

TİCARİ BEY'DE SATICININ BORÇLARI

Prof. Dr. Halil Arslanlı

(Genel esaslar) 1. Ekseri kanunlar satıcının aslı borçlarını¹ «teslim ve mülkiyetin nakli» veya «teslim ve zilyedliğin tekeffülü» tarzında tanımlanmışken, Türk Ticaret Kanununda sarahat yoktur. Buna mukabil Borçlar Kanununun 182 nci maddesi satıcının, bey akdiyle, satılan malı alıcıya teslim ve mülkiyetini nakletmek borcunu üzerine aldığı tasrih eder.

Bu vaziyet karşısında Ticaret Kanununda bilerek boşluk bırakıldığı, bu boşluğun Borçlar Kanununun sözü geçen hükmü ile doldurulacağı mülâhaza edilebileceği gibi, Ticaret Kanununun Borçlar Kanununda ayrı bir sistem terviç ettiği fikri de ileri sürülebilir. Bu itibarla borçların tahliline gidilmeden iki telâkkiden hangisinin doğru olduğu araştırılmalıdır. Zira ikinci fikre red cevabı verilebildiği takdirde her iki kanunun âhenkar bir tarza izahı mümkün olur.

Satıcının borçlarını tâyinde iki sistem karşı karşıyadır. Alman hukuku ile Türk ve İsviçre Borçlar Kanununun kabul ettiği sistemde satıcının aslı vecibesi mülkiyeti nakil borcunda temerküz eder. Zira menkulde mülkiyet ancak teslim veya teslim hükmünde olan tasarruflarla geçebildiğinden mülkiyeti nakledebilmiş olan satıcı esas vecibesini ifa etmiştir. Fransız ve Anglo-Sakson hukuk muhitinde ise mülkiyet akidle intikal eder. Bu itibarla satıcının aslı vecibesi daha ziyade teslim tasarrufu üzerinde toplanır². Zilyedliğin muhafazasını tekeffül borcu tâli mahiyette olup bu borcun mütemmimi telâkki edilir³.

İmdi, mülkiyetin intikalinde kabul edilen sistem tâyin edilebilirse, Ticaret Kanununun satıcının borçlarında hangi esasa meylettiği kendili-

1) Alman Medeni Kanununun (B. G. B.) 433, C. C. in 1603, 1625 inci maddelerine İngiliz Bey Akdi Kanununun 27, 28, 12 nci maddelerine bakınız.

2) H. Arslanlı, Ticari Bey, Hasar bahsinde Fransız ve İngiliz Hukukunu tetkik ediniz, s. 206 ve müt.

3) M. Chauveau - P. Chauveau, Traité Théorique et Pratique des Ventes Commerciales, XI, No. 1151, C. C. madde 1583.

ğinden anlaşılır. Zira Ticaret Kanununda da mülkiyet teslim ile intikal ediyorsa, Türk ve İsviçre Borçlar kanununda hâkim olan borç esasları cari olmak lâzımdır, akidle intikal ediyorsa Fransız sistemi örnek alınmalıdır.

Ticaret Kanununun 685 inci maddesinin ilk cümlesi Fransız Kanunundan alınmış olmakla beraber, bey akdinde akidle mülkiyetin intikalini tâyin eden hüküm iktibas edilmemiştir⁴. Bu sükûtun kasdı olduğu, ileride kabul veya ihzarı düşünülen Medenî Kanunla âhenksizlik yaratmamak veya ihzar tarihlerinde mer'î olan Mecelle hükümlerine sadık kalmak arzusundan doğduğu fikri müdafaa edilebilir. Lâkin ister birinci, ister ikinci telâkki terviç edilsin, her iki halde Ticaret Kanunundaki bu boşluk bey akdinde mülkiyet durumunun Medenî Kanuna terk edildiğine delâlet eden kuvvetli bir emaredir. Diğer yandan mülkiyet meselelerinin, aynı hak'arın tanzim yeri olan Medenî Kanunlara göre halli, ekseri çevrelerde kabul edilmiş olduğu gibi ilmi temayül de bu merkezdedir⁵. Bu itibarla mülkiyetin intikalinde Medenî ve Borçlar Kanununda hâkim olan esasların Ticaret Kanununda carî olduğunu iddia edebiliriz. Lâkin Ticaret Kanununun bilerek veya bilmiyerek mülkiyetin naklinde teslim sistemine meylettği hasar hakkındaki hükümlerle de müeyyettir. Zira akitle birlikte mülkiyetin naklini terviç eden sistemler hasarın da mülkiyet ile birlikte intikal ettiğini tasrih etmişlerdir. Halbuki 696-698 inci maddeler hüküm bakımından Borçlar Kanunundaki rejime uygundur⁶. Ticaret Kanununun 686 ncı maddesi delâletiyle, bu hükmün mefhumu muhalifinden Yargıtayın çıkarmış olduğu neticede isabet olmadığına diğer bir bahiste de işaret ettik^{7a}. Esasen fer'î bir vaziyeti tanzim eden bu hükümle asli bir kaide tesisine imkân olmadığı gibi, mülkiyet durumuna dair bir mâna çıkarılsa bile teşmil edilemez. Bizce bilâkis 686 ve 687 nci maddeler teslim esasını teyit eder. Mülkiyeti akitle nakleden rejimlerde başkasına ait bir malın bey'i bâtıdır⁷. Halbuki 686 ncı mad-

4) C. C. madde 1583, Menasse, Législation Commerciale Turque, Code de Commerce, s. 200.

5) Ticarî Bey adlı eserin 2 nci bölümünde verilen izahatı tetkik ediniz (s. 14 ve müt.). Ticaret Kanununun 131 inci maddesi de bu fikri teyit eder mahiyettedir. Staub - Pisko, Kommentar zum A. D. Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Österreich, madde 344, No. 13.

6) C. C. in 1138, İngiliz Kanununun 20 ve Amerikan Kanununun 22 nci maddelerine bakınız.

6a.) H. Arslanlı, Ticarî Bey, s. 14 ve müt.

7) C. C. in 1599 uncu maddesine bakınız. Menasse, zge. s. 200.

de akdi muteber saymıştır. Ticaret Kanununun 687 nci maddesi ise Medeni Kanunda 687 ve 902 nci maddelerinde ifadesini bulan hükümlerin bir makesi olup jermen muhitine dahil olan yani mülkiyette teslim esasını terviç eden Avusturya Kanununun 306 nci maddesinden iktibas edilmiştir⁸.

Kanaatimizce Ticaret Hukuku sahasında da mülkiyet teslim ile intikal eder. Bu netice kabul edildiği takdirde ticarî ve adî beyde satıcının asli borçları bakımından ayrılık olmamak lâzımdır. Diğer bir söyleyişle Ticaret Kanununda da satıcının asli borçları mebliin teslimi, mülkiyetinin naklidir. Binaenaleyh bu borçları tahlil ederken her iki hukuk zümresine şamil olmak üzere Borçlar Kanununun 182 nci maddesinde ifadesini bulan ana kaideyi mesnet ittihaz edebiliriz.

2. Sözü geçen maddeden anlaşılacağı gibi, satıcının satım sözleşmesi ile iltizam ettiği borç, biri teslim, diğeri mülkiyeti nakil olmak üzere ikidir. Her iki borç birbirine bağlı olmakla beraber, muhteva itibariyle ayrılan tek bir mükellefiyet olmayıp yanyana duran iki muhtelif borç mevzuudur. Teslim veya mülkiyeti nakil borcunun ademi ifası veya ifa imkânsızlığı kısmî bir ademi ifa veya ifa imkânsızlığı doğurur. Bu tarzda tavsifin bilhassa Borçlar Kanununun 81, 117; Ticaret Kanununun 61, 645 inci maddeleri bakımından ehemmiyeti vardır. Satıcının Ticaret Kanununun 661, Borçlar Kanununun 81 inci maddesinden istifade edebilmesi için her iki borcu ifa veya ifasını teklif etmiş olması iktiza eder. Buna mukabil Borçlar Kanununun 117 ve Ticaret Kanununun 645 inci maddesine tevfiikan borçların birinde hasıl olan imkânsızlık satıcıyı mesuliyetten kurtarabilir. Lâkin, alıcı kısmî ifayı kabule mecbur değildir⁹.

3. Her iki borç muhteva bakımından müstakil olmakla beraber, biri diğeri için mütemmimidir. Teslim borcu mülkiyeti nakil borcunun maddî unsurudur. Biri fiili, diğeri hukukî bir münasebettir¹⁰. Mülkiyeti nakil borcu teslim borcu gerçekleşmeksizin ifa edilmiş olamaz. Mülkiyetin naklinde muayyen kanunî istisnalar hariç, Türk ve İsviçre hukuku bey akdinde teslimi zarurî bir unsur olarak vazetmiştir. Bununla beraber tes-

8) Menasse, zge. 692 nci madde serhine bakınız.

9) Oertmann, Das Kaufgeschäft, Der gewöhnliche Handelskauf, s. 395. Handbuch des gesamten Handelsrechts, h.v. Ehrenberg, IV. II. Oser; Das Obligationenrecht, s. 316.

10) Curti - Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, sahife 672, No. 4. (madde 919/887).

lim borcu, mülkiyet nakledilmeksizin icra edilebilirse de mülkiyet kaide-ten teslimsiz intikal etmez".

4. Her iki borç yalnız mebie şâmil olmayıp nefi akidle intikal ettiğinden, semere ve ziyadeyi de içine alır"^{11a}.

A (Teslim borcu) 1. Teslim borcu mebiin alıcının eline geçmesi ile ifa edilmiş olur. Diğer bir söyleyişle teslim demek, mebiin aynen veya hukukan alıcının iktidar muhitine geçirmek demektir. Bu netice tahakkuk etmek şartıyla her vasıta ile teslim borcu yerine getirilebilir. Hattâ bazan bir beyan da kâfidir"^{12a}.

2. Burada teslim ile zilyedliğin tevem olduğu mülâhaza edilebilir"¹³. Bizce kanunun zilyedlik tâbirini kullanmamış olması, teslim borcunun daha dar bir mâna taşıdığına delâlet eder. Filhakika zilyedliğin nakli mülkiyetin de naklini intaç eder"¹⁴. Lâkin her zilyedliğin nakli satış sözleşmesinde teslim borcunu yerine getirmez. Meselâ, mebi üçüncü bir şahsa, bir banka veya bir antrepoya tevdi edilmişse, müşteri, Medenî Kanununun 892 nci maddesi dairesinde zilyedliğin naklini kabule mecbur değildir. Bey akdinin mahiyeti icabı satıcının borcu, mebi aynen ve başkaca bir muameleye lüzum kalmaksızın müşterinin eline geçirmektir"^{15a}. Bu itibarla 892 nci madde mânasında zilyedliğin nakli ancak müşterinin muvafakatini ihtiva eden hususî bir anlaşma ile teslim yerine kaim ola-

11) Ticaret Kanununun 1015 inci maddesindeki istisnayı da tetkik ediniz. Curti-Forrer, zge. madde 714/687, s. 569 No. 4 te zikredilen diğer istisnalara da bakınız. B. K. 231 de tetkik ediniz.

11a.) Borçlu mebli mütemmim cüzüleri ve teferrüatı ile birlikte teslim ve mülkiyetini nakle mecburdur. Medenî Kanununun 619 ve 621 inci maddelerini tetkik ediniz. Leemann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, h.v. Gmür, Sachenrecht, IV. s. 48; No. 24. Chauveau, zge. No. 1150, 1286, 1505 e bakınız.

12) Oser; zge. s. 465. V. l. a. Chauveau, zge. 1154. Oertmann, zge. s. 393. Becker, Obligationenrecht, s. 13. I. Staub, Kommentar, III. s. 660.

12a.) Becker'e göre mebli teslimi satıcı için imkânsız ise, imkânsızlık teslim borcunun sukutunu muclp olmaz. Satıcı, alıcının talebi üzerine haliz olduğu iade talebini temlik ile mükelleftir. Staub III. 660 a. Becker zge. s. 14.

13) Prof. Hirs bu fikre temayül eder görünür. Hirs, Ticaret Hukuku Dersleri, 2 nci bası, s. 461, 719.

14) Medenî Kanununun 687 nci maddesinin 1 inci fıkrası İsviçre metninde söyler: «Menkulde mülkiyetin nakli için müktesibe zilyedliğin nakli lâzımdır.»

14a.) Aynı kanaatte: Staub, zge. III. s. 660 a.

bilir^{14b}. Medenî Kanununun 892 nci maddesi dairesinde satıcının zilyed kalmakta devam edebildiği hallerde de bir anlaşmaya ihtiyaç vardır. Hakikatı halde, burada alıcı fiilî teslimden feragat etmiştir¹⁵. Meselâ satıcı sattığı malı kiracı veya müstevdi sıfatiyle muhafaza edebiliyorsa, satılan malın evvelâ alıcıya teslim, bilâhare tekrar satıcıya iade edilmesine lüzum olmaksızın teslim borcu, tarafların anlaşması ile ifa edilebilir. Buna mukabil alıcı sair bir sebeple mebie vazülyed bulunuyorsa, teslim borcu mücerret bir beyanla, hattâ bizatihi satışta mündemiç olan nakil niyeti ile ifa edilmiş olur. Meselâ alıcı bey akdinden önce müstevdi veya kiracı sıfatiyle mebie zilyed ise, teslim borcu fiilî teslimde lüzum kalmaksızın bir beyan veya kendiliğinden akidle icra edilmiş olur. Zira bu kabil hallerde bey akdinde aranan fiilî nakil esasen vuku bulmuş, taraflar sadece zilyedliğin dayandığı nakil sebebini değiştirmişlerdir.

Demek oluyor ki, aynen veya anahtar yahut kira mukavelesinin devri ile birlikte bina zilyedliğinin nakli gibi mebiî alıcının yeddi iktidarına geçirecek vesaitin teslimi suretiyle zilyedliğin geçirildiği haller dışında zilyedlik naklinin teslim yerine kaim olması için alıcının muvafakati şarttır. Aynen teslimden maada hallerde rızai teslim bir anlaşma mahsulü ise teslim borcu ifa edilmiş sayılır.

a. Ticaret Kanununun 693 üncü maddesinin son kısmındaki teslim tarzı da bu mahiyette tavsif edilmelidir. Bu hükme göre bayiin muvafakatiyle müşterinin mebi üzerine markasını koyması teslim addolunur. Buna benzer bir kaide, Fransız hukukunda da kabul edilmiştir. Code Civil'in 1606 nci maddesine müsteniden Fransız Hukuku, teslimin, akdin inikadı anında yapılmadığı veya yapılamıyacağı hallerde, satıcının emri veya alıcının mühür veya markasını vazetmesine muvafakatini teslim makamında kabul etmiştir¹⁶.

Ticaret Kanununun 693 üncü maddesi iki mânada tefsir edilebilir. Marka vaz'ı suretiyle teslimin, emtianın kara, deniz, nehir ve göl tarikiyle nakledilmekte olması haline münhasır olduğu iddia edilebileceği gibi¹⁷, bu tarzda nakil bahis mevzuu olmaksızın müstakil bir hüküm ma-

14b.) Aynı kanaatte: Oser, zge. s. 465.

Staub'a göre, mebi üçüncü bir şahsın zilyedliğinde olup alıcı, iade talebinin devri ile iktifa etmiş ve üçüncü şahıs mebiî ahere satmış ise, satıcıya rücu edemez. zge. III. 660 a.

15) Oser, zge. s. 465.

16) Chauveau, zge. No. 1174.

17) Ahmet Ziya, Yeni Hukuku Ticaret, 1 inci kitap, s. 610, zımnen bu tarzı tefsire meyleder.

hiyetini taşıdığı da ileri sürülebilir. Fikrimizce son şık kanunun ruhu-
na daha uygundur". Yalnız marka vaz'ı suretiyle teslimi, münasebetin
mahiyetine göre ikiye ayırmak lâzımdır. Üçüncü şahısları ilgilendiren
münasebetlere, Medeni Kanunun 690 ıncı maddesinde ifadesini bulan
prensip hâkim olduğundan, bu mânada rızai teslimin muteber olması için,
mebide alıcı, satıcının iştirakine lüzum olmaksızın tasarruf edebilecek ik-
tidarda olmalıdır. Meselâ emtia satıcının antreposunda alıcı tarafından
markalanmış ve antreponun zilyedliği satıcıda ise, M. K. nun 690 ıncı
maddesindeki haller bulunmak şartıyla, bu tarzda teslim ile nakledilen
mülkiyeti üçüncü şahıslar tanımağa mecbur değildirler¹⁸. Lâkin mebi
üçüncü bir şahsın yeddinde iken alıcı satıcının muvafakati ile müstevdiin
muvacehesinde markasını vazetmişse¹⁹, teslim fiili tamam olmuştur. Ta-
raflar arasındaki münasebette ise mücerret marka vaz'ı da teslim vas-
fını haizdir ve mülkiyeti nakleder²⁰.

b. Medeni Kanunun 893 üncü maddesine göre bir antrepoya yahut
bir nakliyeciyeye tevdi edilmiş olan emtiayı temsil eden kıymetli evrakın
teslimi o emtianın teslimi demektir. Aynı netice Ticaret Kanununun
693 üncü maddesiyle emtianın kara, deniz, nehir veya göl tarikiyle nakle-
dilmekteyken konişmentonun teslimi haline hasredilmişse de, Ticaret Ka-
nununun 797 inci ve müteakip maddelerine binaen sair hallerde de caridir.
Demek oluyor ki, bu kabil hallerde emtea senedinin teslimi mebiin tes-
limi demektir²¹. Bununla beraber alıcı bu tarzda teslimi de kabule mec-
bur değildir. Bey akdinde hilâfı kararlaştırılmamışsa, satıcının borcu
mebi aynen teslimdir. Emtea senedinin teslimi suretiyle teslim mülkiye-
tı nakil fonksiyonunu ifa etse dahi hakikatte bir vasıtaadır. Bu itibarla
tarafklar anlaşmışsa, satıcı teslim borcunu emtea senediyle ifa edebilir²².

18) Ahmet Ziya, zge. s. 610 a bakınız. Mebi hakkında bir emtia senedi tan-
zım edilmişse, mebie zilyed olan nakliyeciyeye yahut müstevdi ancak emtia senedinin
teslimi mukabilinde esyayı teslim edebileceğinden bu kabil hallerde marka vazının
nakil vasfı şüphelidir. Aynı kanaatte Ahmet Ziya, zge. s. 610. Ticaret Kanunu-
nun 809, 898, 914, 1186, 1192, 1200 üncü maddelerine de bakınız.

19) Curti - Forrer, zge. s. 571, No. 6. (Madde 717/690).

20) Medeni Kanunun 892 nci maddesinin 2 nci fıkrasına bakınız. Beyan ile
zilyedliğin nakli hakkında: Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch 429.

21) Curti - Forrer, zge. s. 571, No. 6. (Madde 717/690).

22) Ticaret Kanununun 804 üncü maddesi mücerret ciroya mülkiyeti nakil
vasfını tammissa da, kıymetli evrakın da teslimi lâzımdır.

23) Aynı kanaatte: Staub, zge. III, s. 661/57. Zimnen akst kanaatte Becker,
zge. s. 13. I. Oertmann, zge. s. 394 e bakınız. İcra İfias Kanununun 190 inci mad-

3. Satıcının teslim borcunu ifa edebilmesi için alıcının tesellüm suretiyle iştiraki zarurî olduğundan, teslim borcu teslim ile takip edilen neticenin elde edilmesi için gereken ef'alın icrası mânasında anlaşılmalıdır. Teslim borcunun ifa edilmiş sayılması için tesellüm şart değildir. Yeter ki satıcı bu neticenin sağlanması için kanun ve teamül icabı uhdesine düşen vazifeyi yapmış olsun²⁴. Meselâ mebiin irsali bu mânada teslim borcunun ifası demektir. Nitekim Ticaret Kanununun 692 nci maddesi de bu fikirden mülhem olmuş sayılabilir. «Mebiiin bayi tarafından müşterinin ikametgâhına veya mukavelenamede gösterilmiş olan diğer bir mahalle irsali teslim hükmündedir.» Lâkin sözü geçen maddedeki teslim tâbirine daha geniş bir mâna vermek de mümkündür. Prof. Hirs, bu fikre meyleder²⁵.

Türk Hukukunda 692 nci madde, 691 inci maddenin mütemmimi olduğundan, 692 nci maddenin lâyıkiyle anlaşılması için 691 inci maddenin de izahına zaruret vardır. 691 inci madde, Avusturya Kanununun 344 üncü maddesinden iktibas edilmiş olduğundan mez'ûr kanun şerhinde bu madde hakkında verilen izahat örnek ittihaz edilebilir²⁶:

«Esas itibariyle 691 inci madde, satıcıya irsal mükellefiyeti tahmil etmemiştir. İrsal mükellefiyeti herhangi bir sebeple doğmuşsa, satıcı bunu 691 inci maddede tayin edilen ihtimam dairesinde ifaya mecburdur. Demek oluyor ki 691 inci madde daha ziyade ihtimam ölçüsünü tayin eden bir hükümdür. Bununla beraber irsal hakkında hususî bir anlaşma bulunmasa dahi, mesafe satışlarından satıcının teslim borcundan böyle bir mükellefiyetin de doğmuş olduğu kabul edilmektedir. Hattâ Staub-Pisko'ya göre, mebi ifa mahallinden gayri mahalle sevkedilmedikçe satıcı teslim borcunu ifa etmiş sayılamaz²⁷. İrsal mükellefiyeti mukavele ile kararlaştırılmış olsa dahi, satıcı fevkalâde gayret sarfına mecbur olmayıp, verilen talimata riayet etmesi kâfidir²⁸. Müşteri bir gûna talimat ver-

desi hususî bir istisna vazeder. Yargıtay içtihadını da tetkik ediniz. Şahap Arınc, Hâsiyeli Ticaret Kanunu, s. 364, No. 707.

24) Oertmann, zge. s. 393, 394.

25) Hirs, Ticaret Hukuku Dersleri, s. 719.

26) Staub-Pisko, zge. madde 344. verilen izahatı tetkik ediniz.

27) 691. inci madde daha ziyade ifa mahalli değışmeksizin mebiin irsali lâzım gelen münasebetleri tanzim eder. İfa mahalli mukavele ile değışmisse bu mahalle irsal yalnız satıcıyı ilgilendirir.

