

BORÇLAR KANUNU TASARISI HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİM

Prof. Dr. İbrahim KAPLAN^()*

ÖZET:

Çalışmada Borçlar Kanunu Tasarısı incelenmiş ve değiştirilmesi gerekli hususlar gerekçeleri ve farklı hukuk sistemlerindeki karşılıkları ile belirtilmiştir.

 Anahtar Kelimeler: Borçlar Kanunu Tasarısı, Genel İşlem Koşulları, Muvazaa, Gabin, Temsil, Kira Sözleşmesi, Vekalet Sözleşmesi, Adi Şirket.

I- Genel Olarak Tasarı Metni Hakkındaki Özet Görüşlerim

Tasarı metninde, Borçlar Kanununun dili güncelleştirilmiş; esas olarak yürürlükteki Kanunun hükümleri, mutlaka metinde yer alması gereken, uluslararası-mukayeseli borçlar hukukunun genel ve özel hükümleri niteliğinde olduğu için, aynen muhafaza edilmiştir. Zaten aynen muhafaza edilmesi, Borçlar Hukuku Teorisi gereğidir.

Ön tasarı metnine yeni ilave edilmesi gereken ve yeniden düzenlenmesi icap eden konular ve hususlar da mevcuttur. Bunun yanında yürürlükteki Kanunda düzenlemesi mevcut olmakla beraber yeterli olmayan, uygulamada tereddütlere, İçtihadı Birleştirme ve Yeni İçtihat Kararlarına yol açan hukuki durumlar da bulunmaktadır.

Bu durumları ve konuları kısaca şöylece özetlemek mümkündür:

- İsmarlanmamış (sipariş edilmemiş) taşınır eşya gönderilmesi,
- Genel işlem ve sözleşme koşulları,
- Muvazaa durumu (danışıklık) ile ilgili hüküm,
- Gabin (aşırı yararlanmada) süreleri,
- Temsildeki bazı durumlar ve düzenlemeler,
- Haksız fiil hakkındaki 50. ve 51. madde düzenlemeleri,
- md. 105'e göre, temerrüt faizini aşan zararın tazmininde, bilinen vakıaların ispatındaki mesele,

^(*) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Medeni Hukuk-Borçlar Hukuku Öğretim Üyesi.



- md. 106'daki alacaklıya tanınmış bulunan seçimlik haklar,
- md. 97'deki iki ihale farkı tazminatları,
- md. 108'deki düzenleme,
- Satış sözleşmesi ile ilgili bazı hükümler ve özellikle gayrimenkul satışları,
- Kira akdine ilişkin bazı hükümler ile konut ve işyeri kira ilişkilerinin sona erme sebepleri ve bu konudaki sistem,
- md. 355 ve devamındaki istisna akdi ile ilgili düzenlemelerin tamamı,
- Borçlar Kanunundaki işçinin, müteahhidin ve vekilin hukuki sorumlulukları,
- Vekâlet akdine ilişkin bazı hükümler,
- Adi şirketlerle ilgili hükümlerdeki yetersiz düzenlemeler.

Görüşlerimle ilgili yukarıdaki özet hususlara, Borçlar Kanunu Öntasarısı çalışmalarının devam ettiği şu dönemde, madde numaralandırılması ile ilgili düşüncemi de ilave etmek istiyorum.

Değerli komisyon üyelerinin tamamının malumu olduğu üzere, temel kanunlarda yapılan değişiklikler ister toptan (total) ister kısmi olsun, yürürlükte bulunan Kanunun numaralandırılma sistemi muhafaza edilmektedir. Buna örnek olarak İsviçre Medeni Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununun "Kişiler Hukuku ve Borçlar Hukuku" ile ilgili son değişikliklerini göstermek mümkündür. Bunların hangi maddelerde olduğu, ilgili kanun metnlerinin hepsinde mevcut olduğu için, bu hususlara ayrıntılı olarak yer verilmemiştir. Sözü geçen bu kanun metnlerinde yeni ilave edilen maddeler, OR'de 6a, 216a, 697a, vb. şekilde numaralandırılmış, kaldırılmış veya konusu kalmamış maddeler "kaldırıldı" kelimesi ilave edilerek kanun metninde, madde numarası ile birlikte "boş" olarak muhafaza edilmiştir. Örneğin BGB§15 ila 20 arası hükümler, OR'in Art. 114, 115 ve Art. 48, Art. 159; Art. 636-639 hükümleri gibi.

Alt Komisyon tarafından düzenlenen Öntasarı metninin oluşturulmasında da yukarıdaki usule uyulmasının, eski uygulamaları ve içtihatları, yeni nesillere taşımak açısından çok büyük faydaları olacaktır. Diğer yandan Tasarıyı yeniden numaralandırmanın, sanki yepyeni bir kanun tasarısı hazırlanmış intibasını uyandırma tehlikesi mevcuttur. Komisyonun yaptığı çalışmaların amacı, yepyeni bir kanun yapmak değildir. Komisyonunda, eski metnin dili güncelleştirilmekte, yeni ilave düzenlemeler yapılmakta, konusuz kalan maddeler ise metinden çıkarılmaktadır. Şu anda TBMM Adalet Komisyona sunulan Tasarı işte bu esaslara göre hazırlanmıştır.



II- Tasarı Metnine Girmesini, Metinden Çıkarılmasını, Yeniden Düzenlenmesini, Metne İlave Edilmesini Düşündüğüm Madde Metinleri ve Maddelerle İlgili Önerilerim

1. "Genel İşlem Koşulları", Borçlar Kanunu Tasarısının 20 ila 26. maddeleri arasındaki altı hükümde düzenlenmiştir.

Tasarının (6) maddeden oluşan bu hükümleri, esas itibarıyla 26 Kasım 2001 tarihli Alman Borçlar Hukuku Reform Kanununun, AB'nin 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/EWG sayılı tüketici ile yapılan sözleşmelerde hakkın kötüye kullanmasına yol açan kayıtlarla ilgili yönerge hükümlerine uyum sağlamak ve 1976 tarihli Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesi hakkındaki Kanun hükümlerini Alman Medeni Kanunu kapsamına almak amacıyla, BGB'nin 305, 305a, 305b, 306, 306a, 307 paragraflarında yapılan düzenlemelerin tercümesinden ibarettir. BGB'nin aynı konu ile ilgili § 308, 309 ve 310 hükümleri (toplam 6 sayfadan ibarettir) tasarıya alınmamıştır.

Genel işlem koşulları, sözleşmelerin kuruluşu sırasında, önceden kaleme alınmış genel işlem koşulları veya sözleşme koşullarını ihtiva eden hükümler olarak, özellikle kitlelere yönelik imalat yapan veya hizmet sunanlar tarafından, karşı tarafa önerilen metinlerdir. Bu metinlerde sade vatandaş niteliğinde olan tüketici kitleleri aleyhine hükümlerin yer aldığı bir gerçektir.

İsviçre Borçlar Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda, genel işlem veya sözleşme koşullarının öneri olarak sunulması ve ayrıca muhtevastındaki hükümlerle ilgili bir düzenleme halen mevcut değildir.

19.12.1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Hakkındaki Federal Kanununun 8. maddesinde;

"Suiistimale (kötüye kullanmaya) Yol Açan İşlem Koşullarının Kullanımı", kenar başlığı altında;

"Özellikle metni önceden hazırlanmış genel işlem koşullarını kullanarak, şaşırtıcı ve aldatıcı biçimde sözleşmenin karşı tarafı aleyhine;

a) Doğrudan veya anlamına göre uygulanabilecek kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

b) Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı düşecek biçimde hak ve borçların dağılımını öngören kimse, haksız rekabet yapmış sayılır."

hükmü öngörülmüştür.

