

Borçlar Kanununda bir taraflı kanunlar ve diğer kanunlarla devletin
 vaktiyle alması istemesi olan haklarında müddetle devletin
 bu topraklar...

Hususi Akit Tipleri Etrafında İncelemeler

Yazan Ord. Profesör Esat ARSEBUK

Hukukî muamelelerin bir çok bakımlardan taksimi mümkündür. Terkin
 konumuzla yakından ilgisi olan bir taksimi hatırlatmakla bu seriyeye
 başlıyorum. Hukukî muameleyle iştirak edenlerin sayısını esas olarak olan bu
 taksime göre müayyen bir hukukî netice ya bir tarafın iradesiyle yahut iki
 veya daha çok tarafların iradelerinin birleşmesiyle elde edilebilir. Evvela
 sine bir taraflı hukukî muamele, ikincisine iki veya çok taraflı hukukî mu-
 mele deriz.

Kanun bir taraflı hukukî muamelelerin bir çok misallerini verir. Tesis ve
 siyet, mirasın reddi, vekâlet, takas, havale ve bilhassa yapıcı hâklar hep
 bir taraflı hukukî muamelelerdendir.

İki veya çok taraflı hukukî muamelelere gelince bunlar da tarafların
 takip etdikleri gaye bakımından ikiye ayrılırlar. Eğer taraflar aynı gayeyi istih-
 tıf ediyorlarsa aralarındaki muamele her halde bir satış, bir trampa ve
 ya bir kira olamaz. Bu gibi durumlarda şahidi olacağımız muamele bir şirket
 veya dernektir. Zira fert bazan gayesine kendi kudretiyle, kendi vasıtala-
 riyle erişemez. O zaman aynı gayenin husulünde menfaati olanlarla birleşir
 ve bu dediğimiz teşekkülere vücut verir. Böyle bir teşekkülün (şirket ve
 ya dernek) doğumu ise muameleyle iştirak edenlerin arasında bir fikir birli-
 ğinin meydana gelmesine bağlıdır. Buna karar diyoruz. Karar ancak kanu-
 nun müsaade ettiği hallerde hükümlerini meydana getirebilir. Misaller : M.
 K. 59, 60, 624, 678, T. K. 143, 164, 297 ve saire; İ. K. 221, 297

Eğer taraflar aynı gayeyi istihdaf etmiyorlarsa, yani birinin kanı dibe-
 rini zararı ise aralarındaki hukukî muamele ancak bir akit şeklinde tecelli
 eder (1)

(1) Hukuk edebiyatında mukavele iki veya daha ziyade kimselerin bir vebcebe
 ihdas, tadil, veya iffa için anlaşmalarıdır şeklinde tarif edilir. Akit terimine gelince bu
 mukavelelerin hususî bir nevidirki fark hususiyeti vebcebe tevliit etmesinde tecelli eder.
 Bununla beraber gerek mukavele, gerek akit aynı manayı ifade ettiği umumiyetle kabul

Borçlar Kanununun ikinci kısmında yer alan ve (Akdin muhtelif nevileri) unvanı altında toplanmış olan akitlerden mühim bir kısmını üç grup etrafında toplamak mümkündür

I — Bir hakkın kesin olarak bir başkasına devrini tazammun eden akitler. Burada devrolunacak hakkın konusu ya alacak veya mal olabilir. Alacak hakkının devri kanunumuzun genel hükümleri arasında yer almıştır (B. K. 162 ve devamı). Hakkın konusu mal olduğu surette iki ihtimal ile karşılaşırız: Menkul mallar; gayrimenkul mallar. Menkul mallara dair olan hükümler B. K. nin 184 ve müteakip maddelerinde, gayrimenkullere müteallik hükümler de 213 ve onu takip eden maddelerde yazılıdır. Kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre milkiyet hakkı akitle devrolunmaz; belki akdin hükümlerini yerine getirmek lâzımdır. Çünkü satış akdiyle taraflar ancak yekdiğerinden bir şey istemek hakkına sahip olurlar. Milkiyetin devri menkullerde teslim (M. K. 663, f: 1); gayrimenkullerde tescil ile (M. K. 633) mümkündür. Trampa, satış, hibe bu gruba girer.

II — Bir hakkın milkiyetini değil; belki sadece menfaatini devreden akitler. Adî icar, hasılat icarı, ariyet, karz bu gruba giren akitlerdendir. Müstakil bir akit mevzuunu teşkil etmemekle beraber intifa haklarında da bu menfaat vardır.

III — İş iktileri. Hizmet, istisna, neşir, vekâlet, vedia, komisyon ve saire. Bu üç guruba giren akitleri ivazlı olup olmamak bakımından da bir taksime tabi tutabiliriz: Trampa - hibe ilk grupun; kira - ariyet ikinci grupun; hizmet-vekâlet üçüncü grupun misalidir.

Umumiyetle sanıldığına göre (ivaz) kaynağı intikam hissinden alan bir kavramdır. İnsanlar fenalığa karşı fenalıkla mukabele hissinden ilham alarak (ivaz)ı zamanla daha yüksek alanlara götürmüşlerdir. Bunun en âli mertebesi insanlığın da üstüne çıkar ve (adalet) mefhumunda tecelli eder. Bir cemiyette ferdin hak ve menfaatlerini en iyi şekilde kullanan kuvvete adalet diyoruz.

Bir noktaya daha işaret edeyim. Borçlar kanunundaki (akdin muhtelif nevileri) başlığı teknik bakımdan pek doğru sayılamaz. Çünkü vekâleti olanlardan başkası hesabına tasarruf (B. K. 410 - 415), bu neviler arasında gösterildiği halde akit değildir. Teknik bakımdan bu mevzuun umumî hükümler

olunmaktadır. Akitlerden doğan vecibelere akdî vecibe denildiği gibi mukavelevî vecibe de denilebilir. Fakat hususî bir ismi olan mukavelelere daima akit deriz: Satış, kira, iş akdi gibi. Muayyen bir ismi olmayan karşan akitler, umumiyetle mukavele terimi ile ifade edilebilirler: Pansiyon mukavelesinde olduğu gibi.

arasında yer alması lâzımgelirdi. Sonra müzayede ile satışın (B. K. 225- 230) tabii bulunduğu kaideler, onun bir akıt telâkki edilmesine imkân vermez. Fakat hükûk mukaddimesinde sonra bir hakken kesin olarak bir başkasına devrini tazammun eden akıtların mukayeseli bir tarzda tetkikine geçiyorum. Bu akıtlar üçtür: Trampa, satım, bağışlama. Aralarındaki esaslı fark ilk iki akıttır. İkinci ve üçüncüsünün ivazsız olmasından ibarettir.

TRAMPA VE SATIM

En geniş manasıyla satım malı mala deâismektir. Mecellenin 105. maddesinde formüleleştirilen bu tarif, aktin mahiyetini yalnız satıcı bakımından değil, alıcı bakımından da izah eder. Satım, trampa aktinin tekâmül etmiş bir şeklidir. İhtiyaçların çok mahdud olduğu bir cemiyette bile trampa hayatın zaruretlerini pek güçlükle karşılayabilir. Filhakika trampa yapabilmek için tarafların ihtiyaçları olduğu malların karşılıklı olarak ellerinde bulunması icâbedir. Benim istediğim bir malın sizde bulunması trampa için kâfi değildir; belki sizin istediğiniz malın da bende bulunması lâzımgelir. Eğer her ikisi de bu itibarla şekilde bırakmış olsaydı, ihtiyaçlarımızı karşılamak için maruz kalacağımız güçlüklerin ne kadar çetin olacağını kolayca tahmin edebiliriz. İnsan zekâsı bu gördüğü bir mübadele vasıtasıyla ihlas etmekle ortadan kaldırıyor. Ekonomik hayat biraz yakından tahlil ederseniz bu ihtisâsın ne derece dahiyane bir buluş olduğunu kolayca teslim edersiniz. İhtiyaçınız olan bir malı satın alıyorsunuz, mukabilinde verdiğiniz para ne kadar ne alılır; fakat mahiyeten her şeydir. Trampada taraflar gayet muhtemel derhal vâsıl olurlar. Satımda müşteri meblağı ile acentesine erdiği halde satıcı sadece ayesine yusul imkânını elde ediyor. Bu imkân, yapılan aktin neşrine göre isimlendirilir. Satımda semen, kirada, hizmette ücret, ödünce faiz her şey mahiyette olan şeylerdir.

Trampa ve satım milkiyet hakkının ivaz karşılığı olarak devrine yarayan ve bu itibarla aynı mahiyetli hariz olan iki mukavele tipidir. Yalnız satımda nezd para olduğu halde trampada maldir. İşte bu sebeptendir ki doktrinde bu iki mukavele bir arada tetkik olunur.

B. Bölüm — Satımın tarifi, mahiyeti, şekli ve masrafları

A. Satımın tarifi — Satım bir akittir ki onunla bayi, satılan malı müşterinin iltizam ettiği semen mukabilinde müşteriye teslim ve milkiyeti ona nakletmek borcunu tahammül eder (B. K. 182, f/1). Bu tariften anlıyoruz ki B. K. nun satıcıya tahmil ettiği mükellefiyet, biri zilyetliğe diğeri de milkiyet hakkına taalluk etmek üzere ikidir. Evvelkisinin müeyyidesi teslim (M. K.

607) ikincisinin müeyyidesi ise zabta karşı teminat (B. K. 189 - 193), ayba karşı tekeffül (B. K. 194 ve devamı) dır. Modern hukukta satım aktine hakim olan prensipler bunlardır. Nitekim alman medenî K. da aynı esas kabul ediyor, 433 ve müteakip paragraflar.

Eski hukukumuz bu görüşe taraftar olmamıştı; Mecellenin 262 inci maddesine göre satım aktinin yapılmasıyla satıcı semene müşteri de satılan mala malik olurdu. Görülüyor ki mecelle, milkiyet hakkının intikalini teslim bağli kilmamıştır. Şukadar var ki müşterinin semenle ilzam edilebilmesi için mebiin teslim yani müşteri tarafından kabz edilmiş olması şarttı (Mecelle: 293) (2) Fransız medenî kanunu dahi milkiyetin akitle intikal edeceğini kabul eder (art. 1583).

B. Mahiyeti - Satım esas itibariyle rizaî bir akittir. Gerek roma hukuku, gerek mecelle satım aktinin bu mahiyetine işaret etmişlerdir. Demek ki bu aktin meydana gelmesi için taraftar teslim olunacak mal (mebi) ile mala mukabil verilecek para (semen) yı kararlaştırmaları ve bu iki şeyi yekdiğerine karşı vadetmeleri lâzım gelir. Ancak mukaveleye taraflar aktin mahiyeti ile telifi kabil olan bir takım şartlar koşabilirler. Bu takdirde satım şartı bağli yapılmış olur ki bunun akitteki hususiyetlerini ilerde göreceğiz.

C. Şekli — Fransız medenî kanununun 1582 inci maddesinin ikinci fıkrasında şöyle bir hüküm vardır: (Satım resmî veya hususî bir senetle yapılabilir). Fransız hukukcuları fıkradaki yapılabilir tabirinin (isbat olunabilir) tarzında okunması lâzım geleceğini söylerler. Çünkü menkul mal satışlarında akit hiç bir şekle tabi değildir. B. K. muzun 11 inci maddesindeki sarahate ve 184 ve müteakip maddelerde menkul mal satışlarının bir şekle tabi tutulacağı hakkında bir kayıt bulunmamasına nazaran bizde de işbu akdin sıhhati için şekle riayet mecburiyeti olmadığı anlaşılır. Ancak akdin isbatı bakımından senede lüzum görülebilir (H. M. Usulü Madde 288). Yalnız 2723 sayılı Arttırma, eksiltme ve ihale kanununun 25 inci maddesi akdin muteber olabilmesini yazılı bir mukavelenin yapılmasına ve bu mukavelenin noterlikçe tescil ettirilmesine bağli kılmıştır. Müteahhit ile ihaleyi yapan daireye tahmil edilen bu mükellefiyet yerine getirilmezse ihale hüküm ifade etmez. Demek ki bu kanuna göre yapılan alım ve satımlarda muayyen bir şekle riayet mecburiyeti vardır.

(2) Satılan malın cins ve nevine göre teslimin nasıl yapılacağı ve ne zaman müşterinin mebiî kabzetmiş sayılacağı mecellede tafsilen izah edilmiştir. Bk nun 210 uncu maddesinin ilk fıkrasında aynı hükme tesadüf edebilirsiniz. Aşağıdaki (14) numaralı nota bakınız.

C. Satış masrafları - Kaideten teslim masrafları satıcıya, teslim ve kabiz masrafları da müşteriye aittir. (B. K. 185, 186). Nakil masrafları teslim masrafları arasında yer alır.

Teslim masraflarından anlaşılacak üzere gelen mana paket yapma, tartma ölçme ve sayma masraflarıdır. Ancak bunların teslim kastiyle ve satıcının nefine olarak yapılması icabeder. Meselâ elli kilo pirinç veya metrekare şu kadar liradan bir top kumaş satışlarında olduğu gibi. Çünkü bu misallerde tartma ve ölçme mebiin ayır edilmesi ve semeninin tayini içindir. Fakat meselâ bir balya kumaş veya bir yığın kereste muayyen bir bedel ile toplu olarak satılır ve müşteri aldığı malın miktarını öğrenmek için onun tartılmasını veya ölçülmesini isterse mesele değişir. Çünkü bu takdirde masraflar kanunen satıcıya ait değildir.

Nakil masraflarına gelince burada satılan malın akit yapıldığı yerden başka bir mahalle gönderilmesi ihtimaline temas ediliyor. Bir akdin ifa mahalli neresidir? Bu sorunun cevabı umumî hükümler arasında yer almıştır (B. K. 73). Federal mahkemenin ihtidatına göre satımda ifa mahalli daima aynı olmaz. Filhakika:

- Bazen bayiin malı teslim mecbur olduğu (J. d. Tr. 1922 1130);
- bazan mebiin zilyeliği ve milkiyeti müşteriye devredildiği;
- bazan da müşterinin ilk defa mebiin tasarruf edebildiği (J. d. Tr. 1933 1 420) mahal ifa mahallidir. Her hangi bir satımda bunlardan hangisinin ifa mahalli sayılacağı tarafların sarih veya zımî iradelerinden anlaşılır. Fakat kaideten malın yola çıkarıldığı mahal ifa mahallidir ve müşterinin alması gecinceye kadar malın milkiyeti ve binaenaleyh onu müşteriye teslim mecburiyeti satıcıya ait olarak kalır; yalnız mebiin nefi ve hasarı akdin yapıldığı mahallele birlikte müşteriye intikal eder (B. K. 183). Eğer satılan mal akit yapıldığı mahalden başka bir yere gönderilecek ise - vente à distance - ambalaj, seret ve nakil masrafları nakil masrafları arasında girer, ve bu masraflar ifa mahallinde bulunan müşteriye ait olur. Nevile tayin olunmuş mallarda (MSL) kanuni ifa mahalli her iki taraf için de satıcının ikametgahının bulunduğu yerdir. Filhakika satıcı borcunu burada öder (B. K. 73 No 3) ve müşteri nakil masraflarını burada yerine getirir (B. K. 74).

Eski hukukumuzda satım akdi çok mantıklı bir muhakemeye tabi tutularak bir takım kısımlara ayrılmıştı. Filhakika satım akdi ya in'kad eder veya etmez. Evvelkisine muteber, ikincisine batıl satım derler. Muteber olan satım da bir takım kısımlara ayrılır:

1 — Sahih olan satım; buna beyicaiz dahi denilir. Böyle bir akit her tarafı da ilzam eder. Çünkü akdin aslı da vafıa da meşrudur (Mecelle, 108). Fakat akdin aslında sihat bulunduğu halde vafında sihat bulunmaması mümkündür. İşte bu mahiyeti arzeden satım akdine;

2 — Fasit olan satım derler. Genel olarak taraflar arasında ihtilafı mucip bir kaydı ihtiva eden akitler fasittir. Mecelle bu gibi akitlerin vafında sihat bulunmadığını kabul eder. Vafıdaki fesat üç sebepten ileri gelebilir.

a) Mebiin meçhul olmasıyle. Çünkü mecelleye göre Meçhulün satımı fasittir. Aralarında büyük kıymet farkı bulunan bir sürüden bir hayvanın satılmasında olduğu gibi (Mecelle 213).

b) Semenin meçhul olmasıyle. Muhtelif kıymette para tedavül eden bir yerde lira veya frank üzerine yapılan satış bu ihtimalin bir misalini teşkil eder (Mecelle, 240).

c) Vadenin meçhul olmasıyle. Yağmur yağdığı zaman veya hasat vakti gibi.

3 — Nafiz olan satım. Satılan mala bayiden başka birinin hakkı taalluk etmiyen satımdır ki bu da ikiye ayrılır:

a) Lüzum ifade eden satım. Burada taraflardan hiç birinin muhayyerlik hakkı yoktur (Mecelle, 114).

b) Lüzum ifade etmiyen satım. Taraflardan biri lehine muhayyerlik hakkı tanınmış olan satımdır (Mecelle, 115) (3).

4 — Mevkuf olan satım. Satılan mala gayrin hakkı taalluk eden satımdır (Mecelle, 111). Kiralanan veya rehnedilen malın satımı gibi.

Bu muhtelif satım akitlerinin hükümlerine gelince onları şu suretle hülasa etmek mümkündür :

Batıl olan satım hiç bir hüküm tevliit etmez (Mecelle, 107). Şayet böyle bir akit zımında mebi müşteriye teslim edilmişse emanet olur. Müşterinin kusuru olmaksızın telefi taktirinde tazmin lâzım gelmez (Mecelle, 370).

Münakit olan satımda müşteri mebia, satıcı semene malik olur (Mecelle, 369).

(3) Böyle bir taksime lüzum görülmesi şu sebepten ileri gelir. Eski hukukumuzda akitler tarafları ilzam etme bakımından üç gruba ayrılırlar.

1. grup-Her iki tarafı ilzam eden akitler. Satım kira gibi.

2. grup-Taraflardan yalnız birini ilzam eden akitler. Rehin gibi. Çünkü borçlu rehni feshedemez; fakat alacaklı feshedebilir.

3. grup-Her iki tarafı ilzam etmiyen akitler. Şirket, vekâlet, ariyet gibi.

Fakit olan satım kabız halinde hüküm ifade eder (Mecelle, 371). Fakat feshe mani sebeplerden biri bulunmadıkça taraflardan her biri akit fesih edebilir. Mecelle'ye göre fesih bir taraflı irade beyanı olup karşı tarafın müddetle tekemmül eder. Fesihden sonra mebi, müşteri ya da emen teslim edilmez ve zaman lazım gelir.

Mevkuf olan satımda akitin hüküm ifade etmesi malikin icazetine bağlıdır.

Lüzum ifade etmeyen satımda muhayer olan tarafın feshe hakkı vardır. Mecellede B. K. nun 81 nci maddesine yaklaşılan hüküm sudur. Pesin veya veresiye olmaksızın yapılan satışta hilafına bir adet yoksa önce semen (Mecelle, 251), sonra mebi (Mecelle, 262) yerilmek lazımgelir. Semen bir müddet tecil edilmişse vade mebiin tesliminden itibaren hesablanır (Mecelle, 250). Veresiye pazarlık olunup da müddet tayin olunmamışsa ecel bir aydır. Fakat bu hüküm para ile olan satımlarda caridir. Trampada her iki tarafta edaların aynı zamanda yerine getirmeye mecburdurlar (Mecelle, 379). Çünkü semen eda ile taayyün eder. Halbuki trampada eda mevzuları zaten müayyendir. Binaenaleyh taraflardan birinin diğerinden önce edaya bir mecburiyeti yoktur.

B. Bölüm — Satım akitinin esas unsurları

Bu unsurlar üçtür: Tarafların rızası, mebi, semen.

A. Tarafların rızası — Madem ki satış taraflara karşılıklı mükellefiyetler tanımlı eden bir akittir, o halde bütün aktiflerde olduğu gibi burada da tarafların karşılıklı ve birbirine uygun surette iradelerini izhar etmeleri lazımgelir. Fakat kanunumuz müzayedelerdeki ihale için dahil satım tabirini kullanıyor cihetle karşılıklı rızanın ne vakit tahakkuk edeceğini bu akitin muhtelif nevelerinde aramamız icabeder.

1 — Nümune üzerine satım. Gerek Borçlar (Madde: 218) gerek Ticaret (madde: 706) kanunumuz bu mevzuada akitin mahiyet bakımından değil, belki sadece beyyine bakımından temas etmiştir. Taraflar satılan malın müayyen bir nümune'ye uygun olması lüzumu etrafında anlaşılırsa satım nümune üzerine yapılmış olur. Ancak bu takdirde nümunenin satıcı tarafından ya müşteriye veya üçüncü bir şahsa tevdi edilmiş olması lazımdır. Mükavelede bir sermaye olması bife malin icaplarından satıma bu mahiyet verildiği istisnaî olarak olabilir. Malin cins ve nevini gösteren bir nümunenin tevdi edilmesi halinde olduğu gibi. Böyle bir akte istinaden teslim olunan bir malın nümune'ye ne dereceye kadar uygun olması meselesi işlerde جاری olan teamülden ve hadiselerin hususiyetinden çıkarılır. Çünkü ufak tefek değişiklikler satılan

malın cins ve nevine göre bazan ayıp sayıldığı halde bazan da ayıp sayılmamasına imkân verir. Demekki nümune, satıcı tarafından aktin hükümlerine riayet olunup olunmadığını tesbite yarar. Nümuneye uygun olmıyan bir malın teslimi halinde akit hüküm ifade eder mi? Bu sorunun cevabını korşulamak için hareket noktamız şu prensip olmalıdır: Eğer nümuneye uygunluk aktin bir şartı ise o zaman şart tahakkuk etmemiş demektir; şu halde akit hüküm ifade etmez (B. K. 194, f: 2). Eğer aktin şartı değilse bu takdirde B. K. nun 194 ve müteakip madde hükümlerini tatbik ederiz. Daha başka bir ifade ile nümuneye uygunsuzluk müşteriye satıcının tekeffülüne müstenit bir dava hakkı veriyorsa akit şarta bağlı değildir. Böyle bir dava hakkının müşteriye tanınıp tanınmadığını kestirmek tarafların akit sırasında izhar ettikleri iradelerin tefsiriyle mümkündür. B. K. nun 218 inci maddesine bakınız.

2 — Tecrübe ve muayene şartıyla satım (B. K. 219 - 221). İsminden dahi anlaşılacağı üzere burada tesadüfî bir şartla yapılan akit karşısındayız. Aktin hüküm ifade edip etmemesi yani şartın talikî veya infisahî olması müşterinin bir taraflı irade beyanına bağlıdır. Fakat tereddüt halinde akit talikî şarta bağlanmış sayılır (B. K. 212, f : 2) ve satılan malın nefi ve hasarı satıcıya ait olur. Mebii kabul veya red etmekte müşterinin tam bir serbestiye malik olması akdin mahiyeti icabından olduğu cihetle işbu serbestiyi takyit eden her şart akitten bu mahiyeti kaldırır, ve bu takdirde artık bu maddelerin hükümleri tatbik edilmez. Mebiin muayyen vasıfları haiz olacağı, red veya kabul keyfiyetinin bir ekspertiz neticesinde kullanılabileceği yolundaki şartlar bu kabildendir. Eğer satılan malın beğenilmesi halinde başka bir mal ile değiştirilmesi şart koşulmuş ise satım alternatif mahiyet arzeder (B. K. 71). Tecrübe ve muayene şartıyla yapılan bir satımın infisahî bir şarta bağlanması da mümkündür. (B. K. 152). Bu surette mebiin nefi ve hasarı aktin inkadından itibaren müşteriye geçer; çünkü infisah kaideten mâkable şamil olmaz.

Şimdi konumuzu yakından ilgilendiren bir akit tipine daha temas edelim: İş âleminde carî olan bir teamüle göre taraflardan biri - ki umumiyetle bir fabrikatördür - diğerine - ki buda bir tacir dir - kendi mamulatından bir takım mallar teslim eder. Malların milkiyeti fabrikatöre aittir. Aradaki anlaşmaya nazaran malları tesellüm ve kabzeden taraf, muayyen bir müddet zarfında ya malları aynen geri vermeğe ve mukavele sırasında takdir olunan bedellerini ödemeğe mecbur tutulacaktır. İşte «emtia tevdiî mukavelesi» adı verilen ve İsviçrede saatçilik âleminde contrat de soumission namını alan bu mukavele bir çok akit tiplerine benzer. Filhakika tacir bu malları takdir olunan fiattan fazlasına satacak ve bu fazlası kendisine ait olacaktır. Bu bakımdan akit komüsyon veya

şirket mahiyetini alabilir. Kezalik malların milkiyeti fabrikatöre ait olduğuna göre tacirin mallar üzerindeki tasarrufu bir vekâlet akdine istinad etmiş olur. Ve nihayet malların bedelleri satıldıkça verileceğinden akde şartla bağlı bir mahiyet izafe etmek veya satış teşebbüsünde bulunulacağına göre ona tesrübe ile satış demek de mümkündür. Halbuki emtia tevdi mukavelesi bunlardan hiç biri sayılmaz. Federal mahkemenin ichtihadına nazaran, bu nevi cinsine münhasır sujs generis bir akittir, iki taraflıdır ve nakıstır. Şuhalde B. K. nun 81 ve 106 ıncı maddeleri burada tatbik edilemez. Malların teslim etmiş olan tacir, hilâfına bir anlaşma bulunmadıkça, fabrikatöre karşı alternatif bir porç altına girmiş olur ki o da ya malları geri vermek veya takdir olunan bedellerini ödemektir. Demek ki fabrikatör B. K. nun 74, 101 ve 102 ınci maddelerine istinaden borçluyu tahhüdünü yerine getirmege davet edecek ve temerrüdü halinde zarar ve ziyânını isteyecektir. (J. d. T. 1929 I 322). Verilen izahattan şu neticeyi çıkarabiliriz: B. K. nun 219 - 221 ınci maddeleri emtia tevdi mukavelelerinde tatbik olunmaz.

Muayenenin nerede yapılması lâzım geleceği meselesinde kanunumuz şu esastan hareket eder : Muayene kaideten satıcının nezdinde yapılmalıdır. Eğer müşteri mukavele veya örfün tayin ettiği müddet zarfında bir irade beyanında bulunmazsa (B. K. 80) rızalar birleşmemiş ve bunun neticesi olarak akit meydana gelmemiş olur (B. K. 220; T. K. 711). Fakat mal muayene edilmeksizin müşteriye teslim edilmiş ise o zaman 220 ınci maddenin koyduğu kaidenin tersine döner (B. K. 221; T. K. 710). Satılan malın numuneye uygun olmadığı yolundaki iddia BK na göre bir senelik ve T. K. göre ise 6 aylık zamanaşımına tabidir. Bu müddetler mahiyetleri itibarıyla hakdüşümü suretindedir.

Zeytinyağı, şarap gibi bazı gıda maddeleri vardır ki muayeneleri tatlılarına bakılmakla mümkün olur. Bu gibi sınıflarda aktif füzum ifade edip etmemesi müşterinin zevkine bağlıdır. Fransız medenî kanununun 1587 ınci maddesinde tasvir edildiği üzere müşteri malın tadına bakıp beğenmedikçe satım tekemmül etmez. Görülüyor ki meblîm tayini ve semehin tesbîm akde vacul vermek için کافی gelmiyor. Borçlar K. nda bu hususa dair bir sarahat yoktur. Fakat «çesnişî helâl» örfünün memleketimizde de cereyan etmekte bulunması aynı esastan bizde kabulünü zarurî kılar.

Ölçmek, tartmak veya başka bir mahalle gönderilmek şartıyla satılan bir mal menca, sayı veya kilo üzerinden satılabilir. Bu gibi sınıflarda akit ne zaman tekemmül edecek ve bunun neticesi olarak satılan malın nefi ve hasarı ne vakitten itibaren müşteriye geçecektir? Bilindiği üzere milkiyetin intikali için bizde teslim şartıdır. Teslim edilmediği müddetçe

mebi bayiin milkiyetinde demektir. Şu halde kaideten nefi ve hasarın satıcıya yani mâlike ait olması lâzımgelir. Nitekim Alman M. kanunu bu esası kabul eder (§§ 446 - 447) (4)

Fransız hukuku satım aktiyle birlikte milkiyet hakkının müşteriye intikal ettiğini kabul eylesine göre orada satışın vukuunu müteakip nefi ve hasar müşteriye intikal etmiş olur (art. 1138) (5). Medenî kanunumuzun 465 inci maddesinde bu esasın bir tatbikine şahit oluruz.