28) Şüphe halinde bu talimat bir direktif mahiyetinde telâkki edilmelidir. Meselâ vapurla nakil şart kılınmış iken, vapur nakliyatının o sırada bozulması yüzünden tren nakliyatı tercih edilmiş olup aradaki fiyat farkı büyük değilse bunu alıcıya tazmine mecbur değildir. T.K. nun 644 ve 698. inci maddelerine de bakınız.

memişse, satıcı emir almış gibi, müşteri yerine kaim olarak nakil için icabeden tedbirleri alması, bilhassa mebi nakledecek vesaiti hüsnü intihap etmesi gerekir. Lâkin bu hükümle hukukî mânada bir vekâlet kasdedilmemiştir. Bilâkis satıcı ne vekil, ne de nakliye komisyoncusu mevkiindedir. Bu borcu ifa ederken satıcı olarak hareket eder ve bey akdinden doğan bir borcu ifa etmiş olur. Diğer bir söyleyişle, bey akdinin bu bakımdan zımnî bir anlaşmayı ihtiva ettiği kabul edilmektedir. Satıcı müşteri adına değil, müşteri yerine kaim olarak ve alıcının menfaatlerine uygun bir tarzda sevkiyatı icra etmelidir. Avusturya hukukunda satıcı, nakil mukavelesini alıcı adına yapmakla mükellef olmadığı gibi, irsal ile mülkiyetin nakli keyfiyeti de birbirinden ayrı tutulmuştur. Mülkiyet: Medenî Kanun ahkâmına göre intikal eder. Eski Alman Kanununun 429 uncu maddesine tevfiikan, kaideten irsal edilen mallar alıcı tarafından teslim alınmakla, teslim edilmiş addolunur, meğer ki alıcı, sevk suretini bizzat tayin yahut tasvip etmiş olsun. Sevk suretini alıcı tayin ve tasvip etmişse, mülkiyet nakliyeciyeye teslim ile intikal eder, etmemişse, mebiin tesellümü ânında geçer, yani müşteri mülkiyeti iktisap maksadıyla mebie zilyed olduğu zaman teslim ve tesellüm tamam olmuş sayılır. Bu kaidenin tatbikatından olmak üzere meselâ alıcı nakliyeciyeye mebi kendi namına tesellüme salâhiyet vermiş veya satıcı mebi alıcı adına irsal etmişse, zilyedlik ve mülkiyet mümessil vasfını alan nakliyeciyeye delâletiyle iktisap edilmiş olur. Buna mukabil satıcı, mebi semeni ödeme şartıyla göndermişse, irsâl, teslimi tazammun etmez.»

Verilen izahattan anlaşılacağı gibi, 691 inci maddedeki irsal, Avusturya hukukunda mülkiyeti nakil bakımından teslim vasfını haiz olmayıp satış sözleşmesinden doğan teslim borcunun ifası şeklinde düşünülmüş, yâni satıcı mebi irsal etmekle teslim borcunun ifası için üzerine düşen vazifeyi yapmıştır, mülkiyetin intikali için başkaca şartların tahakkuku lâzımdır.

Türk Hukukunda 692 nci maddenin hakikatı halde 691 inci maddenin bir tatbik şekli olduğu Avusturya Kanununda 691 inci maddeye tekabül eden 344 üncü madde hakkında verilen izahattan tebarüz etmekle beraber, bizdeki mutlak ibare daha geniş bir tefsire yol açabilir. Tatmin edici bir neticeye varabilmek için evvel emirde maddede geçen teslim tâbiri üzerinde durmak lâzımdır. Teslim tâbirine verilecek mâna bu maddenin şumulünü kendiliğinden tayin edebilir.

Biraz evvel işaret ettiğimiz gibi, satıcının teslim borcunu yerine getirebilmesi için alıcının mebi teslim almak suretiyle iştiraki zaruridir. Bu iştirak gerçekleşmedikçe, satıcı mebi irsal etmekle sadece teslim borcunun kendine yüklediği kısmı ifa etmiş olur. Bu tefsir usulünde teslim

ifa mahiyetinde olup tesellüm mânasına gelmez ve mülkiyet durumu Medenî Kanuna göre halledilir.

İkinci tefsir şeklinde teslim tesellüm mânasına gelebilir, yani mebi irsal edilmekle hem teslim borcu ifa edilmiş, hem de tesellüm hâdisesi gerçekleşmiştir. Ancak irsale bu vasfın tanınması için müşterinin iştirakine delâlet eden unsurların da mevcudiyeti aranmalıdır. Her irsalde bu vasf bulunmayabilir. Diğer yandan irsal suretiyle teslim bu vasfı tanıdığımız takdirde mülkiyetin de intikal ettiğini kabul etmemiz icap eder.

Medenî Kanununun 687 nci maddesine göre, mülkiyetin intikali için taraflar arasında «aynî bir akdin» tekevvünü aranmıştır. Satıcı mülkiyeti nakil maksadiyle zilyedliği nakledecek, alıcı da bu niyet ile zilyedlik ve mülkiyeti iktisap edecektir²⁹.

Prof. Hırş, Medenî Kanununun 891 inci maddesi delâletiyle, nakliyecî veya nakliye komisyoncusunu alıcının mümessili farzederek, irsalde iştirakin yani tesellüm unsurunun bu suretle tahakkuk ettiğini kabul eder görünür. Bu müellife göre, Ticaret Kanununun 692 nci maddesi mânasında irsal, mülkiyeti de nakleder³⁰.

Bizce bu neticenin kabulü için alıcının nakliyecî veya nakliye komisyoncusuna sarahaten veya zımnen tesellüm salâhiyeti vermiş olması lâzımdır. Filhakika mesafe satışlarında irsal borcunun doğumu ile birlikte alıcının bu salâhiyeti de verdiği iddia edilebilir. Bey akdi ile tesellüm salâhiyetinin verildiği kabul edilse bile, her irsal tesellüm vasfında oluyabilir. Mebiin teslimi demek zilyedliğin nakli demektir. Zilyedlik ise alıcı veya mümessiline mebi üzerinde fiilen tasarruî imkânını sağlıyorsa geçmiş sayılır. Bu sebeple satıcının mebi bilâ kaydü şart irsal yani teslim etmiş olması esaslı bir şarttır. Satıcı mebi kendi namına teslim etmiş, tasarruf salâhiyetini mahfuz tutmuş veya kendi adamları vasıtasıyla göndermiş, yahut ademi teslimde delâlet edebilen talimat vermişse, bu şart tahakkuk etmiş olamaz. Fikrimizce Ticaret Kanununun 692 nci maddesinin son cümlesi de bu tefsir tarzını teyit eder.

Demek oluyor ki, irsalin mahiyetine göre, maddenin hükmü değişebilir. Hakikatı halde bu netice Avusturya hukukundan pek farklı değildir. Yalnız Avusturya hukuku, satıcı mebi üzerinde tasarruf hakkını dev-

29) Aşağıda verilen izahatı telkik ediniz. Curti-Forrer, zge. s. 569. No. 6. (Madde 714/687). Leemann, zge. s. 322. ve müt. Esat Arsebük, Türk Kanunları hakkında Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, s. 100. 1. V. Tuhr, Eigentumsübertragung im schweizerischem Recht, Zeitschrift f. schw. Recht, N. F. 40. s. 67.

30) Hırş, Ticaret Hukuku Dersleri, s. 719, No. 732. Notlu Ticaret Kanunu, s. 335 madde 692 b harfli atıf. Ticaret Kanununun 687. inci maddesine de bakınız.

retmiş olsa dahi mülkiyetin intikal etmediğini kabul eder. Bu çevrede mülkiyet ancak alıcının mülkiyeti iktisap niyetiyle zilyed olduğu anda geçmiş olur. Meselâ, alıcı gelen malı kabul etmiyerek satıcının emrine tevdi etmişse, mülkiyet intikal etmemiştir. Teslimde tesellüm, daha doğrusu mülkiyeti iktisap vasfının bulunması için müşterinin sarîh veya zımî rızası şarttır.

Biraz evvel işaret ettiğimiz gibi, Prof. Hirs, nakliyeciyi veya nakliye komisyoncusunu, alıcının mümessili addederek bu rızanın tahminimize göre bey akdiyle belki de kanunen verildiğini kabul eder³¹. Bizce bu tefsir tarzı, irsal mükellefiyeti kararlaştırılmış olsa dahi bey akdinin mahiyetine uygun değildir. Mücerret irsal mükellefiyetinden tesellüm rızası istihraç edilemez. Nakil suretini bizzat tayin ve tasvip etmek, nakliyeciyeye talimat vermek gibi, tesellüm yâni mülkiyeti iktisap rızasına delâlet eden haller mevcutsa, irsal mülkiyeti nâkildir^{31a}. Diğer hallerde irsal ancak teslim borcunun ifası mânasına gelebilir.

4. Satıcı teslim borcunu, alıcının mebide bütün haklarını kullanabilmesini sağlayacak tarzda icra etmelidir. Bunun için satıcının vukufu ve iktidarı dahilinde olan ve lüzumlu sayılan malûmat ve vesaiki vermesi lâzımdır³².

5. Bey akdinin inikadıyla nefi ve hasar alıcıya intikal etmekle beraber, satıcı teslim borcunu ifa edinceye kadar, mebli lâyıkiyle muhafazaya mecburdur³³.

6. Teslim borcu teslimin lâyıkiyle icrası için gereken ihzaratın yapılması borcunu da ihtiva eder. Meselâ satıcı malını yabancı bir memlekete satmışsa, ihraç müsaadesini de istihsal etmek mecburiyetindedir³⁴, ^{34a},

31) Bu noktada Prof. Hirs sakittir. Hangi hukuki sebebe binaen nakliyecinin bu sıfatı aldığı izah edilmemiştir. Tuor'a göre nakliyecî satıcının mümessilidir. *Du Schweizerische Zivilgesetzbuch* s. 429.

31a) Aynı kanaatte Leemann, zge. s. 322 ve müt. «Alıcı gönderilen malı teslim almış olmakla mülkiyeti iktisap niyetini izhar etmiş olmaz. Tesellüm mülkiyeti iktisap niyetiyle vaki olmussa, mülkiyet intikal eder. Alıcı mebli gereken müddet içinde satıcının emrine terketmişse, mülkiyet geçmemiştir. Staub, zge. IV. madde 382, No. 5 de bakınız. Flick, zge. s. 340. No. 19.

32) Becker, zge. s. 13/14 No. 2. Satıcın fer'i borçları hakkındaki bahse de bakınız.

33) Becker, zge. s. 14. 3. Becker satıcının sözü geçen muhafaza mükellefiyetine vekâlet ahkâmının kabîl tatbik olduğu kanaatindedir. (Greiff, Plank Komm. 2. 353. m. 450. Beckerde zikredilmiştir). Satıcın fer'i borçları hakkındaki bahse de bakınız.

34) Becker, zge. s. 14, 3. Chauveau, zge. No. 1150. Satıcın fer'i borçları hakkındaki bahse de bakınız.

7. Satıcı teslim borcunu hilâfı kararlaştırılmamışsa, şahsen ifaya mecbur değildir. Buna mukabil borcunu alıcı veya mümessiline ifa ile mükelleftir, yani borca muhatap alıcı veya mümessili olmak lâzımdır³⁴. Ancak muayyen hallerde mebi, nakliyeciyeye veya nakliye komisyoncusuna da teslim edilebilir. Kezalik satıcı mebli alıcının emri üzerine veya mukaveledeki hususî bir şarta binaen üçüncü bir şahsa da teslim edebilir³⁵.

Satıcı mebli müteaddit şahıslara birden satmışsa, teslim borcunun bunlardan birine ifa edilebilip edilemeyeceği hatıra gelebilir. Bilindiği gibi Ticaret Kanununun 642 nci maddesine binaen alıcılar müştereken tahhüt altına girmişlerse, müteselsilen mesul addolunurlar. Fransız hukuku, bu kabil hallerde alıcılardan da her birinin borcun tamamını istemek hakkını haiz olduklarını kabul eder³⁶. Türk Ticaret Kanunu, bu noktada sakittir. Borçlar Kanununun 148 inci maddesine göre, borçlu borcun tamamını istemek hakkını tanımışsa, alacaklılar arasında teselsül mevcuttur ve her alacaklı borcun ifasını isteyebilir. Bu hal dışında borç kabili taksim değilse, borçlu borcunu hepsine birden ifaya mecburdur³⁷ ve ala-

34a) Satıcı mebli üzerindeki zilyedliği devir etmiş olsa dahi, teslim kâfi olmayıp iktisap edilen zilyedliğe tecavüz etmemelidir. Teslim borcu alıcının mevide fiilen tasarruf ve istifadesini sağlıyan bir vasıtaadır. Satıcı bu imkânı ihlâl edecek her türlü efal ve harekâttan iktinap ile mükelleftir. Mezkûr prensibin menkul beyinde tatbik sahası yok gibidir. Kaldeten mülkiyet teslim ile intikal ettiği cihetle malik vaziyetinde olan alıcı kendini himayeye muktedirdir. Bu prensibin tatbik sahası daha ziyade gayrimenkullerde bir hakkın veya müşterilerin devrinde aranmalıdır. Meselâ satıcı müşterilerini devir etmişse o mahalde yeniden mağaza açarak rekabet yapamaz. Kezalik muayyen bir mintikanın satış imtiyazı devir edilmişse, satıcı bu mintikaya bizzat mal sevk ederek, müşterisinin istifade hakkını ihlâl edemez. Bir müellif kitabının bir tabını satmışsa, bu tabı tamamen tükenmedikçe ikinci bir tabı yapamaz. C. Vivante, traduit par J. Escara, Traité de Droit Commercial, IV, No. 1644-50, Chauveau, zge. No. 2027. Becker, zge. s. 14. 4.

35) B. K. 68. inci maddesine de bakınız

36) Fransız Temyiz Mahkemesinin bir kararına göre, satıcı, mebli bir nakliyeciyeye veya nakliye komisyoncusuna teslim etmişse, bundan alıcıyı haberdar ederek, nakliye komisyoncusunun nakli edilen malın tamamını teslim edip etmediğini kontrol için, nakli suretini gösteren ve miktarını belirten bir fatura vermesi lâzımdır. Bunun yapılmaması, C.C. in 1382 nci maddesi dairesinde mesuliyeti mucip olur. Chauveau, zge. No. 1182, 1181. Oertmann, zge. Kauf, s. 395 atıf No. 7.

37) Chauveau, zge. No. 1180.

38) Borçlar Kanununun 69 uncu maddesi bu hükmü lâıykile ifade edememiştir. F. Fuğk, Borçlar Kanunu Şerhi, 1. çev.: H. Veldet - C. H. Selek, s. 119 bakınız. Oser, zge. s. 267 tetkik ediniz

caklılardan her biri borcun ancak hepsine birden ifasını isteyebilir, yalnız «kendine» ifasını talep etmişse borçlu mütemerrit olmaz, meğer ki diğerlerinin de mümessili olsun³⁹.

Fikrimizce Ticaret Hukuku sahasında 642 nci madde alacaklılar arasında da teselsülü sağlayacak mahiyette tefsire müsaittir. Nasıl ki ticari borçta teselsül kendiliğinden doğabiliyorsa, teselsülün doğumu ile borçlunun, zimnen, alacaklılar arasında da teselsülü tanıdığı kabul edilebilir⁴⁰.

8. Teslim zamanı mukavelede gösterilmemişse, Ticaret Kanununun 657 nci maddesine tevfikan satıcı, alıcının talebi üzerine derhal teslim mecburdur. Aynı kaide Borçlar Hukukunda da caridir⁴¹. Yalnız Borçlar Kanununda borçluya da derhal ifa hakkı tanınmış iken bu hüküm Ticaret Kanununda mevcut değildir. 657 nci maddeye mehzaz olan Avusturya Kanununun 326 nci maddesinde her iki hüküm bulunmaktadır⁴². Fikrimizce bu boşluk Borçlar Kanunu hükmü ile doldurulabileceği gibi, Ticaret Kanunundaki hüküm de alacaklı ve borçluya şâmil olarak tefsir edilebilir.

Demek oluyor ki teslim zamanı mukavelede gösterilmemişse, satıcı alıcının talebi üzerine derhal teslim mecbur olduğu gibi derhal teslimi de talep edebilir⁴³. Ancak sözü geçen kaide Ticaret Kanununun 661 ve Borçlar Kanununun 81 inci maddesini bertaraf etmiş değildir. Kezalik bey akdinde Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, hilâfına adet veya mukavele mevcut değilse, satıcı ile alıcının borçlarını aynı zamanda ifa etmeleri lâzımdır. Bununla beraber Borçlar Kanununun 210 uncu maddesinden zimnen anlaşılacağı gibi, evvelâ satıcının mebiî teslim etmesi gerekir. Zira mebiî alıcının zilyedliğine geçtikten sonra semen borcunun muaccel olacağı tasrih edilmiştir⁴⁴.

39) Oser, zge. s. 267, 3. a.

40) Ticaret Kanununun 642 nci maddesinde borçlulara tahmil edilen mesuliyete mukabil borçlular da alacaklılardan birine karşı ifa hakkını haiz olmalıdır.

41) Borçlar Kanununun 74. üncü maddesini tetkik ediniz.

42) Menasse, zge. s. 191 de bakınız.

43) Buradaki «derhal» tâbiri lâfzan tefsire müsald olmayıp, teslim zamanı hüsnü niyet kaidelerine göre tefsir edilmelidir. Oser, zge. s. 281. Aynı kaide Fransız Hukukunda da caridir. Chauveau, zge. No. 1221.

44) Borçlar Kanununun 210. uncu maddesinin tercümesi İsviçre metnine uygun değildir. Almanca metinde madde şöyledir: «Başka bir zaman tayin edilmemişse, semen, mebiî alıcının zilyedliğine geçmesiyle muaccel olur.»

Alıcının ifa talebi karşısında satıcı bir mehilden istifade hakkını haiz ise, bunu isbat etmekle mükelleftir. Mehil mukavelede tasrih edilmiş olabileceği gibi, «örfü cariden» veya mukavelenin mahiyetinden de neşet edebilir⁴⁵.

9. Teslim yeri taraflarca tayin edilmişse satıcı mebi bu mahalde teslim mecburdur. Teslim yeri ne sarahaten, ne de zımmen tayin edilmişse, Ticaret Kanununun 655 inci maddesi caridir⁴⁶. Teslim yerinin bir çok bakımlardan ehemmiyeti vardır. H. U. M. Kanununun 10 uncu maddesine göre dâva bu mahalde açılabilir. Teslim yerine kadar bütün masraflar satıcıya aittir. Teslim yeri ayıp ihbarı bakımından da ehemmiyetlidir. Yalnız her zaman teslim yeri, ayıp ihbarının mebdini tayin eden mahal vasfını haiz olmayabilir. Meselâ irsal edilen mallarda hükmen teslim irsal ile hasıl olmakla beraber ayıp ihbarına mebd mebiin fiilen müşteriye teslim edildiği mahaldir.

10. Teslim borcunun mevzuunu teşkil eden mebiin mahiyeti hususunda müellifler arasında ihtilâf vardır. Bilhassa Alman Hukukunda iki muhtelif cereyan göze çarpmaktadır. Bazılarına göre teslim borcunun ifa edilmiş sayılması için mebiin ayıptan âri olması lâzımdır, yani satıcı ayıpsız mal teslimi ile mükellef olup ayıplı mal teslim etmişse borcunu ifa etmemiştir. Bu düşünüş tarzını reddedenler ise, mebiin muayyen veya neven muayyen olduğuna göre bir ayırma yaparak fikirlerini şöyle izah ederler:

«Muayyen mallarda satıcının borcu, mebi haliyle teslimdir. Gerçi satıcı mebiin kıymetini veya maksut olan menfaati izale veya ehemmiyetli surette tenkis eden ayıplardan mesuldür. Lâkin bu mesuliyet tekef-

45) Prof. Hirs ve Menasse bu tâbiri «örfü ticarî» olarak tashih ederler. Hirs, Notlu T. K. m. 659. Menasse, zge. s. 193. 1. Ticaret Odası bir hâdisede şöyle bir karar vermiştir: «Otomobil ve emsal emvalin ambalajlarında kullanılmış olan tahtaların bedeli peşin olarak yapılmış satışlarında faturalarında zamanı teslim muharrer bulunmazsa, mallar vürut etmiş ve ambalaj tahtaları da sökülerek ayrılmış bulunduğu takdirde, nihayet bir hafta zarfında teslim edilmesi teamülü ticariyededir.» Ticari, Small ve Mall teamüllere dair Oda Meclisi Kararları. s. 37. No. 84.

46) Meselâ, sıf ve fob satışlarda teslim mahalli gemidir. Sair mesafe satışlarında, meselâ trenle nakil kararlaştırılmışsa teslim mahalli garda demiryollarının teslim yeridir. Chauveau, zge. No. 1200.

Fransız hukukunda da vaziyet böyledir. Chauveau, zge. No. 1194. Hasar bahsinde ifa mahalli hakkında verilen izahatı tetkik ediniz. (H. Arslanlı, zge. s. 259). Borçlar Kanununun 73. üncü maddesine de bakınız.

fül borcunun bir neticesidir^{46a}. Tekeffül borcu ifa borcundan farklıdır. Tekeffül borcu tazminat gibi, bizatihi akitten doğmayıp akitler arasındaki münasebetin inkişaf tarzından neşet eder. Diğer yandan satıcının mebli ayıpsız teslim edeceğine dair kanunda bir hüküm yoktur. Böyle bir mükellefiyetin mevcudiyeti îarzedilse bile, ademi riayet neticeleri, kanunun sair hallerde kabul ettiği neticelerden farklı olmamak lâzımdır: Ayıbın izalesi dâvası, ademi ifa halinde sair temerrüt neticeleri, yani mehil tayini, gecikme sebebiyle zarar ziyan veya ademi ifa sebebiyle zarar ziyan yahut akdi fesih. Bunların hiç biri hakkında kanunda sarahat olmadığı gibi, satıcıya tamir mükellefiyeti de tahmil edilmemiştir. Halbuki, bey akdine müşabih bir tarzda tanzim edilen istisna akdinde tamir borcu sarahaten yazılıdır (B. K. 360). Kezalik satıcı, yalnız kusurlu olduğu hallerde ademi ifadan mütevellit zararı tazmin ile mükellef tutulmuştur (B. K. 205.3). Bu kaidenin mefhumu muhalifinden diğer hallere mesuliyetin semeni tenzil veya fesihten ibaret olduğu neticesi çıkar. Satıcının satılmış olan ayıplı malı teklif etmesi üzerine alıcının bu malı red ederek satıcıyı mütemerrid telâkki edebileceği ve 106 ncı maddedeki hakları istimal edebileceği iddiası pozitif hukuk ile kabili telif değildir. Lâkin umumî mülâhazalar da aynı neticeye götürür. Muayyen bir malı satmış olan kimse bu malı aynen olduğu gibi ifa etmek ister. Mütahassis olmıyan satıcıyı kusuru olmaksızın tamire icbar, bey akdi ile üzerine almak istediği mükellefiyetin hududunu aşar ve hukuki durumunu haksız yere ağırlaştırır. Buna mukabil alıcıya tanınan fesih ve semenin tenzili talepleriyle menfaatları kâfi derecede korunmuştur. Tatbikatın ayıplı bir malı gayri kabili teslim addettiği fikri de isbata muhtaç olup böyle bir telâkki mevcut olsa bile, alıcıya tanınan fesih hakkı ile yeter derecede himaye edilmiştir.

