

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
TALEBE CEMİYETİ NEŞRİYATINDAN:

Türk Borçlar Kanununa göre

ALIM SATIM (Beyi)

BÜLENT NURİ ESEN

İstanbul — Bozkurt Matbaası

1935

Sayın öğreticimiz A. Samim'e :

Bu değersiz tetkiki ilk siz beğendiniz. Zaten bana onu hazırlamak kudretini de yine sizin teşvikkâr iltifatlarınız vermişti. Müsaade edin de onu bilginize hayran olan bağlıklarımın bir nişanesi olmak üzere size ithaf edeyim.

B. N. E.

Türkânıma :

İlmi kıymeti süper olan bu işleyişin bugün herisinde bu kadar değerli tahsil vaziyetinde, iken bakıma almıştum. Bu müsaade, tabii ki benim için iltifatıdır. Üne yine kendime, şevket bu süper sen olan sana veriyorum. Hem de vay am ne diyen diye!

Bu zoruca işleme, veyahut da yamuyacakları ve de tetkinin sonucuna göre bağışa, emi yorum!

8. I. 1941

Bülent

Şu küçük broşür 1934 ün birinci kânunu ile içinde bulunduğumuz yılın ilk ayı içerisinde son sınıf arkadaş'arile yapılan konuşmaların telhis edilmesinden ortaya çıktı. Bu broşürün iki gayesi var : Biri, onun basılması hususunda ısrarlı arzu gösteren arkadaşların dileklerini karşılamış olmak, diğeri de fikir alanında yapmak cesaretini gösterdiğimiz ilk denemenin nasıl karşılanacağını görmek ve çocuğun emeklemekte güçlük çekip çekmeyeceğini anlamaktır.

Bu risaleyi bastırmanın hiç bir iddiası yoktur. Ne yeni bir nazariye tesisi, ne de hukukî tatbikat sahasında bambaşka bir sistem vücade getirmek emelî. Burada gözetilen yegâne nokta Türk borçlar kanununun alım satım akdine ayırdığı kısmın mümkün mertebe el ile tutulabilecek bir izahını yapmak, bu akdin umumî mekanizmasını gözlerde canlandırmaktır.

Bu kısa izahta pek çok eksik taraflar yok değil. Ezcümle ahkâmı sabıkamızdan ve alım satımın hususî şekillerinden bahsedilmemiştir. Yalnız, öyle sanıyorum ki ahkâmı sabıka üzerinde kafa yormak amelî bir netice tevlid etmekten uzaktır. Akdın hususî şekillerine gelince, müessesenin ana çizgileri bir defa kavrandıktan sonra onların da anlaşılmasında hiç bir güçlük ile karşılaşılmaz.

Burada bizim vaziyetimiz Hukuk fabrikasının değerli mamulâtından biri olan alım satım adlı metaı teşhir eden bir satıcı vaziyetini geçmez. Bu teşhiri yaparken onu beğendirebilmek ve meta' üzerine mümkün mertebe ışık tevcih eylemiş olmak başlıca dileğimizdir. bu satırları yazan müsamahanıza sığmır ve kusurlarının bağışlanmasını dilerken onların basılması hususunda yardımlarını esirgemeyen (Talebe Cemiyeti) arkadaşlarına hararetle teşekkür eder.

Mart 1935

B. N. ESEN

Kısaltmalar :

<i>Türk Ticaret kanunu</i>	<i>T. K</i>
<i>Türk Borçlar kanunu</i>	<i>B. K</i>
<i>Türk Kanunu medenîsi</i>	<i>K. M</i>
<i>Alman</i> « «	<i>A. K. M</i>
<i>İsviçre</i> « «	<i>İ. K. M</i>
<i>Fransız</i> « «	<i>F. K. M</i>
<i>Türk İcra ve İflâs Kanunu</i>	<i>İ. İ. K</i>

Bu broşürdeki (kanun) tabirinden Türk Borçlar kanunu anlaşılmalıdır.

BİRİNCİ KISIM

GİRİŞ

Fert tek başına yaşayamaz. Cemiyet hayatı onun için tabii bir şarttır. Romalılar bunu izah için (*Unus homo, nullus homo*) derlerdi.

İnsanlar ihtiyaçlarını karşılayabilmek için haricî âlem ile temasa gelmek; bu haricî âlemi teşkil eden bir takım eşyaya el atmak mecburiyetindedirler. Bu suretle eşya ile insan arasında bir münasebet husule gelmiş olur.

Maddî olan bu münasebet derhal hukukî bir münasebet şekline girer. Zira, üçüncü şahıslar ile eşyaya bir münasebet neticesinde bağlı bulunan kimse arasında bir rabıta doğar: bu üçüncü şahıslar o kimsenin eşya ile olan vaziyetini ihlâl etmemekle mükellefdirler.

İnsan yaşayabilmek için ihtiyaçlarını gidermek mecburiyetindedir. Bu ihtiyaçların tatmini ise her zaman kendi kendine mümkün olmaz, yani insan bunu bizzat tek başına yapamaz. Hemcinsleri ile münasebete giriş-

meğe, onlarla eşya ve hizmet mübadelesinde bulunmağa mecbur olur.

Beşeriyetin ilk devirlerinde aynı şekilde yapılan bu eşya mübadeleleri trampa ismini taşır. Bilâhara devletler bir mübadele vasıtası kabul edince bu trampanın mahiyeti değişmiştir.

İlk zamanlarda muayyen bir takım eşyadan, bilâhara *Pecunia* tabir edilen hayvan başlarından ibaret bulunan bu mübadele vasıtası daha sonraları meskûkât darbına başlanınca para oldu. Daha ileride semenden bahsederken bunun para olması lüzumundan da bahsedeceğiz. Şimdilik şukadar söyleyelim ki bugünkü manasile alım satım paranın ortaya çıkmasından sonra meydana gelmiş bir müessesedir.

Fransızlar, herkes satmaz, lâkin herkes satın alır diye bir darbimesel kullanırlar. Filhakika bugün cari olan ve eşyaya taalluk eden hukuk müesseselerinin en başında bey'i zikretmek lâzımdır.

AKDİN EHEMMİYET VE MAHİYETİ :

Zamanımızdaki mukavelelerin en mühimlerinden biri, belki de en mühimi beyi mukavelesidir. Bugüne kadar beyi hakkında bir çok eserler yazılmıştır. 1933 senesi zarfında Fransızca lisanında yazılıp neşredilmiş olan doktora tezlerinden dört tanesi bey'e aittir. Bey'in bilhassa ticaret hukuku sahasında mühim bir yer işgal etmesi ona son derece büyük bir ehemmiyet vermektedir.

