

## TİCARİ HÜKÜMLERE GÖRE BEY'İN MUHTELİF NEVİLERİ

Doç. Dr. Halil ARSLANLI

### A. Bir malın ileride tedarik ve ihzarı suretiyle bey'i.

Ticaret Kanununun 688. inci maddesine göre, «zamanı akitte mevcut olmayıp vakti teslimde tedarik ve ihzarı kabil olan emvali ticariyenin bey'i sahihtir». Metin açık olmamakla beraber maddenin ruhundan iki muhtelif satış şeklinin tanzim edildiği ileri sürülebilir.

a) Bir malın ileride tedariki suretiyle bey'i, en ziyade, tipik ve vasıfları muayyen, standardize emtiada tesadüf edilen bir satış şeklidir. Umumiyetle alım satımda asıl olan mebiin akdin inikadı sırasında mevcut olması, bayiin bu malı aynen, akdin mevzuu nev'en muayyen bir eşya ise, tefrik edilen kısmı teslim etmesidir. Halbuki 688. inci maddede bahis mevzuu edilen satışlarda, satılan mal, satıldığı sırada, bayiin elinde değildir, satıcı sonradan tedarik ederek müşteriye kararlaştırılan vâdede teslim edecektir [1]. (Meselâ üç ay sonra teslim edilmek üzere 1000 çuval buğday satışı). Bu itibarla bu çeşit satışlarla sair satışlar arasındaki fark daha ziyade mebiin akdin inikadı sırasında mevcut olmamasından doğan hükümlerde aranmalıdır. Meselâ nefi ve hasar ancak malın teslimi ile intikal eder [2]. Ancak kanun, tedarik suretiyle bey'in mevzuunu, «ticarî emvale» hasretmekle, mebiin vasfı bakımından da bir fark ihdas etmiştir. Lâkin bu farkın vüs'at ve şumulü ticarî emval tâbirinin tefsirine bağlıdır.

«Ticarî emval» tâbirini Fransız hukukundaki anlamına göre tefsir edersek [3], [4], sair akidlerle bu akid nev'i arasında mevzu bakımından

[1] Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, IV. s. 84.

[2] T. K. 697. 3.

[3] Code Civil Art. 1598. «Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'allénation.»

[4] E. Manasse, Code de Commerce, s. 201. «T. K. 688. Est valable la vente d'une chose de commerce.....» Bizce «emvali ticariye» tâbirinin «chose de commerce» kelimeleriyle türkçeye çevrilmesi mânaya uygun değildir.

hiçbir fark olmadığı neticesine varmak lâzımdır. Bilindiği gibi ticarî emval, «chose de commerce», Fransız hukukunda gayet geniş bir surette tefsir edilmektedir. Mukavele mevzuu olabilen her şey ticarî emvalden madduttur. Bu hudut dışında, sadece deniz, hava gibi, mahiyet, veya âmme emlâki gibi tahsis bakımından bey'i gayri mümkün veya memnu olan mallar kalmaktadır[5].

Kanunun ruh ve maksadı «ticarî emval» tâbirinin bu derecede geniş bir tefsirini tevzî etmese gerektir. Ticarî bey de dahil olmak üzere akıdların mevzuları esasen umumî hükümlerle tayin edilmiş bulunduğundan, ticarî bey faslında tekrarı mantıksız olurdu. Sair bey nevilerinde tesadüf edilmeyen bir vasfın bu satış şeklinde düşünülmüş olması, hususî bir maksada mâtuf olmak lâzımdır. Diğer bir söyleyişle Türk Kanuncusunun «ticarî emval» kelimeleriyle kasdettiği mâna Fransız hukukunun «chose de commerce» mefhumu altında anladığı mânadan çok daha dardır.

Diğer bir yazıda[6], bu maddede geçen «ticarî emval» tâbirini izah ederken, bunu, ticarete konu teşkil edegelen emtia şeklinde tarife çalışmış, lâkin bu tarifin aksayan tarafını da tebarüz ettirmiştik. Filhakika bazı hallerde bir malın ticarete hangi anda dahil olduğunu ve ticarî vasfın izafesi için ne gibi vasıfları haiz olması lâzım geldiğini tayin müşkülât arzedebilir. Bu müşkülü halledecek bir çözüm şekli ticarî emval tabirini ticarî misli eşya ile tev'em addetmektir ki kanunun bu nev'i eşyayı kasdettiği müdafaa edilebilir[7]. Bu telâkki az çok muhik olmakla beraber, maddede kullanılan tâbir geniş bir tefsire müsait olduğundan, mezkûr akid şeklini, ticarî olmak şartıyla, vasıf ve alâmetleri malûm ve muayyen eşyaya da teşmil etmek mümkündür[8].

Demek oluyor ki bizde mevzu ister muayyen, ister nev'en muayyen olsun, ileride tedarik edilmek suretiyle satılabilir, yeter ki mebi ticaret erbabının az çok alıp sattığı, yani ticaret âleminin ticaret metaı olarak vasıflandırdığı bir mal olsun[9].

688. inci maddenin bu tarzda tefsiri ile 686. ncı maddedeki hükme yakın bir durum yaratıldığı ileri sürülebilir. Hakikatî halde 688. inci mad-

[5] M. Chauveau, P. Chauveau, Ventes Commerciales, F. III. No. 114-119.

[6] Ticarî bey'in mahiyet ve mevzuu adlı yazımı tetkik ediniz. Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XII. s. 2.

[7] Hırs, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. inci bası, bu kanaattedir, lâkin esbabı mucibe vermemiştir. s. 718.

[8] Staub, zge. s. 84. c. IV.

[9] Kanunda tarif edilmediği cihette, ticarî malın sair unsurlarını tesbit ticarî adetlere düşen bir vazifedir.

de ile 686. ncı madde arasında iki mühim fark mevcuttur. 686 ncı madde, her nevi emval hakkında câridir. 688. inci madde yalnız ticari emvale kabili tatbiktir. 686. ncı maddede bayi başkasına ait mevcut bir malı satmıştır. Bayi satış borcunu üzerine alırken, her iki taraf, mebliin üçüncü bir şahıs yedinde bulunduğuna vakıftırlar. Bu itibarla bayiin borcu ya bu malı üçüncü şahıstan tedarik ederek teslim etmek veya üçüncü şahsın muvafakatini istihsal etmektir. Lâkin bu borcu yerine getiremediği takdirde ademi ifanın müeyyedesi yalnız tazminattır. 688. inci maddeye göre mebliin bayiin veya üçüncü bir şahsın yedinde bulunması ehemmiyetli değildir. Bayiin borcu satılan malı kararlaştırılan vâdede teslimdir. Akdin mevzuu ticari bir mal olduğundan tedarik edilememek gibi bir hal bahis mevzuu olamaz. Esasen bu kabil satışlarda müşterinin gayesi ilerideki ihtiyaçlarını önceden sağliyerek fiat temevvüçlerine veya sair âmilere maruz kalmamaktır. Bu itibarla aynen ifada ısrar edebilir, yani açılacak davanın mesnedi 714. üncü maddedir.

b) Bir malın ileride ihzarı suretiyle bey'i. Bu kabil beyi akidleriyle istisna akidleri arasında yakın bir benzerlik vardır. Çünkü istisna akidinde de, müteahhidin borcu bir şeyin imal ve ihzarıdır[11]. Malzeme müteahhid tarafından temin edilecekse benzerlik daha da artar. Bu itibarla tefrik müşkülât arzedebilir.

İsviçre hukukunda hâkim olan telâkkiye göre, sây esas malzeme tâli mahiyette olup verilen ivaz ihzar ve imal edilen malın karşılığı olmaktan ziyade sâyın bir ücreti ise, istisna akdi, malzemenin sâye takaddüm ettiği, borcun muayyen bir şahıs tarafından ifasına ehemmiyet verilmediği hallerde, beyi akdi kabul edilmektedir. Kezalik akdin mevzuu seri halinde imal edilen bir eşya ise beyi akdi, imal edilen eşyanın tarzı ihzarına önem verilmişse istisna akdi mevcuttur[12].

Alman hukukunda bu kabil akidleri tanzim eden iki muhtelif hüküm mevcuttur. Medeni Kanununun 651. inci maddesine göre müteahhid, şeyin imalini tedarik edeceği malzemenin taahhüt etmişse, imal edilen şeyi teslim ve mülkiyetini nakle mecburdur.

Böyle bir mukaveleye bey akdi hükümleri tatbik olunur.

[10] Staub, zge. s. 664. c. III.

[11] B. K. 355. «İstisna, bir akiddir ki, onunla bir taraf (müteahhid) diğer tarafın (is sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.»

[12] Oser, Das Obligationenrecht, s. 463, 690.

Flick-Schneider, Das schweizerische Obligationenrecht, s. 334, madde 184.

Misli olmıyan bir mal imal olunacaksa, beyi hükümlerinin yanında istisna akdi hükümleri de tatbik olunur. Müteahhidin vereceği malzeme tâli mahiyette ise, 651. inci maddenin son fıkrasına göre, yalnız istisna akdi hakkındaki hükümler câri olur.

Ticaret hukuku sahasında ise misli olmıyan eşyanın imali de ticarî bey hükümlerine tâbidir[13]. Demek oluyor ki müteahhid tedarik edeceği misli bir malın imalini taahhüd etmişse, muamele Medenî Kanununun 651. inci maddesine binaen, bey akdi hükümlerine tâbidir, ve akid ticarî mahiyette ise ticarî beyi ahkâmı tatbik olunur. Bununla beraber akid ticarî mahiyette olsa da, misli olmıyan bir eşyanın imali deruhde edilmişse, Staub'a göre bu halde de akdi tam bir bey akdi olarak tavsife imkân olmayıp, 651. inci madde dairesinde beyi hükümleriyle istisna hükümlerinin yanına tatbiki gerekir. Fark bilhassa ayıplarda tezahür eder. Müşteri ayıplı bir malın ayıpsız bir mal ile tebdilini istiyemez, ancak ayıbın izalesini talep edebilir[14].

1893. tarihli İngiliz Bey Akdi Kanununun 5. inci maddesine göre, beyi akdinin mevzuu bayiin mülkiyet veya zilyedliğinde bulunan mallarla bayiin akdin inikadından sonra imal veya tedarik edeceği mallardır. İngiliz hukuku Alman hukukundan farklı olarak bahis mevzuu ettiğimiz akid nev'ini bey akdi olarak tavsif etmiştir.

Türk Ticaret Kanununun 688. inci maddesinde Alman ve İsviçre hukukunun anladığı mânada muhtelit bir akid tipinin mevcudiyeti ileri sürülebileceği gibi, aksi bir telâkki de müdafaa edilebilir Sayın hocam Prof. Hırş eserinde ilk fikre meyletmıştır. Bu müellife göre, vakti teslimde tedarik ve ihzarı kabil olan emvali ticariyeden maksat seri halinde imal edilen fabrika mamulâtı ve kahve, buğday, pamuk gibi borsada muamele gören istandardize zirai mahsullerdir[15].

Maddede geçen «emvali ticariye» tâbirinin misli eşyaya hasrı fikri, hiç şüphe yoktur ki, maddenin tatbikini kolaylaştırır. Lâkin yukarıda işaret edildiği gibi, «ticarî emval» tâbiri daha geniş bir tefsire de müsaittir. Bundan başka maddede geçen «ihzar» mefhumunun mânası da açık değildir.