İsviçre hakim doktrini tarafından bu hüküm, genel işlem koşullarının hukuki düzenlenmesi için yeterli görülmemiş ve görülmemektedir. Yeni bir düzenleme yapılması önerilmektedir. Ancak şu ana kadar bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Görüşüme göre Alman BGB'sinin kazustik yönü ağır basan düzenlemelerinden biri olan genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemelerin benzeri veya tercüme edilerek kaleme alınmış maddelere, Borçlar Ka-



nunu tasarısında yer verilmesi, Borçlar Kanununun kısa, öz ve veciz biçimde ve asgari ölçüde genel hüküm koyma prensibine aykırı düşmektedir.

Bu nedenle ve ayrıca genel işlem ve sözleşme koşullarının, sözleşmenin kurulması aşamasında taraf önerisi olarak sözleşme metnine nasıl dahil olacağını ve bu dahil oluşt, diğer tarafın hukuki açıdan nasıl korunmaya alınması gerektiğini öngören bir hükmün, tasarı metnine alınması hukuki açıdan daha yerinde olacaktır. Böylece, ön tasarıda bu konuda konulmuş bulunan 6 maddeden ibaret düzenlemeye gerek kalmayacaktır.

Bu nedenlerle, genel işlem koşullarının bir taraf önerisi şeklindeki hukuki niteliği dikkate alındığında, aşağıdaki metnin tasarıya 8a maddesi olarak konması yerinde olacaktır.

“6a.) Genel İşlem veya Sözleşme Koşulları Biçimindeki Öneri

Madde 8a- Taraflardan birinin önceden metni düzenlenmiş genel işlem veya sözleşme koşullarını öneri olarak sunması durumunda, sözleşmenin bu öneri içeriğinde kurulmuş sayılması için, önerinin karşı tarafça açıkça kabulü gerekir.

Genel işlem veya sözleşme koşullarında mevcut alışılmamış veya şaşırtıcı nitelikte olan kayıtlar, sözleşme metninde yer almamış sayılır.

Tek tarafça önceden hazırlanmış metinde yer alan, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı düşecek biçimde karşı tarafın aleyhine hakların ve borçların dağılımını öngören kayıtlar, geçersizdir.

Genel işlem veya sözleşme koşullarında yer alan açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen kayıtlar, metni düzenleyenin aleyhine yorumlanır.

Genel işlem veya sözleşme koşullarıyla ilgili hükümler, imtiyaz suretiyle verilen hizmetleri sunan kişilerin ve kuruluşların önceden düzenledikleri metinlere de niteliklerine bakılmaksızın kıyasen uygulanır.”

2. Taslağın “Sözleşmelerin yorumu, danışıklı işlemler” kenar başlıklı 19. maddesi hükmü, bilindiği üzere, yürürlükteki metinde olduğu gibi, “Sözleşmelerin Yorumu ve Muvazaa” durumunu düzenlemektedir.

Bu madde mehzazın Almanca metni olan OR’ın 18. maddesinin aynen tercümesi değildir. Zaten aynen tercümesinin de hem yorum konusunu hem muvazaa konusunu açık bir şekilde düzenlemiş olduğu söylenemez. Kanaatimce, Türk doktrininde ve İsviçre doktrininde kabul edildiği ve Alman BGB’de düzenlendiği gibi

- Sözleşmelerin yorumu ve
- Muvazaa durumu ile ilgili olarak, taslakta iki ayrı madde düzenlemek daha yerinde olacaktır. Bu durum ise, uygulamaya yorum ve muvazaa konusunda açıklık ve kolaylık sağlayacaktır.



Yorumda, BGB'nin 133 ila 157 paragraflarındaki hükümler birleştirilmek suretiyle, bir madde düzenlenmelidir. Muvaza'a'da ise; BGB §117'de olduğu gibi 1. ve 2. fıkra olarak muvazaalı (görünürdeki) işlem ve gizli işlem düzenlenmeli, 3. fıkra olarak BK. md. 18/2 hükmü esas alınmalıdır. Buna göre taslağın yeni maddelerinin düzenlenmesi aşağıdaki gibi olmalıdır.

"D) İrade Beyanı ve Sözleşmelerin Yorumu

Madde 18- Bir irade beyanının yorumunda, gerçek irade araştırılır; ifadenin kelime anlamı ile bağlı kalınmaz.

Bir sözleşme hakkında gerek şekil gerek içerik bakımından karar verirken, tarafların yanlışlığı yüzünden veya yanlışlıkla kullandıkları ifadeler değil; sözleşmenin niteliği ve bütünlüğü gözönünde tutularak, onların birbirine uygun irade beyanları, dürüstlük kuralına dayanan güven ilkesi uyarınca, makul ve dürüst üçüncü kişinin verebileceği anlam esas alınır.

E) Danışıklı İşlemler

Madde 18a- Tarafların üçüncü kişilerden durumu gizlemek ve onları aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, görünüşte birbirine uygun irade beyanları sonucu kurdukları, ancak aralarında bağlayıcı olmayacağı hususunda anlaşmış oldukları, görünürdeki sözleşme, danışıklı nedeniyle geçersizdir.

Tarafların görünürdeki sözleşmenin arkasında gizledikleri gerçek iradelerine uygun olan ve irade beyanlarının uyduğu gizli sözleşmenin geçerliliği, Kanunun ilgili hükümlerine göre belirlenir.

Borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı bu işlemin danışıklı işlem olduğu iddiasında bulunamaz."

3. Taslağın 32. maddesindeki düzenlemeye gerek bulunmamaktadır. "Temel Hatasını" düzenlemek amacıyla, kaleme alınmış bu hüküm yerinde değildir. BK. md. 24 hükmünün taslak metinde dili düzeltilerek Tasarının 31. maddesi olarak konması, daha yerinde olur.

4. Taslağın 28. maddesinin 2. fıkrasındaki 10 yıllık süre, gereksizdir. Zira hak dürücü sürelerin, 1 yılı aştığı hiç görülmemiş bir durumdur. Aksi yöndeki görüşler, azınlık durumundadır.

5. Borçlu Kanununun "temsil" ile ilgili hükümleri, Kanunun 533. ve 534. madde hükümleri gereğince, adi şirketlerde ortaklar arasındaki ve ortakların üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerinde uygulanmaktadır.

Borçlar Kanununun öntasarısının "Temsil Yetkisinin Kapsamı" kenar başlıklı 33. maddesinin 1. fıkrasında, halen yürürlükteki düzenlemeye olduğu gibi "Temsil yetkisinin kapsamı; yetki kamu hukukundan doğmuşsa bu konudaki hükümlere, hukuki işlemten doğmuşsa o işlemlere göre belirlenir." hükmü yer almaktadır.

Bu düzenleme, maddenin mehzatı IBK'nın 33. maddesine uygun düşmediği gibi, kısaltılmış hali onun anlaşılmasını güçleştirmektedir. Kanun yapma sanatı ve tekniği kurallarına göre madde metnlerinin, açık ve kapsadığı konuyu tam ve kesin olarak tereddüde meydan vermeyecek biçimde ifade etmesi gerekir.

Bu bakımdan Öntasarının 33. maddesinin metni, hukuki işlemlerden hem borçlandırıcı işlemleri hem tasarrufi işlemleri kapsayacak ve ayrıca tasarrufi işlemlerde temsil yetkisi ile tasarruf yetkisi karışmasını önleyecek ve tasarrufi işlemlerde temsilcinin temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmasına yol açmayacak biçimde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Temsilciye, temsil edilen adına hukuki işlemleri yapma yetkisi veren, tek taraflı hukuki işlem niteliğindeki yetki belgesinin kapsamında, genellikle borçlandırıcı işlemler (sözleşmeler) yapma konusunda "temsil yetkisi"nin bulunduğu, ancak hukuki işlem niteliğinde olan bir hakkı doğrudan etkileyen, onu devreden, kayıt altına alan veya sınırlandıran tasarrufi işlemleri yapma hususunda tereddüt uyandırdığı, bu durum hem temsil edilen hem temsilci ile tasarrufi işlemi yapan üçüncü kişi arasında önemli olduğu için, temsil yetkisinin temsilciye tasarrufi işlem yapma yetkisinin de verilip verilmediği hususunda tereddüde yol açtığı, temsil ile ilgili hükümlerde tasarrufi işlemlerle ilgili açık bir düzenleme olmadığı için, borçlandırıcı işlemlere ilişkin temsil hükümlerinin kıyasen tasarruf işlemlerinde de uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir.

