacak değişikliklerden (bir otomobil ya da beyaz eşya yetkili servisinin basit bir oto tamirhanesine ya da elektrikçiye) kaçınılması mecburiyetidir. Bir diğer deyimle kiracının işletmede değişiklikler yapması mümkün ve hatta bazen zorunlu da olsa, bunların işletmenin asıl amacını, konusunu değiştirecek mahiyette olmaması ve özellikle de hacmini küçültmemesi esastır. Kiracının kalitenin artırılması, üretim standartlarının yükseltilmesi amacıyla TSE, ISO, HACCP gibi sertifikasyon çalışmaları ise tahsis yönünün değiştirilmesi olarak görülemez. Bunun gibi kiracı tedarikçileri ve aynı faaliyet konusu içinde kalarak (örneğin bir gastronomi işletmesinin mutfağının, dekorasyonunun vs.'nin değiştirilerek daha kaliteli hale getirilmesi) müşteri çevresini de değiştirebilmelidir¹⁸¹. Diğer yandan dinamik bir rekabetin olduğu belli bir mal ya da hizmet piyasasında, kiracının yeni rekabet şartlarına uyum için alacağı her tedbirde de kiralayanın muvafakatını alması sözleşmenin amacı ile de bağdaştırılamaz. Kiralayanın muvafakatının bulunmadığı haller dışında, göreceli de olsa, işletmenin faaliyet konusunda ve pazar şartlarının değerlendirilmesinde uzman, objektif ve iyiniyetli üçüncü kişinin bakış açısı ile işletmenin tahsis yönünün zorunlu olmadığı halde değiştirildiği, bu değişikliklerin kiralanda kalıcı etkiler bıraktığı kanaatine varılması halinde, kiracının sözleşmeye aykırı hareket ettiği kabul edilebilir. Ancak kiracının işletme üzerindeki kalıcı etkileri maliyeti kendisine ait olmak üzere gidermeyi ya da kiralayanın zararlarını karşılamayı üstlenmesi halinde farklı bir sonuca varmak da mümkündür.

Kiralayan kiracının işletme üzerindeki sözleşmeye aykırı müdahalelerinin engellenmesini ve oluşmuşsa zararının giderilmesini talep ve dava edebilir (BK m. 278ff, 96, 97/II-III; yTBK m. 364/II. 112. 113/II-III)¹⁸². Kiralayan bundan başka BK m. 289 (karş. yTBK m. 369) uyarınca önce borca aykırılığın giderilmesi için uygun süre tayin edip, bir düzelme olmadığında da sözleşmeyi derhal feshedebilir¹⁸³. İşletmenin pazar payını koruyup korumadığı, işletme borcuna riayet edilip edilmediğinin göstergesi olabilir⁸⁴. Bunun gibi sözleşmeye yıllık belli bir miktar imalat ya da üretim kotası konulması ya da çalışma süreleri öngörülmesi de mümkündür¹⁸⁵. Kiranın mutlaka elde edilen işletme hasılatından ödenmesi gibi bir zorunluluk bulunmamakla bir-

üzerinde serbetçe karar almalarına izin verilmediğinden, ekonomik içerikli sözleşmelerin yorumunda farklı yaklaşımlar söz konusu olacaktır.

¹⁸¹ Karş. ALTAŞ, s. 211.

¹⁸² ALTAŞ, s. 117; H/GI, Obligationenrecht, Art. 283 N. 24; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 59; OSERJSCHÖNENBERGER, Art. 283 N. 4..

¹¹¹³ CANSEL, s. 139 vd.; ALTAŞ, s. 258-259; H/GI, Obligationenrecht, Art. 283 N. 23.

¹¹¹⁴ STROBEL, s. 30.

¹⁸⁵ Karş. SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 222,224.

tikte, kiracının, satım, kira, eser sözleşmeleri gibi işletme faaliyetleri sonucu elde edilmesi mümkün hasılatı "toplaması" gerektiği açıktır¹⁸⁶. Aksi takdirde kiralananın gelir sağlama amacını ve giderek ticari işletme vasfını kaybetmesi söz konusu olur ki, bunun BK m. 278/1 (yTBK m. 364/1) ile bağdaşmaya-çağı açıktır. Ancak işletmenin özü ile elde edilen işletme hasılatı arasında bir bağ vardır ve buna göre kiracı elde edilen hasılatın tamamını kendi net kazancına dahil edemez. Bir başka deyimle işletmenin özünü/temelini korumaya yönelik yapılması zaruri masraflar, net kazancın hesaplanmasında hasılat-tan düşülmesi gereken kalemlerdendir¹⁸⁷. İyi işletmecilik faaliyeti olarak nitelendirilebildiği sürece, işletme çerçevesinde reklam, tanıtım, iskonto gibi uygulamaların yapılması ise, işletmenin zararına hareket olarak değerlendirilmemelidir.

Kiracının her türlü özenli, iyiniyetli gayretine rağmen işletme faaliyetle-rinin sadece zarar getirdiği, maliyetlerin dahi karşılanamadığı hallerde ise, kiracının işletme yükümlülüğünün artık son bulduğunu ve kiralayanın rızası olmasa dahi işletme faaliyetlerini sürekli olarak durdurabileceğini kabul etmek gerekir¹⁸⁸. Zira kiracıyı zararına işletmeye mahkum etmek kira sözleş-mesinin amacına aykırı olup, kiracı bakımından işlem temelinin ortadan kalktığını gösterir. Bu da kiracının sözleşmeyi haklı nedenle feshini mümkün kılar (BK m. 286; yTBK m. 369). Ancak tasfiye işlemlerine başlayıp başla-mama kararı ve bunların yürütülmesi kiralayana aittir¹⁸⁹.

Kiracının işletmenin hasılat kabiliyetini bozacak ya da kaldıracak türden eylemlerden kaçınması gerekir. Özellikle kiracının, rakibi olan kiralayanın işletmesini kiralayarak bunu işletmemek suretiyle tamamen atıl bırakması, işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcuna aykırılık teşkil edecektir¹⁹⁰. Bunun gibi kiracının kiralananın yakın çevresinde aynı konuda kendisine ait bir başka işletme açmasının da işletme borcuna aykırılık teşkil edeceği açıktır¹⁹¹. Gerçekten de BK m. 278/II'de (yTBK 364/11) her ne kadar sadece ka-lıcı fiziksel değişiklikler yasaklanıyor gözükse de, aynı hükmün kiracının ki-ra süresince rekabet teşkil edecek davranışlardan kaçınması yönünde anla-şılması da mümkündür¹⁹². Kiracı bunun gibi işletmenin maddi özünü de (cevherini) tüketmemelidir (BK m. 278-279; yTBK m. 364-365). Bu yasak

¹⁸⁶ *HIGL*, Obligationenrecht, Art. 283 N. 9; *STROBEL*, s. 28-29; *KL/NGLER*, s. 104; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 223.

¹¹¹⁷ *KLINGLER*, s. 104.

¹¹¹⁸ *KL/NGLER*, s. 101; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 225.

¹¹¹⁹ *OPPENLANDER*, s. 287.

¹¹¹⁰ **Karş.** *STROBEL*, s. 28.

¹⁹¹ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 226; ayrıca bkz. *HARKE*, in: *MüKo-BGB*, § 581 N. 64.

¹⁹² *UNDENMEYER*, s. 131-132; *ALTAŞ*, s. 202-203.

kiracının hasılat elde etme hakkının sınırını oluşturmaktadır¹⁹³. İşletme fiilleri, kiralananın hasılat getirme kabiliyetini tamamen ortadan kaldıracak, hatta bunun h.asılat ❖etiren bir ❖al ya da hak olma özelliğini yitirmesine yol açacak faaliyetleri kapsamaz¹⁹⁴. BK m. 278/II (yTBK m. 364/11) bunu, kiracının kiralayan üzerinde kiranın bitiminden sonra da etkileri görülebilecek değişiklikler yapmasını yasaklamak suretiyle açıkça ifade etmiştir.

Kiracının özel olarak yüklenmiş olmadıkça işletmenin hasılat kabiliyetini *artıracak* yatırımlarda bulunma zorunluluğu yoktur¹⁹⁵. Bunun istisnası, işletmenin hasılat kabiliyetinin sürdürülebilmesi için, özellikle sözleşmenin yapılmasından 3-4 yıl sonra baş gösterecek ve işletmecilik ilkeleri bakımından da zorunlu görülebilecek, bir diğer ifadeyle kiralananın sözleşme tarihindeki durumunu muhafaza etmesini sağlayacak türden yatırımlardır. Ancak her tür ticari işletme kirasında ortaya çıkması muhtemel bu durum için, masraflara kimin katlanacağını da sözleşmede düzenlenmesi gerekir¹⁹⁶. Aksi halde ise, yatırımın büyüklük ya da küçüklüğüne göre masraflar kiralayan ya da kiracı tarafından üstlenilir (karş. BK m. 273, 279/II; yTBK m. 361, 365/m. Giderlerin yüksekliği ve ortaya çıkma sıklığı, iki kategoriye ayırmak için kullanılabilir. Buna göre bakım/yatırım ihtiyacı ne denli sık ortaya çıkar ve masraflar da ne kadar düşük olursa bunların kiracı tarafından yürütülmesi ve karşılanması gerekir¹⁹⁷. Bunun gibi hasılat kabiliyetinin kendi kusuru ya da işletme faaliyetleri sonucu azalmış olduğu hallerde, kiracı durumu eski hale getirmek için gerekli yatırımları (*telaî yatırımları*) yapmakla yükümlü olduğu gibi (BK m. 278/1; yTBK m. 364/1) ve bunun için yaptığı masrafları da kiralayandan talep edemez¹⁹⁸. İşletmenin özüne ilişkin riskler ise, özellikle de işletmenin mücbir sebeplere bağlı olarak yok ya da tahrip olması, kiralayanın risk alanında bulunan hususlardır. Kiralayanın bu noktada kiralananı yeniden tesis edecek yatırımlarda bulunma ve kiracıya teslim etme yükümlülüğü yoktur. Ancak kiralayanın bir sigorta sözleşmesi nedeniyle aynı tazminat (karş. yTTK m. 1401/1, 1427/1) elde ettiği hallerde aksi sonuca varılabilir¹⁹⁹. Kiralananın hasılat kabiliyetini artıran ve kiralayanın karşı koyması

¹⁹³ OSERJSCHÖNENBERGER, Art. 283 N. 2; CANSEL, s. 96; KLINGLER, s. 104.

¹⁹⁴ ❖ ALTAŞ, s. 114.

¹⁹⁵ ALTAŞ, s. 115, 200; farklı görüş STROBEL, s. 30, Yazar pazardaki gelişmelerin beraberinde getirdiği anılan imkanlarının kullanılmasının da kiracının işletme borcu kapsamında görülebileceğini ifade etmektedir. ALTAŞ da, piyasa şartlarının yarattığı imkanlardan faydalanılması gerektiğini savunmuştur. s. 195. Ayrıca bkz. L/NDENMEYER, s. 129.

¹⁹⁶ ALTAŞ, s. 200.

¹⁹⁷ L/NDENMEYER, s. 131.

¹⁹⁸ Karş. ALTAŞ, s. 199; HIGL, Obligationenrecht, Art. 284 N. 20; CANSEL, s. 101. Yazar bu tür yenileştirme yatırımları için "kiracının işletme mükellefiyetinin neticesi olan ıslahat", "kiracının mecburi ihimamı neticesinde yapılan ıslahat" ifadeleri kullanmaktadır.

¹⁹⁹ OPPENLANDER, s. 283.

için haklı bir nedeninin de bulunmadığı yenilik ve değişiklikler ile yatırımın (örneğin akdedilmesinin üzerinden beş yıldan uzun bir süre geçmiş kiralarda mecburi yenilemeler) masraflarının vekalet sözleşmesi hükümlerine (BK m. 394, 413-415; yTBK m. 510, 529-531) göre kiralayandan talep edilmesi mümkündür (ayrıca bkz. BK m. 293/III; yTBK m. 373/III)²⁰⁰. Kiracının harcamalarını talep edip edemeyeceği değerlendirilirken, kiralayanın harcamanın/iyileştirmenin yapıldığı andaki değil, tüm kira süresi ve iade tarihindeki muhtemel menfaatlerinin dikkate alınması gerekir. Bunun gibi kiracının yaptığı yatırımların etkisini gösterme süresi ile ekonomik ömrü de kiralayandan talep edilecek olan masrafların miktarının hesabında göz önünde tutulmalıdır. Ancak MK m. 2 çerçevesinde lüks olarak kabul edilebilecek harcamaların talebi mümkün değildir. Bunun gibi, örneğin gıda ya da giyim gibi malların perakendeciliğinin yapıldığı bir işletmenin kiracısı, bunun dış ve iç görünümünü kendi işletme fikrine (konseptine) uygun hale getirmek için yaptığı masrafları kiralayandan talep edemez. Kiracı ayrıca başkasına ait olan ve bir süre sonra iade edeceği bir işletmeyi işlettiğinin bilincinde olarak kiralayanın ticari itibarını zedeleyecek eylemlerden, özellikle de işletmenin konusunu ve dolayısıyla müşteri çevresini, itibarı olumsuz etkileyecek biçimde değiştirmekten kaçınmalıdır⁰¹.

Kiracı işletmenin özüne müdahale teşkil edecek, kira ilişkisinin sona ermesinden sonra kalıcı etkileri olabilecek işlem ve değişiklikleri hiç yapamaz ya da ancak kiralayanın izni ile yapabilir. Örneğin kiracı ticari işletmeyi TİRK'e göre kendi veya bir üçüncü kişinin borcu için rehnedemez (TİRK m. 2/I). Bunun gibi kiralayanın izni olmaksızın, işletmenin merkezini değiştiremez, ticaret unvanı ve varsa işletme adını, hasılat kirası ilişkisinin gerektirdiğinden başka surette değiştiremez, şubeler açıp kapatamaz, ticari işlet-

²⁰⁰ ALTAŞ, s. I 17- I 18; CANSEL, s. 99-100, Yazar'ın da haklı olarak değindiği gibi kiracının tam olarak kiralayanın yararına da hareket etmediği, kiralayanın tazmin yükümünün kapsamının tayininde göz önünde tutulmalıdır, 102-103; bkz. ayrıca HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 59; KLINGLER, s. 100, 107. Yazar kiracıya fiyat ve pazar şartları ile teknolojideki esaslı değişiklikler gibi haklı sebeplerin varlığında ve işletme menfaatlerine uygun düştüğünde, kiracıya faaliyet konusunu, iş modelini, işletme tesisatını esaslı ve kalıcı biçimde değiştirme hakkının verilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. Kanaatimizce bu tür değişikliklerin işletmenin asıl sahibi kiralayanın izin ya da onayı olmaksızın gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Anılan türden haklı nedenler, kiracıya ihbarda bulunma ve uyulmadığında da haklı nedenle feshe imkan verebilir (karş. BK m. 285-286; yTBK m. 368-369).

²⁰¹ CANSEL, s. 95-96; ALTAŞ, s. 117. Otel olarak işletilmek üzere kiralanan yerin randevu evi olarak işletilmeye başlanmasının, tahsis yönüne aykırılık kadar, işletmenin ve kiralayanın itibarını zedeleyici olduğu ve BK m. 278'e (yTBK m. 364) aykırılık teşkil ettiği de açıktır, HIG/, Obligationenrecht, Art. 283 N. 18. Bunun gibi et ürünleri üreten bir işletmede, dini kurallar ya da hijyen ilkeleri nedeniyle yenilmeyecek hayvanların etlerinin ürünlere karıştırılması da, aynı bağlamda değerlendirilebilir.

meyi alt kiraya veremez (BK m. 284/1; yTBK m. 366) ya da diğer suretlerde başkalarına kullandıramaz, işleuiremez, işletmeye gizli ortak alamaz ve hır adi ya da ticaret şirketine sermaye olarak getiremez²⁰². Kira bitiminde eski hale döndürülmesi mümkün teknik değişiklikler yapılabilir²⁰³. Ancak eski hale dönüştürmeye ilişkin masrafların kiracıya ait olması gerekir. Kiracının işletmeye dahil maddi ve gayri maddi unsurları üçüncü kişilere devretmesi, üzerlerinde sınırlı aynı haklar tesis etmesi de yasak işlemlerdendir. Bunun istisnasını eskiye malların yenilenmek amacıyla satılması oluşturabilir²⁰⁴.

İşletme borcu çerçevesinde somut işletmenin türüne göre koruyucu önlemlerin alınması da muntazam bir işletmenin gereklerindendir. Kiracı bilhassa yeteri kadar hammadde ve personel bulundurmaya özen göstermelidir²⁰⁵. Bazı işletme faaliyetlerinin kiralananın onayı ya da işletmecilik gerekleri ile durdurulduğu haller dışında²⁰⁶, kiracı işletme faaliyetlerini fasılasız sürdürmek zorunda olmakla birlikte, örneğin turizm ya da eğitim konusunda faaliyet gösteren bir otel, pansiyon ya da okulun kurumunun aktif faaliyetlerine yaz ya da kış veya tatil dönemlerinde ara vermesi doğaldır. Hatta bu dönemlerde işletmeye ara vermeyi, işletme borcunun bir gereği olarak da değerlendirmek de mümkündür. Diğer yandan işletmenin kapalı olduğu sürede, gelecek sezon ya da eğitim öğretim yılı için hazırlıklar yapılması da yine bir işletme faaliyeti teşkil edecektir. Bunun gibi işletmeden bağımsız biçimde ortaya çıkan çevresel ve ekonomik faktörler de faaliyetlere ara verilmesine neden olabilir²⁰⁷. Bu gibi haller, kiracı bakımından BK m. 278/I'e (yTBK m. 364/I) aykırı davranış olarak değerlendirilemez ve bir tazminat ya da m. 286 (yTBK m. 369) uyarınca bir haklı nedenle fesih dayanağı teşkil etmez. Ancak eğer ara verme sonucunda müşteri çevresi tamamen dağılmış ve yeniden toparlanması öngörülebilir bir süre zarfında objektif olarak mümkün gözüküyorsa, ara verirken müteakiben işletme amacı güdülmemiş ise, daha sonra açılan işletme faaliyetine ara verilen işletmeden farklı ise artık kabul

²⁰² TANDOĞAN, s. C. 1/2, s. 141; CANSEL, s. 97 vd.; HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 60; OSERJSCHÖNENBERGER, Art. 283 N. 1. Ancak kiralayanın ticari mümessil, ticari vekil gibi tacir yardımcıları tayin etmesi ve sözleşmede aksi öngörülmemişse işletmenin fiilen bu kişiler tarafından idare edilmesi mümkündür. Kiracı bu gibi kişilerin fiillerinden dolayı kiralayana karşı BK m. 100 (yTBK m. 116) çerçevesinde sorumludur, karşı. SONNENSCHHEIN, in: STAUDINGERS. § 581 N. 231; HIGI. Obligationenrech. Art. 283 N. 12; K/INGLER de kiracının işletme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, bunun bir şahsi edim olarak anlaşılmaması gerektiğini, aksi takdirde. iş sözleşmesine ait bir unsurla karşı karşıya kalınacağına yerinde olarak işaret etmiştir, s. 100

²⁰³ HIGI, Obligationenrech., Art. 283 N. 19.

²⁰⁴ K/INGLER. s. 100.

²⁰⁵ KLEIN-BLENKERS, s. 241-242.

²⁰⁶ ALTAŞ. s. 195; LINDENMEYER. s. 129.

²⁰⁷ KLEIN-BLENKERS. s. 243; K/INGLER, s. 101; OPPENLANDER, s. 287.

edilebilir bir ara vermeden değil, işletme faaliyetlerinin kesilmesinden ve borca aykırılıktan söz etmek gerekir²⁰⁸. Ancak kiranın ciroya göre belirlendiği hallerde, yılın çalışılmayan dönemlerinin sözleşmede dikkate alınması gerektiği açıktır²⁰⁹.

Kiracı, kiralananı "*iyi halde muhafaza borcu*" (BK m. 279; yTBK m. 365) çerçevesinde büyük tamirat gerektiren haller dışındaki²¹⁰ (BK m. 273; yTBK m. 361), önemsiz olarak görülebilecek bakım, onarım, servis gibi işlemlerin (duvar ve kapıların boyanması, çatının, elektrik ve kalorifer tesisatının, araçların periyodik bakımları gibi) yapılmasını sağlamalıdır. Bunun gibi günlük normal kullanım neticesinde eskiyen, yıpranan malzemeler kiracı tarafından yenisi ile değiştirilmelidir (BK m. 279/II; yTBK m. 365/II)²¹¹. Kiracı işletmeyi sürekli biçimde işlettiğinden ve ticari işletme de dinamik bir yapıda olduğundan, ticari işletme kirasında önemsiz arıza ve esldmelerin

208 KLEIN-BLENKERS, s. 243-244; KLINGLER, s. 101; OPPENLANDER, s. 286-288; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 223; STROBEL, s. 30; Y. 6. HD, T. 18.04.1988. E. 1988/1566, K. 1988/6163: "Davacı dava konusu akaryakıt istasyonunun kendisine ait iken, bu yeri 27.4.1979 imza ve 1.5.1979 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ile davalıya kiralandığını, kiracının kiralananı iyi bir halde muhafazası için gerekli şekilde hareket etmediğini, kötü kullandığını, bu sebeple 1-1,5 yıl işletmediğini ihtarına rağmen verilen süre içerisinde borçlarını yerine getirmede ileri sürerek dava konusu yerin tahliyesini istemiştir. Davalı, davayı kabul etmemiş ve dava konusu yerin bir süre işletmemenin akde muhalefet oluşturmadığını savunmuştur. Taraflar arasında kira ilişkisini doğuran kira kontratosu ibraz edilmiş, bu kontratoda kiralanan şeyin hale hazır durumu benzin istasyonuna muhtelif tarla olarak ve kiralanan şeyin ne için istimal olunacağı karşısında da akaryakıt istasyonu olarak kullanılacağı kaydedilmiştir. Beraber teslim olunan demirbaş eşya olarak da, bir adet motorin, bir adet benzin, bir adet gaz pompalan, üç adet yeraltı deposu, bir adet yerüstü deposu ile bir adet hava saati komprasör motordan bahsedilmiştir. Kira akdi bu niteliği itibarıyla hasılat kirasıdır. Hasılat kirasında kiralananın tahsis olduğu dairede iyi bir suretle işletilmesi ve bilhassa hasılat kabiliyetli bir halde bulundurulması kiracının borçları arasında sayılmıştır. Borçlar Kanununun 278. maddesi; "Ayrıca kiralananın iyi bir halde muhafazası için lazım gelen dikkatin gösterilmesi de kiracının yükümlülüklerindendir. Öbür taraftan, aynı Yasanın 289. maddesinde kiralananın işletilmesine ve muhafazasına müteallik borçlarını ehemmiyetli bir tarzda yerine getirmeye kiracı kiralayanın ihtiyacına rağmen ve tayin ettiği süre içinde borçlarını ifa etmemesi halinde kiralayana başka bir işleme hacet kalmaksızın akdi fesih etme yetkisi tanınmıştır. İşletmenin 1-1,5 sene kadar atıl bırakıldığı ve işletmeye ara verildiği taraf delilleri ve davalının bunu tahliye sebebi olmayacağı yolundaki beyanı ile sabittir. Böyle olunca tahliye karar verilmek gerekirken[...]"

209 SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 224.

210 Bkz. KLINGLER, s. 105-106; HIGI. Obligationenrecht, Art. 284 N. 11.

211 HIGI, Obligationenrecht, Art. 284 N. 18-19. Sıcak su tesisatının kireçten arındırılması, asansör bakımı, havalandırma ve iklimlendirme sistemlerinin bakımı, filtrelerin değiştirilmesi, işletmeye giriş çıkış yollarının yaz kış bakımı, otel odalarının, büro ve mutfakların hijyenik ve dekoratif bakımları, işletmeyi çevreleyen duvar, çit vb.'nin bakımı, seranın kırılan camların değiştirilmesi, Yazar'ın bu çerçevede verdiği örneklerdendir.

kapsamını kiralayan lehine geniş yorumlamakta fayda vardır²¹². Dönen varlıklarla ve süregiden işletmesel faaliyetlerle ilgili onarım ve iyileştirme masrafları kiracı tarafından karşılanmalıdır (karş. BK m. 279/II; yTBK m. 365/II). Kiracının kendisine ait iyi halde muhafaza (bakım) borcunu yerine getirmemesi nedeniyle işletmenin durumunun kalıcı biçimde bozulmaya başladığı hallerde kiralayana, kanaatimizce BK m. 289'daki (karş. yTBK m. 369) fesih hakkı²¹⁴ yanında, BK m. 279/II'ye dayanarak (yTBK m. 365/II) masrafları kiracıya ait olmak üzere gerekli bakım ve tamiratı yaptırtma yetkisi de tanınmalıdır²¹⁵.

Kiracı iyi halde muhafaza borcu gereği, hem işletme bütünlüğünü ve hem de müstakil işletme unsurlarını, üçüncü kişilerin fiili ve hukuki saldırı-

²¹² ALTAŞ, s. 120, 198-199; LINDENMEYER, s. 130; ayrıca bkz. KLINGLER, s. 105.

²¹³ KLINGLER, s. 111 vd., 115-116; "[...] Borçlar Kanunu 279. maddeye göre de, kiralananın iyi bir halde korunmasını sağlamak mükellefiyeti kiracıdadır. Bu cümleden olarak, işletmenin, mahalli adete uygun küçük onarımlarını yapmak işletmenin sürmesi için gerekirse yapılacak yenilikler giderlerine katlanmak kiracıya düşer [...]", Y. 14. HD, T. 29.09.2005, E. 2005/4575, K. 2005/8491.

²¹⁴ Y. 6. HD, T. 24.10.2002, E. 2002/6557, K. 2002/6800: "Davacı vekili mülkiyeti müvekkili şirkete ait Y... İplik Fabrikasının 26.4.2001 tarihinde düzenlenen 1.5.2001 başlangıç tarihli ve 2 yıl süreli kira sözleşmesi gereği davalı şirkete kiraya verildiğini, davalı kiracının sözleşme gereği fabrikada yapması gerekli bakım ve onarımı yapmadığını [...] bilirkişiler tarafından tanzim edilen rapor sonucu anlaşıldığını, söz konusu raporda belirtilen eksikliklerin giderilmesi, makinelerin bakım ve onarımlarının yapılması amacıyla davalıya 15 gün süreli ihtarname gönderildiğini, süre sonunda[...] yapılan tesbit ve bilirkişiler raporunda ihtarnamede belirtilen hususların yerine getirilmediği, davalı tarafından kira sözleşmesi kapsamında olmayan depoların kullanıldığını ileri sürerek akde aykırılık nedeniyle akdin feshi ile kiralananın tahliyesine karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü hususların tahliye nedeni olamayacağını, işletmenin halen faal ve 500 işçinin çalışır vaziyette olduğunu, ayda yaklaşık 250 milyar TL elektrik faturası ödendiğini, müvekkili şirketin fabrikaya 500 milyar TL tutarında yedek parça alımı yaptığını, fabrikada gerekli bakım ve onarımın yapılmadığı iddialarının doğru olmadığını ve müvekkili şirketin sadece sözleşme konusu birimleri kullandığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Taraflar arasındaki 1.5.2001 başlangıç tarihli ve 2 yıl süreli sözleşme ile iplik fabrikası, makine parkuru, idare binası, kazan dairesi ve sosyal tesisler ile çırçır fabrikasına ait 1 ila 11 nolu depoların kiraya verilmesi hasılat kirası niteliğindedir. Borçlar Kanununun 278. maddesine göre kiracı, kiralananı kira sözleşmesinde öngörülen tahsis amacına uygun bir şekilde kullanmak ve bulundurmak zorundadır. Aynı kanunun 289. maddesine göre kiracı kiralananın işletmesine ve muhafazasına müteallik borçlarına önemli bir tarzda muhalefet eder ve kiralayanın ihtarına rağmen ve tayin ettiği münasip süre zarfında borçlarını ifa etmezse kiralayan başka bir muameleye hacet kalmaksızın kira sözleşmesini feshedebilir[...] sözleşmenin bu niteliği, kiralananın özelliği, sözleşmede öngörülen amaca uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı yönünden [...] bilirkişi heyeti ile mahallinde yeniden keşif yapılarak kanunun anılan maddelerine aykırılık bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken [...]".

²¹⁵ Aynı yönde bkz. KLINGLER, s. 106.

ıanndan korumak için tedbirler almalı, büyük onarım ihtiyaçlarını, fiin ve hukuki zapt hallerini kiralayana bildirmelidir (BK m. 280; yTBK m. 358. 3 1g/¹⁶. Kiracının bunun gibi yangın, hırsızlık vb. gibi risklere karşı sigorta yapunnası²¹⁷, işletmeye karşı işlenen haksız rekabet fiillerinde gerek bizzat gerek lciralayana da ihbar etmek suretiyle hukuki korunma yollarına başvurması gerekir. Kiracı ihbar yükümlülüğünü zamanında ya da hiç yerine getirmemişse kiralayan bu yüzden uğradığı zararın tazminini isteyebilir (BK m. 280 c. 2; yTBK yTBK m. 358, 3 l 8)²¹⁸. İhbara rağmen kiralayanın gerekenleri yapmaması halinde, acil haller hariç gereken işlemler için kiracının hakimden izin alması gerekir (BK m. 97/1; yTBK m. 11311)²¹⁹.

İyi halde muhafaza borcunun ticari işletme bakımından özellik arzettiği hususlardan birisi de kiracının ticari işletmeyi ilgilendiren ticaret sicili işlemleri ile diğer resmi ya da özel başvuru, kayıt vb. işlemleri yaptırması yükümlülüğüdür. Bu gibi işlemler işletmenin hukuki sürekliliğini sağladıklarından, iyi halde muhafaza borcu kapsamında değerlendirilmelidir. Bunun gibi kiracı BK m. 283'ün (yTBK m. 358, 303) aksinin kararlaştırılması sonucu üstlendiği vergi, resim harç vb. yükümlülükleri de yerine getirerek, uygulanacak

²¹⁶ *KJNGLER*, s. 98, 106; *CANSEL*, s. 95; *OSERJSCHÖNENBERGER*, Art. 285 N. 1; *LINDENMEYER*, s. 131; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 231; *ALTAŞ*, s. 201; Y. 14. **HD**, T. 29.09.2005, E. 2005 / 4575, K. 2005/8491: "Uyuşmazlık, düzenlemesi Borçlar Kanunu'nun 270 ve devamı maddelerinde yapılan, 01.06.1978 başlangıç, 01.06.1979 sona erme tarihli kira sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Kiralanan yerin hamam işletmesi olduğu bu nedenle de kira ilişkisinin hasılat kirası niteliğinde bulunduğu tartışmasızdır. [...] Davada, kiracı olan davacı kiracılık döneminde özellikle 1998 yılında meydana gelen deprem nedeniyle hasarlanan hamamda tamiratlar yaptırdığını, bazı iyileştirici harcamalarında olduğunu, bunların bedeli [...] TL'nin kiralayanın mirasçıları olan davalılardan tahsilini istemiştir[...] Kiracının borçlarını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 278. maddesinde konulan kurala göre, kiralanan işletme olarak faydalanan kiracı, kiralanan şeyi kullanımında özen göstererek işletmek zorundadır. Borçlar Kanunu 279. maddeye göre de, kiralananın iyi bir halde korunmasını sağlamak mükellefiyeti kiracıdadır. Bu cümleden olarak, işletmenin, mahallî adete uygun küçük onarımlarını yapmak işletmenin sürmesi için gerekirse yapılacak yenilikler giderlerine katlanmak kiracıya düşer [...] Somut olayda; 01.06.1978 tarihinde başlayan kira ilişkisi davanın açıldığı 2003 yılına kadar 25 yıla yakın süre ile sürmüştür. Bu kadar uzun süre içerisinde işletmenin iyi bir halde muhafazası için kiracının bazı tamir giderleri yapması, işletmeye bazı yenilikler katması olağan kabul edilmelidir. Öte yandan, eğer kira dönemi içerisinde işletmede esaslı tamirat yapılması gerekir ise, yasanın 280. maddesi uyarınca bunun derhal kiralayana ihbar edilmesi gerekir. Anılan bu hükme göre ihbar yapılmazsa, esaslı tamirat giderleri de olsa buna kiracı katlanmalıdır. Öte yandan ihbar mükellefiyetini yerine getirmeden, işletmede esaslı yenilikler ve tamiratlar yapılmış olursa da bunların bedelinin istenebilmesi için, tahliyeden sonra işletmede artı değer meydana getirilmiş olması gerekir. Ancak o zaman sebepsiz zenginleşmeden bahsedilebilir".

²¹⁷ **Karş.** *KJNGLER*, s. 113.

²¹⁸ *ALTAŞ*, s. 121; *YAVUZ*, s. 372.

²¹⁹ *ALTAŞ*, s. 121.

Y??tırımlardan işletmenin etkilenmesini. özellikle de işletme faaliyetinin geçici ya da sürekli olarak durdurulmasına engel olmalıdır. Bu bağlamda işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri ile iş, sosyal güvenlik ve yabancılar mevzuatına uygun personel istihdamı önem kazanmaktadır. Zira bu hallerde anılan mevzuata aykırı eylemler neticesinde işletme faaliyetlerinin durdurulması ihtimal dahilindedir. Yiyecek-içecek üretilen ve/veya satılan işletmelerde mevzuat gereği zorunlu hijyen kurallarına riayet edilerek işletmenin bu sebeple kapatılmasına ve giderek işletmenin ve kiralayanın itibarının zedelenmesine sebebiyet verilmemelidir²⁰. Kiracının işletme faaliyetleri sırasında komşu sakinler ile işletmeleri de rahatsız edecek davranışlardan (karş. yTBK m. 358. 31611)²¹. bilhassa da haksız rekabet (TK m. 56 vd.; yTTK m. 54 vd.) teşkil eden eylemlerden kaçınması gerekir (karş. MK m. 737)²². Kiracının tacir ve vergi mükellefi olarak gerek TK (yTTK) ve gerek vergi mevzuatından doğan ticari defterler ve belgelerle ilgili yükümlülükleri bulunduğu da açıktır²⁻³.

BK m. 289'da işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcuna aykırılığın müeyyidesini düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre kiracı kiralananın işletilmesine ve iyi halde muhafazasına (bakımına) ilişkin yükümlülüklerine önemli derecede aykırı davranır ve kiralayanın ihtarına rağmen tayin edilen uygun süre içinde de. borca aykırılığa son vermez ve borca uygun davranmaya başlamazsa kiralayan sözleşmeyi derhal feshedebilir²⁴. Kanun'da kiracıya tayin edilecek sürenin "münasip" olmasından söz edilmiştir. Kiralayanın uygun süreyi MK m. 2 çerçevesinde belirlemesi esas olmakla birlikte, bunun tayininde hiç şüphesiz somut olayın özellikleri rol oynayacaktır. Burada kiracının sözleşmeye ve kanuna uygun davranmasını sağlamak üzere ihtar çekilmesi, bunun aynı zamanda temerrüde düşürülmesi anlamını da taşıyacağından (karş. BK m. 101/I, 106; yTBK m.117/I, 123, 126), hem bu ihta-

²²⁰ Karş. *H/GI*, Obligationenrecht, Art. 283 N. 20.

²²¹ İsviçre BK'nın BK m. 278'e (yTBK m. 364) tekabül eden 283. maddesi, kira ve hasılat kirası hukukuna ilişkin 1989 reformunda değiştirilmiş ve ikinci fıkrasında. konusu taşınmaz olan bir hasılal kirasında kiracının, binada oturanlar ile komşulara saygı göstermekle yükümlü olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır. *H/GI*, Obligationenrecht, Art. 283 N. 25 vd.

²¹² *CANSEL*, s. 96-97.

²²³ *CANSEL*, s. 96; *K/INGLER*, s. 104.

²²⁴ *CANSEL*, s. 139 vd.; *ALTAŞ*, s. 116, 258-259; *OSERJSCHÖNENBERGER*, Art. 283 .4; *H/GI*, Obligationenrecht, Art. 283 N. 23, Art. 285 N.; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 224.

0 hem de ihtarın gereği yerine getirilmediğinde fesih beyanının TK m. 20/III'e (yITK m. 18/3²⁵) uygun yapılması gerekir²⁶.

yTBK m. 357 vd.'da BK m. 289'a muadil bir hükme ne yazık ki yer vermemiştir²²⁷. yTBK m. 358' in gerekçesi incelendiğinde, BK m. 289 da yayılmış olmakla birlikte, yeni Kanun'a alınmamasının sebebi ve böylece oluşan boşluğun nasıl doldurulabileceği açıklanmamıştır. yTBK'nın BK m. 289'a en yakın olarak görülebilecek hükmü m. 316'dır. yTBK m. 316/1 incelendiğinde, burada kiracının kiralananı sözleşmeye uygun ve özenle kullanma ve gerek kiralanan ile aynı binadaki ve gerek diğer binalardaki komşulara gerekli saygıyı gösterme borcunun düzenlendiği görülmektedir. Kiralayana tanınan derhal fesih hakkı ise bunun yaptırımını olarak öngörülmüştür. Buna göre, kiralayan konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiracının anılan yükümlüğe aykırı davranması halinde, "aykırılığın otuz gün içinde giderilmesi ni, aksi takdirde sözleşmenin feshedileceğini" yazılı olarak ihtar eder. Bu kapsamda olmayan kiralarda (örneğin taşınır kirası, hak kirası, çatılı olmayan işyeri kirası) ise, kiralayan, kiracıya önceden bir ihtarla bulunmaksızın,

¹¹⁵ yTTK m. 18/3 ise şekil şartını "noter, taahhütlü mektup, telgraf ve güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta" şeklinde değiştirmiştir. yTTK m. 18/3'ün uygulanmasında, yTTK m. 1525 ile 1526/3-5 de göz önünde bulundurulmalıdır.

¹¹⁶ TK m. 20/III'ün niteliği ve uygulama şartları hakkında bkz. *DIRIKKAN, H.*: "Tacirler Arası ihbar ve İhtarlar". Dokuz Eylül Üniversitesi HFD. Y. 2002, C. 4, S.I. s. 43 vd., 51 vd. Ancak belirtilmelidir ki, yTTK m. 18/3'ün gerekçesinde ihbar ve ihtarlarla ilişkin özel şekil şartlarının geçerlilik şartı olma özelliğinin kaldırıldığı ve bunun bir ispat şartı haline getirildiği ifade edilmiştir. Gerekçedeki açık ifadelerle rağmen mahkemelerin bu konudaki tutumları değişikliğin hedefine ulaşımaya ulaşmayacağı konusunda belirleyici olacaktır. *KENDİGELEN* de yTTK m. 18/3'deki değişiklik hakkında "[...] sorunun esasen çözülmediğini, hükmün bu yönüyle yeni tartışmaları gündeme getireceğini 1..." belirterek tereddütlerini ifade etmiştir, İlk Tespitler, s. 50-51.

Kanaatimizce yTTK m. 18/3'ü yTBK m. 12/11 c. 1 ile birlikte değerlendirmek gerekir. Kaldı ki tarafların da bunu sözleşmelerde geçerlilik şekli haline getirmeleri mümkündür (yTBK m. 26, 17). yTTK m. 18/3'ün ortaya çıkardığı bir diğer husus da sayılan yöntemlerin "sınırlı sayı ilkesine" tabi olup olmadığıdır. Bir diğer deyimle gerekçedeki düşünce kabul edilecek olursa, fesih ya da dönme beyanı veya temerrüd ihtarı, sadece bu yöntemlere uyulmuşsa mı ispat edilmiş sayılacaktır? Eğer bu görüş kabul edilecek olursa yTTK m. 18/3'ün HMK m. 200,201 ve 203'e göre özel bir hüküm olduğunu kabul etmek gerekecektir. Görüldüğü gibi kanun koyucunun salt TK m. 20/III'deki "muteber olması şartını" kaldırmış, ancak şekil türlerini özel olarak sayma yöntemini muhafaza etmiş olması yeni hukuki sonucun açıklığa kavuşturulmasını zorlaştırmaktadır. Bu yüzden ya ispat şartı olduğundan açıkça söz edilmeli ya da şekil türleri özel olarak sayılmayarak *örneğin* (adi) yazılılık şartı ile yetinilmeli idi. Böylece tereddütler daha büyük oranda giderilmiş olurdu. Zira ispat şeklinin tek bir yöneme değil de, alternatifli birden fazla yöneme hasredilmesi hukukumuzda pek sık rastlanan bir durum değildir.

m İsviçre BK ise 1989 reformundan sonra da BK m. 289'un kaynağını teşkil eden 294. madde hükmünü, adi kiraya ilişkin m. 257'yi örnek alarak yeniden kaleme almış ve 285. madde olarak muhafaza etmiştir, bkz. *HIG*, Obligationenrecht, Art. 285 N. 8 vd.

yazılı bir bildirimle sözleşmeyi derhal feshedebilir (f. 11). Konut ve çatılı işyeri kiralarında, i) kiracının kiralananı kasten ağır zarar vermesi ya da ii) kiracıya verilecek sürenin yararsız olacağının anlaşılması veya iii) kiracının amlan sözleşmeye uygun ve özenli kullanım ve komşulara saygı yükümlülüğüne aykırı davranışının kiralayan ya da komşular bakımından çekilmez⁰¹⁻ması durumunda, kiralayan sözleşmeyi yazılı bir bildirimle derhal feshedebilir (f. 111). Görüldüğü gibi bu hükümler adi kiraya özgü menfaatler durumu göz önünde tutularak tasarlanmıştır. Bu durumda kanaatimizce kiracının işletme borcunun bulunmadığı adi kiraya ilişkin hükümlerin (yTBK m. 316ffl. III) ticari işletme kirası hakkında kıyasen uygulanma imkanı yoktur²⁸. Zira yTBK m. 316'da konut ve çatılı işyeri kiraları ile bunların dışındaki kiralananlar şeklinde, iki farklı kiralanan kategorisinden hareket edilmiş, ancak ilk grup için kural olarak otuz günlük bir mehil verilmesi öngörülmüş iken, ikinci grupta ise kiracıya hiç mehil tayinine lüzum görülmeden kiralayana derhal fesih imkanı verilmiştir. Hasılat kirası ilişkilerinin ve giderek ticari işletme kirasının bu iki kategoriden hangisine dahil olduğu açıkça belli olmadığından ve ticari işletmeye dahil unsurlar müstakil olarak ele alınıp yTBK m. 316'ya tabi de tutulamayacağından, yTBK m. 316ffl-III'ün sürekliliği olabilecek ilkesel bir kıyas imkanı vermediği sonucuna varmak gerekir. Diğer yandan yTBK m. 316'nın "kiralananın kullanılmasını" esas alan ve bunun sözleşmeye uygun, özenli ve komşulara saygılı biçimde gerçekleştirilmesini öngören, BK m. 289'un ise kiracının işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) boçlarının (BK m. 278-279; yTBK m. 364-365) yaptırımını düzenleyen bir hüküm olduğu da göz önünde tutulmalıdır. Kanaatimizce Kanun yürürlüğe girmeden yapılacak bir düzenleme ile kiralayan ve kiracı menfaatleri bakımından önemli bir hüküm olan BK m. 289'un yTBK'ya, m. 364-365'den sonra gelmek üzere idhal edilmesi yerinde olacaktır. Salt yTBK m. 358'e dayanan bir kıyas mümkün değildir. Somut düzenlemeler hukuk gü-

²⁸ H/GI, İsviçre BK m. 295'in şerhinde kıyas bakımından adi kira-hasılat kirası ilişkileri hususunda şu satırları kaleme almıştır: "Sözleşmenin sona ermesi bağlamında. adi kira hukukundan hasılat kirası hukukuna ya da tersine kıyas ancak hasılat kirasının sona ermesine ilişkin düzenlemeleri arasında, ya adi kiraya ilişkin bir kuralın uyarlanmış haline yer verilmiş olması (İsviçre BK m. 282, 288), ya adi kira hukukuna açıkça atıf yapılmış olması (İsviçre BK m. 288/1) ya da bir olgunun adi kira hukukunda da genel sözleşme hukuku ilkelerine (ikale, edimin sonraki imkansızlığı, şart, erken iade, taraf değişikliği) havale edilmiş olması halinde mümkün ve caizdir. Kıyasın mümkün olduğu hallerde de bu ancak, taşınır ve taşınmazların hasılat kirasına konu olması (*Sachpacht*) halinde mümkündür. Konusu haklar olan hasılat kiralarında (*Rechtspacht*) ise, kıyas yine caiz değildir. Bunların her ikisinin de konu olduğu hasılat kiralarında da (*gemischte Pacht*) kıyas, doğrudan değil somut olayın özellikleri göz önünde tutularak mümkündür. Bütün bu nedenlerden ötürü, bir konuya ilişkin olarak hasılat kirasında hiçbir düzenleme olmamasına rağmen, adi kiraya ilişkin bir düzenlemenin kıyas yoluyla hasılat kirası hakkında da uygulanmasını istemek caiz değildir", Obligationenrecht, Art. 295 N. 9.

venliğini ihlal etmektedir. yTBK'nın düzenlemeleri karşısında, kiracının işletme ve bakım borçlarına aykırı davranması halinde, kiralayanın, ancak yTBK m. 369'da yer alan olağanüstü fesih hakkı ile m. 368'de düzenlenen Süreli fesih bildiriminden istifade etmesi mümkündür. Kiralayanın tazminat talep hakkı ise saklıdır (yTBK m. 112, 364-365)²²⁹.

iv. Kira Bedelini Ödeme Borcu

1. Genel Rkeler, Kapsamı, Hesaplanması

Her iki tarafa borç yükleyen hukukî işlemlerden olan hasılat kirası sözleşmesinde kiralayana kiralananı kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve bulundurma borcu 'yüklenmiş iken, kiracıya da bunun sinallagması olarak kira bedeli ödeme yükümlülüğü getirilmiştir (BK m. 270/1; yTBK m. 357/I). Bu yüzdendir ki, kira ödenmesi hasılat kirası sözleşmesinin esaslı unsur²³⁰ olup (BK m. 2/I; yTBK m. 2/I), hasılat getiren şeyin kullanım, işletim ve bunun sonucunda elde edilecek hasılatın toplanmasının bir bedel karşılığında gerçekleşeceğinin kararlaştırılmış olması gerekir. Aksi halde bir hasılat kirası sözleşmesinden bahsedilemez²³¹. Ancak salt kira miktarının açıkça ya da zımnen belirlenmemiş, rakam olarak sözleşmede ifade edilmemiş olması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Tarafların iradeleri çerçevesinde belirlenebilir olması yeterlidir²³².

Hasılat kirasına ilişkin kira bedeli nitelik olarak adi kira sözleşmesindeki kira bedelinden farklıdır. Adi kirada kira bedeli pasif bir kullanımın karşılığı iken, hasılat kirasında ise belirleyici unsur, kiralananın hasılat getirme kabiliyetidir. Bir diğer deyimle hasılat kirasında kira sadece çıplak kullanımın değil²³³, esasen kiralananın işletilebilmesinin ve hasılat kabiliyetinin karşılığıdır. Bu sebeple de kira bedelinin tespitinde rol oynayacak kıstasların en başında hiç şüphesiz kiralananın hasılat kabiliyeti gelir. Kiralananın mevki, üretim kapasitesi, tedarikçi ve müşteri çevresinin genişliği ve sağlamlığı, teslim edilen envanterin yeniliği, işletme ile birlikte taşınmazların da devredilip

²²⁹ Karş. HARKE, in: MüKo-BGB, § 581 N. 12.

TEKİNAYIAKMANIBURCUOĞLUALTOP, s. 74 vd.; YAVUZ, s. 9.

²³¹ CANSEL, s. 106; ALTAŞ, s. 78-79, 122-123, 203; ARKAN SERİM, s. 91 vd.; HIG/Obligationenrecht, Art. 281 N. 7.

²³² SONNENSCHEN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 192.

²³³ ALTAŞ, s. 122; CANSEL, s. 107. Ancak Yazar'ın hasılat kirasında kira bedelinin, "kiracının istihalden elde edeceği gelirin muayyen bir kısmına tekabül eder" yönündeki görüşü (aynı yönde bkz. s. 108), kiranın hesap yöntemini de içerdiğinden genelleyici niteliktedir. Aynı yönde ALTAŞ, s. 79.

devredilmediği, kiranın süresi, önemli ulaşım hatlarına yakınlığı gibi hususlar ise "hasılat kabiliyetini" belirleyecek unsurlardır²³⁴.

Ticari işletme kirasında taraflar arasındaki görüşmelerde halledilmesi en zor konuların başında hiç şüphesiz kira miktarının, hesaplanma biçiminin ve zamana uyarlanması geldiği açıktır²³⁵. BK m. 270/1 ve 281/I'de (yTBK m. 357/I, 362/I) kiracının kira borcundan bahsedilmiş olmasına rağmen bunun türü ve miktarı konusunda bir düzenleme yapılmamıştır²³⁶. Ticari işletme kiralarında kira, hemen her zaman nakdi olarak tayin edilecektir. Kiranın tespitinde aylık ya da yıllık maktu bir bedelin kararlaştırılması özellikle kısa süreli ya da küçük işletmelerin kirasında oldukça sık görülen bir uygulama olduğu halde²³⁷, kısmen maktu, kısmen de ciro ya da net kazancın belli bir oranına göre hesaplanacak nisbi bir bedel kararlaştırılması da mümkündür²³⁸. Özellikle üretim yapan işletmelerde (örneğin tuğla fabrikası, süt ürünleri işletmesi, kum ya da maden ocağı işletmesi)²³⁹ kiranın tamamen ya da kısmen aynı olarak belirlenmesi de mümkündür²⁴⁰. Ancak kiranın bir kısmının ya da tamamının aynı olarak ödeneceğinin kararlaştırılmış olması, her zaman işti- rakli kiranın varlığını göstermez. Aynı ifanın, aynen ifa olarak değil, altın ya da döviz kaydında olduğu gibi bir değer kaydı olarak, üretilen malların ödeme günündeki değerinin tespiti amacıyla kullanılması da mümkün olduğun-

²³⁴ CANSEL, s. 108; ALTAŞ, s. 122-123.

²³⁵ KLEIN-BLENKERS, s. 110.

²³⁶ Karş. SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 177a; H/GI, Obligationenrecht. Art. 281 N. 9.

²³⁷ KLEIN-BLENKERS, s. 110-111. Kira miktarının belirlenmesinde taraflar serbest olmakla birlikte genel ahlaka aykırılık sınırı da dikkat çekilmek gerekir, SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 191; "aşırı ekonomik taahhütler" hakkında bkz. ATEŞ, s. 252 vd.

²³⁸ ALTAŞ, s. 79, 203; K/NGLER, s. 120-121; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 177a, 182-183, 188; KLEIN-BLENKERS, s. 110 vd., 274; BOLLER, s. 50-51; STROBEL, s. 26-27. Bu son üç Yazar işletmenin özsermaye değeri, kira süresince işletme olacak yıpranmayı, kiralayanın bu süre içinde işletmeyi kendisinin işletmeyecek olması ile yoksun kalacağı menfaatler ile kiracının işletmenin işletilmesi için yapmak zorunda olduğu harcamaları ile işletmenin tür ve konusu, büyüklüğü, yeri, müşteri çevresinin türü ve gelişim seyrini kiranın hesaplanmasında dikkate alınması gereken unsurlar olarak göstermektedirler. Bu düşüncelere ticari işletme kirası bakımından katılmak gerekir. Kiralayanın kiralama işlemine yönelik ekonomik beklentileri, sayılan bu bileşenlerin hangilerinin kira bedelinin tespitinde dikkate alınacağına belirleyici olacaktır. Bir başka ifade ile ticari işletme kirasında kira bedeli tek bir değişkene göre belirlenmez.

²³⁹ Bu gibi hallerde kiralayan aynı olarak elde ettiği kirayı varsa kendi işletmesinde satabileceği gibi başka suretlerde de değerlendirebilir.

²⁴⁰ Karş. SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 177a; CANSEL, s. 107; ALTAŞ, s. 122. Aynı kirada işletmede üretilen ürün türlerinin hepsinden ya da bir kısmından belli bir miktar kararlaştırılabileceği gibi, tek bir ürünün belli bir miktarı da kararlaştırılabilir. bkz. ALTAŞ, s. 125.

²⁴¹ dan , aynı ifanın kararlaştırıldığı her olayda iştirakli kiranın bulunduğu sonucuna varılmamalıdır. Bu son halde aynı ifa, bir kira bedeli tespit ve hesaplama yöntemi olarak kullanılmaktadır ve iştirakli kiradan söz edilemez.

Yukarıda da ifade edildiği üzere kira ödenmesi, hasılat kirası sözleşmesinin esaslı unsuru olduğundan, miktarının sözleşmede açıkça belirlenmiş olması ya da bunu belirlemeye yetecek kıstasların tespit edilmiş olması şarttır. Bu durum özellikle, kiranın ciro ya da net kazancın belli bir oranına göre hesaplanacağı hallerde, buna esas teşkil edecek hasılatın muhtevasının belirlenmesi ve hesaplanmasında (brüt ya da net kar, yıl sonu toplam cirosu, aylık ciroların yıllık ortalaması gibi, ticaret hukukuna ya da vergi mevzuatına göre belirlenen ciro ya da kazanç²⁴²) önem kazanır²⁴³. Belirtilmelidir ki, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar ciro ya da net kazanç kavramlarını serbestçe tanımlayabilirler²⁴⁴. Bundan başka ciro ya da net kazançla bağlanan kiralarda kiracının ticari kayıtlarının doğruluğu ve güvenilirliği de hiç şüphesiz önemlidir. Bu hallerde kiralayana kiracının hesaplarını inceleme yetkisinin ya da kiracıya dönemsel olarak hesap verme yükümünün sözleşme ile getirilmesi gerekir²⁴⁵. Diğer yandan bu son halde, kira ilişkisinin bir adi şirket ilişkisine dönüşmemesine de dikkat edilmelidir²⁴⁶. Taraflar ilk yıl için

²⁴¹ **CANSEL, s. 112.**

²⁴² *SONNENSCHNEIN*, sözleşmede bu hususta herhangi bir düzenlemenin yapılmamış olduğu hallerde, vergi mevzuatına göre tespit edilen kazanç devlete karşı özel bir işleve sahip olduğundan, ticaret hukukuna göre tespit edilen ciro ya da kazancın esas alınması gerektiğini ifade etmektedir, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 187.