Ihzar tâbiri hazırlama anlamında tefsir edildiği takdirde, «ki lâfzi

[13] Alman Ticaret Kanunu 381. «Bu fasılda mal alım satımına mütedair vazolunan hükümler kıymetli evrak alım satımına da tatbik edilir. 2. Bu hükümler, müteahhidin tedarik edeceği malzeme ile imal edeceği gayri misli menkul eşyalar hakkında da câridir.» Staub, zge. s. 327. c. IV.

[14] Staub, zge. s. 346. IV.

[15] Hırş, zge. s. 718.

mânası budur- 688. inci maddenin sadece 1. inci bentte izahına çalışılan satış şeklini kastedtiği sonucuna varmak gerektir. Menasse'ye göre bu maddeye Fransız Hukuku me'haz teşkil etmiştir. Bu fikir kabul edildiği takdirde bahis mevzuu hükmün yukarıki mânada tefsiri kanunun ruhuna daha uygun düşer[16].

Ancak ihzar tâbirini imal anlamına da teşmil edebildiğimiz takdirde ki muhtelif bir akid tipinden bahsetmek mümkündür. Lâkin Türk Hukukunda, son şikka göre de bayi ayrı ve hususî bir imal borcu deruh-te etmiş sayılamaz. Asli vecibesi, akdın inikadı sırasında, mevcut olmadığı, imal edileceği her iki tarafça malûm olan bir malı, imal ederek veya ettirerek, teslimdir. Üçüncü bir şahıs tarafından imali halinde akid tam mânasiyle bir bey akididir, ve eşyayı imal edecek kimse Borçlar Kanununun 100. üncü maddesi mânasında muavin bir şahıs da değildir[17]. Lâkin ister kendi imal etsin, ister imal ettirsin, imal hususu ikinci plânda kalır. Satıcı ve alıcı arasındaki anlaşmanın merkezi sikleti beyi üzerinde toplandığı gibi, tarafların rızaları da alım satıma müteveccihdir. Satıcı bir mal satmış alıcı da bir mal almıştır. Bu itibarla Alman ve İsviçre hukukundan farklı olarak muameleyi tam bir beyi akdi şeklinde tavsif etmek gerektir. Nitekim kanunumuz da bu noktayı bahis mevzuu münasebeti beyi şeklinde vasıflandırmak suretiyle tebarüz ettirmiştir.

O halde imal keyfiyetini de derpiş eden bir münasebetin 688. inci madde anlamında tavsifi için şu esaslara ehemmiyet verilmelidir:

- a) Akdın mevzuu ticari bir mal olmak lâzımdır.
- b) Tarafların niyeti alım satım üzerinde toplanmalıdır.
- c) İmal hususu tâli bir mahiyet taşımalıdır.

Mebiin cinsine, tarafların müşterek maksadına ve bilhassa müteahhidin üzerine aldığı borcun mahiyetine nazaran, imal hususu akdın asli vecibesi mahiyetini iktisap ediyorsa, bey ve istisna akdi hükümlerini içine alan muhtelit bir mukavelé şekli bahis mevzuu olabileceği gibi, tarafların hak ve borçlarının münhasıran istisna hükümlerine göre takdiri zarureti de doğabilir.

#### B. Kısım kısım icra edilen bey' akitleri.

Ticaret Kanununun 707. inci maddesine göre, «mukavelenin mahiye-

[16] Menasse, zge. s. 201. Bu müellife göre Ticaret Kanununun 688. inci maddesine Fransız hukuku me'haz teşkil etmiştir. (Code Civil art. 1130). Bu fikir kabul edildiği takdirde maddenin izah edilen şekilde tefsiri kanunun ruhuna daha uygundur.

[17] Handbuch des Handelsrechts, Ehrenberg, c. IV. K. II. P. Oertmann Das Kaufgeschäft, s. 338.

tine, tarafeynin maksadına, veya mebiin cinsine nazaran, taahhüdün kısım kısım icrası kabil ise, tarafeynden biri akdi ancak diğer tarafın icra etmediği kısım hakkında feshedebilir».

Bu madde ile birbirini takip eden muayyen veya muhtelif vâdelerde ifası meşrut satışların kastedildiği anlaşılmaktadır. Sair hukuk çevrelerinde olduğu gibi Türk Hukukunda bu çeşit akidleri tesmiyeye yarayacak bir terim henüz teessüs etmemiştir[1]. Bununla beraber, tatbikatta çok tesadüf edilen bir bey şeklidir. Yalnız ticaretle değil, hukuk sahasında da bu kabil mukavelelere sık sık raslanmaktadır. Meselâ bir fabrikanın kömür ihtiyacını karşılamak üzere, her ay muayyen miktar kömürün teslimi kararlaştırılmış olup, teslim edilecek kömürlerin tamamı bir mukaveleye bağlanmışsa, böyle bir mukavele mevcut sayılabilir. Kezalik gazete, mecmua abonmanları, havagazi, elektrik mukaveleleri de bu mahiyettedir.

Bu çeşit satışları sair bey akidlerinden tefrike yarayacak başlıca kıstas bayiin borcunu bir defada icra etmeyip birbirini takip eden vâdelerde müsavi veya muhtelif miktarlarda ifa edebilmesidir. Buna mukabil müşteri borcunu bir defada ifa edebileceği gibi semenin tediyesi ifa edilen kısımlara göre de ayarlanmış olabilir[2]. Kezalik kısımların birbirine müsavi olması da şart değildir. Birbirini takip eden fasılalar da değişik olabilir. Nihayet ifa zamanları ve edim tutarları mukavele ile tesbit edilmişse mukavelenin mahiyetinden halin icaplarından istihraç edilebilir. İfa zaman ve edim tutarlarının tayin hakkının müşteriye veya bayie terk edilmiş olması da mümkündür.

Demek oluyor ki bu kabil akidleri tefrike yarayacak en önemli ölçü satıcıya düşen borcun ifa şeklidir. Semenın sureti tediyesi daha ziyade ikinci plânda kalır. Bayi borcunu bir defada icra edip semenın tediyesi muhtelif vâdelere taksim edilmişse taksitle satış mevcuttur[3].

Ticaret Kanunumuzda tebarüz ettirildiği veçhile, akdin kısım kısım icrası kabiliyeti mukavelenin mahiyetinden, tarafların maksadından veya mebiin cinsinden zâhir olmalıdır. Lâkin taraflar sarîh bir anlaşma ile de kısım kısım icrayı kararlaştırmış olabilirler. Sarîh bir hüküm mevcut değilse, Ticaret Kanununda yazılı ölçülere gidilerek, kısım kısım icranın meşrut olduğu iddia ve isbat olunabilir. Meselâ, elektrik ve havagazi mukavelelerinde akdin mahiyetinden, taraf ihtiyaç ve menfaatlerine mukavelede mevcut sair hükümlere göre akidlerin kısım kısım icraya mâtuf

[1] Vente à livraison successive. Sukzessivlieferungsgeschäft.

[2] Oser, zge. s. 462 aksi kanaattedir. Staub, zge. s. 842. c. III.

[3] B. K. 222.

müşterek maksatlarından mecmua abonmanı gibi mebiin ancak kısım kısım icraya müsait bir mal olmasından, 707. inci madde mânasında bir satışın mevcut olduğu neticesine varılabilir. Şu izahattan anlaşılacağı veçhile sadece kısım kısım icra imkânı kâfi olmayıp, hüküm bakımından yeknesak, bütün kısımlara şamil, müşterek bir gayeye dayanan bir mukavelelerin bulunması da şarttır[4].

Kaideten alacaklı kısmen vukubulan ifayı reddedebilir [5]. Binaenaleyh, alacaklıyı kısım kısım ifayı kabule icbar için zikri geçen unsurlarda tereddüt edilmemek gerekir. Diğer bir söyleyişle, asıl olan akdın bir defada icrasıdır. Aşağı yukarı her edim kabili taksim olduğundan, kısım kısım ifayı kabul için mebiin kısım kısım ifaya müsait olmasından ziyade tarafların müşterek maksadına ve akdın hukukî mahiyetine bakılmalıdır[6].

Kısım kısım icra kabiliyetini haiz akidlerin tavsifinde iki fikir ileri sürülebilir. Denilebilir ki, her kısım akden birbirine bağlı olmakla beraber, ifa bakımından müstakildir. Diğer bir ifade ile, kısım kısım icra edilebilen akidler, muhtelif vâdeli birbirinden ayrı borçlardan tereküp eder. Bir kısmın ifa edilmemesi diğer kısımlara müessir değildir. Diğer fikre göre, akdın muhtelif kısımlarda ifa edilişi akdi inkısama uğratmaz. Muhtelif kısımlar arasında bağlılık bulunduğu gibi, akid de bir vahdet arzeder. Binaenaleyh bir kısmın ademi ifası, muayyen hükümler gerçekleşmek şartıyla, akdın tamamından rücû hakkı bahşedebilir.

Yabancı hukuk çevrelerinde her iki noktai nazar arasında ortalama bir yol tutulmuştur. Türk Ticaret Kanununun 707. inci maddesi lâfzî mânasına göre tefsir edilirse, bizde birinci telâkkinin revaçta olduğu neticesine varılmak icap eder. Çünkü bu maddeye göre taraflara akdi ancak icra edilmeyen muaccel kısım hakkında fesih hakkı tanınmış gibi görünmektedir. Hukukî durum bu merkezde ise bizde her kısım müstakil bir borç vasfını haizdir. Muayyen bir kısmın ifasındaki imkânsızlık, muayyen bir kısımda temerrüd yalnız bu kısım üzerine müessirdir. Her kısım

[4] Staub, zge. s. 841. c. III. aynı fikirde, Tore Almén, Das Skandinavische Kaufrecht, c. I. s. 304. Oser, zge. s. 462.

[5] B. K. 68. Madde «tediyeden» bahsetmekle beraber sair ifa hallerine de tesmil edilmektedir.

[6] Kezallık müstakil ve birbirine bağlı olmayan müteaddit taahhütleri ihtiva eden akidler de 707 nci maddeye göre kısım kısım icrası kabili olan akidlerden ayrılır. Meselâ aynı mukavelede 100 ton buğday ile 100 ton arpanın teslimi şart koşulmuşsa bu madde anlamında bir akid yoktur.

[7] Tore Almén, zge. c. I. s. 305.

Ticaret Kanununun 716. ncı maddesi dairesinde ayrı ayrı muayene edilerek ayıp ihbar edilmelidir. Evvelki kısımlardan biri veya birkaçı kusurlu çıkmış olsa bile teslim edilen her kısım yeni bir muayeneye tâbidir. Ayıplı bir kısmın kabulü ileride ifa edilecek kısımların da ayıbını kabule delâlet etmez[8]. 717. inci maddedeki müruru zaman her kısım hakkında ayrı ayrı cereyan eder[9].

Kanunun lâfzî ifadesi yukarıda izah edilen tarzda anlaşılmasını istilzam eder mahiyettedir. Kezalik Yargıtay'ın 1931 tarihinde verdiği bir karar da bu fikri az çok teyid etmektedir. Bu karara göre, dava zamanında ikinci ve üçüncü taksitler hulûl etmemiş olduğu cihetle Ticaret Kanununun 707. inci maddesi mucibince müddeinin ancak diğer tarafın icra etmediği bir kısım taahhüd hakkında mukavelenin feshini talebe hakkı mevcut iken umuma ait olan tazminat davasının hüküm altına alınması yolsuzdur[10].

