

KİTAP İNCELEMESİ

Doç. Dr. Kevork ACEMOĞLU

MAMELEK KAVRAMI ÜZERİNDE İNCELEME, Doç. (şimdi Prof.) Dr. Nûşin Ayıter, Ankara 1968, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. XV, 143 sayfa, 15 Lira.

Prof. Dr. Nûşin Ayıter'in bu eseri, sadece şimdiye kadar Türk Hukukunda üzerinde makale bile yazılmamış bir konuyu aydınlatmış için değil, dayandığı uzun senelere muhtaç —nitekim yazar bu kitaba 1960 yılında başladığını önsözünde belirtiyor— yoğun çalışma bakımından da övgüye değer. Malvarlığı, bazan üzerinde tek satır yazılabilmesi bile 1000'lerce sayfalık okumaları, aylar süren tereddütleri gerektiren bir konu. Böyle bir konuda 143 sayfalık bir monografi hazırlamak zor bir iş.

Biz, bu yazımızla, eserin ana çizgilerini göstermeye, içinde savunulan görüşleri belirtmeye ve bu konuda bazı düşüncelerimizi açıklamaya çalışacağız.

I. Bibliyografya (1). Yazar, eserini, geniş bir bibliyografya çalışmasına dayandırmıştır. Ancak, kanaatimizce bazı kitap ve yazıların bibliyografyada yer almamaları ve eserin hazırlanmasında gözden uzak tutulmaları eserin mükemmelliği bakımından bir eksiklik doğurmuştur. Şimdi, bu kitap ve yazıları, konularına göre sırayla gözden geçirelim.

(1) Bibliyografya ile ilgili eleştiriler, yazarın, çalışmalarını yurt dışında da yürüttüğünü ifade etmesine dayanır. Yoksa yurdumuzun imkânlarıyla yapılan bir çalışmada bu eleştiriler yüzde elli nisbetinde azalacaktı.

1) Doğrudan doğruya malvarlığı konusu ile ilgili bulunan monografiler.

Hiç kuşku yok ki, bu konudaki en önemli eksik, malvarlığı konusunda, tarihî de olsa, yazılmış en mükemmel eser olan *Birkmeyer*'in *Über das Vermögen im Juristischen Sinne, Römisch - Rechtliche Quellenstudien*, (Erlangen 1879)dan yeterince yararlanılmamış olmasıdır. Gerçi bu kitap, eserin bibliyografyasında zikredildiği gibi, 11. sayfanın 1 ve 14. sayfanın 10 numaralı dipnotlarında ona atıfta da bulunulmuştur. Fakat gerek *Birkmeyer*'in asıl fikirlerinin söz konusu edildiği 20. ve sonraki sayfalarda ona direkt atıflarda bulunulmaması, gerek böyle bir esere onunla doğrudan doğruya ilgili bir monografide sadece iki atıfta yetinilmesi, gerekse *Birkmeyer*'de sayfalarca incelenen ve malvarlığı kavramının aydınlatılması açısından vazgeçilmez bazı problemlerin (Bu problemlere ileride tekrar dokunacağız) *Ayter*'in monografisinde yer almaması, bizi yukarıda vardığımız yargıya sürüklemiştir.

Aynı önemde olmamakla birlikte, zaten hakkında çok az kitap bulunan malvarlığı konusu ile doğrudan doğruya ilgili aşağıdaki kitaplardan yararlanılmamış ve bibliyografyada hiç yer verilmemiş olması da bir eksiklik sayılabilir.

a) *Nothmann*, *Der Begriff des Vermögens, Dissertation, Greifswald, 1914.*

b) *Conzelmann*, *Der Begriff des Vermögens, Dissertation, Düsseldorf, 1937.*

c) *Plastara* *La notion juridique du patrimoine, Dissertation, Paris 1903.*

d) *Gazin*, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, Dissertation, Paris 1910.*

2) Malvarlığı konusu ile ilgili bulunan diğer eserler.