Ancak satımda kanunumuz mebiin nefi ve hasarı bakımından bu iki sistemden hiç birini kabul etmez; ortalama bir yol tutar. Filhakika Medenî kanununun 687 inci maddesi gereğince milkiyet hakkı teslim yapılmadıkça müşteriye geçmez; fakat mebi üzerindeki nefi ve hasarın müşteriye intikali için satım aktinin meydana gelmesi kâfidir (B. K. 183, f: 1).

Satılan malın ayırt edilmesi icabediyorsa, nefi ve hasarın müşteriye intikali bu muamelenin yapılmasına bağlıdır. Ayırt etmek mecburiyeti nevile tayin olunan mallarda carî olur (B. K. 183, f: 2). Çünkü mebiin tayinine ancak bu suretle imkân vardır. Her akit gibi satım da talikî veya infisahî bir şarta bağlanabilir. Nefi ve hasar evvelkisinde satıcıya ikincisinde müşteriye ait olur (B. K. 183, f: 3). Hazır olmyanlar arasındaki satımlar hakkında B. K. nun 10 uncu maddesine bakınız.

4 — Müzayede ile satım (B. K. 225 - 231). Federal mahkeme evvelce bu gibi satışları gerek teşekkül ve gerek tevliit ettiği hükümler bakımından alélâde satışlarla bir tutmuş ve ancak ihtilâf hudusunda satım aktinin meydana gelip gelmediği meselesinin bir mahkeme kararıyla hal edilebileceği reyinde bulunmuştu. Halbuki bu içtihat bir çok bakımlardan müdafaa edilemezdi. Sebeline gelince müzayede ile yapılan bir satımla adi satım arasında hiç bir benzerlik bulunmamasıdır. Çünkü bir kere teknik bakımdan ortada bir satım yoktur. Bir malı satın almamak taahhüdü adaba aykırı olmadığı halde müzayedeye iştirâk etmek taahhüdü adaba muhalif sayılıyor (B. K. 226) ve müzayedenin butlanını icabettiriyor. Sonra menkul mallardan sayılan alacağın satışı şekle tabi olduğu halde müzayede ile satılan alacaklarda bu şekle riayet mecburiyeti yoktur. Demek ki müzayede ile satım, medenî hukuk kaidelerine tabi tutulan bir satış değil; belki hususî hükümlerle tanzim edilen müstakil hukukî bir müessesedir. Fikrimce bu müesseseye satım akti dolayısıyla temas etmemek daha doğru olur.

(4) Res perit domino = La chose perit pour son propriétaire.

(5) Res perit creditor = La chose perit pour le créancier.

5 — Milkiyeti muhafaza şartıyla satım. Bu konuyu iki bakımdan tetkik edeceğiz.

A. Gayrimenkullerde (B. K. 214, f. 2) — Milkiyeti muhafaza şartıyla bir gayrimenkul satılamaz. Çünkü satım ancak tapuya tescil ile hüküm ifade eder. Halbuki kanun, milkiyeti muhafaza şartının tapuya tescil olunamayacağına tasrih etmektedir. Tapuya tescil yapılamayınca gayrimenkul zaten satıcının uhdesinde kalıyor demektir. Bu itibarla mevzu üzerinde durulmaya lüzum görmüyorum (6)

B. Menkullerde (B.K. 223; M.K. 688,689; T.K. 704) - Satım mat üzerinde milkiyet hakkını muhafaza eden bîyi, semenin ödennememesi halinde satım aktını fesh edebileceği gibi mukavelede tasrih edilmiş olsa bile tebliğ istinat hakkını haiz olur. İşte satıcıya bu gibi haklar temin eden milkiyeti muhafaza mukavelesinin mahiyeti menkul milkiyetine dair olan hükümler arasında tetkik edilmiştir.

Şimdi M. K. nun bu hususa dair sevkettiği hükümleri bir tarafa bırakarak satım aktına hüküm olan esasları bakımından mevzuu inceleyelim. Mesela bu zaviyeden tetkik edilecek karşılığımız ilk düa'ya olur. Acaba milkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satım hukukun müteber sayılmalı mıdır? Her hangi bir aktın müteber olup olmadığına gösteren ölçüyü B. K. nun 19 üncü maddesinin ikinci fıkrasında bulabiliriz. Filhakika bu fıkraya göre «Kanunî hükümlerden uzaklaşan mukaveleler, ancak âmir hükümlere aykırı olmadık veya ahlâka, âdâba, âmme intizamına veya şahsiyete mütecellik hükümlere muhalefeti intac etmediği takdirde müteber olurlar». Görülüyor ki kanun bu fıkra ile «ne vakit kanunî bir hükme âmir deriz?» sorusuna cevabını vermektedir. Böyle bir soruya neden lüzum hasıl oluyor, diyeceksiniz, kanun bir hükmün âmir olup olmadığını tasrih etmez mi? Vakaa çok defa eder. Netekim selde dair hükümlerde bunun misalini görmek mümkündür. Fakat mesele bununla bitmiş olmaz. Çünkü bazı kaideler vardır ki bunların bertaraf edilmeleri halinde mukavele âdabâ muhafâzî bir mahiyet alır. B. K. nun 23,28,29 üncü maddelerinde ve B. K. nun sümülü dışında kalan âdabâ muhafâzî takliflerinde olduğu gibi. Kezâk gerek ikisadi ve gerek sosyal bakımdan zayıf olan tarafın himayesini istihdaf eden ve böylece hükmün yerini çok fazla tahdidine imkân bırakmayan kanunî hükümler de bu kabildendir. Misaller: B.K. 181, sf., 223 sf.249, sf.332,344,349; M. K. 23; İşte bunların bu imkânları kavramış olmak içindir ki kanun vazii, bir hükmün nevaki âmir mahiyetini haiz olacağını gösteren bir ölçü bulmak zaruretinde kalmıştır.

(6) Sufa, istira ve vefa haklarına ileride temas edeceğiz.

Bu izahat üzerine artık milkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan bir satım akti Kanunun âmîr mahiyeti haiz prensiplerine muhalif midir? Sualini sorabiliriz. Vereceğimiz cevap tabiatıyla menfi olacaktır. Çünkü böyle bir akit ahlâka âdâba, amme intizamına muhalif olmadığı gibi şahsiyete müteallik hükümlere de aykırı değildir.

Diyebilirsiniz ki bu suretle mal alan kimsenin tediye kudreti hakkında alacaklılar yanlış bir tahmine düşebilirler, bu ise adaba muhalif bir durum ihdas demektir. Bu itiraz şu suretle cevaplandırılabilir. M. K. nuna göre zilyetlik milkiyetin kesin bir delili değil; belki karinesidir. Demek ki bir malın teslimi ile milkiyetin mutlaka intikali lâzımgelmez. Nasilki bir hırsızın elindeki malın onun zan eden adam bu zannı ile malikin hakkını ihlal edemiyor; milkiyet hakkı muhafaza edilerek teslim olunan bir malın üçüncü şahıslarda tevhit ettiği kanaat dahi satıcının haklarını ihlal edememesi lâzımgelir.

Yine denilebilir ki bu cevap doğru sayılamaz. Çünkü mesele, bayiin haklarını ihlal bakımından değil, üçüncü şahıslara yanlış kanaatlar telkin etmesi bakımından nazara alınmalıdır. Görünüşte bu itiraz yerindedir. Fakat üçüncü şahısara telkin edilen kanaatlerin tevhit ettiği netice nedir? Bunun mahiyetini aramak lâzımgelir. Eğer bu itimat sırf sübjektif ise hukukta bunun yeri yoktur. Objektif ise yani üçüncü şahıs kendisine telkin olunan bu itimada dayanarak malın zilyedi ile bir muamele yapmış ise bu takdirde iki ihtimal ile karşılaşırız: Üçüncü şahıs zilyetten icabeden teminatı ya almıştır, ya almamıştır. Aldığı surette üçüncü şahsın bir zarara uğramasına imkân kalmaz (M. K. 901). çünkü zilyetliğe dair hükümler kendisini himaye edecektir. Almadığı yani sırf görünüşe itimat ederek zilyede bir kredi açtığı takdirde üçüncü şahsın bir zarara uğraması ihtimali vardır. Ancak unutulmamalıdır ki günlük kazançlarından bir miktarını vermek suretiyle fertlere lâzım olan vasıtaları temine yarayan bu akit cemiyet hayatı için lüzumludur. Bu lüzumu inkâr ederek akdi muteber saymamak, hukukun tatbikatta hemen her gün yer alan esaslı bir kaidesini ihmal demek olur. Ehveni şerreyn ihtiyar olunur; Mecelle, madde : 29. (7)

Bütün bu izahlara rağmen üçüncü bir itirazda daha bulunmak mümkündür. Diyebilirsiniz ki vaka burada akdin mevzuu kanunen memnu bir muameleye taalluk etmiyor; fakat aktin muhtevaşında hukuka aykırılık yok mudur? Çünkü satım milkiyetin nakli için tevessül olunan bir akittir. Milkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satım, aktin, esas cevherini ortadan kaldırıyor. Menfaati temlik etmeyen bir kira nasıl yapılamazsa milkiyeti devretmeyen bir sa-

(7) Ex duobus malis minimum elegi = des deux maux choisir le moindre.

fin da yapılamaz. şu halde ya akdin mevzuunda bir imkânsızlık bulunduğunu kabul etmek yahutta aktin muhtevî olduğu şartı bahil saymak lâzımdır. Ewelki surette akit bahil (B. K. 20. f. 1) ikinci surette şart lagiv (B. K. 20. f. 2) olacaktır. Bu ifiraza da menfi bir cevap verilmelidir. Çünkü milkiyeti muhafaza kaydı mahiyeti itibariyle bir şarttır. Müşteri şarta riayet etmez, yani satın aldığı malın taksitlerini ödemezse ozaman satıcı bu şarta dayanarak mebbii geri alabilir. Demekki tahakkukunu bayiin arzusuna bağlı kılmıyan bu şart, milkiyetin müşteriye intikaline mani olmaz. Yalnız şartın tahakkuk etmemesi halinde bayia sattığı mal üzerinde aynı bir hak temin eder. Şuhalde milkiyeti muhafaza kaydile yapılan satışların muteber sayılmaması için hiç bir sebep yoktur.

Şimdi kanun hükümesini hulâsatan gözden geçirelim. M. K. nun 688 inci maddesine göre milkiyeti muhafaza kaydiyle satım yazılı şekilde yapılmış olmadıkça ve müşterinin ikâmetgâhındaki noter tarafından tasdik ve hususi bir sicile kayıt edilmiş bulunmadıkça muteber değildir. Kanun hayvanlar hakkında bu suretle akit yapılmasını meneder. Çünkü taksitlerin ödenmesi halinde çıkabilecek ihtilafların adalete uygun bir surette hâli adeta imkânsızdır. İşte bu sebepten dolayısıdır ki kanun her iki tarafın menfaatlerini dâba ameli bir şekilde koruyacak rehin usulu resis etmiştir (M. K. 854). B. K. nun 223 üncü maddesi M. K. nun 689 uncu maddesini tamamlar.

Bu şahadaki en önemli ihtilâf, milkiyeti muhafaza edilen malların müşteri elinde bulunduğu sırada müşterinin alacaklıları tarafından haczedilmesi halinde çıkar. Mevzuumuzu ameli bir duruma nakledebilmek için maddi bir misal üzerinden yürüelim: bir adam milkiyeti muhafaza kaydiyle bir diğerine beher düzinesi elli liradan olmak üzere yüz düzine çorap satmıştır. Aradaki anlaşmaya göre a) çorapların bedeli olan beşbin lira, beşer yüz liradan on taksitte ödenecektir; b) taksitler her ayın ilk günü verilecektir; c) taksitlerden ikisi ödenmediği takdirde geriye kalan borç muacceliyet iktisab edecek ve böylece müşteri borcunu taksitlerle ödemek hakkını kaybedecektir. Bu mukavele yazılı olarak yapılmış ve kanunun hükmü dairesinde noterlikçe tasdik ve hususi sicille kaydedilmiştir. Müşteri ilk iki taksiti ödemişse de üçüncü ve dördüncü taksitleri tesviye etmemiştir. Bunun üzerine satıcı mukavelesinin kendisine verdiği selâhiyeti kullanarak akti fesih ve çorapların iadesini dava ediyor. Şimdi karşınıza çıkabilecek ihtimalleri tefkik edelim.

İhtimal - Müşteri çorapları satamamıştır; olduğu gibi elinde duruyor. Bu ihtilâf M. K. nun 689 uncu maddesiyle B. K. nun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrasına istinaden hal edilir.

İkinci ihtimal - Müşteri elli düzine çorabı bir üçüncü şahsa rehinmiş ve mukabilinde ödünç para almıştır. Burada satıcıya mı yoksa rehin hakkı sahibine mi rüçhan hakkı vereceğiz? Burada nazara alacağımız hüküm M.K. nun 689 uncu maddesiyle B. K. nun 109 uncu maddesinin ikinci fıkrasıdır.

Üçüncü ihtimal - Müşteri elindeki çorapları kredi ile diğerlerine satmıştır. İhtilaf B. K. nun 63 üncü maddesinin tatbikiyle hal edilebilir.

Dördüncü ihtimal - Çoraplar müşterinin mağazasında bulunan diğer bazı mallarla birlikte yanmış veya çalınmıştır. Malların bu suretle ziyayı karşısında ilk araştıracağımız cihet, işbu ziyayı borçluya isnadı kabil bir sebepten ileri gelip gelmediği noktasıdır. Eğer borçluya isnadı mümkün bir sebep neticesinde mallar ziyaya uğramış (B. K. 98, f: 1) veya borçlunun hiç bir kusuru olmamakla beraber ziya temerrütten sonra vaki olmuş ise (B. K. 102, f: 1) borçlu mesuldür. Çünkü akde muhalefet etmiştir. Eğer mallar borçluya isnadı mümkün olmayan bir sebep neticesinde telef olmuşsa-ki bu takdirde ziyayı temerrütten evvel vukua geldiğini kabul ediyoruz demektir-müşteri için malları aynen iade imkânı kalmaz, ve satıcının teminattan mahrumiyeti borçlunun mesuliyetini icabettirmez (M. K. 859). Vakaa B. K. nun 117 inci maddesinin ilk fıkrasında «borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakit olur» denilmektedir. Fakat aynı maddenin son fıkrasındaki «kanun ile» kaydı satışta (B. K. 183, f: 1) trampada (B. K. 232), hizmet akdinde (B. K. 328), Adî şirkette (B. K. 521) bu hükmün tatbiki-ne cevaz vermemektedir. Şu halde malın ziyayından müşteri mesul olur ve ödenmeyen taksitler teminatsız bir borç olarak kalır.

Beşinci ihtimal - Çoraplar müşterinin elindedir; fakat onun alacaklısı tarafından haczedilmiştir. Burada müşteri, taksitleri ödemediğinden dolayı satıcıya karşı mütemerrit durumdadır; haczin vukuu, milkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satışın bayia temin ettiği hakları ihlal etmez. Şu halde bayi akti fesih ve malların iadesini talep edebilir. Böyle bir hal karşısında malları haczettirmiş olan alacaklının hakkı münasip bir ücretin tenzilinden sonra satıcının iadeye mecbur olduğu ödenmiş taksitlere intikal edecektir. Bunlar iade edilinceye kadar mallar hacizli olarak kalır. Çünkü akit fesih edilmiş olunca hacizli malların ifade ettiği kıymet ancak onlara mukabil verilen taksitler miktarına inhisat etmiş olur (B. K. 223, f: 1; M. K. 689). Böylece satıcı haczin neticelerinden kurtulur. Davanın icra safhasındaki muameleleri için İcra ve İflas K. nun 95 ve 113 üncü maddelerine bakınız.

6 — Taksitle satım (B. K. 222 - 224; M. K. 689). Bu iki taraflı olan ve her iki tarafada mükellefiyetler tahmil eden bir akittir. Ancak taraflardan biri edasını tamamen yerine getirdiği halde karşı taraf yani müşteri borcunu iler-

bu husustaki taksitlerle tasriye edilebilir. Bu gibi mukavelelerde edasası yerine getirmiş olan tarafın zarar uğramak ihtimali pek fazladır. Buna özetlemek için de mukaveleye bir takım kayıtlar koydurması zarurî olur. Ancak her hangi bir akitte zarar ihtimalinin çokluğu, tazminatın sınırlarını tayin eden kanuni esaslardan uzaklaşmayı icap ettirmez. İşte bu fikirlerden ilham alan kanunumuz taksitlerden birinin tediyeye edilmemesi yani müşterinin temerrütü halinde satıcı için iki hak tanımaktadır: Ya taksitlerin ödenmesini talep veya satım aktini fesh eder. Bu iki hak aynı zamanda kullanılmaz. Çünkü taksit ödenirse mukavele hükümleri yerine getirilmiş akid feshi olgusuz taksitle hücum kalmamış olur.

Borçlunun temerrütü halinde alacaklıya ne gibi haklar tanıdığı umumi hükümler arasında terki edilmiştir. (B. K. 106 ve müteakip). Taksitlerin tediyesini isteyen satıcı, müşterisinden temerrüt faizini de alır. Fakat satım aktini fesh ederse o zaman mesele değişir. Çünkü taksitle yapılan bir satım aktinin feshi bizi bundan evvelki bentte tafsil ettiğimiz ihtimallerle karşılaşabilir. Vakaa bu ihtimallerden bir çoklarını B. K. nun 108 inci maddesinin ilk fıkrasıyla hâl edebiliriz. Bu fıkra mucibince fesh makale yani aktin yapıldığı zamana şamildir. Şu halde fesh hakkını kullanan satıcı, aktin yapıldığı zamandaki durumun kendisine teminini müşterisinden isteyebilir. Eger mal müşterinin elinde olduğu gibi durmakta ise aktin feshi satıcıya mebi ve müşteriye semeni istirdat hakkını verir. Fakat umumiyetle aktitlerin feshinde tarafların menfaatten bakımından yeter derecede sayılan bu hal tarım kanun vazii taksitle yapılan satımların feshinde hiçte kâfi görmüyor. Çünkü mukavetenin icrası satıcıya bir takım masraflar tahmil veya müşteriye isnadı mümkün olan her hangi bir sebep mebiin bozulmasını infac etmiş olabilir. Bundan başka malların müşteriye teslim edilmiş olması keyfiyeti, onlardan istifadenin müşteriye intikalini icap ettirir. Ve nihayet mallar müşterinin elinde bulunduğu müddet zarfında kıymetlerinin düşmesi de mümkündür. İşte bütün bu ihtimalleri göz önünde tutan kanun vazii mebiin kıymetindeki normal tenezzül ile anormal tenezzül arasında bir fark gözetir. Normal tenezzül mebiin müşteri elinde kalmış olmasından, anormal tenezzül ise müşteriye atfî mümkün olan bir sebep neticesinde mebiin bozulmasından ileri giden kıymet farklarıdır. Filhakika taksitle satış, müşteriye mebiden intifa imkânını verir; çünkü mal kendisine teslim edilmiştir. Müstem intifa etmemiş olsa bile kanun bu hakları tahsilî olmak üzere satıcının münasp bir kira bedeli isteyebileceğini tasrih eder. Çünkü müşterinin elinde kaldığı müddette mebi üzerinde tasarruf hakkından satıcı mahrum kalmıştır. Fakat mebla arız olan kıymet noksanı, normal kullanımda meydana verebileceği hududları aşmış bulunursa o da

man mebi bozulmuş demektir. Bu takdirde münasip bir kira bedeli ile birlik-
te satıcının tazminat talebine selahiyeti vardır.

Acaba B. K. nun 108 inci maddesinin ikinci fıkrasında bahis mevzuu edi-
len tazminat, taksitle yapılan satışların feshi halinde istenebilir mi? Bilindiği
üzere bu fıkra alacaklıya akdın hükümsüzlüğünden mütevellit zararın taz-
minini talep hakkını vermektedir. (8).

B. K. nun 223 üncü maddesinin son fıkrası bu soruya müsbet cevap ver-
mekliğimize mani teşkil eder: «müşteriye bundan ziyade borç tahmil eden
mukaveleler batıldır». Çünkü aksi takdirde tazminatın kanunen muayyen
olan hudutlarını aşmış oluruz. Filhakika kanun taksitle yapılan bir satışın fes-
hi halinde bayiin neler isteyebileceğini sarahaten tesbit etmiştir. Buna na-
zarın :

a) Taraflar verdiklerini geri alırlar, zira edanın sebebi tahakkuk etme-
miştir. (B. K. 61).

b) Bayi münasip bir kira bedeli isteyebilir. Münasip kaydı fesih halinde
ödenek kira bedelinin evelden kararlaştırılmış olmasına mani değildir.
Fakat ihtilaf halinde hakim kararlaştırılmış olan bedelin münasip olup ol-
madığına ve fahişse bunun münasip bir hadde tenziline karar verir (B. K.
161 s. f.).

c) Mebia arız olan hasar müşteriye aittir (B. K. 181, f: 1). Bayi bu taz-
minatı da alabilir.

Şayet bütün bunlar, bayiin uğradığı zararı karşılamamakta ise B. K. nun
41 inci maddesine istinaden dava açılmasına da fikrimce bir mani yoktur. Şu
halde verilen taksitlerin satıcıya ait olacağı yolunda yapılan bir mukavele
batıldır, taksitlerin iadesi lâzımgelir. Eğer mukavelede henüz ödenmiyen
taksitlerin muaccel olacağı şart edilmişse o zaman 224 üncü madde hükmü
tatbik olunur.

7 — Gayrimenkul satımı (B. K. 213 - 217). B. K. nun 184 üncü maddesi-
nin mefhumu muhalifi bize gayrimenkul satımında anlaşılacak lazımgelen ma-
nayı izah eder. Şu halde tetkikatımız arazinin veya gayrimenkul olmak üze-
re tapu siciline kaydedilen hakların satımına inhisar edecektir. Burada resmî
şekle riayet mecburiyeti vardır (M. K. 634, f: 1; Tapu K. 26).

(8) Gerek bu fıkrada ve gerek B. K. nun 26 ve 39 uncu maddelerindeki tazminat
hopp aynı mahiyettedir. Buna menfi zarar diyoruz. Hattâ kaşunda açıkça gösterilmemek-
le beraber B. K. nun 31 inci maddesinin son fıkrasına istinaden dahi menfi zarar talep
edilebileceğini Federal mahkeme kabul ediyor (J. d. T. 1922, I 364).

Milkiyet hakkı kanunî ve akdî olmak üzere iki şekilde takyit olunabilir. Mukavele ile takyit aynı bir hakka vücut verir; bunların tapuda tescili zaruridir. Kanunî takyide gelince bu, ya umumî menfaatler için yapılan takyittir; bunlar ilga ve tadil edilemezler (M. K. 657, f: 3), tescillerine lüzum yoktur; yahut hususî menfaatler için yapılan takyittir; alâkalıların rizalarıyla tadil ve ilga olunabilirler (M. K. 657, f: 2).

Hususî menfaatler için yapılan takyitler de ikiye ayrılırlar. Biri gayrimenkul üzerindeki milkiyet hakkını takyit eder; gayrimenkul muayyen kimselerden başkalarına temlik olunamaz (M. K. 658,660). Diğeri tasarruf serahiyetini filen daraltır. Malik milkiyet hakkını serbestçe kullanamaz (M. K. 661). M. K. numuz bu sahada üç takyit tipi tesbit eder: a) iştirâ hakkı; b) şufa hakkı; c) vefa hakkı.

Bu izahatı vermekten maksadım şu iki noktanın tebarüzüne imkân vermek içindir: biri B. K. nun 213 üncü maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan «istimlak mukavelesi» kelimelerini iştirâ mukavelesi tarzında okumak lâzımgelir. Diğeri M. K. nun 634 üncü maddesi milkiyeti nakleden bütün akıtların resmî şekilde yapılmadıkça muteber sayılmıyacağını beyan ettiği halde B. K. yalnız satım vadi, beyi bilvefa ve iştirâ mukavelesinin resmî şekilde yapılmasını tasrih eder.

Aşağıdaki izahatın kolaylıkla anlaşılabilmesi için yapılmasında fayda gördüğüm şu küçük mukaddimeden sonra B. K. nun temas ettiği akıtlere geçiyorum.

Satım vadi - İşbu aktin resmî şekle tabi tutulmasında B. K. nun 29 üncü maddesinin bir tatbikini görmek kabildir. Satım vadi mukavelesi taraflarında bir satım akdi yapma mecburiyetini tahmil eder. Demek ki gayrimenkul satışı ilerde yapılacak esas mukavele ile meydana gelecektir. Satım vadi mukavelesi aynı değil şahsî bir hakka vücut verdiği cihetle işbu mukavelenin ne satan nede müşteri lehine tapuya bir iştirâ hakkı şeklinde tesciline imkân yoktur. Vakaa mukaveleden mütevellit şufa, iştirâ, vefa hakları da şahsî haklardandır ve bunların tapuya tescilleri mümkündür. Ancak kanunumuz bütün şahsî hakların tesciline müsaade etmemiştir (9).

Satım vadi yerine getirilmezse lehine vadolunan taraf bu yüzden uğradığı zarar ve ziyânı ister. Böyle bir mukavelenin kanunda yer almasının se-

(9) Tapuya tesciline müsaade edilen şahsî haklar üç grup etrafında toplanabilir.

1 — Şufa, iştirâ, vefa hakları.

2 — Adî kira ve hâsılat kirası mukaveleleri (M. K. 919).

3 — Tapuakte ihtilal eden boş derecelerden istifade hakkı (M. K. 786 s. f.).

İkinci tarafların tescil kabiliyetini haiz bir mukavele yapabilmelerine imkân vermek içindir. Çünkü tescil için tahsis lâzımdır. (M. K. 769). **Eğer** satışı vadedilen gayrimenkul tahsis edilmiş ise, taraflar akti satım vadi şeklinde yapmış olsalar bile satım kesin mahiyet arzeder (B. K. 18, f: 1).

Şufa ve İştirak Mukaveleleri - Bu iki hukukî müesseseyi ne B. K. ne de M. K. vazih bir şekilde tanzim etmemişlerdir. Filhakika B. K. nun 213 üncü maddesi işbu hakların herkesce bilindiğini farzederek sadece meydana gelmeleri için riayet edilmesi lâzımgelen şekle temas etmiş ve M. K. 568,660,919 üncü maddeleri ise tapuya tescilin üçüncü şahıslara tesirini ve bu hakların zaman bakımından şumulünü tesbit eylemiştir. Bu sebepten işbu hakların hukukî mahiyetleri üzerinde duracağız.

Lugat bakımından şufa bir malı kendisinde bulunan diğer bir mala zam etmek demektir. Nitekim dilimizde kullanılan şefaât kelimesinde de bu mana vardır. Mecelle şufayı şöyle tarif eder : «Satılan bir malı müşterinin rızasına bakılmaksızın onun elinden ve ona mal olduğu fiat üzerinden satın almak hakkıdır, madde : 950». Mecelleye göre şufa hakkının doğumuna üç hâl sebep olur:

- Nefsi mebide müşarık olmak, müşterek milkiyet hali gibi.
- Hakkı mebide müşarık olmak, mürur hakkı üzerinde iştirak gibi.
- Carimülasık olmak, gayrimenkulün arkadan veya yanlardan bitişik olması gibi. Şufa hakkının sübutunda yukardaki tertibe riayet olunur. Şufa hakkına sahip olanlar birden ziyade iseler her biri hisseleri nisbetinde değil sayıları nisbetinde bu haktan faydalanırlar. Eski hukukumuzda göre şufa hakkı fena komşuluğun tevliit edebileceği zararlardan korunmak için kabul edilmiştir.

İsviçre M. K. nun tanziminden sonra yapılan ilk B. K. projesinde şufa hakkı şöyle tarif edilmişti: Muayyen bir malın maliki tarafından bir kimseye verilen bir haktirki buna istinaden malik o malını sattığı takdirde bu kimse o malı müşterisinin elinden iktisaba hak kazanır, madde 1271. Fakat ikinci projede bu tarif lüzumsuz görülerek kaldırılmıştır (J. d. T. 1929, I, 210).

Gerek ilmî gerek kazaî içtihatlarda şufa hakkının hukukî mahiyeti İsviçre hukukçuları tarafından şöyle tebarüz ettirilmiştir. Şufa hakkını bir diğerine bahşeden kimse tek taraflı bir taahhüt altına girmiş olur ki bu taahhüdüyle muayyen bir malını sattığı takdirde diğer taraf lehine bir rüchan hakkı tanınmış olur. Şufa hakkı satışı kendisi lehine tanınmış olan rüchan hakkını kullanıncaya kadar hiç bir borç altına girmiş değildir; fakat hakkını kullan-

olarak takdirde mal müşterisinin girdiği borçlar kendi üzerine inkihaf eder. Keza şufa hakkını bahşeden taraf dahi hakkın tadfuk emri malı satıp satmamakta serbesttir; fakat satılmayan sonra müşterisine karşı kabul ettiği satım şartlarını, hilafına arada bir anlaşma olmadıkça, şufa hakkı sahibine karşı da kabul emreğe mecbur olur. Demekki şufa hakkı ancak taahhüt altına girilen kimsenin satım hakkında müteber bir mukavefe yaptığı andan itibaren konulabilir.