Zâhiri durum bu merkezde olmakla beraber, fesih hakkının münhasıran icra edilmeyen kısma hasrı bazı hallerde alacaklının menfaatlerini muhil olabilir. Meselâ bir fabrikanın muhtaç olduğu makineler bir plân üzerine muayyen bir müesseseye ısmarlanmış olup bunların peyderpey teslimi kararlaştırılmış ve makinelerden bir veya bir kaçının kusurlu teslimi veya teslim edilememesi, icra edilen kısımlardan veya bütünden istifadeyi imkânsız kılacak veya ehemmiyetli derecede azaltacak mahiyette ise, fesih hakkının veya tazminat talebinin sadece ifa edilmeyen tek bir kısma hasrı alacaklıyı geniş mikyasta ızzar edebileceği gibi, bir veya birkaç kısmın ifa edilmemesi veya ayıplı ifası, ileriki kısımların lâyıki veçhile ifa edilmeyeceği hususunda muhik şüphe ve endişeler yaratıyorsa, bu halde de henüz ifa edilmeyen kısımların tamamı hakkında bir fesih ve tazminat hakkı tanımak gerekir.

İsviçre Hukuku her iki halde tam bir rucû hakkı kabul etmiştir. Mesned olarak Borçlar Kanununun 206. ncı maddesi gösterilmektedir. Bu maddenin ikinci fıkrasında bahis mevzuu edilen bağlılığa nadiren tesadüf edileceği tasrih edilmekle beraber, bir kısmın ayıplı olmasından diğer kısımların da ayıplı çıkacağı veya ifanın imkânsız olacağı neticesine varılabilirse, bütün akidden rucûa cevaz vardır. Diğer bir yerde de şu mülâhaza serdedilmektedir. Kaideten ifa edilen kısımlardan rucû caiz değildir.

[8] Oser, zge. s. 495. Fick-Schneider, zge. s. 365, No. 70-74. s. 383, No. 11-16.

[9] Oser, zge. s. 512.

[10] TD. E. 472. K. 1276. G. 23. 5. 31. Hirs, Notlu Ticaret Kanunu, s. 342. Şahap Arıc, Yargıtay İçtihatlarına göre Hasiyeli Ticaret Kanunu, s. 368.

Lâkin akdin tamamı bir vahdet arz ediyorsa bu halde ifa edilen kısımlardan da rucû edilebilir[11].

Sair yabancı hukuk çevrelerine gelince, İskandinav hukuku bahis mevzuu durum hakkında hususi bir hüküm sevketmiştir. 1905 tarihli İsveç bey kanununun 22. inci maddesine göre, mal tedricen ve münferid kısımlarda teslim edilecekse ve kısımlardan birinde temerrüd edilmişse, bu halde müşteri 21. inci madde mucibince akdi ancak bu kısım hakkında feshedebilir.

Temerrüdün tekerrüründen haklı olarak endişe edildiği takdirde, müşteri ileride teslim edilecek kısımları da derhal reddedebilir.

Müşterinin satışı kısmen kabul etmesi menfaatlerini ihlâl ediyor ve muhtelif kısımlar arasında bu mahiyette bir bağlılık mevcutsa, akdin tamamı feshedilebilir.

İngiliz hukukunda da sarıh bir kanun hükmü mevcuttur. 1893. tarihli bey akdi kanununun 31. inci maddesine göre, hilâfı kararlaştırılmamışsa müşteri kısmî ifayı kabule mecbur değildir. Aynı ayrı ve muayyen kısmî edimlerle ifa edilmek üzere bir mal satışı yapılmışsa, ve bayi bir veya birkaç kısmı ayıplı teslim veya müşteri bir veya birkaç kısmı kabul veya tediye temerrüd etmiş veya kabul veya tediye den imtina etmişse, aykırı hareketin, bütün akdin feshini intaç edip etmediği veya tamamını feshe hak vermeksizin, yalnız tazminat hakkı bahşeden kısmî bir ihlâl olup olmadığı, akdin hükümlerine halin icabına göre tayin edilir.

Alman hukukunda da vaziyet pek farklı değildir. Bayi akdin başında ilk kısmı ifa etmemişse, tamamından rucû veya ademi ifa sebebiyle tazminat istenebilir. Bayi bir veya birkaç kısmı ifa etmişse, müşteri yalnız ifa edilmeyen kısımlar hakkında fesih hakkını haizdir. Nadir olmakla beraber ifa edilen kısım müşteri için bir kıymet ifade etmiyorsa, fesih hakkı bu kısma da teşmil edilebilir[12].

Fransız hukukunda kısım kısım icra edilebilen beyi akidleri, taksimi kabil olan ve olmıyanlar tarzında bir tasnife tâbi tutulur. Akdin kabili taksim olup olmadığı tarafların rızalarına, akdin mahiyetine, halin icabına göre takdir edilir. Kabili taksim olmadığı hallerde bir veya birkaç kısımda ademi ifa bütün akdin feshini intaç eder. Meselâ her ay muayyen miktar un teslimi taahhüdü mevzu bakımından gayri kabili taksim addedilmiştir[13].

[11] Oser, zge. s. 462, 517, 512, 336, 495. T. Guhl, Das Schweizerischen Obligationenrecht I. s. 152. (B. G. E. 45. II. 61).

[12] Staub, zge. s. 846. c. III.

[13] Chauveau, zge. F. XXXV. 93, 94, 98.

Muhtelif hukuk çevrelerinde hâkim olan prensipleri toplu olarak hülasa etmemiz gerekirse, denilebilir ki:

- a) Kaideten ifa edilen kısımlar hakkında fesih hakkı tanınmamıştır.
- b) Fesih hakkı sadece muaccel kısım hakkında mevcuttur.
- c) Muhik bir endişe varsa, fesih hakkı henüz ifa edilmeyen kısımlara da teşmil edilebilir.
- ç) Kısımlar arasında bağılılık mevcutsa akdin tamamı feshedilebilir.

Ticaret Kanununun 707. inci maddesi formalist bir zihniyetle tefsir edildiği takdirde taraflara ancak muaccel kısım hakkında fesih hakkı tanıyabiliriz. Lâkin maddenin bu tarzda anlaşılması onun aynen ve lâfzen tatbiki olup hukukî bir tefsiri değildir. Evveleminde şunu tebarüz ettirmek gerekir ki, 707. inci madde bu nevi akidleri tanzim eden yegâne hüküm olmayıp İsviçre içtihatları Borçlar Kanununun 206. nci maddesini de bu kabil vaziyetlere teşmil etmektedirler. Lâkin bizde Ticaret Kanunu Borçlar Kanununa takaddüm ettiğinden ilkönce bu maddenin Ticaret Kanunu ile kabili telif olup olmadığı araştırılmalıdır.

Ticaret Kanununun 707. inci maddesine göre taahhüdün kısım kısım icra kabiliyeti mukavelenin mahiyetine, tarafeynin maksadına ve mebiin cinsine göre tayin edilecektir. Bu hüküm ise ifanın fiilen kabili taksim oluşuna mâtuf olmaktan ziyade akdin hukuken kabili taksim olup olmadığına müteveccihdir. Diğer bir söyleyişle maddenin tatbiki için bizatihi taahhüdün kabili taksim olması kâfi değildir. Çünkü aşağı yukarı her edim kısımlara parçalanabilir. İfade ana kaide ise, borcun birden icrasıdır. Bu itibarla bahis mevzuu hüküm tarafların rızalarını aksettiren âmillere mâtuf olmak icap eder, yani akdin kabili taksim olup olmadığını akidlerin sarîh veya zımnî rızalarına, müşterek gayeye göre tayin etmemiz gerekir. Kısım kısım icraya cevaz verilmiş olmakla beraber, kısmî icra vahdet arzeden bir akdin ifası şeklinde tecelli ediyorsa, veya kısımların birbirinden tefriki akidden lâyıki veçhile istifadeyi imkânsız kılıyor, veya alacaklının muhik menfaatlerini ihlâl ediyorsa, bu mukavelede müşterek gaye kısım kısım icraya mâtuf değildir. Demek oluyor ki Borçlar Kanununun 206. nci maddesi Ticaret Kanununun tanzim etmediği bir vâkıayı düzenlemektedir. Hakikati halde Ticaret Kanununun 707 nci maddesi de aynı esası muhtevidir. Kısım kısım icraya müsait muayyen mebi neveleri müstesna bu maddeye göre de kısım kısım icra kabiliyetini tarafların müşterek rızalarından istihraç etmemiz lâzımdır. Halbuki böyle bir akidde müşterek gayenin kısım kısım icraya mâtuf olduğu iddia edilemez.

Diğer yandan akid kısım kısım icra kabiliyetini haiz olsa da, muayyen hallerde fesih hakkının sadece muaccel kısma hasrı haksız vaziyet-

lere müncer olabilir. Meselâ, bir kısmın ademi ifası veya ayıplı ifası diğer kısımların lâyıki veçhile ifa edileceği hususunda muhik şüpheler doğuruyorsa bu halde de kalan kısımların feshine cevaz verilmelidir. Von Thur bu mevzuda şu mülâhazaları serdeder: «Kaideten alacaklı Borçlar Kanununun 107. inci maddesinde yazılı hakları ancak icra edilmeyen kısımlar için kullanabilir. Bu itibarla ileriki edimlerin lâyıki veçhile ifa edilip edilmeyeceğini beklemek zorundadır. Bir veya birkaç kısımdaki temerrüd veya bir veya birkaç kısmın fena ifası ileriki kısımlarda gecikmek veya nâtamam ifa olunmak ihtimalini yaratıyorsa, bundan alacaklı için meşkûk ve endişe verici bir vaziyet doğar ki, bu hallerde icrası şüpheli olan bir münasebete bağlı kalmak vecibesi alacaklıya tahmil edilemez[14]....» Von Thur'a göre muaccel kısımdaki temerrüd sadece muaccel edime müteveccih talep hakkının ihlâli olmayıp akdin sair kısımlarını da tehlikeye düşürür. Hukukî münasebetlerde böyle bir tehlikeye karşı korumak lüzumu duyulduğu takdirde, bu himaye, kanunî bir hüküm bulunmadığından, hakkın ihlâlinden bahseden hükümleri hakkı tehlikeye düşüren hallere teşmil suretiyle temin edilmelidir.

Bizce Borçlar Kanununun 82. inci maddesinin tevsiian tatbiki de aynı neticeye götürür.

Borçlar Kanununun 82. nci maddesine göre, «mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akidde âkidlerden birinin borcunu edâdan âciz olması ve bilhassa iflâs veya aleyhindeki haczin neticesiz kalması sebebiyle diğer tarafın *hakkı tehlikeye* düşerse, bu taraf, lehindeki borcun ifası temin edilinceye kadar kendisine terettüp eden borcun ifasından imtina ve talebi üzerine bu teminat münasip bir müddet içinde verilmediği surette akdi feshedebilir».

Gerek me'haz metinde gerek Hıfzı Veldet - Cemal Hakkı Selek tercümesinde[15] tebarüz ettirildiği veçhile, aciz, iflâs ve haciz halleri tâdâdî olup maddenin hukukî mesnedi «hakkın tehlikeye» düşmesidir. Bu itibarla, kısım kısım icra edilebilen akidlerde, kısımlardan birinin veya bir kaçının ifa edilmemesi veya kusurlu ifa edilmesi alacaklının hakkını tehlikeye düşürüyorsa, muaccel kısım hakkında bu maddeden istifade

[14] von Thur- Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts 1944, s. 601, c. I.

