

HAPİS HAKKI ÜZERİNDE BİR TETKİK

Doçent Dr. Zahit İmre

I. Hapis hakkının hukukî mahiyeti ve tarihçesi :

1) Hapis hakkı Medenî Kanunumuza göre menkul rehninin bir nev'idir. İsviçre ve Türk MK. ları hapis hakkını aynı bir hak addederek buna ait umumî esasları MK. 864 - 867 (İsv. MK. 895 - 898) tanzim etmişlerdir. Bunun yanında, gerek şartları, gerek terettüp eden hükümleri itibariyle, umumî hükümlerden bazı inhıraflar gösteren münferit ve hususî hapis hakkı hâlleri Medenî Kanunumuzda ve Borçlar Kanunumuzda mevcuttur.

2) *Roma hukukunda*, hapis hakkı hukukî bir müessese olarak sistematik bir tarzda tanzim edilmiş değildi; münferit hallerde buna tesadüf olunuyordu.

Roma hukukunda hapis hakkı mevzuunda *exceptio doli* ile iktifa ediliyordu ve bu suretle hapis hakkı *exceptio dolide* umumî bir hakkaniyet esası olarak tezahür ediyordu ¹.

Görülüyor ki, Roma hukukunda hapis hakkı umumî bir defi (*exceptio*) şeklinde idi.

3) *Müşterek hukukta* veya diğer ismile *Pandekt hukukunda* da hapis hakkı bir defi mahiyetinde olup, borçlu borcunu ifa edinceye kadar iadesini istediği eşyanın alacaklı tarafından reddedilmesinde tecelli eder. Bunun için, alacakla alacaklının eşyaya zilyetliği arasında muayyen bir bağılılık veya rabitanın bulunması icap etmektedir. ² Hapis hakkı sahibinin alıkoyduğu eşyayı nakde tahvil etmek salâhiyeti yoktur, bu sadece bir

1) Bk., B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 4. Aufl., Düsseldorf 1875, § 351, S. 332, Not: 7; Paul Hussels, das Zurückbehaltungsrecht und die Eigentumsaufgabe von Grundstücken im Reichserbhofgesetz, Dissertation, Köln 1937, S. 9.

2) Bk., B. Windscheid, a. g. e., S. 331 - 332, Not: 9; André Jacob, le droit de rétention d'après les articles 895 - 898 du CCS., thèse, Genève 1933, p. 19.

defidir. Görülüyor ki müşterek hukuk esas itibariyle Roma hukukunu takip etmiş bulunmaktadır.

4) *Fransız Medenî Kanununda* da hapis hakkı birleştirilmiş bir tarzda bir hukukî müessese olarak tanzim edilmemiştir. Bu mevzuda münferit mahiyette çeşitli hususi hükümler sevkolunmuştur. (Bakınız: Code Civil art. 570, 867, 1612, 1613, 1673, 1749, 1948, 2102 no. 5 et 6, 2280; keza Code de Commerce art. 95).

Hapis hakkına dair Fransız MK. nunda umumî hüküm olmadığından hapis hakkının defile ödemezlik aynı olduğu, söylenmektedir. Meselâ Planiol ve Ripert hapis hakkını ödemezlik definin bir tatbikatı addetmektedirler³. Fakat Fransız hukukunda bu mevzuda bir vahdet mevcut değildir ve hapis hakkının hukukî mahiyeti tereddüt ve münakaşayı mucip olmaktadır.

5) *Alman hukukunda*, Alman Medenî Kanununun (BGB) 273 üncü maddesi de hapis hakkını bir defî olarak tanzim etmektedir. Ödemezlik def'inde olduğu gibi (BGB mad. 320), hapis hakkı şahsî bir hak (borç münasebetinden doğan bir hak) tesirini haiz bir defî olarak mülâhaza edilmektedir. Alman hukukunda bu bir aynı hak değildir, esasen kullanılan hukukî terim de hapis hakkı (das Retentionsrecht) değil, fakat alıkoyma hakkıdır (das Zurückbehaltungsrecht).

BGB madde 273 ün yanında aynı kanunun 1000 - 1003 üncü maddeleri zilyedin yapmış olduğu masraflar dolayısıyla alıkoyma hakkını (Türk Medenî Kanunu madde 907) tanzim etmektedir; bu da bir defidir, fakat üçüncü şahıslara karşı da hüküm ifade ettiğinden aynı hakka yakın bir kuvveti, aynı bir tesiri haiz bulunmaktadır (BGB mad. 986).

Alman hukukuna müteallik olarak, bu mevzuda Alman Ticaret Kanununun (HGB) nin ticarî hapis hakkına dair 369 - 372 nci maddelerini bilhassa zikretmemiz lâzımdır; çünkü bu hükümler Türk ve İsviçre MK. larındaki hapis hakkına (MK. 864 - 867) çok yaklaşmaktadır. ve âdeta bunlara modellik etmek suretiyle tesir etmiş olduğu söylenebilir. Fransız ve Alman MK. larının aksine olarak, Alman Ticaret Kanununun 369 uncu ve müteakip maddelerinde tanzim olunan hapis hakkı, üçüncü şahıslara karşı kabili dermeyan olup ayrıca alacaklıya icabı halinde hapis etmiş olduğu eşyayı nakde tahvil ettirmek salâhiyetini tanımakta ve bu

3) M. Planiol, traité élémentaire de droit civil, revue et complété par G. Ripert avec la collaboration de J. Boulanger, II, 2ème éd., Paris 1947, no. 2459 et sv., 2499 et 3270 et sv.; keza bk., Colin et Capitant, cours élémentaire de droit civil français, II, 10ème éd. de Julliot de La Morandière, Paris 1948, no. 1481.

suretle rehin hakkına yakın bir mahiyet ve kuvvet arzirmektedir⁴. Bu hak yalnız tacirler hakkında caridir⁵.

6) *Türk ve İsviçre MK. larına göre hapis hakkının esası:*

Medenî Kanunumuza göre, hapis hakkı, alacağı ödeninceye kadar, alacaklıya zilyedliğinde bulunan borçlunun menkul eşyasını veya kıymetli evrakını elinde tutmak, bunların malik olan borçluya veya üçüncü şahsa iadesini reddetmek ve icabı halinde bunu nakde tahvil ettirmek hakkını bahşeder.

MK. muzda hapis hakkı menkul rehninin bir nevi olarak kabul edilmiştir, mahdut bir aynî hakdır, teminat fonksiyonunu haiz olup borcun ödenmemesi halinde nakde tahvil salâhiyeti verir.

Acaba hapis hakkı hakikaten, bir nevi menkul rehni hakkı ve tam mânasiyle bir aynî hak mıdır?

Rehin hakkile hapis hakkı arasında müteaddit farklar vardır. En mühim farklardan birisi şudur: rehinli alacaklı merhun eşya üzerinde zilyedliğini kaybederse, rehin hakkına müsteniden bunun kendisine iadesini isteyebilir, bu hususta aynî mahiyette ve rehin hakkından doğan bir talep ve dâva hakkı vardır. Hapis haakkında ise, alacaklı zilyetliği kaybedecek olursa hapis hakkı sukut eder; diğer bir ifade ile zilyedliğin kaybı halinde diğer zilyetlere karşı hapis hakkından doğan bir iadeyi talep hakkı yoktur. Bu hususiyetine yani hapis hakkı sahibinin tasarruf ve iktidarından çıkan eşyayı hapis hakkına dayanarak geri isteyememesine binaendir ki, İsviçre Medenî Kanun vâzu E. Huber «Hapis hakkı sahibinin bizatihi aynî bir hakkı haiz olmaksızın kanunun bahşettiği aynî bir tasarruf kudreti olduğunu»⁶ söylemekte ve durumu karının birliğe getirdiği mallar üzerinde kocanın hakkile (MK. 198), vasiyeti tenfiz memurunun salâhiyetile (MK. 467), terekeyi resmen tasfiye edecek kimse ile (MK. 574), MK. 829 ve 844 üncü maddelerdeki mümessil veya vekille aynı sıraya koymaktadır⁷. Huber'e nazaran hâkim olan telâkkiye göre,

4) Bk., H. Westermann, Lehrbuch des Sachenrechtes, § 33, VI, S. 154 ve § 126, I, S. 586, Karlsruhe 1951; Julius von Gierke, Sachenrecht, S. 111, 115, 149, 3. Aufl., Göttingen 1948; J. W. Hendemann, Sachenrecht des BGB, S. 189, 196, 2. Aufl., Berlin 1950.

5) Keza bk., Alman Medenî Kanunu madde: 559, 585, 647, 704, 1257; Alman Ticaret Kanunu madde: 397, 410, 421, 440, 623.

6) Eugen Huber, zum schweizerischen Sachenrecht, Bern 1914, S. 71, Not.: 2: (eine dingliche Verfügungsmacht, also dingliches Recht, ohne dieses selbst zu besitzen.)

7) Bk., Eugen Huber, a. g. e., S. 69 - 73.

hapis hakkı, kanunen buna tanınmış olan aynı hüküm ve tesir dolayısıyla menkul rehni hükümlerine ve aynı bir hakka yaklaşmakla beraber, aynı hak vasfından inhiraf etmektedir⁸.

İsviçre hukukçularının ekserisi Huber'in kanaatını benimsemişler ve alacaklının, zilyedliği kaybetmesi halinde hapis hakkından doğan aynı bir talep ve dâva hakkı olmamasından, bu şahsın bizatihi aynı bir hakka sahip olmaksızın aynı bir tasarruf kudretinden faydalanacağı neticesine varmışlardır⁹. Buna mukabil Wieland hapis hakkını hakiki bir aynı hak addetmektedir¹⁰.

Zürich Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Dr. Karl Oftinger bu mevzuda bir kaç ay evvel neşrettiği büyük eserde, E. Huber'in kanaatinde bir tezat müşahede etmekte ve «aynı hakkın hususiyeti mutlak bir hak olmasında, üçüncü şahıslara karşı tesir ve hükmü haiz olmasındadır, bu bakımdan hapis hakkı aynı bir haktır; borç münasebetinden doğan hakkın aksine olarak, cebri icra safhasında vaziyet rehin alacaklısında olduğu gibidir» demektedir¹¹. Prof. Oftinger'e göre hapis hakkı bir rehin hakkı değildir, fakat menkul rehni hükümlerine tâbi kılınmış, onunla birleştirilmiştir¹². Bunun neticesi olarak, hapis hakkının asıl ve esasiyle tezat halinde olmadıkça, menkul rehni hükümleri hapis hakkında da caridir.

Filhakika, Medenî Kanunumuza göre hapis hakkı, menkul rehinin bir nev'i addedilmiş olup fer'i bir aynı haktır. Kaanunda menkul rehni babında, birinci fasılda (A) başlığı altında «teslimi meşrut rehin» (MK. 853 - 863) ve (B) başlığı altında da «hapis hakkı» (MK. 864 - 867) tanzim edilmektedir.

Teslimi meşrut rehin mukavele ile tesis edilebildiği halde, hapis hakkı kanundan doğmaktadır ve ancak kanunda derpiş edilmiş bulunan şartların mevcudiyeti halinde meydana gelebilir. Taraflar mukavele ile hapis hakkının şartlarından birini bertaraf edemezler, diğer bir ifade ile, kanundaki şartlar mevcut değilse taraflar anlaşarak aynı bir hak olarak bir hapis hakkı ihdas edemezler; çünkü aynı haklarda (numerus clausus) yani tahdit prensibi cari olup kanunda tasrih olunanların dışında bir aynı

8) E. Huber, a. g. e., S. 71, Not: 2. Huber'in burada, hâkim olan telâkkiye atfen zikrettiği literatür, Alman Ticaret Kanununun 369 uncu maddesinin izah ve serhine mütedair Alman eserleridir.

9) H. Leemann, Kommentar zum Sachenrecht, 2. Abt., 2. Aufl. Bern 1925, Art. 895, Nr. 1; Oscar Brander, das Retentionsrecht nach ZGB, Dissertatiton, Zürich 1933, S. 6; A. Jacob, a. g. e., p. 31.

10) Wieland, les droits réels dans le Code Civil Suisse, art. 895, no. 1.

11) Karl Oftinger, Kommentar zum Pfandrecht, Art. 895, Nr. 14, Zürich 1952.

12) Karl Oftinger, a. g. e., Art. 895, Nr. 181.

hakkın mukavele ile tesisi mümkün değildir. (Ancak şahsî tesirli bir alıkoyma hakkı mukavele edebilirler, bk. ileride yazımızın VIII numarası).

Şu halde, MK. muza göre, hükümleri itibariyle, hapis hakkı bir aynı haktır, hukukî mahiyeti rehin hakkına muadil değilse de, kanunumuz hapis hakkını menkul rehni çerçevesi içine sokmuştur.

Acaba kanun vaz'ı bakımından hapis hakkının mevcudiyet sebebi nedir?

Evvvelâ, hapis hakkında temel düşünce, borçlunun eşyasını hapis etmek suretiyle alacaklının ona bir tazyik icra etmek istemesi ve diğer taraftan borcunu ödemeyen borçlunun eşyasını alacaklıdan istemesinin hüsnüniyet esasına (MK. 2) aykırı düşmesidir, mahiyeti itibariyle hapis hakkı objektif hüsnüniyet prensibinin hususî bir tanzimidir¹³; bu bakımdan hapis hakkının menşei Roma hukukundaki *exceptio doli*'ye çıkar.

İkinci olarak, hapis hakkında, ödemezlik definden de parça ve tesirler vardır¹⁴. Öyle ki, hapis hakkı bir kısmı itibariyle bir defi mahiyetindedir yani borçlunun borcunu ödemesine kadar eşyasını alacaklının elinde tutması ve iadesini reddetmesi şeklinde tezahür eder¹⁵. Fakat bu defi mahiyetine ilâveten hapis hakkını rehin hakkına yaklaştıran bir teminat fonksiyonu ve eşyanın nakde tahvili cephesi vardır. Bunu şöyle bir formülle ifade edebiliriz :

$$\text{Hapis hakkı} = \text{defi} + \text{aynî hak} + \text{nakde tahvil.}$$

Üçüncü olarak, edimlerin nev'i aynı olmamakla beraber, hapis hakkında takas suretiyle borcun ifasından veya alacağın tahsilinden de bir parça görülebilir¹⁶.

Nihayet, hapis hakkında bizzat ihkakı haktan (Borçlar Kanunu madde: 52 III) den de vasıflar vardır. Bu bilhassa (BK. 57) deki hapis

13) Baron, Pandekten, 5. Aufl., Leipzig 1885, § 76, Nr. 5; Windscheid, a. g. e., II, § 351, S. 332 No. 9; M. Plamol, a. g. e., II no. 3271; K. Otfinger, a. g. e., Art. 895, Nr. 20; P. Hussels, a. g. e., S. 10.

14) Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesinin 31.3.1939 tarihli ve 639-735 sayılı kararında hapis hakkının yalnız bu defi cephesi tebarüz ettirilmıştır (Kâmil Tepeci, Notlu Türk Kanunu Medenisi, cilt II, s. 235-236, Ankara 1946); ayrıca bk., not: 13 deki bibliyografi.

15) Hapis hakkı ile ödemezlik definin farkı için bk., yazımızın VI ncı No.sı.

16) Bk., Windscheid, a. g. e., II, S. 331 ve S. 331 Not: 6 daki literatür; Otfinger, a. g. e., Art. 895 Nr. 20; (hapis hakkıyla takas arasındaki fark için bk., A. Jacob, a. g. e., p. 148-150).

hakkında ve mucirin hapis hakkında (BK. 267 - 269, 281 ve 482 II) ¹⁷ görülür.

II. Hapis hakkının mevzuu :

Hapis hakkının mevzuu menkul eşya ve kıymetli evraktır (MK. 864 I).

Evvelâ, menkul eşya mefhumuna giren şeyler (MK. 686) kabili hapistir. Menkul veya gayrimenkullerin teferrüatı buraya dahildir. Keza, istihlâki kabil eşya ile misli eşya da hapis hakkına mevzu teşkil edebilir.

Misli eşyadan madut olan para (nakit) acaba kabili hapis midir?