Hilafına bir anlaşma olmadıkça dedim. Çünkü şufa hakkı iki suretle tesis edilebilir: Birincisi, satış vukunda müşterinin vereceği semah esas tutur. Bu takdirde şufa hakkı sahibinin ödemeğe mecbur kalacağı semah ile de anlaşılacak demektir; buna adı şufa hakkı derler. İkincisi, şufa hakkı tesis edilirken semah de kararlaştırılır. Buna mahdur şufa hakkı diyebiliriz. Bu ikinci şekildeki şufa hakkı maliki daha çok takyif eder; çünkü malını evvelce tayin olunan bedelden fazlaya satmış olması hak sahibinin mükellefiyetini çoğaltmaz ve amelî bakımından istira hakkında yaklaşıp. Yalnız arada şu fark vardır: İstira hakkı sahibi maliki her zaman satmağa cebredebilir. Maliki şufa hakkı sahibinin buna selâhiyeti yoktur.

M. K. nun 658 inci maddesinde şufa hakkından mutlak surette bahsedilmesi olmasına ve mutlakidatlık üzere cari olacağı hukuk kaideleri itibarından bahsinde (Mecelle, madde 64) göre kanunumuzun adı şufa ile mahdur şufa arasında bir fark gözetmediğini kabul edebiliriz. Netekim Federal Mahkeme dahi böyle itihaf etmektedir (J. d. T. 1922, 4, 621). Her iki şufa hakkı sahibi tarafından yerine getirilemeyeceği kabul edilebilen yerlerde

Bir noktaya daha işaret etmeliyim. Şufa vakaa sahibine bir rüchan hakkı verir, fakat bu rüchan hakkı ancak malı malikten satın alan kimseye karşı kullanılabilir. Suhalde satımdan gayri bir muamele neticesinde malı iktisab etmiş olan kimseye karşı şufa hakkı dermeyan olunamaz. Bağışlamada, trampada, bir şirkete sermaye olarak devrinde, miras neticesi yapılan mübadelede, terakenin taksiminde, öncünce kadar bakma vadinde (B. K. 511) ve sairde (10) şefiil rüchan hakkı yoktur. Miras hissesine mahsuben temlik edilen gayrimenkulde, muamele satış şeklinde yapılmış olsa bile yine şufa hakkı konulamaz. Çünkü mirasçılık sıfatı, müşterilik sıfatına takaddüm eder. Demekki malı iktisap eden kimseye tevaccüh eden ead mükellefiyeti, şufa hakkı sahibi tarafından yerine getirilemeyeceği kabul edilebilen yerlerde şufa hakkı yoktur.

(10) Hukuk U. M. K. nun 572 inci maddesi cebri satışlarda şufa hakkını kabul eder

İştiraya gelince bu malikin muayyen bir malını dilediği zaman satın almak için bir kimse lehine tanıdığı bir haktır. Satış bedelinin tayin edilmiş olması veya bu bedelin tayini için icabeden esasların konulmuş bulunması lâzımdır. Böyle bir hakka sahip olan kimse kararlaştırılan bir müddet zarfında ki on seneyi geçemez-gayrimenkulün kendisine satılması için maliki zorlayabilir. Şu halde iştirah hakkını bahşeden malik, malını satıp satmamakta serbest değildir. Vakaa gerek şufa gerek iştirah hakları malikin bir taraflı irade beyaniyle teessüs eder. Bu bakımdan birbirlerine benzerler. Ancak iştirah hakkını tesis ederken malik, satış kararını vermiş ve yalnız bunun icrağını müşterinin arzusuna bırakmıştır. Demekki iştirah hakkının tesisi, malik bakımından milkiyeti nakleden bir akit mahiyetindedir. İşte bu sebepten dolaydır ki iştirah hakkının resmî şekilde yapılmasına kanun lüzum gösterir. Çünkü iştirah hakkının tesisi, satıcı bakımından milkiyeti nakleden bir akit mahiyetindedir. İştirah hakkının resmî şekilde (M. K. 634, f: 1) yapılması bundan ileri gelir. Halbuki şufa hakkının doğumu için malikin gayrimenkulünü bir başkasına satması şarttır. Bu şart tahakkuk ettikten sonra şefi hakkını kullanır. Şufa hakkının tesisinde yazılı şeklin kâfi görülmesinin sebebi bu olmak lâzımgelir Esasen tatbikatta mukaveleden mütevellit şufa hakkının adî kira ve hasılat kirası gibi şekle tabi olmıyan bir akit zımında yapılagelmekte olması kanun vazıının gözünden kaçmamıştır. Eğer burada resmî şekle riayet mecburiyeti konulmuş olsaydı kanunun şekle tabi tutmadığı akitler, dolayısıyla şekle tabi tutulacaklardı. Ve nihayet şufa ile iştirah her ikisi de şahsî mahiyeti haiz olan haklardandır. Fakat bunların tapu siciline şerh verilmeleri halinde tevlit ettikleri hükümler bakımından farklıdırlar. Filhakika M. K. nun 658 inci maddesinin 3. fıkrası hükmünce şufa hakkı üçüncü şahıslara karşı şefiin satıma ittilaından itibaren bir ay sonra sakıt olduğu halde 660 inci maddenin ilk fıkrası iştirah hakkının şerhte gösterilen müddet zarfında her hangi bir malike karşı dermeyan olunabileceğini tasrih eder.

Bey'i bilvefa - B. K. numuzun malum farzettığı ve bu sebeple izah ve tanzime lüzum görmediği bu akit gerek Mecellede ve gerek Fransız medeni kanununda yekdiğerinden farklı olarak tarif edilmiştir.

Mecellenin tarifi şudur: Bey'i bilvefa, bir kimse bir malı ahara semeni red ettikte geri vermek üzere şukadar kuruşa satmaktirki müşteri mebi ile intifa eylesine nazaran beyi caiz ve tarafeyn bunu feshe muktedir oldukları cihetle beyi fasit ve müşteri mebi başkasına satamadığı cihetle rehin hükmündedir (11).

(11) Eski hukukumuzda birde ferag bilvefa vardır. Bu icareteyn suretiyle tasarruf olunan vakif gayrimenkullerde cari olur. Bu akitte bayi yerine fariğ, müşteri yerine mefruğünleh, mebi yerine mefruğünbih ve semen yerinede bedeli ferağ terimleri kullanılır.

Fransız M. K. nuna göre bey'i bilvefa bir akittir ki bununla bayi kararlaştırılan müddet zarfında semenin ve masrafların iadesi mukabilinde mebbi müşteriden geri almak hakkını muhafaza eder. Şu halde bey'i bilvefa bir malı müşterisinden geri alabilmek selâhiyetini veren bir satış aktidir (art. 1659). Bu hak beş seneden fazla muhafaza edilemez (art. 1660). İşbu müddetin uzatılmasını tazammun eden her mukavele batıldır.

Romanın klasik devri bu müesseseye infisahi şarta bağlı bir satım mahiyeti vermişti. Fransızlar müesseseyi romadan aldılar. İpotek müessesesi bugünkü inkişafını almadan evvel beyi bilvefaya Fransada çok rağbet edilmekte idi. Bunun sebebi bir taraftan işbu aktin aynı kredi temin eden tek müesseseye olması, diğer taraftan kilise hukukunun faizle ikraz memnuniyeti hakkındaki hükümlerinden bey'i bilvefa yoluyla kurtulmağa imkân bulunması idi. Netekim eskiden bizde de bu müesseseye tatbikatta fazlaca yer verilmiş olması bu sebeplerden ileri gelir. Çünkü rehin mukabilinde para veren kimse rehinden faydalanmadığı ve sermayesine faiz alamadığı halde bey'i bilvefada müşteri mebiden intifa edebilir.

Fransızlar beyi bilvefaya aynı mahiyet verirler ve böylece başka bir muameleye lüzum kalmaksızın vefa hakkının üçüncü şahıslara karşı dermeyan olunabileceğini kabul ederler. Alman M.K. da bu müesseseyi romadan alır (497-503). Fakat ona aynı mahiyet izafe etmez. Bayiin malı geriye satım alabilmek hakkının müşteriden maada kimselere karşı dermeyan edebilmesi işbu hakkın tapu siciline şerh verilmesiyle mümkündür. Modern hukuk aynı kredi imkânlarını esaslı surette inkişaf ettirmiştir. İpotek, ipotekli borç senedi, irat senedi hep bu imkânı veren yollardır. Şuhalde bugün bey'i bilvefanın amelî bakımdan esaslı bir ihtiyacı karşılamadığı kolaylıkla iddia olunabilir. Kaldı ki bey'i bilvefa, yüksek faiz ihtikârını gizleyebilen ve bunun neticesi olarak muamelenin doğruluğu hakkında tam bir itimat telkin etmiyen bir mukaveledir. İşte bey'i bilvefanın tanziminde A.M.K., bu fikirlerin tesiri altında kalmış ve bu sebeple aktin şumulünü Fransız hukukuna nazaran daha geniş ölçüde tahdit etmiştir.

Alman M. K. nundan mülhem olan İsviçre ve Türk M. K. ları da aynı esasları ihtiva eder. Filhakika M. K. nun 919 uncu maddesi mucibince vefa hakkı, şufa ve iştirak hakları gibi şahsî bir haktır. Ancak bu haklar tapu siciline şerh verildiği andan itibaren (M. K. 902, f: 1) üçüncü şahıslara karşı dermeyan olunabilirler. Satım aktinin esas unsurlarından birincisi olan tarafların rızası etrafındaki tetkiklerimizi bitirmiş oluyoruz. Şimdi ikinci unsura geçiyorum.

B. Mebi - Satım, satılan bir şeyin varlığı faraziyesine, dayanan bir akittir. Eğer satılan şey mevcut değilse satım da yapılmamış demektir. Netekim B. K. nun 182 inci maddesinin ilk fıkrasından bu prensip kolayca çıkarılabilir. Şuhalde Muayyen mal akit yapılmadan önce telef olmuşsa akit batıl olur ve ödenmiş olduğu takdirde semenin istirdadı lâzımgelir. Fransız M. K. nun 1601 inci maddesinin birinci fıkrasında tesbit olunan bu hükmü, biz B. K. nun 20 inci maddesi delaletiyle elde edebiliriz; çünkü aktin mevzuu imkânsızdır.

Eğer mebi, aktin inkadından evvel kısmen telef olmuşsa Fransız M. K. müşteriye bir muhayyerlik hakkı tanır ki o da ya akti feshetmek veya telef olan kısım nisbetinde semenden tezilât icra eylemektir (art. 1601, f: 2). Binaenaleyh telef olan kısmın çok ehemmiyetsiz olması müşterinin fesih hakkına hâlel getirmeyeceği gibi geriye kalan malın ne kıymet ifade edeceği üzerinde de durulmak lâzımgelmez. Çünkü malın tamamına ait olan semen evvelce takdir edilmiştir. Şuhalde semenden ancak telef olan kısma isabet eden miktar indirilecektir. Kanunumuzda akitten evvel mebiin kısmen telef ihtimali sarahaten nazara alınmamıştır. Vakıa B. K. 194 ve 202 inci maddeleri bu hal tarzının bizde de kabulünü icabettirebilir. Fakat bu maddeler mebiin ayağından salim olmasını takeffül esasına dayanır. Bu konuyu biz ileride, satıcının mesuliyeti bahsinde tetkik edeceğiz. Esasen Fransız M. K. dahi bayiin kefaletinden doğan mesuliyeti ve neticeleri hakkında ayrıca hükümler sevk etmiştir (art. 1626-1648). Mademki temas ettiğimiz mesele hakkında kanun-da bir serahat yoktur; ohalde biz meseleyi umumî hükümlerin yardımıyla hâl edebiliriz.

Filhakika mebiin akitten evvel tamamen telefı, mutlak butlana sebebiyet verince kısmen telefinde aktin yalnız bir parçasına sarf olan bir butlana sebebiyet vermesi lâzımgelir. Bu takdirde ise B. K. nun 20 inci maddesinin ikinci fıkrasına müracaat zarureti hasıl olur. Ancak muhakeme tarzının ana hatlarını tebarüz ettirebilmek için bir kaç misal alalım.

B. K. nun 308 inci maddesinin üçüncü fıkrasında faize faiz yürütülmesi menedilmiştir. Bu memnuniyete rağmen ödünç aktinde mürekkep faiz şart edilmiş olursa butlan hükmünü aktin tamamına sirayet ettirmeyebiliriz. Yine bunun gibi M. K. nun 683 üncü maddesindeki sarahate rağmen alacaklın merhune malik olması şartı, rehnin butlanın istilzam etmez (T. K. 769). Çünkü bu iki misaldeki butlan unsurunun aktin diğer kısımlarında tesiri yoktur. Bu sebepten akti muteber, şartı batıl addederiz. Fakat bazan aktin bir kısmına sarf olan butlan, diğer kısımlarında da değişiklikler vücuda getirebilir. Satım akti meydana geldiği haldе satıcıya teveccüh eden borcun batıl olması mümkündür. Meselâ altı yaşındaki damızlık bir atını dört yaşında diye satan

Bir kimse işbu satım akti dolayısıyla müstehisine dâri vazihda bir aktinin bu muamelede emmiş. Fakat bu yapıdaki bir hayvanın iki yaş küçültülmesi ihtimaline bağlı olarak satım aktinin bayii tahmil ettiği bu mükellefiyet imkânsız dendir. Vakıa burada satıcının taahhüt ettiği bir vasfın mebde bulamadığı hâli karşındayız. Bu itibarla B. K. nun umumî hükümlerine değil hususî hükümlerine (B. K. 194 ve devamı) gâil olmak lâzımgelir. Ancak aktin bir kısmına -ki burada hayvanın yaşıdır- savi olan bir butlan sebebiyle diğer kısımlarında da değişiklik vücuda getirebileceğinin delilini göstermiş olmak için bu misali veriyorum. Kezalik biri yapılmadığı takdirde diğeri yapılamıyacak olan ve bu sebepten aralarında sıkı bir irtibat bulunan iki mukaveleden biri batıl olursa diğerrinin de batıl sayılması lâzımgelir. Mesela muayyen musiki plakları almak istiyorsunuz. Aradığınız parçaları buldunuz. Fakat bayii bunları gramofon makinesiyile birlikte satabileceğini söylüyor. Muvafakat ediyorsunuz. Akıt yapıldıktan sonra anlaşıyor ki plaklar evvelce telef olmuş veya bozulmuştur. İşte bu misalde edasında hiç bir imkânsızlık bulunmama beraber gramofon satışı da batıl olur. Bu gibi hallerde, fikrimizce, şu prensipten hareket ederiz: Eğer aradaki anlaşmanın hususiyetine göre tarafların semenden tenzilât icrasına razı olacakları kabul edilebilirse satım bedelin-den münasip bir miktar indirilir. Çünkü aktin bir kısmına taalluk eden butlanın taraflardan birinin-ki misalimizde bayidir - kusuru sebebiyet vermiştir (B. K. 41) Fakat butlanı mucip olan vakıa dolayısıyla tarafların akitte kabul etmiş olacakları muhtevanın tayinine imkân görülmezse aktin tamamı batıl sayılır.

Fransız M. K. nun 1598 inci maddesinde şöyle bir hüküm vardır: «Ticarette yer alan ve hususî kanunlarla bir değerine devri menedilmeyen bütün mallar satım aktinin konusunu teşkil edebilirler». Görünüşteki vuzuhuna rağmen hiç bir mangası yoktur. Çünkü bir malın ne vakit ticarete yer alabileceği sorulmuş, satılabildiği takdirde cevabıyla karşılıyor. Bir mal ne vakit satılabilir sorusunun cevabı da ticarete yer aldığı zamandır. Görüyorsunuzki bir meçhul diğerr bir meçhul ile tarif olunuyor. Eğer muflâka bir kaide koymak lâzımgelirse kanun veya mukavele ile men edilmiş olmadıkça herkes kendi malını bir değerine satabilir diyebiliriz.

Eski hukûmumuz satım bir takım hisslara ayırdığı gibi mebi bakımından da bir kuma ayırır. a) Bir malı para mukabilinde satmak; buna bey'i derler. b) para mukabilinde para satmak yani akçe bozmak; buna sarf derler. c) bir malı diğerr bir mal mukabilinde satmak; buna mukayaza veya trampa bir malı diğerr bir mal mukabilinde satmak; buna mukayaza veya trampa derler. d) Peşin para ile veresiye mal satım almak; buna selam derler. Eğer mal peşin ve semen veresiye olursa o takdirde bey'i müccel olur (Meccelle

121 ve devamı). Hukukî terimlerde çok titiz davranan mecelle milk ve mal terimlerini ayrı ayrı tarif eder. Milk, insanın malik olduğu şeydir; gerek ayn ve gerek menfaat olsun (madde: 125). Mal, insan tabiatı kendisine mail olupta ihtiyaç zamanı için saklanıp biriktirilebilen şeydir ki menkule ve gayrimenkule şamil olur (madde: 126). İşte bu sebepten dolayı Mecelle menfaati maldan saymaz. Çünkü biriktirilemez. Biriktirmek, biriktirilen şeyin baka- siyle mümkündür. Menfaatte ise bu tasavvur olunamaz. Şu halde Mecelle- ye göre her mal miktir, fakat her milk mal sayılmaz.

Modern hukuk telakkilerinde bu tariflerin yeri yoktur. Bu sebepten her hangi bir şeye ne zaman mal denilir sualini sormak mecburiyetindeyiz. Çün- kü faydalı olan her şeye mal demiyoruz; hava, güneş, deniz, manzara gibi şeylerin faydaları inkâr olunamaz. Halbuki bunlar mal değildir. Zira mahi- yetleri itibariyle bir ferdin, bir cemiyetin veya bir devletin milkyetine hasr- edilemezler. Demek ki bir şeyin mal olabilmesi için o şeyde inhisar kabiliye- tinin bulunması lâzımdır: Ev eşyaları, binalar, para ve saire gibi. Fa- kat bu da kâfi gelmez. Çünkü meselâ bir şahsa münasır olduğu ve hattâ mamelekî bir kıymeti de bulunduğu halde hiç bir vakit para ölçüleriyle tak- dir edilemeyen - nüfus kâğıtları, ikamet tezkereleri, pasaportlar, şahadetna- meler veya başlıbaşına paraya tahvili mümkün olmıyan - müşteriler, rekabet memnuiyeti mukavelesi - gibi şeyler de vardır. Şu izahata göre bir şeyin mal olabilmesi için: a) O şeyde temlik kabiliyetinin bulunması; b) para ölçüleriyle takdir edilebilmesi; c) ahara devri halinde amme intizamının ihlal edileme- mesi lâzımgelir. İşte ancak bu hususiyetleri haiz olan şeylere mal diyebiliriz; bunlar satım aktinin mevzuu olabilirler.

B. K. nun 48 inci maddesi iş aleminde rekabetin namuskârlık sınırlarını aşmamasını istihdaf eder. Hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak diğer ticaret- hane müşterilerini celp edecek usullere cevaz vermez. Bu itibarla kanun müşterilerin azalması korkuşuna vücut verecek her hangi bir hareketi dava ikamesine kâfi bir sebep sayar. Demek ki bir müessesenin müşterileri kanun himayesine mazhar olacak kadar kıymet ifade etmektedir. Esasen bir tica- rethanenin kıymeti de içindeki maldan ziyade yaptığı işlerin genişliği daha başka bir deyimle müşterilerinin çokluğu ile ölçülür. Acaba çok önemli kıy- met ifade eden bu varlık müstakillen ahara devrolunabilir mi? Buna verece- ğimiz cevap menfidir. Çünkü müşteri mefhumu bir ticaret konusu olamaz. Fakat müşterilerin ticarethane ile birlikte devrine engel tasavvur edemez- siniz (12).

(12) Zira baka ibtidadan esheldir; ibtidaen tecviz olunmıyan şey bakaen tecviz olunabilir (Mecelle : 55, 56).

Mevzuun ehemmiyetine mebni üzerinde biraz daha durabiliriz. Müşteriler yalnız ticaret işinde kıymet ifade eden bir varlık değildir. Bir avukatın, bir doktorun, bir mimarın da pek çok müşterileri olabilir. Şimdi acaba ticaretle işgal etmeyen serbest bir meslek sahibi yazıhanesiyle birlikte müşterilerini başka bir meslekdaşına devredebilir mi? Ne Yargıtayın ne de Federal mahkemenin kararları arasında bu sorunun halline yarayacak bir hükme rastlamadım. Yalnız Fransada ve doktorlar için mesele mahkemelere intikal etmiş ve Fransız mahkemeleri bunun caiz olamayacağına karar vermişlerdir. Çünkü, deniliyor, bu gibi işlerde müşteriyi yazıhaneye bağlayan kuvvet doktor veya mimarın şahsî tecrübesi, iktidarı ve bunların neticesi olarak müşterilere telkin ettiği itimattır. Yekdiğerinden ayrılması mümkün olmayan bu (tecrübe, iktidar, itimat, müşteriler) unsurlardan yalnız biri devredilemez. Fakat meseleyi biraz yakından tahlil edersek ticaret aleminde de aynı unsurların bulunduğu ve bunlarında yekdiğerinden ayırlamayacağını görürüz. Zira tacirin şahsî meziyeti müşterilerin çoğalmasına sebep olmuştur. Vakaa denilebilir ki bir ticarethaneye bağlı olan müşterilerle meselâ kendi sihhâtlarının korunmasını muayyen bir doktora tevdi eden hastalar arasında esaslı bir fark var. Evvelkisi bir alışkanlığın neticesidir. İkincisinde ise hastalığın hususiyeti ve ehemmiyet derecesi rol oynar. Şuhalde bir ticarethane müşterileriyle bir muayenehane müşterilerini yekdiğerıyla kıyas etmek doğru olmaz. Bu itiraz bütün kuvvetini kelime oyunundan alır. Çünkü bir kere müşterinin bir mağazaya alışması o mağazanın kendisine bir çok bakımlardan itimat telkin etmiş olmasından ileri gelir. Sonra da ihtiyaçlarınızın hususiyet ve ehemmiyeti gideceğiniz mağazanın tayininde müessirdir. Çorap ihtiyacınızı bakkalınızdan, şapka ihtiyacınızı kasabınızdan temin edemezsiniz. Midediniz ağrıdığı zaman diş doktorunuza gitmiyeceğiniz gibi.

Hakikat şudurki modern hukuk satım aktinden bir kimsenin kendi hakkını bir diğerine devretmesi manasını anlar. Bir kimse evini, menkul malını ihtira beratını, alâmeti farikasını, alacağını başkasına devredebilir. Çünkü bunlar üzerinde bir hakkı vardır. Fakat üzerinde hiç bir hak taalluk edemiyen bir şeyin satılmasına imkân bulunamaz. Filhakika hiç bir müessesenin kendi müşterileri üzerine hakkı taalluk edemez. Ohalde, diyeceksiniz, bir ticarethanenin devrine neden hukukan cevaz veriliyor; baka ibtidadan esheldir kaidesini bir muayenehanenin satışında tatbik etmiye ne mani var?

Ticaretanenin devrinde satıcının giriştiği taahhüt ikidir. Biri kendi yerine bir başkasını ikame ederek müşterilerine ikame olunan şahsın itimada layık olduğunu tavsiye etmek, yani bir şeyi yapmak borcu; diğeri muayyen bir mahalde ticaretine devam etmemek, yani bir şeyi yapmamak borcu. Bu her iki taahhüt te muteberdir. Şu halde serbest meslek erbabı arasında

dahi rekabet memnuiyeti şartı dermeyeran olunabilir. Ancak rakabet memnuiyeti, mukavele serbestisinin bir takyidi olduğunu unutmamalıyız. Bu itibarla M. K. nun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince bu yoldaki bir takyidin kanuna veya umumî adaba aykırı olmaması lâzımgelir; aykırı olursa o zaman mukavele bu mugayerek nisbetinde ibtal edilir. Muayenehanesini başka bir meslekdaşına devreden doktor, kendi yerine ikame ettiği doktoru müşterilerine tavsiye edebilir. Hattâ aralarında tayin ettikleri hudut dahilinde yeni bir muayenehane de açamaz. Fakat eski hastaların kendisi tarafından bundan böyle tedavi edilmeyeceğine dair olan taahhüdü fikrimce umumî adaba aykırı olur. Çünkü burada şahsî meziyet ve vasıfların tesiri, ticaret alemindeki tesirinden kıyas kabul etmiyecek kadar fazladır.

Bazı haklar vardırki başkasına devredilemezler. Bunun sebepleri muhtelifdir.

Ya hakkın sıkı surette şahsa bağlı olması bunu intaç eder. Sükna hakkı (M. K. 748, zata mahsus intifa hakkı M. K. 850, mefhumu muhalif), şufa, işti-
ra, vefa hakları gibi.

Ya devri hakkın mahiyet ve şumulünde bir tahavvülü mucip olur (B. K. 284, f: 1; 300, f: 2; 320; 519) gibi.

Ya hakkın gaye ve muhtevası devredilmekle tamamen ortadan kalkar. Yapıcı haklarda, rakabet memnuiyetinde, manevî tazminatta olduğu gibi.

Yahutta amme menfaati mülâhazası malikin hakkını takyit eder. Hastalıkli hayvanlar satılamaz, hayvanların sağlık zabıtası hakkındaki K. nun 25 inci maddesi; bir eczacı eczahane haricinde ilâç tertip edip satamaz, eczacılar ve eczahaneler hakkındaki K. nun 17 inci maddesi.

C. Semen - Satım aktinde tetkik edilmesi gereken üçüncü unsur semendir. Mecelleye göre semen, satılan şeyin bahasıdır ki kıymetinden ziyade veya eksik olabilir. Kıymet bir malın değer bahasıdır. Bir malın hakiki bahası o mal yerine kaim olduğu için buna kıymet denilir. Semen iki nevidir. Biri semeni müsemmadır ki bayi ile müşterinin birlikte kararlaştırdıkları miktar paradır. Diğer semeni misildir ki bu da kıymettir. Mecelle semen mukabilinde satılan şeye müsemmen yani semene bağlanmış der.

Bugünkü hukukumuza göre semeni şöyle tarif edebiliriz: Semen müşterinin satın aldığı şeye mukabil satana vermeği taahhüt ettiği paradır. T. K. muz semenin nakit olmasını şart koşar (madde 699, f; 1). Fakat B. K. böyle bir sarahati ihtiva etmemektedir. Ancak paradan başka bir şey mukabilinde mal satımının trampa olacağı B. K. nun 232 inci maddesi hükmünden an-

taşılır. Borçlar hukuku bakımından taraflar semeni gahin hudutlarına aşma-
mek şartıyla serbestçe tayin edebilirler. Eğer kararlaştırılan semen, mebiin
kıymetine nazaran bir ıvaz teşkil etmeyecek derecede az ise o zaman bu
işleme hükümleri cari olur. (B. K. 234). Semen tayini yalnız taraflar ilah
lendirdiği cihetle akte yabancı olan kimselerin bu hususta söz sahibi olma-
larına imkân yoktur. Yalnız devlet, hayat için lüzumlu bazı gıda madde-
lerinin muayyen bir hadden fazlaya satılmıyacağını tesbit eder. Buna narah
diyoruz. Bazanda bir mal muayyen bir fiattan aşağı satılamaz. Tekef idar
resinin çıkardığı maddeler bu kabilindedir.

Ancak bizde 24 haziran 1938 tarih ve 3289 sayılı pazarlıksız satış mec-
buriyetine dair bir kanun vardır. İşbu kanunun tatbik suretine dair çıkarılan
kararnameye göre Ankara, İzmir ve İstanbul belediye sınırları içinde karar-
namede yazılı malların perakende ticaretinde pazarlıksız satış mecburiyeti
konmuştur. Yalnız seyyar satıcılıkta ve sokak veya meydanlarda kurulan pa-
zar yerlerindeki perakende satıcılarda bu mecburiyet yoktur. Kanun bu
hükmü iş alemindeki emniyet ve itimadı sağlamak gayesini istifidat eder.
Her hangi bir malın bedelini müşterinin şahsına göre tayin etmek bu itimadı
kökünden sarsan bir harekettir.