[15] Dr. Fritz Funk, Borçlar Kanunu Serhi, Türkçeye çevirenler: Hıfzı Veldet - Cemal Hakkı Selek, s. 137. T. Guhl, Das Schweizerischen Obligationenrecht, s. 152. Bu müellife göre B. K. 82. kaideten yalnız muaccel olan takatt hakkında kabilli tatbiktir. (B.G.E. 52. II. 137).

edilebileceği gibi, bu tehlike henüz ifa edilmeyen kısımlara da şamil olacak mahiyette ise aynı hak bunlara da teşmil edilmelidir.

### C. Mülkiyeti muhafaza şartıyla satım.

L.— Mülkiyeti muhafaza şartı rehin gibi alacaklının hakkını temine yarayan bir müessesedir. Her iki müessese aynı gayeyi gütmekle beraber, aralarında hukukî bakımdan mühim farklar vardır.

Rehin mürteherine merhundan istifade hakkı bahşeder. Mülkiyeti muhafaza şartı ise satıcıya muayyen şartlar gerçekleştiği takdirde mülkiyet hakkı verir. Rehnin maliki borçlu, zilyedi alacaklıdır. Mülkiyeti muhafaza şartında satıcı malik, alıcı zilyedir. Mülkiyeti muhafaza şartında satıcı ne de olsa alıcının mamelekine yeni bir kıymet ilâve etmiştir. Halbuki rehinde mürtehin merhunu evvelemerde kendi alacağına tahsis etmek üzere bu mamelektten çıkarmıştır. Mülkiyeti muhafaza şartı mülkiyetin nakledilebildiği hallerde bahis mevzuu olabilir. Rehnin tatbik sahası daha geniştir[1].

Tatbikatta mülkiyeti muhafaza şartına ekseriyetle taksitle satışlarda tesadüf edilir. Esasen mülkiyeti muhafaza şartı taksitle satış olmaksızın pek mutasavver değildir. Peşin tediye satışlarda mülkiyeti muhafaza şartına lüzum yoktur. Semenin bir defaya mahsus olmak üzere tecil edildiği hallerde de bu müesseseseden pek istifade olunmamaktadır. Bu itibarla en fazla rağbet gördüğü saha taksitle beydir [1a]. Gerçi bizde bu alanda da mülkiyeti muhafaza şartı hukuk sahasındaki istikrarsızlık yüzünden pek inkişaf edememiştir. Bilhassa Medeni Kanunun mecburî kıldığı hususi sicilin bir zamanlar noterler tarafından tutulmaması[2] bu müessesenin ilerlemesine engel olmuştur. Diğer yandan harp yıllarında duyulan emtia sıkıntısı, arz ve talep arasındaki geniş nisbetsizlik, satıcının hâkim vaziyeti, veresiye ve taksitli satışların sahasını pek daraltmıştır. Bundan başka rehine nisbetle mülkiyeti muhafaza şartının bahşettiği

[1] Emil Beck, Der Eigentumsvorbehalt nach dem schweiz. Z. G. B. Inaugural-Dissertation, 1916. s. 39-40.

[1a] R. Homburger, Beiträge zur Frage der erweiterten Eigentumsvorbehalte Inaugural - dissertation 1937. s. 25, T. Guhl, zge. s. 153.

[2] Galip Gültekin, Mülkiyetin muhafazası mukavelesi, Hukuk Fakültesi Mecmuası Yıl I. Sayı 4, s. 451. Halen bu sicil tutulmaktadır. Noter Kanununun 21 inci maddesinin 3 numaralı bendi. «Kanunun tescilini emrettiği akit ve muameleleri kayda mahsus sicil defteri».

T. Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht I. s. 153.

mahdut himaye de gelişmesine az çok mâni olmuştur. Çünkü taksitli satışlarda alıcının başlıca gayesi aldığı mala bir an evvel sahip olmak ve bundan istifade etmektir. Bu itibarla mutad olan, mebiin akdin inikadı akabinde müşteriye teslimidir. Mülkiyeti muhafaza şartı malı müşteriden iktisap eden hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı müessir olmadığından satıcı rehine nisbetle daha az korunmuş olmaktadır[3]. Rehinde merhun mürtehinin zilyedliğindedir. Alacaklı bunu hüsnü niyetle iktisap etmişse matlubu en geniş ölçüde temin edilmiş sayılır. Hakkını istifa etmeden kimse bu mala el uzatamaz[4]. Nihayet bizde mülkiyeti muhafaza şartının tâbi tutulduğu merasim de inkişafını kolaylaştırmamış, bilâkis güçleştirmiştir. Almanyada taraflar arasında zımnî bir anlaşmanın mevcudiyeti, İsviçrede şartın tescili kâfi görülmüş iken [5] bizde tescilden ayrı olarak mukavelenin noterlikçe de tasdiki istenmiştir.

İşte bütün bu âmiller Türk hukukunda mülkiyeti muhafaza şartının kısır bir müessese halinde yaşamasını intaç etmiştir. Halihazırda noterliklerde yapılan muameleler senede yüzü geçmemektedir. Halbuki Almanya, İsviçre ve İngilterede en fakir muhitlere kadar yayılmış olan bu müessesenin faydaları inkâr edilemez. İstenirdi ki her iki tarafın menfaatleri âdilâne bir tarzda telif edilerek bizde de bu müessesenin lâayık olduğu rağbet temin edilebilirdi.

II.— Türk Hukukunda mülkiyeti muhafaza şartı Ticaret ve Medenî Kanunda tanzim edilmiştir.

Ticaret Kanununun 704 üncü maddesine göre «müşterinin semeni tamamen ifa etmezden evvel meble malik olamayacağı hakkındaki şart mutabektir. Bu şartla vukubulan meblide teslim edilen mebiin hasarı vakti teslimden itibaren müşteriye intikal eder.»

Medenî Kanununun 688 inci maddesi mucibince de «Başkasına naklettiği mülkiyeti nakilin uhdesinde hıfz için yapılan mukaveleler ancak menkulü alan kimsenin ikametgâhındaki kâtibi adil tarafından tasdik ve sicilli mahsusuna kaydedilmişse muteber olur.

Hayvanlar hakkında bu suretle mukavele yapılması memnudur.»

[3] «Mülkiyeti muhafaza şartıyla yapılan satışlar hüsnü niyetle hareket eden üçüncü şahısların iktisap hakkını ihlâl etmez.» E. Hirs, Notlu Ticaret Kanunu, s. 340. (4.10.32 günlü yargıtay ictilahı Temyiz Kararları Hukuk kısmı s. 159. 1932).

[4] M. K. 902.

[5] Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, IV. 1933, s. 425-6. İsviçre Medenî Kanununun 715 inci maddesi.

C. Wurmman, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsbereignung, Dissez, s. 9.

Medeni Kanundaki hükme İsviçre hukuku me'haz teşkil ettiğinden Türk hukukunu incelemeyen önce bu çevrede hâkim olan prensipleri tetkik faydalı olur.

Mülkiyeti muhafaza şartı müessesesinin hukukî mânada bir şartı ihtiva ettiği umumen kabul edilmekle beraber, bu şartın tâlikî mi, infisahî mi olduğu hususunda müellifler arasında ihtilâf vardır.

Alman Kanunu tâlikî şart lehine bir karine koyar[6]. Bu itibarla mukavelede şartın mahiyeti hususunda zuhur edebilecek tereddütler tâlikî şart lehine halledilmek lâzımdır. Lâkin mezkûr hüküm tefsiri mahiyette olduğundan taraflar tâlikî veya infisahî şartı seçmekte serbesttirler[7].

Bu serbesti İsviçre hukukunda da mevcuttur. Lâkin tarafların akdin inikadında şartın mahiyetini kararlaştırmış olmaları pek nadirdir. Bu yüzden ekseri hallerde şartın mahiyetini tarafların müşterek gayelerinden, akdin hükümlerinden, bunlar da vâzih değilse, kanunun ruhundan çıkarmak lâzım gelecektir.

Oser, Curti, şüphe halinde şartın tâlikî olduğunu kabul ederler. Fick bu şartın infisahî, bazan da tâlikî olduğunu ileri sürer[8]. Eugen Huber'e göre mülkiyeti muhafaza edilen mal tescilden önce teslim edilmişse, şart ancak infisahî olabilir[9].

[6] Alman Medeni Kanununun 455 inci maddesi. «Menkul bir malın satıcısı mülkiyeti semenin tamamen ödenmesine kadar muhafaza etmişse, tereddüt halinde, mülkiyetin tamamen tediyesi taliki şartıyla nakledildiği ve satıcının müsterinin temerrüdün de akidden rücu hakkını haiz olduğu kabul olunur.»

[7] Staub, zge. s. 424.

[8] Curti-Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen 1911. s. 370. «Kaideten mülkiyeti muhafaza şartı hakkındaki anlaşma taliki sarta muallâktır.»

Fick-Schneider, Das Schweizerische Obligationenrecht, 1915. Madde 226 No. 7. «Mülkiyeti muhafaza şartı infisahî bazan da taliki bir şarttır...» s. 408.

M. Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Dr. Hans Leemann, Sachenrecht, s. 331. Bu müellife göre de taliki bir şarttır. G. Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweiz. Zivilg. und Obligationenrecht, No. 2413, Zürich, 5.5.1920. «Mülkiyeti muhafaza şartının tescilli, mülkiyetin naklini semenin tediyesine muallâk taliki bir sarta bağlar». 2413 a. «Satıcı, tediyeye muallâk infisahî sarta bağlı mülkiyet hakkını muhafaza eder.»

[9] Eugen Huber, Formen im schweizerischem Privatrecht, s. 108. E. Beck zge. s. 43 de zikredilmiştir.

Mülkiyeti muhafaza şartını tez mevzuu ittihaz etmiş olan Emil Beck, şartın mahiyetini şu mütalâa ile tesbite çalışır:

a) Mal tescilden sonra teslim edilecekse taraflar tâlikî veya infisahî şartı kabulde serbesttirler. Medenî Kanununun 688 inci maddesi mülkiyeti muhafaza şartının muteberiyetini tescile tâbi kılmıştır. Teslimden önce sıhhat şartı olan tescil muamelesi tekemmül etmişse âkidlerin kararlaştırdığı her iki şart nev'i de muteberdir.

b. 1.) Âkidler aralarında infisahî şartı kararlaştırmış olup malı tescilden önce teslim etmişlerse, mülkiyet bilâ kaydü şart intikal eder. Mülkiyeti muhafaza şartında tescil keyfiyeti sıhhat unsuru olduğundan henüz tescil muamelesi tekemmül etmeden devir sırasında kararlaştırılan şartın hukukî bir değeri yoktur. Lâkin bilâhare tescil muamelesinin yapıldığı anda infisahî şart hukukî olarak gerçekleşerek hüküm ifade etmeğe başlar, yani tescil bu şartı ihya eder. Gerçi alıcı yine malik kalır, ancak bu mülkiyeti tescil tarihinden itibaren infisahî şarta muallâktır, şart yani semenin ödenmemesi hali gerçekleştiği takdirde mülkiyet satıcıya avdet eder.

b. 2.) Taraflar şartın tâlikî olduğunu kararlaştırmış olup malı tescilden önce teslim etmişlerse, tescilsiz şart muteber olmadığından bu vaziyette de mülkiyet bilâ kaydü şart alıcıya intikal eder, yani alıcı mala şartsız olarak malik olur.