²⁴³ Y. 6. HD, T. 27.03.2006, E. 2006/723, K. 2006/3067: "[...] Takibe dayanak yapılan ve karara esas alınan 1.5.1999 başlangıç tarihli ve on yıl süreli sözleşme konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin kira bedeli başlıklı 11/1.maddesinde "ciro esaslı kiracının aylık satış toplamından KDV çıktıktan sonra kalan toplamının %4 (dört) aylık kira bedeli olarak kabul edilir. Buna KDV ilave edilir." Hükmüne yer verilmiştir. Sözleşmenin yorumundan taraflar arasındaki kira ilişkisinin Borçlar Kanununun 270. maddesinde açıklanan hasılat kirasına konu olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında davada Borçlar Kanununun hasılat kirasına ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir. O nedenle takip talebi ile davalıya çıkarılan ödeme emrinin Borçlar Kanununun 288. maddesine uygun olması gerekir. Ödeme emrinde altmış gün süre verilmesi gerekirken, otuz günlük ödeme süresi verilmesi doğru değildir[...]". Somut olayda dolaylı vergilerden sadece K.DV'den bahsedilmiş olmasına rağmen, bunu lafzı anlamamak ve açıkça ifade edilmese de örneğin ÖTV gibi diğer dolaylı vergileri de brüt cirodan indirmek gerekir. Zira bu tür vergiler ciroda gözükseler de, nihayetinde kiracı tarafından vergi dairelerine aktarılması gereken miktarlardır. Bunun gibi ilgili mevzuat uyarınca kiracıya iade edilen vergi vb.'leri de kiranın hesaplanmasında temel alınacak miktara eklenmelidir; ayrıca bkz. *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 185-186.

²⁴⁴ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 186-187. Yazar'a göre, tarafların ciroyu bizzat tanımlamamaları halinde, kira bedelini tespiti esas miktar olarak, her türlü vergiler dahil brüt işletme gelirlerinin dikkate alınması gerekir.

²⁴⁵ *KLEIN-BLENKERS*, s. 256 vd; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 183.

²⁴⁶ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 190.

❖❖ktu bir kira bedeli_d❖ha sonra❖i_Yıll❖ için ise makt❖.kira(?anında hasılatı
göre hesaplanacak bir kira bedeli üzerinde de uyusabilirler²⁴⁷. Tarafların ki-
radaki artış oran ve/veya kıstasları ile bir kira bedeli ödenmesi sebebiyle ta-
hakkuk edecek vergilerin, kiralayanın eline geçecek kiraya dahil olup olma-
yacağı da kararlaştırılmalıdır²⁴⁸. Bu çerçevede ciro ya da net kazanç göre
hesaplanan kiralarda bu değerlerdeki oynamaların kira alacağına/borcuna
muhtemel etkileri üzerinde de anlaşılmış olması tarafların menfaatinedir²⁴⁹.
Kira bedelinin hiç belli olmaması ve tespit edilebilir de olmaması halinde,
sözleşmenin kurulmamış olduğu sonucuna varmak gerekir (BK m. 2/II;
yTBK m. 2/II)²⁵⁰. Tarafların kira bedelinin belirlenmesi hususunu üçüncü ki-
şilere, örneğin bir bilirkişiye bırakması da mümkündür²⁵¹. Taraflar bunun
tespit ettiği kirayı kabul etmek zorunda olabilecekleri gibi, sadece kıstas
alınması gereken bir değer olarak da kabul edebilirler.

Kiracı kendisinden kaynaklanan sebeplerle kiralananı işletemediği hal-
lerde de (örneğin hastalık, tatil, işyerinin kendi kusuru ile geçici kapatılması,
sezon hazırlıklarını tamamlayamadığından işletmeye başlayamama, askere
alınma, tutuklanma, grev)²⁵² kira borcunu tam olarak ödemekle yükümlüdür
(BK m. 274/I; yTBK m. 358, 324)²⁵³. Bu hüküm kiranın maktu ya da hasıla-
ta&ör❖ tespit edil❖iş ol_m_asına bakılm❖ksızın her h❖lde uygu❖anacak Ta
da , işletme faaliyetlerinin durduğu bir ortamda, kiranın belirlenmesinde
hasılatın da rol oynadığı hallerde bunun nasıl hesap edileceği ayrı bir sorun
olarak ortaya çıkacaktır. Ancak bu sürede kiralayanın yapmaktan kurtulduğu
giderler ile kiralananın başka şekillerde kullanılmasından elde ettiği gelirler
kira alacağından düşülür (BK m. 274ff; yTBK m. 358, 324).

²⁴⁷ KLINGLER, s. 120; KLEIN-BLENKERS, s. 112.

²⁴⁸ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 276-277; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581N. 177a.

²⁴⁹ Kiranın hesaplanmasına esas miktarın hesabında, vergi oranlarında meydana gelebilecek muhtemel değişikliklere karşı sözleşmede düzenleme yapılmasında fayda vardır, KLEIN-BLENKERS, s. 111; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 186.

²⁵⁰ CANSEL, s. 106; ALTAŞ, s. 123; KLEIN-BLENKERS, s. 275.

²⁵¹ KLEIN-BLENKERS, s. 110; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 195.

²⁵² TANDOĞAN, C. 1/2, s. 169.

²⁵³ Y. 14. HD, T. 19.04.2005, E. 2004/337, K. 2005/3565: [...] Somut olayda, az yukarıda sözü edilen İdare mahkemesi kararları ile fırın işletme ruhsatının verilmemesine davcının 1.8.2000 tarihli kira sözleşmesinin varlığına rağmen bir aylık süre içerisinde başvuruda bulunmamasının neden olduğu saptanmıştır. [...] Davalının kiralananı akit dairesinde kullanmaya hazır tuttuğu da anlaşıldığından. davacı kiracı kendi kusurundan kaynaklanan nedenleri ileri sürerek ayakta olan sözleşme hükmünün icabı davalı kiralayana yapılan ödemelerin iadesini isteyemez. Bu olayda davacı (kiracı) süresi içinde ruhsat verilmesi için başvuruda bulunmadığından[...], ÖZTÜRK, s. 280-281.

²⁵⁴ KLINGLER, s. 121.

Kiracı kira bedelini ödediğinde kiralayandan makbuz ya da başka tür bir ödeme belgesi talep edebilir (BK m. 87 c. 1; yTBK m. 103/1). Bu nitelikte bir ödeme belgesi ibraz edilemediği takdirde ödemenin ispatı 6100 s. fivfK m. 200-201, 203 hükümleri dairesinde gerçekleştirilebilir-256. HMK m. 222/III-V'e göre ticari defterlerin de kiranın ifa edilip edilmediği hususunda delil olarak kullanılması mümkündür. Kiralayanın kirayı kabul etmemesi halinde ise kiracı BK m. 91 (yTBK m. 107) uyarınca mahkemeden tevdi yeri tayin edilmesini talep edebilir²⁵⁷.

Yan Giderlerin Ödenmesi Sorunu: BK m. 281/l'de kullanma ve yararlanma karşılığı olarak sadece kira borcundan bahsedilmiştir. Ancak bu, yan giderlerin sözleşme ile kiracıya yüklenmesine engel değildir. Buna kural olarak işletmenin içinde bulunduğu binaya ilişkin aydınlatma, temizlik, güvenlik, bahçe ve teknik bakım gibi giderler dahildir. yTBK'nın muadil hükmü m. 362/I'de ise, "kira ve yan giderlerin ödenmesinden" açıkça söz edilmiş bulunmaktadır²⁵⁸. Buna göre yTBK'ya göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça kiracı kira bedeli yanında yan giderlerden de sorumlu tutulmuştur. Görülen odur ki, yTBK yan giderlerin alacaklısının da kiralayan olduğundan hareket etmiştir. Ancak konuya ilişkin düzenlemeler içeren 634 s. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20/1-II, 22, 25/III incelendiğinde yan giderlerin alacaklısının kat malikleri olduğu, asıl borçlunun ise ilgili kat maliki olduğu, kiracıların ise bu borçlardan kira miktarıyla sınırlı biçimde müştereken ve müteselsilen sorumlu tutuldukları anlaşılmaktadır. "Temizlik ve bakım giderlerini ödeme borcu" kenar başlığını taşıyan yTBK m. 317 bir kenara bırakılırsa, yTBK yan giderlerin içeriğini açıkça tayin etmemiş ve başka mevzuata da atıf yapmamıştır. yTBK m. 317'de "kiracı, kiralananın olağan kullanımını için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödemekle yükümlüdür. Bu konuda yerel adete de bakılır" denilmiştir. 634 s. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20/1'de ise, "kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderleri", "sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderler ve ortak tesislerin işletme giderlerinin" anagayrimenkulün genel giderleri olarak ifade edilmiştir (ayrıca bkz. 634 s. Kanun m. 42/ill-IV, 43). Adi kirada kiracının kira borcunu düzenleyen m. 314'de "kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür" denilmiş ve yan giderlerden söz edilmemiş iken, ödeme zamanını düzenleyen m. 315'de ise "kira bedeli ve gerekiyorsa yan giderler" şeklinde bir ifade kullanılarak,

m **RG T.** 04.02.2011, S. 27836.

¹⁵⁶ CANSEL. s. 110.

²⁵¹ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 168; ALTAŞ, s. 207.

¹⁵⁸ Kiracıya yan giderlere katlanma yükümü de getiren yTBK m. 362/I'in İsviçre BK'daki muadili m. 281 hakkında bkz. *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 281 N. 16 vd.; ayrıca bkz. ŞENYÜZ, s. 294; GÜMÜŞ, s. 177 vd.

yTBK m. 362/l'e kıyasla kiracının yan giderlerden sorumluluğu hususunda mutlak bir ifadeden kaçınılmıştır (ayrıca bkz. yTBK m. 3 İS/1, 346). Bu konuda daha ilginç olan, yTBK m. 303'de "kiraya veren, kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere, kendisi veya üçüncü kişi tarafından yapılan yan giderlere katlanmakla yükümlüdür" denilmiş olmasıdır. Bir yandan isim ve içerikte açıklık ve uyum sağlanmadan (karş. yTBK m. 303, 314, 315/I, 317, 362/0 diğer yandan ise alacaklısının, hatta yTBK m. 303 karşısında borçusunun da belli olmamasına rağmen 634 s. Kanun'daki düzenlemelerle uyum da gözetilmeksizin, kiracının yan giderlerden sorumlu tutulması ve buna sözleşmenin feshi yaptırımının getirilmiş olması kanaatimizce yerinde olmamıştır. Bir başka ifade ile kendisine hukuki sonuç bağlanan olgu yeterli açıklıkta ifade edilmediğinden, beklenenin aksine taraflar arasında bir sözleşme barışı sağlamayacaktır. Buna temizlik, aydınlatma vb. gibi rutin olanlar dışındaki yan giderlerin miktar ve türlerinin belirlenmesinde kiracının hiçbir etkisinin olamayacağı hususu da eklenmelidir. Bundan başka yan giderlerin, hasılat kirasında adi kiraya oranla daha talı bir rol oynayacağı açık olmasına rağmen, yan giderlerden sorumluluk konusunda adi kirada daha esnek ifadelerin, hasılat kirasında ise kesin bir ifadenin kullanılmış olması da eleştiriye açıktır. Bu açıklamalar ışığında yTBK döneminde de kira sözleşmelerinde yan giderler hususunda yeterli açıklıkta düzenlemeler yapılması gerektiği söylenmelidir. Özellikle hasılat kirası sözleşmeleri bakımından yan giderlere katlanma yükümlülüğü, nihayetinde kiracının elde edeceği hasılatın azalmasına yol açacağından, bu hususlarda kapalı nokta bırakılmaması kiracının menfaatine bir husus olacaktır. Kiralayanın asıl borçlusu olduğu yan giderlerin kiracı tarafından kat maliklerine ya da diğer kişilere ödenmesini öngören şartlar BK m. 111 (yTBK m. 129) çerçevesinde üçüncü kişi yararına şart (sözleşme) olarak değerlendirilebilir²⁵⁹.

İfa Yeri: Kiranın ifa yeri sözleşmede belirlenmelidir. Belirlenmediği takdirde ise BK m. 73'e (yTBK m. 89) göre hareket edilir. Buna göre kiracı kirayı alacalının (kiralayanın) yerleşim yerinde ifa etmelidir. Kiranın aynı olarak ifa edilmesi gereken kısmı ise aksine sözleşme yoksa işletme merkezinin bulunduğu yerde kiralayan tarafından teslim alınmalıdır (BK m. 73 b. 3 c. 1; yTBK m. 89/I b. 3)²⁶⁰. Nakdi kiranın ülke parası ile ödenmesi esas olmakla birlikte, tarafların sözleşmede yabancı ülke paraları üzerinden aynen ödeme ya da rayiç değer üzerinden ödeme şeklinde kayıtlar kararlaştırmaları da mümkündür (BK m. 83; yTBK m. 99)²⁶¹.

²⁵⁹ Karş. *TEKINAYIAKMANIBURCUOĞLUIALTOP*, s. 218 vd.

²⁶⁰ C *ANSEL*, s. 109; *ALTAŞ*, s. 204-205.

²⁶¹ *CANSEL*, s. 109; *TANDOĞAN*, C. 1/2. s. 167-168.

Kiradan indirim Yapılması Sorunu: BK m. 272/II'nin (yTBK m. 358) göndermesi ile hasılat kirası hakkında da uygulama alanı bulan BK m. 249ff'ye (yTBK m. 304/1-305/1) göre kiralananın ayıplı teslimi ve m. 250/Te (yTBK m. 305/1) göre ise kiralanda sonradan ortaya çıkan ve kirnlayanca giderilmeyen noksanlıkların varlığı (sonradan ayıplı hale gelme) halinde kiracı kirada indirim yapılması talebinde bulunabilir. işte bu hallerde kirada yapılan indirim oranında kiracının kira borcu ortadan kalkacaktır. Bunun gibi kiralananın kiracının bir kusuru olmaksızın yok olması halinde de kiracının kira ödeme borcu sona erer (BK m. 117/1-II). Keza kiralananın kiralanın kusum ile yok olması halinde de kiracının kira borcu ortadan kalkacaktır²⁶². Gerek BK m. 282 ve gerek yTBK m. 363'ün lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, bu hükümlerin zirai nitelikte olmayan hasılat kiralalarında l-1yasen dahi uygulanması söz konusu olamaz²⁶³. Bu yaklaşım lafzı yorum olarak değerlendirilse bile, hem BK da hem de yTBK'da açıkça zirai kiralardan bahsedilmesi kanun koyucunun hükmün uygulama alanını daraltma iradesinin göstergesidir. Ancak ticari işletme niteliklerini haiz bir tarım işletmesinin hasılat kirasına verilmiş olması halinde, anılan düzenlemelerin tatbik imkanı olduğu kabul edilmelidir. Buna göre kira bedelinin tespiti sırasında göz önünde tutulmamış ve sigorta ettirilmemiş olmak şartıyla, olağanüstü felaket veya doğal olaylar işletmenin her zamanki hasılat kabiliyetini önemli ölçüde azaltmış olursa, kiracı kira bedelinden orantılı bir miktarın indirilmesini isteyebilir²⁶⁴. Ancak TK m. 20/II'de (yTBK m. 18/II) yer alan basiretli iş adamı gibi davranma yükümü, "kira bedelinin tespiti sırasında göz önünde tutulmamış" olması şartının takdirinde hiç şüphesiz rol oynayacaktır. Diğer tür işletmelerde ekonomik kriz, ithalat-ihracat, döviz rejimindeki değişiklikler gibi nedenlerle kira yükünün artmış olduğu hallerde ise ancak işlem temelinin çökmesi prensibinden istifade edilebilir (karş. yTBK m. 138)²⁶⁵. Ki-

²⁶² CANSEL, s. 110.

²⁶³ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 172; ALTAŞ, hükmün geniş yorumlanarak her türlü hasılat kirasında kıyasen uygulanması gerektiğini, örneğin "bir işletme veya şirketin hasılat kirasına konu olması halinde umulmayan olay nedeniyle (büyük bir devaülasyon) gelirlerin normalden büyük oranda az olması halinde kiracının bu hakkının" varlığının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır, s. 126, ayrıca bkz. s. 207-208. Yazar'ın açıklamalarından BK m. 282'yi (yTBK m. 363) sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının özel bir hali olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

TM BK m. 282 (yTBK m. 363) çerçevesinde yapılacak indirimde kiralanan işletmenin somut olayda elde ettiği hasılat miktarı, kiracının asgari geçim masrafları ile istihdam maliyetleri ve vergi vb. yükümlükleri, kiranın miktarı, sözleşmenin süresi. en iyi yıllarla en kötü yıllardaki hasılat miktarları göz önünde tutulmalıdır TANDOĞAN, C. U2, s. 174; ALTAŞ, s. 127

²⁶⁵ TEKINAY/AKMANIBURCUOĞLU/ALTOP, s. 1004 vd.; maden ocağında patlamanın, siyasi kriz nedeniyle hammadde temin edilememesinin işlem temelinin çökmesi olarak görülebileceği, ancak her iki tarafın da öngöremediği nedenlerle edimlerin ifasının zorlaş-

ralanan ticari işletmenin olağan üretim ve pazarlama şartları, düşük rekabet gücü gibi sebeplerle hasılat kabiliyetinin düşmesi halinde ise bu gibi işletme riskleri kiracıya ait kabul edildiğinden kiracı kiralayandan herhangi bir kira indirimi talep edemez.

Kiralayanın Hapis Hakkı: BK m. 281/IU'de (karş. BK m. 267; yTBK m. 358, 336/1) kiralayanın "adi icarda olduğu gibi hapis hakkına" sahip olduğu belirtilmiş, BK m. 267/I'de de kiralayanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira bedeli için, kiralanan ticari işletmede bulunan ve bunun tefrişatında kullanılan menkuller üzerinde hapis hakkı bulunduğu ifade edilmiştir. Hapis hakkı kiracının kira bedelini ödemede temerrüde düşmesi halinde kiralayan için teminat niteliği taşıyan bir haktır²⁶⁶. BK'ya göre hapis hakkı geçmiş ve işlemekte olan bir yıllık, böylece toplamda iki yıllık kira bedelini kapsar iken²⁶⁷, yTBK m. 358, 336/I'e göre "işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira bedelini" kapsayacaktır. Ancak ticari işletme kirasında ne bir gayrimenkul ne de bir menkul tek başına kiraya verildiğinden, bu halde hapis hakkının varlığını kabul etmekle birlikte kapsamını daha belirgin çizmekte fayda vardır. BK ve yTBK'da "taşınmaz kiralalarında[...] kiralananın döşenmesine (tefriş ve tezyinat) veya kullanılmasına (intifa) yarayan taşınırılar" denilmiş olması karşısında, sadece ticari işletmede bulunan büro mobilyası, halı, koltuk, sandalye, masa, perde vs. gibi tefrişata yarayan menkuller değil, aynı zamanda işletmeyi işletmek için kullanılan menkul üretim araç ve gereçlerinin de (menkul işletme tesisatı) hakka dahil olduğunu kabul etmek gerekir.

Depozito Ödenmesi Sorunu: Kiralayan BK m. 281/III'e (karş. BK m. 267; yTBK m. 358, 336/1) göre haris hakkına sahip olmasına rağmen, kiracının "depozito" (güvence parası)²⁶⁸ (karş. yTBK m. 358, 342) ödenmesi de kararlaştırılabilir. Bununla güdülen amaç, kira süresinin sonunda kiralanda meydana gelebilecek değer noksanlıkları ile kiralananın ödenmemiş kira borçlarına ya da tedarikçilerin kiracıya karşı olabilecek muhtemel taleplerine karşı bir teminat fonu (hukukî güvence) oluşturmaktır²⁶⁹. Kiracının depozito ödeme borcu hakkında BK'da yasal bir hüküm bulunmadığı gibi, depozitonun kendisi hakkında da açık bir kanunî düzenleme konusu olmadı-

masının, ifanın kiracının menfaatlerine ters düşer hale gelmesi ya da önemli derecede ekonomik yükler getirmesinin, zarar etme derecesine ulaşsa da ciro kaybının, kiracının hatalı verimlilik tahminlerinin ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 208; ayrıca bkz. *ALTAŞ*, s. 208.

²⁶⁶ *ALTAŞ*, s. 128.

²⁶⁷ *CANSEL*, s. 113-114; *ALTAŞ*, s. 128.

²⁶⁸ *ULUSOY*, E.: "Kira Depozitosuna Faiz Ödenir Mi?", *BATİDER*. Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 41vd.

²⁶⁹ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 248; *KLEIN-BLENKERS*, s. 280; *ULUSOY*, *BATİDER*, Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 44.

◆ından mahiyeti ve hükümleri de tartışmalıdır²⁷⁰. Doktrinde kira depozitosunun "*diunsiz rehin*" niteliğinde olduğu baskın görüşü²⁷¹. Bu sebeplerle kiracıya depozito ödeme yükünün getirilmesi, bunun sözleşmede sarıh olarak kararlaştırılmış olmasına bağlıdır (karş. yTBK m. 358, 342/1).

yTBK m. 342'de (karş. İsviçre BK m. 257e) ise konut ve çatılı işyeri kiralarda güvence bedeli ödenmesi borcunun sözleşmeyle öngörülebileceği, bunun tutarının üç aylık kira bedelini aşamayacağı, güvence olarak para veya kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa kiracının, kiralayanın onayı olmaksızın çekilmemek üzere, parayı vadeli bir tasarruf hesabına yatıracağı, kıymetli evrakı ise bir bankaya depo edebileceği²⁷², bankanın, güvenceleri ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin ya da mahkeme kararının (kiracı lehine) kesinleşmesine dayanarak iade edebileceğini; kiralayan tarafından kira sözleşmesinin sona ermesini izleyen üç ay içinde kiracıya karşı kira sözleşmesiyle ilgili bir dava açıldığı veya icra ya da iflas yoluyla takibe girildiği bankaya yazılı olarak bildirilmediği takdirde ise, güvence bedelinin kiracının istemi üzerine iadesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir²⁷³. yTBK m. 342, m. 358'in atfı sebebiyle hasılat kirası ilişkilerinde de kıyasen uygulanabilecektir. Ancak kanaatimizce ticari işletme kiralarda yTBK m. 342/I'de getirilen "üç aylık kira bedeli" sınırlamasının uygulanmaması gerekir. Zira asıl hükmün konuluş amacı, ya her iki tarafı ya da en azından bir tarafı adi kişi olan konut ve çatılı işyeri kiralarda zayıf durumdaki kiracıyı korumaktır. Oysa ticari işletme kirasında her iki taraf da tacirdir, kiralanan somut olayın özelliklerine göre kira bedelleri ile de karşılanmayacak değerdeki unsurları ile kiralanmıştır. Bu sebeple "üç aylık kira bedeli sınırının" uygulanması taraf menfaatleri bakımından yerinde olmayacaktır. Aksi görüşün kabulü halinde ise anılan sınırın üstündeki güvence bedellerinde, yTTK m. 1530/I'in uygulanması gerekir.

²⁷⁰ Bkz. ULUSOY, BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 43 vd.; YAVUZ, N.: "Kira Depozitosunun Hukuksal Mahiyeti: Düzensiz (usulsüz) Rehin Mi Yoksa Doğması Muhtemel Bir Borcun İfası Uğruna Yerilen Teminat Mıdır?", TNB Hukuk Dergisi, Y. 2002 (Kasım), S. 116, s. 23 vd.

²⁷¹ ULUSOY, BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 51; ayrıca bkz. SONNENSCHN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 249.

²⁷² Kanaatimizce nakit için vadeli tasarruf hesabına yatırma şartı getirilerek faizlendirme öngörülmüşken, kıymetli evrakta bunun düzenlenmemiş olması eksiklik olarak nitelendirilebilir. Bu çerçevede yTTK m. 675, 778/2-b (TK m. 587, 690/11) hükümleri zikredilebilirdi. **Keza** sözleşmede güvence bedelinin ödenmesinin kararlaştırılmış olmasına rağmen bunun nasıl yerine getirileceğinin kararlaştırılmamış olduğu hallerde, karine bunun nakit olarak yerine getirileceği yönünde olmalıdır. Güvencenin kiracı dışında üçüncü **kişi** tarafından yatırılması şartının öngörüldüğü hallerde de yTBK m. 342 kıyasen uygulanabilir.

²⁷³ GÜMÜŞ, s. 158 vd.

Depozito bedeli kira süresince kiralayanın mülkiyetinde kalır, ancak sözleşmenin sona ermesi ile kiracıya iadesi gerekir. Kiralayan kira sözleşmesi sona erdiğinde depozitoyu tamamen ya da kısmen tutmaya hakkı olduğunu gösterecek olguları ispat etmekle yükümlüdür. Kiralayan sözleşme sona erdiğinde *gecikmeksizin* kiralananı muayene etmeli, varsa alacaklarını hesaplamalı ve depozitonun iadesini sağlamalıdır. Keza kiralayanın depozitoyu tamamen iade etmiş olması kiracıdan kira ilişkisi ile ilgili bir talebi olmadığının karinesi olarak değerlendirilebilir. Kiracı ayrıca, kiralayanın hiçbir talebinin olmadığını kesinleşmesi halinde, depozito bedelini buna karşı olan borçlarının takası amacıyla kullanabilir²⁷⁴.

Depozito bedeli ile ilgili olarak ortaya çıkan en önemli sorun ise, buna faiz yürütülmesinin gerekli olup olmadığıdır. Alman hukukunda mahkemelelerin geliştirdiği içtihatlarla, konusu işyeri olan adi kiralar ile hasılat kiralarında, aksine anlaşma olmadıkça kiralayanın, bedeli aldığı andan itibaren buna üç ay vadeli mevduata uygulanan faiz oranı üzerinden faiz yürütmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁷⁵. Ticari iş niteliğindeki adi işyeri kiralarını göz önünde tutarak değerlendirmelerde bulunan *ULUSOY*, kiralayanın tacir olması durumunda bunun basiretli iş adamı gibi hareket ederek depozito bedelini bir banka hesabına yatırarak kendi malvarlığından ayrı muhafaza etmesi gerektiğini, tacir kiralayanın banka faizi dışında bir faiz ödeme yükümlülüğü olmadığını ifade etmiştir. Yazar, kiralayanın depozito bedelini kullanmış olması halinde bunun para ödücü sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğinden hareketle, ticari iş niteliğindeki kiralarda, BK m. 307/I'nı kıyasen uygulanarak, kira sözleşmesinde öngörülmemiş olsa dahi, depozitoya faiz ödenmesi gerektiğini, oranının ise Merkez Bankası reeskont faizi oranı olduğunu belirtmiştir. Ancak kiralayan depozitoyu bir banka hesabında muhafaza etmiş ise, bu durumda sadece işlemiş banka faizi miktarınca borcu olacaktır²⁷⁶. Hangi vadenin esas alınması gerektiği hususunda ise kira akdinin süresine göre karar vermek gerekir. Hasılat kirasında olağan feshi ihbar süresi altı ay olduğundan (BK m. 285/I; yTBK m. 368/1) altı aylık vadeye ait faizin esas alınması doğru olacaktır. Paranın banka hesabında bulunduğu süreçte ödenmiş olan vergi ve masraflara ise tarafların eşit olarak katılması hakkaniyete uygundur.

²⁷⁴ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 249.

²⁷⁵ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 249; *HARKE*, in: *MüKo-BGB*, § 581 N.66.

²⁷⁶ *ULUSOY*, *BATİDER*, Y. 2000, C. XX, S. 3, s. 55-56; ayrıca bkz. *YAVUZ*, *TNB Hukuk Dergisi*, Y. 2002 (Kasım), S. 116, s. 26. Y. 3. HD, T. 09.10.1990, E. 199, K. 7635: "Kiralayan güvenceden fayda temin etmek için değil, onu alacağının teminatı olarak elinde tutmak zorundadır. Bu nedenle kiralayan kiracıdan aldığı güvence parasını faizli bir ıasamıf hesabına yatırmak zorundadır. Zira alacağını aşan değeri borçluya iade ile yükümlüdür", (aktaran: *YAVUZ*, *TN_B Hukuk Dergisi*, Y. 2002 (Kasım), S. 116, s. 26).

Yukandaki görüşe prensip olarak katılmakla birlikte, kanaatimizce ben-
◆ r sonuca, depozitonun hukuki niteliğine ve kiralayanın kira süresince bunu
1111lanmış olup olmadığına bakmaksızın ticaret hukuku kurumları vasıtasıyla
da varılabilir. Ticari işletme kirasının bir ticari iş olduğu şüphesizdir (TK
m. 3; yTTK m. 3). TK m. 22 (yTTK m. 20) uyarınca tacirler ticari işletmesi
ile ilgili olarak verdikleri avanslar için faiz istemeye hak kazanırlar. Ticari
işletme kirası taraflarını aralarındaki ilişkiler açısından tacir olarak kabul et-
mek gerektiği de açıktır. Bir an için bu kabul edilmese dahi, anılan hükümde
"tacir olan veya olmayan bir kimseye" denilmiş olduğu da göz önünde tu-
tulmalıdır. Bu sebeplerle ticari işletme kirası çerçevesinde kiralayana veril-
miş olan depozito bedelinin TK m. 22 (yTTK m. 20) anlamında "avans" ola-
rak değerlendirilmesi mümkündür. Hal böyle olunca kiracı verdiği depozito
bedeli için kiralayandan faiz (anapara faizi) talep edebilir. Bu durumda uy-
gulanacak faiz oranı ise sözleşmede başkaca bir faiz oranı ya da değer kaydı
(örneğin altın ya da döviz değer kaydı) belirlenmemiş ise, 3095 s. Faiz K. m.
1/I uyarınca tespit edilen faiz olmalıdır. Ancak tarafların sözleşmede özel
düzenleme yaparak bedelin vadeli banka hesabında muhafaza edileceği ve
mevduat faizi işletileceği hususunda anlaşmaları da mümkündür. Bu durum-
da TK m. 22'nin (yTTK m. 20) bertaraf edilmek istendiği sonucuna varılma-
lıdır. Aynı husus, kiralayanın depozitoyu herhangi bir anlaşma olmamasına
rağmen re' sen bir vadeli banka hesabına yatırmış olması halinde de geçerli
olmalıdır. Depozitonun bankaya yatırılması halinde elde edilecek faiz geliri
de depozitoya dahil sayılır²⁷⁷. Fakat güvence bedelinin banka hesabına yatı-
rılmadığı hallerde, kiralayanın bu parayı kullanmış olup olmadığına bakmak-
sızın TK m. 22 (yTTK m. 20) hükmüne göre hareket etmek gerekir. Yürür-
lûge girmesinden sonra ise yTBK m. 342, yukarıda ifade edilen parasal üst
sınıra ilişkin düzenlemesi dışında, ticari işletme kiralalarında da uygulanmalı-
dır (yTBK m. 358). Zira yTBK m. 342, genel nitelikte bir yedek hukuk kura-
lı olan yTTK m. 20'ye göre özel bir hüküm olarak kabul edilmelidir. Ancak
yTBK m. 342'nin gerek güvence bedeline ilişkin getirdiği sınır ve gerek gü-
vence bedelinin kiracı ve kiralayan lehine semerelendirilme zorunluluğu ile
kiracıya iade şartları bakımından nisbî emredici nitelikte olduğu göz önünde
tutulmalı ve taraf menfaatlerini dengeleyen farklı akdi düzenlemelere de izin
verilmelidir.

Ticari işletme kirası bakımından depozito ile ilgili ortaya çıkabilecek so-
runlardan bir diğeri de bunun kiralayan tarafından hangi amaçlarla ve ne za-
man kullanılacağına tespit edilmesi gereğidir. Bu soruna yTBK m. 342 ile
de bir çözüm getirilmiş değildir. Bu sebeple depozitonun miktarı, tevdi yön-
temi, faiz işletilip işletilmeyeceği ve işletilecekse oranı kadar bunun sarf edi-

leceği konular üzerinde de anlaşılmalıdır. Bir örnek vermek gerekirse, kiralayan aksi kararlaştırılmadıkça, BK m. 273 (yTBK m. 361) uyarınca kendisine ait olan esaslı onarımları yapma borcunu depozito bedelinden istifade ederek yerine getirememeli ve böylece eksilen kısmın tamamlanmasını **kira**cıdan talep edememelidir²⁷⁸. Bunun gibi kiracının aksattığı kira ödemelerinin depozitodan indirilip indirileyeceği hususunun da kararlaştırılmasında fayda vardır. Kararlaştırılmayan hallerde ise, kiralayanın buna hakkı olmadığı gibi, bilhassa BK m. 288/I (yTBK m. 362/II) uyarınca çekilecek ihtar bakımından, bir yükümlülüğünün de olmadığı kabul edilmelidir.

2. Kira Bedelinin Ödenmesinde Temerrüd ve Hukukî Sonuçlar

Kira bedelinin ödenme zamanı ve şekli BK m. 281'e (yTBK m. 362) göre belirlenir. BK m. 281/1'e göre kiracı kira bedelini sözleşme ya da yerel örf ve adete göre tespit edilecek zamanda ifa ile yükümlüdür. Ödeme zamanı, sözleşmede kararlaştırılmamış ve bir örf ve adet de yoksa her kira yılının sonunda ve en geç kira süresi bitiminde ifa edilmek gerekir (BK m. 281/II; yTBK m. 362/I).

Ticari işletme kiralalarında ise, kiranın ödenme zamanının, sözleşmede açıkça tespit edilmiş olması daha yüksek ihtimaldir. Özellikle iştirakli kiranın kararlaştırılmış olduğu ticari işletme kiralalarında ise sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ve aksine de bir örf ve adet bulunmadığında, bilanço esasına göre defter tutulan işletmelerde bilançonun çıkartılması, işletme hesabına göre defter tutulan işletmelerde ise işletme hesabı hülasasının düzenlenmesi gereken tarihlerin kiranın ödenme zamanı olarak kabul edilmesi işin mahiyetine daha uygun bir çözüm olacaktır²⁷⁹.

Gerek BK ve gerek yTBK hasılat kirasında, kira bedelinin zamanında ödenmemesi ihtimali için BK m. 101 vd. ile m. 106 vd.'na (yTBK m. 117 vd., 123 vd., 126) göre özel hüküm niteliğinde olan düzenlemeler yapmıştır (BK m. 288; yTBK m. 362)²⁸⁰. Bu yaklaşım kiralayanın ekonomik menfaatleri göz önünde tutulduğunda hiç şüphesiz yerindedir. Buna göre vade belirlenmiş olmakla beraber, kiracı borcunu ifa etmemişse (*kira bedelinin (ve/veya yan giderlerin) ödenmemiş olması şartı*) kendisine, BK m. 288/I (yTBK m. 362) uyarınca en az²⁸¹ altmış günlük süre verilir^{282,283} ve bu sü-

²⁷⁸ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 280.

²⁷⁹ ALTAŞ, s. 203-207.

²⁸⁰ BK m. 260 ve 288 ile BK m. 101 vd. arasındaki dogmatik farklara ilişkin olarak bkz. GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 161vd., 163.

²⁸¹ ALTAŞ, yerinde olarak altmış günlük sürenin, kiracıya tanınabilecek en az süre olduğunu ifade etmektedir (karş. 362/11), s. 269. BK m. 288/III'de altmış günlük sürenin kısalıtılması ve kiranın ödenmemesinin otomatik fesih sonucunu doğurması yönünde düzenlemeler yapılamayacağı ifade edilerek bu süreye nisbi emredici karakter kazandırılmıştır.

re içinde de ifade bulunulmaması halinde, akdin feshedileceği konusunda açıkça ihtar edilir (*mehil tayini ve sözleşmenin feshi ile tehdit şartı*⁸⁴. As²a²ri altmış günlük bu süre, sözleşmenin belirli süreli olup olmadığına, belirli süreli ise bunun uzunluğuna ve konusuna çatılı-çatısız, mefruş-mefrûş olmayan bir taşınmaz dahil olup olmadığına bakmaksızın mutlak biçimde tespit

yTBK'nın muadil hükmü 362'de ise anılan fıkraya yer verilmemiştir. yTBK m. 315 de ise kiracının temerrüdü durumunda tayin edilecek süreler konusunda sadece "en az" ifadesi kullanılmıştır.

❖ Y. 6. HD, T. 26.10.2004, E. 2004/6802, K. 2004/7353: "[...] Taraflar arasındaki 13.05.2002 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi hasılat kirasına ilişkin bulunduğundan B. Kanunu'nun 288. maddesine göre kira borcunun ödenmesi hususunda kiracıya 60 gün süreli ihtar gönderilmesi ve bu süre zarfında kira borcunun ödenmemesi halinde akdin feshedileceğinin bildirilmesi gerekir. Olayımızda davacı tarafından davalıya gönderilen 01.10.2002 ve 14.10.2002 günlü ihtarlarda davalıya kira parasını ödemesi hususunda 10'ar günlük süreler verilmiştir. Bu durumda akit feshedilemeyeceğinden kira sözleşmesinin 4. maddesi gereğince de tazminata hak kazanılamayacağı dikkate alınarak tazminat isteminin reddine karar vermek gerekirken bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır[...]" ; Y. 6. HD, T. 10/12/2002, E. 2002/6752, K. 2002/7814: "[...] Taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık kiralananın ve kira sözleşmesinin adi kira yada hasılat kirası olup olmadığı noktasındadır. Davacı ile dava dışı A. Şirketi arasındaki 10.9.1999 başlangıç tarihli 5 yıl süreli işletme sözleşmesi başlıklı akit ile buna bağlı olarak davanın tarafları arasında yapılan 1.1.2000 tanzim tarihli sözleşmenin içeriğine, kiralananın işletilmesinden elde edilecek gelirin belli bir kısmının kiralayana ödenmesi konusundaki hükmüne ve işletme biçimine göre sözleşmenin hasılat kirası niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Hasılat kirasında kiracının temerrüdünü düzenleyen 8. Kanununun 288. maddesi gereğince, kiracı muaccel olan kira paralarını ödemediği takdirde kiralayan altmış günlük bir süre vermek suretiyle kiranın ödenmesini, aksi takdirde akdin feshini ve kiralananın tahliyesini isteyebilir. Davacı tarafından davalı aleyhine yapılan icra takibindeki takip taleplerinde ve buna bağlı olarak düzenlenen ödeme emrinde ödeme için otuz günlük süre verilmiştir. Bu ihtarlı ödeme emri 8. Kanununun 288. maddesine uygun olarak düzenlenmediğinden buna dayanarak tahliye kararı verilemez[...]" .

!!3 iiK m. 269-269d hükümlerine göre yapılacak ilamsız tahliye ve kira alacağının istenmesi takiplerinde düzenlenecek takip taleplerinde ile ödeme emrinin de BK m. 288 (yTBK m. 362) hükümlerine uygun düzenlenmesi gerekir, ÖZTORK, s. 305; MUŞUL, icra ve İflas Hukuku, s. 1090-1091; Y. 6. HD, T. 27.03.2006, E. 2006/723, K. 2006/3067: "[...] Sözleşmenin yorumundan taraflar arasındaki kira ilişkisinin Borçlar Kanununun 270. maddesinde açıklanan hasılat kirasına konu olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında davada Borçlar Kanununun hasılat kirasına ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir. O nedenle takip talebi ile davalıya çıkarılan ödeme emrinin Borçlar Kanununun 288. maddesine uygun olması gerekir. Ödeme emrinde altmış gün süre verilmesi gerekirken, otuz günlük ödeme süresi verilmesi doğru değildir [...]" .

!!&-1 İsviçre Federal Mahkemesi kiralayanın ihtar metninde sadece ilgili kanun ve/veya hükmüne gönderme yapılmış olmasını fesih açısından yeterli görmemiş, kiracının açıkça, fesih ile karşı karşıya kalacağının açıklanmasını istemiştir, BGE 136 111 196, 198; aynı yönde SCHMID, C.: Die Bedeutung des allgemeinen Schuldnerverzugsrechts für die Verzugsregelung bei Miete und Pacht, Diss., Bern, 1956, s. 94; TUNÇOMAĞ, s. 309.

edilmiştir (karş. BK m. 260n; yTBK m. 315)²⁸⁵. BK m. 10T'deki (yTBK m. 124) hallerden birisinin bulunması, sosyal düşüncelerle öngörülmüş olan altmış günlük sürenin tayinini engellemez²⁸⁶. En az bir kiranın ödenmemiş olması, mehil tayini için yeterlidir. Kiralayanın daha önceki kira alacakları için süre tayin etmemiş olması, bunların toplamı için bir defada mehil tayinini engellemez²⁸⁷. Bir diğer ifade ile her bir kira alacağı için ayrı ayrı mehiller tayinine gerek yoktur. Keza ihtar geçmişteki kira alacaklarını kapsar. Ancak ihtarda bunların dönemleri gösterilmelidir²⁸⁸. İhtarın keşidesini takip eden dönemlere ait kira alacakları için ise yeni ihtar çekilmelidir. Bir başka deyimle, tayin edilen mehil içinde ve sonrasında işleyecek kiralar ihtarın kapsamı dışındadır²⁸⁹. Zımnıen uzatılmış kira sözleşmesinde eski döneme ait kira alacakları için mehil tayini ve fesih yaptırımı uygulanamaz²⁹⁰. Mehil tayini ve fesih için, açıkça kira bedelinin ödenmemiş olması şartı arandığından yan giderlerin ödenmemesi nedeniyle BK m. 288/l'den istifade edilemez²⁹¹.

²⁸⁵ Karş. ÖZTÜRK, s. 303; Y. 12. HD, T. 28.01.2002, E. 2002/578 K. 2002/1517: „6570 sayılı Yasanın uygulama alanını belirleyen 1. maddesinde iki koşul ileri sürülmüştür. Birinci koşul; kiralanan taşınmazın musakkaf bulunması, ikinci koşul ise; Belediye sınırları içinde veya iskele, liman ve istasyonlarda bulunmasıdır. Yasada yazılı yerlerde bulunan ve galip vasfı musakkaf bulunan taşınmazların kira ilişkilerinde 6570 sayılı yasa ile bu yasaya aykırı bulunmayan Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Köy hudutları dahilinde bulunan yerler, musakkaf veya gayri musakkaf olsun 6570 sayılı yasanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Öte yandan hasılat kirasını adi kiradan ayıran, özellikle işletme yükümlülüğüdür. Hasılat getiren bir şey, adi kiraya da verilebilir. Ancak taşınmaz, techizat ve mefruşatıyla birlikte ve işletme ruhsatı da devredilerek kiraya verilmiş ve ayrıca da kira bedeli kiralananın semere ve hasılatının da bir kısmını oluşturmuş ise sözü edilen unsurları taşıyan kira sözleşmesinin hasılat kirası olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, borçluya, Borçlar Kanunun 288. maddesi gereğince (60) günlük ödeme emri tebliği icap eder. Mercice, tüm bu koşulların varlığı değerlendirilerek "kır gazinosu" şeklinde kiraya verilen mecur için uygulanması gerekli yasal koşulların tespitinden sonra oluşacak sonuca göre karar vermek gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir".

²⁸⁶ GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 165.

²⁸⁷ SONNENSCHNEIN, kira alacaklarının temlik edildiği. ancak bunların kiracı tarafından devralana ödenmemiş olduğu ve devralanın garanti yükümlülüğüne dayanarak devredene başvurduğu hallerde de (BK m. 169, 171; yTBK m. 191, 193). kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle feshin mümkün olduğunu ifade etmektedir, in: STAUDINGERS. § 581 N. 405.

¹¹¹¹ CANSEL, s. 144; TANDOĞAN, C. 1/2, s. 212; ÖZTÜRK, s. 305.

²⁸⁹ TANDOĞAN, C. V2, s. 212, 216; ÖZTÜRK, s. 305.

²⁹⁰ C'ANSEL, s. 144.

²⁹¹ Y. 6. HD, T. 21.02.2005, E. 2004/10736, K. 2005/1285: "[...] taranar arasında hasılat kirası ilişkisi bulunduğu kabulü gerekir. Davacı. dava dilekçesinde ileri sürdüğü hususlar yönünden davalının akde aykırı davrandığını belirterek kiralananı tahliyesini istemiş ise de, kiralananın doğrudan kullanımına ilişkin olmayan kira parası, su ve elektrik bedellerinin ödenmemesi akde aykırılık oluşturmaz [...]"; aksi yönde TUNÇOMAĞ. s. 308.

Ancak yTBK m. 362/11' de kira bedeli yanında yan giderlerin **ödenmemesi** hnlnde de önel tayini ve feshe imkan verilmiş olduğu hatırlatılmalıdır.¹⁹² Bu değişiklik, kiralayan lehine olması bakımından BK ile yTBK arasında önemli farklardan birisini teşkil edecektir. Yeni uygulamada ihtarda bulunan kiralayan her iki grup alacak için de talepte bulunuyorsa, bunların miktarlarını daayrı ayrı belirtmelidir. Hatta sadece miktarın belirtildiği ancak alacak türünün belirtilmediği ihtarlar geçersiz sayılmalıdır. Bunun gibi kiracı da, her iki kalemin de talep edilmiş olduğu hallerde, bunların her ikisini yerine getirmelidir. Aksi takdirde kira sözleşmesi feshedilebilir. Bu sebeple kiracının, kiralayana ya da tevdi yerine ödemedede bulunurken veya takas beyanında, bunun kira borcu için mi yoksa yan giderler için mi gerçekleştiğini açıklaması kendi lehine olacaktır.

Aynı kira kararlaştırılmışsa ve bunun seçimi kiralayana aitse, ihtarda seçme hakkı da kullanılmış olmalıdır¹⁹³. Bunun gibi birden fazla kiralayanın olduğu hallerde bunların birlikte ihtar çekmeleri gerekir¹⁹⁴. BK m. 142/1 (yTBK m. 163/I) uyarınca müteselsil borçlu kiracılardan (karş. TK m. 7/I; yTTK m. 7/1) birine ihtar çekilmesi ise yeterlidir.

Kiracıya tanınan mehil bunun tebliğini takip eden günden itibaren işlemeye başlar (karş. BK m. 288/II)¹⁹⁵. yTBK m. 358 uyarınca hasılat kirası ilişkilerinde de uygulanacak olan m. 315/II c. 2'ye göre ise, sürenin kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁹⁶. Sözleşme her ne kadar bu sürenin sonuçsuz kalması ile feshedilebilecek olsa da, kiracı kiranın vadesinin belli olduğu haller (BK m. 281/I; yTBK m. 362/I) hariç, ki buna BK m. 281/II'e (yTBK m. 362/I) göre tespit edilecek ödeme tarihleri de dahildir¹⁹⁷, en geç mehil tayininin kendisine teb-

¹⁹² ŞENYÜZ, s. 310-311.

¹⁹³ Karş. ALTAŞ, s. 269.

²⁹⁴ TANDOĞAN, C. U2, s. 218.

¹⁹⁵ Y. İBK, T. 22.06.1966, E. 1966/8, K. 1966/8: "Borçlar Kanununun 260 ve 288. maddelerinde söz konusu edilen 6, 30 ve 60 günlük mehil vermek yolundaki irade beyanları karşı tarafa vasıl olması şart bulunan beyanlardır. İşte kanun bu vüsul şartını belirtmek için (bu mehil ihtarın kiracıya tebliğ edildiği günden başlar) hükmünü sevk etmiştir. Bu fıkra başka bir anlam izafe edilemez (...] Kira akitlerinde ihtarın kiracıya tebliğ edildiği günden itibaren kira borcunun 6, 30 ve 60 günlük müddetler içinde ifası lazım geldiğine göre 76. madde uyarınca *tebliğ günü sayılmayarak* müddetin son günü ifa süresi bitmiş olur [...]"; TANDOĞAN, C. U2, s. 214.

¹⁹⁶ Gerek BK m. 288/11 ve gerek yTBK m. 358, 315/II'nin özel hüküm niteliği karşısında BK 76/1 b. 1, yTBK m. 92/1 b. 1 bu hallerde uygulama alanı bulamayacaktır.

¹⁹⁷ Ancak kiranın ciroya ya da net kazanca göre hesaplanacağı hallerde, tarafların vade tarihlerini tespit ederken, bu işlemlerin belli bir süre alabileceğini, hatta örneğin kiranın bitmesinden önceki aylara rastlayan kiralardan hesaplanması ve ödenmesinin sürenin sona ermesi ya da fesihten sonraki bir tarihe kayabileceğini dikkate almalarında fayda vardır, karş. SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 214.

liğ edildiği tarihte temerrüde düşmüş olacağından²⁹⁸, bu bir temerrüd ihtan olarak değerlendirilmeli ve TK m. 20/111 (yTTK m. 18/3) hükmü gereği, no-

11>K SCHMID, Verzugsregelung, s. 94. Y. 12. HD, T. 22.12.2003, E. 2003/22106. K. 2003/26085: "[...] Kira alacağının tahsili istemiyle başlatılan takipte mecurun hasılat kirasına konu olduğu yönünde ıranar arasında uyumsuzluk bulunmadığı gibi Mercii Hakimliğinin kabulü de bu yöndedir. Bu durumda BK.nun 288. maddesi gereğince borçluya gönderilecek ödeme emrinde ödeme süresinin 60 gün olarak belirlenmesi zorunludur. Bu süre içerisinde borcun ödenmemesi olgusu borçlunun temerrüdünün oluşup oluşmadığının ve tahliyesine karar verilir verilmeyeceğinin tartışılması halinde önem kazanır. Bir başka deyişle ödeme süresinin ödeme emrinde yasaya uygun olarak yazılmaması, borçlunun temerrüde düşmesini engeller [...]"; Y. 12. HD, T. 19.06.2000, E. 2000/5429, K. 2000/5596: "[...] kiralananana ait kira sözleşmesi 1.7.1998 başlangıç tarihli ve üç yıl sürelidir. Bu kira sözleşmesinde kiralananın niteliği tesisat ve bina eksiksiz, işler halde, otel, restoran, kafeterya, plaj olarak belirtilmiştir. Kira sözleşmesinin ekli listesinde mefruşatı ile birlikte otel işletmesi ve plaj olarak kiraya verildiği anlaşılmaktadır. Plaj ve otel işletmesinin kiraya verilmesi hasılat kirası mahiyetinde olup, bu durumda davalının temerrüde düşürülebilmesi için Borçlar Kanunun 288. maddesi gereğince kira bedelinin ödenmesi için altmış günlük süreyi ihtiva eden bir ihtarnamenin gönderilmesi gerekir. Davacıların gönderdiği ihtarnamede ise otuz günlük süre verildiği görülmektedir. Bu itibarla temerrüt olgusunun gerçekleştiği kabul edilemez. Bu nedenle tahliye davasının reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur [...]"; Y. 6. HD, T. 15.09.1993, E. 1993n895, K. 1993/8460: "[...] Sözleşmede kiralamanın turistik işletme amacıyla kullanılmak üzere olduğu açıkça belirtildiği gibi sözleşmenin özel şartlarında daire içindeki birçok menkul bu işletme amacı yönünden zorunlu eşyanın birlikte teslim edilip kiralandığı gösterilmiştir. Ayrıca dairenin içinde bulunduğu sitedeki bazı ortak tesisler ile eşyanın da yine işletme amacı sebebiyle davalıya teslim edildiği belirtilmektedir. Sözleşmenin bu özellikleri sebebiyle, hasılat getiren taşınmazın işletme amaçlı olarak ve hasılat elde etmek için kiralamanın söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Böyle olunca, uyumsuzlukta BK.nun 270. maddesi delaletiyle 288. maddesinin uygulanması zorunludur. Bu bakımdan kiracının, kirayı zamanında ödememesi halinde davalı kiracının temerrüde düşürülebilmesi için kiracıya altmış günlük mehil verilmesi icap eder [...]"; Y. 6. HD, T. 13.11.1984, E. 1984/9241, K. 11118: "[...] Hasılat kiralalarında ödenmeyen kiralalar için, davalının temerrüde düşürülebilmesi için BK.nun 288. maddesi gereğince davalıya 60 günlük ödeme süresi verilmesi gerekir. Davalıya ulaştırılan ihtarda 30 günlük süre verilmiştir. ihtar bu bakımdan BK.nun 288. maddesindeki koşulları kapsamadığından hukuki sonuç doğurmaz. Davalı belirtilen sebeple temerrüde düşmediğinden, temerrüt nedeniyle kiralananın boşaltılması istemi de red edilmek gerekirken, yazılı şekilde bu sebeple de kiralanın boşaltılmasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır [...]"; Y. 6. HD, T. 13.09.1983, E. 1983n036, K. 1983/8280: "[...] kiralanan, taşınmaz mal olarak kiralananmamış ve tiyatro olarak semere getiren işletmeye hazır bir tiyatro olarak kiralananmış ve davalının işletme için başka bir malzeme istemiş olması bu hususa yönelik bulunmuştur. Bu durumda, davacının davalıya temerrüde düşürülebilmesi için BK.nun 288. maddesi gereğince davalıya 60 günlük mehil vererek temerrüt ihtar çekmesi gerekir. Hasılat kirası niteliğindeki kira için BK.nun 260. maddesine dayanılarak çekilen ihtar, hukuki sonuç doğurmaz. Bu cihet nazara alınmadan mahkemenin temerrüdün mevcut olduğunu kabul ederek kiralananın boşaltılmasına karar verilmesi yerinde değildir [...]"; Y. 6. HD, T. 07.07.1992, E. 8257, K. 8745: "[...] Yazılı kira sözleşmesinde kiralananın tüm demirbaştan ile çalışır vaziyette davalıya teslim olunan ekmek fabrikası olduğu açıkça belirtilmiştir. Ayrıca kiralananın işletilmesinin kesintisiz devam ettirilmesi kararlaştırıl-

ter yoluyla, telgrafla ya da iadeli taahhütlü mektupla yapılmalıdır (karş. yTBK m. 362/II).

Söz konusu altmış günlük süre, temerrüdü ve bunun sonuçlarını engellemeyen, kiracının feshi ihbardan kurtulması için kendisine tanınan bir tür ek ödeme süresi olarak değerlendirilmelidir²⁹⁹. Bir diğer deyimle altmış günlük sürenin hukukî nitelemesi, temerrüd yönünden değil, özel bir olağanüstü feshi ihbar nedeni olması ve emsallerinde de (BK m. 286, 287; yTBK m. 369) taraflara feshi ihbar süresi tayini mecburiyeti getirilmiş olması açısından yapılmalıdır. Kiracı bu süre içinde de kiralayana ya da tevdi yerine ödeme yapmaz ya da takas beyanında da bulunmaz³⁰⁰ ise (*mehil tayininin sonuçsuz kalması şartı*), feshi ihbarın son şartı da gerçekleşmiş olur ki, bu halde kiralayan BK m. 288/I'e (yTBK m. 362/II) göre sözleşmeyi feshedebilir (*fesih beyanı şartı*)^{301 302}. Fesih beyanının da, süre tayininde olduğu gibi TK m.

mıştır. Tarafların bu anlaşmalarının özelliği karşısında kira sözleşmesinin hasılat kirası nitelikli olduğunun kabûlü zorunludur. Böyle olunca davalının temerrüde düşürülebilmesi için ihtarnamede BK'nın 288. maddesine uygun şekilde 60 günlük süre verilmesi icap eder. Olayda ödeme emrinde davalıya 30 günlük süre verildiği anlaşılmaktadır. Bu yüzden temerrüd olgusunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle tahliye davasının reddi gerekir[...]", TUNABOYLU, s. 484-485.

