

Borçlar Hukukunun Umumî Nazariyeleri

1929 yaz sümesteri esnasında

Mr. G. SAUSER-HALL tarafından

Istanbul Hukuk Fakültesinde taktır edilmiştir.

Mütercimi : *Mehmet Osman*

— Baş tarafı 45 ci sayımızda —

IX.- AKİTLERİN MUHTEVASI. [1]

AKİTLERİN SERBESTİSİ PRENSİBİ:

Akitlerin serbestisi prensibi aktin muhtevası hakkındaki bütün kaidelere hâkim bir esastır. Bu prensip B K. m. 19 § 1 de mündemiçtir; bu maddeyi okuyunuz.

Alâkadarlar akitte istedikleri her şartı iltizam ve mukavele edebilirler. *Kanunda yazılı olmayan* akitler yapabilirler; bu akitler pek çoktur. Meselâ : zammî şirket (société tacite), derç veya ilân mukavelesi (contrat d'insertion), elektrik kuvveti verme mukavelesi vesaire gibi... Bunlardan maada birçok *muhtelit akitler* [2], yani *birden ziyade hukukî tip ve enmuzeçlere taallük eden* akit ve mukaveleler de vardır; bilfarz: hizmet ödenci mukabilinde sükna hakkı gibi... Bütün bu akitler hakkında B K. nun umumî hükümleri mer'idir.

Akitlerin serbestisi prensibi ancak borçlar hukukunda ca-ridir. Diğer akitler için kanunî enmuzeçlere, bu örneklere uymak mecburiyeti vardır. Bu kanunî tip ve örnekler ise sabit ve

[1] Le contenu des contrats.

[2] Contrats mixtes.

değişmez bir seciyeyi haizdirler; nitekim: evlenme, evlatedinme, karıkoca mallarının tâbi olduğu usuller, aynı haklara mütedair akitler, miras mukaveleleri bu kabîldendir.

AKİTLERİN SERBESTİSİNİ TAKYİT EDEN ESASLAR:

Akitlerin serbestisi mutlak değildir; bilâkis, B. K. m. 19 § 2 ile m. 20 § 1 den anlaşılacağı üzere bu serbesti 4 noktai nazardan mukayyettir.

1. — AHKÂMIAMİRE:

Akitlerin serbestisine konan ilk takyit kanunun emredici hükümlerinden, ahkâmıamiresinden çıkanlardır. Borçlar kanununun m.19 § 2 sinde "...kanunun sureti kat'iyede emrettiği kavaidi hukukiye..." suretinde mevzuubahs olan bu kaideler pek fazla miktarda değildir. Bazen bunları kanun bizzat zikr ve tasrih eder; misalleri: a) hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun eden şartların batıl olması (T B K. m. 99; İ B K. m. 100); b) şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise borçlunun hafif kusurdan iptidaen beraet şartının hükümsüzlüğü (T B K. m. 99 § 2, İ B K. m. 100 § 2); c) müruruzaman müddetlerinin mukavele ile tadil olunamaması (T B K. m. 127, İ B K. m. 129). Gene bu cümleden olmak üzere şu maddelere de müracaat ediniz: T B K. m. 223, 249, İ B K. m. 227 § 3, 254; T K M. m. 260, 211, İ K M. m. 265, 317.

Kanun, ahkâmıamirenin hepsini saymış olmadığı gibi bu bapta kullandığı tabir ve ıstılah ta bunları tanımağa kâfi ve müsait değildir. Kanunun bu hususta ihtiva ettiği kaide tamamen umumîdir. Mezkûr umumî kaideye nazaran: onlara muhalefet, amme intizamına veya şahsiyete müteallik haklara karşı bir mugayeret ve tecavüzü tazammun eden kaideler, ahkâmıamiredendir.

AMME İNTİZAMI KAİDELERİ:

Muhafazasında Devlet veya Cemiyetin aşikâr ve mühim bir menfaati olan hukuku hususiye kaideleridir; meselâ: aile

hukuku, kısmen aynî haklar, miras hukuku bu zümredendir. Borçlar hukukuna gelince: kaide olarak fertlerin kanundan inhi-raf etmelerine mesâğ vardır: şu suretle ki, kanunun sureti kat'iyede emrettiği - yukarıda sayığımız - hususat haricinde borçlar hukukunda amme intizamını alâkadar eden hiçbir hüküm mevcut olmadığı kabul edilmelidir.