BK. md. 388/III hükmünde, özellikle vekâlet veren açısından önem arzeden, bir kısmı da tasarrufi işlem niteliğinde olan işlemleri yapmak için vekilin "özel yetkisinin" bulunması gerektiği hususu açıkça düzenlenmiştir. Ancak buna benzer bir düzenleme "temsil" ile ilgili kısımda bulunmadığı için, temsilcinin temsil yetkisinin kapsamında, temsilcinin temsil edilen adına tasarrufi işlemleri yapıp yapamayacağı konusunda tereddütlere ve yoruma muhtaç durumlara ve sonuçta bu hususta doğabilecek ihtilafları (ki bu ihtilaflar, daha ziyade adi şirketlerde temsilci sıfatına sahip idareci ortağın yaptığı hukuki işlemlerde ortaya çıkmaktadır) önleyebilmek ve hak kaybına engel olmak için, 33. madde metninde, tasarrufi işlemlerle ilgili olarak temsil yetkisi için, bir düzenlemenin yapılmasını gerektirmektedir. BGB'nin §137 hükmündeki "Hukuki işlemle yapılan tasarruf işlemi yasağı", §135'teki "kanuni tasarruf işlemi yasağı" ve §185'teki "Hak sahibi olmayanın tasarrufi işlemi" ile ilgili düzenlemeler, BK'da mevcut olmadığı dikkate alınarak, Öntasarının 33. maddesinde, temsilcinin temsil yetkisi kapsamında tasarrufi işlem yapma yetkisinin nasıl olması gerektiği, açıkça düzenlenmelidir.

Hatta bu düzenleme ile birlikte BBG'nin "hukuki işlemleri" düzenleyen 3. kısmının (§104 ile §185 hükümleri) 6. başlığında yer alan "izin ve icazet" (onay vermenin iki şekli olan önceden verilen onay "izin"; sonradan verilen onay "icazet") ile ilgili §182, §183, §184 ve §185 hükümleri, temsil ile ilgili kısmın sonuna aynen alınarak, tasarı metnine konması, hukuki açıklık açısından



dan yerinde olur görüşündeyim. Bu söylediğim hususların da alt komisyonca tartışılmasını önermekteyim.

Bu açıklamalardan sonra, Tasarının 41. maddesi metninin aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesini teklif ediyorum:

"b. Temsil Yetkisinin Kapsamı

Madde 41 - Başka bir kimse adına hukuki işlemlerde bulunma hususundaki temsil yetkisi, kamu hukukuna tabi ilişkilerden doğmuş ise, kamu hukuku hükümlerine göre tayin edilir.

Temsil yetkisi, hukuki işlem ile verilmişse, kapsamı bu işlemin içeriğine göre belirlenir. Temsilcinin tasarrufları işlemlerle ilgili temsil yetkisinin varlığı, bu yetkinin açıkça verilmiş ve yetki belgesine yazılmış olması şartlarına tabidir.

Temsil yetkisi, temsil olunan tarafından üçüncü kişilere bildirilmişse, yetkinin kapsamının belirlenmesinde bildirimin içeriği esas alınır."

6. BK'nın 41 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunan "Haksız fiillerle" ilgili hükümler, tasarıda sistem değişikliği yapılarak ve neden yapıldığı anlaşılmaz bir biçimde, "Zarar ve tazmini" konularının birbiriyle bağlantısı yokmuş gibi "zarar"la ilgili hükümler ayrı yerde; "kusursuz sorumluluk" hallerinin düzenlenmesi ilgili hükümler araya konularak, "tazmin" ve "tazminat" ile ilgili hükümler daha sonra düzenlenmiştir.

BK'nın sistemine ters düşen bu ön düzenlemeyi kimin yaptığı bilinmemektedir. Ön düzenlemeyi yapan İsviçre sistemini bilen uzman bir kişi midir? Doğrusu bilmek gerekir. Herkesin, eline geçirdiği her metne göre hemen kanun hükümlerinin düzenlenmesini yapmaması gerekir.

Bu nedenlerle, Tasarının 49 ila 75. maddeleri arasında yer alan toplam 27 maddeden ibaret düzenlemeler tekrar gözden geçirilmelidir. BK'daki 41-60 arasındaki toplam 20 maddeden ibaret hükümler, Tasarıda 27 maddeye çıkarılmıştır. Bunun nedeni belli değildir. Bu maddelerin içinde, yetersiz ve lüzumsuz düzenlemeler ve hükümler mevcuttur.

Tasarıda, sözü geçen 27 maddedeki düzenlemeler yapılırken İsviçreli Prof. Widmer ve Prof. Wessner tarafından hazırlanmış bulunan "Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi hakkında Federal Kanun Öntasarısından"¹ yararlanıldığı ancak, bunun içinden bazı seçmelerin yapıldığı görülmektedir. Sözü geçen iki İsviçre'li Profesör tarafından hazırlanmış

¹ Federal Hükümet, sözü geçen bu öntasarının, 2003 - 2007 yasama döneminde görüşülmesine karar vermiştir. Ayrıca revizyon projesi beklemiş olmasına karşı, bir ihtimal tekrar programa alınacak olursa, bu öntasarı üzerinde detaylı bir çalışma yapılması vazgeçilmez bir şart olarak görülmektedir. Zira haksız fiil hukuku alanındaki uluslararası gelişmeler, sözü geçen öntasarıdaki sonuçları kısmen etkisiz hale getirmiştir. Bu bilgi için, Bkz. Dr.iur. Martin Immenhauser, "Zur Rezeption der deutschen Schuldrechtsreform in der Schweiz", im RECHT, 24 Jahrgang, Recht 2006, Heft 1,1/06, sayfa, 15 Dipnot: 116 ve ayrıca Dipnot: 114 ve 115.



olan ve özet olarak 45 sayfadan oluşan, ancak gerekçesi 499 sayfa olan bu metin, İsviçre'de hiç yankı uyandırmamış ve dikkate değer bulunup eleştiri veya övgü konusu da yapılmamıştır.

Tasarının haksız fiil ile ilgili düzenlemelerinde yeni maddeler, az önce zikredilen ve İsviçre'de kabul görmemiş Prof. Widmer'in öntasarısından tercüme edilmiştir. Bu yeni Tasarı maddelerinin hukuki sorumluluk sistemini ve ilkelerini ne derecede bozduğu, 19-27 Mart 2007 tarihinde, Antalya'da yapılan Tasarının hâkimlere tanıtımı toplantılarında da yoğun eleştiri konusu yapılmıştır. Tasarının haksız fiillerle ilgili yeni maddelerine, şimdilik gerek olmadığı kanaatindeyim.

7. Sözleşmede Taraf Değişikliği: Sözleşmeyi Üstlenme (Devralma) ve Sözleşmeye Katılma Sözleşmeleri

Sözleşmeyi üstlenme veya devralma ve sözleşmeye katılma, Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada, özellikle yabancı sermayenin katılımı ile gerçekleştirilen, endüstri yatırım sözleşmeleriyle birlikte akdedilen teknolojik yeniliklerin, lisans, know now ve patent kullanım haklarının devrine ilişkin sözleşmelerde, iş sahibine karşı, yap-işlet-devret finans modeli veya belli bir sabit (götürü) bedel karşılığında büyük kapsamlı endüstri ve alt yapı yatırımlarında, sözleşmenin işgörme edimlerini üstlenen tarafta iki ve daha fazla yabancı ve yerli gerçek ve tüzel kişiler yer almaktadır.

