

PEY AKÇESİNİN MAHİYETİ

Nisim FRANKO*

§. 1- *Pey Akçesinin Tarihî Menşei*

I- Yunan Hukuku

Türk Borçlar Kanunu'nun, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 158'inci maddesinin mukabili olan, 156. maddesinin tarihî menşei Yunan Hukukudur¹. Bilâhare, Roma Hukukuna mahiyetini değiştirmek suretiyle intikal eden bu müesseseye "arrha"² denirdi. Yunan Hukukunda, pey akçesinin hikmeti vücudu, o hukukta akit iradî bir mahiyet arzetmediği için iki şahıs arasında, muayyen ve müşahhas bir hâdisenin -bir satış akdinin-yapılmış olduğunun bir delilini teşkil etmesiydi³. Pey akçesinin, akdin inşasına delil teşkil etmesi dolayısıyla, Yunan ve Roma Hukukunda bu müesseseye "arrha confirmatoria"⁴ denildiği gibi, aynı müesseseye "pacto perfecta data"⁵ şeklinde ifade edildiği gibi, "arrha insignum consensus interpreti" şeklinde de ifade edilmekteydi⁶.

Ancak, şunu da ifade edelim ki, Yunan Hukukunda, in'ikad eden bir akdin delili şeklinde telâkki olunan bu müessese, eğer, akdolunacak mukavele bedeli, henüz belli olmadığı takdirde, bu durumu ifade eden bir fonksiyonu da haiz olabilirdi. Pey akçesinin bu rolü oynadığı takdirde, onun ifade şekli "pacto imparfecta data" olurdu⁷.

* Prof. Dr.

1. PLANIOL M.-RİPERT G.: *Traité Élémentaire de Droit Civil* Paris 1926, 491; İNAN, A. N.: *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler* (ders kitabı) Ankara 1973, 421; SCHWARZ A.B. (Davran B.): *Borçlar Hukuku Dersleri* İstanbul 1948, 261.
2. SCHARTWARZ A. B. (Davran B.): 1948, 262.
3. GHESTIN, J. - DESCHE B.: *Traite Des Contrats: La Vente* Paris 1990, 12; PLANIOL M. - Ripert G.: 1926, 491.
4. TUHR von A. (Edege C.): *Borçlar Hukuku* 2. c. İstanbul 1953, 833; OSER H. / SCHÖNENBERGER W. (Ayiter F.): *İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi*, Ankara 1950, 945; ARSEBÜK E.: *Borçlar Hukuku* c. 1 İstanbul 1943, 1034; SAYMEN F. H. - ELBİR H. K.: *Türk Borçlar Hukuku I Umumî Hükümler II*, İstanbul 1950.
5. OSER H. / SCHÖNENBERGER W. (Ayiter F.): 1950, 945; BECKER H. (Tolun O.): *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI Borçlar Kanunu I. Kısım-Genel Hükümler*, Ankara 1973, 211.
6. ARSEBÜK, E.: 1943, 1034.
7. OSER H. / SCHÖNENBERGER W.: 1950, 944.

Bu hususta, şunu da belirtelim ki, âkitlerden birinin, diğerine akit in'ikad ederken vermiş olduğu pey akçesi, menşe itibariyle Yunanca bir kelime olup, bunun gayesi rızaî âkit olan satış veya herhangi bir anlaşmanın, icrasını teminat altına alınmasını hedef alan bir müessese idi⁸. Bu hususta, şunu da ilave edelim ki, C. C. 1590 maddesine göre, pey akçesi yalnız satış akdine değil, satış vaadi akitlerine de kabilî tatbik bir maddedir⁹.

II- Roma Hukuku

Tarihî menşei bakımından, bilhassa Yunan hukukunda kabul olunan, ve in'ikad eden bir akdin delili olma fonksiyonunu icra eden pey akçesi, Roma Hukukunda, Justinien zamanında fonksiyonunu değiştirmiş ve bir akdin inşası anında verilen pey akçesine, bir zamanı rücu fonksiyonu izafe edilmiştir¹⁰. Bu tahvül durumu, Fransız Hukukunda C. Civ. 1590'inci maddesinin esasını teşkil etmiştir¹¹.

§.2- *Pey Akçesinin Tanzim Tarzı*

I- **Türk Borçlar Kanununun 156. Maddesi**

Pey akçesinin kanunî mesnedi, B.K.nun 156. maddesidir. Maddenin hükmü aynen şöyledir:

Mad. 156- Bir kimes pey akçesi verdiği takdirde, bunu zamanı rücu olarak değil, belki akdin inikadına olmak üzere vermiş addolunur. Hilâfına mahallî âdet veya mukavele olmadıkça pey akçesini alan, alacağına mahsup etmeyerek onu muhafaza eder. Zamânı rücu şart edildiği halde, âkitlerden her biri akitten rücu salâhiyetini haiz addolunur. Pey akçesini vermiş olan rücu ederse verdiği terk eder ve pey akçesini almış olan rücu ederse aldığıнын iki mislini iade eder.