B. K. numuz, semen miktarının akit yapılırken taraflarca kesin olarak
tayini lüzumunda ısrar etmez; ahvale göre tayini mümkün olan semen tes-
miye edilmiş hükmündedir (B. K. 182 s. f.). Semen ahvale göre tayinine
imkân olmazsa akit batıldır. Zira akde vücut veren kuvvet mebi ve semende
karşılıklı rizaların (13) birleşmesidir (T. K. 685). Görülüyorki satım aktı mey-
dana gelebilmek için semenin taraflarca ya tayin edilmiş veya tayinine ya-
rayacak esasların kararlaştırılmış bulunması lâzımdır. Fakat semenin tayini
akitlerden biri diğerine bırakılabileceği gibi her iki taraf ta üçüncü bir şahsa
bırakabilirler.

Eğer mesela bayı «münasip gördüğünü ver» diyerek semenin tayinini
müşterisine bırakmış olursa aşağıdaki üç ihtimal ile karşılaşırız: a) Ya mebiin
tarif mebiin kıymetini hiçe indirecek derecede az semen takdir eder. Bu sa-
rette aktin hüküm ifade etmeyeceği tabiidir. (B. K. 21). b) Ya mebiin kıymetini
hiçe nidirmemekle beraber bayia zarar verecek bir semen tayin edilmiş olur.

(13) Burada sırası gelmişken T. K. muzun bir yanlışlığına işaret etmek isterim. İşbu
kanunun 700 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki «teslim edilmiş ise» kelimeleri «teslim
edilmiş ise» tarzında okunmalıdır. Çünkü mebiin teslimine kadar her iki tarafın semeni
kararlaştırma hakları vardır. Kanunda böyle bir hükmün konulmasına sebep teslim
fiilinin yitimidir. Nitekim maddenin alındığı yer olan Silj. T. K. nın 132 nci maddesinde
de böyledir.

Bu surette bayiin yaptığı icaptan rücuu hakkı olduğu kabul edilmelidir (M. K. 2). c) Yahut iş aleminde cari taamüle uygun olarak kıymetler arasında bir teadülü temin edecek şekilde müşteri semeni tayin eder. Bu surette aktin lüzum ifade edeceğinde şüphe yoktur. Zira bu hareket hak ve nasafete uygundur (T. K. 143).

Eğer semenin takdirini taraflar üçüncü bir şahsa bırakmış olurlarsa her şeyden evvel taraflara yapılan bu anlaşmanın hukukî mahiyeti üzerinde durmak lazımgelir. Filhakika semen tayini keyfiyetinin üçüncü şahsa bırakılmasından istihdaf olunan gaye ne olabilir. Hatıra gelen ihtimaller şunlardır:

Birincisi; taraflar bu anlaşma ile üçüncü şahsın hakemliğine müraccaat etmiş sayılırlar. Bu fikri kabul edemeyiz. Çünkü bir işte hakeme gidilebilmek için taraflar arasında bir ihtilaf konusunun bulunması lâzım gelir. İhtilaf konusu ise ancak bir kimse lehine sabit olmuş bir hak üzerinde olabilir. Henüz tekemmül etmemiş olan satım aktinde taraflardan hiç biri lehine sabit olmuş bir hak yoktur ki hakem bahis mevzuu olabilsin.

İkincisi; bu mukaveleden maksat bir ekspertizdir. Taraflar semeni tayin edecek olan üçüncü şahsı bilir kişi intihap etmişlerdir. Bu görüşün doğruluğu teslim edilemez. Zira kaideten ekspertiz tarafları ilzam etmez: bilir kişinin sözleriyle taraflar bağlı değildiler. Halbuki satımın meydana gelebilmesi için semenin tayin edilmiş bulunması yani bilir kişinin tayin edeceği semenle tarafların ilzam edilmeleri lazımgelir. Demekki tarafların anlaşmalarında bir ekspertiz mahiyeti görülemez. Fransız yargıtayı ilk zamanlarda bu mukaveleye karşı bağit mahiyetini izafe etmiştir. Bu içtihada nazaran semen tayininin üçüncü şahsa bırakılması hakem ve ekspertiz mukavelelerinin birleşmelerinden husule gelen hususî bir akit tipi olmak lazımgelir. Ancak bu mahiyeti taşıyan akitlerin bir hususiyeti vardırki o da birleştirilmiş olan muhtelif akitlerdeki esas vasıfların karşı bağitta da bulunabilmesidir. Netekim karşı bağitların klasik tipi olan pansiyon mukavelelerinde bu hususiyeti görmekteyiz. Çünkü pansiyon mukavelesinde kira, satım, hizmet akitlerinin esas vasıfları mevcuttur. Halbuki burada ne ekspertiz nede hakem mukavelesinin vasıflarından hiç biri bulunmamaktadır.

Üçüncüsü; bu mukavele ile taraflar semenin tayini zımında üçüncü şahsa vekâlet vermişlerdir. Son yarım asırdanberi Fransız yargıtayında beliren bu içtihadın da teknik bakımdan bir takım güçlüklerē sebep olacağı meydandadır. Çünkü vekilin haiz olduğu kudret sadece müvekkilini temsil etmektedir. Şu halde onun iradesi dışında hareket edemez. Hadisemizde ise semeni tayin edecek olan üçüncü şahsın müşteri veya bayiin iradeleriyle bağlı olmayacağı tabiidir.

Dördüncüsü, taraflar satım aktini semenin üçüncü şahıs tarafından tayinine talik etmişlerdir. Şu halde semen tayin olununcaya kadar akü şartlı baki olarak kalır ve şartın tahakkuku ile aküt müteber hale gelir. Umumi hükümlere uygunluk bakımından bu mütalacı doğru bulursak üçüncü şahsın semeni tayin etmemesi veya edememesi halinde aktin hükümsüz kalacağı neticesine varırız. Nettekim Fransız M. K. nun kabul ettiği sistem de budur (art. 1592). Ancak Şii ticaret K. nun 140 inci maddesinden iktibas edilen T. K. muzun 701 inci maddesinde şu hüküm vardır: «Semenin tayini hakkının mukavelename ile üçüncü bir şahsa tefyizi caizdir. Üçüncü şahıs her hangi sebeple semeni tayin etmeyecek olursa müşteri satış günündeki rayic fiyatın ve günlük fiyat müteaddit ise vasahsini tediye mecburdur. Rayic fiyat bulunmadığı halde bedeli misil mahkemece tayin olunur». Bu maddenin şartı hatı karşısında bizim için semenin üçüncü şahıs tarafından tayini mukavelesine bir şart mahiyeti izafe etmeğe iki sebepten dolayı imkân kalmaz. İlk sebep şudur: şartın esas vasfı vukua gelecek hadisenin meşkûk olmasıdır. Semen mahkemece tayin olunacağını ise kanun emrediyor. Demekki hadise meşkûk olmaktan çıkmıştır. İkinci sebebe gelince bu da mahkemelerin vazifesi kendilerine arzolunan ihtilafların halli olup yoksa tarafla aküt yapılmalarına yardım etmek değildir. Veriten izahata nazaran semenin üçüncü şahıs tarafından tayin olunacağına dair yapılacak mukaveleyi nevi cinsine mühtasır bir aküt tipi olarak kabul etmek lâzımgelir.

Semen hakkındaki tetkikatımız burada bitti.

III. Bölüm — Satıcının borçları

Satım akti bayii üç esaslı mükellefiyet altına sokar ki bunlarda teslim, zabta veya ayba karşı teminatdır, bu mükellefiyetleri sıra ile tetkik edelim.

A; Teslim — Satım bayii mülkiyet hakkının devri ve mebiin müşteriye teslimini borçlarını tahmil eder. Mülkiyet bir hak, zilyetlik ise bir vakıdır. Mülkiyet hakkının devri için teslim yani iktisabeden kimsenin zilyetliğini temin şarttır. Romalılar bu esası şöyle bir kaide altında ifade ederlerdi: eşyanın mülkiyet sadece mukavele ile değil zilyetliğin devriyle iktisap olunur. Mademki satım bayii teslim mükellefiyetini tahmil ediyor; ohalde teslim yapılmaya kadar mebiin muhafaza külfeti de bayii aittir. Muhafazadan maksat bir kere malın ziyana meydana vermemek için alınması zarurî olan tedbirleri ihtizaz et-

mek ve sonra da satışla teslim arasında geçecek müddet zarfında malın tahvülünü mucip her hangi bir hareketten ictinap eylemektir (14). Ancak kendi filinden ileri gelmiyen değişiklikler satıcıyı mesul etmez (B. K. 183, f: 1). Teslim maddî bir vakıa olup hiç bir şekle tabi tutulmaz.

Satılan malın teslimi için mukavelede umumiyetle bir tarih kararlaştırılırki buna vade veya ecel deriz. Eğer teslim tarihi hakkında taraflar hiç bir şey söylememişlerse müşteri mebiin derhal teslimini talep edebilir (B. K. 74) Satıcının akti icra etmemek hakkındaki defi hakkı *exceptio non adimpleti contractus* tabiatıyla mahfuzdur (B. K. 81). Satıcı, muhafaza külfetinden bir an evvel kurtulmak için kararlaştırılan müddetten önce mebi teslim edebilir mi? Bu sorunun cevabını umumî hükümlerin tetkiki sırasında görmüştük (B. K. 80).

Mebii başka bir mahalle sevki icabeden hallerde ifa mahalli lieu d'execution tabiatıyla sevk mahalli lieu de destination olur. Bu surette sevk masraflarında teslim masrafları arasında yer alır (B. K. 186, f: 2).

Teslimden imtina, bayiin temerrüdünü intac eder (T. K. 662, 714, f: 1 ve 2; B. K. 187, 188). Müşterinin münasip bir mehil vermek mecburiyeti günle bağlı *fixgeschäft* olmiyan borçlarda caridir (B. K. 107, No. 3). Her hangi bir borca günle bağlı mahiyeti izafe edilebilmek için ifa gününün kararlaştırılmış olması kâfi gelmez; çünkü bu takdirde muayyen vadeli borçların hepsine günle bağlı bir borç mahiyeti vermiş oluruz. Günle bağlı borçlarda vadeye ilâveten tarafların maksatlarından borcun mutlâka tayin olunan günde ifa edilmesi icap edeceği de açıkça anlaşılmalıdır. İfa gününden sonra yapılacak edanın alacaklıya bir menfaat temin etmemesi halinde olduğu gibi. Bu esas T. K. nun 715 inci maddesiyle B. K. nun 107 inci maddesinin 3 numaralı fıkrasında tesbit edilmiştir. Fakat günle bağlı borç mefhumunda birleşen bu iki kanunumuz temerrüdün tevliit ettiği neticeler bakımından iki ayrı cereyan takip eder. Filhakika a) B. K. nuna göre ticarî muamelelerde tayin olunan vade, kaideten akde günle bağlı mahiyet izafe eder (B. K. 187). Halbuki T. K. bu esası kabul etmez; buna ilâveten diğer unsurlarında bulunmasına lüzum gösterir (T. K. 714, 715). b) Müşteriye tanınan fesih hakkı B. K. nuna göre yapıcı bir muamele *acte formateur* olduğu halde T. K. bu hususta mahkemeden karar alınmasını istemektedir.

(14) Satım aktiyle milkiyet hakkının müşteriye intikal ettiğini kabul etmiş olan Melle dahi bayia muhafaza mükellefiyetini tahmil etmişti. Eğer bayi bu mükellefiyeti yerine getirmesse semene istihkak kesbedemezdi; buna yedin zamanı derler. Yukardaki 2 numaralı notla karşılaştırınız

Bayiin temerrüdü müsteriye tazminat talebi hakkını yerir. B. K. nun 96 ncı maddesinde umumî bir kaide olarak tesbit edilen bu esas 188 inci maddenin ilk fıkrasında da satım akti dolayısıyla tekrar edilmiş bulunmaktadır. Aynı fikri anahtan hükümleri kanunda tekrar etmek kanun vazı için bir ne kısıdır. Bu sebepten hukukçu gözüyle bir kanun maddesini tetkik ettiğimiz zaman hükümlerin tekrar edilmesinden kanun vazının bir maksadı olup olmadığını araştırmak mecburiyetindeyiz. Yaptığımız araştırmalara rağmen bazan tekrarın sebebini bulamayız. Bu takdirde tekrar edilen hükmün lüzumsuzluğuna kanaat getiririz. Netekim B. K. nun 20 inci maddesi sarahat karşısında aynı kanunun 155 inci maddesinin sebep ve hikmeti anlaşılamaz. Fakat 188 inci maddenin ilk fıkrasını 96 inci madde hükmünün değışmesi lâzım gelecektir. Çünkü bu takdirde yani 188 inci maddenin ilk fıkrası kaldırıldığı surette geriye iki fıkra kalacaktır. Demekki bayiin temerrüdü halinde müsterinin isteyebileceği tazminat miktarı 96 ncı maddenin tesbit ettiği miktardan yani borcun ifa edilmemesi hasebiyle olacağını uğradığı zarardan daha aşağıya düşmesi ihtimal dahilindedir. Meselâ taelrsiniz. Bir parti mal aldınız. Mallar size teslim edilinceye kadar tabiatıyla satın aldığınız bu malları satmak teşebbüsüne girişeceksiniz. Bu arada müşterilerinize karşı bir takım taahhüflere girmiş olabilirsiniz, ve cezaî şart bu taahhüfler arasında yer almış bulunabilir. Şimdi bayiniz taahhüdünü ifa etmediği için siz de ceza da bulunamadiniz. Bu surette cezaî şartın tediyesiyle mahkûm edileceğiniz tabiidir. Eğer 188 inci maddenin ilk fıkrası olmasaydı bu zararınızı tazmin ettirmeğe imkân bulunmıyacaktı. İşte maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarından ayrı olarak size uğradığımız zarar miktarını isbat edebilmek takdirde veren hüküm birinci fıkrada yazılmıştır. Demekki 96 ncı maddenin hükmünün burada tekrarlanması bir lüzuma mebnidir. Esasen 188 inci maddenin 2 ve 3 üncü fıkraları zararın hesaplanması için iki kaide vaz ediyor. Bunlardan birincisi müşahhas bir hesaba calet cencat ikincisi mücerret abstrair veya ihtimalî calet hypothétique bir hesaba dayanır.

Filhakika maddenin ikinci fıkrasında şöyle deniliyor: «Ticari muamela sinde bayi, borcunu ifa etmezse semeni mebi ile kendisine teslim edilmeyen şey yerine bir değerini almak için achat de couverture hüsnü niyetle verdiği semen arasındaki farkı bayia tazmin ettirebilir.» Bizdeki ifade tarzına göre muamelenin ticarî bir mahiyet arz edip etmediği bayi bakımından aranmak lâzım gelecektir. Halbuki aslına göre bu fıkranın «ticarî işlerde» kelimeleriyle başlaması icabederdi. Fakat bu farkın iki bakımdan ehemmiyeti yoktur. Çünkü bir kere taraflardan yalnız biri için ticarî olan bir muamela, diğeri için de ticarî sayılır (T. K. 23). Sonra da fıkradaki ticarî işlerde kayıt hukuk tekniğiyle izah edilemez ve fikrimce bu kayıt aslındada zaittir. Zira

bir satım aktinin tarafarı ilzam etmesi için muamelenin ticarî olmasına hiçte lüzum yoktur. Taahhüdünde durmıyan bayi karşısında kendisinin muhtaç olduğu malı başka bir yerden tedarik etmek müşteri için en tabii bir haktr. Bu takdirde ise aradaki semen farkını müşteri bayiinden daima isteyebilir. Şuhalde fıkradaki «ticarî işlerde» kaydı tamamen yersizdir. Bayi taahhüdünü ifa etmiş olsaydı müşteri malı başka yerden tedarike mecbur kalmıyacak ve böylece mamelekinde bir eksilme hasil olmayacaktı. Müşteri, bayiin zararlı bir hareketinden müteessir olmuş bulunduğuna göre isteyeceği tazminatın mahiyeti noksanı kıymet damnum emergensdir. Bu yanlışlık B. K. nun 212 inci maddesinin ikinci fıkrasındada tekrar ediliyor.

Şimdi 188 inci maddenin üçüncü fıkrasına geçelim: «Mebi borsaya kayıt ve kabul edilmiş olan veya carî fiatı bulunan mallardan ise müşteri, yerine bir değerini almağa muhtaç olmaksızın mebiin semeni ile teslim için muayyen olan günün fiatı arasındaki farkı zarar ve ziyan olmak üzere isteyebilir.» T. K. nun 714 üncü maddesi de aynı hükmü ihtiva etmektedir. Bu, kâr mahrumiyetinden doğan zararın kolaylıkla hesaplanabilmesi için kabul olunmuş bir esastır. Lucrum cessans. Fıkradaki carî fiat prix courant dan maksat şudur : muayyen bir cins malın muayyen bir nevinin normal satışlar neticesinde muayyen bir piyasada alındığı kıymet. Binaenaleyh carî fiat vardır denilebilmek için evvelâ, malın bir piyasası bulunmak; saniyen, teslim gününde o mal için bir fiat tesbit edilmiş olmak lâzımdır. Malın tesbit edilmiş olan fiat üzerinden satılmış olmasına lüzum yoktur. Satılma imkânının bulunması da kifayet eder. Görülüyorki teslim gününde bahis konusu olan malın filen satışının yapılmamış olması mücerret hesabın tayininde nazara alınmaz. Eğer kanun vazıı, tazminat miktarını teslim günündeki satışlarla mukayyet kilsaydı mücerret hesap tabirinden anlaşılacak lâzımgelen manayı ortadan kaldırmış olurdu. Çünkü bu takdirde maddenin temas ettiğimiz üçüncü fıkrası manasız kalır ve malın piyasada bulunmaması yüzünden müşterinin en ziyade korunması icabeden bir zamanda müşteri her türlü himayeden mahrum bırakılırdı. Meselâ farzedinizki bayi malı ayın 15 inci günü teslim edecekti. Ayın 10, 11, 12 sinde malın metresi veya kilosu 150 kuruştan satılmaktadır. Ayın 13 ünde piyasaya pek az miktar mal arzolundu ve fiat 151 kuruşa çıktı. Ayın 14 ve 15 inci günleri bahis konusu olan maldan piyasaya hiç çıkarılmadı ve 16 inci günü piyasa fiatı 153 kuruş olarak taayyün etti. İste bu misalde ayın 15 inde mal piyasaya arzolunduğu takdirde kaçta satılabilecek idiyse o fiata carî fiat denir. Carî fiat, teslim gününün fiatı bakımından mücerret veya ihtimalî hesaba esas tutulur. Netekim bu cihet kanunda «teslim için muayyen olan günün fiatı» kelimeleriyle anlatılmıştır. Eğer bayi zamanında lâzımgelen tedbirleri ittihaz etmiş olsaydı mal müşteriye hangi gün

vasıl olacak idiyse o gün, teslim için muayyen olan gün demektir (J. d. T. 1917, I, 636).

Satıcının borçlarından birincisi olan teslim borcunu gördük, Şimdi ikincisine geçiyorum.

B, Mebiin ayıptan salim olmasını tekeffül (B. K. 194 - 197; T. K. 696, f. 2, 716-721) — Kanunda bayii bu yolda bir mükellefiyet tahmil edilmesinin sebebi şudur : Müşteriye temin edilen zilyetlik maldaki ayıplar yüzünden ona hiç bir fayda temin etmiyor veya elde edilmesi mümkün olan menfaalleri büyük miktarda azaltıyorsa, satım aktinden istihdaf olunan gaye iflisat edilmemiş olur. İşte ayıpların teminatı garanti des vices tarzında ifade edilen borçtan maksat budur. Ayıpların mahiyeti, mebiin nevme göre değişir. Bir gayrimenkulde inşaatın fena yapılması, menkullerde malın çürüklüğü veya vasfındaki uygunsuzluk, dikilecek şeylerde tohum veya fidanların yetiştirme kabiliyetinden mahrum olması ayıp sayılır. Bayiin ayıplardan mesul tutulabilmesi için dört şartın bulunması âzımdır:

Birinci şart. Ayıp gizli olmalıdır. Satıcının maldaki aybı hile ile gizlemiş olması (B. K. 196) veya aybın mevcut olmadığı müşterisine temin eylemiş bulunması (B. K. 197) halinde bu şart tahakkuk eder. Şu halde müşterinin malumu olan ayıplar, bayii mesul etmez. Görülüyorki irade fesadından mütevellit dava ile mebiin ayıplı olması davası aynı zamanda açılabilir. İşte dâvâ rinde hakların telahuku concours des droits ismi altında zikredilen ve tek bir hak süjesinin aynı muhteva üzerinde birden ziyade mutalebe hakkına malik olmasını intaceden hukukî hadise budur. Şu cihetede işaret etmeliyimki bahis mevzuu olan hadise sübjektif haklarda olan telahukun ismidir. Fakat objektif hukukta da telahuk bulunabilir. Buna concours des lois derler. Mesela B. K. nun 158 inci maddesinin birinci fıkrasına göre alacaklıya aktin icrasını veya meşrüt cezanın tediyesini isteyebilir. Kezalik yine B. K. nun 202 inci maddesi hükmünce müşteri ya aktin feshini veya semenin tenzilini dava edebilir. İşte burada hak süjesi bu iki mutalebe hakkından yalnız birini kullanabilecektir. Demek oluyorki hakların telahukunda hak sahibi lehine iki hak doğduğu halde kanunların telahukunda yalnız bir hak doğar. Mesela mütemerrit olan borçlu hakkındaki B. K. nun 106 ve müteakip maddelerindeki hükümler kiracının temerrüdü hakkında tatbik edilemez. Çünkü kiracının temerrüdüne dair bulunan B. K. nun 260 inci maddesi kira borçlusuna münhasır hususî bir hükmü ihtiva etmektedir. Kezalik B. K. nun 96 inci maddesiyle 194 üncü maddesi telahuk ettiğine göre, müşteri bu iki haktan yalnız birini kullanabilir. Yine aynı sebepten dolayı 196 inci maddenin, 194 ve devamı madde hükümleriyle tefsir ve itmam edilmesine imkân yoktur. Çünkü olacak

hakkının satışında 194 üncü madde hükmünün tatbik edilememesi kanun vazının kastan iltizam ettiği bir esastır (J. d. T. 1922, I, 364).

İkinci şart. Ayıp müşterice bilinmemiş olmalıdır. Zira göze görünen ve ilk bakışta vücuduna kanaat getirilen ayıplardan bayi mesul olmaz. Bu şart, birinci şartın zarurî bir neticesi olmakla beraber B. K., 197 inci maddenin ilk fıkrasında bunu tasriha lüzum görmüştür. Akit yapıldığı sırada ayıplara vakıf bulunan bir müşteri akde muvafakat etmekle bu ayıpları da kabul etmiş sayılır. Kezalik ayba kendi kusuru ile vakıf olmıyan müşteri, ayba vakıf imiş gibi farz olunur. Bayi, satılan maldaki vücudu iddia olunan ayıbın bulunmadığını temin etmiş olmadıkça müşteri ağırca işitmek, miyop olmak gibi bedenî ayıplarına istinat ederek ayıp iddiasında bulunamaz. Çünkü bu gibi arızalar kendisine daha fazla dikkat ve itina mecburiyetini tahmil eder (M. K. 3 s. f.). Nitekim maddenin ikinci fıkrasında «mebiî kâfi derecede muayene etmekle fark etmiş olacağı ayıptan» sözleriyle kanunumuz bu noktaya işaret etmiştir.

Üçüncü şart. Ayıp, maldan istihsal edilecek faydaları ihlal etmelidir. Fihakika B. K. nun 194 üncü maddesi «maksut olan menfaati izale veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden ayıplardan» bahseder. Burada müşterinin maksadı esastır. Koleksiyonu için pul satınalan kimse pulun damgalanmış olmasını bir ayıp sayamaz. Kezalik Lozan muahedesinin imzalandığı kalemî tedarik etmek isteyen kimseye başka bir kalem verildiği takdirde, kalemin bozuk olmaması onun ayıplı sayılmamasını intaç etmez. Kaldiki her hangi bir mal muayyen bir gayenin elde edilmesi için kullanılacak bir vasıtaadır, ev ikamet veya irat için, elbise giyilmek için, kalem kâğıt yazmak için, gıdaî maddeler açlığı gidermek için kullanılan vasıtalarıdır. Bazan işiradaki kast maldaki muayyen vasıfların bulunmasını icap ettirir. Bu takdirde satın alınan malın vasıfları aktin zımında mündemictir; bazan bayiin zikir ve vadettiği vasıflar müşteriyi malı satın almağa sevk eder ve mebiin vasıfları akitte sarahaten tesbit edilir. İster zımnî olsun, ister vadedilmiş bulunsun mebiin icabeden vasıfları haiz olmaması ya aktin hükümsüzlüğünü veya semenden tenzilât icrasını intaç eder.

Vasıflar tabirinden iş aleminde carî olan kanaate göre bir malın özelliğini ve kıymetini tayin eden amiller anlaşılır. Şu halde bir malın ayıplı olması demek, müşterinin o maldaki bulunmasını istemekte haklı olduğu vasıfların mevcut olmaması veya kısmen mevcut bulunması demektir. Bu ayıplar maddî, hukukî veya iktisadî olabilir. Satılan mal üzerinde bir üçüncü şahsın terehha şayan bir hakkı bulunması halî hukukî ayıp sayılmaz. Çünkü bu mevzu kanunumuz 189 uncu maddede temas ediyor. Hukukî ayıptan maksat

satılan malın istimalini veya ondan faydalanmâğı tahdit eden ayıplardır. Meselâ sekiz odalı bir ev satın alıyorsunuz. Fakat sonradan görüyorsunuz ki çatı drası ile bodrum katları oda haline ifrag edilmiştir. Vakaa evde sekiz oda var; ancak bu odalardan ikamet suretiyle faydalanmak imkânsızdır. İşte bu misalde, satılan evin hukukî bir aybı defaut juridique var demektir (15).

Dördüncü şart. Ayıp satıktan evvel mevcut olmalıdır (B. K. 194, f. 1). Hasar müşteriye intikal ettikten sonra hadis olan ayıplar, akdin vukuundun evvel mevcut olan sebeplerden ileri gelmiş olmadıkça bayii mesul edemez. Miktar bakımından mebiin eksik verilmesi veya mebiden başka bir mal teslim olunması 96. inci maddenin itibakini icabettirir. Ambalajın ayıplı olması malın ayıplı sayılmasını istilzam etmez. Fakat ambalaj mebiin mütemmim cüzü ise ozaman onun bozukluğu ayıp sayılır (16).

Eski hukukumuzda mebiin ayıplı olması meselesi bu derece geniş bir tafsile tabii tutulmamıştı. Cinsi tayin olunarak satılan bir mal başka cinsten çıkarsa satım batil olurdu (Mecelle 208). Vasfı tayin olunarak satılan bir maldâ o vasfı bulunmazsa müşteri dilerse satımı fesh, dilerse tayin olunan semende kabul ederdi; semenin tenzilinı talebe hakkı yoktu (Mecelle 310). Çünkü vasıflar mebidde tebean dahildir; tabii olan şeye ise ayrıca hüküm verilemez (Mecelle 48) Meselâ bir hayvanın karnındaki yavrusu müstakillen satılmaz; bindenaleyh semende hissesi de olamaz (Mecelle 234). Ancak İslâm hukuku tabii olan şeye ayrıca hüküm verilemez» kaidesine bazı istisnalar kabul ederki onlardan biri bir cenin lehine yapılan ikrardır. Eğer tehine ikrarda bulunan cenin altı ay içinde sağ doğarsa o hakka sahip olur. Kezâlik sağ doğan çocuğun mürsine varis olması da bu istisnalar içindedir.

Mebii ayıptan salim olmasına dair kanuni tekeffül, gayrimenkul mallarda dahil olduğu halde bütün satımlarda mevcuttur. Arazi, bina, makine, ticarethane, tablo, otomobil her türlü emtia ve saire gibi. Vakaa denilebilir ki B. K. 194 üncü maddesi menkul mal satımlarına dair olan fasılda yazılmıştır; bu ilbarla maddenin gayrimenkul satımlarında tabiki doğru olamaz. Ancak B. K. nun 215. inci maddesinin son fıkrası ile 217. inci maddesinin sarahati böyle bir itirazın varit olamayacağını bize gösterir.

Cebri müzayedelerde tekeffüle mahal yoktur (B. K. 230, f. 1). Çünkü bu cebri müzayedeler satım akdi sayılmıyızlar. Nitekim Fransız M. K. nun 1649 üncü maddesinde de «adi makamlar tarafından yapılan satışlarda mebiin

(15) J. d. T. 1936 I 506. Kullanılmış eşyaların satımında normal bir istimalden tevelli ayıp sayılmaz J. d. T. 1920 I 314.

