

MÜLKİYETİ MUHAFAZA MUKAVELESİNİN TARAFLAR ARASINDAKİ HÜKÜMLERİ

Doçent Dr. Halid Kemal Elbir

- § 1. Şartın muallâk olduğu sırada hükümler: I. Meselenin hudutlandırılması. - II. Hükümler: 1) Satıcı zaviyesinden. 2) Alıcı zaviyesinden.
- § 2. Şartın ademi tahakkukunda hükümler ve istihkak iddiası :I. Umumi olarak. - II. Şartın ademi tahakkuku. - III. İstihkak iddiası ve fesih hakkı ile olan münasebeti: 1) Umumi olarak. 2) İstihkak iddiasının fesih hakkı ile münasebeti. - IV. Hesaplaşma tarzı ve tenzilât: 1) Umumi olarak. 2) «Münasip ücret». 3) Eskime tazminatı. - V. Ücret ve tazminat miktarının hududu: 1) Federal Mahkemenin 1936 içtihadı. 2) Federal Mahkemenin 1942 içtihadı. 3) Temyiz Mahkemesinin 1946 içtihadı. 4) Noktai nazarımız.

§ 1. Şartın muallâk olduğu sırada mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hükümleri

I. — MESELENİN HUDUTLANDIRILMASI.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin taraflar arasında meydana getirdiği hükümleri tetkik ederken, meselenin hudutlarını vazih bir surette çizmek; alım satım aktile, mülkiyetin satıcı uhdesinde hıfzını sağlayan mukavelenin hükümlerini birbirile karıştırmamak lâzımdır. Alım satım akti tamdır, satıcı teslim muamelesini yapmış, fakat bu teslim fiilinin menkullerde meydana getirdiği hukukî netice, yani mülkiyetin nakli, bir şartın tahakkukuna ve ekseriya semenin tamamen tediyesine talik edilmiştir*.

Müellifler, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hükümlerini tetkik ederken, bunları, semenin tamamen tediyesinden evvel ve sonra¹, yahut tescilden evvel ve sonra² diye iki safha nazara almağa mütemayildirler.

*) Bk.: Not (29) dakl makalemiz.

1) Dr. K. Fikret Arıko, Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, Ad. Cer. 1942, s. 1061 v.d.

2) Nafiz Zeki Ekemen, Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, İst. Bar. Mec. 1934, s. 339 v. d.

Bizce, böyle bir tafsile lüzum yoktur: *Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin, gerek taraflar beyninde, gerek üçüncü şahıslar muvacehesinde meydana getirdiği hükümleri, sırf tescil edildiği takdirde ve şartın tahakkukuna ve semenin tamamen tediyesine kadar geçen devre içinde ele almak iktiza eder.* Zira, ancak bu devre içinde muteber bir mülkiyeti muhafaza mukavelesile onun hükümlerinden bahsetmek mümkündür³. Gerçekten, mukavele tescil edilmeden önce, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hükümlerinden zaten bahsetmeye imkân yoktur. Mebi teslim edilmişse, tarafların, satılan malın mülkiyetini semenin tediyesi şartile veya diğer bir şartla devretmek hususundaki niyetlerine rağmen, alıcı malik olmakta, mebi üzerinde mülkiyet hakkının bahsettiği bilcümle selâhiyetleri istimal edebilmektedir. Kendisi, sadece *usus* değil, fakat *abususta* da bulunabilmekte; malik olması hasebile, *suiniyet sahibi olsalar dahi*, üçüncü şahısların kendinden iktisabı muteber telâkki edilmekte; şart hükümleri, ezcümle B. K. m. 150, tatbik edilememektedir. Zira burada satıcının şarta bağlı bir mülkiyet hakkından bahsetmeye imkân yoktur; mülkiyet zaten alıcıya geçmiştir. Buna mukabil satıcı, sadece akitten doğan haklarını kullanabilmektedir. Semen tediyesini talep edebileceği gibi, alıcının iflâsı halinde mal, İcra İflâs Kanununun 198 inci maddesi mucibince masaya dahil olacaktır⁴. Mebi henüz teslim edilmemişse, akte müsteniden, alıcının teslim ve nakli talebe selâhiyeti vardır (B. K. m. 182) .

Bununla beraber, *tescilden önce, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin taraflar arasında bir tek hükmünden bahsetmek mümkündür, o da, satıcının alıcıyı tescile icbar edebilmesidir.* Alıcı, mülkiyeti muhafaza mukavelesini inşa etmekle, onun tesciline dahi rızasını beyan etmiş demektir. Binaenaleyh, tescili kolaylaştırmak, alıcının bir borcudur. Bu borcu ifa etmemesi halinde, satıcı, B. K. m. 97 mucibince, masrafı alıcıya ait olmak üzere, tescil için icab eden hususları ispat ile hâkim tarafından tesbit ettirebilir ve böylece tescilde, alıcının beyanı yerine hâkimin hükmü kaim olur⁵.

Semenin tediyesinden sonra, şart tahakkuk etmiş olduğundan, artık mülkiyeti muhafaza mukavelesinin mevcudiyeti ve hükümlerinden bahse-

3) Bk.: Tem. İİD., 28.4.1951, E. 1003/K. 2302 sayılı kararı (İl. Huk. 1952, sayı 79, s. 1350).

4) Dr. Halid Kemal Elbir, Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin iflâs halinde icra ettiği tesirler, İst. Bar. Der., 1952, s. 385 v. d.; Arık, a. g. makale, s. 1061.

5) Dr. Hans Leemann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachenrecht I, Abteilung, Bern 1911, m. 715 şerhi, No. 52. (Arık, a. g. makale, s. 1062 den nakil).

dilemez. Tediye ile, mülkiyet *ipso jure*, yeni bir tasarrufî muameleye lüzum kalmadan alıcıya geçmiştir. Semen para olduğuna göre, (Tc. K. m. 699), tediyesinde borçlunun şahsının bir rolü yoktur ve B. K. m. 67 mucibince üçüncü bir şahıs tarafından ödenmesi halinde de şart tahakkuk etmiş olur⁶. Sicilde kayıt devam etse dahi, tediye ile mülkiyeti muhafaza mukavelesi ortadan kalkar ve mülkiyet alıcıya intikal eder⁷.

Demek oluyor ki; ne tescilden önce, ne de semenin tediyesinden veya şartın tahakkukundan sonra, hüküm icra eden bir mülkiyeti muhafaza mukavelesinden bahsedilemeyeceği için, bu mukavelenin hükümleri tetkik olunurken, *tescil edilmiş* bir mülkiyeti muhafaza mukavelesinin *şartın tahakkukundan ve ezcumle semenin tediyesinden evvelki* vaziyetini tasavvur etmek lâzımdır.

Buna mukabil şartın ademi tahakkuku veya semenin ademi tediyesi halinde Medenî Kanun, mülkiyeti muhafaza mukavelesine hususî ve ehemmiyetli hükümler tanımıştır. (M. K. m. 689; B. K. m. 222, 223). Bu halde, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hükümleri ayrı bir paragrafın mevzuunu teşkil edecektir⁸.

II. — HÜKÜMLER.

Şartın muallâkta bulunduğu devrede, yani semenin henüz tamamen tediye edilmediği veya mülkiyetin intikalinin bağlandığı sair şartın henüz tahakkuk etmediği devrede müseccel bir mülkiyeti muhafaza mukavelesinin taraflar arasında yarattığı hükümleri evvelâ satıcı, sonra alıcı cephesinden tetkik edebiliriz.

1. — Satıcı zaviyesinden :

a) *Umumî olarak.*

Mülkiyet satıcıda kalmıştır. Şartın tahakkuku ile mülkiyetin *ipso jure* alıcıya intikaline kadar satıcı aslî, alıcı fer'î zilyet durumundadırlar. *Hombberger*'in tebarüz ettirdiği veçhile: «Bugün mülkiyeti muhafaza mukavelesi hakkında hâkim olan fikre nazaran bu cihet tereddüdü mucip olamaz. Mülkiyeti muhafaza mukavelesine müsteniden satın alan kimse, bu mukavele mucibince, mülkiyetini kabul ettiği bayiin aslî ve bilvasıta

6) *Arık* a. g. makale, s. 1066.

7) Bk.: *Ekemen*, a. g. makale, s. 341.

8) Bk.: § 2.

olan zilyetliğini de izhar eder»⁹. Demek ki, satıcı mebiin aslı ve aynı zamanda bilvasıta (médiat) zilyedi, buna mukabil alıcı fer'î ve bilâvasıta (immédiat) zilyedi durumunda bulunmaktadırlar¹⁰ ve — taksitle alım satım halinde — son taksit ödeninceye kadar bu durumda hiç bir değişiklik vukubulmaz. *Gunther Witte* tarafından ileri sürülen nazariyeye göre, ilk taksidin ödenmesile, satıcının müstakil mülkiyeti müşterek mülkiyete inkilâp etmektedir¹⁰. Sayın *Dr. Gültekin* bu noktai nazarı haklı olarak tenkit etmektedir: «Zira mülkiyeti muhafazada mülkiyet, ödenen taksitlerle mütenasiben parça parça değil, son taksit ile ve kül halinde intikal eder. Sonra bu nazariye mülkiyeti muhafaza müessesesinin gayesine de muhaliftir. Çünkü mülkiyeti muhafazada satıcı için yegâne garanti, mülkiyet hakkının muhafazasile müşterinin malik gibi tasarruflarına mani olmakta mündemiçtir. Halbuki müşterek mülkiyet kabul edilecek olursa, müşteri hissesi üzerinde malik gibi tasarruf selâhiyetini ihraz edecektir»¹¹.

b) *Mebii mülkiyetinin satıcı tarafından bir üçüncü şahsa nakli veya mebi üzerinde aynî herhangi bir hak tesisi.*

Mülkiyet satıcıda kalmakla beraber, bu kalış şarta bağlı bulunduğundan, meşkûkiyet devresi içinde, *pendente condicione*, satıcı bu hakkını ancak kanunen tayin edilmiş hudutlar dahilinde kullanabilir.

Bu meşkûkiyet devresi içinde, satıcı mebi başkasına satar ve mülkiyetini nakle tevessül eylerse vaziyet ne olacaktır?

Mesele oldukça mühim ve naziktir. Burada, hukukî problem bakımından «Şartın tahakkukundan evvel yapılan temlikî her tasarruf, şartın hükümlerini ihlâl ettiği nispette batıl olur» diyen B. K. m. 150 f. 3 hükmü ile, «Bir menkulün, emin sıfatı ile zilyedi olan kimseden hüsnüniyetle mülkiyeti veya her hangi aynî bir hakkı iktisap olunursa, o kimsede bu tasarruflar icra mezuniyeti olmasa bile, iktisap muteber addolunur» diyen M. K. m. 901 kaidesinin çatıştığına şahit olmaktadır. Acaba hâdisemizde, B. K. m. 150 f. 3 ü harekete geçirip üçüncü şahsın iktisabını batıl mı, yoksa M. K. m. 901 in üstünlüğünü kabul ederek, üçüncü şahsın iktisabını muteber mi telâkki etmek lâzım gelecektir?

9) *Dr. A. Homberger*, Aynı haklar, 3. kısım, Zilyetlik ve tapu sicili (terc. Suat Bertan), Ankara 1950, m. 920, No. 17, s. 35.; Aynı fikir, *Leemann*, a. g. e., m. 715; No. 3; *Dr. G. Gültekin*, Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, 1947, s. 28; Aksi fikir, *Planck-Brodnan*, § 868; s. 90; (*Homberger*, a. g. e., m. 920, No. 17, s. 35 ten naklen).

10) *Gunter Witte*, Das Egeintum in Verhältnis zum Arwarstscheftsrecht auz bedingter Uberignung, Juristische Wochenschrift Jahrgang 63 1934, Heft 19, s. 1142 (*Gültekin*, a. g. e., s. 32 den naklen).

11) *Gültekin*, a. g. e., s. 33; Aynı fikir, *Leemann*, a. g. e., m. 715, No. 20, s. 335.

Kanaatimizce burada iki vaziyeti birbirinden ayrı olarak mütalea iktiza eder:

aa) *Satıcı, mülkiyetini mahfuz tuttuğu malı başka bir hukukî sebebe müsteniden alıcının elinden almış ve diğer bir kimseye satmış ve mülkiyetini nakle tevessül eylemiştir. Schwarz bu meseleye temas etmekte ve aynen şu misali vermektedir: «B bir tabloyu, M₁ e satarak mülkiyetini mahfuz tutmak şartile teslim eylemiş (böylece o tablo üzerinde talikî şarta bağlı olarak tasarrufta bulunmuş) iken, sonradan bunu M₁ den âriyeten geri alarak M₂ ye satar ve teslim ederse, burada M₂ tablonun mülkiyetini iktisap etmiştir, fakat bilâhere M₁ semeni tesviye ettiği takdirde M₂ nin lehine yapılmış olan tasarruf hükümsüz kalır. Ancak bu ikinci müktesibin hüsnüniyeti sabit olursa bu prensip tatbik olunmaz»¹².*

Demek oluyor ki bakılacaktır: Şayet üçüncü şahıs suiniyet sahibi ise, yani nâkilin böyle bir tasarrufa selâhiyetli olmadığını biliyor veya bilebilecek durumda ise¹³ zaten M. K. m. 901 hükmünü tatbik imkân kalmaz ve üçüncü şahsın iktisabı muteber telâkki olmaz. Şayet üçüncü şahıs hüsnüniyet sahibi bulunuyorsa, yani nâkili böyle bir tasarrufa selâhiyetli zannediyorsa — ki bu halde nâkilin o şey'e diğer bir hukukî sebebe müsteniden zilyet olması ekseriya bu zannı kuvvetlendirir — M. K. m. 901 hükmünü tatbik ile, iktisabını muteber kabul etmek lâzım gelecektir.

bb) *Satıcı, mülkiyetini mahfuz tuttuğu mal alıcının elinde olmakla beraber, onu diğer bir kimseye satmış ve mülkiyetini nakle tevessül eylemiştir.*

Burada satıcı, mülkiyetini mahfuz tuttuğu malı, mal alıcının uhdesinde iken satmış ve zilyetliğin havalesi yolu ile¹⁴ üçüncü şahsa nakletmeğe çalışmıştır.

Kanaatimizce bu vaziyette B. K. m. 150 f. 3 ü harekete getirerek, üçüncü şahsın iktisabını batıl telâkki eylemek gerekir. Gerçekten, hâdisemizde, M. K. m. 901 in aradığı şartlar tahakkuk etmemiştir: 1) Burada üçüncü şahsın hüsnüniyetinden kolay kolay bahsedemeyiz: Nakledilen mal nâkilin elinde bulunmadığına göre, üçüncü şahsın, onu

12) *Dr. Andreas B. Schwarz*, Borçlar hukuku dersleri, (tr. B. Davran), c. I, İst., 1948, § 44, s. 413.

13) Hüsnüniyet için bk.: *Dr. Ferit H. Saymen*, Aynı haklar, (şapiyografik notlar) s. 73 v. d.