Hiç bir gün yoktur ki hiç birimiz müteaddit beyi muamelesinde bulunmayalım. Bir paket sigara almak, lokantada yemek yemek, bir fincan kahve içmek.. İşte en basit beyi misalleri. Bunları istediğimiz kadar fazlalaştırabilir ve büyültebiliriz.

Beyi akdi **mülkiyeti nakledici** bir akiddir. Roma hukukunda mücerred beyi mülkiyeti nakle kifayet etmezdi. Yani Romada beyi bir iktisab şekli (*modus oquirendi*) değildi. Mülkiyetin nakli beyi müteakıp vukua geliyordu. Tamamen böyle olmamakla beraber Fransız kanun medenîsi eski Roma telâkkisine bağlı kalmıştır. Romada satıcı mebiin dominium unu nakletmek vecibesini deruhde etmezdi. F. K. M. 1583 üncü maddesi de şöyledir: « Şey ve semen üzerinde mütabakat hasıl olunca, şey teslim edilmemiş ve semen tediye olunmamış bulunsa bile, beyi taraflar arasında münakiddir, ve mülkiyet hukukan satıcıdan alıcıya geçer.»

Alman hukukunda beyi, mülkiyeti nakledici olmayıp, mülkiyeti nakletmek vecibesini doğuran bir akiddir. Bundan da şu neticeler çıkar:

1 — Taraflar kendi aralarında temlik vecibesini doğurmıyacak olan bir beyi akdedebilirler. Filvaki Alman K. M. 433 üncü maddesine nazaran «beyi akdi mucibince, bir şeyin satıcısı anı alıcıya teslim ve bu şeyin mülkiyetini temine mecburdur.»

2 — Temlik vecibesini doğuran bir beyi akdi yapılmışsa akdin ademi ifası halinde müeyyide fesihdir. Planiol A. K. M. nin bu maddesine bir tenkid yapıyor

ve mülkiyetin nakli ile teslim vecibeleri ayrı ayrı şeylerdir, bunlardan biri diğerinden daha mühimdir. Binaenaleyh bu ehemmiyeti tebarüz ettirmek gerektir, yoksa ikisini de aynı derecede tutmak doğru olmaz, diyor.

AKDİN TARİFİ VE UNSURLARI .

Beyi öyle bir akiddir ki satıcı denilen şahıs, alıcı tesmiye olunan diğer bir şahsa bir şeyin mülkiyetini nakdî bir bedel tediyesine mukabil nakil ve temin eder.

Şu tarife nazaran beyi, iki taraflı taahhüdlere ihtiva eden ivazlı ve bilhassa mülkiyeti nakledici bir akiddir.

Planiol şöyle bir tarif teklif ediyor: «beyi, mülkiyet hakkının para mukabilinde intikalidir.» Bu tarif kısa ve mükemmel bir tariftir. Yalnız biz buna bir de (muayyen bir para mukabilinde) demek suretile (muayyen) kaydını ilâve edeceğiz.

F. K. M. si 1582 inci madde birinci fıkrasında: “beyi öyle bir mukaveledir ki birisi bir şeyi teslim etmeği, diğeri de onun bedelini tediyeyi taahhüd eyler, deniyor.

Türk ve İsviçre borçlar kanununa göre: “*Beyi bir akiddir ki onunla bayi satılan malı müşterinin iltizam ettiği semen mukabilinde müşteriye teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder.*”

Beyi akdi ile her iki taraf müteakabilen borç altına girdikleri cihetle gerek alıcı ve gerekse satıcının vecibelerini aynı zamanda ifa etmeleri en tabii bir netice olmak icap eder. Esasen kanun 81 inci maddesinde bu hususa işaret etmektedir. Bundan ötürü bizce kanunun 182 inci

madde 2 inci fıkrasına hiç lüzum yoktu. Zira tarafların borcu aynı zamanda ifa edecekleri esasen ahkâmı umumiye arasında tasrih olunmuştur.

Küçük bir mukayese Türk vazii kanununca sevk edilen hükmün F. K. M. si hükmü yanında ne kadar mükemmel ve eksiksiz olduğunu ortaya çıkarmağa yeter. Lâkin bir ciheti hemen söyleyelim: İbaredeki teslim şartı tamamen lüzumsuzdur. Mühim olan nokta (mülkiyetin nakli) dir. Teslim yalnız menkul mallarda mevzubahs olur. Netekim kanunun menkul satışına dair olan 186 inci maddesinde “*teslim mahalli*,” den bahsedilmektedir.

Bey'in İnikadı için şartlar nedir?

Beyi de diğerleri gibi bir akid olmak itibarile umumiyetle **akitler için icab eden** şartların burada da bulunması lâzımgelir.

Demek ki beyi akdinin sıhhati için de :

- 1 — Riza,
- 2 — Ehliyet,
- 3 — Mevzu

Şartlarının tetkiki gerektir.

Fransız müellifleri, ezcümle Capitant ve Colin bu şartlardan başka birde haklı bir sebep bulunmasını ileri sürüyorlar. Mamafih biz, yalnız bu üç şartı söylemekle iktifa edeceğiz. Filhakika, zaten borçlar kanunumuz 20 inci maddesinde « *mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahud ahlâka mugayir*» olan akidlerin batıl

olacağını tasrih etmiş bulunmakla mezkûr şartın ilâvesine mahal yoktur. Rıza ve ehliyetten mada son bir şart olarak taahhüdün mevzuunu mevzubahsettiğimiz zaman bu mevzuun 20 inci madde ile mukayyet olduğunu da farzediyoruz.

Şimdi bu üç şart hakkında bazı mülâhazalar serdedelim.

Rıza neye taalluk etmelidir?

Rıza **bir şeye** taalluk eder. Lâkin aynı zamanda bu şeyin mülkiyetinin nakline ve diğer taraf içinde seminin tediyesine taalluk etmelidir.

Bittabi umumî hükümlerde zikredilen rızayı ifsad eden sebeplere dair hükümler burada da aynen tatbik edilmek lâzım gelir.

Düşüncelere daha açıklık vermek için rızadaki hataya bağlı olmak üzere federal mahkemenin alâka verici bir kararını söylemek isteriz. Federal mahkeme 9 temmuz 1929 tarihli Kehl kararı adlı bir kararında (*bir lokantayı satın alan kimse o lokantaya ait işletme ruhsatnamesinin de kendisine verileceği zannı ile satış yapmış ve bilâhara bu ruhsatnameyi alamamış ise esaslı bir hataya düşmüş olduğundan akdin feshi icabeder*) diyor.