(16) Dikis ve yazı makineleri kapaklarında olduğu gibi.

ayıplı olması davası dinlemeyeceği» tasrih edilmiştir. Buna rağmen kanunumuzun biraz evvel temas ettiğim 230 uncu maddesinin ilk fıkrasındaki hüküm «müzayede şartnamesinde sarıh bir taahhüdün bulunması hali müstesna olmak üzere» kaydıyla takyit edilmiştir. İşbu kaydın kanuna neden dolayı konulduğunu anlamağa pekte imkân yoktur. Çünkü müzayede şartnamesinde meselâ evin temelleri bir kat daha çıkmağa müsait olduğu veya kapı, çerçeve, merdivenlerin karaağaçtan yapıldığı yazılı olmasına rağmen temellerin denildiği derecede sağlam olmadığı veya kapı, çerçeve ve merdivenlerin adî keresteden imal olunduğu anlaşılırsa bunun mesuliyeti kime ait olacaktır? Burada gerek mal sahibine, gerek malı müzayedeye çıkartan alacaklıya bir kusur isnat edilemez. Çünkü gayrimenkul, malikinin iradesi hilâfına satılmakta ve alacaklı dahi matlubunu istifa için kanunun kendisine tanıdığı bir hakka istinaden cebri icra yoluna müracaat etmektedir. Ancak diyebilirsiniz ki B. K. nun 96 ve müteakip maddeleri hükmü hilâfına olarak bayiin sattığı maldaki ayıplara vakıf olmaması onu mesuliyette kurtaramaz. Demek ki bayiin mesul tutulabilmesi için onun kusurlu olması da lâzımgelmez. Bu itiraz yerindedir. Fakat kanunun satım zımında bayia tahmil ettiği bir mükellefiyeti - ki tekeffüldür - satım dışında kalan bir muamelede tatbika imkân var mıdır? Bu gibi bir hal karşısında olsa olsa icra dairesinin düştüğü hata şikâyete bir sebep teşkil eder ve neticede ihale fesholunur. Demek ki müzayede şartnamelerinde, bu gibi sarıh taahhütler yazılamaz ve burada tekeffülün yeri yoktur. Bu bakımdan 230 uncu maddenin düzeltilmesi lâzımgelir. Kezalik bu maddenin ikinci fıkrasıyla icra ve iflas kanununun 125 inci maddesi arasında bir ahenksizlik de göze çarpmaktadır. Çünkü B. K. nun bu fıkrasına göre «müzayede ile mal alan kimse o malı tapu siciline ve satım şartlarına ve kanuna nazaran muayyen olan hak ve mükellefiyetleri ile malik» olacaktır. Halbuki İc. İf. K. nuna göre müzayede şartnamesinde yazılı olmayan mükellefiyetler müşteriye karşı hüküm ifade etmezler. İhtiyarî müzayedelerde tekeffül mecburiyeti vardır (B. K. 230, f: 3).

Satanın tekeffüle müstenit borcu, diğer her hangi bir borç gibi alacaklı durumunda olan müşteri lehine bir takım haklar temin eder. Bu hakları muhtelif ihtimallere göre tetkik edelim :

1. İhtimal - Satıcı taahhüdünü hiç yerine getirmemiştir. Bu takdirde tatbik edeceğimiz esas B. K. nun 96 inci maddesidir. Burada bayiin kusurlu olması lâzımgelir. Esasen kanun, taahhüdünü yerine getirmemek vakasını kusurun bulunduğu bir kaarine sayar. Haksız muamelelerde failin kusurlu olduğunu isbat davacıya ait olduğu halde akıtlarda kusurun bulunmadığını isbat dava olunana aittir. Demek ki bayi tamamen kusursuz olsa dahi bu husustaki beyyinesini getirmiş olmadıkça müşteriye karşı mesul tutulur. Böyle

bir durum karşısında müşteri: a) ya meblin teslimini ve gecikme yüzünden uğradığı zararı; b) ya teslim talebinden vazgeçerek borcun yerine getirilmemesinden dolayı maruz kaldığı zararı; c) veyahut bunların hepsinden sağınazar ederek akdin feshini isteyebilir (B. K. 106). Görülüyorki bu ihtimalde B. K. nuna göre akdin feshiyle zarar ve ziyan talebi birlikte yapılamaz.

II. İhtimal - Satıcı taahhüdünü yerine getirmiş ve fakat teslim ettiği mal ayıplı bulunmuştur. Bu suretle mukavele hükümlerine aykırı olarak yerine getirilen bir eda müşteriye aşağıdaki haklardan dilediğini kullanmak selahiyetini bahşeder :

1) Akti feshetmek hakkı, action rédhibitoire: (17) Akdin feshinden doğan neticeler B. K. nun 205 ve 206 ıncı maddelerinde gösterilmiştir. Bu hükümlere göre müşteri, mebli andan elde ettiği menfaatlerle (B. K. 61 ve 63) bayi, aldığı semeni faiziye geri verecektir. Her iki taraf ta mukabil eda yapılmadıkya kadar hapis haklarını kullanabilirler. B. K. nun 205 inci maddesinin ikinci fıkrası hadisede 192 inci maddenin kıyas yoluyla tatbik edileceğini gösterir.

(17) Latince redhibere masdarından gelen bu tabirin hukuktaki manası satılan bir malın istirdadına bayi mecbur etmek demektir. Şu cihete işaret etmeliyimki hukuk terimlerinin kifayetsizliği bu alanda kendisini pek fazla his ettirir. Garp hukukunda **Cassation infirmation, résolution, résiliation, révocation, annulation, abrogation** tabirleri hep ayrı ve müstakil manalar ifade ettikleri haide bizde fesih veya bozmak tabirleriyle anlatılmaktadır. Çoraptan paltoya kadar bütün üzerimizdekileri giyimlik tabiriyle anlatmak ne kadar doğru ise bu muhtelif terimlerde fesih kelimesiyle anlatmağa kalkışmak o kadar doğrudur. **Cassation**, mahkemece verilen bir hükmün Yargıtay tarafından bozulmasına; **infirmation** ilk mahkeme kararının üst mahkemece bozulmasına; **résolution** bir akdin yapıldığı andan itibaren hüküm ifade etmeyecek tarzda bozulmasına; **résiliation** bir mukavelelenin mazideki hükümleri baki kalmak üzere ilerde hüküm tevhit etmeyecek bir hale sokulmak suretiyle bozulmasına; **révocation** bir aktin taraflarca çayılarak bozulmasına (kanunumuzda bu terim bazan azil-B. K. 396, f. 1 - bazan rücu - B. K. 461 - tabiriyle ifade olunur ve her ikiside yanlıştır); **annulation** bir muamelenin butlan sebebine istinaden bozulmasına (B. K. 87,89 s. f., 226 marjinal); **abrogation** bir kanun hükmünün ortadan kaldırılmasına derler. Vakaa B. K. nun 178 inci maddesinde ibtidal den bahşedilmekte hede bu maddenin ne İsviçrede ne de bizde tatbik sahası yoktur. Bu terimlerin öz Türkçedeki karşılıklarını ben de bulamadım. Esasen bu kadar ince farklar için halk dilinden tabirler bulmağa da imkân tasavvur etmiyorum.

Su cihetide ilâve edeyimki Fransız hukukunda **résolution** (yani makable şamil fesih **ex tunc**) ile **résiliation** (yani maba'de şamil fesih **ex nunc**) arasında ihdas edilen bu fark İsviçre hukukunda ve bu hukuktan iktibas edilen Türkiye B. K. da meçhuldür. Bunun sebebini fesih keyfiyetinin Fransada Ticaret kanunumuzda olduğu gibi mahkeme kararıyla ve İsviçrede ise alacaklinin tek taraflı irade beyanıyla meydana gelmesinde bulabiliriz. İşte bundan dolayıdırki İsviçre Borçlar kanununun 526 inci maddesinin Fransızca metninde makable şamil surette fesih **résiliation** terimiyle ifade edildiğini görüyoruz (B. K. 516, f. 1).

Şuhalde 205 inci maddenin üçüncü fıkrası fikrimce tamamen lüzumsuz bir tekrardan ibarettir. Çünkü B. K. nun 192 inci maddesinin ikinci fıkrasında da aynı hüküm yazılıdır. Bayiın tazminat borcu, akdin mukavele hükümleri dairesinde yerine getirilmemesinden mütevellit zararları ihtiva eder. Böylece meselâ semen aradaki anlaşma mucibince ecnebî parası üzerinden ödenmiş olur ve bayiın semeni iade zamanında para kıymeti düşmüş bulunursa müşterinin bu yüzden uğradığı zarar dahi tazminat miktarı arasında yer alır. Fakat satılan malın tek bir parçadan ibaret olmaması veya birden ziyade şeyler olması mümkündür (B. K. 206). Bu takdirde fesih hakkı kaideten tecezzi ettirilebilir. Yani müşterinin ayıplı parçalar hakkında akti feshedebilmesine imkân vardır. Demekki ayıpsız olan mallar hakkında aktin hükmü bakı kalır. Ancak ayıplı olan malın diğerlerinden tefriki bazan bayi bazanda müşteri için bir zararı mucip olabilir. Meselâ akdin bu yüzden kısmen fesholunacağını bilseydi bayiın malı satmıyacağı kesin olarak malum ise, yahut taraflar akdi yaparlarken kısmen ifanın kabul edilemeyeceğini açıkça kararlaştırmışlarsa, veyahutta ayıplı parçalar hakkında akdin feshine gidilmesi mebiden maksut olan menfaati ihlal ediyorsa fesih hakkı tecezzi ettirilemez; müşteri ancak akdin tamamını feshedebilir. B. K. nun 206 inci maddesinin üçüncü fıkrası asıl mebi ile teferruatına taalluk eden bir hükümdür. Mebide asıladaş ve teferruatın maksat ne olduğu her hadisenin hususiyetlerine göre tetkik edilmek lâzımgelir. Akdin feshi tazminat davasının ikamesine mani olmaz. Şuhalde müşterinin B. K. nun 96 ve 206 inci maddelerine aynı zamanda istinat edebilmesi mümkündür. Fakat halin icapları haklı gösterdiği takdirde hakim fesih davasının açılmış olmasına rağmen semenin tenziline karar verebilir (B. K. 202, f: 2).

2) Semenın tenziline istemek hakkı, action en réduction de prix (B. K. 202). Fesih davasından farklı olarak semenden tenzilât icrası talebi akdi hükümden iskat etmez. Yalnız mukavelede esas unsurlarından biri olan semenin miktar bakımından indirilmesini actio quanti minoris icabettirir. Şuhalde satış aktinin fer'i hükümleri (rehin, kefalet, cezaî şart gibi) bakidir. Ancak semenden tenzilat davası, tazminat talebinden feragati istilzam etmez. Filhakika müşteri B. K. nun 96 inci maddesiyle 188 inci maddenin ilk fıkrası mucibince zarar ve ziyan isteyebileceği gibi aynı zamanda akdin feshini veya semenin tenzili talebinde de bulunabilir. Vakaa bir taraftan mukavele hükümlerinin yerine getirilmemesinden dolayı tazminat istemek, diğer taraftan ayıplı bir mal teslim edilmiş olması sebebiyle semenden tenzilat talebinde bulunmak tek bir akde karşı yapılan muhalefeti - ayrı ayrı bakımlardan ifade ederek - bir haksızlıktan dolayı iki tazminat almak manasını tazammun edecektir; bu işe hukukan caiz olmaz. Çünkü tek bir hukukî sebebe dayana-

rak hem ücret hemde tazminat alınmaz (Mecelle maddesi : 86). Fakat dikkat ederseniz hadisede tazminat ile birlikte semenin tenzili davası aynı gayeyi istihdaf etmez. Çünkü semenin tenzili çok defa mebiin ayıplı olarak teslim edilmiş olmasından doğan zararı karşılayamaz. Meselâ bir otomobil satışında frenlerin bozuk olmasından dolayı müşterinin uğradığı cismanî zarar, semenin tenzili ile ödenmiş olmaz (J. d. T. 1933 I 155). Semen tenzili davası neticesinde ayıplı maldaki kıymet noksanının semene müsavi olduğu tebeyyün ederse - ki bu hal pek istisnaîdir - hakim mutlaka akdin feshine hüküm verecektir.

3) Mebiin teslimini istemek hakkı, remplacement de la chose vendue. Eğer satım miktarı müayyen misli bir şeye taalluk ediyorsa, müşteri ayıplı mal yerine ayıpsız mal verilmesini isteyebilir. Görülüyorki burada müşteri akdi feshetmek, semenin tenzilini istemek haklarından maada üçüncü bir hakka da sahip oluyor. Böyle bir talep karşısında hakim akdi feshi veya semenin tenzile hakkı yoktur. Satılan malın tebdilini talep hakkı kullanılabilmek için ayıplı malın iadesi şarttır. Şu halde müşterinin kusuruyla ayıplı mal iade edilemeyecek bir duruma düşerse mebiin tebdilini isteyemez.

4) Zarar ve ziyan istemek hakkı, action en dommages - intérêts (B. K. 181, f: 1). Satım aktine istinat emrilen bu hak, müstakillen kullanılabilceği gibi aktin feshi veya semenin tenzili davaları ile birlikte de kullanılabilir. Mebiin tebdilini talep halinde, eğer bu talebin ifası edanın gecikmesini intaç etmiş ve müşteri bu yüzden bir zarara uğramışsa bu surette de zarar ve ziyan talebine bir mani yoktur (18). Zarar ve ziyan talebi, aktin feshi veya semenin tenzili davaları ile birlikte kullanıldığı takdirde müşteri bir takım hadiseler yüzünden kendisi için tanınan haklardan bazılarını muhafaza, bazıalarını kaybeder:

a) Ayıplı malın telefi halinde - Eğer telef müşterinin kusurundan ileri gelmişse ancak semenden tenzilat isteyebilir; fesh talebine hakkı yoktur (B. K. 204, f: 1) Buradaki kusurdan maksat, müşterinin muhafazada itina göstermemesidir (B. K. 98, f: 1).

b) Ayıplı malın ahare devri halinde - burada da fesh istenemez; ancak semenden tenzilat istenebilir. Fakat müşterinin B. K. nun 201 inci maddesinin son fıkrası muçibince yaptığı satışlarda bu hüküm tatbik olunmaz.

(18) Görülüyorki mebiin ayıplı olarak teslimi vakıası satıcıyı hiç teslim etmemekten daha ağır bir duruma sokar. 120 inci sayfadaki birinci ihtimale bakınız.

c) Ayıplı mal üzerinde tasarruf halinde - Mebi üzerinde müşterinin onu iade edemeyecek bir tasarrufta bulunması meselâ aynı haklar tesis etmesi devir hükmündedir.

ç) Misli olan ayıplı bir malın müşterinin kusuruyla iade edilememesi halinde. Burada müşteri mebiin tebdilini isteyemez.

Bayiin ikinci borcunu bitirmiş oluyoruz. Şimdi üçüncü borcuna geçiyorum.

C, Satım akdiyle bayi zabta karşı teminat vermiş olur (B. K. 189 ilâ 193).

B. K. muz, müşterinin satın aldığı maldan dilediği gibi faydalanabilmesini temin için satıcıya üçüncü bir mükellefiyet tahmil etmiştir. Buna nazaran bayi, sattığı mala üçüncü şahısların hiç bir hakkı taalluk etmediğini müşterisine karşı taahhüt etmektedir. Eğer üçüncü şahsın mebi üzerinde bir hak iddia etmesinden dolayı müşteri zilyetliğinin kendisine sağladığı menfaatlardan faydalanamayacak bir duruma düşerse bayi, teslim borcunu hakkıyla yerine getirmemiş demektir. İşte bu sebepten dolayıdır ki roma hukuku zabta karşı bayiin kanunen vermeğe mecbur tutulduğu teminatı teslim borcunun zarurî bir devamı gibi telâkkî ederdi. Görülüyorki B. K. nun 189 ve müteakip maddeleri hukuktaki tarihî gelişmenin normal icaplarına uygundur.

Kanunumuzdaki zabıt tabirinden, bir hakka dayanılarak yapılan zabıt ve istirdat anlaşılmalıdır. Halbuki zabıt kelimesinin lûgat manası bir şeyi kuvvetle tasarrufu altına almak demektir. Zabita ve zabtiye aynı kökten gelen tabirlerdir. Şu halde zabıt tabiri bilistihkak zabıt demek olur. Tabirin bu şekilde izahı şu noktanın aydınlatılması içindir: eğer müşterinin hareketsizliği, mebiin elinden alınmasını intac ederse (J. d. T. 1914, I, 551) veya mebi haksız olarak zabtolunursa bundan dolayı bayi mesul tutulmaz.

Eski hukukumuz, bir değerine ait malın satılması ihtimaline de temas eder; buna fuzulî satım derler (mecelle: 378). Böyle bir durum karşısında mal sahibinin akde icazet vermeye veya satımı feshetmeye hakkı vardır. M. K. muz bu mevzuu müşterinin hüsnü niyeti bakımından kesin olarak hal etmiştir. (madde: 901). Satılan mala müstahik çıkması halini mecelle kefalet dolayısıyla nazara alır. Filhakika kefaletin muhtelif neveleri arasında bidr «kefalet bidderek» vardır. Mecellenin 638 inci maddesine göre kefalet biddekte mebia müstahik çıktıkta bilmuhakeme bayiin semeni müşteriye redetmesine hüküm olunmadıkça kefil muahaza olunmaz (19). Şuhalde mecelleye göre mücerret istihkak semenin iadesini icap ettirmez. Çünkü mebiin hakikî maliki akte icazet vermekle satım muteber hale gelebilir. Bu surette

(19) Lûgat bakımından derek bir kimsenin ardından yetişmek demektir. Bir şahsın talep edebileceği hakka da derek derler. İdrâk ve müdrîk terimleri de bu asıldan gelir.

ise semenin malik tarafından malike verilmesi icabeder. Demekki eski hukukumuzda istihkak davası üzerine mahkemece satışın fesih ve ibdaline ve bayiin semeni müşteriye iade etmesine hüküm verilmesi lâzımdır. Ancak bu takdirde semen bayiden ve eğer kefil varsa kefilinden alınabilecektir. (20)

Verilen izahattan anlaşılıyorki mebiin zabtı, bir mahkeme kararı neticesinde ziyaı demektir. Bu suretle müşteri kendi aleyhine bir istihkak davası açmış olan kimseye mebi terke mecbur kalır. Esasen fransızcadaki éviction tabiri de latince evictio dan gelir ki muzaffer olmak manasınadır.

Satılan bir malın kısmen veya tamamen zabtı mümkündür. Tamamen zabıt éviction totale, müşterinin mebi ya malikine veya rehinli olacaklarına vermeğe mecbur tutulması halinde tahakkuk eder. Kısmen zabta gelince éviction partielle bu da ya hakkın şayi bir cüzüne veya müfrez bir kısma taalluk edebilir. İfraz edilmemiş müşterek bir malın ortaklardan yalnız biri tarafından satılması eyvelkisine, yanındaki arsaya tecavüz etmiş bir binanın satılması ikincisine misaldir.

Kaideten satıcı, satımdan evvel mevcut olan bir hakka müstenit zabıttan mesuldür. Esasen mebiin zabtı akitten evvelki bir sebebe dayanmalıdır. Satımdan sonra müşterinin kusurlu olması (zaman aşımını kesmemek gibi) veya idari bir selâhiyetin kullanılması (malların müsaderesi veya mevzuatın değişmesi gibi fait du prince) neticesinde meydana gelen zabıt bayiin mesuliyetini icabettirmez.

Satılanın ayıptan salim olmasını tekeffül ile zabta karşı teminat satıcıya tahmil edilen iki kanunî borçtur. Fakat hukuki mahiyetleri bakımından bu iki borç yekdiğerinden tamamen ayırdır. Çünkü mebiin müstahiki tarafından zabtı halinde akdin feshi ile satılan şeyin bayia tadesi yoluna gidilemez. Zira B. K. nun 205 inci maddesinde feshin neticeleri tesbit olunmuştur. Buna nazaran müşteri, bayia mebi ile beraber ondan istihsal ettiği menfaatleri iade zorundadır. Ancak zabıt halinde müşteri bu mükellefiyeti yerine getiremez. Esasen mebiin elinden alınmış olmasından dolayı müşteri dahi zarara uğramış ve satıcıya müracaatı bu sebebe müstenit bulunmuştur. İşte bunun içindirki mebiin tamamen zabtı halinde B. K. nun 192 inci maddesinin ilk fıkrasındaki 1 ilâ 4 numaralı bentler müşteriye yalnız mebiden istihsal ettiği veya edebileceği semere ve diğer menfaatleri satıcıya iade etmek mükellefiyetini tahmil eder (J. d. T., 1932 I 155).

B. K. nun zabta karşı teminatı tazammun eden 189 ve onu takibeden maddelerindeki hükümler, satım akdine münhasır değildir. Kanun bu hüküm-

(20) Ali Haydar, Mecelle şerhi C. 2, S. 71

Terin kıyas yolu ile diğer akıllarda de tatbik edilebileceğini tasrih eder. Filhakika B. K. nun:

a) İstisna akdine dair olan 357 inci maddesinin birinci fıkrasında şöyle deniliyor: «Müteahhit imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir». İlk bakışta bu fıkradan kanun vazıınca malzemenin ayıplı olması ihtimalinin nazara alındığı akla gelebilir. Ancak bu ihtimal 360 inci maddede dahi tasrih edilmiştir; temas ettiğimiz fıkradan maksat müteahhit tarafından tedarik edilen malzemenin bir başkasına ait olması ihtimalidir (M. K. 699). İşte burada müteahhit imal olunan şeyin zabtı yüzünden iş sahibinin uğradığı zararı tazmin edecektir.

b) Neşir mukavelesine dair olan 373 üncü maddenin ikinci fıkrasında «Eserin tabı ve neşir hakkını diğerine devreden kimse akdi yaptığı sırada eser üzerinde tasarruf etmek hakkını haiz olmalıdır. Bu cihetten dolayı naşire karşı mütekeffildir. Eğer telif hakkı varsa tekeffül onuda şamildir». Şu halde müellif devrettiği eserin zabtından mütevellit zararı naşire karşı tekeffül etmiş oluyor.

c) Adî şirkette ortaklardan biri sermaye olarak bir şeyin milkiyetini kayar ise satım akdindeki hasar ve tekeffüle dair muayyen olan hükümlere tabi olur, B. K. 521 son fıkra. Fakat bunlara mukabil zabta karşı teminatın mantıkan bulunması lazımgelen yerlerde kanunun buna cevaz vermediğine şahit olmaktayız; temlikte (B. K. 169), gayrimenkul satışlarında (B. K. 215), müzayede ile yapılan satımlarda (B. K. 230 f: 1) olduğu gibi.

B. K. nun 189 ye müteakip maddelerine istinaden bayiin mesul tutulabilmesi için üç şartın tahakkuk etmesi lâzım gelir :

Birinci şart; satılan mal müşteriye teslim edilmiş olmalıdır. Esasen zabta karşı teminat, teslim borcunun zarurî bir neticesidir (21). Şayet mal satıcı elinde iken zabtolunur ve bu yüzden teslimine imkân bulunmazsa tatbik olunacak hüküm B. K. nun 96 ve 188 inci maddeleridir.

İkinci şart; sattılıp teslim olunan mal müşterinin elinden kısmen veya tamamen alınmış ve bu alınma keyfiyeti üçüncü bir şahsın terciha şayan bir hakkına istinaden yapılmış olmalıdır. Mebi üzerinde rehin veya intifa hakkının bulunması yüzünden müşterinin milkiyet hakkının tahdidi kısmen zabıt sayılır. Satılan bir ihtira beratının satım sırasında mevcut olan sebeplere istinaden mahkemece iptaline karar verilmesi mebiin tamamen zaptı manasına gelir

(21) Yukardaki 113 sayfaya A. Teslim kısmına bakınız

Yakın bir ihtira beratının ihlali zabtın ziyade mebideki aybın bir neticesi olarak tezahür etmektedir. Çünkü satılan ihtira beratına karşı üçüncü şahıs açtığı dava konusu, beratın kendisine ait olduğu değil, belki bu beratın meşru haklarını ihlal eylediğidir. Fakat bu tarzda yürüteceğimiz bir muhakeme hukuk bakımından müdafaa edilemez. Çünkü zabta karşı teminatın zamanasını önüne geldiği halde ayba müstenif davanın zamanasını, bayi daha fazla bir müddet için kefalet etmediği takdirde bir senedir (B. K. 207). Eğer her hangi tesadüf neticesinde buhar kararı senesi içinde verilmezse müşteri her türlü himayeden mahrum bırakılmış olur. Bu nasafet esasıyla telif edilemez (J. d. T. 1932, I, P. 155).

Üçüncü şart; mebiin zabtı akitten evvel mevcut olan bir sebebe istinat etmelidir. Akit yapılırken mebiin zabtı tehlikesi bayi tarafından müşteriye bildirilmişse artık bayi mesul edilemez. Meselâ satım aktinin icaplarına göre mebi hakkında müşterinin cebri icra yoluna müracaat etmesi lâzım geldiğini farzedelim; müşterinin bu tarika başvurmaması mebi üzerindeki zilyetliğinin ziyatına hukuki bir sebep teşkil ederse - ki zamanasının uğraması halinde bu ihtimal tahakkuk eder - artık mebiin zabtı bahis konusu olamaz. M. K. 902. (J. d. T. 1914, I, P. 551).

Şu ciheti de ilâve etmeliyim ki mebiin elinden zabtolunması ihtimalinin bulunduğu müşteriye vakıf olması bayiin mesuliyetini kaldırmak için کافی gelmez. Meselâ müşteri satın aldığı malın milkiyeti üzerinde bayi ile üçüncü şahıs arasında bir ihtilaf olduğunu biliyor. Fakat bayi müşterisine bu ihtilafın hal edilebileceği kanaatini telkin etmiştir; veyahutta bayi mebiin zabtı tehlikesine vakıf olan müşteriye sarıh surette zabta karşı teminat vermiştir. Bu gibi bayiin mesuliyeti devam eder. Mebi üzerinde üçüncü şahsa aittir bir hak bilerek gizlenmişse zabta karşı kanunî teminatın tahmil ettiği mesuliyetten bayiin beri olması şartı batıldır.

Zabta karşı teminatın tevhit ettiği hükümler, istihkak davasının bayi zamanında ihbar edilip edilmediğine göre değişir. Davanın ihbarına dair olan kaideler H. U. M. K. nun 49 ve onu takibeden maddelerinde tesbit olunmuştur. B. K. nun 190 ıncı maddesine göre mebiin zabtı ile tehdit edilen müşteri, aleyhine açılan davayı zamanla mükellef olan bayiye ihbar eder. Bu takdirde bayi ya davaya müdahale etmeğe veya müşteri yerine kaim olarak üçüncü şahsa karşı husumet ve müdafaaada bulunmağa mecburdur. Bayi bu iki yoldan hangisini takibedeceğini tayin hakkı müşteriye aittir. Evvelki halde müşteri bayiyle birlikte müstahıka karşı müdafaaada bulunur; ikinci halde ise müşteri davadan çekilir ve bayi müşterinin mümessili sıfatıyla davadan devam eder. Maddenin sarahatinden anlaşılıyor ki ihbar, bir dava ikamesi

si üzerine yapılabilir. Zabıt tehdidi bir dava zımında tezahür etmiş olmadıkça müşterinin bayia ihbar mecburiyeti yoktur. Fakat davanın açılmamış olması ihbarın yapılmasına da bir mani teşkil etmez. Ihbarın vaktinde yapılıp yapılmadığı usulî kanundaki esaslara göre taayyün eder. Şayet ihbar zamanında yapılmış ise sadır olan hüküm bayia da saridir (B. K. 190, f: 2). Ihbar zamanında yapılmamış ve bu hal bayiin kusurundan ileri gelmemiş ise bayia teveccüh eden mesuliyet derecesi azalır (B. K. 190, s. f.). Yapılan ihbara rağmen bayiin müdahale etmemesi müşteri lehine bir takım hakların tanınmasını istilzam eder (B. K. 191). Satılan gayrimenkul aleyhinde tapu sicillinde bir kayıt bulunduğunu farzediniz; müşterinin bu hakkı tanınması veya bu hak üzerinde hak sahibi ile sulh yapması 191 inci maddedeki ihtimali tahakkuk ettirebilir.