14) *C. Wieland*, Les droits réels dans le Code Civil Suisse (tr. Bovay), Paris, 1913, C. II, m. 934, No. 2, s. 415.

böyle bir tasarrufa selâhiyetli zannettiğini ileri sürmesi kolay değildir. 2) Üçüncü şahıs bu hakkı, M. K. m. 901 in aradığı gibi, «emin sıfatile zilyet» olandan iktisab etmemiştir. Kanun 901 inci maddesile bütün hüsnüniyet sahibi müktesipleri himaye etmiş değildir. İktisabın muteber olabilmesi için o şeyin nâkile meselâ komisyoncu, nakliyecisi veya âriyet alan gibi bir sıfatla emanet edilmiş olması gerekir¹⁵. Diğer bir ifade ile nakilin bilvasıta değil, fakat bilâvasıta (immédiat) zilyet olması aranır¹⁶. Halbuki bu halde, mal alıcıda bulunduğuna göre, satıcı (hâdisemizde nâkil) bilvasıta zilyet durumundadır¹⁷. 3) Kaldı ki M. K. m. 892 mucibince zilyet olmakta devam eden alıcı, temlik eden kimse tarafından haberdar edilmedikçe, zilyetliğin havale yolu ile intikali ona karşı hüküm ifade etmeyecek ve temlik edene karşı ne gibi sebeplerden dolayı teslimden imtina edebiliyorsa aynı sebeplerden dolayı iktisab edene karşı da teslimden imtina edebilecektir.

Bütün bu söylenenleri, mebi üzerinde her hangi aynı bir hakkın tesis hakkında tekrar edebiliriz.

c) *Mebii geri isteme hakkı.*

Satıcı her istediği zaman, keyfî surette, sattığı şeyi geri alamaz. İade talebinde bulunabilmesi için, M. K. m. 689 ve B. K. m. 223 te derpiş edilen şartların tahakkuku aranır¹⁸.

d) *Muhafaza tedbirlerini alma hakkı.*

Alıcı vaziyeti tehlikeli görüyorsa, hakkını muhafaza için yapmağa selâhiyetli bulunduğu tedbirleri alabilir (B. K. m. 150 f. 2.).

e) *Semen alacağının satıcı tarafından temliki.*

Acaba, satıcı, mebi değil de, semen alacağını temlik ederse vaziyet ne olacaktır? Bu alacağın temlik ile birlikte, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin satıcıya bahsettiği haklar da temlik edilmiş farz olunacak mıdır?

Mesele ihtilâflıdır. Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin semeni teminat altına alma gayesini nazarı itibara alan bazı müellifler, bu mukaveleden doğan hakka *fer'î* bir hak nazarile bakmaktalar ve Borçlar Kanununun: «Alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada, rüçhan hakları ve diğer müteferrî haklar dahil olur» diyen 168 inci maddesine uyararak, semen alacağı temlik edildiği takdirde onun

15) *Wieland*, a. g. e., C. II, m. 933, 934, No. 2, s. 415.

16) Bilvasıta ve bilâvasıta zilyetlik için bk.: *Wieland*, a. g. e., C. II, m. 920, No. 2, s. 368.

17) Bk.: bu paragraf, II, 1, a. - Keza bk.: Alman M. K. m. 934.

18) Tafsilât için bk.: § 2.

fer'î olan mülkiyeti muhafaza hakkının da *ipso jure* devredilmiş bulunduğunu kabul eylemektedirler.

Bu eşas Alman hukukunda *Staudinger* tarafından müdafaa edildiği gibi İsviçrede *Thilo, Beck*, tarafından da kabul edilmektedir¹⁹. *Rossel* ve *Mentha* da aynı fikirdedirler²⁰ ve vaziyet bu şekilde kabul edilmediği takdirde, taksitle satış yapan bir tacirin aktif ve pasifi ile mamelekini iktisab edenin vaziyetinin ne olacağını sormaktadırlar²¹.

Türk hukuk doktrininde *Gücün*²², *Nafiz Zeki*²³, *Arslanlı*²⁴, *Arık*²⁵, *Gültekin*²⁶, tarafından aynı tez benimsenmiş bulunmaktadır. Ezcümle *Arık*, şunları söylemektedir: «Mülkiyeti muhafaza kaydı semenin hakikaten teminatı mahiyetindedir. Ve semenle birlikte intikal etmesi tabiidir. Sonra, semenin tediyesini temin eden bu kaydın temellük edene intikali, temlik edenle temellük edenin maksatlarına umumiyetle uygun düşecektir. Nihayet, mülkiyeti muhafaza kaydı şahsa bağlı haklardan olmadığı için B. K. m. 168 ile intikali menedilmiş değildir»²⁷.

Federal Mahkeme, 12 Şubat 1920 tarihli kararında, aynı noktayı nazarı güderek, semen alacağı üçüncü bir şahsa temlik edildiği takdirde mülkiyeti muhafaza kaydının da *ipso jure* temellük edene geçeceğini kabul etmiştir²⁸.

Keza İsviçrede, 19 Aralık 1910 tarihli Nizamnameyi ikmal eden 23 Aralık 1932 tarihli Nizamname²⁹ mükerrer 4 üncü maddede ve 12 nci maddeye ilâve ettiği üçüncü fıkrada, (daha önce, mülkiyeti muhafaza ile temin edilen bir alacağın naklini sicille şerhetmek zarurî değil iken)

19) *Arık*, a. g. makale, s. 1060. - *Arık, Leemann*'in da aynı kanaatte olduğunu söylemekte ise de, *Leemann*, a. g. e., m. 715, No. 24, s. 336 da başka bir fikir ileri sürmektedir.

20) *V. Rossel* ve *F. - H. Mentha*, Manuel de droit civil suisse, 2. bası, Genève, C. II, s. 404.

21) *Rossel* ve *Mentha*, a. g. e., C. II, s. 407.

22) *Cevat Abdürrahim Gücün*, Nazarı ve amelî hukuk dâvaları, İst. 1946, C. II, s. 22.

23) *Ekemen*, a. g. makale, s. 341.

24) *Dr. Halil Arslanlı*, Ticarî Bey', 3. bası, İst. 1953, s. 631, not (32 d).

25) *Arık*, a. g. makale, s. 1060.

26) *Gültekin*, a. g. e., s. 26, 27.

27) *Arık*, a. g. makale, s. 1060.

28) ATF 46 II 45; JdT. 1920, s. 308.

29) Recueil officiel des lois, arrêtés ordonances de la Confédération, 1933, s. 19. - Keza bk.: JdT. 1950 II s. 96. - Bu nizamnameler için keza bk.: *Dr. Halid Kemal Elbir*, Mülkiyeti muhafaza mukavelesine müteallik umumî mülâhazalar ve bu müessesenin hukukî mahiyeti, İst. Huk. Fak. Mec. 1952, C. XVIII, s. 279 v. d. § 2, III.

temliklerin tescilini sarahaten nazara almakta ve böylece aynı noktayı nazarı teyid eylemektedir.

Bu fikre mukabil İsviçrede *Guhl*³⁰, *von Tuhr*³¹, *Curti*³², Türkiyede *Arsebük*³³, *Göktürk*³⁴ aksi kanaattedirler. Ezcümle *von Tuhr* şöyle diyor: «Mülkiyeti muhafaza mukavelesi her ne kadar semenin tediyelerini garantilemek gayesini güdüyor ise de, B. K. m. 168 de mevzubahis fer'î hak mefhumuna girmez. Satıcı, semenin tediyeleri talebilenlikle birlikte mahfuz tuttuğu mülkiyeti de devrederek, ona mülkiyeti muhafazada mündemiç bulunan fesih hakkını temlik edebilir. Fakat temlik eden, temellük edene mebiin kıymeti semenden üstün ise semenin ademi tediyeleri halinde mevcut bulunan selâhiyetini de devretmiş midir? Bu kat'î değildir. Kanaatimizce, mülkiyeti muhafaza kaydı, ancak temliknamede tasrih edildiği takdirde temellük edene geçer»³⁵.

Fikrimizce, semen alacağı temlik edilirken, mülkiyeti muhafaza kaydının verdiği hak ayrıca temlik edilmediği takdirde, semenin ademi tediyeleri halinde, temellük eden M. K. m. 689 un tanıdığı hakkı ileri süremez. Bu hak, satıcının uhdesinde mahfuz tuttuğu *mülkiyet hakkına* istinad etmektedir ve bu iade talebi, bazı ufak farklarla, bir istihkak dâvasından başka bir şey değildir³⁶. Bundan dolayı, sadece alacağı temellük etmiş bulunan, fakat mebiin mülkiyeti kendisine geçirilmemiş olan şahıs, mülkiyet hakkının tezahürü olan istirdat dâvasını ikame edemez. Bizce burada, semen tediyeleri edilmediği takdirde, temellük edenin alıcıya karşı sadece bir şahsî dâvası mevcuttur. Mülkiyeti muhafaza kaydının bahsettiği hakkı dermeyan edebilmesi için, evvel emirde, *zilyetliğin havalesi* yoluyla, mebiin mülkiyetinin alacak hakkını temellük edene devri lâzımdır³⁷. Bu vaziyette, M. K. m. 892 f. 2 mucibince, bu hususun alıcıya ihbar edilmiş, keza sicille geçirilmiş bulunması icabetmektedir. Ancak bu halde temellük eden aynı zamanda M. K. m. 689 un tanıdığı hakkı alıcıya karşı dermeyan edebilir.

30) *Théo Guhl*, Le droit fédéral des obligations (tr. des Gouttes), Zürich 1947. § 34, s. 181.

31) *von Tuhr*, Partie générale du Code fédéral des obligations (tr. Torrenté-Thilo), 2. bası, Lausanne 1934, § 95, s. 739.

32) *Curti*, Commentaire (tr. Porret) 1912, m. 715 şerhi, No. 12, s. 547.

33) *Esat Arsebük*, Borçlar hukuku, Ankara 1937, § 98, s. 83. - karşılaştırm. 3. bası, 1950, § 101, s. 1075.

34) *Dr. H. A. Göktürk*, Borçlar hukuku, Ankara 1947, § 34, s. 277.

35) *Von Tuhr*, a. g. e., § 95, s. 738, 739.

36) Bk.: § 2.

37) Aynı fikir: *Leemann*, a. g. e., m. 715, No. 24, s. 336.

Arık tarafından ileri sürülen, mülkiyeti muhafazadan neşet eden hakların *ipso jure* alacağın temlikıyla temellük edene geçmesinin tarafların maksadına uygun düştüğü fikri de kabili tenkittir. Alacağın temlik yazılı şekle tâbi olup (B. K. m. 163) bu şeklin bir gayesi de tarafları düşünceye sevketmektir³⁸; binaenaleyh alacağı temellük eden mülkiyeti dahi uhdesine naklettirmemişse, bu vaziyetin rizikosunu göze almış demektir. Kaldı ki, B. K. m. 169 f. 1 hükmü bâkidir.

Burada, *Rossel* ve *Mentha* tarafından ileri sürülen noktai nazarı da cevaplandırmak isteriz. Müellifler, alacağın temlik ile birlikte mülkiyeti muhafaza kaydının kendiliğinden temlik edilmiş olduğunu beyan ederek³⁹ birkaç sahife sonra, aksi halde, taksitle satışı yapan bir tacirin aktif ve pasifi ile mamelekini iktisab edenin vaziyetinin tasavvur olunamayacağını ilâve etmektedirler⁴⁰. Bir ticarethane, sadece alacak ve borçlardan müteşekkil olmayıp, mamelekinde mülkiyet hakkı gibi haklar da bulunabilir. Ticaret Kanununun 46 ve müt. maddeleri ticarethanenin temlikinden bahsetmekle beraber, bu temlik tarzını tanzim eylemiş değildir. Alacak ve borçların temlik hususunda B. K. m. 179 kabili tatbik ise de⁴¹, *Bilgışin*'in dediği gibi: «Ticarethanenin temlikinde diğer unsurların tâbi olacağı hükümler ve şekiller, her biri hakkında ayrı ayrı mütalâa edilmelidir»⁴². İşte ticarethanede mevcut muhafaza edilmiş mülkiyet hakkı da bu sebeple, ancak mahiyetine uygun olan ve yukarıda izah ettiğimiz tarzda temlik edilebilir ve bu hal tarzı, ticarethanenin temlik hâdisesile hiçbir tenakuz arzetmez.

Semen alacağının temlik ile birlikte mülkiyeti muhafazanın *ipso jure* intikal etmiyeceğini kabul ettiğimiz takdirde, bu alacak hakkından ayrılan mülkiyeti muhafaza mukavelesi ne olacaktır? Meseleye temas eden *Galip Gültekin*, alacağın mülkiyeti muhafazasız devri halinde, mülkiyeti muhafaza hakkının satıcı uhdesinde sukut edeceğini, alacak hakkı kalmadığı için, bu mukaveleden neşet eden hakkın dermeyeran edilemiyeceğini söylemektedir⁴³. Biz bu kanaate iştirak etmemekteyiz. Bizce, semen alacağı temlik edilmiş olmasına rağmen, mülkiyeti muhafazadan doğan hakların temlik edenin uhdesinde kaldığını kabul etmenin çok mühim pratik

38) Bk.: Dr. Kemaleddin Birsen, Borçlar hukuku dersleri, C. I, 2. bası, İst. 1944, s. 102, Schwarz, a. g. e., § 29, s. 241.

39) Bk.: Not (20).

40) Bk.: Not (21).

41) Bk.: Şevket Memedali Bilgışin, Ticaret hukuku prensipleri, C. I, 3. bası, İst. 1950, s. 238 v. d.

42) Bilgışin, a. g. e., C. I, s. 240.

43) Gültekin, a. g. e., s. 26, 27.

faydaları vardır: Evvel emirde, temellük edenin rücuu halinde, temlik eden, mahfuz tuttuğu hakka istinaden temellük edeni tatmin edebilecektir. Keza, semen alacağının tekrar satıcıya temlikinde, satıcı, mülkiyeti muhafaza kaydile temin edilmiş bir alacağa sahip bulunacaktır.

f) *Semen alacağının satıcı tarafından rehnedilmesi.*

Alacaklar ve sair temlik kabil haklar üzerinde rehin tesis edilebilir (M. K. m. 868 ve müt.). Satıcının semen alacağını rehnetmesinde bir mahzur yoktur. Bu vaziyette, satıcı bu alacağı mütalebe edebildiği gibi tahsil de edebilir ve mürtehin olan alacaklısı tarafından bu tedbirleri yapmağa icbar dahi edilebilir. Alıcı, rehinden haberdar edilmiş ise, borcunu alacaklısı mürtehinden hiç birine diğerinin rızası olmaksızın ödeyemez. İttifak edemedikleri halde borcunu resmî bir mercie yatırmağa mecburdur (M. K. m. 875). Semen alacağının rehnedilmesile, rehinli alacaklı mülkiyeti muhafaza kaydından istifade edecek değildir, zira onun, alacağı, zaten semen alacağı rehnedilmekle teminat altına alınmıştır.