Acaba bu halde de bilâhare yapılan tescil muamelesi taraflar arasında teslimden önce takarrür etmiş olan tâlikî şartı ihya edebilir mi?

Bu suale Beck iki bakımdan menfi cevap vermektedir. Tâlikî şart ister beyi akdine ister mülkiyeti nakleden teslim tasarrufuna bağlı adde dilsin, tescil muamelesi tâlikî şartı ihya edemez. Tâlikî şartın bey akdine bağlı olduğu kabul edildiği takdirde, beyde mülkiyeti nakleden tasarruf gayri illi ve mücerred olduğundan akiddeki şartın tesiri altında değildir. Lâkin şartın teslim tasarrufuna râci olduğu kabul edildiği halde de tescilsiz tâlikî şartın bir kıymeti olmadığından mülkiyet bilâ kaydü şart intikal eder[11].

[10] E. Beck zge. s. 41 ve müt.

[11] Infisahî şartın tâlikî şarta inkılâb edeceği hakkında: M. Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Dr. Hans Leemann, Sachenrecht, s. 334. m. 715, No. 14. G. Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweiz. Zivilg. und Oblgat. 1912 - 1921. No. 2413 b. «Mülkiyeti muhafaza şartı derhal tescil edilmezse, mülkiyet bilâhare yapılacak infisahî tescil şartına muallâken intikal eder.»

Schweizerische Juristenzeitung 6. 281. Beck zge. 43 de. Z.

Halbuki infisahî şartta vaziyet böyle değildir. Burada esasen mülkiyet intikal etmiş bulunduğundan tescil muamelesi mülkiyet durumunda bir değişiklik yaratmaz; yalnız şartı ihya eder. Tâlikî şartta ise, tescil muamelesinin, alıcıya intikal etmiş olan mülkiyeti satıcıya çevirmesi icap eder ki, bu maksada mâtuf ayrı bir tasarruf olmadıkça mülkiyetin satıcıya rücû etmesine hukuken imkân yoktur.

İsviçre müelliflerinden Leemann[12], tâlikî şartı bu çıkmazdan kurtarmak maksadıyla şöyle bir çareye başvurur. Bu müellif mülkiyetin şartsız intikal etmiş olacağını kabul etmekle beraber intikal keyfiyetini infisahî tescil şartına muallâk görür; yani mebiin infisahî tescil şartına muallâkan devredildiğini kabul eder. Tescil şartı tekemmül ettiği anda mülkiyet tekrar satıcıya avdet eder ve infisahî şart tâlikî şarta münkalip olur.

Bu fikir haklı olarak Beck tarafından tenkid edilir[12]. Bu müellife göre, bir anlaşma olmadan mülkiyetin tescilden önce infisahî tescil şartına muallâkan intikal ettiğini kabul etmek lâzımdır. Halbuki kanunun, mülkiyetin muhafazasına müteallik herhangi bir şartın âkidler arasında da ancak tescil ile hüküm ifade edebileceğini kabul etmiştir. Binaenaleyh bu konstrüksiyon kanunun ruhuna aykırıdır. Bu itibarla kararlaştırılan tâlikî şart da ancak infisahî bir şart şeklinde tesir icra edebilir.

c) Taraflar tâlikî veya infisahî şart hususunda anlaşmamışlarsa, bu halde de mebiin tescilden önce veya sonra teslim edildiğine göre bir ayırma yapmak lâzımdır.

1. Mebi tescilden önce teslim edilmişse, mülkiyet şartsız olarak intikal etmiş olduğundan, yukarıki sebeplere binaen âkidler arasında istenilen durumun muhafazası için yegâne çare infisahî şartın kabulüdür. Çünkü aksini iddia tarafların müşterek gayelerine münafi olur.

2. Buna mukabil mebi tescilden sonra teslim edilmişse, teslimden önce tescil her iki şartın kabulüne müsait olduğundan şartlardan hangisinin kabul edilmiş sayılacağı münakaşa edilebilir.

Beck'e göre[13], bu halde de hilâfı kararlaştırılmamışsa, şart infisahî olmak lâzımdır. Medenî Kanununun 688. inci maddesi tescil edilmemiş mülkiyeti muhafaza şartına hiçbir hukukî tesir tanımadığından, teslimin tescilden önce vukubulduğu hallerde tâlikî şartın ihyasına hukuken imkân olmadığı gibi, tescilden sonra alıcı ikametgâhını değiştirmiş ise, tescil hükümden düşeceği cihetle, mülkiyeti muhafaza müessesesinin lâyıki

[12] Beck, zge. s. 45 ve müt.

[13] Beck, zge. s. 45 ve müt.

veçhile fonksiyone edebilmesi için mebiin tescilden sonra teslimi halinde de aynı neticeye varılmalıdır. Medenî Kanununun 688. inci maddesinden âmir mahiyette çıkan bu kabil tahditlerden dolayı kanunun ekseriyetle tâlikî şarta cevaz vermediği anlaşılmaktadır. Tâlikî şart ancak mebiin tescilden sonra teslim edildiği hallerde doğabilir ki bu hal az çok istisnaîdir. Diğer yandan alıcı ikametgâhını değiştirmişse, mülkiyeti muhafaza şartının devamı için tescilin bir ay zarfında yeni ikametgâhta tescidi gerekir [14]. Bu müddet içinde yenilenmemişse bu takdirde de şartın bir kıymeti kalmaz. Binaenaleyh mebiin tescilden sonra teslim edildiği hallerde tâlikî şartın asıl olduğunu kabul etsek dahi ikametgâh değişikliklerinde hâsil olacak durumu tamir için elimizde müsbet bir hal şekli yoktur. Buna mukabil infisahî şart her bakımdan tatmin edici neticeler verir[15].

III.— Türk hukukuna gelince, evveleminde şunu tebarüz ettirmek gerekir ki, bizdeki metin İsviçre Medenî Kanununa uygun değildir. İsviçre Kanununun 715. inci maddesi aynen şöyledir:

«Müktesibe nakledilen menkul bir mal üzerinde mülkiyetin muhafazası, ancak müktesibin ikametgâhındaki icra memuru tarafından tutulan resmî sicilde kaydedildiği takdirde muteberdir.»

Türk Medenî Kanununun 688. inci maddesi ise şöyle der:

«Başkasına naklettiği mülkiyeti nakilin uhdesinde hıfz için yapılan mukaveleler, ancak menkulü alan kimsenin ikametgâhındaki kâtabî adil tarafından tasdik ve sicilli mahsusuna kaydedilmişse muteber olur.»

Görülüyor ki İsviçredeki metinle Türk Medenî Kanunundaki ifade tarzı arasında mühim iki fark vardır.

İsviçre kanunu şartın mahiyeti hususunda sakit iken bizde kullanılan ibarelerden daha ziyade infisahî şarta meyledildiği müdafaa edilebilir.

İsviçre metninde *mülkiyetin intikal ettiğinden* bahis yoktur. Orada nakledilen menkul bir mal olup naklin ne maksatla vukubulduğu musarrah değildir. Halbuki Türk Medenî Kanununun, cümleinin başında kullandığı ibarelerden, mülkiyetin alıcıya nakledildiği, bir şartla hıfzedildiği anlaşılmaktadır. Demek oluyor ki Türk Hukukunda evvelâ mülkiyet alıcı-

[14] Mülkiyeti muhafaza şartının tesciline mütedair nizamname maddesi 3. fıkrası 2. «Eski kayıt ikametgâh veya ticaret merkezlinin terki ile derhal hükmünü zayıf etmez, yeni ikametgâh iltisabından bir ay sonra hükümsüz olur.» Curti Förer, zge. s. 758.

[15] Beck, zge. s. 39 ve müt.

ya intikal ediyor ve satıcı intikal etmiş olan mülkiyeti bir şartla uhdesinde hıfz ediyor. Filhakika bizde de kanunun ifade tarzı açık değildir. Çünkü bir kere intikal etmiş olan mülkiyetin nakilin uhdesinde hıfz için alıcının mülkiyeti devretmesi lâzımdır. Taraflar arasında böyle bir muamele mutasavver olmadığına göre, kanunumuzun bu hükmü ancak infisahî şart şeklinde tefsir edilebilir. Tâlikî şartta alıcıya intikal eden bir menkuldür, mülkiyet ise ancak şartın tahakkuku halinde geçecektir. İnfisahîde ise, mülkiyet intikal etmiş, ancak intikalin tekemmülü bir şarta tâlik edilmiştir. Bu durum karşısında 688. inci maddenin ifade tarzı bakımından infisahî şartta daha müsait olduğunda şüphe olmamak gerekir. Zira intikal etmiş olan bir mülkiyeti hıfz için başka çıkar yol yoktur.

Buna mukabil Ticaret Kanununun 704. üncü maddesindeki ifade tarzı tâlikî şart lehine tefsir edilebilir.

Burada halli lâzım gelen en mühim problem, Medeni Kanundaki tescil şartının Ticaret Kanununa da şamil olup olmadığıdır. Çünkü tescilsiz mülkiyeti muhafaza şartında tâlikî şartın kabulüne hukukî bir mâni yoktur. Ancak, Yargıtay'ın 19. 4. 1944 tarihli tevhidî içtihad kararına göre mülkiyeti muhafaza şartıyla yapılan ticarî satış akdi de noterlikçe tasdik ve sicilli mahsusuna kaydedilmedikçe muteber değildir[16]. Bu itibarla Ticaret Kanununun 704. üncü maddesi hakkında ka aynı mahzurlar ileri sürülebilir. Mebî tescilden önce teslim edilmişse ticaret hukuku sahasında da mülkiyet bilâ kaydü şart intikal etmiştir. Tescil muamelesinin bilâhare yapılması bu şartı ihyaya muktedir değildir. Mebî tescilden sonra teslim edilmişse, esas itibariyle tâlikî şartın kabulüne hukuken bir mâni yoksa da, ikametgâh değişikliklerinde, şart, tebeddülen önce[17] yeni ikametgâhta tescil edilmemişse hükümsüz sayılacağından bu hallerde de mülkiyet şartsız intikal etmiş olacaktır.

Bu mahzurlar karşısında, Ticaret Kanununun tâlikî şartı kabul etmiş olması, mülkiyeti muhafaza müessesesini tescilden istisna ettiğine delâlet etmez mi?

Hiç şüphe yok ki bizde aynı müesesse iki muhtelif kanunda tanzim edilmiştir. Ticaret Kanunu tescil şartından inhirafı zarurî hissetmeseydi

[16] «Mülkiyeti muhafaza şartıyla yapılan ticarî satış akdi de noterlikçe tasdik ve sicilli mahsusuna kaydedilmedikçe muteber değildir. 10.4.44 tarihli T. İ. K. Hirs, zge. s. 340, M. Şahap Arıc, Yargıtay İctihadlarına göre Hâsiyeli Ticaret Kanunu, s. 367.