Haczedilen bir malın satılması halinde bâyi kimdir? ve mebiin zabıtından mütevellit mesuliyet kime raci olur? Bu gibi satımların cebri müzayede şeklinde yapıldığını biliyoruz. Habuki diğer vesilelerle görmüş olduğumuz gibi cebri müzayedelerde tekeffüle mahal yoktur (B. K. 230 f: 1). İsviçre hukukçuları buradaki tekeffül kaydını gerek ayba gerek zabta şamil bir terim olarak kabul ederler ve bunda da haklıdırlar. Çünkü İ.B.K. nun 192 (bize 189) inci maddesinin marjinali *garantie en cas d'éviction* ve 197 (bizde 189) inci maddesinin marjinali *de garantie en raison des défauts de la chose* tarzında ifade edilmiştir. Şu halde evvelkisini zabta karşı teminat, ikincisini mebiin ayıptan salim olmasını tekeffül diye tercüme etmek ve 234 (bizde 230) üncü maddedeki *garantie* tabirini tekeffül terimiyle karşılamak bir hatadır. Aslına sadık kalabilmek için zabta karşı teminat, ayba karşı teminat demek ve 230 uncu maddeyi de «...teminata mahal yoktur» şeklinde dilimize çevirmek icabederdi. Görülüyorki kanunumuzdaki terim farklarından bir hüküm çıkarmağa kalkışmak bizi hukuk tekniği bakımından yanlış yollara sürüklিয়েbilir.

Fakat ihtiyatî hacizde mesele daha nazik bir şekil alır. (H.U.M.K. madde 12). Çünkü alacaklı tarafından haczettirilen malın borçluya ait olmaması veya mal borçluya ait olmakla beraber alacağın mevcut bulunmaması mümkündür. Bu takdirde ise malın haczedilmiş ve bunun neticesi olarak da malikin mal üzerinde tasarruf edemez bir hale gelmiş olmasından dolayı bir zarar meydana gelebilir. İşte bu ihtimali karşılamak içindirki ihtiyatî haciz talebinde bulunan kimse çok defa bir teminat iraesine mecbur tutulur. (H.U.M.K. 96 ve müteakip). Bu teminatın şumulü umumiyetle haczedilen malın borçluya ait olmaması veya alacaklının hiç bir hakkı bulunmaması halinde husule gelecek zararlara aittir. Demekki burada alacaklının kusurundan doğan bir

zararın teminatı karşısındayız. Çünkü bu gibi hallerde mahkemece teminat istenmemiş olsa bile alacaklı meydana gelen zararı tazmine mecburdur. Ancak haczettirilip cebren sattırılan mal, ihaleden evvel mevcut olan bir hakka istinaden üçüncü bir şahıs tarafından zabtedilebilir. Kezalik malın ayıplı olması yüzünden müşterinin ödediği semen pek fahiş olabilir. Bu gibi durumlar karşısında acaba B. K. nun 230 uncu maddesinin ilk fıkrasına istinaden lakayt kalmak adalet ve nasafet esasına uygun bir hareket olurmu? Vakaa mal alacaklının talebi üzerine icra dairesince satılıyor. Fakat ne alacaklı ne de icra dairesi bayi değildir. Alacaklı, kanunun kendisine tanıdığı bir hakka dayanarak borçlunun mamelekenden alacağını tahsilini talep etmiş ve icra dairesi de borçlunun imtinaı üzerine ona ait bir hakkı kullanmıştır. Şuhalde mantıkan düşünülecek olursa mebiin zabtından veya ayıplı olmasından mütevellit mesuliyetin borçluya ait olması lâzımgelir. Fakat bu gibi hallerde borçlu çok defa aciz halindedir. Bu itibarla borçluya tevcih edilecek mesuliyetin amelî bakımdan bir fayda temin etmeyeceği tabiidir. Ortadaki bariz haksızlığı gidermek için acaba şöyle bir muhakeme yürütemezmiyiz? Alacaklının hakkı, borçlusuna ait bir malı sattırarak bedelinden matlubunu istifa etmek idi. Halbuki zabıt halinde alacaklı borçlusuna ait olmıyan bir maldan hakkını almış ve malın ayıplı olması halinde dahi borçlusuna ait bir maldan o malın objektif kıymetini tecavüz eden bir hak elde etmiştir. Demekki her iki bakımdanda alacaklının iktisabı sebepsizdir. Şuhalde müşterinin alacaklı aleyhine sebepsiz iktisaba dayanarak istirdat davası açmasına bir mani bulunmamak lâzımgelir (22)

Ayba karşı teminatta olduğu gibi zabta karşı teminat borcu dahi müşteriye bir takım haklar bahşeder. Eğer istihkak davasına maruz kalan müşteri vaktinde bayii haberdar etmiş ve muhakeme neticesinde mebi tamamen veya kısmen zabt olunmuş ise müşteri zararını bayiden tazmin ettirebilir. Buradada bir takım ihtimallerle karşılaşabiliriz.

I. İhtimal; mebiin tamamen zabtolunması hali (B. K. 192). Bu takdirde müşteri bayiiinden iki şey isteyebilir: a) semenin iadesi; b) mebiin zabtı yüzünden müşterinin uğradığı diğer zararlar.

a) Semen iadesi - Semen, mebiin milkiyetine sahip olmak için müşteri tarafından bayia ödenmiş bir paradır. İstihkak davası neticesinde mebiin zabtedilmesiyle semenin tesviyesindeki illet ortadan kalkmış bulunuyor. İşte bu sebepten dolayıdırki Fransız M. K. nun 1184 üncü maddesi şu kaideyi ko-

(22) Bu fikrin bilhassa tenkidi yolunda meslektaşlarım tarafından ileri sürülebi-cek mülahazalara şimdiden teşekkür ederim.

yar: «Karşılıklı taahhütleri ihtiva eden mukavelelerin zımında daima mevcut olan infisahî şart, taraflardan birinin taahhüdünü yerine getirmemesi halinde hüküm tevhit eder.» Bu derece sarîh ve şümüllü olmamakla beraber B. K. nun 106 ıncı maddesinde aynı fikrin ifade edildiğini görebiliriz. Çünkü bu maddede dahi bahis konusu olan akit, edalardaki mübadeleyi istihdaf eden bağitlardır ve aktin hükümlerine riayet eden bir alacaklının durumuna temas edilmiştir. Şayet yapılan mukavele karşılıklı taahhüdü ihtiva etmiyorsa tatbik olunacak hüküm 106 ncı madde değil belki; 102 ve 105 nci maddelerdir. Esasen İsviçre hukukçuları 192 nci madde hükmünün karşılıklı taahhütleri muhtevî mukavelelerin feshi halinde kıyas yoluyla tatbik edileceğini kabul ederler. Müşterinin birinci fıkradaki taleplerde bulunabilmesi için bayiin kusurlu olmasına lüzum yoktur. Şimdi bu fıkranın ihtiva ettiği dört bendi sırasıyla takip edelim,

1 numaralı bende göre bayiden istirdat edilecek semene kanunî faiz yürütülür. Ancak müşterinin mebiden elde ettiği veya istihsalini ihmal eylediği semerelerin tenzili lâzımgelir. Meselâ mebiin bir dükkân olduğunu ve müşterinin burada aylarca ticaret ettiğini veya dükkânı boş bıraktığını farzedelim. Her iki takdirde dahi kira bedelinin semenden tenzili icabedecektir. Zira ticaret etmesi halinde mebiden bir menfaat elde etmiş ve boş bırakması halinde dahi elde edilmesi mümkün olan bir menfaatin istihsalini ihmal eylemiştir. Fransız M. K. semeni faize tabi tutmaz ve istihsal olunan semerelerin şayet müstahıkkına iadesi lâzımgeliyorsa müşterinin bunu satıcıdan istemeğe hakkı olduğunu kabul eder (art. 1630). Bu iki sistem arasındaki farkın izahını Mecellenin 86 ıncı maddesinde bulabiliriz; ücretle zaman içtima etmez.

2 numaralı bende göre mebi zabteden üçüncü şahıstan istemeyeceği masrafları, müşteri satıcıdan talep edebilir (B. K. 64). Buradaki masraflar tabirini en geniş manada almak lâzımdır. Şu halde nakil, gümrük, tamir, termim (23) gibi zarurî veya faydalı masrafları değil; lüks masraflarıda isteyebilir. Ancak istihkak davasının açılmasından sonra yapılan masraflardan - ayrıca bir taahhüt altına girmiş olmadıkça - bayi mesul tutulamaz. Bu bendin dayandığı esas M. K. nun 907 inci maddesinde bulabiliriz.

3 numaralı bende göre müşteri, bayiden muhakeme masraflarıyla (H. U. M. K. 423) muhakeme dışı masrafları (protesto ve saire gibi) isteyebilir. Ancak bayia ihbar edildiği takdirde ictinabı mümkün olan masraflardan ba-

(23) Bu terimler M. K. nun 736 ıncı maddesinin ilk fıkrasında geçer. Tamir *réparation* karşılığı olup bozuk bir şeyi düzeltme manasındadır. Termim *réfection* ise bir şeyi yeni baştan yapma demektir.

yi mesul tutulamaz. Çünkü bu takdirde yapılan masrafların müşterinin kusurundan ileri geldiği anlaşılmıştır.

4 numaralı bende göre doğrudan doğruya mebiin zabtedilmiş olmasından doğan zarar ve ziyanlar bayia aittir. Bazı hukukcular, B. K. nun 98 inci maddesini bu bendin esası olarak gösterirler. Müellif Rossel'in de iştirâk ettiği bu mutalâa fikrimce kabul edilemez. Çünkü 98 inci madde borçluyu her türlü kusurdan mesul tutan bir hükümdür. Halbuki biraz evvelde işaret ettiğim veçhile 192 inci maddenin birinci fıkrası bayiin kusuruna istinat etmez. Şuhalde müşteri 1 - 4 numaralı bentlerdeki hakları kusurlu olmayan satıcıdan dahi isteyebilir. Esasen bu son bentten maksat, müşterinin münhasıran malı satın almış olmasından dolayı uğradığı zararlardır ki mahiyetleri itibarıyla menfi ziyan sayılırlar. Mukavele masrafları, akdin sıhhatine inanarak ihtiyar olunan masraflar (meselâ satın aldığı eve taşınmak) tellaliye ücretleri, bahşişler ve sairî gibi.

b) Mebiin zabtı yüzünden müşteriye terettüp eden diğer zarar ve ziyanlar (B. K. 192, f: 2). Burada bayiin kusurlu olması esastır. Çünkü taahhüdünü yerine getirmeyen veya getiremeyen borçluyu kanun kusurlu farzeder (B. K. 96). Ancak kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini isbat etmekle bayiin bu zararı ödemek mecburiyetinden kurtulması mümkündür. Bu fıkrada bahis konusu olan zarar, müsbet zarardır.

2. İhtimal; mebiin kısmen zabt olunması halî (B. K. 193). Mebiin kısmen zabtı takdirinde ilk varit olacak soru şu olur: Mebide husule gelen eksiklik acaba satımın feshini haklı gösterecek derecede ehemmiyetli midir? Bu soru ali biri menfi diğeri müsbet olmak üzere iki şekilde cevaplandırmak mümkündür. Kaideten mebiin kısmen zabtı, müşteriye akdin feshini istemeğe selâhiyet vermez. Müşteri ancak zabıt yüzünden uğradığı zararı bayiine tazmin ettirebilir. Misliyyattan mebiin kısmen zabtı halinde B. K. nun 203 üncü maddesi hükmünün kıyas yoluyla tatbikine imkân vardır. Ancak halin icapları, ayba vakıf olduğu takdirde müşterinin akde girişmeyeceğine bir karine teşkil etmekte ise müşteri aktin feshini dava edebilir (B. K. 20, f: 2). Görülüyor ki 106 inci maddeden farklı olarak burada fesih ancak mahkeme kararıyla mümkündür. Müşterinin akde girişmeyeceğine karine teşkil eden hal icapları, aktin in'ikadı sırasında müşterinin izhar ettiği kasda göre takdir olunur. Akdin feshi mebiin tamamen zabtı hakkındaki hükümlerin tatbikini icap ettirir; bu itibarla 193 üncü maddenin son fıkrası tamamen lüzumsuz bir tekrardan ibarettir.

IV. Bölüm - Müşterinin borçları

Satım aktinin müşteriye tahmil ettiği mükellefiyet üçtür: 1) Satılan malı kabz ve tesellüm. 2) Satım masraflarını eda. 3) Kararlaştırılan semeni tesviye. Satım masraflarına evvelce temas etmişik (Yukardaki 6 numaraya bakınız). Bu sebepten diğer iki mükellefiyet üzerinde duracağız.

1; Kabz ve tesellüm - Teslim anına kadar mebiin muhafaza külfeti satıcıya aittir. Şuhalde bayi bu külfetten kurtarılmasını müşterisinden talep etmekte haklıdır. Eğer mebi gayrimenkul ise onu tasarrufu altına almak, menkul ise kendisine ait bir mahalle nakletmek (B. K. 185,186) müşteriye ait bir borçtur.

Bilindiği üzere iki taraflı bütün hukukî muamelelerde edayı kabul, alacaklıya ait olan bir hakkın istimalidir. Bu mahiyetteki bir hakkın kullanılmasından imtina edilmesi akde muhalefet sayılmaz; şuhalde zarar ve ziyan borcuna da vücut vermez. Ancak satım akdinde bu kaidenin tatbikına imkân yoktur. Zira müşterinin mebi kabzetmesi sadece bir hak değil, aynı zamanda kanunun ona tahmil ettiği bir borçtur (B. K. 208, f: 1). Fakat bu borcun meydana gelebilmesi için mebiin mukavele hükümleri dairesinde müşteriye teslim edilecek bir durumda bulundurulması şarttır. Binaenaleyh münasip olmıyan zaman ve mekânda yapılan teslim teklifi müşteriye kabz ve tesellüm mükellefiyetini tahmil edemez. Demekki usulü dairesinde yapılan bir teslim teklifi, müşteri tarafından sebepsiz olarak reddedilirse alacaklının temerrüdüne dair olan B. K. nun 91 ve müteakip maddeleri değil; belki borçlunun temerrüdüne müteallik hükümler (B. K. 101, 106) tatbik edilmek lâzımgelir.

Mebiiin ne zaman tesellüm edileceği umumiyetle mukavelede gösterilir. Bazan mahallî adetler bunu tayin eder. Eğer mukavelede sarahat veya mahallî bir adet mevcut değilse mebiin hemen teslim ve derhal kabzedilmesi lâzımdır (B. K. 74.208 f: 2). Bu maddelerdeki hemen ve derhal tabirlerinin lûgat manalarında alınmayacağı ve mahallî teamüllere göre mebiin nakline yarayan vasıtaların tedariki için lüzumlu olan zamana kadar satıcının mebi muhafazaya mecbur tutulacağı tabiidir. Bu netice, hüsnü niyet kaidelerinin hadiseye tatbikinden çıkar (M. K. 2, f: 1). Müşterinin ihtirazî bir kayıt dermeyan etmeksizin mebi tesellüm etmesi keyfiyeti, hilâfına bir delil ikame edilmediği müddetçe, akde uygun şekilde mebiin teslim olunduğu manasına gelir.

2; Semen tesviyesi - Müşteriye teveccüh eden en esaslı borç semenin ödenmesidir. Fakat işbu borcun yerine getirilebilmesi için ya taraflarca semenin tesmiye edilmiş olması veya hal icaplarının semen miktarını tayin

edebilecek mahiyette bulunması icabeder. B. K. evvelki ihtimale 182 inci maddenin ilk fıkrasında «müşterinin iltizam ettiği semen» ve 208 inci maddenin birinci fıkrasında da «satış aktinde mukarrer olan semen» kelimeleriyle işaret etmiştir. İkinci ihtimale ise 182, f: 3 ve 209 maddelerde temas olunmaktadır.

Eski hukukumuzda semen, satılan şeyin bahasıdırki zimmete taalluk eden şeydir diye tarif olunmuştur. Bunun biri semeni müsemma, diğeri semeni misil olmak üzere iki nevi vardır. Tarafların rizalariyle mebi için tayin ve tesmiye ettikleri semene semeni müsemma derler; gerek hakiki kıymetine muadil olsun, gerek ondan eksik veya fazla bulunsun (Mecelle 153). Semeni misle gelince eski hukukumuzda bu kıymet tabiriyle ifade edilir (24). Şuhalde kıymet yani semeni misil bir malın hakikî bahasıdır (Mecelle 154).

Verilen izahattan anlıyoruzki B. K. numuzdada aynı taksim kabul edilmiştir. Semenın taraflarca kararlaştırılmış olması ihtimali üzerinde fazla duracak değiliz; B. K. nun 21 inci maddesi hududu içine girmedikçe akitte tayin olunan semen her iki tarafı da ilzam eder. Ancak tartı ile satılan mallarda mebiin ağırlığı semenin tayininde tabiatıyla müessirdir. Bu takdirde mebiin darası tenzil edilmek lâzımgelir (B. K. 209, f: 2). Görülüyorki bu gibi satışlarda semenin safi miktar poids net üzerinden tayin edileceğinde tarafların anlaşmış olduklarını kanun kabul ediyor. Bu, tefsiri mahiyeti haiz bir hükümdür; demekki hilafına mukavele yapılabilir. Kezalik perakende satışlarda fire ihtimali nazara alınarak semenin tenziline hususî teamüller imkân verebilir (B. K. 209, f: 3). Bütün bu ihtimaller B. K. nun 182 inci maddesinin 3. fıkrasındaki «ahvale göre tayini mümkün olan semen tesmiye edilmiş hükümdedir» kaidesi içine girer.

Şimdi B. K. nun 209 uncu maddesinin ilk fıkrasını aslına sadık olarak okuyalım: müşteri semeni tayin etmeksizin kat'i sipariş yapmış ise satım, aktin icra edileceği mahallin teslim günündeki vasatî fiat üzerinden yapılmış sayılır. Vakaa bu fıkra borsa veya çarşı ve pazarda muayyen bir fiatı olan mal satışlarında tatbik olunur. Fakat bir malın borsada kayıtlı olması, o malın günün her saatinde aynı fiat üzerinden satılmasını icap ettirmez. İşte bu sebepten dolayıdırki kâr mahrumiyetinin mücerret bir hesaba dayanması ihtimalini 188 inci maddenin 3. fıkrasında kabul eden kanunumuz, bu yüzden doğan zararı carî fiatla karşıladığı halde semenin tayini keyfiyetinde vasatî fiatı esas almaktadır. Vasatî fiyatın resmen tesbitine lüzum yoktur. Taraflar arasındaki hususî münasebetlerin semen üzerinde tesir icra etmediği haller-

(24) Çünkü mebiin makamına kaim olmakta, yani onun yerine geçmektedir.

de, aynı cinsten olan bütün satışların o mahal ve gündeki fiatlarından elde edilen ortalama fiat, vasatî fiat sayılır. Bu itibarla resmen taayyün etmiş olan carî bir fiatın vasatî fiat olmadığını alâkadarlar pek haklı olarak iddia edebilirler. Görülüyorki kanunumuz vasatî fiat cours moyen tabirini carî fiat prix courant tarzında ifade etmekle aslından uzaklaşmış ve bir hataya düşmüş oluyor. Bu yanlışlığın tefsir yoluyla izalesine ben pek imkân göremiyorum. Çünkü carî fiat tabirinden mal piyasaya arz olduğu takdirde satılabilir fiatı kast ediyorduk ve kâr mahrumiyetinden tevellüt eden bir zararda ancak böyle bir izahla telâfi ettirilebilirdi. Halbuki burada carî fiat tabirine bu manayı vermekliğimiz hiç te doğru olmaz. Zira 188 inci maddenin 3. fıkrası borcunu ifa etmeyen bayia karşı kanunun alacaklı lehine tanıdığı bir haktır. Buna istinaden alacaklı zararını ister. Halbuki semen, tarafların rızalarıyla kararlaştırmaları icabeden bir ivazdır (T. K. 685, f. 1). Kararlaştırmayan bir ivaz, kanunun bayi lehine tanıdığı bir hak sayılmaz. Malın teslim gününde ve mahallinde carî bir fiatı yoksa semen tayin edilemiyor demektir; bu takdirde ise akit meydana gelemez (25). Şu ciheti de ilave edeyimki toptan satış fiatları perakende satış fiatlarına esas itihaz edilemeyeceği gibi bunun aksi de yapılamaz.

a) Semen nerede ve ne zaman tesviye edilir? Kaideten burada mukavele hükümleri ve mahallî adetler nazara alınmak lâzımdır. Eğer mahallî adet veya mukavelede sarahat yoksa semenin ifa mahallini B. K. nun 73 üncü maddesinin 1 numaralı bendi tayin eder. Alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yer semenin ifa mahallidir. İfa zamanına gelince buradada muacceliyet tarihini nazara almak lâzımdır (B. K. 74). Esas kaide bu olmakla beraber B. K. nun 210 uncu maddesinin ilk fıkrasında şu hükme tesadüf ediyoruz: Hilâfına mukavele mevcut değilse, satılan alıcının yedine girince satıcı semene müstahik olur. Bu fıkradaki «yedine girince» den maksat müşterinin zilyet olmasıdır (M. K. 890 - 893). Fakat semenin muaccel olması, bayiin usulü dairesinde mebiî müşteriye teklif etmesi vakiasından dahi çıkabilir (B. K. 90). Zira satıcının semeni talep edebilmesi için mebiin milkiyetini müşteriye nakletmiş olması lâzımgelir (B. K. 183). Yukarda işaret ettiğimiz vechile (26) Mecelle bu kaidenin tamamen aksini kabul etmişti. Me-

(25) Bu bakımdan T. K. nun 700 üncü maddesi daha vazih bir hükmü ihtiva eder. Semen muayyen olması veya vechi tayininin tesbit edilmesi şarttır. Semen bu suretle tayin edilmemiş olduğu halde mebiî teslim edilmiş ise zaman ve mahalli akitteki rayiç fiat semen itihaz edilmiş addolunur. Mezkûr zaman ve mahaldeki rayiç müteaddit ise müşteri vasatîsini ödemeğe mecburdur.

(26) Bu vazının 2 numaralı notuna ve 91 nci sayıfının baş tarafına bakınız.

celleye göre satımda önce semen, sonra mebi teslim olunur (Mecelle 251, 262). O derecede ki müşteri semenin tediyesinden evvel mebiin kendisine teslim olunması şartıyla bir mal satın alsa, akıt peşin para ile yapıldığı takdirde beyi fasit olur (27).

b) Semen faizi. Bayiin istihkak kesbettiği semen ne zamandan itibaren faize tabi tutulur? Bu sualî hadiselerin hususiyetleri bakımından ayrı ayrı cevaplandırmak lâzımgelir. Filhakika 1) semenin vadesi taraflarca müttefikan kararlaştırılmışsa semen vadenin hululiyle faize tabi tutulur (B. K. 101, f: 2). Bunun dışındaki hallerde alacaklının ihtarı lâzımdır (B. K. 101, f: 1) 2) semenin faize tâbi tutulması âdet iktizası ise (B. K. 80 f: 2) satıcının ihtarına lüzum olmaksızın semene kanunî faiz yürütülür (B. K. 72). 3) Müşteri mebiden semere veya diğer türlü hasılat elde edebilecek idise, bu semereleri almamış olsa bile, semen faize tabidir (B. K. 210, f: 2). Bütün bu hadiselerde 102 inci madde hükümlerinin tatbikine bir mani bulunmadığını 210 uncu maddenin sarahatinden anlıyoruz.

c) Müşterinin semen üzerinde hapis hakkı. Fransız M. K. bu hususta çok sarih bir hükmü ihtiva eder: Hilafına bir mukavele bulunmadıkça istihkak veya ipotek davasına maruz kalan veya böyle bir davaya maruz kalacağından korkmakta haklı bulunan müşteri, bayiin bu tecavüzleri meni etmesine veya bu hususa dair kefalet göstermesine kadar semenin tediyesini geciktirebilir; art. 1653. B. K. nunda böyle bir hüküm yoktur. Yalnız mebiin zabtı halinde müşterinin akdi fesih ve semeni istirdat edebileceğini görmüş-tük. Zabıt tehdidinde maruz kalan bir müşteriye, sonradan istirdat edebileceği bir semenin tesviyesine mecbur tutmak her halde mantikî bir hareket olmaz. Vakaa ilk hakışta B. K. nun 82 inci maddesine istinad edilebileceği fikre gelebilir. Ancak 82 inci maddede ihmal edemeyeceğimiz bir hususiyet var ki o da şudur. Maddedeki «taraflardan birinin hakkı tehlikeye düşerse» kaydı tehlike sebebinin mukaveleden evvel mevcut olması değil; sonradan hadis olması ihtimaline binaen konulmuştur. Şayet bunun hilafını kabul edecek olursak meselâ aciz halinde bulunan kimselerle yapılan bütün hukukî muamelelerin fesih edilebilmesi imkânına yol açmış oluruz. Halbuki bayiin mesuliyetini kanunumuz akıt zamanında mevcut bir hak sebebine istinaden vaki olan zabıtta kabul eder (B. K. 189). Demekki 82 inci maddede nazara alınacak ihtimal ile zabta karşı bayiin teminatı aynı hadisede birleşmez. Şu halde 82 inci maddeden faydalanamayız. Ancak bayiin teslim borcu üzerinde durmak belki mümkün olur. Mebiin üçüncü şahıs tarafından zaptedil-

(27) Ali Haydar Mecelle şerhi C. 1 S. 301, 10 numaralı şart.

mesi tehlikesi mevcut buldukça milkiyet hakkının devrini intac eden teslim yapılmamış demektir. Bu takdirde zabıt tehlikesi ortadan kalkıncaya kadar müşterinin semeni tesviyeden imtinaya hakkı kabul edilebilir. Fikrimce bu gibi hallerde müşterini B. K. nun 24 üncü maddesinin 4 numaralı bendine dayanarak hata iddiasında bulunması da mümkündür.

3; Müşterinin temerrüdü (B. K. 211, 212; T. K. 712, 713, 715) - Mademki kanun müşteriye bir takım borçlar tahmil ediyor; o halde borçlarını ifa etmiyen müşteriye karşı bayiin nasıl ve ne şekilde himaye olunacağı meselesiyle karşılaşmamız tabiidir. Müşterinin temerrüdü ya mebiin tesellümünden, ya masrafları tesviyeden ve yahutta semeni edadan imtina suretiyle olabilir. Tesellümden imtina, bu husustaki masrafları edaden imtina demek olacağına göre masraflar üzerinde ayrıca durmağa ihtiyacımız yoktur. Esasen müşterinin mebi tesellüm etmemesi, B. K. bakımından satıcıya ne gibi haklar temin ettiğini, müşterinin borçları bahsindeki kabz ve tesellüm dolayısıyla izah edilmişti (28). Ticaret hukukuna geince, bu husustaki esasları 712 inci maddede bulabiliriz. Şu halde müşteri tarafından semenin tesviye edilme-mesi ihtimalini tetkik etmeliğimiz lâzımgelir.