II- **İsviçre Borçlar Kanununun 158. Maddesi**

Pey akçesine müteallik, BK. 156. maddesinin, mehzasını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanununun 158. maddesinin 1 ve 2. fıkrasından tamamen farklıdır. Filhakika, İBK. 158/III. fıkrası aynen şöyledir:

8. PLANIOL, M. - RIPERT G.: 1926, 491.

9. LUCAS, A. - CATALA, P.: Code Civil, Paris 1990, 740.

10. SCHWARZ, A. B. (Davran, B.): 1948, 262-263.

11. PLANIOL, M. - RIPERT, G.: 1926, 492; GHESTIN J. - DESCHE B.: 1990, 12; LUCAS, A. - CATALA, P.: 1990, 740.

Mad. 158/III- Bir zâmanı rücu kararlaştırıldığında âkitlerden her biri âkitten rücu etmek selâhiyetini haiz oldukları kabul edilir. Bedeli veren onu terk eder, bedelini alan iki mislini iade eder.

Burada şuna işaret etmek gerekir ki, BK. 156/III fıkrasının birinci cümlesi, zamanı rücutan bahsettikten sonra, ikinci cümlesinde pey akçesinden ve bunun hükümlerinden bahsetmektedir. Halbuki, me haz kanununun 158/III fıkrası, tamamiyle zâmanı rücu mütealliktir ve bu hüküm teşri teknik bakımından daha uygundur. Filhakika, BK. 156/I fıkrasında, bunun bir zamanı rücu olduğunu ifade etmiştir. Metin gayet sarîh şekilde: "pey akçesi vermiş olan rücu ederse verdiği terk eder ve pey akçesini almış olan rücu ederse iki mislini iade eder" ifadesi, fıkranın ikinci cümlesinde "pey" akçesi şeklinde ifade olunan müessesenin bu fonksiyonu değil, bir "zamanı rücu" fonksiyonu gördüğünü ifade etmektedir.

Halbuki, me haz kanunun 158/III'ncü fıkrası, hiçbir tereddüde mahal vermeksizin kaleme alınmıştır. Zira, 158/III'de birinci cümlede zamanı rücu kararlaştırıldığından bahsettikten sonra, ondan tamamiyle ayrı bir fonksiyonu haiz olan "pey akçesi" terimini kullanmaksızın, ikinci cümlede zamanı rücuun neticesini tespit etmiştir.

İlave edelim ki, doktrinde, bu husus doğrudan doğruya münakaşa edilmekle beraber, BK. 156/III'deki ifadenin zamanı rücu şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹².

Pey akçesinin, zamanı rücu fonksiyonu bakımından, şunu belirtmelidir ki, bu husus Fransız Medeni Kanunu'nda, gayet sarîh bir şekilde tespit edilmiştir. Filhakika, BK. 156/I'de iki ihtimal şeklinde belirtilmiş olan pey akçesi "arrhes" C. Civ. 1590'ıncı maddesinde, zamanı rücu şeklinde kabul edilmiştir.

Kanaatimizce, iki madde arasındaki farkın sebebi, pey akçesi müessesesinin C. Civ. 1590 maddesindeki tanzim tarzından mülhem olmasındandır. Filhakika, her ne kadar bu madde, pey akçesi mukabili "arrhes" tabirini kullanmakta ise de, aslında burda bir zamanı rücu (débit) müessesesi mevzubahistir¹³. Zira, maddede açıkça, taraflardan birinin akitten vazgeçmesinin neticelerini tespit etmektedir. Muayyen ve müşahhas bir durumda, akit yapılırken, taraflardan birine vermiş olduğu parayı terketmek; diğerine de almış olduğu paranın iki mislini ia-

12. FEYZİOĞLU, N. F.: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler II İstanbul 1977, 381.

13. LUCAS, A. - CATALA, P.: 1990, 740; BİHL L.: Le Droit de La Vente (vente mobilière) Paris, 1986, 272; RİPERT G. - ROBLOT R.: Traité de Droit Commercial Paris 1992, 598.

de etmek suretiyle, akdî münasabeti ortadan kaldırmayı hedefleyen bir imkân verildiğinde, burada esas fonksiyonu itibariyle bir akdin delili olan ¹⁴ "pey akçesinden" bahsedilmeyip, bilâkis inikad etmiş olan bir akitten vazgeçmekten -zamanı rücuda- bahsedildiği kabul edilmelidir ¹⁵.

Borçlar Kanunu'nun 156. maddesinde "pey akçesi" şeklinde tespit edilmiş olan, bu müesseseye, halk arasında "kaparo" da denir ¹⁶. Halk arasında "pey akçesinin" "kaparo" (bazen de kopara) şeklinde kullanılması, İtalyan Medeni Kanunu'nun 1386'ıncı maddesinde tespit olunan "Cappara Penitentialis" tâbirinin ¹⁷ noksan ve yanlış bir ifadesinden ibarettir. Şunu da belirtelim ki, İtalyan Medeni Kanunu'nda geçen bu tâbir, kanunumuzun tanziminde, pey akçesine kaide itibariyle istisna olmakla beraber, izafe olunan fonksiyondan farklı olan "zamanı rücu" veya "cezaî şart" manasına gelmektedir.

§. 3- Pey Akçesinin Hukukî Mahiyeti

I- Akdin İn'ikadının Delili

Pey akçesi, Borçlar Kanunumuzun Dördüncü Babını teşkil eden ve borçların nev'ilerini tanzim eden, üçüncü faslında yer almıştır. Aynı fasılda, zamanı rücu, ücret tevkifi ve cezaî şarta da yer verilmiştir ¹⁸. Ancak, şunu belirtmelidir ki, bu fasıl içinde tanzim edilen hususlar "borçların nev'ileri"nden ziyade, borcun doğumu ve isbatı, bir kısmı borçtan cayma imkânı ile ilgili, bir kısmı ise borcun ifasını teminat altına alarak, borcun zamanında ifasını teminata matuftur ¹⁹. Ancak, pey akçesinin esas maksadı, in'ikad eden bir akdin, işbu in'ikad durumunu teyid etmektir ²⁰. Nitekim, BK. 156/I fıkrası bunun açık bir delilidir.

