

## MECELLEDE HASAR

Doçent Dr. Halil ARSLANLI

Mecellede nefi ve hasar ahkâmı, Roma Hukukunda olduğu gibi bir kül teşkil etmez. Biraz evvel işaret edildiği gibi, Roma Hukukunda hasar ile birlikte nefi de intikal eder. Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda da vaziyet böyledir. Roma Hukukunda akdin inikadı ile mülkiyet intikal etmediği halde, inikad zamanı ile teslim zamanı arasında fiyat artışları ve sair sebeplerle hasıl olan ziyadedden müşterinin istifade edeceği ve keza-lik fiyat düşüşlerinden ve sair sebeplerle hasıl olan zarar ve azalmaların da müşteriye raci olacağı mülâhazasından hareketle, bilhassa son fikir genişletilerek, kazara husule gelen hasarların da alıcıya tahmili gerektiği neticesine varılmıştır [1]. Mecellede hâkim olan «külfet nimete ve nimet külfete göredir» [2] prensibi Roma Hukukunda çok daha önce tam bir ifadesini bulmuştur. Semere ve ziyadedden istifade eden mazarrata, bir şeyin menfaatine nail olan onun zararına da katlanmalıdır [3]. Halbuki Mecellede nefi ile hasarın birbirinden ayrılmış olduğunu görüyoruz. 236 ncı maddeye göre mebiin nefi, Mecellenin kullandığı tâbirle, «mebide hasıl olan semere ve ziyade» akdin inikadı ile ve kabızdan önce yani teslimden evvel müşteriye geçtiği halde 293 üncü maddeye tevfiikan mebi bayiin yedinde telef olmuşsa zarar müşteriye değil satıcıya aittir.

Nefi ve hasarın intikalinde üç muhtelif prensip revaçtadır. Birinde nefi ve hasar akdin inikadı ile, ikincisinde mülkiyetin nakli, üçüncüsünde mebiin teslimi ile intikal eder. Yeknazarda Mecellenin hasarda üçüncü ve nefide birinci sisteme meyletmek suretiyle 88 inci maddede bizzat vazylediği «nimet külfete ve külfet nimete göredir» kaidesinden inhiraf ettiği mülâhaza edilebilir.

Nefi ve hasarın intikalinde, iktisadî veya hukukî mânada olsun, mülkiyet mühim rol oynar. Nitekim Egli Roma Hukukunda aynı haklarda

[1] Walter Egli, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Dissertation, 1926, s. 29.

[2] Mecellenin 88 inci maddesi «Külfet nimete ve nimet külfete göredir». Aynı kaide nin ifadesi olan 85 inci madde ile 87 nci maddeyi de tetkik ediniz.

[3] Atıf, Mecellei Ahkâmı Adliyyeden Kavaldı Külliyei Fikhiyenin izahı, 1318, Mukaddime, s. 96.

hâkim olan «casum sentit dominus» yani bir şeye malik olan onun zararına da katlanmalıdır kaidesinden mülhem olarak Borçlar Hukukunda cari olan prensibi dahi bir nevi iktisadî mülkiyet fikrine irca etmek istemiştir [4]. Bu itibarla, Mecellede hâkim olan prensipleri tahlil etmeden, beyi akdinde mülkiyetin intikali bakımından mevzu hükümleri tetkik etmek lâzımdır.

A. Mecellenin 369 uncu maddesine göre «bey'i münakidın hükmü mülkiyettir, yani müşterinin meble ve bayiin de semene malik olmasıdır» [5, 6].

a. Bey'i münakid, sahih, fasid, nâfiz ve mevkuf olmak üzere dörde ayrılır. Sahih ve fasid kısımları, bey'in sıhhat şartlarını haiz olup olması ile, nâfiz ve mevkuf kısımları ise gayrin hakkına taallük edip etmemesi ile alâkadardır [7, 8].

[4] Egli, zge., s. 23. Lenel, In Jherings Jahrbuch f. Dom. 19. s. 210. Egli, zge., s. 28, atıf 40 da zikredilmiştir.

[5] Mecellenin 106 ncı maddesi «Beyi münakid inikad bulan bey demek olarak sahih ve fasid ve nâfiz ve mevkufe taksim olunur».

[6] Mülkiyetin Mecelledeki tarifi halihazır hukukumuzda da uyar. Mecellenin 125 inci maddesine göre, «Mülk, insanın malik olduğu şeydir, gerek ayan olsun gerek menafi olsun». «Mülk ıstılahı fikhiyede iki mânada ıstımal olunur: Evveliden bu maddede beyan olunduğu vechile gerek ayan olsun gerek menafi olsun insanın malik olduğu yani alelvechülühtıas velıstıbad kendisinde tasarrufa kadir olduğu şey mânasına itlak olunur..... Saniyen insan ile bir şey arasında hasil olan ıstılal serıye itlak olunur ki, ol ittısal sebebiyle ol insanın ol şeyde müstakillen tasarrufu caiz ve başkasının tasarrufu memnu olur. Meselâ insanın malik olduğu ayın veya menfaat ile kendisi beyninde bir ittısalı şeri vardır ki, ol ittısal sebebiyle ol insan ayın yahut menfaatte dilediği vechile tasarruf edebilir ve başkası tasarruf edemez. İste ol ittısale dahi «mülk» itlak olunur».

Mecellenin 49 uncu maddesine göre, «Bir şeye malik olan kimse ol şeyin zararından olan şeye dahi malik olur».

[7] Mecellenin 108 inci maddesi «Bey'i sahih yani beyi caiz zaten ve vasfen mesru olan bey'dir».

Mecellenin 109 uncu maddesi «Bey'i fasid aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan yani zaten münakid olup da evsafı hariciyesi itibariyle mesru olmayan bey'dir».

Mecellenin 111 inci maddesi «Bey'i mevkuf gayrin hakkı taallük eden bey'dir, bey'i fuzullı gibî».

Mecellenin 113 üncü maddesi «Bey'i nâfiz gayrin hakkı taallük etmiyen bey'dir».

İmdi, 369 uncu maddeye göre akdin inikadı mülkiyeti nakletmekle beraber, bu nakil keyfiyeti dört bey'i şeklinde bir değildir. Bunlardan bey'i sahih ve nâfiz derhal mülkiyeti nakleder, yani akid bu mahiyette ise, inikad ile mülkiyet de alıcıya geçmiş, ve bu suretle müşteri mebi ve bayi de semene malik olur [9]. Buna mukabil fasid bey'de «indelkabız» yani malın tesliminde [10] bey'i mevkufta «indelicaze» yani icazet verildiği takdirde mülkiyet intikal eder [11]. Esasen 366 ncı maddeye binaen de bey'i fasid ancak indelkabız nâfiz ve müşterinin mebi tasarrufu caizdir. Bu itibarla daha evvel mülkiyetin intikaline bu maddeye göre de imkân yoktur. Bey'i mevkufta de inikad şartları mevcuttur. Ancak mebi üzerinde akitlerden gayrı bir şahsın hakkı taallük ettiğinden bu şahıs izin vermedikçe mülkiyet geçmez. İzin verilmişse, icazet, akdin inikad zamanına muzaaf olarak mülkiyeti ifade eder [12]. Aynı kaide Mecelle ve şerhlerde sarahat olmamakla beraber fâsid beyi hakkında da cari olmak lâzımdır [13].

ki lâzım ve gayrı lâzım kısımlarına münkasım olur».

Fasid bey' hakkında 364, 212, 213, 340 ve 348 inci maddeleri de tetkik ediniz.

[8] Mebi itibarile de bey' dört kısma ayrılır: Mecellenin 120 nci maddesine göre, «Bey' mebi itibariyle dahi dört kısma taksim olunur. Kısmı evvel, semen mukabelesinde diğer malı satmaktır ki büyüün en meshuru bu olduğundan buna beyi tesmiye olunur. Kısmı sani sarf ve kısmı salıs bey'i mukayaza ve kısmı rabi selemdir». Mevzuumuzun esasını asıl bey' teşkil edecektir.

[9] Atıf, zge., Kitabil Büyu, s. 10, 156. Mecellenin 113, 374 ve 365 inci maddelerine bakınız.

[10] Mecellenin 263 üncü maddesi, «Mebii teslimi müşterinin bilâ mâni mebi kabız edebilecek veçhile tesellümüne bayiin izin vermesiyle hasıl olur.»

Mecellenin 264 üncü maddesi, «Mebii teslimi hasıl olduğu gibi müşteri dahi onu kabzetmiş olur.»

371 inci maddeyi de tetkik ediniz.

Gerçi Mecellenin 262 nci maddesinde «beyide kabız şart değildir» denmişse de, buradaki bey'den maksat bey'i mutlaktır. Yani 251 inci maddeye tevfiikan peşin olmak üzere akte edilen bey'dir. Bey'i mutlakın sihhati bakımından mebi ile semenin meclisi akitte (181 inci maddeye bakınız) kabız şart değildir. Atıf, zge., s. 91 de tetkik ediniz.

[11] Mecellenin 377 nci maddesi: «Beyi mevkufta indelicaze hüküm ifade eder.»

[12] Atıf, zge., Kitabil Büyu, s. 160.

[13] Mecellenin 308 inci maddesi: «Yalnız bayi muhayyer olduğu surette mebi kendi mülkünden çıkmayıp yine kendisinin malı addolunur.»