Federal Mahkeme, 6 Eylül 1949 tarihli kararında ⁴⁴ semen alacağının rehninde, bu rehnin sicile kaydına lüzum olmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, mülkiyeti muhafaza sicillerinin muhtevası 19 Aralık 1910 ve onu ikmal eden 23 Aralık 1932 tarihli nizamnamelerle tespit olunmuştur. Daha önceleri mülkiyeti muhafaza mukavelesile temin edilen bir alacağın naklini sicile şerhetmek zarurî değil iken ⁴⁵, nizamnamenin yeni (mükerrer 4) üncü maddesi, temliklerin tescilini sarahaten nazara almaktadır. Bu hüküm, alacak hakkının rehnine kıyasen tatbik olunamaz. Ahval ve şerait aynı değildir. Temlik halinde, alacaklının şahsı değişmekte, rehin halinde ise alacaklı aynı şahıs olarak kalmaktadır. Keza Nizamnamenin içtihatla doldurulması icabeden bir boşluğundan da bahsolunamaz. 23 Aralık 1932 tadilini ortaya koyan ihzarî çalışmalar, böyle bir boşluğun bulunmadığını göstermektedir; zira tadil projesinde sarahaten, yalnız alacağın temlik değil, fakat alacağın rehni halinde dahi sicile şerh derpiş edildiği halde, muhtelif icra daireleri nezdinde yapılan bir anket neticesinde alacak hakkının rehninde şerhten vaz geçilmiştir ⁴⁶.

Leemann, satıcı talep hakkını rehnettiği takdirde, bunun mülkiyeti muhafaza şartından feragat ettiğine dair kat'î bir emare teşkil etmiye-

44) JdT 1950 II, s. 95 v. d.

45) JdT 1915 II, s. 162.

46) JdT 1950 II, s. 96.

ceğini, ahval ve vaziyete göre tetkik olunması icab ettiğini ileri sürmektedir⁴⁷.

2. — Alıcı zaviyesinden :

a) *Umumî olarak.*

Alıcı, fer'î zilyet sıfatile⁴⁸ zilyetlik haklarından istifade eder. Henüz malik olmaması hasebile, kendisinin *usus* hakkı mevcut, fakat *abusus* hakkı yoktur. Bununla beraber, başka bir makalede izah edeceğimiz veçhile bazı hallerde mebiin başkasına satılması veya imal edilmesi⁴⁹ mümkündür. Fakat şart tahakkuk edip, mülkiyet kendisine intikal edinceye kadar alıcı, satıcının mülkiyet hakkını ihlâl edecek tasarruflarda bulunamaz⁵⁰. Meselâ, mebi terhin, tahrip edemez veya bir gayrimenkulün mütemmim cüzü haline getiremez⁵¹. Böyle bir tasarrufa tevessül halinde, satıcı, şarta bağlı hakkının tehlikeye maruz kaldığından bahsile hakkını muhafaza için gerekli tedbirlerin ittihazını hâkimden talep edebilir (B. K. m. 150 f. 2).

b) *Alıcının haklarının mirasçılara intikali.*

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinde, mülkiyetin nakil keyfiyetinin tâlik edildiği şart her hangi vukuu meşkûk ve müstakbel bir hâdisenin meydana gelmesi ve ekseriya semen borcunun tamamen tediyesidir. Bunlardan hiç biri alıcının şahsı ile kaim bir vaziyet olmadığına ve bilhassa semenin tediyesi, bizzat yapılması lâzım olan bir şey bulunmamasına mebni B. K. m. 153 ve M. K. m. 539 mucibince, alıcının şarta bağlı temellük hakkı, ölümünde mirasçılara intikal eder.

c) *Semen borcunun nakli.*

Semen borcu B. K. m. 173 e göre nakledildiği takdirde acaba satıcı, mülkiyeti muhafaza kaydını müteahide yani borcu yüklenene karşı ileri sürebilir mi?

Borcun nakli, — alacağın temlikinde borçlunun vaziyetinden farklı olarak — alacaklının irade beyanile vaki olduğundan⁵², bu irade beyanı

47) *Leemann*, a. g. e., m. 715, No. 22, s. 335, 336.

48) Bk.: Bu paragraf (II, 1, a) daki tafsilât.

49) Tafsilât için bk.: *Dr. Halid Kemal Elbir*, Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin mevzu'u (İst. Bar. Der. 1953 te neşrolunacaktır).

50) *Leemann*, a. g. e., m. 715, No. 16, s. 334.

51) Tafsilât için bk.: No. (49) daki yazımız.

52) *Dr. Ferit H. Saymen*, Borçlar hukuku dersleri, C. I, İst. 1950, s. 270; *von Tuhr*, a. g. e., § 99, s. 775.

ile mülkiyeti muhafaza kaydından feragat ediyor, «borçlunun değişmesini kabul eden alacaklı, borcu devralanın ödeme kabiliyetini haiz olduğunu tahkik etmesi icab ederdi»⁵³ denilebilirse de, kanaatimizce burada kıyasen B. K. m. 176 yı tatbik ederek, borçlu değişmiş olmasına rağmen, mülkiyeti muhafaza kaydının yeni borçluya karşı dermeyeranını mümkün görmek iktiza eder. Zira alacaklı, borcun naklini kabul etmekle kendi durumunu daha kötü bir hale sokmak istememiştir⁵⁴. Alacaklının arzusu, borcun nakline rağmen, semen tediye edilinceye kadar, bu tediyeenin bir nevi teminatını teşkil eden, mebiin mülkiyetini muhafaza etmektir. Borcun naklinde, tecditten farklı olarak⁵⁵, borç olduğu gibi kaldığından ve yalnız borçlu değiştiğinden⁵⁶ kaide olarak borcun tediyesini temin eden teminat hakları sukut etmemektedir. Satıcıya her hangi bir aynî teminattan dahi daha kuvvetli bir aynî hak, mülkiyet hakkını tanıyan mülkiyeti muhafaza kaydına bu kaideyi evleviyetle tatbik etmek lâzımdır.

d) *Alıcının cezaî mes'uliyeti.*

Bazı hallerde, alıcının mebi, şartın tahakkukundan evvel satabileceğini, işleyebileceğini söylemiş bulunuyoruz⁵⁷. Fakat bu hak kendisine sarahaten veya zımnen tanınmamış bulunduğu takdirde, ve keza alıcının sair temlikî tasarrufları halinde, satıcının alıcıya karşı kullanabileceği bir *cezaî müeyyide* mevcuttur. Gerçekten Ceza Kanununun 508 inci maddesi mucibince, «Her kim başkasına ait olup ta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya *her ne namla olursa olsun* teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satar veya rehnedir veya sarf ve istihlâk eder yahut ketim ve inkâr eyler ve yahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikâyeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasile cezalandırılır».

Demek oluyor ki, mülkiyeti muhafaza şartile, ve satış sebeble teslim edilen bir şeyi, tarafların niyetine aykırı surette kullanan veya temlik eden alıcının hareketi emniyeti suiistimal suçunu teşkil etmeğe ve tecziye edilmeğe müsaittir⁵⁸ ve hüsnüniyet sahibi müktesiplere karşı, bir hak

53) Dr. Ferit H. Saymen, Borçlar, s. 270.

54) von Tuhr, a. g. e., § 99, s. 776; Saymen, Borçlar, s. 270.

55) Bk.: Von Tuhr, a. g. e., § 99, s. 773.

56) Bk.: von Tuhr, a. g. e., § 99, s. 776; Saymen, Borçlar, s. 270. - Keza bk.: Dr. Fritz Funck, Commentaire du Code fédéral des obligations, Paris - Neuchatel, 1930, m. 178, s. 129, 130.

57) Bk.: Not (49) daki yazımız.

58) Bu hususta bk.: Dr. A. Jauffret, La vente à tempérament des valeurs mobilières devant la loi pénale, Paris 1928. - Keza, Federal Mahkemenin tarihsiz bir kararı: Huk. ve İct. Der., yıl 2, sayı 12; s. 282 v. d.

iddia edilemezse de, alıcı aleyhine hukukî müeyyidelerden başka bir cezaî müeyyide de mevcuttur⁵⁹.

e) *Nefi ve hasarın intikali.*

Şartın muallâkta bulunduğu devrede mebiin nefi ve hasarının kime ait bulunacağı suali hatıra gelebilir⁶⁰.

Mülkiyeti muhafaza ile satış halinde, B. K. m. 183 f. 3; Tc. K. m. 697 bend 3 ve B. K. m. 151 f. 2 nin tatbik edilip edilmeyeceği düşünülebilir. B. K. m. 163 f. 3 te nefi ve hasarın aktin in'ikadı ânından itibaren alıcıya intikal edeceği kaidesine bir istisna vaz edilmekte (B. K. m. 183 f. 1) ve «Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku ânından itibaren iktisab edene geçer» denilmektedir. B. K. m. 151 f. 3 mucibince de, «Şart tahakkuk etmezse, alacaklı elde ettiği menfaatleri red ile mükelleftir». Tc. K. m. 697 ye göre, «Mebii teslimi hususunun tehiri şart edilmişse» akit tamam olduktan sonra mebie âriz olan hasar kazaen vukubulsa bile satıcıya aittir. Keza Tc. K. m. 704 cümle 2 mucibince, müşterinin tamamen ifa etmezden evvel mebie malik olmayacağı hakkında bir «şart ile vukubulan beyde teslim edilen mebiin hasarı vakti teslimden itibaren müşteriye intikal» etmektedir.

Nefi ve hasar meselesi karşısında metinlerde bir karışıklık var gibi görünmektedir. Problemi hal zımında meseleyi Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu zaviyesinden ayrı ayrı tetkik ile bir neticeye varmak isteriz.

aa) *Borçlar Kanunu bakımından.*

Borçlar Kanununun 183 üncü maddesinde mevzuubahs edilen «talikî şart ile yapılan akit» tir. Halbuki, mülkiyeti muhafazada talikî şarta bağlı bulunan alım satım akti değil, fakat, *mülkiyeti nakil keyfiyetidir*⁶¹. Yoksa akit şartsız olarak in'ikat etmiş vaziyettedir ve bu sebeble nefi ve hasar mevzuunda B. K. m. 183 f. 3 ü değil, fakat nefi ve hasarın aktin in'ikadı ânından itibaren alıcıda bulunduğunu beyan eden 183 üncü maddesinin birinci fıkrasını tatbik iktiza eder⁶².

59) Tafsilât için bk.: Dr. Sulhi Dönmezer, Ceza hukuku, hususî kısım, İst. 1953, s. 199 v. d.

60) Umumi olarak hasar problemi için: Dr. Andreas B. Schwarz, Satış aktinde hasarın intikali (terc. K. Ayiter), Ank. Huk. Fak. Der., 1947, C. IV, sayı 1 - 4, s. 159 v. d.; Dr. Reha Poroy, Le transfert des risques dans le contrat de vente, Montreux 1950; Arslanli, a. g. e., s. 169 v. d.

61) Tafsilât için bk.: Not (29) daki yazımız.

62) Aynı kanaat: von Tuhr, a. g. e., § 85, No. 24; Ekemen, a. g. makale, s. 334; Arslanli, a. g. e., s. 243; Leemann, a. g. e., m. 715, No. 19, s. 335; Arık; a. g. makale;

Aynı mütalâayı B. K. m. 151 f. 2 hakkında da serdetmek mümkündür. Bu hükümde mevzuubahis edilen *alım satım aktine bağlı* bulunan talikî şartın ademi tahakkuku halinde elde edilen menfaatin iadesidir. Halbuki mülkiyeti muhafazada *mülkiyeti nakil keyfiyeti* bir şarta bağlı bulunduğu için, kanaatimizce bu halde B. K. m. 151 f. 2 tatbik edilemez, semenin ademi tediyesi halinde iade edilecek hususların hesap tarzını teferruatlı bir şekilde tanzim eden M. K. m. 689 ile B. K. m. 223 hükümleri cereyan eder ⁶³.

bb) *Ticaret hukuku bakımından.*

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi halinde Tic. K. m. 704 te vaz edilen kaide Borçlar Kanununkinden bir az farklıdır. B. K. m. 183 f. 1, hasarın *aktin in'ikadı ânından itibaren* alıcıya intikal ettiğini kabul eylediği halde, Tc. K. m. 704 e göre «bu şart ile vukubulan beyide teslim edilen mebiin hasarı *vakti teslimden itibaren* müşteriye intikal» etmektedir.

Türk Ticaret Kanununun varmış olduğu netice, umumî surette, Borçlar Kanununun prensibine nispetle daha yerindedir: Esasen satıcı, mebi üzerindeki bilâvasıta hâkimiyeti ve ondan istifadeyi, muhtemelen daimî olarak, alıcı lehine elden çıkarmış ve yalnız kendisine teminat olmak üzere mülkiyeti ve bilvasıta zilyetliği ⁶⁴ uhdesinde muhafaza etmiştir. Buna rağmen hasara katlanması ve menfaatlerden faydalanması hiç te âdilâne olmaz ⁶⁵. Bu noktai nazardan hareket eden bazı modern kanunlar Alman M. K. m. 446 f. 1 de vaz edilen bu prensibi benimsemişlerdir.

Ezcümle 1942 İtalyan M. K. m. 1523 e göre: «Mülkiyeti muhafaza mukavelesi ile alım satımda, alıcı semenin son taksitini tediye etmek suretiyle şey'in mülkiyetini iktisab eder, fakat *teslim ânından itibaren* hasar kendisine ait olur». Keza Amerikan *Uniform Conditional Sales Act* m. 27 mucibince: «Malların alıcıya *tesliminden sonra* ve bunların satıcı tarafından geri alınmasından evvel, mallarda vukua gelecek zarar ve hasar rizikosu alıcıya aittir».

Tc. K. m. 704 hükmünden bahsederken, Tc. K. m. 697 ye de temas icab eder. T c. K. m. 696; B. K. m. 183 f. 1 gibi *akit tamam* olduktan

s. 1065; Meseleyi yalnız Borçlar Kanunu zaviyesinden ele alıp, ticaret hukukuna temas etmeyen Dr. Reha Poroy da aynı neticeye varmaktadır (a. g. e., s. 55). - Gültekin, a. g. e., s. 30.

63) Bk.: § 2.

64) Bk.: Bu paragraf, II, 1, a.

65) Aynı fikir: *Enneccerus - Lehmann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, C. II, Lehmann tarafından 13. bası, Tübingen 1950, s. 461. - Krs. Arslanlı, a. g. e., s. 243.

sonra hasarın alıcıya ait bulunacağı prensibini kabul etmiş, yalnız 697 nci maddesinin 3 numaralı bendinde bu prensibin istisnalarından biri vaz olunmuştur. «Mebii teslimi hususunun tehiri şart edilmiş ise» akit tamam olduktan sonra dahi hasar satıcıya ait kalmaktadır. Bu hükmün şarta muallâk akitlere teşmiline hukuken imkân yoktur. 697 nci maddedeki istisna borç bakımından tekemmül etmiş olup, teslim hususunun tehir edildiği akitler hakkındadır. Şarta muallâk akitlerle bu nevi akitler arasında mühim fark vardır. Şartlı akitlerde aktin hükümleri muallâktadır. Yani alıcının talep hakkı ve borçlunun aslî borcu henüz doğmuş değildir, doğumları şartın tahakkukuna bağlıdır. Halbuki 697 nci maddenin 3 üncü fıkrasındaki akit tipinde borç doğmuştur, müşterinin teslim talebi de mutlaktır, yalnız ifa hususu muayyen bir vaadeye kadar tehir edilmiştir»⁶⁶. Demek oluyor ki, Tc. K. m. 697, bent 3 ile B. K. m. 183 f. 3 aynı şey değildir. B. K. m. 183 f. 3, *akit* taliki bir şarta tâbi ise tatbik edilmekte, buna mukabil Tc. K. m. 697 bent 3 ten, satıcının vecibesini teşkil eden muamelenin *ifası tehir* edilmişse bahsedilebilmektedir.