14. REİSOĞLU, S.: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler Ankara 1983, 292; OSER H. / SCHÖNBERGER, W.: 1950, 944; TEKİNAY, S.S. / BURCUOĞLU, H. / ALTOP, A.: Tekinay Borçlar Hukuku-Genel Hükümler I İstanbul 1985, 51; SCHWARZ, A. B. (Davran B.): 1948, 260; KARAHASAN, M.R.: Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler I İstanbul 1992, 1469; REİSOĞLU, S.: 1983, 299; İNAN, A. N.: 1973, 542; DALAMANLI, L.: Borçlar Kanunu Şerhi II, 975; FEYZİOĞLU, N. F.: 1973, 374; GAUCH, P. - SCHLUEP, W. R. - TERCIER, P.: Partie générale du code des obligations II Zurich 1982, 230 No.: 2580; SCHNEIDER, A. - FICK H.: Commentaire du code fédéral des obligations Neuchâtel 1915, 288; ENGEL, P.: Traité des obligations en droit suisse-dispositions générales du C. O. Neuchâtel 1973, 177; PLANIOL, M.-RIPERT, G.: 1926, 492; GHESTIN, J.-DESCHE, B.: 1990, 13.

15. Req. 26 Aralık 1927. Aix 17 Mart 1947, D. 1947, 456; Nancy 17 Mart 1954, D. 1954 som. 64 GHESTIN, J.-DESCHE, B.: 1990, 12; LUCAS, A.-CATALA, P.: 1990, 740.

16. REİSOĞLU, S.: 1983, 299; SAYMEN, F.H.-ELBİR, H.K.: Türk Borçlar Hukuku I - Umumî Hükümler II İstanbul 1958, 827; OSER H./SCHÖNENBERGER, W. (Ayiter F.): 1950, 944; İNAN, A.N.: 1973, 542.

17. SCHWARZ, A. B. (Davran, B.: 1948, 263).

18. FEYZİOĞLU, N.F.: 1977, 373.

19. ibidem

20. ENGEL, P.: 1973, 177; GAUCH, P.-SCHLUEP, W.R.-TERCIER, P.: 1982, 230 No. 2582; SAYMEN, F.H.-ELBİR, H.K.: 1958, 827; PLANIOL M.-RIPERT, G.: 1926, 491; UYGUR, T.: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu-Genel Hükümler II Ankara 1990, 732.

Şunu belirtelim ki, pey akçesinin fonksiyonu, akdin in'ikadının delili olduğu için, bu pey akçesinin mukadderatı da akdin mukadderatına bağlıdır. Bundan dolayıdır ki, pey akçesinin delili olduğu akit herhangi bir sebeple, muteber olmazsa, bu takdirde verilen pey akçesi haksız iktisap hükümlerine istinaden, istirdad olunur²¹. Yine belirtildiğine göre^{21a} pey akçesi, BK. 156'ncı maddesinin mahiyetinden anlaşıldığına göre, taraflar arasında hukukî münasebette vaad olunmaz, akdin in'ikadı anında verilir. Bundan dolayıdır ki, pey akçesinin itası bir dava mevzuu teşkil etmez. Bu husus, bizatihî maddenin yazılış tarzından anlaşılır. Zira, maddede pey akçesinin "verilmesinden" veya "alınmasından" bahis bulunup, onun "vaat" veya "taahhüt" edileceğinden bahis yoktur²².

Pey akçesinin mahiyetini belirtirken, şunu ifade etmelidir ki, yapılmış bir akitten rücuu da ifade etmez. Bilâkis onun fonksiyonu, yapılmış olan bir mukavelenin bu in'ikadını teyid etmektir²³. Bu husus, daha evvel işaret etmiş olduğumuz BK. 156/III ile İBK. 158/III arasındaki tahrir farkını ortaya koymaktadır. Zira, BK. 156/III ikinci cümlesi, aslında zamanı rücu teşkil eden bir müesseseyi "pey akçesi" olarak ifade etmiştir.

Pey akçesinin fonksiyonundan bahsederken, şunu da belirtmelidir ki, borçların nev'ilerinin üçüncü faslında yer alan bu müessese ile birlikte cezaî şarttan da bahsedilmiş ise de, pey akçesi cezaî şarttan farklı bir fonksiyon icra eder. Bu husus, Yargıtay'ın bir Umumî Hey'et kararında açıkça zikredilmiştir. Kararın buna müteallik kısmı aynen şöyledir:

"....akdin, yapanlardan birisi tarafından, önceden diğerine ödenen bir para, söz konusu edildiğinde burada, kaide olarak bir ceza şartı değil, ancak bir pey akçesi vardır."²⁴

Pey akçesinde, taraflar yaptıkları akde bir kayıt ilâve etmek suretiyle, borcu veya tazminatın ifasını garanti altına almaktadırlar^{24a}. Bu takdirde, pey akçesine "kaydı teminat" ismi verilebilir²⁵.

21. FEYZİOĞLU, N. F.: 1977, 376.

21a. BİLGE, N.: Cezaî Şart, E. Arsebük'e Armağan, Ankara 1958, 52.