²⁹⁹ Karş. EREN, s. 1050.

³⁰⁰ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 216-217; CANSEL, s. 145.

³⁰¹ ALTAŞ, süre verilmesinin nedeninin kiracıya hatasını telafi etme şansının verilmek istenmesi olduğunu ifade etmektedir, s. 315. Bu açıdan Yazar'ın altmış günlük sürenin maktu kirada "en uzun süre" olduğu görüşüne (s. 269) katılmak güçtür.

BK m. 288/I (yTBK m. 362/11), kiracıya (borçluya) altmış günlük süre tayini kuralını öngörerek, BK m. 106-107'deki (yTBK m. 123-124, ayrıca karş. m. 126) genel hükümleri bertaraf etmiştir (bkz. SCHMID, Verzugsregelung, s. 94; GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 163). Alman hukuku için aynı yönde SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 216). Bir diğer deyimle borçlu (kiracı), hakkında fesih kararının (BK m. 106/11; yTBK m. 125/11) uygulanabilmesi için, kiralayandan BK m. 106/1 (yTBK m. 123) uyarınca kendisine yeniden mehil tayinini talep edemez (nitekim karş. BK m. 101/II; yTBK m. 117/11). Bu noktada "çok azı da içerir" ilkesine göre hareket etmek gerekir. Ancak karş. ALTAŞ, s. 127-128, 205. Kiracı, vadenin belli olduğu hallerde (kesin vade) bu tarihte, diğer hallerde ise altmış günlük mehil tayininin tebliği ile temerrüde düşmüş olacaktır. Diğer yandan kiralayan, kira bedelinin ödenmesinde temerrüd nedeniyle sözleşmeyi fesh etmek istemiyor, sadece aynen ifa ile temerrüd faizini ve varsa diğer zararlarını talep etmek istiyorsa, kiracıya BK m. 288/1 (yTBK m. 362/11) uyarınca altmış günlük mehil vermek zorunda olmadığından, bir başka deyimle altmış günlük mehil tayini suretiyle feshi ihbar özel bir düzenleme olduğundan, bu altmış günlük bir süre vermek zorunda olmaksızın BK m. 106/I'de (yTBK m. 123, 126) düzenlenen genel hükme göre hareket edebilir. Kiralayan başlangıçta fesih düşüncesiyle hareket ederek altmış günlük süre tayin etmiş, ancak süre bittikten sonra bu kararından vazgeçmiş de olabilir. Kanaatimizce bu halde aynen ifa ve temerrüd faizi talebinde bulunan kiralayana karşı, BK m. 106'ya (yTBK m. 123, 125-126) uymadığı iddiasında bulunulamaz. Fakat süre işlemeye başladıktan sonra, ancak sona ermeden önce feshi ihbar düşüncesinden vazgeçerse, aynen ifa ve temerrüd faizi talepleri için, kiracıya yine de uygun bir süre

20/III'e (yTTK m. 18/3) uygun yapılması gerekir. Gerek BK'nın, "bu müddet zarfında verilmediği takdirde; mehlın hitamında akdi feshedeceğini, müstecire ihtar edebilir" (karş. BK m. 260/I) ve gerek yTBK'nın "önel içinde ödememesi durumundan sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir" (karş. yTBK m. 315/1) şeklindeki ifadelerinden, mehil tayini ile feshi ihbarın, kira ilişkisine etkilerinin birbirinden ayrılması gerektiği anlaşılmaktadır³⁰³. İlk olarak

kalmış olması gerekir. Bir diğer deyimle aynı olguları düzenleyen BK m. 101 vd. (yTBK m. 117 vd.) ile 106 vd. (yTBK m. 123 vd.). tarafların çelişkili davranışlarının dayanağı olmamalıdır (MK m. 2).

Kiralayanın BK m. 288/1 (yTBK m. 362/11) uyarınca hareket ettiğinde de, az önce de işaretilen gibi, kira bedeli ile varsa gecikmeden kaynaklanan zararlarının tazminini, özellikle temerrüd faizini talep hakkı saklıdır (BK m. 106/11; yTBK m. 125/11), bu hususta bkz. *TANDOĞAN*. C. 1/2. s. 219-220; *CANSEL*. s. 146; *BİLGE*. Borçlar Hukuku, s. 178; *TUNÇOMAĞ*. s. 310-311; *SCHMID*. Verzugsregelung. s. 96. iştirakli kirada aynen ifadan vazgeçerek sadece tazminat da istenebileceği yönünde s. 98. Y. 6. HD. T. 16.02.2004, E. 2004/587. K. 2004/701: "Talep, kira borcunun ödenmemesi nedeniyle yapılan icra takibine itirazın kaldırılması ve kiralananın tahliyesine ilişkindir. [...] Adi kira ve hasılat kirasında, kiracı kirayı zamanında ödememezse, kiralayan, kiracıya kiranın ödenmesi için (adi kirada otuz veya altı gün, hasılat kirasında altmış gün) süre vererek, bu süre içinde kira ödenmezse, kira sözleşmesini feshedeceğini kiracıya ihtar edebilir (B.K.260 ve B.K.288). Kiracı bu süre içerisinde kirayı ödememezse, kiralayan kiracıya karşı (Sulh Hukuk Mahkemesinde) bir tahliye davası açabilir ve bu davada ödenmeyen kirayı da isteyebilir. İcra İflas Kanunu da (269-269/d) kiralayanın kira alacağı için yapacağı ilamsız icra ile takip ve tahliye yolu kabul etmiştir. Buna göre kiralayan, kiracısına karşı bir ilamsız tahliye takibi yaparak kiranın ödenmesini ve kiracının tahliyesini ister. Kiracı kirayı ödememezse kiralayan İcra Tetkik Mercinden kiracının tahliyesine karar verilmesini isteyebilir. Kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle ilamsız tahliye. 6570 Sayılı Yasaya tabi olsun veya olmasın bütün kiralananlar için istenebilir".

Kiralayan, aynen ifadan vazgeçerek, sözleşmeyi feshedip, müspet zararlarının giderilmesini de talep edebilir (BK m. 106/11; yTBK m. 126 (sözleşmeyi fesih)). Bir diğer ifade ile BK m. 288'de (yTBK m. 362) öngörülmemiş olması, kiralayanın BK m. 106 vd.'da (yTBK m. 123 vd.) diğer haklardan istifadesine engel değildir, bkz. *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 163, 165. Yazar BK İsviçre BK m. 265 ve 293'de (eski metin; BK m. 260,288; yTBK m. 315,362) İsviçre BK m. 107-109'a (eski metin; BK m. 106/II. yTBK m. 125, 126) herhangi bir göndermede bulunulmamış olmasının hatırlanması ifade etmektedir.

³⁰² *CANSEL*, s. 106, 109; *ALTAŞ*, s. 269. Fesih beyanı, ifadesini tahliye davasında ya da tahliye talepli icra takibinde de bulabilir, karşı. *CANSEL*, s. 144.

³⁰³ BK m. 288/1'e kaynaklık teşkil eden İsviçre BK m. 293/rin 1989 reformu öncesi metninde ..kiracı kira bedelini vadesinde ödemediği takdirde, kiralayan kiracıya altmış günlük mehil tayin ederek, kiranın bu süre içinde ödenmemesi halinde sözleşmenin infisah etmiş sayılacağını/münfesih kabul edileceğini ihtar edebilir" ifadesi yer almıştır. Orijinal metinde "wenn der Pächter den Pachtzins [...] nicht bezahlt, so kann ihm der Verpächter eine Frist [...] ansetzen mit der Androhung, daß, sofern der[...] Zins innerhalb dieser Frist nicht bezahlt werde, der Pachtvertrag mit deren Ablauf aufgelöst sei" denilerek, süre sonunda kira yine ödenmemiş olduğunda sözleşmenin infisah edeceği öngörülmüş olmasına karşın (bkz. *OSERISCHÖNENBERGER*, Art. 293 N. 1: *STUDER*, in: Basler Kommentar-OR I, Art. 282 N. 4; *REYMOND*, in: *YISCHER*. Obligationenrecht, s. 268:

öylenmesi gereken husus kanaatimizce, salt altmış günlük sürenin sonuçsuz kalması halinin, kendiliğinden akdin feshi sonucunu doğunnayacak olmasıdır¹⁰⁴. Her iki Kanun'un da gelecek zaman kipi kullanmış olması bu hususta kiralayana durumu yeniden düşünme ve kiracıya da gerekli çözümü bulabilme imkanı sunulmak istenmesinin bir sonucu olarak değerlendirilmelidir¹⁰⁵. Bu açıdan ihtarda "sürenin sonunda akit feshedilmiş olacaktır" denilmiş olsa dahi, buna akdin verimsiz geçen süre sonunda derhal sona ennesi sonucunu bağlamamak gerekir. Zira fesih, bozucu yenilik doğuran bir haktır ve bu tür haklar çok istisnai hallerde şarta bağlanabilirler¹⁰⁶. Oysa fesihnin süre tayininin sonuçsuz kalmasına bağlanması, fesih beyanının şarta bağlanmış olmasından başka bir anlama gelmez. Altmış günlük süre içinde taraflar arasında

SCHMID, s. 94, Yazar isabetli olarak, kiralayanın kendisi bakımından daha mehil tayini sırasında infisah seçeneğine karar vermiş olması gerektiğine dikkat çekmektedir}, BK'da aslındaki anlamı değiştirecek şekilde, "akdi feshedeceğini, müstecire ihtar edebilir" ifadelerine yer verilmiş olması aslında ilginçtir. İsviçre BK ile BK karşılaştırıldığında, ihtanın aynı zamanda feshin ihbarı anlamına gelip gelmediği bakımından ortaya çıkan söz konusu anlam farklılığına rağmen, BK'nın "[...] kiranın bu süre içinde ödenmemesi halinde sözleşmenin infisah edeceğini ihtar edebilir" şeklinde anlaşılmış olduğu da belirtilmelidir, örneğin bkz. *TANDOĞAN*, C. I/2, s. 218-219: "kiracı mehil içinde borcunu tamamen veya kısmen ödemediği, tevdi etmediği veya takas ileri sürmediği takdirde kira akdi ortadan kalkar ve kiralayan artık tahliye davası açabilir". Yazar'ın bu açıklamalarından önce, fesih ("infisah" şeklinde anlaşılmalı) (*Auflösung*) ile feshi ihbarı (*Kündigung*) birbirinden ayırmış olduğuna işaret etmek gerekir (s. 209-210). *CANSEL*, s. 145: "müddet bittikten sonra akit münfesihi olacağından"; *TUNÇOMAG*, s. 3 IO: "[...] şartların gerçekleşmesi ile birlikte kira sözleşmesi ortadan kalkar ve kiralayan [... J kiralananın boşaltılmasını isteyebilir". *ÖZİ'ÜRK*, s. 306-307 ise, "[...] bu durumda kiralayan, sürenin bitmesinden sonra makul bir zamanda akdin feshi ve tahliye istemelidir. [...J Kiralayan temerrüt ihtarından sonra kiracı ile anlaşarak feshin sonuçlarından feragat edebilir"; Bir başka ifade ile BK'daki metinde açıkça feshi ihbara yer verilmiş olmasına rağmen, - muhtemelen orijinal metinden hareketle- bundan "sözleşmenin infisahi", münfesihi kabul edilmesini anlaşılmıştır. BK m. 288/1'in (yTBK m. 362/11) İsviçre BK'nın 1989 reformundan sonraki muadil hükümde (m. 282) ise ifade değiştirilmiş ve BK ve yTBK'daki gibi, kiralayanın "tayin edilen sürenin sonuçsuz kalması halinde kira ilişkisinin fesh edileceğini" ihtar edebileceği ("*... J ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frisr das Pachtverhältnis gekündigt werde*") belirtilmiştir. Görüldüğü gibi İsviçre BK'nın, BK'ya kaynaklık teşkil eden ilk halinde "*Auflösung*" (infisah) ifadesi kullanılmışken, yeni metinde "*Kündigung*" (feshi ihbar) ifadesi tercih edilmiştir. Bu da kanun koyucunun iradesinin "infisahtan", "feshin ihbarına" dönmüş olduğunu ve sürenin dolması ile akdin sona ermiş olmayacağını, aksine usulüne uygun müstakil bir feshi ihbarın şart olduğunu göstermektedir.

³⁰⁴ İntisabın ileriye etkili sonuç doğurduğu hususunda bkz. *CANSEL*, s. 145; *SCHMID*, *Verzugsregelung*, s. 95.

¹⁰⁵ *GA UCH* da hükümde "*Auflösung*" (infisah) kelimesi bulunmasına rağmen bundan, "*Kündigung*" (fesih) anlaşılmaması gerektiğini ifade etmiştir, *Beendigung von Dauerverträgen*, s. 106, 163.

³⁰⁶ *DEMİRBAŞ*, H.: *Yenilik Doğuran Haklar*, İstanbul, 2007, s. 67-68, 77-78.

halli_?o?u.?man bir mahkeme kararı gerektirebilecek birçok defa ya da itir-
r?? iliş?ısının ortaya çıkması ihtimali de göz önünde tutulduğunda, hukuki
güvenlik bakımından da feshi, süre bitiminin otomatik sonucu olarak gör-
memek gerekir³⁰⁷. Bu fikrin kabulü halinde fesihten rücu ve bunun hukuki
sonuçlarına ilişkin tartışmalara³⁰⁸ da gerek kalmayacaktır.

Fesih beyanının, sürenin sonuçsuz kalmasını müteakip müstakil olarak
yapılması gerektiği ortaya çıktıktan sonra sorulması gereken bir diğer soru
da, sürenin dolması ile feshin ihbarı arasındaki aranın ne kadar olması gerek-
tiğidir. Bu konuda en kısa süre anlamında kesin bir süreden söz etmek müm-
kün değilse de, İİK m. 272/II'den hareketle bunun en çok bir ay olacağı ifade
edilebilir³⁰⁹. Söz konusu sürenin dolmasına rağmen gecikerek yapılan fesih
beyanı, kiracıda akdin feshedilmeyeceği yönünde haklı bir güven oluşmasına
yol açabilir ki, bu durum da kiracıya yeniden BK m. 288/I'e (yTBK
m. 362/II) göre mehil tayinini zorunlu kılar. Her iki tarafının da tacir olduğu
bir ilişkide sürat ilkesinin önem taşıdığı şüphesizdir. Nitekim kiracıya ve_ri-
len sürenin verimsiz olarak geçirilmiş olmasına otomatik fesih sonucunu ??n-
fisah) bağlayan CANSEL de, kiralayanın, sürenin sona ermesinden sonra İİK
m. 272'ye göre bir ay içinde tahliye takibine başlayabileceğini, bu süre geçi-
rildiği halde tarafların durumundan, kiracının kiralananı tahliye etmeyeceği,
kiralayanın da buna rıza gösterdiğinin anlaşılması halinde ise, aynı içerik ile
yeni bir kira sözleşmesinin hükümlerini ifa etmeye başlayacağını dile getir-
miştir³¹⁰.

BK m. 288/I (yTBK m. 362/II) uyarınca altmış günlük süre tayini ve
akabinde fesih beyanında bulunulması, maktu kira bedelleri bakımından bir
tereddüt oluşturmaya da, kiranın tamamen ya da kısmen işletme hasılatına
göre belirlendiği hallerde bu hükümden işlevsel biçimde istifade edilmesi
kolay değildir. Zira bu durumda bir yandan kira alacağının miktarı belli de-
ğildir, diğer yandan da bunun hesaplanması işlemleri kiracı tarafından yapı-
lacaktır. Oysa ihtar içeriği itibariyle borcu karşılamak, ona uygun düşmek
zorunda olduğu gibi, alacaklının ifasını talep ettiği edim borçlanılan edime

³⁰⁷ CANSEL de "kiralayan, kiracının takas iddiasını kabul etmediği takdirde, nizam, 6^Q gün-
lük sürenin sona ermesinden evvel halledilmesi gerekir. Şayet halledilemeyecek durumda
ise, kiracı, kira bedellerini bir yeddi emine tevdi ederek, alacağını ispat ettiği takdirde, ki-
ralayandan zarar ziyan isteyeceğini bildirebilir" diyerek, sürenin dolmasına otomatik fe-
sih sonucunun bağlanmasının bir sakıncasına aslında zımnen işaret etmiştir, s. 145.

³⁰⁸ Bkz. CANSEL, s. 148-149.

³⁰⁹ Karş. CANSEL, s. 145; kiralayanın, sürenin bitmesinden sonra "makul bir zamanda ak-
din feshini ve tahliyeyi istemesi gerektiği, mehilin sona ermesine rağmen kiracının kiralana-
nı işletmeye ve kiralayanın da ihtirazi kayıt ileri sürmeden kiralaları kabule devam etme-
sinin, ki??ay?nın feshi ihbar hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanabileceği yönün-
de bkz. OZTURK, s. 306-307.

³¹⁰ CANSEL, s. 145-146.

mik.-rar ve nitelik yönünden uygun olmalıdır¹¹. Hal böyle olunca miktarı belli olmayan kira alacağı için kiralayanın hukukî güvenlik içinde mehil tayini ile fesih hakkından istifadesi zordur. Bu hallerde öncelikle, kiracının kira bedelini tespit edecek işlemleri gerçekleştirmesi gerekir. Kira bedelinin tamamı ya da bir kısmı brüt ya da net işletme gelirlerine göre tespit edilmekte, ancak kiracı bunun tespiti için gerekli olan bilanço veya işletme hesabı hılasası çıkarılması ödevini yerine getirmiyor ise, kiralayanın mahkemeye müracaatla bunun tespit edilmesini sağlaması gerekir. Kiralayan ancak miktar belli olduktan sonradır ki, kiracıya altmış günlük mehil tayin ederek, kira bu sürede ödenmediği takdirde sözleşmeyi feshedeceğini ihtar edebilir. Kiralayanın kiracıya kirayı hesaplaması ve ödemesi için altmış günlük ya da daha uzun bir süre tanıması³¹², kanaatimizce BK m. 288/1 (yTBK m. 362/II) anlamında, akabinde feshi mümkün kılabilen bir mehil tayini olamaz. Zira mehil tayini anında borcun miktarı hiç belli olmadığı gibi, ihtar eden kiralayan bakımından belirlenebilir nitelikte de değildir. Aynı talep, kiracının kira miktarını zamanında kendisinin hesapladığı, ancak kiralayanın bunların gerçek duruma uymadığını iddia ettiği hallerde de söz konusu olabilir³¹³. Bu durumda kira borcu mahkeme kararının kesinleşmesi ile muaccel hale gelecek olmakla beraber³¹⁴ kiralayan bilanço ve işletme hesabı hılasasının düzenlenmesinin mümkün olduğu tarihten, kararın kesinleşme tarihine kadar geçecek süre içinde gerçekleştirebilecek zararları için kiracıdan tazminat talebinde bulunabi-

³¹¹ *EREN*, s. 1050-1051; *CANSEL*, s. 144, Yazar ihtarda "kira bedelinin miktarı ve hangi kira bedelinin ödenmediği ile ödenmesi için yasal sürenin belirtilmesi" gerektiğini ifade etmiştir; *TUNÇOMAĞ*, s. 309; *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 214-215. *TANDOĞAN*, "ihtarda gerçek borç miktarından fazla bir miktarın gösterilmiş olmasının ihtarın hükümsüzlüğüne yol açmayacağını", Y. HGK, T. 14.10.1953, E. 45, K. 45'de ifade edildiğini belirtmektedir, C. 1/2, s. 216 dn. 88. *EREN* ise *BUCHER*'e atfen, miktar itibarıyla daha fazlasının istenmiş olması halinde, ihtarın geçersiz sayılması gerektiği görüşündedir, s. 1051. Kanaatimizce de bu son görüşe itibar etmek gerekir. Aksi halde, ihtar ile ulaşılmak istenen amaç olan borçluya içinde bulunduğu hukukî durumun gösterilmesi/hatırlatılması ve sözleşmeden doğan ödevini yerine getirmeye davet edilmesi (bkz. *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 223) söz konusu olmayacak, borçlu daha da karmaşık bir duruma sürüklenmiş olacaktır. Zira temerrüd sebebiyle ihtar müessesinde, örneğin ilamsız icra takibinde olduğu gibi borçlunun kendisini koruyabileceği şikayet ve itiraz mekanizmaları yoktur. Bu sebeple alacaklının tek taraflı işlemi ile borçlu aleyhine hukukî durum yaratmasına izin verilmemelidir.

Y. 6. HD, T. 04.03.1993, E. 2187, K. 2779: "kira parasının ne olması gerektiği ihtilaflı iken, onun üzerindeki belirsiz kira farkının istenmesi temerrüde esas alınamaz. Bu nedenlerle, temerrüdün ve muaccel borcun varlığı söz konusu olmadığı nazara alınıp, davanın reddine karar verilmesi gerekir".

³¹² Karş. *ALTAŞ*, s. 269.

³¹³ Karş. *ALTAŞ*, s. 206-207.

³¹⁴ *ALTAŞ*, s. 206.

lir (BK m. 96; yTBK m. 112). Zamanında ifa edilmeyen aynı kiralarda ise kiralaayan eda davası açabilir (BK m. 106; yTBK m. 123, 126)³¹⁵.

BK m. 288/I'i karşılayan hüküm olarak görülebilecek yTBK m. 362/II ise, kısmen farklı bir muhtevaya sahiptir. Buna göre altmış günlük sürenin kiracıya tanınacak asgari ödeme süresi olduğu doğrudan ifade edilmiş olduğu gibi (karş. BK m. 288/111), mehil (önel) tayininin yazılı şekilde yapılması açıkça belirtilmiş, altmış günlük sürenin başlayacağı tarih kaldırılmış ve özellikle de BK m. 288mr de yer alan "[altmış günlük] mehlin [sözleşme ile] kısaltılmasına ve kiranın tediye edilmemesi halinde akdin hemen feshedileceğine dair yapılan mukaveleler batıldır" hükmüne yer verilmemiştir. Bu sebeple, yTBK döneminde taraflar kira bedeli ile yan giderlerin ödenmesinde temerrüd nedeniyle feshi ihbar süresini kısaltabilecekleri gibi, daha da önemlisi kira bedelinin ya da yan giderlerin ödenmemesini, deyim yerinde ise otomatik fesih nedeni olarak belirleyebileceklerdir. Ancak gerek yTBK m. 25 ve gerek m. 358 işaretiyle m. 346 c. 2³¹⁶.bu türden sözleşme hükümlerinin öngörülmesini zorlaştırmaktadır. Kanaatimizce kira ya da yan giderlerin ödenmemiş olmasının kendiliğinden feshi yol açabilecek olması, taraf menfaatleri arasındaki dengeyi bozduğundan yerinde görülemez.

Hasılat kirasında kira bedelleri BK m. 126 b. 1 (yTBK m. 147 b. 1) uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ticari işletme kirası sözleşmesi borçlu açısından ticari iş olduğundan (TK m. 3 (yTTK m.3)) 3095 s. Faiz Kanunu'na göre daha yüksek orandaki temerrüt faizi istenebilir.

³¹⁵ K arş. ALTAŞ, s. 206.

³¹⁶ yTBK m. 358'de her ne kadar "bu ayırimda ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin *genel hükümler* uygulanır" denilmek suretiyle, hasılat kirası hakkında yalnızca yTBK m. 299-338'in uygulanabileceği ifade edilmişse de, yTBK m. 339 vd.'nın da, mahiyetine aykırı düşmedikçe yTBK m. 357 vd.'nda düzenleme bulunmayan hallerde uygulanabilmesi gerekir.

§ 8 TİCARİ İŞLETME KİRASININ SONA ERMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. Sona Erme Nedenleri

BK m. 285-291'de (yTBK m. 362/II, 367-371) hasılat kirasının sona erme nedenleri düzenlemiş bulunmaktadır. Genel olarak bakıldığında belirli süreli sözleşmelerde sürenin sona ermesi (BK m. 287; yTBK m. 367) ve haklı (önemli) nedenlerle derhal fesih (BK m. 286; yTBK m. 369); belirsiz süreli hasılat kirası sözleşmelerinde feshi ihbar (BK m. 285/1; yTBK m. 368/I), haklı (önemli) sebeplerle feshi ihbar (yTBK m. 369)¹; süresine bakılmaksızın her türlü kira sözleşmesinin, kiracının işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcuna aykırı davranışları nedeniyle (BK m. 289; karş. yTBK m. 369) ve kiranın ödenmesinde temerrüdü nedeniyle kiralayan tarafından feshi ihbarı (BK m. 288/1; yTBK m. 362/ID, tarafların iflası (BK m. 290; yTBK m. 370) ile ölüm/tüzel kişiliğin son bulmasının (BK m. 291; yTBK m. 371) hasılat kirasını sona erdiren haller olarak düzenlendiği görülmektedir. Sözleşme bundan başka tarafların anlaşması (ikale², BK m. 1-2; yTBK m. 1-2), kiralananın kiralayanın kusuru olmaksızın tamamen yok olması (BK m. 117; yTBK m. 136), kiracının kiralananı iktisap etmesi (BK m. 116; yTBK m. 135) gibi borçlar hukukunun genel esaslarına binaen de sona erebilir³.

Aşağıda da üzerinde durulacağı gibi BK'nın haklı (önemli) nedenlerle feshi sadece belirli süreli sözleşmeler bakımından düzenlemiş olması, bilinçli bir hukuk politikasının sonucu değilse, hukuk tekniği bakımından hatalı olmuştur. Kanun koyucu, büyük ihtimalle belirli süreli sözleşmenin haklı nedenle feshi ihbarındaki ihbar süresi ile, belirsiz süreli sözleşmenin herhangi bir nedenle feshi ihbarındaki süresinin aynı olmasından hareketle (BK m. 285/1, 286/1) belirsiz süreli sözleşmelerin haklı nedenle feshi için özel bir düzenleme yapmamıştır. Ancak bu, "haklı (önemli) nedenlerle sözleşme ilişkisinin sürdürülmesinin taraflardan beklenememesi" ilkesinin gerekliliklerine uygun düşmemektedir. yTBK ise haklı nedenlerle feshi ihbarı belirsiz süreli sözleşmeler için de mümkün hale getirmiştir (m. 369).

² Bk.z. *EREN*, s. 1210-12J1.

³ *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 194; ayrıca bkz. *CANSEL*, s. 142 dn. 24; *KLEIN-BLENKERS*, s. 311; *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 295 N. 7.

1. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi ve Zımnî TecdiJ

Taraflar hasılat kirası sözleşmesini açıkça ya da örtülü olarak belirli süreli akdetmiş olabilirler⁴. Sözleşmede belli bir sürenin öngörülmesi, her iki tarafın da lehine olan bir durumdur. Özellikle ticari işletme kirasında, kiracının yatırımlarının karşılığını da alabileceği belli bir sürenin kararlaştırılması ekonomik bakımdan da doğru bir tutum olacaktır⁶. Sürenin uzunluğu ise somut olayın özelliklerine göre taraf iradelerine kalmış bir husustur⁷. *CANSEL* ise, BK'nın hasılat kirasına ilişkin hükümleri incelendiğinde, sözleşmenin altı ay ile bir yıllık bir süre için akdedilmiş olduğundan hareket edildiğinin görüldüğünü ifade etmiştir. Ancak Yazar'ın da işaret ettiği gibi, bu hükümlerin, taraf iradeleri dikkate alınmaksızın asgari bir kira süresine delalet ettiği söylenemez⁸.

Sözleşmede sarahaten ya da zımnî kararlaştırılan sürenin dolması ile ayrıca bir feshi ihbara ya da ihtara ihtiyaç duymaksızın kendiliğinden sona ermiş olur⁹. Bu açıdan taraflardan birinin diğerine TK m. 20/III'e (YITK m. J8/3) uyan bir feshi ihbar göndermesi zorunlu değildir. Belirli süreli bir kira sözleşmesinin sürenin geçmesi ile sona ereceği, BK'da çok açık bir şekilde ifade edilmiş değildir. Belirli sürenin geçmesinin, aslında bir sona erme nedeni olduğu ancak yorumla anlaşılabilmektedir. Zira düzenlemenin ağırlık noktasını, sürenin zımnî uzatılmasının (zımnî tecdit) şartları ve sonuçları oluşturmaktadır. Buna göre henüz hiç zımnî tecdit yoluyla uzamamış olan bir belirli süreli ticari işletme kirası sözleşmesi, sarahaten ya da zımnî kararlaştırılmış olan yazılı sürenin dolması ile, eğer sözleşmede bir feshi ihbar

⁴ ALTAŞ, s. 93.

⁵ KLEIN-BLENKERS, s. 310.

⁶ STROBEL, s. 44. Yazar uygulamada ticari işleme kiralarının genellikle on yıl süreyle yapıldığını, sürenin sona ermesi halinde de taranardan birinin uzatmama beyanında bulunmaması halinde, sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak uzayacağı yönünde sözleşme hükümlerinin öngörüldüğünü tespit etmiş bulunmaktadır.

⁷ CANSEL, s. 128.

⁸ CANSEL, s. 129.

⁹ TANDOĞAN, C. 111, s. 195; HIG/, Obligationenrecht, Art. 295 N. 19, 22: SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 372; KLEIN-BLENKERS, s. 3 IO. sözleşmede taranara sözleşme süresini tek yanlı uzatma yetkisi tanınması da mümkündür, s. 311; aynı yönde SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 373; STROBEL, s. 44-45. Belirli süreli hasılat kirası sözleşmelerinin sona erme şartlarını tarafların serbestçe belirleyebileceği hususunda bkz. HIGI. Obligationenrecht, Art. 295 N. 13; Y. 3. HD, T. 02.05.2006, E. 2006/4549, K. 2006/5413: "(...) BK. 292. maddesine göre hasılat kirasında, kiracı kiranın hitamında kiralananı aynen geri vermek zorundadır. Çünkü taraflar arasındaki yenilenmiş icar sözleşmesi 01.11.1996 tarihinde sona erdiğine ve yeni dönem için akit yenilenmediğine göre davalı bu tarihten itibaren kiralanan taşınmazı kirala-yana teslim etmek zorundadır. Kira sözleşmesinin süresi ve sonu belli olduğundan BK.nun 285. maddesi gereğince 6 aylık ihbar süresine uyma zorunluluğu da yoktur[...]".

üresi tespit edilmiş ise de (BK m. 19/1; yTBK m. 26) feshi ihbar ve bu sürenin dolması ile sona ermiş olacaktır (BK m. 287; yTBK m. 367).

Tarafların sonuna yaklaşan sözleşme süresini, sona ermeden önce açıkça anlaşarak uzatmaları mümkündür¹⁰. Süre sona erdikten sonra vanlan anlaşmanın ise, aksi kararlaştırılmadıkça bir süre uzatımı olarak değil, yeni bir sözleşme olarak nitelenmesi gerekir. Zira "eski" sözleşme sürenin hitamı ile kendiliğinden son bulmuştur. BK m. 287'ye (yTBK m. 367) göre ise **belirli** süreli sözleşme şu hallerde, zımnı tecdit yoluyla uzatılmış sayılır: *i)* Sözleşmede kira süresinin zımnı tecdit edilmesini engelleyen bir hüküm olmamasıdır, *ii)* kiracı kiralananı kiralayanın bilgisi dahilinde ve bir muhalefeti olmaksızın kullanmaya ve işletmeye devam etmelidir, *iii)* sözleşmede bir feshi ihbar şartı öngörülmüşse gerek kiralayan ve gerek kiracı feshi ihbar etmemiş olmalıdır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde sözleşme, aksine hüküm yoksa, bir yıl olarak (ancak karş. BK m. 263; yTBK m. 327/II) zımnı tecdit edilmiş sayılır. Ve yine sözleşmede aksine hüküm yoksa, bu şekilde uzamış bir sözleşme de, sözleşme süresinin sona ermesinden en az altı ay önce feshi ihbarda bulunmak kaydıyla, bir yıllık sürenin sona erdiği tarihte (BK m. 76/1 b. 3; yTBK m. 92/1 b. 3) etkili olacak şekilde sona erdirilebilir¹¹. Tarafların bu

¹⁰ YAVVZ, s. 378.

¹¹ Her ne kadar belirli süreli hasılat kirası sözleşmelerinin zımnı tecdit edilmesi halinde, uzamanın BK m. 263'ün (yTBK m. 327/11) aksine belirsiz süreli şekilde değil, birer yıllık olarak gerçekleşeceği öngörülmüş olsa da, BK m. 285/1'de (yTBK m. 368/1) belirsiz süreli sözleşmelerin, altı ay önceden ihbar etmek kaydıyla her zaman feshedilmesine imkan tanındığından, en azından olağan fesih bakımından, aslında çok farklı bir durum olduğu söylenemez.

Y. 6. HD, T. 26.12.2002, E. 2002/8070, K. 2002/8300: "[...] Taraflar arasında akdedilen 5.6.1995 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinde kiralanan akaryakıt satış istasyonu olarak gösterilmiş ve akaryakıt satış yeri olarak kullanılacağı belirtilmiştir. Yine davacı ile P. O. Genel Müdürlüğü arasında yapılan 9.4.1965 tarihli sözleşmede anılan Genel Müdürlüğün buraya akaryakıt satış ve servis istasyonu lokanta ve kahvehane yaptıracağı kararlaştırılmıştır. Kiralanan tesisleriyle birlikte akaryakıt istasyonu olarak işletilmek üzere kiralandığına göre taraflar arasındaki kira ilişkisi bu haliyle bir hasılat kirası niteliğindedir. Borçlar Kanunu'nun 287. maddesi uyarınca hasılat kirasında süresi bittiği halde kiralayanın açık veya zımnı muvafakatı ile kiracının kiralananı kullanması veya sözleşmede öngörülen ihbarı iki taraftan birinin yapmaması halinde akit seneden seneye yenilenmiş sayılır. Bu gibi durumlarda bir senelik bir müddetin hitamından altı ay önce, feshi ihbar kiracıya tebliğ edilmek suretiyle, o senenin sonunda tahliye davası açılabilir. Bu koşul yerine getirilirse tahliye için başka bir sebep aramaya gerek kalmaz. Somut olayda: Taraflar arasındaki 5.6.1995 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi 5.6.1996 tarihinden itibaren yıllık olarak uzamış olup davacı 5.6.2000 tarihinde başlayan dönem için 15.3.2001 tarihinde keşide ettirdiği feshi ihbar ihtamamesinin davalıya 16.3.2001 tarihinde tebliğini takiben 2.7.2001 tarihinde dava açmıştır. Açılan dava süresinde ise de 16.3.2001 tebliğ tarihli feshi ihbar altı ay öncesini kapsamadığından, süresi geçtikten sonra yapılan feshi ihbara dayanılarak açılan davanın reddine karar vermek gerekirken [...]"

şekilde feshi ihbarda bulunmadığı müteakip yıllarda, kira sözleşmesi, her zaman birer yıllık sürelerle uzamış kabul edilir. Ancak tarafların bunun aksini kararlaştırmaları da mümkündür.

Tarafların sözleşmeyi bir infisahı şarta (bozucu koşul; örneğin kiralayanın kendisinden kaynaklanan engelinin (küçüklük, kısıtlılık, hastalık, mahkumiyet, yargısal işletme yasakları) sona ermesi, işin başına geçecek aile bireyinin ergin olması veya eğitimini tamamlaması, kiracının devletten aldığı bir izni kaybetmesi, belli bir işin (ihalenin) gerçekleştirilmesi için yapılan kiralamada işin tamamlanıp teslim edilmesi) bağlamış olmaları halinde de (BK m. 152; yTBK m. 173), belirli süreli sözleşmede sürenin sona ermesine benzer bir durum ortaya çıkar¹². Bunun gibi kiralananın satımının sözleşmeyi sona erdireceği de kararlaştırılabilir¹³. Bir diğer ifade ile şartın gerçekleşmesi halinde sözleşme kendiliğinden sona erer. Sözleşmenin BK m. 287'nin (yTBK m. 367) kıyasen uygulanması ile uzamış sayılması da mümkündür. İnfisahı şarta benzeyen diğer bir durum ise sözleşmenin amacının gerçekleşmesidir. Örneğin bir maden ya da kum ocağının kiralanmış olması halinde rezervlerin bitmesi, sözleşmenin de sona ermesi anlamına gelecektir¹⁴.

Belirli süreli hasılat kirasına ilişkin yTBK m. 367'de ise BK m. 287'ye göre daha açık bir düzenleme yapılmıştır: "Belirli süreli kira sözleşmesi, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Ancak, tarafların örtülü olarak sözleşmeyi sürdürmeleri halinde, aksi kararlaştırılmadıkça, kira sözleşmesi birer yıl için yenilenmiş sayılır. Yenilenen kira sözleşmesi yasal bildirim süresine uyularak, her kira yılının sonu için feshedilebilir". Görüldüğü üzere yTBK, sözleşme süresinin dolması sebebiyle sona ermenin, belirli süreli hasılat kirası sözleşmelerine özgü bir durum olduğunu açıkça vurgulayarak, BK m. 287 ile karşılaştırıldığında yoruma ihtiyaç bırakmayacak bir düzenleme getirmiştir. Bundan başka sürenin dolması halinde, sözleşmenin herhangi bir feshi ihbara gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceği açıkça öngörülmüştür. Sözleşme süresinin geçmesine rağmen taraflar, kiralananın kullanımı ve işletilmesinin sürdürülmesine ses çıkarmama, kira bedellerini çekincesiz tahsil etmeye devam etme gibi örtülü davranışlarla akdi ilişkiyi devam ettiriyorlarsa sözleşme uzamış kabul edilecektir. yTBK da, BK m. 287 gibi, sözleşmenin aksi kararlaştırılmadıkça ilk ve müteakip uzatmalarının en çok birer yıl olacağını hüküm altına almıştır. Taraflar bu süreyi bir yılın altında ya da üstünde belirleyebilirler. Ancak düzenlemedeki "aksine kararlaştırılmadıkça" ifadesi, sadece birer yıllık uzatma süresine ilişkin olarak kullanılmış

¹² KLEIN-BLENKERS, s. 311; HIGI, Obligationenrecht, Ar. 295 N. 17-18; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 413; ayrıca bkz. CANSEL, s. 142 dn. 24; Y. 3. HD, T. 17.10.2000, E. 2000/8689, K. 2000/9920.

¹³ KOLLER, in: Obligationenrecht, s. 441 N. 162.

¹⁴ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 372.

olsa da, kanaatimizce tarafların, BK m. 287'deki düzenlemeye benzer şekilde zımni tecditi engellemek ve kendiliğinden sona ermeyi sağlamak için, sürenin bitmesinden, örneğin bir ay önce yapılacak bir ihtar yapılmasını şart koşmaları mümkündür. Fakat bu ihtar şartı, belirli süreli sözleşmenin, sürenin geçmesi ile sona ermesinin bir feshi ihbara bağlanmış olduğu anlamına gelmez. Anılan ihtar, zımni tecdidin engellenmesini, reddini sağlayan, tek taraflı değiştirici yenilik doğuran bir hukuki işlem benzeri olarak görülmelidir¹⁵. yTBK m. 367/III'de yenilenen kira sözleşmesi yasal bildirim süresine (yTBK m. 368/1) uyularak, her kira yılının sonu için feshedilebilir. Sözleşmede feshi ihbar süresi bakımından taraflar örneğin sekiz ay gibi farklı bir süre öngönnüşlerse, uzamış belirli süreli sözleşmenin olağan feshi için de bu süre geçerli olmalı, "kira yılı" ifadesinden mutlaka oniki aylık süre değil, taraflarca kararlaştırılan kira dönemi anlaşılmalıdır.

2. Sözleşmenin Feshi İhbar Yoluyla Sona Ermesi

A) Belirsiz Süreli Sözleşmelerde Feshi İhbar

Sözleşmenin olağan feshi, belirsiz süreli hasılat kirası sözleşmelerinin feshi ihbar yoluyla sona erdirilmesidir. Bu sona erme türünde öne çıkan hususlar, bir yandan sözleşmenin belirsiz süreli olması gereği¹⁶ diğer yandan da

¹⁵ -< >T iROBEL, s. 44 dn. 312, RGZ 107,300.

¹⁶ Ancak bkz. Y. 13. HD, T. 14.04.1987, E. 1987/590, K. 1987/2255: "[...] dilekçe içeriğinden, kiralanan kahvehanenin işletme ruhsatı ile hasılat kirası olarak, kiraya verildiği açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın çözümlenmesinde uygulanacak yasa maddeleri Borçlar Kanunu'nun hasılat kirasına ilişkin hükümleridir. Kira sözleşmesi 2 yıl süreyle düzenlenmiş ve 5.5.1985 tarihinde son bulmaktadır. Davacı, B.K. Md. 285 inci maddesine göre sözleşmenin son bulma tarihinde akdi fesih hak ve yetkisine sahiptir. Davacı akti fesih yönünden bu hakkını kullanmadığı gibi, anılan yasanın 287 nci maddesi uyarınca suküt ile akdi bir yıl daha yenilemiş bulunmaktadır [...]" ; Y. 1. HD, T. 25.10.1984, E. 1984/10813, K. 1984/10897: "[...] 1 yıl süreli hasılat kirası sözleşmesinin aktedildiğinde uyuşmazlık yoktur. Kira süresinin sonucunda ak.tin yenilenmiceği davacı tarafından da açıklandığına göre B.K.nun 285 inci maddesi hükmü gereğince kira sözleşmesinin sona erdiği ve bundan sonrası için yanlar arasında akdi ilişkinin varlığından söz edilemeyeceğine göre davalının fuzuli şağıl olduğunun kabulü zorunludur [...]" ; Y. 6. HD, T. 18.02.1983, E. 1983/1246, K. 1983/1265: "[...] Davacı Vedia ile davalı arasında yapılan hasılat kirası niteliğindeki kira anlaşması 1.9.1981 başlangıç Larihli ve bir yıl sürelidir. Akdin bitiminden evvel BK.nun 285. maddesi gereğince davalıya bir ihtar yapılmamıştır. 19.8.1982 tarihli ihtar akit süresi bittikten sonra yapılmış bulunmakla feshi ihbar niteliğinde kabul edilemez. Birinci akitde sözleşmede şart koşulan süre içerisinde feshi ihbar yapılmadığından ve ikinci akitde akit bittikten sonra yapıldığından BK.nun 287. maddesi gereğince akiller bir senelik bu milledetin hitamından 6 ay evvel ihbar suretiyle fesholuncaya kadar seneden seneye tecdit edilmiş sayılır. Bu bakımdan davacılar tarafından 16.9.1982 tarihinde açılan dava süresinde değildir. Davanın bu nedenle reddi gerekirken [...]" . Görüldüğü gibi Yargıtay, belirli süreli sözleşmelerin de feshi ihbar yolu

sözleşmeyi fesheden tarafın herhangi bir haklı nedene dayanmak zorunda olmaması, ancak buna mukabil, sözleşmenin derhal sona ermeyip, feshi ihbar süresince de ayakta kalması, bir diğer deyimle feshi ihbar tarihi ile bunun etkisini doğurduğu tarih arasında bir zaman dilimi bulunması gereğidir. Budurum, belirsiz bir süre için akdi ilişkiye giren tarafların, özellikle ekonomik içeriği olan hasılat kirası ilişkileri bakımından menfaatlerini koruyucu niteliktedir.

BK m. 285/I'de "müddet hakkında akit veya mahallı adet ile hilafına bir hüküm tayin edilmemiş ise iki taraftan her biri en aşağı altı aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla akdi feshetmek salahiyetini haizdir" denilmek suretiyle belirsiz süreli kira sözleşmesi taraflarının feshi ihbar hakkı düzenlenmiş bulunmaktadır. yTBK m. 368/I'de de aynı husus "belirsiz süreli sözleşmede, fesih bildirim süresi sözleşme veya yerel adetle belirlenmemişse, en az altı aylık bir bildirim süresine uyulmak koşuluyla, taraflardan her biri sözleşmeyi feshedebilir" şeklinde düzenleme bulmuştur. İki metin arasında, esasa ilişkin bir fark yoktur. yTBK sadece hükmün "belirsiz süreli" sözleşmeler hakkında uygulanacağını açıkça belirtmiştir.

Sözleşmenin olağan yolla sona erdirilmesi hususunda, BK m. 285/I'de aksi sözleşmede kararlaştırılmamış ve bu sebeple uygulanabilecek bir yerel adet de yoksa, asgarı altı aylık bir feshi ihbar süresi öngörülmüştür¹⁷. Söz konusu altı aylık süre (*Kündigungsfrist*)¹⁸ Kanun'un ifadesinden de anlaşılacağı üzere, uzatılabilen ancak kısaltılamayan nisbî emredici bir süredir¹⁹.

ile sona erdirilebileceği yönünde kararlar vermiştir ki, bu BK m. 285 ile bağdaşmadığı gibi. feshi ihbara ilişkin genel ilkelere de terstir.

¹⁷ Y. 13. HD, T. 12.05.1986. E. 1986/2132, K. 1986/2830: "[...] Yanlar arasında "hasılat kirası" sözleşmesi bulunduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Yanlar bu kira sözleşmesinin ne zaman sona ereceğini kararlaştırmamış olduklarına ve aksine mahallî adet de tesbit edilmediğine göre davacı 6 aylık ihbar süresi ile akdi sona erdirebilir (BK. m. 285) r...]".

¹⁸ Kavram hakkında bkz. GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 51 vd.

¹⁹ HIGI, Obligationenrecht, Art. 296 N. 18; aksi görüş, STUDER, in: Basler Kommentar-OR 1, Art. 296 N. 3; Y. 6. HD, T. 12.02.2008, E. 2007/13669, K. 2008/1289: "(...) Sözleşme içeriğinden davacının mermer ocağı işletmek için ruhsat aldığı sahanın bir kısmının kullanım hakkının davalı şirkete devredildiği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 248 ve rakip eden maddelerinde düzenlenen kira sözleşmesi taşınır veya taşınmaz bir malın ya da bir hakkın belli bir bedel karşılığında geçici bir süre için kullanılmasını sağlayan anlaşma olarak tanımlanabilir. Davada dayanan sözleşme ile de davacı, ruhsatını aldığı sahanın bir kısmını belli bir bedel karşılığında kendi adına mermer çıkarma faaliyetinde kullanması için davalı şirkete vermiştir. Sözleşme konusu taşınmazın nieliği ve sözleşmenin amacına göre taraflar arasında işletme ruhsatının devri sözleşmesi değil. Borçlar Kanunu'nun 270 ve takip eden maddelerinde düzenlenen hasılat kirası ilişkisi bulunduğu kabulü gerekir. Hasılat kirasına ilişkin süresiz sözleşmeler Borçlar Kanunu'nun 285. maddesi gereğince altı ay önceden ihbarda bulunularak feshedilebilir. Sözleşmenin 9 ve 15. maddeleri de bu çerçevede değerlendirilmelidir. Davalı 15. maddede

feshi ihbar varması gereken bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan²⁰ süre, ihbarın karşı tarafa vardığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır²¹. Ticari işletme kirasında feshi ihbarın TK m. 20/III'e (yTTK m. 1 8/3) uygun biçimde yapılması gerekir. Feshi ihbar, sözleşmenin tamamını kapsamalıdır. Kısmi fesih caiz değildir, yapılmamış sayılır²². Her ne kadar hükümde, fesih ihbarının yapılabileceği ve neticede etkili olacağı tarih bakımından (*Kündigungstermin*;²³ açıkça belli bir tarihe/döneme riayet mecburiyeti getirilmemiş hatta "diğer hasılat kiralalarında herhangi bir zaman ilin feshin ihbarı caizdir" denilmiş olsa da (BK m. 285/II; yTBK m. 368/m², MK m. 2 çerçevesinde örneğin bir sahil beldesindeki otel kirasında temmuz-ağustos aylarına tekabül edecek şekilde ya da kiracının yatırımlarının sonuçlarını göstermeye başladığı bir dönemde fesih ihbarında bulunulamamalıdır²⁵. Bir başka ifade ile olağan feshin, feshedenin herhangi bir haklı neden ileri sürmesini zorunlu kılmaması, bu hakkın nesnel bir dayanak olmaksızın her zaman kul-

sayılan koşulların gerçekleştiğini, üretimini durdurduğunu, 9. madde gereği ödemede bulunmasının gerekmediğini davacıya bildirmemiş, taşınmazdaki faaliyetini eylemli olarak sona erdirmiş olmakla sözleşmeyi haksız ve yöntemine uygun olmayan şekilde fesih ve taşınmazı terk etmiştir. Bu durumda mahkemece taraflar arasındaki sözleşme Borçlar Kanunu'nun hasılat kirası hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir[...]"

²⁰ TANDOĞAN, C. I/2, s. 200; DEMİRBAŞ, s. 36, 67-68.

²¹ Özellikle feshi ihbar süresinin Kanun'da öngörülen sürenin üstünde kararlaştırılmış olduğu hallerde, feshi ihbarın etkisini bunun postalandığı tarihte doğuracağının kararlaştırılması da mümkündür. Ancak altı aylık asgari sürenin söz konusu olduğu hallerde, sürenin kısaltılması yasağından dolayı anılan değişiklik yapılamaz, KOUER, in: Obligationenrecht, s. 443 N. 171.

²² HIGI, Obligationenrecht, Art. 296 N. 8; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 387.

²³ Kavram hakkında bkz. GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 55 vd.

²⁴ BK m. 285/11 (yTBK m. 368/II) ticari işletme kiralari bakımından önemsiz olsa da, ticari işletme niteliklerini haiz bir tarım işletmesinin hasılat kirasına verilmiş olması halinde uygulanma kabiliyeti kazanabilir. Bu durumda, aksine sözleşme yoksa, feshi ihbarın ilk ya da sonbaharda etkili olacak şekilde yapılması gerekir. Ancak bu kuralların feshi ihbar süresinde bir değişiklik yapmadığını (aksi kararlaştırılmamışsa ve yerel adet yoksa altı ay), sadece fesheden tarafa feshi ihbarda bulunabileceği ve fesih ihbarın etkili olacağı zamanı tayinde kısıtlama getirdiğini vurgulamak gerekir. Bundan başka ilk ve sonbahar mevsimlerinin tayininde takvim değil, yerel adetler, mevsim şartları belirleyici olacaktır, **karş.** CANSEL, s. 148.

²⁵ **Karş.** ALTAŞ, s. 262; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 379; KOLLER, in: Obligationenrecht, s. 443 N. 174; OPPENLANDER, s. 299; BK m. 285/I'in (yTBK m. 368n) 1 989 reformu sonrası haliyle muadilini teşkil eden İsviçre BK m. 296'da, tarafların anlaşmasından, yerel adetten ya da kiralananın konusundan farklı bir iradeye ulaşılmadıkça, feshi ihbarın etkili olacağı zamanın kural olarak fesheden tarafın ihtiyarında olduğu ifade edilmiştir, HIGI, Obligationenrecht, Art. 296 N. 24 vd.

lanılabileceği anlamına gelmez. Fesheden, fesih için herhangi bir neden göstermek zorunda olmamasına rağmen, bunun zamanını tayinde doğruluk ve güven ilkesi ile sınırlanmıştır²⁶. Bu yükümlülüğün ihlali, fesih ihbarını tek başına geçersiz kılmassa da, bu durum kiracıya, kiralayanın sözleşmeye aykırı (BK m. 272; yTBK m. 360) davranışına dayanarak, zararlarının tazminini isteme hakkı verir (BK m. 96; yTBK m. 1 I2). BK m. 286/III'de (yTBK m. 369/11) olağanüstü fesihte, kiracının tazminat ödenmeksizin kiralananı terke zorlanamayacağı açıklanmışken, olağan fesih yolunda zamansız yapılan feshin zararın tazmini talebi doğurmaması düşünülemez²⁷. Görüldüğü gibi tarafların olağan fesih ihtimalini ve kiralananın hasılat zamanı özelliklerini (malı yıl sonu, sezon sonu gibi) göz önünde tutarak, altı aydan daha uzun bir ihbar süresi kararlaştırması yerinde olacaktır²⁸. Örneğin kiracının önemli yatırımlar yapmış olduğu ya da kiralama işlemini başka bir işinin gerçekleştirilmesi, örneğin ihaleden kaynaklanan edimlerinin ifası için gerçekleştirmiş olduğu hallerde, sözleşmenin belli bir süre (örneğin ilk beş yıl) feshi ihbar yoluyla sona erdirilemeyeceği kararlaştırılabilir²⁹. Ancak bu son halde, sözleşmenin belirli süreli olduğunun savunulması da mümkündür³⁰. Belirsiz süreli sözleşmede feshi ihbarın sözleşmede tamamen yasaklanması ise batıldır (BK m. 19/II, 20/1; yTBK m. 2711)³¹. Bunun gibi feshi ihbarın, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olaya bağlandığı ve sözleşmenin kurulmasından itibaren uzun bir süre geçmesine rağmen bu olayın gerçekleşmediği hallerde, tarafların BK m. 285/1'deki (yTBK m. 368/I) olağan fesih hakkının bulunduğu kabul edilmelidir³².

Feshi ihbar süresinin sona ermesi ile hasılat kirası sözleşmesi sona erecektir. Sürenin hesabında, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, BK m. 76/1 b. 3'e (yTBK m. 92/1 b. 3) riayet edilmelidir. Feshi ihbar ileriye etkili (*ex nunc*) sonuç doğurur³³. Gerek BK'da ve gerek yTBK'da belirsiz süreli bir sözleşmede feshi ihbar süresinin dolmasına rağmen, kiracının karşı tarafın açık muhalefeti olmaksızın kullanıma ve işletmeye, kiralayanın da kiralayı tahsile devam etmesi durumunda sözleşmenin akıbetini düzenleyen bir hüküm yoktur. Kanaatimizce bu ihtimalde taraflar arasında belirsiz süreli yeni bir sözleşmenin kurulduğu sonucuna varmak gerekir.

²⁶ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 296 N. 29.

²⁷ Karş. *ALTAŞ*, s. 308.

²⁸ *ALTAŞ*, s. 309.

²⁹ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*. § 581 N. 383; *TANDOĞAN*, C. U2, s. 202.

³⁰ Karş. *TANDOĞAN*, C. U2, s. 201.