Temyiz Mahkememizin bir kararında «hapis hakkının ancak menkul eşya ile kıymetli evraka münhasır bulunduğu, nakit üzerinde ancak takas iddiasında bulunulabileceği» söylenmektedir ¹⁸. Bu karar isabetsizdir, çünkü aşağıda da belirtileceği üzere, bazı şartlar altında nakit üzerinde de hapis hakkının dermeyanı mümkündür; diğer taraftan hapis hakkıyla takas, bazı benzer hususiyetleri haiz olmalarına rağmen, yekdiğerinden tamamen ayrı iki hukukî müessesedir. Bununla beraber, her halde bir yanlışlık eseri olarak, Adalet Dergisinde Temyiz kararının tarih ve numarasının aynı zamanda tam metninin konması unutulmuş olduğundan, yukarıdaki tenkit ve mülâhazalarımızı karar hülâsası ve buradaki ifade tarzından çıkarttığımızı ilâve etmemiz ve bir kaydı ihtirazi serdetmemiz lâzımdır.

Şu halde, bazı şartlar altında, para veya nakit üzerinde de hapis hakkı dermeyan olunabilir. Vaziyet burada teslimi meşrut rehinde olduğu gibidir, yani bunun alacaklıya kapalı bir şey içinde verilmesi ve mülkiyetin borçluda kalması lâzımdır ¹⁹. Zira, alacaklı kendi mülkiyetinde olan eşya üzerinde hapis hakkı dermeyan edemez (bk., ileride, III, 1), paranın açık olarak alacaklının zilyedliğine gelmesi halinde ise (usulsuz vedia veya karz) mülkiyet bunu alana intikal edecektir.

Bir eşya topluluğu kül olarak hapis edilemez, bunu teşkil eden münferit şeylerin teker teker hapsedilmeleri icap eder. Bir kütüphane, bir hayvan sürüsü, bir emtea yığını böyledir. Mevzuu zamanla değişen

17) Bk., Ferdinand Elsener, das Selbstpfandungsrecht bei Tierschaden, Schweizerisches Archiv für Volkskunde, 48. Band, Heft 2, Basel 1952, S. 83 ff.; Peter Schenk, das Pfandrecht an Immaterialgütern, Dissertation, Zürich 1951, S. 40; K. Oftinger, a. g. e., Art. 895 Nr. 21.

18) Adalet Dergisi, 1952, s. 836.

19) K. Oftinger, a. g. e., Art. 884 Nr. 47, Art. 895 Nr. 26.

eşya topluluğunda, meselâ bir hayvan sürüsünde, rehin hakkı yeni bir mukaveleye hacet olmaksızın telef olanların veya temlik olunanların yerine kaim olanlara da şamildir; aynı hâl tarzı hâpîs hakkına da tatbik edilmek iktiza eder²⁰. Temyiz Mahkememizin 4 üncü Hukuk Dairesinin 15.11.1940 tarihli bir kararında dâva olunan hayvanlardan bir kısmının otlama ücretinden olan alacağına mukabil dâva olunan tarafından hâpîs olunduğu iddiası isbat olunduğu takdirde MK. 864 gereğince hâpîs hakkının mevcudiyetine hüküm etmek lâzım geldiği beyan olunmuştur.

Hissedarlardan birinin borcu için müşterek mülkiyet halinde bulunan eşyası üzerindeki hissesini alacaklı hâpîs edebilir mi? Bu terhin edilebileceği gibi, eğer MK. 864 - 865 deki şartlar mevcut ise, hâpîs de edilebilir²¹. Buna mukabil, iştirak halinde mülkiyete mevzu teşkil eden eşya üzerinde şeriklerden birinin borcu için onun hissesi hâpîs edilemez, esasen bu rehin de edilemez; çünkü iştirak halinde mülkiyet münasebeti devam ettiği müddetçe hisseler muayyen ve muşahhas değildir ve her şerikin hakkı eşyanın tamamına saridir; burada ancak iştirak münasebetinin tasfiyesinden sonra her şerike düşecek tasfiye hissesi temlik edilebilir, Temyiz Mahkememizin içtihatları da bu merkezdedir. Temlikte olduğu gibi, terhinde de vaziyet aynıdır, yani şerikin tasfiye hissesi üzerindeki hakkının rehin edilmesi muteberdir, burada hakların terhini hakkındaki esaslar (MK. 869 III) tatbik edilmek icap eder. Şerikin tasfiye hissesi üzerindeki hakkı üzerinde hâpîs hakkı dermeyeran edilmesi mümkün değildir, buna cevaz yoktur²², çünkü hâpîs hakkını Kanunumuz ancak kıymetli evrak tarzında tecessüm eden alacak ve haklarda kabul etmiştir, bunun dışında hâpîs hakkının kullanılması bahis mevzuu olamaz.

İkinci olarak, kıymetli evrak da hâpîs hakkına mevzu teşkil eder. Kıymetli evrak mefhumu ticaret hukukuna giren bir mefhumdur, bununla hakkın senede sıkı surette bağlı olduğu ve senetsiz hakkın dermeyeran ve devrinin mümkün olmadığı senetler anlaşılır. Çek, poliça, emre muharrer senetler, hisse senetleri, emtea senetleri buraya girer. Keza ipotekli borç senetleri de hâpîs hakkına mevzu teşkil ederler, fakat ipotek belgesi kıymetli evraktan madut değildir ve bunun üzerinde hâpîs hakkı icra edilemez²³. «Bunun gibi tasarruf cüzdanları da kabili hâpîs değildirler, şüphesiz kıymetli evrak mefhumu nama muharrer senetleri de

20) Bk., H. Leemann, Kommentar, a. g. e., Art. 884 Nr. 13; A. Jacob, a. g. e., p. 128.

21) K. Otfinger, a. g. e., Art. 895 Nr. 26.

22) Aynı kanaat: K. Otfinger, a. g. e., Art. 895 Nr. 26.

23) Journal des Tribunaux, 1918, p. 265 deki Federal Mahkeme kararı.

ihtiva eder, fakat nama muharrer senetler kıymetli evrak teşkil ettikleri takdirde mamelek hakkını o şekilde tecessüm ettirirler ki bunlar senetsiz dermeyan edilemez ve senetsiz başkasına devredilemezler, bu vasıf tasarruf hesapları dolayısıyla bankaların müşterileri namına verdiği defter veya cüzdanlarda yoktur, tasarruf cüzdanları kıymetli evrak değildir, sadece birer eşya vasıtasıdır»²⁴.

Gayrı maddî mallar üzerinde kaideten hapis hakkı yoktur. Biraz evvel de tebarüz ettirmiş olduğumuz gibi, menkul eşya ve kıymetli evrak dışındaki mallar umumî hapis hakkının (MK. 864 - 867) dışında kalır. Gayrı maddî mallar (telif hakkı, ihtira hakkı, resim ve modeller üzerindeki hak, unvanı ticaret, alâmeti farika vesaire) üzerinde Medenî Kanun rehin hakkını kabul etmiştir (MK. 868 ve müt.), fakat hapis hakkını kabul etmemiştir²⁵.

Burada şu mesele ortaya çıkabilir: Bir sanat galerisi kiralanarak burada sanat eserlerinin (resimler, heykeller vesaire) teşhiri halinde kira ücretini alamayan mucir BK. 267 ve müteakip gereğince bunları hapis edebilir mi?

Buna müspet cevap vermek icap eder, resim sergisinde teşhir edilen ve satılan tablolar, şarap mahzenindeki şaraplar gibi, buldukları yerin (galerinin) tahsis gayesinden faydalanırlar ve BK. 267 III gereğince bunlar hapis hakkına²⁶ tâbidirler²⁷. Esasen, burada gayrı maddî fikir mahsulünün, fikrî hakkın yanında, bunların tecessüm ettikleri maddî mal veya eşya (tablo) vardır. Keza bir muharririn kitabı üzerindeki fikrî hakkı, telif hakkı hapis edilemez, fakat bu fikir mahsulü eser veya kitap şeklinde neşrolunduğu takdirde, basılmış olan kitaplar hapis edilebilecektir. Şu halde, müellifin, muhterinin, muharrir veya âlimin, ressamın, heykeltraşın fikrî âmmece tanınacak bir şekil arzemedikçe gayrı maddî maldır. Bitirilmiş filimler, plâklar kabili hapistir, tecrübe filimleri ise mahdut kimselere arzedileceklerinden kabili hapis değildir²⁸.

24) Zürich Obergericht, IV. Kammer, 1.2.1940 tarihli karar, Schweizerische Juristen Zeitung, 37 (1940-41), S. 23, Nr. 154.

25) Bunların terhini hakkında bk., Peter Schenk, das Pfandrecht an Immaterialgütern, Dissertation, Zürich 1951, S. 31-36; hapis hakkı için bk., aynı eser, S. 44 ve müt.

26) Blätter für Zürcherische Rechtsprechung'daki mahkeme kararı, 32 nci cilt, Nr. 161.

27) Haczî kabil olmayan esyanın hapsi de kabil değildir. Buna mukabil, eşyanın haczedilebilir olması, bunun diğer şartları da mevcutsa hapis edilebilir vasfı haiz olmasına da müncer olur (bk. yazımızın, III, 5 kısmı).

28) Gayrı maddî mal mefhumu hakkında bk., Peter Schenk, a.g.e., S. 16-27, 43-45. Bir mimarın planları üzerinde hapis hakkı meselesi için bk., Bern Appela-

Gayrimenkuller üzerinde de hapis hakkı yoktur. Ancak hüsnüniyet sahibi zilyedin yaptığı masraflar dolayısıyla MK. 907 nin şümulü içinde gayrimenkuller üzerinde bir alikoyma hakkı vardır. Bu maddenin dışında gayrimenkuller üzerinde aynı tesiri haiz bir hapis hakkı dermeyeran edilemez, bu takdirde ancak ödemezlik define istinat etmek²⁹ icap edecektir.

III. Hapis hakkının şartları :

1) *İlk şart, borçlunun bir menkulüne veya kıymetli evrakına alacaklının zilyet bulunmasıdır.*

Bunun borçlunun mülkiyetinde olması şart değildir, üçüncü bir şahsa ait de olabilir, ancak bu hususta alacaklı hüsnüniyet sahibi olmalıdır. MK. 864 ün sondan bir evvelki fıkrasında, hapis hakkı alacaklı tarafından hüsnüniyetle kabz edilmiş olmak şartıyla borçlunun malik olmadığı eşyaya da şamil olur denmektedir (mukayese ediniz: Borçlar Kanunu madde: 268).

Buradaki hüsnüniyetten (MK. 3) şu anlaşılır: Evvelâ, alacaklı zilyedi bulunduğu eşyanın borçluya ait olduğunu zannediyorsa, diğer bir ifade ile bunun borçluya ait olmadığını bilmiyorsa veya bilmesi icap etmiyorsa hüsnüniyet sahibidir.

İkinci olarak, İsviçre hukukunda, hapis hakkının iktisabı bakımından şu halde de alacaklı hüsnüniyet sahibi addolunmaktadır: Alacaklı borçlunun malik olmadığını bilmektedir veya bilmesi icap etmektedir. Bu takdirde borçlunun tasarruf salâhiyeti üzerinde alacaklı hüsnüniyet sahibi ise; yani borçlunun malik olmadığı eşya üzerinde başkasının veya bizzat kendisinin menfaatına olarak borçlunun tasarruf etmeğe salâhiyettar olduğunu zannediyorsa ve bu hususta hüsnüniyet sahibi ise alacaklı hapis hakkını iktisap eder³⁰. Şu halde MK. 864 III gereğince, alacaklının suiniyet veya hüsnüniyet sahibi olmasında esas kriter, borçlunun malik olmadığını alacaklının bilip bilmemesinde değil, fakat borçlunun o eşya üzerinde tasarruf salâhiyeti olmadığını alacaklının bilip bilmemesindedir.

tionshof II. Z. Kammer vom 22.12.1943, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 81 (1945), S. 268.

29) Bk. Zahit İmre, gayrimenkuller üzerinde hapis hakkı dermeyeran edilebilir mi, İstanbul Baro Mecmuası, 1952, sayı 3, s. 129 ve müt.; Prof. K. Oftinger de yeni olarak nesrettiği menkul rehni serhinde, (a. g. e., Art. 895 Nr. 28) aynı kanaati müdafaa etmiştir.

30) Bk., Homberger und Marki, Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 673 (1942); Wieland, a. g. e., Art. 895, no. 5 c; Oftinger a. g. e., Art. 895 Nr. 134.

MK. 864, fıkra: III deki bu hüküm MK. 901 ve MK. 853 II deki esaslara müvazi ve müşabihtir. Buna mukabil, MK. 902 ye müvazi olarak malikin rızası hilâfına elinden çıkan eşya (çalınmış veya gasbolunmuş eşya, kayıp eşya) üzerinde, hapis hakkı da hüsnüniyetle iktisap edilemez³¹. Malikin beş sene zarfında istihkak iddiası vardır. Nakit ve hâmile muharrer senetler üzerinde hapis hakkının hüsnüniyetle iktisabı mümkün ve mesmudur (MK. 903 ve 864 III).

Eşyanın mülkiyeti muhafaza siciline kayıtlı olması hüsnüniyeti bertaraf etmez. İsviçre Federal Mahkeme içtihatlarına göre, alacaklı borçlunun eşyasının mülkiyeti muhafaza siciline kayıtlı olup olmadığını araştırmakla mükellef değildir, ancak bu hususta bazı şüpheler varsa, bu takdirde borçlunun hakikaten malik olup olmadığı hususunda sicile bakmakla mükelefftir, her hal ve vaziyete göre, ayrı ve müşahhas olarak alacaklının hüsnüniyet sahibi olup olmadığına veya sicile bakmaya sevk edecek sebeplerin mevcudiyetini araştırmak lâzımdır³².

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi sicile kayıtlı değilse, bu takdirde bu hüküm ifade etmez ve mülkiyet satıcıda mahfuz kalmayıp teslimle müşteriye intikal eder. Böyle bir halde, alacaklı suiniyet sahibi olsa da, yani mülkiyeti muhafaza kaydından haberdar bulunsa dahi, hapis hakkını iktisap eder, çünkü müşteri (yani borçlu) malik olmuştur; zira sicile kayıt mülkiyeti muhafaza kaydının tesisi bakımından ihdasî bir mahiyeti haizdir, MK. 688 den bu sarih olarak anlaşılmaktadır³³.

Türk hukukunda da vaziyet mümasildir; mülkiyeti muhafaza sicilinde kayıtlı bir malı malik olmayan bir şahıstan satın alan kimse, hüsnüniyet sahibi ise bunun mülkiyetini iktisap eder (MK. 901). Öyle ki, menkul mülkiyetinin hüsnüniyetle iktisabı (MK. 901), ve keza teslimi meşrut rehlin veya hapis hakkının hüsnüniyetle iktisabı (MK. 853 II, 864 III), mülkiyeti muhafaza mukavelesine takaddüm eder³⁴. Esasen söylendiğine göre, Türkiyede mülkiyeti muhafaza sicili son zamanlara kadar tutulmuş değildir³⁵.

31) MK. 907 deki alıkoyma hakkındaki vaziyet aksinedir, bk., Zahir İmre, a. g. e., İstanbul Baro Mecmuası, 1952, s. 143-144.

32) BGE. (Federal Mahkeme Kararları), 42 II 578; Schweizerische Juristen Zeitung, 20. (1923-24), p. 263, no. 187 (trib. cantonal vaudois, 17.12.1923).

33) Bunun gerideki zilyetliğin nakli anına teşmili mümkün değildir (Rekurskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, Schweizerische Juristen Zeitung, 11 (1914), S. 175).

34) Bk., Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesinin 948-2800-2749 sayılı ve 6.6.1949 tarihli kararı, Tatbıkatta Yargıtay Kararları Mecmuası, sayı: 6, s. 184.

35) Tatbıkatta Yargıtay Kararları Mecmuası, sayı: 6, s. 185. Türk hukuku bakımından burada garip bir netice husule gelmektedir: Türkiyede şimdiye kadar

Şu halde, hapis hakkının ilk şartı olarak, borçlunun bir menkulüne veya kıymetli evrakına alacaklının zilyet bulunması lâzımdır. Burada bahis mevzuu olan alacaklının ferî zilyetliğidir; zira alacaklı borçluya veya üçüncü şahsa ait eşyaya zilyet bulunmaktadır (kiracı, vekil, mütaahhit, müstevdi, intifa hakkı sahibi vesaire gibi).

Alacaklının ferî zilyet olması burada şarttır, çünkü alacaklı kendi müliyetinde (aslî zilyetliğinde) olan şeyler üzerinde hapis hakkı kullanamaz. Hapis hakkının ödemezlik definden bir farkı da budur. Meselâ alım satım akdinde, mebli teslim etmemiş olan satıcı bunun malikidir, semeni ödememiş olan müşteriye karşı hapis hakkını değil, fakat ancak ödemezlik (BK. 81) defini ileri sürebilir.