22. ibidem

23. FEYZİOĞLU, N. F.: 1977, 374.

24. HUH 20.5.1964 t. 3171/383, VELİDEDEOĞLU, H. V. - ÖZDEMİR, R.: Türk Borçlar Kanunu (Genel-Özel) Ankara 1987, 331.

24a. SAYMEN, F. H.-ELBİR, H. K.: 1958, 826.

25. ibidem

26. BECKER, H. (Tolun, O.): 1973, 211.

27. ibidem

Pey akçesinin fonksiyonundan bahsederken şunu da ilave etmelidir ki, te-reddüt halinde asıl pey akçesinin (arrha pacto perfecto data) mukavelenin akde-dildiğinin tevsikinden başka bir anlamı olmadığı belirtilmekte ve bunun bir "te-minat akçesi" olduğu ileri sürülmüştür²⁶. Buna karşılık, mukavele veya örf, te-minat akçesinin edaya mahsup edilmesini gerektirdiği takdirde, tam bir pey ak-çesinin mevcut olduğu ileri sürülmüştür²⁷.

İleri sürülen bu fikri paylaşmak mümkün değildir. Filhakika, mahiyeti iti-bariyle, pey akçesi, akit in'ikad ederken, taraflardan birinin diğeri de akdin akde-dildiğine dair, onun ifadeleri olarak kabul edilir²⁸.

Şunu belirtelim ki, pey akçesinin, akdedilmiş olan bir akdin delil olma fonksiyonu, içtihatlarla da, teyyüt etmiştir. Yargıtay bu hususta şu Umumî He-yet Kararını vermiştir:

"....pey akçesi, taraflardan birinin, diğerine akdin in'ikadının harici bir de-lili olmak ve bunun ispatını kolaylaştırmak için diğer tarafa verdiği bir paradır²⁹."

Pey akçesinin mahiyeti bakımından, şunu da belirtmelidir ki, her ne kadar, umumiyetle akdin in'ikadında, bir tarafın diğerine vermiş olduğu bir paradan ibaret ise de, bazı ahvalde pey akçesi muayyen bir şeyin verilmesi şeklinde de tezahür edebilir³⁰.

Pey akçesinin, mahiyetinden bahsederken, Fransız Hukukunda doktrinde belirtilen bir hususa da işaret edelim: Satış akdi, mahiyeti itibariyle iradî bir akit-tir. Bu itibarla, bu akdin in'ikadının iradelerinin birleşmesi anının tespiti ehem-miyet taşır. Bunun içindir ki, pey akçesi getirilmiştir. Pey akçesi, mahiyeti itiba-riyle, taraflar arasındaki nihaî anlaşmanın ispatı zımında, akit anında taraflardan birinin diğerine vermiş olduğu, fazla kıymeti bulunmayan bir şeye mütealliktir³¹.

Yine aynı mevzuda, şu hususun üzerinde durulmalıdır. Filhakika, işaret olunduğu üzere³² bir satım akdinde, alıcı satış bedelini ödeme bakımından iki

28. OSER, H. / SCHÖNENBERGE, W. (Ayiter, F.): 1950, 944.

29. HUH 24.1.1970 E. 1960/4-1384 K. 59 KARAHASAN, M.R.: 1992, 741; aynı mealde TD. 24.3.1950 ve E. 949/3789 BAYTOK, N.-BAYTOK, T.: Nazarî-Tatbiki Tazminat Hukuku, Ankara 1960, 141; TD. 9/10/1950 E. 4077 K. 4015 SAYMEN, F.H.-ELBİR, H. K. - ERMAN, S.: Türk İçtihatlar Külliyyatı 1951 II sf. 247, No. 476, İstanbul 1953.

30. GAUCH, P.-SCHLUEP, W. R.-TERCIER, P.: 1982, 230 No. 2582; PLANIOL, M.-RIPERT, G. 1926, 491; SAYMEN, F.H.-ELBİR, H.K.: 1958, 827.

31. GHERTIN, J.-DESCHE, B.: 1990, 12.

32. BIHL, L.: 1986, 272.

safhayı tercih eder. Alıcı, satış bedelinin bir kısmını akdin in'ikadı esnasında öder. İkinci kısmını, ise malın tesliminde tediye eder. Akdin in'ikadı esnasında ödenen meblâğa, aralarındaki hukukî farka rağmen, "pey akçesi" veya "mahsubat" denir. Halbuki, burada hukukî neticeleri, yekdiğerinden tamamen farklı iki müessese mevcuttur. Zira, Code Civil'in 1590'ıncı maddesine göre, pey akçesi -BK. 156. maddesinin 1. fıkrası hükümlerine müvazi olarak, bir zamanı rücu mahiyeti arzeder ve bunun neticesinde, müşteri akdin in'ikadında ödemiş olduğu meblâğı terketmek suretiyle veya buna mukabil satıcı aldığı meblâğın iki mislini vermek suretiyle akdi feshedebilir

Halbuki, akdin in'ikadında ödenen bedel, bir avans şeklinde tavsif edildiği takdirde, hukukî neticeler tamamen farklı bir şekilde tezahür eder. Zira, bu takdirde, ne alıcı, ne de satıcı, daha evvel elde etmiş oldukları menfaati terketmek suretiyle, akdolunan akdi ortadan kaldıramazlar.