³¹ *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 202.

³² *TANDOĞAN*, C. U2, s. 202.

³³ *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 200.

Kiracının en geç sürenin dolduğu tarihte kiralananı kiralayana iade etmesi gerekir. Bunun gerçekleşmemesi halinde tahliye davası açılabilir gibi İİK m. 269-269d hükümleri uyarınca ilamsız tahliye takibi de yapılabilir. Ancak özellikle uzun süren bir ticari işletme kirası ilişkisinde aynen kiralayanın kiralananı kiracıya devrettiği tarihte olduğu gibi, kiralananın kiralayana iadesinde de, kiracının kiralayanı, işletmenin ve müşteri çevresinin son durumu hakkında ayrıntılı bilgilendirmesi için, açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi, belli bir geçiş döneminin olduğu kabul edilmelidir³⁴. Bir başka ifade ile tarafların tarihlere birebir riayet etmesi, ilişkinin sona ermesi ve tasfiyesi amacına aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

B) Sözleşmenin Haklı (Önemli) Nedenlerle Feshi İhbarı

Taraflardan ya da dış şartlardan kaynaklanan nedenler, sürekli borç ilişkisi doğuran hukuki ilişkilerin sürdürülmesini çekilmez hale getirebilir. Bu durumda, belirli ya da belirsiz süreli olup olmadığına bakılmaksızın, sürdürülmesi taraflarından beklenemez hale gelen bir sözleşme ilişkisi derhal sona erdirilebilir. Bu gibi haklı nedenler ortaya çıktığında, ilişkiyi sürdürmesi kendisi bakımından kabul edilemeyecek derecede zorlaşmış olan taraf, karşı tarafa feshi ihbarda bulunmak zorunda olmaksızın sözleşmeyi derhal sona erdirebilir. Haklı nedenin ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmaması fesih hakkı bakımından değil, bunun malı sonuçları açısından önemlidir.

"Mühim sebeplerden dolayı fesih"³⁵ kenar başlığını taşıyan BK m. 286 ise (yTBK m. 369) yukarıda işaret edilen genel esaslardan kısmen ayrılarak, hasılat kirasına özgü (ancak karşı. BK m. 264; yTBK m. 331) özel bir haklı nedenle feshi ihbar (olağanüstü feshi ihbar) yöntemi öngörmüştür³⁶. Ancak anılan hüküm kendi içinde çelişkiler taşımakta³⁷ ve uygulanması yorumu gerektirmektedir. BK m. 286 (yTBK m. 369) esasen belirli süreli hasılat kirası sözleşmelerinin³⁸, bu süre dolmamasına rağmen sözleşme ilişkisinin sürdü-

³⁴ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 313.

³⁵ ARPACI'nın da yerinde olarak işaret ettiği gibi, kenar başlığında yer alan "mühim sebepler" ifadesinin "haklı sebepler" olarak anlaşılması da mümkündür, Kira Hukuku, s. 144.

³⁶ TANDOĞAN, BK m. 286'da "fesih" (*Rücktritt*) ifadesi kullanılmış olmasına rağmen, bunun feshi ihbar sürelerine uyularak gerçekleştirilebilecek olmasından hareketle, Kanun'da aslında gerçek anlamda bir feshin değil, dönemleri olmayan ve sözleşmeyi sürenin bitiminden önce sona erdirmeye imkan veren bir feshi ihbarın öngörüldüğüne işaret etmiştir, C. V2, s. 233. Açıklama yTBK m. 369 bakımından da geçerliliğini korumaktadır.

³⁷ ALTAŞ, s. 263.

³⁸ BK m. 286/1'de yer alan "birden ziyade seneler" ifadesinden de anlaşıldığı gibi, belirli süresi iki yıldan az olan hasılat kirası sözleşmelerinin haklı nedenle feshi ihbarı mümkün değildir. Bir başka ifade ile haklı nedenle sona erdirilecek belirli süreli sözleşmenin süre-

rülmesini çekilmez hale getiren haklı nedenlerin vukuu sebebiyle süresinden önce sona erdirilmesinin şartlarını düzenlemeye matuftur³⁹. Ancak salt metinden hareket edilecek olursa bu durum belirsiz süreli sözleşmelerin de haklı nedenlere dayanılarak feshedilmesine (feshi ihbar) engel değildir. Örneğin belirsiz süreli bir sözleşmede feshi ihbar süresinin sözleşme ile uzatılmış olduğu, geçici ya da sürekli olarak yasaklanmış olduğu, ancak feshe dayanak teşkil edecek haklı nedenlerin de bulunduğu hallerde, tarafların BK m. 286'dan (yTBK m. 369) istifade etmeleri mümkün olmalıdır⁴⁰. BK m. 286 (yTBK m. 369) ile m. 285 (yTBK m. 368) arasındaki tek fark, ilkinde bir haklı nedenin varlığın şart olması ve bununla beraber tazminat ödeme zorunluluğu getirilmiş bulunmasıdır. Bu açıdan, BK m. 286'da da (yTBK m. 369) kanunı feshi ihbar süresine riayet mecburiyeti öngörüldüğü göz önünde tutulursa, feshi ihbar sürelerinde sözleşme ile herhangi bir değişikliğin yapılmadığı durumlarda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiracı ya da kiralayanın BK m. 285/I'e (yTBK m. 368/I) göre feshi ihbarda bulunması daha yerinde olacaktır⁴¹. Hatta *GAUCH'un* da işaret ettiği gibi sözleşme her iki durumda da nasıl olsa feshi ihbar süresinin dolmasında sonra sona ereceğinden, belirsiz süreli sözleşmeler için haklı nedenle feshin düzenlenmesi esasen gereksiz görülmüştür. Yazar ayrıca bu tür sözleşmeler için haklı nedenle

si de en az iki yıl olmalıdır, bkz. *GAUCH*, Beendigung von Dauervertragen, s. 188. 195. yTBK m. 369'da haklı nedenle fesih bakımından belirli süreli-belirsiz süreli sözleşme ayırımına son verildiğinden, bu "sorun" da kendiliğinden ortadan kalkmıştır.

³⁹ *TANDOĞAN*, C. U2, s. 230-231; *GAUCH*, Beendigung von Dauervertragen, s. 188; *ALTAŞ*, s. 253-254. BK m. 286'nın (yTBK m. 369) belirli süreli sözleşmelerin haklı nedenle süresinden önce sona erdirilmesini konu edinmesi karşısında, esasen "belirli süreli sözleşmelerin sonaerdirilmesi" başlığı altında ele alınması daha yerinde olsa da (bkz. örneğin *ALTAŞ*, s. 253 vd.), yTBK m. 369, olağanüstü fesih bakımından artık belirli süreli-belirsiz süreli sözleşme ayırımını kaldırdığından ve tazminat konusunda hakime geniş takdir yetkisi verdiğiinden, konunun "sözleşmenin feshi ihbar yoluyla sona ermesi" başlığı altında incelenmesi tercih edilmiştir.

⁴⁰ *BUCHER*, E.: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zilrich, 1988, s. 177; *TANDOĞAN*, C. U2, s. 231; *TUNÇOMAĞ*, s. 311; *ARPACI*, Kira Hukuku, s. 144; *KARAHASAN*, s. 981-982; *ÖZTÜRK*, s. 296; ayrıca bkz. *ALTAŞ*, s. 309; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINOERS*, § 581 N. 396; BK m. 286'nın adi kiraya ilişkin muadil hilmü hakkında aksi yönde, *YAVUZ*, s. 344; *TUNABOYLU*, s. 422.

⁴¹ *GAUCH*, Kanun'da haklı nedenle feshin sadece belirli süreli kira ve hasılat kirası sözleşmeleri için öngörülmüş ve belirsiz süreli sözleşmeler hakkında bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olmasının, kanun koyucunun bilinçli susması (*beredtes Schweigen*) olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu hususta doldurulacak bir boşluk bulunmadığını, bu yüzden de Kanun'un belirsiz süreli sözleşmelerin haklı nedene dayanarak feshi ihbar yolunu zımni olarak kapattığını ifade etmektedir, *Beendigung von Dauervertragen*, s. 194-195. Ancak bu görüşe bir an için iştirak edilse bile, haklı nedenle feshin engellenmiş olmasının bizzat haklı nedenleri ortadan kaldırmayacağı da bir gerçektir. Bu sebeple İsviçre-Türk BK'larının bu konudaki çözümlerinin, yanlış varsayımlara dayandığını söylemek mümkündür.

fesih düzenlemeleri yapılmasının, feshi ihbar sürelerinin kaldırılması, bir başka ifade ile derhal feshe izin verilmesi halinde anlamlı olabileceğini yine isabetli ifade etmiştir⁴². Bu bağlamda belirtilmelidir ki, belirsiz süreli bir hâsılat kirası sözleşmesinde BK m. 286'ya (yTBK m. 369) dayanarak, haldî (önemli) nedenlerle feshi ihbara başvurulduğunda, karşı taraf tazminat talebinde bulunamamalıdır. Zira BK m. 286'nın her üç fıkrasında da (yTBK m. 369/II) bahsedilen tazminatın, feshi ihbarın karşı tarafının belirli süreli sözleşmenin sürenin dolmasından önce sona erdirilmesinden kaynaklanabilecek zararlarının giderilmesi amacıyla, bilhassa da ortaya çıkmasında her iki tarafın da kusurunun bulunmadığı haklı nedenler gözetilerek öngörülmüş olduğu kabul edilmelidir⁴³. Aksinin kabulü, karşı tarafın kusuru ile neden olduğu bir haklı nedene dayanarak feshi ihbarda bulunan tarafı, tazminat ödeme yükümü ile karşı karşıya bırakmak anlamına gelir ki, kanun koyucunun bunu öngörmüş olması hukukun genel adalet ilkeleri ile bağdaştırılamaz. Bu açıklamalar çerçevesinde, belirsiz süreli sözleşmelerde, somut olayda haklı nedenlerin de bulunduğu hallerde feshi ihbarda bulunan tarafın BK m. 285/I'e (yTBK m. 368/1) ya da BK m. 286/I'e (yTBK m. 369/I) dayanma hususunda bir seçimlik hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Her iki halde de haklı neden, karşı tarafın kusuru ile ya da ikisinin de kusuru olmaksızın ortaya çıkmışsa feshi ihbarda bulunanın tazminat ödeme yükümü yoktur.

yTBK m. 369, olağanüstü feshin⁴⁴ alt türlerinden biri olarak ele aldığı "önemli sebeplerle" feshi ihbarın hükümlerini, adi kiraya ilişkin yTBK m. 331'i örnek alarak çok büyük oranda değiştirmiştir⁴⁵. yTBK m. 369, "ta-

⁴² GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 188, 191, 193. Ne var ki Yazar'ın bu dileği 1989 reformu ile İsviçre'de gerçekleşmediği gibi, yTBK da bunu izlemiştir.

⁴³ Esasen BK m. 286'da (yTBK m. 369) tazminat yükümünden açıkça bahsedilmesi, davacı tarafın talep hakkının hukuksal dayanağının açıkça ortaya konulmuş olması dışında bir anlama sahip değildir. Belirli süreli sözleşmesi, süresinden önce feshedilen taraf genel nitelikli sözleşmeyi ihlal, temerrüd ve hatta haksız fiil hükümlerine dayanarak da tazminat talebinde bulunabilirdi.

⁴⁴ yTBK m. 369 vd.'nın kenar başlığı olarak kullanılan "olağanüstü fesih" ifadesinin, hükümde derhal feshin değil, sadece feshi ihbarın öngörülmüş olması karşısında, yerinde olduğu söylenemez. Belirli süreli sözleşmelerde sürenin geçmesinden önce feshi ihbara izin verilmiş olması, belirli bir "olağanüstülük" taşısa da, belirsiz süreli sözleşmeler bakımından bunun söylenmesi mümkün değildir, zira bunlar feshi ihbar süresine riayet edilerek haklı bir neden olmasa da her zaman feshedilebilir.

⁴⁵ yTBK m. 331 gerekçesinden: "[...] 818 sayılı Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinden farklı olarak kira sözleşmesinin belirli süreli taşınmaz kirası olması aranmadığı gibi, böyle bir fesihte istenecek maddi tazminat ve tutarı ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş; aynı zamanda kiracının kiralananı boş olarak teslimi için tazminatın ödenmesi gerektiğine ilişkin hüküm de alınmamıştır. Ancak hakime, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlama yetkisi verilmiştir. Böylece kiralananın niteliğine bakılmaksızın tüm kira sözleşmeleri bakımından genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda, taraflardan her biri, fesih bildiriminin, fesih dö-

raflardan biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir (fıkra 1). Hakim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildirimimin parasal sonuçlarını karara bağlar (fıkra II)" şeklindedir. Görüldüğü gibi olağanüstü fesih belirli süreli ürün kirası sözleşmelerine özgü olmaktan çıkartılmış ve feshin maddi sonuçları hususunda karmaşık ve belirsiz bir ifadeye sahip BK m. 286'dan farklı olarak açık bir tazminat zorunluluğu getirmeksizin hakime oldukça geniş bir takdir yetkisi verilmiştir⁴⁶. Bu yenilik, feshi ihbarda bulunabilme ile bunun malı sonuçlarının birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerekliliği ile de uyum içindedir.

BK m. 286 ve yTBK m. 369 çerçevesinde haklı nedenlerle feshi ihbarda bulunulabilmesi için aranan şartlar şu şekilde sıralanabilir⁴⁷:

i) *BK m. 286'ya göre sözleşme kural olarak belirli süreli akdedilmiş olmalıdır.* Ancak yTBK m. 369 haklı nedenlerle feshi ihbarı, belirli süreli sözleşmelere özgü bir sona erme nedeni olmaktan çıkarmış ve belirsiz süreli sözleşmelerin de yTBK m. 369'a göre feshi ihbar edilebileceğini ifade etmiştir. Ancak bu değişikliğin, yine en az altı aylık feshi ihbar süresi öngören, ancak herhangi bir neden ileri sürme şartının bulunmadığı yTBK m. 368/1'e göre önemli bir uygulama farklılığı getirmesi beklenmemelidir. Bunun istisnasını, yTBK m. 368/1'deki altı aylık sürenin sözleşme ile uzatıldığı haller teşkil edebilir.

ii) *Sözleşme ilişkisinin sürdürülmesini imkansız kılan bir nedenin (haklı nedenin) varlığı:* BK m. 286'nın uygulanabilmesi için bir "neden" bulunması gerektiği gibi, bu neden, taraflardan en az birinden sözleşmeyi sürdürme-

nemlerinin sonu itibarıyla yapılması zorunluluğu olmaksızın, Tasarının 367 nci maddesinde öngörülen sürelerle uyarak, kira sözleşmesini sona erdirebilecektir [...]", <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, s. 148.

⁴⁶ STUDER, in: Basler Kommentar-OR 1, Art. 297 N. 3.

⁴⁷ Y. 3. HD, T. 18.09.2001, E. 2001/6667, K. 2001n872: "Önemli nedenlerden dolayı kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için; belli bir süre için kurulmuş bir adi kira veya birden çok yıl için yapılmış bir hasılat kirası olmalı, adi kira sözleşmesinin ise taşınmaz kirasına ilişkin bulunmalı ve de kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren önemli nedenler ortaya çıkmalıdır. Önemli nedenler, sözleşmenin kurulması anında tarafların sözleşmeye temel olarak kabul ettikleri kişisel veya maddi şartlarla ilgili nedenlerdir. Bunlar, sözleşmenin devamı esnasında ortaya çıkabileceği gibi daha başlangıcında da kendisini gösterebilir. Ote yandan önemli nedenler, bunları ileri süren bakımından, sözleşmeye devamın çekilmez hale geldiği iyiniyet kurallarına göre kabul edilebilecek nedenler olmalıdır. Hakim, önemli nedeni kendiliğinden gözönüne alamaz; o halde önemli nedenin varlığı ve ne olduğu sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafça belirtilmelidir. Önemli neden ortaya çıkınca BK. mad. 262 veya 285'teki feshi bildirme sürelerine uyularak fesih beyanında bulunulmalıdır"; aynı yönde Y. 3. HD. T. 17.04.2001, E. 2001/3174, K. 2007/3492.

sini, taraf iradeleri ile sözleşmenin konusu ve amacı dikkate alındığında MK m. 2 çerçevesinde beklenemez hale getirmelidir. Tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaçları imkansızlaştıran ya da olağanüstü derecede zorlaştıran nedenlerin varlığı halinde, sözleşmenin sürdürülmesinin çekilmez hale geldiği kabul edilebilir⁴⁸. Bu çerçevede kiracının hareketinin, kira bedelini ödememe, kiralananı işletme ve iyi halde muhafaza borcuna aykırı davranma, ölüm, tüzel kişiliğin son bulması ya da iflas gibi sözleşmenin zaten sona ermesini gerektiren özel düzenlenmiş hallere ilişkin olduğu, feshi ihbarda bulunanın haklı nedenin ortaya çıkmasında kusurlu olduğu ve haldı nedenin önceden öngörülmesinin mümkün olduğu hallerde BK m. 286 uygulama bulamaz⁴⁹. Bunun gibi salt kiranın yüksek olması da sözleşmenin haklı nedenle feshi ihbarı için geçerli bir neden olarak kabul edilemez. Kiracı bu durumda öncelikle kira tespit davası açmalıdır⁵⁰. Gerçekten de haklı nedenin ortaya çıkmasına ve sözleşmenin sürdürülmesinin dayanılmaz hale gelmesine kendi kusuruyla neden olan tarafın BK m. 286'ya (yTBK m. 369) dayanarak feshi ihbarda bulunamaması gerekir. Böyle bir durum ortaya çıktığında ise kiracının BK m. 272, 101/I, 106/I, 96 (yTBK m. 360, 117/I, 123, 126) uyarınca mehil tayin ederek kiralayanın borca uygun davranmasını ihtar ettikten sonra, buna riayet edilmediği takdirde de aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebileceği gibi, doğrudan sözleşmeyi feshederek müspet zararlarının giderilmesini de talep edebilir⁵¹. Aynı şekilde feshi ihbarda bulunan taraf kiracı ise, kiralayan BK m. 289 çerçevesinde hareket edebilir. yTBK m. 357 vd., BK m. 289'a muadil bir hüküm içermediğinden genel hükümlere (yTBK m. 360, 123, 126, 112) göre hareket edilmelidir. Bu durumun da gösterdiği gibi özel ve işlevsel bir hüküm olan BK m. 289'un tamamen kaldırılması yerinde olmadığı tekrar vurgulanmalıdır.

Haklı nedenler genel olarak, tarafların sözleşmenin kurulmasına ilişkin kararlarına temel teşkil etmiş olan kişisel ya da maddi hususlarla ilgilidir⁵². Bir durumun haklı neden olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği feshi ih-

⁴⁸ ALTAŞ, s. 254

⁴⁹ Karş. TUNÇOMAĞ, s. 311; TANDOĞAN, C. U2, s. 232; CANSEL, s. 137; ARPAC/, Kira Hukuku, s. 145; BGE 122 III 262, 266; Y. 14. HD, T. 03.05.2005, E. 2004/9919, K.4220: "[...] Taraflar esasen 26.4.2000 tarihli sözleşmeyi yaparken de işyeri merkezinin açılışında gecikme olabileceğini kabul ettiklerinden sözleşmenin feshi için başkaca bir sebep bildirmeyen davacı kiracı tarafından açılan davanın reddi yerine [...] doğru olmamıştır", ÖZTÜRK, s. 333-334.

⁵⁰ Karş. ZEVKLİLER, Borçlar Hukuku, s. 235.

⁵¹ ALTAŞ, s. 270-271. Sorun, eserde "kiralayanın temerrüdü" başlığı altında ele alınmıştır. Ancak Yazar'ın, BK m. 289'un kıyasen uygulanarak, bundan kiracının da istifade edebilmesi gerektiği görüşünü savunmuş olduğu da belirtilmelidir, s. 260: OPPENLANDER, s. 302.

⁵² TANDOĞAN, C. U2, s. 232.

bar sırasında tarafların takdirinde olan bir husustur. Sözleşmenin amacı, taraflar arası ilişkiler ve MK m. 2, bu çerçevede dikkate alınması gereken kısıtlar olarak anılabilir⁵³. Hakim ileri sürülen olguların haklı neden teşkil edip etmediğini MK m. 4'e göre olarak takdir edecektir⁵⁴. Kiracının ticari işletmeyi, kararlaştırılana göre nitelik veya nicelik bakımından yetersiz biçimde işletmesi ve bu durumun da işletmenin eski verimli haline dönebilmesi için kiralayanın kira ilişkisinin sona ermesinden sonra işletmeye büyük miktarlarda yatırım yapmasını zorunlu kıldığı hallerde haklı nedenin varlığı kabul edilir⁵⁵. Pazardaki rekabet şartlarında meydana gelen esaslı değişikliklerin, işletme (üretim ve/veya ticaret) yönteminde değişiklikler yapılmasını zorlamasına rağmen, kiralayanın bunlara rıza göstermemesi, kiracı bakımından haklı neden teşkil edebilir. Ancak kiralayanın, kiracının yetersiz bir işletmecilik örneği sergilediği halde, işletmede talep ettiği değişikliklere karşı çıkması haklı neden olarak görülemez. İşletmenin hasılat kabiliyetinin, sözleşmenin akdi sırasında bilinmeyen ve objektif olarak da öngörülemeyen nedenlerle, tamamen ortadan kalkmış ya da önemli ölçüde azalmış olması da, kiracı bakımından bir haklı neden teşkil edebilir. İşletme, kiracı tarafından alınacak tedbirlerle hasılat kabiliyetini yeniden kazanabilecekse haklı nedenden söz edilemez. Ancak, kira miktarı ya da sözleşmenin kalan süresi göz önünde tutulduğunda söz konusu yatırımlar kiracıya yüklenemeyecek kadar yüksek hatta bunun ekonomik yıkımına sebep olacak nitelikte ise, kiracı haklı nedene dayanarak feshi ihbarda bulunabilir. Bundan başka taraflar arasındaki ilişkilerin kötü olması, sözleşmenin ekonomik amacına ulaşması, bunların karşılıklı ve sıkı işbirliğini gerektirmediği takdirde tek başına haklı neden oluşturmaz⁵⁶. Feshi ihbarda bulunan tarafın kendisine yüklenebilecek, işletmecilik karar ve işlemlerinden kaynaklanan ekonomik güçlükler de haklı neden olarak görülemez⁵⁷. Buna karşın örneğin yabancı turistlere hitap eden bir otelin siyasal karışıklıklar nedeniyle orta ve uzun vadede müşterisiz kalacağını açık olduğu hallerde kiracı bakımından bir haklı nedenin varlığı kabul edilebilir⁵⁸. Mal ve hizmetlerini tamamen yurtdışına satan bir işletme kiralandığında, tamamen objektif nedenlerle Türkiye'de konulmuş olan ihracat yasağı ya da ithalatçı ülkelerin uyguladıkları ithalat yasaklarının haklı neden olarak kabul edilebilmesi için, kaybedilen pazarların başka suretlerle telafi edilememiş olması gerekir. Bunun gibi örneğin mevzuat ya da imar planı

⁵³ *TANDOÖAN*, C. 1/2, s. 232; *ARPAC*/, KiraHukuku, s. 144.

⁵⁴ *UNDENMEYER*, s. 141; *ARPAC*/, KiraHukuku, s. 144; *ALTAŞ*, s. 309-310.

⁵⁵ *HIG*!, *Obligationenrecht*, Art. 297 N. 9.

⁵⁶ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 408; *HIG*!, *Obligationenrecht*, Art. 297 N. 11; *CANSEL*, s. 137-138.

⁵⁷ *HIG*!, *Obligationenrecht*, Art. 297 N. 10 vd.; *CANSEL*, s. 137-138.

⁵⁸ Karş. *TANDOÖAN*, C. 2/2, s. 233.

değişiklikleri nedeniyle veya kiralayana yüklenebilecek diğer sebeplerle işletmenin faaliyetlerinin tamamen ya da önemli ölçüde sınırlanmış olması, kiracı bakımından⁵⁹; kiracının yasal ya da yargısal nedenlerle işletme yeteneğini, fiilen ve/veya hukuken sürekli biçimde kaybetmiş olması da kiralayan bakımından haklı neden teşkil edebilir. Kiracının işletme faaliyetlerini tamamen veya önemli ölçüde engelleyen ve iyileşmesi mümkün olmayan ya da uzun sürecek herhangi bir hastalığa ya da bir meslek hastalığına yakalanmış olması da haklı neden teşkil edebilir⁶⁰. Kiralayanın kiracı ve/veya işletme hakkında kiracının kişisel ya da ticari itibarını zedeleyici nitelikte asılsız dedikodular yayması, adli ve idari mercilere şikayetlerde bulunması, davalar açması, gerçek olmayan alacak talepleri ile işletme unsurlarına ve hasılatına haciz koydurması, gerçek olmayan borçları için üçüncü kişileri işletme üzerinde haciz işlemleri yapmaya sevketmesi halinde de haklı nedenin bulunduğu kabul edilmelidir⁶¹. Kiracının, sözleşmede açıkça yasaklanmış ya da kiralayana görüşü sorulduğunda rızası olmadığını beyan etmiş olmasına rağmen işletmeyi alt kiraya vermesi ya da başka şekillerde üçüncü kişilere işlettiirmesi de kiralayan bakımından haklı neden oluşturur. Keza kiralayanın BK m. 284/II'ye (yTBK m. 366/1 c. 2) uygun kiralamalara müsaade etmemesi de kiracı bakımından haklı neden teşkil edebilir. Gerek BK ve yTBK kiracının ya da kiralayanın kısıtlanmasını, hasılat kirası sözleşmesinin önemli sebeplerle sona ermesi nedenleri arasında saymamışlardır (ancak karş. BK m. 288-291; yTBK m. 362/11, 370,371). Ancak ticari işletme kirasının, kiracının kişiliği ve işletme becerileri göz önünde tutularak yapıldığı göz önünde tutulursa, kiracıya vasi atanması halinde işletmecinin fiilen değişmesi, kiracının işletme bakımından birçok önemli işlemi artık tek başına yapamaz hale gelmesi gibi bir durumla karşı karşıya kalınacaktır ki (karş. MK m. 462-463), bu durumun işletmenin hasılat kabiliyetine yansımaması düşünülemez. Bu durumun ise, sözleşmenin akdi sırasında özellikle kiralayan tarafından esas alınan unsurlarda çok önemli bir değişiklik yaptığı açıktır. Hal böyle olunca kiracının kısıtlanmasını da, BK m. 286 (yTBK m. 369) çerçevesinde bir haklı neden saymak gerekir. Aynı sonuca kendisine yasal danışman atanmış olan kişiler bakımından varmak da mümkündür (MK m. 429). Ancak kiracının bir tüzel kişi olması ve örneğin yönetim organı yokluğu ya da fiili ve/veya hukuki nedenlerle yönetilemiyor olması sebebiyle kendisine MK m. 427 b. 4

⁵⁹ Karş. *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 402.

⁶⁰ *INDENMEYER*, s. 147; *KLEIN-BLENKERS*, s. 318; *ALTAŞ*, s. 310.

⁶¹ Karş. *CANSEL*, s. 138. Kiralayanın, gerçek olmayan alacak talepleri ile işletme unsurlarına ve hasılatına haciz koydurması, gerçek olmayan borçları için üçüncü kişileri işletme üzerinde haciz işlemleri yapmaya sevketmesi hallerinin, aynı zamanda BK m. 272'de (yTBK m. 360) düzenlenen "kiralananı kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve bulundurma" borcuna aykırılık teşkil edeceği de açıktır.

uyarınca yönelim kayyımı atanmış olduğu hallerde, derhal bir haklı nedenden bahsetmek mümkün değildir. Bu durumun kiracı tüzel kişinin işletmecilik faaliyetlerine olumsuz yansımaları olup olmayacağını beklemek gerekir.

Gerek BK m. 286 ve gerek yTBK m. 369'da "çekilmez" hale gelme şartı aranmıştır. Kanuna ve sözleşmeye aykırılığın derecesi, ne zamandır sürdüğü ve daha ne kadar süreceği, bir kusurun varlığı ya da yokluğu ve bunun derecesi, tekrarlanma ihtimali, aykırılığın ortaya çıkarttığı maddi sonuçlar ile durumun yeniden kanuna ve sözleşmeye uygun hale getirilebilmesi için yapılması gereken harcamaların miktarı ve bunların artış eğiliminde olup olmadığı, tarafların durumun kanuna ve sözleşmeye uygun hale getirme imkanlarının olup olmadığı, muhtemel bir feshin sonuçları ile fesihden önce başvurulması mümkün ve sonuçları feshe göre daha hafif önlemler olup olmadığı, "çekilmezlik" şartının takdirinde rol oynayacak hususlardır⁶².

Fesheden taraf haklı nedenin ne olduğunu feshi ihbarda bildirmelidir. Karşı tarafın ya da hakimin bunun ne olduğunu araştırması ve ortaya çıkartması beklenemez⁶³. Bu çerçevede haklı nedenle feshi ihbarın şartlarının oluştuğunu (haklı nedenin varlığını, türünü, "çekilmezlik" şartını), feshi ihbar süresini ve bildirimin yapıldığının ispatı yükünün feshi ihbar eden tarafta olduğu ifade edilmelidir 4.

Haklı nedenin bulunup bulunmadığı ve türü, feshi ihbar beyanının karşı tarafa ulaştığı andaki duruma göre tespit edilir. Bildirilen hususların daha sonra ortadan kalkmış ya da değişmiş olması önemli değildir. Gerçekte hiçbir haki ı bir neden olmaksızın ya da ileri sürülen neden haklı değil iken veya haklı nedenin bu tarihte ileri sürülmesinin MK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği hallerde, geçerli bir "haklı nedenle feshi ihbardan" ve bunun kendisine özgü hukuki sonuçlarından bahsedilemese bile, feshi ihbarda bulununan tarafın sözleşmeyi sona erdirme iradesi kesin ve bu karşı tarafa da tereddütsüz anlaşılabilir nitelikte ise, açıklanmış olan feshi ihbar iradesinin BK m. 285'e (yTBK m. 368) uyan bir ihbar ya da ikale anlaşması⁶⁵ için icap (öneri) olarak kabul edilmesi mümkündür⁶⁶. Ancak BK m. 286'ya (yTBK m. 369) göre yapılan olağanüstü feshi ihbarın, irade ile ilgili şartları gerçekleşmişse, BK m. 285' e (yTBK m. 368) göre yapılan olağan feshi ihbara tahvili, ancak belirsiz süreli sözleşmeler için geçerlidir. Belirli

⁶¹ KLEIN-BLENKERS, s. 315.

⁶³ TANDOĞAN, C. I/2, s. 233; bkz. ayrıca CANSEL, s. 138. Y. 3. HD, T. 18.09.2001, E. 2001/6667. K. 2001/7872: „Hakim, önemli nedeni kendiliğinden gözönüne alamaz; o halde önemli nedenin varlığı ve ne olduğu sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafça belirtilmelidir”.

◆ KLEIN-BLENKERS. s. 316.

⁶⁵ Bkz. EREN, s. 1210-1211.

⁶⁶ SONNENSCHNEIN. in STAUDINGERS, § 581 N. 409.

sürelî sözleşmelerde ise artık akdin sona erdiğinin kabulü gerekir. Ancak her iki halde de gerçekte hiçbir haklı bir neden olmaksızın ya da ileri sürülen neden haklı değil iken, BK m. 286'ya (yTBK m. 369) dayalı olarak feshi ihbarda bulunana karşı diğer tarafın tazminat haklarının saklı olduğu ise açıktır⁶⁷.

iii) *Kanunf feshi ihbar sürelerine riayet edilerek feshi ihbarda bulunulmalıdır*: Gerek adi kira hukukunda (BK m. 264; yTBK m. 331) ve gerek hasılat kirası hukukunda (BK m. 286; yTBK m. 369) feshe, haklı nedenler sebep olmuş olsa da tarafların sözleşmeyi *derhal sona erdirmelerine* müsaade edilmemiş ve yasal feshi ihbar sürelerine (BK m. 285/1; yTBK m. 368/I) riayet edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu nedenle "mühim sebeplerin mevcudiyetine kani olan taraf, akdi derhal feshedemez; karşı akidi durumdan haberdar etmek üzere bir ihbarda bulunmakla mükelleftir"⁶⁸. Ancak BK m. 288 (yTBK m. 362/II) ve m. 289'da öngörülen ve birer haklı neden olarak değerlendirilebilecek iki halde ise, derhal feshe imkan verilmiş olduğu hatırlatılmalıdır. Bunların da kiralayan bakımından derhal fesih hallerini öngördüğü, kiracı bakımından böyle bir imkana hiç yer verilmemiş olduğu dikkatten kaçmamalıdır. yTBK da bu durumda bir değişiklik yapmış değildir. Bu sonucun menfaatler dengesine ne kadar uygun olduğu ise tartışmaya açıktır.

Haklı nedenlerin varlığına rağmen derhal fesih yerine, özellikle hasılat kiralaları bakımından göreceli olarak oldukça uzun bir süre olarak kabul edilebilecek feshi ihbar süresine uyma zorunluluğunun öngörülmüş olması (*aufJerordentliche befristete Kündigung*), kanaatimizce teknik hukukî gerekçelikler ile değil, ancak hukuk politikası ile açıklanabilir⁶⁹. Nitekim Alman

⁶⁷ Y. 14. HD, T. 29.12.2005, E. 2005/9206, K. 2005/12506: "[...] Kira sözleşmelerinin ve bu arada kira ilişkisinin bir türü olan rödevans sözleşmelerinin de taraflardan birinin irade açıklamasıyla tek yanlı fesh edilebileceğinde tereddüt yoktur. Ancak, somut olayda sözleşme süresi dolmadan ve haksız olarak kiracı tarafından 7.7.1999 tarihinde fesh edildiğinden, haksız fesih nedeniyle kiralayanın ne gibi bir talepte bulunabileceği yönü üzerinde durulmalıdır. Bunun açıklığa kavuşturulabilmesi için de hasılat kirasına ilişkin Borçlar Kanunun 286 ve aynı doğrultudaki adi kiraya ilişkin 264. maddesindeki hükümlere bakmak gerekir. Her ne kadar Borçlar Kanunun 286. maddesi önemli sebeplerden dolayı feshin sonuçlarını düzenlemiş ise de, akdi önemli sebep olmadan-haksız fesheden-kimseden de yasada yazılı tazminatın kıyasen uygulanmak suretiyle istemesi mümkündür. Burada istenebilecek tazminat ise müspet zarar kapsamındaki sözleşmede kararlaştırılan kira kaybı alacağıdır. Davacı kiracının feshi haklı nedene dayanmadığına, sözleşme 28.12.1999 tarihinde bildirilen irade açıklaması ile kiralayan tarafından fesh edilmiş, böylelikle tarafların idaresi, bu tarihte fesihte birleştiğinden kiralayan davalı ve karşı davacı bu tarihe kadar olan rödevans alacağının ödetilmesini talep edebilir [...]").

⁶⁸ C'ANSEL, s. 136.

⁶⁹ GAUCH, sona erme zamanı bakımından muhtemel haklı nedenler arasından hiçbir fark gözetilmemiş olmasının, yanlış bir koruma düşüncesinden kaynaklandığını ifade etmiştir, Beendigung von Dauerverträgen, s. 184.

MK m. 594'e'de, m. 543 ve 569/I-II'ye yapılan atıfla, bazı haklı nedenlerin hasılat kirası sözleşmelerinin *derhal* feshine imkan vereceği açıkça öngörülmüş bulunmaktadır⁷⁰. Oysa hukukumuz bakımından haklı bir nedenin bu-

⁷⁰ Alman hukukunda 2002 reformu öncesinde de açık bir yasal düzenleme olmamasına rağmen, Alman MK m. 242'de düzenlenmiş olan doğruluk ve güven ilkesinden **hareketle**, kiracının kiralananı sözleşmeye aykırı biçimde kullanması ve işletmesi ile kiralayanın kiralananı kullanıma ve işletilmeye hazır halde teslim etmemesi ve bulundurmaması, kira bedelinin ödenmemesi ile kiralananın kiracının sağlığını olumsuz etkilemesi gibi hususlar derhal feshe imkan veren haklı nedenler olarak kabul edilmekteydi. *SONNENSCHNEID*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 400, Yazar bu bağlamda Alman MK m. 542, 544, 553-554, 554a'nın (2002 reformu öncesi metinler) hasılat kirası ilişkilerinde kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir; *OPPENLANDER*, s. 300-301; *STROBEL*, s. 44; *HARKE*, in: *MüKo-BGB*, § 581 N. 70; ayrıca bkz. *KLEIN-BLENKERS*, s. 314-315. 2002 reformu sonrasında Alman MK m. 594'e'nin açık göndermesi ile hasılat kiralana hakkında da kıyasen uygulanan m. 543 ve 569/I-II'ye göre derhal feshi mümkün kılan haller şu şekilde belirlenmiştir:

1. Somut olayın bütün özellikleri, bilhassa da tarafların kusurları dikkate alındığında ve karşılıklı menfaatler tartıldığında, sözleşme ilişkisini, feshi ihbar süresinin sonuna ya da başka bir nedenle sona ermesine dek sürdürmenin fesheden taraf için çekilmez hale geldiği durumlarda, haklı nedenin varlığı kabul edilir (m. 543/1).

2. Özellikle şu haller haklı neden sayılır: (m. 543/11)

a) kiralananın kullanımının kiracıya sözleşmeye uygun biçimde zamanında temin edilmemesi ya da sonradan geri alınması (m. 543/11 bend 1).

b) kiracının kiralananı, özenle kullanma ödevine aykırı biçimde kullanarak bunu tehlikeye atmak ya da yetkisiz olarak üçüncü kişiye devretmek suretiyle kiralayanın haklarını önemli derecede ihlal etmesi (m. 543/11 bend 2).

c) kiracının kiranın tamamının ya da önemli bir kısmının ödenmesinde üç ayı aşkın bir süredir temerrüde bulunması; kira bedelinin altı aydan daha kısa süreli dönemlerle hesaplanması halinde ise kiranın tamamının ya da önemli bir kısmının ödenmesinde birbirini izleyen iki vadede temerrüde düşmüş olması (m. 594e/II),

Kiralayanın daha önceden tatmin edilmiş olması halinde, fesih caiz değildir. Kiracının takas hakkına sahip olup da feshin bildiriminden itibaren gecikmeksizin takas beyanında bulunması halinde de yapılmış olan fesih geçersiz hale gelir (m. 543/11 bend 3).

d) Haklı neden kira sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanıyorsa, fesih ancak karşı tarafa sözleşmeye uygun davranması için tanınan sürenin sonuçsuz kalması ya da karşı tarafın ihtar edilmiş olması halinde mümkündür. Ancak süre tayininin ya da ihtarın sonuçsuz kalacağının açık olduğu haller ile karşılıklı menfaatler tartıldığında derhal feshin haklı olduğunun anlaşıldığı durumlarda karşı tarafa süre tayin etmeksizin ya da ihtarda bulunmaksızın derhal fesih mümkündür. Keza kiracının kira bedelinin ödenmesinde yukarıda açıklandığı şekilde temerrüde düşmüş olması hali de derhal feshin mümkün olduğu bir durumdur (m. 543/11).

e) Kiralananın kullanımının kiracının sağlığını önemli derecede tehlikeye düşürecek nitelikte olması, kiracı bakımından derhal fesih için haklı neden oluşturur. Sözleşmenin kurulması anında kiracının durumu biliyor ya da bundan doğan haklarını kullanmaktan feragat etmiş olması, derhal fesih hakkını ortadan kaldırmaz (m. 569/1).

f) Somut olayın bütün özellikleri, bilhassa da tarafların kusurları dikkate alındığında ve karşılıklı menfaatler tartıldığında, sözleşme ilişkisini, feshi ihbar süresinin sonuna ya da başka bir nedenle sona ermesine dek sürdürmeyi fesheden taraf için çekilmez hale getir-

lunmasına rağmen özellikle kiralayandan, kiralananı altı ay süreyle daha kiracının kullanım ve işletiminde bırakmasının istenmesi kesinlikle yerinde deAildir ve durumu kirlayan için daha da çekilmez hale getirmekten başka bir işlevi yoktur. Keza bir ticari işletme kirasında kirlayanın kiralananı **kira** süresince de kullanıma ve işletilmeye uygun halde bulundurma borcunu ağır ve sürekli biçimde ihlal etmekte olmasına rağmen kiracının altı ay daha bu duruma tahammül etmesini beklemek hiç şüphesiz yerinde değildir. Bu gerekçelerle, hasılat kiralarda haklı nedenle feshi ihbarlarda sürelerin gözden geçirilmesi ve taraflar arası ilişkilerin yoğunluğu karşısından tamamen kaldırılmasa, feshi ihbar, feshe dönüştürülmese de, örneğin kira akdinin süresine göre en çok üç ay olacak şekilde basamaklandırılması da kabul edilebilir bir çözüm olarak görülebilir. Bu çerçevede özellikle ziraı hasılat kiralaları düşünülerek, yerel adetlere riayet şartı da getirilebilir. Süreler konusunda kaynak İsviçre BK' dan ayrılmak, hukukumuz bakımından bir zarar oluşturmayacaktır. Bu yaklaşım yTBK döneminde, önemli sebeplerle feshi ihbarın artık belirsiz süreli sözleşmeler için de mümkün hale getirilmesi karşısında da tutarlı olacaktır. Hali hazırdaki düzenleme, feshi ihbarda bulunan tarafı, kiralananın erken tahliyesi için karşı tarafın tazminat talepleri, belki "şantajı" ile karşı karşıya bırakacak özelliktedir (karş. BK m. 286/III). yTBK m. 369/II'nin de uygulamanın pratik ihtiyaçlarına karşılık verecek özellikte olduğu söylene-
mez.

BK m. 286/I'de "[...] mucir akdin icrasını⁷¹ tahammül edilmez bir hale getiren sebepler hudusunda iki taraftan her biri [...] ve kanuni müddetlere riayet etmek şartıyla akdi hitamından evvel feshedebilir" denilmiş olması karşısında öncelikle olağanüstü feshi ihbardaki ihbar süresinin tespit edilmesi gerekir. Feshi ihbar süresi hususunda kaynaklık edecek norm, BK m. 285/1'dir⁷². BK m. 285/I'e göre ise sözleşmenin "akit veya mahallı adet ile hilafına bir hüküm tayin edilmemiş ise en aşağı altı aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla" feshedilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre haklı nedenle feshi ihbarda bulunan taraf, varsa sözleşmede⁷³ ya da yerel adette belirlenmiş olan, yoksa da altı aylık feshi ihbar süresine uyarak her zaman (karş. BK m. 285/11 2. yarım cümle; yTBK m. 369/1) feshi ihbarda bulunabilecektir⁷⁴. Bi-

diği takdirde, taraflardan birinin kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara saygı gösterme borcunu etkileri daha sonra da görülecek biçimde ihlal etmesi, haklı neden sayılır (m. 569/II).

⁷¹ BK m. 286/I'de yer alan "mucir akdin icrasını" ifadesinin, BK m. 274/III'de (yTBK m. 358. 324) olduğu gibi "mucip akdin icrasını" şeklinde anlaşılması gerektiği açıktır.

⁷² ALTAŞ, s. 257.

⁷³ Belirli süreli bir hasılat kirası sözleşmelerinde tarafların çoğu zaman olağan bir feshi ihbar süresi tayin etmeyecekleri varsayılabilir.

⁷⁴ HIGI. Obligationenrecht, Art. 297 N. 13-14.

timine altı aydan az bir süre kalmış belirli süreli sözleşmenin haklı nedenle feshi ihbarında, tarafların kalan süreyi tamamlamaları da yeterli kabul edilmelidir. Bir diğer deyimle altı aylık feshi ihbar süresi, sözleşmenin kendi süresinden sonra da devam edecek bir ek süre (uzatma) olarak nitelendirilemez. Feshi ihbar eden tarafın bu durumu ihbarda açıkça bildirmemiş olsa dahi, durum değişmemelidir.

yTBK m. 369/1 de feshi ihbar süresi hususunda selefi BK m. 286/1 gibi "yasal fesih bildirim süresine" atıf yapmıştır. Yasal bildirim süresi ile kastedilen ise yTBK m. 368/1'de yer alan "en az altı aylık bir bildirim süresidir"⁷⁵. Yeni düzenlemenin BK m. 286'dan ayrılan bir diğer yanı ise, sözleşmenin yasal feshi bildirim süresine uyulmak kaydıyla "*her zaman*" feshedilebileceğinin özel olarak vurgulanmış olmasıdır.

Gerek BK m. 286 işaretiyle m. 285'deki ve gerek yTBK m. 369 işaretiyle m. 368'deki göreceli uzun feshi ihbar süreleri çerçevesinde, haklı nedenle fesih bağlamında akla gelen bir diğer husus da, kendisine karşı feshi ihbarda bulunulan tarafın bu süre içinde haklı neden teşkil eden olguyu tamamen ortadan kaldırmamasının, süre dolduğunda feshe etkisi, bir diğer ifade ile durumdaki olumlu değişime rağmen feshin yine de gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ile ilgilidir. Özel fesih nedenlerini düzenleyen BK m. 288/1 (yTBK m. 362/II) ve m. 289'da ifade edilmiş olan "kiracının fiili durumu tayin edilen sürede sözleşmeye ve kanuna uygun hale getirmek suretiyle feshi önleyebilmesi" hükmü göz önünde tutulduğunda mümkün gibi gözükse de, yukarıdaki soru olumsuz cevaplandırılmalıdır. Zira gerek BK m. 288/1 (yTBK m. 362/II) ve m. 289'da bir feshi ihbar değil, fesih söz konusu olup, anılan hükümlerde kiralayana kiracıya belli bir süre vermek suretiyle, bu süre içinde de sözleşmeye aykırılık sona erdirilmezse sözleşmeyi derhal⁷⁶ sona erdirme imkanı tanınmıştır. Bir başka ifade ile burada sözleşmeye aykırılığın giderilmesi ihtarı ile fesih, hukukî nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden ayrılmıştır. BK m. 286 (yTBK m. 369) uyarınca yapılan ihtarın amacı ise, karşı tarafı feshi ihbarı gerektiren haklı nedenden haberdar etmek olup, onu sözleşmeye riayete davet niteliği taşımaz⁷⁷. Yine ihbar süresi tayini BK m. 101 (yTBK m. I 17) anlamında bir ihtar değildir⁷⁸. BK m. 286'da (yTBK m. 369) haklı neden ortaya çıktığında ilgili tarafa doğrudan feshi ihbarda bulunma yetkisi tanınmıştır ve bir bozucu yenilik doğuran hak olması nedeniyle geri alınması, irada bozukluğu ya da feshi ihbarın henüz muhatabına

⁷⁵ Karş. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, s. 148.

⁷⁶ BK m. 288/1: "mehlin hitamında akdi feshedeceğini, müstecire ihtar edebilir"; BK m. 289: "başka bir muameleye hacet kalmaksızın akdi feshedebilir"

⁷⁷ CANSEL, s. 136-137.

¹¹¹ C'ANSEL, s. 136.

ulaşmamış olması gibi çok istisnai hallerde mümkündür⁷⁹. Yenilik doğuran hakların şarta bağlanarak kullanılması da mümkün olmadığından feshi ihbarda bulunanın, ihbarda kendisinin koyduğu durum sözleşmeye/kanuna uyeun hale getirilirse feshi ihbarın geçersiz kalacağı şartı da geçerli olmaya-
❖:ıktır. Yani tarafların bunu kararlaştırması da mümkün değildir. Feshin bozucu yenilik doğuran bir hak olmasından dolayıdır ki, kanun koyucu BK m. 288/I ve 289'da özel düzenlemeler yapma ihtiyacı duymuş ve feshi ihbar yerine, bizzat fesih beyanında bulunulmasını engelleyecek bir mekanizma öngörmüştür. BK m. 288/I ve 289'un kendilerine özgü bu teknik özelliklerinden dolayıdır ki, bunlarda mündemiç düşüncenin BK m. 286'ya (yTBK m. 369) kıyasen aktarılması mümkün değildir.

Feshi ihbarda bulunan tarafın yasal feshi ihbar süresini karşı tarafa yanlış bildirmiş olması ya da bildirdiği süreye uymaması hallerinde, feshi ihbarda bulununan tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi kesin ve bu karşı tarafça da anlaşılabilir nitelikte ise feshi ihbarın Kanun'da öngörülmüş süreler için yapılmış olduğu kabul edilerek sözleşmenin buna göre hesaplanacak tarihte sona ermiş olacağı/olduğu kabul edilmelidir⁸⁰.

Haklı nedenler dolayısıyla feshi ihbar ihbar süresinin bitimi ile etkisini doğurur. Bu yolla sözleşme ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sona ermiş olur⁸¹.

Feshi ihbarın TK m. 20/III' de (yTTK m. 18/3) yer alan şekil şartlarına uyularak yapılması gerektiği birkez daha vurgulanmalıdır.

iv) *Feshi ihbar eden tarafın tazminat ödemesi sorunu*: BK m. 286 (yTBK m. 369), feshi ihbarda bulunan tarafın karşı tarafa mutlaka bir tazminat ödemesi gerektiği şeklinde kaleme alınmıştır ki, hükmü bu şekilde anlamak yerinde olmayan sonuçlara sebebiyet verebilir⁸². Gerçekten feshi ihbarda bulunan tarafın ileri sürdüğü nedenin gerçekten haklı olup olmadığı, haklı ise bunun ortaya çıkmasında kusuru olup olmadığı gibi hususlar göz önünde tutulmadan hemen tazminat ödeme yükümlülüğünden söz edilmesi uygun değildir. Ne var ki, hükümde geçen "tazminat" ifadesi, bir zararın giderilmesi için ödenen dar ve teknik anlamdaki "tazminat" anlamını taşımamakta, aksine, sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafın bunun için karşı tarafa ödemek zorunda olduğu bir tür "*pişmanlık akçesi*", bir tür "*götürü feshi ihbar cezası*" (*Kapitalleistung*; ⁸³ olarak öngörülmüş bulunmaktadır⁸⁴). Bu sebeple BK m. 286/II' de belirtilmiş olan "asgari bir senelik kiranın", mutlaka bu miktardaki bir zarara tekabül etmesi zorunlu değildir. Ödeyecek tarafın ku-

⁷⁹ DEMİRBAŞ. s. 78-79.

⁸⁰ SONNENSCHNEID. in: STAUDINGER. § 581 N. 409.

⁸¹ TANDOĞAN, C. 1/2. s. 234.

⁸² ALTAŞ. s. 255.

⁸³ GAUCH. Bcndigung von Dauerverträgen. s. 239.

⁸⁴ GAUCH. Bcndigung von Dauerverträgen. s. 228-229.

suru da şart değildir. "Tazminat" talep eden tarafın zarar ve kusuru ispat zorunluluğu yoktur. Bu haliyle BK m. 286'da özel bir sebep sorumluluğunun öngörülmüş olduğu da ileri sürülmektedir⁸⁵. Ancak yTBK m. 369/11 de, kendisine karşı feshi ihbarda bulunulan tarafa ödenecek bu "paranın" hukuki niteliğinin ve ödenme şartlarının değiştiğinin göstergesidir⁸⁶. Aksi halde haklı nedenlerle feshi ihbar, tazminat miktarı kanun koyucu tarafından re' sen öngörülmüş bir kusursuz sorumluluk nedeni olarak kabul edilmiş olur ki, bu düzenleme ile güdülen bir amaç olamaz⁸⁷. Bu sebeplerle tazminat ödenmesinin şartlarının ve bunun kapsamının ortaya çıkartılması gerekir.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, fesheden tarafın karşı tarafa tazminat ödemesi teklif etmiş olmasının, feshi ihbarın geçerliliğinin bir şartı olduğudur⁸⁸. İhbarda miktarın belirtilmesi mümkün olmakla beraber, sadece teklif etmiş olması da yeterli sayılmalıdır⁸⁹. Zira tarafların miktar üzerinde uyuşmamaları daha yüksek bir ihtimaldir ve bu durum netice itibariyle feshi ihbarda bulunamama sonucunu doğurmamalıdır. Aksi durumun dolaylı olarak, tarafların ilk önce tazminat miktarı üzerinde anlaşması zorunluluğunu doğurabileceğine de dikkat çekilmelidir.

BK m. 286'ya göre feshi ihbarda bulunan tarafın tazminat ödeme yükümlülüğü öncelikle, feshi ihbarın haklı nedene dayanmaması halinde söz konusu olmalıdır. Dayanılan haklı nedenin gerçeğe uygun olması halinde ise, feshi ihbarda bulunan taraf, sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmadığına bakılmaksızın tam tazminat ödemekle yükümlü olmamalıdır. Bu durumda, haklı nedenlere sebebiyet verdiği için kendisine karşı fesih ihbarda

⁸⁵ GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 228. Ancak Yazar sürekli borç ilişkisi doğuran diğer sözleşmelerin hiçbirisinde haklı nedenle feshi ihbarda bulunan tarafa karşı tazminat ödeme teklifinde bulunma zorunluluğunun getirilmemiş olduğunu ifade ederek düzenlemeyi eleştirmekten de geri kalmamakta (Beendigung von Dauerverträgen, s. 181, 229 vd.) ve böylece yaratılan dengesizliğin uygulamada iş ve acentelik sözleşmelerindeki ilgili hükümlerden esinlenerek ve MK m. 4'ün tatbiki ile giderilmesi gerektiğini ifade etmektedir, s. 230-231; keza ARPACI da BK m. 286'nın adi kiradaki muadili BK m. 264'ün üçüncü fıkrasını gözeterek, maddenin birinci ve ikinci fıkralarında titizlikle gözetilen dengenin, kiracı yararına bozulduğu görüntüsü yarattığını ifade etmektedir, Kıra Hukuku, s. 145.

⁸⁶ Karş. HIGI, Obligationenrecht, Art. 297 N. 19.

⁸⁷ Karş. GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 224.

⁸⁸ TANDOĞAN, C.1/2, s. 234; GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 181; Y. 3. HD. T. 18.09.2001, E. 2001/6667, K. 2001/7872: "Feshi bildiren, BK.mad.264 veya mad.286'da öngörülen tam tazminatı ödemeyi de teklif etmiş olmalıdır; aksi takdirde bu feshi bildirme yapılmamış sayılır".

⁸⁹ Karş. TANDOĞAN, C. 1/2, s. 235. Yazar, tazminat miktarının ihtilaflı olması halinde tevdi yeri tayin eden mahkemeden miktarın tespiti de talep edilebilmesi gerektiğini belirtmektedir.