Rıza, şeye, mala taalluk etmelidir dedik. Bu şey maddî veya gayri maddî olabilir. Hatta Von Thur alacak temlikleri ile beyi akdi arasında bir fark gözetmiyor. Prensip olarak diyebiliriz ki: **alınıp satılabilir her şey** mebi olabilir.

Borçlar kanunumuzun 182 inci maddesinde (*satılan mal*) tabiri var. F. K. M. si 1598 inci maddesinde «sahayı ticarete olan her şey satılabilir» diyor. Kanunumuzda böyle bir kayıt görmiyoruz.

Bizce burada da işi B. K. un 19 uncu maddesine istinaden halletmek muvafık olur. Ahlâka ve âdaba ve umumî intizama muhalif bulunmadıkça beyi muteber olacağından yalnız bu şartların doldurulmuş olması kifayet eder. Faraza, kadın veya çocuk satmak 19 uncu maddeye göre doğru görülemeyeceği gibi esasen bu husus Lozan muahedenamesi 100 üncü madde 5 inci bendinde ayrıca hükümetimizce de temin edilmiş bulunmaktadır. Bir de satış hakkı inhisar suretile muayyen kimselere verilen şeylerin satılması yasaktır.

Akdin inikadı sırasında mevcut olmıyan ve ileride mevcut olacak olan şeyler satılabilir mi? Kanun buna ait bir şey söylememekle beraber kanunu medeninin muhtelif kısımlarında (iktifat olunacak semereler) den bahsolunduğu gibi Ticaret kanunumuzun 688 inci maddesinde de : “ *zamani akitte mevcut olmayıp vakti teslimde tedarik ve ihzarı kabil olan emvali ticariyenin bey'i sahihtir* „ denilmiş olmasına göre bunların satılabileceğini kabul etmek icabeder. Bu maddede (emvali ticariye) nin beyinden bahsolunuyorsa da kanaatimizce B. K. 182 inci maddesindeki (satılan mal) tabiri ile bunun arasında bir mübâyenet yoktur. Filhakika Ticaret kanunu tacir dediğimiz belli bir topluluğun kanunudur. Bundan ötürü o işe bir tacir zihniyeti ile bakması tabii

görülmedir. Lâkin, hiç şüphe yok ki tacir, tacir olmadığı müddetçe, yani ticareti haricindeki muamelelerinde hukuku medeniye ahkâmına tabidir.

Planiol hangi eşyanın satılabileceği meselesini şöyle hallediyor : Herkes ancak kendisine ait olan şeyi satabilir.

Gerek borçlar kanunundaki (satılan mal) tabiri, gerekse ticaret kanunundaki (emvali ticariye) kayıtları satılacak şeyin her halde bir meta olması lâzım geleceği zannını uyandırabilirse de müelliflerin fikirlerine göre bir tacir ticaret müessesesi ile birlikte müşterilerini de satabilir. Lyon-Caen ve Fick bunun kabil olacağı mütalesindedirler. Fransız ve İsviçre mahkemelerinden sadır olan kararlar da bunu teyid ediyor. Ancak, tacir olmıyan kimselerin meselâ doktorların, mimarların veya avukatların müşterilerini satıp satamıyacak'arı hususu tam manasile halledilmiş değildir. Mahkeme içtihatlarına nazaran bu mümkün olamaz. Filvaki Paris mahkemesinden sadır olan 27 şubat 1924 tarihli bir karara nazaran tabib müşterilerini satamıyacaktır.

Binaenaleyh, şöyle bir neticeye varabiliriz : Sureti umumiyede kanun menetmiş olmadıkça bir kimse kendisine ait olan malları ve hakları başkasına satabilir.

Ehliyete gelince, teknil akidler için aranan umumî ehliyet şartları burada da bulunmak lâzım gelir. Yani, medenî hakları kullanmak salâhiyetini haiz olanlar beyi akdini de icra edebilirler. Küçüklük, mahcurluk gibi vaziyetler müstesna olmak üzere beyide diğer bir takım memnuiyetler de vardır.

Umumî olarak K. M. in 15 inci maddesine göre mümeyyiz olmıyan şahsın tasarrufu hukukî bir hüküm ifade etmiyeceği gibi 16 ıncı madde mucibince de mümeyyiz bulunan küçükler ve mahcurlar mümessillerinin izni olmadıkça kendi tasarrufları ile iltizam edemezler.

Medenî kanunun 384 ve 388 inci maddeleri mucibince vesayet altındaki kimseler menkul ve gayrimenkul mallarını satmaktan memnudurlar. Bundan mada İcra ve İflâs kanunu 191 inci maddesine nazaran borçlunun masaya ait mallarında her hangi bir tasarrufta bulunması hükümsüz olacağından müflis olan tacir de beyi yapamaz.

Amme idarelerinin de beyi akdi yapıp yapamıyacakları hususu düşünülebilir. Belediyenin gayrimenkul beyinde bulunabilmek için cemiyeti umumiyei belediyenin kararını alması lâzım gelir. Temyiz mahkemesi birinci hukuk dairesinin 12-10-1931 tarih ve 2268 numaralı bir kararına göre belediyenin gayrimenkul mallarında tasarruf hakkı cemiyeti umumiyei belediyeeye ait olmakla cemiyetin kararı hilâfına belediyece satılacak bir arsa fuzulî bir akde mevzu olmuş olur.

Akdin inikadına gelince, kanunun birinci maddesi beyi akdinin inikadında da tatbik olunur. Şu halde, mebi ve semen hususundaki rizalarda mütabakat hasıl olduğu andan itibaren beyi münakittir.

HASAR :

Umumiyetle iki taraflı akitlerde tatbik olunan mühim bir kaide vardır ki şöyle ifade edilebilir : Taraflardan birinin borcunu ifa etmesi kazara hâdis olan bir vaziyet yüzünden imkânsız bir hale gelmişse, diğer tarafın vecibesi aynı zamanda ve mecburen sukut eder.

Bir tek akidden mütevellit iki mütekabil vecibeden birisi bir kaza neticesinde icrası imkânsız bir hale gelmekle sukut ederse diğer taraf vecibesini ifa etmiye mecbur değildir. Niçin?