İşte sözü edilen sözleşme tiplerinde genellikle işgörme edimi üstlenen kişilerin ve şirketlerin yerine, finansman güçlüğü, iş yoğunluğu gibi sebeplerle sözleşmeye yeni bir taraf veya taraflar katılmakta veya sözleşme tüm hakları ve borçları ile birlikte yeni bir taraf veya taraflara devredilmektedir veya taraflarca devralınmaktadır.

Sözleşmeyi üstlenme (devralma) ve sözleşmeye katılma, bir borç ilişkisinden doğan münferit alacakların temliki ile, münferit borçların naklinden veya birlikte borç üstlenmeden farklıdır:

Sözleşmeyi üstlenme veya sözleşmeye katılmanın dışında, tümünden geçiş (külli intikali) hallerinden olan; mirasın intikali, işyerinin devri, şirketlerin birleşmesi suretiyle yerine bir şirketin kurulmasını ifade eden fusion sözleşmesinde ve kiralanan şeyin malik değiştirmesindeki gibi tümünden geçiş (külli intikal) hallerinde sözleşmede taraf değişikliği kanun hükmü gereği gerçekleşmektedir.

Sözleşmeyi üstlenme veya sözleşmeye katılma İtalyan Code Civil'inin 1406-1410 maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. İsviçre Hukukunda ve Alman Hukukunda kanuni düzenleme mevcut olmamakla beraber, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde üç taraflı sözleşme yapısı içinde "sui generis" bir sözleşme olarak geçerli kabul edilmektedir.

Bütün bu sebeplerle uygulamadaki önemine binaen, Borçlar Kanunu öntasarısında madde 180'den sonra gelmek üzere, madde 180a ve madde



180b'de "sözleşmeyi üstlenme" (devralma) ve "sözleşmeye katılma" aşağıdaki gibi düzenlenmelidir.

"G. Sözleşmede Taraf Değişikliği"

I. Sözleşmeyi Üstlenme (Devralma)

Madde 180a- Sözleşmeyi devralma, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde; sözleşmede taraf olarak kalan ile ayrılan taraf ve sözleşmeyi üstlenen taraf arasında yapılan üç taraflı sözleşme gerçekleşir.

Sözleşmeyi üstlenen taraf ile sözleşmede ayrılan taraf arasında yapılan ve sözleşmede taraf olarak kalan diğer tarafça, sonradan onaylanan, sözleşmede sözleşmeyi üstlenme hükmündedir.

Sözleşmeyi üstlenme sözleşmesinde, taraf değişikliğine tabi tutulan asıl sözleşmenin taraflarca veya kanunda öngörülen şekil şartları uygulanır.

Kanuni tümden geçiş ile sözleşmenin devrini düzenleyen diğer özel hükümler saklıdır.

II. Sözleşmeye Katılma

Madde 180b- İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflar arasında mevcut sözleşmeye, sonradan taraflardan biri yanında üçüncü tarafın katılması, üç taraflı sözleşme ile gerçekleşir. Sözleşmede aksine hüküm yoksa, sözleşmeye yeni katılan taraf ile onun katıldığı taraf, diğer sözleşme tarafına karşı müteselsil borçluluk esaslarına göre sorumludur.

Sözleşmeye katılma sözleşmesinde, asıl sözleşmenin şekil şartları uygulanır."

Yukarıdaki iki madde, Tasarının 204. ve 205. maddelerinde değiştirilerek yer almıştır. Yeterli ve uygun olduğu söylenebilir.

8. Tasarının önalım, geri alım ve alım haklarının süreci ve vezhine ilişkin 237. maddesi, metni İsviçre Borçlar Kanununun 216a maddesinden alınmıştır. Ancak buradaki önalım ve geri alım hakları için en fazla 25 yıllık; alım hakkı için en fazla 10 yıllık süre kararlaştırılabileceği ve tapu sicile sevk edilebileceği, hükme bağlandığı halde, 237. madde metnine, 216a'daki sürelerin aynen alınmış, ancak şerh süresinin belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebileceği, öngörülmüştür. Kanundaki bu süre ise MK. 735-736'da öngörüldüğü üzere 10 yıldır. Bu durumda önalım, geri alım hakkı süresini 25 yıla çıkarmaya gerek bulunmamaktadır.

9. Borçlar Kanunu Tasarısının Dördüncü Bölümünün 1. ve 2. ayrımlarındaki 298 ila 355. maddelerinde "kira sözleşmesi" düzenlenmiştir. Öntasarının sözü geçen 1. ayrımlarında kira sözleşmesinin genel hükümleri (Madde 298-337) öngörülmüştür. Bu düzenlemelerde, yürürlükteki Borçlar Kanunu hükümleri ile İsviçre Borçlar Kanununun 1.1.1990 tarihinde yürürlüğe giren "Kira Sözleşmesi" hükümlerinin gözönünde tutulduğu görülmektedir.



Öntasarının 338 (338-355 arasında) ve devamı maddelerinde teselsül ettirilen yeni düzenlemelerde "konut ve çatılı işyeri kiralari" hakkında özel hükümler öngörülmüştür.

Bu hükümler düzenlenirken, İsviçre Borçlar Kanununun 15.12.1989 tarihli Kanunla değiştirilen ve 1 Temmuz 1990 tarihinde yürürlüğe giren "Kira" hakkındaki hükümlerinden, aynen tercüme edilerek bazı hükümler alınmış, ancak kira ilişkisinin sona ermesi ile ilgili olarak İsviçre Borçlar Kanunundaki olağan ve olağanüstü fesih hakları, sadece kiracıyı korumaya yönelik ise ön tasarıya alınmış, diğer kısımlar, özellikle kiracı tarafından;

- Feshin geçersizliğinin mahkemece tespiti davası,

- Kiracının, feshi karşı korunmasında yine önemli rol oynayan, kiracının talebi üzerine, mahkemece haklı sebepler varsa, kira ilişkisinin meskende en fazla dört yıl, işyeri kiralalarında en fazla altı yıl uzatılmasına karar verilmesi gerektiği yönündeki düzenlemelere yer verilmemiş, tamamen kiracının kiralayan karşısında, padişah gibi keyfi davranmasına yol açan 6570 sayılı Kanunun hükümleri ile sadece kiracıya tanınan feshi hakkına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanundaki kiracıyı korumaya yönelik tahliye sebepleri, Adalet Bakanlığı tarafından TBMM Komisyonlarına sunulan 1978 tarihli Taşınmaz Mal Kiraları Kanun Tasarısında da olduğu gibi aynen korunarak, öntasarıya konmuştur.

Mevzuatımızda kira ilişkilerini düzenleyen belli başlı kanunlardan, Borçlar Kanunu 1926, Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun 1955 tarihli-dir. İsviçre Borçlar Kanunundaki kiraya ilişkin hükümler, 1 Temmuz 1990 tarihinde yürürlüğe giren, 15 Aralık 1989 tarihli federal kanunla tamamen değiştirilmiş ve kira hukukuna ilişkin sistemde şu üç esasa yer verilmiştir:

- Kira ilişkisinin hem kiracı hem kiralayan tarafından olağan ve olağanüstü fesih hakları kullanılarak sona erdirilmesi esası,

- Feshin iptalini gerektiren haller,

- Belirli ve belirsiz süreli kira ilişkisinin kiracının talebi üzerine, meskenlerde en fazla dört yıl, işyeri kiralalarında en fazla altı yıl uzatılmasına mahkemece karar verilmesini gerektiren durumlar.