!XI) TUNÇOMAĞ, s. 312-313; CANSEL, s. 131; ALTAŞ, s. 308; LNDENMEYER, s. 147.

bulunulan taraftan, BK m. 96 vd., 101/1, 106/11, 272 (kiralayan), 274/I, 278-279 (kiracı) (yTBK m. 112 vd., 117/I, 123, 126, 360, 358, 324 (kiralayan), 364-365 (kiracı)) uyarınca tazminat talebinde bulunulabilir⁹¹. Hukuk bir kimsenin kendi kusuru ile zenginleşmesine müsaade etmez. Bir diğer ifade ile BK m. 286 genel hükümlerin tatbikini engellemez.

BK m. 286'da (yTBK m. 369) sözü edilen "tam tazminat" ifadesi ile müspet zararların tazmini kastedilmiştir. Anılan ifade indirim sebeplerinin dikkate alınmayacağı, bir diğer ifade ile hesap edilen tazminat tutarından hiç indirim yapılmayacağı anlamını taşımaz⁹². Bu çerçevede örneğin, kiracının feshi ihbarında, kiralayanın erken fesih sebebiyle yapmaktan kurtulduğu masraflar tazminat miktarından indirilmelidir⁹³. Belirli süreli sözleşmelerde tazminatın üst sınırı, sözleşmenin kalan süresinde ödenecek kira miktarıdır. Kanun' da belirli süreli sözleşmeler düşünülerek düzenleme yapıldığından, belirsiz süreli sözleşmeler hakkında özel hüküm sevkedilmemiştir. Ancak burada da, tayin edilen feshi ihbar süresince işleyecek kira miktarının üst sınırı oluşturacağı ifade edilebilir. Ne var ki BK m. 286'da (karş. yTBK m. 369/II) "verilecek tazminat bir senelik kiradan aşağı olamaz" denilmek suretiyle, tazminatın asgari sınırı da tayin edilmiştir. Kanun'un lafzı, asgari tutarın, belirli süreli sözleşmelerde kalan süreye, belirsiz süreli sözleşmelerde ise tayin edilebilecek feshi ihbar süresine göre hesaplanan kira tutarını aşan miktarların ödenmesini kılmaktadır. Ancak bu, feshi ihbarın karşı tarafının sebepsiz zenginleşmesi anlamına gelir. Bu sebeple BK m. 286'da (karş. yTBK m. 369/II) burada ele alınmış olan ihtimalde uygulanmamalıdır⁹⁴. İşte bu sebeplerle, BK m. 286/II'de (karş. yTBK m. 369/11) yer verilen asgari miktarın, varsa hakkında indirim sebepleri uygulanacak brüt tazminat miktarı olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmelidir⁹⁵. Bu çerçevede haklı nede- nin ortaya çıkmasına her iki tarafın da sebep olduğu hallerde İsviçre Federal

⁹¹ ALTAŞ, s. 310.

⁹² TANDOĞAN, C. U2, s. 234; CANSEL, s. 138.

⁹³ ALTAŞ, s. 257.

⁹⁴ Karş. ALTAŞ, s. 256-257, 310.

⁹⁵ Karş. CANSEL, s. 139, Yazar "zarar ziyan iddia eden taraf, zararının ne kadar olduğunu ispata mecbur değildir. BK 286 il. md. deki tazminat kendisine verilir. Ancak zararı daha fazla ise, bunu ispat etmeye mecburdur" demek suretiyle, asgari bir yıllık kira bedelinin, mutlaka ödenmesi gereken miktar olduğu düşüncesini uyandırmaktadır. Zararın varlığının, bir başka deyimle zarara uğranmış olduğunun ispatı (BK m. 42/1; yTBK m. 50/1) ile bunun miktarının ispatının (BK m. 42/11; yTBK m. 50/11) birbirinden ayrılması ilkesi gereği, tazminat talep eden zarara uğradığını ispatla yükümlü tutulurken, BK m. 286/II'deki (karş. yTBK m. 369/11) asgari sınır içinde sadece miktarını ispatı muaf tutulmalıdır. Diğer yandan miktarın ispat edildiği hallerde, ayrıca zarara uğrandığının ispatını da aramanın anlamsız olacağı açıktır.

Mah_kem❖si'nin de, tazminat miktarının bir yıllık kira bedelinden az olarak takdiredilmesine izin verdiğiine dikkat çekmek gerekir⁹⁶.

Tazminat talep etmeye hakkı olan taraf, BK m. 286m'deki (karş. yTBK m. 369fID asgari' sınırlar içinde kalan zararının miktarını ispat etmek zorunda değildir. Ancak ilgili, bunu da aşan bir zararı olduğu iddiasında ise, hem bunun varlığını hem de miktarını ispat yükü kendisine aittir⁹⁷.

yTBK m. 369ffi'de⁹⁸ getirilmiş olan "hakim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar" hükmü ile feshi ihbarın maddi sonuçları hususunda esaslı bir değişiklik yapılmak istenmiştir. BK m. 286'ya kaynaklık yapan İsviçre BK m. 291'de (1989 reformu öncesi metin) yer alan tazminat ilkelerinin terk edilmesi ile güdülen amacın, feshi ihbarda bulunan tarafın her zaman müspet zararı tazminle yükümlü tutulabilme ihtimalinden kurtarılmak istenmesi olduğu ifade edilmiştir⁹⁹. İsviçre Federal Mahkemesi de, İsviçre BK m. 266g/II (yTBK m. 331II) çerçevesinde verdiği bir kararda, anılan hükmün feshi ihbarda bulunan taraf için, ayırt etme gücü bulunmayanların sorumluluğuna (BK m. 54; yTBK m. 59, 65) benzer bir hakkaniyet sorumluluğu (*Kausalhaftung der kündigenden Partei aus Billigkeit*) getirdiğine hükmetmiştir. Federal Mahkeme'nin bu kararından çıkan sonuç, feshi ihbarda bulunan tarafın tazmin yükümlülüğünün kural değil istisna haline gelmesidir. Ancak Kanun metninden bu anlamın çıkartılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle, feshi ihbarda bulunan tarafın tazmin yükümlülüğünün esasen İsviçre BK m. 297m (yTBK m. 369/II) zamanında da devam ettiği ifade edilmektedir¹⁰⁰. İlk ola-

⁹⁶ LINDENMEYER, s. 147.

⁹⁷ CANSEL, s. 139.

⁹⁸ Karş. yTBK m. 331, İsviçre BK m. 266g, 297 (1989 reformu sonrası metin).

⁹⁹ HIGI, Obligationenrecht, Art. 297 N. 19.

¹⁰⁰ BGE 122 ili 262, 266-267: "Haklı nedenle feshi ihbarda bulunan taraf, kira hukukunda 15 Aralık 1989 reformu ile yapılan düzenlemeler öncesindeki durumun aksine, artık kural olarak karşı tarafın ifa menfaatinin tamamını tazmin ile yükümlü değildir. Feshi ihbarda bulunan tarafın İsviçre BK m. 266g/II uyarınca tazminat yükümlülüğünden, ancak bunun hakkaniyete uygun olduğunun anlaşıldığı hallerde söz edilebilir. Böyle bir durumun var olup olmadığı ve varsa da kapsamı hakkında ise somut olayın özellikleri belirleyici olup, bu çerçevede tarafların karar tarihindeki finansal durumları öncelikle dikkate alınmalıdır. Buna göre zarar gören refah içinde iken, zarar verenin finansal durumunun buna göre daha zayıf olduğu haller, hakkaniyetin bulunmadığını gösterir. Özellikle, zarar verenin tazminat ödeyecek olması nedeniyle acze ya da uzun bir süre için asgari hayat standartlarına düşme tehlikesinin bulunduğu hallerde, zararın tazmini hakkaniyete uygun düşmez. Zararın, zarar gören taraf için ağır bir yük oluşturması durumunda ise, hakkaniyete uygunluğun bulunduğu kabul edilmelidir. Hakkaniyet sorumluluğunun sebep sorumluluğu özelliği izin verdiği ölçüde, sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde İsviçre BK m. 43 ve 44 de uygulanabilir. Zarar gören tarafın kusurlu oluşu, hakkaniyet sorumluluğunun kapsamının daralmasına ya da tamamen ortadan kalkmasına neden olabilir. Bunun

rak. kendisine karşı feshi ihbarda bulunulan tarafın ifa menfaatinin, tazmin yükünlülüğünün ka- samını tayin bakımından esas teşkil etmeye devam edeceği belirtilmelidir. ifa menfaati kiralayan bakımından elde etmesi mi. Jmkün kira bedelleri iken, kiracı bakımından ise artık elde edilemeyecek olan hası- lattır. Bunlardan ise fesih nedeniyle yapılan tasarruflar düşülmelidir. Tazmin yükümü açısından ikinci olarak dikkate alınacak nokta ise, sözleşmenin de- devamını feshi ihbarda bulunan taraf için katlanılmaz hale getiren haldı neden- lerdir. Sözleşmenin olağan şekilde devam edeceği düşüncesi ile kiralananın maddi durumunu ya da hasılat kabiliyetini iyileştirmek için kiralayan ya da kiracı tarafından yapılmış olan, ancak sözleşmenin beklenmedik şekilde "vaktinden önce" sona ermesi nedeniyle, ekonomik faydalarından istifade imkanı kalmayan yatırımlar da, tazmin yükümünün kapsamını tayin ederken dikkate alınacak bir diğer husustur. Bundan başka tarafların, sözleşmenin devamının çekilmez hale gelmesindeki muhtemel kişisel ya da müterafık ku- surları da hiç şüphesiz önemlidir¹⁰¹. Ayrıca kiralananın ve/veya hasılat kabi-

yanında, taraflara yüklenmiş olan, zararın azaltılması yükümüne uyulmayan hallerde bu da dikkate alınmalıdır".

- 101 Y. 14. HD. T. 23.02.2007. E. 2006 / 14693, K. 2007/1737: "[...] Taraflar arasındaki 29.07.2003 başlangıç tarihli Beton Elemanları Üretim Tesisi kirası 3 yıl sürelidir. Kira süresi 29.07.2006 tarihinde bitmesi gerekirken davalı Belediye Encümen karar ile 21.04.2004 tarihinde feshedilmiş, davacı kiracı feshe karşı koyarak kiralanan alanı terk etmemiştir. Somut olaya uygulanması zorunlu Borçlar Kanunu'nun 286. maddesince bir- den fazla seneler için akdedilmiş kira sözleşmesinin ifa süresi içinde feshi için sözleşme- nin taraflarından biri veya her ikisince akdin icrasına tahammül edilemez bir hale getiren sebeplerin gerçekleşmesi gerekir. [...] Somut olayda ise, Encümence saptanan ve fesih için gösterilen gerekçelerden bazılarının varlığı yaptırılan incelemede bilirkişice belir- lenmiş ise de, bu olgu davalı kiralayan bakımından akdin bütününe göre icrasını taham- mül edilemez hale getirdiğini kabule yeterli değildir. Dolayısıyla, esasen eylemli olarak devam etmekte olduğu anlaşılan kira ilişkisinde davalı kiralayan Belediye'nin çıkardığı muarazanın giderilmesinde yasaya aykırılık yoktur. Kar kaybı, kardan yoksun kalma kar- şılığı meydana gelen zarardır. Bu zarar kiralayanın kusuruyla meydana gelmiş ve kiracı- nın malvarlığında ileride meydana gelecek çoğalmayı engellemişse, kuşkusuz bir yön- temle bulunacak kar kaybı zararının hüküm altına alınması gereklidir. [...] Davacının bu isteminin nedeni kiralanan alana ve kiralanan alanın giriş kapısı önüne dökülen malzeme- ler nedeniyle kiralananan yararlanılmamasıdır. Somut uyuşmazlıkta, davacının istemesi üzerine verilen ihtiyati tedbir kararının uygulanması için düzenlenen 07.06.2004 günlü tutanakta gerek kiralanan şantiyede işçi olarak çalışan kişi, gerekse davacının şirket mü- dürü olduğunu beyan eden Günhan, davalı Belediye tarafından şantiye kapısına konulan hafriyat malzemeleriyle, kiralanan alandaki hafriyat artıklarının kepçe kullanarak azami 10 saatte kaldırılabilceğini ifade etmiştir. Görülüyor ki; davacının kar kaybı zararına ne- den olduğunu ileri sürdüğü davalı Belediye'nin döktüğü hafriyat malzemeleri nihayet bir gün içinde ve yine davacı kiracının olanaklarıyla ortadan kaldırılabilir. Bu durumda davacının isteyebileceği kullanılacak kepçenin saat başı çalışma ücretiyle, kepçeyi kulla- nacak kişi için ödenecek yevmiyeden ibarettir. Davacı, makine im.kanı ile bir gün çalışa- rak kiralanan sahayı yeniden kullanılabilir hale getirecek iken bunu yapmamış, beklemek su- retiyle zararın ortaya çıkmasına kendisi sebebiyet vermiştir. Borçlar Kanunu'nun 44.

liyetinin taraflara yüklenebilecek kötüleşmesi halleri de tazminat miktarının tayininde göz önünde tutulmalıdır. Yine feshi ihbarda bulunmak için seçilen zamanın karşı tarafa etkileri de belirleyici olabilecek hususlardandır. Son olarak tarafların fesih tarihindeki finansal durumları ile feshin ve muhtemel bir tazminat borcunun bunların finansal durumuna etkileri tazminat miktarının hesabında dik.kate alınması gereken önemli noktalardır. Feshi ihbarda bulunanın güçlü bir sanayi işletmesi, karşı tarafın ise buna göre daha mütevazı bir ekonomik duruma sahip olması ya da tersi tazminat ödemesini gerektirebilir. Ancak feshi ihbarda bulunmuş olmasına rağmen, tazminat ödemesi halinde finansal durumu temelinden ya da önemli ölçüde sarsılacak tarafın bu borcu tamamen ya da kısmen kaldırılabilir. Keza kendisine karşı feshi ihbarda bulunulan taraf bundan kaynaklanan zararlarını kısa süre içinde ve büyük bir sıkıntıya düşmeden kaldırabilecek güçte ise fesheden tarafın tazminat ödemesinden sarfı nazar edilebilir¹⁰².

Son olarak belirtilmesi gereken husus ise yTBK m. 369'da, BK m. 289/III'deki "müstecir, kendisine tazminat verilmedikçe mecuru terke icbar olunamaz" kuralına yer verilmemiş olduğudur.

3. Sözleşmenin Kiranın Ödenmesinde Temerrüd Nedeniyle Kiralayan Tarafından Feshi İhbarı

BK m. 288'de, vadesi gelmiş kira bedelleri ödenmediği takdirde kiralayanın, kiracıya atılmış günlük bir mehil tayin ederek, birikmiş olan kiralardan, bu süre içinde de ödenmemesi halinde, sürenin sonunda sözleşmeyi feshedeceğini ihtar edebileceği ifade edilmiştir.

yTBK da, BK m. 288 hükmünü esas itibariyle muhafaza etmiş ve m. 362/II'de, kiralananın tesliminden sonra vadesi gelmiş kira bedeli veya yan giderler ödenmediği takdirde, kiralayanın, kiracıya yazılı olarak en az atılmış günlük bir önel verip, bu önel içinde de ödememesi durumunda sözleşmeyi feshedeceğini bildirebileceğini öngörmüştür.

Gerek kira bedelini ödeme borcu (BK m. 281; yTBK m. 362/I) ve gerek hasılat kirası sözleşmesinin kiracının kira bedellerini (ve yan giderleri) zamanında ödememesi sebebiyle feshi (BK m. 288; yTBK m. 362/II) konusu yukarıda¹⁰³ açıklandığı için burada üzerinde ayrıca durulmamıştır.

Bu noktada değinilebilecek bir diğer konu ise, BK m. 288ff'i'deki, kiranın ödenmemesi halinde sözleşmenin derhal sona ereceğine ilişkin kayıtların

maddesi hükmünce hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanma olanağı yoktur. Bu nedenle, zararın ortaya çıkmasına kendi kusuruyla neden olan davacı şirketin kar mahrumiyeti istemi reddedilmelidir".

¹⁰² HIG/, Obligationenrecht, Art. 297 N. 20-24.

¹⁰³ Bkz. yukarıda § 7 iV 1, 2.

batıl olacağı hükmüdür. Bu da BK m. 288 düzenlemesinin, kira bedelini ödemede temerrüde düşen kiracı lehine emredici bir hüküm olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Ne var ki, yTBK m. 362'de BK m. 288/III' deki düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak yTBK m. 358 işaretiyle hasılat kirası hakkında da uygulanması düşünülebilecek yTBK m. 346'ya göre, "[...] özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir". Bu hükümde kira bedellerinin ödenmemesinin sözleşmeyi derhal sona erdireceğine dair anlaşmalar açıkça yasaklanmamış olmakla birlikte, bakış açısına göre daha hafif ya da daha ağır olarak nitelendirilebilecek ceza şart ya da müteakip kira alacaklarının muacceliyetinin yasaklanmış olması, kanaatimizce sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin sözleşme hükümlerinin de kabul edilemeyeceğini göstermektedir (*argumentum af ortiori*).

4. Sözleşmenin Kiracının İşletme ve İyi Halde Muhafaza (Bakım) Borcuna Aykırı Davranışları Nedeniyle Kiralayan Tarafından Feshi İhban

BK m. 289'a göre kiracı, kiralananın işletilmesine ve muhafazasına yönelik borçlarını önemli derecede ihlal eder ve kiralayanın ihtarına rağmen ve belirlenen uygun süre içinde de sözleşmeye uygun davranmazsa, sözleşme derhal feshedilebilir. Daha önce de vurgulandığı gibi, yTBK, BK m. 289' a karşılık gelecek bir hüküm sevketmemiştir.

Hasılat kirası sözleşmesinin, kiracının işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcuna (BK m. 278-279; yTBK m. 364-365) aykırı davranışları nedeniyle kiralayan tarafından feshi ihbarı konusu üzerinde yukarıda¹⁰⁴ durulduğu için burada ayrıca açıklanmayacaktır.

5. Sözleşmenin Kiracının İflası Nedeniyle Sona Ermesi

Gerek BK ve gerek yTBK, kiracının iflasa tabi kişilerden olması ve hakkında iflas kararı verilmesi ihtimalinden hareketle, bu durumun hasılat kirasının devamına etkisini düzenlemişlerdir (BK m. 290; yTBK m. 370). Anılan hükümler kanun koyucunun hasılat kirasının karşılıklı güvene dayanan bir ilişki olmasını, özellikle de kiralayanın, kiracının kiralananı işletme hususundaki yeteneğini kira süresince de muhafaza etmesindeki menfaatini dikkate aldığını göstermektedir¹⁰⁵. Ticari işletme kiralalarında kiracı, tacir niteliğini haiz olacağından anılan hükümlerin, kişi bakımından uygulanma kabili-

¹⁰⁴ Bkz. yukarıda § 7 111.

¹⁰⁵ ALTAŞ, s. 264; bkz. ayrıca GAUCH, Beendigung von Dauerverträgen, s. 112.

yetinin tartışılma¹⁰⁶na gerek yoktur (TK m. 20/1; yTİK m. 18/1)¹⁰⁶. Diğer yandan kiracının işletmekte olduğu işletme sebebiyle mi (TK m. 20/1; yTTK m. 18/1), yoksa ticari işletme işleten bir adi şirketin (BK m. 535/I b. 3; yTBK m. 639 b. 3) ya da şahıs şirketinin ortağı olarak mı (Ti< m. 179/1. 180/11, t82, 256, 265; yTTK m. 237/I, 238/2, 240, 317, 326) iflas ettiği ya da kişisel borçlarından dolayı mı (TK m. 20/1; yİTK m. 18/1) iflasına karar verildiği, BK m. 290 (yTBK m. 370) bakımından önem taşımaz. Kanun'un lafzından da açıkça anlaşıldığı gibi, kiracı hakkında alınmış iflasın ertelenmesi kararı (İİK m. 179 vd.)¹⁰⁷ BK m. 290'daki (yTBK m. 370) sonuçları doğurmaya yeterli değildir. Keza gerek iflas dışı (öncesi) ve gerek mahkemece tasdik edilmiş iflas içi (sonrası) konkordato¹⁰⁸ için de (tiK m. 285 vd.) aynısı söylenmelidir. Zira iflas öncesi konkordatoda zaten herhangi bir iflas kararı yoktur. İflas sonrası konkordato ise, mahkemece tasdik edildiğinde iflasın kaldırılması gerekçesi oluşturur (İİK m. 182/1)¹⁰⁹. Ancak gerek iflasın ertelenmesi ve gerek konkordato, kiralayanın şartları gerçekleşmişse **BK** m. 286'ya (yTBK m. 370) dayanarak feshi ihbarda bulunmasına neden olabilir.

Adi kirada kiracının iflası halinde, kiralayana derhal fesih imkanı verilmiş iken (BK m. 261; yTBK m. 332)¹¹⁰, BK m. 290/1'de ise kiracı hakkında iflasın açılması ile hasılat kirası sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi yolu kabul edilmiştir. BK m. 290/I hükmünden de açıkça anlaşıldığı gibi kiracı hakkında iflasın açılması, kira sözleşmesini feshe ya da feshi ihbara gerek olmaksızın kendiliğinden sona erdiren bir olgudur¹¹¹. yTBK m. 370/1 bu hususu, "kiracının iflası halinde sözleşme, iflasın açıldığı anda, *kendiliğinden* sona erer" demek suretiyle daha da açık bir şekilde ifade etmiştir. Kanun'da sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olması arasında bir ayrım gözetilmemiştir. Hükmün kapsamına kiralananın kiracıya tesliminden sonra gerçekleşmiş iflaslar girer. Özel bir sona erme nedeni olan BK m. 290'un (yTBK m. 370) uygulandığı hallerde, BK m. 82'nin (yTBK m. 98) uygulanması mümkün değildir¹¹². Buna karşın sözleşmenin akdinden, ancak kiralananın

¹⁰⁶, Karş. CANSEL, s. 143; iflasa tabi kişiler hakkında bkz. MUŞUL. İcra ve İflas Hukuku, s. 1119vd.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. MUŞUL. İcra ve İflas Hukuku, s. 1141 vd.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. MUŞUL. İcra ve İflas Hukuku. s. 1372 vd.

¹⁰⁹ MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku, s. 1260.

¹¹⁰ TANDOĞAN, C. U2, s. 229.

¹¹¹ İflas sadece hasılat kirası sözleşmesini sona erdiren bir hal değildir. Hukukumuzda iflasın sona ermesine yol açtığı diğer sözleşmeler hakkında bkz. MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku. s. 1287; GAUCH, Beendigung von Dauervertragen, s. 108 vd.

¹¹² GAUCH, Beendigung von Dauervertragen, s. 111: Yazar, **BK** m. 290'nın (İsviçre **BK** m. 295, 1989 reformu öncesi metin) taraf menfaatlerini, **BK** m. 82'ye göre (İsviçre **BK** m. 83, 1988 reformu öncesi metin) daha kötü gözettiğini, bunun da. **BK** m. 8•2 den farklı

iesliminden önce gerçekleşen iflaslar hakkında kiralayan BK m. 52'ye (YTbk m. 98) göre hareket edebilir¹¹³.

Sözleşmenin sona ermesi, BK m. 290ff'de de (YTbk m. 370/TI) ifade edilmiş olduğu gibi bir geciktirici şarta bağlanmış sona ermedir¹¹⁴. ki bu hususa aşağıda değinilecektir. Kiracının iflası, varsa BK m. 284 (YTbk m. 366) çerçevesinde yapılmış alt kira ilişkilerini de sona erdirir. Böylelikle kiralayanın, kiralananın iadesi hususunda talep hakkı doğar¹¹⁵. İflasın açılması kararına karşı kanun yollarına başvurulmuş olması, sözleşmenin sona ermesini engellemez, sadece kiralananın iadesi işlemlerinin başlaması ve sürdürülmesini durdurur. Ancak iflas kararının bozulması halinde kira sözleşmesinin sona ermiş olması hali de ortadan kalkar¹¹⁶. Bunun gibi, iflasın kaldırılması kararı da (İİK m. 182), taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin yeniden doğmasını sağlar. Zira iflasın kaldırılması kararının kesinleşmesi ile iflasın açılması kararı ile doğmuş bütün hukuki sonuçlar ortadan kalkar, o borçlu hakkında hiç iflas açılmamış gibi bir durum ortaya çıkar, borçlunun müflis sıfatı da kalkar¹¹⁷. Kira ilişkisinin iflas nedeniyle sona ermesi, kiralayana kiracıdan adem-i ifa nedeniyle tazminat isteme hakkı vermez¹¹⁸. Kanun'un düzenlemeleri kiracı tarafında bir gerçek ya da tüzel kişi bulunması ve bunun iflası ihtimali üzerine kurulu olmakla beraber, kiracı tarafında birden fazla kişi bulunup da bunlardan sadece bir ya da birkaçının iflas etmesi ihtimali de göz önünde tutulmalıdır. Kanaatimizce burada BK m. 290 (YTbk m. 370) doğrudan uygulanmamalı, hükmün amacından hareketle, taraflar arasındaki ilişkide iflas eden kiracı ya da kiracıların ticari işletme kirası sözleşmesinin akdedilmesi ve özellikle de işletmenin sözleşmeye uygun olarak işletilmesinde taşıdığı öneme göre değerlendirme yapılmalıdır. İflas eden kişinin, sözleşmenin kiracıya yüklediği borçların ifası bakımından vazgeçilmez bir işleve sahip olması halinde, BK m. 290'ın (YTbk m. 370) uygulanmasına izin verilmelidir. Aynı probleme şu açıdan yaklaşmak da mümkündür. Buna göre, birden fazla kiracının kira sözleşmesini, kiralanan ticari işletmeyi adi ortaklık halinde işletmek üzere akdetmiş olmaları ihtimal dahilindedir. BK m.535/I b. 3'e (YTbk m. 639 b. 3¹¹⁹) bakıldığında ise, ortaklardan birinin if-

bir yaklaşımı olan BK m. 290'nın nedenlerinin sorgulanmasına yol açtığını ifade etmektedir.

¹¹³ *STUDER*, in: Basler Kommentar-OR I, Art. 297a N. 2.

¹¹⁴ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 14; *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 111.

¹¹⁵ *H/GI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 9.

¹¹⁶ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 12.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *MUŞUL*, i'cra ve iflas Hukuku, s. 1256 vd.

¹¹⁸ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 11.

¹¹⁹ YTbk m. 639 b. 3'de adi ortaklığın, "sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla

İflasının adi şirketin ifisah nedeni olarak düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla her ne kadar adi şirketin tüzel kişiliğinin olmadığı ve bu haliyle sözleşmeye taraf olamayacağı açık da olsa, şirket ortağın iflasına karar verilmesi ile ifisah edeceğinden, kiracıların işletmeyi adi şirket halinde işletmekte olduğu hallerde, bunlardan birisinin iflası, ortaklığın bu durumda devam edeceğine dair bir sözleşme hükmü yoksa ya da diğer ortaklar ilgili ortağın ihracı ve şirketin sürdürülmesi yönünde bir karar da almamışlarsa, BK m. 290'nın (yTBK m. 370) uygulanmasını gerektirir. Adi şirketin iflas etmeyen ortakları ise isterlerse kiralayan ile yeni bir ticari işletme kirası sözleşmesi akdedebilirler. yTBK m. 639 b. 3'de sözleşme ile ortağın iflasının fesih nedeni olmaktan çıkarılmasına izin verildiğinden, gelecek uygulamada üç ve daha fazla ortaklı adi şirketlerde kalan ortakların müflis ortağı şirketten ihraç etmek suretiyle şirket ilişkisine ve giderek kira ilişkisine devam etmeleri mümkün olduğundan (yTBK m. 633), yTBK m. 370 bu ihtimalde uygulanmayacaktır.

Tarafların sözleşmede bu hükmün aksini kararlaştırmaları mümkündür. Zira BK m. 290/I (yTBK m. 370/I), kiralayanın menfaatlerinin korunması amacı ile getirilmiş bir hüküm olarak, emredici değildir. Bu çerçevede kiracının iflasına rağmen sözleşmenin süresiz ya da belirli bir süre daha devam edeceği kararlaştırılabilir¹²⁰. Nitekim BK m. 290/II'de (yTBK m. 370/II) hasılat kirasının iflas ile kendiliğinden sona ermesi kuralı geciktirici şarta bağlanmıştır¹²¹. Buna göre, kiralayan, işlemekte olan kira ve deftere kayıtlı eşya için yeterli teminat verildiği takdirde, sözleşmeyi işlemekte olan kira yılının sonuna dek sürdürmekle yükümlü tutulmuştur¹²². Bu süre teminatın gösterildiği tarihte değil, iflasın açıldığı tarihte başlamalıdır. Teminatın yeterli olup olmadığı hususunda anlaşılamazsa, bunun tayini mahkemeden istenebilecek olsa da²³, teminatın verildiği tarihe kadar işlemiş kiralar ile kalan süre için

paraya çevrilmesiyle" sona ereceği ifade edilmek suretiyle, BK m. 520/1 b. 3'de açıkça zikredilmemiş olan sözleşmede aksini kararlaştırılabilme veya TK m. 187, 196. 197'nin (yTTK m. 245. 254. 255) kıyasen uygulanması suretiyle ilgili ortağın ihracı ve şirketin devamı yönünde *ad hoc* karar alabilme imkanı (karş. *POROY* (POROY/FEKİ ALP/ÇAMOĞLU), s. 73 N. 108b: *ŞENER*, Adi Ortaklık. s. 388-389), yasal bir dayanağa kavuşturulmuştur.

¹¹⁰ *CANSEL*. s. 142.

¹²¹ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 14.

¹²² *C'AN' SEL*, s. 142: *ALTAŞ*, s. 264. BK m. 290/1(yTBK m. 370/11) belirsiz süreli sözleşmeler göz önüne alınarak kaleme alınmış gölmektedir. Kanaatimizce, "*icar senesinin lutainına kadar/kira yı/111111sonuna kadar*" ifadeleri, teminat gösterilmiş olsa dahi, belirli süreli sözleşmelerde, inasın açıldığı tarihte sözleşmenin kalan süresinin aşılması sonucunu doğurmamalıdır.

^{12.1} *CANSEL*. s. 143.

işleyecek kira bedellerini ve varsa diğer giderleri¹²⁴ (karş. yTBK m. 362/I) her halde ihtiva etmelidir. Bu noktada "işlemekte olan kira" kavramı geniş anlaşılmalı ve akdin kanun gereği kalan süresinde işleyecek bedelleri de kapsamasıdır. Buna işletme ile birlikte teslim edilmiş envanterin korunabilmesi için gerekli giderlerin de eklenmesi gerekir¹²⁵. Bu yaklaşım, kanun koyucunun BK m. 290ff (yTBK m. 370/II) ile dengelemek istediği menfaatlere de uygundur. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, kanun koyucu, sözleşmenin iflas nedeniyle derhal sona enneyip, bir süre daha devam etmesinin karşılığı olarak, kiralayana teminat verilmesi şartını getirmiştir. Bu teminatın kapsamının daraltılması, kiralayanın kiracı karşısında daha da kötü durumu düşürülmesi sonucunu doğuracaktır. Nitekim konuyu adi kira bakımından düzenleyen BK m. 261'de, "birikmiş ve işliyecek kiralalar", yTBK m. 332/I'de ise "işleyecek kira bedelleri" ifadesi kullanılmıştır¹²⁶. *CANSEL*, işleyecek kiralalar için kiralayanın hapis hakkına başvurabileceğini ve İİK m. 206 uyarınca bunun iflas masasında rüçhan hakkı vereceğini belirtmekte ise de¹²⁷, aslında bu seçenek kiralayanı, netice itibarıyla diğer alacaklılarla ve İİK' dan kaynaklanacak işlemlerle, ancak özellikle de geleceğe dönük bir bilinmezlikle karşı karşıya bıraktığından, kanaatimizce kiralayanın durumunu iyileştirdiği söylenemez. Bu sebeplerle kiralayana, işlemiş ve BK m. 290/II (yTBK m. 370/II) çerçevesinde kalan süre için işleyecek kira ve diğer gerekli giderler için teminat verilmediği takdirde, BK m. 290/I'n (yTBK m. 370/D uygulanması sağlanmalıdır. Teminat aynı ya da nakdî olabilir, bunun için bir kambyo senedi de düzenlenebilir. Teminat kiracı tarafından gösterilebileceği gibi iflas masası tarafından da gösterilebilir (karş. yTBK m. 358, 332)¹²⁸. Ancak kiralayan, iflas masasının, kira sözleşmesine taraf olması şartına bağladığı teminatı kabul etmek zorunda değildir. Bunun dışındaki hallerde ise kabul etmelidir¹²⁹. Diğer yandan teminatın üçüncü kişiler, örneğin kiranın sürmesinde menfaati olan alt kiracı ya da kiracının bir yakını tarafından, ve-

¹²⁴ İflasın açılmasından sonra doğacak alacakların iflas alacağı olmayacağı ve bunların masa dışı mallardan ödeneceği ifade edilmelidir, *MUŞUL*, icra ve iflas Hukuku, s. 1291; *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 22.

¹²⁵ İsviçre hukukunda da gösterilecek teminatların kiranın kalan süresindeki kira bedelleri ve yan giderler ile envanterin korunması için yapılması gereken giderleri de kapsamı gerektirdiği açıkça ifade edilmektedir, *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 17.

¹²⁶ yTBK m. 332/I'de kullanılmış olan "işleyecek kira bedelleri" ifadesi, yTBK m. 314. 315/1, 317 ve 362/I'de kiracının yan giderlere katlanma borcundan söz edildiğinden hem kendisinin hem de BK m. 261'in gerisinde kalan bir metindir. Bu noktada yTBK m. 303 ile 314 ve 315/1 ve 317 arasındaki çelişkiye, en azından terim kargaşasına dikkat çekmekte fayda vardır.

¹²⁷ *CANSEL*, s. 143.

¹²⁸ *CANSEL*, s. 142-143; bkz. ayrıca *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 19.

¹²⁹ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 19.

rilmesi de mümkün olmalıdır¹³⁰. Hatta kiracının muhtemel ödeme güçlüğü dikkate alındığında bu seçenek kiralayan bakımından daha yerinde olabilir. Ancak kiralayan, teminatın yetersiz olması ya da gerçekçi bulunmaması hallerinde bunu reddedebilir¹³¹.

BK m. 290 ve yTBK m. 370 teminatın ne kadar sürede verilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir zaman tayin etmemişlerdir. Bu çerçevede kiralayan uygun bir süre tayin etmek zorunda olmamakla birlikte¹³² konuyu adi kiraya ilişkin olarak düzenleyen hükümlere bakıldığında, BK m. 261'deki "münasip bir müddet zarfında teminat da verilmezse", ve yTBK m. 332'deki "kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre verir" şeklindeki düzenlemeler de göz ardı edilemez. Bu hükümlerin hasılat kirasında da kıyasen uygulanması mümkün olduğundan (yTBK m. 358), kiralayanın kiracıya ya da iflas idaresine teminat konusunda süre vermesi gerektiği söylenebilir¹³³. *HIGI* iflasın açılması kararına karşı kanun yollarına başvurma süresinin teminat verme süresi olarak kabul edilebileceği görüşünü savunmuştur¹³⁴. Bu süre ise hukukumuzda ÜK m. 164/1 c. 1-2 uyarınca on gündür¹³⁵. Ancak kiracının finansal durumunun kötüleşmesinin sözleşmeye etkilerini konu edinmeleri bakımından BK m. 288 (yTBK m. 362) ile BK m. 290 (yTBK m. 370) arasındaki ilişki de dikkatten kaçmamalıdır. Bu sebeple, BK m. 290, m. 288 ile kıyaslandığında özel bir düzenleme olmakla birlikte, teminat verilmesi için tayin edilecek süre, BK m. 288/I'deki (yTBK m. 362/II) altmış günlük süre olmalıdır. Bu düşünce yTBK m. 358, 332 uygulamasında teminat verilmesi için tayin edilecek "uygun süre" için de geçerlidir. Ancak kiracının içinde bulunduğu ödeme güçlüğü'nün düzeyi, bir süre tayinini objektif olarak gereksiz kılmakta ise, süre tayinine gerek olmaksızın, BK m. 290/I'den (yTBK m. 370/I) hareketle kiralananın tahliyesi ve iadesi talep edilebilir. BK m. 290/II (yTBK m. 370/II) kiracıya ve iflas idaresine sözleşme ilişkisini sürdürebilme konusunda bir hak tanıdığından, kiralayanın bir süre tayin etmeksizin kiralananın iadesini talep etmiş olması halinde, teminat için tayin etmesi gereken süre kadar iadeyi beklemesi gerektiği açıktır¹³⁶. Diğer yandan bu halde kiracı ya da iflas idaresinin kötü niyetli davranışları sebebiyle kiralayanın uğrayabileceği zararların tazmini gerektiği açıktır (BK m. 96, 292-293, 41 vd.; yTBK m. 112, 372-373, 49 vd.).

¹³⁰ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 14.

¹³¹ Karş. *H/GI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 19.

¹³² *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 230.

¹³³ Karş. *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 15.

¹³⁴ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 20.

¹³⁵ *MUŞUL*, İcra ve İflas Hukuku, s. 1246-1247.

¹³⁶ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297a N. 14.

Konunun borçlar hukuku açısından düzenlenişi böyle olmakla birlikte, BK m. 290'nın, ilgili İİK hükümleri ile tam bir uyum içinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Aynı durum yTBK m. 370 için de söz konusudur. Zira iflasın açılması ile müflisin tüm mal ve hakları, kanun gereği iflas masasını oluşturduğundan (İİK m. 184) ve artık borçlunun bunlar üzerindeki tasarruf yetkisi alacaklılara karşı sona erdiğinden (İİK m. 191), teminat verilmesi ilk bakışta bir tasarruf işlemi olarak görülemese de, teminatın çözülmesi bir tasarruf işlemi olacaktır¹³⁷, kiracının böyle bir teminat vermesi kanaatimizce mümkün değildir¹³⁸. İflas idaresinin de, özellikle iflasın açılmasından önceki kira borçları bakımından, İİK m. 208 vd. hükümleri göz önünde tutulduğunda, bir teminat vermesi söz konusu olamaz. Keza İİK m. 198ff' de, iflas idaresinin hasılat kirası sözleşmesine kendiliğinden taraf olabilmesine de (taraf değişikliği) izin verilmemiştir. Bu ancak kiralayanın muvafakatı ile mümkündür¹³⁹. Hal böyle olunca her ne kadar BK m. 290'da (yTBK m. 370) teminat verilebileceği ihtimalinden hareket edilmişse de, İİK'nın ilgili hükümleri karşısında bunun hukuken sorunsuz biçimde gerçekleşebilecek bir ihtimal olduğunu savunmak güçtür¹⁴⁰. Sonuç olarak iflasın, hasılat kirasını aslında kendiliğinden sona erdiren bir neden olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun istisnasını İİK hükümleri izin verdiği ölçüde bir üçüncü kişi tarafından kiralayana verilen teminat oluşturabilir. Gösterilen teminatlar neticesinde sözleşme devam ederse, artık bu sürede sözleşme ve boşluk hallerinde de BK m. 270 vd. (yTBK m. 357 vd.) uygulanacağından, taraflar olağan haklarını talep edebilecekleri gibi, borçlarını da ifa ile yükümlüdürler. Bu süre içinde her iki taraftan biri sözleşmede ve Kanun'da yazılı hallerde ve şekilde akdi sona erdirme imkanına sahiptirler¹⁴¹.

BK m. 290'da (yTBK m. 370) *kiracının iflası* bir sona erme nedeni olarak düzenlenmiş ise de, BK m. 276/I (yTBK m. 358, 310/I) dışında *kiralayanın iflasının* sözleşmenin devamına etkisi hakkında doğrudan bir hüküm sevkedilmemiştir. Kiralayanın iflası halinde, BK m. 376/I'e göre, işletme İİK hükümlerine göre bir başkasına satıldığı takdirde devralan kural olarak kira ilişkisini devam ettirmek zorunda değildir. BK, hasılat kirasında bu konudaki inisiyatif, devralana tanımış ve buna varsa akdi', yoksa kanunî süreye (BK m. 285; yTBK m. 368) uyarak sözleşmeyi sona erdirme imkanı vermiştir¹⁴¹. yTBK m. 358, 310/I'e göre ise, işletmeyi devralan kanun gereği hasılat kirası sözleşmesinin de tarafı olacaktır. Ancak bu durumda da, yTBK m. 368'e

¹³⁷ Karş. MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku, s. 1273.

¹³¹¹ HIGI, Obligationenrecht, Art. 297a N. 10; TANDOĞAN, C. 1/2, s. 230; MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku, s. 1303.

m, Aynı yönde ALTAŞ, s.

¹⁴⁰ Karş. Y. 12. HD, T. 06.11.1997, E. 1997/10876, K. 1997/12442, ÖZTÜRK. s. 361-362.

¹⁴¹ ALTAŞ, s. 265.

göre feshi ihbar mümkündür. Ancak kiralayanın iflasına karar verilmiş olması, beraberinde tasfiye sürecini de getireceğinden, bunun doğuracağı hukuk'i ve fiili olumsuzluklar, kiracının işletmeyi herhangi bir engelle karşılaştırmadan işleterek hasılat elde etmesini ve böylece sözleşme ilişkisini sürdürmesini *çekilmez kıldığı takdirde ve ölçüde* bir haklı neden olarak kabul edilebilir (BK m. 286; yTBK m. 369)¹⁴². Örneğin kiralayanın iflası ile ortaya çıkan ve işletmeye yansıyan olumsuzluklar, hasılatın, kira bedellerini dahi karşılayamayacak kadar düşmesine neden olmuşsa, haklı nedenin varlığını kabul etmek gerekir. Hatta bu durumda haklı neden karşı tarafın hukuk alanında gerçekleşmiş olduğundan, feshi ihbarda bulunan kiracının, bu sebeple tazminat tazminat ödemesi de gerekmebilir (karş. BK m. 286, yTBK m. 369/m).

6. Sözleşmenin Kiracının Ölümü/Tüzel Kişiliği,nin Son Bulması Nedeniyle Sona Ermesi

BK m. 291 (yTBK m. 371), kira ilişkisinde kiracının kişiliğinin taşıdığı önemi ve ölümün kiracının mirasçılara yapabileceği ekonomik ve sosyal etkileri göz önünde tutarak¹⁴³, kiracının ölümünün¹⁴⁴ hasılat kirası sözleşmesinin devamına etkilerini düzenlemiş ve gerek kiracının mirasçılara (MK m. 495 vd., 500-501, 516, 520-521) ve gerek kiralayana feshi ihbar yetkisi vermiştir¹⁴⁵. Görüldüğü gibi kiracının ölümü halinde kira sözleşmesi, iflasta olduğunun aksine kendiliğinden sona ermemektedir¹⁴⁶. Ölüm halinde gerek kiracının mirasçıları ve gerek kiralayan, BK m. 285'deki (yTBK m. 368) ya da varsa sözleşmedeki feshi ihbar sürelerine uyarak herhangi bir tazminat ödemeksizin (karş. BK m. 265¹⁴⁷) sözleşmeyi sona erdirebilirler¹⁴⁸. Ancak BK m. 291'de (yTBK m. 371 ve 333) tazminat ödenmesinden hiç bahsedil-

¹⁴² Kiralayanın iflasına ilişkin olarak bkz. *HIGI*, Obligationenrecht, Arı. 297a N. 6.

¹⁴³ *H/GI*, Obligationenrecht. Arı. 297b N. 7; *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 67-68, 70.

¹⁴⁴ Kanun'da sadece ölümde bahsedilmiş olmasına rağmen, bundan hiç şüphesiz ölüm karinesinin de (MK m. 31) anlaşılması gerekir.

¹⁴⁵ *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 237; *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297b N. 9; *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 70; Alman hukukunda kiracının ölümü halinde yalnızca kiracının mirasçılara fesih hakkı tanınmıştır, Alman MK m. 584a/II. Ziraı hasılatı kiralardan ise her iki tarafa da feshi hakkı tanınmış olmakla birlikte hayatını kaybeden kiracının mirasçılara, kiralayanın fesih bildirimine belirli şartlarda karşı koyma imkanı verilmiştir. *KLEIN-BLENKERS*, s. 316.

¹⁴⁶ *ALTAŞ*, s. 265.

¹⁴⁷ BK m. 265'i karşılayan yTBK m. 333, feshi ihbarın tazminatsız yapılabileceği hususuna yer vermemiştir. Bu değişikliği anlamak güçtür.

¹⁴¹¹ *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 238; *ALTAŞ*, s. 266; *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297b N. 21; *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 71, 83.

01emesi, BK m. 265'de ise açıkça tazminat ödenmeyeceğinin ifade edilmesi. omut olayın özellikleri gerektirdiğinde BK m. 286'nın (yTBK m. 369). kı-yasen uygulanarak tazminat talep edilmesine engel değildir. Nitekim kiracı-nın ölümünden önce yaptığı ve artık kiralayanın ya da yeni kiracının istifade edeceği yatırımlara ait masrafların tazmininin, kim feshi ihbarda bulunmuş olursa olsun, mirasçılar tarafından talep edilmesi mümkündür¹⁴⁹. Bunun gibi kiracının işyerinde intihar etmiş olması, kiralayanın zarara uğramasına yol açmışsa tazminat talep edilebilir¹⁵⁰.

Gerçekte, kiralananın derhal iade edilmesini ya da iadesinin talep edilmesini engellemek ve deyim yerinde ise "yumuşak" bir geçiş dönemi için öngörülmüş olan¹⁵¹ feshi ihbar süresinin sözleşme ile kısaltılması, uzatılması ya da derhal fesih imkanı öngörülmesi mümkündür¹⁵². Tarafların ölüm olayı gerçekleştikten sonra ikale sözleşmesi¹⁵³ ile bu sürelerin geçmesini beklemeden sözleşmeyi sona erdirmeleri de imkan dahilindedir. BK m. 291'de (yTBK m. 371) feshi ihbar şartı getirilmiş olması, tarafların, ölümü sözleşmenin kendiliğinden feshi nedeni olarak kararlaştıramayacağı şeklinde anlaşılmalıdır ki, hüküm bu açıdan emredicidir¹⁵⁴. Diğer yandan bir feshi ihbarda bulunulmamış ya da ikale anlaşması yapılmamış olmasına rağmen taraflardan birisi, kira akdinin ifasına ilişkin eylemlere son vermiş ya da yeniden başlamamış ise, bu durumda gerek BK m. 270 vd., 274/1, 278-279, (yTBK m. 357 vd., 358, 324, 364-365) ve gerek genel hükümlerden (BK m. 96-97, 101, 106; yTBK m. 112-113, 117, 123, 126) hareketle sözleşmeye aykırılığa dayanmak suretiyle, ihlali gerçekleştiren taraftan aynen ifa ve tazminat ya da sözleşmeyi feshederek tazminat istenmesi mümkündür¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Karş. *KLEIN-BLENKERS*, s. 316-317.

¹⁵⁰ *TANDOĞAN*, C. U2, s. 238; kiracının ölümü nedeniyle fesihte, tazminat yükümlülüğü bulunmamasının sınırlarına ilişkin olarak bkz. *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 227 ve dn. 3.

¹⁵¹ *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 71 dn. 3.

¹⁵² *HIG*/, Obligationenrecht, Art. 297b N. 6-7.

¹⁵³ Bkz. *EREN*, s. 1210-1211.

¹⁵⁴ *H/GI*, Obligationenrecht, Art. 297b N. 8.

¹⁵⁵ *ALTAŞ*, s. 266. İsviçre BK m. 293'de kiralananın, sözleşmenin ifasına başlanmasından sonra ancak bitiminden önce kiracının kusuruna dayanması gerekli olmayan bir sebeple (bkz. *STUDER*. in: Basler Kommentar-OR I, Art. 293 N. 2) geri verilmesi hali için özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre kiracının kiralananı sözleşmenin kanunda ya da sözleşmede belirlenen sona erme hallerinden hiçbirisi gerçekleşmeden (vaktinden önce) iade etmesi durumunda, borçlarından kurtulması, kiralayana bunun kabul edebileceği bir kişiyi önermesine bağlıdır. Bu kişi sözleşmeyi aynı şartlarla devralmaya hazır ve ödeme kabiliyetine sahip olmalıdır. Aksi halde sözleşmenin kanun ya da sözleşme gereği sona ereceği tarihe dek kira bedellerini ödemekle yükümlüdür. Kiralayan, bu sebeple yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kiracının yapacağı ödemelerden indirmekle yükümlü

Feshi ihbarda bunun sebebinin bildirilmesi gerekir. Birden fazla mirasçı bulunup da, ortak bir temsilci atanmamışsa, hepsi birlikte feshi ihbarda bulunmalıdırlar. Bunların da hepsine ya da ortak temsilcilerine karşı feshi ihbarda bulunulmalıdır¹⁵⁶. Mirasçılar ancak miras sebebiyle ticari işletme ile temasa geçmiş olduklarından haklarında, TK m. 20/III'ün (yTİK m. 18/3) uygulanmaması gerekir. Fakat mirasçılardan biri ya da bir kaç ticari işletmeyi işleten adi şirket ortaklarından ise aksi sonuca varmak gerekir (TK m. 14/1; yTİK m. 12/1). Kiracıların birden çok olması ve bunlardan birinin ölmesi halinde ise, ölenin kira sözleşmesinin yapılması ve sürdürülmesindeki önemine bakarak hareket etmek ve taraflara buna göre feshi ihbarda bulunma imkanı tanımak gerekir. BK m. 291 (yTBK m. 37 I), daha çok tek bir kiracının bulunması ve bunun ölmesi ihtimali dikkate alınarak düzenleme yapıldığından, anılan ihtimalde BK m. 291'in (yTBK m. 371) doğrudan uygulanabilir olduğunu kabul etmek yerinde olmaz. Bu sebeple BK m. 286'nın (yTBK m. 369) haklı neden unsuru, BK m. 291'in (yTBK m. 371) ise tazminatsız feshi ihbar imkanı kullanılarak bir sonuca varılmalıdır. Diğer yandan kiracıların kiralanamı adi şirket halinde kiralamış olma ihtimali de vardır. BK m. 535/1 b. 2'ye (yTBK m. 639 b. 2) göre adi şirket ortaklarından birisinin ölümü, sözleşmede aksi kararlaştırılmamış, mirasçıların tamamı ya da en azından birisi ile şirketin devamı hususunda anlaşma yapılmamış veya ortaklar kendi aralarında şirketin devamı için bir karar almış olmadıkça¹⁵⁷, şirketin infisahı sonucunu doğuran bir olaydır. Bu şartlardan hiçbirisinin gerçekleşmemesi halinde, adi şirket ortaklarından birisinin ölümünün, BK m. 290'a göre (yTBK m. 370) hasılat kirası sözleşmesinin feshi sonucunu doğuracağı açıktır.

Kanun'da feshi ihbarda bulunulabileceği ifade edilmişse de, bunun ölümden itibaren ne kadar süre içinde yapılması gerektiği açıklanmamıştır. BK m. 265'de "en yakın vakit için", yTBK m. 333'de ise "en yakın fesih

tutulmuştur. İsviçre BK m. 293'ün yTBK'daki karşılığı olan m. 325'de ise konu kısmen farklı biçimde düzenlenmiştir: "Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralanamı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralanamın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması halinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer. Kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralanamı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür". yTBK m. 325'in m. 358'in işaretiyle hasılat kirası ilişkilerinde uygulanması mümkündür.

¹⁵⁶ TANDOĞAN, C. I/2, s. 238; CANSEL, s. 146-147.

¹⁵⁷ Adi şirkette ortaklardan birinin ölümüne rağmen şirketin devamını sağlayacak değişik a.J. alternatifler hakkında bkz. POROY(POROYrEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 70 N. 107a vd.; ŞENER. Adi Ortaklık, s. 444 vd.

dönemi sonu için" denilmiş olsa da, bu ölçütler öncelikle Kanun'un feshi ihbarın etkili olmasını istediği/beklediği zamanı tayine yarayacak özellikte olduğu gibi, hasılat kirası ilişkilerinin kendisine özgü yanlarına çok da uymamaktadır. Bir diğer deyimle taraflardan (kiralayan ve mirasçılar) her birinin ölümünden itibaren ne kadar süre içinde feshi ihbarda bulunması gerektiği soruna ancak dolaylı olarak değinmektedirler. Sorunun önemi, bu sürenin kıracının ölümünün, ölüm olayının, artık BK m. 291 (yTBK m. 371) çerçevesinde bir tazminatsız feshi ihbara dayanak teşkil etme özelliğini kaybetmesi¹⁵⁸ ve ya BK m. 285 (yTBK m. 368) ya da BK m. 286'ya (yTBK m. 369) dayanılmak zorunda kalınacak olmasıdır. Kanaatimizce bu sorun, sözleşmede aksi-ne bir düzenleme yoksa, mirasçılara mirasın reddi için tanınmış olan üç aylık sürenin (MK m. 606/1) uygulanması suretiyle çözülebilir¹⁵⁹. Süre, MK m. 606/11'de de açıklandığı gibi kural olarak ölüm tarihinden itibaren **başlaya-**caktır. Mirasçıların bu süre içindeki herhangi bir tarihte feshi ihbarda bulunduklarında uygulanması gereken altı aylık feshi ihbar süresi de bu tarihte işlemeye başlamış sayılacaktır. Gerek mirasçıların ve gerek kiralayanın bu üç aylık sürenin geçmesinden sonra yaptıkları feshi ihbarlar artık BK m. 291 (yTBK m. 371) çerçevesinde değil, olayın özelliğine göre BK m. 285 ya da 286'ya (yTBK m. 368-369) göre yapılmış feshi ihbarlar olarak görülmeli ve buna uygun sonuçlar doğurmalıdır. İİK m. 44'deki onbeş günlük sürenin mirasçıların feshi ihbarı hakkında kıyasen uygulanması mümkün değildir. Zira bir yandan İİK m. 44 ile BK m. 291'in (yTBK m. 371) yöneldiği amaçlar çok farklı olduğu gibi, işletme ile kendi iradeleri ile değil, ölüm olayı nedeniyle karşı karşıya kalmış mirasçıları İİK m. 44'ün nispeten kısa süresi ile karşı karşıya bırakmak da yerinde değildir.