Doğrudan doğruya malvarlığı kavramıyla ilgili olup bibliyografyanın dışında bırakılmış eserler yanında, *Ayter*'in monografisi bakımından gerekli ve zorunlu sayılabilecek bazı yan kaynaklar da kanaatimizce ihmal edilmişlerdir. Bunlara özellikle şu örnekleri verebiliriz.

a) Özel malvarlığı ve ticarî işletme ,yazarın önem verdiği ve kişisel kanaatler ileri sürdüğü yan konulardır. Oysa, yazar bu konulardan özel malvarlığında, ünlü pandekt bilgini *Bekker*'in sadece

JhJ'de yayınlanmış «Zweckvermögen und juristische Personen» adlı makalesini (bu makale de bibliyografyada yer almamakta, sadece dipnotunda anılmaktadır) incelemiş, bu konu ile asıl ilgili bulunan «Das Zweckvermögen» adlı ZfGH IV sh. 499 ile sonraki sahifelerde yayınlanmış makalesini hiç anmamıştır.

Yazarın, ticarî işletme ile ilgili bibliyografyası ise oldukça yeterlidir. Yazar bu konuda *Isay, Hubmann, Oppikofer* (2)'in monografilerine atıfta bulunmakla yetinmiştir. Oysa, bu konuda yüzlerce monografi ve makale yayınlanmıştır. Bunlardan özellikle *Brechner, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Bonn 1953; Cohen Traité theorique et pratique des fonds de commerce, Paris 1948; Cendrier Le fonds de commerce, 1926 Paris; Jessen Unternehmen und Unternehmensrecht, ZfHR 96, sh. 37 is. ve Pisko Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtverkehrs, wien 1907, ticarî işletme kavramının aydınlatılması bakımından kaçınılmaz bilgileri ve görüşleri ihtiva etmekteydiler. Yazar, yine ticarî işletme konusunda modern şerh ve sistematik eserlere de başvurmamış, bu konudaki açıklamalarını, değerli fakat eskimiş üç büyük yazara, *von Tuhr, Oertmann ve Staudinger*'e dayamak zorunda kalmıştır. Oysa, eğer biraz daha yeni yazarlara da baksaydı, örneğin ticarî işletmenin bir özel malvarlığı olmadığı konusundaki (sh. 17) deki oldukça aykırı sayılabilecek görüşünü, sadece *Staudinger*'e dayamak zorunluluğundan kurtulacak, Almanyada yazılmış en güzel ticaret hukuku şerhinin de (*Würdinger/Brüggemann, Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Erster Band, Berlin 1967*) 22. maddenin 3 numaralı kenar notunda aynı görüşü savunduğunu belirtebilecekti (3).*

Yazar, yine fiilî ve hukukî tümlükler konusunda da ilgi çekici görüşler ileri sürdüğü halde, ne bu konuda çok gelişmiş Fransız doktrinindeki tartışmaları, ne de doğrudan doğruya bu konuda yazılmış bir tezi (*Gary, Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel, Dissertation, Bordeaux 1931*) anmamıştır.

(2) Oppikofer'in eserinin adı, *Ayiter*'in eserinde (sh. 53, dn. 19) ve bibliyografyasında anıldığı gibi «Das Unternehmensrecht» değil, «Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung» dur.

(3) Ayrıca, bkz. sh. 85. *Ayiter* tarafından gösterilmemekle birlikte, *Oppikofer* de bu fikirdedir.