Görülüyor ki, alacaklı kendi mülkiyetinde olan eşya üzerinde hapis hakkı kullanamamaktadır. Bu suretle, usulsüz vedia olarak verilen ve müstevdin mülkiyetine geçen eşya (BK. 472, MK. 700) hapis edilemez³⁶.

Buna mukabil, alelâde vedia müstevdi hapis hakkı dermeyeran edebilir³⁷; esasen, vedia akdinin bir nev'i olan ardiye mukavelesinde böyle bir hapis hakkı vâzih bir şekilde kabul edilmiştir (BK. 476, III).

Müşterek mülkiyet münasebetinde bir hissedar diğer hissedarlara karşı müşterek şey üzerinde hapis hakkı kullanabilir mi? Müşterek eşya ile bağıllık arz eden alacaklar için (bakınız: ileri 4 üncü şart) diğer hissedarlara karşı bunun üzerinde hapis hakkı icra edebilir³⁸; bunun için hapis hakkının umumî şartlarının, ve bilhassa bağıllık veya tabii rabita şartından mada, alacaklı hissedarın müşterek şeye zilyed bulunması ve diğer hissedarların da fiilen ve rızalarile müşterek şeyden uzak durmalarıdır.

boyle bir sicil tutulmadığına göre MK. 688 fık. I in sarîh ifadesi mucibince de, sicile kayıt mülkiyeti muhafaza mukavelesinin bir muteberiyet şartı olduğuna göre, bütün mülkiyeti muhafaza mukavele ve kayıtlarının hepsi hükümsüz durumda demektir. Bunu Tatbikatta Yargıtay Kararları Mecmuasında olduğu gibi tefsir etmek ve sicile kaydı sadece üçüncü şahıslara dermeyeran bakımından hüküm ifade eder addetmek, ancak MK. 688 deki esasî tagyir etmek suretiyle mümkün olabilir.

36) K. Oftinger, Kommentar, Art. 895 Nr. 39. H. Leemann, burada müstevdin ancak takas dermeyeran edebileceğini söylemektedir (Bk., Leemann, Kommentar, Art. 895, Nr. 18 - 21); Leemann'ın bu fikri, kanaatimizce, kabul edilemez, zira vedia olarak verilen eşya üzerinde takas cari değildir (BK. 123 fık 1); bu kaide vedianın bir nevi olan usulsüz vedia da tatbik olunmak icap eder.

37) Aksî kanaat: Wieland, a. g. e., Art. 896 no. 3. Aynı kanaat: Leemann, a. g. e., art. 896, Nr. 16; A. Jacob, a. g. e., p. 114.

38) Aynı kanaat: K. Oftinger, Kommentar, Art. 895 Nr. 70; A. Jacob, a. g. e., p. 101.

Bazı müellifler, bir kimsenin kendi mülkiyetindeki eşyayı hapis edemeyeceğini ve bu sebeple hissedarın müsterek şey üzerinde hapis hakkı dermeyeran edemiyecğini söylemektedirler³⁹. Fikrimizce, bu kanaat kabili müdafaa değildir, zira burada alacaklı hissedar, kendi eşyasını değil, fakat müsterek şeydeki diğer hissedarların hissesini hapsedmektedir.

İştirak halinde mülkiyet halinde bulunan eşyada vaziyet aksinedir, çünkü, burada hisseler muayyen ve müşahhas olmadığından, diğer şeriklerin hisselerinin tefrik edilerek hapis edilebilmesi mümkün değildir, şeriklerin hakkı eşyanın tamamı, bütünü üzerindedir ve burada hapis hakkının icrası için şart olan başkasının mülkiyetinde bir şey yoktur⁴⁰. Teslimi meşrut rehinde de vaziyet muvazidir, ancak hapis hakkıyla arada şu fark vardır, şeriklerin tasfiye hisseleri üzerinde diğer şerik lehine bir rehin tesis edilebilir, fakat hapis hakkı mümkün değildir (bk., bundan evvelki, II kısmı), çünkü hapis hakkı menkul eşya ve kıymetli evrak dışında herhangi bir mevzu üzerinde dermeyeran olunamaz.

Hapis hakkının teessüsü için alacaklının zilyet olması şarttır. Zilyet yardımcıları (Besitzdiener) ve vaziüyetler (détenteur) hapis hakkını haiz değildirler. Oldukça yeni bir İsviçre mahkeme kararını misal olarak zikredebiliriz: zilyedin lehindeki vekâletten rücu edilmesi, bunun geri alınması sebeble ve neticesinde vekil (feri zilyet) eşyayı iade mükellefiyetinde olduğundan, burada hukukî mânada zilyetlik bulunmayıp sadece vaziüyetlik mevcut bulunduğu mucip sebeble eşya üzerinde hapis hakkı dermeyeran edilemeyeceği beyan olunmuştur⁴¹.

Bunun gibi, hayvan idare edenler (BK. 56), hizmetçiler, bir kütüphanede kitapları tetkik eden kimse, mağazaya giren müşteriler zilyed değil, fakat zilyet yardımcısıdır⁴².

Zilyetlikle zilyet yardımcılığı veya vaziüyetlik arasındaki hudut nedir? Federal Mahkeme içtihatları hudut olarak, bir hakkın kabulünü tavsiye etmektedirler⁴³, ferî zilyetlikte bu borç münasebetinden doğan bir haktır (kira, vedia, ıstısnâ, âriyet vesaire) veya mahdut aynî bir haktır (rehin ve intifa). Tamamlayıcı olarak da şunu söyleyebiliriz: Eşya üzerinde az bir zaman süren muvakkat haricî bir temas zilyetlik temin etmez,

39) Hans Geiger, Begriff und Arten der Komexität nach schweiz. Recht, Dissertation, Bern 1920, S. 16-17; Wieland, a. g. e., art. 895, no. 3 c.

40) Aynı kanaat: H. Geiger, a. g. e., S. 16-17; Wieland, a. g. e., art. 895, no. 3 c; K. Oftinger, Kommentar, Art. 895, Nr. 71; Aksi kanaat: A. Jacob, a. g. e., p. 101.

41) I. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes vom 2. April 1948, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 85 (1949), S. 508.

42) Kazüistik için bk., K. Oftinger, Art. 895, Nr. 48-50.

43) BGE. 67 II 20.

meselâ mağazada eline geçen eşya üzerinde müşteri, kütüphanenin okuma odasında kitap alan ve okuyan kimse, otomobile benzin veya yedek parça koyan garajçı⁴⁴ zilyet değildirler⁴⁵. Buna mukabil, kütüphaneden evine götürmek ve tetkik etmek üzere kitap alan kimse (âriyet) zilyettir.

Görülüyor ki, hapis hakkının iktisabı için zilyetliğin alacaklıya nakledilmiş olması lâzım gelmektedir. Alacaklı zilyedliği (MK. 890-893) gereğince iktisap etmiş olmalıdır⁴⁶. Ekseri hallerde zilyetlik, hapis hakkının dermeyanından çok evvel, nakledilmiş bulunmaktadır ve bu itibarla kısa elden teslim (brevi manu traditio) vaziyetine tesadüf olunmaktadır. Keza (MK. 890) daki anahtarların teslimi suretiyle zilyetliğin naklinde veya alacaklının eşya üzerinde doğrudan doğruya iktidarını kullanabileceği hallerde de zilyedliğin iktisabı muteberdir. Buna mukabil, hapis hakkında da hükmen teslim caiz değildir⁴⁶, çünkü eşyanın alacaklının yedinde bulunması mecburidir. Bununla beraber gayet kısa bir zaman için hisse senetlerinin, meselâ kuponlarının tahsili veya metinlerinin muntazam bir hale getirilmesi gibi bir sebeple, bankaya verilmesi halinde hapis hakkı devam eder⁴⁷. Keza, bir İsviçre mahkeme kararında,

44) Bu mevzuda bir İsviçre Mahkeme kararı da vardır (Bern Handelsgericht, 20.6.1935, Schweiz. Juristen Zeitung, 33 (1936-37), S. 49, Nr. 29) (Aynı karar, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 7 2 nci cilt s. 252 de de müntesirdir): Bir garaja giderek otomobili için iki yedek parça satın alan ve otomobiline yerleştiren kimsenin bundan mütevellit borcu için garaj sahibi otomobili hapis etmek istiyor, fakat talebi reddolunuyor, çünkü kendisinin hâdisede MK. 888 mânasında bir zilyedliği mevcut değildir (mukayese et: BGE, 40 II 208). Bunun için, mahdut bir aynî hak veya şahsî bir hak (borç münasebetinden doğan bir hak) sebebiyle eşyanın teslim edilmiş olması lâzımdır, meselâ tamir için verilmek gibi. Hâdisede, otomobil zilyedinin bazı şeyleri bırakmak veya almak maksadıyla gayrimenkule (garaja) gitmesi kâfi değildir; burada garajcı muvakkaten (MK. 887, I) deki fiilî hâkimiyeti elde etmiştir, fakat (MK. 888) deki zilyedlik yoktur. Netice itibarıyla hapis hakkı için MK. 887 kâfi olmayıp, MK. 888 deki zilyedlik lâzım gelmektedir.

44a) Netekim diğer bir hâdisede, bir otomobili tamir için telefonla çağırılan garajcının, bir işçisini göndererek ve arabayı garaja getirterek tamir etmesi hâdisesinde, mahkeme alacağı için garajcının hapis hakkı kullanmasını muteber addetmiştir: Appellationshof des K. Bern III. Zivilkammer vom 4. Juni 1936, Schweiz. Juristen Zeitung 33 (1936-37) S. 141 Nr. 28.

45) Bu hususta bk., Hansjakob Schmid, das Traditionsprinzip im neueren schweizerischen Sachenrecht, Dissertation, Zürich 1945, S. 48, 52 ve müt.

46) Bu hususta bk., Hans Bergmeier die Sicherungszession im schweizerischen Recht, Dissertation, Aarau 1945, S. 72 ve müt; Max Haffter, das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte, Dissertation, Bern 1928, S. 35 ve müt. S. 136 ve müt.

47) A. Jacob, a. g. e., p. 41.

bir hizmetle tavgif edilmiş olan bir şahıs, kasa ve dükkândaki mallar üzerinde, şeraitini haiz olarak hapis hakkı kullanıyorsa, vazettirmiş olduğu ihtiyatî tedbirin yardımıyla, kendisine verilmiş olan dükkânın ve kasanın anahtarlarını iade edebilir⁴⁸, denmiştir (bununla beraber mahkeme kararında diğer sebepler dolayısıyla hapis hakkı tanınmamıştır).

Alacaklı ile borçlu arasında müşterek zilyetlik (Mitbesitz-copossession) halinde hapis hakkı mümkün değildir, çünkü zilyetlerden her biri eşya üzerinde tasarruf salâhiyetini haiz olduklarından, alacaklı bunun üzerinde mutlak ve münhasır bir hâkimiyeti haiz değildir. Hapis hakkı için ise böyle bir hâkimiyet şarttır⁴⁹. Ancak borçlunun tek başına eşya üzerinde tasarrufunun hariç bırakılması şartıyla alacaklı ve borçlunun müşterek zilyetliği kabule şayandır⁵⁰. Keza iştirak halinde zilyetlik (Gesamtbesitz-possession commune) halinde de⁵¹ aynı hal tarzı caridir, yani borçlunun müstakillen tasarrufu hariç bırakılmak şartıyla alacaklı hapis hakkını icra edebilir⁵².

Şunu da ilâve edelim ki, hapis hakkının meydana gelmesi için alacaklının bizzat zilyetliği alması şart olmayıp, mümessilinin onun namına zilyetliği almış olması da kâfidir ve makbuldur⁵³.

Bankada bir kasa kiralanması halinde, bunun muhtevası üzerinde bankanın bir hapis hakkı yoktur, çünkü banka kasa muhteviyatı üzerinde, müşterile birlikte iştirak halinde zilyettir, banka bunun üzerinde tek ve münferit zilyet olamaz⁵⁴.

48) Appellationshof des Kantons Bern, I. Ziv. K. 24.1.1930, Schweizerische Juristen Zeitung, 28 (1931), S. 10 Nr. 1 (aynı karar, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 67 nci cilt, S. 163 de de neşrolunmuştur); bk. aşağıda: not 50.

49) Aynı kanaat: H. Leemann, Kommentar, Art. 895, Nr. 31; A. Jacob, a. g. e., p. 42.

50) Yukarıda (not: 48) de bahsolunan İsviçre (Bern) mahkeme kararında, is sahibinin de dükkândaki mallar ve kasa üzerinde zilyetliği ve tasarrufu mevcut olduğundan alacaklının hapis hakkının tesisine yarayan zilyedliği haiz olmadığı neticesine varılmıştır.

51) Müşterek zilyedliği ve keza iştirak hâlinde zilyedliği, müşterek mülkiyet ve iştirak hâlinde mülkiyetle karıştırmamak iktiza eder. Tafsilât için bk., Homberger, Kommentar zum Besitz und Grundbuch, 2. Aufl. Zürich 1938, (türkçe tercümesi: S. Bertan), Madde 919, Nr. 12 - 13.

52) Aynı kanaat: H. Leemann, Kommentar, Art. 895 Nr. 31; A. Jacob, a. g. e., p. 42.

53) Bk., BGE. 48 III 167.

54) Aynı kanaat, A. Homberger, a. g. e., madde 919 Nr. 13. Prof. Oftinger de bu fikre iştirak etmekle beraber, kasa muhteviyatı üzerinde, bunun muciri durumunda olan bankanın Borçlar Kanununun 267 nci maddesi gereğince hapis hakkı olduğuna işaret etmektedir (Oftinger, a. g. e., Art. 895, Nr. 67).

Kıymetli evrak üzerinde hapis hakkının teessüsü için, bunların temlik veya ciro edilmelerine ihtiyaç yoktur. Malûm olduğu üzere, kıymetli evrakın terhini, MK. 870 mucibince, emre muharrer senetlerin cirosu ve nama muharrer senetlerin de temliki suretiyle olur. Hapis hakkı için bu şart aranmaz, sadece senede zilyetlik kâfidir. Nama muharrer senetlerde icra dairesi veya iflâs masası memurları borçlu yerine kaim olarak nakde tahvil için lâzım gelen muameleyi yaparlar (MK. 867, II).

Keza, emtea senetlerine zilyetlikle ve bunun hapis edilmesile, senedin temsil ettiği emtea üzerinde de zilyetlik ve hapis hakkı husule gelir (MK. 871, I ve 893, I). Burada da hapis hakkı için, ciro veya temlikin tevsiki zarurî değildir, fakat nakde tahvilde buna ihtiyaç vardır.

Hapis hakkı için mevcudiyeti gereken bu birinci şartın, yani alacaklının zilyetliği şartının, istisnaları şunlardır: âdi kirada (BK. 267 - 269) ve hasılât kirasında (BK. 281) mucirlerin ve keza otelci, hancı ve garajcılarının hapis hakkıdır (BK. 482).

2) *Hapis hakkının mevcudiyeti için ikinci şart, menkul veya kıymetli evrakın alacaklının zilyetliğine borçlunun rızasıyla geçmiş olmasıdır.*

Alacaklının zilyetliği iktisabında borçlunun rızası mevcut değilse hapis hakkı meydana gelmez. Borç münasebetinden doğan bir hakka (şahsî hakka) veya mahdud aynı bir hakka istinat ettiği hallerde bu rıza umumiyetle mevcuttur. Hemen ilâve edelim ki, borçlunun burada aranan rızası hapis hakkının icrasına müteallik değildir, sadece alacaklının zilyetliğinedir⁵⁵.

Bu mevzuda, borçlunun rızasının aranması şartı, malikin rızası hilâfına elinden alınan eşya üzerinde hapis hakkının dermeyanını önlemektir.

Alacaklı zilyetliğine müteallik borçlunun rızasını isbatla mükelleftir (MK. 6).

Alacaklı hile veya ikrah ile veya borçlunun hatası neticesinde o şey zilyet olmuşsa, borçlu rıza fesadı sebebinin ileri sürerek kanunî müddet içinde, eşyasının iadesini istemek suretiyle, hapis hakkının kullanılmasını bertaraf edebilir. Burada bir fesih kabiliyeti mevcut olup, (BK. 31) deki müddet zarfında fesih hakkı kullanılmazsa, rıza fesadile malûl olan borçlunun irade beyanı ve bununla birlikte hapis hakkı muteber hale gelir.

55) Not 48 ve 50 de zikrettiğimiz Bern (İsviçre) mahkeme kararında, hapis hakkının reddedilmiş olmasının bir sebebi de, borçlunun bazı eşyası üzerinde onun rızası hilâfına alacaklının zilyedliği icra etmesidir.