Hukukumuzda gaiplik de (MK m. 32-35, 45) malvarlığı ilişkileri bakımından ölüme benzer hukuki sonuçlar doğurur (karş. MK m. 584-588). Kiracının gaipliği halinde de BK m. 291'e (yTBK m. 371) göre hareket etmek gerektiği ileri sürülebilirse de, kanaatimizce bu durum, MK m. 33'de öngörülen karar sürecinin uzunluğu ile gaiplik kararı alınmasının MK m. 32/1'de ilgililerin talebine bağlı tutulmuş olması karşısında, kiralayanın MK m. 32/1'deki "ilgililer" kapsamına girdiği söylenemez. Bu sebeple, kiracının gaipliği halinde kiralayana BK m. 285'deki (yTBK m. 368) sürelerle uymak-

¹⁵⁸ TANDOĞAN, C. 1/2, s. 238. Yazar, "ölümünden sonra ilk dönem sonu karşı tarafla anlaşma olmaksızın geçirilirse, artık BK. md. 265'e dayanmak" imkanının ortadan kalkacağını belirtmiştir.

¹⁵⁹ İsviçre hukuku için de aynı yönde HIGI, Obligationenrecht, Art. 297b N. 19. KLEIN-BLENKERS da, herhangi bir yasal dayanak göstermeksizin üç aylık düşünme ve karar süresinden söz etmektedir, s. 318. Ancak Alman MK m. 594d/1 incelendiğinde kiracının ölümü halinde gerek mirasçıların ve gerek kiralayanın sözleşmeyi, ölüm olayını öğrendikleri tarihten itibaren bir ay içinde altı aylık feshi ihbar süresine riayetle feshedebileceklerini öngördüğü görülmektedir.

sızın, sözleşmeyi MK m. 2'nin uygulanması suretiyle derhal sona erdirebilme imkanının tanınması gerekir¹⁶⁰. Ölüm karinesinin uygulandığı hallerde ise BK m. 291 (yTBK m. 371) uygulanmalıdır.

Gerek BK m. 291 ve gerek yTBK m. 371 belirsiz süreli sözleşmeleri dikkate alarak düzenleme yapmış gözükmektedirler. Belirli süreli kira sözleşmelerinde ise feshi ihbar ancak önemli nedenlerin varlığı halinde mümkündür (BK m. 286; yTBK m. 369). Belirli süreli bir kira sözleşmesinin kiracısı öldüğünde de kiralayan ile kiracının mirasçıları feshi ihbar süresine riayet ederek sözleşmeyi sona erdirebilirler. Ancak ölüm tarihinde sözleşmenin kalan süresi feshi ihbar süresinden daha kısa ise, bu durumda feshi ihbar süresinin değil, kalan sürenin geçerli olması gerekir.

Gerek BK ve gerek yTBK *kiralayanın* ölümünü sona erme sebebi olarak düzenlememişlerdir. Gerçekten de kiralayanın ölümünün hasılat kirası sözleşmesinin sona ermesi için kiracının ölümünde olduğu gibi haklı neden teşkil etmesi bakımından kabul edilebilir gerekçeler mevcut değildir. Kiralayanın ölümü halinde mirasçıları kanun gereği sözleşmenin tarafı olurlar. Sözleşmenin sona ermesi genel kurallara tabidir¹⁶¹.

Kiracının tüzel kişi olması ve bunun tüzel kişiliğinin son bulması ihtimalini, ne BK ne de buna göre oldukça yeni olmasına rağmen yTBK dikkate almamış ve düzenleme konusu yapmamıştır. Ticari işletmeyi bir demek, vakıf ya da ticaret şirketi, kiralaymış olabilir. Bunların her birisinin kendi hukuklarına uygun biçimde¹⁶² tüzel kişilikleri son bulduğu takdirde hasılat kirası sözleşmesi de sona erecektir. BK m. 291'in (yTBK m. 371) kıyasen uygulanacağı bu halde, tüzel kişilerin mirasçısı olmayacağından (MK m. 48) sona erme derhal gerçekleşecektir. Burada akdî ilişkinin bir tarafı, hukuken ortadan kalktığından tabiatıyla artık bir feshi ihbar da söz konusu olamaz¹⁶³. Ancak küllî halefiyetin söz konusu olduğu hallerde¹⁶⁴, devralan ya da yeni kurulan tüzel kişi kural olarak hasılat kirası sözleşmesinin tarafı olur¹⁶⁵. Salt bu husus BK m. 286 (yTBK m. 369) anlamında haklı neden teşkil etmemekle birlikte, sözleşme, birleşme ya da bölünme nedeniyle tüzel kişiliği son

¹⁶⁰ Kiracının gaipliğinin tahliye sebebi olmadığı hakkında, Y. 6. HD, T. 20.01.1972, E. 8, K. 213, *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 237 dn. 172.

¹⁶¹ Karş. *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 8I.

¹⁶² Dernekler hakkında MK m. 87-89, 5253 s. Dernekler K. m. 32/n, p; vakıflar hakkında MK m. 116; kollektif şirket hakkında TK m. 242 (yTTK m. 303); komandit şirket hakkında TK m. 267, 242 (yTTK m. 328, 303); anonim şirket hakkında TK m. 449 (yTTK m. 545); limited şirketler hakkında TK m. 552, 449 (yTTK m. 643, 449).

¹⁶³ *TANDOĞAN*, bir şirketin ya da tüzel kişinin infisahı halinde, BK m. 291'in adi kiradaki karşılığı olan BK m. 264'ün uygulanamayacağını, şartları varsa BK m. 264'e dayanılabileceğini ifade etmiştir, C. 1/2, s. 237.

¹⁶⁴ Bkz. TK m. 151, 451, 452, 454/III; yTTK m. 136/4, 159/a.

¹⁶⁵ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 581 N. 422.

bulmuş olan işletme göz önünde tutularak akdedilmiş ise, aksi sonuca vanlabilir¹⁶⁶. Yapılan açıklamalar, kiralayanın tüzel kişi olması hali için de geçerlidir.

il. Kiracının İade Borcu

Hasılat kirası sözleşmesinin yukarıda belirtilen nedenlerle sona ermesi, kiracının kiralananı iade borcunu, kiralayanın da kiralananın iadesini talep hakkını doğurur (BK m. 292-293; yTBK m. 372-373; MK m. 683/II). Daha açık bir ifade ile sözleşmenin sona ermesi ile kiracının işletme hakkı da sona ereceğinden, kiracı kiralananı iade ile yükümlüdür¹⁶⁷. Hasılat kirası sözleşmesinin hukuki niteliğinin bir sonucu olan kiralananın iadesini¹⁶⁸, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin tasfiyesi süreci olarak nitelendirmek de yanlış olmayacaktır¹⁶⁹. Bu noktada sürekli borç ilişkilerinde, sona ermenin, aslında ilişkinin devamının ileriye etkili olacak şekilde durdurulması, tarafların somut sözleşme türü için tipik olan aslı edim yükümlerini ifa borçlarının sona ermesi anlamına geldiğine dikkat çekmek gerekir¹⁷⁰. Bu bakımdan sürenin dolması, iflas, fesih ya da feshi ihbar sonrasında taraflar arasında artık hiçbir temasın kalmayacağının düşünülmesi hatalı olacaktır. Hasılat kirası, özellikle de ticari işletme kirası gibi tarafları arasında karmaşık bağların doğmasına yol açan hukuki ilişkiler, devamları durdurulmuş olsa bile, kiralananın iadesi ve varsa tazminat taleplerinin yerine getirilmesi anlamında tasfiye devam ettiği müddetçe, gerçek anlamda sona ermiş olmazlar¹⁷¹. Aşağıda kiralananın iadesi bağlamında bu borcun kapsamı, iadenin ticaret hukuk bakımından doğurduğu sonuçlar ile iade sonrası kiracı hakkındaki rekabet yasağı konulan ele alınacaktır.

1. Borcun Kapsamı

Ticari işletme kirası göz önünde tutulduğunda, kiracının maddi ve gayri maddi işletme unsurlarını iade yükümlülüğü ile bunların tekil biçimde iadesini değil, işletme bütünlüğünün iadesini gerçekleştirmek zorunda olduğu ilk olarak belirtilmesi gereken husustur¹⁷². Bir diğer ifade ile kiracının, muhtelif işletme unsurlarını, işletme organizasyonunun sağladığı bütünlükle hiçbir ilgisi kalmamış olarak iade etmesi, "ticari işletmenin iadesi" borcunun yerine

¹⁶⁶ **Karş.** *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 297b N. 12.

¹⁶⁷ *KLEIN-BLENKERS*, s. 321; *ARKAN SERİM*, s. 130 vd.

¹⁶⁸ *STUDER*, in: Basler Kommentar-OR I, Art. 299 N. 2; *KLEIN-BLENKERS*, s. 321.

¹⁶⁹ **Karş.** *ALTAŞ*, s. 316.

¹⁷⁰ *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 202.

¹⁷¹ *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 202.

¹⁷² *OPPIKOFER*, s. 75.

getirildiği anlamı taşımaz. Bu sebeple ticari işletme kirasında iade borcunun konusu "ticari işletme bütünlüğüdür"¹⁷³.

BK m. 292/1 (yTBK m. 372/1) hiç şüphesiz emredici değildir. Taraflar sözleşmede iade borcunun kapsamını, yerini, zamanını serbestçe tayin edebilirler. Bu sebeple iade borcunun kapsamının tayininde öncelikle sözleşme hükümleri ile boşluk olan hallerde varsa yerel adetler rol oynar¹⁷⁴. Örneğin kira başlangıcında kiracıya satılmış ya da bağışlanmış bulunan hammadde ile mamul ürünlerin (stoklar) eşdeğerlerinin aynen ya da nakden iadesinin söz konusu olup olmayacağı, bir başka ifade ile kira bitiminde kiracının kendisinin tedarik ettiği ancak henüz kullanmadığı ya da kendisinin ürettiği ancak henüz satılmayan malların (stokların) akıbeti konusunda düzenleme ihtiyacı duyulabilir.

BK m. 292/1'de (yTBK m. 372/D ifade edilen genel ilkeye göre, sözleşme sona erdiğinde kiracı, kiralananı, sözleşmenin kurulması sırasında deftere (BK m. 271; yTBK m. 359) kaydedilen eşyaları ile birlikte iadeyle yükümlüdür (şey+envanter)¹⁷⁵. İade edilecek olan, iade tarihindeki durumu ile kiracıya teslim edilmiş olandır¹⁷⁶. Bu çerçevede kiracının kiralanan ticari işletmeye dahil maddi unsurlar üzerinde doğrudan zilyetliği, haklar üzerinde ise kiralayanın bunlardan kendi adına istifade imkanını söz konusu hakları kiraya devretmek suretiyle tesis etmesi gerekir¹⁷⁷. BK m. 292/I'de (yTBK m. 372/I) kiralananın birlikte teslim edilen eşya ile birlikte iadesinden bahsedilmiş olmakla birlikte, ticari işletme kirasında kiralanan, maddi ve gayri maddi unsurları ile bizzat işletmenin kendisi olduğundan, ayrıca "birlikte teslim edilen eşyanın iadesinden" söz etmeye gerek yoktur¹⁷⁸. Ancak gerçekte ticari işletmeye dahil olmamakla birlikte, kiracıya teslim edilmiş eşyaların bulunabileceği de düşünülmelidir. Bir araç ya da gerecin kiralanan işletmeye

¹⁷³ Karş. *H/G!*, Obligationenrecht, Art. 299b N. 12.

¹⁷⁴ *ALTAŞ*, s. 272, 317; *KLEIN-BLENKERS*, s. 231; *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 299 N. 8 vd.

¹⁷⁵ BK m. 292-293'ün (yTBK m. 372-373), hasılat getiren maddi şeylerin kiralınması göz önünde tutularak kaleme alınmış olması, bunların ticari işletmeler gibi maddi ve gayri maddi unsurları ihtiva eden mal ve hak topluluklarının kiralınması halinde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasına engel değildir, karş. *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 299 N. 3-5. Bundan başka Kanun'un düzenlemeleri kiralanan ile bununla birlikte devredilmiş envanteri ayrı mütalaa ettiğini göstermektedir, *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 213.

Kiralanan ticari işletmenin, kiracıya satılması da sözleşmeyi sona erdiren nedenlerdendir. Bu durumun özelliği ise kiracının kiralananı iade borcunun söz konusu olmamasıdır, *KLEIN-BLENKERS*, s. 319, 321.

¹⁷⁶ *CANSEL*, s. 150; *GAUCH*, Beendigung von Dauerverträgen, s. 215; *KLEIN-BLENKERS*, s. 321-322; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 584b N. 10.

¹⁷⁷ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 584b N. 9; *KLEIN-BLENKERS*, s. 326-327.

^{11s} Karş. *CANSEL*, s. 150.

dahil olup olmadığı hususunda ihtilaf çıkarsa, taraflar iddialarını ispat ile yükümlüdürler (MK m. 6)¹⁷⁹. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, kiralayanın kira başlangıcında ivazlı ya da ivazsız olarak kiracıya teslim ettiği ham ya da mamul malların, BK m. 292/1 (yTBK m. 372/I) dairesinde kiralayana iadeleri gerekir¹⁸⁰. Bir başka ifade ile eşyada nitelik ya da nicelik bakımından azalma olmuşsa, bunlar giderilerek iade olunmalıdır. Keza sözleşmede farldı yönde bir düzenleme yoksa kiracıya bedelsiz devredilen duran varlığının kira bitiminde kiralayana yine bedelsiz iade edilmesi gerekir. Kiracıya saulmuş olan duran varlıklar bulunmakta ise, kiracı bunları beraberinde götürebileceği gibi, bedelli ya da bedelsiz olarak kiralayana iade de edebilir¹⁸¹. J(anuni düzenlemeye göre iadesi gereken eşyalar, özellikle de kıymet takdiri yapılarak devredilen envanter bakımından, sözleşme ile kiralayana aynen iadeyi tamamen ya da kısmen reddetme hakkı tanınması mümkündür. Bu takdirde söz konusu eşyaların mülkiyeti kiracıda kalacaktır¹⁸². Anılan bu husus Alman MK m. 582a/III c. 2'de açıkça öngörülmüştür¹⁸³. Böylece kiralayan iade tarihinde somut olayın özelliklerine göre bir seçme hakkına kavuşmuş olur. Kanaatimizce red hakkı kiralayana bir ikame değer talep hakkı vermek-sizin saf şekilde tanınabileceği gibi, bu hak ikame değer talebi ile de birleştirilebilir.

Deftere kayıtlı eşya "bulundukları hal üzere", bir diğer ifade ile iade tarihinde, kötüleşmiş, iyileştirilmiş ya da hiç değişmemiş¹⁸⁴ olarak ne durumda iseler, o şekilde geri verilmelidirler (BK m. 292/I; yTBK m. 372/I). Kiracının yapmış olduğu iyileştirmeleri geri almaya hakkı yoktur¹⁸⁵. Bu çerçevede, raflarındaki ve deposundaki malları ile birlikte teslim edilmiş bir ticari işletmenin iade tarihindeki aktüel raf ve depo mevcudu ve demirbaşları ile birlik-

¹⁷⁹ Karş. *KLE/N-BLENKERS*, s. 323.

¹⁸⁰ Karş. *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 188; *ALTAŞ*, s. 318.

¹⁸¹ *ALTAŞ*, s. 212.

¹⁸² *KLINGLER*, s. 117; *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 582a N. 35.

¹⁸³ *HARKE*, in: *MüKo-BGB*, § 582a N. 7.

¹⁸⁴ *CANSEL*, "eşyanın bulunduğu hal üzere iadesi" ifadesinin, "teslim zamanında şeyin iyi bir haldeki durumuna yalın bir durumu" ifade ettiğini belirtmektedir. Keza *KLINGLER* de belirleyici olanın kiracının kiralananı hangi halde teslim aldığı değil, bunun kira bitiminde iyi bir işletme gereği bulunması gereken durum olduğu ve kiracının bundan sorumlu olduğu görüşündedir, s. 117. Prensip olarak bu görüşlere katılmak mümkün olmakla birlikte, BK m. 293/I'de (yTBK m. 373/1) tazmin yükümünün getirilmiş olduğuna da dikkat çekilmelidir. Diğer yandan *KLINGLER'in* ifade ettiği görüşün genelleştirilmesinin, sözleşmenin kiracının kendi işletme organizasyonunu tam olarak kurmaya fırsat bulamadan, kiracıya yüklenemeyecek haklı nedenlerle veya kiracının ölümü ya da iflası gibi sebeplerle oldukça erken denilebilecek bir dönemde sona erdiği hallerde, menfaat dengesinin kiracı aleyhine bozulmasına yol açma riskini de beraberinde getirdiğine dikkat çekilmelidir. Nitekim bkz. *HIGI*, *Obligationenrecht*, Art. 299 N. 31.

¹⁸⁵ *HIGI*, *Obligationenrecht*, Art. 299 N. 12, 15 vd.; *INDENMEYER*, s. 149.

te iade edilmesi gerekir. İşletmenin, bunu "boş göstermeyecek. ancak satılması da mümkün olmayan tür, nitelik ve miktardaki" mal ve demirbaşlarla iadesi, borca uygun bir iade olarak kabul edilemez¹⁸⁶. Turizm ya da gastronomi işletmelerinde olduğu gibi konusu esas itibarıyla menkul mal ve hizmet satımı olan işletmelerin ise bu hizmeti kaldığı yerden üretmeye ve satmaya devam edebilecek teknik donanımı ile birlikte iade edilmesi gerekir. Bu çerçevede örneğin devralınmış müşteri listelerinin, marka, know how gibi sınai mülkiyet haklarının, yiyecek ve içecek tariflerinin (reçete) iadesi önem kazanır. Kiralayan, izni olmamasına rağmen kiracının yaptığı değişikliklerin kaldırılmasını ya da bunun kendisi tarafından kaldırılması halinde masraflarının tazminini kiracıdan talep edebilir¹⁸⁷.

Kiralananın teslimi sırasında tutanağa geçirilen eşyanın değeri takdir edilmiş bulunmakta ise (BK m. 271; yTBK m. 359), kiracının bunları "aynı nevi ve kıymette" (özdeş tür, değer, kalite ve sayıda) iade etmesi gerekir¹⁸⁸. Aksi halde tespit edilen değere göre gerçekleşmiş olan değer noksanlıklarının giderilmesi gerekir (BK m. 293/1; yTBK m. 373/I). Kira başlangıcında, teslim edilen eşyanın bir değer biçilerek tutanağa geçirilmiş olması, BK m. 293/1'in (yTBK m. 373/1) uygulanabilirliğinin ön şartıdır¹⁸⁹. BK m. 293/1'in (yTBK m. 373/1) kapsamına öncelikle menkul işletme tesisatı (alet, araç, gereç) ile hammadde stokları girer¹⁹⁰. Kiracı, eksik eşyanın kiralayanın kusuruyla ya da mücbir sebeple telef olduğunu ya da hasara uğradığını (*argumentum a maiore ad minus*) ispat ettiği takdirde gerek iade ve gerek eksikliği tazmin borcundan kurtulur (BK m. 293/11; yTBK m. 373/II)¹⁹¹. HARKE, BK m. 292-293 ile (yTBK m. 372-373) muhteva bakımından önemli benzerlikler taşıyan Alman MK m. 582a'yı göz önünde tutarak, kiracının roma hukukunda olduğu gibi, *adeta* envanteri bunu kendisine devreden kişiye yeniden satmak üzere almış bir alıcı gibi değerlendirildiğini ve buna

¹⁸⁶ STUDER, in: Basler Kommentar-OR I, Art. 299 N. 2; HIGI, Obligationenrecht, Art. 299 N. 21, 299b N. 11-12.

¹⁸⁷ HIGI, Obligationenrecht, Art. 299 N. 24-25.

¹⁸⁸ Teknolojik gelişmelerden kaynaklanan değer kayıplarının sözleşmede kararlaştırılmadıkça kiracıya yüklenemeyeceği yönünde bkz. HARKE, in: MüKo-BGB, § 582a N. 8; aksi görüş SONNENSCHNEIDER, in: STAUDINGERS, § 582a N. 10, 51-52. Kiracının kiralananı iyi halde muhafaza borcu göz önünde tutulduğunda duruma göre örneğin 5 yıl ve daha uzun sünnüş sözleşmelerde SONNENSCHNEIDER'in fikrine katılmak gerekebilir.

¹⁸⁹ HIGI, Obligationenrecht, Art. 299b N. 4, 10.

¹⁹⁰ HIGI, Obligationenrecht, Art. 299b N. 8-9, Yazar, ayrıca kiracıya geri satın alma yükümlülüğü ile ya da böyle bir yükümlülük olmaksızın, kiralayan ya da önceki kiracı tarafından son kiracıya teslim edilmiş (satılmış) alet, araç ve gereçlerin BK m. 293/1'in (yTBK m. 373/1) kapsamına girmediğini yerinde olarak ifade etmektedir, N. 9. Ayrıca bkz. LINDENMEYER, s. 156.

¹⁹¹ HIGI, Obligationenrecht, Art. 299b N. 19 vd.

gelecek hasarlardan sorumlu tutulduğunu ifade ederek, düzenlemelerin tarihsel kökenine işaret etmiştir. Buna göre başlangıçta değer biçilmiş envaterin kira sonunda "aynı nevi ve kıymette" iadesi mecburiyetinin öngörülmüş olması, kiralayan ile kiracı arasındaki ilişkinin, "envanterin satımı-geri alımı" gibi mütala edilmesi ile açıklanır¹⁹². Bu çerçevede *LJNDENMEYER*'ın BK m. 293'ün (İsviçre BK m. 299, 1989 reformu öncesi metin) amacının, kiralayanın eşdeğer bir envanter elde etmesinin sağlanması olduğu, böylece iade aldığı işletmeyi aynen sürdürmesinin temininin amaçlandığı, kiralayanın zenginleşmemesi gibi gerçektir gibi fakirleşmemesinin de gerekli olduğu, yönündeki değerlendirmesine³ katılmak gerekir. Ancak BK m. 293/I e göre (yTBK m. 373/D envanterin bir değer takdiri yafgılarak kiracıya devri, hasarın da buna geçmesi sonucunu doğurduğundan⁹⁴, kiracının bundan kaçınmak istemesi halinde sözleşmede aksine düzenleme yapılması mümkündür¹⁹⁵.

Ancak kiracı, işletme sırasındaki işlemlerden dolayı hak kazandığı ancak henüz iktisap ya da tahsil etmediği, bir başka ifade ile kira sözleşmenin sona erdiği tarihten sonra muaccel olacak, alacaklarını kiralayana iade (temlik) ile yükümlü değildir. Zira bunlar kiracının kiralananın işletilmesinden dolayı elde ettiği "hasılat" olup, dar ve teknik anlamda işletmeye dahil unsurlar olarak değerlendirilemez.

Kiracı iade borcu kapsamında, kiralanan kendisine kullanılmak ve işletilmek üzere teslim edilirken hangi işlemler yapılmış ise bunların aynısını yapmakla yükümlüdür¹⁹⁶. Bir başka ifade ile hasılat kiralalarında, özellikle de ticari işletme kirasında kiracının adi kirada olduğu gibi kiralananı tahliyesi

¹⁹¹ HARKE, in: MüKo-BGB, § 582a N. 1; Alman MK m. 582a'nın ticari işletme kiralalarında da uygulanabileceği hakkında bkz. SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 582a N. 1, 3, 5.

¹⁹³ LINDENMEYER, s. 152.

¹⁹⁴ BK m. 292 ile m. 293 arasındaki değerlendirme farklılığı hakkında bkz. OSERİ SCHÖNENBERGER, Art. 299 N. 1-3. Buna göre m. 292'ye göre kiracının tazmin borcunun sebebi gerektiği kullanma ve işletme borcu iken, m. 293'e göre ise eşyanın tutanağa geçirilmiş ve değerinin tespit edilmiş olmasıdır. Bu son halde hasar kiracıya aittir, ayrıca bkz. TANDOĞAN, C. 1/2, s. 190; ayrıca bkz. HARKE, in: MüKo-BGB, § 582a N. 2; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 582a N. 9.

CANSEL, kullanma ve işletmenin değişik dereceleri olduğunu belirterek bunların, "yıpratılarak kullanma", "şeyin aynısını mümkün olduğu kadar muhafaza ederek kullanma" ve "ıslah edici kullanmayla" bunlara örnek olarak vermektedir, s. 150.

¹⁹³ Karş. SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 582a N. 4.

¹⁹⁶ KLEIN-BLENKERS, s. 321-322; kiralayana iadenin, eylemsel anlamda kiracıya teslimin paralelini oluşturmasına ilişkin olarak bkz. HIGI, Obligationenrecht, Art. 299 N. 13. Kiracının iade sırasında ve sonrasında kiralayana bilgilendirmesi ve aydınlatmasının, kiralayanın yTBK m. 335'deki muayene ve ihbar ödevini gereği gibi yerine getirebilmesi açısından önemi hakkında bkz. HIGI, Obligationenrecht, Art. 299a N. 11.

yeterli değildir¹⁹⁷. Aksine burada işletme unsurlarının kiralananda bırakılması gerekir. Bu çerçevede kiracının kiralayanı yeniden, işletmenin idari, ticari ve teknik anlamda sevk ve idarecisi durumuna getirmesi gerekir. İade ile güdülen hedef, bir yandan, ticari işletme kirası sebebiyle ayrılmış olan sahiplik ve işletmecilik sıfatlarının, kiralayanın şahsında yeniden bir araya getirilmesi, diğer yandan da kiracının işletmeci konumuna son verilmelidir¹⁹⁸. Bir başka ifade ile kiralayan işletme malvarlığını ve organizasyonunu yeniden idare edebilir hale gelmelidir (*Einweisung in den Tö.tigkeitsbereich= Einführung in das Unternehmensorganisation und in die Geschö.ftsbeziehungen*)¹⁹⁹. Kiracı iade kapsamında, kira süresince işletmede, tedarikçi ve müşteri çevresinde, ticari ve teknik alanlarda meydana gelmiş olan değişiklikler hakkında kiralayana bilgi vermeli, gerektiğinde kiralayan ile birlikte işletmenin bunun tarafından işletilmeye başlanması sürecinde kendisine ve çalışanlarına yardımcı olmalı ve bunu hasılatı bizzat elde eder hale getinmelidir²⁰⁰. Kiracı işletmeye ait ticari defterleri, vergi beyannamelerini ve diğer ticari evrakı da kira bitiminde kiralayanın incelemesine hazır tutmalı ve gerekli açıklamalarda bulunmalıdır²⁰¹. Ancak kiralayan anılan defter ve belgelerin asıllarının kendisine verilmesini talep edemez²⁰². Zira bunların saklanması kiracının şahsına yüklenmiş bir yükümlülüktür. Yine bu cümleden olmak üzere, ticari işletme faaliyetlerinin yürütülebilmesi için kira başlangıcında kiralayanın kiracıya nakletmiş olduğu borç ilişkilerinin (örneğin abonelik, kira ya da leasing sözleşmeleri), bu sefer de kiracı tarafından kiralayana nakli gerekecektir²⁰³. Bunun gibi kiracının işletme faaliyetinin yürütüldüğü binalara/alanlara yaptığı duvar, çit, kulübe, vitrin, raf, oda gibi eklemeleri de, bunların kiralayanın işletme faaliyetlerini engeller nitelikte ya da onayının dışında inşa edilmiş olması ve işletme faaliyetleri ve menfaatleri ile de bağdaştırılamaması halinde kaldırması gerekir²⁰⁴.

Kiracının iade yükümü kural olarak kiralayanın şahsına, mirasçılara, tasfiye memurlarına ya da iflas masasına karşıdır²⁰⁵. Bu hususun BK m. 292-293'de (yTBK m. 372-373) açıkça zikredilmemiş olması aksi sonuca varmak

¹⁹⁷ ÖZTÜRK, s. 484.

¹⁹⁸ KLEIN-BLENKERS, s. 322-323.

¹⁹⁹ TANDOĞAN, C. U2, s. 189; KLEIN-BLENKERS, s. 160 vd., 331; OSERİ SCHÖNENBERGER, Art. 275 N. 4, 298 N. 1; K/NGLER, s. 117; I/NDENMEYER, s. 149; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 270; ayrıca bkz. HIGI, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis(Art 275-304) N. 106 vd.

²⁰⁰ ALTAŞ, s. 170-171; KLEIN-BLENKERS, s. 331.

²⁰¹ KLEIN-BLENKERS, s. 331.

²⁰² Aksi görüş KLEIN-BLENKERS, s. 331.

²⁰³ KLEIN-BLENKERS, s. 326, 328 vd.

❖ KLEIN-BLENKERS, s. 321-322.

¹⁰⁵ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 352.

için yeterli değildir. Ancak taraflar başlangıçta kararlaştırmış ya da sonradan anlaşmışlar ise, kiracının kiralanan işletmeyi yeni kiracı durumundaki üçüncü kişiye iade etmesi talep edilebilir. Sözleşmeden doğan böyle bir yükümlülük olmadıkça kiracıdan kiralananı üçüncü bir kişiye iade etmesi talep olunamaz²⁰⁶. Bu hususta ısrar eden kiralayan, alacaklı temerrüdüne düşmüş olur ve kiracıdan bu sebeple tazminat isteyemeyeceği gibi, kiracının uğrayacağı zararları da gidermek zorunda kalır (BK m. 90, 94, 106-108; 106, I 10, 123-126)²⁰⁷. Kiralayan kiralananın bunu satın alan ya da kiralayan üçüncü bir kişiye iade edilmesi sebebiyle kiracının yapmak zorunda kaldığı ek masrafları da karşılamalıdır.

Kiracı kiralayana depozito vermiş ise, kiralananın sözleşmeye ve kanuna uygun şekilde iadesi gerçekleştiğinde kiralananın bu teminatları kiracıya iade etmesi gerekir (karş. yTBK m. 358, 342)²⁰⁸.

Gerek BK ve gerek yTBK sözleşmenin sona ermesi halinde kiracının muhtemel tazminat borçlarını da düzenlemişlerdir. BK m. 292ff (yTBK m. 372/II), kiracının "kiralananı işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcuna" (BK m. 278-279; yTBK m. 364-365) riayetle iyi işlettiği takdirde ortaya çıkmasını engelleyebileceği değer eksilmelerinin tazmin edilmesini öngörmüştür. Bu çerçevede örneğin BK m. 279/II'ye (yTBK m. 365/II) göre gerçekleştirilmesi gereken onarımların yapılmaması ya da yenisi ile ikame edilmesi gereken küçük araç-gerecin yenilenmemesi kiracının sorumluluğunu doğuracaktır²⁰⁹. Kiralananın iadesi zamanında, kira süresince kullanılmaz hale gelmiş alet, araç ve gereç hakkında kiracının aynen ya da nakden tazmin hususunda seçimlik hakkı vardır²¹⁰. Ancak kiracı normal bir kullanımdan kaynaklanan ve kiralayan kendisi kullansaydı yine de ortaya çıkacak olan aşınma ve yıpranmalardan sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça sorumlu tutulamaz²¹¹. Kiracının işletme borcunu gereği gibi yerine getirmediği, bunun hasılat kabiliyetini kötüleştirdiği ve zararlar, kiralayan tarafından ispat edilmelidir²¹². BK m. 292/II (yTBK m. 372/II), gerçekte BK m. 278-279' un (yTBK m. 364-365) sözleşme sona erdiğinde uygulanabilecek yaptırımını düzenlemiştir²¹³. Bir başka ifade ile hasılat kirası sözleşmesi BK m. 289'a göre feshedildiğinde, kiralayan BK m. 292ff'ye dayanarak tazminat isteyebilecektir. yTBK, BK m. 289'a karşılık gelen bir hüküm sevketmemiş

²⁰⁶ KLE/N-BLENKERS, s. 352.

²⁰⁷ TEKINAYIAKMANIBURCUOĞLU/ALTOP, s. 846.

²⁰⁸ ALTAŞ, s. 316-317.

²⁰⁹ TANDOÖAN, C. 1/2, s. 188; CANSEL, s. 151.

²¹⁰ HJGI. Obligationenrecht. Art. 299b N. 13.

²¹¹ CANSEL, s. 151-152; KLJNGLER, s. 118; LINDENMEYER, s. 150.

²¹² HJGI. Obligationenrecht. Art. 299 N. 39.

²¹³ CANSEL, s. 151.

olmakla birlikte, burada da kiralayanın yTBK m. 369'a göre feshi ihbarda bulunduğunda yTBK m. 372/II'ye dayanması mümkün gözükmektedir.

Kiracının sözleşme sonunda kiralayandan bir tazminat talep edip edemeyeceği de BK m. 292/III (yTBK m. 372/III) ile 293/111'de (yTBK m. 373/III) düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre kiracı, kiralananı göstermekle yükümlü olduğu özen çerçevesinde meydana gelen değer artışları için kiralayandan herhangi bir tazminat isteyemezken (BK m. 292/III; yTBK m. 372/III), kendisinin yaptığı masraflardan veya emeğinden kaynaklanan değer artışı için tazminat isteyebilir (BK m. 293/III; yTBK m. 373/III). Ticari işletme kirası bakımından da pratik önemi olan, ancak birbiriyle çelişkili gözükken bu iki fıkra kanaatimizce şu şekilde yorumlanarak uygulanabilir hale getirilebilir: Kiracı kural olarak yaptığı masraflardan veya emeğinden kaynaklanan değer artışı için tazminat isteyebilir. Ancak hesaplanacak tutardan, sözleşme ve kanun gereği kiralananı zaten göstermekle yükümlü olduğu özen sebebiyle meydana gelen değer artışlarının indirilmesi gerekir. Bu çerçevede kiracının, hasılat kabiliyetinin korunması ve sürdürülmesi anlamında olağan bir işletme faaliyetini²¹⁴ aşacak şekilde kendi yatırım ve uğraşlarıyla yapmış olduğu modernizasyon, satın almış olduğu daha değerli ve yeni menkul işletme tesisatı için kural olarak tazminat talep hakkı olduğu kabul edilmelidir²¹⁵. Ancak kira zamanında genişleyen müşteri çevresi için kiracının tazminat hakkı bulunmamaktadır²¹⁶. Bununla birlikte "genişleyen müşteri çevresi" bakımından kategorik olarak kiralayanın tazminat ödeme yükümlünün olmadığını kabul etmek de her zaman adil sonuçlar vermeyebilir. Somut olayın özellikleri farklı değerlendirmeleri haklı kılabilir. Buna göre tarafların anılan durum için kiracıya tazminat hakkı tanınmış olması bir yana, örneğin çok uzun yıllardır sürmekte olan ve işletmenin zaman içinde daha büyüdüğü açık olan bir ticari işletme kirası ilişkisinde kiracının olağan bir işletme faaliyetini aşacak şekilde kendi yatırım ve uğraşları ve bunun kiralayana olan faydaları için orantılı bir tazminat talep edemeyeceğini kabul etmek hakkaniyete aykırı olacaktır. Ancak bu durumun, ödenmiş kira bedellerinin kiracıya dolaylı biçimde iadesi sonucunu doğurmaması gerektiği de tartışmasızdır.

Tazminat talebinin ilk şartı, kiralanda bir değer artışının gerçekleşmiş olmasıdır. Ancak bu değer artışının gerçek olması ve enflasyondan kaynaklanmamış olması gerekir²¹⁷. Bir değer artışının bulunup bulunmadığının ve bunun türü ve kaynağının ortaya çıkarılabilmesi için masrafları kiracıya ait olmak üzere iade tarihi itibarıyla bilanço (ya da işletme hesabı hılasası) dü-

²¹⁴ Karş. *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 299 N. 38.

²¹⁵ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 299 N. 28-29.

²¹⁶ *SONNENSCHNEID*, in: *SATUDINGERS*, § 581 N. 270; *WEIDENKAFF*, in: *PALANDT*, BGB, 62. Aufl., § 581 N. 9.

²¹⁷ *TANDOĞAN*, C. 1/2, s. 191; *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 299b N. 23.

zenlenmesi gerekir. Bilanço özellikle maddi duran varlıklardaki değer artışlarının tespiti bakımından yol gösterici olacaktır. Ortaya çıkan sonuçların kiralananın kiracıya devrinden önce hazırlanmış olan bilançodaki rakamlarla ve BK m. 27 l (yTBK m. 359) gereğince hazırlanmış tutanakla karşılaştırılması gerekir²¹⁸. Kiracının BK m. 292/III (yTBK m. 372/III) uyarınca tazminat talep edebilmesi için, diğer yandan kiralayan yararına yapılan harcamanın faydalı ya da zorunlu bir iyileştirme olması ve kiralananın değeri ile de orantılı olması gerekir. Ancak kiralayana önemli yararlar sağlayan iyileştirmeler, bir tazminat yükümü doğurur. Özellikle kiracının olağan bir işletme faaliyetinin üzerine çıkan, aslında yükümlü olmadığı, ancak kiralananın yararına olarak hasılat kabiliyetinin kalıcı biçimde artmasına yol açacak ve kiracıya iade edilmemesi sebepsiz zenginleşme teşkil edecek harcamalar da, kiralayan tarafından tazmin edilmelidir (BK m. 293ffII; yTBK m. 373/III). Bundan başka sözleşme normal süresine göre erken sona erdiğinden faydalannı ancak daha sonra doğurabilecek iyileştirmeler de tazminat hakkı kazandırır. **Kiracıya** ödenecek tazminat, taraflarca farklı bir düzen seçilmiş olmadıkça, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin esaslar çerçevesinde hesaplanacak olup, üst sınır ise kiracının yapmış oldu masrafların toplamıdır²¹⁹. Tarafların sözleşme ile kira ilişkisinin bitiminde kiracının belirli ya da her türlü tazminat taleplerini engellemesi de mümkündür. Ancak bu, kiracının sadece rutin işletme faaliyetleri ile yetinmesine sebep olacağından, daha çok kiralayanın aleyhine sonuçlar doğurabilir.

Kiracı, BK m. 292ffI'de (yTBK m. 372/m, "kiralanan iyi surette işletilseydi kaçınılması mümkün olacak" ve iade tarihinde de sürmekte olan²²⁰ "kıymet noksanlıkları için" tazminat ödemekle yükümlü tutulmuştur. Buna göre kiralayan, kiracının kiralananı işletme ve muhafaza (bakım) borcunu ifada sözleşmeye, örf ve adete veya kanuna kusuruyla aykırı davrandığını ve zararını ispat ettiği takdirde, kiracı bunu tazmin ile yükümlü olacaktır. Ancak kiracıya da kusursuzluğunu ispat imkanı tanınmalıdır (BK m. 96; yTBK

²¹⁸ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 582a N. 45.

²¹⁹ KLINGLER, s. 118; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 298 N. 2; LINDENMEYER, s. 151; HIGI, Obligationenrecht, Art. 299 N. 29, 31, 34; STUDER, in: Basler Kommentar-OR 1, Art. 299 N. 3. İsviçre BK m. 299/II'ye göre (1989 reformu sonrası metin), kiracı kiralayanın yazılı olarak onay verdiği değişiklik ve yenilemeler ile olağan bir işletme faaliyetini aşan çabalarından kaynaklanan iyileştirmeler için tazminat talep edebilir. Aynı hükmün son fıkrasında ise, kiracının, muhtemel zararları için kiralayana ödeyeceği tazminatlar dışında, kira bitiminde kiralayana belli bir tazminat ödeyeceğine ilişkin olarak önceden yapılan anlaşmaların batıl olduğu hüküm altına alınmıştır. bkz. HIGI, Obligationenrecht, Art. 299 N. 43-44. Benzer bir düzenlemeyi ihtiva eden yTBK m. 334/11(karş. İsviçre BK m. 267/11 (1989 reformu sonrası metin)), yTBK m. 358 mariyetiyle hasılat kirası hakkında da uygulama alanı bulacaktır.

²²⁰ HIGI, Obligationenrecht, Art. 299 N. 41.

m. 112). Kiracı hiç şüphesiz 12 yardımcı kişilerin kusurları_ndan a-sorumludur (BK.m. 100; yTBK m. 116) ²¹. Kiralayanın iddiasının ıspatı için maddi ve gayri maddi unsurlara ilişkin tespitler yeterli olabileceği gibi, iade tarihinde bir bilanço (ya da işletme hesabı hülasası) hazırlanması da gerebilir²². Ancak ticari işletme kirasında "kıymet noksanlığı" (değer eksiklikleri) ifadesinin salt maddi varlıklardaki noksanlıklara indirgenmesi yanlış olur. Bu sebeple, "gerektiği gibi işletmeme" ticari işletmenin müşteri çevresinde azalmaya yol açmışsa ve bu kiracının kusurlu davranışlarına yüklenebildiği takdirde ve ölçüde kiracı bundan da sorumlu tutulmalıdır²²³. Aynısı, iade tarihindeki "işletmenin", kiracıya devredilen ticari işletme ile karşılaştırılamayacak kadar kötüleşmesi hali için de geçerlidir²²⁴. Bu çerçevede işyeri açma, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına muhalefet nedeniyle işletmenin kapatılmasına yol açılmış olması, kamu kurumlarınca açılan ihalelere girilmemesi, işin yürütülmesi için ilgili kamu kurumları ile yapılması gereken sözleşmelerin yapılmaması (örneğin özel hastanelerin Sosyal Güvenlik Kurumu ile yapacağı sözleşmeler), kiracının kiralanan işletme ile aynı konudaki bir işletme açarak müşterileri bu işletmeye yönlendirmesi, kiralandaki bir takım işletme tesisatını ya da teknik sırları kendi işletmesinde kullanmaya başlaması, kiralananı tahsis amacına aykırı kullanmak suretiyle işletmenin itibarını ve müşteri çevresini kaybetmesine yol açması, işletmenin cevherini tüketecek tarzda işletme yöntemleri (örneğin maden ocağının işletilmesinde rezervlerin sözleşmeye aykırı olarak tamamen tüketilmesi), kira bitiminde tazminat borcu doğurabilecek türden davranışlara örnek olarak gösterilebilir. Tazminatın kapsamına ise öncelikle kiralandaki kıymet noksanlıklarının giderilmesi için yapılması gereken harcamalar ile eski hasılat kabiliyetinin elde edilebilmesi için geçecek sürede mahrum kalınacak hasılat ve "kıymet noksanlığı" nedeniyle yeniden kiralayamama ya da daha düşük bir bedelle kiralama sebebiyle mahrum kalınan kira gelirleri dahildir²²⁵.

İadenin zamanı, süresi ve şekli konusunda, tarafların sözleşmede yapacağı düzenlemeler veya varsa yerel adet asıl olmakla birlikte, sözleşmenin sona erdiği tarih, aynı zamanda iade borcunun da muacceliyet tarihidir. Sözleşmenin feshi ihbar yoluyla sona erdirildiği durumlarda, ihbar süresinin dolduğu günü takip eden gün iadenin başlaması gereken gün olmakla birlik-

²¹¹ *KLINGLER*, s. 118; *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 299 N. 22; *STUDER*. in: Basler Kommnien-OR 1, Art. 299 N. 2-3.

¹²² Karş. *SONNENSCHNEID*. in: *STAUDINGERS*. § 582a N. 45.

²¹² *HIGI*. Obligationenrecht, Art. 299 N. 41; *KLEIN-BLENKERS*. s. 341 vd.: *KLINGLER*, s. 118-119.

²²⁴ *KLEIN-BLENKERS*. s. 351.

²²⁵ *HIGI*. Obligationenrecht, Art. 299 N. 42; *KLEIN-BLENKERS*, s. 350.

te¹¹⁶, kiralayanın, iade tarihini ve bunun süresini, feshi ihbar beyanında tespit edip bildirmesi de mümkündür. Belirli süreli olan ve kanuna ve sözleşmeye !!Öre tecdit de edilmeyen sözleşmelerde ise sözleşmenin son gününü takip ;den gün iade tarihidir²²⁷. Aynısı, kararlaştırılan infisahi şartın gerçekleşmesi nedeniyle sona ermiş sözleşmeler için de geçerlidir. Keza taraflar ikale anlaşmasında²²⁸ da iade zamanını, süresini ve şeklini belirleyebilirler-22⁹. İade tarihini ve süresini tespit, sadece kiralayana ait bir hak olarak nitelendirilemez. Bu bakımdan kiracı ya da halefleri tarafından vukubulacak feshi ihbarlarda, bunlar da tarih tespit edebilirler. İade fiillerinin belirlenen tarihte başlamaması ve/veya belirlenen süre içinde tamamlanmaması kiracının temerrüde düşmesi sonucunu doğurur. Kiracının iade borcu, kiralayanın kiracıya karşı olan borçlarından hiçbirisi ile *değişim ilişkisi* içinde olmadığından, gerek borçlu ve gerek alacaklı temerrüdü bakımından BK m. 106 vd. (yTBK m. 123 vd.) uygulanamaz²³⁰. BK m. 292/III (yTBK m. 372/III) ile BK m. 293/III (yTBK m. 373/III) uyarınca ödenecek tazminatlar da sözleşmenin sona erdiği tarihte muaccel olacaktır²³¹.

Kiracı, sona erme öncesi dönemde siparişler aldığı ya da ifa etmesi gereken borçları olduğu iddiasıyla kiralananı iade etmekten kaçınamaz. Sözleşmede kiralayanın ölümünün bir sona erme nedeni olarak kabul edildiği hallerde, iade için kiracıya belli bir süre tanınması MK m. 2 gereği olabilir. Kiralayan, sözleşme sona ermesine rağmen kiralananı iade etmeyen kiracıya

²¹⁶ **KLEIN-BLENKERS**, s. 324.

²²⁷ *HIGI*, Obligationenrecht, Art. 299 N. 7; Y. 3. HD, T. 02.05.2006, E. 2006/4549, K. 2006/5413: "(...) BK. 292. maddesine göre hasılat kirasında, kiracı kiranın hitamında kiralananı aynen geri vermek zorundadır. Çünkü taraflar arasındaki yenilenmiş icar sözleşmesi 01.11.1996 tarihinde sona erdiğine ve yeni dönem için akit yenilenmediğine göre davalı bu tarihten itibaren kiralanan taşınmazı kiralayana teslim etmek zorundadır. Kira sözleşmesinin süresi ve sonu belli olduğundan BK.nun 285. maddesi gereğince 6 aylık ihbar süresine uyma zorunluluğu da yoktur. Bu nedenle BK.nun 292. maddesi gereğince kiranın hitamında kiracı kiralananı iadeye mecbur olduğundan akdin bitimini müteakip davacı tarafından davalı aleyhine 21.J.J.1997 tarihinde açılan tahliye davasının kabulüne karar verilmiştir. Kaldı ki davalıya 18.09.1996 ve 21.03.1997 tarihinde ihtarname gönderilmiş ve yine 1 O.10.1996 tarihinde müdahalenin önlenmesi davası açılmıştır. O halde davalının kira sözleşmesi sona erdikten sonraki kullanımı bir akde veya rızaya da bulunmadığından işgalci olarak kabul edilmesi gerekir. Mahkemece: davalılar aleyhine açılan müdahalenin önlenmesi dava dosyası da getirtilerek davalıların işgal süresi araştırılmalı ve mahallinde yapılacak keşif sonucunda alınacak bilirkişi raporları doğrultusunda ecrimisil bedeline hükmedilmesi gerekir (...)" ; Y. HGK, T. 13.11.1985, E. 1984/120., K. 1985/894: "ecrimisil" haksız eylem"tazminatı" olup kira niteliğinde değildir".

²²⁸ Bkz. *EREN*, s. 1210-1211.

²¹⁹ **KLEIN-BLENKERS**, s. 324.

²³⁰ *GAUCH*, Befriedigung von Dauerverträgen, s. 217; *H/GI*, Obligationenrecht, Art. 299 N. 7. 26-27;

²³¹ *SONNENSCHNEIN*, in: *STAUDINGERS*, § 582a N. 53.

karşı el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, bu sebeple uğradığı 1.a-rarların karşılanması da talep edebilir (MK m. 683/11, 983/11)²³². Tarafların sözleşmede bu ihtimal için bir ceza şart öngörmeleri de mümkündür²³³. Kiracının bu süre içinde kiralananı kullanmaya ve işletmeye devam edip etmemesinin bir önemi yoktur. Bu husus sadece kiralayana ödenecek tutarın belirlenmesinde rol oynar²³⁴. Bunun hesaplanmasında, iade etmeme halinin devam ettiği süre, kararlaştırılmış olan kira bedeli, buna uygulanacak artırım oranı ile kiracının elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal ettiği ve artık elde edilmesi de mümkün olmayan (örneğin sözleşme mayıs ayında sona ermesine rağmen, iade edilmediği gibi yaz aylarını da işletilmeyerek geçiren bir otel) hasılatın parasal karşılığını içerir. Ancak hasılat elde edilmemiş olmakla birlikte bunun kiralaan tarafından elde edilmesi hala mümkünse (örneğin iade edilmediği süre içinde işletilmeyen maden ocağı) tazmin edilecek zarar daha az olacaktır. Zira kiralaan bu son halde, madeni bizzat işletmek suretiyle, cevheri çıkarabilme imkanına hala sahiptir²³⁵.

İade yeri hususunda da tarafların anlaşmaları ve varsa yerel adetler belirleyici olmakla beraber, ticari işletmenin iadesinin gerçekleşeceği yer kural olarak işletme merkezidir. Ancak şubeleri olan bir işletmede şubelerin bulunduğu yerler de, iade borcunun ifasının mümkün olduğu yerler olarak kabul edilmelidir. Diğer yandan, tarafların bu husustaki anlaşmaları saklı kalmak kaydıyla, bilhassa taşıt araçları gibi menkul işletme tesisatının da kural olarak işletme merkezinin ya da bunun tahsis edildiği işletme şubesinin bulunduğu mahalde iadesi gerekir²³⁶.

yTBK uygulaması bakımından bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus da, yTBK m. 358, 335 uyarınca hasılat kirası ilişkilerinde de uygulama alanı bulacak olan *"kiralayanın iade sonrası muayene ve eksiklik ve*

²³² ÖZJ'ÜRK, s. 484; HIGI, Obligationenrecht, Art. 297a N. 22; KLEIN-BLENKERS, s. 346-347; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 584b N. 4 vd.; HARKE, in: MüKo-BGB, § 584b N. 1 vd.; Y. 3. HD, T. 02.05.2006, E. 2006/4549, K. 2006/5413; Y. 14. HD, T. 07.10.2005, E. 2005/5256, K. 2005/8798: "Dava, hasılat kira sözleşmesi ilişkisine dayalı elatmanın önlenmesi ve ecrimisil istemlerine ilişkindir. Mahkemece, davacıdan ve davalı yanın işletmenin teslimine ilişkin 19.4.2004 tarihli dilekçesindeki delilleri istenilip toplanmalı, ticari işletmenin hangi tarihte davalıya teslim edildiği saptanmalı, gerek duyulursa bu konuda taraflara ait defter ve kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi de yaptırılmalı, 10 yıllık kira sözleşmesinin hangi tarihte bittiği açıklığa kavuşturularak, şayet bu süre dava tarihinden önce bitmiş ise kiralayanın süre uzatımına muvafakati olmadığı dik-kate alınarak kiralananın davacı kiralaana teslimi hüküm altına alınmalıdır.

²³³ KLEIN-BLENKERS, s. 346.

²³⁴ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 584b N. 9.

²³⁵ HARKE, in: MilKo-BGB, § 584b N. 4; SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 584b N. 16 vd.

²³⁶ Karş. HIGI, Obligaionenrecht, Art. 299 N. 14.

a *ayıpları yazılı ihbar ödevidir*"²³⁷. BK'da muadili olmayan yTBK m. 335'nin, kiracının iade sonrası tazminat yükümü ve kapsamına ilişkin özel düzenlemeler getirmesi itibariyle uygulamada da önemli yer tutacağından şüphe duy²³⁸amak gerekir. Bilhassa da, muayene ve yazılı ihbar ödevine (*Priifungsobliegenheit*;²³⁸ uymamanın yaptırımını olarak, tazminat talebi haklarının kaybının öngörülmüş olmasına dikkat çekmek gerekir²³⁹. Hüküm, iade sonrasında, kiralayanın ileri süreceği mücerret hasar iddialarına karşı kiracıyı korumaya ve giderek taraflar arasında bir "barış" sağlamaya matuf gözükmektedir. Konunun İsviçre BK m. 299a'da hasılat kirası bakımından özel olarak düzenlendiğini, Türk kanun koyucusunun ise söz konusu yükümlülüğü adi kira ilişkileri açısından yTBK m. 335'de (İsviçre BK m. 267a) özel olarak öngörüp, hasılat kirası için de yTBK m. 358'deki atıf hükmü ile yetindiği belirtilmelidir. Ancak adi kira ve hasılat kirasına ilişkin zorunlu kelime değişiklikleri dışında, İsviçre BK m. 267a ile 299a'nın birebir bir aynı olduğu da göz önünde tutulmalıdır.

Kiracı lehine nisbî emredici bir hüküm olan²⁴⁰ yTBK m. 335'e göre kiralayan, geri verme sırasında kiralananın durumunu gözden geçirmek ve kiracının sorumlu olduğu eksiklikleri ve ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu bildirim yapılmadığı takdirde, kiracı her türlü sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak, iade sırasında olağan bir incelemeyle belirlenemeyecek eksiklik ve ayıplardan dolayı kiracının sorumluluğu devam eder. Kiralayan, bu tür eksiklikleri ve ayıpları belirlediğinde, kiracıya hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır²⁴¹.

Ticari işletme kirası söz konusu olduğunda yTBK m. 335 hükmünün, işletmeye dahil maddi ve gayri maddi unsurları ile işletmenin bir ekonomik bütünlük olarak hasılat getirme kabiliyeti göz önünde tutularak ele alınması gerekir. Bu husus muayene ödevinin kapsamı bakımından önemlidir. Bu çerçevede kiralayanın, menkul ve gayrimenkul, duran ve dönen işletme tesisatını, ayıpları ve eksiklikleri yönünden, bizzat ya da buna ehil kişiler vasıtasıyla usulüne uygun tarzda muayene etmesi/ettirmesi ve ayıp ya da eksiklik bulunması halinde de gerekli ise görselleri ile birlikte bunları tespit ettirip kiracıya yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Muayene külfeti bakımından

²³⁷ ŞENYÜZ, s. 304.

²³⁸ HIG/, Obligationenrecht, Art. 299a N. 5.

²³⁹ yTBK m. 335 c. 2'deki "bu bildirim yapılmazsa, kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur" şeklindeki ifadenin yorumundan, kiralayanın sadece hasılat kirası sözleşmesinden değil, aynı zamanda haksız fiil ve varsa aynı zamanda kanuni diğer nedenlerden kaynaklanabilecek taleplerini de yitireceği anlamı çıkmaktadır. Bu sonuç, hükmün konuluş amacına da uygundur.

²⁴⁰ HIG/, Obligationenrecht, Art. 299a N. 4.