M. 309: «Yalnız müşteri muhayyer olduğu surette mebi bayiin mülkünden çıkıp

b. Müşterinin mebride tasarruf hakkına gelince, mebr akar ise müşteri «kablelkabız» yani teslimden önce ahara satabilir, menkul ise satamaz [14]. Bu babda kaide şudur: «Her tasarruf ki, icare bey'i gibi, tamamı kabza muhtaç olma, müşteri müşterayı menkulde kablelkabız onu yapamaz. Ama bir tasarruf ki hibe, ve rehin ve sadaka gibi tamamı kabız ile ola, müşterinin müşterayı menkulde kablelkabız bu gibi tasarrufatı sahih ve fakat tamamı kabız ile olur» [16]. Demek oluyor ki, gayrimenkullerde tasarruf hakkı mutlak menkullerde ise mahduttur. Ancak menkul bey'inden sonra yapılan akit teslim muhtaç ise tasarruf sahihtir. Meselâ hibe, rehin ve sadakada teslim şartına muallâk mahdud bir tasarruf hakkı kabul edilmiştir.

c. Diğer yandan müşteri semeni ödemedikçe, satıcı satılan malı teslim mecbur tutulamaz. Mecellenin 278 inci maddesine göre, «peşin satışta, müşteri semeni tamamen tediye edinceye dek bayiin mebr hapis ve tevkif etmek hakkı vardır». 253 üncü maddedeki kabzın diğer mânası müşterinin semeni tediye etmiş olmasıdır. Lâkin satış veresiye yapılmışsa, bayiin hakkı hapsi kalmaz. Vâdenin hulûlünde semeni kabzetmek üzere hemen mebr müşteriye teslim etmesi lâzımdır. Hattâ ecel hulûl etmiş olsa dahi hapis hakkını kullanamaz [17].

ç. Roma Hukukunda olduğu gibi Mecellede de mebrin muayyen ve

müşterinin malı addolunur».

M. 301: «Hıyarı şartla muhayyer olan taraf müddeti hıyarında yani muhayyer müddet zarfında dilerse bey'i fesheder dilerse muhayyer olur».

[14] M. 253. «Müşteri kablelkabız mebr akar ise ahare satabilir ve eğer menkul ise satamaz». Buradaki kabızdan da maksat bayiin izin vermesiyle yani 263 üncü maddeye göre vaki olan kabızdır. Atıf, zge., s. 84 de bakınız. Mecellenin 277 nci maddesine göre de «bayiin izni olmaksızın müşterinin semeni tediye etmeden kabzetmesi muteber değildir».

[15] M. 128. «Menkul, bir mahalden mahalli ahare nakli mümkün olan seydir ki nukud ve uruza ve hayvanat ve mekilât ve mevzunata şamilidir».

M. 129. «Gayrimenkul, akar denilen hane ve arazi misillü mahalli ahire nakli mümkün olmağan seydir».

[16] Atıf, zge., Kitabül Büyu, s. 85.

[17] Atıf, zge., K. B. s. 101.

M. 278. «Peşin satışta, müşteri semeni tamamen tediye edinceye dek bayiin mebr hapis ve tevkif hakkı vardır».

M. 283. «Veresiye satışta bayiin hakkı hapsi olmayıp, vadesi hulûlünde semeni kabzetmek üzere hemen mebr müşteriye teslim etmesi lâzım gelir».

Bu fasıldaki diğer maddeleri de tetkik ediniz.

malûm olması gerekir [18]. Roma Hukukunda nefi ve hasarın akdin inikadı ile intikali yalnız muayyen mallar hakkında caridir. Mecellede de mebiin mülkiyeti yalnız muayyen ve malûm olan mallarda intikal eder. Bu fikir şu hükümlerden zahir olmaktadır.

151 inci maddeye tevfikân «mebi satılan şey ki bey'de taayyün eden ayindir». Ayın muayyen ve müşahhas olan şeydir [19]. Kezalik 204 üncü maddeye göre de «mebi akitteki tayin ile taayyün eder. Meselâ bayi işareti hissiye ile tayin ederek şu saati sattım deyüp müşteri dahi kabul ettikde, bayiin o saati aynen müşteriye vermesi lâzım gelir yoksa, alıkoyup da o cinsten diğer bir saat veremez» [20]. Diğer yandan, 197 nci maddeye göre mebiin mevcut olması, 198 inci maddeye göre teslimi mümkün ve makdur olması ve 200 üncü maddeye göre de müşterinin malûmu olması şarttır [21, 22].

d. Buna mukabil semen satılan şeyin bahası olup zimmete taallûk eden şeydir [23]. 158 inci maddeden anlaşılacağı veçhile, zimmette sabit olan şey deyindir. Deyin bizim anladığımız mânada bir borç Mecelle tâbiri ile bir kimsenin nefsinde sabit olan vasıftır. «Meselâ bir şahıs diğerinden bir şey satın aldığı vakit o şeyin semeni kendi zimmetine taallûk eder, yani o kimsede bir vasıf hasıl olur ki, onun sebebiyle alacaklı olan bayi onu mutalebe eder» [24]. Kezalik 158 inci maddenin son fıkrasına tevfikân yalnız semen değil ifraz edilmemiş bir yığın buğday da deyindir [25]. Demek oluyor ki mebi henüz ifraz ve tefrik edilmemişse, yani

[18] Egl., zg., s. 33.

[19] M. 159. 2. «Meselâ, bir hane, bir at, bir sandalye ve meydanda mevcut bir yığın buğday ve bir miktar akçe hep ayandandır».

[20] M. 204.

[21] M. 201. «Mebiiin malûmiyeti sairinden temyiz edecek hal ve vasfı beyan ile hasıl olur.»

[22] «Selem ve istisnadan maada ahvalde bey'in aksamında mebi vakti bey'de mevcut ve müteayyin olmak lâzımdır». Atıf, zge., K. B., s. 26. Selem hakkında 123 üncü madde ile 380 ve müteakip maddeleri tetkik ediniz. Selem peşin para ile verisiye mal satmaktır. Akitte mebi tayin edilmiş olmakla beraber henüz tefrik edilmiş değildir. «Meselâ, bir kimse diğerine «bu sene teşrinisanininin 25 inci günü İstanbulda Ayasofyada filân yerde teslim etmek üzere Anadolu'nun filâ kuru buğdayından 100 kile buğday için 50 lira selem verdim» deyip muhatabı kabul etse müstecmiül serait bir selem akte edilmiş olur». Atıf, zge., K. B., s. 167.

[23] M. 152.

[24] M. 158.

[25] M. 158. «Deyin zimmette sabit olan şeydir. Meselâ, bir kimsenin zimme-

yukarıda zikredilen maddeler icabı muayyen ve müşahhas bir mahiyet iktisap etmemişse deyin kabilindendir. 369 uncu madde hükmüne tevfi-kan deyin olan semende de mülkiyet intikal eder. Henüz ifraz edilmemiş gayri müayyen mebide vaziyet açık değildir.

e. Mebi akittteki tayin ile taayyün ettiği halde semen 243 üncü maddenin zahir olduğu veçhile tayin ile taayyün etmez. «Meselâ müşteri elindeki yüzlük altını göstererek, şu altın ile bu malı iştirâ ettim deyüp bayi dahi verdim dedikte müşteri aynen o altını vermeğe mecbur olmaz. Belki onu alıkoyup ta yerine misli olarak başka bir yüzlük altını verebilir». Zira intifa ancak ayan ile olup semen mübadelei emvale vesiledir [27].

«Mecelleye göre emvalin bazısı her halde semen bazısı her halde mebi bazısı kâh semen kâh mebi olur. Altın, gümüş ve bunlardan masnu olan şeyler gerek mebi yerinde gerek semen yerinde zikrolunsun ve gerekse nakde ve gerek aynı misli veya gayri misliye mukabil kılınsın her halde semendir.

Aynı gayri misliye gerek mebi yerinde gerek semen yerinde zikrolunsun ve her neye mukabil olursa olsun her halde mebidir.

Adediyatı mütekaribe, mekilât [28], nakdin gayri mevzunat nakde mukabil kılınırsa, mebidir. Meselâ bayi şu bin adet cevizi yahut şu bir yığın buğdayı... şu kadar altına sattım deyip te müşteri dahi kabul ettiğinde ceviz yahut buğday mebi şu kadar altın semen olur ve eğer bunlar gayri ez nakdeyin bir ayna mukabil kılınırsa, nazar olunur. Eğer mekil ve mevzun ve adedi mütekarip müteayyin ise mebi olur. Meselâ şu bir yığın buğdayı şu ata sattım dise, buğday mebi olur ve eğer müteayyin değilse semen yerinde zikrolunursa semen olur ve mebi yerinde zikrolunursa akdi selem olur» [29].

Bu izahattan da zimnen anlaşılacağı veçhile Mecellede mebi makamına geçecek malın muayyen ve müşahhas olması lâzım geldiği neticesine varılabilir. Yukarıda da temas edildiği gibi mebi ifraz edilmiş olma-

---

linde şu kadar kuruş borcu ve meydanda mevcut olmayan şu kadar kuruş ve meydanda mevcut olan akçanın yahut bir yığın buğdayın kabilelîfraz bir miktarı muayyenî hep deyin kabilindendir».

[26] M. 243. Atıf, zge., K. B., s. 26.

[27] M. 151. son fıkra.

[28] Atıf, K. B., zge., s. 27.

M. 147. «Adediyatı mütekaribe, ahad ve efradı beyinde kıymetçe tevafüt olmayan madudattır ki hep misliyattandır». 132, 133, 134 üncü maddeleri de tetkik ediniz.

[29] Atıf, K. B., zge., s. 26. madde 152. Yukarıda 22 numaralı atfa da bakınız.

dıkça deyin vassındadır. Lâkin mebide olduğu gibi semenin akit ile taayyün etmesi şart olmayıp hini akitte tesmiyesi ve tesbîti kâfidir. Bu böyle olmakla beraber mülkiyetin intikali bakımından mebi ile semen arasında bir fark gözetilmemiştir. Mecelleye göre beyide icab ve kabulün müteallâkı mebi ve semendir, zahir olacak eser ise bayiin semene ve müşterinin mebie malik olmalarıdır [31]. Semen zimmete taallûk eden şey yani bir borçtur. Semen zimmete taallûk etmemesi için meclisi bey'de teslimi lâzımdır [32, 33]. Kezalik ifraz edilmemiş bir yığın buğday da Mecellenin 158 inci maddesinin son fıkrasına tevfiikan deyin kabilindendir. Demek oluyor ki ifraz ve teslim edilmiş olmadıkça semen ile nev'en muayyen mebi arasında fark yoktur. Bu bakımdan semen hakkındaki kaide nev'en muayyen ve henüz ifraz edilmemiş mebie de teşmil edebilir. Lâkin semende mülkiyet intikal ettiğine göre gayri muayyen mebide de intikal ediyor demektir.