Satıcı meblide bazı vasıfları zikr ve vaadetmiş olsa bile bu da bir ifa mükellefiyeti tesis etmez, ancak tekeffül borcunu arttırır. Bununla beraber bazı hallerde vasıf zikr ve vaadinin daha geniş bir mâna taşıdığı kabul edilebilir.

Neven tayin edilmiş eşyada durum farklıdır. Akidlerin mefruz maksatlarına ve muamelenin objektif gayesine göre, ancak ayıpsız parçaların teslim edilebileceği neticesi çıkmaktadır. Kanun da bu telâkkiye uygun bir surette tanzim edilmiştir. Satıcı ayıplı mal teslim etmişse, alıcı bunların ayıptan âri misli ile değiştirilmesini talep edebilir (B. K. 203^b). Lâkin alıcı, teslim edilen malı, muayyen bir mal borçlanılmış gibi, ifa te-

46a) Borçlar Kanununun 202, 203. üncü maddeleriyle Ticaret Kanununun 716 inci ve müt. maddelerine bakınız.

lâkki ederek, muayyen mallar hakkında cari tekeffül hükümlerinden de istifade edebilir⁴⁷⁾».

Diğer tezi müdafaa eden müelliflerin mucip sebepleri de şudur: «Teslimde temerrüt ile ayıplı mal teslimi birbirinden ayrılmalıdır. Eskiden ayıplı mal tesliminde, mal ayıplı da olsa teslim edilmiş sayılır temerrüt için teslim borcunun ademi ifası şart koşulurdu. Diğer bir söyleyişle teslim borcunun ifası için mebiin ayıpsız olması şart değildi, ayıplı mal teslim eden satıcı da borcunu ifa etmiş addedilirdi. Bu telâkki, ancak satıcı edimini tamamen ifa etmiş ve alıcıya zilyedliği ve mülkiyeti sağlamışsa doğru sayılır. Lâkin alıcı, ayıplı malı tesellümden önce reddetmişse, satıcı edimini tamamen ifa etmiş sayılamaz, alıcı ifadan önce olduğu gibi akda uygun mal teslimini talep hakkını muhafaza eder. Mebiin ayıpsız teslimi satıcının ifa borcunun bir kısmını teşkil eder. Satıcı mebiî olduğu gibi teklif etmekle akdi mükellefiyetini yerine getirmiş olmaz. Bu kaide muayyen mallarda cari olduğu gibi neven tayin edilmiş eşyada da caridir. Neven tayin edilmiş eşyada bu esas, vasıf vaadedilmiş olsa dahi kabul edilmiştir. Bu kaidenin muayyen mallara tatbikine karşı, satıcının malı olduğu gibi teslim edebileceği, mümkün olsa dahi, ayıbı tamir ile mükellef olmadığı, mümkün değilse, ayıpsız teslimin esasen kabil olamayacağı, satıcının temerrüde sevkedilemeyeceği ve bu sebeplerle alıcının ancak fesih veya semenin tenzilini talep edebileceği, ileri sürülemez. Bu telâkki, teslimden sonra satıcının ayıbı tamir ile mükellef olmadığını, fakat ayıpsız bir mal teslimine, yani mümkünse teslimden önce mebiî ayıpsız bir hale ifrağa mecbur olduğunu ve tamiri mümkün değilse, satıcının imkânsızlıkta kusuru bulunmadığı sabit olmadıkça, alıcının bu imkânsızlığa rağmen, ifa istiyebileceğini gözden kaçırmaktadır. Bu halde teslimin kendisine isnat edilemeyen bir sebepten mümkün olmadığını isbat satıcıya aittir.

Diğer yandan tekeffül hakkındaki hükümler ancak teslimden ve nefi ve hasarın intikalinden sonra kabili tatbiktir. Alıcı, gerek muayyen mallarda, gerek neven tayin edilmiş eşyada, teklif edilen mebiî, akde uymaması yüzünden tesellüm mecburiyetinde olmadığını, teslim ve tesellümü reddettiğini, Borçlar Kanununun 81 inci maddesi dairesinde ademi ifa iddiasını dermeyan ederek, satıcıyı neticesiz bir ifa teşebbüsünde bulunmuş gibi telâkki ettiğini ileri sürebilir. Demek oluyor ki, red halinde mu-

47) Verilen izahat Borçlar Kanununa intibak ettirilmek suretiyle Oertmann eserinden ıktibas edilmiştir. Oertmann, zge. Kauf, s. 396 ve müt. Bu eserde zikredilen müelliflerin yazılarını da tetkik ediniz. Aynı kanaatte; Becker, zge. s. 55. III. C. C. in 1614. üçüncü maddesine de bakınız. Oeser, zge. s. 486. 2. b.

ıyyen bir mal satılmışsa, kısmi ifa hakkındaki hükümler tatbik edilme-
yip temerrüt hükümleri cari olur. Diğer bir söyleyişle alıcı satıcıya akta
uygun mal teslimi için munzam bir mehil tayin eder, ve borç bu mehil
içinde ifa edilmediği takdirde, akdi feshedeceğini veya ademi ifa sebe-
biyle zarar ziyan istiyeceğini bildirir. Neven tayin edilmiş eşya akda uy-
gun olmıyan mal teklifi ile muayyen eşya haline gelemmez. Ancak alıcı,
ayıplı malı tesellüm etmişse, bu andan itibaren talepleri tekeffül hüküm-
lerine göre tayin edilir.

İrsalde bir hususiyet mevcuttur. Satıcı mebi ifa mahallinden başka
bir yere göndermekle mükellef ise, bu halde neven tayin edilmiş eşya nak-
liyeciyeye teslimi ile muayyen bir mal haline gelmiş ve hasar da müşteriye
intikal etmiştir. Buna rağmen varma yerinde alıcıya mebi muayene im-
kânı verilmemişse, tesellüm ve tediye temerrüdüne konulamaz. Alıcı ayıp-
lı malı haklı olarak reddederse, satıcı hasarın intikaline rağmen ifa et-
miş değildir. Alıcı 106 ncı maddedeki haklardan istifade edebilir. Lâkin
mebi konşimento mukabilinde satın alınmış ve konşimento teslim edilmiş
olsa dahi mal reddedilebilir. Zira burada konşimentonun kabulü hattâ se-
menin tediyesi, mebiin akda uygun olması şartıyla yapılmıştır⁴⁸.

Her iki tarafın fikirleri şöylece hülâsa edilebilir:

Neven tayin edilmiş eşyada ihtilâf yoktur. Burada teslimin ifa te-
lâkki edilmesi için mebiin akda uyması ve akitte sarahat yoksa orta nevi
ve vasıfta olması lâzımdır.

Muayyen mallarda mebiin olduğu gibi teslim edilebileceğini müdafaa
eden müelliflere göre, ayıplı mal teslimi de ifadır, yani satıcı borcunu
ifa etmiştir, ayıp zuhurunda alıcı ancak tekeffül hükümleri dairesinde
hareket imkânına sahiptir. Diğer bir söyleyişle Borçlar Kanununun
106 ncı maddesindeki hüküm, satım faslında tekeffüle mütedair hüküm-
lerle bertaraf edilmiştir. Mucip sebepleri satıcının muayyen bir malı sat-
mış olması ve satış akdına binaen bu malı teslim etmek istemesi, ve alı-
cının tekeffül hükümleriyle kâfi bir himayeye mazhar olmasıdır. Yalnız
şunu tebarüz ettirmek lâzımdır ki, bu fikri müdafaa edenler vasıf vaa-
dının daha geniş bir mâna taşıdığını kabul ile açık bir kapı da bırak-
mışlardır.

Buna mukabil diğer taraf, ayıplı malı ifa telâkki etmez ve henüz te-
keffül hükümlerinin tatbikine geçilmeden mebiin kabili red olduğunu sair
akidlerde olduğu gibi, alıcının umumî hükümlerden istifade edebileceğini

48) Staub, zge. III. s. 780 - 781. Aynı kanaatte: Staub-Pisko, zge. s. 295 ve müt.

Hasar bahsinde Staub ile hem fikir değiliz. Fikrimizce mebi ayıplı ise hasar
intikal edemez.

ileri sürer. Bu müellifler, teslim ile tesellüm arasında bir fark yaparlar. Malın tesellümü alıcının teslim edilen mebiî, akdi ifa olarak kabul etmesi ve bu malın teslimiyle akitten doğan teslim borcunun sukut ettiğini beyan etmesi demektir⁴⁹. Tekeffül hükümlerinin tatbik edilebilmesi için mebiî tesellümü yani sarahaten veya zımnen tesellüme delâlet eden bir rızanın izharı şart olup ayıba rağmen mebiî ifa olarak kabul etmesi lâzımdır. Lâkin alıcı ayıplı malı kabule, talep hakkının muhtevasını teşkil eden bir maldan başka bir malı tesellüme mecbur değildir. Nasıl ki ayıpsız bir mal teslimini talebe hakkı varsa, buna karşılık borcun muhtevası da ayıpsız bir mal olmak lâzımdır. Satıcı ayıplı bir mal teklifi ile akitten doğan borcunu ifa etmiş değildir. Binaenaleyh alıcı meselâ zahiri ayıplar sebebiyle mebiî reddederse, tesellüm vukubulmamış, ifa kabul edilmemiştir ki, tekeffül hükümlerinin tatbiki bahis mevzuu olsun. Bu tezde tekeffül hükümleri ile umumî hükümlerin tatbik sahaları ayrı ayrıdır. Mebiî tesellüm edilmemişse, ifa yoktur, umumî hükümler tatbik edilir, tesellüm edilmişse, ayıp zuhurunda tekeffül hükümlerinden istifade olunur.

Bu telâkkilerden birini veya diğerini kabul, Türk Hukuk sahasında bilhassa hasar tahsinde mühim neticeler doğurabilir. Birinci fikri tercih ettiğimiz takdirde, mebiî ayıplı da olsa akdin inikadı ile hasar alıcıya intikal etmiştir. İkinci fikirde, neven tayin edilmiş esyada olduğu gibi, ayıplı ifanın akta mevzu teşkil edemeyeceği, hasarın da intikal etmeyeceği iddia edilebilir⁵⁰. Bu itibarla Türk Hukuku için de bu fikirlere birini tercih zarureti karşısındayız. Kanaatimizce satım sözleşmesinin inikat suretinden hareket edildiği takdirde sâlim bir neticeye varılabilir.

İlk fikre meyledenler, düşünüşlerini müdafaa edebilmek için satıcının sattığı malı olduğu gibi teslim niyetiyle borç altına girdiğini kabul etmek zorundadırlar. Zira satıcının başka bir malı satmak istemesi maddeten imkânsız görülmektedir. Satıcı mebiî haliyle teslim edebileceğine göre, borcunun mevzuu ayıplı bir mal'da olabilir. Bu vaziyette satıcının icabı ayıplı bir mal teslimi şikkini da ihtiva etmelidir. Akdin inikat ettiğini kabul ettiğimiz takdirde, bu icaba mütenazır olarak, alıcının kabul beyanı da aynı mahiyette olmak gerekir.

49) Lâkin bu beyan, mebiî tasvîp beyanı ile karıştırılmamalıdır. Malın tesellümü zahir olmayan ayıplardan mütevellit taleplerden feragati intaç etmez. Staub-Pisko, zge. s. 295, 296 da bakınız. Hattâ kaydı itirazlı dermeyan edilmişse, zahir olan ayıplardan dolayı da rücu hakkı mevcuttur. Staub, zge. III. s. 682 da bakınız.

50) H. Arslanlı, zge. 281. Hasar bahsini tetkik ediniz. Becker, zge. s. 21, Staub, zge. IV. s. 378, III. s. 686, 70 b.

Acaba hukukî durum bu merkezde midir? Zira satıcının borcu, mebbii haliyle teslim ise, alıcının ayıba rağmen ifayı kabul etmesi lâzımdır. Bu halde alıcı diğer fikir taraflarlarının anladığı mânada mebbii tesellüme mecburdur ve bir ayıp mevcutsa, ancak tekeffül hükümlerinden istifade edebilir. Borç esas itibariyle ifa edilmiş sayıldığından Borçlar Kanununun 81 ve 106 ncı maddelerinin tatbikine mahal yoktur.

Bizce tekeffül hükümlerinin alıcının menfaatlerini koruyup korumadığı, satıcıya tamir mükellefiyetinin tahmil edilebilip edilemeyeceği sualinden önce akdın mahiyeti aydınlatılmalıdır. Teslim borcunun mevzuunu tayin edebildiğimiz takdirde, sözü geçen ihtilâflar kendiliğinden halledilmiş olur. Zira teslim borcunun mevzuu mebbii ayıplı da olsa hali ile teslim ise, alıcının da talep hakkı bu hududun dışına çıkamaz. 81 inci maddedeki defî dermeyan edilemeyeceği gibi, 106 ncı maddeden de istifade edilemez, mebbiin tamiri de istenebilir.

Bizce akdın inikadı ile gerek alıcının, gerek satıcının müşterek maksadı 194 üncü madde mânasında ayıplı bir mal teslimi olamaz. Açık bir anlaşma bulunmadıkça alıcının ayıplı bir malı satın almak istediği muhtasavver değildir. Aksi takdirde tekeffül hükümlerinin mânası kalmaz. Alıcıya sözü geçen ayıplara binaen akdî fesih veya semeni tenzil hakkı bahsedildiğine göre, akit yapılırken rızasının bu nevi ayıpları ihtiva etmeyen bir mala müteveccih olduğunu kabul, kanunî bir zarurettir. Kezalik umumî mülâhazalar da bizi aynı sonuca götürür. Hurda satışı yapılmış olmadıkça, alıcının işe yaramıyan bir malı satın almak istemesi pek hatıra gelemez.

Satıcı tarafından yapılan icabın, malın hali ile teslimi olduğu iddiası cazip gelebilir. Lâkin hukukî durum tahlil edildiği takdirde satıcının, hali ile değil, ayıpsız bir mal teslimini borçlanmış olduğu anlaşılır. Burada da mesnedimiz, kanunun tekeffül hakkındaki hükmüdür. Satıcının teslim borcu mebbiin olduğu gibi teslimi olsaydı, alıcıya fesih ve semeni tenzil hakkının tanınmamış olması gerekirdi. Tekeffül hükümlerinin taraf rızalarına aykırı olarak satıcıya mesuliyet tahmil ettiği hatıra gelemez. Kanuncu, her iki tarafın ayıpsız bir mal tesliminden hareket ettiğini mülâhaza ederek bu mesuliyeti satıcıya tevcih etmiştir. Diğer yandan alıcıya ait kabul beyanın ayıpsız bir mal teslimine müteveccih olduğu az çok katıyetle iddia edilebilir. Satıcının hali ile teslimi taahhüt etmiş olduğu kabul edilirse, akdın doğmadığı neticesine varılmalıdır. Kezalik umumî mülâhazalar da aynı neticeye götürür. Satıcının 194 üncü madde mânasında ayıpları ihtiva eden, yani işe yaramıyan bir malı satmaya kalkışması, ticarî telâkkilerle kabili telif değildir. O halde gerek satıcının, gerek alıcının rızalarının ayıpsız bir mal tesliminde birleştiği

iddia edilebilir. Bu suretle birleşen rızalardan doğan akitte tarafların hak ve borçları ayıpsız bir mal teslimi olduğunda tereddüt olmasa gerektir. Demek oluyor ki, alıcının talep hakkı ayıpsız bir mal teslimi, satıcının da borcu ayıpsız bir mal teslimidir.

Akit, tarafların kanunu, hak ve borçlarının kaynağıdır. Akdin inikadıyla doğan hak ve borçlar akdin en esaslı temelini teşkil eder. Esasen akdi yapmakla takip edilen başlıca gaye, taraflara bu hak ve borçları vermektir. Bu itibarla akitten doğan talep hakkının 202 nci madde ile bertaraf edildiği ileri sürülemez. Ayıpsız bir mal teslimine müteveccih talep hakkı alıcı için asli bir hak ve satıcı için asli bir borç mahiyetindedir. Binaenaleyh alıcı, talebe haklı olduğu bir maldan, başka bir malı tesellüme icbar edilemez. Akde uygun ifa, her iki tarafın hak ve borçlarını tayin ettiği gibi, akda uymıyan ifayı red ve akde uygun ifayı talep, akdin belli başlı müeyyidesidir.

Misli eşyada kanunun tanıdığı tebdil hakkından, daha doğrusu 203 üncü madde hükmünün mefhumu muhalifinden çıkarılan neticede de isabet yoktur. Neven tayin edilmiş eşyada, ayıpsız misli ile tebdil hakkının tanınması muayyen mallarda alıcının ayıpsız mal teslimini talebe hakkı bulunmadığına delâlet etmez. Zira muayyen mal beyinde, akdin mevzuu muayyen bir mal ve yalnız o maldır. Tebdil, bahis mevzuu olmayacağına göre, misli mallardaki hüküm ile mantıkî ve hukukî bir sonuca varılamaz. Esasen bu tebdil imkânsızlığıdır ki, birinci fikir taraftarlarını hatalı neticelere götürmüştür. Bunlara göre tebdil hakkı yalnız misli mallar hakkında cari olduğundan, alıcının muayyen mallarda akde uygun mal teslimini talebe hakkı yoktur. Bizce alıcının akde uygun mal teslimini talep hakkı akidden doğan en esaslı hakkıdır. Bu hakkın 202 ve 203 üncü maddeler hükmü ile sakıt olması için kanunda sarahat bulunmıyordu.

Bu izahattan şu neticeler çıkar:

Satıcı, teslim borcunu akde uygun bir surette ifa etmemişse, alıcı ifayı kabule mecbur olmayıp reddedebilir. Red halinde teslim borcu yerine getirilmiş sayılmaz. alıcının akde uygun ifayı talep hakkı baki ve asıldır.

Ancak satıcı, muayyen bir malın teslimini borçlanmış olduğundan tebdil hukukan imkânsız olduğu gibi satıcıya da bey akdi icabı, tamir mükellefiyeti tahmil edilemez. O halde Borçlar Kanununun 106 ncı maddesine göre, mehil tayini suretiyle ifa talebi sadece fesih ve tazminat haklarına zemin hazırlayabilir. Lâkin verilen mehil içinde satıcının mebli tamir ederek veya ettirerek ifayı sağlamasına ve fesih ve tazminat tehlikelerini önlemesine bir mani yoktur. Bey akdinin satıcıya tamir

mükellefiyetini tahmil edemeyeceği fikrine iştirak etmekle beraber, ayıplı teslimde alıcının haiz olduğu talep hakkının ve ademi ifa müeyyidelelerinin satıcıyı dolayısıyla tamire sevkedeceği de gözden kaçırılmamalıdır. Zira normal ahvalde satıcının gayesi, borcunu ifa olmak lâzımdır. Alıcı ifa talebiyle birlikte gereken mehili vermeden diğer haklarını kullanamayacağına göre, verilen mehil içinde satıcının mebiî tamir ederek veya ettirerek teslim etmesi en şalim yoldur. Fikrimizce tekeffül hükümlerinin tatbikine gidilmeden bu yolun takibi taraf menfaatlarına da uygundur. Tamir imkânı buldukça alıcının da bu şıkkı tercih edeceğinde şüphe yoktur. Kezalik tamir imkânı mevcut iken bu işi semeni tenzil suretiyle alıcıya tahmil de adalete uygun değildir. Tamir imkânı mevcut değilse, satıcı, mehli âtil geçirmek zorundadır. Bu halde ise satıcının kusuru bulunup bulunmadığına göre netice değişebilir. Kusursuz ise imkânsızlık hükümleri, kusurlu ise ademi ifa hükümleri tatbik olunur.

Tatbikatta mebiînin reddi ile ifa talebi daha ziyade zahiri ayıplarda bahis mevzuu olacaktır. Lâkin alıcı, zahiri ayıplarla muallel mebiî dahi redde mecbur değildir. Ayıplı malı rızası ile tesellüm etmişse mebiî ifa olarak kabul etmiştir. Bu halde kaydı ihtirazî dormeyan etmişse, tekeffül hükümlerinden istifade edebilir. Borçlar Kanununun 202 nci maddesi, alıcıya tekeffül borcunun doğumunda, biri semenin tenzili, diğeri fesih olmak üzere iki muhtelif imkân bahşetmiştir⁵¹. Ancak, fesih hakkı mutlak olmayıp, hâkimin takdirine bağlıdır⁵². Kanuncunun akdin esas prensiplerine aykırı olarak alıcıya, akde uymayan bir malı tesellüme ve semenin tenzil ile iktifaya icbar ettiği mülâhaza edilemez. Bu hüküm de zımnen fikrimizi teyit eder. Ancak alıcı mebiî tesellüm etmişse, hot be hot feshi talep edemez. Esasen mebiî tesellüm edilmişse, alıcının tenzil şıkkını ihtiyar ettiği karine olarak kabul edilebilir. Umumiyetle tekeffül hükümlerinin tatbik sahası, daha ziyade gizli ayıplardadır. Bunları tesellümde keşfetmek mümkün olmadığından, alıcı, keşfedildikleri zaman tekeffül hükümleriyle hakkını koruyabilir.

Borçlar Hukuku hükümlerine müsteniden varılan netice bizce, Ticaret Kanununda da kabul edilmelidir. Ticaret Kanununda Borçlar Kanununun 203 üncü maddesine müşabih bir hükmün bulunmayışı, alıcının gerek misli gerek muayyen mallarda aynı haklara malik bulunduğunu gösterir. Kezalik Ticaret Kanununda 716-721 inci maddelerde tanzim

51) Almanca metin aynen şöyledir: «Satılanın ayıplı sebebiyle tekeffül borcu mevcutsa, bu halde alıcı muhayyerdir, dilerse fesih dâvası ile satımı fesih eder, dilerse semenin tenzili dâvası ile değerini noksanını talep eder.»