b) Yazar, malvarlığının devri ile ilgili problemlerde, araştırmalarını yalnız İsviçre Hukukuna hasretmiştir. Bu tutumun sonucu olarak, eseri, bu konuda çok geniş bir bibliyografyaya sahip bulunan Alman doktrin ve uygulamasından mahrum kalmıştır. Bu yüzden örneğin, Alman imparatorluk Mahkemesinin RGZ 69 cildinde 288. ve sonraki sayfalarında yayınlanmış klasik değerdeki kararının malvarlığı kavramı bakımından koyduğu esaslar, *Ayter*'in monografisine aksetmemiştir. Ama en az bunun kadar üzücü olan başka bir husus da, bu yüzden, malvarlığı kavramının aydınlanmasına çok büyük bir katkı yapacak *Laue*'nin «Vermögen im Sinne des 419 BGB» (AcP 140, sh. 64) adlı makalesinin gözden uzak tutulmasıdır. Yine *Dunker*'in «Zum Vermögensbegriff der Paragraf 419, 136 BGB» (MDR 1963, sh. 978 is) adlı makalesi de, bu yüzden bibliyografya dışında kalmıştır.

Ne var ki, *Ayter*, bu konudaki İsviçre literatürünü de tam olarak gözönünde tutmamış, araştırmasını *von Tuhr/Siegwart*'ın OR, *Becker*'in şerhine, *Des Gouttes*'un «Cession et fusion des patrimoines et de fonds de commerce» (Geneve 1938) ine ve özellikle, *Buchli*'nin orta vasıfta bir seminer ödevi niteliğindeki «Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR» (Zürich 1953)'üne dayandırmıştır. *Oser/Schönenberger*'in şerhi bile bibliyografyada yer almamaktadır. Bunun gibi, İsviçre Borçlar Kanunu tadilinde bu hükümlerin kanunlaşmasında büyük etkisi olmuş, *Schurter*'in *Die Theorie der Schuldübernahme und das künftige schweizerische Zivilgesetzbuch* (ZSR 20, 303 is.)'u ve *Bühler*'in eksantrik fakat önemli «Die Vermögens, Geschäfts - und Unternehmensübernahme nach schweizerischen Recht» (Zürich 1947)'i ile *Metzger*'in «Die Schuldübernahme kraft Mitteilung bei der Geschäfts und bei der Vermögensübernahme» (Basel 1955)si de inceleme alanının dışında bırakılmıştır. Ayrıca Federal Mahkemenin malvarlığı devrindeki bazı ana kavramların aydınlatılmasına esas olabilecek kararları da ihmal edilmiştir.

3) Genel Eserler.

Genel eserler bakımından da, *Ayter*'in bibliyografyasında bazı eksikler göze çarpmaktadır. Örneğin yukarıda *Oser/Schönenberger* şerhinin incelenmemiş bulunduğunu belirtmiştik. Bunun yanında İsviçrede en son yayınlanmış bulunan *Borçlar Hukuku* kitabı da (*von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil*,

Zürich 1964) de bibliyografyada yer almamaktadır. Türk Hukukunda yazılmış Borçlar Hukuku kitapları da genellikle eksiktir. Bunlar arasında malvarlığı devrini özellikle doyurucu bir biçimde incelemiş bulunan *Tunçomağ ve Tekinay*'ın Borçlar Hukuklarının bulunmaması gerçekten bir talihsizlik olmuştur.

Alman Hukuku bakımından ise, *Larenz*'in *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1967'inin (bu kitapta ayrıca malvarlığı kavramı çok etraflı bir biçimde incelenmiştir) eksikliği ilk bakışta göze çarpılmaktadır. Aynı önemde olmamakla birlikte, *Lehmann/Hübner*'in *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*'u da (Berlin 1966) eksiktir.

Bu listeyi daha da uzatmak mümkündür. Biz sadece en önemli ve en vazgeçilmez sayılabilecek olanları göstermekle yetindik.