[17] Bizde, İsviçrede olduğu gibi 30 günlük bir mehil verilmiş olmadığından tescil muamelesinin tebdilden önce yeni ikametgâhta teodidi lâzımdır, aksi takdirde şart hükümsüz olur.

aynı hükmü 704. üncü maddede tekrara lüzum kalır mıydı? Her iki kanunun muhtelif hükümleri arasındaki çarpışmaların sebepleri malûm olmakla beraber, mücerred bu mülâhaza teşmile cevaz vermez. Gerek Ticaret gerekse Medenî Kanun müstakil iki hukuk zümresini tanzim etmektedir. Ticaret Kanununun boşluklarını doldurmak maksadile Medenî Kanuna müracaat zarurî ise de, evveleminde, burada böyle bir boşluğun bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Medenî Kanunda bulunan tescil hükmünün ticarî satışlara teşmili için yalnız emniyet mülâhazaları da kâfi değildir, hukukî teknik bakımından teşmil yolu açık olmalıdır.

Bizce Ticaret Kanunundaki mülkiyeti muhafaza müessesesi tasdik ve tescil şartına tâbi olmamak gerekir.

1. Ticaret Kanununun 663. üncü maddesine göre «ukudu ticariyenin inikadı için iki tarafın rızalarının birleşmesi kâfi olup mukavelename tanzimi veya sair merasimin ifası lâzım değildir.» Demek oluyor ki, Ticaret Hukukunda ana kaide akdin ve akde bağlı sair hükümlerin bu meydana şartların şekle tâbi olmamasıdır. Ticaret Kanununun 2. nci maddesine binaen ticarî mesailin evveleminde «Kavanini ticariyenin sarahat veya *delâleti* ile» halledilmesi lâzımdır. Ticaret Kanununun 663. üncü maddesine tevfiikan ticaret hukuku sahasında şekil serbestisi asıl olduğuna göre şekil hükümlerinde Medenî Kanuna hodbehot müracaat caiz olmasa gerektir. Diğer bir söyleyişle Ticaret Kanununun 704 üncü maddesi de evvelâ Ticaret Kanunu ahkâmı içinde bu kanunun ruhuna göre mütalâa edilmelidir.

2. Ticaret Kanununun 664. üncü maddesine göre, bir akidde hususî bir şekle riayet için kanunda sarîh hüküm bulunmalıdır. Nitekim Ticaret Kanunu şekli lüzumlu addettiği yerlerde bunu sureti mahsusada tasrih etmiştir[18]. Bu itibarla mülkiyeti muhafaza şartında tescil ve tasdik kabulü için hiç olmazsa Medenî kanuna bir atıf bulunmalı idi.

3. Aynı müessese Ticaret ve Medenî Kanunda tanzim edilmiştir. Hukukî teknik bakımdan tekerrürde hususî bir maksat aramak lâzım geldiğinden, Ticaret Kanununun sadece şartın muteberiyetinden bahsetmesi bunu şekilsiz olarak muteber addettiğine delâlet eder. Aksi takdirde tekrarın bir mânası kalmaz.

4. Almanya ve İngilterede bu müessese şekilsiz olarak muteberdir[19]. 704. üncü maddeye İsviçre hukukunun me'haz teşkil etmediği muhakkaktır. Ticaret Kanununu hazırlayan komisyon çok önceden faa-

[18] T. K. 146, T. K. 759, 773. ilâhâre.

[19] Al. M. K. 455. Stanb, zge. s. 424.

Sale of Goods Act. 1893. madde 19.

Uniform conditionel sales act (1918 Amerika).

liyete geçmiş bulunduğundan, şekil şartını Medeni Kanuna terkettiği de mülâhaza edilemez. Alman Kanunu tâlikî şartı kabul etmiş olduğu cihetle, bu kanunun örnek vazifesi görmüş olması pek muhtemeldir. Bu çevrede ise mülkiyeti muhafaza şartı şekle tâbi değildir.

5. Nihayet muhterem hocam Prof. Hirs'in telâkkisine uyarak[20], Medeni Kanununun 688. inci maddesini ticarî bir hüküm olarak tavsif etsek dahi bu kabil kaideler sıra itibariyle Ticaret Kanunundan sonra geldiğinden[21] yine Ticaret Kanununun 2 nci maddesi delâletiyle hâdisenin evveleminde Ticaret ahkâmına göre halledilmesi gerekir. Kaldı ki bu hükümün ticarî mahiyeti de açık değildir. Mülkiyetin tarzı intikaline taallük etmesi itibariyle âdi bir hüküm olarak tavsifi de kabili müdafaaadır.

Mülkiyeti muhafaza şartının bahsettiği himaye bilhassa alıcının alacaklılarına karşıdır. Menkulü hüsnü niyetle iktisap edenlere karşı bu şart dermeyan edilemez[22]. Diğer yandan tescil muamelesinin ikametgâh değişikliği sebebiyle hükümden düştüğü fâsıla içinde menkulü iktisap etmiş olanlara karşı mülkiyeti muhafaza anlaşmasına vâkif olsalar da şartın hükmü yoktur[23]. Görülüyor ki satıcının bu şartla elde ettiği himaye geniş değildir. Buna mukabil tâbi tutulduğu merasim bu himaye ile kıyas kabul etmiyecek derecede ağırdır. Üstelik tescilin Tapu ve Ticaret sicilli gibi bir tesiri de yoktur[24].

Gerçi mülkiyeti muhafaza şartını tescil ve tasdiksiz muteber saydığımız takdirde suiistimale müsait bir zaminin hazırlanmış olacağı, alacaklıların zarar göreceği mülâhaza edilebilir. Bilhassa bu mülâhazadan hareket ederek İsviçre hukuku bu şartı tescile tâbi tutmuştur[25]. Lâkin bu zarar ihtimali sair şekilsiz akidlerde de vardır. Meselâ satıcı menkulü kiralamışsa kirahyan menkulü bu kira akdine binaen istirdat edebilir[26]. Mebi alıcının zilyedliğinde ise tescil ve tasdik edilmiş mülkiye-

Tescilli sart kılar, H. Rühl, zge. s. 237.

Fransız hukukunda da tescil şartı yoktur, M. Chauveau, P. Chauveau zge. F. XXX. No. 4667.

[20] Hirs, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. nei bastı, s. 58 ve müt. 714.

[21] Baro Mecmuasında çıkan yazımı tetkik ediniz.

[22] zge. Yargıtay kararını tetkik ediniz.

[23] Beck zge. s. 50, 53, 125, 154, 163.

39 sayılı atıfta zikredilen içtihatlarla da bakınız.

[24] Beck zge. 133/4. G. Weiss de zikredilen içtihadı da tetkik ediniz. zge. No. 2418 ve müt.

[25] Hirs, zge. s. 714.

[26] H. Rühl, Eigentumsvorbehalt u. Abzahlungsgeschäft s. 232, 230 ve müt. Fich zge. s. 407 No. 18, Oser zge. s. 533.

ti muhafaza şartının bahsettiği himaye de bu kadardır. Alıcının zilyedliğinden çıkmışsa her iki halde hüsnü niyet sahibi üçüncü şahısların hakları mahfuzdur.

Mülkiyeti muhafaza şartının, ticarî muamelelerde serbestçe tanzimi müvafık görülüyor ve mutlaka bir şekle tâbi tutulmak isteniyorsa, fikrimizce Medenî Kanuna müracaattan önce, aynı gayeyi istihdaf eden 759 uncu maddenin kıyasen tatbiki cihetine gidilerek tasdik şekli ile iktifa olunabilir.

IV. — Burada incelenmesi gereken diğer bir problem de şartın akda mi teslim, tasarrufuna mı râci olduğudur.

Hâkim olan telâkkiye göre, menkulün teslimine mütedair tasarrufi muamele bir akiddir[27]. Diğer bir yazımızda da tebarüz ettirdiğimiz gibi[28] beyde iki safha birbirinden ayırılmemelidir. Birinci safha borcu doğurur, ikinci safha borcu ifa eder. Lâkin zâhir olmamakla beraber ikinci safhada birincisi gibi bir akiddir. Satıcı mülkiyeti devir maksadile teslim, alıcı da mülkiyeti iktisap maksadile tesellüm etmiştir. Aralarındaki fark birinin şahsî ve müşahhas bir muamele diğerinin aynı ve mücerred bir tasarruf olmasıdır. Diğer yandan her iki âkid aynı hedefi gütmekle beraber aralarında hukukî mânada illi bir bağıllık yoktur. Çünkü borcu doğuran şahsî muamele ifanın sebebi değil saikidir. Binaenaleyh şahsî akiddeki bir şart aynı akde müessir olmadığı gibi, aynı akiddeki şart da şahsî akid üzerinde tesir icra edemez [29].

[27] Beck, zge. s. 56. Virgile Rossel - F. Mentha, Manuel du Droit Civil Suisse, II, s. 4000 (Gayri illi bir tasarruf olması lâzım geldiği kanaatini izhar eder). V. Tuhr, Allgemeiner Tell des schw. Oblig. I, s. 180/181. Tasarrufi muamelelerin mücerred birer muamele olduğunu, menkul mülkiyetinin naklinin de mücerred bir tasarruf olduğunu beyan eder.

T. Guhl, zge. aksi kanaattedir. «Federal mahkemesinin en son içtihatları, evvelce, menkullerde, zilyedliğin devrine mütedair tasarrufun mücerred bir mahiyet taşıdığı müdafaa eden telâkkiyi terekederek, mülkiyetin naklini, gayri menkullerde olduğu gibi (M. K. 932) esas muamelenin muteberiyetine tâbi tutar. s. 105. BGE. 55. II. 302.

[28] Ticarî bey'in mahiyet ve mevzuu adlı yazımı tetkik ediniz. Hukuk Fakültesi Mecmuası c. XII. s. 2.

[29] E. Huber, Vorträge, Beck'de zikredilmiştir, s. 58, Rossel, zge. II. 398. No. 1329. «Toutes les acquisitions dérivées comportent une tradition, c'est à dire un act bilatéral paraynlequel...» G. Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen, 1912 - 1921. No. 2399. s. 919. Bg. 15.II.1917. «Mülkiyetin nakli, mülkiyet nakline ve iktisabına matuf tradelerin mevcudiyetini şart kılar.

Emil Beck şartın aynı akde râci olduğunu şöyle isbat eder: «Mülkiyeti muhafaza şartının tarafların arzusuna ve kanunun telâkkisine göre, aynı bir tesiri haiz olması lâzımdır. İnfisahî şartta semen ödenmediği takdirde mülkiyet satıcıya avdet edecek, tâlikî şartta mülkiyetin intikali semenin tamamen tediyesine kadar muallâkta kalacaktır. Her iki halde malik sıfatının değişmesi meşkûk bir hâdisenin yani bir şartın tahakkuk veya ademi tahakkukuna bağlıdır. Lâkin mülkiyetin intikali keyfiyeti kaideten beyi akdinin bir neticesi olmayıp devir muamelesinin bir neticesi olduğundan, bu tesiri, teslim tasarrufunu bahis mevzuu hâdisenin tahakkuk veya ademi tahakkukuna bağlı tutulmakla elde edebiliriz. Teslim mücerred bir tasarruf olduğundan şahsî akdi şarta bağlı tutmakta arzu edilen neticenin teminine imkân yoktur. Bu itibarla aynı akid şarta muallâktır.»

Demek oluyor ki mülkiyeti muhafaza kaydı, şartın infisahî veya tâlikî olduğuna göre semenin tamamen ödenmesine tâbidir. Lâkin şart semenin tediyesile ilgili olmakla beraber şahsî değil, aynı akde bağlıdır. Diğer bir söyleyişle semen tamamen ödendiği takdirde infisahî şart gerçekleşmeyecek ve alıcı esasen haiz bulunduğu mülkiyeti muhafaza edecek, talikî şart tahakkuk ettiği takdirde ise mülkiyet alıcıya intikal edecektir.