52) B. K. 202. 2.

edilen tekeffül esaslarının, akitten doğan ifa talebini ıskat ettiği de ileri sürülemez. Nihayet 716 ncı maddede geçen «tesellüm» ibaresi de bu hükümlerin ancak ifayı kabulde mer'i olacaklarına delâlet eder.

B. I. (Mülkiyeti nakil borcu). 1. Satıcının bey akdinden doğan diğer asli borcu, mülkiyeti nakildir. Roma, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da menkullerde mülkiyetin nakli için başlıca şart, zilyedliğin devri, tradisyondur. İcap ve kabulün mahsulü olan bey akdi, alıcıyı malik yapmaz, sadece mülkiyetin naklini talep hakkını verir. Mülkiyet, şahsi akid safhasından ayrı olan zilyedliğin nakliyle intikal eder. Bu bakımdan mülkiyetin nakline mütedair hükümlerle zilyedliğin nakline mütedair hükümler arasında sıkı bir bağlılık vardır⁵³.

Mülkiyetin intikal edebilmesi için iki şartın gerçekleşmesi lâzımdır. Birinci şart, alıcının mebi üzerinde zilyed olması, ikinci şart da, satıcının mülkiyeti nakil niyeti, alıcının da mülkiyeti iktisap niyetidir. Bu itibarla mülkiyetin nakli de iradelerin mutabakatını yani bir akdi şart kılar^{53a}.

Satıcı, mülkiyeti nakil borcunu karşılıklı bir anlaşma olmaksızın ifa edemez. Hâkim olan kanûate göre, mülkiyetin nakli, aynı hakkın devrine matuf iradelerin birleşmesiyle tamam olur, yani satıcının mebi mülkiyeti nakil niyetiyle teslim ve alıcının da mülkiyeti iktisap niyetiyle tesellüm etmiş olması lâzımdır ki, mülkiyet intikal edebilsin. Beyi gibi, mülkiyetin nakli keyfiyeti de bir akdın mahsulü olup bu akde de sair akidlerin inikad ve feshine mütedair hükümler tatbik edilir.

Bu hususta müellifler arasında ihtilâf yok gibidir^{53b}. Yalnız «aynî akid» olarak adlandırılan anlaşmanın birinci, yani bey akdine nisbeti ve akitler arasındaki rabitanın mahiyeti münakaşalıdır.

Bir kısım müelliflere göre, mülkiyetin naklini intaç eden anlaşma⁵⁴, mücerret bir akittir, yani bey akd'ine tâbi değildir. Her iki akit birbirin-

53) Bu kaidenin Ticaret Hukukunda en mühim istisnası 1015. inci maddedeki hükümdür. Yukarıda verilen zihati de tetkik ediniz. Atif No. 11 da bakınız.

53a) Tuor, Das Schweizer'sche Zivilgesetzbuch, s. 520, Oser zge. s. 462.

53b) Hans Leemann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, I. Abteilung, herausgegeben von M. Gmür, s. 322 ve müt.

Curti-Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, s. 569. 6.

Esat Arsebük, Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, I. s. 100. 1.

54) Leemann, zge. s. 322 bakınız.

Von Tuhr, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte, Zeitschrift für

den müstakil olduğundan, mülkiyetin intikal edebilmesi için yegâne ehemmiyetli nokta, nakil ve iktisap hususunda taraf iradelerinin birleşmiş olmasıdır. Aynı akid tamam olup mülkiyet intikal ettikten sonra, bey akdinin muteber olmaması intikal eden mülkiyet üzerine müessir değildir.

Strohal, Wieland, Rumelin, Rabel gibi müellifler ise, aksi kanaattedirler. Bunlara göre aynı akid ile bey akdi hukukan birbirine tâbidir, yani aynı akid, mücerret bir tasarruf olarak vasıflandırılmaz⁵⁵.

Federal Mahkemesi de 29/11/1929 tarihinde verdiği bir kararda, o tarihe kadar hâkim olan içtihadı değiştirerek, bu fikre iltihak etmiştir⁵⁶. Bu kararın ikinci kısmında aynen şöyle denilmektedir: «Taraflar, ehemmiyetli olan anda, mülkiyetin intikali hususunda mutabık olsalar dahi, muteber bir hukuki muamele bulunmadığı için, dâvacıya ihtilâf mevzuu olan mallarda mülkiyet tanınmaz.»

İçtihadın tebdiline sebep olarak 3/6/1903 tarihli hükmün eski Borçlar Kanunu ve Alman hukukunun tesiri altında verildiği, Medeni Kanunun aynı hadiseyi gayri menkullerde 932 nci maddesiyle başka türlü tedvin edip menkullerde açık bıraktığı cihetle, yeniden tetkike muhtaç bir vaziyetin doğduğu ve bunun eski kararın terkini intaç ettiği beyan edilmektedir. Federal Mahkemesine göre, eski içtihadın mesnedi eski Alman hukukunun tatbikat ihtiyaçlarını karşılamaya matuf ve üçüncü şahısların himayesini istihdaf eden bir umdesi olup, bu prensibin Alman Medeni Kanununa ithali dahi münakaşasız geçmemiş, ve muhafazası da mümkün olmamıştır. Bilâkis teori ve tatbikatta, aynı muamelenin şahsi muameleye tâbi oluşunu sağlamak gayesiyle taraf iradelerine mümasil bir şartın izafesi cihetine gidilmiş, âkidler sukut etmiş olsalar dahi, nakli

Schweizerisches Recht, N. F. 40. s. 68 ve müt.

Esat Arsebük, zge. s. 136, IV.

55) Strohal, Rumelin, Wieland, Rabel gibi müellifler aksi kanaattedirler. Strohal, Leipziger Zeitschrift für Handels - u. s. w. Recht, s. 610.

Rumelin, Jahrbüchern für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, 25. s. 1548 (358).

Wieland, ZGB. Kommentar, Art. 714. N. 3. b.

Rabel, Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht, 2 s. 426.

Federal Mahkemesi kararında zikredilmiştir. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahre 1929. Amtliche Sammlung, Band 55, II, s. 309.

Buraya Eger de ilâve edilmelidir. Eger, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N. F. 33. s. 338.

56) Federal Mahkemesi kararı. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahre 1929. Cilt 55, II. s. 309 ve müt.

bağlılık şartıyla yaptıkları kabul olunmuş, hattâ bu şartın teamül icabı akitte mündemiç olduğu ileri sürülmüştür. Gayri menkuller, 932 nci madde ile, bu prensibin tesirinden sıyrıldığına göre, bu tesiri menkullerde tanımağa mahal yoktur. Federal mahkemesine göre, aynı akdin şahsi muameleye ithali, yani aynı akdin bey akdinin bir cüzü olarak tavsifi tecviz edilmediği takdirde, hiç olmazsa, gayri menkullerde, satıcının tescil talebinde, (tescile muvafakatinde) mündemiç olan aynı tasarrufu, menkullerde aynı akde muadil tutmak lâzımdır. Gayri menkullerde bir taraflı aynı tasarrufun mücerret olduğu telâkkisi reddedildiğine göre, (ni tekim 932 nci madde bunu yapmıştır), aynı fikir aynı akit hakkında menkullerde de reddedilebilmelidir. Kezalik Borçlar Kanununun 62 nci maddesinin tanzim ettiği vâkıada, tediye ile müktesibin tediye vasıtalarında mülkiyet iktisap etmediği kabul edildiği takdirde, bu maddenin, yani «*conditio indebiti*» nin tatbiki sahası kalmıyacağı fikri de mantıki değildir. Medenî Kanunun ihzarında ve Borçlar Kanununun revizyonunda takip edilen tedvin usulleri muvacehesinde, Kanun Vazının, Medenî Kanundaki mülkiyet ahkâmı ile eski Borçlar Kanununda mevcut olup oradan alınan haksız iktisap kaideleri arasındaki münasebete vâkıf olmadığı düşünülebilir. Kaldı ki, Kanun Vazı, sözü geçen haksız iktisap hükmünü «*conditio indebiti*» olarak damgalamış da değildir, tahsil edilen tediye vasıtalarının, tediye akabinde, diğerleriyle karıştırıldığı gözönünde tutulursa, bu madde, — borçlanılmış olmıyan bir şeyin hataen tediyesine münhasır olmak kaydıyla—, «*conditio sine causa*» olarak da tavsif edilebilir. Lâkin «*tradition*» hakkında ileri sürülen fikir hilâfına alacağın temliki müessesesi mücerret bir tasarruf mahiyetini taşıdığından, alacağın temliki suretiyle yapılmış bir ödeme mevcut ise, asıl «*conditio indebiti*» için de geniş bir tatbik sahası kalıyor demektir. Federal Mahkemesine göre tatbikatta aynı akdin mücerret bir tasarruf olarak tavsifine ihtiyaç olmadığı gibi, aynı akdin ehemmiyet kesbedeceği sahalarda da bu tarzda tavsifin tatmin edici netice vereceği şüphelidir, bu sebeptendir ki, geniş mikyasta «*zımnî şart*» müessesesinden istifadeye çalışılmaktadır. Lâkin, bilhassa son sebep, menkullerde tedavül kolaylığını ve hareketi temine manidir. Üçüncü şahısların hüsnü niyetle vaki iktisaplarına tanınan geniş himaye ve zilyedlik lehine mevzu hukukî kariyelerin kabulünden sonra, bu gayeyi takibe lüzum olup olmadığı da cayı sualdir. Federal Mahkemesine göre, bizzat müktesibin, suiniyet sahibi hallerinin, yani muamelenin muteber olmadığına vâkıf olmaları icabeden alıcıların, nihayet müktesibin iflâsında alacaklıların, satıcıdan önce himayesini izah edecek bir sebep de yoktur⁵⁷⁾.

57) 56 sayılı atfa bakınız.

a. Fikrimizce Medenî ve Borçlar Kanunundaki hükümlere müsteniden, menkullerde, mülkiyeti nakleden aynı akdın mücerret bir tasarruf olduğu fikri de kabili müdafaadır. Medenî Kanunun gayri menkul hakkında hususî bir hüküm vazetmiş olması, menkullerde sükûtu, bu fikir lehine tefsir ve kanunda bir boşluk varsa, bu boşluk menkullerde devir keyfiyetinin gayri menkullerden farklı düşünülmesine delâlet eder^{58, 59}. Medenî Kanunun 687 nci maddesi, zannedildiği kadar renksiz değildir⁶⁰. Bu maddede menkul mülkiyetinin intikali için, malikin mülkiyeti nakil niyetiyle zilyedliği devretmesi ve müktesibin de mülkiyeti iktisap niyetiyle ve hüsnü niyetle zilyedliği devralması kâfi görülmüş^{61, 62}, daha doğ-

58) Aynı kanaatte. Leemann, zge. s. 323. 17.

59) Aksî kanaatte: Eger, zge. s. 338. Bu müellife göre, illiyet kaldesinin yalnız gayrimenkuller hakkında tasrih edilmiş olması, aynı prensibin menkuller hakkında da cari olmadığına delâlet etmez. Yine aynı müellif biraz sonra gayrimenkuller hakkındaki hükümden aynı akdın illi olacağını katıyetle iddia edilemeyeceğini beyan eder.

Aksî kanaatte: Wieland'a göre resmî şekle ve teselle binaen, hukukî sebeple aynı akdî, menkullerden ziyade gayrimenkullerde ayırmak imkânı vardır. Bu itibarla gayrimenkuller hakkındaki hükümden menkullerde de aynı akdın illi olduğu neticesine varılmalıdır. zge. Madde 714.

60) Aksî kanaatte: Von Tuhr'a göre madde renksizdir. zge. s. 68. Eger'e göre madde gayri vazıhtır. zge. 337.

61) Alacağın temlikî müessesesinin, kazandırıcı bir muamele olmak itibarıyla mücerred bir tasarruf olduğunu Federal Mahkemesi de kabul etmektedir. Aynı vasıf mülkiyetin naklinde de mevcuttur. Tasarrufun mahiyeti illeti tayin ediyorsa, alacağın temlikî hakkında varılan netice, menkul mülkiyetinin naklinde de cari olmalıdır. Oser, Kommentar, s. 415 ve 72 bakınız.

62) Leemann, zge. s. 323 ve müt., mülkiyetin naklini şu şartların tahakkukuna bağlı tutar. 1. Zilyedliğin nakli. Menkullerde zilyedlik gayrimenkullerde tescilin icra ettiği fonksiyonu icra eder. Gayrimenkullerde tapuya müsecel malik gibi menkullerde zilyed lehine mülkiyet karinesi caridir. (Madde 898/905). Mülkiyetin nakil hususunda taraf iradelerinin birleşmiş olması lâzımdır. Nakil muamelesi, ancak akıdların aynı hakkın devrine matuf iradelerinin birleşmesi yani aynı akdın tekemmülü ile tamam olur. Mülkiyet nakil veya iktisap rızasının sarahaten veya devir esnasında beyanı şart değildir. Zilyedlik aynı akıddan önce nakil edilmişse, mülkiyetin nakil hakkında yapılacak anlaşma iktisabı tamir eder. Mülkiyeti nakil keyfiyeti bir akıddır ve bu akıdda sair akıdlar hakkındaki şartlar aranır. Aynı akıdda taraf iradeleri nakil edilen şey üzerinde birleşmelidir. Kezallık mülkiyeti iktisap edecek şahsın ehemmiyeti varsa akıd bu şahısla yapılmalıdır. 2. Mülkiyet malik veya

rusu, kanun, zilyedlik hükümlerinden de zahir olduğu veçhile, intikali bilhassa *hüsnü niyet* esası üzerine bina etmiştir. Türk hukukundaki hüküm de açıktır. «Bir kimse bir menkulü hüsnü niyetle ve malik olmak üzere tesellüm ettikte mülkiyeti iktisap etmiş olur». Medenî Kanununun hazırlandığı sıralarda İsviçre hukukunun bilhassa aynı haklarda Alman hukukunun tesiri altında bulunduğu gayri kabili inkârdır». Bu itibarla Medenî Kanundaki 932 nci maddeyi hususî bir hüküm olarak tavsif etmek lâzımdır. Kanunda başka bir mesnet yoksa, hususî hükümlerde hot be hot kıyasa gidilemez. Kaldı ki zilyedlik faslındaki 901 inci madde aynı kaideyi daha şümüllü olarak tekrar eder. Hiç olmazsa bu fasılda, iktisap

müessili tarafından nakil edilmiş olmalıdır. Malik olmayan bir şahıs tarafından yapılan nakil, malikin rızası ile yapılmış veya malik bilâhare icazet vermiş yahut tasarrufu ıera eden şahıs mülkiyet iktisap etmişse muteberdir. 3. Fariğ mülkiyeti nakle salâhiyettar olmasa dahi müktesip fariğin ferağ salâhiyetini halz bulduğuna hüsnü niyetle inanarak mülkiyeti iktisap etmişse malik olur. (687, II. 901 M. K.).

Tuor'a göre gayrimenkullere mütedair hükümler menkullere kıyasen tatbik edilemez. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, s. 519.

63) Von Tuhr da kıyasa cevaz olmadığı kanaatindedir. zge. s. 67/68. Bu müellife göre, «gayrimenkullerde mülkiyeti iktisap strüktürü menkullerden tamamen farklıdır. Gayrimenkullerde mülkiyetin iktisabı tapu memurunun resmî muamelesinden gayri münhasıran şahsî bey akdına dayanır. Bu akıd aynı zamanda devir tasarrufunu da ihtiva ettiği gibi, nakil iradelerinin tezahür ettiği yegâne hukukî muameledir. Bu itibarla muteberiyetli mülkiyetin intikali için kat'î ehemmiyeti halzdir. Menkullerde ise sırf borç doğuran bey' akdının yanında, mevzuu münhasıran bu akdın yapamadığı işi yapmak yani mülkiyeti nakil etmek olan ikinci bir muamele, tradisyon mevcuttur. Kanun bu neticenin istihsalı için ikinci yani aynı bir akda, lüzum görmüş olması bu akdın mülkiyetin intikali için zarurî ve kâfi olduğuna delâlet eder.» (zge. yazıyı tedkik ediniz).

64) İsviçre metninde 687. inci madde şöyledir: «Menkul mülkiyetinin nakli için zilyedliğin müktesibe intikali lâzımdır. Bir kimse menkul bir malı hüsnü niyetle ve malik olmak üzere tesellüm ettikte, fariğ mülkiyeti nakle mezun olmasa bile, zilyedlik hükümlerine göre şeyin zilyedliğinin himaye gördüğü andan itibaren malik olur.»

65) Alman Hukukunda menkul ve gayrimenkullerde mülkiyeti nakil eden tasarruf mücerrettir. İsviçre Hukukunun Alman Hukukunun tesiri altında bulunduğunu Federal Mahkemesi de kabul etmektedir. Kanun vazı her iki mal kategorisinde bu tesiri bertaraf etmek niyetinde olsaydı, menkuller hakkında da mümasil bir hüküm sevkmesi icap ederdi.

hududunu tevsi eden 901 inci veya tahdit eden 902 nci maddede zimni bir hüküm bulunmak icabederdi.

Diğer taraftan aynı akdi illi telâkki eden bir kanun, malik olamayan müktesiple üçüncü şahısların münasebetlerini de tanzim etmeliydi. Zilyedlik faslında 933 üncü maddeye rümasıl bir hüküm yoktur. Von Tuhr 901 inci maddenin kıyasen tatbikini müdafaa eder⁶⁶. Halbuki lâfzan 902 nci madde, hâdiseye daha uygundur. Hakikatî halde mebi muteber olmıyan bir bey akdine müsteniden teslim edilmişse, bu hal, dâha ziyade «menkulün zilyedin rızası olmaksızın elinden çıkması» şikkına uyar. 902 nci maddenin tatbiki ise tedavül emniyetini geniş miqyasta ihlâl edebilir. Bu vaziyet de Kanun Vazının aynı akdi mücerret telâkki ettiğine delildir.

Gayri menkullerde hüsnü niyet, gayri menkulü satıcıya nakleden, evvelki akta da şâmindir. «X., A. dan bir ev almak niyetinde olup A. ile A. nın selefi olan B. arasında bey akdinin muteberiyeti hususunda ihtilâf çıktığına vâkıf ve halin icapları ihtimamlı hareketi zarurî kılıyorsa,

66) «Mülkiyet rızadaki fesad sebebiyle intikal etmiyorsa, şeyin 902 nci madde mânasında «zilyedin rızası olmaksızın elinden çıkmış» sayılıp sayılmıyacağı ve sair hüsnüniyet sahibi müktesiplerin malik olup olmyacakları suali hatıra gelir. Kanun nata eden veya hileye maruz kalanın rızasını bağlayıcı addetmediğinden (B. K. 23/28), bu kabil vaziyetlerde şeyin rızası olmaksızın elden çıktığı mülâhaza edilebilir. Lâkin bu telâkki 902 nci maddenin esasına ve bunun karşılığı olan 901 inci maddeye aykırı düşer. (Yeddi emin sıfatıyla zilyedlik). Malik hüsnü niyetle iktisabı mümkün kılmissa, yerini hüsnü niyet sahibi müktesibe terk etmelidir. Bu hal 901 inci maddede malikin şeyi emanet etmiş olması ve yeddi eminin salâhiyeti olmadan ferağ etmesi ile gerçekleşmiştir. Fakat malik şeyi hata (meselâ diğer bir mal ile karıştırarak) veya hile sebebiyle vermişse, şeyin müktesip tarafından üçüncü şahıslara devri imkânını yaratmıştır. Şeyin tedavüle vaz'ını intaç eden vakia, bu hallerde, 902 nci maddedeki sirkat ve kayıptan ziyade 901 inci maddedeki emanete müşabihdir. Bunların hüsnü niyet sahibi müktesiplerden istirdat edilemeyeceği münakaşasıdır. İkraha yolu ile ve cebren teslim edilen şeylerde vaziyet açık değildir. (B.K. 29). Bu sıқта, tehdide maruz kalan şahsın iradesi, ikrah ile icra edilen tesir karşısında sadece pasif bir rol oynadığından, şeyin, zilyedin rızası olmaksızın elinden çıktığı daha katıyetle iddia edilebilir. Buna rağmen, tehdid edilen şahsın şeyi elden çıkardığı kabul edilmelidir. Kararı normal olmıyan saiklere dayansa dahi, iradesi hüsnü niyet sahibi üçüncü şahsın iktisabını mümkün kılmıştır. İkraha tesiri altında elden çıkan şeylerde de hüsnü niyetle iktisaba cevaz vermek doğru olur. Ancak ikraha yapan diğer tarafı teslim icbar için malikin mukavemetini kırarak malı elinden almışsa hüküm değişir.» Von Tuhr, zge. s. 68 ve mül.

emin olmak için, bu bey akdinin muteberiyeti hakkında da kanaat sahibi olmalıdır⁶⁷.» Menkullerde aynı akid illi telâkki edildiği takdirde, alıcı da evvelki alıcının iktisap durumunu tetkika mecbur olabilecek demektir. Zilyedlik faslındaki hükümler böyle bir mükellefiyeti tahmil eder mahiyette değildir^{68, 69}.

b. Tescil talebiyle aynı nakid arasındaki benzerlik de fikrimizce kıyasa cevaz vermez. Birer tasarruf olmak itibariyle her ikisinin birbirine benziyeceği tabiidir. Ancak gayri menkullerde Kanun Vazı bey akdini devir tasarrufuna ithal etmişken, menkullerde, mülkiyet satım sözleşmesiyle intikal etmediğinden, her iki muamele birbirinden müstakildir. Gayri menkullerde bey akdi aynı tasarrufla birleşir. Menkullerde, sadece borç tevhit eden şahsi bir sözleşme olup mülkiyetin nakli için ayrı bir tasarrufa ihtiyaç vardır. Bünyedeki bu ayrılık, tescil talebindeki benzerliğin teşmiline mani olsa gerektir⁷⁰.

c. Borçlar Hukukundaki haksız iktisap kaideleri de kıyasa engeldir. Kanun Vazınının 62 nci madde ile yalnız alacağın temlikinden doğan haksız iktisapları düşündüğü mülâhaza edilemez. Hüküm umumî bir ifade taşıdığından uyan her hâdiseye tatbik edilebilmelidir.