Alman Medeni Kanununun §535 ile §584b hükümleri arasında yer alan, (89) madde halinde düzenlenmiş bulunan ve 19 Haziran 2001 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun değişikliği ile BGB'nin eski kira hükümleri tamamen yeniden düzenlenmiştir.

Yeni Alman Kira Hukukunda mesken ve işyeri kiralalarının sona ermesine ilişkin olarak özetle şu esaslar kabul edilmiştir;

- Belirli süreli kira ilişkisi; sürenin sona ermesi veya olağanüstü fesih sebepleri nedeniyle sona erdirilebilir.



- Belirsiz kira ilişkileri, hem kiracı hem kiralayan tarafından kanunda öngörülen olağan fesih sürelerine ve vadelerine riayet etmek kaydıyla fesih suretiyle sona erdirilebilir.

- Kira ilişkisi en fazla 30 yıl süreli olabilir.

- Kira ilişkisi, Kanunun 543 paragrafındaki sebeplere bağlı olarak, hem kiracı hem kiralayan tarafından, fesih süresine tabi olmadan, haklı sebeplere dayalı olarak sona erdirilebilir.

- Mesken kiralari ayrıca §543 hükmüne bağlı olarak §569 hükmüne göre, hem kiracı hem kiralayan tarafından haklı sebeplerin varlığı halinde fesih sürelerine riayet etmeksizin olağanüstü fesih suretiyle sona erdirilebilir.

- Kiralayan olağan fesih sebeplerine dayanarak, §573 hükmüne göre kira ilişkisini sona erdirebilir.

- Kiracı, feshe itiraz edebilir, mahkemece kiranın ne kadar süre devam edeceğine karar verilir (§574a).

Borçlar Kanunu alt komisyonu tarafından hazırlanmış bulunan taslak Tasarının 298. ila 355. maddeleri arasında yer alan (57) maddeden ibaret hükümlerde; öngörülen özellikle mesken ve işyeri kiralalarının; fesih hakkının kullanılması suretiyle sona ermesi halleri ve dava yoluyla tahliye sebepleri ile sona erdirilmesine ilişkin ikili sistemde; hep kiracı korunmuş, kiralayana ise, sadece haklı sebeple fesih imkânı yanında, ihtiyaç, yeniden imar, yazılı tahliye taahhüdü, iki haklı ihtar sebebine dayanan tahliye davaları dışında, kira konusu meskeni tahliye ettirme imkânı verilmemiştir. Bu durum, kiracılık hakkını kötüye kullanan yani dürüst davranmayan kiracıların, kiraladıkları mesken ve işyerlerini, tıpkı kendi mülkü gibi 30-40 yıl, hatta süresiz, ölümden sonra da mirasçılarının kullanmaları yasal imkânını tanımıştır.

Kira hukukunda; kiranın sona ermesinde veya taraflarca sona erdirilmesinde temel sistem, Kanunda öngörülen fesih dönemlerine ve sürelerine riayet ederek kira ilişkisini ortadan kaldırmaktır. Bu sistemde kiracıyı korumak için haksız olan, süre ve dönemlerine uygun düşmeyen fesihlerin iptalini talep etmek veya itiraz etmek imkânı tanınmış ve buna bağlı olarak kira ilişkisinin mahkeme kararı ile belirli süre uzatılması esası kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda ve Alman hukukunda bu sistemler halen yürürlüktedir ve uygulanmaktadır. Ülkemizde olduğu gibi, hem tek yanlı işlemeyen bir fesih sistemi hem oldukça sınırlı sayıda sebeplere dayalı tahliye davası sebepleri sisteminin, başka bir ülkede uygulamasına rastlanmamıştır.

Toplumda; parası olanın, parasını faize yatırdığı, taşınmaz edinmekten kaçındığı, mesken sahibi olanın ise, bu mesken veya işyeri niteliğini taşıyan taşınmazını içinde "kiracı var" diye, satamadığı veya düşük bedelle sattığı, böylece mal sahiplerinin maddi ve manevi yönden büyük zararlara duçar olduğu, bilinen gerçeklerdir.



Kişilerin oturdukları konut dışında, mesken sahibi olmaktan kaçındığı, kiracılarla uğraşmaktan çok dertli olduğu, "kiracı için mi, ev sahibi olacağım" sloganının, toplumun, öncelikle büyük şehirlerde, beynine yerleştiği yine bilinen hususlardır. "Kiracıyı vezir, ev sahibini rezil" sayan böyle bir sisteme yasa hazırlayıcının gözünü kapatması, hatta ısrarla kiracıyı aşırı derecede korumakta direnmesi, hak ve adalet duygularını yok saymaya yönelik, kötü niyete prim veren aşırı korumacı bir zihniyet ve davranış niteliğindedir.

10. İşte bu nedenle ön tasarıdaki kira hukukuna ilişkin olarak, mesken ve işyeri kiralarını düzenleyen hükümler;

- Belirsiz süreli kira ilişkilerinde hem kiracıya hem kiralayana olağan fesih süreleri ve dönemlerine riayet etmek suretiyle, kira ilişkisini sona erdirmeye esasını kabul eden,

- Haklı sebeplerin varlığı halinde hem kiracıya hem kiralayana olağanüstü fesih imkânı veren,

- Kiralayanın fesih beyanının; haklı sebeplerin varlığı halinde, kiracının talebi üzerine mahkemece iptaline karar verilmesi imkânını tanıyan,

- Fesih beyanının iptali kararı ile bağlantılı olarak kira ilişkisinin, meskenlerde en fazla üç yıl, işyeri kiralarında en fazla dört yıl mahkeme kararı ile uzatılmasına imkân veren,

- Kira ilişkisinin sözleşmede öngörülecek süresini veya belirsiz süreli kira sözleşmesine dönüşen kira ilişkisini, konutlarda en fazla 10 yıl, işyerlerinde 15 yıl ile sınırlayan, bu süreler sonunda kiralayana, kanuni fesih süreleri ile dönemlerine uymak şartıyla, kira ilişkisini fesih suretiyle sona erdirmeye imkânı veren,



28

esaslar kabul edilerek, öntasarıdaki 6570 sayılı Kanun hükümlerinden aynen aktarılan, dava yoluyla tahliye sebepleri, (haklı nedenlerle olağanüstü fesih niteliğinde olduğundan ve bu fesih sebepleri de Tasarıda Alman kira hukukunda ve İsviçre kira hukukunda olduğu gibi yeniden düzenlemeye tabi tutularak) metinden tamamen çıkarılmıştır.

Bu genel açıklamalardan sonra, Tasarının 338 ve devamı maddelerinde yer alan "konut ve çatılı işyeri kiraları" hakkındaki hükümlerin değerlendirilmesi aşağıda yapılmış ve madde metninin hangi içerikte olması gerektiğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

10.1. Öntasarının kiracının ölümünü düzenleyen 332. maddesi, feshi hakkını sadece kiracının mirasçılara tanımaktadır.

Kiracının ölümü halinde, kiralayana da fesih hakkı tanıyan yürürlükteki Kanununun 265. maddesinin aynen korunması, taraflar arasında menfaatler dengesinin korunması açısından yerinde olacaktır. 332. madde metninin OR 266i'den, aynen alınmış olması durumu değiştirmez.

İsviçre’de durum farklıdır. Konut kütliği ve yabancı nüfusun, yerli nüfusun %22-25 oranına ulaşmış olmasında bunun etkisi mevcuttur. Kira sözleşmesinin akibeti ile ilgili olarak kiracının ölümü durumunda, Alman BGB’sinde, §563, 563a, 563b ve 564 olmak üzere dört hüküm mevcuttur. Hemen belirtelim ki yürürlükte BK’nın 265. maddesindeki hüküm, menfaatler dengesi açısından yerindedir.