Tc. K. m. 697 bent 3 ile Tc. K. m. 704 cümle 2 nin de bir alâkası yoktur. Tc. K. m. 704 te, teslim vecibesi, ifa edilmekte, sadece mülkiyet satıcının uhdesinde mahfuz tutulmaktadır ve hasar zilyetliğin devri ânından itibaren alıcıya intikal eylemektedir. Halbuki Tc. K. m. 697 bent 3 te, satıcının aslî borcunun ifası tehir edilmiştir.

Söylediklerimizi topluyarak şu neticeye varabiliriz:

Mülkiyeti muhafaza kaydile yapılan satışlarda, nefi ve hasar alıcıya aittir kaidesi bâkidir. Yalnız *adî alım satımlarda* bu aidiyet aktin in'ikadı ânından itibaren olduğu halde, *ticarî alım satımlarda* hasarın alıcıya ait bulunmasının mebdeini mebiin teslim tarihi teşkil eder. Tc. K. m. 704 yalnız hasardan bahsediyor ise de, kıyas tarikile menfaatlerin de mebdeini aynı tarihe bağlamak lâzımdır.

§ 2. Şartın ademi tahakkukunda mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hükümleri ve istihkak iddiası

I. — UMUMÎ OLARAK.

Şartın ademi tahakkukunda mülkiyeti muhafaza mukavelesinin taraflar arasında icra edeceği hükümler, müessesenin en ehemmiyetli meselelerinden birini teşkil etmektedir.

66) *Arslanlı, a. g. e., s. 239 v. d.*

Türk - İsviçre vazı kanunu, gerek B. K. m. 222 ve 223 te, gerek M. K. m. 689 da meseleyi yalnız taksitle satış zaviyesinden tanzim eylemektedir:

a) *Taksitle alım satım aktinde*, alıcı taksidin tediyesinde mütemerit vaziyette bulunuyorsa satıcı, alıcıya karşı, borç münasebetinden doğan *nisbî haklarını* dermeyan edebilmektedir. Borçlar Kanunu, taksitle satışlarda, alıcının temerrüdüne terettüp eden neticeleri, taksitle alım satımların müşteri için arzettikleri tehlikeyi nazarı itibara alarak⁶⁷, ayrı bir surette tanzim etmiştir.

B. K. m. 222 mucibince: «Menkul bir mal semeni taksitle tesviye edilmek şartile satım ve teslim edilip te, alıcı taksitlerden birini tediye eden temerrüt ettiği halde, satıcı o taksitin tediyesini talep edebileceği gibi kendisi için bu hakkı muhafaza etmiş ise, satılanın mülkiyetini iddia veya satımı feshedebilir». Keza, B. K. m. 223 e göre: «Satılanın mülkiyetini iddia eden satıcı hakkında mülkiyeti muhafaza şartına müteallik olan hükümler tatbik olunur. - Satıcı, satımı feshettiği halde, satıcı ve alıcının herbiri, diğerinden aldığı şeyi iade ile mükelleftir. Satıcı her halde, münasip bir kira karşılığı talep edebileceği gibi, satılan bozulmuş ise tazminat dahi isteyebilir. - Alıcıya bundan ziyade borç tahmil eden mukaveleler bătıldır»⁶⁸.

b) Buna mukabil, *mülkiyeti muhafaza mukavelesinde*, taksidin tekiye edilmemesi halinde, *aynî hakkın* ne suretle iddia edileceği, B. K. m. 223 f. 1 deki atıftan da anlaşılacağı gibi M. K. m. 689 da gösterilmektedir. Madde hatırlardadır: «Taksit ile mal satan kimse, mülkiyeti muhafaza mukavelesine istinat ile, sattığı malın iadesini ancak almış olduğu taksitlerden malın kullanılmakla eskimesinden mütevellit tazminat ve münasip bir ücret mikdarını tenzil ederek, mütebakiyi geriye vermek şartile talep edebilir».

B. K. m. 223 ve M. K. m. 689, alıcıyı korumak için vaz edilmiş bulunmaktadırlar⁶⁹. *Temyiz*'in bir kararında tebarüz ettirildiği veçhile, bu maddeler «müşterileri korumak için, bağıt serbestliği takyit edilerek konmuştur»⁷⁰. Gerek iktisadî ve gerek sosyal bakımından zayıf olan

67) Bk.: Not (29) daki yazımız. - Bu mevzuda çok yeni bir etüd olarak: *Emile Thilo*, Vente à tempérament et réserve de propriété, Journal des Tribunaux, 1952, s. 572 v. d. - Keza Federal Mahkemenin hiç bir yerde nesredilmemiş bu kararının *Emile Thilo* tarafından notu: JdT 1952, s. 579 v. d.

68) Bu son fikir için yeni bir Federal Mahkeme kararı: JdT 1952, s. 579 v. d.

69) Bk.: *Wieland*, a. g. e., C. I, s. 436; *Rossel ve Mentha*, a. g. e., C. II, s. 403.

70) Tem. Tc. D., E. 944/2916, K. 603, Tarih: 7.III.946, İst. Baro Mec. 1947, s. 180 v. d.

tarafın himayesini istihdaf eden ⁷¹ ve M. K. m. 689 u tamamlayan ⁷² bir hüküm olmakla beraber, M. K. m. 689 ile B. K. m. 222 ve 223 ün tamamen aynı hususu tanzim ettikleri söylenemez ⁷³. B. K. nun mezkûr hükümleri, alıcının, *alım satım akti cephesinden* temerrüdünü ele alıp tanzim ettiği halde, M. K. m. 689 da ön plânda bulunan, *mülkiyeti muhafaza mukavelesinde*, şart tahakkuk etmediği takdirde, mebi üzerinde mahfuz tutulmuş bulunan mülkiyet hakkının alıcıya ne şartlar tahtında dermeyan edilebileceğidir. Gerek Borçlar Kanunu hükümlerinde, gerek Medenî Kanununun mezkûr maddesinde mevzuubahis edilen hâdise aynidir: taksit tediye edilmemiştir. Fakat bu ademi tediye B. K. m. 222 ve 223 te *borcun ademi ifası* mahiyetinde olduğu halde M. K. m. 689 da mülkiyetin intikal şartının *ademi tahakkuku* karakterini taşır.

Bu maddelerin tefsirinde daima bu iki cephe göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla beraber, itiraf etmek lâzımdır ki, bu hükümlerle, alım satım aktile ona bir *pactum adjectum* olan ⁷⁴ mülkiyeti muhafaza mukavelesi birbirine fevkalâde yaklaşmakta ve hattâ bazı hususlarda kaynaşmaktadır. Bu hususa mülkiyeti muhafazadan mütevellit istihkak dâvasile, akitten doğan fesih hakkı arasındaki münasebet tetkik edilirken daha teferruatlı bir şekilde avdet edilecektir.

Derhal şunu belirtmek lâzım gelmektedir: Vazı kanun, şartın ademi tahakkukunda mülkiyeti muhafaza mukavelesinin icra edeceği hükümleri gerek B. K. m. 222 ve 223, gerek M. K. m. 689 da *yalnız taksitle satış halleri için* nazarı itibara almıştır. Taksitle satış, mülkiyeti muhafaza kaydının en ziyade tatbik edildiği hal olmakla beraber yegâne değildir. Bu müessese bilcümle kredi ile satışlarda ve keza teslim olunan mebiin mülkiyetinin intikalini her hangi bir şarta bağlayan bilcümle alım satımlarda kabili tatbiktir ⁷⁵. Bizce, M. K. m. 689 daki hükmü yalnız taksitle satışlara inhisar ettirmek doğru olmaz. Aynı hükmü, kıyasen, diğer mülkiyeti muhafaza kaydile yapılan satışlara da teşmil etmek mümkündür. Muhtelif hallerde M. K. m. 689 hükmü şu suretle tatbik olunacaktır:

a) Şayet mülkiyetin intikali *semenin tediyesinden başka* bir şartın tahakkukuna tâlik edilmişse ve bu şart tahakkuk etmemişse, satıcı mülkiyeti muhafaza mukavelesine istinat ile sattığı malın iadesini, ancak

71) *Arsebük*, Hususi akit tipleri üzerinde incelemeler, Ankara Huk. Fak. Der 1948, C. V, s. 95.

72) *Arsebük*, a. g. makale, s. 97.

73) Bk.: *Arslanlı*, a. g. e., s. 652, Not: 37.

74) Bk.: Not (29) daki yazımız. - *Emile Thilo*, Pactum reservati dominii et vente à tempérament, Lausanne 1906, s. 77 v. d.

75) Bk.: Not (29) daki yazımız.

almış olduğu semenden malın kullanılmakla eskimesinden mütevellit tazminat ve münasip bir ücret miktarını tenzil ederek, mütebakiyi geri vermek şartile talep edebilecektir.

b) *Alım satım kredi ile yapılmışsa* ve mülkiyetin intikali semen borcunun tediyesine talik edilmişse, semenin ademi tediyesinde, satıcı, mebiin iadesini talep ederken, alıcıya her hangi bir meblâğ iadesile mükellef değildir, zira kendisi henüz semeni ne kısmen, ne de tamamen almış değildir. Buna mukabil alıcıdan, mebi ile birlikte eskime tazminatı ile münasip bir ücret talep edebilir.

c) Nihayet *taksitle satış halinde* M. K. m. 689 ve B. K. m. 222, 223 olduğu gibi tatbik edilecektir.

Demek oluyor ki, M. K. m. 689 yalnız taksitle satıştan bahsediyor ise de, bu hükmün tatbik sahası daha geniş olup, bilcümle mülkiyeti muhafaza kaydile yapılan satışlara şamildir.

II. — ŞARTIN ADEMİ TAHAKKUKU.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinde, mülkiyetin intikal keyfiyetinin bağlandığı şart ya her hangi bir vukuu meşkûk ve müstakbel hâdise veya semenin veya taksidin tediyesi olabilir⁷⁶. Bu şart, her hangi bir hâdise ise, mesele kolaydır: Hâdise tahakkuk etmediği takdirde, şartın ademi tahakkukundan bahsederek M. K. m. 689 u faaliyete geçirmek imkân dahiline girer⁷⁷. Fakat bu şart, her hangi bir hâdisenin vukuu olmayıp, semenin tamamen tediyesi veya taksidin tediyesi ise vaziyet biraz güçleşmektedir. Acaba alıcının fiilen semeni veya taksidi tediyeye eylememesi, şarta tahakkuk etmemiş nazarile bakmaya kâfi midir, yoksa alıcının *hukuken* mütemerrit halde olması mı aranacaktır? *Fiilî* ademi tediyeye şartın ademi tahakkuku için kâfi görülecekse, M. K. m. 689 u tatbik için alıcıyı ayrıca mütemerrit hale sokmağa lüzum kalmadığı halde *hukuken* ademi tediyeden bahsederek, M. K. m. 689 u harekete geçirmek için evvel emirde alıcıyı mütemerrit hale sokmak icab edecektir.

Kanaatimizce, M. K. m. 689 u tatbik için evvelâ alıcının semeni veya taksidi tediyede mütemerrit olması gerekir. Bu neticeye B. K. m. 222 den hareket etmek suretile varmaktayız. B. K. m. 222, mülkiyeti muhafaza kaydını dermeyan için, sarahaten «tediyeden *temerrüt*» edilmiş olmasını

76) Tafsilât için bk.: Not (29) daki yazımız.

77) Bk.: Bu paragraf, I.

aramaktadır ki, taksitle satışlara müteallik bulunan maddenin bu ifade tarzını kredi ile satıma da teşmil mümkündür (B. K. m. 211 f. 3).

Fakat, *alıcının semeni veya taksidi tediyeyle sadece temerrüdü, şartın ademi tahakkukunu ifade etmez*. Zira bu takdirde alıcı veya üçüncü şahıs muahhar bir tediye ile dahi şartı tahakkuk ettiremeyecektir ki, bu tahammül edilmez neticeler tevhit edebilir. Bu sebeple şartı tahakkuk etmemiş görebilmek için, alıcıyı temerrüde soktuktan sonra ayrıca akitten rücu iradesinin de izhar edilmiş olması⁷⁸ aranacaktır. Haricen de görülen rücu beyanına ehemmiyet vermek daha doğrudur. Böylece aynı hak vaziyeti ile şahsî hak vaziyeti arasında şayanı temenni bir muvazilik meydana gelir⁷⁹. Yalnız, *Temyiz Mahkemesinin* yeni bir kararına göre, fesih hususunda taraflar tesaduk etmişlerse, ayrıca ihtarname keşidesine lüzum kalmaz⁸⁰.

Şartın ademi tahakkukunda, alıcının temerrüdü büyük bir rol oynadığından⁸¹, bu vaziyette mülkiyeti muhafaza mukavelesinin meydana getireceği hükümleri tetkik etmeden önce, alım satım aktinde, alıcının temerrüdüne terettüp eden hükümlere kuş bakışı bir nazar atfetmek isteriz.

Peşin ve semenin tediyesi akabinde mebiin teslimi gereken satışlarda, alıcı mütemerrit bulunuyorsa, satıcı, alıcıyı, derhal haberdar etmek şartıyla, edimini ifa etmekten imtina ve ademi ifadan mütevellit zararın tazminini talep veya akti feshedebilir, ve bunun için, B. K. m. 106 daki mehil tayinine de lüzum yoktur (B. K. m. 211 f. 1 ve 2)⁸². Halbuki, *kredi ile alım satımında*, satıcı, semen muacceliyet kesbetmeden önce mebi alıcıya teslim etmiştir ve B. K. m. 106 istimal edilemez, yani alıcının temerrüdü halinde akti feshedip mebi geri alamaz. Bunu ancak bu hakkı sarahaten mahfuz tuttuğu takdirde yapabilir (B. K. m. 211 f. 3)⁸³. Alıcı iflâs ettiği takdirde bu fesih hakkının mahfuz tutulmuş bulunmasının hiç bir rolü olmaz, zira İcra İflâs Kanununun 199 uncu maddesi mucibince, iflâsın açılmasından evvel borçluya bir mal satıp teslim eden satıcı fesih ve geri almak hakkını açıkça muhafaza etmiş olsa bile, akti feshedemez ve sattığını geri alamaz⁸⁴. Kredi ile alım satımlara tatbik edilen bu kaideler,

78) Akti fesih selâhiyeti ile istirdat talebi arasında mevcut rabita için bk.: bu paragraf, III, 2.

79) Aynı fikir: *Enneccerus - Lehmann*, a. g. e., s. 462.

80) Tem. Tc. D., 18.II.1952, E. 51-7050/K. 52-938, Tatbikatta Yargıtay Kararları, 1952, sayı 38, s. 992 v. d.

81) Bk.: *Arslanlı*, a. g. e., s. 649, 650.

82) ATF 49 II 28; JdT. 1923, s. 370; *Guhl*, a. g. e., § 41, s. 233.