2A1 Karş. STUDER, in: Basler Kommentar-OR 1, Art. 299a N. 1.

bunun, kiralayan tarafından teslim edilmiş bir unsur olması ile kiralananın işletilmesi ve bakımı borcu çerçevesinde kiracı tarafından tedarik edilmiş olması arasında bir fark yoktur. Bundan başka işletmeye ait ve kiracıya devredilmiş müşteri ve tedarikçi bilgileri ile teknik ve ticari sırların da muayene kapsamına dahil olduğu belirtilmelidir²⁴². Ticari işletme kirasının hasılat kabiliyetine etki edecek hususlar hiç şüphesiz maddi ve gayri maddi unsurlardaki **eksiklik** ve ayıplardan ibaret değildir. Özellikle tedarikçi ve müşteri çevresi üzerindeki olumsuz etkileri, iade tarihinden sonraki zamanlarda anlaşılabilir. Ancak bu konuda, kiracının iade öncesi dönemdeki eylemleri ile kiralananın hasılat kabiliyetindeki kötüleşme arasında illiyet bağı bulunması gereği de gözden kaçırılmamalıdır.

Kiralayanın, muayene faaliyetlerini kiracının katılımı olmaksızın sürdürmesinin imkansız olduğu durumlar söz konusu olabilir. Zira ticari işletme uzun bir süredir kiracının yönetimi altında kalmıştır ve ticari ve teknik birçok hususta kiracı kiralayana göre çok daha fazla bilgi sahibidir. Bu bakımdan somut olayın özellikleri kiracının, muayene ve ihbar ödevini gerektiği gibi yerine getirebilmesi bakımından kiralayana sözlü ya da eylemli olarak bilgiler vermesini ve açıklamalarda bulunmasını gerekli kılmakta ise²⁴³, kiracının bunu hiç ya da gereği gibi yapmaması kiralayanın tazminat taleplerinin sürmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak kiralayan, kendi imkanları ile de olsa eksiklik ve ayıpları tespit ettiği takdirde bunları "*hemen*"²⁴⁴ bildirmek zorundadır²⁴⁵. "Hemen" şeklinde ifade edilmiş bu süre, açık ayıp ve eksikliklerde iadenin tamamlanması ile gizli ayıp ve eksikliklerde ise bunların tespit edildiği andan itibaren başlayacaktır²⁴⁶.

Muayene ve ihbar ödevinin yerine getirileceği zaman, yTBK m. 335'deki "geri verme sırasında" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, kural olarak kiralananın iadesi tarihidir. Ancak bir ticari işletmenin iadesinin, türü ve konusuna göre haftalar alabileceği de göz önünde tutularak muayene ve ihbar

²⁴² HJGJ, Obligationenrecht, Art. 299a N. 8-9.

²⁴³ Karş. KLEIN-BLENKERS, s. 331.

²⁴⁴ HJGJ, İsviçre BK m. 299a/III'de yer alan "*sofort*" ("*hemen*", yTBK m. 335) ifadesinden, hasılat kirası ilişkileri bakımından yaklaşık bir haftalık bir sürenin anlaşılmasının uygun olacağını ifade etmiştir. Önemli olan kiralayana, kiralanan hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olmasını sağlayacak makul bir süre tanımak ve salt hak kaybını önlemek için, süre kısalığı nedeniyle olur olmaz her eksikliği ihbara mecbur bırakmayı engellemektir. Hükmünde geçen "*hemen*" ifadesi ancak somut olayın özellikleri göz önünde tutularak yorumlanırsa hükmün *ratio /egisine* uygun hareket edilmiş olur. Aksi halde yTBK m. 335 ile güdülen amaca ulaşılamaz ve kiralayan "her şey dahil" bir ayıp ve eksik ihbarına mecbur bırakılmış olur ki, bu da hükmün uygulanırlılığı hakkında tereddüt yaratan noktalardandır, karş. Obligationenrecht, Art. 299a N. 14.

²⁴⁵ HIGI, Obligationenrecht, Art. 299a N. 12.

²⁴⁶ HIGI, Obligationenrecht, Art. 299a N. 15, 17.

ödevinin süresinin tayininde, taraflar arasında ayrıntılı bir anlaşma ol\un ol-
masının MK m. 2'deki doğruluk ve güven ilkesine uygun hareket edilmeli-
dir²⁴⁷

Tespit edilen ayıp ve eksikliklerin kiracıya yazılı olarak bildirilmeli, kus
olmakla birlikte, ispat edilebilmek kaydıyla iade sırasında ve yerinde yapıla-
cak sözlü ihbarların da yTBK m. 335 bakımından geçerli olacağını kabul
edilmek mümkündür²⁴⁸.

Gerek BK m. 271 (yTBK m. 359) ve gerek yTBK m. 335 iade işlemleri-
nin belgelendirilmesi gereğine işaret etmektedirler. Bu bakımdan taraflar, ki-
ra başlangıcında kiracıya teslim edilen unsurları deftere geçirmiş iseler, iade
anında da buna ilişkin işlemleri tutanağa geçirmelidirler. İadenin sözleşmeye
ve kanuna uygun şekilde gerçekleştiğini ispat yükü kiracıya **aittir**²⁴⁹. **Yine**
yTTK m. 11/3 c. 3 göz önünde tutulduğunda iade işleminin de yazılı **şekilde**
yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerektiği ortaya **çıkma**
ktadır.

2. İadenin Ticaret Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar

Hasılat kirası sözleşmesi ile bir ticari işletmeyi devralan kiracı, devreden
işletmecinin yerini alır ve işletmeyi kendi ad ve hesabına işletir. **Yukarıda da**
ifade edilmiş olduğu gibi²⁵⁰, kira süresince işletmenin sahipliği
(*Jnhaberschaft*) kiralayanda kalırken işletmeciliği (*Untemehmerschaft*) ise
kiracının şahsına geçmiş ve böylece "sahiplik" ile "işletmecilik" birbirinden
ayrılmış olmaktadır²⁵¹. Ticari işletmenin kiralayana iadesi bu sıfatların yeni-
den aynı kişide birleşmesini sağlar.

Kiralanan ticari işletmenin BK m. 292/1 (yTBK m. 37211) uyarınca iade-
si, kiracı bakımından işletme faaliyetlerine son verilmesi anlamına gelecektir.
Bu durum da kiracının bir gerçek kişi ya da amacına varmak için ticari iş-
letme işleten bir dernek ya da vakıf olması halinde, tacir sıfatının TK
m. 14/1, 18/I (yTTK m. 12/1, 16/1) gereğince son bulması sonucunu doğura-
caktır. Aynı sonuç birden fazla kiracının adı şirket halinde ticari işletme iş-
letmeleri bakımından da geçerlidir. Ancak ifade edilmelidir ki, bu hallerde
tacir sıfatını sona erdiren olgu ticari işletme kirası sözleşmesinin sona ermesi
değil, iadenin tamamlanmasıdır. Kira sözleşmesinin sona ermesi kiracının iş-

²⁴⁷ Karş. *HIG!*, Obligationenrecht, Art. 299a N. 10.

²⁴⁸ *H!GI*, Obligationenrecht, Art. 299a N. 16.

²⁴⁹ Karş. *KLEIN-BLENKERS*, s. 333; *ÖZTÜRK*, s. 484.

²⁵⁰ Bkz. yukarıda § 6 iV 1.

²⁵¹ *ARKAN*, s. 164 ve dn. 2; *KARAHAN*, Ticari İşletme, s. 276 ve dn. 530; *KLEIN-BLENKERS*, s. 78-79, 239; *HIG!*, Obligationenrecht, Vorbem. zum 8. Titelbis (Art 275-304) N. 111; *OPPENLANDER*, s. 144 vd.; *SCHMIDT*, Handelsrecht, s. 158 vd.

letme hakkını sona erdirse dei.² tacir sıfatının da derhal son bulmasına neden olmaz. Kiracı buna rağmen işletmeye devam ettiği ve iade işlemleri sürdüğü müddetçe tacir sıfatını korur (TK m. 14/1-11; yTTK m. 12/1-2). Kiracının bir ticaret şirketi olması halinde ise kiralananın iadesi, bunların tacir sıfatına derhal etki etmeyecektir (TK m. 185, 242, 267, 434, 449, 549, 552, KoopK m. 81; yTIK m. 243,303,328,529,545,636,643).

Tacir sıfatının sona ermesi, tacir olmaya bağlanmış hak ve yükümlülüklerin de (nimetler-külfetler, TK m. 20 vd. (yTTK m. 18 vd.) ortadan kalkması sonucunu doğuracaktır. Bu çerçevede kiracı ticari işletmeyi ve ticaret unvanını, kullanmışsa işletme adını ticaret sicilinden terkin ettirmeli²⁵³, kira süresince kiralayanın unvanını kullanmış ise de (karş. TST m. 83/1) bunu terkin ve kullanmayı terk etmelidir. Anılan bu hususlar hiç şüphesiz kiralananın iadesi borcunun kapsamına dahil olan ifa fiillerindendir. yTTK m. 1 1/3 bakımından belirtilmesi gereken husus ise, ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş ticari işletme kirası sözleşmesinin terkin ve ilan edilmesi gerektiğidir.

Kiralanan iade edildiğinde, kiralayan bunu kendi adına ve hesabına işletmeye başlayabileceği gibi yeniden hasılat kirasına da verebilir. işletmeyi bizzat işletmeye başlayacak olması halinde ise kiralayan²⁵⁴, bu işletme bakımından TK m. 42 ve 66 vd.'nda (yTTK m. 40, 64 vd.) öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmelidir.

İşletmenin kiralınması, kiralayanın borçlarının kiracıya nakli sonucunu doğurmadığı gibi, sözleşmenin sona ermesi ve kiralananın iadesi de kiracının işletme borçlarının kiralayana nakli sonucunu doğurmaz. Bir diğer deyimle BK m. 179 (yTBK m. 202) bu halde de uygulama alanı bulmaz.

Kiralananın iadesi sebebiyle kiracı bakımından ortaya çıkacak sonuçlardan bir diğeri de hiç şüphesiz, başka bir işletmesi bulunmayan kiracının İİK m. 44 çerçevesinde gerekli terkin, mal beyanı ve ilan işlemlerini yapması ödevidir.

3. Kiracı Hakkında İade Sonrası Rekabet Yasağı

Kiralananın kiralayana iadesi bağlamında önemli hususlardan bir diğeri de, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile MK m. 2'de yer alan doğruluk ve güven ilkesi gereği, kiracının iade işlem ve fiillerinden sonra kiralayanın işletmeyi yeniden işletmeye başlamasını engelleyecek ya da orantısız derecede zorlaştıracak eylemlerden kaçınma borcu, bir diğer ifadeyle tabi

¹⁵² KLEIN-BLENKERS, s. 321.

^{2.SJ} S. J. ROBEL, s. 44.

^{2.S4} Gerçek kişi kiralayanlar ile amacına varmak için bir ticari işletme işleten demek ve vakıflar.

olduğu rekabet yasağıdır²⁵⁵. Bu çerçevede kiracı, kiralananın gerçekten iade edilmesini engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmalıdır-256. Kiracı örneğin iade ettiği işletme ile aynı ya da büyük ölçüde benzer bir konu ile işletgal eden işletmeyi kendi adına ya da başkası hesabına yakın çevre içinde işletmekten kaçınmalıdır. Kiracının bunu kendi adına ve/veya hesabına olacak şekilde üçüncü kişilere yaptırması da keza yasak kapsamındadır. Ancak kiracının başka bir şehirde aynı konu ile işletgal eden işletme açıp işletmesinin, rekabet yasağına aykırılık teşkil ettiği kural olarak söylenemez. Sözleşme ile kararlaştırılacak ya da MK m. 2 uyarınca varlığı kabul edilen rekabet yasağı bakımından en az altı aylık, en çok da bir yıllık bir süre, kanaatimizce kabul edilebilir sınırlar içindedir. Yasağın coğrafi çevresi bakımından ise sözleşmedeki özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, müşteri çevresinin yoğunlaştığı yerler faaliyet yasağının bulunduğu alanlar olarak değerlendirilebilir.

Kiralayan, kiracı eğer yeni bir işletme açıp işletmeye başlamış ise kiralanda belli bir süre buna ilişkin bir ilan yapılmasına izin vermelidir. Bunun gibi kiralayanın, kiracıya olan borçlarını ifa için işletmeye gelen üçüncü kişileri kiracının yeni adresine yönlendirmesi de, bunun sözleşme sonrasına ilişkin yan yükümlülükleri arasında sayılabilir²⁵⁷. Kiracının da, kendisine ait işletme için ticaret unvanı, işletme adı, marka, logo, internet sitesi ve adresi vb. gibi işaret ve ortamları oluştururken, kiralanan işletme ve kiralayan ile iltibas tehlikesi yaratacak benzerliklerden kaçınması da rekabet yasağının bir gereğidir. Özellikle kiralanan işletmeye tahsis edilmiş telefon numaralarını kullanmamalı, ilan ve reklamlarında bunlara yer vermemelidir.

²⁵⁵ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 175,271; KLEIN-BLENKE S. 352, 355; yan yükümler hakkında bkz. EREN, s. 37 vd. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, iade işlemleri çerçevesinde, kiralayanın müşterilere takdirdi sırasında, cının, işletme konusuna giren faaliyetleri bundan sonra da kendisine ait işletmede yu -meye devam edeceğini beyan etmesini rekabet yasağına aykırı bulmuştur, BGE 131 III 257.

²⁵⁶ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 175,271; KLEIN-BLENKERS, s. 356.

²⁵¹ SONNENSCHNEIN, in: STAUDINGERS, § 581 N. 175; RGZ 161. 330,338.

§9SONUÇ

Genel olarak, "maddi ve/veya gayri maddi malvarlığı unsurlarının, gerçek ya da tüzel kişiler tarafından, gelir sağlama amacına, bağımsız bir organizasyon dahilinde, sürekli ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşacak biçimde tahsis edilmesi" şeklinde tanımlanabilecek ticari işletme, hukuk düzeninin sunduğu imkanlar ve çizdiği sınırlar içinde değişik hukukî işlemlere konu olabilmekte ve böylece sürekli ya da geçici olarak başkalarına devredilebilmektedir. Bunlardan başlıcaları borçlar hukukunda düzenlenen satım, bağış ve hasılat kirası sözleşmeleri ile ticari işletme üzerinde tesis edilecek intifa hakkı ile ticari işletme rehnidir. Ticari işletmelerin hasılat kirasına konu olabileceği hususunda tereddüt yoktur. Bu durumda ortaya çıkan sözleşme çalışmada, "ticari işletme kirası" ya da "ticari işletme kirası sözleşmesi" olarak isimlendirilmiştir.

Hasılat kirası sözleşmesi, rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, taraftan arasında sürekli borç ilişkisi yaratan, mülkiyetin değil, maddi mallar için zilyetliğin nakli, haklar için ise kullanma ve tahsil yetkisi tanınması sonucunu doğuran ve bu yüzden de sözleşme bitiminde devredilenin iadesinin söz konusu olduğu ivazlı bir borçlar hukuku sözleşmesidir.

Hasılat kirasının esas itibarıyla, mülkiyetin ekonomik ve sosyal nedenlerle bireyler arasında düzenli dağılmamış olduğu hallerde en azından bunun kullanımına imkan yaratan bir hukukî araç olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu da yasal düzenlemeler ile menfaat dengesi kurulurken dikkate alınması gereken bir husustur.

Hasılat kirası sözleşmesi, kullanma ve yararlanma hakkı veren diğer sözleşmeler arasında değişik açılardan özellik arz eden bir sözleşmedir. Bunlardan en önde geleni, kiralananın hasılat getirmesinin, sözleşme tipine özgü bir zorunluluk olmasıdır. Hasılat kirasının kullanma ve yararlanma hakkı veren diğer sözleşmelere göre arz ettiği diğer bir husus ise, kiracının kiralananı *işletme* yükümlülüğünün (*Betriebspflicht*) bulunmasıdır.

Ticari işletme kirası, rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, tarafları arasında sürekli borç ilişkisi yaratan, işletme organizasyonu ile birlikte işletme unsurlarının kullanımının ve bunlardan yararlanmanın devrini tazammun eden, ancak işletme unsurlarının mülkiyetinin değil, maddi mallar için zilyetliğin nakli, haklar için ise kullanma ve tahsil yetkisi tanınması sonucunu doğuran ve bu yüzden de sözleşme bitiminde devredilenin bir bütün olarak iadesinin söz konusu olduğu, ivazlı bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Ticari işletme

kirasını hasılat kirasının konu bakımından özel bir türü olarak nitelendirmek mümkündür.

Kiralayanın tüzel kişi tacir, özellikJe de bir ticaret şirketi olması durumlan için önemle vurgulamak gerekir ki, ticari işletme kirası, kiralayan tüzel **kişi** tacirin, örneğin bir anonim ya da limited şirketin yönetim ve/veya genel kurulunda hakimiyet kurmaya yönelik olarak kiracıya pay devri, yönetimde ya da oy hakkında imtiyazlar tanınması gibi "tedbirleri" tazammunetmez. Bir diğer ifadeyle ticari işletme kirası, (tacirin) değil, işletmesinin işletilmek amacıyla geçici devrini hedefler ve kiralayanın tüzel kişiler hukuku ve özellikle de şirketler hukuku anlamında kiracının kontrolüne geçirilmesinin bir aracı değildir.

Ticari işletme kirası bakımından BK m. 270'deki (yTBK m. 357) hasılat kavramı, işletme faaliyeti neticesinde ortaya çıkarılan doğal ve/veya hukuki ürünlerin işletmenin konusuna uygun biçimde işlenmesi sonucunda elde edilen para ya da para ile ölçülmesi mümkün her türlü menfaatler (karş. 193 s. GVK m. 2 b.1, 37/I; 5520 s. KVK m. 1/2, 6/2 c. 1) şeklinde anlaşılmalıdır.

TK ve TST ticari işletmeyi tanımlamamışlar, sadece bazı unsurlarına işaret etmişlerdir. yTTK m. 11/1 ise, ticari işletmeyi, "esnaf işletmesi için öngörülen sınırın aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme" olarak tanımlamış bulunmaktadır. Gerek bu hükümde anılmış ve gerek doktrin tarafından geliştirilmiş olan unsurların sadece ticari işletmenin varlığı ile ilgili unsurlar olarak görülmemesi gerekir. Bunların aynı zamanda iktisadi faaliyetlerde bulunan kimselerin, ticari işletme işleten kişiler olarak ticari hükümlere tabi olup olmayacağı sorusu ile de ilgisi vardır. Ticari işletmeye ilişkin kıstaslar ne kadar katı olursa, ticari hükümlerin uygulama alanı o derece daralabilirken, aksi durumda da bunların uygulama alanı genişleyebilecektir. Bu sebeptendir ki, hukukumuzda gelir sağlama amacı ticari işletmenin bir unsuru olarak görülmekle birlikte, bunun iktisadi faaliyetlerde bulunarak üçüncü kişilerle temasa geçen kişilerin ticari hükümlere tabi tutulup tutulmaması bakımından ayırıcı unsur olma özelliğini kaybettiğinden hareketle ticari hükümlerin iktisadi faaliyetlerde bulunan herkes hakkında özelliğine göre kısmen ya da tamamen uygulanması gerektiği yönündeki tartışmalara işaret edilmelidir. Bunun gibi tek satıcılık, franchising gibi yöntemler de ticari işletmenin bağımsızlık unsurunun yeniden yorumlanmasını gerekli kılmaktadır. Bugün için ticari işletme unsurları bakımından üzerinde en çok tartışılması gereken husus ise, "serbest meslek faaliyetlerinin" ticari işletme sayılamayacağı kuralıdır. Bu kurallar bazı serbest meslekler için özel mevzuatlarından yazılı iken bazılarında ise geleneksel kabuller söz konusudur. yTIK ticari işletme ile esnaf işletmesi sınırlarının tayini konusunda halefi TK'yı takip ederek bunun Bakanlar Kurulu Kararları ile çözülmesi yöntemini benimsemiştir. Ancak bu kararname-

olan ekonomik içerikli anayasal bir haktır. işyeri açma ve işletme izinleri bu hakkın kamu hukukundaki düzenlenmesi ile ilgili olup, sadece bu çerçevede sonuç doğurur. Bu sebeple ticari işletme kirasında kiralayan kiracıya herhangi bir işletme hakkı devretmez. Kiracının kendisine ait bir "işletme işletme hakkı" olduğundan buna ihtiyacı da yoktur. Devredilen sadece sözleşmeye konu edilmiş maddi ve gayri maddi işletme unsurları ve işletme organizasyonudur. Kiracı da bunu herkes gibi kendi işletme işletme hakkına dayanarak işletir ve kira bitiminde işletmeyi iade ederek kiralananı iade eder. Resmi makamlardan alınan işletme izinleri de kiralayanın kiracıya devrettiği ve devredebileceği izinler olmayıp doğrudan *kiracıya* verilen idari ruhsatlardır.

Yaşlılık, hastalık, küçüklük, kısıtlılık, tecrübesizlik ve yeni kuruluş, kartel ya da şirketler topluluğu oluşturma amacı ve işletmenin yaşadığı mali güçlükler ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi sebepleri arasında sayılabilir.

Bir sözleşmenin hasılat kirası sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için kiralananın muhakkak kendiliğinden ya da kiracının işletmesi sureti ile hasılat getirme kabiliyeti olan ve kullanılmaya ve yararlanmaya elverişli bir mal ya da hak olması gerekir (BK m. 270/I; yTBK m. 357/I). Satım sözleşmesi bakımından ise böyle bir zorunluluktan bahsetmek mümkün değildir. Satım sözleşmesinde şeyin asli ya da fer'i zilyetliğini elde etmek asıl hedef iken, hasılat kirasında ise bu yalnızca, hasılatın elde edilmesi uğruna amaçlanmaktadır. Hasılat kirasında ne kiralananın kendisinin ne de miktarı daha baştan belli bir hasılatın mülkiyetinin nakli amaçlanmamaktadır. Kiracı hasılat elde edip edilmediğine bakılmaksızın kural olarak kira bedelini tediye ile mükelleftir (BK m. 282; yTBK m. 363). Bu da, hasılat kirasında kiracının borcu olan kira bedelinin, satımdan farklı olarak kiralananın mülkiyetinin naklini değil, o şeyin kullandırılmasını ve bundan yararlandırılmasını karşıladığını göstermektedir. Hasılat kirası sözleşmesinde şeyin özüne (cevherine) zarar verilmemesi gerekir. Bu açıdan eğer semerelerin devşirilmesi ile kiralananın kullanılabilirliği, yararlanılabilirliği de kısa bir süre içinde ortadan kalkıyorsa, kiralananın özü, hasılat getirme özelliği ortadan kalkıyorsa, artık bir hasılat kirasının değil satım sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir.

Adi kira ile hasılat kirası arasındaki fark, işyerlerinin de adi kiraya konu olabilmesi nedeniyle zaman zaman kaybolabilmektedir. Bu noktada adi kira niteliğindeki konut kiralaları ile hasılat kirasının birbirleriyle kıyaslanmaması gerektiği açıktır. Ancak diğer yandan da adi kira niteliğindeki işyeri kirası, hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası ve ticari işletme kirası ayrımı yapılmalıdır. Özellikle yargı kararları, işyeri kiracılarının da 6570 s. GGK'dan istifade etmelerini sağlamak gayesiyle, adi kiranın alanının büyümesine hasılat kirası niteliğinde görülebilecek işyeri kiralalarının ise neredeyse tamamen kay-

t,olmasına yol açmışlar ve ticari işletme kirası olarak nitelendirilmeyen her türlü kira ilişkisinin adi kira olarak görülmesine sebep olmuşlardır Bunun gibi yargı kararlarında tamamen kamu hukuku alanına ait işletme izni ve bu-
◆un sözde "devrine" özel hukuka ait sonuçlar bağlanması yerinde olmamış ve sözde "işletme izni devri" ticari işletme kirasının olmazsa olmaz varlık şartı olarak görülmüştür. Esasen bir kimsenin, verilip verilmeyeceği tamamen idarenin takdir ve yetkisindeki bir işyeri açma ve işletme iznini başkasına devretmesi mümkün de değildir. İşte yapılan incelemelerde bunun zorunlu olmayan bir unsur olduğu ortaya çıkartılmış ve hukuken sağlıklı sonuçlara kaynak hukuklarda da olduğu gibi ancak adi kira niteliğindeki işyeri kirası, hasılat kirası niteliğindeki işyeri kirası ve ticari işletme kirası ayrımlarının yapılması halinde ulaşılabileceği tespit edilmiştir. Bu çerçevede ticari işletme kirasından bahsedilebilmesi için hali hazırda kiralayan tarafından işletilmek-
te olan, bir diğer deyimle yaşayan bir ticari işletmenin sözleşme sonunda yine bir ticari işletme olarak iade edilmek üzere bir kira bedeli karşılığında belli bir süreyle kiracıya devrinin taahhüt edilmiş olması gerekir. Sözleşmenin konusu bir "işletme" olmalı, kiracıya bir "işletme" devredilmeli ve kira süresi sonunda da bu "işletme" iade edilmelidir. Belli bir amaç için inşa ve/veya tefriş edilmiş işyeri ile birlikte envanterin de teslim edilmiş olması tek başına ticari işletme kirasından bahsedilmesi için yeterli değildir. Bu son halde hasılat kirası niteliğindeki bir işyeri kirasının varlığı araştırılmalıdır. yTBK'nın, kira sözleşmesinin iki türü arasındaki ayrıma ilişkin esaslı bir katkısı olduğunu söylemek ise mümkün değildir. Aksine yTBK m. 358 hükmü ile hasılat kirasının kendisine özgü yanlarının kaybolması tehlikesi yaratıldığı gibi, m. 299'da kira sözleşmesi, "kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırak[tığı]" sözleşme olarak tanımlanarak, yeni ihtilaf alanlarının doğmasına yol açılmıştır.

Hasılat kirasında her zaman iki taraf bulunurken, adi şirket sözleşmesinde en az iki veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişinin iradelerini açıklaması gereklidir. Hasılat kirasında esas olarak kiralayan kira bedeli, kiracı ise kiralananı işleterek hasılat elde etme amacını taşırken ve bundan dolayı da tarafların hak ve borçları bir değişim (*synallagmatik*) bir ilişkisi içindeyken, adi şirkette her ortak, müşterek gaye uğrunda emek ve/veya sermayelerini getirmek ve bunları şirketin emrine vermekle yükümlüdür (*societas*) (BK m. 521; yTBK m. 621). Adi şirket ortakları işletme nedeniyle yapılan işlemlerden dolayı müştereken hak ve borç sahibi olurlar ve elde edilen kar ya da zararı aralarında taksim ederler (BK m. 522-523; yTBK m. 622-623). Oysa bir ticari işletme kirasında işletmenin işletilmesinden doğan hak ve borçlar yalnızca kiracıya aittir. Adi şirkette işletme rizikoları tüm ortaklara ait iken, ticari işletme kirasında kiracıya aittir.

Ticari işletme kirasında kiracı işletmeyi gerçekten kendi adına ve hesabına işletir. İnançlı işlemlerde ise inanılan inanç anlaşması gereğince, işletmeyi yine kendi adına, ancak inananın talimatları dairesinde onun "menfaatine" işletmek ve elde ettiği sonuçları da inananı nakletmekle yükümlüdür. Oysa kiracı ile kiralayan arasında, iç ilişkiyi düzenlemek amacıyla kira sözleşmesinden başka bir sözleşme daha yapılmaz. Önemli bir diğer fark da, inançlı işlemde inanılana bir kazandırmada bulunulduğundan inanılanın, ticari işletmenin (ticari organizasyona dahil mallar ve haklar topluluğu) "maliki/sahibi" haline gelmesi, kirası sözleşmesinin ise bir kullanma ve faydalanma amacı güden sözleşme olarak, kiracıya kiralanan üzerinde mülkiyet ya da bir başka mutlak hak sağlamamasıdır. Keza ticari işletme kirasında kiracının BK m. 278-279'da (yTBK m: 364-365) düzenlenmiş "işletme" ve "iyi halde muhafaza" borçları dışında, kiralayana hesap verme yükümlülüğü de yoktur.

Ticari işletme kirasında ".ticari işletme", maddi ve gayri maddi unsurlar, özellikle de organizasyonu ve müşteri çevresi ile birlikte bir "ekonomik bütünlük" olarak devredilirken: franchise sözleşmesinde ise yalnızca başarıya ulaşmış bir satış ve pazarlama modelinin bu başarısını temin eden gayri maddi unsurlar, *franchise alana ait işletmede* "kullanılmakta", franchise alan, bu yolla başarısı kanıtlanmış bir satış ve pazarlama sistemine entegre olmaktadır. Franchise verenin, menkul işletme tesisatının temini ve bazı gayri maddi unsurların kullanılması borcunu üstlenmiş olması, tarafların asli edim yükümleri franchise sözleşmesine uygun olduğu sürece, ilişkiyi ticari işletme kirası haline getirmez.

Tam ehliyetli gerçek kişiler ticari işletme kirası sözleşmesini serbestçe akdedebilirler. Vesayet altındaki küçük ya da kısıtlılarda ise vesayet makamının izni gerekebilir.

Kiralayan ya da kiracı olup olmadığına bakılmaksızın tüm adi şirketler bakımından olağanüstü bir işlem niteliğindeki (BK m. 525 c. 3, 530/I, 388/III; yTBK m. 625/II, 630/I, 504/III) ticari işletmenin kiralınması, öncelikle bu yönde oybirliğiyle alınmış bir karar gerektirir. Ancak şirket sözleşmesinden açık hüküm varsa ve kiralama şirket amacının değişmesine yol açmıyorsa karar ya da sözleşme değişikliğine ihtiyaç yoktur. Diğer yandan şirket sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe bu işlem, idare ve temsile yetkili kılınmış ortak ya da ortaklar ile üçüncü kişilerin yetkisi dışındadır. Bu bakımdan sözleşmenin bütün ortaklarca yapılması gerekir.

TTK m. 153 ve 157 (yTTK m. 21 I, 215) ile TST m. 15 ve 29 hükümleri kollektif ve adi komandit şirketlerin en geç tescil tarihinde bir ticari işletmeye "*sahip*" olmalarını zorunlu kılmaktadır. Ancak bu işletme şirkete ait, daha açık bir ifadeyle şirketin "*mülkiyetinde*" olmak zorunda değildir. Bir başka ifadeyle ortaklar şirketin kuruluşunda bizzat bir ticari işletme tesis etmiş olabilecekleri gibi bunu kiralamış da olabilirler. Bir ticari işletme işletmek

üzere kurulabilen kollektif şirketlerde işletmenin üçüncü kişiye kiraya verilmesi, şirketin gayesi ile doğrudan ilgili olduğundan olağanüstü işlem niteliğindedir. Bu sebeple kollektif şirketlerde işletmenin üçüncü kişilere kiralınması ortakların oybirliği ile verecekleri ve bir şirket sözleşmesi değişikliği teşkil eden karara bağlıdır. Kollektif ve adi komandit şirketin işletmesini üçüncü kişiye hasılat kirasına vermesi, şirketin böylece sona erip ermediği sorununu yaratabilir. Şirketler hukuku bakımından tüzel kişiliğin kazanılması ile ticari işletme hukuku bakımından tacir sıfatının kazanılması hususlarının birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Bunun gibi kollektif ve adi komandit şirketlere bir esnaf işletmesi işletmelerinin yolunu kapatmak için konulmuş olan ticari işletme işletme kuralının, bu özelliği göz ardı edilerek, anılan türden şirketlerin tacir sıfatının bir şartı olarak değerlendirilmesi hatalı olur. Ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi, bir yandan bu ilişkinin geçici olması diğer yandan şirketin bu yolla kira geliri elde edebilecek olması nedeniyle amaca ulaşmanın nihai olarak imkansız hale geldiğini, şirketin kollektif ve adi şirket olma, özellikle de TK m. 136 (yTIK m. 124) anlamında ticaret şirketi olma özelliğini kaybettiğini göstermeye yetmez. Bu açıdan kira ilişkisi devam ettiği müddetçe şirketin infisah etmiş sayılmaması gerekir. Ancak ekonomik anlamda bir satıma (devre) tekabül edecek kadar uzun süren kiralamalarda farklı sonuca varmak gerekir.

Gerek kiralayan gerek kiracı olarak anonim şirket adına ticari işletme kirası sözleşmesi yapma yetkisi yönetim kurulundadır. Kiralayan anonim şirketler bakımından ticari işletmenin kiraya verilmesi şirket esas sözleşmesinde şirketin amaç ve/veya konusu ile ilgili olarak değişiklik yapılmasını gerektirebilir. Esas sözleşme değişikliği ile şirketin amaç ve/veya konusunda değişiklik yapılacağından, karar TK m. 388/II, IV'deki (karş. yTTK m. 421/3-a) yeter sayılara tabidir. Üçüncü kişilerin yTIK m. 371/2, 4'e dayalı hakları saklıdır. Hasılat kirasına verilecek ticari işletmenin kiralayan anonim şirketin, "tek malvarlığı ya da şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz malvarlığı" olması durumunda ise, yönetim kurulu kira sözleşmesi yapmadan önce, şirket tasfiye halinde bulunmasa dahi, TK m. 443/II'nin *ratio legisine* uygun olarak genel kurulun iznini almalıdır. Diğer yandan yTTK'nın yürürlüğü döneminde de şirket tasfiye halinde olsun ya da olmasın, ticari işletmenin şirketin "tek malvarlığı ya da şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz malvarlığını" teşkil ettiği hallerde, yönetim kurulunun kira işlemi için genel kuruldan izin alması zorunluluğunun devam edeceği söylenmelidir (yTIK m. 408/2-f). Kiracı anonim şirketlerde şirketin kuruluşunu takip eden iki yıl içinde, hasılat kirası sözleşmesi ile bir ticari işletmenin kiralınması ve ödenecek kira bedelinin de esas sermayenin 1/10'nu aşacak olması halinde, yönetim kurulunun sözleşmenin akdinden önce TK m. 311'deki usule uygun hareket etmesi gerekir.

yTTK'nın kuruluştan sonra devralmayı düzenleyen 356. maddesi ise kuruluştan sonraki ticari işletme kiralamaalarının genel kurulun iznine tabi olup olmadığı tartışmalarına son vermiştir.

Kiralayan durumundaki limited şirketlerde ticari işletme kirası sözleşmesi yapılması şirket sözleşmesinin değiştirilmesini gerektirebilir. Eğer şirket sözleşmesi işletmenin kiralanmasına zaten imkan tanımakta ise, gerek kiralayan ve gerek kiracı durumundaki limited şirketlerde müdürler ticari işletme kirası sözleşmelerini genel kurulun iznine gerek duymadan yapabilirler. Ancak hasılat kirasına verilecek ticari işletmenin, "şirketin sahip olduğu tek mülk varlığı olması veya şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haız bulunduğu belirlenmesi halinde" *kiralayan* limited şirket müdürünün, TK m. 552, 443/II, 388ffil-N'e (yTIK m. 643, 538/2, 421/3-4) uygun olarak, öncelikle genel kurulun iznini alması gerekir. Kiracı limited şirketler bakımından, kuruluştan sonra bir işletmenin kiralanmasının, şirket sözleşmesinde TK m. 513/I' deki çoğunlukla bu konuda bir değişiklik yapılmasına bağılı olduğu sonucuna varılmalıdır. yTIK m. 578, 342-343, 621/1-a dikkate alındığında kiracı limited şirketlerde kuruluştan sonraki kiralamalarda yTIK bakımından da genel kurulun izni gerekli olacaktır.

işletmenin hasılat kirasına verilmesi, ticaret şirketlerinin iflası nedeniyle tasfiyeleri hariç diğer tasfiye hallerinde gündeme gelebilir. Belli sınırlar içinde tasfiye memurlarının ticari işletme kirası sözleşmesi yapmaları mümkündür.

Terekeye bir ticari işletme dahil olabilir. Bu durumda mirasçılarının tamamının onayı ile terekeye dahil ticari işletme hasılat kirasına verilebilir (MK m. 640/I-II).

Rehnedilmiş bir ticari işletmenin hasılat kirasına verilmesi rehin alacaklısının ya da alacaklılarının muvafakatine bağılıdır. TİRK m. 10/II ile 12' de yer alan "devir" ve "temlik" kavramlarına, ekonomik anlam verilerek bunlara, "hasılat kirası yoluyla kullandırma amaçlı devrin" de dahil olduğu kabul edilmelidir.

RKHK, teşebbüslerin hakim durum yaratmaya ya da halihazırdaki hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olan veya ilgili pazarlardaki rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak nitelikteki birleşme ve devirlerini yasaklamıştır. Bir ticari işletmenin, ticari işletme kirası yoluyla halihazırda bununla aynı ticari ve/veya sınai alanda faaliyet gösteren bir işletmeyi ya da işletmeleri işletmekte olan bir gerçek kişi ya da ticaret şirketi tarafından devralınması, RKHK m.7-11 çerçevesinde hukukı sonuçlar doğurabilir. Ticari işletme kirasının özelliğı, kısa süreli bir kontrol gücünün dahi, işletme üzerindeki etkileri kalıcı olacak kararların alınmasına ve uygulanmasına fırsat veren bir işlem türü olmasıdır. "Teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkanından" bahsedildiğinden, ticari işletme kirasında kira süresi

önem kazanır. Kural olarak üç yıl ya da daha uzun süreli kiralamalarda "belirleyici etki uygulama imkânının" bulunduğu kabul edilmelidir. Kira sözleşmesinde kararlaştırılan ve zorunlu, objektif ve makul olmayan rekabet yasakları da belli hallerde kiralamanın yasaklanmasının nedenlerinden birisini teşkil edebilir. izne tabi devralmaların hukuki geçerlilik kazanmaları ise devre Rekabet Kurulu'nca açık (RKHK m. 9, 40 vd.) ya da zımni (RKHK m. 10/II) izin veya menfi tespit kararı (RKHK m. 8) verilmesine bağlıdır (RKHK m. 7/II; 2010/4 s. Tebliğ m. 7/1, 10/4).

Rızat sözleşmelerden olan hasılat kirası sözleşmesi, tarafların objektif ve subjektif esaslı unsurlar üzerinde açık ya da örtülü biçimde uyuşmaları ile kurulmuş olur. BK m. 270 vd.'nda (yTBK m. 357 vd.) akdin şekline ilişkin herhangi bir hükme yer verilmiş değildir. Kiracının kiralayana devrettiği envanterin listelenmesini öngören BK m. 271 (yTBK m. 359) hükmü de bir şekil şartı olarak görülemez. TK ya da TST'de de ticari işletme kirasına ilişkin özel bir hüküm sevk edilmemiştir. Ancak yazılı şeklin çoğu zaman fiilen ve hukuken zorunlu olduğu da açıktır (HUMK m. 288-290; HMK m. 200-201). Diğer yandan yTTK m. 11/3'e göre ticari işletmenin konu olduğu sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi zorunlu olduğundan bu husus ticari işletme kiralari hakkında da geçerli olacaktır. yTTK m. 13' de şeklin hukuki niteliği hakkında bir açıklık yoktur. yTBK m. 12/1'de yer alan "kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz" hükmü karşısında ise, yTTK m. 11/3'de yer alan yazılı şekil ve tescil ve ilanın, ticari işletme kirası sözleşmesi bakımından bir geçerlilik şekli olduğu sonuca varmak gerekir.

Ticari işletmeye dahil maddi ve gayri maddi unsurların kullanımı ile bunlardan yararlanmanın kiracıya devri suretiyle işletmenin işletilmesinin kiracıya nakli ve kiracının da kendi adına ve hesabına işletme teşkil eden faaliyetlerine başlaması, müşteri ve/veya tedarikçi çevresi ile temasa geçmesi, ticari işletme kirasının tarafları açısından ticaret hukuku alanında bir çok hukuksal sonucun doğmasına yol açar. Bunlar bilhassa tarafların tacir sıfatları, ticaret sicili kayıtlarındaki değişiklikler ile ticaret unvanı, işletme adı gibi işletme unsurlarının devrine ilişkindir.

Tacir sıfatının doğumunun ticari işletme işletilmesine bağlı olduğu hallerde, kira sözleşmesi sebebiyle işletmenin işletilmesinin kiracıya terk edilmesi ile kiralayanın tacir sıfatı sona erer. Ancak kiralayanın tacir sıfatının kiralama işlemi ile gerçek kişilerin ve amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıfların tacirlik sıfatı bakımından tamamen sona ermediği, bu dönem için *askıya alındığı* kabul edilmelidir. Ancak bir ticari işletme işletmesi gereken kollektif ve komandit şirketler de dahil ticaret şirketlerinde, işletmenin kiralanması tacir sıfatını sona erdirmez. Kiralayan durumundaki

ticaret şirketleri, ticari işletme kirasında bu sıfatlarını ve tüzel kişiliklerini korumaya devam ettiklerinden, bunların genel kurul toplama, organ seçimi, yönetim ve denetim, ticari defter tutma, bilanço ve kar ve zarar hesabı düzenleme gibi TK/yITK'da yer alan idari ve malî yükümlülükleri de devam edecektir. Gerçek kişiler ile amacına varmak için ticari işletme işleten demek ve vakıfların ticari işletmelerini kiralamaları İİK m. 44 anlamında ticari terk olarak görülemez.

Kiracının, tacirlik sıfatı bir ticari işletme işletilmesine bağlı bir gerçek kişi veya demek ya da vakıf olması halinde bunlar, ticari işletme kirası neticesinde TK m. 14/I-II (yTTK m. 12/1-2) şartları dairesinde tacir sıfatını kazanırlar. Ancak ticaret şirketleri bakımından ticari işletme kirasının bunların tacirlik sıfatına bir etkisi olmayacaktır.

İşletmecinin değişmesi sonucunu doğuran ve tacir sıfatına etki eden ticari işletme kirası ticaret unvanına ilişkin bir takım sorunlar doğurur. Ticari işletmenin sağlar arası işlemlere konu olması ve unvanın da birlikte devredilmesi halinde, unvanın müteakip kullanımının şekli esasları belli değildir. Tacir ve giderek unvan türleri, devreden ile devralanın unvanları, çekirdek ve ek gibi değişkenler birlikte dikkate alındığında onlarca müstakil sorundan bahsedilebilir. Kiralayan, işletme ile unvanı da devretmek zorunda değildir. Kiralayanın BK m. 272'de (yTBK m. 360) düzenlenen kiralananı işletmeye uygun halde teslim ve bulundurma borcundan, unvanı da birlikte devretme yükümlülüğü çıkarılamaz. Unvan kiracıya devredildiğinde ise kiracı bunu aynen ya da ek getirerek kullanabilir. Hukukumuzda devir ya da kira halinde unvana ek getirilerek kullanma zorunluluğu bulunmadığından ve devralanın ya da kiralayanın geçmiş işletme borçlarından sorumluluğu ile unvan arasında herhangi bir ilişki kurulmamış olduğundan kiralayanın unvanının aynen ya da ek getirerek kullanılmaya devam edilmesi, kiracının eski borçlardan sorumlu olduğu yönünde bir hukuki görünüş yaratmaz. Kaldı ki ticari işletme kirası, BK m. 179'un (yTBK m. 202) uygulanmasını gerektiren bir işlem olmadığından, kiralayan ve kiracı kendi işletmecilik dönemlerine ilişkin hukuki fiil ve işlemlerinden kendileri hak ve borca sahibi olacaklardır. Ticari işletme kirasında, kiracıya teslim ve kiralayana iade zamanında işletme borçlarının da külli intikali söz konusu değildir.

TK m. 55'de (yITK m. 53) işletme adı hakkında uygulanacak hükümler arasında unvanın devrini düzenleyen TK m. 51 (yTİK m. 49) sayılmamıştır. Ancak bir işletme işareti olan işletme adının işletme ile birlikte kiracıya devri ve böylece onun tarafından kullanılmasına izin verilmesi mümkün olmalıdır.

Ticari işletme kirası söz konusu olduğunda, işletmenin sahibi olmayan kiracıyı da TK m. 30/I (yTTK m. 28/1) ile TST m. 31/I anlamında "ilgili" olarak kabul etmek gerekir. Kiracıyı ilgilendiren işlemler söz konusu olduğunda

sürece kira süresince kiralayanın "ilgili" sıfatından söz edilemeyecek olsa da, işletmeye ilişkin temel işlemler bakımından bunun devam ettiği kabul olunmalıdır. Ticari işletmenin işleticisinin değişmesi sonucunu doğuran bir işlem olarak ticari işletme kirası, gerek sözleşme yapılırken ve gerek ifası sırasında tescili ve ilanı gerekli bir çok olayın gerçekleşmesine sebep olur. Ancak ticari işletmenin devrinin ticaret sicili bakımından beraberinde getirdiği uygulama sorunlarını düzenlemeye yönelik TST m. 83 ise yetersiz bir hükümdür. Bunun sebebi ise düzenlemelerini ticaret unvanına birlikte devredilmiş olup olmamasına dayandırmış ve kiralayan ve kiracının hangi tür tacir olduğunu dikkate almamış olmasıdır.

Kiralayanın kiracıya karşı sözleşme ilişkisinden doğan en temel borcu, ticari işletmeyi kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve kira süresince de bu halde bulundurma borcudur. Kiralananı kira süresince kullanıma ve işletilmeye uygun halde bulundurma borcu, sözleşmenin akdi ile ortaya çıkan ve kira süresince de devam eden bir borç olduğu kadar, ayıba ve zapta karşı tekeffül borçlarını da içerir. "Kullanıma ve işletilmeye uygun bir şekilde tesliminden" maksat, kiracıya kiralanda işletme faaliyetlerini duraksamaksızın yürütebilmesini sağlayacak tür, nitelik ve miktarda malzeme, bina, sözleşme ilişkileri, imtiyaz ve ruhsat gibi işletme izinleri ile müşteri çevresini ve ticari ve teknik sırları, bilgileri teslim etmek ve bu suretle kiracının hasılat elde edebilmesi gerekli ticari şartları gerçekleştirmektir. Ticari işletme kirasında işletmenin kullanıma ve işletilmeye elverişli halde tesliminden söz edildiğinde ise, bundan sadece işletme unsurlarının devri anlaşılmamalıdır. Bu kira türünde önemli olan, ekonomik unsurlarla birlikte, kiralayanın kiracıya işletmenin organizasyonunu, yönetimini, kısacası işletmecilik statüsünü terk etmesi, kiracının işletmeci haline gelmesini sağlamasıdır. Kiracının, işletmenin idari, ticari ve teknik anlamda sevk ve idarecisi durumuna getirilmesi gerekir. Kiracı işletme organizasyonunu idare edebilir hale gelmelidir (*Einweisung in den Tätigkeitsbereich=Einführung in das Unternehmensorganisation und in die Geschäftsbeziehungen*) **BK** ve yTBK'nın hasılat kirasına ilişkin hükümleri ticari işletme kirası dikkate alınarak öngörülmediğinden, tarafların işletmenin kullanılmaya ve işletilmeye uygun halde teslimi ve bu halde bulundurulmasına ilişkin aktif ve pasif yükümlülüklerine sözleşmede ayrıntılı biçimde yer vermelerinde fayda vardır.

BK ve yTBK, kiralananın ayıplı teslimi halinde kiracıya muhtelif seçimlik haklar tanımışlardır. Kiracının hakları, önemli ayıpların giderilmesi şartıyla akdin ifasını (BK m. 273; yTBK m. 361), gecikmeden doğan zararın tazminini (BK m. 96, 106, 250/11; yTBK m. 112, 123, 358, 304, 308), kira bedelinin indirimini (BK m. 272/II, 250/1; yTBK m. 360, 358, 304-307) talep hakkı ile sözleşmeyi fesih hakkıdır (BK m. 274/111, 286; yTBK m. 358, 324, 369). Kiracı ayrıca bu haklarından bağımsız olarak maddi ve manevi

zarırlarının giderilmesini de kiralayandan isteyebilir (BK m. 272111. 250/11. yTBK m. 360. 358, 308). Teslim ıamanında gerçekleşmezse de BK m. 101 vd., 106 vd. (yTBK m. 117 vd., 123 vd., 126) uygulanır. Ancak ticari işletme kiralanda bu hakların kullanılıp kullanılamayacağı ve kullanılacaksa ka
amı noktasında, tek tek işletme unsurlarının ayıplı olması hali ile işletmenin **bir bütün olarak ayıplı olması (Untemehmensmängel) hali açısından ayırım yapılmalıdır. Örneğin herhangi bir işletme unsurunun tek başına ayıplı olma**sı kiracıya fesih hakkı vermemelidir. Bu gibi durumlarda, hakların muhatabın koruyucu tarzda uygulanması ilkesi (*schonende Rechtsausübung*) önem kaıanır. Bunun için tek bir ayıbın ya da birden çok ayıpların ticari işletmeden hasılat elde edilmesini kalıcı, sürekli ve kiracı bakımından tahammül edilmesi beklenemez biçimde zorlaştırmış ya da tamamen imkansız kılmış olması şartı (işletme faaliyetinin temelinden sarsılmış olması) aranmalı ve fesih en son çare olarak düşünülmelidir. yTBK m. 306ffi'de de kiracının fesih hakkı, ayıbın kiralananın sözleşmede öngörülen kullanımına elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilmemesi haline özgülenmiştir.

Ticari işletmeyi kullanıma ve işletilmeye uygun halde teslim ve kira süresince de bu halde bulundurma borcunun kapsamına, işletmenin *hukuken de ayıpsız* olarak teslim edilmesi ve kira süresince de gerek kiralayanın şahsından ve gerek üçüncü kişilerden kaynaklanacak aynı ya da şahsı üstün hak iddialarından kiracının korunması da girer (BK m. 275, 276, 253-254; yTBK m. 358, 309-310). Bu çerçevede kiralayan kira süresince üçüncü kişilere kiralanan üzerinde iddia edebilecekleri üstün haklar vermemek ve kiralananın vukubulacak daimi ya da geçici hukukî tecavüzlerden kaçınmak, üçüncü kişilerden gelebilecek bu tür saldırıları engellemek, gerektiğinde dava açmakla yükümlüdür. Kiralayan işletmeyi kiraya verdikten sonra bir başkasına satım, bağış, trampa ya da bir şirket sözleşmesi yoluyla devrettiği takdirde ise **BK** m. 276 (yTBK m. 358, 3 IO) uygulanır (gerçek olmayan zapt). Feshi ihbarda bulunulmadığı takdirde, yeni malik kira ilişkisine uymakla yükümlüdür. yTBK m. 358, 31O, 31 I 'de ise kiracıyı koruyan farklı bir düzenlemeye gidilmiş ve sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur" hükmüne yer verilmiştir.

Ticari işletme kirasında da kiracının tedarikçi ve özellikle de müşteri çevresini kiralayanın ve üçüncü kişilerin rekabeti olmaksızın tek başına kullanmaya devam edebilmesi büyük önem taşır. Kiralayan sadece maddi ve gayri maddi işletme unsurlarını değil, tedarikçi ve müşteri çevresini de kiracıya terk etmek ve kira süresince de tedarikçi ve müşteri çevresi ile ticari ilişki kurmaktan kaçınmak zorundadır.

Kira süresince işletmenin kiracı tarafından işletilmesi ve iyi bir halde muhafazası kiracının temel borçlarından (BK m. 278-279; yTBK m. 364-365). Adi kirada kiracının sadece kiralananı özenle kullanma yükümlülüğü vardır (BK m. 256; yTBK m. 316). Hasılat kirası kiralananın hasılat **getirme** özelliğinin muhafazasını gerektirir ve hem BK hem de yTBK kiracının işletme ve iyi halde muhafaza (bakım) borcunu açıkça öngörmüşlerdir. Ticari işletme kirası bakımından kiracının işletme borcunun önemi daha da fazladır. Zira ticari işletme işletilmediği takdirde alelade mallar yığınınına dönüşür. Kiracının kiralananı "*iyi halde muhafaza borcu*" (BK m. 279; yTBK m. 365) ise, işletme borcu ile yakın ilişki içinde olup, adeta bunun **gerçekleş-** tirilmesinin ve sürdürülmesinin teknik alt yapısını teşkil etmektedir. **Kirala-** nanı işletme ve koruma borcu işletmesel ve teknik yönleri olan bir borçtur. Ancak ticari işletme gibi sürekli gelişim ve değişim içinde olan bir bütünlüğü ilgilendiren her türlü işletmesel politika ve kararların önceden öngörülebilmesi ve sözleşmeye konulabilmesi güçtür. Kiracının işletme borcu bakımından, "yapamayacağı eylemler", "yapması gerekenlere" göre daha çoktur. Kiracı ticari işletmeyi, genel olarak TK m. 20/II (yITK m. 18/2) ve MK m. 2/1'e uygun davranan tedbirli, dürüst, iyiniyetli, ilgili pazara özgü rekabet çerçevesini de dikkate almak suretiyle, verimlilik, karlılık gibi ekonomik esaslara göre hareket eden, ticari ve teknik esaslara riayet eden profesyonel bir işletmeci gibi işletmeli, işletmenin devamlılığı ile iyileşmesini amaçlamalıdır. Kiracının işletmenin hasılat kabiliyetini bozacak ya da kaldıracak türden eylemlerden kaçınması gerekir. Kiracının özel olarak yüklenmiş olmadıkça işletmenin hasılat kabiliyetini *artıracak* yatırımlarda bulunma zorunluluğu yoktur. Kiracı işletmenin özüne müdahale teşkil edecek, kira ilişkisinin sona ermesinden sonra kalıcı etkileri olabilecek işlem ve değişiklikleri hiç yapamaz ya da ancak kiralayanın izni ile yapabilir. Kiracı, kiralananı "*iyi halde muhafaza borcu*" (BK m. 279; yTBK m. 365) çerçevesinde büyük tamirat gerektiren haller dışındaki (BK m. 273; yTBK m. 361), önemsiz olarak görülebilecek bakım, onarım, servis gibi işlemlerin yapılmasını sağlamalıdır. İyi halde muhafaza borcunun ticari işletme bakımından özellik arzettiği hususlardan birisi de kiracının ticari işletmeyi ilgilendiren ticaret sicili işlemleri ile diğer resmî ya da özel başvuru, kayıt vb. işlemleri yaptırması yükümlülüğüdür. Kiracı kiralananın işletilmesine ve iyi halde muhafazasına (bakımına) ilişkin yükümlülüklerine önemli derecede aykırı davranır ve kiralayanın ihtiarına rağmen tayin edilen uygun süre içinde de, borca aykırılığa son vermez ve borca uygun davranmaya başlamazsa kiralayan sözleşmeyi derhal feshedebilir (BK m. 289). yTBK'nın, m. 357 vd.'da BK m. 289'a muadil bir hükme yer vermemiş olması ise eleştirilmelidir. Salt yTBK m. 316'nın m. 358'e dayanarak kıyasen uygulanması mümkün değildir. yTBK'nın düzenlemeleri karşısında, kiracının işletme ve bakım borçlarına aykırı davran-

ması ◆alinde, kiralayan, ancak yTBK m. 369'da yer alan olağanüstü fesih hakkı ile m. 368'de düzenlenen süreli fesih bildiriminden istifade edebilir.