Büyük hukuk üstadı Von Tuhr'un sözü geçen içtihattan çok önce yazılmış olan makaledeki fikirleri, Federal Mahkemesi kararında ileri sürülen mucip sebepleri bugün dahi cerheder mahiyettedir:

«Von Tuhr'a göre, 687 nci maddenin renksiz metninden, sözü geçen fikirlerden hangisine meyledildiği anlaşılamadığından kanunun tamamına», yani gerek Medenî, gerek Borçlar Kanununa uyan, «bir telâkki tercih edilmelidir. Haksız iktisap hükümleri, bilhassa İsviçre hukukunun borçlu olunmayan bir şeyin hataen tediyesi hakkındaki hükmü (cond. indebiti) tradisyonun bu mânada mücerret oluşu lehine kat'î bir fikir verir mahiyettedir. Eski 72 nci maddenin tekrarı olan 62 nci maddeye göre, borçlu olmadığı şeyi ihtiyarı ile veren kimse, hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini isbat etmedikçe, onu istirdat edemez. Buradaki iade talebi, eski Alman hukukunda olduğu gibi bir istihkak talebi olarak düşünülmüş olmayıp müktesibin, haksız iktisabından doğan şahsi bir talep olarak tanzim edilmiştir. Haksız iktisap ise, ancak müktesibin sebepsiz alınan şeyde mülkiyet iktisap etmiş olmasında mündemiç olabilir. Tra-

67) Von Tuhr, zge. s. 51.

68) M. K. 898, 899. Cürtl - Forrer, Kommentar, s. 687 No. 3.

69. Esat Arsebük Borçlar Kanununun 238 inci maddesi delâletıyla aynı akdın mücerred bir tasarruf olduğunu isbata çalışır. zge. s. 134 tedkik ediniz.

70) Yukarıda 63 sayılı atfa da bakınız.

disyon, yani aynı akid hukukî sebebe tâbî olsaydı, müktesibin mülkiyet iktisap etmemesi icabederdi ve haksız bir iktisap da bahis mevzuu olmamak lâzım gelirdi. Medenî Kanununun meriyete vazından beri, gayri menkuller hakkında «cond. indebiti» bahis mevzuu olmayacağı gibi, menkullerde de bahis mevzuu olmamak gerekirdi. Gayri menkullerde olduğu gibi sebepsiz olarak verilen menkulün, hattâ ödiyen borcun bulunmadığını bilse dahi, istihkak talebiyle iadesi talep edilebilirdi ve 62 nci maddenin tatbik sahası kalmazdı ve bu maddenin revizyonda değişmeksizin yeni Borçlar Kanununa kabulü de izah edilemezdi. Zira Kanun Vazına, mülkiyet ahkâmı ile haksız iktisap kaideleri arasındaki münasebetlere vâkıf olmadığı isnat edilemez. Kanun Vazı borçlanılmış olmıyan bir şeyin iadesi talebine ancak hatanın isbatı halinde cevaz vermek niyetinde idiyse, ki bu telâkki lehine kuvvetli sebepler mevcuttur, edim mevzuunun, borçlanılmadığı hallerde, verenin mülkiyetinde kalacağını emredemezdi.

Bu argumantasyona karşı, alınan şeyler, kaideten karıştırıldığı veya istihlâk edildiği için, iade talebinin bu sebepten şahsî mahiyet iktisap ettiği, menkullerde bilhassa parada mülkiyetin «cond. indebiti» bakımından rol oynamadığı ileri sürülmektedir. Esaslı bir tetkikten geçirildiği takdirde bu itirazın doğru olmadığı anlaşılır. Tediye hukukî bir sebebin bulunmamasına binaen mülkiyet intikal etmiyorsa, ödiyen evvelemirde verilen şey üzerinde istihkak hakkını haizdir, ancak şey istihlâk edildikten veya karıştırıldıktan sonradır ki, ödiyen için haksız iktisap talebi doğar. Lâkin bu talep 62 nci madde mânasında cond. indebiti değildir. Çünkü haksız iktisap ödiyenin sebepsiz edası neticesinde doğmuş, müktesibin haksız hareketi yüzünden hasıl olmuştur. Bu talebin mesnedi ödeme olmadığından, ödiyenin hatası şartına da bağlı değildir.»

Bu sebeplere dayanarak Von Tuhr, 62 nci maddenin tatbiki imkânının aynı akdin mücerret oluşu esasına tâbî olduğu neticesine varmaktadır. Borçlanılmış olmıyan bir edimin ancak hata edilmişse iade edilebileceği kabul edildiği takdirde, müktesibe sebepsiz olarak verilen şeyde mülkiyet tanımak lâzımdır^{71, 72, 73, 74}.

71) Von Tuhr, zge. s. 68 ve müt.

72) Von Tuhr tradisyonun şahsî muameleye tâbî olmadığı neticesine varmakla beraber, bu vasfı her hâdisede ve mutlak olarak tanımaz. Von Tuhr'a göre sey geçmiste bulunan bir sebebe binaen (bilhassa mevcut olduğu tahmin edilen bir borcun edası için) teslim edilmişse, tradisyonun mücerred olduğu fikrî yerindedir. Buna mukabil şahsî muamele seyın teslimi ile aynı zamanda yapılacaksa, meselâ, X. Y. e gönderdiği mal ile malın satın alınmasını teklif etmişse, hüküm değişir. Burada biri bey' akdına diğeri tradisyona müteveccih olmak üzere iki icap mevcut

d. Aynı akdin illi oluşu, yani mülkiyetin devrine sebep olan muameleye bağlılığı satıcıyı korur. Aynı akdin mücerret oluşu müktesibi, alıcılarını ve alacaklılarını himaye eder⁷³, yani tedavül emniyetini sağlar. Von

olup, icabı yapanın bunların ancak birlikte kabul veya reddedileceğini düşünmüş olduğu şüphesizdir. Bunun için Y. tradisyon icabını kabul ve satım icabını reddedemez. Bey' akdı taraf rızalarının birbirine uymaması yüzünden sakit ise, meselâ, X. in satım icabı Y. tarafından yanlışlıkla hibe olarak anlaşılırsa, aynı kaide caridir. Mülkiyet kendisine ancak bey' ile birlikte teklif edilmiş olduğundan, bu halde de X. malik olamaz.

Nihayet şahsi muameledeki noksanlar, bilhassa rızayı ifsad eden sebepler tradisyona da sirayet ederek, bunun butlanını intaç edebilir. Bir bey' akdı satıcıyı hile veya ikrah sebebiyle ilzam etmiyor, hile ve ikrah seyin teslimi sırasında mevcut ise, bu halde teslim muteber değildir. Kezalik bey' akdına merbut esaslı bir hatanın tradisyona sirayeti de mümkündür. Meselâ, biri yanlışlıkla satmak istediği maldan başka bir mal satmış ve bu hatanın tesiri altında şeyi teslim etmişse. Lâkin bey' akdı satıcıyı semenin tayininde mevcut olan bir hata sebebiyle ilzam etmiyorsa, ve satıcı şeyi bu hatayı fark etmeden teslim etmişse hüküm değişir. Zira devam eden hata tradisyon bakımından saikde bir hatadır. (Satıcı şeyi bey' akdını muteber addettiği için teslim etmiştir. Bu itibarla 24. üncü maddenin 2 nci fıkrasına tevfikeyen esaslı değildir. Mülkiyet intikal eder ve satıcı cond. indebiti ile hakkını aramak mecburiyetinde kalır). Von Tuhr, zge. s. 68 ve müt.

73) Eger, zge. s. 349 da bakınız.

74) 1881 tarihli Borçlar Kanununun haksız iktisap hükümleri eski Alman Hukukundan iltibas edilmiştir. Bu hukuk çevresinde istihkak talebinin bahis mevzuu olmadığı sahalarda haksız iktisap cari olur. Hiç bir şahıs malik olduğu bir şeyi haksız iktisap ile talep edemez. Borçlar Kanununun revizyonunda da bu hükümler değiştirilmemiştir. Eger, zge. s. 349/50.

Von Tuhr'a göre, Fransız hukukunda mülkiyet iktisap keyfiyeti bey' akdına dayanmakla beraber, bey' akdının muteber olmadığı hallerde, mülkiyetin intikal etmemesi, satıcının istihkak hakkını haiz bulunması ve neven muayyen esya müstesna, cond. indebiti için başkaca tatbik sahası bulunmaması lâzım iken, C. C. 1376 ve müt. maddeleri cond. indebitiyi sebepsiz olarak verilen şeyde mülkiyetin intikalini şart kılan Roma Hukukuna göre tanzim etmiştir. Von Tuhr, zge. s. 43.

75) Leemann'a göre, menkullerde aynı akdin mücerred oluşu tatbikat ihtiyacalarına daha uygundur. Alâkadarları, ekseriyetle kontrolü mümkün olmayan hukuki münasebeti tedkikten ve hukuki sebebe mütedair münasebeti araştırmaktan varestedir. Bu suretle menkullerde daha geniş bir hareket imkânı sağlanmış olur. Aynı ihtiyaç gayrimenkullerde mevcut değildir. Leemann, zge. s. 323, 17.

Eger, zge. s. 339 da bakınız.

Tuhr'a göre bir kanunun gayri menkullerde satıcıyı koruması, menkul-lerde tedavül emniyetine ehemmiyet vermesi pekâlâ mümkündür". Menkullerde mülkiyetin naklini mücerret bir tasarruf olarak vasıflandırdığımız takdirde, alıcının iflâsında, satıcı mebli istirdat hakkını haiz olmayacak, mülkiyet intikal etmiş sayıldığından, bey akdi muteber değilse, hakkını ancak haksız iktisap hükümleriyle temin edebilecek, bunlar da şahsî mahiyet taşıdığından, diğer alacaklılar gibi masaya dahil olacaktır. Federal Mahkemesi bu neticenin adaletsizliği üzerinde bilhassa durmaktadır. Evvelemirde, ivazlar arasında fâhiş bir nisbetsizlik yoksa, satıcı, aldığı semenle tatmin edilmiştir, veresiye satışa rıza göstermişse, itimadının zararlı neticelerine o da diğer alacaklılar gibi katlanmalıdır. Binaenaleyh bu bakımdan satıcının müdafaası bahis mevzuu olamaz. Fikrimizce diğer hallerde dış ve iç duruma göre bir ayrılık yapmak gerekir.

İç yani satıcı ile alıcı arasındaki münasebette, bey akdi muallel ise, bu sakatlık, bilhassa alıcının kusuru veya malûmatı varsa, aynı akte de sirayet edebilir". Sair hallerde alıcının hüsnü niyetine bakmak lâzımdır. Zira, kanun, mülkiyetin iktisabında bilhassa bu noktaya ehemmiyet vermiştir. Medenî Kanunun kabul ettiği sisteme göre mülkiyetin iktisadında en esaslı unsur hüsnü niyettir. Bey akdi muallel olsa dahi, alıcı mebli iktisap ettiği sırada hüsnü niyet sahibi ise, mülkiyet 687 nci maddeye tevfi kan intikal etmiştir.

Dış münasebette ise üçüncü şahısların hüsnü niyeti ön saftadır. Medenî Kanunun 898 inci maddesinde ifadesini bulan kaide, üçüncü şahısların himayesine matuf bir hüküm olarak tavsif edilmelidir. «Menkul bir şeyin zilyedi, onun maliki addolunur.» Kanunun bu karinesine dayanarak alıcı ile münasebete girişmiş ve hüsnü niyetle aynı bir hak iktisap etmiş olan üçüncü şahısları, hayal sukutuna sevkedemeyiz. Şeye zilyed olan malik sayılır. Bu karine üçüncü şahıslara malûm olmıyan ve sırf akidleri ilgilendiren sebeplerle bertaraf edilemez. Alıcının şahsî alacaklılarına gelince, sakatlığa, Von Tuhr'un da işaret ettiği gibi, ekseriyetle, satıcı, ihmaliyle sebebiyet vermiş olmaktadır". Hattâ ihmali bahis mevzuu olmasa dahi, hasil olan vaziyetin âmili satıcıdır. Binaenaleyh mesuliyette gitgide revaç bulan «hasar» nazariyesine göre de hiçbir dahli olmıyan alacaklıları satıcıdan önce himaye gerekir.

Suiniyet sahibi haleflerin yani bey akdinin muallel olduğuna vâkıf olan üçüncü şahısların durumuna gelince, bunların iktisabı mücerret te-

76) Von Tuhr, zge. s. 68.

77) Ayn kanaatte: Eger, zge. s. 340, 342. Yukarıda 72 sayılı atfa da bakınız.

78) Von Tuhr, zge. s. 68 atıf No. 82.

lâkkide de himaye görmez. Filhakika alıcının hukukan mülkiyet iktisap ettiği ve üçüncü şahısların mülkiyet haklarını malik olan alıcıdan istihsal ettikleri iddia edilebilir. Biraz evvel işaret edildiği gibi, bey akdindeki sakatlık, ekseri ahvalde aynı akitte de mevcuttur. Bu itibarla alıcının halefleri suiniyet sahibi, yâni şahsî muamelenin muallel olduğuna vâkıf iseler, onlar da müktesep gibi mülkiyet iktisap edemezler. Zira alıcının malik olmadığına vâkıf sayılırlar. Lâkin, mülkiyet, hüsnü niyet sahibi olmasına binaen, alıcıya intikal etmiş olsa bile, suiniyet sahibi halefleri himaye görmez. Fikrimizce Medenî Kanununun 687 ve 901 inci maddelerindeki hüsnü niyet ölçüsü, şekli mülkiyet ile tahdit edilemez. Bir şahsın malik olduğu şeyi, velevki şahsî olan haksız iktisap hükümlerine tevfikân, iade ile mükellef olduğuna vâkıf olan üçüncü şahıslar da 901 inci madde manasında hüsnü niyet sahibi değildirler. Bir şahıs, ileride de olsa, iadeye mecbur olacağı bir şeyi «ferâğa» salâhiyettar sayılamaz. Müktesip hukuken malik olmakla beraber, 901 inci madde bu hâdiseye de kabili tatbiktir. Ferağ salâhiyetinin fikdanına vukuf, mülkiyet hakkının bulunmadığına vukuf kadar müessirdir. Binaenaleyh, bunlara mücerret telâkkide de mülkiyet intikal edemez, satıcı alıcıdan istihkak talebinin devrini talep ederek doğrudan doğruya harekete geçebilir⁷⁹.

2. Biraz evvel işaret ettiğimiz gibi, mülkiyetin nakli keyfiyeti bir akdin mahsulü olmak lâzımdır. Satıcı, mülkiyeti alıcının iştiraki olmaksızın nakledemez. Bu itibarla mülkiyeti nakil borcu, teslim borcunda olduğu gibi, mülkiyetin nakli için gereken muameleleri icra mânasında anlaşılmalıdır. Yani satıcı, mülkiyetin nakli için, akdin mevzuuna göre, uhdesine düşen vazifeyi yapmışsa, bu bakımdan borcunu yerine getirmiştir⁸⁰.

3. Borçlar Kanununun 189 uncu maddesinde ifadesini bulan prensipten anlaşılacağı veçhile, kaideten satıcı mebi üzerindeki mülkiyeti üçüncü şahısların haklarından âri olarak nakle mecburdur⁸¹. İsviçre Borçlar Kanununun 184 üncü maddeye tekabül eden 1881 tarihli metninde bu kaide daha açık bir ifadesini bulmuş, satıcının mebi bütün hakları ile tam bir intifaı sağlayacak tarzda devre mecbur olduğu tasrih edilmiştir. Bu hüküm yeni metinde, yâni 184 üncü maddede, mülkiyet mefhumu ile ifa-

79) Becker, zge. s. 14.

80) Eger'in verdiği misali de tedkik ediniz. s. 342. Bizce varılan neticede isabet yoktur.

81) Oertmann, Kaufgeschäft, zge. s. 394. b.

82) İstisnası: Borçlar Kanununun 230 uncu maddesinin 2 nci fıkrası.

de edilmektedir⁸³. Fick'e göre, bey akdine haklar da mevzu teşkil edebildiğinden, eski metindeki ifade tarzı daha muvafıktır⁸⁴.

Satıcının bu borcu yalnız aynı haklara şâmil olmayıp, üçüncü şahıslar tarafından ferağâ rağmen, alıcıya karşı dermeyan edilebilen hakları da içine alır⁸⁵.

4. Satıcının mülkiyeti nakil borcu, müsbet bir borç olup alıcıya, mülkiyetin naklini talep hakkını verir, yani alıcı doğrudan doğruya mülkiyetin naklini dâva hakkını haizdir. Borçlar Kanununun 189 uncu maddesindeki hüküm, mebiin ifa olarak tesellümden sonra caridir^{86,87}. Satıcı menkulü teslim etmekle beraber, meselâ, Medenî Kanununun 902 nci maddesindeki hallerin bulunması sebebiyle mülkiyeti nakil borcunu ifa edememişse, 189 ve müteakip maddeler tatbik edilir. Lâkin, satıcı teslim âmâde olsa dahi, alıcı, mülkiyet durumu muallal olan mebi ifa olarak kabule mecbur değildir⁸⁸. Hüsnü niyetini ihlâl edebilecek haller mevcutsa, mebi redderek Borçlar Kanununun 106 ve Ticaret Kanununun 661 inci maddeleri dairesinde akdin ifasını yani mülkiyetin naklini talep edebilir ve ademi ifa halinde, kusurun bulunup bulunmadığına göre, Borçlar Kanununun 96, 117, Ticaret Kanununun 645 inci maddesi tatbik edilir. Buna mukabil alıcı, mebi ifa olarak teslim almışsa, 189 ve müteakip madde hükümleri ademi ifaya mütedair hükümlere tekaddüm ederler. Bu sıқта kusur prensibine dayanan 96 ve 117 inci madde hükümlerinden önce daha ağır olan tekeffül hükümleri tatbik edilir⁸⁹.

Lâkin mebi teslim edilmiş olsa dahi, alıcı 189 ve müteakip maddelerdeki şartların tahakkukunu beklemeden ve bu maddeler delâletiyle tekeffülü talep etmeden, mülkiyetin naklini ve mülkiyeti takyit eden haklar varsa bunlardan tecridini talep edebilir. Satıcının tekeffül borcu fer'i bir borç olup, asli olan teslim ve mülkiyeti nakil borcunun yanında

83) Eski metin madde 229. Oser, zge. s. 465, V. 1, ba. Becker, zge. s. 15, II: 7.

84) Haklarda mülkiyet tâbiri eski metindeki mânaya göre tefsir edilmelidir. Fick, zge. s. 340, 18. Alman Medenî Kanununun 434 üncü maddesi daha açıktır. Bu maddeye göre, satıcı mebi üçüncü şahısların alıcıya dermeyan edebilecekleri haklardan âri olarak temine mecburdur.

85) Staub, zge. III, s. 662.

86) Tekeffül hükümlerinin muhtevası, satıcının üçüncü şahsa karşı dâvayı deruhte etmesi, ve zabıt halinde tazminat vermesidir. Fick, zge. s. 352, 4.

87) Oser, zge. s. 480, 2. Becker, zge. s. 39, I. 3.

88) Oertmann, Kaufgeschäft, zge. s. 394. Mülkiyeti nakil borcunun ademi ifasında satıcıya sadece bir tekeffül borcu yükliyen telâkkiyi dar bulur.

89) Becker, zge. s. 40.

yer alır⁹⁰. Kanunumuza göre, tekeffül borcunun doğumu için evveleminde üçüncü şahsın hak iddiasında bulunmuş olması lâzımdır. Hattâ bizdeki metne göre dâva ikamesi dahi zarurî addedilebilir. Zira İsviçre Borçlar Kanununun 194 üncü maddesinin 2 nci fıkrası, iktibas edilmemiştir⁹¹.

Alıcıyı, bu dâvanın ikamesine kadar bekletmek hak ve nasafet telâk-kilerine uygun olmadığı gibi, akitten doğan asli talep haklarına da aykırıdır. Binaenaleyh teslimde rağmen mülkiyet nakledilememişse, alıcı, mülkiyetin naklini ve mülkiyet bazı haklarla mukayyed ise bu haklardan tecridini, Borçlar Kanununun 106 ncı maddesine tevfiқан teslimden sonra da talep edebilir. Tekeffül hükümleri akitten doğan asli hakların dermeyanına mani olamaz⁹².

5. Menkullerde alıcı mebli hüsnü niyetle ve malik olmak üzere teslim almışsa, mülkiyeti bütün hakları ile iktisap eder. «Mülkiyetin intikali» tâbirinden anlaşılacağı veçhile, naklin neticesi diğer bir şahısta mevcut olan mülkiyetin müktesibe geçmesidir. Diğer bir söyleyişle, satıcı malik veya ferağa mezun ise, müktesip mülkiyeti iktisap eder⁹³. Lâkin bu kaideden Medeni Kanunumuz tedavül emniyetini temin gayesiyle inhiraf etmiştir. 689 uncu maddenin 2 nci fıkrasına göre, bir kimse bir menkulü hüsnü niyetle ve malik olmak üzere tesellüm ettikte, intikali yapan menkulün maliki olmasa dahi, zilyedlik hükümlerinin cereyanından itibaren malik olur. Kezalik 901 inci maddeye göre, bir menkul emin sıfatıyla zilyedinden, yani malik olmıyan bir kimseden hüsnü niyetle mülkiyet veya aynı bir hak iktisap olunursa, o kimsede bu tasarrufları icra mezuniyeti olmasa dahi, iktisap muteberdir. Demek oluyor ki hüsnü niyetle ve malik olmak üzere, menkul bir malı ferağa yetkisi bulunmıyan bir şahıstan teslim alan kimse, zilyedlik hükümlerinden istifade edebildiği takdirde maliki olur⁹⁴. Bu yüzden menkullerde, Borçlar Kanununun

90) Aynı kanaatta: Becker, zge. s. 45. 19.

91) Bizde 191 inci madde.

92) Bu fıkraya göre, alıcı tadeye mecbur olduğunu isbat edebildiği hallerde de tekeffül borcu cari olur. Demek oluyor ki alıcı dâva ikamesinden önce de üçüncü şahsın hakkını tanıyarak mebli teslim edebilir. Yalnız bu sıktta da üçüncü şahsın talepte bulunmuş olması lâzımdır. Becker, zge. s. 41. 9 da bakınız.

93) Oertmann, Kaufgeschäft, zge. s. 394. b. 398. d. Staub III. 662, Becker, zge. s. 15. de bakınız.

94) Four zge. s. 520/521.