83) *Guhl*, a. g. e., § 33, s. 174.

84) Bk.: Not (4) teki yazımız.

satıcıyı, ancak mülkiyeti muhafaza kaydile mebiî teslimi etmeye zorlayacak mahiyettedir⁸⁵ ve bu mülkiyeti muhafaza kaydı da nazara alınarak, taksitle satışlarda alıcının temerrüdü B. K. m. 222 ve 223 de hususî bir surette tanzim edilmiştir.

Taksitle satımlarda alıcının temerrüdünü nizamlayan B. K. m. 222, satıcıya üç şıklı bir muhayyerlik tanımaktadır⁸⁶:

1) Satıcı aktin devamile, o taksidin tediyesini talep edebilir. Burada borçlunun temerrüdüne terettüp eden umumî hükümlerle amel edilecektir (B. K. m. 101 ve müt. Tc. K. m. 713). Taksitlerden birinin tediye edilmemesi halinde semenin mecmuunun muacceliyet kesbetmesi şart edilmişse B. K. m. 224 hükmü mucibince, satıcının bu şarttan istifade edebilmesi, alıcının iki mütevali taksitli vermektan temerrüt etmesine ve bu iki taksit mecmuunun, semenin en aşağı onda birini teşkil eylesine mütevakıftır.

2) Eğer bu hakkı mahfuz tutmuşsa, satımı feshedebilir ve B. K. m. 61 ve müt. e istinaden nisbî hakkını kullanarak mebiin kendisine iadesini, münasip bir kira karşılığı ve satılan şey bozulmuş ise, tazminat dahi talep edebilir. Buna mukabil kendisine tediye edilen taksitleri de iade ile mükelleftir. Bu vaziyette B. K. m. 108 f. 2 de bahsedilen tazminat istenemez. B. K. m. 223 ün mevcudiyeti buna manidir⁸⁷.

3) Nihayet, mahfuz tuttuğu takdirde, aynî hakkını kullanarak satılanın mülkiyetini iddia edebilir. Bu şıkkı ancak B. K. m. 223 f. 1 hükmü ile birlikte tasavvur etmek lâzımdır ve bu hak, yalnız M. K. m. 688 hükümlerine riayet suretile mahfuz tutulabilir. Keza bu şıkkı ihtiyar eden satıcı, hakkını M. K. m. 689 hudutları dahilinde dermeyan edebilecek, yani sattığı malın iadesini ancak almış olduğu taksitlerden malın kullanılmakla eskimesinden mütevellit tazminat ve münasip bir ücret mikdarını tenzil ederek, mütebakiyi geri vermek şartile isteyebilecektir. B. K. m. 222 nin bu şıkkını, B. K. m. 223 f. 1 delâletile M. K. m. 689 ile birlikte tatbik etmek mümkündür.

B. K. m. 223 f. 2 ile M. K. m. 689 arasında bir benzerlik müşahede edilebilirse de esaslı farklar mevcuttur⁸⁸:

85) *Guhl*, a. g. e., § 41, s. 233.

86) Satıcı, bunlardan hangisini tercih ettiğini derhal ihbar etmelidir. *Arslanlı*, a. g. e., s. 649.

87) *Arsebük*, a. g. makale, s. 100.

88) Bk.: *Schneider* ve *Fick*, *Commentaire du Code fédéral des obligations* (tr. Porret), Neuchatel 1915, s. 379, No. 18 ve müt.

a) B. K. m. 223 f. 2, mahfuz tutulan *fesih hakkının* istimalinde, malın istirdadı ve taksitlerin iadesinde tevessül edilecek hesap tarzını tanzim ettiği halde, M. K. m. 689, mahfuz tutulan *mülkiyet hakkının* iddiasında aynı hesap tarzını nazara almaktadır.

b) Aşağıda uzun boylu üzerinde duracağımız gibi, mülkiyeti muhafaza kaydında, zaten mevcut bulunduğu iddia edilmekle beraber, mahfuz tutulan *fesih hakkı bir nisbî hak iken, mülkiyet bir aynî haktır* ve bu sebeble, fesih hakkını İcra ve İflâs K. m. 199 mucibince iflâs masasına karşı dermeyana imkân yok iken, mülkiyet hakkı, istihkak dâvası suretile alıcının iflâsında da dermeyan edilebilir⁸⁹.

Taksitle alım satımlarda, tediyesinde temerrüt edilen taksit miktarı ödenen taksitler miktarına nisbeten çok cüz'î ise, buna rağmen M. K. m. 689 ve B. K. m. 222 tatbik edilerek, akit feshedilip mülkiyet iddia olunabilecek midir? Bazı hukuk nizamları, mülkiyeti muhafaza kaydının dermeyan edilebilmesi ve akitten rücu olunabilmesi için tediye olunmayan taksitle semen borcu arasında bir nisbet aramaktadırlar. Meselâ İtalyan M. K. m. 1525 mucibince, aksine mukavele yapılmış olsa dahi, semenin sekizde birini geçmiyen bir tek taksidin ademi tediyesi mukavelelenin feshini intaç ettirmez.

Türk hukuku bakımından, M. K. m. 689 ve B. K. m. 222 hiç bir nisbet koymamışlardır. Bununla beraber, satıcının, taksit borcunun cüz'iliğine rağmen mülkiyet hakkını dermeyan etmesi, *hakkın suiistimalini* teşkil ediyorsa, böyle bir vaziyeti kanunun himaye etmemesi lâzım gelecektir (M. K. m. 2, f. 2)⁹⁰.

III. — İSTİHKAK İDDİASI VE FESİH HAKKI İLE OLAN MÜNASEBETİ.

1. Umumî olarak.

Şartın ademi tahakkuku halinde ortaya çıkan iddianın müstenidi alım satım akti değil, fakat doğrudan doğruya satıcıda mahfuz kalan mülkiyet hakkıdır. Demek oluyor ki, satıcının bu iddiası bir istihkak dâvasıdır. Fakat bu istihkak iddiasının mesmu olabilmesi için aşağıdaki hususların tahakkuku aranacaktır.

89) Bk.: Not (4) teki yazımız.

90) Bu hususta İtalyan M. K. m. 1455 enteresan umumî bir hüküm sevkemiştir: «Diğerinin menfaati muvacehesinde, bir tarafın borcunu ifa etmemesinin ehemmiyeti cüz'î ise, akit fesholunamaz».

a) Mülkiyeti nakil keyfiyetinin bağlı bulunduğu şart tahakkuk etmemiş olacaktır ⁹¹.

b) Satıcı, kanunun tanzim ettiği bir tenzil ameliyesinden sonra almış olduğu semeni veya taksitleri alıcıya iade edecektir.

Bu iddiaya mukabil, alıcı aşağıdaki müdafaalarda bulunabilir:

- a) Şartın tahakkuk ettiği;
- b) Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin muteber olmadığı;
- c) Dâvacının malik olmadığı;
- d) Dâvacının aldığı taksitleri veya semeni iade etmediği veya iadeyi teklif etmediği;
- e) Tenzilâtın fahiş olduğu.

2. İstihkak iddiasının fesih hakkı ile münasebeti.

İstihkak iddiasının aynı zamanda B. K. m. 222 de bahis mevzuu edilen akti fesih hakkının istimali olup olmadığı düşünülebilir. Diğer bir deyişle, acaba mülkiyeti muhafaza kaydı, kendiliğinden fesih hakkının mahfuziyetini icab ettirir mi?

Bu hususta, B. K. m. 211, f. 3 ten de anlaşılacağı gibi, fesih hakkı sarahaten muhafaza edilerek yapılan alım satımlarda, mülkiyet alıcıya nakledilmiştir. Halbuki mülkiyeti muhafazada, bu hak satıcının uhdesinde mahfuzdur. Fakat tatbikatta, bilhassa taksitle satışlarda, şahsî bir mahiyeti haiz olan fesih kaydı ile aynı bir mahiyeti bulunan mülkiyeti muhafaza kaydı birlikte şart edilebilir. Bu takdirde, satıcı, taksitlerden birinin ödenmemesi halinde, hem bütün satış aktine son vermek, hem de mebiî istirdad etmek imkânını kazanır ⁹².

Şüphe halinde, mülkiyeti muhafaza kaydının aynı zamanda fesih hakkını tazammun edip etmeyeceği meselesi karşısında, iki fikrin çarpıştığına şahit olmaktadır:

Emile Thilo'ya göre, fesih hakkı alım satım aktini alâkadar ettiği halde, mülkiyeti muhafaza kaydı aynı bir dâva meydana getirmekte ve mebiî intikalini alâkadar etmektedir. Aynı bir dâva, borç münasebetinin feshini mucip olamaz ⁹³. Satıcı mebiî geri almak için istihkak iddiasında bulunmuşsa, bu iddia ile alım satım akti ortadan kalkmış değildir.

91) Tafsilât için bk.: bu paragraf II.

92) *Arık*, a. g. makale, s. 1058.

93) *Thilo*, a. g. e., s. 121.

Satıcı bu iddiasile, uzun ve bazan faydasız olan cebrî icra yollarına tevessül etmiyerek, mebiî teminat olarak elinde tutmaktadır.⁹⁴ Aktin devam etmesine rağmen, alıcının satıcının mebiden faydalanmayı alıcıya temin vecibesine dayanarak (*ut habere rem ei liceat*), satıcıya karşı bir *exceptio rei venditae et traditae*, yani satılan ve teslim edilen şey def'i kullanmasına imkân yoksa, bunun sebebini aktin münfesihi telâkki edilmesi teşkil etmez. Fakat mülkiyeti muhafaza kaydında mülkiyetin nakli şarta muallâk olduğundan ve bu şart tahakkuk etmediğinden, teslim hukukî değerini kaybetmiştir ve alıcı, hukukî değeri kalmayan bir teslimi def'i olarak istimal edemez. Bundan başka, malik olduğunu kabul ettiği halde, semeni tediye etmiyen alıcının mebiî satıcıya iade etmemesi hakkaniyete ve taraflar arasında mevcut bulunması iktiza eden hüsnüniyete aykırıdır. Alıcı, mülkiyeti muhafaza aktini inşa ederken, ademi tediye halinde, satıcının istihkak dâvasına maruz kalacağını bilmektedir ve satıcı lehine böyle bir teminatı kabul etmekle aynı zamanda bu iddiaya muhalefet etmemeyi de taahhüt etmektedir. Muhalefette bulunduğu takdirde, hüsnüniyet sahibi telâkki edilemez ve hâkimin himayesine mazhar olamaz⁹⁵. Görülüyor ki, *Thilo*, istihkak dâvasının, akitten müstakil bulunmasından hareket etmek suretile, alıcının mevcut akte istinaden defide bulunamamasını teslimin hükümsüz ve aynı zamanda böyle bir hareketin hakkaniyete ve hüsnüniyete aykırı olması ile izah etmektedir.

Buna mukabil, İsviçre doktrininde, müelliflerin ekserisi, mülkiyeti muhafaza kaydında aynı zamanda fesih hakkının mündemiç bulunduğunu, aksi takdirde mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hiç bir amelî fayda sağlayamayacağını kabul etmektedirler. Alım satıma müsteniden, satıcı, alıcıya mebiî istifadesini temin etmekle mükelleftir. Binaenaleyh, satıcı, *akti feshetmeden* mebiî alıcıdan talep edemez, zira bu takdirde satıcının *rei vindicatio*'suna mukabil, alıcı *exceptio rei venditae et traditae* def'ini ileri sürebilir. Fesih hakkı olmadan mülkiyeti muhafaza kaydının hiç bir değeri olamaz. *von Tuhr*, bir makalesinde bu meseleye temasla şunları söylemektedir⁹⁶: «Fakat okuyucu, Borçlar Kanununun 227 nci madde 1 inci fıkrasının (bizim 223, f. 1) matuf olduğu Medenî Kanunun 716 (bizim 689) uncu maddesini tetkik ederse, mülkiyetin muhafazasında, tarafların borçlar hukuku noktasından münasebetinin tıpkı fesih halindeki gibi olduğunu hayretle görür. Biraz düşünüldüğü vakit işbu göze çarpan

94) *Thilo*, a. g. e., s. 120.

95) *Thilo*, a. g. e., s. 118, 119.

96) *von Tuhr*, İsviçre Borçlar Kanunu içinde bir dolaşma (terc. Sabri Şakir). Ad. Cer. 1936, s. 1452.

ahengin, başlıca amelî hukuk hayatında 226 ncı (bizim 222) maddenin dediği gibi, ya mülkiyeti muhafaza veya fesih mevcut olduğundan değil de, bilâkis ancak mülkiyeti muhafaza ile beraber veya mülkiyeti muhafazasız fesih bulunduğu ileri geldiği anlaşılır. Fesih hakkı olmaksızın mülkiyeti muhafaza mânasız bir şey olurdu. Böyle bir vaziyette bayi, mebiin semeni tediye olunmadıkça malik olarak kalacak, fakat müşteri hâlâ baki olan bey'e istinaden mebi tutmağa haklı olacağından mülkiyetini dermeyan edemeyecektir»⁹⁷.

Türk doktrininde de ekseriyet tarafından benimsenmiş bulunan bu noktai nazarı⁹⁸, *Federal Mahkeme*, 6 Kasım 1934 tarihli kararında: «Saticı, mebi üzerinde mülkiyet hakkını mahfuz tutmuşsa, semenin ademi tediyesi halinde akti feshetme selâhiyeti sarahaten şart edilmemiş olsa dahi, iade talebinde mündemiçtir» demek suretile kabul etmiştir⁹⁹. Yüksek Mahkeme bu içtihadını 8 Aralık 1942 tarihli kararında teyit etmek fırsatını bulmuştur¹⁰⁰. Bu hususta Alman Medenî Kanunu sarihtir: «Şüphe halinde, alıcı mütemerrit ise, satıcının akti feshetme selâhiyetini haiz bulunduğu farz olunur» (m. 455)¹⁰¹.

Kanaatimizce, şüphe halinde, mülkiyeti muhafazada fesih hakkının da mahfuz tutulduğunu farzetmek yerinde olur. *von Tuhr*'un da yukarıda dercettiğimiz mütaleasında tebarüz ettirdiği gibi, bu bir pozitif hukuk meselesidir. Gerçekten, M. K. m. 689 un tanzim ettiği hesap tarzının, B. K. m. 223 ün fesih halinde tanzim ettiğinin aynı oluşu da bu noktayı teyit eder mahiyettedir. Şayet vazı kanun, mülkiyeti muhafaza mukavelesinden doğan hakkın istimalinde feshin de mündemiç bulunduğunu kabul etmemiş olsaydı, alım satım akti devam edeceğinden, borçların baki kalması sebe-

97) Aynı kanaat: *Leeman*, a. g. e., m. 715 şerhi, No. 7, 65; *Rossel ve Mentha*, a. g. e., C. II, s. 408; *Curti*, a. g. e., m. 716 şerhi, No. 4, s. 547; *von Tuhr*; a. g. e.; § 95, s. 739.

98) *Arslanlı*, a. g. e., s. 648; *Güçün*, a. g. e., C. II, s. 30: «çünkü edna ondan üst olanda dahildir»; *Mustafa Reşit Belgesay*, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, IV., Aynı haklar, 3. bası, İst. 1947, m. 688 şerhi, s. 151; *Arık*, a. g. makale, s. 1058; *Gültekin*; a. g. e., s. 35, 36.