Şartın hangi anda gerçekleşeceği veya gerçekleşmeyeceği sualine gelince, her ikisi için mücerred ademi ifanın kâfi olmadığı ileri sürülebilir, yani bir taksidin veya semenin vâdesinde ödenmemiş olması mülkiyet durumunda kendiliğinden bir değişiklik doğurmaz. Alman hukukunda revaçta olan telâkkiye göre[30] semenin zamanında ödenmemesi kâfidir. İsviçre hukukunda ise mülkiyetin satıcıya avdeti veya alıcıya intikal etmemesi için satıcının akidden rucû etmiş olması lâzımdır[31]. Rucûun hukukî mesnedi ise alıcının temerrüd haline sokulmasıdır.

[30] Staub, zge. c. IV. s. 427. «Mülkiyeti muhafaza şartının tesiri aynı ve şahsîdir. Mülkiyeti muhafaza şartının aynı tesiri, semenin ödenmemesi halinde satıcının Medeni Kanunun 985 inci ve müt. maddelerine tevfikân akidden rucû etmeksizin yani akdi muhafaza ederek, mülkiyet davası ile şeyin iadesini isteyebilmesidir.»

s. 429 «şahsî tesiri, müsterinin temerrüdünde ihtara ve mehil tayinine lüzum olmaksızın Medeni Kanunun 346-358 inci maddeleri dairesinde akidden rucû edebilmesidir.»

J. Daetsch, Die Rechtsstellung des Verkäufers beim Eigentumsvorbehalt gegenüber dem nichtzahlenden Käufer s. 11/12. Beck zge. s. 76 da bakınız.

[31] Beck, zge. s. 77. şahsî kanaattir. Curti-Forrer, zge. madde 715. 1. «şartın tahakkuku ile alıcı kendiliğinden mülkiyet iktisap eder,» denmişse de şartın ne suretle

Fikrimizce bizde de bu esas kabul edilmelidir. Mücerred ademi tediye mülkiyeti kendiliğinden satıcıya çeviremez veya satıcıda alıkoyamaz. Bir kere menfaatlar vaziyeti bakımından alıcının şartın tahakkuk edeceğini bilmesi zarurî sayılabilir. Lâkin mahiyet bakımından da bu şart iradî bir vasıf taşıdığından tahakkuku için iradenin izharı lâzımdır. Çünkü Borçlar Kanunu gibi Ticaret Kanunu da iradeye bağladığı bütün hukukî neticelerde bunun izharını emretmiştir [32]. Bu itibarla Ticaret Kanununun 713. üncü maddesine binaen mukavele ile muayyen zamanda semen tediye edilmediği takdirde satıcı resmi bir ihtarname veya taahhüt-lü bir mektupla münasip bir mehil tayin ederek müşteriyi ifayı taahhüde davet etmeli. Ancak bu mehlin sonunda ademi tediye ısrar edildiği takdirde yine bir beyanla şart tahakkuk eder. Bu beyan ayrı olarak izhar edilebileceği gibi 713. üncü maddenin derpiş ettiği ihtarnameye de dercolunabilir. Ticaret Kanununun mehle lüzum görmediği ve derhal fesih hakkı tanıdığı haller müstesnadır.

V. Mülkiyeti muhafaza şartı bey akdine müteferri bir hak olduğundan yalnız başına kabili temlik değildir. Ancak alacak hakkı ile birlikte temlik edilebilir. Alacak hakkı kabili temlik ise mülkiyeti muhafaza şartı da birlikte intikal eder. Hususî bir devir muamelesine ihtiyaç yoktur [32a].

VI. Medenî Kanununun 688 inci maddesinden anlaşılacağı veçhile mülkiyeti muhafaza şartı ancak menkullerde caridir. Ticarî bey'in mevzu hududu mülkiyeti muhafaza şartının da hududunu tayin eder [33]. Bununla beraber bazı menkul kategorileri üzerinde durmak faideli olur.

a. Fiilî küllerde hukukî bir vahdet mevcut olmadığından mülkiyetin her parça üzerinde muhafazası gerekir. Fikrimizce, ticarî usullere göre, iktisadî vahdet arzedên fiilî küller üzerinde de parçaları teker teker sayılmaksızın mülkiyet muhafaza edilebilir. Meselâ, cild adedi belli eserler, sofrâ, çatal bıçak takımları, pul serisi [34] ilâh.

gerçekleştirileceğine temas edilmemiştir. Curti'ye göre mülkiyeti muhafaza kaydı talikî şarta muallâktır. Bu şart ise semenin tamamen ödenmesidir. Demek oluyor ki semenin tamamen ödendiği anda alıcı başkaca muameleye lüzum kalmaksızın mülkiyeti iktisap edecektir. Bu fikrin mefhumu muhalifinden infsabî şartta da mülkiyetin kendiliğinden satıcıya avdet edeceği neticesel çıkarılamaz.

[32] Oser, Das Obligatinnenrecht, s. 468.

[32a] Rossel - Mentha, zge. s. 406. c. II.

G. Weiss, zge. s. 930. No. 2447 BGE 46. II. 45.

[33] Ticarî bey'in mahiyet ve mevzuu adlı yazımı tetkik ediniz. zge.

[34] Beck, zge. s. 112 aksi kanaattedir.

b. Ticarethane hukukî kül vasfını haiz olmak ve heyeti umumiyesinin bir tek mukavele ile bey'i caiz görülmekle beraber ticarethanede birliği yaratan hak mevzularındaki vahdetten ziyade bu mevzular üzerindeki hakların bir şahısta toplanmasıdır. Ticarethane menkul ve gayri menkullerden, haklardan, alacaklardan, müşteri gibi gayri maddi kıymetlerden terekküp eder. Kanun ise yalnız menkullerde bu şarta cevaz verdiği için ticarethanenin tamamı üzerinde mülkiyetin muhafazasına imkân yoktur. Bununla beraber fiili küllerde olduğu gibi münferit menkuller üzerinde mülkiyet muhafaza edilebilir [35].

Ticaretanenin bir tek hukukî muamele ile satılabilmesi tamamı hakkında da mülkiyeti muhafaza şartının caiz olacağına delâlet etmez. Hukukî muameledeki vahdet aynı bir mahiyet taşıyan şart üzerine müessir değildir.

c. Misli eşya da mülkiyeti muhafaza şartıyla satılabilir. Ancak misli eşyanın kabili tefrik ve temyiz bir halde kalması gerekir. Misli eşya aynı cins eşya ile veya sair mallarla karıştığı hallerde Medenî Kanunun 699 ve 700 üncü maddeleri tatbik olunur.

ç. Kezalik üçüncü şahıslara satılmasına müsaade edilen menkul bir mal stoku veya mevcudu üzerinde de mülkiyet muhafaza edilebilir. Umumiyetle alıcının şartla iktisap ettiği malları başkalarına satmağa hakkı yoksa da satıcı bu hakkı sarahaten veya zimnen tanımış olabilir. Bu halde satılan mallar üzerindeki şart satış ile sukut eder [36].

d. Kabili istihlâk menkuller üzerinde de mülkiyeti muhafaza şartına cevaz vardır. Ancak mülkiyeti muhafaz şartı istihlâk edilmeyen mallar üzerinde devam eder. Kabili istihlâk bir mal üzerinde mülkiyet muhafaza edilmişse, hilâfı tasrih edilmedikçe, istihlâke müsaade edildiği ve alıcının istihlâk ile şarta aykırı hareket etmediği kabul olunabilir.

VII. Huber ve Beck'e göre taliki şartın muteber bir şekilde doğabilmesi için menkulün tesliminden önce kararlaştırılarak tescil ettirilmiş olması gerekir. Tescil muamelesi tekemmül etmeden teslim edilen menkulde mülkiyet şartsız intikal etmiştir. Şartsız ifa edilen bir tasarrufun ise bilâhare şarta taliki mümkün görülmemektedir [37]. Bu kabil vaziyetlerde taliki şart ancak menkulün satıcıya iadesi ve müddet içinde tescil muamelesinin tekemmülü suretiyle ihya edilebilir. Fiilî iade yerine

[35] Staub, zge. c. III. s. 618, 410, 448, cilt IV. 435. Hirs, zge. s. 173/4.

R. Homburger, zge. s. 19/29.

[36] Staub, zge. c. IV. s. 434.

[37] Beck, zge. s. 99.

Medenî Kanununun 892 nci maddesinin tatbiki için hususî bir sebebin mevcudiyeti de mülâhaza edilemez [38]. Tescilsiz mülkiyeti muhafaza şartı taraflar arasında da muteber olmadığından mülkiyetin muhafazasını derpiş eden her şart hükümsüzdür [39].

Demek oluyor ki satıcı yalnız akdın ifasını isteyebilir, ve mebi müşteriye teslim edilmişse, Borçlar Kanununun 211 inci maddesinin son fıkrası mucibince rücu hakkını sarahaten muhafaza etmiş olmadıkça akdi feshe ve mebi istirdada da hakkı yoktur. Alıcının iflâsında satıcının vaziyeti daha ağırdır. İcra İflâs Kanununun 199 uncu maddesi mucibince iflâsın açılmasından evvel, borçluya bir mal satıp teslim eden satıcı fesih ve geri almak hakkını açıkça muhafaza etmiş olsa bile akdi fesih edemez ve sattığını geri alamaz.

Buna mukabil infisahî şart önceden kararlaştırılmış olmak şartıyla tescil muamelesi yapılmak suretiyle ihya edilebilir.

Taraflar mülkiyeti muhafaza şartını kararlaştırmışlarsa, alıcı mukavelenin İcra Memurluğunca tesciline mâni olamaz, icabında gereken yardımı da ibraza mecburdur. Gerçi taraflar arasında kararlaştırılan şart mülkiyeti muhafazaya kadir değilse de alıcıya tescile muvafakat borcunu tahmil eder [40].

İsviçre Tescil Nizamnamesinin 4 üncü maddesinin 1 inci ve ikinci fıkraları şu esasları koyar:

Madde 4. «Tescil muamelesi,

1. Ya her iki tarafın kayıd edilecek hususat hakkında birbirine uygun sözlü beyanı ve bu beyanları imzaları ile tasdik etmeleri,
2. Veya satıcı veya alıcının bir taraflı sözlü veya yazılı müracaatı üzerine,
  - a. Kayıd için zarurî malûmatı muhtevi ve her iki tarafın imzasını taşıyan yazılı bir mukavelenin aslı veya musaddak sureti,
  - b. İkametgâh tebdilinde, İcra Memuru tarafından sicilde henüz

[38] Medenî Kanununun 892 nci maddesini tetkik ediniz. Beck, zge. s. 49.

[39] Curti-Forrer, zge. madde 715. 5. «Yalnız üçüncü şahıslara karşı değil, taraflar arasında da» Beck, zge. s. 153.

G. Weiss, zge. s. 920, No. 2407. Bern. 12.12.1913. «Tescilli sıhhat şartıdır». M. Gmür-Leemann, zge. s. 333. Yalnız üçüncü şahıslara karşı değil taraflar arasında da sıhhat şartı olduğunu beyan eder. G. Weiss, zge. s. 925 No. 2729. Bern. 12.12.1913. «715 madde âmir bir hükümdür». R. Homburger zge. s. 15/16. 23-25.