95) Umumiyetle bunlar menkulü emin sıfatıyla zilyed olan şahıstan hüsnü niyetle teslim alan üçüncü şahıslar, para veya hamile muharrer senetleri iktisap eden kimseler, 5 senelik mururu zaman müddetinden sonra, 902 ncı maddeye göre

zapta mütedair tekeffül hükümlerinin tatbik sahası yok gibidir. Kanunumuzda açıkça ifade edilmiş olmamakla beraber⁹⁶, sözü geçen hükümlerin tatbiki için mebiin alıcıya teslimi şarttır. Mebi alıcıya teslim edilmişse Borçlar Kanununun 96 ve 107 nci maddeleri cari olur, yani alıcı doğrudan doğruya mebiin teslimini daha doğrusu mülkiyetin naklini talep edebilir ve ademi ifa halinde tazminat isteyebilir⁹⁷. Alıcı hüsnü niyetle ve malik olmak üzere, mebi teslim almışsa, mülkiyet hakkını iktisap ve menkulde üçüncü şahısların aynı hakları mevcutsa, bunlar sukut eder ve alıcı mülkiyeti bu kabil haklardan âri olarak ihraz eder. Hüsnü niyet sahibi olmak şartıyla menkulün tesellümü satıcıda bulunmayan hakların alıcıda doğumunu sağlar. Bu sebeple mebiin zaptı ancak alıcı suiniyet sahibi, yani zapt tehlikesine vâkıf ise, yahut menkul üçüncü şahsın rızası hilâfına elinden çıkmış ve beş sene içinde istihkak dâvası açılmışsa. (M. K. 902) bahis mevzuu olabilir⁹⁸.

6. Mülkiyet hakkını nakil borcu tefsiri bir hüküm olduğundan, hududunu tahdit caizdir. Meselâ, mülkiyet hakkı rehin hakkı ile mukayyet olarak nakledilebilir⁹⁹. Demek oluyor ki, mülkiyeti nakil borcunun hududu taraflar arasında hususî bir anlaşma varsa bu anlaşmaya göre tayin edilir. Anlaşma yoksa, satıcı, mülkiyeti bütün hakları ile nakle mecburdur, bey akdinde asıl olan budur. Kezalik taraflar mülkiyetin naklini talik veya şarta bağlı tutabilirler. Ancak mülkiyeti muhafaza kaydiyle nakil şekle tâbidir. Mülkiyetin satıcıda muhafazası için tarafların kanunî şekle riayet etmiş olmaları gerekir¹⁰⁰.

sahibinin rızası olmaksızın elinden çıkan bir malı hüsnü niyetle iktisap etmiş olan şahıslardır. Tuor, zge, s. 521 de bakınız.

96) İsviçre metninde 189 uncu madde şöyledir: «Satıcı, akdın inikadı zamanında mevcut bir hak sebebiyle üçüncü bir şahsın mebi alıcıdan tamamen veya kısmen zaptetmemesini 'mütekeffildir.» Bu maddeden anlaşılacağı vechile «mebiin alıcıdan zaptı» bahis mevzuudur. Demek oluyor ki mebi alıcıya teslim edilmiş olmalıdır ki zapt hükümleri mer'i olsun.

97) Fick, zge. s. 352 11, Becker, zge. s. 39. 3, 41. 8. Oser, zge. s. 480. 2.

98) Birinci sıkta satıcı zapta karşı suretî mahsusada teminat vermişse mes'uldür. İkinci sıkta beş senelik müddet geçmişse istihkak dâvası ikame edilemeyeceğine göre bu halde de alıcı mülkiyet hakkını ihraz eder. Mirasçılarının durumu hakkında Becker, zge. s. 41. 6. Oser, zge. s. 479. II. 2. a. b. bakınız.

99) Bu halde mülkiyet Medeni Kanununun 892 nci maddesine tevfikân mebi fillen teslim edilmeksizin, zilyedliğin bu maddedeki hükümler dairesinde nakli ile intikal eder. Tuor, zge. s. 429, 520 de bakınız.

100) Mülkiyeti muhafaza şartıyla yapılan satışlarda, şart infisahî mahiyette

II. Ticaret Kanununun 686 ncı maddesine göre, «bayi gayri malını satmışsa, müşteri meblağ malik olmaz. Fakat bayi meblağ temellük ederek müşteriye teslim mecburdur. Bayi bu malı temellük etmediği veya buna muktedir olmadığı takdirde, müşteriye zarar ve ziyan itasına mecbur olur.»

1. Sözü geçen hükümden anlaşılacağı veçhile, kanunumuz başkasına ait malın beyini bätül addetmemiştir. Fransız Kanunundaki hüküm hilâfına akit, gerek Ticaret, gerek Borçlar Hukukunda muteberdir¹⁰¹, ¹⁰².

Başkasına ait malın beyi esas itibariyle muteber olmakla beraber, akdin mevzuu umumî hükümlere tevfikân gayri mümkün, gayri muhik yahut ahlâka, âdâba mugayirse, akit bätüldür. a. İmkânsızlıkta, akdin mevzuu objektif mahiyette imkânsız olmalıdır. Akdin inkadı sırasında ifa imkânı hiç bir suretle mevcut ve bertaraf edilecek mahiyette olmadığı takdirde imkânsızlıktan bahsedilebilir. Satıcının şahsında bulunan bir imkânsızlık akdin butlanını mucip olmaz. Diğer bir şahıs mülkiyeti nakle muktedir ise, satıcı ademi ifadan mesuldür. Fakat mutlak imkânsızlıkta dahi satıcının mesul tutulabileceği haller vardır. Satıcı imkânsız olan edimi mümkün kılmak taahhüdünü üzerine almış, yani bilerek imkânsız olan bir borcu ifa taahhüdünde bulunmuşsa, Borçlar Kanununun 110 uncu maddesine tevfikân zarar ziyan itasına mecburdur¹⁰³. b. Akit veya ifa taahhüdü âmir olan hukuk kaidelerine aykırı ise, bu halde de başkasına ait bir malın beyi bätüldür. Amme intizamından doğan ferağ memnuiyetleri hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara da tesir icra eder^{103a}. Meselâ askerî (A. C. K. m. 131) veya Millî Korunma Kanununun satışını menettiği eşyanın (M. K. K. m. 11, 6. 7., m. 14. IV.) yahut çalınmış, kay-

olduğundan meblağ, teslim sırasında üçüncü şahısların haklarından âri olması lâzımdır. Aynı kanaatte Becker, zge. s. 15. Tuor, zge. s. 521. 4. de bakınız. H. Arslanlı, zge. s. 54 ve müt.

101) C. C. 1599 uncu maddesine binaen, başkasına ait şeyin bey'i bätüldür. Müsteri şeyin başkasına ait olduğunu bilmiyorsa, alıcı zarar ziyan tediyesine mecburdur.

102) Flick, zge. s. 340 No. 12, 352, No. 14 - 19.

Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, I. s. 34. Bu müellife göre bir edim fiilen veya hukuken imkânsız olabilir. Satıcı muayyen bir malın temlikini vadetmiş olup bu mal akdin inkadı sırasında telef olmuşsa fiili bir imkânsızlık mevcuttur. Bir şahıs kendine ait olmıyan bir malı satmışsa hukuki imkânsızlık vardır.

103) Oser, zge. s. 343, 83. Staub, zge. III. s. 662. No. 60.

103a) Leemann, zge. s. 326, No. 28 de bakınız. Staub, zge. III. s. 662, No. 60, 422, No. 45, s. 436. No. 74.

bolmuş veya zilyedin rızası olmaksızın elinden çıkmış olan malların ahar beyine cevaz yoktur. Son şıkta menkul Medenî Kanununun 902 nci maddesinde yazılı kimselerden hüsnü niyetle iktisap olumuşsa, akit muteberdir. Alıcı ancak semenin tediyesi şartıyla menkulü iadeye mecbur tutulabilir. c. Nihayet akit, ahlâka âdâba aykırı olmamalıdır. Evvelce başka birine satılmış olan bir mal hakkında, alıcının haklarını bertaraf etmek maksadıyla yapılan satış akdi, ahlâka aykırı addedilmiştir¹⁰⁴. Bey akdi satıcı ile alıcı arasında şahsî bir bağlılık doğurmakla beraber, alıcının satılan mal üzerindeki talep hakkı, satıcının bu malı teslim borcu, mülkiyet durumunda bir değişiklik husule getirmese bile, bey akdinin inikadı ile tahakkuk eden mübadele gayesine göre, mebi akden alıcıya ait sayılır. Binaenaleyh satıcı bu malı diğer bir şahsa satıp teslim etmişse, alıcısına teslim mecbur olduğu bir malı satmakla, tatbikatta hâkim olan telâkkiye göre, başkasına ait bir malı satmış olur. Kaideten ikinci müşteri satış akdine vâkıf olsa bile, tesellümle mülkiyet hakkını iktisap eder. İlk akitten doğan bağlılık üçüncü şahıslara karşı satıcının mülkiyet ve tasarruf haklarını takyit etmediğinden, ikinci müşteri, meblin başkasına satılıp satılmadığını, satılmışsa, neden teslim edilmediğini araştırmak mecburiyetinde olmadığı gibi, satıldığına vâkıf olsa bile, aynı hakların iktisabında hüsnü niyet, zilyedliğin bahsettiği mülkiyet karinesi, ve mülkiyet hakkının mevcut olmadığı bilindiği hallerde ferağ salâhiyetinin bulunduğunu kabul esası üzerinde toplandığından, bu bakımdan hüsnü niyet sahibi olan müşteri mebie malik olur. Satıcının akitle diğer bir şahsa bağlanmış olması, hattâ tasarruf salâhiyetlerinin hususî bir akitle takyidi sadece şahsî bir tesir icra eder¹⁰⁵. Müktesibin bu bakımdan hüsnü niyeti veya suiniyeti bir rol oynamaz. Aynı haklar bakımından hukukî durum bu merkezde olmakla beraber, ikinci akitle takip edilen gayeye göre bir tefrik yapmak lâzımdır. Tarafların maksadı ilk müşterinin haklarını ihlâl ise, akit ahlâka, âdâba aykırı sayılır. İcra İflâs Kanununa göre de akdin iptali cihetine gidilebilir^{106, 107}.

104) Staub, zge. III. s. 662, No. 60, bakınız.

105) Leemann, zge. s. 328, No. 31, Oser, zge. s. 86, b.

106) İcra ve İflâs K. m. 280, Borçlar Kanununun 19 uncu maddesine de bakınız.

107) Aynı haklar sahasında başkasına ait bir malı, ferağ salâhiyetinin bulunmadığına vakıf olarak iktisap eden kimse, malik olmadığı halde, şahsî haklar sahasında, başkasına satılan yani müşterisine ait sayılan bir malı, satış akdinin mevcudiyetine vakıf olarak iktisap eden kimse malik olur. Menfaatler vaziyeti bakımından her iki vaziyet arasında yakın bir müsabehet inkâr edilemez. Mülkiyetli akidla nakleden Fransız sistemi buradaki tezadı telife muvaffak olmuştur.

2. Yukarıda izah edilen mânada imkânsızlık, hukuka ve ahlâka aykırılık gibi haller mevcut değilse, başkasının malını bey'e bir mani yoktur. Çünkü bey akdinde ehemmiyetli olan nokta, satıcının akdın inikadi sırasında mebie malikiyeti olmayıp teslim zamanında mülkiyeti devre muktedir olmasıdır. Bu itibarla başkasına ait bir malı satmış olan satıcının borçları da evvelemirde umumî hükümlere göre tayin edilir. Satıcı mebie malik olmadığı müştêrisine bildirmek mecburiyetinde olmadığı gibi, alıcı da mülkiyet durumunu araştırmak zorunda değildir. Bey akdine tevfikân satıcının borcu, mebie teslim ve mülkiyetini nakildir. Bu borcu bizzat veya üçüncü bir şahıs delâletiyile, yahut başka bir yolla ifa edebilir, yeter ki mülkiyet intikal edebilsin.

Başkasına ait malın bey'i alıcının vukuf veya ademi vukufuna göre muhtelif tarzda mütalâa edilir. Lâkin alıcı ister vâkıf olsun, ister olmasın, satıcı borcunu kaîdeten üç şekilde ifa imkânına maliktir. a. ya üçüncü şahsın mülkiyetinde bulunan malı temellük ederek, alıcısına teslim ve mülkiyetini nakleder (T. K. m. 686, 2. c.). b. yahut üçüncü şahsın mülkiyeti doğrudan doğruya nakle imâle eder, bu halde mebie, doğrudan doğruya üçüncü şahıs tarafından teslim ve mülkiyeti nakledilir. Bey akdinde satıcının borcu, satılan mal üzerindeki mülkiyeti naklolup, umumiyetle bu borcun şahsan ifasında alıcının bir menfaati bulunmadığından (B. K. 67) satıcı borcunu bizzat ifaya mecbur değildir. Mülkiyet satıcı olmayan biri tarafından da nakledilebilir. c. Üçüncü şahsın satıcının üçüncü şahsın mülkiyetin nakli bakımından akta iştirak ettirmesidir. Üçüncü şahıs muvafakat ettiği takdirde satıcı ile birlikte mülkiyetin naklini taahhüt etmiş olur.

3. Satıcı müşterinin vukufu olmaksızın üçüncü bir şahsa ait malı malikmiş gibi satmış ve borcunu ifa edememişse, umumî hükümler dairesinde mesul olur. Alıcı mebie Ticaret Kanununun 714 ve 661 ve Borçlar Kanununun 188 ve 106 nci maddeleri dairesinde teslimini ve borcun ademi ifası halinde zarar ziyan talep edebilir, yahut akitten rücu eder. Yalnız ifa imkânsız ise bir tefrik yapılmalıdır. İmkânsızlık malikin mülkiyeti devretmeyi reddetmesinden ileri geliyorsa, ifa, halin icaplarına göre herkes için imkânsız olmak şartıyla yalnız tazminat talep edilebilir. İfa talebine cevaz yoktur, çünkü imkânsız olan bir şeyi ifaya kimse mahkûm edilemez. Bununla beraber, satıcı kusurlu farzedilir, malik olduğu bir malı eiden çıkararak ifayı imkânsız kılmış gibi bir vaziyet vardır. Borçlar Kanununun 96 ve Ticaret Kanununun 645 inci maddesine göre, müşterinin zararını ödemeğe mecburdur. Malikin devre ademi muvafakatından doğan imkânsızlığın inikattan önce mevcut olup, akdın Borçlar Kanununun 20 nci maddesine tevfikân bâtil olduğu iddia edilebilir.

Hakikatı halde ifa, üçüncü şahsın muvafakatına bağlı olduğundan 20 nci madde mânasında imkânsızlık yoktur. Ademi ifa, üçüncü şahsın devre muvafakat etmemesinden değil de, ileri sürmüş olduğu ağır şartlardan ileri geliyorsa, alıcı ifada ısrar edebilir, meğer ki ifa, halin icaplarına göre, borçluya tahmil edilemeyecek derecede ağır olsun. Bu halde de zarar ziyan talep edilebilir.

Buna mukabil, satıcı akdin inikadından sonra tahakkuk eden ve kendisine isnat edilemeyen sebepler yüzünden borcunu yerine getirememişse, meselâ mebiin yanması gibi, Borçlar Kanununun 117 nci maddesine tevfikân talep sâkıt olur.

4. Her iki taraf, satılan malın üçüncü bir şahsa ait olduğuna vâkıf iseler, satıcının üzerine aldığı borç, Borçlar Kanununun 110 uncu maddesi mânasında bir garanti taahhüdü şeklinde tavsif edilebilir. İki tarafın vukufu ile yapılan akdin mevzuu ya satıcının mebi bizzat temellük ederek müşterisine teslim ve mülkiyetinin naklini taahhüt, yahut üçüncü şahsı doğrudan doğruya veya iştirak suretiyle temlike imâledir. Lâkin her üç şıkta merkezi sıklet, üçüncü şahsın temlike rıza göstermesi yani bu rızanın satıcı tarafından istihsalidir. Üçüncü şahsı devre razı olduktan sonra mülkiyet doğrudan doğruya nakledilebileceği gibi satıcı ile birlikte veya satıcının kanaliyle de nakledilebilir. Bizce mülkiyetin müşteriye nakli sureti ikinci plânda kalır. Demek oluyor ki, üç şekilde de satıcı, akdin mahiyeti icabı, üçüncü şahsın satışa razı olmasını, yani fiilini taahhüt etmiştir.

Birinci şık, Ticaret Kanununun 686 nci maddesinde tanzim edilmiştir. Lâkin diğer haller de bu maddede mündemiç sayılabilir. Biraz evvel işaret ettiğimiz gibi üçüncü şahsa ait bir malın satışında ehemmiyetli olan nokta, akdin ifa tarzı olmayıp, üçüncü şahsın muvafakatini temindir. Satıcı ile alıcı arasında inikat eden satış akdinin gayesi üçüncü şahısta bulunan mülkiyetin alıcıya nakli olduğuna göre, müşteri için bu mülkiyetin doğrudan doğruya nakliyle bilvasıta nakli arasında fark yoktur. Zira, her üç şıkta mülkiyet alıcıya intikal etmiş olmadıkça satıcı, borcunu ifa etmiş olmaz. Akdin mevzuu sadece üçüncü şahsın muvafakatini istihsale teşebbüs ise, üçüncü şahsa ait mal hakkında bey'den bahsedilemez.

Âkitler, mebiin üçüncü şahsa ait olduğuna vâkıf olduklarına göre, ve akdin ifasında üçüncü şahsın muvafakati akdin esasını teşkil ettiğinden, bu tarzda yapılan âkitlerde de akitten önce bir imkânsızlık bahis mevzuu değildir. Bilâkis, satıcı bu imkânsızlığı yenmek taahhüdünü üzerine almış sayılır. Hakikatı halde akdin mevzuu üçüncü şahsın bey'e muvafakatini temin ile mülkiyetin naklidir. Ademi muvafakat şeklinde tecelli

eden imkânsızlık daima akitten sonra doğmuş olur. Binaenaleyh akit mu-teberdir¹⁰⁸.

Ticaret Kanununun 686 ncı maddesinin ifade tarzından anlaşılacağı veçhile, alıcının bu kabil akitlerde ifayı talebe hakkı yoktur. Maddenin üçüncü cümlesine göre, «bayi malı temellük etmediği veya buna mukte-dir olmadığı takdirde, müşteriye zarar ziyan itasına mecburdur.» Bu ifadeye binaen, satıcı, mebiî temellüğe icbar edilemez. Temellük imkânı mevcut olsa dahi, ademi ifade kanunun kabul ettiği müeyyide yalnız zarar ziyandır. Borçlar Kanununun 110 uncu maddesinde de hüküm böy-ledir. 110 uncu madde, Ticaret Kanununun 686 ncı maddesi gibi taahhü-dün ifa edilmemesi halinde yalnız zarar ziyan talebine cevaz vermiştir. Borçlar hukuku sahasında da alıcı, ifade ısrar edemez. Bununla beraber zarar ziyan talep etmeden 106 ncı madde dairesinde mehil tayin ederek ifa talep etmesi gerekir. Satıcı ifayı temin ile zarar ziyan tediyesine ma-ni olabilir. Tazminat tutarı Borçlar Kanununun 39 uncu maddesinde ol-duğu gibi akdin sahih olmamasından doğan menfi zarardan ibaret olma-yıp alıcının müsbet zararlarını da içine alır.

5. Tarafların vukufu ile yapılan akdin mevzuu halin icaplarına göre başka şekilde de tefsir edilebilir:

a. Meselâ akdin mevzuu üçüncü şahsın muvafakatini istihsale te-şebbüsten ibaret olabilir. Bu halde netice elde edilememişse satıcı mesul olmaz. Ancak akit icabı gereken gayreti sarfetmiş olması lâzımdır. Sar-fedilen gayrete rağmen satıcı, kusuru olmaksızın üçüncü şahsın muvafa-katini istihsal edememişse, mesuliyetten sıyrılır¹⁰⁹.

b. Alıcı, Borçlar Kanununun 189 uncu maddesinin 2 nci fıkrasına tevfikân zapt tehlikesini üzerine almış olabilir. Ancak alıcının, akdin ini-kadı zamanında müsbet olarak zapt tehlikesinden haberdar olması lâ-zımdır¹¹⁰.

6. Satıcı kendisine ait olmıyan bir malı hataen kendisine ait zanne-derek satmışsa, bu halde de borçları, Borçlar Kanununun 182 nci madde-sine göre tayin edilir, meğer ki, alıcı bu hataya akdin inikadı sırasında vâkıf olsun. Alıcı mebiin üçüncü şahsa ait olduğuna akdin inikadı sıra-sında vâkıfısa, satıcı, Borçlar Kanununun 187 nci maddesinin 2 nci fıkrasından istifade edebilir.

7. Alıcı mebiî üçüncü şahıstan tedarik ederek akdin ifasını imkân-sız kılmışsa, iştirâ şekline göre, netice değişebilir. Alıcı mebiî satıcının

108) Oser, zge. s. 343 de bakınız. Staub, zge. III. s. 662 No. 60 tedkik ediniz.

109) Oser, zge. s. 343, V. 2. B. K. 96 ıncı maddesi.

110) Oser, zge. s. 480. IV. Becker, zge. 38 ve müt.

akta riayet etmemesi sebebiyle iştirâ zorunda kalmışsa, satıcının mesuliyeti sâkıt olmaz. Zira imkânsızlığa, satıcıya isnat olunabilen haller âmil olmuştur. Buna mukabil alıcı, mebli suiniyetle temellük etmişse, satıcı mesul değildir (T. K. 645, B. K. 117). Müşteri mebli hüsnü niyetle temellük etmişse, hâdisî Borçlar Kanununun 20 veya 117 nci maddeleri dairesinde takdir edilebilir.

8. Kaideten satıcı, sattığı malın mülkiyet durumu hakkında malûmat vermek mecburiyetinde olmayıp, sükûtu hile mahiyetinde tavsif edilemez, zira mebede mülkiyet durumu, akdın esaslı bir unsuru değildir. Ancak halin icabı mülkiyet durumu hususî bir ehemmiyeti haizse, hakikatın saklanması hile mahiyetinde tavsif edilebileceği gibi, akit hata sebebiyle de feshedilebilir¹¹¹.

9. Bir şahsın kendi malını satın alması bazı hallerde muteber sayılabilir. Malik olan alıcıya mülkiyeti nakil taahhüdünde mündemiç olan imkânsızlık akdın her zaman butlanını mucip olmaz. Staub'a göre akit hukukî bir mâna taşıyorsa, muteberdir. Meselâ rahinin müzayedede kendi malını iktisap etmesi mümkündür. Kezalik cebri müzayedede borçlu olan malik kendi malını arttırabilir. Talikî mülkiyeti muhafaza şartıyla satılmış olan bir malın satıcı tarafından tekrar satın alınması da caizdir¹¹².