Böyle bir vaziyette uhtesinde vecibe bulunan diğer taraf borcu ile ilzam edilecek olursa mukabilini görmeyeceği halde bir şey ifa etmiş olacak ve binaenaleyh zarara uğrayacaktır. Diğer taraftan, şayet bu kimsenin borcunu ifadan kurtulduğu kabul edilirse bu takdirde de diğer tarafa zarar terettüp edecektir.

İzah ettiğimiz şu kaide **hasarlar nazariyesi** adı verilen bir umumî esastır.

Şayet beyi akdinde hasarlara dair olan bu umumî kaide tatbik olunmak lâzım gelirse hasarların bayie terettüp etmesi icap eder.

Ancak, modern hukuk ilmindeki telâkkiye göre hasarlar nazariyesi beyi akdinde ve buna mümasil diğer mukavelelerde aksine tatbik olunur.

Buna sebep şudur : Mebi teslim edilmeden evvel telef olursa artık bayi semeni istemek hakkını kaybedecektir. Böyle bir vaziyette akid icra edilecek olursa

kendisi ne mala, ne de semene sahib bulunmadığı halde müşteri hiç bir şey tediye etmemiş olacaktır. Bu ise hakkaniyete muvafık düşmez.

Kaidenin bu şekli alması müşterinin aleyhine olmaz mı, bu takdirde hakkaniyet ne olacak?

Romalılar şu esbabı mucibeyi ileri sürüyorlardı : Şayet beyin inikadı anından itibaren satılan malın kıymeti artacak olursa bayiin bundan dolayı bir farkı fiat istemeğe salâhiyeti yoktur. Bu menfaat alıcıya ait olduğuna göre kendisinin tahaddüs edebilecek hasarlara da tahammül etmesi icabeder.

Bu gün ise kaidenin bu şekli almasına iki ayrı telâkki hâkimdir :

Birinci telâkki — İki taraflı akidler netice itibarile âkidler arasında vaki bir alacak mübadelesidir. Karşılıklı vecibeler teşekkülleri anından itibaren yekdiğerinden tamamen müstakildirler. Birinin akıbeti diğerini müteessir etmez. Malın, beyin inikadından sonra bayi elinde telef olması diğer tarafın, yani müşterinin, borcunu ifa etmesine mani olmamalıdır.

Bu telâkkiyi kabul edecek olursak burada vecibeler müstakil addolunduğundan netice itibarile mütekabil taahhütleri muhtevi akitlerin tek taraflı ve birbirleriyle hiç alâkası olmıyan iki taahhüt gibi telâkki edilmesi lâzım gelecektir.

İkinci telâkki — Telef olması muhtemel bir şey satan kimse hasarlarından kurtulmak için o malı satmaktadır. Eğer bey'in inikadına rağmen bu hasarlara yine

maruz kalsaydı o şeyi ya hiç satmıyacak, yahut ta peşin para ile satacaktı. Binaenaleyh, hasarların müşteriye ait olması doğru olur.

Kanunumuzun ifadesine bakılırsa maddede *nefi ve hasar* dendiğine göre Romadaki telâkkiye meylettiğini kabul etmek lâzım gelir.

Hasarların müşteriye terettüp edeceği şeklindeki istisnâî kaide ticaret kanunumuzun 696 ıncı maddesi ile teyid edilmektedir. Bu madde de deniyor ki: “ *akid tamam olduktan sonra mebie arız olan hasar kazaen vuku bulsa bile müşteriye aittir.* ”

Görülüyor ki umumî kaide hasarların müşteriye ait olmasıdır. Mamafih bu kaidenin **tatbik edilmediği bazı haller** de yok değildir :

1 — Beyi akdi taliki bir şart ile yapılmışsa **şart tahakkuk etmedikçe** hasar müşteriye raci değildir.

Farzedelim ki bir mal şarta muallâk olarak satılmıştır. Bilâhara bu mal telef oluyor. Bu hâdiseden sonra da şart tahakkuk ediyor. Ne olacak? Burada haddi zatinde beyi akdi inikad etmemiştir. Halbuki kanun *inikad anından itibaren* dediğine göre hasarın müşteriye terettüp etmesi pek tabiidir. Bu kaide ancak muayyen olan şeylerin bey'inde tatbik olunur.

Örnek diye aldığımız bu vaziyetin ancak misli olmayan şeylerin beyinde rastlanacağını da kaydetmek isteriz.

Alman kanunu medenîsinde meselenin hal şekli başkadır. Alman kanununun 446 ıncı maddesine nazaran

hasarlar inikad anından itibaren değil, teslim anından itibaren müşteriye aittir. 1894 tarihli İngiliz kanunu da aynı kaideyi kabul etmiş bulunmaktadır.

İsviçre borçlar kanunu hazırlanırken bugünkü hükme, yani hasarların akdin inikadından itibaren müşteriye ait olmasına pek çok itirazlar vaki olmakla beraber A. K. M. si noktai nazarı kabul edilmemiştir. Roma hukuku *res perit Creditori* diye umumî bir kaide koymuş ve bu kaide icabınca hasarları müşteriye tahmil etmişti. Aynı telâkkiye bugün Fransız, İtalyan, İspanyol ve Portekiz medenî kanunlarında rastlamak mümkündür.

2 — Halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit **istisnalar varsa** hasar yine müşteriye ait olmaz.

Kanundaki hususî şartlar kaydından da anlaşılıyor ki hasarlar hakkındaki hükümler ahkâmî âmireden ve âmmeye taallük eden hususlardan değildir.

3 — Gayrimenkul satışlarında satılan malın kabzı için **bir müddet konulmuşsa** nefi ve hasar müşteriye ait olmaz ve ancak kabız vukubulduktan sonradır ki bunlar müşteriye intikal eder.

4 — Tecrübe şartile beyide akid tasdik olununcaya kadar hasar bayia aittir.

Borçlar kanunumuzun hükümlerinden çıkardığımız bu neticeler ticaret kanunumuzda umumî bir prensiple tesbit edilmiştir. Ticaret kanunumuzun 696 ıncı madde ikinci fıkrası şöyle yazılmıştır: “ *Vukua gelen hasar*

bayiin hile veya kusurundan veya mebiin bir ayıbdan tevellüd etmiş ise bayie ait olur. „ Filhakika, satılan mal satıcının kusur ile telef olmuşsa B. K 96 ınca maddesi mucibince satıcı alıcının bundan mütevellit zararını tazmine mecburdur.