B. Mülkiyet gerek semende gerek mebide intikal ettiği halde nefi ve hasar bakımından aralarında mühim farklar vardır.

a. Mecellenin 236 ncı maddesine göre, «badel akid ve kablel kabız mebide hasıl olan semere ve ziyade müşteriye ait olur. Meselâ bir bahçe satıldıkda, kablel kabız hasıl olan meyva ve sebze müşteriye ait olur. Kezalik satılmış olan ineğin kablel kabız tevellüd eden yavrusu müşterinin malıdır».

Mezkûr hüküm mutlak bir mâna taşıdığı halde, şarihler bunu yalnız baten ve sahihan vaki olan bey'e yani 117 nci maddeye göre kat'i ve 108 inci maddeye göre de zaten ve vasfen meşru olan bey'e tatbik etmektedirler. Demek oluyor ki bey'i fâside yani 109 uncu maddeye tevfiikan aslen sahip olup vasfen sahih olmıyan bey'e semere ve ziyade hakkındaki hüküm kabili tatbik değildir [34]. Kezalik yine şarihlerin fikirlerine göre, bu ziyade dahi mebide olduğu gibi müşterinin mülkü olur, yani bunlar üzerinde de müşteri mülkiyet iktisap eder. Semere ve ziyadenin tarzı intikali hakkında Ali Haydar şerhinde şöyle denilmektedir: «Bey'i bat ve

[30] M. 153. «Semeni müsemma, tarafeynin bilterazi tesmiye ve tayin ettikleri semendir. Gerek kıymetli hakikiyeye mutabik olsun gerek nakıs ya zaid olsun».

M. 237. «Hini bey'de tesmiyel semen lâzımdır. Semen malûm olması lâzımdır».

[31] Atıf, K. B., zge., s. 4.

[32] M. 181. «Meclisi bey' pazarlık için olunan ictimadır».

[33] Atıf, zge., K. B., s. 26.

[34] M. 117. «Bey'i bat bey'i kat'i demektir». 108 ve 109 uncu maddelere de bakınız. Atıf, zge., K. B., s. 73. Ali Haydar şerhi, s. 378.

lâzime ile [35] satılan mebi henüz bayiin yedinde iken mebidde hasıl olan semere ve ziyade müşteriye ait yani onun mülkü olur ve ziyadei mezkûr mebi üzerine ziyade edilmiş addolunur zira bu semere müşterinin mülkünün nemasıdır» [36].

Bu ifadeye nazaran ziyade ve semere mebi üzerinde intikal eden mülkiyetin neması yani bir nevi cüz'ü addedilmelidir. 236 ncı maddenin lâfzi mânası ise semere ve ziyadenin müstakillen intikal ettiğine işaret eder. Mecelle şarihlerinin semere ve ziyadeyi mebidde intikal eden mülkiyet hakkına bağladıkları bey'i mevkufda cari olan kaideden de zahir olmaktadır [37]. Bizce 236 ncı madde mutlak olup semere ve ziyadenin intikali sırf akdin inikadına bağlı tutulmuştur.

Semen hakkında 236 ncı maddeye benzer bir hüküm mevcut değildir. Demek oluyor ki semende hasıl olan semere ve ziyade bayiin mülkü kalır. Yukarıda Atıf Şerhinden getirdiğimiz bir misalde semenin mer'i hukukumuzda olduğu gibi nakid olmasının şart olmadığını gördük [38]. Mecellede bey' malı mala değiştirmektir [39]. Bu itibarla semen yerinde de bir mal bulunabilir. Meselâ şu yığın buğdayı şu ata sattım dense, buğday mebi ve at da semen olur. 236 ncı madde yalnız mebi hakkında cari olduğundan semenin semeresine yani misalimizde atın tevellüd eden yavrusuna şâmil değildir.

b. Bey'i mevkuf indelicaze hüküm ifade ederse de verilen icazet vakii akde muzaaf olarak mülkiyeti ifade ettiğinden badel akid yani akitten sonra ve fakat kablelicaze yani icazet verilmeden önce mebidde hasıl olan semere ve ziyade bayie ait olmayıp müşterinin malı olur [40]. Buna benzer bir hükme bey'i fâsidede tesadüf edemedik. Mecelle şarihlerinin bey'i mevkufda mülhem oldukları kaidenin bey'i faside tatbikinde bir mahzur olmamak gerekir. Bey'i fasidede de bey'i mevkufda olduğu gibi mülkiyetin

[35] M. 114. «Bey'i lâzım hiyarattan âri olan bey'i nafizdir».

M. 115. «Bey'i gayri lâzım kendisinde hiyarattan birisi bulunan bey'i nafizdir».

M. 300. «Bayi ya müşteri veyahut ikisi birden müddeti malûme içinde bey'i feshetmek yahut icazet ile infaz eylemek hususunda muhayyer olmak üzere bey'de şart kılmak caizdir».

M. 367. «Hiyarattan birisi bulunursa bey' lâzım olmaz».

[36] Ali Haydar Şerhi, s. 378.

[37] Ali Haydar şerhi, s. 160. Atıf, K. B., zge., s. 160.

[38] Yukarıda 253 üncü sahifeyi tetkik ediniz.

[39] M. 105. «Beyi malı mala değiştirmektir ki münakit yahut gayri münakit olur».

[40] Ali Haydar şerhi, s. 160/1.



intikali mutlak olmayıp şarta talik edilmiştir. Mülkiyet bey'i mevkufta indelicaze hüküm ifade ederken [41], bey'i fasidde indelkabız hüküm ifade eder [42]. Her ikisinde mülkiyetin intikali hukuki bir muamelenin gerçekleşmesine bağlıdır. Zira fasid bey'de de kabız keyfiyeti 263 üncü maddeye tevfiikan bayiin izni yani bir nevi hukuki veya fiili icazeti ile hasıl olur. Semere ve ziyadenin intikali şarihlerin kabul ettiği gibi mebiide intikal eden mülkiyetin bir neticesi olduğuna ve mülkiyetin intikali de vakti akde teşmil edilebildiğine göre ve fasid bey'de de akit inikad ettiği cihetle [43] burada da semere ve ziyadenin vakti akde muzaaf olarak intikali kabul edilmeliydi.

C. Hasara gelince, Mecellenin 293 üncü maddesine göre, «mebi kab-  
lelkabız bayiin yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp et-  
meyip zararı bayie ait olur». Bu maddede ifadesini bulan umumî kaideye  
tevfiikan Mecellenin hasarın intikalinde kabız ve teslim vaki olsun olma-  
sın zarara «fiilen» yakın olan tarafın hasara katlanacağı prensibinden  
hareket ettiği mülâhaza edilebilir [44]. Hasara fiilen yakın olan tarafın  
hasara katlanmasını müdafaa eden fikir bilhassa fiili rabıtayı gözönünde  
tutarak hasarı önliyebilecek tarafın zarara katlanması lâzım geldiğini  
ileri sürer. Mecellede 293 üncü maddede geçen «yed» tâbirine rağmen ha-  
sarın intikalinde daha ziyade kabza yani teslim ehemmiyet verilmiştir.  
294 üncü maddeye göre, mebi badelkabız telef olsa bayi hakkında bir şey  
terettüp etmeyip zararı müşteriye ait olur. Bu maddede müşterinin ye-  
dinden bahis yoktur. Bu itibarla hasarın intikalinde Mecellenin kabız esas  
ittihaz ettiği az çok kat'î olarak iddia edilebilir.

Mecellenin 263 üncü ve müteakip maddelerine göre mebiin teslimi  
müşterinin mebi kabız edebilecek veçhile tesellümüne bayiin izin vermesi  
ile hasıl olur. 264 üncü maddeye tevfiikan mebiin teslimi hasıl olduğu gibi  
müşteri dahi onu kabzetmiş sayılır. Bu hükümlerden anlaşılacağı veçhile  
Mecellenin teslim tasarrufu fiilli olmaktan ziyade hukukidir. Merkezi sık-  
let daha ziyade bayiin izninde yani iradi bir hususun gerçekleşmesinde-  
dir. Meselâ bayi «satmış olduğu bir top kumaşı müşterinin önüne koya-  
rak kabzına izin verse o kumaşı müşteriye teslim etmiş olur» [45]. Bu-

[41] M. 377.

[42] M. 371. «Bey'i fasid indelkabız hüküm ifade eder. Yani müşteri bayiin iz-  
niyle mebi kabzettikte ona malik olur...»

[43] M. 109 uncu maddeye bakınız.

[44] Hirs, Ticaret Hukuku Dersleri, 2 nci bası, s. 698.

[45] Atıf, zge., K. B., s. 94.

nunla beraber hukukî teslimin yanında fiili teslimin de mühim rol oynadığı sair hükümlerden zahir olmaktadır.

Demek oluyor ki Mecellede hasarın intikali daha ziyade Alman Hukukuna uygundur. Alman Medenî Kanununun 446 ncı maddesine göre de hasar mebiin teslimi ile alıcıya intikal eder. Yalnız bu kanunda hasar ile birlikte nefi de geçtiği halde Mecelle semere ve ziyadeyi ayrı hükümlere tâbi tutmuştur. Şunu da itiraf etmek lâzımdır ki Alman Hukukunun kabul ettiği prensip modern ihtiyaçlara en uygun gelenidir [46]. Bilhassa nev'en muayyen eşyada tefrik ve ifraz müşkülâtı, ifraz anını tayindeki güçlük Alman Kanununun kabul ettiği esası tercihe lâyık göstermektedir. Mecellenin de hasarda aynı prensibe meyiletmesi şayanı dikkattir.