Buna mukabil boçlar hukukunun şahsiyete müteallik hükümleri vardır; ve pek çoktur; bu kaidelerin hedefi iktisaden daha zaif olan tarafı hayatî menfaatlerine veya hürriyetine karşı tecavüzlerden korumak, onu bu çeşit tecavüzlere karşı himaye etmektir. Bilfarz; sıhhî sebeplerden dolayı icarı fesih hakkı (T B K. m. 249, İ B K. m. 254); iş sahibinin, işçinin sıhhî emniyetini koruyan tedbirler almağa mecburiyeti (T B K. m. 332, İ B K. m. 339); kezalik²: iş sahibinin, işçiyi, kendi kusuru olmaksızın duçar olduğu bir hastalık sebebi ile hizmetten çıkaramaması (T B K. m. 344, İ B K. m. 352) vesaire bu kabîldendir.

2. — MUHİK OLMA :

Akitlerin serbestisine konulan ikinci tahdit bunların muhtevasının gayrimuhik (1) olmasını menetmekten ibarettir. B K. m. 20 mucibince bir aktin mevzuu gayrimuhik olursa o akit batılıdır. Bu butlan, aşağıdaki iki halde tahakkuk eder:

A) Borçlunun ödenci kanuna mugayir olursa.

Meselâ: bir sirkat ikamı, kaçakçılığa dair veya ceza kanununa muhalif tasarruflar yapmağı iltizam ve taahhüt etmek mümkün değildir. Kezalik : bu neviden ödençler için, mükâfat vermeği veya o gayrikanunî uğurda uğranılan zararları kapatmak üzere masraf ödemeği iltizam etmek te kabil değildir. Bir işçi gayrimuhik olduğunu farkettiği bir ödenci ifadan imtina edebilir. Ancak bir noktayı açıkça tesbit etmek faidelidir:

Kanuna değil de sadece bir üçüncüşahsın haklarına mugayir olan bir ödenç iltizam etmek keyfiyeti B K. m. 20 manasında *gayrimuhik* değildir. Misal :

(1) İllicite. T B K. m. 20 § 1 e müracaat ve bunu İ B K. nun aynı maddesi ile mukayese buyurunuz. M. O.

A bir şeyi, satmamak şartıyla B ye hibe etmişken, B, bu şarta muhalefetle o şeyi tutup C ye satarsa bu akit muteberdir. Şayet satım memnuiyeti hibenin bir şartı idi ise, A nın indelhace B ye karşı ancak bir zararuziyan dava hakkı olur.

B) Eğer akit doğrudandoğruya kanun tarafından menedilmişse.

Bu memnuiyetler hukuku hususiyede pek ender olup bilhassa hukuku idare kaidelerinden neş'et ederler. Meselâ : bir ormanın odununun satımı, veya senede birden fazla kat'iyat yasak edilebilir; bu memnuiyete muhalif bir medenî akit B K. m. 20 ile kabilitelef değildir, batıldır.

Bu sonuncu akitler, *mevzuları gayrimuhik akitlere* temsil olunurlar. Maamafih bunların butlanı kat'î ve çaresiz değildir. Bazan kanun bunların devam ve mevcudiyetine sarahaten müsaade eder. Bunun göze çarpan bir misaline T B K. m. 455, İ B K. m. 464 te tesadüf olunur. Kanun vazunun bir akti menetmesindeki sebep, bazan, "aktin butlana maruz olmadığı,, neticesine varmağa müsait bulunur. Bilfarz, vazukanunun spekülasyona mâni olmak ve ihtikârla mücadele etmek için gıdaî maddelere azamî bir nark koyduğunu farzederseniz: mahza bu fiata riayet olunmamakla, aktin butlanına hükmetmemelidir; belki sadece, tarafların tesbit ettikleri fiatı nark haddine indirmek icap eder. Umumî olarak: kanunî memnuiyetin taraflardan yalnız birine taallûku halinde bu yasağa muhalefet aktin butlanını müeddi olmaz, akit mutlak surette menedilmiş değildir; belki yalnız bazı ahvalde veya bazı şartlar altında memnudur. Bunu böyle kabul etmelidir.