Hasar kaidelerinin tatbiki için bir şart lâzımdır ki o da mebiin **malûm ve muayyen** bir şey olmasıdır. Filhakika eğer mebi muayyen ve malûm değilse ve faraza bir fındık beyi yapılmış ve 150 çuval fındık satılmışsa ve mal da sonradan her hangi bir sebeple telef olmuşsa fındıkların yine teslimi icabeder. Zira fındıkların hariçte misli bulunabilir ve tedariki güç değildir. Hasarın müşteriye ait olabilmesi için satılan şeyin ayırılması lâzım gelir. Bu, nasıl olur? *Martin*'e göre bu ayırma tartmak, ölçmek gibi ameliyeler ile olur,

Eğer satılan mal başka bir yere gönderilecek ise satıcının yeddini refetmesi hasarın müşteriye terettüp etmesi için kâfidir.

Hulâsa, **mebi kaza sebeble** telef olmuş ve borcun ifası da bu sebepten imkânsız bir hale gelmişse satıcı **mesul değildir** ve hasar müşteriye ait olur.

Müellifler, mebiin telefinden mütevellit hasarlara ait kaidenin malın bozulması haline de tatbik edilmesi lâzım geleceğini söylüyorlar, Filhakika, malın büsbütün telef ve zıya halinde tatbik olunan bir kaidenin o şeyin bozulması halinde de tatbik edilmesinde hiç mahzur yoktur.

Kanun 183 üncü maddesinde *nefi ve hasar* tabirini kullanıyor. Hasar ve hasarlara terettüp eden kaideleri kısaca gözden geçirdik, bunların aynen nefi için de tatbiki lâzım gelmektedir. Yalnız her şeyden evvel **nefi** kelimesiyle ne kastedildiğini bilelim. İ. K. M sinin Fransızca nüshasında *Les profits* tabiri var.

Martin bunun için satılan **şeyin semereleri** demektir diyor. İşte hasarlar hakkında söylediğimiz kaideleri mebiden hasıl olan semerelere de aynen tatbik etmeliğimiz icabeder.

Başkasına ait malın satılması:

Roma hukukunda mesele şöyle hallediliyordu :

Başkasına ait mal sui niyet sahibi bir bayi tarafından hüsnü niyet sahibi bir müşteriye teslim olunmuşsa müşteri zabıt vuku bulmadan evvel bayiin hilesi sebebiyle *actio empti* davasını ikame ediyor ve ademi iktisaptan mütevellid zarar ve ziyanının tazminini istiyordu.

Başkasına ait mal hüsnü niyet sahibi bir bayi tarafından yine hüsnü niyet sahibi bir müşteriye teslim olunmuşsa iki hal nazarı itibara alınır.

a) Bayi işin farkına vararak malın iadesini isteyebilirdi. Müşteri de buna karşı *exceptio rei venditae et traditae* definde bulunurdu.

b) Bayi bilâhare malın mülkiyetini iktisap ederse evvelce yalnız zilyedliği devrettiğini ileri sürer ve malın istirdadı için dava açardı. Müşteri buna karşı da aynı definde bulunurdu.

Müşteri malı iade edebilir mi? ve semeni geri isteyebilir mi? Bayi hüsnü niyet sahibi ise müşteri semeni geri isteyemez ve malı da iade edemez. Bu halde müşteri zilyedir ve mebie *in bonis* sahiptir. Bu vaziyete *pretör* mülkiyeti denir. Ancak, müşteri herkese karşı himaye edildiği halde asıl malike karşı himaye edilmiş değildir. Hakikî malik kendisi aleyhine dava açacak olursa müşteri bayie rücu edebilir. Zira bayi kendisine karşı tekeffülde bulunmuş addolunur.

Meselenin bir de muasır kanunlardaki hal şeklini gözden geçirelim :

Alman kanunu medenîsine göre prensip itibarile başkasına ait bir malın satılması caizdir. Filhakika mezkûr kanunun 439 uncu maddesinde “ bayi, bey’in inkadı sırasında müşterinin malûmu olan bir kusurdan dolayı mesul değildir. „ denilmektedir. Bu maddede anlatılmak istenen nokta şudur :

Müşteri bayiin mebi üzerindeki haklarının kusurlu olduğunu bildiği halde muameleye girişmişse teminata lâyük değildir. Binaenaleyh bu yüzden tevellüd edebilecek olan hasarlar kendisine ait olacaktır. Maddede müşterinin suinîyet sahibi olması hali nazarı itibara alınmıştır. Şayet müşteri hüsnüniyet sahibi idi ise ne olacak? Fransa hükûmetinin mümtaz bir âlimler heyetine tercüme ettirdiği A. K. M. sinin işbu maddesine verilen haşiyede şöyle deniyor : “ Müşterinin hüsnü niyet sahibi olması takdirinde bey’in butlanını değil, lâkin ancak feshini dava etmeğe hakkı olacaktır.

Alman kanunundaki hüküm gerek bizim, gerekse İsviçre, Fransa, İtalya ve Holanda kanunlarının tuttukları esasa zıddır.

F. K. M sinin 1599 uncu maddesinde (gayrin malını satmak akdı batıl kılar, bunun için müşterinin hüsnüniyet sahibi olup olmadığına bakılmaz) diye bir sarahat mevcuttur. Fransız kanunu medenîsini yazanlar başkasına ait malın satılmasını “ gayri makul „ , “gülünç„ bir mukavele „ addetmişlerdir.

Başkasına ait bir malı satan bayi bu fili ile mebiin mülkiyetini nakletmeği taahhüdetmiş olduğundan ve bu mülkiyet ise kendisine ait bulunmadığından taahhüt ettiği vecibeyi ifa edemeyecektir.

Ancak, hakikî malik bilâhare beyi muamelesine icazet verir, yahut ta bayi sonradan mebiin mülkiyetini iktisap ederse beyi muteber tutulmak muvafık olur. Bu itibarladırki ticaret kanunumuzun 686 ıncı maddesi sevk edilmiştir.

Kanunumuz. bey’in tarifini yaptığı 182 inci maddesinde bayi satılan malı müşteriye teslim ve mülkiyeti ona nakleylemekle mükelleftir dediğine göre ve başkasına ait malın mülkiyeti de nakledilemeyeceğinden üçüncü şahsın malik bulunduğu bir şeyin satılamayacağı kolayca anlaşılabilir.

İKİNCİ KISIM

AKDİN HÜKÜMLERİ

Birinci Fası

Menkul Beyi

MEFHUMLAR —

Semen :

Beyi akdi hakkında yapılacak bir tetkikin mümkün mertebe kolaylaştırılması için **menkul ve gayri menkul** diye yapılan eşya tasnifine istinad ederek hareket etmek muvafık olur. Bu şekil kanunun gerek mülkiyet gerekse beyi akitleri hakkında sevketmiş olduğu hükümleri toplu bir halde kavramak noktasından da faidelidir.