Fikrimizce 293 ve 294 üncü maddelerin lâfzî ve belki de hakikî mâna ve gayeleri hasarı yani tarafların kusuru olmaksızın doğan imkânsızlıkları tanzim etmek olduğu halde şarihler helâki mebi tâbirine türlü mânalar vermek suretiyle aşağı yukarı her mevzuatta kusursuz imkânsızlık müessesesi üzerinde toplanan hasar prensiplerinden uzaklaşmışlardır.

Şarihlerin verdiği izahata göre mebiin kablelkabız baylın yedinde telef olması beş muhtelif şekilde olabilir: «1. bayiin, 2. mebiin fiili ile, 3. âfeti semavî ile telef olur. Bu üç surette bey' münfesi olarak müşteri semeni vermişse istirdat eder. Vermemişse müşteriye bir şey lâzım gelmez, ve müşteri mebiin mislini veya kıymetini bayie tazmin ettiremez. Çünkü mebi semen ile mazmundur. Eğer kıymet veya misli ile dahi mazmun olmak lâzım gelse bir şeyde iki zamanın içtimaı lâzım gelir ki bu dahi gayri mümkündür. Meselâ, bayi sattığı öküzleri müşteriye teslim etmeden vurup öldürse, yahut birbirini susup öldürseler, veyahut saika isabetiyle cümlesi telef olsa zararı bayie ait olup müşteri semeni vermişse istirdat eder. Vermemişse bir şey lâzım gelmez. 4. Bir şahsı ecnebinin fiili ile telef olmaktır. Bu surette müşteri muhayyerdir. Dilerse bey'i fesheder, dilerse imza eder. Bey'i feshettiği takdirde, müşteriye semen lâzım gelmez. Vermişse istirdat eder. Bu surette bayi mebli telef eden kimseye tazmin ettirir. Bey'i imza ettiği surette müşteriye semen lâzım gelir. Vermişse istirdat edemez ve sureti ahirede, yani bey'i imza eylediği surette müşteri mebiin mislini ya kıymetini itlâf eden şahsa tazmin ettirir. 5. Mebi bayiin nezdinde iken müşterinin fiili ile telef olmaktır. Bu surette zararı müşteriye ait olur. Şöyle ki: Eğer bey' mutlak yani hiyardan [47] âri olur, veyahut hiyar müşteri için meşrut bulunursa bey' ta-

[46] Egli, zgc., s. 60.

[47] M. madde 300, 301, 308, 309, 367 nci maddeleri tetkik ediniz.

mam olarak müşteriye semen lâzım gelir, vermişse, istirdat edemez. Lâkin akit bey'i fasid ise, yahut hiyar yalnız bayi için meşrut olup ta itlâf hiyarın sukutundan evvel vaki olmuşsa bayi müşteriye mebiin mislini ve yahut kıymetini tazmin ettirebilir. Bu surette semen lâzım gelmez» [48].

Yukarıki izahattan anlaşılacağı veçhile kusurlu ve kusursuz imkânsızlık aynı ahkâma tâbi tutulmuştur. Halbuki yabancı hukuk muhitlerinde «hasar» tarafların kusurundan neş'et etmiyen hallere mahsustur [49].

Ticaret ve Borçlar Hukukumuzda göre alacaklı hakkını borçlunun kusuru ile istifâ edemediği takdirde, borçlu bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur [50]. Mecellede ise, bayiin kusurlu fiili ile hasıl olan helâkte müşterinin zararı tazmin ettirmek hakkı yoktur, müşteri ancak bey'i feshederek semeni vermişse istirdat eder, vermemişse bir şey lâzım gelmez.

Mebiin fiili ile hasıl olan helâkle âfeti semaviden neşet eden zararda bayiin kusuru bulunmayacağı mülâhaza edilerek bu iki halin Türk Hukukunda hâkim olan prensiplere uyduğu kabul edilebilir.

Kezalik dördüncü halde de bir imkânsızlık kabul edilebilir. Ancak buradaki hüküm farkı bayiin fiili ile hasıl olan helâke nisbetle âhenksiz gibi görünmektedir. Helâkin bayiin kusursuz fiili ile hasıl olması ile üçüncü şahsın kusurlu veya kusursuz fiili ile doğmuş olması arasında müşteri bakımından bir fark olmamak lâzımdı. Her iki şıkta bayie nisbetle kusursuz bir imkânsızlık mevcut olup akit sukut eder. Mecelle bu iki vaziyeti birbirinden tefrik etmeksizin kusurlu olsun olmasın, bayiin fiiliyle hasıl olan helâkte müşteriye sadece bir fesih hakkı tanımış, üçüncü şahsın fiili ile doğan helâkte ise müşteriye, dilediği takdirde akdi muhafaza ederek tazminat talep edebilmek imkânını da vermiştir. Bizce her iki hal aynı hükümlere tâbi tutulmak icap ederdi. Bayiin kusurlu fiili ile hasıl olan helâkte de müşterinin evleviyetle tazmin hakkı bulunması lâzım iken bu şıkta sadece bir fesih hakkının tanınması teknik bakımdan hatalı olduğu gibi âdil de değildir.

Üçüncü şahsın fiili ile hasıl olan helâkte kabul edilen tazminat prensibi de âdil değildir. Zira müşterinin bayie ödeyeceği semen mebiin kıymetinden fazla olabilir. Gerçi müşteriye akdi feshetmek imkânı da verilmiştir. Ancak bundan istifadenin mümkün olmadığı hallerde mebiin kıymeti ile semen arasındaki farkı kimin telâfi edeceği meçhuldür.

5 inci halde fikrimizce mutlak bey'i fasid bey'den ayırmak ta hakkaniyet esaslarına uygun değildir. Bey'in mutlak veya fasid olması do-

[48] Atif, zge., K. B., s. 105.

[49] Ticari bey'de hasar adlı yazımızı tetkik ediniz. H. F. Mecmuası.

[50] Ticaret K. nun 645, B. K. nun 96 ncı maddeleri.

ğan zarar üzerine müessir olmamak lâzım gelirdi. Hâdisede müşterinin kusuru yoksa bey' ister fasid ister mutlak olsun mademki hasar bayie aittir zarara da bayi katlanmalıdır. Buna mukabil zarar müşterinin kusurundan neş'et etmiş ise bayi akdi ifa etmiş sayılarak semenin tediyesini talep veya zararının tamamını tazmin ettirebilmelidir.

ç. Mecellenin 294 üncü maddesine göre, mebi badelkabız telef olsa, bayi hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı müşteriye aittir. Bu madde de şöyle şerhedilmektedir.

«Binaenaleyh müşteri semeni henüz bayie vermemişse vermesi lâzım olur ve eğer vermişse istirdat edemez.

Mebiin badelkabız telefi suretinde zararı müşteriye ait olması bayiin fiiliyle telef olmadığı surettedir ve eğer bayiin fiili ile telef olursa nazar olunur bayiin mebi istirdada hakkı varsa istihlâk eylemesi sebebiyle akit münfesih ve müşteriden semen sakıt olur, vermişse istirdat eder ve eğer hakkı istirdadı yok ise ecnebi istihlâk etmiş hükmünde olarak mebiin mislini veya kıymetini müşteriye zamin olur.

Meselâ 308 inci maddede görüleceği veçhile, yalnız bayi muhayyer olduğu surette mebi bayiin mülkünden çıkmayıp kendi malı addolunduğu cihetle müddeti hiyar zarfında bey'i feshederek mebi istirdada hakkı vardır. Bu surette müşteri mebi kabzettikten sonra bayiin müddeti hiyar tamam olmadan ve hiyarını iskat etmeden mebi bayi telef etse, bey'i feshetmiş olur. Fakat hiyarı sakıt olduktan sonra telef ederse, mebiin mislini veya kıymetini müşteriye zamin olur.

Mebi badelkabız müşteri yedinde bayiin fiili ile olmıyarak telef olduğu surette müşterinin üzerine semen lâzım gelmesi, bayiin hiyarı olmadığı ve bey' dahi sahih olduğu surettedir. Ama bayi muhayyer veya bey'i fasid olduğu surette badelkabız mebi telef olsa, semeni müsemma lâzım gelmeyip mebiin mislini veya kıymetini müşterinin ödemesi lâzım gelir (308, 371 inci maddelere bak)». [50a]

Burada 293 üncü madde şerhinin aksine olarak bayiin yani âkitlerden birinin fiili ile hasıl olan helâk üçüncü şahsın fiili ile doğan helâk hükmündedir. Diğer bir söyleyişle hasar müşteriye ait olup mebi istirdat hakkı olmıyan bayi tarafından telef edilmişse zararın tazmini gerekir. Halbuki 294 üncü madde şerhinde bayiin yani âkitlerden birinin fiili ile hasıl olan helâkte müşterinin sadece bir fesih hakkı vardır.

Son fıkradaki esaslar da fikrimizce âdil değildir. Mebi üçüncü şahsın fiili ile telef olmuşsa, akit ister sahih ister fasid olsun kabız neticesinde hasar müşteriye intikal ettiğine göre zarar da müşteriye ait olmak lâzımdır. Bizce sahih ve fasid tefriki yapılmaksızın müşterinin borcu semeni

[50a] Atıf, zge. K. B. 294 üncü madde şerhini tetkik ediniz.

müsemmayı eda yani 153 üncü maddeye tevfikân tarafeynin bilterazi tesmiye ve tayin ettikleri semeni müşterinin bayie ödemesi ve zararını üçüncü şahsa tazmin ettirmesi icap ederdi.

d. Bey'i fasidde helâki mebi hakkında daha başkaca hükümler de mevcuttur. Yukarıda da temas edildiği gibi fasid bey'de mülkiyet teslimden önce intikal etmez. Müşterinin mebie malik olabilmesi için bayiin kabza izin vermesi lâzımdır. Bu izin lâhik olmuşsa mülkiyet de intikal eder. Bey'i fasidde müşteri mebi kabız ettikten yani ona malik olduktan sonra «indinde telef olsa zaman lâzım gelir, şöyle ki mebi misliyattan ise [51] mislini ve kıyemiyattan ise [52] yövmi kabızdaki kıymetini müşterinin bayie vermesi lâzım gelir» [53].