III. Ticaret Kanununun 687 nci maddesine göre;

«Bir tacir ticaretinin mevzuuna müteallik ve gayre alt emvall menkuleyi şahsî ahire beyl ve teslim etmişse müşteri hüsnü niyet sahibi olduğu yani baylin malı olmadığını bilmediği takdirde mebli malik olur. Şu kadar ki mebli sahibinin yedinde iken zayı olmuş veya çalınmışsa müşteri ona malik olmaz.»

Mezkûr madde hüküm itibariyle Avusturya Ticaret Kanununun 306 nci maddesine uyar¹¹³. 306 nci madde aynen şöyle der:

«Emtea veya sair menkul eşya bir tacir tarafından ticarî işletmesi dahilinde ferağ edilip teslim edilmişse, fariğ malik olmasa dahi, hüsnü niyet sahibi müktesip mülkiyet hakkını kazanır. Evvelce mevcut olan mülkiyet hakkı sukut eder. Kezalik ferağ sırasında müktesibin malûmu olmayan rehin hakkı ve sair aynî haklar sakıt olur.»

Emtea veya sair menkul eşya bir tacir tarafından ticarî işletmesi dahilinde terhin edilip teslim edilmişse, menkulde evvelce mevcut olan mülkiyet rehin ve sair aynî haklar hüsnü niyet sahibi mürtehin veya halefleri aleyhine dermeyan edilemez.

111) Staub, zge. III, s. 662 No. 60, 60a, 60b.

112) Staub, zge. III, s. 666 No. 60d.

113) E. Menasse, Code de Commerce, s. 200, madde 687. aynı kanaatte.

Komisyoncunun, nakliye komisyoncusu ve nakliyecinin kanuni rehin hakları akılla iktisap edilen rehin haklarına muadildir.

Menkul çalınmış yahut zayı olmuşsa bu madde tatbik edilmez.»

Her iki madde arasında prensiplerde benzerlik bulunmakla beraber mühim noktalarda fark vardır. Mukayese bakımından lüzumsuz telâkki ettiğimiz kısımlar çıkarıldığı takdirde, bu farklar daha ziyade tebarüz eder. Bizce 306 ncı maddenin 1 inci fıkrasının 2 nci ve 3 üncü cümleleri zaittir. Hâkim olan kanaate göre, mülkiyet hakkı üçüncü bir şahıs tarafından iktisap edilebilmişse, evvelce mevcut olan mülkiyet hakkı ile sair aynı hakların sükutunu mucip olur. Rehın hakkına mütedair 2 nci fıkra hükmü ise, 1 inci fıkrada ifadesini bulan ana kaidenin sair aynı haklara teşmilinden ibaret olup, bu da ilk fıkradaki prensipte mündemiç sayılabilir. 3 üncü fıkradaki hüküm de umumî bir kaideyi tesbit eder. Menkul üzerindeki aynı hak ister kanunen, ister akitle iktisap edilsin, mahiyeti birdir. Bu vaziyete göre Avusturya Kanununun 306 ncı maddesinde ifadesini bulan esas prensipi, Türk Ticaret Kanunu ile benzerliğini sağlamak emeli ile şöylece telhis edebiliriz:

«Emtea veya sair menkul esya bir tacir tarafından ticarî işletmesi dahilinde ferağ edilip teslim edilmişse, fariğ malik olmasa dahi, hüsnü niyet sahibi müktesip mülkiyet hakkını kazanır. Bu madde hükmü çalınmış veya ziyaa uğramış esyaya tatbik edilmez.»

Ticaret Kanununun 687 nci maddesi mehzadan ayrıldığı gibi, Medeni Kanunumuz ile de hemahenk değildir.

1. (Farklar) a. Avusturya kanunu «ferağ» tâbirini istimal etmişken Türk Ticaret Kanununda «bey» terimi kullanılmıştır. Ferağ mefhumuna, bey, trampa gibi, menkul üzerindeki mülkiyetin rızaen devrini gerektiren bütün akitler girer. Hibe dahi bu mefhumda dahildir¹¹⁴. Zira ticarî işletme dahilinde ileride gerçekleşecek menfaatler mülâhazası ile menkul bir mal ivazsız olarak da devredilebilir. Ticaret Kanunu hüsnü niyetle iktisabı yalnız beye hasretmiş görünmektedir.

b. Mehazda müktesibin hüsnü niyeti tarif edilmemiştir. Halbuki Ticaret Kanunu «alıcı bayiin malik olmadığını bilmediği takdirde mebia malik olur» demek suretiyle hüsnü niyeti hem tarif, hem de tahdit et-

114) P. Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 5. Inci tabı, 1948, s. 520.

E. Curti-Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, s. 630, madde 832. 1. (803).

Staub-Pisko, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Österreich, s. 120 No. 2., s. 6. No. 12.

miştir. Kanunun mezkûr hükmünü lâfzen tefsir ettiğimiz takdirde, alıcı bayiin malik olmayıp ferağa mezun olduğunu kabul ettiği veya edebildiği hallerde mülkiyet iktisap edemez. Avusturya hukukunda bu şıkta dahi mülkiyetin intikal ettiği kabul olunur¹¹⁵.

c. Avusturya Kanununa göre, menkul ticarî işletme dahilinde devredilmiş olmak lâzımdır. Şârihler bu hükmü tüccarın ticaretini tahakkuk ve inkişaf ettirmek gayesiyle sanatını iera zımında yaptığı bütün muamelelere teşmil ederler. Diğer bir söyleyişle muamele tüccarın adi sahasına taallük etmiyorsa, ticarîdir ve ticarî işletme içinde yapılmış farzedilir. Hattâ tüccar, ticaretini muayyen branşlara hasretmiş olsa dahi, bu branşlar dışında yapılan muameleler ticarî addedilir. Velhasıl ticarî işletme ile uzak da olsa bir rabita buldukça, ticarî işletme içinde yapılmış sayılır¹¹⁶. Türk Ticaret Kanunu, «ticaretin mevzuuna giren satışlardan» bahsetmek suretiyle burada da bir tahdit yapmış, her tüccarın mutadî olan, yani sanat halinde iera ettiği iştigal mevzu veya mevzularını gözönünde tutmuştur. Velevki ticarî bir maksatla yapılmış olsun, muamele yani satış mutadî olan iştigal mevzuu dışında kalıyorsa, Ticaret Kanununun 687 nci maddesi içine girmez. Meselâ boya satan bir tâcirin kumaş satması, mutadî ticareti bakımından mevzuu dışındadır. Bizce Ticaret Kanununun 687 nci maddesinin takip ettiği gaye ve koruduğu menfaatler bakımından, ticarî muamele ile ticaret mevzuu tevem değildir. Aynı bir iktisap şeklini tanzim etmekle beraber, prensipte fikrimizin doğruluğunu Medenî Kanunun 902 nci maddesi de teyit eder. Bu itibarla menkul mümasil eşya satan bir tüccardan alınmamışsa mülkiyet intikal etmez.

2. (Benzerlikler) a. Her iki kanuna göre menkulü devreden tacir olmalıdır. Akdın mevzuu mutlak ticarî muamelelerden madut olsa dahi, bayi tüccar vasfını haiz değilse, üçüncü şahıs mülkiyet iktisap etmez. Tüccar sıfatı Ticaret Kanununa göre mevcut olmalıdır. Küçük tâcirler de bu mefhuma girer. Bayi hukukan tâcir sıfatını ha'z değilse, hüsnü niyet alıcıyı korumaz¹¹⁷.

115) Staub-Pisko, zge. s. 123, No. 8.

116) Türk Ticaret Hukukunda Ord. Prof. Dr. E. Hirs de bu fikre meyl eder. Notlu Ticaret Kanunu, s. 333, madde 687. atıf «b».

Ahmet Ziya, Yeni Hukuku Ticaret, s. 608; madde 687. «Ticaretin mevzuuna» müteallik ibarenin bir kaydı ihtirazî olarak istimal edilmediği kanaatindeyiz. Verdiği esbabı mucibe mükni değildir.

117) Staub-Pisko, zge. s. 123/4 No. 8.

b. Her iki kanuna göre bey'in mevzuu menkul bir mal, yani Medenî Kanununun 686 nci maddesi mânâsında taşınabilir eşya olmalıdır. Haklar, meselâ ünvanı ticaret, ihtira beratı, alacaklar buraya girmez¹¹⁸. Kıymetli evrakta hukukî durum münakaşalıdır. Staub-Pisko kıymetli evrakın menkul eşya tâbirine ithal edilemeyeceği kanaatindedir. Aksi kanaatte bulunan müellifler de vardır¹¹⁹. Kıymetli evrakta ifadesini bulan hakkın nakli senedin teslimine tâbi olup burada da aynı unsur rol oynadığından, 687 nci maddenin kıyasen tatbikine gidilebilirse de 541 inci maddedeki hususî hüküm, umumî hükme tekaddüm eder¹²⁰.

c. Menkulün tüccarın eline ne suretle geçmiş olduğu her iki kanunda tasrih edilmemiştir. Son fıkra, çalınan, zayi olan, yani zilyedin rızası olmaksızın elinden çıkan malları hariç tuttuğuna göre gerek Ticaret, gerek Avusturya Kanununun, menkulün hak sahibinin rızası ile devredildiği halleri gözönünde bulundurulduğu kabul edilebilir.

d. Zilyedin rızası olmaksızın elinden çıkan yani çalınan veya zayi olan eşyada mülkiyet durumuna her iki kanun bir fıkra ile temas etmiş ise de bu hali tanzim etmemiştir. Son fıkra hükmünden zımnen bazı neticelere varılabilirse de, bu hal Medenî Kanununun 902 nci maddesinde mufassalan düzenlenmiş bulunduğu cihetle, boşluğun Medenî Kanun hükümleriyle itmamı gerekir.

e. Ticaret Kanununun 687 nci maddesi sadece mülkiyet durumunu tanzim etmiş olmakla beraber, mülkiyet hakkındaki hüküm sair aynı haklara da teşmil edilebilir. Avusturya Kanununun rehinde sarıh bir fıkra ile vardığı neticeler 1 inci fıkrada ifadesini bulan prensipten de istihraç edilebilir (T. K. m. 2).

f. Mülkiyetin intikali için her iki kanun teslimi şart koşmuştur. Avusturya hukukunda teslimin mahiyeti münakaşalıdır. Staub - Pisko'ya göre teslimden maksat, mülkiyet veya rehin hakkının intikali için lüzumlu sayılan tasarrufların icrasıdır. Hangi tasarrufların bu neticeyi tevhit ettiği Medenî Kanuna göre tayin olunur. Mülkiyetin emtia senetleriyle iktisabı keyfiyeti de münakaşalıdır. Aynı müellife göre emtia senedinin hüsnü niyetle iktisabı, menkul üzerinde mülkiyetin iktisabını intaç etmez.

118) Hirs, Notlu Ticaret Kanunu s. 333, madde 687, atıf «c». Borçlar Kanununun 184 üncü maddesine yaptığı atıfla «menkul mal» tâbiri ile «menkul bey'in» hududunu tevem addeder. Menkul bey'in mevzuu gayet geniştir (Halil Arslanlı, Ticari bey' I, s. 18 bakınız). Bizce «emvâl menkule» tâbirine haklar dahil değildir.

119) Staub-Pisko, zge. s. 122 No. 5. Randa, Eigentum, sözü geçen eserde zikredilmiştir.

120) Halil Arslanlı, Ticari bey', s. 18/19 No. 2 bakınız.

Zira emtia senedi sadece bir istihkak, yani menkulün iadesine mütedair aynı bir talep hakkı bahşeder. Gerçi emtia senedinin teslimi hukukan menkulün teslimine muadildir. Fakat menkul teslim edilmeyip yerine emtia senedi teslim edilmiş ve bayi malik değilse, üçüncü şahıs 306 nci maddedeki şartlar tahakkuk etmedikçe yani menkul teslim edilmedikçe, mülkiyet iktisap etmez¹²¹⁾.

Türk Ticaret Hukukuna gelince bizde de fiili teslimin şart olmadığı müdafaa edilebilir. Mülkiyetin naklinde Medenî Kanuna göre, aranan unsurlar tamam olmuş yani zilyedlik nakledilmişse, mülkiyet de intikal etmiştir. Buna mukabil rehinde rehin hakkının doğumu keyfiyeti mülkiyetten daha ağır şartlara tâbi tutulmuştur. Rehinde constitutum possessorium müessesesinden istifade edilemez, yani rahin, Medenî Kanununun 892 nci maddesine tevfikân hususî bir sebebe binaen merhuna vazüyed kalmışsa, rehin hakkı teessüs etmez. Lâkin merhunun fiilen teslimi de şart değildir. Merhun mürtehin yerine zilyed olan üçüncü bir şahısta veya rahin ve mürtehinin müşterek zilyedliğinde bulunabilir. Yeter ki, mürtehin yalnız başına tasarrufa muktedir olmasın. Medenî Kanununun 853 üncü maddesinin son cümlesine göre rahin merhunu fiilen ve hasren yedinde bulundurdukça mürtehin için rehin hakkı teessüs etmez.

Emtia senetlerinde, Ticaret Kanununun 805 inci maddesi makbuz senedi ve varantin cirosu mevdu emtia ve zahirenin mülkiyetini naklede demişse de, Medenî Kanununun 893 üncü maddesinin 2 nci cümlesi burada da carîdir. Diğer bir söyleyişle üçüncü bir şahıs, menkule zilyed olmak suretiyle mülkiyet hakkını iktisap etmişse, iktisabı senet hamilinin mülkiyet hakkına tercih olunur. Esasen emtia senedi mülkiyetten ziyade sahibine, menkulün iadesine mütedair aynı bir talep hakkı bahşeder. Bu itibarla mala zilyed olan malik, senede zilyed olan malike tercih edilir. Meselâ nakliyecî veya antrepo sahibi menkulü üçüncü bir şahsa satmış ve teslim etmişse, üçüncü şahıs hüsnü niyet sahibi olmak şartıyla mülkiyet iktisap eder, senet hâmilî emtia üzerinde istihlâk hakkını haiz değildir.

Bizce aynı kaide bayiin meblağ malik olmadığı hallerde menkulün malikî hakkında da carîdir. Meselâ bayi başka bir şahsa ait olan bir malı emtia senedinin devri suretiyle satmış ve henüz menkul teslim edilmemişse, menkulde malikin hakkı, müşterinin hakkına tercih edilir. Menfaatler vaziyeti her iki şıkta birdir. Birinde üçüncü şahıs menkul üzerinde mülkiyet iktisap etmiştir, diğerinde üçüncü şahsın mülkiyet hakkı esasen mevcuttur. Mülkiyet durumu bakımından fark

121) Staub-Fisko, zge. s. 121 No. 3., s. 117 No. 4.

yoktur. Her iki halde menkule malik olan bir şahıs vardır. Menkul üzerinde bilâhare mülkiyet iktisap eden şahıs, senet hâmiline tercih edildiğine göre, menkule malik olan şahıs da korunmalıdır. Demek oluyor ki Avusturya hukukunda olduğu gibi bizde de senet hâmilî menkule zilyed olmuşsa hakkı mülkiyeti menkul malikinin hakkına tercih edilir, aksi takdirde menkul maliki senet hâmiline tekaddüm eder¹²².

3. (Ticaret Kanunu ile Medenî Kanun arasındaki farklar) Ticaret Kanununun 687 nci maddesi, Medenî Kanunumuzun mülkiyet vesair aynı haklarda kabul ettiği sistemden bir çok noktalarda ayrılır.

Esas itibariyle Medenî Kanuna göre mülkiyetin intikali için devreden malik olması, malik değilse ferağa mezun olması lâzımdır¹²³. Lâkin tedavül emniyetini korumak maksadiyle bu kaideye bazı istisnalar vaz edilmiştir. Bu istisnalar 687 nci maddenin son kısmında işaret edildiği gibi zilyedlik hükümlerinden çıkmaktadır. Bir kimse ferağa mezun olmayan bir şahıstan bir menkulü hüsnü niyetle ve malik olmak üzere tesellüm ettikte, zilyedlik hükümlerine göre korunduğu takdirde mülkiyet hakkını iktisap eder.

İktisabı himaye eden zilyed hükümlerinden biri 901 inci maddede mündemiçtir. Tüccar olsun olmasın, emîn sıfatiyle zilyed yani malik olmayan bir şahıstan, bir menkulü hüsnü niyetle ve malik olmak üzere iktisap eden kimse, o şahısta bu tasarrufları icra mezuniyeti olmasa bile mülkiyet hakkını iktisap eder. Medenî Kanunumuza göre zilyedlik zilyedlikte mefruz olan hakların haricî remzidir¹²⁴. Üçüncü şahıslar zilyedin bu hakları ferağa mezun olduğunu kabul edebilirler, meğer ki ferağa mezun olmadığına vâkıf olsunlar veya olmaları icap etsin¹²⁵.

Yek nazarda malik olmayan bir kimseden bir malı iktisap eden üçüncü şahsın 901 inci madde ile gördüğü himayenin 902 nci madde ile bertaraf edildiği mülâhaza edilebilir. Hakikatı halde her iki maddenin tatbik sayısı birbirinden ayrıdır. 902 nci maddede menkul hak sahibinin rızası olmaksızın elinden çıkmıştır. 901 inci maddede hak sahibi menkul üzerindeki zilyedliğini şahsî bir muamele sebebiyle yahut aynı bir hak tesisi maksadiyle yani rızası ile nakletmiş, meselâ kiralamış, ariyet ola-

122) Tuor, zge. s. 431 de bakınız. Curti-Forrer, zge. s. 675 madde 925 (893) No. 7.

123) Tuor, zge. s. 520/1. Hans Leemann, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, I. Abteilung, s. 319 ve müt.

124) Tuor, zge. s. 520/1 No. 2. 439. Curti-Forrer, zge. s. 677 madde 930 (898), No. 3.

125) Tuor, zge. s. 439.

rak vermiş, tevdi veya terhin etmiştir. Zilyed bu suretle iktisap ettiği menkulü, ferağa mezun olmadığı halde satmış, yahut hibe etmişse, hüsnü niyet sahibi müktesip mülkiyet hakkını iktisap eder. Hattâ müktesip zilyedin malik olmadığına vâkıf olabilir, yeter ki ferağa mezun olmadığına vâkıf olmasın. Demek oluyor ki, Medenî Kanunumuza göre tüccar olmıyan bir şahıstan bir menkulü hüsnüniyetle ve malik olmak üzere iktisap eden kimse bu şahsın malik olmadığına vâkıf olsa dahi, ferağa mezun olduğunu kabul edebiliyorsa, malik olur. Satılan menkulün 902 nci maddede olduğu gibi, o kimsenin ticaret mevzuuna dahil olması şart değildir¹²⁶.

Aynı esaslar, Medenî Kanunun 901 inci maddesinin işaret ettiği veçhile sair aynı haklar hakkında da caridir.

4. Yukarıda izah ettiğimiz gibi Medenî Kanunun 901 inci maddesi, menkulün hak sahibinin rızası ile devrinden sonra, 902 nci madde ise hak sahibinin rızası olmaksızın elinden çıkması halinde, hüsnü niyetle vaki iktisabı tanzim eder. 901 inci maddede bütün iktisaplar rızadır. 902 nci maddede ilk iktisapta rıza yoktur, menkul hak sahibinin rızası olmaksızın elinden çıkmış, çalınmış veya kaybolmuştur. Bu şıkta sonraki iktisaplar rızâ olsa dahi hak sahibi iade talebinde bulunabilir. Medenî Kanunumuz son halde de hüsnü niyetle iktisabı himaye lüzumunu hissetmiş, bazı hallerde iade talebini takyit etmiş, iktisabî müruru zamanda işe mülkiyet hakkını dahi tanımıştır.

902 nci maddedeki dâva hakkının mesnedine gelince, Medenî Kanunun 898 inci maddesinden zahir olduğu veçhile zilyedliğe bağlı olan hak karinesi yalnız halen zilyed olan şahıs lehine mevcut olmayıp evvelki zilyedler dahi zilyedliklerinin devamı müddetince şeyin maliki sayılırlar. Ancak hâlen zilyed olanın hakkı evvelki zilyedlerin hakkına tekaddüm eder¹²⁷. Binaenaleyh zilyed olan kimsenin lehine mevcut olan karine bertaraf edilmedikçe evvelki zilyedler haklarını dermeyeran edemezler. Yalnız şunu tebarüz ettirmek lâzımdır ki, zilyed olan şahıs lehine mevcut olan karinenin bertaraf edilmesi için mülkiyet, rehin, veya intifa gibi aynı bir hakkın mevcudiyetini isbata ihtiyaç yoktur. Dâvacının dâvalıya nisbetle zilyedlikteki hakkının tercihe şayan olduğunu dermeyeran etmesi kâfidir. Kanunun aradığı şartlar mevcutsa, zilyed olan şahıs lehine mevcut olan karine sukut eder ve evvelki zilyedin zilyedlikten mütevellit hakkı yani kanunî karine inkıtaa uğramamış gibi canlanır. Yeniden canlanan

126) Curti-Forrer, zge. s. 679 No. 11, Wieland, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, s. 512. Tuor, zge. s. 439/40. Leemann, zge. 325, No. 22.

127) Tuor, zge. s. 434. 1. Curti-Forrer, zge. s. 677 madde 930 (898) de bakınız.

bu karineye müsteniden dâvacı menkulün iadesini istiyebilir. Tuor, bu dâvaya «zilyedlik hakkı dâvası» demektedir.