3. — AHLÂK VE ADAP:

Akitlerin serbestisine müteallik üçüncü takyit, tarafların ahlâk ve adaba riayet mecburiyetlerinden tevellüt eder. B K. m. 20 ye nazaran *ahlâka(adaba) mugayir* akitler batıldır. Bu ahlâk kaidelerinin neden ibaret olduklarının tayini hususunda, kanun vazı, tarafların veya hâkimin kendi zatî ve enfüsî fikir ve kanaatlerine göre hareket etmelerini kabul etmiyor; onun kıstası afakîdir. Bu kıstasa göre: münevver ve irfanlı kimselerin vasatî

ve hakkaniyetli fikirlerine uygun kaideler ahlâka, adaba da muvafık telâkki olunur. Filiyatta meslekî mülâhazalar kale alınmakla ahlâk ve adap mefhumu “bazı kısım eşhas için daha şiddetli,, bir hale sokulmaktadır. Bu mefhum zamana, veya tefsir olunduğu muhite göre, behemhal tahavvüllere meddüce-zirlere maruz kalır. Nitekim bir doktorun kliyantelini, yani müşterilerini satması Almanyada ahlâka muhalif addolunduğu halde İsviçrede hiçte böyle değildir. Tarafların kast ve niyetleri hadisenin rengini değiştirmez: hatta bunlar ahlâk ve adaba karşı hareket ettiklerinin farkında olmasalar, veya bunu istemeden yapmış olsalar bile gene yaptıkları aktin ahlâka ve adaba mugayir olduğu kabul edilmelidir.

En umumî suretle, bir akit aşağıdaki üç seri hallerde, şu üç zümrede ahlâka mugayirdir :

A) *Şayet akit, amme ahlâk ve adabınca mezmum bir gaye takip veya böyle bir gayeyi teşvik ediyorsa Misaller :* bir umum-hane kiralamak , bir kumarhane açmak, kaçakçılık teşkilâtı yapmak, sahte ilâçlar vermek; akittaşının memuruna, patronunu akte imale etsin diye rüşvet vermek hadisesinde olduğu gibi üçüncü şahıslara karşı olan aktî borçlara — emiyeti suiistimal veya aldatmayı tazammun eder şekilde — muhalefet etmek.

Bir aktin ahlâka mugayereti yalnız *muhtevasından* çıkmaz , *gayesinden* de neş’et edebilir .

Eğer taraflar ahlâka muhalif bir gaye peşinde iseler akit hükümsüzdür. *Misal :* İki tarafın , alenî müzayedelere iştirâk etmemeyi taahhüt etmelerinde olduğu gibi. Şayet âkitlerden yalnız biri ahlâka mugayir bir gaye takip edip te, bu gaye karşıtarafça biliniyorsa, o zaman bu yolda bir aktin B K. m. 20 hükmüne tâbi olup olmayacağıında ihtilâf vardır. Kaide olarak şurası mukarrerdir ki taraflardan sadece bir tanesi tarafından takip olunan gaye aktin muteberliğine zarar ve hanel iras etmez. Meselâ bir kadını baştançıkarmak için mücevher satınalma muteberdir; kaçakçılık yapmak üzere eşya iştirası meşru-

dur, yani böyle bir akit batıl değildir, v. s. Fakat bu şahıs tarafından takip olunan gayeden karşı tarafta istifade ediyorsa vaziyet başkalaşır. Bilfarz, yukarıdaki misalde mücevherlerin, veya kaçakçılık için alman malların harikulâde yüksek bir fiata satılması zendostun veya kaçakçının takip ettikleri gaye itibariyle, meselenin rengini değiştirir.