Mecellenin 372 nci maddesine tevfikân bey'i fasidde her iki âkidin bey'i feshetmeğe hakları vardır. Ancak mebi müşteri yedinde telef olur veya müşteri mebi istihlâk eder veya diğer bey'i sahih ile bey' eder veya hibe gibi bir surette elden çıkarırsa... hakkı fesih kalmaz. Bey'i fasid feshedilirse her iki tarafın aldığı iade etmesi lâzımdır. Bayi semeni kabzetmemişse müşteri yalnız mebi reddeder. Semen alınmışsa müşteri de bayi gibi semen iade edilinceye kadar hapis hakkını haizdir. Bey'i fasid münakit olmakla beraber bazı evsafı hariciyesi itibariyle meşru olmıyan bey'dir [54]. Bey'i fasid ancak kabızdan sonra hüküm ifade eder. Zira fasid bey'i hibe gibi sebebi zayıf olup teslim ile kuvvet kesbetmedikçe mülkiyet ifade etmez [55]. Lâkin kabız vaki olmuşsa nâfiz olur ve müşteri mebi tasarruf hakkını kazanır [56].

Nakledilen maddelere göre, fasid bey'de kabızdan sonra fesih hakkının zail olduğu neticesine varılabilirse de 371 inci madde hakkında şarihlerin verdiği izahattan müşterinin kabzettiği mala malik olduktan sonra da fesih hakkını haiz bulunduğu kabul edilmek lâzımdır [57]. Kezalik 372 nci maddede feshe mâni sebepler meyanında mülkiyet zikredilmemiş olduğuna göre mülkiyetin intikali feshe mâni değildir.

Bu esaslara göre fasid bey'de hasarı üç bakımdan mütalâa etmek lâzımdır.

#### 1. Müşteri bayiin izni olmaksızın fasid bey' ile satılan mebi almışsa

[51] M. madde 145 de «misli» tâbiri tarif edilmiştir. «Misli, çarşı ve pazarda muatidünblh yani, bahanın ihtilâfını mucip bertefavütsüz misli bulunan şeydir».

[52] M. madde 146 da bakınız.

[53] Fasid bey' hakkında 23, 213, 237, 240, 248 ve 364 üncü maddelere de bakınız.

[54] M. madde 109.

[55] Ali Haydar Şerhi, s. 157.

[56] M. madde 366.

fikrimizce gasıp olur. Bu vaziyette mebi yanında telef olduğu takdirde kasıt ve kusuru olmasa bile zamân lâzım gelir [58].

2. Müşteri bayiin izniyle mebi kabzetmiş olup mebi kabelfesih yanında telef olmuşsa, bu halde de kusur aranmaksızın zararı tazmine mecburdur.

Zarar miktarı 371 inci maddeye tevfikân mebiin teslim alındığı günün değerine göre tayin edilir. Çünkü zamân kabız ile sabit olmaktadır [59]. Bayi mebi bu değere göre tazmin ettirdikten sonra müşteri vermiş olduğu semenin iadesini isteyebilir. Vermemişse bayiin mutalebe hakkı kalmaz.

Fasid bey'in münakit olmasına rağmen semen yerine tazminatın geçmesi şöyle izah olunmaktadır. 52 nci maddeye göre bir şey bâtil oldukça onun zımındaki şey dahi bâtil olur. Binaenaleyh bey' fasid olunca onun

[57] M. madde 371. serhi. Atif, zge., s. 157. «(Bey'i fasid indelkabız hüküm ifade eder) bey'i fasid kablelkabız hüküm yani mülkiyeti ifade etmez. Zira bey'i fasid hibe gibi sebebi zâif olup kabız ile kuvvet kesbetmedikçe mülkiyeti ifade etmez. (Yani müşteri bayiin) mebi işaret ederek al götür demesi gibi sarahaten yahut müşteri bey'i fasid ile bey' olunan malı bayiin huzurunda kabzederken bayiin görüp te sükût etmesi gibi delâleten (izni ile mebi kabzettikte ona malik olur) ama sarahaten veya delâleten izin bulunmazsa, müşteri malik olmaz. (Binaenaleyh) yani müşteri kabzettiği mala malik olduğuna binaen, (bey'i fasid ile istira olunan mebi) kabelfesih (müşteri indinde telef) olup da aynını red müteazzir (olsa) müşterinin taaddi ve taksiri olmasa bile (zamân lâzım gelir şöyle ki) mebi mekîlât ve mevzunat ve adedyatı mütekaribe gibi (misliyattan ise mislini ve) mebi yazma kitap ve adedyatı mütevatife gibi (kiyemiyattan ise yövml kabızdaki kıymetini müşterinin bayie vermesi lâzım olur).....

Bayi mebi bu vechile müşteriye tazmin ettirdikten sonra müşteri dahi vermiş olduğu semenin aynını bayiden istirdat edebilir ve eğer semen müstehlik ise, mislini tazmin ettirir ve eğer semeni vermemişse, bayiin artık ondan semen mutalebesiz hakkı kalmaz.

Bey'i fasidde semen tesmiye ve tayin olunmuş olduğu halde mebiin telefı suretinde semeni müsemma lâzım gelmeyip de mebiin mislini veya kıymetini zâmin olması neden lâzım geliyor denilirse buna cevap olarak deriz ki: 52 nci maddede beyan olunduğu vechile bir şey bâtil oldukça onun zımındaki şey dahi bâtil olacağından bey' fasid olunca onun zımındaki tesmiyei semen dahi hükümsüz olur. Binaberin semeni müsemma lâzım gelmez».

[58] 370 inci madde ile serhini tetkik ediniz. Atif, zge., K. B. 881, 891, 771 inci maddelere de bakınız.

[59] Ali Haydar Serhi, s. 157.

zımındaki tesmiyeyi semen dahi hükümsüz olur, ve semeni müsemma lâzım gelmez [60].

Fikrimizce ileri sürülen esbabı mucibe kabili tenkit olduğu gibi 52 nci maddenin tatbikine de mahal yoktur. Evveleminde şunu tebarüz ettirelim ki 372 nci maddede feshe mâni sebepler arasında mebiin müşterinin yedinde telef olması hali de zikredilmiştir. Bu itibarla kabızla esasen nâfiz olan bey' her bakımdan tekemmül etmiş bulunmaktadır. Bu esaslara göre müşterinin borcu semeni mebi olmak lâzım iken tazmin ci-hetine gidilmesi ana kaidelere aykırı gibi gelmektedir. Diğer yandan 52 nci madde bâtil olan bey'den bahseder. 110 uncu maddeye göre bâtil olan bey' asla sahih olmıyan bey'dir. Bey'i fasid ise aslen sahih olup vasfen sahih olmıyan bey'dir.

Mebi bayiin bir gûna kusuru olmaksızın müşterinin yedinde telef olmuştur. Sahih bir kabız da mevcut olduğuna göre, malik vaziyetinde olan müşterinin bütün zarara katlanması lâzım gelirdi. Fiyat düşüşlerinden doğabilecek zararı bayie tahmil etmek her halde nasefete uygun bir prensip olmasa gerektir. Zira kabız günündeki değer akit günündeki değerden çok aşağı olabilir [61].

3. Bey'i fasid feshedildiği takdirde, 373 üncü maddeye tevfiikan bayi semeni kabzetmişse, müşteri, semen iade edilinceye kadar hapis<sup>9</sup> hakkını haizdir. Müşteri bu hapis hakkını istimal ederken mebi telef olsa, hattâ bayi müşteriyi mebiin kıymetinden ibra etmiş olsa dahi müşteri bilâ kusur doğan zarardan mesuldür. «Zira mebi mevcut iken kıymetinden ibra sahih değildir. Ama bayi müşteriyi mebiin aynından ibra ettikten sonra bilâ taad velâ taksir telef olsa zamân lâzım gelmez. Zira zamânı icab eden kabız ile makbuz bulunan bir malın aynından ibra etmek o malı vedia hükmüne koyar» [62]. Demek oluyor ki Ali Haydar şerhine göre fesihden sonra dahi hasar müşteridedir.

Bizce fasid bey'de fesihden sonra hasıl olan durumu emanete de benzetmek mümkündür. Nitekim 370 inci maddenin 2 nci fıkrasına göre de bâtil bey'de müşteri bayiin izniyle mebi kabzetmişse, mebi müşteri indinde emanet olarak kalır. Münfesih bey'de hukukî durum aynı şekilde mütalâa edilebilir. Zira fasid bey'in feshi ile de akit ortadan kalkmıştır.

Mecellenin 771 inci maddesine göre, diğerin malı kazara telef olduğu surette eğer o kimse o malı sahibinin izni olmaksızın almışsa gasıp olup

[60] Ali Haydar Şerhi, s. 158.

[61] 371 inci maddeye göre, akit günündeki değil, kabız günündeki değer tazmin olunacaktır.