99) JdT. 1935, s. 52. - Krş. JdT. 1923, s. 201.

100) JdT. 1943, s. 151.

101) Tafsilât için bk.: *Enneccerus - Lehmann*, a. g. e., s. 461, 462. - Buna mukabil, beynelmilel mülkiyeti muhafaza kanunu ek projesinin 8 inci maddesine göre: «Semenin veya bir taksitin ademi tediyesi halinde satıcı, mukaveleye binaen, ancak alım satımın feshini beyan etmek hakkını haiz bulunuyor ve bu hakkını istimal ediyorsa, mebi geri alabilir». Bk.: *Société des Nations, Institut International pour l'Unification du Droit Privé*, Projet d'une loi sur le vente, Roma 1935, s. 108. - Krş. Beynelmilel alım satım kanunu projesi, m. 72. (Aynı eser, s. 94).

bile satıcının aldığı semenlerin iadesi icab etmiyecekti¹⁰². Eğer satıcının mebiî geri almasına *Thilo* gibi sadece teminat veya hakkaniyet ve hüsnüniyet zaviyesinden bakmış olsa idik, hâkimin takdir hakkının büyük bir rol oynadığı M. K. hükümlerine müracaat etmek ve böylece mülkiyeti muhafaza müessesesinin aradığı sarahat ve istikrardan bir hayli uzaklaşmamız icab edecekti. Halbuki, M. K. m. 689 da derpiş edilen husus, ancak münfesh bir mukavelenin tasfiyesinde mevzuubahis edilecek mahiyettedir¹⁰³.

Mesele mühimdir. Mülkiyeti muhafaza kaydında akti fesih selâhiyetinin de mündemiç bulunduğunu kabul ettiğimiz takdirde, muteber olmayan bir mülkiyeti muhafaza mukavelesinin, hiç değilse *taraflar arasında* cereyan etmesi, arzulanan bazı hükümleri kurtarmağı imkân dahiline sokmaktadır. Tescil edilmemiş bir mülkiyeti muhafaza mukavelesi farzedelim. Bu mukavele, *mülkiyeti muhafaza bakımından* , muteber telâkki edilemeyeceğinden, mülkiyet alıcıya intikal etmiştir ve semenin ademi tediyesi halinde, satıcının M. K. m. 689 u dermeyan etmesine imkân yoktur. Halbuki bu mukavele ile fesih hakkının da mahfuz tutulduğu kabul edildiği takdirde, satıcı, hiç değilse B. K. m. 222 ve 223 hükümlerine müsteniden mukaveleyi feshe ve hesabı tasfiyeye gidebilecektir ki, bu hal tarzı, mülkiyeti muhafaza mukavelesini inşa edenlerin arzularına daha uygundur. Şüphesiz, ortada muteber mülkiyeti muhafaza mevcut bulunmadığına göre, satıcı hakkını haciz ve iflâs hallerinde dermeyan edemezse de, hiç olmazsa alıcıya karşı bir *şahsî hak* sahibi olmakta devam eder. Yalnız, ortada muteber bir mukavele mevcut olmadığı, bu sebeble bu mukavelede mevcut bulunan fesih hakkından da artık bahsedilemeyeceği ileri sürülebilir. Fikrimizce, mülkiyeti muhafaza mukavelesi, sadece mülkiyetin intikaline taallûk etmekte ve mutebersizliği sadece bu hususa ait olmaktadır, yoksa fesih hakkı bu mukaveleye bağlı değildir, sadece mülkiyeti muhafaza mukavelesinin mevcudiyeti, fesih hakkının dahi mahfuziyeti hakkında bir anlaşmaya varıldığını izhar eden bir vakiadır, fakat bu hakkın âkibeti, mülkiyeti muhafaza kaydının âkibetine bağlanamaz. *Belgesay* 'ın dediği gibi: «Tescil edilmemiş mülkiyeti muhafaza mukaveleleri hükümsüz olmakla beraber, satıcının alacağı ödenmediği takdirde feshederek sattığını geri alabileceğine dair koyduğu şart *âkitler arasında* muteberdir»¹⁰⁴. Nitekim, bir İsviçre Kanton içtiha-

102) *Enneccerus - Lehmann* , a. g. e., s. 462.

103) Bu noktai nazarımızı teyit eder malûmatı henüz neşredilmemiş bulunan *Borçlar Hukuku Dersleri* kitabının 2 nci cildinden bize temin etmiş olan sayın Hocamız Ord. Prof. Dr. A. B. Schwarz'a burada teşekkür etmeyi bir vecibe biliriz.

104) *Belgesay* , a. g. e., m. 688 şerhi, s. 151.

dına göre: «Mülkiyeti muhafaza şartı tescil edilmemişse, mülkiyet, üçüncü şahıslara karşı ve taraflar arasında intikal eder. Bununla beraber, satıcı, B. K. m. 222 ye binaen, borçlunun temerrüdü halinde akitten rücu ve mebi üzerindeki mülkiyetin iadesini istemek hakkını haizdir. Mülkiyeti muhafaza şartı ile rücu hakkı kastedilmiştir. Zira rücu hakkı mevcut ise mülkiyeti muhafaza şartının bir kıymeti olabilir. *Mülkiyeti muhafaza şartının tescil edilmemesi yüzünden istenen neticeyi vermemesi akitten mündemiç olan niyetin hükümsüzlüğünü* intaç edemez»¹⁰⁵.

Meselenin bu surette halledilmesinin Türkiye bakımından hususî bir ehemmiyeti vardır: Bizde tescil hususunu tanzim eden ayrı bir nizamnamenin bulunmayışı, meselenin Noterlik Kanununa terk edilmiş olması ve bu kanunun hususiyetlerinden doğan sebebler dolayısıyla birçok mülkiyeti muhafaza mukaveleleri muteberiyet bakımından üzerinde durulacak vaziyettedirler. İşte bu mukavelelerde, fesih hakkının da mahfuz tutulduğunu kabul ettiğimiz takdirde, bunlara kısmen dahi olsa amelî bir hayatiyet bahşetmiş oluruz.

IV. — HESAPLAŞMA TARZI VE TENZİLÂT.

1. Umumî olarak.

M. K. m. 689, *lex commissoria*'ya mani olmak, yani taksitlerin ademi tediyesi halinde satıcının mebi istirdad etmekle beraber almış olduğu taksitleri iade etmemesini önlemek için, âmir mahiyette olan bir hesaplaşma tarzı vaz etmiş bulunmaktadır. Vazı kanun, muacceliyet şartını B. K. m. 224 te hususî surette takyit ettiği gibi¹⁰⁶, *lex commissoria*'yı da kabul etmemiştir¹⁰⁷. *İstirdat dâvası halinde, hareket mebdei olan düşünce, fesih ve tasfiye hâdisesinin ne satıcıya, ne de alıcıya zarar vermemesi fikridir*¹⁰⁸. Bu sebeple, mülkiyeti muhafaza etmiş bulunan satıcı, taksidin veya semenin ademi tediyesi sebeble mebi talep ettiği takdirde aldığı taksitleri veya semeni iade ile mükelleftir; yalnız mebi bir müddet alıcının yedinde bulunduğu için iade ederken, münasip bir ücret tenzil edebilir ve şayet malın kullanılması neticesinde, alıcıya atfı mümkün olan bir

105) G. Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schw. Zivil und Obligationenrecht 1912-1921, No. 5257, 16 VIII. 1913 tarihli bir karar. (Arslanlı, a. g. e., s. 647 den naklen).

106) B. K. m. 224 hakkında bk. *Tem. Tc. D.*, E. 688, K. 1577, tarih: 14.IX.1930, Temyiz Kararları, Ticaret Dairesi 1930-1934, No. 67, s. 79 v. d.

107) Bk.: Not (29) daki yazımız .

108) *Thilo*, a. g. e., s. 123.

sebebe mebni mebiin bozulmasından dolayı anormal bir tenezzül vukubulmuşsa, bu tazminatı da iade edeceği taksitlerden veya semenden tenzil eder ¹⁰⁹.

İstirdat talebine hâkim olan fesih ve tasfiye hâdisesinin ne satıcıya, ne de alıcıya zarar vermemesi fikrine diğer yabancı mevzuatta da rastlamaktayız. Meselâ İtalyan Medenî Kanunu mucibince, eğer mukavelenin feshi alıcının ademi ifası yüzünden vaki olmuşsa, satıcı, zararın tazmini ile şeyin kullanılmasından mütevellit münasip bir ücreti muhafaza ederek almış olduğu taksitleri iade etmekle mükelleftir. Tediye edilmiş taksitlerin tazminat olarak satıcı nezdinde kalacaklarına dair anlaşma varsa, hâkim, vaziyetin icabına göre, anlaşma mucibi konmuş olan tazminatı tenkis edebilir (m. 1526).

Amerikan *Uniform conditional sales act* tarafları eski hale getirme fikrinin tahakkuku hususunda bir seri madde vaz'etmiş bulunmaktadır (m. 16 - 27). Müşteri, mukavele mucibince ödemesi lâzım gelen semeni ödemediği, veya malların mülkiyetini iktisap için mukavelenin, kendisini ifasına mecbur tuttuğu her hangi bir şartı yerine getirmediği veya mukavelenin, ihlâlini sarahaten zilyetliğin istirdadı sebebi kabul ettiği bir vaadi ifa etmediği takdirde, satıcı bu mallar üzerindeki zilyetlik haklarını istirdat edebilmektedir (*Retaking possession*) (m. 16). Satıcı, istirdattan evvel kırk ilâ yirmi gün içinde alıcıya dilerse şahsen, dilerse taahhütlü bir mektupla, bu malları geri almak niyetinde olduğunu bildiren bir ihbarda bulunur (*Notice of intention to retake*) (m. 17, cümle 1). Eğer satıcı bu ihbarda bulunmıyarak malları istirdat ederse, onları, istirdat zamanındaki durumlarla muhafaza şartile on gün için yedinde tutabilir. Bu müddet içinde, alıcı aranan şartı tahakkuk ettirir ve istirdat, muhafaza ve depo masraflarını öderse, zilyetlik sıfatını tekrar iktisapla malları geri alabilir ve sanki hiç bir kusuru mevcut değilmişçesine aktin ifasına devam eder (*Redemption*) (m. 18). Alıcı, semenin muayyen bir mikdarını ödeyemediği takdirde, satıcı, re'sen veya alıcının talebile malı geri alır ve alenî müzayede ile satar. Bu müzayedede satış fiyatı, semeni, geri alma vesair masrafları kapatamıyorsa fark alıcı tarafından ödenir; fazla ise bu fazla da alıcıya verilir (m. 19, 20, 21, 22, 23 ve bilhassa 24) ¹¹⁰.

Türk İsviçre hukukunda M. K. m. 689 mucibince cereyan edecek vaziyet şu surette şematize edilebilir:

109) *Arsebük*, a. g. makale, s. 99.

110) Amerikan hukukunda hesaplaşma tarzı için bk.: *George L. Clark*, Summary of American Law, New-York 1949, § 20, s. 307, 308.

- a) Satıcı istirdat talebinde bulunacaktır;
- b) fakat taksitleri iade ile mükelleftir;

Yalnız bu taksitlerden:

aa) Kira;

bb) ve icabında tazminat miktarı tenzil edilecektir ¹¹¹.

Satıcının istihkak iddiası üzerinde yukarıda izah vermiş olduğumuzdan, bu noktaya tekrar avdet etmiyerek kanunun, «münasip ücret» ile «malın kullanılmakla eskimesinden mütevellit tazminat» dediği hususlar üzerinde durmak istiyoruz.

2. «Münasip ücret».

Kanunun «münasip bir ücret» dediği, mebiin müşteri elinde kalmış olmasından meydana gelen *normal* tenezzüldür ¹¹². Aynı hâdise için, B. K. m. 223 «kira» tâbirini kullanmış ve böylece, mebiin alıcının elinde bulunduğu müddetteki durumu bir kira akdine benzetmiştir ¹¹³. Fikrimizce, bu vaziyette hakikat halde bir kira akti mevcut olmadığına göre, M. K. m. 689 un kullandığı «ücret» tâbiri daha yerindedir. *Yargıtay*, 7 Mart 1946 tarihli kararında, kira yerine «ecrimisil» tâbirini kullanmak suretile bu hususiyeti belirtmiş bulunmaktadır ¹¹⁴.

Satıcının böyle bir ücret talebinde bulunması adalete uygundur. *Federal Mahkemenin* 3 Şubat 1949 tarihli kararında dediği gibi: «Mebii istirdad eden satıcı, alıcının zilyetliğinde bulunduğu müddetçe onu kiralamış olsaydı elde edeceği meblâğa muadil bir miktarı talep edebilme-lidir» ¹¹⁵. Bu ücret, mebiden elde edilen iktisadî faydanın karşılığıdır ¹¹⁶.

Kanun bu ücretin «münasip» bir ücret olduğunu beyan etmektedir. Acaba taraflar önceden, bu ücreti bir cezaî şart olarak aralarında kararlaştırabilirler mi? B. K. m. 160 mucibince: «Cezaî şarta müteallik hükümler, kısmen vaki olan tediyeinin fesih halinde alacaklıya kalması şartını

111) *Tem. Tc. D.* 18.2.1952, tar. ve E. 51-7050, K. 52/938 sayılı kararında, tazminat bedelinin satış bedeline karşı verilen paradan tenzilile geri kalan paraya hüküm verilmesinde yolsuzluk olmadığını beyan etmektedir (Tat. Yar. Kar. 1952, sayı 38, s. 992 v. d.).

112) *Arsebük*, a. g. makale, s. 99.

113) Bu tâbirlerdeki fark için bk.: Not (29) daki yazımız.

114) *Tem. Tc. D.*, E. 44/2916, K. 602, tarih: 7.III.1946, İst. Baro Der. 1947, s. 181.

115) *JdT.* 1949, s. 528 v. d.