Maahaza İsviçre mahkemelerinin içtihatları "ahlâka mugayir akit," mefhumunda daha uzaklara gitmektedir. *Federasyon Mahkemesi*: bir umumhane için mefruşat satımını hükümsüz adde ediyor. Şuhalde, aktin gayesi umumî bir surette ahlâksızlığı terviç eder mahiyette olunca, bir tarafın bu vaziyetten herhangî bir istifade temin etmemekle beraber diğer tarafın ahlâka mugayir bir gaye takip ettiğine vâkıf olduğu yerlerde bazen aktin butlanı kabul edilmektedir. Bu jürisprüdans T B K. m. 504 e tekabül eden ve kumar için bilerek yapılan avanslarla ödünç verilen akçelerin bir alacak hakkı tevlit etmediğini beyan eden İ B K. m. 513 § 2 nin kıyasen tatbikine müstenittir. İsviçre mahkemeleri bu madde hükmünden: diğer ahlâka mugayir bir tasarrufa raci ve matuf olan bir taahhüdün de keza kanunen himaye edilmemesi lâzım geldiği neticesini çıkarmışlardır.

B) Mevzuu, haddi zatında ahlakî olmakla beraber mutat efkâra göre herkesin kendi hürriyetine bırakılmak iktıza eden akitler dahi ahlaka mugayirdir; hürriyetin bir kısmı vardır ki bir akit mevzuu olamaz yani, mukavele ile, aktî bir taahhütle takyit olunamaz. Meselâ: bir tabiiyete girmek veya ondan çıkmak vaadi, bir siyasî cemiyete girmek veya girmemek taahhüdü, bir üçüncü şahıs ile evlenmek veya evlenmemek vaadi gibi hususlar bu kabildendir. Bunlar hakkında T K M m. 23, İ. K M. 27 § 2 tatbik olunmaktadır. Bu neviden bir taahhüt *doğrudandoğruya* ahlakî mütesir eden bir şey değildir; fakat *nakti bir ödençe merbut olunca derhal ve doğrudandoğruya* gayriahlakî bir mahiyet alırlar. Meselâ: para mukabilinde bir cürmü ihbar etmemek taahhüdü böyledir. Maahaza her zaman veziyet bir değildir:

Cürümden hasıl olan bütün zararları telâfiye matuf ise, cürüm mahiyetinde bir fiilin ihbarından kurtulmak için bir meblağ ödemeyi vaadetmekte gayrı ahlâkîlik yoktur. Misal:

Irza tecavüz eden bir şahsın, kendisinin ihbar edilmemesini şart koşarak, taarruza uğrayan kadına tam bir tazminat vaadetmiş olduğunu farzedersenek böyle bir akit batıl değildir.

C) Âkidin iktisadî veya şahsî hürriyetini fazlasıyla veya haksız olarak takyit eden mukavele dahi batıldır.

Kaideten, her aktin zarurî olarak, şahsî veya iktisadî hürriyeti tahdit ettiği meydandadır; yalnız, bunun, daha ilerisine geçmek caiz olmayan bir haddi vardır; ve bu hududun çizilmesi gayet güçtür. İşaret noktası olarak şunlar kabul olunabilir ki, akit borçlunun esasî ve hayalî menfaatlerini pek fazla, hatten aşırı tazyik ve ihlâl etmemelidir, onun iktisadî hürriyetini yok etmemelidir; ve en nihayet borçlu alacaklının keyfine terkedilmemelidir.

Esasen müteaddit kanunî hükümler de bu üçüzlü gayeyi temin etmektedir: T B K. m. 161, 349, İ B K. m. 163 § 2, 357.

KIYASEN TATBİK: Aynı prensipler, kanunda musarrah olmayan mümasil hadiselerede tatbik olunmalıdır.