[62] Ali Haydar Şerhi, s. 619.

taaddi ve taksiri olsun olmasın zâmin olur ve eğer sahibinin izni ile almışsa yedinde emanet olmakla taaddi ve taksiri olmadığı ahvalde zâmin olmaz [63]. Aynı kaide, 768 inci maddede tekrar edilmiştir. Fasid bey'de müşteri mebiî bayiin izniyle kabzetmiş olduğuna göre, aynı hükmü tatbik etmekte mahzur olmasa gerektir. Nitekim aynı kaide bâtil bey'de de caridir. Mecellenin 370 inci ve bu sahada verilen izahata binaen meselâ şeraiti inikattan olan ittihadı meclis olmadığından bey'i bâtil olup müşteri bayiin izniyle mebiî kabzettikte mebi müşteri nezdinde emanet kabulinden olur. Emanette ise taaddi ve taksir olmadıkça zamân olmadığından mebi bilâ taad telef olsa zamân lâzım gelmez [64]. Bizce bâtil bey'de cari olan bir kaideyi fasid bey'e evleviyetle tatbik etmek lâzım gelirdi.

Bey'i mevkufta da vaziyet açık değildir. Yukarıda işaret edildiği veçhile mevkuf beyi gayrın hakkı taallük eden beyi olup indelicaze hüküm ifade eder [65]. Bununla beraber icazet verilmişse, icazet vakti akde muzaaf olarak tesir icra eder yani müşteri akdin inikadı tarihinden itibaren mülkiyet iktisap etmiş olur. Yalnız burada da hasar mülkiyete göre değil kabza göre intikal eder. Müşteri mebiî kabzedip icazet de verildikten sonra helâk hasil olmuşsa bundan münhasıran müşteri mesuldür. Lâkin henüz icazet verilmeden mebi müşteri nezdinde telef olmuşsa burada da hukukî durumu emanete teşbih etmek mümkün olduğu gibi kabız tahakkuk ettiğiinden hasarın münhasıran müşteriye ait olduğu da ileri sürülebilir.

Nihayet mebide hasil olan semere ve ziyadenin telef olması halinde cari olan hükümlere de kısaca temas edelim. Burada da kabız ve teslim ön safdadır. Kabız ve teslimden önce semere ve ziyadê telef olmuşsa hasarın dolayısıyla bayie ait olduğu kabul edilebilir [67]. Zira, Mecellenin

[63] M. madde 771. Atif, zge., s. 17. Bunun bir istisnası sövmü sıra tarikiyle yapılan bey'dir.

M. madde 298. «Sövmü sıra tarikiyle, yani tesmiyeyi semen olunarak istira etmek üzere müşteri kabzedip götürdüğü mal müşteri yedinde telef ve zayi oldukça, kıyemiyattan olduğu takdirde, kıymetini ve misliyattan olduğu takdirde mislini bayie vermesi lâzım gelir».

M. madde 299. «Sövmü nazar tarikiyle yani görmek yahut göstermek üzere kabzolunan mal gerek bahası beyan olunsun ve gerek beyan olunmasın telef ve ziyada olsa, zamân lâzım gelmez».

M. madde 771.

[64] M. madde 370. Atif, zge., s. 157.

[65] M. madde 111, 377.

[67] Ali Haydar Serhi, s. 375 ve müt., 420 ve müt.



234 üncü maddesine tevfikân teb'an bey'de dahil olan şeyin semende hissesi yoktur. 48 inci madde de aynı kaideyi vazeder. «Tâbi olan şey'e ayrıca hüküm verilmez». Bey'de dahil olan şey'in semende hissesi olmaması vasıf kabilinden olduğu ve evsafın semende hissesi olmadığı cihetledir. Binaenaleyh, bey'de dahil olan şey kablelkabız telef olsa semeni müsamadan bir şey tenzil edilemez. Ancak müşteri hiyârı vasıfla muhayyer olur. Dilerse bey'i fesheder dilerse, mecmu semeni müsemma ile mebi alır [68]. Bizce bu kaideyi 236 ncı maddeye tevfikân hasıl olan semere ve ziyadeye de teşmil edebiliriz. Zira sözü geçen hüküm de aynı fasıl ahkâmındandır. Demek oluyor ki semere ve ziyadenin telef olması halinde müşteriye bir fesih hakkı tanınmak suretiyle bilvasıta hasar bayie tahmil edilmiş bulunmaktadır.

D. Yukarıda nefi ve hasar hakkında verilen sistematik izahat tamamîyet iddiasında değildir. Maksudumuz Mecellenin ana prensiplerini Borçlar Hukuku çerçevesi içinde yetmişmiş olan nesle tanıtmaktır. Bu meyanda yapılan tenkitlerin isabetinde de tereddüt edilebilir.

Umumî bir tahlile gitmeden, muhterem hocam Ord. Prof. Sıddık Sami Onar ile Ord. Prof. Ebül'ülâ Mardin'in Mecellede hasar prensipleri hakkında lütfettikleri izahatı aynen dercetmeği vazife bilir, sırf ilmi hakikatin tezahürüne hizmet emeliyle katlandıkları zahmete bilhassa teşekkür ederim.

«Mecellenin 369 uncu maddesinde «bey'i münakidin hükmü mülkiyettir, yani müşterinin mebie ve bayiin semene malik olmasıdır» denildiği halde 293 üncü maddesinde «bey' kablelkabız bayiin yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bayie ait olur» denilmesinde acaba bir tenakuz var mıdır? Akitle beraber mebiin mülkiyeti müşteriye geçmiş ve Roma Hukukunda olduğu gibi mülkiyetin intikali için araya teslim fiilinin girmesine lüzum bulunmamış olduğu halde mebi sadece bayiin fiilile değil mebiin kendi fiili ve halile ve âfeti semaviye ile hattâ üçüncü şahsın fiili ile telef olmasından dolayı hiçbir kusuru bulunmayan ve akdın hükmü ile mebi üzerinde hakkı mülkiyeti de kalmamış olan bayie hasarın terettüp etmesi nasıl izah edilebilir?

Bu noktayı aydınlatmak için Mecellede ve onun esasını teşkil eden fıkhî hâkim olan mesuliyet ve hasar nazariyesini gözönüne getirmek lâzımdır. Malûm olduğu üzere İslâm Hukuku Roma Hukukunun aksine olarak hukukî mesuliyette kusur nazariyesi gibi sübjektif bir esası değil hasar nazariyesi gibi objektif bir esası kabul etmiştir. İslâm hukukçuları tarafından ismeti emval nazariyesi diye ifade edilen bu prensibe göre her

[68] Atıf, zgl., K. B., s. 72.

ne sebeple olursa olsun gayrin fiili neticesinde hasıl olan zarar fail tarafından tazmin edilmek icap eder. Failin ister kusuru olsun ister olmasın. Fail zararı kasden ika ederse hem günahkâr olur hem de hukukan mesul olur. Kasıt bulunmazsa günahkâr olmaz fakat gayrin hakkını tazmin etmesi icap eder. Filhakika zararı ika eden failin bir kusuru yoktur. Fakat mal sahibi de aynı suretle kusursuzdur. Ancak zarar failin ekseriya kendi fayda ve menfaatini istihdaf eden fiil ve hareketi neticesinde hasıl olmuştur. Halbuki mağdur mal sahibi tamamen pasif bir vaziyettedir. Şu halde hasarı tamamen mağdur ve pasif vaziyette olan mal sahibine değil bir fiil ve hareketi mevcut olan ve bu fiil ve hareketi kendisine bir menfaat temin eyliyecek bulunan faile tahmil etmek daha âdilâne ve malın ismetini muhafaza prensibine daha uygun olur. Mecellenin kavaidi külliyesinin 85 inci maddesindeki (bir şeyin nef'i zamânı mukabelesindedir) hükmü bu esasın bir ifadesidir.

Garp hukukunda hasar veya objektif mesuliyet nazariyesi adıyla son zamanlarda ortaya çıkan ve tatbik sahası günden güne genişleyen ve Roma Hukukunun kusur nazariyesinden daha doğru ve âdilâne telâkki edilmeğe başlanılan nazariye İslâm Hukukunun bir kaç asır evvel ortaya koyduğu ve hukukî mesuliyete tatbik ettiği ismeti emval nazariyesinin hemen aynıdır. Çünkü bu nazariyede hasarı, zararı doğuran fiilin menfaatini alâkadar eden müteşebbisine tahmil etmektedir.

Bu esası tesbit ettikten sonra bey'deki hasar meselesini tetkik edebiliriz: Filhakika bey'in inikadile beraber bayiin malik sıfatı zail olmakta ve teslim fiilinden evvel de mülkiyet müşteriye intikal etmiş bulunmaktadır. Ancak bey'le beraber bayiin mebi üzerinde başka bir aynı hakkı doğmuştur, bu da Mecellenin 278 inci maddesinde beyan edilen hapis hakkıdır: «Peşin satışta, müşteri semeni tamamen tediye edinceye dek bayiin mebi hapis ve tevkif etmek hakkı vardır». Şu halde mebi bayiin elinde bulunması kendi menfaatini temin bakımındandır. Binaenaleyh müşterinin bir fiili olmaksızın mebiin telefi halinde hasarın semeni mebi istifa menfaati korunan ve âdeta bir mürtehin vaziyetinde olan bayie tahmil edilmesi ve semen borcunun düşmesi doğru olur.

Eğer semen tediye edilmişse veya satış veresiye yapılmışsa bayi esasen müşterinin mülkü olan mebi derhal müşteriye teslim mecburdur. Bu teslim vazifesini yerine getirmemekle de bir kusur işlemiş, yeddi emaneti yeddi gasba inkılâp etmiş, bugünkü hukukumuzun tâbiriyle mütemerid vaziyete düşmüş olur. Bu itibarla da hasarın kendine tahmil edilmesi yine doğru ve âdilânedir.

Görülüyor ki mülkiyetin intikali hakkındaki hükümlerle hasar hakkındaki hükümler arasında bir tenakuz yoktur. Hasar hükmü büyük bir

nazariyenin mantıki bir hükmüdür ve kanaatimce çok âdilânedir» [68a].