Zilyedlik hakkı dâvasının hukuki sebebi ya dâvacının zilyedliği rızası hilâfı zayi etmiş olması, yahut da dâvalının zilyedliği suiniyetle iktisabıdır. Dâvacı menkulün rızası hilâfına elinden çıktığını, yahut müktesibin suiniyet sahibi olduğunu isbat edebildiği takdirde dâvalıya nisbetle tercihe şayan bir hakka sahip olduğu kabul edilir. Dâvacı tercihe şayan hakkını isbata mecbur değildir. Yegâne isbat mevzuu menkulün rızası hilâfına elinden çıkmış olduğu veya müktesibin suiniyetidir. Demek oluyor ki, zilyedlik hakkı dâvası iki halde bahis mevzuu olabilir.

a. Dâvacının zilyed olduğu menkul rızası hilâfına elinden çıkmış, meselâ çalınmış yahut kaybolmuşsa, dâva hakkı hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara karşı da mevcuttur. Tuor'un işaret ettiği gibi menkul hak sahibinin rızası olmaksızın elinden çıkmışsa, dahili bir ayıp ile mualleldir. Menkul hak sahibine avdet edinceye kadar, bu ayıp devam eder ve hüsnü niyetle iktisaba mani olur, meğer ki beş senelik iktisabi müruru zaman müddeti dolmuş olsun. Meselâ fakülte kütüphanesinden bir kitap zayi olmuştur. Fakülte memurları bu kitabı bir kitapçıda görüyorlar. Kitapçı bu kitabı bir talebeden bedeli mukabilinde satın aldığı iddia etse dahi, fakülte, zilyedliğini ve kitabın ziyasını isbat edebilirse, kitapçı lehine mevcut olan karine sukut eder ve kitabın iadesi lâzım gelir.

b. Dâvalı, menkulü suiniyetle iktisap etmişse, menkulün ne suretle elden çıktığı bahis mevzuu olmaksızın dâvacı dâva hakkına maliktir. Yalnız dâvacının da menkulü suiniyetle iktisap etmemiş olması gerekir (M. K. m. 904).

c. Her iki şıkta dâvalı zilyedliğini iki suretle müdafaa etmek imkânına maliktir. Ya dâva sebebinin hilâfını iddia ve isbat eder, yahut dâvacıya nisbetle tercihe şayan bir hakka sahip olduğunu isbat ederek aleyhine hasıl olan karineyi iskat eder. Meselâ, yukarıki hâdisede kitapçı ziyaya tarihinden itibaren Medenî Kanununun 701 inci maddesi dairesinde kitabı fasılasız ve nizasız mülkü olarak ve hüsnü niyetle beş senedenberi yeddinde bulundurduğunu, iktisabi müruru zaman sebebiyle malik olduğunu iddia edebilir. Hattâ 909 uncu maddeye göre, kendinden önce başka bir zilyed mevcut olup, bu zilyed müruru zamandan istifade hakkına malikse, zilyedlik müddetini kendi müddetine zammedebilir. Yahut kitabın fakültenin zilyedliğine geçmeden rızası hilâfına, elinden çıkmış olduğunu ileri sürer. Nihayet, son imkân dâvacının suiniyet sahibi olduğunu isbattır.

d. Zilyedlik hakkı dâvası için kanunen aranan unsurlar mevcut, yani menkul hak sahibinin rızası olmaksızın elinden çıkmış, çalınmış veya

kaybolmuş olsa dahi, hüsnü niyet sahibi müktesip lehine olmak üzere üç halde bu dâva hakkı tahdit edilmiştir:

aa. Medenî Kanununun 903 üncü maddesindeki hallerde dâva hakkı tanınmamıştır. Bu madde hak sahibinin rızası olmaksızın elinden çıkan para ve hâmile muharrer kıymetli evrakta hüsnü niyetle iktisabı tanzim eder. Çalınan veya kaybolan para veya hâmile muharrer kıymetli evrak ise, hüsnü niyet sahibi müktesip aleyhine iade dâvası mesmu değildir. Ancak müktesibin hüsnüniyet sahibi olması lâzımdır. Para veya hâmiline muharrer kıymetli evrakı üçüncü şahsın tercihe şayan bir hakka sahip olduğunu bilerek alan, yahut iktisabında halin icabına göre gereken ihtimamı göstermiyen kimseler, hüsnüniyet sahibi sayılmaz.

bb. Medenî Kanununun 902 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki halde dâva hakkı ödenen semenin tediyesi şartına tâbidir. Rızasız elden çıkan menkul alenî bir müzayededen, bir pazardan veya mümasil eşya satan bir tâcirden hüsnüniyetle iktisap olunmuşsa, dâvacı hüsnüniyet sahibi müktesibin ödediği semeni vermedikçe menkulün iadesi lâzım gelmez. Hak sahibi tâbir caizse, kendi malını tekrar satın almak mecburiyetindedir¹²⁸.

cc. Medenî Kanununun 701 inci maddesindeki şartlara göre müruru zaman müddeti dolmuşsa, hüsnüniyet sahibi müktesip maliktir.

dd. Medenî Kanunun, tedavül emniyetini korumak gayesi ile koyduğu tahdidat, müktesibin hüsnüniyet sahibi olması şartına bağlıdır. Müktesip suiniyet sahibi ise tahdidat kalkar. Suiniyet sahibi müktesip aleyhine her zaman dâva ikame edilebilir¹²⁹.

C. (Saticının fer'î borçları) Saticının fer'î borçları, mefhumu altında akdin gayesi bakımından müstakil bir önemi haiz olmamakla beraber, bu gayenin tahakkukunu teshil eden bir takım vecibeler anlaşılır¹³⁰.

1. Alman hukuku bir kısım fer'î borçlara mesnet olarak B. G. B. nin 242 nci maddesini gösterir. Bu maddeye göre «borçlu edimini teamül ve âdetin gerektirdiği hüsnüniyet kaidelerine tevfikân ifa ile mükelleftir¹³¹.» Mezkûr hükümde ifadesini bulan prensibe dayanılarak satıcının mebide

128) Curti-Forrer, zge. s. 679 madde 934 (902). Tuor, zge. s. 438.

129) Medenî Kanununun 901 ve 902 nci maddeleri hakkında verilen izahatta Tuor'un eseri örnek alınmıştır.

130) Oertmann, Kaufrecht, zge. s. 398. 2.

131) Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, s. 50. B. G. B. nin 242 nci maddesinde geçen «Verkehrssitte» tâbirinin hukukî mânası bu eserde tercüme ettiğimiz mânada tefsir edilmektedir.

mevcut olan ayıp ve noksanları, alıcının tesellüme hazırlanabilmesi için irsal tarih ve şeklini, velhasıl halin icabına göre alıcıyı ilgilendirebilecek hususatı beyan ve ihbar ile mükellef olduğu kabul edilir. Kezaîk satıcı mebliin kullanışı, vasıfları hakkında gereken izahatı, hakların izharı için lüzumlu sayılan malûmatı vermeğe mecburdur. Mevcut esbabı subutiye-nin, meselâ konşimento, nakliye ve ardiye senetlerinin itası da bu borç çerçevesi içine girer¹³²,¹³³.

Türk Ticaret Hukukunda 644 üncü madde Alman Hukukuna benzer bir kaide vazetmektedir. Bu maddeye göre, «bir taahhüdü ticarînin ifasında müteahhidin basiretkâr bir tâcir gibi hareket etmesi lâzımdır.» Bu hüküm bilûmum ticarî borçların, bu meyanda satışların, ifasında tamamlayıcı bir kaidedir. Esas hedefi, hususî hüküm bulunmayan yerlerde borçlunun borcunu ifadaki ihtimam derecesini tâyindir. Filhakika 644 üncü maddenin tatbiki için evveleminde bir borcun doğmuş olması şarttır. Borç mevcut değilse ihtimamı tayine de mesağ yoktur¹³⁴. Bununla beraber «basiretkâr tâcir gibi hareket» mefhumunda edimin hüsnüniyet kaidelerine tevfikân lâyıkiyle ifası için basiretkâr bir tâcirin yapması icabeden hususat da mündemiç sayılabilir. Basiretkâr tâcir gibi hareket, yalnız bir ihtimam ölçüsü olmayıp bu mefhuma, mukavele veya kanunun mücerret olarak tesbit ettiği vecibenin yanında, basiretkâr tâcir gibi hareketin birlikte getirdiği borçlar da girer¹³⁵. Mukavele veya kanunda kullanılan tâbirle taayyün eden taahhüt hududundan zahir olmasa bile, her ticarî taahhütte basiretkâr tâcir gibi hareketin gerektirdiği borçlar da mündemiçtir. Bu itibarla bizde de satıcıya teamül ve adet icabı basiretkâr tâcir mefhumuna ithal edilebilen vecibeler tahmil olunabilir.

132) B. K. nun 168 inci maddesine de bakınız.

133) Hattâ Staub'e göre, başka yerden tedarik imkânı mevcut değilse, satıcı bir anlaşma olmaksızın imali ihtisasa bağlı esyaların yedek parçalarını da bedel mukabilinde satmağa mecburdur. Staub, zge. III. s. 666, No. 61. Oertmann, Kaufrecht, zge. s. 398-399; Oser, zge. s. 465. e. bakınız. Fransız Hukukunda eski bir karara göre, ifa mebliin nakliyeciyeye teslimi ile vaki olmuşa, satıcı keyfiyeti alıcıya ihbar ve nakil sureti hakkında fatura itasına mecburdur.

Chauveau, zge. I. XI. No. 1182.

134) Staub-Fisko, zge. s. 58 ve müt. Bu kanaattedir.

135) Yukarıda teslim borcu hakkında verilen izahatı tetkik ediniz. (Hattâ kanaatimizce bu ölçü yalnız borçların ifasında cari olmayıp hakların ifasında da kıstas vazifesini görür. Medeni Kanunun 2 nci maddesine de bakınız. Meselâ satıcı, alıcının temerrüdünde ifa talebinde ısrar etse dahi bu talebin icrasını dilediği zamana talik edemez.)

2. a. Alıcı ile satıcı ayrı mahallerde bulunuyorlarsa, mebiî alıcının bulunduğu yere göndermek üzere, satıcının fer'î irsal mükellefiyetinden bahsedilebilir. Ancak borcun ifa mahalli alıcının bulunduğu yer ise, esasen satıcı mebiî teslim yerine nakil ile mükelleftir. Bu halde irsal veci-besi asli bir borç mahiyetindedir. Fer'î irsal mükellefiyetinden, mebiîin ifa mahallinden gayrı bir yere gönderileceği hallerde bahsedilebilir.

İsviçre Hukukuna göre, alıcı ifa mahallinden gayrı bir yerde oturuyorsa, satıcı zimni de olabilen bir anlaşmaya tevfikân mebiî bu mahalle sevk ile mükelleftir. Sevk mükellefiyeti bey akdinden doğan fer'î bir borç mahiyetinde telâkki edilmektedir. Kezâlik Alman Hukukunda da, bilhas-sa ticaret sahasında, satıcının teamül icabı mebiî irsal ile mükellef olduğu kabul edilir. İngiliz Hukukunda, bey akdinden zımnen anlaşılma-dıkça, satıcının sevk borcu yoktur¹³⁶.

Türki Hukukunda esas itibariyle satıcı mebiî ticarethane veya ika-metgâhının bulunduğu yerde ve mebiî muayyen olup taraflar bunun diğer bir mahalde bulunduğuna vâkıf iseler, bu mahalde teslim ile mükelleftir. Kaideten bizde de satıcının hot be hot sevk mükellefiyetinden bahsedilemez. Ancak, sarahaten veya zımnen akidle kararlaştırılmış veya tea-mül mevcutsa satıcı mebiî irsale mecbur sayılabilir. Lâkin bu halde de sevk mükellefiyeti müstakil bir borç mahiyetinde olmayıp, bey akdine bağlı fer'î bir taahhüt mahiyetinde tavsif edilmelidir¹³⁷.

Sevk borcu akit veya teamülden doğmuşsa, ifa mahallini değiştirmeyeceği gibi, hilâfı kararlaştırılmış olmadıkça nakil masraflarını da satıcıya tahmil etmez (T. K. m. 690, B. K. m. 185, 186). Kezâlik nakil vesair rizikolarda da değişiklik husule gelmez. Satıcının borcu irsalî gerçekleştirmek olup icra değildir. Bu itibarla irsal borcu mevcut olsa dahi, satıcı ne nakliyecî, ne de nakliye komisyoncusu mevkiine girer. Mebiî nakliyecî veya nakliye komisyoncusuna teslim edilmişse, bunlar satıcının muavîn şahsı değildirler. Kusurlarından satıcı mesul tutulamaz. Bununla beraber hâkim olan kanaate göre, satıcı, mebiî mücerret irsal ile borcunu tamamen ifa etmiş sayılmaz. Halin icabına göre, lüzumlu sayılan nakil mukavelesini akta mecbur olduğu gibi, mebiî hâkimiyet ve tasarruf sahası dışına çıkıncıya kadar (veya tekrar hâkimiyet ve tasarruf saha-

136) Oser, zge. s. 464, 468, 279. Egli, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, zge. s. 21. Staub, zge. IV. s. 367 No. 28, s. 381 No. 48 Oertmann Kaufrecht, zge. 564. İngiliz hukuku hakkında Bey' hakkında Kanununun 29 uncu maddesine bakınız.

137) T. K. m. 655, B. K. m. 73, 2. Becker'e göre mebiîin nakli hakkında taraflar arasında bir anlaşma mevcut olmasa dahi, mebiîin irsalî talep edilmişse, satıcı bu isteği reddedemez. Becker, zge. s. 28 No. 2. Ticari bey', I. s. 244 de bakınız.

sına girmişse, meselâ hudutta yolların kapanması sebebiyle) nezaretle mükelleftir¹³⁸.

Satıcının irsal borcu vekâlet mahiyetinde tavsif edilmemekle beraber, vekâlete benzer bir vaziyet yaratır. Kaideten mesuliyet ve ihtimam borcu vekâleti olmadan başkası hesabına hareket eden şahıs gibidir. Alıcı talimat vermişse bu talimata riayet etmelidir. Talimat vermemişse halin icabına göre satıcının talimatı istihsal borcundan dahi bahis edilebilir. (Alıcı talimat vermişse talimatına bağlı olmayıp, bunu, masrafı kendine ait olmak üzere, değiştirebilir. Bu kabil vaziyetlerde alıcının menfaatleri satıcının menfaatlerine takaddüm eder). Ancak talimatın tebdili satıcıya mutadın fevkinde vecibeler tahmil edemez¹³⁹.

b. İrsal borcu akten veya teamülen doğmuşsa, satıcı bu borcun ifası için gereken ambalâjı da yapmakla mükelleftir. Ticaret Kanununun 690 ıncı maddesinde ambalâj tasrih edilmediği cihetle naklin bir cüzü olmak üzere masrafları alıcıya aittir. Bununla beraber fena ambalâjdan satıcı mesuldür. Ancak teslim mahalli mebiin gönderileceği mahal ise ambalâj masrafı teslimin bir cüzü olur ve satıcıya tahmil edilir. Burada bahis mevzuu edilen ambalâj mebiin nakli için zarurî olan ambalâjdır. Em-tianın ihzar ve tezyini için yapılan ambalâj, malın bir vasfı olup masrafı satıcıya aittir¹⁴⁰.

c. Kaideten satıcı, talimat verilmiş olmadıkça, mebi nakil rizikolarına karşı sigorta ettirmekle mükellef değildir. Bununla beraber, sigortanın, zamanla ticaret aleminin aşağı yukarı bilûmum nakliyatta zarurî telâkki ettiği bir müessese haline geldiği gözden kaçırılmamalıdır. Bizce nakil sureti sigortayı istilzam ettirecek mahiyette ise, satıcı basiretkâr tâcir sıfatiyle sigortayı yaptırmakla mükelleftir¹⁴¹. Bu kadar ileri gidilmek istenmese bile, hiç olmazsa satıcı sigorta hakkında talimat istemelidir.

Alıcı, sigorta hakkında emir vermiş, fakat emrin hududunu tayin etmemişse, satıcının Ticaret Kanununun 936 ncı maddesine kıyasen, sigorta

138) Oertmann, Kaufrecht, zge. s. 399 - 400 c. Becker, zge. s. 28. No. 1. Oser, zge. s. 473, Ticari bey' I, s. 250 de bakınız.

139) Beckere göre satıcı irsal masraflarını üzerine almışsa, alıcı nakilden vazgeçerek munasip bir miktarın semenden tenzillini dahi istiyebilir. Becker, zge. s. 28 No. 1. 29 No. 4. Oertmann Kaufrecht, zge. s. 400 bakınız. Ticari bey' I, s. 244 tedkik ediniz.

140) Staub, zge. IV. s. 475 No. 121 - 124. Oertmann Kaufrecht s. 400, Becker, zge. s. 29 No. 3, Ticaret Kanununun 703 üncü maddesine de bakınız.

141) Zimnen aynı kanaatte: Becker, zge. s. 28-29. 29 No. 3.

nın yapılacağı mahalde örfe cari olan şeraite göre sigortayı yapmağa mecbur olduğu kabul edilebilir¹⁴².

4. Mebi akdin inikadından sonra teslim edilecekse, satıcı emtiayı teslim zamanına kadar muhafaza ile mükelleftir. Akit ifa edilmiş sayılmadıkça muhafaza borcu da bey akdinden doğan fer'i bir borçtur. Bu borca da kıyasen vekâlet ahkâmı tatbik edilebilir¹⁴³. Hasar intikal etmiş olsa dahi satıcı mebi teslim edilinceye kadar basiretkâr bir tâcir gibi muhafazaya mecburdur¹⁴⁴.

Âkit taraflar arasında mebi teslim edilmeden Medeni Kanunun 892 nci maddesindeki esaslar dairesinde ifa edilmişse, bu halde muhafaza mükellefiyeti ya yapılan hususî sözleşmeden veyahut ayrı bir muameleden doğar¹⁴⁵.

5. Ticaret Kanununun 690 inci maddesinden zahir olduğu gibi hilâfına mukavele veya örfü âdet mevcut değilse, tartma, ölçme gibi teslimine ait bilcümle masraflar satıcıya râcidir. Maddede geçen «teslim» tâbirinden maksat, satıcıya terettüp eden teslim borcunun ifası için tartma, ölçme, sayma gibi, mebiin tefrik ve tahsisinde yahut semenin tayininde zarurî olan ameliyelerdir. Kezalik satıcı mebi teslim yerine kadar götürmek, orada istif ve ayırmakla da mükelleftir. Bu ameliyelerin masraflarını da satıcı ödiyecektir. Buna mukabil satıcı, alıcının ticarethane veya ikametgâhında ifayı taahhüt etmişse bu mahale kadar bütün masraflar satıcıya aittir.

Teslim yeri değişmeksizin satıcı, irsali akit veya teamül icabı üzerine almışsa, hâkim olan kanaate göre trene kadar nakil ve tahmil masrafları da satıcıya aittir. Alıcı sadece nakil masraflarını öder. Deniz taşı- rı nakliyatında ise, Ticaret Kanununun 1102 nci maddesine tevfikan mukavele, yükleme limanı nizamları veya mahalli âdetlerle hilâfı tayin edilmiş olmadıkça eşyanın gemiye kadar taşıma masrafı kiracıya, yükleme masrafı da kiracıya aittir¹⁴⁶.

Umumiyetle taraflar kanun veya teamülün tayin ettiği esaslarla mukayyet olmayıp, hususî anlaşmalarla masrafların aidiyet cihetini değiştirebilirler. Fakat, satıcı mukavele ile nakil masraflarını üzerine alsada

142) Oertmann Kaufrecht, zge. s. 401 e bakınız.

143) Becker, zge. s. 14 No. 3.

144) Fransız Hukukunda da vaziyet böyledir. Chauveau, zge. f. XIX. No. 1150. Yukarıda verilen izahata da bakınız. Atıf No. 33.

145) Staub, zge. IV. s. 410 No. 59 a ve müt.

146) Staub, zge. IV. s. 474/5. No. 119, 119 a. Oser, zge. s. 473 a. Sshaps, Seerecht, s. 324 ve müt. mad. 561.

hi ifa mahalli değişmez. Ticaret Kanununun 698 inci maddesinin işaret ettiği gibi, satıcının mücerret nakliye masraflarını deruhte etmesi naklölunacağı mahallin teslim mahalli addini intaç etmez. Satıcının teslim yeri ticarethane veya ikametgâhı yahut mebiin bulunduğu mahaldir (T. K. m. 655). Bu itibarla nakil masraflarına mütedair bir anlaşma ifa mahalli bakımından satıcı lehine tefsir edilmelidir¹⁴⁷, meğer ki hilâfı akdin hususî mahiyetinden¹⁴⁸ veya sözleşmeden açıkça anlaşılsın.

Tâcirler arasında masraflara mütedair yapılan ve ekseri hallerde hususî terimlerle ifade olunan anlaşmaların hüküm ve tesirleri mahalli âdetlere göre değişir. Cif, Fob, Franko gibi beynelmilel mahiyet arzeden bazı şartlar ise muhtelif devletlerce tedvin edilerek daha müstakar esaslara bağlanmıştır. Türk Ticaret Kanunu, Cif satış hakkında mufassal hükümleri ihtiva eder (T. K. m. 722 ve müt.)¹⁴⁹. Borçlar Kanunu «franko teslim» şartını tanzim etmiştir. 186 ncı maddenin 2 nci fıkrasına göre «masrafsız» yani «franko teslim»¹⁵⁰ şart edilmişse, satıcı nakil masraflarını da üzerine almış addolunur¹⁵¹. Franko tâbiri, masraftan muafiyeti tâyin etmekle beraber mânası eklendiği kelimeye göre değişebilir. Mese-lâ franko vagon denmişse, bunun mânası, satıcının, vagona kadar tahmil masrafları dahil olmak üzere, nakil masraflarını deruhte etmiş olduğudur. Mebi «franko rıhtım» şartıyla satılmışsa, rıhtıma kadar ve rıhtımda tahliye masrafları satıcıya aittir. «Franko istasyon» denmişse kaideten trene kadar tahmil masrafları satıcıya, nakil masrafları alıcıya aittir. «Franko ticarethane veya ikametgâh» şartında bütün nakil masraflarını satıcı deruhte etmiş sayılır. Cif ve fob satışlarında bu kısaltmalara eklenen liman adı da masraflarda bazı değişiklikler vücade getirebilir. Mese-lâ emtia «cif yükleme limanı» şartıyla satılmışsa, satıcı varma yerine kadar navlun mukavelesini yapmak, sigorta vesair masrafları temin ile mükellef olmakla beraber bu masrafları üzerine almış sayılmaz¹⁵².

Dr. Halil Arslanlı

147) Hilâfı tasrih edilmemişse teslim zamanı da irsal tarihine göre tayin edilir. Becker, zge. s. 29 No. 6 bakınız.

148) Cif ve Fob hakkında 'Ticari Bey' adlı eserime bakınız, s. 257 ve müt.

149) Fob hakkında İskandinav Kanununun 62 nci maddesini tedkik ediniz. Tore Almén, Das Skandinavische Kaufrecht, s. 283 ve müt.

150) Mehaz metinde «franko» kelimesi kullanılmıştır.

151) Schneider'e göre «franko teslim» şartında sigorta bedelini satıcı ödemekle mükelleftir. Fick-, zge. s. 348 No. 10 da zikredilmiştir.

152) Staub, zge. IV. s. 474 ve müt. No. 119.