Fransız hukuku, semeni istifa edemiyen bayi lehine yerine göre kullanılmak üzere dört hak tanıır: a) mebi üzerinde hapis hakkı; b) Mebi üzerinden mümtazen semeni istifa etmek hakkı; c) makable şamil surette akdi fesh hakkı; d) menkul malları istirdat hakkı. Şimdi kanunumuzun hükümlerine göre bu hakların bizde kullanılmasına imkân olup olmadığını araştıralım.

a) Hapis hakkı, droit de retention. Bilindiği üzere bu kanunî bir rehin hakkıdır. Bu hakkın doğumu için lâzım gelen şartlar M. K. nun 864 üncü maddesinde zikredilmiştir. Fakat kanunumuz bazı mallar üzerinde borçlunun rizasına hacet olmaksızın hapis hakkının bulunduğunu da kabul eder: B. K. 57, 267 ve devamı, 283, 393 f: 3, 476 f: 3 482 f:2. Fakat bütün bu misallerde hapis hakkının taalluk ettiği mal bir başkasına aittir. Vakaa Fransız hukukuna göre satımda mebiin milkiyeti akitle müşteriye intikal eder. Bu itibarla satıcının mebi üzerinde hapis hakkını kullanması, kanunî rehin hakkının istinat ettiği prensiplere uygundur. Fakat bizde milkiyetin intikali için teslim şarttır. Esasen hilafına bir mukavele olmadıkça bayiin semene istihkakı, mebiin müşteriye teslim edilmiş olmasına bağlıdır (B. K. 210 f: 1). Şuhalde hapis hakkı olsa olsa semenin tediyesinden sonra teslim edilmesi kararlaştırılan mal satışlarında olabilir. Böyle bir ihtimali karşılayan hüküm kanunumuzda vardır (B. K. 81, 182 f: 2). Fakat hapis hakkı ancak üçüncü şahsa iadesi ic-

(28) IV. bölümde sayıfa 132 ve müteakipe bakınız.

beden bir mal üzerinde kullanılabilir. Demekki burada bayiin henüz milkiyeti kendisine ait olan bir malı elinde tutabilmesini, hapis hakkının evleviyetle tarihiyle a fortiori hadiseye tatbik edilmesinden çıkarabiliriz. Madem ki bir kimse hakkını alabilmek için başkasına ait bir mal üzerinde hapis hakkını kullanabiliyor; o halde semeni istifa edebilmek için bayiin mebi teslim etmemesi evleviyetle kabul olunabilir.

b) Mebi üzerinden mümtazen semeni istifa etmek hakkı. Bu imtiyaz ilk kaynağını roma hukukundan alır. Çünkü bu hukuka göre satılan ve müşterisine teslim olunan malların milkiyeti semen tesviye edilmedikçe müşteriye intikal edemez. Bu kaide romada bayi lehine bir imtiyaz tanımak lüzumunu his ettirmeyecek kadar açık ve sarîh idi. Şuhalde semeni eda etmiyen müşteriden bayi, mebi istirdat edebilirdi. Ancak müşteri bayi kefil gösterdiği veya semenin ilerde verilmesi kararlaştırıldığı takdirde müşteri semenin tesviyesinden önce mebi malik olabilirdi. Ve o zaman bayi, adî bir alacaklı durumuna düşerdi. İşte bayiin semeni tediye etmiyen müşterisinden mebi istirdat edebilmesi hakkındaki roma hukukunun esası, fransız hukukuna satıcı lehine tanınan bir imtiyaz şeklinde intikal ediyor. Ve çok dikkate şayandır ki Romanın «mülkiyet akıt ile değil teslim ile intikal eder» yolundaki kaidesine muhalif olarak milkiyet hakkının akitle intikal edeceğini kabul eden fransız hukuku, yine romanın «semen ödeninceye kadar milkiyet hakkı müşteriye geçemez» yolundaki kaidesine tatbikatta yer veriyor. Halbuki birinci kaidenin kabul edilmediği bir hukuk rejiminde ikinci kaidenin evleviyetle yer almaması lâzım gelirdi (29).

Satıcı lehine tanınan imtiyaz hakkına gelelim. Fransız M. K. nun «bazı menkul mallar üzerindeki mümtaz alacaklar şunlardır» cümlesiyle başlayan 2102 inci madesinin 4 numaralı bendinde şu hüküm vardır: «İster vadeli ister vadesiz satın alınmış olsun, borçlunun ziyetliği altında bulunup semeni tesviye edilmeyen menkul mallar». Kanunumuzda bu yolda bir imtiyaz yoktur (30). Yine fransız M. K. nun 2103 üncü maddesinde gayrimenkul bayiinin mebi üzerinde bir imtiyaz hakkı bulunduğu kabul edilir. Bu esas kanunumuza ipotek tescilini talep edebilme hakkı şeklinde geçmiştir (M. K. 807 No. 1.)

(29) Ne derece inkılapçı bir zihniyetle yapılırsa yapılsın, eski hukuk kaidelerinden uzaklaşmanın ne kadar güç olduğunu isbat etmesi bakımından bu noktaya işaret ettim.

(30) Acaba milkiyeti muhafaza şartıyla yapılan satışta bu mahiyette bir imtiyaz görülemez mi?

c) Makable şamil surette akdi fesih hakkı droit de résolution (31). Fransız M. K. nuna göre «müşteri semeni tesviye etmezse bayi satım aktinin feshini talep edebilir, art. 1654». Satıcı bu maddedeki fesih hakkını kendi lehine tanınan imtiyazın devamı müddetince kullanabilir (D. 1891 I 145). Bu hüküm Fransız M. K. nun 1184 üncü maddesinde tesbit edilen bir kaidenin tatbiki-dur. Filhakika bu madde mucibince karşılıklı taahhütleri ihtiva eden mukavelelerde taahhüdünü yerine getirmiyen taraf aleyhine diğer tarafın fesih davası açmağa hakkı vardır. Şuhalde 1654 üncü madde hükmünün tahakkuk edebilmesi için 1) müşterinin semenden olan borcunu velev kısmen olsun tesviye etmesi, 2) müşterinin bu yüzden temerrüt halinde bulunması, 3) mahkemece aktin feshine karar verilmiş olması lazımgelir. T. K. numuzun 713 üncü maddesinde aynı esasları ihtiva eder. Ancak feshin tevli ettiği netice her iki kanunda farklıdır. Fransız hukuku - bazı istisnalar dışında - fesihten sonra üçüncü şahıslar nazarında bile mebi hiç bir zaman bayiin milkiyetinden çıkmamış sayar. Halbuki T. K. feshe bu neticeleri izafe etmez. B. K. na gelince burada fesih bayiin tek taraflı iradesiyle meydana gelir. Esasen aslına sadık kalabilmek için 211 inci maddenin birinci fıkrasındaki «satımı feshedebilir» kelimelerini «satımdan vazgeçebilir» tarzında okumaklığımız icabeder. Yine bu fıkradaki akabinde kelimesi de yanlıştır. Akap arapca topuk manasına gelir. Akabinde, hemen ardında demektir. Babalarına halef oldukları için araplar erkek çocuklarına akab derler. Netekim müteakip tabirinde de bu mana vardır. Bu sebepten akabinde yerine «tediyesi mukabilinde» denilmek lâzımgelirdi. Çünkü maddenin bizdeki yazılış şekli «veya» edatiyle ayrılmasına rağmen iki ihtimal arasında bir farkın bulunduğu hiç delalet etmez. Bayiin satımdan vazgeçebilmesi için evvelâ müşterinin mütemerrit olması, saniyen satımdan vazgeçileceğinin müşteriye hemen ihbar edilmesi lazımdır. Demekki müşteri semeni tediyede temerrüt ederse bayi 211 inci maddenin ilk fıkrası mucibince satımdan vazgeçebileceği gibi 106 ve müteakip maddelere istinaden de talepte bulunabilir. Bu yolda talepte bulunması kendisinin müşteriden 212 inci madde hükmü dairesinde zarar ve ziyan istemesine mani değildir (J. d. T. 1923, I, 370).

Bayiin satımdan vazgeçmesi, aradaki vecibe alâkasının ortadan kalkmasını intac eder. Artık satım akti hiç bir hüküm meydana getirmez ve evvelce tevli ettiği hükümler de sakit olur. Demek ki akit B. K. na göre de makable şamil bir surette feshedilmiştir. Fesihten sonra acaba B. K. nun 108 inci maddesinin birinci fıkrasında yazıldığı üzere yalnız akdi fesheden taraf lehine mi istirdat hakkı tanıyacağız? Ben şahsan buna ihtimal veremiyorum.

(31) Yukardaki 17 numaralı nota bakınız

Maddenin sarahatine rağmen karşı tarafında taahhüdünü ifadan imtinaca ve evvelce verdiği istirdada salahiyeti kabul edilmelidir.

Fesih vecibe alâkasını makable şamil surette ortadan kaldırmakla beraber fesihten evvel tarafların karşılıklı olarak yaptıkları temlikî muameleler muteberdirler. Görülüyorki istirdat davası aynı değil şahsîdir. Meselâ fesihten sonra müşteri, mebi bir başkasına temlik ederse bayiin takip hakkı yoktur. Ancak kendi kusuriyle iadeyi imkânsız kılmasından dolayı müşteriden zarar ve ziyan isteyebilir. B. K' nun 211 inci maddesinin son fıkrası kredi ile yapılan satımlarda sarahaten muhafaza edilmiş olmadıkça fesih hakkının kullanılacağına tesbit eder. Şu halde peşin para ile satılan mal müşteriye semenin ödenmesinden evvel teslim edilmiş olursa bayiin fesih hakkına hâlel gelmez. Ve böyle bir durum karşısında .bu fıkranın tatbikine gidilemez. Mebiin, semen eda edilinceye kadar bayiin milkiyetinden çıkmayacağına dair satım aktinde dermeyan olunan bir şart ya milkiyeti muhafaza kaydıyle yapılan bir satımı (M. K. 688, 689) veya B. K. nun 211 inci maddesinin son fıkrası mucibince fesih hakkının kullanılacağına ve yahut her iki hakkın da aynı zamanda muhafaza edilmekte olduğunu tazammun edebilir (32).

B. K. na göre bayi, mütemerrit olan müşteriden zarar ve ziyan talep edebilir (B. K. 212). Hattâ 211 inci maddedeki kanunî şartların bulunmaması yüzünden 106 ıncı maddeye istinaden fesih talebinde bulunmak mecburiyetinde kalan bayiin bile 212 inci madde hükümleri dairesinde tazminat talebine salâhiyeti olduğuna Federal mahkeme karar vermiştir (J. d. T. 1923, I, 370).

B. K. nun 106 ve müteakip maddeleri, alacaklının mütemerrit borçluya karşı olan haklarını gösteren kaideleri ihtiva eder. Bu kaideler umumiyetle iki taraflı akitle haklarında tatbik olunur. Bilindiği üzere 106 ıncı madde alacaklıya üç haktan birini seçmek salâhiyetini verir. Bu umumî kaideler muhtelif hususî akitlerde ve bilhasa satımda bazı değişikliklere maruzdur: a) B. K. nun 187 inci maddesine göre ticarî muamelelerde teslim için bir zaman tayin edilmiş olupta bayi temerrüt ederse müşterinin teslim talebinden vazgeçerek ifa edilmemekten dolayı zarar, ziyan isteyeceğini kabule cevaz vardır. Halbuki bu esas günle bağlı olmıyan karşılıklı taahhütlerde tatbik olunmaz (B.K. 101) b) Yine B.K. nun 211 nci maddesi mucibince mebi semenin tedi-

(32) Mülkiyeti muhafaza kaydıyle fesih hakkının muhafazası şartı arasında şu farklar vardır: Evvelkisi aynı bir hakka vücut verir; demekki mutlakdır. Bundan başka Mülkiyeti muhafaza kaydı talikî bir şarttır, semen ödenirse milkiyet müşteriye intikal edecektir. Halbuki 211 inci maddenin 3. fıkrasındaki fesih hakkını muhafaza şahsî bir hakdır. ve infisahî bir şart mahiyetini haizdir. Semen ödenmemesi satımın infisahını icap ettirir (J. d. T. 1933, I, 402).

yesinden sonra veya semenin tediyesi mukabilinde verileceği kararlaştırılmış olur ve müşteri tediyeden temerrüt ederse bayi hiç bir merasime muhtaç olmaksızın akitten vaz geçebilir. Nasilki ticarî muamelelerde mebiî teslimden temerrüt eden bayiden müşahhas veya mücerret hesaba istinaden müşteri tazminat isteyebilecektir (B. K. 188 f: 2 ve 3); bayi de mütemerrit olan borçludan - ki müşteridir - aynı şekilde tazminat talebine hakkı vardır (B. K. 212). Kanunumuzun kabul ettiği bu sistemde 187 ve 188 inci maddeler ile 211 ve 212 inci maddeler arasında görülen sıkı irtibat inkâr edilemez. Şu cihetide ilâve edeyimki bu muhakemeden 188 ve 212 inci maddelerin tatbiki için 187 ve 211 inci maddelerde yazılı ihtimallerin tahakkuku icabeder neticesi çıkarılamaz. Satım akdinde husule gelen temerrüde dair olarak kanunun sevkettiği hükümler, umumî kaidelerin tatbikına mani değildir. Çünkü bu hükümler bayi ve müşteri lehine aynı derecede sarî durumları nazara almış ve bu hallerde zarar ve ziyanın ne suretle hesaplanacağına dair her iki tarafada aynı kolaylıklar gösterilmek için konulmuştur. Demekki 106 ve müteakip maddeler hükmünden faydalanmak isteyen bayi veya müşteri fesihle beraber zarar ve ziyan talebinde bulunabilir.

Bayiin temerrüdü bahsinde gördükki (No: 59 ve müteakip) borcunu ifa etmiyen bayiden müşterinin isteyebileceği tazminat iki suretle hesap olunabilirdi (B. K. 188). B. K. nun 212 inci maddesi de mütemerrit olan müşteriden bayiin aynı suretle tazminat isteyebileceğini tasrih eder. Bu maddenin ilk fıkrasındaki «ticarî muamelâtta» kaydının evvelce izah ettiğim sebeplere binaen lüzumsuz olduğu kanatindeyim. Maddenin ikinci fıkrası mücerret hesapta göz önünde bulundurulması icabeden noktaları gösterir. Şuñuda ilâve edeyimki bayi zararının daha fazla olduğunu iddia ve isbat edebilir. Zira 188 inci maddenin hadisede kıyas yolu ile tatbikına imkân vardır. Buna mukabil zararın daha az olduğunu ve böylece 212 inci madde ile tesbit olunan zarar miktarının indirimesi icabedeceğini müşterinin iddia etmesine bir mani yoktur. Federal mahkemenin içtihadına göre ikinci fıkra mucibince hesap edilecek fiat farkı borcun yerine getirilmesi için tayin olunan vadenin hitamına göre hesaplanmak lâzımgelir (J. d. T. 1922, I, 468). Binaenaleyh meselâ satın aldığı eshamı kabul etmiyen bir müşteriden alınacak zarar ve ziyan akitte kararlaştırılan semenle eshamın son teslim günündeki- üç gün içinde teslim şartı gibi - kıymet arasındaki farktan ibarettir.

d) Satılan menkul malları iştirdat hakkı droit de revendication. Bu hak evvelce temas ettiğimiz Fransız M. K. nun 2102 inci maddesinin 4 numaralı bendinden çıkar : «ister vadeli ister vadesiz satın alınmış olsun, borçlunun zilyetliği altında bulunup semeni tesviye edilmiyen menkul mallar». Ancak

maddenin ilk cümlesine nazaran bu bent bayi lehine bir imtiyaz olduğu halde bendi takip eden fıkraya nazaran bir istihkak davasıdır. Fıkra şudur: «eğer satım vadesiz yapılmış ise müşterinin elinde buldukça bayi malların istirdadını talep ve onların bir başkasına satılmasına mani olabilir; şukadarki istirdadın sekiz gün içinde yapılması ve mebiin teslim zamanındaki durumunu muhafaza etmekte olması şarttır». Bu fıkroda istihkak mefhumunu anlatan revendication ve revendiquer terimlerini istirdat tabiriyle ifade ettim. Halbuki istirdatın fransızcası restitution dur. Tercemede yaptığım bu değişiklik şu sebepten ileri gelir. Fransız hukukcuları bu fıkradaki revendication tabirine istihkak manasını veremiyorlar. Çünkü istihkak milkiyeti hakkının bir müeyyidesidir. Mebiin milkiyeti fransız hukukunda müşteriye akitle intikal ettiğine göre bayiin mebni üzerinde milkiyet hakkı kalmaz; demekki istihkak bahis konusu olamaz. Şu halde fıkra şöyle izah edilebilir: Menkul bir malın bayi sattığı mal üzerinde hapis hakkına maliktir. Satım vadesiz yapıldığına göre malı müşteriye teslim etmekle bayi bu hakkını kullanmamış demektir. O halde hapis hakkının temini için mebi istirdat edebilir. İşte kanun bayia, hapis hakkına istihkakı olduğunu tanıyor. Böylece taraflar akit yapıldığı zamandaki durumlarına avdet etmiş oluyorlar. Görülüyorki İslâm hukukunda caiz olmıyan ve hiç bir hukuk sisteminde de kendisine kolayca yer veremiyen ta'lil badelvuku'un tam ve kâmil bir misali karşısındayız. M. K. numuzun 247 inci maddesinde de aynı mahiyetteki bir misale tesadüf edebilirsiniz.

Mahiyeti ister istihkak siter istirdat olsun, fransız hukukuna göre bu hakkın kullanılması dört şartın vücuduna bağlıdır:

1) Satışın peşin para ile yapılması; çünkü ancak bu takdirde bayiin mebi üzerinde hapis hakkı vardır.

2) Talebin sekiz gün gibi kısa bir müddet içinde yapılması.

3) Müşterinin mebia zilyet olması. Çünkü istirdattan maksat satıma mani olmaktır. Eger müşteri malı bir başkasına satmışsa bayiin istirdat hakkı olamaz.

4) Mebiin değişmemiş olması. Buğdaydan un, keresteden kapı yapılmış olursa mebi ayniyetini kaybeder.

B. K. nu semenin peşin olarak verilmesi şartıyla yapılan satımlarda bayi a fesih hakkını tanır. Bu konuya 211 inci maddenin tetkiki sırasında temas etmiş idik.

BAĞIŞLAMA

Mevzuumuzu sistemli bir şekilde ele almak istersek bağışlama ile ölümüne bağlı tasarrufları bir arada tetkik etmeliğimiz lâzım gelir. Çünkü teberru kasdının hakim olduğu muamele yalnız bağışlama değildir. Nitekim B.K.nun 240 ıncı maddesinin 2. fıkrasında bağışlama ile vasiyet arasında bir fark olmadığını ve aynı kaidelerin her iki muamelede de carî olacağını tasarih eder. Ancak bu yoldaki bir teşrih hususî hükümlere dair neşredilecek geniş bir eserde yer alabilir. Halbuki bugün için üzerime aldığım vazife hususî akitler etrafında sadece mukayeseli bir inceeme yapmaktan ibarettir.

Tarifi — Bağışlama teberrü kasdiyle bir diğerine karşı yapılan temlikî bir tasarruf muamelesidir. Eğer bu muamelede bağışlayanın ölümünden sonra hükümlerini meydana getirecekse ona ölüme bağlı tasarruf derler. Görülüyor ki B.K.nun 234 üncü maddesinin ilk fıkrasındaki kanunî tariften tamamen ayrıldık. Çünkü tarif ilmî bir görüşün mahsulüdür. İlmî görüşlerin tesbiti kanun vazısına düşmez. O sadece cemiyetin hukukî nizamını ayarlar. Bu sebepten kanun vazısının yaptığı tarifler çok defa yanlış ve sakattır; ve böyle olması da tabiidir. Zira kanun sabit kalır, ilim ilerler. Her hangi bir hukukî kavramı kanunun değişmez cümleleri içine hapsetmek, ondaki inkışaf kabiliyetini kaldırmak gibi tehlikeli bir durum meydana getirir. Vakıa denilebilir ki bir hakikâtin kanun diliyle ifadesi neden tehlikeli olsun? Meselâ biraz evvel yapılan tarif kanunda yer almış olsaydı, tarifin mahza kanunda bulunmuş olması, onun hatalı sayılmasına bir sebep teşkil edebilirdi mi? Şüphesiz böyle bir tarife yanlış diyemeydik. Fakat Kanun bu yolda bir tarif koyamaz. Onun vazifesi ilim yapmak değil, hüküm koymaktır. Kaldığı hukukun vazifesi de hakikatî aramak değildir. Hakikat vérité hukuk mevzuunun tamamen dışında kalır. Zira hakikatin konusu bilgi hukukun konusu muamelâttir. Fen hakikatı keşfeder. Ve bu hiç bir zaman değişmez. Hukuk hakkı juste arar bu ise zaman ve mekâna göre değişir. Fennin keşfettiği bir hakikatı kabul etmek zorunda değilsiniz; bu hareketiniz sizin cezaya çarpılmanızı intaç etmez. Halbuki hukuk koyduğu kaideleri cebren kabul ettirir, hakkı inkâr cezayı müstelzimdir. Şu halde hak irade ile ulaşılmak istenilen hedef arasındaki uygunluğu, hakikat telâkki ile evvelce mevcut bir illet arasındaki nisbeti ifade eder. Birincisi amelî, ikincisi nazarîdir. Jhering diyor ki hukukun her yerde aynı olması lüzumunu iddia edenler, dış ağrısıyla mide genişlemesini aynı ilacla tedavi lüzumunu ileri sürenler kadar cahildirler. Çünkü bu teâkki şimdiye kadar bir türlü elde edilemeyen ve hurafeye nazaran bütün arzu ve emelleri tatmin kudretini ihtiva eden pierre des sages

ın vücuduna inanmaktır. Ancak taşın ismi hakimlere muzaf olduğu halde arayanların yalnız delillerden ibaret olduğunu görüyoruz.

Şimdi tarifimize geelim. B. K. nun 234 üncü maddesine göre ivaz taahhüdünün bulunmaması bağışlamanın bariz hususiyetini teşkil eder. Halbuki aynı maddenin son fıkrası ahlâki bir vazifenin ifasını hibe saymaz. Sadaka veya yapılan her hangi bir yardım ivazsız olduğu yani kanunun hibede gördüğü hususiyeti haiz bulunduğu halde bağışlama sayılmıyor. Diğer taraftan B. K. muz, hibenin bir mükellefiyetle, yani bir ivaz mukabilinde yapılabileceğini de kabul eder (B. K. 240 f: 1, 241). Ve nihayet biliyoruz ki hukukta temlikî muameleler, üç illetten birine dayanabilir: donandi, solvendi credendi. Şu halde bir taahhüdün ivazsız olması, o taahhüdün illetini teşkil edemez; eğer etseydi illetten mücerret borç tanıma keyfiyetini de bağışlama arasına sokmaklığımız lazım gelirdi. Halbuki kanunumuz böyle bir fikri kabul etmekten çok uzaktır.

Akdin mahiyeti - Hibe ister elden yapılmış (B. K. 237), ister vadedilmiş (B. K. 238) ister ölüme bağlı bir tasarrufa talik edilmiş (B. K. 240 f: 2) olsun yalnız bir tarafa borç tahmil eden bir akittir. Şu halde her akıt gibi buradada iki şahıs vardır: birine vahip bağışlayan donateur, diğerine mevhubünle bağışlanan donataire deriz. Akitten istihdaf olunan gaye bağışlananın mamelekinde bir çoğalmanın temini olduğuna göre bu ziyadeleşmeyi intac eden ve teberru kasdiyle yapılan her tasarruf (ibra, alacak senedinin ibtali ve saire) bağışlama akdi sayılır. Ancak bütün akıtlar gibi hibedede tarafların karşılıklı ve birbirine uygun surette iradelerinin açıklanması lâzım gelir (B. K. 1). Ancak diğer akıtlardan iki bakımdan farklıdır:

Birincisi - Hibe sarih bir iradenin vücuduna lüzum gösterir. Netekim borcun sükut sebeplerinden biri olan tecdit (B. K. 114 f: 1) de dahi böyledir. Şuhalde hiç bir zaman bağışlama, aktin mahiyetinden istidlal olunamaz. Zira aktin hususiyeti bunu icabettirmektedir. Demekki hibeyi tazammun eden her hangi bir mukavelenin bağışlayan kimse lehinde tefsir edilmesi lâzımgelir. Bu düşünceyi teyit eden bir hükme M. K. nun 451 inci maddesinin son fıkrasında tesadüf ederiz. Filhakika bu fıkraya göre lehine vasiyet olunan kimse, ölüme bağlı tasarrufta kullanılan tabirlerin kendisine temin eder gibi görünen menfaatlerden lüzumunda vazgeçmek zaruretinde kalıyor. Netekim federal mahkeme dahi bu husustaki tefsirin nasafet kaidelerine aykırı olmaması ve bağışlayan aleyhinde yapılmaması icabedeceğine ve tereddüt halinde ise hibe şümulünün genişletilmesine cevaz bulunmadığına karar vermiştir (J. d. T. 1918, I, 554).

İkincisi - Bağışlıyan tarafından yapılan icap, diğer akitlelerdeki hukuki neticeleri meydana getirmez. Filhakika B. K. nun 239 uncu maddesi mu'ibince «bir kimse hibe kasdiyle bir mal üzerinde tasarrufta bulunursa, bu malı kendi malları arasından filen ayırt etmiş olsa bile yaptığı icap, bağışlanan tarafından kabul edilmediği müddetçe bu husustaki kararından cayabilir.» Görülüyor ki bağışlıyan, yalnız B. K. nun 9 uncu maddesindeki hallerde değil belki hibe akdinin tekemmülüne yani kabul haberinin kendisine vusulüne kadar hibeden rücu edebilecektir. Şu halde yaptığı icap kendisini bağlamaz. Ve bu bakımdan B. K. nun 3,5,6 ıncı maddelerindeki kaideler, bağışlıyanın icabında tatbik edilemez. Ancak mal evvelce teslim edilmiş olur ve hibeye dair icap sonradan gönderilirse bu icaptan rücu için 9 uncu maddedeki şartların tahakkuk etmesi lâzımgelir.

B. K. nun 234 üncü maddesi (f: 2 ve 3) zahiren hibe mahiyetinde görüldüğü haldе hibe sayılamayan muameleleri tesbit eder. Bunlara nazaran aşağıdaki muameleler hibe değildir:

a) Henüz iktisap edilmemiş olan bir haktan feragat - Yapılan bir icabı kabulden veya bir şufa yahut iştirak hakkını istimalden vazgeçmekte olduğu gibi. Bu kabil muameleler bir akit zımında yapılmış olsalar bile hibe mahiyetini alamazlar. Kanunda «henüz iktisap edilmemiş» kaydı bulunmasına göre iktisap edilmiş bir haktan (alacak gibi) feragatin hibe sayılması lâzımgelir. Fakat alacaklının uzun müddet hakkını talep etmemesinden ibra kasdının bulunduğu istidlal edilebilir mi? Yukarda verilen izahata göre buna imkân yoktur. Çünkü istidlal yoluyla hibe meydana gelemez. Şuhalde alacağını uzun zaman takip etmeyen bir alacaklıya karşı haktan feragat definde bulunan borçlu ibranın vukuunu isbat etmesi lazımgelir. Çünkü kanun hakkını istifa etmeyen bir alacaklıya karşı borçlu lehine tek bir müeyyide tanır ki o da zamanaşımıdır. Sukutu hak müddetinin geçirilmesi suretiyle karşı tarafa temin edilen bir menfaatin de fikrimce hibe addine imkân yoktur.

b) Ahlâkî bir vazifenin ifası - Buradaki ahlakî vazife devoir moral teriminden maksat nedir? Acaba her hangi bir yardım edasının ahlakî vazife sayılması onun ahlak kaidelerine uygun olarak yapılmasından mı yoksa aynı zamanda sosyal telâkkilere de uygun bulunmasından mı ileri gelir? Bu sorunun halli hiçte kolay değildir. Federal mahkeme bile bir kararında (J. d. T. 1919, I, 423) bu konuya temas ettiği halde davanın halli bu sorunun hallini icap ettirmediği bahanesiyle meseleyi açıkta bırakmıştır. Meseledeki güçlük şu sebepten ileri gelir. Hukuk içtimai bir kıymet etrafında dolaşır, Halbuki ahlak sadece insanî bir kıymeti nazara alır. Bu görüş farkının neticesi olarak her iki alandaki durum aynı değildir. Hukuk ferde haricî bir kuvvetle tahak-

küm eder; ahlâkın müeyyidesi ise ferdin kendi vicdanındadır. Fakat unutmamalığı gerek hukuk gerek ahlak fertle cemiyetin beraberce vücuda getirdikleri birer varlıktır. Bu itibarla bu iki müessese arasında devamlı bir mübadeleye şahit oluruz. Nasafet, hüsnü niyet, zayıfların himayesi, gabin vesaire gibi hukuka hakim olan esasların hepsi ahlak telakkilerinden iktibas edilen kaidelerdir. Ancak yine unutmamalığı bir milletin hayatında zamanla yerleşen ve cemiyet hayatının tekâmülü bakımından millî şuurun seviye derecesi olarak kabul edilebilen ve hattâ din, taamül, muâşeret, terbiye gibi bir çok kaynaklardan gelen ahlâk kaidelerinin ne gibi bir mana ifade ettiklerin bize gösterecek bir kıstasımız da yoktur. İnekte bir üluhiyet tasavvur ettiğinden dolayı onu ahırda habsetmeyi günah sayan ve bu itibarla hayvanın tarruzundan korumak için ağaçlarının etrafına manialar kuran bir Hintlinin bu hareketini ahlâka aykırı telâkki edemeyeceğimiz gibi hayvanını ahırda bulundurarak bahçesini tahrip ettirmeyen bir Türk köylüsünün hareketini de ahlâka muhalif addededemezsiniz. Görülüyorki ahlâki vazife tabirinin şumulünü tayin aşağı yukarı imkânsız bir şeydir. Buna rağmen kanunumuz ahlâki vazifenin ifası için verilen şeyin geri alınamayacağını (B. K. 62 f: 2), ahlâki bir vazifenin ifası hibe sayılamayacağını (B. K. 234,) tasrih ediyor.