«Kabızdan evvel telef olan mebiin hasarı bayie ait olacağı yolundaki Mecelle hükmü, Hanefî mezhebi telâkkilerine dayanmaktadır. İslâm Hukukunda İmamlar arasında ihtilâf vardır. İmamı Âzam ile İmamı Şafî zâmânın ancak kabız ile müşteri uhdesinde takarrür edebileceğine kaildirler. İmamı Mâlik meseleyi tafsile tâbi tutmuştur:

\*1 — Tevfiye hakkı bulunan satışlar (nev'en muayyen),

2 — Tevfiye hakkı bulunmayan satışlar (ferden muayyen).

Tevfiye hakkı bulunanlarda zamân ancak kabızdan sonra müşteriye ait olur bulunmayanlarda bakılır, mebi hazır ise, zamân, kabzetmese de müşteriye ait olur. Gaip ise müşteriye ait olacağı şart edilmedikçe bayie ait olur. Bu ihtilâf kabız akitte bir şart veya bir hüküm telâkki etmeğe teferru eylemektedir. Yani bey'i aynı veya rizai bir akit olarak telâkkiye dayanmaktadır. Kabız, akdin sıhhat veya lüzum şartı telâkki edenler yani bey'in aynı bir akit olduğuna kail olanlar müşteri kabzedinceye kadar hasarı bayie yükletirler fakat kabız bir şart telâkki etmeyip de akde terettüp eden bir hüküm olarak kabul edenler akitle mebiin müşteri zamânına dahil olduğunu nazara alarak bayiin elinde iken telefte bile hasarı müşteriye yükletirler ve Mâlikî Mezhebinde görülen tafsili, kaidevi bir hüküm değil istihsanî bir hüküm yani adalet ve maslâhat icabı olarak kabul ederler. Zaten nassın zahirine istinat edenler mebiin mücerred akit ile müşterinin zamânına dahil olduğu kanaatindedirler. Semerenin kabızdan evvel müşteriye aidiyetinde ittifak olduğuna göre hasarın da ona aidiyetini kabul iktiza eder diyorlar. Delilleri (Elhâracı bizzamân) Hadîsi Şerifidir ki Mecelle bunu 87 inci maddesinde «mazarrat menfaat mukabelesindedir, yani bir şey'in menfaatine nail olan anın mazarratına mütehammil olur» suretile ifade etmiş ve 88 inci maddede «külfet nimete ve nimet külfete göredir» vecizesile de bunu teyit eylemiştir» [68b].

Sayın Ord. Prof. Ebül'ülâ Mardin'in «Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa» adlı eserinin 214 üncü maddesinde verdiği izahat da aynen şöyledir:

«2. — 293, ki mebiin kabızdan evvel bayi elinde telefinin bayi hesabına geçeceğine dairdir. Madde şudur: «Mebi, kablelkabız bayiin yeddinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı bayie ait olur». Mr. André Mandelstam bu hükme hücumda işi Mecelleyi istihfafa kadar götürmüştür (144). Kanaatime göre hâdisse hem akti kabul ve hem hasarı bayie ait telâkki etmek nasıl olabilir. Bu bir tenakuz değil midir?

[68a] Ord. Prof. Sıddık Sami'nin notlarından.

[68b] Ord. Prof. Ebül'ülâ Mardin'in notlarından.

Mademki Mecelle münakid bir satışın hükmünü mülkiyet olarak kabul etmiştir, o halde telefin müşteri hesabına olmasını kabul etmelidir. Bir kusuru bulunmadıkça bayii hasardan mesul tutmak müşterinin mülkiyet esasına uygun değildir. Nasıl ki Fransa Kanunu 1138 inci maddesiyle bu zararı müşteriye yüklemiştir.

Görülüyor ki Mr. André Mandelstam bu hususta Fransa hukukunun tesiri altındadır. Fransız hukukunda hüküm dediği gibidir. Fakat muasır diğer mevzuat bu noktada Fransız hukukunu takip etmiş değildir. Nitekim Alman Medeni Kanununun 446 ncı maddesinin mebliin teslimden evvelki nef'ü hasarını bayie bırakmıştır. Vaki bu kanundan mülhem olan İsviçre Medeni Kanunu ile bizim yeni Medeni Kanunumuz Fransız hukukundaki telâkkiye yakın bir hal şekli kabul ederek mehzaları bulunan Alman Medeni Kanunundan ayrılmışlarsa da bu maddelere konulan kayıtlar esasen istisnai olarak kabul edilmiş olan kaideinin tatbik sahasını hayli daraltmıştır. Borçlar Kanunundaki 183 üncü madde «halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların maadasında» kaydiyle bu hükmün âmir bir hüküm olmadığını kabul etmiştir. Demek taraflar bu kaide hilâfına mukavele yapacak olurlarsa bu mukaveleye kıymet verilecektir. Kaldı ki yeni kanunumuzun bu telâkkisi kıyemî mallarda caridir. Misliyatıta henüz emsalinden ayrılmamışsa hasar yine bayie aittir.

Schneider'deki tafsilâttan İsviçre Kanununun müzakeresi sırasında Alman Medeni Kanunundaki gibi bir metin hazırlandığı fakat kabule iltiran etmediği anlaşılmaktadır.

Maamafih İngilterede de, Avusturyada da durum Almanyada olduğu gibidir. Hattâ Büyük Fransız Medeni Hukuk müellifi Planiol bile yeni müelliflerin fikrine nazaran Alman sistemi en mantıkî olanıdır, diyor. Şu halde İngiltere, Almanya gibi büyük milletlere mensup medeni kanunlar için nakise teşkil etmiyen böyle bir hükmün Mecelle için bir noksan addolunması doğrusu hayli gariptir. Kaldı ki Mecellede mülkiyetin kabızdan evvel akitle tekevvününe dairdir. Yani müşteri için mülkiyeti husule getiren âmil kabız değil akittir. Kabız, telefin müşteri hesabına gütmesi, ilmi tâbirle zamânın müşteri uhdesinde tekarrürü için aranmaktadır. Parayı alıncaya kadar bayie isbat olunan hapis hakkı akitten sonra bayiin mevide mülkiyeti kalmıyacağı esasına mugayir değildir. Nasıl ki mürtehin de merhuna malik değil iken hapis hakkını haizdir. Maamafih Mecelle kabızdan evvel de hasarın müşteriye aidiyeti yolunda Malikî Fıkıhta mevcut olan hükümden istifade ederek Fransız hukuku ile hemhal olabilirdi. Hanefî Fıkıhı çerçevesi dışına çıkmamak umdesi belki buna mâni olmuştur. Bir de 1804 Fransız Kanunundan muahher olan 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu hasarı bayie tahmil ettiğine göre, 1869

tarihini taşıyan Mecelleyi vücuda getiren ilmi heyetin muahhar kanuna kıymet vermiş olması da istibad olunamaz» [68c].

Bizce, teferruattan sarfınazar, Mecellenin nefi ve hasar ahkâmının mantıkî ve âdil olup olmadığını tahlil edebilmek için mülkiyet müessesesinden hareket etmek gerekir.

a. Mecellenin sözü geçen 369 uncu maddesine binaen bey'i münakidin hükmü müşterinin mebie ve bayiin semene malik olmasıdır. Arızî ve istisnai beyi nevileri müstesna, mülkiyet aktin inikadı ile intikal eder. Asıl olan budur.

Buna benzer bir hüküm Fransız Medeni Kanununda da mevcuttur. Code Civilin 771 inci maddesine göre mülkiyet akitle iktisap olunur. 1583 üncü maddesine göre de alim satımda mülkiyet mebi ve semenin tayini ile alıcıya intikal eder. Fransız hukuku mülkiyetin intikaline hasarın intikalini de raptetmiştir. «Bir şeyi teslim borcu, âkit tarafların rızaları ile tamam olur. Akıt alacaklıyı malik yapar ve şeyin hasarı malın teslim edilmesi lâzım geldiği andan itibaren alıcıya intikal eder» [69]. Görülüyor ki hasarın intikali için malın teslimi şart değildir. Hasarın intikali açıkça ifade edilmiş olmamakla beraber intikal eden mülkiyetin bir neticesidir. Esasen aynı maddede mülkiyet ve hasardan bahsedilmiş olması da buna işaret etmektedir [70].

İngiliz ve Amerikan hukukunda da vaziyet Fransız hukukuna müşabihdir [71]. Kezalik Alman hukukunda da hasarın mülkiyet ile birlikte intikal ettiği müdafaa edilebilir. Alman Medeni Kanununun 929 uncu maddesine göre menkullerde mülkiyet teslim ile intikal eder. 446 ncı mad-

[68c] (144) «... Mecellenin 293 üncü maddesi meblin teslimden evvel bayiin elinde olması halinde vukua gelen hasarı bayle yüklemektedir. Hattâ bu hüküm mes-hur (bir şeyin hasarı malike racidir - res perit domino) kaidesine de zıttır. Bundan başka bu madde bey'in icabı kabulle inikat ettiği ve tekemmül eden bey'in neticesinin mülkiyetin intikali olduğunu beyan eden Mecellenin 167 ve 369 uncu maddeleriyle de tenakuz teşkil etmektedir». (M. André Mandelstam'ın eserinden tercüme, sah. 103. E. Mardin, Cevdet Paşa adlı eserde zikredilmiştir, s. 214).

Nakledilen fıkraya göre André Mandelstam hasarın teslim ile intikali prensibini tenkit etmiş değildir. Tenkitleri daha ziyade mülkiyet intikal ettiği halde hasarın mülkiyet ile birlikte intikal etmemesi esasına müteveccihdir ki bu noktada biz mezkûr müellifle birleşmiş oluyoruz.

[69] C. C. m. 1138.

[70] Eglil, zge., s. 55. Planiol, Traité Élémentaire de Droit Civil, 1926, cilt II, s. 478, No. 1347; Chaveau, Ventes Commerciales, F. X.