II. Plân

Eser iki bölümden ibarettir. Bunlardan birincisi, «Teoriler açısından mâmelek» bahsine ayrılmıştır ve dört paragraftır. Mâmelek kavramı, fiilî tümlükler ve hukukî tümlükler, mâmelekin hukukî yapısı ve hususî mâmelek. İkinci bölüm ise altı paragraf. Mâmelek kavramının kullanılma alanı, hak objesi olarak mâmelek, aynî ikame, mâmelekin unsurları, haksız fiil açısından mâmelek, mâmelek ve mes'uliyet ve nihayet hususî hukukun mâmelek düzeninin tenkidi ve değerlendirilmesi. Birinci bölüm 38 sayfa, ikinci bölüm ise 105 sayfadır. Bu, yazarın önsözünde, konusu için,

«...uygulama değeri az... bir kavram... Hukuk uygulayıcısından çok, hukuk öğreticisini ilgilendiren bir konu...»

demesine uygun bir düşün ve yöntem olmaktan uzaktır. Ama kanaatimizce de doğru olanı, yazarın önsözündeki düşüncesi değil, plân daki tutumudur. Ancak mâmelekin unsurları, pozitif hukukta mâmelek bölümünde değil, mâmelek kavramının hemen yanında yer verildiği halde, malvarlığı üzerindeki taahhüt ve tasarruf muamelelerine 6 sayfa, malvarlığı üzerindeki haklara ise 4 sayfa ayrılmıştır.

III. Muhteva

Yazar, eserinin ilk paragrafında, özellikle malvarlığının bir haklar yığını olup, bir mal yığını olmadığı mes'elesi üzerinde durmakta, malvarlığının hak ehliyetinin bir görüntüsünden başka bir şey

olmadığı, bunu servetle karıştırmamak gerektiğini ileri sürmektedir (4). Yazar, ileride bu görüşünün bir uzantısı olarak,

«Her ferdin bir mâmeleki bulunduğu fikri de yanlıştır... Herkesin mâmelek sahibi olma ehliyeti vardır, şahsiyetten ayrılmayan, bir tüm olarak işte bu mücerret hak ehliyetidir» (5) (6). demektedir. Ancak malvarlığını hak ehliyeti ile bu kadar aynı sayan yazarın, biraz sonra,

«Halbuki şahsiyetleri olmadığı halde bazı şahıs topluluklarının da mâmelekleri olduğunu görüyoruz» (7)

itirafında bulunmasını, üstelik bu istisnaları açıklamak için,

«Bu durum, elbirliği ortaklıklarının gerçek kişi ile tüzel kişi arasında, tüzel kişilere yaklaşan yapıları ile izah etmek mümkündür» (8).

demesini doğrusu yadırgıyoruz.

Yine *Ayiter*'e göre, malvarlığının iki anlamı vardır: Birinci anlamıyla malvarlığı,

«Sırf bir ehliyettir... Binaenaleyh bu mânada mâmelekin aktiften mi, aktif ve pasiflerden mi, ibaret olduğunu düşünmek abestir» (9).

Malvarlığının ikinci anlamı ise,

«Ama bir defa bu ehliyete dayanarak münasebetlere girişilince ve bu münasebetlerden, başkalarına dermeyanı kabil haklar ...doğdu

(4) Gelgelelim yazar, sayfa 3, dn. 1'de içinde mal kelimesi geçiyor diye artık yerleşmiş bulunan «mal varlığı» terimini tenkid etmekte . oysa hukukî terimler etimolojik kaynaklarının hissettirdiği anlamı değil, onlara yüklediğimiz anlamları taşırlar - buna karşılık servetin öztürkçesinden başka bir şey olmayan «varlık» ı teklif etmektedir.

(5) Bkz. sh. 27.

(6) Bu düşüncüyü desteklemek için **Biondi**'den alınan, «Sırtındaki paçavralarından ve sadaka olarak topladığı birkaç bozuk paradan başka bir varlığı olmayan bir dilencinin mâmeleki olduğu iddia edilemez» yolundaki parça, aslında *Ayiter* tarafından kullanılmamak gerekirdi. Çünkü *Ayiter* malvarlığının, salt hukukî bir kavram olduğu görüşündedir ve haklı olarak, malvarlığının servetle karıştırılmasına şiddetle karşıdır. Oysa, **Biondi**'den alınan bu parça, hem malvarlığını iktisadî bir kavram olarak görmekte (bir bakıma Anatole France'cı görüşleri hatırlatmakta), hem de onu servetle karıştıran bir görüşün izlerini taşımaktadır.