Yine Fransız Hukukuna müteallik, şu hususu belirtelim ki, pey akçesine, bir zamanı rücu mahiyeti izafe eden C. Civ. 1590'ıncı maddesi, satış akdine tatbik edilebildiği gibi, satış vaadine müteallik de olabilir³³. Şunu da belirtelim ki, Fransız Hukukunda, akdin in'ikadında ödenen bir meblâğın -pey akçesinin- başka bir maksadı olduğu hususu muayyen ve müşahhas bir hâdisede ispat edilmedikçe, aslolan bunun bir zamanı rücu teşkil ettiği içtihatlarla teyyüd etmiştir³⁴.

Satış akdi esnasında, alıcının satıcısına bedele mahsuben, büyük veya küçük miktarda bir teslimatta bulunması vaki olabilir. İşaret olunduğu üzere³⁵, bu ödemeyi pey akçesinden tefrik etmek gerekir. Zira, semene mahsuben ödenen meblâğın neticesi, bu miktarın satış bedelinden tenzilinden ibaret olmasıdır. Burada, satıcı veya alıcı için, pey akçesinin bir tezahürü olan zamanı rücu mevzu bahis değildir.

Buna mukabil, İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nun tanzim tarzında ise, bir akdin in'ikadı zımında, verilmiş olan bir paranın, zamanı rücu şeklinde değil, bilakis in'ikad eden bir akdin delili şeklinde anlaşılması gerekeceği, gerek İBK. 158. maddesinin birinci fıkrasında, gerekse Borçlar Kanunumuzun 156. maddesinin muaddili fıkrasında açıkça tespit edilmiş bulunmaktadır³⁶.

33. Code Civil, Paris 1971-1972, 696 dip notu 1, 2.

34. Req. 26 Aralık 1927; Aix 17 Mart 1947 D. 1947, 456; Nancy 17 Mart 1954, D. 1954 som. 64.

35. PLANIOL, M.-RIPERT, G.: 1926, 492.

36. KARAHASAN, M.R.: 1992, 1649; REİSOĞLU, S.: 1983, 299; İNAN, A.N.: 1984, 422; SCHNEIDER, A.-FICK: 1915, 288.

Bir akdin delili olarak verilen pey akçesi, umumiyetle nakit şeklinde olmakla beraber, bazı ahvalde taraflardan birinin diğerine verdiği bir şeyden de ibaret olabilir³⁷. Pey akçesinin bir şey olarak verildiği ahvale bir misal üzerinde durulmalıdır. Filhakika, bir fikre göre³⁸, kocanın karısına vermiş olduğu bazı hediyelerin, bir pey akçesi olduğu ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce, bu fikre iştirak etmek mümkün değildir. Pey akçesi, taraflar arasında, rızaen in'ikad eden akit bakımından, bu akdin yapıldığını teyid eden bir fonksiyonu haizdir. Başka bir tâbirle, pey akçesi, tarafların mücerret iradelerinin karşılıklı beyanları ile, tekemmül eden bir akdin, işbu tekemmülünün teyidi için verilen bir para veya bir şeydir.

Halbuki, eşler arasında evlilik, tarafların mücerret iradelerinin, yekdiğerine karşı beyan suretiyle meydana gelen bir akit değildir. Evliliğin meydana gelebilmesi için karşılıklı iradelerin, resmî bir memur huzurunda beyan edilmesi gerekir. Bundan evvel verilen hediyeler, belki nişanlılığın bir ifadesidir.

Pey akçesinin, fonksiyonu bakımından, üzerinde durulması gereken diğer bir husus da şudur: Pey akçesi, inikad eden akdin delilini teşkil eder, yoksa bu pey akçesi, akidden doğan borcun bir taksidinin veya avansının ifadesi değildir. Bu husus BK. 156/I'deki hükümle teyid edilmiştir. Nitekim, bu hükme göre pey akçesini alan şahıs bu akçeyi alacağına mahsup etmeyerek, onu muhafaza edeceği hükmü bu esasın bir ifadesidir³⁹. Kanunun, bu tanzim tarzı, pey akçesinin in'ikad eden akit sebebiyle, elde olunan alacağa mahsup mecburiyeti getirmediğinden, bunun bir avans olmadığını da teyid etmektedir. Ancak, şunu da belirtelim ki, kanunla getirilen bu kaide, tarafların anlaşması veya mevcut olduğu takdirde, örf ve âdet sebebiyle, esas alacağa mahsup şeklinde değişebilmektedir⁴⁰.

Bu hususta şunu da belirtmelidir ki, pey akçesinin, tarafların anlaşması veya mevcut örf ve âdetlere göre, alacağa mahsup edilmesi kira akitlerinde rastlanan bir tatbikattır⁴¹.

37. ENGEL, P.: 1973, 577; GAUCH, P.-SCHLUEP, W.R.-TERCIER, P.: 1982, 230 No. 2582; FUNCK, F. (Veldet H.-SELEK): Borçlar Kanunu Şerhi I Umumî Hükümler İstanbul 1936, 226; VELİDEDEOĞLU, F.V.-ÖZDEMİR, R.: 1987, 330; SUNGUR, H.H.: Borçlar Kanunu Tatbikatı İstanbul 1943, 418; OLGAC Kazaî ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususî Kanunlar, İstanbul 1959, 1186; GHES-TIN, J.-DESCHE, B.: 1990, 12.