116) *JdT.* 1943, s. 151.

mutazammın olan mukaveleye de, tatbik olunur. - Taksitle satışa dair olan hükümler bakidir». Mezkûr maddenin son fıkrasında taksitle satışa yapılan atıf B. K. m. 222, 223 ile M. K. m. 689 u kastetmektedir. Bu maddeler, tarafların önceden, cezaî şart olarak bir kira bedeli tayin etmelerine mani değildir¹¹⁷. Yalnız bu cezaî şart, maddenin «münasip» ibaresi dahilinde tasavvur edilmeli ve normal bir kira ücreti miktarını aşmamalıdır. Fahiş bir ücret tayin edildiği takdirde, hâkim B. K. m. 161 f. 3 hükmüne istinaden fahiş gördüğü cezaî şartı tenkis ederken daima bu düşünce ile hareket etmelidir. Satış ticarî bir satış ise vaziyet ne olacaktır? Malûm olduğu üzere Tc. K. m. 647 de, B. K. m. 161 f. 3 e aykırı bir hüküm mevcuttur. Bu hükme göre: «Hini mukavelede maktu zarar ve ziyan olarak tesmiye kılınan meblâğ müteahidünlehin taahhüdünü ifası halinde istihsal edeceği menfaat bedelini tecavüz etse dahi mahkemece miktarı tenzil edilemez». Böylece ticarî muamelelerde cezaî şartın tenkisi tanınmamaktadır¹¹⁸. *Temyiz*, bir tevhide içtihat kararında: «Tc. K. m. 647 de vazii kanun tecavüzün nisbetini tayin ve takdiri de lüzum görmediği cihetle bu sarahat ve itlâk muvacehesinde münhasıran, ticarî olmayan hâdiselere tatbik edilmesi icab eden B. K. m. 161 in son fıkrasının ticarî muamelelere teşmiline imkân mevcut değildir» demek suretile bu kaideyi tamamen benimsemiştir¹¹⁹. Tc. K. m. 647 hükmü muvacehesinde, taraflar fahiş bir kira kararlaştırmışlarsa mesele bir hayli nezaket kesbeder. Fikrimizce, M. K. m. 689 âmir bir hüküm olduğundan bu maddenin «münasip» ibaresinden hareket etmek suretile, ticarî satışlarda dahi, tarafların önceden kararlaştırdıkları fahiş kirayı tenzil etmek lâzımdır. Alıcının yegâne borcu münasip bir kira karşılığı ile kullanma tazminatını ödemekten ibarettir. «Bu itibarla her türlü ceza şartları bu zaviye altında tetkik edilmelidir. Belki bu iki borcun hududu önceden tayin edilebilir. Hakikat halde bu nevi şartlar da, ancak real duruma uydukları nisbette bir kıymet ifade ederler ve alıcıyı hotbehot bağlamazlar. Bu itibarla gerek Tc. K. nun 647 nci maddesi hükmü, gerekse

117) *Arsebük*, a. g. makale, s. 100; *Arslanlı*, a. g. e., s. 654 v. d.

118) *Dr. Nurullah Kunter*, B. K. m. 161 f. 3 ün ticarî muamelelere de teşmil edilebileceği kanaatindedir. Bk.: *Dr. Nurullah Kunter*, Ödendikten sonra da azaltılabilmesi bakımından cezaî şartlar, Ad. Cer. 1940, s. 981 v. d. - *Krş. İsmail Hakkı*, Şartı cezaî, Ad. Cer., 1931, s. 579. - *Keza*; *Dr. Nurullah Kunter*, Ticarî mevadda fahiş cezaî şartların tenkisi meselesi, İst. Baro Mec. 1941, s. 295 v. d. - *Volf Çernis*, Borçlar ve Ticaret Kanunumuz bakımından cezaî şartın indirilmesi meselesi, İst. Baro Der. 1952, s. 513 v. d.

119) *Tem. Tev. İct. K.* 71, tarih: 19.VI.1940, İctihat Birleştirme kararları, 1930 - 1947, Hukuk kısmı, Ank. 1948, s. 60.

B. K. nun ceza şartı hakkındaki ahkâmı bu hududu tecavüz ettikleri nisbette bâtıldırlar»¹²⁰.

Ücret borcundan bahsedebilmek için, alıcının mebi kullanmış olması şart değildir. Ondan münhasıran istifade etme durumunda bulunması kâfidir¹²¹.

Ücret borcu, istirdat talebi tarihinde, meselâ alıcının iflâsı ânında nihayete ermez. Mebiin kendisine *fiilen iade* edilmesi tarihine kadar satıcının ücret talebine hakkı vardır. Zira satıcı, mebi alıcıya teslim etmekle, artık onu ahara kiralayamamakta ve bu sebeble ücret talep etmektedir. Bundan ötürü, satıcının bu hakkını zaman içinde tahdit etmiye hiç bir sebep yoktur¹²².

Satıcıya borçlu bulunulan «münasip ücret» i hesaplamak için istinad edilecek kıymet mebiin *alım satım ânındaki hakikî kıymetidir*. Yoksa semen nazara alınmaz, zira sırf bu kirayı yükseltmek gayesile dahi semen yüksek tutulmuş olabilir¹²³. Mebiin iade ânındaki kıymeti, aşağıda gösterileceği gibi sadece anormal tenezzülün hesabında nazarı itibara alınır¹²⁴.

Kiranın ölçüsü ne olacaktır? Bunu tayin hususunda ekseriya ehlihib-reye müracaat etmek lâzım ise de, mahkeme bu mütalâa ile bağlı kalmıyarak, mevcut ölçülerden de istifade edebilir¹²⁵. Meselâ *Federal Mahkeme* makinelerin kirasını tayin ederken, hakikî değer % 10 unu kira olarak kabul etmiştir¹²⁶.

3. Eskime tazminatı.

Kanun, taksitler iade edilirken, tenzil edilebilecek hususlar arasında «malın kullanılmakla eskimesinden mütevellit tazminat» ı zikretmektedir.

120) *Arslanlı*, a. g. e., s. 655, 656. - Bu hususta İtalyan M. K. m. 1526 f. 2 enteresan bir hüküm sevkettmektedir: «Tediye edilmiş taksitlerin tazminat olarak satıcı nezdinde kalacaklarına dair anlaşma varsa, hâkim vaziyetin icabına göre anlaşma mucibince konmuş olan tazminatı tenkis edebilir». - Keza *Federal Mahkemenin* hiç bir yerde neşredilmemiş bir kararı ve *E. Thilo*'nun notu için bk.: JdT. 1952, s. 578 v. d.

121) Bk.: *Tem. Tc. D. E.* 44/2916, K. 602, tarih: 7.III.1946, İst. Baro Mec. 1947, s. 181. - Aynı mealde *Federal Mahkemenin* 6 Kasım 1934 tarihli kararı için: JdT. 1935, s. 55.

122) Aynı kanaat: JdT. 1949, s. 530 v. d.

123) JdT. 1949, s. 528 v. d.

124) JdT. 1943, s. 150 v. d.

125) Bk.: *Tem. Tc. D.*, E. 44/2916, K. 602, tarih: 7.III.1946, İst. Baro Mec. 1947, s. 180 v. d.

126) JdT. 1949, s. 530. - Hâdisede 7000 franklık makine için ayda 70 frank kira takdir edilmiştir.

Burada mevzu bahis edilen, müşteriye atfı mümkün olan bir sebep neticesinde mebiin bozulmasından ileri gelen kıymet farkı, *anormal* tenezzüldür¹²⁷. Yani alıcının ayrı bir tazminat talep etmeye hak kazandığı «kullanma», o şeyin normal surette kullanılmasından tevellüt eden kıymet eksilmesi değildir. Bu eksilmeyi, satıcı, ücret almak suretile bertaraf etmektedir. Burada bahis mevzuu olan, *anormal bir kullanma neticesinde* meydana çıkan fevkalâde kıymet eksilmesidir¹²⁸.

Bu tazminattan bahsedebilmek için kıymet tenezzülünün alıcının kusurundan, meselâ, o şeyi *anormal* bir surette kullanmış olmasından meydana çıkmış bulunması lâzımdır¹²⁹. Alıcının bir kusuru yoksa, böyle bir tazminat talebinde bulunulamaz. *Federal Mahkeme* mebiin kıymetinde zamanla vukubulan düşme, umumî bir iktisadî durumdan tevellüt ediyorsa, böyle bir tazminatın talep edilemeyeceğini beyan etmiştir¹³⁰.

Bu *anormal* kıymet tenezzülünü tesbit için, mebiin satış ânındaki *hakikî kıymetile*, iade ânındaki kıymetini karşılaştırmak lâzımdır¹³¹. Şayet bu fark, normal bir kullanmadan tevellüt eden bir tenezzülü aşıyorsa, bu takdirde *anormal* tenezzülden bahsederek bu tazminatı, taksitlerden inmek mümkündür.

Bu *anormal* tenezzülü tesbit, ekseriya ehlihibre işi olmakla beraber, *Temyiz*'in bir kararında tebarüz ettirildiği gibi, hâkim bu mütalâa ile bağlanmak mecburiyetinde değildir¹³².

V. — ÜCRET VE TAZMİNAT MİKDARININ HUDUDU.

M. K. m. 689 da bahsedilen taksitlerin iadesinde satıcı tarafından tenzil edilebilecek kira ve tazminat tutarı hududunun ne olacağı; kanun tarafından derpiş edilen bu hususlar dışında, satıcının ayrıca bir talepte bulunup bulunamayacağı meselesi, bilhassa tatbikatta birçok tereddütlerle karşılaşmıştır. Bu hususta, *Federal Mahkeme* 1936 ve 1942 de olmak üzere birbirinden farklı iki içtihatta bulunmuş ve *Temyiz* de 1946 yılında aynı mesele karşısında noktai nazarını belirtmiştir. Bu kararların tetkiki, bizi meselenin canlılığı ve amelî kıymeti hakkında aydınlatacak bir karakter taşıdığından, şahsî noktai nazarımızı bildirmeden evvel bu kararlar üzerinde durmayı faydalı görmekteyiz.

127) *Arsebük*, a. g. makale, s. 99.

128) JdT. 1949, s. 531, 532.

129) Aynı kanaat: *Arsebük*, a. g. makale, s. 99.

130) JdT. 1949, s. 531.

131) JdT. 1943, s. 150 v. d.

132) *Tem. Tc. D. E.* 44/2916, K. 602, tarih: 7.III.1946, İst. Baro Mec. 1947, s. 180 v. d.

1. Federal Mahkemenin 1936 içtihadı.

Federal Mahkeme, 4 Şubat 1936 tarihli kararında¹³³, tenzil edilen kira ve tazminat tutarının, *semen miktarını aşamayacağını* zira satıcının, akit icra edilmiş olsa idi elde edeceği semenden fazla bir şey talebe hakkı olmadığını kabul etmiş ve şu esbabı mucibeyi serdetmiştir:

«İstirdat edilen mebiin kıymetine kira ve kullanma tazminatı tutarı ilâve edildiği takdirde elde edilen miktarın, semeni yani borç normal bir surette ifa edilmiş olsa idi, satıcının elde edeceği meblâğı geçmemesi lâzımdır. Borçlu, umumiyetle şart koşulan taksitleri ödeyemediğinden dolayı mütemerrit hale düşer. Bu vaziyette, akti fesih suretile satıcının tesbit edilen semenden fazla bir menfaat temin ederek alıcının müzayakasını istismar etmesine müsaade hakkaniyete aykırıdır. B. K. m. 227 ve M. K. 716 (bizim 223 ve 689) un gayesi, satıcının, malî vaziyeti bozuk bir alıcı aleyhine zenginleşmesine mani olmakta. Böyle bir zenginleşme kabul edilirse, taksitlerin satıcıda kalması şartının memnuniyeti ortadan kalkar ve satıcının bir ücret ve kullanma tazminatı istemek selâhiyeti hakikat halde, tediye edilen taksitlerin tutulmasını maskelemeye hizmet eder. Diğer bir ifade tarzı ile, kira, tazminat ve mebiin iade ânındaki kıymeti, semenden üstün bir miktar meydana getirdiği takdirde, kira ve tazminat tutarından, mebiin iade ânındaki kıymetini indirmek icabeder»¹³⁴. Yüksek Mahkeme diğer bir kararında, alıcının satıcı tarafından istismarına temasla, zaten hâkimin «münasip» kirayı tayin ederken geniş bir takdir hakkı bulunduğu ve alıcının istismarına bu yoldan mani olması gerektiği hususunu da belirtmiş bulunmakta idi¹³⁵.

Federal Mahkemenin noktai nazarını, karara sebebiyet veren hâdiseden mülhem olarak şu misalle canlandırabiliriz:

(A), (B) ye 40.000 lira mukabilinde, taksitle ve mülkiyeti muhafaza kaydile bir kamyon satmıştır. (B), 20.000 lira tutarında taksitleri ödedikten sonra mütemerrit hale düştüğü takdirde, M. K. m. 689 a müsteniden (A), kamyonun iadesini talep edince, farzedelim ki, ortaya şöyle bir vaziyet çıkmaktadır:

133) JdT. 1936, s. 411 v. d. ATF. 62 II 30. - Bu kararın hülâsası için bk.: *Halis Sungur*, Borçlar Kanunu ve tatbikati, İst. 1943, C. II, s. 41.

134) Bu esbabı mucibe için: JdT. 1936, s. 413.

135) JdT. 1935, s. 55.

a) İade ânında kamyonun kıymeti 5.000 liradır;

b) Kira ücreti 7.000 lira ve anormal tenezzül tazminat miktarı da 33.000 lira tutmaktadır. Yani kira ve tazminat tutarı semene müsavi bir rakkam teşkil etmektedir.

Bu vaziyette ne olacaktır? Federal Mahkemenin vaz ettiği prensibe göre, (A) 5.000 lira değerindeki kamyonu istirdat ettiğine göre 40.000 liralık semenden bir defa 5.000 lirasını elde etmiş olacağından, tediye edilen taksitlerden ücret ve tazminat miktarını tenzil ederken bu 5.000 lirayı nazara almalıdır. Binaenaleyh, (B) den ücret ve tazminatın hakikî tutarı olan 40.000 lirayı değil, fakat $(40.000 - 5.000 = 35.000)$ lira talebinde bulunabilecektir, zira (A) mn hesap görmede elde ettiği menfaat semen miktarını geçemez.

Demek oluyor ki, bu noktai nazara göre, iade ânında mebiin kıymeti, kira tutarı ve kullanmadan mütevellit tazminat, cem'an semen miktarını aşamazlar ¹³⁶.

2. Federal Mahkemenin 1942 içtihadı.

Federal Mahkeme, 8 Aralık 1942 tarihli kararında ¹³⁷ bu içtihadından uzaklaşarak, M. K. m. 689 ve B. K. m. 223 te bahis mevzuu edilen hesap tarzında, satıcının aktin icrası takdirinde elde edeceği menfaatin, yani kararlaştırılmış bulunan semenin bir hudut teşkil *etmemesi* lâzım geldiğini, zira bu hükümlerin, karşılıklı *edimlerde müsavi iktisadî kıymet* prensibine istinat ettiklerini beyan etmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre:

«Kanun bu hükümler marifetile, kat'î ve âmir bir surette, bir yandan akdin feshine, diğer yandan da istirdat edilen mebiin alıcı tarafından kullanılmış bulunmasına terettüp eden neticeleri tanzim etmektedir. Malik, kullanandan, mebiin kullanılmasından elde edilen menfaatin iktisadî muadili olan bir alacak elde etmektedir. Burada, menkul kirasında, kiracının vecibesine benzer bir edim vardır. Borçlu bulunan bu meblâğ, mebiin mahiyetine ve kullanılmasına uygun bir amortisman ile bağlanan sermayeye uygun bir faizi ihtiva etmektedir. Bundan maada, kirada nasıl kiraya veren, kiralanan şeyin akit şartlarına veya normal kullanma tarzına aykırı surette kullanılmasından doğan zararları talep edebilirse; aynı şekilde satıcının, mülkiyeti muhafaza kaydile satılan

136) Aynı kanaat: *Schneider ve Fick*, a. g. e., m. 227 şerhi, No. 4, s. 398.

137) *JdT.* 1943, s. 150 v. d.

şeyin müfrit surette kullanılmasından tevellüt eden zararın tazminini talep hakkı vardır»¹³⁸.