Menkul bey'ine müteallik kaideler kanunda ayrıca

sarahat bulunmadıkça ve hususî hükümlere tesadüf olunmadıkça gayrimenkullere de tatbik olunur. Demek oluyor ki esas prensip ve kaideler menkul bey'ini alâ-kadar eden maddelerde yazılı bulunmaktadır. İşte bütün bu sebeplerden ötrü biz de ilk olarak menkul bey'ini ve bundan sonra da gayrimenkul bey'ini izah edeceğiz. Ancak menkul bey'ini de anlatmağa başlamadan evvel bir mühim ve esaslı mefhumu daha yakından görmek, sureti umumiyedeki mana ve hüviyeti ile beyi müessesesinin mekanizmasını daha kuvvetli bir tarzda kavramaklığımıza yardım edecektir.

Başlangıçta da söylemek fırsatını bulduğumuz gibi beyi akdinin mihverlerinden biri de semendir.

Semen nedir? Semen, *aldığı malın karşılığı olarak müşterinin satıcıya vermeği taahhüt ettiği meblâğdır*. Şu tarifimize nazaran **semenin para** olması şarttır. Zira, ancak bu şartın tahakkuku sayesinde ki beyi trampadan ve hibeden tefrik olunabilecektir. Ticaret kanunumuzun 699 uncu maddesinde [semenin nakit olması şarttır] demekle bu lüzum tasrih edilmektedir.

B. K muzun 222 inci maddesinde *taksitle tediyeinin mümkün olduğu* söylenildiğine göre semen **müteaddit defalarda** da ödenebilir.

Semenin satılan şeyin tam kıymetine tekabül etmesi abetmez. Yalnız (21) inci maddede derpiş edilen hal tahaddüs edecek olursa satıcı **bir sene zarfında** akdi feshederek malı istirdat salâhiyetini haizdir.

Semen muayyen olmalıdır. Bizzat tarafların onu tesbit etmesi lâzımgelir. Netekim kanun da (182) inci madde 3 üncü fıkrasında (*tesmiye edilen*) tabirini kullanıyor. Mehazın fransızca metninde *déterminé* yani muayyen kelimesi vardır. Semen muayyen olmadıkça beyi münakid olmuş sayılamaz. Şayet semen sadece farazî ise bu takdirde ortada beyi yoktur, olsa olsa bir hibe akdi yapılmıştır. Ticaret kanunu 700 üncü maddesinde bu noktayı da tasrih ediyor ve (*semenin muayyen olması şarttır*) diye bir hüküm sevk ediyor.

Semenin muayyen olması meselesinde bizi tereddüde düşürmesi muhtemel bir tek nokta vardır. Kanun 209 uncu maddesinde (*müşteri kat'î sipariş yapmış fakat semeni tayin etmemişse*) diye bir ibare görüyoruz. Bundan, semeni müşterinin tayin edeceği manası çıkarılmamalıdır. Bize kalırsa buradaki tayinden maksad bayiin fiyat teklifine karşı müşterinin mukabil bir teklif serdetmemiş olmasıdır. Yoksa müşteri kat'î siparişte bulunduğuna göre bayiin teklif ettiği fiyatı, yani sipariş gününde cari olan fiyatı zımnen kabul etmiş ve dolayısıyla semen de tayin olunmuş demektir.

İster bizzat hareket etsin, ister kendisini gizli tutarak başkasını kullansın, semenin alıcı tarafından tediyesi lâzımdır. Fransız temyiz mahkemesi 1886 tarihli bir kararında semen müşteri yerine başka birisi tarafından ödendiği halde onu malik addetmektedir. Bizce bu kararın kuvvetli bir hukukî esasa istinad ettiğini kabule imkân yoktur. Belki burada bir hibe veya ariyet mev-

zubahs idi. Satın alanın semeni tediye etmesi demek kendisinin, tabir caiz ise, nakdî memelkinde bir tenakus hasil olması demektir. Böyle olmadıkça iktisabın ivazsız vukua geldiğini kabul etmek lâzım gelir.

Semen mefhumunu bu suretle kısaca anlattıktan sonra menkul bey'ine girebiliriz.

“Menkul,” ne demektir.

İsviçre borçlar kanunu şarihlerinden *Fick* e göre kanunun gayrimenkul vasfını izafe etmediği tek mil maddî şeyler ve haklar menkuldür. Bu haklar kabili temlik olmak şarttır.

Tarife bakılırsa elektrik ve hava gazı gibi şeylerin menkul olduklarını söyleyebiliriz.

Kanunumuzun 184 üncü maddesi mucibince mütemmim cüzüler de menkul addedilmişlerdir.

Mütemmim cüzü ne demektir ? *

Kanunu medenî 619 uncu maddesinde bunun ne olduğunu anlatıyor: « *Mahallî örfe göre bir şeyin esaslı bir unsurunu teşkil eden ve o şey telef veya tahrip yahut tağyir edilmedikçe andan ayrılması kabil olmayan cüzüler o şeyin mütemmim cüzüleridir.* »

Gayri menkul rehni ile temin edilmiş alacaklar da menkul addedilmektedir.

Menkullerde mülkiyet teslim ile intikal eder. Bu kaidayı mütemmim cüzülere dahi tatbikte tereddüt olunmamalıdır. Filhakika *Hüber* İ. B. K nun müzakeresi sırasında mütemmim cüzülerin ancak gayri menkulden ayrıldıkları zamanda mülkiyetleri nakledilmiş olacaktır

demekle teslim şeklinin bunlarda da aynen tatbiki lâzım geleceğini kasetmiş olacaktır sanıyoruz.

Schneider, tıpkı miras gibi küllî bir intikal husule getiren beyilerin de menkul bey'i addedilmesi lâzımgeleceği mütalaasındadır. Faraza bir mamelek veyahud da bir teşebbüs bey'i böyledir.

Prensip, kanunu medenî 687 inci maddesinde de ifade olunduğu veçhile menkullerde mülkiyetin intikali için teslim lâzım geldiğidir. Netekim, temyiz dördüncü hukuk dairesinin 1011 numaralı kararı da bu prensipi teyit etmektedir.