(7) Bkz. sh. 5.

(8) Bkz. sh. 5.

(9) Bkz. sh. 7.

mu karşımıza mâmelekin ikinci ve görünüşe göre daha çok kullanılan alışılmış mânası çıkar» (10).

Fakat her iki anlamı bakımından da malvarlığı, *Ayitere* göre sadece hukukî bir kavramdır ve unsurlarının iktisat ölçülerine göre tâyin edilmesi bizi şaşırtmamalı ve malvarlığının sadece haklardan meydana gelmiş bir hukuk varlığı olduğu gerçeğini unutturmamalıdır (11).

Yazar, ikinci paragrafta, fiilî tümlükler (*universitas facti*) ve hukukî tümlükler (*universitas iuris*) bahislerini ve özellikle teşebbüs ve işletmenin mahiyetini incelemektedir. Yazara göre, ticarî işletmenin malvarlığı bir özel malvarlığı değildir. Çünkü,

«Müteşebbisin teşebbüs mâmelekine dahil malları ekseriya fiilî olarak, zati mâmelekinin mallarından ayrı muameleye tâbi tutulmamaktadır. Bu mallar ayrı bir nizama tâbi tutulmuşlarsa, bu umumiyetle muhasebe tekniği bakımından olmaktadır. Müteşebbis borçlardan mesuliyetini teşebbüs mâmelekine dahil mallara inhisar ettiremez» (12).

Böylelikle yazar, ittifaka yakın bir çoğunlukla savunulan, ticarî işletmenin bir özel malvarlığı olduğu görüşüne karşı çıkmaktadır. Bu görüşün,

«Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret ünvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar gibi bir müessesenin işletilmesi için daimî tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticarî işletmeye dahil sayılır».

diyen TK. mad 11/II ve BK. mad. 179 karşısında savunulması oldukça güçtür sanıyoruz. Bizce özel malvarlığının kabulü için, sorumluluğun bu özel malvarlığıyla sınırlanması, vazgeçilmez bir şart değildir. Nitekim, meselâ *Ayiter*'in de özel bir malvarlığı olduğunu kabul ettiği iflâs masasında (13) da müflisin sorumluluğu, konkordato'dan farklı olarak, masadaki haklarla kayıtlı değildir. Bunun dışında, ticarî işletme malvarlığının,

«Daha dar ve hususî kriterlere göre hudutlandırılmış, müstakillen iktisadî gelişme imkânlarına sahip bir haklar çerçevesi...» (12). olduğunda kuşku yoktur.

(10) Bkz. sh. 7.

(11) Bkz. sh. 8.

(12) Bkz. sh. 17.

(13) Bkz. sh. 33.

(14) Bkz. *Ayiter*'in 29'daki özel malvarlığı tarifi.

Yazar, yine bu paragrafta, ticarî işletmenin Fransız hukukunda bir universitas facti sayıldığını, Dalloz Ansiklopedisine dayanarak ileri sürmektedir. Oysa, bu Fransız Hukukunda oldukça tartışmalı bir konudur (15). Bu tartışmanın, fiilî ve hukukî tümlüklere ayrılmış bu paragrafta tanıtılması iyi olurdu sanıyoruz.

Üçüncü paragrafta malvarlığını izaha çalışan görüşler iki ana grupta (malvarlığını bir tüm olarak kabul eden görüşlerle, parçalayıcı görüşler) toplanmakta ve izah edilmektedir. Yazar, bu konuda kendi şahsî görüşünü de açıklamakta, malvarlığının bir tüm-lük olmayıp bir yığın olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre,

«Hak ve borçların aynı şahsa ait olması dolayısıyla tüm telakki edilmesi yanlıştır... hak ve borçlarla dolmuş olan ehliyet sahası bir tüm olabilir... Halbuki bu saha içinde yer alan haklar ve borçlar aralarında aynı sahaya dahil olmaktan başka rabıta bulunmayan unsurlardır. Bu yüzden de hepsi üzerinde tüm bir hukukî muamele ile tasarruf edilemez» (16).