Federasyon Mahkemesinin içtihadına göre: borçlunun herhanğı bir aczinden istifade ile onu istismar etmek (exploitation du débiteur) şaibesiyile bulaşık ve malûl olan gayriahlâkî bir akit baştanbaşa, tamamen batıldır. Alman doktrin ve jürisprüdanında da bu böyledir. Bu noktai nazar tenkit olunabilir; ve bazan aktin sadece kısmî butlanını kabul etmek, bana, hakkaniyete daha uygun görünüyor; böyle yapılırsa akit — âkitlerin bu mikyasta bir akti asla yapmıyacak idikleri meczum olmamak kaydi ile — lâgiv addolunan şartların maadasında mer'i ve muteber kahr. Bu suretihal bazı yerlerde kanuna da geçmiştir; T B K. m. 349, İ B K. m. 357 bunu, makul haddi geçen rakabet memnuiyeti sadedinde derpiş etmektedirler.

Diğer bazı hadiselerde ve hassaten T B K. m. 409 ve İ B K. m. 417 de olduğu gibi, akit bir *astanpayı* mahiyetinde bulundu-

ğu yerlerde başka türlü hareket etmek için hiçbir sebep yoktur, bu kabîl ahvalde de aynı kaideyi tatbik etmelidir .

4. — İMKÂNSIZLIK:

En nihayet , akitlerin serbestisi, âkitlerin gayrimümkün ödençler aktetmekten memnuiyetleri ile takyit olunmuştur. Şayet ödenç elde edilemiyorsa aktin mevzuu imkânsız ve akit batıldır. Yalnız, bu- bapta tefrik yapmak icap eder:

A.— AFAKİ İMKÂNSIZLIK:

Ödencin herkes için gayri mümkün olmasından ibaret olan *afakî ademiimkân...* Buna misal verelim: ademiimkânın *tabii* yani tabiatın kanunlarına muhalif olması (gayrimevcut bir şeyin verilmesi), *hukukî* yani kanunun sureti kat'iyede emrettiği husu- sata mugayir (" Anfiteoz icarı-le bail emphytéotique,"[1]gibi Tür- kiyede eşi olmayan bir aynı hak tesis eden, binaenaleyh batıl olan bir akit gibi) hususlar bu zümredendir.

Ödencin *iktisadî* noktai nazardan imkânsızlığı takdirinde de afakî ademiimkân mevcuttur; fakat bu imkânsızlık *tamamen istisnaî* olarak ve ifası lâzım gelen ödenç ile bu ifanın mucip olacağı masraflar arasında pek büyük bir nisbetsizlik mevcut olan yer- lerde kabul olunmalıdır. İktisadî imkânsızlık : borçlunun borcu ifa için ödencine o kadar faik masraflar ihtiyar etmesi icap edeceğini farzettirir ki bu ifa, hüsnüniyet kaidelerine göre artık kendisinden makul bir surette istenemez.

Misal :

Bir şahıs bir fabrikanın mamulâtı üzerinden bir satım mu-

[1] "Anfiteoz icarı," (le bail emphytéotique) veya kısaca "anfiteoz," (Emphytéose) diye bazı garp memleketlerinde ve ezcümle fransız hu- kukunda tesadüf olunan uzun müddetli icara denir.

Adî icardan şu itibarla farklıdır ki, bu akit müstecire mecur üze- rinde, ipoteko salih, kabîli haciz, ve ahara kabîli temlik bir aynı hak bahşeder .

25 haziran 1902 tarihli fransız kanununun 1ci maddesine göre anfiteoz icarı 18 seneden aşağı, 99 seneden yukarı müddetle aktoluna- maz; bu icarda "sükût ile tecdit," yoluyla müddetin uzatılmasına me- sağ yoktur .

M. O.

kavelesi aktetmiştir; halbuki diğer taraftan fabrika satım akti yapıldığı sırada yanmış bile... Hernekadar henüz fabrika mamulâtından müstehlikler elinde mevcut varsa da ticaret ve tedavülde kâfi miktarda bulunmuyor farzederseniz: borçlu ifada bir "iktisadî imkânsızlık,, karşısında bulunuyor demektir; zira kendisinden, müstehlikler elindeki malları satın almasını talep etmek akıl ve insaf işi değildir.

B. — ENFÜSİ İMKÂNSIZLIK:

Ödenç, sair herkes için mümkün olup ta sade borçlu için gayrimümkün olursa imkânsızlık enfüsüdür.