38. BECKER, H. (Tolun, O.): 1973, 211.

39. DALAMANLI, L.: 1975; REİSOĞLU, S.: 1983, 299; TUNÇOMAĞ, K.: Türk Borçlar Hukuku I. c. Genel Hükümler İstanbul 1976, 895; BECKER, H. (Tolun, O.): 1973, 211; OLGAC, S.: 1959, 1186; OSER, H. / SCHÖNENBERGER (Ayiter, F.): 1950, 946; GAUCH, P.-schluep, W.R.-tercier, P.: 1982, 230 No. 2582; SCHNEIDER, A.-FICK, H. 1915, 288; RIPERT, G.-ROBLOT, R.: 1992, 598.

40. OLGAC, S.: 1959, 1186; VELİDEDEOĞLU, H.V.-ÖZDEMİR, R.: 1987, 330; BECKER, H. (Tolun, O.): 1973, 211; DALAMANLI, L.: 1975; ENGEL, P.: 1973, 177; GAUCH, P.-SCHLUEP, W.R.-TERCIER, P.: 1982, 230 No. 2546, 2547.

41. OLGAC, S.: 1959, 1186.

Pey akçesinin, tanzim gayesine göre, üzerinde durulması gerekli diğer bir hususa da işaret etmelidir. Akdin in'ikadı anında verilmesi mevzubahis olan pey akçesi verilmediği takdirde, ödenmesi hususunda cebrî icra yoluna müracaat etmek mümkün değildir⁴². Çünkü, pey akçesi akdolunan mukavelelenin müstakil bir fer'ini teşkil eder. Ancak, pey akçesini vermeyen kimse aleyhine, bunun ita edilmemiş olması sebebiyle, zarar ve ziyan talep etmek hakkı mahfuzdur⁴³.

Pey akçesinin, aksine mukavele veya örf bulunmadığı takdirde, alacağa mahsup etmeme imkânı, yapılan mukavele dolayısıyla, alacağı teminat altına alma gayesini güder. Eğer, mukavele icra edilmezse, pey akçesi mahiyet itibariyle bir "cezaî şart"a tahavvül eder⁴⁴.

Pey akçesinin fonksiyonundan bahsederken, şunu da belirtelim ki, borçların nev'ilerinin üçüncü fssında yer alan bu müessese ile beraber, cezaî şarttan da bahsedilmekte ise de, pey akçesi cezaî şarttan farklı bir fonksiyon icra eder. Bu husus, Yargıtay'ın bir Umumî Heyet kararında açıkça zikredilmiştir. Kararın, buna müteallik kısmı aynen şöyledir:

"....akdi yapanlardan biri tarafından önceden diğerine ödenen bir para söz konusu edildiğinde burada bir cezaî şart değil, ancak bir pey akçesi vardır"⁴⁵.

Pey akçesinin bir fonksiyonu da, işaret olunduğu üzere⁴⁶, bir borcun ifasını veya bir tazminatın tediyesini kolaylaştırmaktır. Ancak, şunu da belirtmelidir ki, aynı gayeyi tahakkuk ettirmek üzere başka müesseseler de vardır ki, bunlar ya "kefalet" gibi şahsî teminat veya "menkul" ve "gayrimenkul rehni" gibi aynî şekilde görülür⁴⁷. Ancak, bu hallerde, tarafların dışında, ya bir üçüncü şahıs (kefil) veya diğer bir mal (rehin) bulunur. Halbuki, pey akçesi halinde taraflardan başka ne diğer bir şahıs, ne de diğer bir mal mevcut değildir⁴⁸. Pey akçesinde, taraflar inşa ettikleri akde, bir kayıt ilave etmek suretiyle, borcun veya tazminatın ifasını garanti altına almaktadırlar⁴⁹.

Pey akçesinin fonksiyonundan bahsederken, bilhassa Fransız Hukukunda carî olan bir tatbikata işaret etmek isteriz. Filhakika, bazı satış akitlerinde, ekseriya alıcı, akdin in'ikadı esnasında, satış bedeline mahsup edilmek üzere, bedelin

42. BECKER, H. (Tolun, O.): 1973, 211.

43. TUNÇOMAĞ, K.: 1976, 895.

44. GAUCH, P.-SCHLUEP, W.R.-TERCIER, P.: 1982, 230 No. 2546, 2547.

45. HUH. 20/5/1964 t. 3181/383 Velidedeoğlu, H. V.-Özdemir, R.: 1987, 331.

46. FEYZİOĞLU, N.F.: 1977, 373.

47. FEYZİOĞLU, N.F.: 1973, 373; SAYMEN, F. H.-ELBİR, H.K.: 58, 826.

48. FEYZİOĞLU, N.F.: 1973, 377.

49. SAYMEN, F.H.-ELBİR, H.K.: 1958, 826.

küçük veya ehemmiyetsiz bir miktarını tevdi eder. Bu peşinatı, pey akçesinden tefrik etmek gerekir. Çünkü, bu peşinat bedelden tenzil edilmek üzere tevdi edilen bir bedel olup her iki taraf için de, pey akçesinden mütevellit, bir zamanı rücu ifade etmeyen bir edadır⁵⁰.

Akdin in'ikadı, taraflardan birisinin peşinen ödediği meblâğın, fonksiyonu bakımından, bunun bir pey akçesi mi, yoksa bir zamanı rücu olduğu hususunun da tespiti gerekir. Filhakika, akdin in'ikadında taraflardan birinin diğerine vermiş olduğu paranın, hangi maksatla verildiği tespit edilemiyorsa, böyle bir ödemenin bir zamanı rücu olarak değil, bir pey akçesi olarak verildiği kabul edilmelidir. Bu husus BK. 156/I'deki ifadede açıkça tespit edilmiştir⁵¹.