Keza, zilyetliğin naklinde medenî hakları kullanmak ehliyetinden mahrumiyet de hapis hakkının meydana gelmesine mâni teşkil eder; ehliyetsizlik halinde, ancak kanunî mümessilin zilyetliğini naklettiği eşya hapis hakkına mevzu olabilir⁵⁶. Vesayet altındaki kimsenin eşyası üzerinde vasinin, ücretine müteallik olarak (MK. 400), hapis hakkı için vesayet altındakinin rızası yerine sulh mahkemesinin rızası kaim olur⁵⁷. Kanunî temsil salâhiyetinde olduğu gibi, rızai temsil salâhiyetinde de, borçlunun temsil salâhiyeti verdiği kimse tarafından zilyetliğin alacaklıya nakledilmesi halinde, borçlu bunu tanımak mecburiyetindedir.

Bunun gibi, alacaklıya zilyetliği nakleden borçlunun bu eşya üzerinde tasarruf salâhiyeti yoksa, bu takdirde de alacaklı hapis hakkı icra edemez. Meselâ borçlunun iflâsının açılmasından sonra, bunun alacaklıya verdiği eşya üzerinde hapis hakkı meydana gelmez. alacaklının hüsnüniyet sahibi olması tasarruf salâhiyetindeki noksanı bertaraf edemez⁵⁸.

Borçlunun eşyasını kaybetmesi veya bunun tesadüfi bir hâl neticesinde alacaklıya gelmesi halinde, borçlunun rızası eksiktir. Bu mevzuda şüphe ve tereddüt celbeden bir mesele şudur: lükatayı bulan, bunu malikine iade ederken yapmış olduğu masrafların ve hakkaniyete uygun bir ikramiyenin kendisine verilmesini talep edebilir (MK. 695, II); malikin bunu reddetmesi halinde, mültakıt yani lükatayı bulan bunu hapis edebilir mi?

Burada, MK. 864 ve müteakibindeki hapis hakkının tatbiki güçtür, çünkü malik bunu rızası hilâfına elinden çıkarmıştır, diğer bir ifade ile alacaklının (lükatayı bulanın), bunun zilyetliğini elde etmesinde, borçlunun (malikin) rızası yoktur. Diğer taraftan lükatayı bulanın hüsnüniyet sahibi olduğu da söylenemez (MK. 864, III), bilâkis o suiniyet sahibidir, zira bunun başkasına ait olduğunu bilmektedir. Lükatayı bulanın masraflarının tazmini ve ikramiye talebi nasıl temin olunacaktır? Burada, ödemezlik defii de kabili tatbik değildir, çünkü iki taraflı bir akit münasebeti yoktur.

56) Bu hususta şu mahkeme kararına bak., Tribunal cantonal vaudois, Schweizerische Juristen Zeitung, 18 (1921-22), S. 141, Nr. 110.

57) K. Oftinger, a. g. e., Art. 895 Nr. 69.

58) Hapis hakkının teessüsü için bunu dermeyen eden kimsenin, borçlunun iflâsından evvel borçlunun rızasıyla, bu hakkın mevzuuna zilyet olması lâzımdır. Zilyetliğin iflâstan bes gün evvel elde edilmiş olmasının ehemmiyeti yoktur (Tribunal cantonal vaudois, 8.4.1918, Schweizerische Juristen Zeitung, 15 (1918-19), S. 8 Nr. 1). Keza bk., BGE. 59 III 101; K. Oftinger, a. g. e., Art. 884 Nr. 345 ve Art. Nr. 57.

Bu meselede, lükatayı bulanı himaye etmek hakkaniyet icabındandır⁵⁹. Bu hususta vekâletsiz iş görme hükümlerinden istifade etmemiz kabildir. Filhakika, kayıp eşyayı (lükatayı) bulan, onu muhafaza ederek sahibine iade etmeğe çalışan kimse vekâletsiz iş gören (BK. 410 ve müteakibindeki) gibidir. Bu muameleye icazet verilirse vekâlet hükümleri tatbik edilir. Vekilin yaptığı masraflar ve ücreti için hapis hakkı vardır (BK. 393 son cümle). İsviçrede, umumiyetle kabul edilen hal tarzı budur⁶⁰. Lükatada, «tıpkı vekâletsiz iş görmede olduğu gibi, malikin rızası olmadan zilyetlik vardır (MK. 695 fık. II, BK. 413, 414 fık. II), buna rağmen hapis hakkı doğar»⁶¹.

Hapis hakkının dermeyan edilebilmesi için mevcudiyeti gereken bu ikinci şart, yani borçlunun alacaklının zilyetliğine rızası, sarih olarak verilebileceği gibi, zımnen de istihraç olunabilir⁶².

Bu şartın istisnaları şunlardır: Borçlar Kanunu madde: 57, 267 - 269, 281 fık. III, 482; Medenî Kanun madde 676 fık. II.

3) *Üçüncü şart alacağın muaccel olmasıdır, yani ifasının kobili talep olmasıdır.*

Hapis hakkı ferî bir hak olduğundan alacak hakkına sıkı bir surette bağlıdır. Alacak hakkı hükümsüz ise veya mevcut değilse veya tek taraflı olarak bağlayıcı değilse, hapis hakkı yoktur. Alacağın muteber olmadığına dair defî ve itirazlar (ifa, imkânsızlık, takas vesaire) hapis hakkını da bertaraf ederler. Şart, müddet veya vade gibi talik edici defiler ise muacceliyet şartının eksikliğine delâlet ederler.

Alacak müruru zamana uğrarsa hapis hakkı icra edilebilir mi? Burada bir tafsil yapmak lâzımdır: Evvelâ, zilyetliğin iktisabı anında alacak müruru zamana uğramış bulunuyorsa, bu takdirde hapis hakkı doğmaz. İkinci olarak, zilyetliğin iktisabından sonra alacağın müruru zamana uğraması halinde, meseleyi teslimi meşrut rehinde olduğu gibi hal etmek icap eder yani (BK. 138) gereğince cevaplandırmak iktiza eder:

59) Lükatayı bulanın yaptığı masrafların tazmini ve lükata mükâfatı için Alman Hukuku bir alıkoyma hakkı tanımaktadır (EGB. madde 969-972 ye bağlı olarak madde 1000). Bk., Westermann, a.g.e. S. 270, § 59, Nr. II 2 d; J. v. Gierke, a.g.e., S. 107; Hedemann, a.g.e., S. 180.

60) Wieland, a.g.e., Art. 722 no. 3; Leemann, a.g.e., Art. 722, Nr. 31, Art. 720, Nr. 1, Art. 895 Nr. 39; A. Jacob, a.g.e., p. 46. Leemann, lükata hukukunun gayesine uygun olarak, lükatayı bulanın kaybedenin rızasıyla lükataya zilyed olduğu esasının cari olduğunu, söylemektedir (madde 895 serhi, Nr. 39).

61) K. Otfinger, a.g.e., Art. 895, Nr. 64 ve 66.

62) Not 58 de zikredilen mahkeme kararı.

Alacak müruru zamana uğrar fakat alacaklı nakde tahvil suretile alacağını istifa edebilir⁶³. Dikkat edilece kolursa BK. 138 de «menkul rehni» tâbiri kullanılmaktadır. Medenî Kanunumuzun sistemine göre, bu terim umumî bir mânayı haiz olup, teslimi meşrut rehni ihtiva ettiği gibi, hapis hakkını da içine alır⁶⁴.

Eksik veya nakıs borçlar dolayısıyla alacaklı hapis hakkını haiz değildir. Çünkü, bunlar kabili ifa olmakla beraber kabili dâva ve kabili talep değildirler, bunlarda muacceliyet şartı eksiktir. Eksik borçlar, evlenme tellâllığı (BK. 408), kumar ve bahis (BK. 504), ahlâkî bir vazifeyi ifa için taahhüt olunan edim (BK. 62 fık. II) dir⁶⁵. Müruru zamana uğrayan borç da eksik bir borçtur, fakat bunun hapis hakkıyla münasebeti, biraz evvel izah ettiğimiz gibi ayrı bir şekilde (BK. 138) de tanzim olunmuştur.

Hapis hakkının doğumu için alacağın muaccel olması kâfidir, ayrıca borçlunun temerrüdüne ihtiyaç yoktur.

Buradaki alacağın para alacağı olması şart değildir, fakat bunun kıymetinin nakden kabili takdir olması yani para alacağına kabili tahvil olması lâzımdır; zira hapis hakkı menkul rehninin bir nevi olduğundan bunun nihai gayesi, icabı halinde, hapis olunan eşyanın nakde tahvili ve elde edilen meblâğdan alacağın tahsilidir. Alacak ekseri hallerde para alacağı şeklindedir. Fakat bazı hallerde alacağın diğer edimlere müteallik olması da mümkündür, meselâ borçlunun yapma borcuna müteallik alacaklının talebi (Anspruch auf ein Tun) (terzinin elbise dikmek borcu gibi), veya aynı bir talep (dinglicher Anspruch) olabilir, (aynî bir haktan doğan talep hakkında meselâ gayri meşru zilyede karşı malikin eşyasının iadesi talebinden doğan alacak hapis hakkının kullanılmasına esas teşkil edebilir)⁶⁶.

63) Aynı kanaat: Becker, Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Auflage, Art. 140, Nr. 3; von Tuhr, partie générale du C. O., 2ème éd., § 81, Nr. 51; Leemann, a.g.e., Art. 895, Nr. 29; Oftinger, a.g.e., Art. 895 Nr. 75; A. Jacob, a.g.e., p. 125.

64) İsviçrede Oser aksi kanaattadır (Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Auflage, Art. 140, Nr. 3); Oser'e göre, BK. 113 fık 1 gereğince, esas borç sukut edince ferî haklar da sukut ederler, alacak müruru zamana uğrayınca hapis hakkı da nihayete erer. Oser'in bu fikri umumiyetle kabul edilmemekte ve (BK. 138) (BK. 113) ün bir istisnası addolunmaktadır.

65) Prof. Oftinger, BK. 234 fık. III de ahlâkî vazife ifası dolayısıyla verilen şeylerin bağışlama olmadığına söylenmiş olmasına rağmen, ahlâkî vazifenin ifasından doğan bir borcun hiç bir rehin hakkı ile temin edilemeyeceğini, bunun hukuki tanzimlerin dışında kalacağını, söylemektedir (Kommentar, Art. 884, Nr. 159).

66) Bk., Wieland, a.g.e., Art. 895 no. 3a; Leemann, a.g.e., Art. 895 Nr. 27; Oftinger, a.g.e., Art. 895 Nr. 75. Ayrıca bk., İsviçred Vaud kanton mahkemesinin kararı (Schweizerische Juristen Zeitung, 18 (1921-22), s. 141, no. 110).

Alacak münazaalı olsa dahi hapis hakkı cari olur, «bu netice takasa ve (BK. 118 fık. II) ye uygundur»⁶⁷.

Âmme hukukundan doğan alacaklar hususunda âmme hukuku ve idare hukuku kaideleri ve oradaki tanzimler tatbik olunur; şayet böyle bir kaide yoksa, bu takdirde âmme hukuku alacakları hususî hukukun teminat hükümlerine tâbi olmak icap eder⁶⁸.

Muacceliyet şartının istisnası 866 ncı maddenin ilk fıkrasındadır: Borçlu borcunu ödemekten aciz haline düşerse alacak muaccel olmasa dahi, vadesi hülûl etmemiş olsa bile, alacaklı borçlunun eşyası üzerinde hapis hakkını kullanabilir. Alman hukuk literatüründe buna «zarurettten doğan alıkoyma hakkı» (Notzurückbehaltungsrecht) denmektedir; İsviçre ve Türk MK. larındaki tanzim tarzına uygun olarak buna «zarurettten doğan hapis hakkı» (Notretentionsrecht) denebilir.

866 ncı maddenin tatbiki için, ödemedi aciz vaziyetinin devamlı olması ve diğer alacaklılar için de tanınabilir olması lâzımdır. Borçlunun iflâsı da buraya dahildir, esasen MK. 866 ile BK. 121 arasında bu bakımdan müşabehet ve muvazilik müşahede olunabilir.

4) *Dördüncü şart, alacakla eşyanın alacaklının zilyetliğine gelmesi arasında tabii bir irtibatın bulunmasıdır* (MK. 864 fık. I). Kanunumuz burada bir tefrik yapmış âdi muamelelerle ticarî olanları yekdiğerinden ayırmıştır :

a) *Medenî irtibat veya medenî hapis hakkı:*

Âdi işlerde alacakla alacaklının hapsettiği menkul eşya veya kıymetli evrak arasında tabii bir rabıta veya irtibatın bulunması şarttır⁶⁹. Bu irtibat oldukça müphem bir mefhum olup, bu elâstiki mefhumun tayin ve tesbitinde hâkim hüsnüniyet ve hakkaniyet hudutları içinde takdir hakkını kullanacaktır⁷⁰. Taabii irtibatın şöyle bir tahlil ve tasnifini yapabiliriz:

Evvelâ, hapis olunan eşyadan doğan alacaklarda böyle bir tabii rabıta kolaylıkla görülür. Eşyanın muhafazası veya tamiri masraflarından, ve

67) K. Oftinger, a.g.e., Art. 895 Nr. 75.

68) Mukayese edinilz: Leemann, a.g.e., Art. 895 Nr. 26; Homberger und Marti, schweizerische juristische Kartothek, Nr. 673 (1942); K. Oftinger, a.g.e., systematischer Teil, Nr. 337; BGE. 20, S. 368; 56 I 280; 56 III 243; 77 III 46.

69) Bir Federal Mahkeme kararı da bunu teyit etmektedir (BGE. 71 II 86. fransızcası: Journal des Tribunaux, 1945, p. 562).

70) Bu hususta Windscheid septik (şüpheli) bir görüş tarzına sahiptir (a.g.e., II nel cilt, S. 332, Not. 9).

keza eşyanın sebebiyet verdiği zararların tazmininden doğan alacaklar buraya girer⁷¹. Meselâ, istihkak iddiasına karşı, zilyetliğin iadesile mükellef olan şahıs tazminat ve masraflardan olan alacağı için hapis hakkı dermeyan edebilir. Buna mukabil, sebepsiz iktisap sebebiyle iade dâvasında (BK. 64) e müsteniden masrafların tazmin talebinde, kaide olarak, alacaklı (MK. 864) mânasında, hapis hakkını haiz değildir, çünkü o eşyaya malik olmuştur⁷². Eşyanın sebebiyet verdiği zararlardan bunun üzerinde hapis hakkının doğumuna misal olarak, bu mevzua müteallik kanundaki iki hâli zikredebiliriz: MK. 676 fık. II ve BK. 57.

İkinci olarak, alacağın ve eşyaya zilyetliğin aynı hukukî münasebetten neş'et etmesi halinde de, tabii irtibat mevcuttur. Eşyanın zilyedin eline geldiği aynı muameleden alacağın doğması halinde bu vardır. Keza hukukî muamelenin yanında diğer vakıalar da tabii rabıtaya müstenit hukukî bir münasebet teşkil edebilir, bu suretle haksız fiiller ve hiyleli muameleler de buraya girer; ancak bunun hüsnüniyetle alâkası olmalıdır, hüsnüniyet hapis hakkının esasının ve mevcudiyet sebebini teşkil eden bir mefhumdur. Netekim bir Federal Mahkeme kararında hileli eşya ve tablo satışında (BK. 28) aldatılan kimsenin tazminatın temini için bu eşyayı hapis edebileceği kabul edilmiştir (bk., not 69). Keza, MK. 902 fık. II nin mevzuuna giren hâdiselerde de, aynı surette hapis hakkı bahis mevzuu olabilir (bk., BGE. 71 II 93). Bunun gibi nişanın bozulması halinde, borçlu nişanlının getirdiği çeyizlerin hapsi de mümkündür⁷³. Bu mevzuda misaller çoğaltılabilir, nitekim, hizmet, istisna, vekâlet, vedia ve diğer akitler sebebiyle de böyle bir tabii irtibat husule gelebilir. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satışta tediyelerin geri istenmesi talebinde bunlar iade edilinceye kadar müşteri mebli hapis edebilir⁷⁴ (MK. 689, BK. 223).

Üçüncü olarak, aynı ve tek münasebetten gelmeyen fakat aynı gayeyi takip eden bir hukukî münasebetler kompleksinden husule gelen irtibat hallerinde de, Alman ve İsviçre nazariyat ve içtihatları tabii rabıta veya

71) Keza, eşyanın kıymetini arttıran masraflar da buraya girer (bk., BK. 293 fık. III, 295 fık. II) ve Temyiz Mahkemesi 4 üncü HD. sinin 5439-5295 sayılı ve 7.11.1950 tarihli kararı (Tatbikatta Yargıtay Kararları Mecmuası, sayı 22, s. 628).