Enfüsî imkânsızlık B. K. m. 20 nin aldığı manada bir ademi-
imkân değildir. Akit muteber kalır; şayet borçlu borcu ifa edemezse alacaklıya, "aktî müspet menfaate,, veya "ifa menfaatine,, müsavi bir zararuziyan vermekle mükellef olur. *Misal:*

A, B ye, C nin bir şeyini satmıştır; C malını teslimden imtina edince A, B ye karşı borcunu ödeyemez bir haldedir; kendisi enfüsî bir imkânsızlığa düşmüştür. Neticede B ondan zararuziyan dava edebilir.

Bir afakî imkânsızlık karşısında bulunulup bulunulmadığını anlamak hususunda *aktin inikadı anına* itibar olunmak, o zamanki vaziyete bakmak lâzımdır. Bundan şu neticeler çıkar:

1°) Şayet ifa imkânsızlığı mukavelenin *inikat zamanında* mevcut ise, mevzuu gayrimümkün olan böyle bir akit hükümsüzdür. Böyle olmakla beraber bu kaidenin T. B. K. m. 169, İ. B. K. m. 171 mucibince "matlubun ivazlı temlik,, nde bir müstesnası vardır; eğer temlik gayrimevcut bir alacak üzerine vaki olmuşsa şüphesiz, imkânsız bir ödenç vaadi karşısında bulunuluyor demektir. Maamafih akit gene muteberdir; böyle olmasında mahsusî bir sebep vardır; o da şudur ki: kanun, "temlikeden,, e alacağının mevcudiyetini zammın olmağı tahmil etmektedir. (T. B. K. m. 169, İ. B. K. m. 171 e bakınız). Netice itibariyle şu sureti-hal gayrimümkün bir aktin istisnaî olarak muteberiyetini kabul etmekle birdir.

2°) *İnikadı zamanında* imkânsız bir ödence taallük eden

akit, ödenç *bilâhara mümkün* olsa bile, batıl kalır. Maahaza, vadedi akıtları bundan müstesna tutmak icap eder; onlarda ödencin — mukavelenin inikadından daima muahhar olan — *ecelin hulûlü anında mümkün* olması kâfidir. Şarta bağı borçlar da bu kaideden hariç kalmak lâzımdır; zira bu kabil akıtlar-
de: ödencin, *şartın tahakkuku anında mümkün* olması elverir.

Eğer akit yapıldığı sırada, âkitlerden biri ödencin imkân-sızlığını veya ahlâka mugayir olduğunu bilip te öbürü bundan bihaber ise, hakkaniyet, vaziyeti bilen tarafın ötekine : aktî menfi menfaatin kıymetini vermesini, yani mutazarrır için aktin muteberiyetine güvenmekten çıkan zararı tazmin etmesini amirdir. *İsviçre Federasyon Mahkemesinin bu baptaki içti-hadı müstakardır*; zira taraflardan biri aktin yapıldığı zaman-ki bir kusurdan mes'uldür.

5. — ROMA HUKUKUNA GÖRE SON BİR TAKYİT :

Roma hukuku, akıtların serbestisine, ödencin mutlaka para ile kabili takdir olması lüzumu gibi bir takyit daha koyuyordu. Bu mesele Almanyada hâlâ münakaşa olunmaktadır.

Türk ve İsviçre hukuklarında bu kayıt ortadan kalkmıştır; para ile kıymeti ölçülemiyen bir ödenç te pek âlâ aktî bir borcun mevzuunu teşkil edebilir; bilfarz, bir şahsa yapmış bir hakareti alenen geri almağı bir mukavele ile taahhüt etmek mümkündür.

X. — AKİTLERİN TEFSİRİ

TEFSİRİN TARİF VE LÜZUMU:

Bir aktin manası, taraflarca beyan olunmuş rızaların herbirinin tetkiki ve araştırılması ile sabit olur. Buna akıtların tefsiri denir, ve buna dama lüzum hiss olunur, çünkü beşerin beyan ettiği *rıza ve irade* daima birtakım hatalara, vuzuhsuzluklara, şüphelere mukarindir.