Tasarının 338. maddesinin 2. fıkrası hükmü, İsviçre BK’sının 253b hükmündeki gibi ve doğru olarak “uygulanmaz” şeklinde olmalıdır. Askeri ve sivil lojmanları bu hükümlere tabi tutmak, bu lojmanların tahsis edilme amaç ve gayesine uygun düşmez.

10.2. Tasarının 341. maddesindeki “kiracının güvence vermesi” kenar başlıklı 341. madde hükmü uyarınca hesabı kiracının açması, gerektiğinden, bu düzenleme sorunu çözmemektedir. Çünkü madde hükmü, “güvence parasının” ödenmesini hem kiracının keyfine bırakmakta hem ev sahibinin, kiracının ödemediği su bedeli, elektrik bedeli, doğalgaz bedelini cebinden ödeyip, güvenceden doğrudan karşılamasını önlemektedir. Bu hususlar, güvencenin verilmiş amacına ters düştüğü gibi, güvence parasını almanın anlamını bertaraf etmektedir. Bu sebeple güvence parasıyla ilgili 2. fıkraya; “iki tarafın rızasıyla veya”, “kiralayan tarafından kiracı adına yapılmış ödeme belgelerinin ibrazı” cümlesinin eklenmesi gerekmektedir. Maddenin 3. fıkrası 2. fıkrasının tekrarı niteliğinde olduğundan gerek bulunmamaktadır.

10.3. Tasarının 342. maddesi hükmü, gereksizdir. Anlamı açık değildir. Kiracı muvafakat ederse de yine değişiklik yapılamayacak mıdır? 1955 tarihli ve 6570 sayılı Kanunun 9. maddesinde öngörülmüş bu hükmün, bugün yeri ve gereği bulunmamaktadır.

10.4. Tasarının 343. maddesi hükmündeki düzenlemelerde, evi olan maliklerin, meskenleri boş bırakıp, hiç kiraya vermemesini teşvik edici nitelikte, tamamen kiracı lehine konulmuş hükümler mevcuttur. Bu ise hukuken yerinde değildir.

Bir yıldan daha uzun süreli ve özellikle beş yıldan uzun süreli sözleşmelerde, her yıl TEFE oranları gereğince yapılması gereken, kira bedeli artışları engellenmiştir. Öngörülen uzun süre geçtikten sonra, tekrar aynı süre için yenilenen sözleşmedeki kira artış oranının, her yıl TEFE’ye göre artırılması, esası getirilmelidir.

10.5. Tasarının 345. maddesi hükmündeki, kiracı aleyhine düzenleme yasağı, sözleşme serbestisi ilkesine aykırı düştüğü gibi, ayrıca korunan kiracının, hiç korunmayı gerektirmeyen davranışta bulunması hallerinde, her şeyi kiracının keyfine ve art niyetine bırakmaya yol açabilecek niteliktedir. Bu hükmün ön tasarı metninden tamamen çıkarılması gerektiği görüşündeyim.

10.6. Tasarının “F. Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında sözleşmenin sona ermesini” düzenleyen 346-355. maddeleri, İsviçre Borçlar Kanununun yeni hükümleri (md. 266-266o ve 271-273c) dikkate alınarak yeniden düzenlen-



meli; kira ilişkilerinin sona ermesinde, sadece 1) Olağan ve olağanüstü fesih haklarının kullanımı, 2) Fesih beyanının iptali ve 3) Kira ilişkisinin haklı sebeplerin varlığı halinde, hakim kararı ile uzatılmaya imkân tanıyan sisteme göre, bir düzenleme yapılmalıdır.

“II. Dava yoluyla, kira ilişkisinin sona ermesi” ile ilgili, 6570 sayılı Kanundan alınmış olan hükümlerin tamamı ön tasarı metninden çıkarılmalıdır. Bu düzenlemeye bağlı olarak 6570 sayılı Kanunun hükümleri tasarının kanunlaşması ile yürürlükten kaldırılmalıdır.

“F. Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi

I. Kararlaştırılan Sürenin Bitimi

Madde 346- Taraflarca belirli bir süre için kararlaştırılmış konut ve çatılı işyeri kiralari, bu sürenin geçmesi ile fesih bildiriminde bulunulmaksızın sona erer.

Taraflar süre geçmesine rağmen, kira ilişkisini açık veya örtülü olarak devam ettirirlerse, kira ilişkisi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmüş sayılır.”

Madde, İBK'nın 266. maddesi gözetilerek kaleme alınmıştır.

“II. Fesih Bildirimi Suretiyle

Madde 347- Belirsiz süreli kira sözleşmelerini taraflar, kiraya ilişkin genel hükümlere göre, yasal fesih dönem ve sürelerine uyarak fesih bildirimiiyle sona erdirebilir.

İBK. md. 266a

III. Bildirimin Şekli ve Geçerliliği

1. Şekli ve içeriği

Madde 348- Konut ve çatılı işyeri kiralarının kiracı ve kiraya veren tarafından fesih bildirimi suretiyle sona erdirilmesi, bildirimin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.

Kiraya veren fesih bildiriminde, kiracıya yasal nedenlerin varlığına bağlı olarak feshin iptalini veya kira ilişkisinin uzatılmasını, yetkili mahkemeden talep etmeye hakkı bulunduğunu açıkça belirtmelidir.

İBK. md. 266i

2. Malik Değişmesinde Yeni Malikin Fesih Hakkı

Madde 347- Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra, hükümlerinin uygulanması sırasında, kiraya veren kiralanan konutu veya işyerini devrederse veya kiralanan, icra ya da iflas takibi sonucunda kiraya verenin elinden çıkarsa, yeni malik,

1. Yasal fesih dönemine ve süresine uyarak kira ilişkisini feshedebilir.



2. Kiraya ilişkin genel hükümlere göre erken feshi hakkının doğduğu durumlarda, sözleşmeyi sona erdirebilir.

İBK. md. 261

3. Sınırlı Aynı Hak Sahibinin Fesih Hakkı

Madde 350- Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra hükümlerinin uygulanması sırasında, kiraya veren, kiralanan üzerinde üçüncü kişi lehine kiracının hakkını etkileyen sınırlı aynı hak tesis ettirdiği ve bu durum malik değişimi anlamını taşıdığı takdirde, kiralananın devrine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.

İBK. md. 261a

IV. Haklı Nedenlerle Olağanüstü Fesih

1. Genel Olarak

Madde 351- Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren haklı nedenlerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir.

İBK. md. 266g

2. Haklı Sebepler

a. Kiraya Veren Bakımından

Madde 352- Özellikle aşağıdaki hallerde;

1. Kiracı, kiralananı özen gösterme borcunu ihmal ederek veya yetkisiz üçüncü kişiye terkederek, kiraya verenin haklarını önemli ölçüde ihlal etmişse,

2. Kiracı; kiralananın tesliminden sonra kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak taahhüt ettiği halde boşaltmamışsa,

3. Kiracı, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı içinde, kira bedelini ödemediği için kendisine kiraya verenin yazılı olarak iki haklı uyarıda bulunmasına sebep olmuşsa,

4. Kiraya verenin, kiralananı kendisi, eşi, altsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler için, konut veya işyeri gereksinimi nedeniyle kullanma zorunluluğu varsa,

5. Kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarım, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı olanaksız ise,

6. Kiralananı, sonradan edinen ve sözleşmede taraf sıfatını kazanan yeni kiraya verenin, kiralananını eşi, altsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler için konut veya işyeri gereksinimi nedeniyle kullanma zorunluluğu varsa,



7. Kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin aynı şehir veya belediye hudutları içinde, tapu sicilinde adına kayıtlı oturabileceği konut veya işyeri bulunması- na rağmen, kiralananda oturmakta ısrarlı olması durumunda,

Kiraya veren açısından haklı sebepler mevcut sayılır.