Kira ödenmesi, hasılat kirası sözleşmesinin esaslı unsurudur (BK m. 2/1; yTBK m. 2/D). Buna göre hasılat getiren şeyin kullanım, işletim ve bunun sonucunda elde edilecek hasılatın toplanmasının bir bedel karşılığında gerçekleşeceğinin kararlaştırılmış olması gerekir. Adi kirada kira bedeli pasif bir kullanımın karşılığı iken, hasılat kirasında ise belirleyici unsur, kiralananın hasılat getirme kabiliyetidir. Bir diğer deyimle hasılat kirasında kira sadece çıplak kullanımın değil, esasen kiralananın işletilebilmesinin ve hasılat kabiliyetinin karşılığıdır. Ticari işletme kirasında kira bedeli tamamen ya da kısmen nakdi' ya da aynı olarak kararlaştırılabileceği gibi, kira hasılatın bir bölümü olarak da öngörülebilir. BK m. 281/1'de kullanma ve yararlanma karşılığı olarak sadece kira borcundan bahsedilmiştir. Ancak bu, yan giderlerin sözleşme ile kiracıya yüklenmesine engel değildir. yTBK m. 362/I'de ise, "kira ve yan giderlerin ödenmesinden" açıkça söz edilmiş bulunmaktadır. Buna göre yTBK'ya göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça kiracı kira bedeli yanında yan giderlerden de sorumludur. Ancak bu düzenleme Kanun'un yan giderlerden söz eden diğer hükümleri ile çok uyumlu olmadığı gibi, kiracının, alacaklısının kim olduğuna bakılmaksızın tüm yan giderlerden sorumlu tutulması tartışma ve uyuşmazlıkları beraberinde getirecektir. BK m. 272/II'nin (yTBK m. 358) göndermesi ile hasılat kirası hakkında da uygulama alanı bulan BK m. 249/II'ye (yTBK m. 304/1-305/I) göre kiralananın ayıplı teslimi ve m. 250/I'e (yTBK m. 305/I) göre ise kiralanda sonradan ortaya çıkan ve kiralayanca giderilmeyen noksanlıkların varlığı (sonradan ayıplı hale gelme) halinde kiracı kirada indirim yapılması talebinde bulunabilir. Bu durumda kirada yapılan indirim oranında kiracının kira borcu ortadan kalkar. Gerek BK m. 282 ve gerek yTBK m. 363'ün lafzının da açıkça gösterdiği gibi, bu hükümler ziraî nitelikte olmayan hasılat kiralarda, bu arada ticari işletme kirasında kıyasen dahi uygulanamaz. Kiralayan BK m. 281/II'e (karş. BK m. 267; yTBK m. 358, 336/I) göre hapis hakkına sahip olmasına rağmen, kiracının "depozito" (güvence parası) (karş. yTBK m. 358, 342) ödenmesi de kararlaştırılabilir. yTBK m. 342, m. 358'in atfi sebebiyle hasılat kirası ilişkilerinde de uygulanabilecektir. Ancak yTBK m. 342/1'de getirilen "üç aylık kira bedeli" sınırlaması ticari işletme kiralari bakımından mutlak emredici olarak anlaşılmamalıdır. Bir diğer ifadeyle taraflar sözleşmede bu sınırı bertaraf edebilmelidirler. yTBK m. 342 depozitonun vadeli bir hesaba yatırılması gerektiğini öngörerek, BK zamanındaki depozitoya faiz işletilmesinin gerekli olup olmadığı yönündeki tartışmalara son vermek istemiştir.

Gerek BK ve gerek yTBK hasılat kirasında, kira bedelinin zamanında ödenmemesi ihtimali için BK m. 101 vd. ile m. 106 vd.'na (yTBK m. J17 vd., 123 vd., 126) göre özel hüküm niteliğinde olan düzenlemeler yapmıştır (BK m. 288; yTBK m. 362). Buna göre vade belirlenmiş olmakla **beraber**, kiracı borcunu ifa etmemişse kendisine, BK m. 288/1 (yTBK m. 362/II) uyarınca en az altmış günlük süre verilir ve bu süre içinde de ifada bulunulmaması halinde, akdin feshedileceği konusunda açıkça ihtar edilir. Kiracıya tanınan mehil bunun tebliğini takip eden günden itibaren işlemeye başlar (karş. BK m. 288ffi). Sürenin kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı ise yTBK m. 358, 315ffi c. 2'de açıkça öngörülmüştür. Mehil tayini ve fesih için, açıkça kira bedelinin ödenmemiş olması şartı arandığından yan giderlerin ödenmemesi nedeniyle BK m. 288/I'den istifade edilemez. Ancak yTBK m. 362ffi'de kira bedeli yanında yan giderlerin ödenmemesi halinde de önel tayini ve feshe imkan verilmiş olduğundan bu mümkün hale gelmiştir. Söz konusu altmış günlük süre, temerrüdü ve bunun sonuçlarını engellemeyen, kiracının feshi ihbardan kurtulması için kendisine tanınan bir tür ek ödeme süresi olarak değerlendirilmelidir. Bir diğer deyimle altmış günlük sürenin hukukî nitelemesi, temerrüd yönünden değil, özel bir olağanüstü feshi ihbar nedeni olması ve emsallerinde de (BK m. 286, 287; yTBK m. 369) taraflara feshi ihbar süresi tayini mecburiyeti getirilmiş olması açısından yapılmalıdır. Kiracı bu süre içinde de kiralayana ya da tevdi yerine ödeme yapmaz ya da takas beyanında da bulunmaz ise, feshi ihbarın son şartı da gerçekleşmiş olur ki, bu halde kiralayan BK m. 288/I'e (yTBK m. 362ffi) göre sözleşmeyi feshedebilir. Daha açık ifade ile fesih beyanının, sürenin sonuçsuz kalmasını müteakip müstakil olarak yapılması gerekir. Kanun'da, feshin ihbarın sürenin dolmasından itibaren hangi süre içinde yapılması gerektiği hususunda açıklık yoktur. Bu hususta İİK m. 272ffi'deki bir aylık süre uygulanmalıdır. İştirakli kira kararlaştırıldığında kira alacağının miktarının belli olmadığı durumlarda kiralayanın hukukî güvenlik içinde mehil tayini ile fesih hakkından istifadesi zordur. Bu hallerde öncelikle, kiracının kira bedelini tespit edecek işlemleri gerçekleştirmesi gerekir. Kira bedelinin tamamı ya da bir kısmı brüt ya da net işletme gelirlerine göre tespit edilmekte, ancak kiracı bunun tespiti için gerekli olan bilanço veya işletme hesabı hılasası çıkarılması ödevini yerine getirmiyor ise, kiralayanın mahkemeye müracaatla bunun tespit edilmesini sağlaması gerekir. Kiralayan ancak miktar belli olduktan sonradır ki, kiracıya altmış günlük mehil tayin ederek, kira bu sürede ödenmediği takdirde sözleşmeyi feshedeceğini ihtar edebilir. yTBK m. 362'de, BK m. 288ml'de yer alan "[altmış günlük] mehilin [sözleşme ile] kısaltılmasına ve kiranın tediye edilmemesi halinde akdin hemen feshedileceğine dair yapılan mukaveleler batıldır" hükmüne yer verilmemiştir. Bu sebeple, yTBK döneminde taraflar kira

bedeli ile yan giderlerin ödenmesinde temerrüd nedeniyle feshi ihbar süresini kısaltabilecekleri gibi, daha da önemlisi kira bedelinin ya da yan giderlerin ödenmemesini deyim yerinde ise otomatik fesih nedeni olarak belirlemeleri mümkün görülebilirse de, bu türden düzenlemelerin yTBK m. 25, 358, 346 c. 2 karşısında bağlayıcılığı tartışmalı olacaktır.

Sarahaten ya da zımnen kararlaştırılan sürenin dolması ile hasılat kirası sözleşmesi ayrıca bir feshi ihbara ya da ihtara ihtiyaç duymaksızın kendiliğinden sona erer (BK m. 287; yTBK m. 367). Tarafların henüz bitmeyen sözleşme süresini, sona ermeden önce açıkça anlaşarak uzatmaları mümkündür. Süresonandıktan sonra varılan sarih ya da zımni anlaşma ise yeni bir sözleşme akd olarak kabul edilmelidir.

Gerek BK ve gerek yTBK belirsiz süreli kira sözleşmelerinin feshi ihbar yoluyla sona erdirilmesini düzenlemiş bulunmaktadır (BK m. 285; yTBK m.

"Mühim sebeplerden dolayı fesih" kenar başlığını taşıyan BK m. 286' da (yTBK m. 369) hasılat kirasına özgü (ancak karş. BK m. 264; yTBK m. 331) bir olağanüstü feshi ihbar rejimi öngörülmüştür. Öncelikle belirtilmesi gereken husus haklı nedenlerle feshi ihbar kurallarının esasen belirli süreli sözleşmeler için öngörülmüş olduğudur. Ancak bu, belirsiz süreli kira sözleşmeleri için de haklı nedenle feshi ihbarda bulunulamayacağı anlamına gelmez. yTBK m. 369 ise, olağanüstü feshin alt türlerinden biri olarak ele aldığı "önemli sebeplerle" feshi ihbarın hükümlerini önemli ölçüde değiştirmiştir. Buna göre yTBK m. 369, olağanüstü feshi belirli süreli hasılat kirası sözleşmelerine özgü olmaktan çıkartmış ve feshin maddi sonuçları hususunda karmaşık ve belirsiz bir ifadeye sahip BK m. 286' dan farklı olarak açık bir tazminat zorunluluğu getirmeksizin hakime oldukça geniş bir takdir yetkisi vermiştir.

BK m. 290/I'e (yTBK m. 370/1) göre, kiracı hakkında iflasın açılması ile hasılat kirası sözleşmesi kendiliğinden son bulur. Tarafların sözleşmede bu hükmün aksini kararlaştırmaları mümkündür. İflasın açılması kararına karşı kanun yollarına başvurulmuş olması, sözleşmenin sona ermesini engellemez, sadece kiralananın iadesi işlemlerinin başlaması ve sürdürülmesini durdurur. Kanun'un lafzından da açıkça anlaşıldığı gibi, kiracı hakkında alınmış iflasın ertelenmesi kararı (İİK m. 179 vd.) BK m. 290'daki (yTBK m. 370) sonuçları doğurmaya yetmez. Keza gerek iflas dışı (öncesi) ve gerek mahkemece tasdik edilmiş iflas içi (sonrası) konkordato için de (İİK m. 285 vd.) aynısı söylenmelidir. Sözleşmenin sona ermesi, geciktirici şarta bağlanmış bir sona ermedir. Buna göre kiralayan, işlemekte olan kira ve deftere kayıtlı eşya için yeterli teminat verildiği takdirde, sözleşmeyi işlemekte olan kira yılının sonuna dek sürdürmekle yükümlüdür (BK m. 290/II; yTBK m. 370/ID. Aksi ifade ile kiracı tarafından böyle bir teminat verilemediği takdirde sözleşme

iflasın açılması sebebi ile sona erecektir. Kanun'da teminat verilmesi için t eklenmesi gereken süre açıklanmamıştır. Kanaatimizce bu konuda BK m. 288 (yTBK m. 362) ile BK m. 290 (yTBK m. 370) arasındaki **yakın bağ-** lı:ntı nedeniyle BK m. 288/I'deki (yTBK m. 362/11) altmış günlük süre esas alınmalıdır. Ancak İİK'nın ilgili hükümleri karşısında BK m. 290'ın (yTBK m. 370) hukuken pürüzsüz bir şekilde uygulanabileceğini söylemek oldukça güçtür. Kiralayanın iflasının sözleşmenin devamına etkisi hakkında özel düzenlemeler yoktur. Ancak bu durum, beraberinde tasfiye sürecini de getireceğinden, bu sebeple doğacak hukuki ve fiili olumsuzluklar, kiracının işletmeyi herhangi bir engelle kar ıla madan işletmesini ve böylece sözleşme ilişkisini sürdürmesini * ekilmez kıldığı takdirde ve ölçüde* bir haklı neden olarak kabul edilebilir (BK m. 286; yTBK m. 369)

Kiracının  l m  halinde kira sözleşmesi, iflasta olduğunun aksine kendiliğinden sona ermez. Ölüm halinde gerek kiracının mirasçıları ve gerek kiralayan, BK m. 285'deki (yTBK m. 368) ya da varsa sözleşmedeki feshi ihbar sürelerine uyarak herhangi bir tazminat ödemeksizin (kar . BK m. 265; yTBK m. 333) sözleşmeyi sona erdirebilirler. Kanun'da feshi ihbarda bulunulabileceği ifade edilmişse de, bunun ölümden itibaren ne kadar süre içinde yapılması gerektiği açıklanmamıştır. Bu sorun, sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa, mirasçılara mirasın reddi için tanınmış olan    aylık sürenin (MK m. 606/1) uygulanması suretiyle çözülebilir. Belirli süreli bir kira sözleşmesinin kiracısı öldüğünde de kiralayan ile kiracının mirasçıları feshi ihbar süresine riayet ederek sözleşmeyi sona erdirebilirler. Kiracının tüzel kişi olmasının ve bunun tüzel kişiliğinin son bulmasının kira sözleşmesine etkisi ne BK'da ne de yTBK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte bu halin kira sözleşmesini kendiliğinden sona erdirdiği kabul edilmelidir.

Hasılat kirası sözleşmesinin sona ermesi, kiracının kiralananı iade borcunu, kiralayanın da kiralananın iadesini talep hakkını doğurur. Kiralananın iadesi, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin tasfiyesi süreci olarak görülebilir. Taraflar sözleşmede iade borcunun kapsamını, yerini, zamanını serbestçe tayin edebilirler. Kiracının iade yükümü kural olarak kiralayanın  ahsına, mirasçılarına, tasfiye memurlarına ya da iflas masasına karşıdır. Bu hususun BK m. 292-293'de (yTBK m. 372-373) açıkça zikredilmemi  olması aksi sonuca varmayı gerektirmez. Ancak taraflar başlangıçta kararla tırmı  ya da sonradan anla mı lar ise, kiracının kiralanan işletmeyi yeni kiracı durumundaki üçüncü kişiye iade etmesi talep edilebilir. Sözleşmeden doğan böyle bir yükümlülük olmadıkça kiracıdan kiralananı üçüncü kişiye iade etmesi talep olunamaz. BK m. 292/I'de (yTBK m. 372/I) ifade edilen genel ilkeye göre, sözleşme sona erdiğinde kiracı, kiralananı, sözleşmenin kurulması sırasında deftere (BK m. 271; yTBK m. 359) kaydedilen eşyaları ile birlikte iadeyle yükümlüdür. Deftere kayıtlı eşya "bulundukları hal üzere", bir diğer

ifadec ılc ıodc tnrihinde, kötüleşmiş, iyileştirilmiş ya da hiç değişmemiş olar. ık ne dunımda i❖clcr, o şekilde geri verilmclidirler (BK m. 292/1; yTBK m. 372/1). Kiracının yapmış olduğu iyileştirmeleri geri almaya hakkı yoktur. Kiralananın teslimi sırasında tutanağa geçirilen eşya hakkında değcr takdiri yapılmış i e (BK m. 271; yTBK m. 359), kiracının bunları "aynı nevi ve kıymette" (özdeş tür, değcr, kalite ve sayıda) iade etmesi gerekir. Ancak ticari işletme kirasında, kiracının maddi ve gayri maddi işletme unsurlarını tekil olarak değil, işletme bütünlüğü içinde iade etmek zorunda olduğu önemle belirtilmelidir. Bir diğcr ifade ile kiracının, muhtelif işletme unsurlarını, işletme organizasyonunun sağladığı bütünlükle hiçbir ilgisi kalmamış olarak iade etmesi, bunun "ticari işletmenin iadesi" borcunu yerine getirdiği anlamına gelmez. İade kapsamında kiracının kiralayanı yeniden, işletmenin i❖ari, ticari ve teknik anlamda sevk ve idarecisi durumuna getirmesi gerekir. iade ile güdülen hedef, bir yandan, ticari işletme kirası sebebiyle ayrılmış olan sahiplik ve işletmecilik sıfatlarının, kiralayanın şahsında yeniden bir araya getirilmesi, diğcr yandan da kiracının işletmeci konumuna son verilmelidir.

Kiracı, kiralananı göstermekle yükümlü olduğu özen çerçevesinde meydana gelen değcr artışları için kiralayandan herhangi bir tazminat isteyemez (BK m. 292/111; yTBK m. 372/III). Ancak kiracı kendisinin yaptığı masraflardan veya emeğinden kaynaklanan değcr artışları için tazminat isteyebilir (BK m. 293/III; yTBK m. 373/III). Birbiriyle çelişkili gözükcn bu iki fıkra kanaatimizce şu şekilde bağdaştırılabilir: Kiracı kural olarak yaptığı masraflardan veya emeğinden kaynaklanan değcr artışı için tazminat isteyebilir. Ancak hesaplanacak tutardan, sözleşme ve kanun gereği kiralananı zaten göstermekle yükümlü olduğu özen sebebiyle meydana gelen değcr artışlarının indirilmesi gerekir. Keza kira zamanında genişleyen müşteri çevresi için kiracının tazminat hakkı yoktur. Ancak ticari işletme kiralalarında, "genişleyen müşteri çevresi" bakımından kiralayanın tazminat ödeme yükümünü kategorik olarak reddetmek her zaman adil sonuçlar vermeyebilir. Somut olayın özellikleri farklı değcrlendirmeleri haklı kılabilir. Ancak bu durum, ödenmiş kira bedellerinin kiracıya iadesi sonucunu doğurmamalıdır.

Kiralayan, sözleşme sona ermesine rağmen kiralananı iade etmeyen kiracıya karşı el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, bu sebeple uğradığı zararların karşılanması da talep edebilir (MK m. 683/II, 983/II). Tarafların sözleşmede bu ihtimal için bir cezai şart öngörmeleri de mümkündür.

yTBK m. 335'e göre kiralayan, geri verme sırasında kiralananın durumunu gözden geçirmek ve kiracının sorumlu olduğu eksiklikleri ve ayıpları ona yazılı olarak hemen bildirmek zorundadır. Bu bildirim yapılmadığı takdirde, kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur. Ancak, iade sırasında olağan bir incelemeyle belirlenemeyecek eksiklik ve ayıplardan dolayı kiracının sorumluluğu devam eder. Ticari işletme kirası söz konusu olduğunda yTBK

m. 335 hükmünün, işletmeye dahil maddi ve gayri maddi unsurları ile işletmenin bir ekonomik bütünlük olarak hasılat getirme kabiliyeti göz önünde tutularak uygulanması gerekir. Bu husus ise muayene ödevinin kapsamını tayin bakımından önemlidir.

Gerçek kişi tacirler ile tacirlik sıfatları bir ticari işletme işletmelerine bağlı demek ve vakıflarda işletmenin iadesi tacirlik sıfatının sona ermesi sonucunu doğurur. Ticaret şirketlerinin tacirlik sıfatı ise işletmenin iadesinden etkilenmez. İşletmenin iadesi ve yeniden işletilmeye başlanması ya da TK m. 14/II (yTTK m. 12/2) şartları içinde yapılan duyurular veya ticaret siciline tescil ve ilan ile kiralayan gerçek kişiler ile amacına ulaşmak için ticari işletme işleten demek ve vakıflar tacir sıfatını yeniden iktisap edecektir. İşletmenin kiralayan durumundaki ticaret şirketlerine iadesi bunların tacirlik sıfatı üzerinde bir değişiklik meydana getirmez. Ticari işletme kirasının sona ermesi iade işlemlerinin de bir parçası olarak taraflara arasında ticaret siciline tescil ve terkin yükümlükleri doğurur.

KAYNAKÇA

- ABGB, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, (Hrsg. KOZ/OL, H.IBYDLINSKI, P.IBOLLENBERGER, R.), Wien, 2005, (Yazar, in: AGBG)
- ACEM OĞLU, K.: Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971.
- AHLBRECHT, A.IBENGSOHN, J.: "Die Untemehmenspacht und ihre Behandlung im Handelsregister", Rechtspfleger, Y. 1982, S. 10, s. 361 vd.
- AKER, H.: "Alman Ticaret Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler", Yönetim ve Ekonomi, Y. 1999, S. 5, s. 13 vd.
- AKER, H.: "Avusturya İşletmeler Kanunu'nun Ticari İşletme ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler", BATİDER, Y. 2009, C. XXV, S. 3, s. 225 vd.
- AKER, H.: "Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü 'Hakim Teşebbüs'", BATİDER, Y. 2009, C. XXV S. 2, s. 229 vd.
- AKINCI, A.: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara, 2001.
- AKINCI, Ş.: "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 33 vd.
- AKİPEK, J.: Türk Eşya Hukuku, Aynı Haklar, Birinci Kitap (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 2. Bası, Ankara, 1972.
- AKSOY, N.IYAVUZ, Ş.: "Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunun Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Sınırları", Rekabet Dergisi, Y. 2009, C. 10, S. 2, s. 7 vd.
- AKYAZ4.N, S.: "Ticari İşletme Rehni", BATİDER, Y. 1976, C. VIII, S. 4, s. 61 vd.
- AKYÜZ, H. B.: Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar, Ankara, 2007.
- ALTAŞ, H. Hasılat ve Şirket Kirası (BK. m. 270-298), Ankara, 2009.
- ANSAY, T.: "Anonim Şirketler ve Tatbikat", BATİDER, Y. 1968, C. IV, S. 3, s. 511 vd.
- ANSAY, T.: Adi Şirket, Demek ve Ticaret Şirketleri, Ankara, 1967, (Adi Şirket).

- ARAL, F.: "Topyekün Temlik", AÜHFD, Y. 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 93 vd.
- ARAL, F.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara, 2007.
- ARBEEK, Ö.: Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara, 2005.
- ARICI, M. F.: Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri, İstanbul, 2008, (Devir).
- ARKAN, S.: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler", Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, BTHAE, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, 2005, s. 43 vd.
- ARKAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2008.
- ARKAN, S. Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2011, (Ticari İşletme, 15. Baskı).
- ARKAN SERİM, A.: Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, İstanbul, 2010.
- ARPACI, A.: "Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru Mudur?", Yeditepe Ü. HFD, Y. 2008, C. V, S. 2, s. 3 vd.
- ARPACI, A.: Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2002, (Kira Huku_❖).
- ARSEBÜK, E.: "Hususi Akit Tipleri Etrafında İncelemeler", AUHFD, Y. 1949, C. 6, S. 1, s. 3 vd.
- ARSLANLI, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1960, (Kara Ticareti).
- ARSLANLI, H.: Limited Şirketler, İstanbul, 1969.
- ARZBÖCK, P. M.: Geschäftsraummierte und Untemehmenspacht unter besonderer Berücksichtigung der Bestandverträge in Kaufszentren und Wirtschaftsparks, Diss., Salzburg, 1999.
- ASLAN, İ. Y.: Rekabet Hukuku, 2. Bası, Bursa, 2001, (Rekabet Hukuku).
- ASLAN, İ.Y.: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa, 2006, (Tüketici Hukuku).
- ATEŞ, D.: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007.
- AVCI, A.: Uygulama Örnekli, Açıklamalı İşyeri Açma-İşletme Rehberi ve Mevzuatı, 3. Baskı, İstanbul, 1998.
- AYHAN, R.: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- AYİTER, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1981.
- AYRANCJ, H.: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003.
- BALLERSTEDT, K.: "Untemehmen und Wirtschaftsverfassung", JZ 1951, s. 486 vd.
- BARLAS, N.: Adı Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Bası, İstanbul, 2008.

- BARTA, H.*: Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken. Wien, 2004.
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Hrsg. *HONSELL, H.IVOGT, N. P.IWIEGAND, W.*), Art. 1-529. 3. Aufl., Basel, vd., 2003, (Yazar, in: Basler Kommentar-OR 1).
- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, (Hrsg. *HONSELL, H.IVOGT, N.P.IGEISER, T.*), 3. Aufl., Basel, 2007, (Yazar, in: Basler Kommentar-ZGB).
- BATTAL, .t*: "Ticari İşletme Kistasları Karşısında Genelevlerin Durumu", Dicle U. HFD, Y. 1992, S. 5, s. 207 vd.
- BATTAL, A.*: Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Özel Finans Kurumları, Ankara, 1999.
- BAUMANN, H.*: "Strukturfragen des Handelsrechts", AcP 184 (I 984), s. 45 vd.
- BAUMBACH, A.IHOPT, K.J.*: Handelsgesetzbuch, (Bearbeitet von *HOPT, K. J.IMERKT, H.*), 32. Aufl., München, 2006 (*BAUMBACH IHOPT, HGB*).
- BECHER, H.*: "Das Recht am Good will", NJW 1951, s. 540 vd.
- BECKER, A.*: Die Entwicklung des Kaufmannsbegriffs im Sinne eines übergeordneten Abgrenzungskriteriums für den persönlichen Anwendungsbereich handelsrechtlicher Vorschriften, Diss., Münster, 2004.
- BİLGE, M. E.*: "Ticari Sıfatının Sona Ermesi", Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002, s. 175 vd.
- BİLGE, M. E.*: Ticaret Sicili, İstanbul, 1999, (Ticaret Sicili).
- BİLGE, N.*: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, (Borçlar Hukuku).
- BİLGİN, M.*: "5941 s. Çek Kanunu ve Uygulamalar", 5941 s. Çek Kanunu Paneli (26.03.2010), Ankara, 2010, s. 13 vd.
- BİLGİLİ, F.*: "556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Hükümlerine Göre Tescilli Marka Üzerindeki Hakkın Devri", Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan, C. I, İstanbul, 2009, s. 409 vd.
- BİLGİLİ, F.*: Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi'nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum, Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002, s. 197 vd.
- BİLGİLİ, F.*: İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara, 2003.
- BİLGİŞİN, Ş. M.*: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, 2.Bası, İstanbul, 1948.
- BOLLER, P.*: Beiträge zur Unterscheidung von Kauf und Pacht, Diss., Aarau, 1948.

- BOUJONG, K/EBENROTH, C. T JJOOST, D.*: Handelsgesetzbuch, 8. 1 (§§ 1-342a), MUnchen, 2001, (Yazar, in: *BOUJONGIEBENROLli/JOOST. HGB*).
- BOYACIOĞLU, C.*: Konzern Kavramı, Ankara, 2006.
- BOYACIOĞLU, C.*: Ticaret Unvanı, Ankara, 2006, (Ticaret Unvanı).
- BOZER, A.*: "Ticari İşletme Hakkında Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme", *BATİDER*, Y. 1962, C. L S. 3, s. 363 vd.
- BRECHER, F.*: Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Bonn, 1953.
- BREHM, WJBERGER, C.*: Sachenrecht, 2. Aufl., Tübingen, 2006.
- BROX, H.*: Handelsrecht und Wertpapierrecht, 9. Aufl., München, 1991.
- BUCHER, E.*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich, 1988.
- BUCHLI, G.*: Die Übemahme eines Vermögens oder eines Geschäfts nach Art. 181 OR, Diss., Zürich, 1953.
- BUCHNER, H.*: Die Bedeutung des Rechts anı eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Untemehmensschutz, München, 1971.
- BÜHLER, A.*: Die Vermögens-, Geschäfts- und Untemehmensübemahme nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich, 1947.
- BÜLOW, P.*: Handelsrecht, 3. Aufl., Heidelberg, 1999.
- CANARIS, C.-W.*: Handelsrecht, 23. Aufl., München, 2000.
- CANSEL, E.İİNAN, A. N.*: "Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu", *AÜHFD*, Y. 1964, C. XXI, S. 1-4, s. 345 vd.
- CANSEL, E.*: İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Doktora Tezi, Ankara, 1953.
- CEBULLA, M.*: Die Pacht nichtsachlicher Gegenstände, Diss., Bertin, 1999.
- CERRAHOĞLU, M. F.*: Ticari İşletme Hukukunun Seçilmiş Konuları, İstanbul, 1980.
- CİN, H.İAKGÜNDÜZ, A.*: Türk Hukuk Tarihi, C. II (Özel Hukuk), Konya, 1989.
- ÇETİNER, B.*: "Reklam Alanları Tahsisi Sözleşmesi", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Y. 2008, S. 43-44 (Mart-Nisan), s. 77 vd.
- DAYINLARI, K.*: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temiiki, Ankara, 1993.
- DEHN, W.*: Das Untemehmensgesetzbuch, -Gesetzestext, Auszüge der relevanten Nebengesetze, Erläuterungen-, Wien, 2006.
- DEVELİOĞLU, H. M.*: "Hasılat Kirası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hükümler", *Erdoğan TEZİÇ'e Armağan*, İstanbul, 2007, s. 931 vd.

- o!RİKKAN, H.:* "Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Y. 2002, C. 4, S.1, s. 39 vd.
- DOĞAN, M.İNARBAY, Ş.:* "İktisadi Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfin İktisadi İşletme İşletmesi", Erzincan HFD, Y. 2000, C. IV, S. 1-2, s. 437 vd.
- DOMANIÇ, H./ULUSOY, E.:* Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, İstanbul, 2007.
- DOMANIÇ, H.:* Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul, 1988, (AKKŞ).
- DURMAN, O.:* İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 2009.
- EICHLER, H.:* "Die privatrechtliche Lage des Untemehmens", in: Gestaltwandel der Untemehmung - Nürnberger Hochschulwoche 16. bis 20. September 1953, Nürnberger Abhandlungen zu den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Heft 4, Berlin, 1954, s. 45 vd.
- EISELT, G.:* "Zum kaufmannischen Untemehmen im Handels- und Gesellschaftsrecht", Prof. Dr. Emst E. HIRSCH' in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. 57 vd.
- EMMERICH, V.:* Kartellrecht, 9. Aufl., München, 2001
- ERDENK, E.:* İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, İstanbul, 2008.
- ERDOĞAN, C.:* Tahliye ve Kira Tespiti Davaları, 3. Baskı, Ankara, 1975, (Tahliye, 3. Baskı).
- ERDOĞAN, C.:* Tahliye, Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, 10. Baskı, Ankara, 2000, (Tahliye, 10. Baskı).
- EREM, T. S.:* Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, Ticari İşletme, 8. Baskı, İstanbul, 1980.
- EREN, F.:* "Marmara Bölgesinde Gayrimenkul Hasılat Kirasına İlişkin Yarıcılık Müessesesinde Örf ve Adetler", AÜHFD, Y. 1962, C. 19, S. 1-4, s. 496 vd.
- EREN, F.:* Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2008.
- ERTAŞ, Ş.:* Eşya Hukuku, Ankara, 1989.
- ERTEN, A.:* ◆ankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara. 2001, (Ticari işletme Rehni).
- ERZURUMLUOĞLU, E.:* Türk Hukukunda Adı Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 1973.
- ESSER, 1./WEYERS, H.-L.:* Schuldrecht, B. II, Besonderer Teil, 7. Aufl. Heidelberg, 1991.

- FIKENTSCHER, W.:** "O.1s Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als •sonstiges Rccht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des ReichsgerichtS und Bundesgerichtshofs, eine kritische Übersicht", in: Festgabe für Heinrich KRONSTEIN aus Anlass seines 70. Geburtstages, Karlsruhe, 1967, s. 261 vd.
- FOERSTER, M.:** Geschäftsraummiete oder Untemehmenspacht, die **rechtlichen Grundlagen von Bestandverträgen über** Geschäftsraumlichkeiten, Wien, 2006.
- FUCHS, M.:** Deliktsrecht, 6. Aufl., Bertin vd., 2006.
- FÜLLER, J. T.:** "Der Abschluss von Untemehmensverträgen zwischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung", in: Varitionen im Recht, Festbeigabe für Franz Jürgen SACKER, Berlin, 2006, s. 261 vd.
- GAUCH, P.:** Das System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss., Freiburg (Schweiz), 1966, (Beendigung von Dauerverträgen).
- GAUCH, P.:** Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht mit EinschluB des ProzeB- und Zwangsvollstreckungsrechts", Habil., Zürich, 1974, (Zweigbetrieb).
- GEDİKLİ, F.:** Osmanlı Şirket Kültürü, XVI.-XVII. Yüzyıllarda Mudarebe Uygulaması, İstanbul, 1998.
- GERLACH, J. W.:** Die Haftungsordnung der §§ 25, 28, 130 HGB, Stuttgart, 1976.
- GIERKE, v. J./SANDROCK, O.:** Handels- und Wirtschaftsrecht, C. I, Allgemeine Grundlagen, Der Kaufmann und sein Untemehmen, 9. Aufl., Bertin, New York, 1975.
- GÖLE, C.:** "Tacir-Esnaf Ayırımı", BATİDER, Y. 1985, C. XIII, S. 2, s. 47 vd.
- GÖLE, C.:** "Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu", Prof. Dr. Ernst E. HIRSCH'in Hatıraşına Armağan, Ankara, 1986, s. 185 vd.
- GÖREN, Z.:** "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğın Korunması", Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1992, C. 9, s. 165 vd.
- GÖZLER, K.:** İdare Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa, 2009.
- GÜMÜŞ, M.A.:** "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), İstanbul, 2011.
- GÜRZUMAR, FJGÜRZUMAR, T /BERKİ, A. H.:** Kaan0nname-i Ticaret ve Zeyilleri, Ankara, 1962.
- GÜRZUMAR, O. B.:** Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1 995, (Franchise Sözleşmeleri).
- GÜVEN, P.:** Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara, 2002.

- HAZNEDAR, İ. M.*: Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi. **İstanbul**, 2008, (Ticari İşletme Rehni).
- HERRMANN, H.*: Die Untemehmenspacht, Erscheinungsbild und Rechtsstruktur, Diss., Nürnberg, 1962.
- HIGI, P.*: Obligationenrecht, Teilband V 2b (Die Pacht. Art. 275-304 **OR**). (Hrsg. *GAUCH, P.* *ISCHMID, J.*), 3. Aufl., Zürich, 2000. (Obligationenrecht).
- HIRSCH, E. E.*: Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul, 1939, (Ticaret Hukuku Dersleri).
- HOFFMANN, W.*: "Urheberrecht und Wettbewerbsrecht il", JR 1930, s. 198 vd.
- HONSELL, H.*: Römisches Recht, 6. Aufl., Bertin, 2006, (Römisches Recht).
- HONSELL, H.*: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Bem, 2006.
- HUBMANN, H.*: "Das Recht anı Unternehmen", ZHR 117 (1955), s. 41 vd.
- HÜBNER, H.*: Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl., Bertin vd., 1996.
- IRO, G.*: Bürgerliches Recht IV, Sachenrecht, 2. Aufl., Wien, 2002.
- İMREGÜN, O.*: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul, 1989, (Anonim Ortaklıklar).
- İMREGÜN, O.*: Anonim Ortaklıkta Özel Kategori «İmtiyazlı» Paylar Kurulları, Yaşar KARAYALÇIN'a Armağan, Ankara, 1988, s. 185 vd.
- İMREGÜN, O.*: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa, 1994.
- İNAL, T.*: "Borç İlişkisine Konu Edilen Malvarlığı Değerlerinin Maddi ve Maddi Olmayan Yapıları", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2008, S. 45-46, s. 82 vd.
- İZMİRLİ, Y.*: "Tacir-Esnaf Sıfatının Tayininde Ticari İşletme Unsuru", Prof. Dr. Jale AKİPEK'e Armağan, Konya, 1991, s. 465 vd.
- JANICH, V.*: Geistiges Eigentum - eine komplementar Erscheinung zum Sacheigentum?, Tübingen, 2002.
- JICKELI, J.*: "Miet- und Pachtverträge im Kartellrecht, in: Gedachtnisschrift für Jürgen SONNENSCHNIG, Berlin, 2003, s. 463 vd.
- JOACHIM, W. E.*: "Hotelbetreiberverträge als Pacht- und Managementverträge, Aktuelle Regelungsbeispiele und Entwicklungstendenzen", NZM 2001, s. 162 vd.
- KAHVECİ, N.*: Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir, 2005.
- KANETİ, S.*: "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1989, C. 6, s. 17 vd.
- KAPLAN, İ.*: "Sözleşmenin Hakim Tarafından Yorumu", Yaşar KARAYALÇIN'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s. 418 vd.

- KARACAB, B.:* Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, İstanbul, 2005.
- KARAHAN, S.:* "Ticaret Unvanının Tescilinde Kullanma Amacı veya Unvanda Teklik İlkesi", M. Şakir BERKİ'ye Armağan, Konya, 1996, s. 119 vd.
- KARAHAN, S.:* "Ticari İşletme Kavramı", BATİDER, Y. 1994, C. XVII, S. 4, s. 39 vd.
- KARAHAN, S.:* Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991.
- KARAHAN, S.:* Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Konya, 2010, (Ticari İşletme).
- KARAHAN, S.:* Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Konya, 2011, (Ticari İşletme, 20. Baskı)
- KARAHASAN, M. R.:* Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Öğreti-Yargıtay Kararları, C. I, İstanbul, 2002.
- KARAMUSTAFAOĞLU, M.:* Elektrik Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, Ankara, 2007•
- KARAYALÇIN, Y.:* Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara, 1968, (Ticaret Hukuku).
- KAVA, M.:* İslam Hukukunda Kira Sözleşmesi, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Bursa, 1999.
- KAYAR, İ.:* Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescil, Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002, s. 479 vd.
- KENDİGELEN, A.:* Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, İstanbul, 2011, (İlk Tespitler).
- KIRCA, Ç.:* Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1999, (Franchise Sözleşmesi).
- KIRCA, İ.:* "Adi Şirketin Temsili İle İlgili İki Sorun", BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 4, s. 63 vd.
- KIRCA, İ.:* "Esnaf ve Sanatkar İle Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı' nın Değerlendirilmesi", BATİDER, Y. 2007, C. XXIV, S. 21, s. 295 vd.
- KIRCA, İ.:* 594I Sayılı Çek Kanunu, Konferans (22.01.2010), Ankara, 2010.
- KIRCA, İ.:* Ticari Mümessillik, Ankara, 1996, (Ticari Mümessillik).
- KLEJN-BLENKERS, F.:* Das Recht der Unternehmenspacht, Baden-Baden, 2008.
- KLINGLER, A.:* Die Untemehmenspacht, Diss., Zürich, 1943.
- KNOPPE, H.:* Betriebsverpachtung, Betriebsaufspaltung, 7. Aufl., Düsseldorf, 1985.

- KORT, M.:* "Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Recht", *AcP* 193 (1993), s. 453 vd.
- KOUMANTOS, G.:* Erwerberhaftung bei Unternehmensveräußerung, Diss., Hamburg, 1955.
- KUNTALP, E.:* Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971.
- KUNTA, E.:* Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi, Kavram ve Hukuki Niteliği, Ankara, 1980, (Ödünç).
- KURTOĞLU, U. S.:* "Fransız Hukukunda Ticaret Fonu Üzerinde İpotek Tesisi" *BATİDER*, Y. 1962, C. I, S. 3, s. 337 vd.
- KURTOĞLU, U. S.:* "Fransız Hukukunda Ticaret Fonu Üzerinde İpotek Tesisi" *BATİDER*, Y. 1962, C. I, S. 3, s. 337 vd.
- KURU, B.:* "Ticaretî Terk Eden Tacirlerin Tabî Bulunduğu Hükümler", *AUHFD*, Y. 1970, C. 27, S. 1-2, s. 109 vd.
- KÜBLER, F./ASSMAN, H.-D.:* Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 6. Aufl., Heidelberg vd., 2006.
- LINDENMEYER, C.:* Die Unternehmenspacht, Diss., Bern, 1983.
- MANSSSEN, G.:* Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt: verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen, Tübingen, 1994.
- MAYER-MALY, T.:* Römisches Recht, 2. Aufl., Wien, New York, 1999.
- MEDICUS, D.:* Schuldrecht II, Besonderer Teil, 9. Aufl., München, 1999.
- MEIER-HAYOZ, A./FORSTMOSER, P.:* Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern, 2004.
- MICHALSKJ, L.:* s. "Abgrenzung von Gewerberaummiète und Pacht", *Gedachtnisschrift für Jürgen SONNENSCHNEIN*, Berlin, 2003, s. 383 vd.
- MİMAROĞLU, S. K.:* Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1978
- MOROĞLU, E.:* "Adi Şirkete Dair", *Makaleler* 11, İstanbul, s. 257 vd.
- MOROĞLU, E.:* "Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Ayn'î Hakkın Konulması Taahhüdü", *Makaleler* I, 3. Bası, İstanbul, 2006, s. 27 vd.
- MUŞUL, T.:* İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2010.
- MUŞUL, T.:* İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, İstanbul, 2010.
- Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil I*, 4. Aufl., München, 2004, (Yazar, in: *MüKo-BGB*).
- NELL-BREUNING, O.:* "Das Unternehmen in der Rechtsordnung", in: *Festschrift für Heinrich KRONSTEIN aus Anlass eines 70. Geburtstages*, Karlsruhe, 1967, s. 47 vd.,
- OETKER, H./MAULZSCH, F.:* Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin vd., 2007.

- OETKER, H.:** Hnndelsrecht, 5. Aufl., Bertin vd., 2006, (Handelsrecht).
- OĞL.TZ. A.:** "Roma ve Türk Hukukunda inançlı işlem ve Veklet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması", AÜHFD, Y. 1989-1990, C. 41, S. 1-4, s. 225 vd.
- OGUZMAN, K.ISELIÇJ, Ö.IOKTAY-ÖZDEMİR, S.:** Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2009.
- OĞUZMAN, K.ISELIÇJ, Ö.:** Kişiler Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 1989.
- OKUTAN NILSSON, G.:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009.
- OPPENLANDER, F.:** Die Unternehmenspacht, insbesondere das Verhältnis von Pächter und Verpächter bei der Verpachtung eines Unternehmens, Diss., Stuttgart, 1974.
- OPPIKOFER, H.:** Das Unternehmensrecht, in geschichtlicher, vergleichender und rechtpolitischer Betrachtung, Tübingen, 1927.
- OSER, H./SCHÖNENBERGER, W.:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Hrsg. EGGGER, A./ESCHER, A. vd.), V. Band, Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, 2. Aufl., Zürich, 1936.
- ÖÇAL, A.:** "Ticaret Unvanının Devri", Eskişehir İTİAD, Y. 1973, C. 9, S. 1, s. 267 vd.
- ÖÇAL, A.:** "Ticari İşletmesini Devredenin Rekabet Etmeme Borcu (Belçika Hukuku Üzerine Bir İnceleme)", Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir, 2000, s. 563 vd.
- ÖÇAL, A.:** "Ticari İşletmesini Devredenin Rekabet Yapmama Borcu", Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir, 2000, s. 563 vd.
- ÖZ, M. T.:** Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, 1990.
- ÖZCAN, H.:** "Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei, Erzincan HFD, Y. 2005, C. IX, S. 3-4, s. 181 vd.
- ÖZDAMAR, M.:** "Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından Topluca Devredilmesi", Selçuk ÜHFD, Y. 2006, C. 14, S. 2, s. 99 vd.
- ÖZDEMİR, N.:** Türk Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1977.
- ÖZEN, B.:** "Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak "Ticari İşletme", Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. II, s. 707 vd.
- ÖZSOY, S. H.:** Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2011.
- ÖZSUNAY, E.:** "Fransız Hukukunda Kredi Teminatı olarak Ticari İşletme Rehni", BATİDER, Y. 1964, C. II, S. 4, s. 567 vd.
- ÖZSUNAY, E.:** Ticari İşletmede "Kiracılık Hakkının" Korunması, TTK m. 11/2 Üzerinde Bir Araştırma, Ankara, 1962, (Kiracılık Hakkı).

- ÖZ.SUNAY, E.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta inançlı Muameleler, İstanbul, 1968, (İnançlı Muameleler).
- ÖZTAN, B.: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 31. Baskı, Ankara, 2009.
- ÖZİAN, F.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- ÖZTÜRK, E.: "Markanın Kullanılması Yükümlülüğü ve Kullanılmamasından Doğan Hükümsüzlük", Legal Fikri ve Sınai **HakJar Dergisi**, Y. 2009, S. 20, s. 777 vd.
- ÖZTÜRK, G.: Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara, 2010.
- PALANDT, O., Bürgerliches Gesetzbuch, 51. Aufl., München, 1992, (Yazar, in: PALANDT, BGB, 51. Aufl.).
- PALANDT, O., Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., München, 2003, (Yazar, in: PALANDT, BGB).
- PASLI, A.: Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009.
- PASLI, A.: Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu", İHFD, Y. 2008, C. LXVII, S. 2, s. 345 vd.
- PEKCANITEZ, H./İATALAY, O./ÖZEKES, M.: Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara, 2011.
- PEKDİNÇER, T.: "Ticaret Sicili Açısından Merkez-Şube-Satış ◆ağazası Kavramları", Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s. 471 vd.
- PEUKERT, A.: Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen, 2008.
- POROY, R./İTEKİNALP, Ü./İÇAMOĞLU, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2010.
- POROY, R.: "Ticaret Fonunda Kira Hakkına Müteallik Meseleler", İstanbul Ticaret Odası Mecmuası, Y. 1953, C. 69, S. 9-10 (Eylül-Ekim), s. 35 vd.
- PULAŞU, H.: Şirketler Hukuku, Temel Esaslar, 10. Baskı, Adana, 2011.
- PULAŞLI, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara, 2011, (Şerh, C. O.
- RAISER, T./VEIL, R.: Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Aufl., München, 2001.
- RAISER, T.: Das Untemehmen als Organisation, Kritik und Emeuerung der juristischen Untemehmenslehre, Berfin, 1969.
- RAUPACH, A.: "Schuldvertragliche Verpflichtungen anstelle beteiligungsgestützter Beherrschung", in: Festschrift für Gerold BEZZENBERGER zum 70. Geburtstag, Berlin, 2000, s. 327 vd.
- RITTNER, F.: "Untemehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe", in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft: 261/262, Tübingen, 1962, s. 3 vd. (Recht und Staat).
- SACHS, M.: Verfassungsrecht il, Grundrechte, 2. Aufl., Bertin vd., 2003.

- SCHMIDT*, K.: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln vd., 1991, (Gesellschaftsrecht).
- SCHMIDT*, K.: Handelsrecht, 5. Aufl., Köln vd., 1999, (Handelsrecht).
- SCHÔNE*, T.: "Das rechtsgnmdlos erlangte Untemehmen, Herausgabe oder Wertersatz?"\ ZGR, Y. 2000, S. 1, s. 86 vd.
- SCHRICKER*, G.: "Probleme der Schuldnerhaftung bei Übemahme eines Handelsgeschäfts", ZGR, Y. 1972, C. 1, S. 2, s. 121 vd.
- SCHULTE*, M.: Das Werberecht der freien Berufe, Diss., Köln, 2001.
- Schweizerisches Privatrecht VII/1, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, 7. Band, 1. Halbband, (Hrsg. *VISCHER*, F.), Basel, Stuttgart, 1977, (Yazar, in: *VISCHER*, Obligationenrecht).
- SEJFERT, K.-HJHÖM/G*, D.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Baden-Baden, 1995.
- SIEG, HJLEJFERMENN*, W.: Gewerbeordnung, 4. Aufl., München, 1978.
- STAUDINGERS*, BGB-Eckpfeiler des Zivilrechts, Bertin, 2005, (Yazar, in: *STAUDINGERS*, BGB-Eckpfeiler)
- STAUDINGERS*, v. J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 581-606), 13. Bearbeitung, Bertin, 1996, (Yazar, in: *STAUDINGERS*).
- STEINJNGER, T./v. der CRONE*, H. C.: "Eintragungspflicht landwirtschaftlicher Betriebe in das Handelsregister", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW/RSDA), Y. 2009, S. 5, s. 392 vd.
- ŞAHİN*, A.: "Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri", Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan, C. II, İstanbul, 2009, s. 1395 vd.
- ŞENER*, O. H.: "Roma Hukukunda Ortaklık Akdi ve Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 11, İstanbul, 2002, s. 703 vd.
- ŞENER*, O. H.: Adi Ortaklık, Ankara, 2008, (Adi Ortaklık).
- ŞENER*, O. H.: İşyeri İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davaları ve Ortaklıklar Hukukuyla Bağlantısı, Ankara, 2010.
- ŞENYÜZ*, D.: Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 5. Baskı, Bursa, 2011.
- ŞUA*, M.: "Franchise Sözleşmesinin Tanımına Yeni Bir Bakış", Yeditepe Ü. HFD, Y. 2007, C. IV, S. 2, s. 57 vd.
- TAN*, T.: "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", AÜSBFD, Y. 1995, C. 50, S. 3-4, s. 29I vd.
- TAN*, T.: Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara, 2010, (Dersler).

- TAN*, T.: Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara, 1984.
- TANDOĞAN*, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 6. Bası, İstanbul, 1990.
- TANDOĞAN*, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 1/2, 4. Bası, İstanbul, 1989.
- TANDOĞAN*, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 4. Baskı, İstanbul, 1989.
- TAŞPINAR*, S.: "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Yeri", AUHFD, Y. 1996, C. 45, S. 1, s. 533 vd.
- TEKİL*, F.: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998, (Anonim Şirketler).
- TEKİL*, F.: Şirketler Hukuku, İstanbul, 1981, (Şirketler Hukuku).
- TEKİL*, F.: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1990, (Ticaret Hukuku).
- TEKİNALP*, Ü.: "Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul Üniversitesi 50. Yıl Armağanı, İstanbul, 1973, s. 633 vd.
- TEKİNALP*, Ü.: "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", BATİDER, Y. 2008, C. XXIV. S. 3, s.11 vd.
- TEKİNALP*, Ü.: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Ticari İşletme Kitabının İçerdiği Modern Yaklaşımlar", Güncel Hukuk, Aralık 2010, s. 14 vd.
- TEKİNALP*, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2002.
- TEKİNAY*, S. *SAKMAN*, S. *IBURCUOĞLU*, H. *ALTOP*, A.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.
- TEPECİ*, K.: Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, Ankara, 1949.
- TOKSAL*, B.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I (m. 1-99), Ankara, 1986.
- TOPÇUOĞLU*, M.: "İşletmenin Devri ve Devir İşlemine Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Etkisi", Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 71 vd.
- TOPÇUOĞLU*, M.: "Yeni Çek Kanunu Çerçevesinde Çeklerde Gerçek Kişilerin Temsili ve Temsilin Sonuçları", BATİDER, Y. 2010, C. XXVI, S. 4, s. 135 vd.
- TUĞ*, A.: Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya, 1994.
- TUNABOYLU*, M.: Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları, 2. Bası, Ankara, 2007.
- TUNÇOMAĞ*, K.: Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul, 1974.
- TÜRK*, A.: "Müdürlerin Temsil ve Yönetim Yetkileri Bakımından Hukukî Durumu ve Anonim Ortaklığa Ticari Mümessil Atanıp Atanamayacağı Sorunu", BATİDER, Y. 2000, C. XX, S. 4, s. 75 vd.
- TÜRK*, A.: Menfi Tespit Davası, Ankara, 2006.

- TÜRK, H. S.:** Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde «Nevilerin Aynı Olması», Koşulu, Ankara. 1986, (Birleşme).
- ULMER, P.:** Die Gesell chafi bUrgerlichen Rechts, systematischer Kommentar der §§ 705-740 808. 2. Aun., MUnchen, 1986.
- ULUSOY, E.:** Ticari Örf ve Adet Hukuku. İstanbul, 2001.
- ÜLGEN, HJTEOMAN, ÔJHELVACI, Mi.KAYA, A./NOMER ERTAN, F.:** Ticari işletme Hukuku, İstanbul, 2006 (Yazar, (ÜLGEN, Ticari işletme)).
- ÜLGEN, H.:** Anonim Ortaklığın Kuruluştan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması, İstanbul, 1969.
- ÜNAL, M.:** Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, 2007, (Marka).
- ÜNAL, M.:** Şekli Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1994.
- VE L, R.:** Unternehmensverträge, Habil., Tübingen, 2003.
- VINASSA, W.:** Die Kundschaft, Diss., Bern, 1925.
- VOELSKOW, R.:** "Zur Abgrenzung von Miete und Pacht", NJW 1983, s. 910.
- WAHL, F.:** Der optimale Pachtvertrag im Gastgewerbe, Hamburg, 1998.
- WIEGAND, W.:** "Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht", AcP 190 (1990), s. 112 vd.
- WIELING, H. J.:** Sachenrecht, B. I, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Aufl., Bertin vd., 2006.
- WILHEIM, J.:** Kapitalgesellschaftsrecht, 2. Aufl., Bertin, 2005.
- WILHEIM, J.:** Sachenrecht, 3. Aufl., Bertin, 2007.
- YAVUZ, C.:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 2007.
- YIWIZ, B.:** "TIK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TIK m. 137 Hükmündeki "Ultra Vires" Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi", AÜHFD, Y. 2006, C. 55, S. 1, s. 321 vd.
- YILDIZ, B.:** "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği", BATİDER, Y.2011, C. XXVII, S. 3, s. 111 vd.
- YILDIZ, Ş.:** "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Yeditepe Ü. HFD, Y. 2005, C. II, S. 1, s. 449 vd.
- YILMAZ, B. B.:** "İflasın Ertelenmesinde İyileştirme Projesi", Maliye Finans Yazıları, Y. 23, S. 85 (Ekim 2009), s. 39 vd.
- YONGALIK, A.:** Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara, 1991.
- ZEVKLİLER, A.:** Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku ve Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1988.
- ZEVKLİLER, A.:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara, 2008, (Borçlar Hukuku).

- zE>'TiN. Z.: ..Tıbbı Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta ispatYükü Kuralının Ters Çevrildiği Ve Kolaylaştırıldığı Haller". Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Sempozyumu, <http://www.ehukuk.net/dokumantasyon.htm>, (erişim tarihi: 10.08.2010).
- zÖLLNER, W.: Wovon handelt das Handelsrecht, ZGR, Y. 1983,C. 12,S. 1, s. 85 vd.

ONLINE KAYNAKLAR

<http://www.baselland.ch>
<http://www.bger.ch>
<http://www.bundesgerichtshof.de>
<http://www.bverg.de>
<http://www.chblaw.eh>
<http://hls-dhs-dss.eh>
<http://www.dhs.ch>
<http://www.hukukturk.com>
<http://www.legalbank.net>
<http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm>
http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm
<http://www.polyreg.ch>
<http://www.rekabet.gov.tr>
<http://www.ris.bka.gv.at>
<http://www.sinerjias.com.tr>
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>
<http://www.yargitay.gov.tr>