72) Bk., O. Brander, das Retentionsrecht nach ZGB, Dissertation, Zürich 1933, S. 154.

73) Tafsilât ve kazûstik için bk., K. Oftinger, a.g.e., Art. 895 Nr. 92-102; H. Leemann, a.g.e., Art. 895 Nr. 44-46.

74) Bu mevzuda İsviçre Mahkeme içtihatları için bk., K. Oftinger, a.g.e., Art. Nr. 95. Keza bk., H. Leemann, a.g.e., Art. 895, Nr. 43.

irtibatı kabul etmektedirler. Misal olarak, bundan evvel de zikrettiğimiz Federal Mahkeme kararını alabiliriz (bk., not 69); buradaki hâdisede iki ayrı muamele ile tabloların hileli satışı vardır (BK. madde 28, 41), diğer bir haksız fiilden gelen eşyaya zilyetlikte alacak için bu hapis edilebilmektedir, yeter ki bunlar arasında fiilî bir bağıllık bulunsun. Bu bilhassa aynı mahiyette haksız fiillerin (muteber olmayan satışların) aynı fail tarafından aynı şahsın zararına olarak yapılması halinde de mevcuttur. Keza diğer bir mahkeme kararında da zilyetlik ve alacak iki farklı muameleden neşet ettiği halde, böyle bir irtibat kabul edilmiştir, hâdisedir: satıcı bozuk bir yazı makinesi satıyor ve teslim ediyor, müşterinin itiraz ederek bunu iade etmesi üzerine, satıcı onun yerine sağlam diğer bir makineyi ariyet olarak veriyor, semenin iadesine kadar müşteri bu ikinci makineyi iadeyi reddediyor ve hapis hakkını mahkeme kararı da tasvip ediyor⁷⁵.

Bununla beraber şu noktaya da işaret edelim ki, tabii irtibat mefhumunun bu suretle genişletilmesinin İsviçrede ancak sekiz on senelik bir mazisi vardır, daha eski tarihli Federal Mahkeme kararlarında aksine karar ve içtihatlarla da tesadüf olunabilir⁷⁶.

Alacakla hapsolunan eşya arasında tabii irtibat mevzuunda hatıra gelebilecek bir mesele de şudur: Bir rehin münasebetinde tediye veya diğer bir sebeple alacak hakkı sukut ederse, rehinin iade edilmesi lâzımdır; alacaklı merhununu iade edecek yerde borçludaki diğer bir alacağı için bunu hapis edebilir mi?

Roma hukukunda ve müşterek hukukta (Pandekt hukukunda) bu kabul olunuyor ve buna «pignus gordianum» deniyordu⁷⁷. Bu suretle, rehin hakkının sukutundan sonra alacaklıya diğer alacakları dolayısıyla merhun üzerinde hapis hakkı icrasına müsaade ediliyordu. İsviçre ve Türk MK. larında bu hususta bir kaide vazedilmiş değildir, bu itibarla, MK. 864 ve müteakipteki umumî esaslara göre hareket etmek yani şartları bilhassa borçlunun rızasıyla alacaklının zilyetliği ve tabii irtibat şartları mevcutsa, ancak bu takdirde sukut eden rehinden sonra aynı şey üzerinde hapis

75) Semaine judiciaire 1949, p. 607-608.

76) Meselâ, Semaine Judiciaire 53 (1931), p. 337; BGE. 65 II 153. Bu hususta bk., Peter Schenk, a.g.e., S. 45-46; A. Jacob, a.g.e., p. 76; K. Otfinger, a.g.e., Art. 895 Nr. 103 ve müt.; Leemann, a.g.e., Art. 895 Nr. 47; Wieland, a.g.e., Art. 895 no. 3 b-bb.

77) Bk., Baron, Pandekten, 5. Aufl., § 76, Nr. 5 ve § 200; K. Otfinger, a.g.e., Art. 895 Nr. 105-106; A. Jacob, a.g.e., p. 85 ve müt.; H. Leemann, a.g.e., Art. 895 Nr. 47 ve 48; Wieland, a.g.e., Art. 895 no. 3 b-bb.

hakkı kullanılabilir⁷⁸. Şu halde hukukumuzda mücerret olarak pignus gordianum kabule şayan değildir, ancak hapis hakkının umumî şartları mevcut ise böyle bir vaziyet kabule şayan olabilir.

Rehin hakkı herhangi bir sebeple, meselâ ahlâk ve âdaba aykırılık veya tesis şartlarındaki bir noksan dolayısıyla, batıl ve hükümsüz ise acaba rehin mevzuu olarak verilmiş olan şey üzerinde bir hapis hakkı dermeyeran edilebilir mi? Hemen ilâve edelim ki, bu vaziyet pignus gordianumdan farklıdır, şu itibarla ki burada rehin hakkı mevcut olup sonradan sukut etmiş değil, fakat hükümsüzlük sebebiyle baştan itibaren mevcudiyet kazanamamıştır. Eğer burada hapis hakkı kabul edilecek olursa, muteber olmayan bir rehin hakkının hapis hakkı şeklinde tecelli ederek mümasil fonksiyonu icra etmesine, diğer bir ifade ile rehni muteber olmaması halinde hapis hakkının bunun mütemmimi olarak tezahür etmesine şahit olacağız ki bu caiz değildir, kanunun ruhuna aykırıdır, zira aksi takdirde hükümsüz her rehin münasebetinde bunun yerine hapis hakkı kullanılmak suretiyle kanundaki menkul rehni hükümleri bertaraf edilmiş olacaktır⁷⁹.

Buna mukabil, gayrı muteber rehin münasebetinde, alacaklının merhun üzerinde yaptığı masrafların veya merhun eşyanın sebebiyet vereceği zararların tazmini hakkında, birinci şıkta izah ettiğimiz mânada, tabîî bir irtibat ve dolayısıyla hapis hakkı meydana gelir (bk., not: 69, 71), esasen burada bazı hallerde (MK. 907) deki alıkoyma hakkı da bahis mevzuu olabilir.

Bu mevzuda ortaya çıkabilecek bir ihtimal de şudur: rehin mukavelesi değil, fakat umumiyetle herhangi bir akit, meselâ alım satım akdi, muayyen bir sebepten dolayı batıl ise bu hükümsüz hukukî münasebet dolayısıyla bahis mevzuu olan iade vecibelerinde bir hapis hakkı ileri sürülebilir mi? Burada, bu veya buna benzer bir hak tanınmayacak olursa karşı taraf lehine sebepsiz bir iktisap vaziyeti meydana getirilecektir. Bunu önlemek için hapis hakkı veya ödemezlik defii dermeyeran etmek yolları vardır. Akdın feshi halinde (BK. 205) mebi iade edilirken hapis hakkı icra edilemez, çünkü teslimle mülkiyet müşteriye geçmiştir ve bu şahıs da kendi mülkiyetinde olan eşyayı hapis edemez; burada (BK. 81)

78) Fransız Medeni Kaanunu madde 2082 fık. II hususî bir hâl için bunu tanımaktadır. Bu mevzudaki İsviçre içtihatları için bk., BGE. 65 II 154; Semaine Judiciaire 1920 p. 139; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 21, S. 282; 86 (1950) S. 395; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, 16, S. 292.

79) Aynı kanaat: BGE. 20, 928-929; 51 II 283; Wieland, a.g.e., Art. 895, no. 3 b-bb; Leemann, a.g.e., Art. 895, Nr. 48; K. Otfinger, Art. 895, Nr. 99; Geiger, a.g.e., S. 24; Jacob, a.g.e., p. 67.

deki ödemezlik define istinat etmekten başka çare yoktur. BK. 81 hükmü akdin ifasında olduğu gibi, bunun muteber olmaması halinde edimlerin iadesinde de kıyasen tatbik olunabilir⁸⁰. Alım satım akdi batıl olduğu takdirde, menkul mülkiyetinin intikal etmiş olup olmadığına göre bir ayırma yapmak icap eder. Malûm olduğu üzere, menkul mülkiyetinin naklinin illi yani muteber bir sebebin mevcudiyetine bağlı olup olmadığı hakkında MK. da bir sarahat yoktur. İsviçre Federal Mahkeme içtihatları bunun illi olduğunu kabul etmiş olduğundan (BGE. 55 II 306), gayri muteber bir akde müsteniden mebiin teslimi halinde mülkiyet müşteriye geçmez ve bu takdirde başkasının eşyası üzerinde bir hapis hakkı icra edilebilir. Aksi kabul edilecek olursa yani menkul mülkiyetinin intikali mücerret bir hukukî muamele olarak telâkki edilirse, mülkiyeti iktisap eden müşteri kendi eşyası üzerinde hapis hakkı icra edemez, bu takdirde de gene ödemezlik define istinat etmek mecburiyeti olacaktır. Türk hukukunda bu mesele yani menkul mülkiyetinin illi mi, yoksa mücerret bir muamele mi olduğu vâzih bir şekilde halledilmemiştir, bu itibarla, hukukumuzda ödemezlik defi daha sağlam bir mesnet teşkil edecektir.

MK. 864 fık. I de bu hususta «tabii irtibat» şeklinde bir ifade kullanılmaktadır. Bu ifade tarzı mefhumu tahdit etmek maksadiyle kullanılmıştır. Bu suretle, hapis hakkının akdi olarak tesisi önlenmek istenmiştir. Bir aynı hak olarak hapis hakkı ancak kanundaki şartlar mevcut ise teessüs eder. Mukavele ile ancak şahsî bir hak (borç münasebetinden doğan nisbî bir hak) olarak bu tesis edilebilir⁸¹.

b) *Ticari hapis hakkı veya ticari irtibat :*

Tüccar arasında tabii irtibat veya rabita şartı daha geniş bir çerçevede nazara alınır; alacak ve zilyetlik ayrı hukukî muamelelerden meydana gelmiş olsalar bile, eğer tacirlerin karşılıklı iş veya ticaret münasebetlerinden neşet etmişlerse, bu tabii rabita şartı mevcut addolunur (MK. 864 fık. II). Buradaki kolaylığın sebebi tacirler arasındaki müteaddit muamelelerin bölünmemiş olması, bunlar arasında bir birlik ve vahdet bulunmasıdır⁸².

Ticari hapis hakkı için, tarafların tacir olması ve aynı zamanda alacağın ve alacaklının zilyetliği iktisabının bu iki tacirin karşılıklı iş

80) Aynı kanaati, daha evvelki bir yazımızda da diğer bir vesile ile müdafaa etmiştik (a.g.e., İstanbul Baro Mecmuası, 1952, s. 138-139). Keza, K. Oftinger, a.g.e., Art. 895, Nr. 98.

81) Bk., ileride: VIII bölümü.

82) K. Oftinger, a.g.e., Art. 895, Nr. 114.

veya ticaret münasebetlerinden doğmuş olması lâzımdır. Alacağın ve zilyetliğin iktisabında tacir sıfatının mevcudiyeti lâzım olup, hapis hakkının dermeyanı esnasında bunun kalkmış olmasının veya aradaki ticari münasebetinin kesilmiş olmasının ehemmiyeti yoktur⁸³.

Ticaret veya iş münasebeti tâbirile tacirin mutad faaliyet çevresine giren iş ve muameleler anlaşılacak icap eder. Meselâ bir ithalât tacirinin emlak tellâllığı veya inşaat işleri yapması halinde bu işlerden doğan alacağı için ticarî hapis hakkından istifade edemez. Keza bir tacirin sırf cemile olmak üzere hisse senetlerini borç almak için garanti arayan, bir tacire vermesi halinde de ticarî hapis hakkı yoktur⁸⁴. Buna mukabil, banka ile müşteri arasındaki hesabı cari münasebetine binaen, teminat için kıymetli evrakın verilmesi halinde, bunlar hapis hakkına mevzu teşkil eder⁸⁵.

5) *Beşinci şart hapis olunan şeylerin nakde tahvili kabiliyetini haiz olmasıdır* (MK. 865 fık. I). Bu itibarla, hapis hakkı ancak mamelek kıymeti olan yani nakdî kıymeti olan şeyler üzerinde cereyan eder. Mamelek kıymetile nakde tahvil mümkün olur. Az da olsa cüz'î bir mamelekin kıymeti kâfidir.

Buna mukabil nakde tahvili mümkün olmayan veya mamelek kıymeti bulunmayan şeyler üzerinde hapis hakkı ileri sürülemez. Bunlara misal olarak, pasaport, hüviyet veya nüfus cüzdanı, şahsî mektup ve fotoğraflar⁸⁶, muhasebe defterleri, polisin verdiği hüsnühal vesikası, askerlik vesikaları gibi şeyleri zikredebiliriz. Esasen bunların bazıları üzerinde tasarruf ve bunların temlikî âmme intizamına aykırı olduğundan da caiz değildir (MK. 865 fık. II). Keza, gene âmme intizamına ve aynı zamanda ahlâka aykırı olduklarından dolayısıdır ki, ahlâka aykırı eserlerin, kokain, eroin gibi zararlı maddelerin satılması ve bunlar üzerinde hapis hakkı kullanılması mümkün değildir.

Âmme hukuku bir şeyi gayri kabili temlik olarak beyan ederse onun nakde tahvil vasfı ve hapis edilebilme kabiliyeti de bununla ortadan kalkar. Bundan evvel zikrettiklerimize ilâveten, tarihî kıymeti haiz asarı atikanın satılmasını da söyleyebiliriz, 10 Nisan 1322 tarihli nizamname (Asarı Atika Nizamnamesi madde 26), bunların satılmasını men ve

83) H. Leemann, a.g.e., Art. 895 Nr. 59.

84) Semaine Judiciaire, 48, p. 264; A. Jacob, a.g.e., p. 83.

85) BGE. 43 II 766; A. Jacob, a.g.e., p. 83.

86) Ancak meshur adamlara ait olup satılabilen yani nakdî kıymeti olan mektup ve fotoğraflar buraya girmez ve bunlar üzerinde hapis hakkı dermeyan olunabilir (A. Jacob, a.g.e., p. 102).

tahdit eylemiştir. Keza haczi caiz olmayan eşyayı da buraya sokabiliriz. Bunları İcra ve İflâs Kanunumuz saymıştır. Haczi caiz olmayan eşya rehin edilebilir fakat hapis edilemez (mukayese ediniz: BK. mad. 267 fık. III). Aradaki farkın sebebi rehinde borçlunun isteyerek bu hükümden faydalanmaktan vazgeçmesidir, halbuki hapis hakkı borçlunun rızası alınmadan icra edilebilmektedir⁸⁷.

Âmme menfaati dolayısıyla gayrı kabili temlik olarak beyan edilen ve bunun neticesinde üzerinde hapis hakkı da icra edilemeyen eşya üzerinde hüsnüniyetle hapis hakkının iktisabı da mümkün değildir; burada müktesibin hüsnüniyeti yerini âmme menfaatına terkeder⁸⁸.

Keza, kıymetli evrak teşkil etmeyen alacak senetleri, ibranameler, mukavele nüshaları da (MK. 865 fık. I) in şumulüne girerler ve hapis hakkına mevzu teşkil edemezler, bunlar sadece birer isbat vesikası mahiyetindedirler (bk., yazımızın II kısmı, not 23 - 24).

Avukata verilen vesikalar ve dosya avukatlık ücretinin tediyesine kadar alıkonulabilir. Bu mevzuda Türk hukukunda, zannedersem⁸⁹, Avukatlık Kanununun 28 inci maddesinde avukatın böyle bir hapis hakkından bahs olunmaktadır. Müekkilin dosyası ve bunun içindeki bir takım evrak ve isbat vesikaları nakde tahvil vasfını haiz olmadığından, avukatın hapis hakkı (MK. 865, I) in bir istisnası mahiyetindedir. Kanaatimizce, burada nakde tahvil unsuru eksik olduğundan, bunu hapis hakkı olarak değil, fakat MK. 907 de olduğu gibi alıkoyma hakkı olarak tavsif etmek ve isimlendirmek icap eder⁹⁰. Bu mesele İsviçrede gerek nazariyatta gerek mahkeme içtihatlarında çok münakaşa ve tereddüdü mucip olmuştur⁹¹. İsviçre hukukunda avukatın müşterisinin dosyası üzerinde bir hapis veya alıkoyma hakkına müteallik hususi hüküm yoktur. Tatbikatta, böyle

87) Bk. Haczi caiz olmayan eşyanın hapis edilemeyeceği hakkında, Aargau obergerichtliche Aufsichtskommission'un 16.3.1934 tarihli kararı (Schweizerische Juristen Zeitung, 32 (1936), S. 217 Nr. 150; BGE. 55 III 120. Ayrıca bk., H. Westermann, a.g.e., S. 587; Wieland, a.g.e., Art. 884 no. 6 b; Leemann, a.g.e., Art. 884 Nr. 18, Art. 896 Nr. 18; Oftinger, Art. 896, Nr. 33; Brander, a.g.e., S. 41.