B K. m. 18, iki tarafın *hakiki ve müşterek* maksatlarını aramağı emrediyor. Akıtların isim ve lâfızlarına bakılmamalı; hele manayı tayinde hertürü müfrit dakikaculuktan tevakki etmelidir.

Eğer rızalar açık ve vazih olarak beyan edilmişlerse tefsirde hiçbir müşkülât çıkmaz ; fakat böylesi pek enderdir . Akitler ekseriya acele ile, ve taati olunan beyanların bütün hukukî neticeleri teemmül edilmeden, bu neticeleri tartmağa meydan ve vakit kalmadan aktolunurlar . Böyle olduğu için - dir ki kanun, tarafların gerek sehven, gerekse bir aktin hakikî mahiyetini gizlemek için hakikata uygun olmıyarak kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmamasını emrediyor .

TEFSİRİN YERİ :

B.K. m. 18, izhar olunan rızalar *hakikî ve birbirine uygun* oldukları zaman değil, fakat sadece, aşağıdaki hallerde kabilitatbiktir :

1°) *Rızalarda* ve rızaların iki tarafça *beyanında* tevakuf olmakla beraber, âkitlerin kullandıkları kelime ve tabirler adî ve hakikî manalarından başka manada alındıkları için, mezkûr beyanlar ayrı ve mahsusî bir manayı haiz bulunuyorlarsa... Bu takdirde rıza beyanları, bunlar kimlere hitap ediyorsa, o kimselerin anlayışına tevfik olunmak lâzımdır .

Meselâ, atenî icaplar [1] halkın vâkıf olabileceği ahval ve şeraite nazaran tefsir olunmalıdır . Yalnız bir şahsa yapılan beyan da bu kimsenin bilebileceği vakıa ve hadiseler göre, yani, bu iki şahıs arasında gerek doğrudandoğruya ve gerekse tellal, memur vesaire gibi mutavassıtlar marifetiyle evvelce yapılan müzakre ve temasları da nazarı itibara alarak tefsir olunmalıdır . Bir "kabul,, , "kabuleden,, in bir icaba meşru ve muhik surette verebileceği manaya göre tefsir olunmalıdır .

Ticarî âdetlere de bakılmalıdır . Şayet tacirin biri bir borsa emri verirse, mezkûr emrin borsadaki örfe göre tefsirine mu-tavaat etmek mecburiyetindedir .

2°) Hakikî *rızalarda* uygunluk olup ta rızaların *beyanlarında uygunsuzluk* olursa... Beyanın hakikî rızaya tekabül etmediği diğer tarafça malûm olabilecek olan bütün hallerde "beyan,, kale alınmamalıdır . *Misal* :

Esham ve tahvilât satımında kıymetli evrak yanlış göste-

[1] B.K. m. 8 e müracaat buyurunuz . M. O.

rilmiştir ; eğer, buna rağmen, taraflar hangi senetleri kastettiklerini biliyorlarsa muamele bu sonuucu senetlere raci olur, yoksa akitte sehven zikredilen evraka değil.

Maamafih *şekle bağlı akitlerde hakikî rızaya ancak mezkûr kanunî rasime müsait ise bakılabilir. Misal:*

İki şahıs 2000 liralık bir kefalet aktinde mutabık kaldıkları halde kefalet senedine yanılıp yalnız 1000 lira yazmışlarsa herhangi bir tefsire kat'iyen imkân yoktur: Kafalet, yalnız senet-teki 1000 liraya mahmul olur, yazılmayan öteki 1000 lira hakkında tamamen hükümsüzdür. Bu netice gayrikabili içtinaptır; zira TBK. m. 482, İBK. m. 493 mucibince kefaletin *tâbi olduğu şekil* buna müsait dğildir.

3°) *Âkitler, rızaları birbirine uygun olmakla beraber, birçok manalara hamlolunabilecek tabirler istimal etmişlerse.,*

Eğer tefsirden, tereddütten salim, ikimanalılıktan ve iphamdan ari bir mana çıkmıyorsa akit yoktur. Çünkü tarafların rızalarını izhar için kullandıkları vasıtalar buna kâfi değildir. (Bu rada, "aktî menfi menfaatten,, mütevellit zararın ödenmesi mevzuubahs olabilir.)