[40] Huber, Vorträge, s. 108. Beck, zge. s. 153 de zikredilmiştir.

terkin edilmemiş olan bir kaydın musaddak sureti diğer sicil makamına, ibraz edilirse yapılır [41].

Yukarıki izahata ve Tescil Nizamnamesi hükümlerine göre satıcı, mebi henüz teslim edilmemişse akdin mülkiyeti muhafaza şartıyla yapıldığını def'an dermeyan ve bu def'ini isbat edebilir. Hattâ aralarındaki mukavele yazılı değilse şahitle de isbata cevaz vardır [42].

Türk hukukunda sözlü hattâ yazılı bir mukavelenin kâfi gelmediği ileri sürülebilir. İsviçre hukukunda sadece tescil aranmışken bizde mukavelenin de noterlikçe tasdik istenmiştir. Diğer bir söyleyişle Türk hukukunda şarta mütedair mukavele de şekle tâbidir [43].

Noter Kanununun 49 uncu maddesine göre «dışarıda yazılıp noterlikçe tasdik edilen kâğıtların gerçeklik ve itibarı yalnız tarih ve imzaya münhasır olup kâğıtların mündericatına şâmil olmaz». Medenî Kanunun 688 inci maddesinin yalnız imza tasdikini derpiş ettiği mülâhaza edilebilirse de tasdik mukaveleye matuf olduğu fikri de müdafaa edilebilir. Son şık tercih edildiği takdirde, bizde, yalnız tarih ve imzası musaddak bir mukavele, beklenen neticeyi temin edemez. Buna mukabil mülkiyeti muhafaza şartı tasdik edilmişse tescil muamelesi bilâhare de yapılabilir. Bu mukavele ile satıcı, alıcının iştirakine lüzum olmaksızın tescil muamelesini tamamlamak iktidarına maliktir. Kanunda tasdik ve tescil muamelesinin alıcının ikametgâhındaki noterlikte yapılmasını emretmişse de tasdik muamelesi bu kayda bağlı değildir. İkametgâh değişikliklerinde bütün muamelenin yeni baştan icrası bahis mevzuu olmayacağına göre, tasdik muamelesinin herhangi bir noterlikte yapılabileceği kabul olunabilir. Bununla beraber her iki şart bir kül teşkil ettiğinden mülkiyeti muhafaza şartının doğumu için her ikisinin tamam olması lâzımdır. İsviçre hukukunda yazılı veya sözlü bir mukavelenin neticeleri ne ise Türk hukukunda tasdikli bir mukavele de aynı hükmü haizdir. Tasdiksiz mülkiyeti muhafaza şartı muteber olmadığı gibi tasdik edilip tescil edilmeyen bir şartın da hukukî kıymeti yoktur. Tasdik ve tescilden önce veya tasdikten sonra tescilden önce, mülkiyeti muhafaza şartı altında satılan bir malı satıcı veya alıcıdan teslim alan kimse şartın mevcudiyetinden haberdar olsa da iktisabı muteberdir [44]. Çünkü tasdikli bir mukavele de

[41] Curti-Forrer, zge. s. 758.

[42] Beck, zge. s. 154.

[43] Galip Gültekin zge. s. 451, aynı kanaattedir.

[44] Beck, zge. s. 154/6.

G. Weiss, zge. No. 2416. Zürich, 5.9.1914. «Mülkiyeti muhafaza şartı resmi sicile

tescil edilmedikçe yalnız şahsî bir bağılılık yaratır. Nasıl ki bey aktinde mebi başka bir şahsa satılsa, müşterinin sadece bayie karşı bir hakkı talebi mevcutsa burada da vaziyet aynıdır. Mülkiyeti muhafaza şartına aynı tesiri verecek her iki hükmün yerine getirilmesidir.

Mülkiyeti muhafaza şartı tasdik ve tescil edilmişse infisahî veya talikî olduğuna göre hukukî durum değişebilir.

a. İnfisahî şartta mülkiyet alıcıya geçer. Satıcı şart gerçekleşmedikçe bu mal üzerinde mülkiyet iddia edemez. Bununla beraber akid şartla mukayyed olduğundan alıcının iktisabı mutlak olmayıp satıcının mebi üzerinde infisahî şartta muallâk aynı bir talep hakkı vardır [45]. Diğer yandan nakledilen mülkiyetin şartla mukayyed oluşu alıcıya da bazı borçlar tahmil eder. Şartın tahakkuku halinde mülkiyet satıcıya intikal edeceğinden mebli ahare satamaz, terhin edemez, ve kıymetini istimal hakkı fevkinde ihlâl edecek hareketlerde bulunamaz. (B. K. 150). Ancak alıcı mebli satmış veya terhin edip teslim etmişse hüsnü niyet sahibi üçüncü şahısların iktisabı muteberdir. Hüsnü niyet kaidesi aynı haklarda carî olduğundan malın teslimi ehemmiyetli bir unsurdur. Üçüncü şahıs mülkiyeti muhafaza şartının mevcudiyetinden haberdar ise iktisabı sair şahıslara karşı muteber olup satıcının haklarını ihlâl ettiği nisbette baidir.

b. Talikî şartta mülkiyet hakkı satıcıda olup ancak şartın tahakkukunda alıcıya intikal eder. Lâkin burada da Medenî Kanununun 687 ve 853 üncü maddelerine binaen menkul üzerinde mülkiyet veya rehîn iktisap eden üçüncü şahısların iktisabı muteberdir. (B. K. 150. 3). Bununla beraber satıcının mülkiyet hakkı hüsnü niyetle iktisap edilen aynı haklarla kabili telif ise mülkiyet hakkı sukut etmez. Meselâ rehinde satıcı malik kalır.

VIII. Mülkiyeti muhafaza şartıyla mukayyet bir malın üçüncü şahıslar tarafından haczi halinde hukukî durum talikî veya infisahî şartın kabulüne göre değişebilir:

a. Talikî şartta, satıcı malik kaldığından, hacizler ancak alıcının satıcıya karşı, semenin tamamen edası şartına muallâk aynı talep hakkını haciz edebilirler.

kayıd edilmemiş olmasına binaen mülkiyet intikal etmişse, bu halde kiraliyan, mülkiyeti muhafaza anlaşmasına iptidaen vakıf olsa bile, getirilen eşya üzerinde hapis hakkını halizdir.» Fick, zge. 407. No. 25. aksi kanaattedir. Bu müellife göre üçüncü şahısların tescile vakıf olmaları lazımdır.

[45] Beck, zge. s. 159.

b. İnfisahî şartta alıcı maliktir. Ancak mülkiyet hakkı satıcının infisahî şarta muallâk aynı bir talep hakkı ile mukayyettir. Satıcının mülkiyeti muhafaza hakkı alacaklıların haklarına takddüm ettiğinden hacizler ancak bu şartın müsaade ettiği nisbette mebiden istifade edebilirler. Bu itibarla alacaklıların haklarını mebiden istifa edebilmeleri için şartın gerçekleşmesine mâni olmaları icap eder, bu da semenin itfası ile mümkündür.

İsviçre hukukunda her iki şart şekline rehin hükümleri kıyasen tatbik edilir, yani icra takibatı, mülkiyeti muhafaza şartıyla mukayyet mebi üzerinde satıcının bir rehin hakkı varmış gibi, yürür. Bununla beraber her iki arttırmada temin edilen bedel arta kalan semeni itfaya kâfi gelmezse, satıcının mülkiyet hakkı mahfuzdur [46].

İflâs haline gelince şart ister talikî ister infisahî olsun satıcının iflâsında şartın mahiyeti hukukî durum üzerine müessir değildir. İflâs masası satıcının yerine kaim olarak haklarını kullanır.

Alıcının iflâsında vaziyet bu kadar basit değildir.

Mülkiyeti muhafaza kaydı infisahî şarta muallâk ise, mülkiyet hakkı esas itibariyle alıcıdadır. Lâkin bu hak mutlak değildir. Satıcının mebi üzerinde infisahî şarta muallâk aynı bir rücu ve talep hakkı vardır [47]. Bu itibarla hâdiseyi İcra İflâs Kanununun 184 üncü maddesi dâfresinde mütalâaya imkân yoktur. Mülkiyeti muhafaza müessesesi bilhassa iflâs ve haciz halleri için düşünülmüş olduğundan en lüzumlu bir zamanda gereken neticeleri veremeyeceği akla gelemez.

Yukarıda da işaret edildiği veçhile, mücerred iflâs hali şartın gerçekleşmesi için kâfi değildir. Satıcı hakkından istifade arzusunda ise şartın tahakkuku için gereken muamelelere teşebbüs etmelidir [48].

İcra İflâs Kanununun 195 inci maddesine göre, iflâsın açılması müflisin borçlarını muaccel kılar. Acaba bu muacceliyet müflisi doğrudan doğruya mütemerrid yapar mı? Gerçi Borçlar Kanununa göre, alım satım akdinde vadenin hulûlü ihtara vesair merasime hacet kalmaksızın müşteriyi veya bayii temerrüd vaziyetine sokarsa da [49] iflâs haline Borçlar Kanununun 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbikine mesağ olmadığı gibi İcra İflâs Kanunundaki hükmü de teşmil edemeyiz. Diğer yandan zımnen temerrüd vaziyetini tanzim eden Ticaret Kanununun

[46] Beck, zge. s. 169.

[47] E. Huber, Vorträge, s. 109. Beck, zge. s. 79 da zikredilmiştir.

J. Patsch, zge. s. 2 - 11.

[48] Yukarıdaki bahisleri tetkik ediniz.

[49] Oser, zge. s. 327, 475.

645 inci maddesi de ihtara lüzum göstermektedir [50]. Bununla beraber Ticaret Kanununun 646 nci maddesi delâletiyle iflâs eden müşterinin iflâsı ile taahhüdünü kat'iyen naksetmiş olduğu ileri sürülerek satıcının ihtardan varestede kılınması lâzım geleceği de müdafaa edilebilir. Ancak temerrüd halinin kendiliğinden doğabileceği kabul edilse de bizatihi temerrüd şartın gerçekleşmesi için kâfi addedilemez. Satıcının akidenden rücu ettiğini ihbar etmesi herhalde zaruridir. Bu ihbar İcra İflâs Kanununun 219 uncu maddesinin 2 nci fıkrasına göre bir ay zarfında yapılabilir. Ticaret Kanununun rücu hakkının kullanılacağı hallerde mehil itasına işaret etmişse de Borçlar Kanununun 107 nci maddesinin 1 inci bendinin bu hale de teşmili munsif olur.

Acaba şartın tahakkukuna rağmen müflisin masası arta kalan semen borcunu ödeyerek mebli alıkoymabilir mi? Bizce rehin hükümlerinin kıyasen bu vaziyete de tatbiki tarafların menfaatleri icabıdır.

Taliki şartta hukuki durum infisahî şarttan pek farklı değildir. Yalnız burada henüz mülkiyet intikal etmiş olmadığından İcra İflâs Kanununun 184 üncü maddesinin tatbik edilemeyeceği daha kuvvetle müdafaa edilebilir.

İcra İflâs Kanununun 189 uncu maddesine gelince Jäger'in fikrine göre «başkasına ait mal» tabirinden maksat masadan istirdat edilebilen mallardır ki buraya mülkiyeti muhafaza kaydiyle satılan mallar da dahildir. [51].

**Halil ARSLANLI**

[50] Hirs, zge. s. 665 aynı kanattadır.

[51] Gallp Gültekin, zge. s. 456.