Taraflar

Beyi akdinde iki taraf vardır. Satıcı ve alıcı. Her iki tarafa da ayrı ayrı vecibeler terettüp eder. Biz evvelâ satıcıya terettüp eden vecibelere temas edeceğiz.

A. — SATICININ VECİBELERİ

Bu vecibeleri *Planiol* altıya irca ediyor. Meselenin kolaylıkla anlaşılmasını temin için biz de *Capitant* nın yaptığı gibi bu vecibeler için ikidir diyeceğiz.

1 — Malın teslimi vecibesi

2 — Tekeffül veya temin vecibesi

I. — Teslim vecibesine müteallık olmak üzere bazı cihetlerin tetkiki icabeder.

Teslim nerede vakı olacaktır? Kanun bu hususta bir hüküm sevk etmiş değildir. Binaenaley umumî hükümlere göre meselenin halli muvafık olur. Şayet âkitler aralarında teslim mahlini sarahaten veya zimnî olarak kararlaştırmışlar ise bu arzularına göre hareket edilmelidir. Eğer böyle değilse B. K 73 üncü maddesine göre amel etmek icabeder. Yani bu halde teslim, akdin in'ikadı sırasında mebiin bulunduğu yerde icra olunacaktır.

Teslim ne zaman vukua gelecektir? Burada da ahkâmı umumiye dairesinde vaziyeti tetkik etmelidir. Şayet teslim için bir ecel vazedilmiş değilse 74 üncü madde mucibince teslimin derhal icrası lâzımgelir.

Lâkin 211 inci maddenin derpiş ettiği halde, yani müşterinin semeni tediyyeden temrrüd etmesi halinde bayi hodbehod akdi feshedebilir.

Olabilir ki teslim için bir müddet tayin edilmiştir. Bu müddet geldiği halde bayi temrrüd ederse müşterinin hakkı nedir? Kanun 187 inci maddesinde bu hususa terettüp eden hükmü koyuyor.

Bu halde müşterinin iki hakkı vardır:

1 — Teslim talebinden vazgeçerek akdin ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı istemek

2 — Bilâhara teslimi istemek.

Bu madde hükmü borçlunun temerrüdüne taalluk eden 106 inci madde ile mübâyet halindedir.

106 inci maddeye göre alacaklının üç şıktan birini tercihde hakkı hiyarı vardır.

1 — Borcun ifasını istemek ve tehhür sebeble zarar ve ziyarı dava etmek,

2 — Ademi ifadan mütevellit zarar ve ziyarı talebinde bulunmak,

3 — Akdi feshetmek.

İsviçre borçlar kanununun müzakeresi sırasında *Oser*, umumî hükümlerde yazılı üç şıkkın buradada mevzubahs edilmesini istemiş ve kanun lâyhasını tanzim eden *Hüber* dahi bu fikri iltizam etmişti. Ancak teklif kabul olunmamıştı.

Acaba müşteri teslimi istemek şıkkını ihtiyar etmişse ifada tehhürden mütevellit ziyarlarının tazminini de talep edebilir mi? *Fick* e göre ki biz de bu görüşe iştirak ederiz, 188 inci madde birinci fıkrasında “borcu ifa etmeyen bayi, müşteriye bu yüzden terettüp eden zararı zamin olur,, denmiş olmasına nazaran bu zarar ve ziyarlar da istenebilir. Bu zarar evvelce tayin edilmiş olan gün ile teslim günü arasındaki fiyat farkından ibaret olacaktır.

Bayi ve müşteri ayrı ayrı mahallerde bulunuyorlarsa mukavele hangi kanuna göre icra olunacaktır? Federal mahkeme 16 ikinci kânun 1930 tarihli bir kararında: “tarafaların hini akidde tatbik edilmesini arzu ettikleri kanun mukavele hakkında tatbik olunur. Böyle bir arzu yoksa akdin icra edileceği mahal kanunu kabul edilmiş farzolunur,, demektedir.

Teslim olunacak şey nedir? Bu şey tamamen tayin edilmiş ise mesele yoktur. Bayi malı akdin in’ikadı sırasındaki halile teslim edecektir. Fakat, şayet mebi yalnız nev’en tayin edilmiş ise 70 inci maddeye nazaran bayiin intihap hakkı olmak lâzımgelir. Şu şartla ki, teslim olunacak şey yine mutavassıt vasıfdan aşağı bir şey olamaz. Kanunun bu hükmü **ahkâmı âmlreden** bulunmakla hilâfına her türlü mukavele batıldır. Bununla beraber *Capitant* bunun hilâfına mukavele akdedilmesinin caiz olacağını söylüyor.

Teslim olunacak şeyle birlikte o şeyin mütemmim cüzülerinin de teslimi lâzımdır.

Acaba bir sanat eseri satılınca bu eserin teksiri hakkı da birlikte intikal edermi? Bu mesele Fransada mevzubahs olmuş ve Fransa mahkemei temyizi teksir hakkının da intikal edeceğine karar vermiştir. Lâkin, bilâhara 1910 da neşrolunan bir kanunla böyle sanat eserleri bey'inin bu eserleri teksir haklarını da intikal ettirmeyeceği hususu sarahaten tesbit olunmuştur.

Teslim masraflarına gelince: kanun 185 inci maddesinde «ölçmek ve tartmak gibi teslim masraflarının bayie ait» olacağını tasrih etmiştir.

II. — Tekeffül etmek demek bayiin mülkiyetini naklettiği şeyin nizasız bir surette ve faide temin edilecek şekilde alacaklıya ait olacağını ve bu husus tahakkuk etmediği takdirde bundan tevellüt edecek zarar ve ziyanın kendisine teveccüh edeceğini taahhüt etmesi demektir.

Şu tarifimize göre bayi, mebiin bir işe yaramasına mani olan veya ondan temin edilecek faide ve menfaatları ehemmiyetli surette azaltan her türlü kusurundan mes'uldür. İşte bu kaideye ayıbların tekeffülü kaidesi denir. Bayi, ayıbların mevcudiyetini bilsin bilmesin mes'uldür. Yalnız ayıbın, akdin in'ikadını müteakıp husule gelmesi tabiatile bayie bir mes'uliyet tevcihine imkân vermez. Zira ayıp, mebi müşterinin mülkiyetine geçtikten sonra hâdis olmuştur. Bu takdirde bayiin mes'ul olabilmesi için müşterinin işbu ayıbın akdin in'ikadından evvel mevcut bulunduğunu isbat etmesi lâzımgelir. Zira kanun 197 inç maddesinde «*bayi, müşterinin beyi zama-*

nunda malûmu olan ayıbdan mes'ul olmadığı gibi mebi kâfi derecede muayene etmekle fark etmiş olacağı ayıbdan da ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mes'ul olur.», diyor. Bundan mada kanunun 194 üncü maddede zikrelediği ve müşterinin isbata mecbur olduğu diğer noktalar da vardır. Ezcümle ayıbın mebiin kıymetini veya ondan beklenen menfaati izale veya ehemmiyetli surette azalttığının ispat edilmesi icabeder.