Ancak yazarın bu görüşü kabul edilince, hukukî veya fiilî tüm-lük kategorilerini tamamen inkâr etmek gerekmektedir. Çünkü bu şartlara uygun hiçbir hukukî tüm-lük bizim hukuklarımızda mevcut olmadığı gibi, hiçbir hukukta da mevcut olmamıştır. Tereke üzerinde bile, ölüme bağlı tasarruflar dışında, tek bir işlemle tasarruf et-me imkânı söz konusu değildir.

Dördüncü paragraf ise, özel malvarlıklarına ayrılmıştır. Yazar, bu paragrafta özel malvarlığını izaha çalışan görüşleri incelemekte ve onları tenkid etmektedir. Özellikle yazar, gaye teorisini tenkid ile,

«Eğer hususî mâmeleke vücut veren unsur, gâye olsa idi, bir kimsenin mallarını dilediği gâyelere tahsis etmesi ile hususî mâmeleklerin meydana gelmesi gerekirdi. Halbuki hususî mâmelek ancak bir kanun hükmünden doğabilir» (17).

demektedir. Oysa, kanaatimizce, özel malvarlığı «kanunun izafe ettiği gâye» ile izah edilebilir. «Özel malvarlığı ancak bir kanun hükmünden doğabilir» prensibini de «ancak kanunun gâyesinden çıkarılabilir» diye anlamak gerekir. Yoksa, kaçınılmaz çelişmelere dü-

(15) Bu tartışmalar için bkz. **Cohen** 12.15; **Despax**, *L'entreprise et le droit*, Paris 1957, 365 is. ve özellikle **Kunzler**, *Das Nantissement du Fonds de Commerce*, Frankfurt-Berlin 1960, 12 is. **Cendrier** ise bu tartışma ve ayırımın hiçbir pratik önemi olmadığı kanaatindedir, bkz. sh. 55.

(16) Bkz. sh. 27-28.

(17) Bkz. sh. 32-33.

şülebilir ve *Ayiter*, bu çelişmeye düşmüştür de. Çünkü hem, özel malvarlığının kabulü için kanun hükmünü aramış, hem de aynı sayfada biraz aşağıda, Medenî Kanunda düzenlenmiş bile olmayan güven ilişkisinde güvenilen kişinin elinde bulunan mallar üzerindeki hakların (18) özel bir malvarlığı olduğunu Hak objesi olarak malvarlığı bahsine ayrılmış bulunan altıncı paragraf, yazarın oldukça başarılı olduğu bölümlerden biridir. Önemine göre, biraz kısa olmasına rağmen. Ancak, burada ifade edilen düşüncelerden birkaçına katılmakta tereddüt etmekteyiz. Önce, *Ayiter*'e göre, kaynağı aile hukukunda olan haklar, parayla ölçülebilirler bile BK. mad. 179 gereğince malvarlığı kavramına girmemektedirler (19). Oysa burada bir ayırım yapmak ve kaynağı aile hukukunda olan borçların, BK. 179 gereğince devralana geçip geçmeyeceğini de araştırmak gerekirdi. Sonra, *Ayiter*, işletmeyi yukarıda gördüğümüz gibi özel malvarlığı bile sağladığı halde,

«Kanun bir işletmenin devrini, mâmelek devrinin bir nev'i ve başlıca tatbik şekli olarak zikretmektedir» (20).

demektedir. Nihayet yazar, BK. mad. 179'un uygulanabilmesi için devralanın bir borçtan kurtarma taahhüdünde bulunmasını aramaktadır (21). Bu çözüm ise, BK. mad. 179'un düzenlediği borç naklinin kanuniliği ile bağdaşmaz. Yazar, bu konuda Federal Mahkemenin kararlarını incelemiş bulunsaydı, bu görüşün nasıl ve niye reddedildiğini de görecekti. Yazarın dayandığı *von Tuhr/Siegwart* ve *Buchli* ise, sadece devir sözleşmesinin pasifleri de ihtiva etmek gerektiğini söylemektedirler.