88) Wieland, a.g.e., Art. 896 no. 5, Art. 714 no. 3 e.

89) Bu yazımızı, ilmi tetkikat maksadile gitmiş bulunduğumuz İsviçrede kaleme alarak göndermekte olduğumuzdan, Türk mevzuatına ve mahkeme içtihatlarına atfen verdiğimiz izahat, kısmen vaktile almış olduğumuz notlara, kısmen de hafızamızdaki malûmata istinat ettiğinden, buradaki kanunun ismini ve madde numarasını, her hangi bir hata ihtimaline binaen kaydı ihtiyatla, arz ediyoruz (bu mevzuda, İstanbul Baro Meclisinin bir kararı da mevcuttur: İstanbul Baro Mecmuası, 1952, sah. 123).

90) Bk., Zahit İmre, a.g.e., İstanbul Baro Mec. 1952, sah. 141-142 ve müt.

91) Bu hususta tafsilât ve literatür kısmen şu eserde vardır, A. Jacob, a.g.e., p. 102 et sv.

bir alıkoyma hakkını avukatlar müekkillerile yaptıkları vekâlet akdine dercederek müşterilerine kabul ettirmektedirler. Vekâletnamedeki böyle bir hüküm muteber midir, değil midir? Meselenin bu cephesi Türk hukukçularını ilgilendirmez çünkü bizde vaziyet, yukarıda da arzolunduğu veçhile, sarihtir. Fakat bunu umumileştirecek olursak, ve nakde tahvil unsuru eksik olan diğer eşyada, hattâ hapis hakkının diğer şartlarından birinin meselâ muacceliyet şartının bulunmayacağı bir hâdisede, hapis hakkı veya alıkoyma hakkı mukavele edilirse bu muteber olur mu?

Görülüyor ki, umumî şeklinde meselenin pratik ehemmiyeti büyüktür. Buradaki bir hapis hakkı değildir, sadece tediyeye tazyik olmak üzere bir alıkoyma bahis mevzuudur. MK. 865 fık. I nakde tahvili kabil olmayan eşya üzerinde hapis hakkını sadece bir aynî hak olarak hariç bırakmaktadır. İsviçre MK. nunun Esbabı Mucibe Lâyihasından çıkan mânaya göre, alacaklı ile borçlu arasında, aynî hak mahiyet ve hükmünü haiz olmayan akdî bir alıkoyma (hapis) hakkının, sırf borçluya bir tazyik olmak üzere, nakde tahvili bahis mevzuu olmaksızın; alacaklıya tanınması hukukan imkânsız değildir. Esbabı Mucibe Lâyihasında «nakde tahvil salâhiyeti olmaksızın akdî hapis hakkının memnu olmadığı, fakat bunun hukukan rehin hakkının bir nevi olduğu» söylenmektedir⁹².

Netice itibarile, nakde tahvili kabil olmayan eşyanın alıkonulması (hapis) hususunda alacaklıya mukavele ile hak sahipliği verilmesi İsviçre hukukunda kabule şayan ve muteber addedilmektedir. Burada meydana gelen bir hapis hakkı değildir, bir nevi rehin hakkı da değildir, sadece şahsî hak yani borç münasebetinden doğan bir hak mahiyet ve hükmünde bir defa vardır.

Hemen ilâve edelim ki, icrası âmme intizamına aykırı olduğu takdirde, (meselâ pasaport, askerlik vesikaları, hüsnü hal kâğıdının alıkonulması gibi) bunların üzerinde akdî alıkoyma ve rehin de muteber değildir⁹³.

6) MK. 865 fık. II deki sebeplerin bulunmaması, menfî birer şart telâkki olunabilir. Buradaki hükme göre, alacaklının iltizam ettiği bir borç ile veya borçlunun verdiği hususî talimatla kabili telif değilse hapis hakkı vücut bulmaz.

Bu iki ihtimal veya sebep, hapis hakkının icrasına mâni olmak için borçluya kanun tarafından verilen iki imkândır.

92) Erläuterungen, S. 309; H. Meyer - Wild, zum Zurückbehaltungsrecht des Anwaltes an den Akten des Klienten, Schweizerische Juristen Zeitung, 16 (1919), S. 35-37.

93) Aynı kanaat, A. Jacob, a.g.e., p. 110; K. Otfinger, a.g.e., Art. 896 Nr. 8.

Evvelâ, alacaklı tarafından iltizam veya taahhüt olunan bir mükeltefiyete aykırı düşüyorsa, hapis hakkı mümkün değildir. Bu keyfiyet borçlu ile yapmış olduğu bir mukavelede alacaklının hapis hakkından feragat etmesi veya taahhüt etmiş olduğu vecibelerle hapis hakkının dermeyan ve icrasının gayri kabili imtizaç bulunmasıdır.

İkinci olarak, eşyanın alacaklıya tesliminden evvel veya en geç teslimi anında, hapis hakkının icra edilmemesi hususunda, borçlu tarafından alacaklıya talimat verilmiş ise, bu takdirde de hapis hakkı bertaraf edilmiş olur. Eşyanın zilyetliğinin alacaklıya geçmesinden sonra bu neviden talimatların kıymet ve ehemmiyeti yoktur, aksi takdirde borçlu her an hapis hakkını ortadan kaldıracak vaziyete gelmiş olur ki bu takdirde bunun ehemmiyetli bir fonksiyonu kalmaz.

Gerek alacaklının taahhüdü, gerek borçlunun hususî talimatı hapis hakkının bertaraf edildiğini sarîh olarak bildirmiş olmalıdır. Zimnî taahhüt veya talimat kâfi değildir, bunların muayyen bir şekilde hususî olarak kararlaştırılmaları lâzımdır. Olabilir ki, alacaklı ve borçlu, eşyanın alacaklıdan borçluya iade edileceğini sarîh olarak kararlaştırmışlardır, fakat buna ilâveten hapis hakkının bertaraf edilmiş olduğu tasrih edilmemiştir, bu durum hapis hakkının hariç bırakılmasına kâfi gelmez. Bu misali bir İsviçre mahkeme kararından almış bulunuyoruz. Hâdisede, bir otomobil garaja tamir için verilirken bunun muayyen tarihte sahibi tarafından geri alınacağı kararlaştırılıyor; tamir ücreti için otomobil üzerinde hapis hakkını kullanan alacaklıya karşı malik (borçlu) MK. 865 II yi ileri sürüyor; mahkeme kararında, hapis hakkına yapılan itiraz reddolunmakta ve hâdisede MK. 865 II mânasında borçlu tarafından verilmiş hususî bir talimatın bulunmadığı ve aksi takdirde, otomobil sahibinin her beyanının muayyen bir müddet sonra otomobili geri almak şeklinde tefsir edilebileceği ve bu suretle de garaj sahibinin hapis hakkının pratik olarak imkânsız hale geleceği söylenmektedir⁹⁴. Esasen burada borçlunun sarîh talimatı lâzım geldiği İsviçre MK. nunun almanca metninden daha iyi anlaşılmaktadır.

Gerek alacaklının taahhüdü, gerek borçlunun talimatı, borçlunun ödemedi aciz haline düşmesi halinde hükümsüzdür (MK. 866 fık. II).

94) Appellationshof des K. Bern, III. Z. Kam. 4. Juni 1936, Schweizerische Juristen Zeitung 33 (1936-37) S. 141 Nr. 128; keza, Cour de Justice de Genève'in 29.1.1926 tarihli kararı, aynı Mecmua, 22 nci cilt (1926) S. 337, Nr. 334; keza, Zürich Mahkemesinin 13.8.1912 tarihli kararı, aynı Mecmua, cilt 11 (1914) S. 22, Nr. 18. Diğer içtihatlar için bk., Oftinger, a.g.e., Art. 896 Nr. 18 ve Not. 18 a.

Hapis hakkında olduğu gibi, hapis hakkının hariç bırakıldığı bu iki halde de hüsnüniyet prensibi (MK. 2) hâkimdir, şüphe ve tereddüdü mucip durumlarda bununla meselenin halli iktiza eder⁹⁵.

7) *Son olarak, hapis hakkının icrası hususunda alacaklının irade beyanı lâzımdır.* Hapis hakkı kendiliğinden hüküm ifade etmez, alacaklının bunu talep etmesi lâzımdır.

Alacaklının talebi veya irade beyanı, *evvelâ* borçlunun eşyasının iadesini istemesine karşı, bu iade talebinin reddi şeklinde tecelli eder, alacaklı iadeyi reddederek eşyayı nezdinde muhafaza eder. Bu bir nevi defi mahiyetindedir. Bu defiyi alacaklı dermeyan etmek mecburiyetindedir, aksi takdirde hâkim bunu resen nazara alamaz ve alacaklı eşyayı borçluya iade etmek mecburiyetinde kalır. Böyle bir halde, borçlu sebepsiz bir iktisapta bulunmuş olacağından, alacaklı muahharan bunu bir sebepsiz iktisap dâvasıyla veya kusur ve zarar varsa tazminat dâvasıyla talep edebilir⁹⁶.

Hapis hakkına müteallik olarak, alacaklının *ilcinci olarak*, dermeyan edebileceği ve tahakkuk etmesi için talep etmesi şart bulunan husus hapis olunan şeylerin nakde tahvilidir.

IV. Hapis hakkına terettüp eden hükümler :

1) Hapis hakkı aynı bir haktır; bu itibarla üçüncü şahıslara karşı da kabili dermeyandır. Şayet malik (borçlu) bu eşyayı satar ve zilyetliğin havalesi yoluyla mülkiyetini üçüncü bir şahsa devrederse, bu takdirde müktesip üçüncü şahıs bu eşyayı hapis hakkıyla mukayyet olarak iktisap eder⁹⁷ ve alacaklı hapis hakkını dermeyan ederek eşyanın müktesibe iadesini reddeder.

Böyle bir vaziyette müktesip bunun hapis hakkıyla mukayyet olduğunu bilmiyorsa, bu takdirde nazik bir mesele karşısında kalınır. Kanaatımızca, bu takdirde dahi hapis hakkı bakidir ve müktesibin hüsnüniyet sahibi olması alacaklının hapis hakkı icra etmesine mâni teşkil

95) Bk., K. Oftinger, a.g.e., Art. 896 Nr. 19.

96) Bk., Temyiz Mahkemesi I inci HD. sinin 2499-4266 sayılı ve 10.11.1950 tarihli kararı. Tatbikatta Yargıtay Kararları Mecmuası, sayı 29-30, s. 805-806, bu kararın tam metni, İstanbul Barosu, 1952 sah. 134-135 de müntesir yazımızda da vardır.

97) Bk., II. Zivilkammer des bernischen Appellationshof von 9. März 1949; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 86 (1950), S. 395, 397.

etmez. Bu hal tarzı «gerek MK. 892 fık. III den gerek hapis hakkının tarzından çıkar ki, aksi hal tarzı hapis hakkını tamamen hayalî bir mefhum yapabilecektir; aynı netice hapis olunan mevzuun zilyetliğin havalesi yoluyla rehin edilmesinde de bahis mevzuudur»⁹⁸.

Borçlunun iflâsı halinde hapis hakkının dermeyan olunduğu eşya veya kıymetli evrak iflâs masasına girmez, hapis hakkı sahibi aynı hakkına binaen bu eşya üzerinden alacağını tahsil eder. Şüphesiz borçlunun iflâsından sonra, alacaklının zilyetliğini elde ettiği eşya üzerinde hapis hakkı cari olmaz, bu takdirde bu eşya masaya dahil olur, ancak iflâstan evvel alacaklının zilyetliğine gelen eşya üzerinde hapis hakkı icra olunabilir (bk. Not: 58).

2) Aynı bir hak olan hapis hakkında evvelâ bir defa mahiyeti görülür. Öyle ki, tıpkı ödemezlik definde olduğu gibi, burada da hapis hakkını kullanan alacaklı, eşyasının iadesini talep eden borçlunun bu talebini reddeder ve eşyayı nezdinde alıkoyar⁹⁹.

3) Hapis hakkının ikinci safhası, buna mevzu teşkil eden eşyanın, icabı halinde nakde tahvil ettirilebilmesidir. Fransız hukukunda ve Alman Medenî Kanununda alacaklının yalnız borçlunun iade talebini reddetmek ve eşyayı alıkoymak hakkı vardır, bu sadece bir defa olarak tezahür etmektedir. İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında ve keza Alman Ticaret Kanununda ise (HGB § 371), hapis olunan eşyanın alıkonuymasına ilâveten, alacaklının nakde tahvil salâhiyeti vardır, alacağı tediye edilmeyen veya kâfi bir garanti elde edemeyen alacaklının borçluya önceden yapacağı bir ihtardan sonra, eşyanın nakde tahvili yoluna başvurmak salâhiyeti mevcuttur (MK. 867).

Nakde tahvil alacaklıya verilen bir salâhiyettir; bir vecibe değildir, öyle ki alacaklı isterse o şeyi uzun müddet nakde tahvil etmeksizin elinde tutabilir¹⁰⁰.

4) Hapis hakkının bahsettiği teminatın şümulü teslimi meşrut rehinde olduğu gibidir, bu hususta MK. 860 fık. II hükmü cari olup, hapis hakkı da alacağın faizlerine ve temerrüt faizlerine ve keza icra masraflarına veya mahkeme dışı nakde tahvil masraflarına şamildir¹⁰¹.

98) K. Oettinger, a.g.e., Art. 895 Nr. 144.

99) Temyiz Mahkememizin Ticaret Dairesinin 31.3.1939 tarihli ve 639-735 sayılı kararında hapis hakkının bu defa mahiyeti tebarüz ettirilmektedir (Kâmil Tepeci Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi II, Ankara 1946, s. 235-236).

100) H. Leemann, a.g.e., Art. 898 Nr. 2; A. Jacob, a.g.e., p. 119.

101) Gayrimenkul rehninde vaziyet farklıdır (MK. 790, fık. I no. 3). Bu farkın sebebi, gayrimenkul rehninde muahhar sırada rehinlerin bulunması, menkul rehninde ve hapis hakkında ise bunun pek nadir olmasıdır.

Hapis hakkı hapis olunan şeyin mütemmim cüzlerine ve henüz ayrılmamış semerelerine şamildir. Alacaklının zilyetliğinde bulunmak şartıyla, teferruatda hapis hakkının şümulüne girer; fakat bu takdirde, teferruat vasfı dolayısıyla değil, fakat alacaklının zilyetliğinde olmak itibarıyla, hapis hakkı bunlara da şamil olur.

5) Zilyetlik elinde bulunduğu müddetçe alacaklı hapis hakkından faydalanır, zilyetliği kaybeden alacaklı ise, hapis hakkına istinaden, eşyanın kendisine iadesini talep edemez. Zilyetliğin kaybı hapis hakkının kaybına müncer olur.

Şu halde, zilyetliğin kaybı halinde, hapis hakkından doğan bir iadeyi talep hakkı yoktur. Alacaklı eşyanın zilyetliğini yeniden elde ederse, bu takdirde yeni bir hapis hakkı doğar. Teslimi meşrut rehinde vaziyet aksinedir; rehinli alacaklı zilyetliği kaybederse, rehinden doğan bir talep ve dâva hakkıyla (Pfandklage) iadeyi isteyebilir, ancak talep hakkını kaybederse (meselâ hüsnüniyet sahibi üçüncü bir şahıs bunu iktisap ederse), rehin hakkı sukut eder (MK. 857).

Hapis hakkı alacaklının menkul eşya veya kıymetli evrak üzerindeki zilyetliğine istinat ettiğinden, bu devam ettiği müddetçe hapis hakkı devam eder. Alacaklı zilyetliği zayi edince, onun hapis hakkına dayanan bir iadeyi talep hakkı yoktur¹⁰². Bununla beraber, hapis hakkı sahibi tamamiyle müdafaasız değildir, hapis hakkından doğan bir talep ve dâva hakkı yoksa da, zilyetlik dâvalarından istifade edebilir. Meselâ, bunun çalınması veya kaybedilmesi halinde, zilyetliğin iadesi istenebilir (MK. 895, 902).