İBK. md. 274a Abs. 3 ve 6570 sayılı Kanun md. 7; BGB §543

b. Kiracı bakımından;

Madde 353- Haklı sebepler özellikle aşağıdaki hallerde;

1. Kiralanan konut veya işyeri, kiracının sözleşmeye uygun olarak kul- lanımına zamanında tamamen veya kısmen tahsis edilmemiş veya kullanımı engellenmişse,

2. Kiralanan yerin kullanımından kaynaklanan nedenlerle, kiracının sağ- lığı önemli ölçüde tehlikeye düşecekse, kiracı bu durumu önceden bilmiş veya bunu ileri sürmekten vazgeçmiş olsa bile,

Kiracı açısından haklı sebebin varlığı esas sayılır.

İBK. md. 266g; BGB §543 ve 569

ÜÇÜNCÜ AYIRIM

Konut ve İşyeri Kiralarında Feshe Karşı Koruma

A. Feshin İptali

I. Genel Olarak

Madde 354- Dürüstlük kuralına aykırı düşen fesih bildiriminin iptali is- tenebilir.

Talep halinde fesih bildiriminin gerekçelerinin bildirilmesi zorunludur.

İBK. md. 271

II. Kiraya Veren Tarafından Yapılan Fesih Bildirimleri

Madde 355- Kiraya verenin fesih nedenlerinin özellikle;

1. Kiracının, dürüstlük kuralına göre, kira ilişkisinden doğan taleplerini ileri sürmüş olmasına dayalı olması,

2. Kiraya verenin, tek taraflı kiracı aleyhine sözleşme değişikliğini veya kira bedelinin uygulanmasını gerçekleştirmeyi amaçlaması,

3. Yalnızca kiracının, kiralanan konutu satın almasını teşvik amacını ta- şıması,

4. Kiracının aile ilişkilerindeki değişikliklerin kiraya veren için, önemli zararlara yol açmayacak nitelikte bulunmasına rağmen, feshin bu değişiklik- lere dayandırılması,

durumlarında, feshin kiracı tarafından iptali talep edilebilir.



Ancak fesih sebeplerinin;

1. Kiraya verenin kiralananı kendisi, eşi, altsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler için kullanma gereksinimine,
 2. Kiracının kira bedelini ifa etmekte temerrüde düşmüş olmasına,
 3. Kiracının özen ve komşulara saygı gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışının çekilmez olması durumlarına,
 4. Devir nedeniyle kiralananın malikinin değişmesine,
 5. Haklı sebeplere,
 6. Kiracının iflasına,
- dayalı olması durumlarında, feshin iptal istemi dinlenmez.

İBK. md. 271a

B. Kira İlişkisinin Uzatılması

I. Kiracının Talebi

Madde 356- Kiracı, belirli ve belirsiz süreli kira ilişkisinin, kiraya verenin menfaatleri haklı göstermeyecek, fakat sona ermesi, kendisi veya ailesi için çok sıkıntılı sonuçlar meydana getirecekse, kira ilişkisinin uzatılmasını talep edebilir.

Taraf menfaatlerinin takdirinde hâkim özellikle,

1. Sözleşmenin kuruluşu sırasındaki hâl ve şartları, sözleşmenin içeriğini,
2. Kira ilişkisinin süresini,
3. Tarafların kişisel, ailevi ve ekonomik durumları ile davranışlarını,
4. Kiraya verenin kendisinin, eşinin, altsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler için kiralananı kullanım gereksiniminin zorunluluğunu,
5. Kiralananın bulunduğu yerdeki, konut ve işyeri gereksinimlerine ilişkin arz ve talep durumunu, gözönünde bulundurur.

İBK. md. 272

II. Uzatma Talebinin Reddi Sebepleri

Madde 357- Kiraya verenin fesih bildirimlerinin,

1. Kiracının kira bedelini ödemekte direngen duruma düşmesine,
2. Kiracının özen ve komşularına saygı gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışına,
3. Kiracının iflasına,



4. Kiralanın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralanan yerin kullanılmasının olanaksız olmasına,

dayalı olması durumlarında, kiracının kira ilişkisinin uzatılması talebi reddedilir.

Kiraya verenin kiracıya, kiralanan yerin eşdeğeri bir kiralık yer teklif etmesi halinde, kiracının uzatma talebi kural olarak reddedilir.

İBK. md. 272a

III. Uzatma Süresi

Madde 358- Kira ilişkisi, konutlarda en fazla üç yıl, işyerlerinde en fazla beş yıl uzatılabilir. Azami uzatma süresini aşmaması kaydıyla, hâkim bir veya iki defa süre uzatımına karar verilebilir.

Taraflar kira ilişkisinin uzatılmasını kararlaştırmışlarsa, azami uzatım sürelerine bağlılık aranmaz. Kiracı, ikinci bir süre uzatımından da vazgeçebilir.

IV. Kira Sözleşmesinin Devam Etmesi

Madde 359- Taraflardan her biri, hâkimden, süre uzatımı kararında, kira sözleşmesinin değişen koşullara uyarlanmasını talep etmeye yetkilidir.

Süre uzatımı kararıyla, sözleşme uyarlanmamışsa, süre uzatımının devamı sırasında sözleşme değiştirilmeden aynen geçerli kalır. Kanunun öngördüğü uyarlama halleri saklıdır.

İBK. md. 272a

V. Süre Uzatımı Esnasında Fesih

Madde 360- Süre uzatım kararında veya süre uzatımına ilişkin anlaşmada, aksi öngörülmemişse, kiracı;

1. Bir yıla kadar süre uzatımında, bir ay önceden bildirerek takip eden ayın sonunda,

2. Bir yıldan daha fazla olan süre uzatımında, üç ay önceden bildirmek şartıyla, yasal fesih döneminin sonunda,

kira ilişkisini feshedebilir.

İBK. md. 272d

C. Usul: Yetkili Mahkeme ve Süre

Madde 361- Feshin iptalini isteyen tarafın, bir dilekçe ile fesih beyanının kendisine ulaşmasından itibaren 30 gün içinde sulh mahkemesine başvurması gerekir.

Süre uzatımı talebinde bulunmak isteyen kiracının, belirsiz süreli kira ilişkilerinde feshin tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde; belirli süreli kira



ilişkilerinde ise, sözleşme süresinin bitiminden en geç 60 gün önce, bir dilekçe ile sulh mahkemesine başvurması zorunludur.

İBK. md. 273”

Kiracı ikinci bir süre uzatımı talebinde bulunmak niyetinde ise, bu talebini içeren dilekçesini, birinci süre uzatımının bitiminden 60 gün önce sulh hukuk mahkemesine vermek zorundadır.

Hâkim, tarafların aralarında bir anlaşmaya varmasını teşvik eder. Anlaşma olmazsa, hâkim tarafların talepleri hakkında nihai kararını verir. Hâkimin kararı, kesin hüküm niteliğinde olup, tarafların temyiz yoluna başvurma hakkı mevcut değildir.

11. İstisna Akdinin Düzenleniş Sistematiği Hakkında

BK'nın 355 ila 371. maddeleri arasında istisna akdi düzenlenmiştir.

BK. 355. maddesinde istisna akdinin tanımı verildikten sonra, daha sonraki 356 ila 371. maddeleri arasında, kenar başlıklarına göre üç bölüm halinde;

- Madde 356 ile 363 hükümlerinde müteahhidin borçları
- Madde 364 ile 366 hükümlerinde iş sahibinin borçları,
- Madde 367 ile 371 hükümlerinde “istisna akdinin olağan sona erme sebepleri”,

düzenlenmiştir.