[71] İngiliz bey' akdi kanunu, madde 20. Amerikan kanunu, madde 22.

deye göre de hasar da ancak teslim ile geçer. Kezalik Alman müelliflerinin çoğu da hasarın intikalini mülkiyetin bir neticesi olarak gösterir [72].

Mülkiyet bir şey üzerinde tasavvur edilebilen bütün hakları içinde toplar, ve şey üzerinde en geniş hâkimiyeti sağlar. «Bir hakka sahip olan o hakkın ziyaından doğan zarara da katlanmalıdır» [73]. Casum sentit dominus kaidesi yalnız Roma Hukukunda cari olan bir prensip değildir [74]. Aynı haklarda bu kaide umumî ve mülkiyet hakkının tabii ve mantıkî neticesidir. Bundan başka aşağı yukarı her mevzuatta mülkiyetin intikal ettiği hallerde hasarın da intikali bu hakkın zarurî bir neticesi telâkki edilmiştir.

Halbuki Mecellede hukuki durum berakistir. Hasar mülkiyetten ayrı olarak kabız ile geçer. Mülkiyet hakkı şey ile şahıs arasında en kat'î rabıta tesisi eden hukuk müessesesi olmak itibariyle ya hasar ile mülkiyet birlikte intikal etmeliydi veya her ikisinin intikali teslime bağlı tutulmalıydı.

Mecellenin başında umumî hükümler meyanında bulunan 85 inci madde 88 inci madde ile aynı prensibi vazeder. Son madde izah olunurken Ali Haydar şerhinde aynen şöyle denilmektedir: «Bir şeyin nef'i zamân mukabelesindedir, yani bir şey telef olduğu takdirde, o şey kimin mülkü ve onun hasar ve ziyamı kime ait ise, o şey onun zamânında demek olur. O kimsenin bu veçhile zamânı o şey ile intifâna mukabil olur» [75]. Bu cümleden anlaşıldığı veçhile, mülkiyet ile hasarı Mecelle şarihleri de birbirine bağlı görmüşlerdir. Bir şeyin nef'inden istifade eden diğer bir söyleyişle bir hakka sahip olan, ki hakka sahip olmak o haktan istifadeyi de sağlar, o şeyin telef olmasından mütevellit zarara da katlanacaktır. Hiç şüphe yoktur ki, Mecelle de aynı haklarda «casum sentit dominus» kaidelerini terviç etmiştir. Lâkin bizatihi mülkiyet hakkının birlikte getirdiği bu külfeti Mecelle her nedense mülkiyetin intikal ettiği bey' aktinde kabul etmemiştir.

[72] Oertmann, *Recht der Schulverhältnisse*, 1929, cilt II, madde 446, s. 557/8. Cosack, 5 tabı, § 122 II. Crome, § 213 I. Eccius, Maritini, Matthiass, s. 515/16. Kisch, Titze, Schollmeyer. Oertman'da zikredilmiştir. Oertmann birinci tabıdaki kanaati hilâfına ikinci tabıda hasarın mülkiyet ile intikal ettiğine meyl eder (Aksi kanaatte bulunan müellifler de mevcuttur).

Cosack - Mittels, cilt I, 1927, § 183, s. 514, sarahat yoktur.

Fransız, Alman ve Anglo-Sakson hukukuna dair verilen izahatı da tefkik ediniz.

[73] Eglı, zge., s. 23.

[74] Hirs, zge., s. 697.

[75] Ali Haydar Şerhi, s. 185, madde 85.

Gerçi hasarın intikalinde teslim sistemi müdafaa edilebilir. Hattâ belki modern ihtiyaçlara en uygun sistem teslim usulüdür. Şunu bilhassa tebarüz ettirmek isteriz ki, buradaki münakaşanın hedefi hangi sistemin elverişli olduğunu tayin değildir. Hasarın intikalinde akit, mülkiyet veya teslim esası kabul edilmiş olabilir. Bunlardan hangisi kabul edilmiş olursa olsun tervec edilen sistem icabı mevzu hükümler arasında da âhenk bulunmalıdır. Mülkiyetin intikalinde de kabız esası kabul edilmiş olsaydı hiç şüphe yok ki âhenksizlikten bahsedilemezdi. Halbuki Mecellede mülkiyet akitle intikal ederken hasar teslimle geçer.

Buna benzer bir âhenksizliğin Türk ve İsviçre hukukunda da mevcut olduğu ileri sürülebilir. Bilindiği gibi Türk ve İsviçre Hukukunda nefi ve hasar aktin tamam olması ile ve mülkiyetin intikalinden önce müşteriye geçer. Yukarıda da işaret edildiği gibi, Roma Hukukunda hasarın intikali, nef'in müşteriye aidiyeti ve müşteri hukuken ve şeklen malik olmamakla beraber, bey' aktinin mebi üzerinde sağladığı iktisadî hâkimiyet ile izah olunmaktadır [76]. Belki prensip bakımından bu sistemi tenkit etmek mümkündür. Yeknazarda Roma dolayısıyla İsviçre ve Türk Hukukunun Mecellenin tam aksine bir sistemi tervec ettiği mülâhaza da edilebilir. Ancak Roma Hukukunun dayandığı sistemde makul bir telâkki vardır. Roma Hukuku mülkiyet müşteriye geçmediği halde iktisadî menfaatleri müşteriye naklettiği için şeyin rizikosunu da ona tahmil etmiştir. Hakikati halde bayide kalan, tâbjr caizse, nefiden mahrum kuru bir mülkiyettir. Mebi iktisaden bayiin mâmelekenden çıkmış müşterinin mâmelekine intikal etmiştir. Roma Hukukunda muvazene tamdır. Nefiden istifade eden hasara da katlanmalıdır. «Nimet külfete ve külfet nimete göredir». Aynı müdafaa Mecelle için varit değildir.

Mecellede mülkiyet intikal etmekle beraber tasarruf hakkının ancak kabız ve teslim ile geçtiği bu itibarla intikal eden mülkiyet hakkını da kuru bir mülkiyet şeklinde tavsif etmemiz gerektiği ileri sürülebilir. Filhakika intikal eden mülkiyet şekli bir mahiyet arzetseydi bu fikir müdafaa edilebilirdi. Yukarıda da temas edildiği veçhile bu bakımdan da Mecellede âhenk yoktur. Akarda müşterinin kabızdan önce de tasarruf hakkı mutlakdır. Menkullerde de yok değildir. Meselâ hibe, rehin ve sadakaya cevaz verilmiştir.

Bununla beraber menkullerde mevzu tahdidata dayanılarak, hakikî tasarruf hakkının teslim ile intikal ettiği bu itibarla âhenksizlik bulun-

[76] Egli, zge., s. 30. Roma Hukukunda malını satan aynı malı ikinci defa sattığı takdirde ceza görür. Kornella K. Bu bakımdan tasarruf hakkı geniş mülkiyatta tahdide uğramış sayılır.

madığı müdafaa edilebilir. Lâkin bu halde aynı prensip gayrimenkuller hakkında da cari olmalıydı. Halbuki gayrimenkullerde müşterinin tasarruf hakkı mutlaktır. Burada kuru bir mülkiyetten bahsedilemez. Hasarın intikalinde ise gerek menkul gerek gayrimenkullerde kabız esası hâkimdir. Nihayet bu ayırmaya menkul ve gayrimenkul malların mahiyeti sebep gösterilmiş olsaydı yine müdafaası mümkün görülebilirdi. Mecellede menkul ve gayrimenkullerde nakil kabız ve teslim ile hasıl olmaktadır. Bu bakımdan menkul ile gayrimenkuller arasında fark yoktur. Vaziyet böyle olunca tasarruf hakkı bakımından da bir tefrik yapılmamak icap ederdi. Halbuki tefrike sebep, akarda hasarın nadir oluşu gösterilmektedir. Hak ve nasafetin hâkim olması icap eden bir sahada bahusus kabız bakımından da aralarında fark yok iken hasarın nedret veya kesrete göre tefriki bize pek mülâyim gelmemektedir [77].

b. Fikrimizce tenkit edilecek en mühim cihet nefi ile hasarın birbirinden ayrılmış olmasıdır. Yukarıda da tafsil edildiği gibi, Mecellenin 236 ncı maddesine tevfikân semere ve ziyade bey' akdinin inikadı ile ve kabızdan önce müşteriye intikal eder. Bu hüküm aynı maddenin ikinci fıkrasına binaen menkul ve gayrimenkuller hakkında da caridir. Buna mukabil mebi kabızdan önce bayiin yedinde telef olmuşsa hasarı bayie aittir. Mecellenin umumî hükümleri meyanında bulunan 85 ve 88 inci maddelerin vazeylediği muvazenenin bu iki esasta bozulduğuna şüphe yoktur. Külfet bayide nimet ise müşteridedir. Filhakika hasarı nefiden ayırmak mümkündür. Taraflar bir mukavele ile hasarı bayide bırakarak nef'in müşteriye naklini kararlaştırabilirler. Tarafların menfaatleri böyle bir tefrike lüzum göstermiş olabilir. Ancak kanun bir hükmü vazederken bu menfaatlerin birbirine müsavi olduğu esastan hareket etmeli ve muhik bir sebep yok iken birini diğerine tercih etmemelidir. Neden nefi müşteride iken hasar bayie ait olsun? Bayiin haiz olduğu hapis hakkı bu vaziyet üzerine müessir değildir. Bayi ister hapis hakkını haiz olsun ister olmasın, semen ödendiği takdirde mebiil semere ve ziyade ile birlikte teslim etmek mecburiyetindedir. Halbuki bu müddet içinde helâk hasıl olsaydı zarara münhasıran bayi katlanacaktı. Semere ve ziyadenin hasardan tefriki mansif olmadığı gibi, bizzat Mecellenin vazettiği umumî hükümlere de aykırıdır.

**Halil Arslanlı**

[77] Atif, zge., K. B., s. 84, 85 e bakınız.