Şunu belirtmelidir ki, kanunun, akdin in'ikadı anında ödenen bir paranın, aksi mevzubahis olmadıkça, pey akçesi olarak tavsifinde taraflar arasında in'ikad eden akdin bağlayıcılığının bir ifadesidir⁵². Zira akid in'ikad ederken yapılan bir ödemenin, prensip itibariyle, zamanı rücu olarak kabul edilmesi, akdin tarafları bağlılığı prensibini ihlâl eder.

Kanaatimizce, pey akçesinin fonksiyonu, akitlerin taraflara yüklemiş olduğu borçlardan doğan vecibelere riayeti mutazammın "pacta sunt servanda" prensibinin bir tezahürüdür. Pey akçesinin fonksiyonu bakımından, şunu da belirtmelidir ki, işaret olunduğu üzere⁵³ pey akçesi verilmemiş veyahut yalnız üzerinde konuşulmuş ise, pey akçesini verecek olanlardan, cebrî icra yolu ile istihsali mümkün değildir. Bundan dolayıdır ki, pey akçesi bir "rehin" fonksiyonu görmez. Zira, akdinin in'ikadının bir işareti olmayıp onun garantisini teşkil eder⁵⁴.

II- Akdolunan Akdin Teminat Fonksiyonu

Pey akçesinin, akdolunan bir mukavelenin delil olma fonksiyonu yanında, işaret olunduğu üzere⁵⁵, ileride yapılması mutasavver mukavelenin bir teminatı şeklinde de ortaya çıkabilir. Meselâ, mukavelenin yazılı olarak yapılması lâzım olduğu takdirde, önce sözlü anlaşma yapılması hâdisesinde olduğu gibi. Şunu da ilâve etmelidir ki, ifade olunduğu gibi⁵⁶ pey akçesinin fonksiyonu, taraflar ara-

50. PLANIOL, M.-RIPERT, G.: 1926, 492.

51. TEKİNAY, S.S./AMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: 1985, 451.

52. FEYZİOĞLU, N. F.: 1977, 374; OSER, H./schönenberger, W. (AYİTER, F.): 1950, 945.

53. TUNÇOMAĞ, K.: 1976, 895.

54. TUNÇOMAĞ, K.: 1976, 895; FEYZİOĞLU, N. F.: 1977, 373.

55. BECKER, H. (Tolun, O.): 1973, 211.

56. FEYZİOĞLU, N. F.: 1977, 374.

sında in'ikad etmiş olan bir akitten rücuunu istihdaf etmez. Bilâkis, âkitlerin kendilerini akidle bağladıklarını isbatına müteallik bir müessesedir. Buna karşılık, tarafların in'ikad etmiş olan bir akitten, tek taraflı iradesi ile vazgeçmelerini temin eden müessese zamanı rücu müessesesidir.

III- Pey Akçesinin Avans Mahiyeti

Taraflar arasında, akdedilmiş olan bir akit zımında, peşin olarak verilmiş olan paranın, alacağı mahsuben verilmiş olan bir avans mahiyetinde olması da mümkündür⁵⁷.

IV- Pey Akçesinin Müstakbel Akdin Delili Fonksiyonu

Pey akçesi, taraflar arasında, in'ikad etmiş olan bir akitte tarafların bağlılığını ifade ettiği gibi; bu pey akçesi bazı hallerde taraflar arasında yapılması bir akit zımında da verilmiş olabilir. Bu gaye ile verilmiş olan pey akçesi "pacto imperfecta data" şeklinde ifade olunur⁵⁸.

V- Pey Akçesinin Mahsup Edilememe Karakteri

Pey akçesinin fonksiyonundan bahsederken, şu hususa da dikkat edilmelidir. İşaret olunduğu üzere⁵⁹, pey akçesi alacağa sayılmayıp ayrı bir varlığa sahiptir. Pey akçesi, onu almış olanın vermiş olana karşı elde edilecek bir tazminat alacağına da mahsup edilemez. Halbuki, avans olarak bir para verildiği takdirde, avansı almış olan bu avansı tazminat makamına alıkoyabilir. Bu durumda bir "cezalı pey akçesi" mevzubahistir⁶⁰.

VI- Pey Akçesinin Akdin Muteberiyetine Bağlılığı

Esas itibariyle, pey akçesi, taraflar arasında in'ikad eden bir akdin in'ikadının delilidir. Bundan dolayıdır ki, bunun mukadderatı da akdin mukadderatına bağlıdır ve pey akçesinin, in'ikadının delili olan akit, herhangi bir sebeple mute-

57. OSER, H./SCHÖNENBERGER, W. (Ayiter, F.): 1959, 946.

58. OSER, H./SCHÖNENBERGER, W.: 1950, 945.

59. VELİDEDEOĞLU, H.V.-ÖZDEMİR, R.: 1987, 330.

60. ibidem

ber olmazsa, bu takdirde, verilen pey akçesi haksız iktisap hükümlerine istinaden istirdad edilir ⁶¹.

§. 4- *Pey Akçesinin Zamani Rücu Fonksiyonu*

Türk Borçlar Kanunu'nun 156 ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinde tanzim olunan müessesenin, hukukî mahiyeti bakımından iki fonksiyonu mevcuttur. Bunlardan biri, yukarıdan beri izah etmiş olduğumuz in'ikad eden bir akdin delili olan "pey akçesi" olmasına mukabil, ikinci fonksiyonu zamani rücu olmasıdır. Filhakika, bu husus sarahatla iki kanunun maddelerinin birinci fıkralarında tespit edilmiştir. Fıkra aynen şöyledir:

Madde 156/1 (İBK. 158/1)- Bir kimse pey akçesi verdiği takdirde, bunu zamani rücu olarak değil, belki akdin in'ikadına delil olmak üzere vermiş addolunur.