İltizam olunan borcun, bir tarafın ona vermek istediği geniş manayı mı yoksa diğer tarafın verdiği dar manayı mı şamil olması lâzım geleceği kat'iyetle kestirilememekle beraber, şayet tefsir, beyan olunmuş rızalara bir mana vermeğe müsait olursa bu takdirde daha dar olan tefsire itibar olunur.

Umumî bir surette *İsviçre Federasyon Mahkemesi*: prensip olarak "bir rıza beyanı onu iphamlı bir şekilde formüle eden şahıs aleyhinde tefsir olunmalıdır,, esasını vazetmiştir.

4°) *Kanunun kendiliğinden bazı mahsusî tefsir kaideleri koymuş olduğu yerlerde BK. m. 18 in tatbikine mahal yoktur.* Âkitlerin kastettikleri mananın tesbiti kabil olmıyan bu gibi yerlerde böyle müphem tabirlerin nasıl tefsir edilmesi icap edeceğini artık kanunda ayrıca yazılı olan bu kaideler gösterir. Bu neviden kaideler seyrek; bunların birer misaline TBK. m. 75, 76, 156, 157 ile İBK. m. 76, 77 158, 159da tesadüf olunur. Sırasıyla "vâde ve ecellerin hesabı,,ndan, "peyakçesinin, zamanrücü olarak değil belki aktin inikadına delil olmak üzere verilmiş addolunacağı,,

ndan, "ücret tevkifatının şartıcazâ değil belki vedia hükmünde olduğundan,, bâhis olan bu maddelerde artık başka tefsir yolu aramağa lüzum yoktur .

Bu tefsir kaidelerinin tatbiki sayesinde yalnız akitteki şart ve hükümlerin nelerden ibaret bulunduğu keşfedilmekle kalmaz , bir aktin hakikî mahiyeti hukukiyesi de meydana çıkar . Kanun : iki tarafın kullandıkları yanlış isimlere bakılmamalıdır, diyor . Hukuk bilmedikleri için bunlar ekseriya hukukî tabirleri yerinde kullanmazlar, biri yerine diğerini yanlış olarak istimal ederler ; bilfarz bir "hasılat icarı,, aktine "vedia,,der geçerler ; bir "adî şirket,, mukavelesine "karz,, deyiverirler... vesaire. Aktin hakikî mahiyeti hukukiyesi, rıza beyanlarının başlıca usurlarının tefsiri suretiyle tesbit edilmek gerektir . *Misal :*

Âkitler, bir tarafça yapılacak devreli bir tediye yani muaayyen zamanlarda verilecek bir para mukabilinde bir şeyin diğer tarafa teslimini murat ettikleri halde buna "ariyet,, demiş olsalar da işin hakikî mahiyeti "icar,,dır ; bu, onların başka at takmaları ile değişmez .

Tarafların kullandıkları isimlerin racih tutulması icap eden yerler de yok değildir . Fakat buna ancak, iki tip akit arasında mütereddit kalındığı, âkitlerin rıza beyanlarında bu iki akitten birine veya diğerine hamlolunabilecek bir işaret noktası, bir tutamak mevcut olmadığı zaman tevesül olunabilir . *Meselâ :*

A ile B, C nin Dye olan vereceğini kenî üzerlerine alıyorlar, farzedelim.Hadise ve akit nedir? kefalet mi ? yoksa deynin nakli mi? Bu muameleye takaddüm eden pazarlıklar,ve zabıt veya müzakere evrakı sarih bir şeyi ihtiva etmiyorsa âkitlerin sözlerine, kullanmış oldukları tabirlere bakılır.

MUVAZAA :

Tarafların *her ikisinin*, rızalarını beyan ederken, bubapta kullandıkları tabirlere terettüp etmesi icap eden hukukî hükümlerden gayrı bir hukukî netice kastetmelerine *muvazaa* denir . "Söylenen,, ile "maksat,, arasında sözbirliği ile hasıl olan "başkalıkta,, muvazaa vardır .

Bitmedi