Bunun dışında, altıncı paragraf, malvarlığı devrinde tasarruf ve borçlandırıcı işlemleri iyi bir şekilde ayırabilmesiyle, malvarlığı devrinin bütün hukukî münasebetlerin devrini gerektirdiğini kabul et-

(18) Malvarlığı hakkında, bunların muhtevasının mallardan değil haklardan meydana geldiği konusunda büyük ve haklı bir titizlik gösteren *Ayiter*, nedense aynı endişeyi özel malvarlıkları hakkında duymamakta ve sık sık özel malvarlıklarının haklardan değil, mallardan ibaret bulunduğu anlamını verebilecek ifadeler kullanmaktadır. Meselâ, çocuğun malları, evlilik rejimindeki şahsî ve mahfuz mallar, Treuhander'in elindeki mallar, gibi.

(19) Bkz. sh. 46.

(20) Bkz. sh. 47.

(21) Bkz. sh. 49.

mesiyle, «devir» kelimesine verdiği haklı anlamla, ve bunlar gibi birçok noktalardaki görüşleriyle çok başarılıdır.

Ayiter, yine bu paragrafta, malvarlığını geri almak için tek bir dâva hakkı tanınmamış bulunduğunu belirtmekte ve geri dönen gaibin açacağı dâvanın küllî bir dâva olmayıp teker teker haklara yönelmiş aynî bir talep olduğunu çok haklı olarak ileri sürmektedir. Bu paragrafta yine ölünceye kadar bakma sözleşmesindeki durum ve miras sebebiyle istihkak dâvası da başarılı olduğunu sandığımız bir biçimde incelenmiştir.

Kitabın en uzun paragrafını teşkil eden aynî ikame bahsine ayrılmış yedinci paragraf da, medenî hukukun bu az bilinen konusuna, Gürsoy'un başarılı Miras sebebiyle İstihkak Dâvasından sonra önemli bir açıklık getiren ikinci eserdir.

Yazar, sekizinci paragrafı, malvarlığının unsurlarına ayırmıştır. Yukarıdaki paragraflar bakımından ileri sürdüğümüz övgüleri, bu paragrafta aynı rahatlıkla ileri süremeyeceğimiz için üzgünüz. Malvarlığı kavramını inceleyen bir eserde en önemli konu bu olmak gerekirdi. Ama, klâsik malvarlığı teorisinin temeli olan «*bona non intelliguntur*» kuralından bu bölümde söz bile edilmemiştir. *Birkmeyer* de bu kurala ayrılan bölüm 50 sayfa civarındadır. Yine, malvarlığının sadece aktiflerden mi, yoksa hem aktiflerden hem pasiflerden mi teşekkül ettiği konusundaki tartışmalar,

«Borçlar mâmeleke dahil midir, değil midir münakaşası asrın başında hayli kâğıt ve mürekkebe mal olmuştur. Fakat bu aslında pratik değeri haiz bir nokta da değildir» (22).

denilerek bertaraf edilmiştir. Oysa, malvarlığı hakkındaki bir etütte bu tartışmaların kimler tarafından ve hangi gerçeklerle yapıldığının belirtilmesi kaçınılmazdı sanıyoruz. Borçların, malvarlığının yükü mü, mütemmim cüz'ü mü olduğu mes'elesi, bu bakımdan Roma Pandekt hukuklarının sistemi ile bugünkü Alman ve İsviçre-Türk hukuklarının sisteminin karşılaştırılması da aynı ölçüde gerekliydi. İsviçre—Türk hukuklarının, borçları Alman hukukundan farklı olarak malvarlığının unsuru saydıkları hakkında bir görüş bulunduğu bile belirtilmeksizin, eserde, mirasçılar arasındaki müteselsil sorumluluğa dayanılarak borçların ayrı bir unsur olduğu görüşü ileri sürülmekte ve bunu kuvvetlendirmek için, BK. mad. 179'a da da-