Bundan sonra Mahkeme, yukarıda zikredilen 1936 kararına temasla, tenkit etmekte ve yeni prensibini şu suretle vaz eylemektedir:

«Dâvalı ve mahallî mahkeme tarafından ileri sürülen Federal Mahkemenin 4 Şubat 1936 tarihli kararı bu kanunî tanzim tarzile iktifa etmemiştir. M. K. m. 716 (bizim 689) ve B. K. m. 227 (bizim 223) nin emredici vasfını ve tanzim ettikleri tenzilâtın iktisadî fonksiyonu ile hukukî mahiyetini nazarı itibara almıyarak, prensip itibarile satıcının, cem'an, satış akti ifa edilseydi elde edeceğinden fazlasını talebe hakkı bulunmadığını kabul etmiştir... Böylece karar, hesap tarzına, kanunun nazara almadığı bir faktörü ithal etmektedir ki, bu da, aktin ifasında satıcının elde edeceği menfaattir («Erfüllungsinteresse»). Halbuki kanunun sistemi bu hesap unsurunu ihtiva etmemektedir. Maddenin aradığı takas, karşılıklı edimlerin *iktisadî* muadeletini kabul etmektedir: satıcı tarafından alıcıya, mebiin kullanılmasının temin edilmiş olması ve bu kullanma mukabilinde, alıcının ödediği kira, bu edimler, tayinlerinde, satış aktinin şartlarından müstakildirler. İktisaden, alıcı satıcıya, kullanma ve eskitmeye tekabül eden tazminatı tediye ile mükelleftir. Bu hesap tarzında, satıcının, aktin ifasındaki menfaatine yer yoktur. Burada birbirinden farklı iki hukukî münasebet bahis mevzuudur: Bunlardan biri satış'tan, diğeri (yenisi) ise o şeyin kullanılmasından neş'et etmektedir. Kullananın edimini, satıcının «Erfüllungsinteresse» si ile tahdit etmek, kanunun emrettiği hesap görmede, kabul ettiği karşılıklı edimlerin mutabakatını inkâr etmek olur. Zaten, mebi istirdat ederken, iktisadî durumu kiraya verene benzeyen satıcının, bir âriyet verenden dahi daha kötü bir muameleye maruz kalmasına hiçbir sebep yoktur. Kanunun tayin ettiği tazminatın böyle bir tenkise tâbi tutulması, bir müsavatsızlık meydana getirir. Zira bu takdirde, alıcı, o şeyi kullandığı müddetle tekabül eden bir edim tediyesinden kurtulmuş olacaktır. Bu hal tarzı, kanunun sarih hükümlerine aykırı olmakla kalmıyacak fakat bundan başka, sosyal bakımdan da yersiz olacaktır. İktisaden yersiz olan böyle bir hesap tarzı kendilerine yüklendiği takdirde, taksitle satış yapan müesseselerin bu rizikoyu önlemek için satış fiatlarını yükseltecekleri bedihidir. Görülüyor ki, istirdat edilen mebiin iadesi ânındaki kıymeti kanunun tanzim ettiği hesap tarzının bir faktörü değildir, olsa, kullanılmadan mütevellit eskime hususunda bir alâmet telâkki edilebilir»¹³⁹.

138) JdT. 1943, s. 151.

139) JdT. 1943, s. 151 - 153. - Bu kararın bir hülâsası için bk.: *Belgesay*, a. g. e. m. 688, 689 şerhi, s. 152 v. d.

Binaenaleyh, biraz önce aldığımız misale, Federal Mahkemenin kabul ettiği yeni prensibi tatbik edersek, (A) nın (B) den, 5.000 lira değerindeki kamyonu istirdat etmiş, ve semen 40.000 lira diye kararlaştırılmış olmasına rağmen, kira ve tazminat tutarı olan (33.000 + 7.000 = 40.000) lirayı tamamen talep etmesi, ve aldığı 20.000 liralık taksitleri iadede sarfı nazar ile daha bakiye 20.000 lirayı istemesi mümkün olacaktır.

3. Temyiz Mahkemesinin 1946 içtihadı.

Federal Mahkemenin bu iki kararı ile mesele hakkında mütalâamızı bildirmeden evvel, bu bahiste Temyiz'in vermiş olduğu bir kararı da gözden geçirmek arzusundayız. Temyizin 7 Mart 1946 tarihli kararına göre:

«Müşteri ister kullanmış olsun, ister kullanmamış bulunsun, satıcının münasip bir ücret istemeğe hakkı vardır. Satılan şeyin geri alınması halinde satıcının isteyebileceği şey o şeyde kullanılmak yüzünden bir eskime vukua gelmiş ise bu eskimeyi tazmin edecek miktarda bir para ile münasip bir kira karşılığında ibarettir. Satıcı bundan fazla bir şey isteyemez. Ve bundan fazla bir şey isteyebileceği hakkındaki şartları kanun hükümsüz saymaktadır. Satıcı tam bir tazminat, yani gerek müsbet, gerek menfi tazminatın hepsini istemeyi tercih ettiği takdirde Borçlar Kanununun 106 ncı ve sonraki maddeleri ve Ticaret Kanununun 645 inci maddesi hükümleri dairesinde hareket etmek zorundadır. Gerek Borçlar Kanununun 223 üncü, gerek Medenî Kanunun 689 uncu maddeleri satıcının aldığı taksitleri kendisinde alıkoyarak malı geri almasına bile müsait değildir. *Başka bir deyişle, satıcının, isteyeceği münasip kira ve eskime tazminatı almış olduğu taksit bedellerini geçemeyeceği gibi ona müsavî bir para istemeye de hakkı yoktur. İsteyebileceği para almış olduğu taksitlerin tutarından az olacaktır.* Taksitlerin tutarından münasip kira karşılığı ve tazminat indirildikten sonra geri kalanını müşteriye geri vermesi kanunun hükümleri iktizasındandır. Eğer ödenmiş taksitler istenilen parayı kapamıyor veya ona eşit bulunmuyorsa bu takdirde satıcı ancak bağıtı bozmaksızın kanunun çizdiği çerçeve içinde zarar ve ziyanının tazminini isteyebilir. Yoksa Borçlar Kanununun 223 üncü maddesine dayanarak hem malın geri verilmesini, hem de zararlarının tazminini isteyemez. Borçlar Kanununun ve Medenî Kanunun sözü geçen 223 ve 689 uncu maddeleri müşterileri korumak için bağıt serbestliği takyit edilmek suretile konulmuştur. Satıcının hem malı geri alıp, hem de tam bir tazminat isteyebileceğini kabul etmek, kanunu, müşteriye zararlı

şekilde yorumlamak olur. Esasen kanunun metni de yorumlanmaya muhtaç olmayacak kadar açıktır»¹⁴⁰.

Yargıtayın bu kararı hakkında bir içtihat tahlili yazmış bulunan *Mustafa Reşit Belgesay*, kararın «gerekçeleri kuvvetli ve İsviçre Federal Mahkemesinin 4 Şubat 1936 tarihli içtihadına uygun» olduğunu söylemektedir¹⁴¹. Burada derhal şu noktayı tebarüz ettirmek ihtiyacını hissediyoruz ki, kanaatimizce, Temyizin bu kararı, Federal Mahkemenin 4 Şubat 1936 tarihli içtihadına uygun değildir. Federal Mahkemenin mezkûr kararına göre, kira ve tazminat tutarı, mebiin iade ânındaki kıymeti çıktıktan sonra, tarafların kararlaştırmış oldukları *semen mikdarını aşamaz*. Halbuki Temyiz: «Saticının, isteyeceği münasip kira ve eskime tazminatı almış olduğu taksit bedellerini geçemeyeceği gibi ona müsavî bir para istemiye de hakkı yoktur» demektedir. Binaenaleyh, Temyiz, kira ve tazminat tutarı hududunu, Federal Mahkemenin 1936 da yaptığından daha dar tutmakta ve bu tutarın *ödenen taksit bedellerine* müsavî dahi olamayacağını kabul etmektedir.

Demek oluyor ki, evvelki misalimize, Temyizin kabul ettiği prensibi tatbik ettiğimiz takdirde, (A) (B) den, hakikat halde 40.000 lira tutarında olmasına rağmen, kira ve tazminat karşılığı olarak kendisine tediye edilen taksitler mecmuu olan 20.000 liradan fazla ve hattâ 20.000 liraya müsavi bir meblâğ dahi talep edemeyecektir. Halbuki, aynı (A), 1936 kararına göre 35.000 ve 1942 kararına göre ise, 40.000 liranın tamamını talep edebiliyordu.

4. Noktai nazarımız.

Taksitlerin veya semenin iadesinde satıcı tarafından talep edilebilecek kira ve tazminat tutarı hududunun ne olacağı meselesinde üç temayülle karşılaştığımızı görürüz:

a) *En dar temayül*, Temyiz kararında mevcut bulunan ve bu hududun tediye edilen taksit mikdarını aşamayacağını kabul eden temayüldür. Bu neticeye varmak için, evvel emirde, metindeki «tenzil» tâbirinden hareket edilmekte, ve verilen taksitlerden bir tenzilâttan bahsedebilmek için, tenzil edilecek mikdarın tediye edilen taksitlerden az bir mikdar

140) *Tem. Tc. D., E. 944/2916, K. 602, tarih: 7.III.1946, İst. Baro Der. 1947, s. 180 v.d. - İleri Hukuk, Nisan 1946; sayı 10, s. 78 v.d. - Bu karar hakkında bir içtihat tahlili için bk.: Mustafa Reşit Belgesay, Mülkiyeti muhafaza şartile satış ve bilirkışı raporlarının takdiri, İst. Huk. Fak. Mec. 1946, C. XII, s. 377 v.d.*

141) *Belgesay, a. g. içtihat notu, s. 381.*

olması aranmaktadır. Zira, Temyiz kararında da tebarüz ettirildiği gibi: «Taksitlerin tutarından münasip kira karşılığı ve tazminat indirildikten sonra *geri kalanını müşteriye geri vermesi kanunun hükümleri iktizasındadır*».

b) *Mutavassıt* diyebileceğimiz bir temayüle göre de, bu hudut taraflarca kararlaştırılan *semen miktarını aşamaz*, zira hesap ânında satıcı, akti inşa ederken arzu ettiği menfaatten ziyadesini elde etmemelidir. Federal Mahkemenin 1936 tarihli kararında bu noktai nazar hâkim bulunmaktadır.

c) Nihayet *en geniş üçüncü bir temayül*, hakikaten mevcut olmak şartile, *kira ile tazminat tutarını tahdit etmemek esasına istinat etmektedir*. Bu noktai nazara göre, kira ve tazminat miktarı, alım satım aktine bağlı bulunmayıp, taraflar arasında mevcudiyeti farzolunan ve kiraya benzer bir hukukî münasebete taallûk etmektedir. Bu sebeble, kira ve tazminat miktarının hududunu tayinde, alım satım aktinin unsurlarile amel edilemez. Federal Mahkeme 1942 tarihli kararile bu kanaate ulaşmıştır.

Fikrimizce, Federal Mahkemenin 1942 tarihli kararında mevcut noktai nazar en hukukî ve en realist olanıdır. Temyizin yaptığı gibi, kanundaki «tenzil» tâbirini dar bir surette tefsir etmek, ve mutlaka satıcının tediye edilen taksitlerden bir şeyler iade etmesini istemek, realiteye uygun bir hal tarzı değildir. Bu şekilde hareket edildiği takdirde, meselâ taksitle ve mülkiyeti muhafaza kaydiyle bir radyo satışında alıcı, ilk taksit tutarı olan 25 lirayı tediye ettikten sonra diğer taksitlerin ödenmesinde temerrüt etse, buna mukabil, kötü kullanma neticesinde radyoya 200 liralık bir zarar iras eylese dahi, satıcı ancak 24 lira gibi cüz'î bir miktar tutup, hiç değilse, aldığı taksitten 1 lirayı geri vermek mecburiyetinde kalacaktır ki, bu hal tarzı hiç tatminkâr değildir, ve M. K. m. 689 un gayesine muhalıftır.

Federal Mahkemenin 1936 tarihli kararının tenkidi üzerinde durmak istemiyoruz, zira bu kararın en güzel tenkidini 1942 kararında bizzat Yüksek Mahkeme yapmıştır. Biz burada sadece, 1942 kararında mevcut bulunan fikirleri tasvib ettiğimizi söyleyebiliriz.

Gerçekten, bu paragrafta söylenenlerin bir muhasalası yapıldığı taktirde görülür ki, M. K. m. 689 da tanzim edilen vaziyet *mürekkep* bir mahiyet taşımaktadır:

a) Evvelâ satıcı, mahfuz tuttuğu aynî bir hakkına, mülkiyet hakkına müsteniden mebiin iadesini talep etmektedir;

b) Mülkiyeti muhafaza kaydında, fesih hakkının da mahfuz bulunduğu farz olunarak, alım satımın münfesih olması sebebiyle, satıcı, bu istirdada mukabil, kendisine tediye edilen taksitleri iade etmekte;

c) Fakat mebiin teslimi ile iadesi arasında geçen müddet zarfında, satıcı ile alıcı arasında kira aktine benzer bir hukukî münasebet meydana geldiğinden, satıcı bir «münasip ücret» ile anormal kullanma mukabili bir tazminat talep edebilmekte ve bu talebi mukabilinde, elinde bulunan taksitleri iade etmeden önce bir tenzil ameliyesine tevessül eylemektedir. Bu son münasebet, alım satım aktinden ve hattâ mülkiyeti muhafaza mukavelesinden tamamen müstakildir ve kira ile tazminatın hudutları serbestçe, sırf bu son münasebet zaviyesinden tetkik edilmelidir.

M. K. m. 689 un tanzim ettiği tasfiye tarzı bundan ibarettir ve mülkiyeti muhafaza kaydı dermeyan edildiği takdirde¹⁴², bu maddede derpiş edilen haklardan başka taleplerde bulunulamıyacağı gibi, bunlar dışında mükellefiyetler de yüklenilemez¹⁴³.

Satıcı, semen mukabili faiz dahi istiyemez, zira kira almak suretile zaten sermayesini işletmiş farzedilmelidir¹⁴⁴.

Dr. Halid Kemal Elbir

142) «Borçlar Kanununun 223 üncü maddesi (ve dolayısıyla M.K. m. 689), mülkiyeti muhafaza ve semeni taksitle tesviye edilmek şartile yapılan satışlarda satıcının feshi halindeki hükümlerden bahis olup, bu maddenin açık artırma suretile ve bedeli taksitle ödenmek şartile icra edilen ihalelere şümulü yoktur» *Tem. IV. H. D.*, 1203/1214, tarih 21.V.940 ve 2367/1651, tarih 5.VII.940 kararları(*Sungur, a.g.e., C. II, s. 42, No. 1.*).

143) Tenzilât için ayrıca bk.: *Tem. Tc. D.*, E. 43/758, K. 248, tarih 1.II.944; *Gücün, a.g.e., C. II, s. 29, Ad. Cer. 1944, s. 79.*

144) Aynı kanaat: *Oser - Schönerberger, Becker*, (JdT. 1943, s. 152 den naklen). JdT. 1936, s. 411. - Aksi kanaat: *Schneider ve Fick, a.g.e., s. 396, No. 24.*