6) Borçlunun kâfi bir teminat göstermesi halinde alacaklı hapis ettiği eşyayı nakde tahvil ettiremez. Hapis hakkının teslimi meşrut rehinden bir farkı da budur.

Gösterilen teminat veya verilen garanti, rehin veya kefalet tesisi şeklinde olabilir veya muayyen bir meblâğ paranın tevdi tarzında tezahür edebilir¹⁰³; keza bu, (BK. mad. 110) mânasında bir garanti beyanında da¹⁰⁴ tecelli edebilir.

102) «Bir iflâsta kıymetli evrak üzerinde hapis hakkı dermeyan eden bir alacaklı, kanun hükümleri gereğince, bunları iflâs idaresine teslim ettiği takdirde, kendisine bu kıymetli evrak üzerinde zilyetliği kaybettiği itirazı yapılamaz» (28 Kasım 1917 tarihli Federal Mahkeme kararı, Journal des Tribunaux, 1918, p. 265).

103) BK. madde 91 ve 95 de de, mahiyeti başka olmakla beraber, bir nevi tevdi vardır. Tevdi suretile teminat yatırılması hâlinde, Leemann'a göre (a.g.e., Art. 898 Nr. 13), tevdi olunan para veya kıymetli evrak üzerinde, alacaklı kanunen bir rehin hakkı iktisap eder. Bu mevzuda, para tevdiini kifayetsiz bulan bir mahkeme kararını

Nakde tahvile mâni olabilmek için gösterilen teminatın yeter derecede olması lâzımdır. Burada şu tafsilli yapmak iktiza eder. Eğer hapis edilmiş olan eşyanın kıymeti alacaktan daha ziyade ise, teminatın alacak kıymetinde olması kâfidir, daha fazlası istenemez. Buna mukabil, eğer hapis edilmiş olan eşyanın kıymeti alacaktan daha aşağı bulunuyorsa, teminatın hapis edilen eşya nisbetinde olması yeter, çünkü burada teminat verilmekten maksat ve gaye hapis edilen eşyayı kurtarmaktır.

Teminatın yeter derecede olup olmadığı hususunda çıkacak ihtilâfların halli hâkime aittir. Prof. Oftinger'e göre, alacaklıya aynı teminat bahşetmeyen her teminatın hapis hakkından daha fena olduğuna hüküm etmek lâzımdır¹⁰⁵. Kanaatimizce, burada dahi, hal ve vaziyetin icaplarına göre, iş hâkimin takdir salâhiyetine ve kararına iktiran edecektir.

Bu mevzuda pratik bakımdan da çok ehemmiyeti olan bir mesele şudur: Teminat gösterilmesi halinde, bununla acaba yalnız nakde tahvil salâhiyeti mi ortadan kalkar, yoksa ayrıca borçlu hapis olunan eşyanın kendisine iadesini talep edebilir mi?

Bu hususta MK. muzda maalesef vüruh ve sarahat yoktur, bu kanunun 867 nci maddesinin birinci fıkrası bu bakımdan bir boşluk arz etmekte ve meseleyi hal etmeyerek şüphe ve tereddüt doğuracak bir durum ihdas eylemektedir. Bizdeki tanzim tarzına müşabih hükümler ihtiva eden Alman Ticaret Kanununun 369 uncu maddesinin IV üncü fıkrası daha vâzih olarak meseleyi tanzim etmektedir. Buradaki esasa göre, teminat verilmekte yalnız nakde tahvil önlenmiş olmaz, aynı zamanda alacaklı hapis ettiği mevzuu iade ile de mükelleftir.

İsviçrede hâkim olan kanaat de bu merkezdedir. Teminat göstermekle alacaklının hapis ettiği eşyayı borçluya iade ile mükellef olacağı kabul edilmektedir¹⁰⁶. Fakat maruf müelliflerden von Tuhr teminat gösteril-

(Semaine Judiciaire, 1948, p. 255 - 256), K. Oftinger isabetsiz görmektedir (a.g.e., Art. 898, Nr. 13). Bu hususta ayrıca bk., Ostertag, die Hinterlegung zu gunsten Dritter, Schweizerische Juristen Zeitung, 19 uncu cilt, S. 353; R. Amsler, die Sicherheitshinterlegung im schweizerischen Recht, Dissertation, Bern 1951.

104) Bk., Semaine Judiciaire, 1919 p. 349 daki içtihat; K. Oftinger, a.g.e., Art. 898, Nr. 13.

105) K. Oftinger, a.g.e., Art. 898, Nr. 14. Teminat gösterilmesi İsviçre tatbikatında mucirin ve hasılat mucirinin hapis hakkı için de kabul edilmiştir (Oftinger, a.g.e., Art. 898 Nr. 9 ve bk., oradaki içtihatlar). Ayrıca bk., B. Windscheid, a.g.e., 2 nci cilt, § 351, S. 332, Not. 8.

106) H. Leemann, a.g.e., Art. 898, Nr. 13; Oftinger, a.g.e., Art. 898, Nr. 8; A. Jacob, a.g.e., p. 118-119; Rossel et Mentha, Manuel de droit civil suisse, III üncü cilt, 2ème éd., no. 166. Keza, BGE. 46 II 388; Zeitschrift des bernischen Juristen vereins 69 uncu cilt. : 172, 281.

mesinin sadece nakde tahvile mâni olacağını, kanun maddesinden bunun anlaşıldığını fakat her halde maddede de bir tahrir hatası bulunduğunu yazmaktadır ¹⁰⁷.

Hakikaten (MK. 867 fık. I) iyi bir şekilde kaleme alınmamıştır. Eğer bu maddenin metnini olduğu gibi kabul edecek olursak aynı bir alacak için çift teminat sistemine vasıl oluruz ki bu vaziyet kanunumuzdaki tanzim tarzının ruhuna aykırıdır; çünkü rehin hakkı veya hapis hakkı ancak alacağı temin edecek kıymet ve miktarda olmak icap eder. Bu itibarla, mantıkan ve kanunumuzun ruhuna uygun olarak, yeter derecede ve muteber teminat gösterilmesi halinde, hapis olunan mevzuun borçlu tarafından geri alınabilmesi iktiza eder. Esasen hapis hakkının temelini teşkil eden hüsnüniyet prensibi de bunu âmirdir, alacaklının borçlunun zararına olarak alacağından fazla miktarda garanti temin etmesi hakkaniyete uygun düşmez.

Nakde tahvil anına kadar teminat gösterilmesine cevaz vardır ¹⁰⁸. Teminat gösterilmesine rağmen alacaklı hapis ettiği mevzuu iade etmezse mes'ul olur.

7) Teslimi meşrut rehnin aksine olarak, hapis hakkı kabili taksimdir. Teslimi meşrutrehinde borçlu borcunun bir kısmını öderse, rehnin buna tekabül eden kısmının iadesini isteyemez, çünkü burada, rehnin parçalanmaması prensibi caridir. Bu prensip hapis hakkı hakkında kabili tatbik değildir. Hapis hakkında cari hüsnüniyet prensibine ve hapis hakkının gayesine göre, alacaklı ancak alacağının teminine lüzumlu olan miktarı nezdinde alıkoyabilir, gerisinin ve kısmî tediye halinde buna tekabül eden kısmın borçlu iadesini talep edebilir. Bunun bir şartı vardır, o da eşyanın kabili taksim olmasıdır. Eşya kabill taksim ise hapis hakkı da kabili taksimdir.

8) Şu halde, borç ödenmez veya kâfi derecede teminat gösterilmezse, borçluya yaptığı bir ihbardan sonra, alacaklı eşyayı nakde tahvil ettirebilir (MK. 867 fık. I).

Nakde tahvil yoluna başvurmadan önce borçluya ihbar yapılmış olması şarttır. Bu şarttan maksat tediye ile veya teminat yatırmak suretiyle borçlunun nakde tahvile mâni olabilmesini mümkün kılmaktır. Böylece, kanunumuz son dakikaya kadar borçluyu korumak ve onun hapis

107) Von Tuhr, a.g.e., p. 469 note 78; Semaine Judiciaire 1948, p. 255 deki karar da aynı mealdedir ve alacaklının iade mükellefiyetini kabul etmemektedir.

108) Bk., Wieland, a.g.e., Art. 898, no. 1 a-b; Oftinger, a.g.e., Art. 898, Nr. 15; BGE. 46 II 388.

mevzuunu kurtarabilmesini imkân dahiline sokmak istemiştir, çünkü nakde tahvil anına kadar tediye veya teminat yatırılması suretiyle buna mâni olmak kabildir.

İcradan gelen ödeme emri bu ihbarın yerini tutar¹⁰⁹.

İflâstaveya nakde tahvil talebinin diğer alacaklılardan gelmesi halinde sadece hapis hakkının dermeyanı kâfidir.

Hapis olunan nama muharrer senetler ise MK. 867 fık. II de bunlar hakkında icra dairesine veya iflâs masasına hususî salâhiyetler verilmiştir; bu hallerde icra dairesi veya iflâs masası senetleri nakde tahvili yani başkasına satılması hususunda lâzım gelen muameleleri borçlunun yerine ifa eder.

Nakde tahvilde tatbik edilecek usul hakkında Medenî Kanunda sarahat yoktur, bunun umumiyetle cibrî icra yoluyla yapılması icap eder, fakat eğer taraflar anlaşır, bilhassa borçlu muvafakat ederse, bunun serbestçe satışı da mümkündür¹¹⁰.

Borçlunun mülkiyetinde olmayıp, üçüncü şahsa ait eşyanın alacaklı tarafından hüsnüniyetle zilyetliğinin alınması halinde hapis hakkının iktisap edildiğini izah etmiştik (bk., MK. 864, III ve yazımızın III, 1 kısmı). Burada şöyle bir mesele ortaya çıkabilir: Alacaklısının hapis hakkına binaen elindeki üçüncü şahsa ait eşyayı nakde tahvil etmek istemesi halinde, hapis hakkının şartlarından birisi eksikse (meselâ muacceliyet veya tabii irtibat şart ve unsuru mevcut değilse), ve hapis edilen eşya da kendisine ait olmadığından borçlu buna itiraz etmiyorsa veya lâkayit duruyorsa, malik üçüncü şahıs nakde tahvile ve hapis hakkına itiraz edebilir mi? Üçüncü şahsa bu hakkı tanımak icap eder, hapis hakkının münferit unsurlarının mevcut olmadığını üçüncü şahıs dermeyan edebilmesi ve kendi eşyasını nakde tahvilden kurtarabilmelidir. Aksi takdirde, hapis hakkının bulunmamasına rağmen, üçüncü şahsın eşyası alacaklı tarafından nakde tahvil edilmiş olacaktır. Böyle bir vaziyette üçüncü şahıs cibrî icraya tahammülle mükellef değildir, onun buradaki durumu rehindeki malik üçüncü şahsın durumu gibidir, rehnin icraya verilmesi ve nakde tahvildeki usul (MK. 802, 815) hapis hakkında da caridir¹¹¹. Zira, menkul rehni hakkında MK. muzda bir umumî hükümler kısmı olmadığından, teslimi meşrut rehin hakkındaki hükümler, diğer menkul rehni nevilerinde ve bu arada hapis hakkı hakkında tatbik kabiliyeti

109) H. Leemann, a.g.e., Art. 898, Nr. 15; K. Oettinger, a.g.e., Art. 898, Nr. 17.

110) Peter Schenk, a.g.e., S. 61 ve müt.; K. Oettinger, a.g.e., Art. 891, Nr. 48-63, Art. 898, Nr. 24.

111) Bk., Paul Held, Geldschuld und Vermögenshaftung, Schweizerische Juristen Zeitung, 19 (1922), S. 37-38; Peter Schenk, a.g.e., S. 68 ve müt.

haizdir. Diğer taraftan gayrimenkul rehnine dair umumî hükümler (MK. 765 ve müt.) ve ipotek hakkındaki hükümler (MK. 796 ve müt.), hilâfına kaide olmadıkça ve tamamlayıcı olarak menkul rehninde tatbik olunabilir ¹¹².

9) Hapis hakkı sukut ettikten sonra, hapsedilen eşyanın borçluya iadesi iktiza eder (MK. 858 fık. I). Hapis hakkı ferî bir aynî hak olduğundan borçlu borcunu tediye edince, alacak hakkı ve bununla birlikte hapıs hakkı sukut eder ve alacaklı için hapıs mevzuunun iadesi mükellefiyeti husule gelir. Keza, borçlunun teminat göstermesi halinde de hapıs edilen eşyayı iade borcu vardır (bk. bundan evvelki Nr. 6).

Alacaklı hapıs etmiş olduğu eşyayı, iyi bir şekilde muhafaza edilmiş olarak, iade edecektir. Burada, alacaklının hapıs ettiği eşyayı, lâyıki veçhile ihtimamla muhafaza etmek mükellefiyeti vardır; bunları kullanmak ¹¹³ veya üzerinde tasarruf etmek salâhiyetini haiz değildir, (mamafî aksini mukavele edebilirler). Eşyanın zarara uğraması halinde hapıs hakkı sahibi bundan mesuldür (MK. 859, I); kendisi ancak zararın vukuunda hiç bir kusur ve ihmali olmadığını isbat ederse mesuliyetten kurtulabilir (MK. 859, II). Buradaki mes'uliyet (BK. 96) daki prensibin bir tatbiki mahiyetindedir. Mümasil bir mes'uliyet kaidesine vedia akdinde (BK. 465 fık. II, III) ve intifa hakkı sahibinde (MK. 724) tesadüf olunur.

Alacaklının iade ile mükellef olduğu halde, iadeden istinkâf etmesi halinde temerrüt durumu ve neticeleri meydana gelir (BK. mad. 102).

10) Aynı eşya üzerinde hapıs hakkıyla diğer bir aynî hakkın, rehin hakkının karşılaşması halinde «eskillikte takaddüm» (Alterspriorität) prensibi ¹¹⁴ caridir (MK. 862). Burada, zilyetliğin iktisabı tarihi nazara alınır.

Hüsnüniyetle iktisap olunan hapıs hakkı eski rehin hakkına, eskilliğine rağmen, takaddüm eder (MK. 864 fık. III). Burada, takaddüm prensibinin hüsnüniyet prensibi (MK. 3) tarafından bertaraf edilmesine şahit oluyoruz ¹¹⁵. Hemen ilâve edelim ki, böyle bir vaziyet, müteaddit hapıs haklarının karşılaşması şeklinde hukukan pek mümkün olmaz,

112) Tafsilât için bk., Max Haffter, das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungen, Dissertation Bern 1928, S. 15 ve müt., S. 99 ve müt.

113) Merhun bir otomobilin kullanılması hakkında bk., Temyiz Mahk. 4 üncü HD, sinin 195-37 sayılı ve 10.1.1933 tarihli kararı, Kâmil Tepeci, a.g.e., II, S. 236 (kararda bahsolunan «ecrî misil» den maksat «tazminat» olmak icap eder).

114) Bu hususta bk., B. Windscheid, a.g.e., I inci cilt, 4 üncü tabı, § 240 ve 242, S. 785, 789 ve müt.

115) Bk., M. Haffter, a.g.e., S. 63-64; K. Otfinger, a.g.e., Art. 893, Nr. 19.

çünkü hapis hakkının doğumu alacaklının zilyetliğine bağlı olup, bunun kaybı ile hapis hakkı da son bulur. Bu itibarla, aynı şey üzerinde iki hapis hakkı güçlükde mutasavverdir.

Hüsnüniyetle iktisap olunan hapis hakkının eski rehin hakkına takaddüm edeceğini söylemiştik. Aynı vaziyet hüsnüniyetle iktisap edilen rehin hakkının eski rehne takaddüm etmesi halinde de vardır (MK. 853 II). Fakat bunların aksi varit değildir, yani hüsnüniyetle sonradan iktisap edilen rehin hakkı zilyedin hapis hakkına takaddüm etmez. Hapis hakkı mevcut iken ve baki kalmak şartıyla malik tarafından rehin tesisi ancak zilyetliğin havalesi yoluyla olabilir. Fakat burada, rehinli alacaklı, hüsnüniyet sahibi de olsa, hapis hakkı sahibinin hakkı ön sıradır (MK. 892 fık. III).

Bu izahattan da anlaşıldığı üzere, hapis olunan eşya üzerinde malik tarafından muahhar rehin tesisi caizdir, burada (MK. 855 ve 872) kabili tatbiktir.

V. Hapis hakkının temliki :

Evvelâ şu noktayı hemen tebarüz ettirelim ki, hapis hakkı ferî bir hak olduğundan tek başına yani alacak hakkından müstakil olarak temlik edilemez; çünkü bu alacak hakkının bir feridir ve ondan ayrılamaz. Keza, rehin hakkı da alacak hakkı olmaksızın müstakillen temlik edilemez.