Kanunda ahlâki vazife tabiri kullanılmış olmasına ve bu tabirin ifade ettiği manayı tabirdeki «ahlâki» kelimesinden çıkarmak imkânsız bulunmasına göre bir hukukçu için yapılacak tek şey, muhakeme tarzını değiştirmek yani şumulünü tayin edemediğimiz ahlâki vazife tabiri yerine muhtevasını sınırlandırabildiğimiz hukukî vazife *devoir juridique* terimini ikame etmek ve bu son tabir dışında kalanları ahlâki vazife saymaktır. Çünkü vecibenin taraflarından her biri diğer tarafa nazaran borçlu olduğuna göre bir şey yapmak, vermek veya yapmamak, daha umumî bir tabirle hukukî vazife vecibenin esas karakteri olur. Vakaa eda ile mükellef bir borçlu olmaksızın bir alacağın bulunmasına imkân vardır (M. K. 572 son fıkra). Fakat bu istisnaîdir. Yine vakaa bazan kanun bir hakkın iktisap veya ziyasını bir muamelenin yapılıp yapılmamasına bağlı tutar, ve maksadını ferde tahmil edilen bir mecburiyet şeklinde ifade eder (B. K. 198, 502 f: 1). Bu gibi hallerde dahi hukukî vazifeden bahis olunur. Ancak bu terim, mükellef tutulan kimse'nin vazifesini yerine getirmediği takdirde mesul tutulacağını anlatan bir tabirdir (B. K. 256, f: 3, 357, f: 2). Şu halde yapılmadıkları takdirde mesuliyet teveccüh etmiyen mecburiyetleri hukukî vazife tabiri içine sokmak yanlış bir fikirdir. Demekki hukukî vazifeye kanun vazınının gayesi bakımından bir mana vermeğe mecburuz. Kanun, ferde ancak topluluk hayatının istilzam ettiği vazifeleri tahmil eder. Bunun dışında kalanlar yani Devletin elindeki kuvvetlerle teyit edilmeyen haklar ahlâki vazife mefhumu içine girerler.

B. K. nun 234 üncü madesinin üçüncü fıkrasına bir çok ihtimaller girebilir. Meselâ zaman aşımı definde bulunmamak suretiyle borcu eda hibe değildir. Çünkü bağışlananın mamelekinde bir fazlalık husule gelmemiştir. Muşeret adabının iktiza ettirdiği hediyeler, zamanımızın taamülleri arasında yer alan yardımlar karşı tarafın mamelekinde bir fazlalık meydana getirmelerine rağmen hep ahlakî vazife mefhumuna girerler. Zira harekete hakim olan sâik teberru kasdı değil, belki ahlâkî bir borcun ifasıdır. Hattâ daha ileri gidilerek denilebilirki umumiyetle kabul edilmekte olmasına rağmen bir kimsenin ahlâkî vazife telâkki ederek yaptığı teberrular dahi hibe mefhumunun dışında kalır (J. d. T. 1928, I, 12). Bir kimse, infak vecibesi kendisine düşmeyen bir akrabasını meselâ halasının kızını bir akitle meccanen infak ve iâşe edeceğini ve onu tahsil ettireceğini taahhüt ederse bu mukavelede bir hibe vadi değil ahlâkî bir borcun ifası mahiyeti görülmelidir. Böyle bir taahhüdün şumulü, taahhüt altına giren kimsenin iradiyle mütenasip olarak içtimaî durumun icabettirdiği alâlede masraflardan ibaret kalır. Ahlâkî bir vazifenin ifası hibe sayılmayınca bu yoldaki bir ifa taahhüdünün de yazılı olması icabetmez. Ve yine bu sebepten dolayı B. K. nun 244 ve 245 inci maddelerin hükümleri ahlâkî mahiyeti haiz bir taahhütte tatbik edilemez.

Yukardanberi verilen izahattan anlaşılıyor ki bir başkasının mamelekinde teberru kasdiyle ziyadelik husule getirmek hibedir. Kaideten bu fazlalık bağışlıyanın mamelekinde aynı miktarda bir eksilmeyi intac eder. Demekki şartla veya mükellefiyetle takyit olunan bir hibede (B. K. 240, f: 1) karşan akıt *contrat mixte* mahiyeti vardır. Çünkü ne de olsa mukabil bir ivaz alınıyor demektir. Vakaa bu ivaz çok defa vahibin mamelekine girmez. Fakat buna rağmen bağışlıyan kimsenin mamelekinde husule gelen azalma ile bağışlanan tarafından mamelekindeki çoğalma arasında bir denklik te yoktur. İşte bu sebepten doayı mükellefiyetle veya şartla takyit edilen bir hibede tahmil edilen mükellefiyetin yüksekliğine göre hibeden trampa veya satışa kadar gidebilen bir mahiyet görmek kabildir. Şayet konulan mükellefiyet akitten hibe vasfını kaldıracak derecede yüksek ise mukaveleye yerine göre trampa veya satış hükümleri tatbik edilir (B. K. 18, f: 1); fakat gabin iddiası dinlenemez. Aksi takdirde akıt hibedir.

Hibede ehliyet - Hibe yalnız bir tarafa mükellefiyet tahmil eden bir akıt olduğuna göre diğer akitlerden farklı tutulması pek tabiidir. Biz bu farkları iki bakımdan tetkik edebiliriz:

1) Bağışlıyan bakımından (B. K. 235, f: 1) — Medenî haklarını istimalde salâhiyetli olan kimse eğer tam ehliyeti haiz ise malları üzerinde hibe yoluyla tasarruf edebilir. Mahdud ehliyeti haiz olan kimsenin hibede bulun-

ması müşavirinin iznine bağlıdır (M. K. 379 No 3). Esas kaide bu olmakla beraber hibe suretiyle tasarrufu kanunumuz üç bakımdan tahdit etmektedir: a) M. K. 169, f: 1; b) M. K. 198, 213; c) M. K. 455, 476, f: 2, 507 No 3. Vakaa: B. K. nun 235 inci maddesinin ikinci fıkrasında «tasarrufa ehil olmıyanın malı, ancak kanunî mümessillerinin mesuliyetleri kaydile ve vesayet hakkındaki hükümlere riayetle bağışlanabilir» denilmekte isede bu hüküm M. K. nun 392 inci maddesine muhalif bulunduğu cihetle fıkranın tatbik kabiliyeti yoktur.

Tetkik etmekte olduğumuz maddenin üçüncü fıkrasına gelince burada hibeye münhasır olmak üzere bir istisna kabul edilmektedir. Bilindiği vech ile hacirin hükümleri hüsnü niyet sahibi olan üçüncü şahıslara karşı ilan tarihinden itibaren tesirini gösterir (M. K. 360 f: 3). Fakat israfından dolayı hacir altına alınmasına tevessül olunan kimse hakkında, eğer mahkemece hibeyi takip eden sene içinde hacir kararı verilirse sulh mahkemesinin vesayet makamı sıfatiyle hibeyi iptale salâhiyeti vardır. Burada ibtal makable şamîl bir hüküm tevhit eder. Yapılan hibenin bir israf telâkki olunamaması onun iptaline mani değildir.

2) Bağışlanan bakımından (B. K. 236) — Hibeyi kabul edebilmek için mümeyyiz olmak kâfidir (M. K. 14, 16 f: 2). Şu halde bir mükellefiyetle takyit edilmiş olsa bile mümeyyiz küçüğün kabulü akdin bütün hükümlerini meydana getirir. Ancak maddenin ikinci fıkrası mucibince kanunî mümessil küçüğü hibeyi kabulden meni veya bağışlanan şeyin geri verilmesini emredebilir. Bu takdirde yahibin itilal tarihinden itibaren hibe hükümsüz olur ve şayet mal teslim edilmişse sebepsiz iktisap esaslarına göre iade edilmek lâzımgelir. Demekki küçük olan mümeyyizin kabul ettiği bir hibe, mükellefiyetle takyit edilmiş olur ve küçük kanunî mümessilinin sarîh veya zımnî muvafakati olmaksızın bu mükellefiyeti yerine getirmiş bulunursa iade edilecek kıymetten buna tekabül eden masraflar indirilir.

Hibenin şekli — B. K. nuna göre hibe iki tarzda yapılır: elden hibe ve hibe vadi. Evvelkisi hiç bir şekle tabi tutulmadığı halde ikincisinin yazılı olması lazımgelir.

a) Elden hibe donation manuelle. Bu aynî mahiyeti haiz olan bir akittir. Eğer bağışlanan şeyin mevhubünlehe intikali için milkiyet hakkının devri iktiza ediyorsa hibe teslim ile tekemmül eder. Bu itibarla bir başkasına temlik kabiliyetini haiz olan her şey hibe mevzuu olabilir. Tabiidirki tarafların veya vekillerinin hazır olması ve bir tarafın teberru kasdiyle hibede bulunduğu, diğer tarafın da hibeyi kabul ettiğini beyan eylemesi lâzımdır. Şu halde tarafların rizalarıyla yapılan her hangi bir hibe rizaların birleşmesiyle

le tekemmül etmemiş ise elden hibe bahis mevzuu olamaz; yapılan akit, hibe vadidir. Demekki teslim, vadin bulunmadığı yerde hibeyi tekemmül ettiren bir unsurdur. Başka bir ifade ile kanun, hibe vadini daha ziyade teslim yerine tutan bir tasarruf olarak kabul eder; vait bulunmayan yerde teslim lüzum vardır. Esasen aynı akitlerin kâffesi bu hususiyeti arzeder (J. T. 1932, I, 489). Nitekim iade borçlarının da teslim vakiasından doğduğunu görmekteyiz (B. K. 266, f: I, 292, 466 f: I, 477, f: I). Verilen izahat bizi şu neticeye götürür: Elden hibe şeklinde kararlaştırılan bir akit icra edilmemiş olursa hibe vadi telâkki olunamaz. Çünkü aktin filen yerine getirilmiş olması vakiası elden hibenin esas unsurunu teşkil eder. Şu halde böyle bir anlaşma, karşılıklı rizaların bulunmasına rağmen varlığı olmiyan bir akitten acte inexistant başka bir şey değildir (J. d. T. 1922, I, 172). Demekki mevhubünleh bağışlanan şeye M. K. nun 887 inci maddesinin anladığı manada filen tasarruf etmesi lâzımgelir. Hükmen teslim yoluyla (M. K. 960) hibe yapılmazsada bağışlanan kimse namına, onun muvaffakiyetiyle esham ve tahvilatın bir bankaya tevdi halinde elden hibe tekemmül etmiş sayılır. Kezalik bankaya yatırılan bir para teberru kasdiyle bağışlanan namına tanzim ettirilen mevduat cüzdanına yazdırılır ve mevhubünleh dahi hak sahibi olmak sıfatıyla cüzdanı imzalamış bulunursa hukukî durum aynıdır. Cüzdanın vahibin elinde bulunması aktin sıhhatine halel getirmez (J. d. T. 1926, I, 585). B: K: 237 inci maddesinin 2: fıkrasına göre gayrimenkullerde tescil, menkullerdeki teslim yerine kaim olur. Fakat üçüncü fıkra tescilin muteber bir hibe taahhüdüne istinat etmesi lüzumunu tasrih etmektedir. Demekki tescile takaddüm eden hukukî muamelenin gerek şekil (lüzum ifade etmemek), gerek illet (haksız olmak) bakımından yolsuzluğu tescilin terkîn edilmesini (M. K. 933, f: 1) icab ettirecektir.

b) Hibe vadi promesse de donner Borç münasebetlerinden doğan bu aktin muteber olması yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (B. K. 238, f: 1). Şekle tabi tutulan bütün akitlerde olduğu gibi hibe vadinde de yalnız vadeden kimsenin imzası bulunmak icabeder (B. K. 13, f: 1). Kabulün yazılı olmasına lüzum yoktur. Ancak aynı hakların (M. K. 632) hibesinde yazılı şekil kâfi gelmez. Bu mahiyetli haiz hakların devrinde lüzum gösterilen resmî şekle (M. K. 633, 705, 765 ve müteakip) hibe yoluyla yapılan temliklerde dahi riayet olunması icabeder (B. K. 238, f: 2). Kanunumuz tenfiz edilen hibe taahhüdünü elden yapılmış hibe gibi saymaktadır (B. K. 238, f: 3). Federal mahkeme 29/X/1929 tarihli bir kararında eski içtihadını değiştirmiş ve şu mütalâada bulunmuştur: milkiyetin naklini tazammun eden hukukî muamele illetten mücerret değildir. Bu gayri menkullerde kanunun sarahatiyle teyit edilmiş (M. K. 923, f: 2), menkullerde ise bunun hilâfını teyit edecek hiç bir sarahate ka-

nunda tesadüf olunmamıştır. Demekki tasarruf muamelelerinin illetten mücerret olduğu yolundaki eski içtihat, alman hukukunun tesiri altında tezahür eden yanlış bir kanaatin mahsulüdür. Şu halde menkul milkiyetinde naklin muteber olması, teslimin illetini teşkil eden ve ona vücut veren hukukî muamelelerin muteber olmasına bağlıdır. Müellif Wieland'ında iştirâk ettiği bu mütalâa 237 inci maddenin sarahati karşısında kolaylıkla müdafaa edilemez. Çünkü hibe vadi causa donandi ye ve vadin infazı ise causa solvendi ye istinat eder. Şayet federal mahkemenin bu görüşünü kabul edersek eda illetinin sakat olduğunu ve hibe vadinin yazılı olarak yapılmamış olmasından dolayı lüzum ifade etmiyen bir hukukî muameleye istinaden infâz edilmiş bulunduğu neticesine varmağımız lâzımgelirdi. Bu surette ise B. K. nun 61 inci maddesi hükmünce muteber olmıyan bir eda karşısında kalırdık. Halbuki kanun bunun tam zıddını tasrih ediyor. Bu durum karşısında menkullerdeki tasarruf muamelelerini illetten mücerret olarak kabul etmek zorundayız. Aksi takdirde kanunun sarahati, bir içtihadada feda edilmiş olur ki bir hukukçu için bu mümkün değildir. Zira mevridi nasta içtihadada mesag yoktur (Mecelle: 14).

Bağışlıyanın mesuliyeti - gerek aktin mahiyeti, gerek carî teamül hibeye vahip için menfaat teminini istihdaf eden bir akıt nazariyle bakılmasına imkân vermez. Bu bakımdan bağışlıyan kimseye teveccüh eden mesuliyetin genişliği sair akıtlardaki kadar şümulü olamaz. Vakaa, kaidetten her hangi bir borcun yerine getirilmemesi halinde B. K. nun 96 ve müteakip maddeleri tatbik edilir. Ancak bir taraftan B. K. nun 98 inci madesinin ikinci fıkrasında bahis mevzuu edilen haller arasına hibenin de dahil olması münasebetiyle mesuliyetin daha az şiddetle takdiri lâzımgelir; çünkü borçlu için bir faydayı mucip değildir. Diğer taraftan bağışlanan paranan tediyesinden temerrüt eden borçlu, gecikmeden mütevellit faizleri ancak icraya veya mahkemeye müracaat gününden itibaren ödemeğe mecbur tutulur (B. K. 104, f: 1). Bununla beraber B. K: nun 243 üncü maddesinde bu mesuliyeti tahdit eden hususî bir hükme daha tesadüf ederiz. Filhakika hibeden mütevellit zarardan vahibin mesul tutulabilmesi için onun hile yapmış olması icabeder. Demekki ayıplı bir malın hibesi bağışlanan kimseye bir zarar iras ederse vahibin kast veya ağır dikkatsizliğinden dolayı mesul tutulması tabiidir. Meselâ işlerde mutat olan dikkat sarf olunduğu takdirde bir zararın meydana geleceğinin bilinmesi (geçici hastalığa tutulan bir çocuğun temizlenmemiş olan elbisesini bir diğerine vermek gibi) ağır dikkatsizliğin vücuduna; hibe edilen şeyin bağışlanan kimseye bir zarar getireceğinin bilinmesi kastın bulunduğu bir misal teşkil eder. Bir alacağın meccanen temlik halinde husule gelebilecek zararlar için B. K. nun 169 uncu maddesinin son fıkrasına bakınız.

Hibede butlan - Şimdiye kadar verilen izahat, başlamadaki butlan sebeplerini umumî hükümler arasında görülen butlan sebeplerine hasretmenin doğru olamayacağını bize isbat eder. Çünkü bu aktin hususiyetleri arasında yer alan iki esaslı nokta vardır: Biri aktin sırf teberru kastına dayanması; diğeri taraflardan yalnız birine mükellefiyet tahmil etmesidir. Kaldığı B. K. nun 20 inci maddesine göre bir aktin mevzuu haksız olursa o akit batıl olur. Fakat haksız veya adaba muhalif bir maksat istihsali için verilen şeyin de istirdadına mahal yoktur (B. K. 65). Hadiselerin arzedebilecekleri değişik hususiyetler dolayısıyla kanunda yer almış olan bu hükümler umumî butlan sebepleri dışında olarak hibeye münhasır diğer bir takım butlan sebeplerinin kabulüne lüzum göstermiş ve B. K. nun 244 ve müteakip maddeleri bu gayenin tatminine matuf hükümleri ihtiva etmekte bulunmuştur. Filhalka bu maddelerde gösterilen hususî butlan sebeplerinden birinin hudusu halinde vahib yalnız kendi iradesiyle karşı tarafında muvafakatini istihsale mecbur olmaksızın hibeden cayabilir. Cayma keyfiyeti hibenin tevliht ettiği maddî neticeleri ortadan kaldırır. Böylece hibe elden yapılmış veya hibe taahhüdü infaz edilmiş ise bağışlanan mal ondan istihsal olunan semereleriyle birlikte sebepsiz iktisap esasları dairesinde (B. K. 61 ve devamı) icade olunmak icabeder (B. K. 244). Kezalik hususî butlan sebeplerinin hadis olması hibe taahhüdünden rücuu da mümkün kılar (B. K. 245 No: 1). Nişanlılar arasındaki hediyeler hakkında M. K. nun 86 ıncı maddesi özel bir hükmü ihtiva etmektedir. İc ve İf K. nun ivazsız tasarrufların iptaline dair olan 278 inci maddesine bakınız.

B. K. nun 244 üncü maddesi mucibince cayma révocation suretiyle hibenin iptalini intaç eden sebeplerden :

Birincisi; bağışlanan kimse tarafından vahibe veya yakınlarına karşı ağır bir suç irtikâp olunmasıdır (33). Ağır bir suç tabirinden anlaşılacak lâzımgelen mana, miras hakkından ıskat sebepleri dolayısıyla izah edilir (M. K. 457). Diğer taraftan B. K. 30 uncu maddesindeki «yakın akrabasından» tabiri aslına nazaran yakınlarından şeklinde ifade olunmak lâzımgelirdi. Muhtelif vesilelerle üzerinde durduğumuz bu birinci sebep etrafında fazla izahata ihtiyac görmüyorum.

(33) Gerek bu maddedeki ağır suç ve gerek M. K. nun 894 üncü maddesinde kullanılan cürmü meshut tabirleri ceza hukuku bakımından tefsir edilemez. Yani ceza hukukunun file verdiği vasfı cürmî ile mukayyet değildir. Kocasının filî zilyetliği altında bulunan mallarını satan karı (M. K. 158, 199, 213 f: 1), karısının mahfuz mallarını satan koca (M. K. 182 ve devamı) medenî kanun bakımından bir suç işlemiştir. Demekki M. K.: na göre zilyedin her hangi bir menfaatini ihlal edecek şekilde zilyetliği nezetmek bir hırsızlıktır.

İkincisi, bilindiği üzere nişanlılık hali de aile mefhumu içine girer. Şu halde nişanlıya karşı gösterilen riayetsizlik hibeden rücu, mirastan iskata sebep teşkil eder. Hattâ yardımcıdan mahrumiyeti de intac edebilir (B. K. 45, f: 3).

Üçüncüsü, hibeyi takyit eden mükellefiyeti bağışlanan kimsenin icra etmemesidir. Burada B.K. nun 241 inci maddesinin bir müeyyidesini görüyoruz. Bütün bu sebepler elden yapılan hibede veya yerine getirilen hibe taahhüdünde carî olur.

Şayet hibe vadi infaz edilmemişse o zaman B. K. nun 245 inci madde hükümlerini tatbik ederiz. Çünkü istirdat edilebilecek bir malın teslimine vahip cebir olunamaz. Kaldığı maddenin 1 numaralı bendi vahibe tam manasıyla bir defî hakkı vermektedir. Müteakip 2 ve 3 numaralı bentlere gelince burada vahibin clausula rebus sic stantibus define istinat edebileceğini kanun tasrih eder. Hibeyi taahhüt eden kimsenin malî durumunun değişmesi veya his olunacak derecede külfetli aile vazifelerinin tahaddüs etmesi vahibe bu defî hakkını vermektedir. Şu noktaya da işaret etmek lâzımdır ki defî hakkının istinat ettiği duruma vahibin sebebiyet vermiş olması rücu mani teşkil etmez. Meselâ hibe vadinde bulduktan sonra işlerini iyi idare edememesi, evlenmesi, evlat edinmesi, nesebi sahih olmıyan bir çocuğu tanıması gibi sebeplerle vahibin malî durumunun ağırlaşmasına veya his olunacak derecede külfetli aile vazifelerinin meydana gelmesine imkân vardır. Görülüyor ki hibede B. K. nun 144 üncü maddesinde yazılı prensip tatbik olunmaz. Bunun sebebinin kanun vazının, ahlâkî vazifelerin yerine getirilmesini hibe vadinden üstün tutmasında bulabiliriz.

Bilindiği üzere aciz hali veya iflas borcun sukutuna bir sebep teşkil etmez ve aciz hali zaman aşımının cereyanına mani olur (İc. ve İf. K. 143 son f.). Fakat hibeyi taahhüt eden kimse aciz haline düşer veya iflas ederse taahhüt kendiliğinden ibtal olunur (B. K. 245, f: 2).

B. K. nun 246 inci maddesi bir sukutu hak müddetinden bahseder. Bağışlıyan rücu (cayma - révocation) hakkındaki irade beyanını sebebine vukuf tarihinden itibaren bir sene zarfında izhar edebilecektir. Demekki senesi içinde hibeden caymamak butlana sebep olan hadisenin vahip tarafından afiv olduğu manasını tazammun eder. Acaba afiv, ona salâhiyeti olan kimsenin şahsına bağlı bir hak mıdır? Manevî tazminat davasının mirascılara intikal etmeyeceğine ve M. K. nun 129 ve 130 uncu maddelerinin son fıkralarındaki hükümlere bakılırsa bu suale müsbet cevap vermek zorundayız. Çünkü meselâ zina sebebiyle boşanma davası, kocanın ölümünden sonra mirascıları tarafından karı aleyhine açılmaz; fakat yine M. K. nun 520, f: 2 ye gö-

re afedilmedikçe mirastan mahrumiyet sebebi murisin ölümünden sonrada devam eder ve hükümlerini meydana getirir. Aradaki fark neden ileri geliyor? Mirastan mahrumiyet, muayyen sebeplerin hudusunda kanunun hükmü ile meydana gelen bir neticedir, ve mirastan iskata mütaallik hükümden bu noktada ayrılır. Filhakika muris bazı hallerde mirascısını kendi iradesiyle miras hakkından iskat edebilir (M. K. 457). Şayet iskat etmezse affetmiş sayılır. Diğer bazı hallerde ise mirascı kanun emri icabı olarak mirascılıktan iskat edilir; ancak muris afiv suretiyle kanunun bu hükmünü tesirsiz bırakabilir. Bu izahatla afiv hakkının şahsa bağlı bir hak olduğu neticesine varabiliriz.

Şimdi hibeye gelelim. Eğer vahip cayma müddetinin hitamından evvel vefat ederse bağışlanan kimseyi affetmiş diyebilecek miyiz? Maddenin ikinci fıkrası bu yolda bir tefsire imkân vermez. Vahibin ittilaı tarihinden itibaren bir sene zarfında mirascıların dahi rücu davası açmağa hakları vardır. Şu halde M. K. nun 539 ve 581 inci maddelerinin hükmü tatbik olunacak demektir. Şayet cayma hakkını veren butlan sebeplerinde tamamen şahsî bir mahiyet yoksa (ağır suç irtikâbında olduğu gibi) bağışlanan kimsenin mirascılarına karşı da cayma iddiasında bulunmağa imkân vardır. Bağışlanan kimse haksız olarak tasavvur ve tasmim ile vahibi öldürür veya cayma hakkını kullanmaktan medenederse mirascılar hibenin feshini dava edebilirler (B. K. 246, f: 3). Bu fıkra M. K. nun 520 inci maddesinin 1 ve 2 numara'ı bentlerinin hadisede tatbikidir. Ancak bu takdirde bir senelik müddetin mirascıların butlan sebebine ittilalarından itibaren cereyana başlaması zarurî olur. Şu halde sukutu hak müddetinin başlangıcı her mirascı için değişebilir.

Muayyen zamanlarda bir şey verilmesini tazammun eden hibe kaideten vahibin ölümüyle nihayete erer (B. K. 247). Ölümünden sonra yeni bir borç doğamaz. Fakat ölümünden evvel muacceliyet kesbetmiş olan mütedahil edalar (B. K. 126 No: 1) vahibin mirascılarından istenebilir. Ancak hilâfının mukavelede tasrih edilmesi veya hal icaplarından istidlal olunması mümkündür; bir çocuğun muayyen bir derecede tahsil ettirilmesi taahhüdünde olduğu gibi. Mevhubünlehin ölümü de aynı kayıtlarla hibe taahhüdünün sona ermesini intaç eder. Çünkü edanın mevzuu imkânsız bir hale girmiştir.

Hibede şartlar ve mükellefiyetler (B. K. 240, 241). — Her hangi bir akit gibi hibe dahi şarta bağlanabilir. Mükellefiyet daima koşulan şartın fer'idir. Bununla, bağışlanan kimse bir edada bulunmak mecburiyetine katlanır ve vahip mükellefiyetin yerine getirilmesini dava edebilir (B. K. 241 f: 1). Hibedeki mükellefiyet ile meselâ satımdaki mütekebil eda arasındaki fark şudur: Mütekebil edanın teminatı borçlunun bütün mameleki olduğu halde mükel-

lefiyet, hibe olunan şeyin kıymetine inhisar eder; borçlu diğer mallarıyla mesul olmaz.

Kanunumuz, tenfizi vahibin ölümüne talik edilen hibede ölümüne bağlı tasarruf hükümlerinin (fıkradaki vasiyet tabiri yanlıştır) cereyan edeceğini tasrih eder (B. K. 240, f: 2). Ölümüne bağlı tasarruflar ya vasiyet veya miras mukavelesi suretinde yapılırlar. Vasiyet son arzuları ihtiva eden ve vasiyetcinin tek taraflı iradesiyle meydana gelen bir hukukî muameledir. Bu itibarla hayatta bulunduğu müddetçe vasiyetcinin, iradesinden caymaya hakkı vardır. Halbuki hibe, karşılıklı rizaların vücuduna lüzum gösteren bir akittir; diğer tarafın kabulündeñ sonra vahip sırf kendi iradesiyle bundan cayamaz. Bu mütalâa bizi şu neticeye ulaştırır: Tenfizi vahibin ölümüne talik edilen hibe ancak miras mukavelesi şeklinde yapılabilir. Şartın veya mükellefiyetin haksız veya adaba aykırı olması, aktin butlanını intac eder (B. K. 155). Faydasız ve yalnız başkalarını izac için konulan şartlar ve mükellefiyetler hakkında M. K. nun 462 inci maddesinin 3. fıkrası kıyas yoluyla tatbik olunur. Bu itibarla böyle bir mahiyet arzeden şartlar ve mükellefiyetlerin yerine getirilmemesi vahiye 244 üncü maddenin 3 numaralı bendine istinat hakkını vermez.

Vahibin ölümü halinde tenfiz edilecek bir hibe vadi talikî şarta bağlı bir akid mahiyetindedir. Demekki vahip sonradan yapacağı mukavelelerle hibe ettiği malın bağışlanan kimseye teslimine imkân bırakmayacak tasarruflardan ictinaba mecburdur (B. K. 150).

B. K. nun 242 inci maddesi ölümüne bağlı hibenin hususî bir nevinden bahseder. Ancak burada hibe vadi bulunmadığı için 240 inci maddenin ikinci fıkrasındaki kaidelere riayet mecburiyeti tabiatıyla olamaz. Çünkü buradaki şart infisahî mahiyeti haizdir: Meyhubünleh, vahipten evvel vefat ederse bağışlanan mal vahibin milkiğine iade edilecek yani o tarihe kadar lüzum ifade eden hibe şartın tahakkuk etmesiyle hükümden sakıt olacaktır. Böyle bir neticenin meydana gelebilmesi için hibenin elden yapılmış olması lâzım gelir. Konulan şartın üçüncü şahıslara karşı dermeyan olunabilmesi, gayrimenkul mal hibelerinde tapu siciline o yolda bir şerh verilmesine bağlıdır (M. K. 919).