Borçlar Kanunu'nun 156. maddesinin 1. fıkrasının tanzim tarzından, pey akçesinin yalnız akdin in'ikad delili olarak değil, ondan rücuu da ifade eden, bir manayı muhtevi olduğu Lâtince tâbirinden de anlaşılabilir. Filhakika, akdin in'ikadı anında verilen para, yalnız "arra" değil, "arra penitentialis" şeklinde de ifade edilmiştir ⁶². Bu takdirde, pey akçesi, fonksiyon olarak bir zamani rücudur. Zira, BK. 156/III'te de sarahatla -terim farklılığına rağmen- ifade olunduğu üzere, pey akçesini veren taraf, bu akçeyi alan tarafa terk etmek suretiyle in'ikad eden akitten vazgeçebilir ve kendisinden akdin ifası talep edilemez ⁶³. Pey akçesinin alan tarafın da, aldığı pey akçesinin iki mislini iade etmek suretiyle akitten vazgeçeceği tespit edilmiştir. Pey akçesinin bu fonksiyonu, bir delil fonksiyonu değil, bir zamani rücu fonksiyonudur.

Bu hususta, şunu da belirtelim ki, pey akçesinin bir zamani rücu fonksiyonu olduğu hususu, muayyen ve müşahhas bir durumda, ispat edilmesi gereken bir husustur. Başka bir tâbirle, akdin in'ikadı esnasında verilmiş olan para, esas itibariyle, pey akçesi şeklinde anlaşılmalıdır ⁶⁴. Ancak, pey akçesinin zamani rücu fonksiyonunu da icra edebileceği kabulü gereken bir husustur.

Çalışmamızın mevzuu "pey akçesinin hukukî mahiyeti" olduğu için onun esas fonksiyonu üzerinde durmakla iktifa edilmiştir.

61. FEYZİOĞLU, N. F.: 1977, 376.

62. SHWARZ, A.B. (Davran, B.): 1948, 261.

63. ibidem

64. SHWARZ, A.B. (Davran, B.): 1948, 261 "Quod arrae nominedatur argumentum est emptiois venditionis".

BİBLİYOGRAFYA

- ARSEBÜK, E.: Borçlar Hukuku c. II, İstanbul 1943.
- BAYTOK, N.-BAYTOK, T.: Nazarî ve Tatbikî Tazminat Hukuku.
- BECKER, H. (Tolun, O.): İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI. Cilt, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler Fasikül V, İBK, 151-183 TBK. 149-181, Ankara 1973.
- BİLGE, N.: Cezaî Şart, E. Arsebük'e Armağan, Ankara 1958.
- BIHL L.: Le Droit De La Vente (vente mobilière), Paris 1986.
- DALAMANLI, L.: Borçlar Kanunu Şerhi I.
- ENGEL, P.: Traité Des Obligations En Droit Suisse-Dispositions Générales Du C. O. Neuchâtel 1973.
- FEYZİOĞLU, N. F.: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler II, İstanbul 1977.
- FUNCK, F. (Veldet H.-Selek C. H.): Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumî Hükümler, İstanbul 1936.
- GAUCH, P.-SCHLUEP, W.R.-TERCIER, P.: Partie Générale Du Code Des Obligations II, Zurich 1982.
- GHESTIN J.-DESCHE: Traité Des Contrats: La Vente, Paris 1990.
- İNAN, A.N.: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler (Ders Notları) Ankara 1973.
- KARAHASAN, M.R.: Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler I, İstanbul 1992.
- LUCAS, A.-CATALA, P.: Code Civil 1990.
- OLGAÇ, S.: Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususî Kanunlar I, İstanbul 1959.
- OSER, H./SCHÖNENBERGER, W. (Ayiter, F.): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Madde 110-183 (TBK 109-181), Ankara 1950.
- PLANIOL, M.-RIPERT, G.: Traité Elémentaire De Droit Civil II, Paris 1926.
- REİSOĞLU, S.: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Ankara 1983.
- RIPERT, G.-ROBLOT, R.: Traité De Droit Commercial II, Paris 1992.
- SAYMEN, F.H.-ELBİR, H.K.: Türk İçtihatlar Külliyesi 1951, II İstanbul 1958.
- SAYMEN, F.H.-ERMAN, S.-ELBİR, H.K.: Türk İçtihatlar Külliyesi 1951, II İstanbul 1953.
- SCHNEIDER, A.-FICK, H.: Commentaire Du Code Fédéral Des Obligations Neuchâtel 1915.
- SCHWARZ, A.B. (Davran, B.). Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948.

SUNGUR, H.: Borçlar Kanununun Tatbikâtı, İstanbul 1943.

TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1985.

TUHR von (Edege C.): Borçlar Hukuku II. c. İstanbul 1953.

TUNÇOMAĞ, K.: Türk Borçlar Hukuku I. c.-Genel Hükümler, İstanbul 1976.

UYGUR, T.: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu-Genel Hükümler, Ankara 1990.

VELİDEDEOĞLU, H.V.-ÖZDEMİR, R.: Türk Borçlar Kanunu (Genel-Özel), Ankara 1987.