Şu halde buradaki problem alacak temlik edildiği takdirde bununla birlikte hapis hakkı da temlik olunana geçer mi, geçmez mi meselesidir.

Keyfiyet İsviçre nazariyatında münakaşalıdır. MK. 864 deki hapis hakkının tesis edici unsurları nazara alınacak olursa, buna menfî cevap vermek lâzımdır, zira bu unsurlardan borçlunun rızasile alacaklının zilyet olması veya tabî irtibat şartı, ekseri hallerde temlik olunanda eksik olacaktır. Hapis hakkının şartları temlik olunanda pek nadir olarak tahakkuk ederler.

Fakat diğer taraftan, (BK. 168 fık. I) de alacağın temlikinin rüçhan haklarının ve ferî hakların da temlikini ihtiva ettiği ifade olunmaktadır, temlik edenin şahsından ayrılamaz olanlar müstesnadır.

Acaba hapis hakkı da temlik edenin şahsından ayrılamaz mahiyette ve binaenaleyh gayrı kabili temlik midir?

MK. 907 deki hapis hakkı (alıkoyma hakkı) böyledir¹¹⁶.

a) Bazı müelliflere göre, MK. 864 ve müt. deki umumî hapis hakkı da gayrı kabili temlikdir. Bunlardan Wieland'a göre, umumî hapis hakkı

116) Bk. Zahit İmre, a.g.e., İstanbul Baro Mecmuası, 1952, s. 144.

ancak iade ile mükellef olan şahsa aittir¹¹⁷ ve zilyedin iade borcundan ayrılamaz ve binnetice hapis hakkı temlik olunana yani alacağı temellük edene intikal etmez. Wieland'ın serdettiği bu mucip sebep kabule şayan görülmemektedir; zira, temlik eden kadar, temlik olunan da, borcunu ödediği veya teminat verdiği takdirde, eşyasını borçluya iade ile mükellef olur¹¹⁸.

Von Tuhr da, hapis hakkının temlik edilene intikaline muarızdır. Bu müellife göre, hapis hakkının tâbi olduğu şartlar (borçlunun rızasıyla alacaklının zilyetliği) temellük edende mevcut ise, ancak o takdirde bu yeniden teessüs eder¹¹⁹. Keza, Homberger ve Marki de buna benzer bir kanaat ifade ederek BK. 168 hükmünü ve hapis hakkının intikalini ancak bir şartla kabule şayan addetmektedirler, o da zilyetliğin yeni alacaklıya nakli veya eski alacaklının zilyetliği yenisinin namına icra etmesidir¹²⁰.

b) Bazı hukukçular ise, bu mevzuda ticarî hapis hakkile (tacirler arasındaki hapis hakkile) medenî hapis hakkı (bk., yazımızın III, 4 kısmı) arasında bir tefrik yapmakta, ticarî hapis hakkının intikalini red ve medenî hapis hakkının temlik olunana geçmesini kabul etmektedirler¹²¹. Bunlara göre, ticarî hapis hakkı tacirlerin karşılıklı iş münasebetlerinden doğmakta ve bu itibarla alacakla alacaklının zilyetliği arasındaki irtibat şartı temlik olunanda eksik bulunmaktadır. Halbuki, medenî hapis hakkında alelâde bir alacak bahis mevzuu olduğundan, bunu rehin hakkıyla birleştirmek ve BK. 168 hükmüne tâbi kılmak icap eder.

Bu düşünce tarzı ve böyle bir tefrik, daha ziyade mantıka istinat etmektedir, bunun kanunî ve hukukî bir mesnedi yoktur; bu sebeple kabul edilemez.

c) Bir noktai nazara göre de, alacağın temliki halinde, hapis hakkı, BK. 168 gereğince ve kanunen, temlik olunana intikal eder. Bunun neticesi olarak temlik edende mevcudiyeti gereken kanunî şartların ve alacaklının hapis mevzuu üzerindeki zilyetliği şartının temlik olunanda bulunması zarurî telâkki edilmeyecektir ve bu takdirde hapis hakkına mevzu teşkil eden eşyanın temlik olunana tesliminden önce hapis hakkı bu şahsa

117) Wieland, a.g.e., Art. 895, no. 2 c.

118) Leemann, a.g.e., Art. 895, Nr. 68-69; A. Jacob, a.g.e., p. 133.

119) Von Tuhr, a.g.e., p. 738. H. Geiger de hapis hakkının temlik olunana intikaline muarızdır (a.g.e., s. 58 ve müt.).

120) Homberger und Marti, Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 673 (1942).

121) Oser Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Art. 170, Nr. 4; A. Jacob, a.g.e., p. 133 ve müt.

intikal edecektir¹²². Esasen teslimi meşrut rehinde de aynı tanzim tarzı vardır; Alacağın temlikile, merhun eşyanın zilyetliği nakledilmeden, rehin mukavelesinden doğan haklar ve rehin hakkı temlik olunana intikal eder ve buna binaen de yeni alacaklı merhun eşyanın kendisine teslimini talep edebilir. Böyle bir vaziyette (MK. 853 fık. I) hükmünün sonradan yerine getirilmesi bahis mevzuu olacaktır. Hâkim olan ve bizim de iştirak ettiğimiz kanaat budur ve rehin hakkının temlik olunana intikalinin kanunî bir temlik olduğu merkezindedir¹²³. Aynı hal tarzı ve netice menkul rehninin kanunen bir nev'i olan hapis hakkı için de varittir.

Alman Medenî Kanununun 1250 inci maddesinden anlaşıldığına göre, alacağın temlikinde rehin hakkının intikal etmeyeceği mukavele edilmişse, bu takdirde rehin hakkı sukut eder; çünkü bu ferî bir haktır, alacak hakkı olmaksızın rehin hakkı da olmaz. Aynı netice Türk hukukunda caridir ve hapis hakkı için de kabili tatbiktir.

VI. Hapis hakkile ödemezlik definin mukayesesi :

Hapis hakkiyle ödemezlik defi arasında farklar vardır :

1) Ödemezlik defi yalnız tam iki taraflı akitlerde caridir. Nakıs iki taraflı akitlerde dahi tatbik olunamaz¹²⁴. BK. mad. 81 mucibince ayrıca, edimlerin aynı zamanda ifası mükellefiyeti de aranmaktadır.

Hapis hakkı için ise, bir mukavelenin bulunması şart olmayıp bunun gayesi sadece bir alacağa teminat teşkil etmesidir.

2) Ödemezlik defi sadece bir defidir; burada alacaklının salâhiyeti borçlu bulunduğu ve karşı tarafın ifasını talep ettiği edimin ifasını reddetmekten ibarettir.

Hapis hakkında ise, alacaklı nezdinde alıkoyduğu (hapis ettiği) eşyanın borçluya iadesini reddedebileceği gibi, ayrıca, daha evvelki kısımlarda izah ettiğimiz, şartları mevcutsa bunların nakde tahvili yoluna da tevessül edebilir.

122) O. Brander, a.g.e., S. 14; H. Leemann, a.g.e., Art. 895, Nr. 68-69; Becker Kommentar zum OR., 2. Aufl., Art. 170, Nr. 2; K. Oftinger, a.g.e., Art. 895, Nr. 168 ve Art. 884, Nr. 162.

123) K. Oftinger, a.g.e., Art. 884, Nr. 162; Leemann, a.g.e., Art. 884, Nr. 31; Becker, a.g.e., Art. 170, Nr. 10. Alman Medenî Kanunu madde 1250 fık. I de, bu durum sarîh olarak tanzim edilmiş olup, aynı Kanunun 1251 inci maddesinin ilk fıkrasında da, temlik olunanın rehnin teslimi hususundaki talep hakkı derpiş olunmaktadır.

124) Burada, âriyet, vekâlet, vedla akitleri bahis mevzuu olmaktadır.

3) Ödemezlik definde, alacaklı tarafından ifası reddolunan edime müteallik olarak eşya alacaklının mülkiyetindedir.

Hapis hakkında ise, borçlunun mülkiyetindeki eşyanın veya (MK. 864 fık. III) deki halde de üçüncü şahsa ait şeylerin, alacaklı tarafından alıkonulması (borçluya iadesinin reddolunması) bahis mevzuudur. Öyle ki, alacaklı kendi mülkiyetinde bulunan eşya üzerinde hapis hakkı icra edemez.

4) Borçlu teminat göstermek suretiyle hapis hakkını bertaraf edebilir.

Ödemezlik definde böyle bir salâhiyet mevcut değildir.

5) Ödemezlik defini ileri süren taraf isbat bakımından iyi bir vaziyettedir, zira isbat külfeti karşı tarafın uhdesindedir; çünkü ifayı talep hakkı tam iki taraflı bir akde istinat ettiğinden, bunu dermeyeran eden kimse defi hakkını kullananın mukabil ediminin mevcudiyetini önceden kabul etmiş vaziyettedir.

Hapis hakkı icra eden şahıs ise, muaccel ve zilyetliğile mürtebit alacak hakkı olduğunu isbat etmekle mükelleftir.

6) Ödemezlik defi tam iki taraflı akitlerde bahis mevzuu olduğuna göre edimlerden birisinin ademi ifası halinde karşı taraf bunu dermeyeran eder, yani her iki taraf için bu bahis mevzuu olabilir.

Hapis hakkında ise, bu tereddüdü mucip bir mesele teşkil eder. Alacaklı hapis hakkını haizdir, acaba aksi istikamette borçluya da böyle bir hak tanınabilir mi? Diğer bir ifade ile, borcun ifasını talep eden alacaklıya karşı, (hapis olunmuş) eşyasının iadesine kadar ve bunu temin etmek için borçlu bir defi veya hapis hakkı kullanabilir mi? Bir hukukçu, burada borçlunun ancak ödemezlik defi dermeyeran edebileceğini ileri sürmekte ve aralarında iki taraflı bir akit mevcut olmaması ve bu defin beyan edilememesi halinde, kanunda bir boşluk bulunduğunu ve bunun MK. 2 deki hüsnüniyet prensibile doldurulması icap ettiğini yazmaktadır¹²⁵. Von Tuhr ise, buradaki aksi istikamette borçlunun hapis hakkı icra edebileceğini ve MK. 864 ve müteakipdeki hükümlerin burada kıyasen tatbik edilebileceğini söylemektedir¹²⁶.

VII. Hapis hakkına müteallik hususî hâller ve münferit hükümler:

MK. 864 - 867 deki esaslar hapis hakkına dair umumi hüküm mesabesinde kaidelerdir. Medenî Kanunumuzun ve Borçlar Kanunumuzun

125) A. Jacob, a.g.e., p. 147.

126) Von Tuhr, a.g.e., p. 481.

muhtelif yerlerinde ayrıca ve münferit olarak hapis hakkına dair hükümler vardır. Bunların bazıları, MK. 864 ve müt. deki esasların bir tatbiki mahiyetinde olduğu halde, diğerlerinde MK. 864 - 867 deki unsurlardan bir veya bir kaçını noksandır ve bu bakımdan bu sonuncular umumî hapis hakkına nazaran kısmen istisnâî bir durum arzederler. Münferit ve istisnâî mahiyetlerine müteallik hususiyetleri dışında, bunlar hakkında da umumî hapis hakkına mütedair esaslar tatbik olunur¹²⁷.

Hapis hakkına dair münferit hükümler şunlardır: MK. 676 fık. 2, 907; BK. 57, 267 - 269, 281, 393, 425, 430, 442, 476, 482; Ticaret K. 915¹²⁸.

Hapis hakkına müteallik bu hususî haller üzerinde durmayacağız; yalnız tek bir meseleye temas etmek istiyoruz: Acaba hayvanların yaptığı zararlar dolayısıyla bunların hapsini tecvîz eden BK. 57 hükmü diğer eşyaya da teşmil edilebilir mi?

Bir İsviçre mahkeme kararında bu mesele müzakere mevzuu olmuştur. Hâdis şudur: Tenis topları bir evin camını kırıyor, zarar gören topları BK. 57 mucibince hapis etmek istiyor. Burada, MK. 864 ve müteakip tatbik edilemez, çünkü tazminat alacaklısının zilyetliğine borçlunun rızası yoktur. Hâdisede BK. 57 nin tatbik kabiliyeti var mıdır?

Zürih Mahkemesi, gayrimenkul malikinin gayrimenkulüne zarar ıka eden şahısların hayvanlarını hapis edebileceği gibi, diğer menkul eşya (hâdisede oyun topları) üzerinde de tazminat talebinin teminatı olarak hapis hakkı kullanabileceğini kabul etmiştir¹²⁹. Mahkeme burada, kanunda boşluk bulunması sebebiyle, (MK. madde 1 fık. II, III) e müstենiden ve kıyasen BK. 57 yi tatbik etmiştir.

Bu kararın altına bir içtihat notu yazan Dr. Mantel, kanunda boşluk bulunduğunu kabul etmekle beraber, mahkeme kararını tenkit etmekte ve hususî hükümlerin ve bu arada BK. 57 deki hükmün umumileştirilemeyeceğini söylemektedir. Bu hukukçu BK. 52 fık III deki hüküm vasıtasıyla mutazarrıra geçici bir hapis hakkı tanınabileceği ve bunun zarar görenin dâva hakkını temin etmeğe kâfi geleceğini düşünmektedir.

Filhakika, bu mesele pratik bakımdan şümüllü bir tesiri haiz olabilir. Zürih Mahkemesinin verdiği karar kabul edilecek olursa, gayrimenkule yapılan bütün zarar hâdiselerinde, meselâ bir otomobilin bir dükkân veya

127) BGE. 51 III 150; K. Oettinger, a.g.e., Art. 895, Nr. 184.

128) Ticaret K. madde 915 gereğince, nakilyecinin hapis hakkı için bk., Temyiz M. Ticaret D. sinin 31.3.1951 tarihli ve 951 - 1872 - 1898 sayılı kararı, Tatbikatta Yargıtay Kararları Mecmuası, sayı: 25 - 26, s. 727 - 728.

129) Obergericht des Kantons Zürich, 1.7.1916, Schweizerische Juristen Zeitung, 13 (1917), S. 341, Nr. 87 ve bunu takiben Dr. Mantelin notu. Ayrıca bk., ObG. des K. Zürich, III. Kammer, 4.3.1937, aynı mecmua, 34 üncü cilt (1937-38), S. 281, Nr. 214.

eve çarpması halinde de, gayrimenkul malikine böyle bir hapis hakkı tanımak iktiza edecektir ki, BK. 57 yi kaleme alırken kanun vâzının bu kadar geniş ve şümulü bir neticeyi derpiş ettiği söylenemez. Bu itibarla, BK. 57 deki hapis hakkının hayvanlar dışında, diğer menkul eşyaya teşmili BK. 57 deki esasa uygun düşmez. Diğer taraftan, BK. 52 fık. III de tanzim edilmiş bulunan bizzat ihkakı hak esası ancak istisnai hallerde kabili tatbik olup tamamiyle muvakkat, mahiyeti haizdir ve hâdisede mutazarrıra fazla bir fayda temin edebileceğini biz zannetmiyoruz.

Bazı müelliflere göre, gerek tenis topu hâdisesinde, gerek buna müşabih hallerde, gayrimenkule getirilen veya sokulan eşyanın sebep olduğu zararlarda, MK. 864 ve BK. 57 deki hükümler değil, fakat MK. 676 fık. II deki hapis hakkı kabili tatbiktir¹³⁰. Ancak burada atılan toplar veya bir kaza hâdisesinde otomobil veya kamyon, madde 676 fık. I de denildiği gibi «tabii kuvvetler vasıtasile» gayrimenkule gelmiş değildir, bilâkis başkasının kusuru veya ihmali neticesinde bu vukua gelmiş fakat aynı fıkrada «her hangi bir surette» ibaresi de mevcut olduğu gibi, Oftinger'in de tasrih ettiği üzere tesadüfi bir halin sebebiyet verdiği zarar dolayısıyla mutazarrıra verilen ve kabul edilen hapis hakkı, zararın failin kusuru neticesinde meydana gelmesi halinde evleviyetle vardır¹³¹.

Zahit İmre

130) O. Brander, a.g.e., S. 145 ve müt.; K. Oftinger, a.g.e., Art. 895 Nr. 187.

131) K. Oftinger, a.g.e., Art. 895 Nr. 187, müellif çok dar kaleme alınan MK. 676 hükmünün genişletmeye müsait olduğunu ve buna ihtiyac olduğuna da işaret etmektedir.