BK'nın istisna akdi ile ilgili yukarıda belirtilen hükümlerinden;

- Madde 357/3. fıkrasında “arsa”dan üzerinde yapılmış olup
- Madde 360/3. fıkrasında “Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup”
- Madde 363/2. fıkrasında “gayrimenkul inşaatından ve inşaat’tan”,
- Madde 367/2. fıkrasında “İş sahibinin arsası üzerinde inşaat’tan ve “inşaat henüz bitmemiş ise”,
- Madde 368/3. fıkrasında “ARSA”dan,

bahseden hükümler, inşaat sözleşmesi ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılıdır. Ancak bu hükümler yeterli değildir. İnşaat sözleşmesi, istisna akdinin uygulamada görülen en önemli örneklerinden birisidir. Mahkemelerdeki istisna akdi ile ilgili ihtilafların çoğunluğunu, inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan, inşaatlarla ilgili olarak iş sahibi ve müteahhit arasındaki ihtilaflar teşkil etmektedir. Yap-İşlet-Devret finans modeli çerçevesinde yapılan endüstri yatırım sözleşmelerinden doğan ihtilafların başlıca kaynağı, yine inşaatlarla ilgilidir.



Açıklanan bu özet nedenlerle, öntasarıda "Eser Sözleşmesi" ile ilgili hükümlerin, iki ayırım halinde ezcümle; birinci ayırımda teslimi taşınır eser sözleşmesi de dahil "basit eser sözleşmesi", ikinci ayırımda ise "inşaat sözleşmesi", "alt müteahhitlik sözleşmesi" de dahil, ayrıntılı düzenleme yapılmasının yerinde olacağı düşünülmektedir. Eser sözleşmesinin, ulusal ve uluslararası standart sözleşmeler ve şartlarının (BİGŞ, FIDIC İnşaat İşleri İdari Şartnamesi), ekini oluşturan münferit inşaat sözleşmelerinde, ikinci derecede genel hükümler olarak uygulandığı bilinmektedir.

Ancak Komisyona takdim edilen bu metinde, zaman darlığı nedeniyle bu düzenlemeler şimdilik yapılmamıştır. Görev verilirse, bu düzenlemeyi yapabileceğimi bildirmek isterim.

Bununla birlikte öntasarı metninde, şimdiki hali ile, Madde 356. hükmünün 1. ve 2. fıkralarının aşağıdaki gibi düzenlenmesinin; diğer fıkraların ise teselsül ettirilerek aynen kalmasının yerinde olacağını düşünmekteyim.

"B. Hükümleri

I. Yüklenicinin Borçları

1. Genel Olarak

Madde 471- Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özen içerisinde ifa etmekle yükümlüdür.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde benzer alanda aynı işleri üstlenen dikkatli ve basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır."

12. Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Olarak

Vekalet sözleşmesinde, vekilin sadakat ve özen borcu ve bu borçtan doğan sorumluluğunu düzenleyen öntasarının 390. maddesinin 1. ve 2. fıkraları aşağıdaki şekilde düzenlenmeli; mevcut fıkralar buna göre teselsül ettirilmelidir.

"2. Özen ve Sadakat Gösterme

a. Genel Olarak

Madde 506- Vekil üstlendiği işlem ve hizmetleri, vekil edenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özen içerisinde yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda aynı işlem ve hizmetleri üstlenen dikkatli ve basiretli bir vekilin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun düşen davranışı esas alınır."

Ayrıca öntasarının 393. maddesinin 2. fıkrası hükmüne taşınır kelimesinden sonra "ve (taşınmaz) eşya" ibaresinin ilavesi yerinde olacaktır. Zira uygulamada vekâlet veren parasını önceden vekile vermiş olmasına rağmen,



vekil taşınmazı vekil eden adına değil, kendi adına tescil ettirmektedir. Bu gibi durumları da vekilin iflası sırasında vekil edene, en azından tapu iptali davası açma imkânı verilerek önlemek gerekmektedir.

13. Adi Ortaklık Sözleşmesine İlişkin Olarak

Adi ortaklığın, tüzel kişiliğin bulunmaması, ortaklar arasındaki ilişkilerinde BK'nın temsile ilişkin hükümlerinin uygulanması, adi şirketi oluşturan ortakların, şirket mal varlığı üzerinde iştirak halinde (elbirliği) mülkiyet kuralları uyarınca, malik sıfatına sahip olmaları nedenleriyle şirketin temsilinde, temsilci sıfatını haiz yönetici ortağın, temsil yetkisinin kapsamında, şirket malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığı, oldukça büyük kapsamlı ihtilaflara yol açmaktadır. Özellikle yabancı sermaye ile gerçekleştirilen endüstri yatırım sözleşmelerinde (otoyol, hava alanları, barajlar ve benzerleri gibi) yatırımı üstlenen yerli ve yabancı şirketler arasında kurulan müşterek iş ortaklıklarında (Joint Venture'larda) ve genellikle yerli şirketin pilot firma (temsil yetkisine sahip yönetici firma) olarak bu temsil yetkisinin kapsamında, iştirak halinde mülkiyet kurallarına tabi olan şirketin, para ve menkul kıymetler gibi taşınır malları üzerinde, tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığı yönünde ihtilaflar çıkmaktadır. Kanundaki bu düzenleme boşluğunu gidermek için, öntasarının temsil yetkisinin kapsamı ile ilgili olarak gerekli düzenleme önerisi yukarıda madde 33 hükmünde önerilmiştir. Buna paralel bir düzenlemenin, öntasarının adi ortaklık sözleşmesi ile ilgili 533. maddesinin 3. fıkrasına eklenecek aşağıdaki cümle hükmü ile sağlanması yerinde olacaktır.

"Madde 637- ...

... Ancak temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı tasarruf işlemleri için, tüm ortakların oybirliği kararı veya birlikte verilmiş yetki belgesinde bu hususta açıkça yazılı özel yetki aranır."



TERAZİ



AYLIK HUKUK DERGİSİ

YIL: 3 • SAYI: 25 • EYLÜL 2008

İbrahim KAPLAN
Selin Sert CANPOLAT

Mehmet TAZE
Mustafa ALBAYRAK

Erhan GÜNAY

Muharrem ÖZEN
Mustafa ÖZEN

Hüsamettin UĞUR
Soner ALTAŞ

Alper ÖZBOYACI
Mustafa ALPASLAN
Akın Gencer ŞENTÜRK

Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim

Özel Hastahanelerde Çalışan Doktorların ve Sağlık Personelinin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi Bakımından Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi

Haciz Tutanağının Aciz Belgesi Olarak Nitelendirilebilmesinin Şartları

Kasten Yaralama Sonucu Oluşan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama ve Ölüm Halinde Failerin Cezalandırılması Sorunu

Karşılıksız Çeke İlişkin Ceza Davasında İddiaya Karşılık Uygun Savunma Türleri Yönüyle Mahkemece Araştırılacak Hususlar

Terör Suçlarında Soruşturma Aşamasında Müdafii (Avukat) ve Şüpheli İlişkileri

Haksız Mal Edinme ve Olmayan Malın Mal Bildiriminde Gösterilmesi Sorunu
5362 Sayılı Yasa Kapsamında Esnaf ve Sanatkârlara Verilebilecek Disiplin Cezaları

Trafik Kazalarından Doğan Tazminat Alacakları İçin Doğrudan Sigortaya Başvurma

Vergi Hukuku Uygulamasında: Ödeme Emrine Karşı Açılan Davalarda Hüsranın Son Noktası: "Haksız Çıkma Zammı" (Ya da Demokles'in Kılıcı)

- **Remzi ÖZMEN / Terazinin Dengesi: Yeni Türk Ceza Kanunu Eleştirileri -II-**
- **Mehmet Akif TUTUMLU / Medeni Usul Hukuku Uygulamaları: Delil Niteliğindeki Hakem Heyeti Kararına Karşı İtiraz Davasında Hukuki Yarar**
- **Rüknettin KUMKALE / Hukukçular İçin Muhasebe ve Vergi Uyuşmazlıkları: Naylon Fatura**



ayr. dizi. sunumu