(22) Bkz. sh. 95.

yanılmaktadır (23). Oysa, İsviçre—Türk hukuklarında, Alman hukukundan farklı olarak borçların malvarlığının bir yükü değil de onun bir unsuru olduğu görüşü, özellikle BK. mad. 179'a dayanılarak savunulmaktadır (24).

Yine malvarlığı haklarının kıstası hakkında *Binder* ile *Sohm* arasında yapılmış bulunan binlerce sayfalık tartışma, *Ayter*'in eserinde Türk okuyucusuna yeterince tanıtılmamıştır görüşündeyiz. Gerçi, bu paragrafta malvarlığı haklarının izahı için, ekonomik değer ve intikale elverişli (25) olma kıstasları yer almıştır. Ama, okuyucu, bu tartışmaların sonuçlarını olduğu kadar gerekçelerini de, malvarlığına tahsis edilmiş, üstelik hedef olarak hukuk öğreticisine almış bulunan bir monografide aramakta haklıdır sanıyoruz.

Yazar, malvarlığının unsurlarını sayarken iki kategoriye ihmal etmiştir. Önce, *Larenz* in tarifinde de (26) yer alan hukukî münasebetlerin artık haklar gibi malvarlığının bir unsuru olduğunda kuşku yoktur. Bunun gibi, hukukî durumların da, *Binder*'den beri, malvarlığı unsuru olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, malvarlığının unsurlarından olduğu tartışmalı bulunan zilyedlik, *Ayter* tarafından, aynı bir hak olarak, ve bu tartışmalara değinilmeksizin, malvarlığı unsuru sayılmıştır (27).

Eserin dokuzuncu paragrafı, haksız fiil açısından malvarlığına, onuncu paragrafı ise, malvarlığı ve sorumluluğa ayrılmıştır. Bu bahislerin biraz kısa tutulduğunu ifade etmek gerekir. Ancak yazar, bu konularla ilgili problemleri geniş ölçüde aynı ikame bölümünde ele almış bulunmaktaydı.

Sonuç kısmında ise yazar, klâsik malvarlığı anlayışını değerlendirmekte ve malvarlıklarına tüzel kişilik vermek isteyen görüşlere karşı çıkmaktadır. Ancak yazara göre, malvarlığı konusu hakkında sarıh hükümler koymakta ve bunlar üzerinde *uno actu* tasarruf imkânının tanınmasında fayda vardır (28). Yazara bu bakımdan tamamen katıldığımızı belirtelim. Bir malvarlığının ölümle geçişinde

(23) Bkz. sh. 96.

(24) Bkz. *Des Gouttes* sh. 9.

(25) *Sohm*'un düşüncesini daha iyi aksettirmek için, «intikale elverişli» olma deyiminin yerine, «tasarruf işlemine konu olabilme» yi kullanmayı tercih ederdik.

(26) Bkz. *Larenz*, Allg. Teil. sh. 306.

(27) Bkz. sh. 112.

(28) Bkz. sh. 142-143.

küllî, sağlararası bir işleme geçisinde ise, cüz'i intikal olayı yaratması yolundaki şeklî Roma Hukuku düzeni eskimiştir ve artık günümüzün gereklerine asla uymamaktadır.

Sonuç olarak, *Ayiter*'in bu eseri,, bütünüyle ve ilk adım olarak önemli bir katkıdır ve en az her hukuk öğrencisi tarafından okunmak gerekir. Belirtmeđe çalıştığımız noktalar ise, sadece dikkatli olmaya çalışan bir okuyucunun tereddütlerinden ibarettir.