Federal mahkemenin ichtihadına göre bu **tekeffül yalnız maddî şeyler hakkında** mevzubahs olahilir. Bizce, federal mahkemenin bu ichtihadı mantıksızdır. Zira ayıbların tekeffülü kaidesinin gayri maddî ve fikrî şeyler hakkında da tatbik edilmesinde hiç bir hukukî mani yoktur.

Kanunun 194 inci maddesi 96 inci maddenin bir akdin kısmen ifasına dair olan hükmünün tahdidî bir şekilde tatbikini gösterir. Yalnız, buradaki vaziyeti 23 üncü maddenin derpiş ettiği vaziyetten ayırdetmek lâzımdır. 23 üçüncü maddenin mevzubahs etmek istediği (esaslı hatalar) dir. Böyle bir hataya duçar olan taraf akitle ilzam olunamaz. 194 üncü madde de ise akid muteber bulunmakta devam etmektedir. Bayi mesuliyetten kurtulabilmek için 197 inci maddeye istinad ederek müşterinin aybı bildiğini veya bilmesi lâzım geldiğini ispat eylemelidir.

Madde de vasıfların tekeffülü lüzumundan bahsolunuyor. Bu vasıf tabirinden maksad nedir? **Vasıf**, bir şeyi diğerlerinden tefrike medar olan bir hususiyet, bir

farikadır. Vasıfta ayıb bulunması onun söz veridiği gibi çıkmaması demektir. Bu vasıflar nelere taallük edebilir? *Fick* bir sürü örnek veriyor. Faraza satın alınan bir büfenin ev eşyasının üslûbuna uygun düşmemesi mebiin aybını teşkil eder.

Federal mahkemenin içtihatlarına nazaran bayi satılan mal kategorisine has olan, bu mallara merbut bulunan ayıblardan (*défauts inhérents*) mesul değildir. Bir otomobil buz üzerinde patinaj yaparsa bayie bir mesuliyet gelmez. Zira otomobil denilen nakil vasıtasının buz üzerinde giderken patinaj yapmamasına imkân yoktur.

Ayıblara müteallik hüküm iktisadî mahiyetteki ayıblara da kabili tatbiktir. Meselâ, bir şeyin verim kabiliyeti, bir âlet veya makinenin arzu edilen miktar iş yapamaması halinde vaziyet böyledir.

Tekeffül ne zaman vaki olmalıdır? Kanun bu hususta sakittir. Federal mahkemeye göre şayed muayyen bir mal mevzubahs ise tekeffül akdin inikadı sırasında vaki sayılır. Şayed, misli bir şey mevzubahs ise teslim sırasında vaki olmuş zdedilir.

Beyide tekeffül hükmünü kaldıracak şartların kabulü caizdir. Bu taktirde satıcı mebiin ayıblarını mütekeffil olmaz. Ancak kanunun 196ıncı maddesinden anlaşıldığına göre kendisinin hile ile bir ayıb gizlememiş olması lâzımdır. Mehazda desiseden bahsolunuyor. Yani satıcı hüsnü niyetle hareket etmiş ve aybın mecludiyetini hakikaten bilmeyerek tekeffül hükmünü iskat eden

şartı koşmuş olmak lâzımdır ki ayıbtan dolayı mesul olmasın. Burada bayiin hüsnü niyet sahibi olmadığını ıspat etmek müşteriye düşer; çünkü K. M 3 üncü maddesi mucibince asıl olan hüsnü niyetin vücudüdür.

Vazii kanun **hayvan alım satımında** vaziyeti hususî ehemmiyetine mebni, ayrıca tetkik etmek lüzumunu duymuş ve bazı ahkâm sevketmiştir.

Kanun 195 inci maddesinde diyor ki: “*Hayvan alım satımında bayi aybı tekeffül etmiş addolunabilmek için ya tahriren kefalet etmiş olmalı ve yahut müşteriye iğfal etmiş bulunmalıdır.*”

Bu madde 194 üncü maddede beyan olunan umumî kaideye istisna teşkil eder. Hayvan alım satımında asıl olan tekeffül etmemektir. İ. B. K nun 198 inci maddesine tekabül eden bu maddenin oradaki metni şöyledir: “Hayvan ticaretinde satıcı alıcıya karşı ancak tahriren taahhütte bulunmuş veya kendisini kasten hataya düşürmüş olduğu halde tekeffül mevcut demektir.” Madde de hayvan kelimesinin nelere şamil olduğu anlatılmak için de: (Beyğir, merkeb, katır, öküz cinsi hayvanlar, koyun, keçi ve domuz) denilmiştir. Vazii kanunumuzun bu tadadı iltizam etmemiş bulunması mahzı isabet olmuştur. Filhakika memleketimizde kuş-bazlık mevcut olduğu gibi deve ve ayı ve daha bir çok hayvanlar alım satımı da caridir.

Bu meselede kanunun derpiş ettiği tahriren kefalet münhasıran **mebiin ayıblarına karşı** vaki olan tekeffüldür. Bazıları bu tahriren kefalet

şeklinin zabta karşı teminatta dahi kullanılmasını isteyorlar. Lâkin böyle bir lüzuma delâlet eden hiç bir hükme rastgelmemekteyiz. Diğer taraftan B. K 11inci maddesine göre sarahat bulunmadıkça akdin sıhhati şekle tabi olmaz ve binaenaleyh bu tahriri olmak kaydının zabt husunda da teşmilen tatbiki lâzım gelmez.

Tahriren kefalet suretile ayıb tekeffül olunmuşsa **bu kefalet ne müddet devam edecektir?** Âkidler bunu sarıh bir tarzda veya zımnen tayin etmişlerse mesele yoktur. Şayed böyle değilse, yani müddet tayin olunmamışsa ve kefalet hayvanın bir vafına taalluk etmiyorsa ayıbtan dolayı satıcıya mesuliyet terettüb etmesi için 199uncu madde de yazılı şartın tahakkuk etmesi lâzımdır. 199 uncu maddeye nazaran teslim vaki olduğu veya müşterinin hayvanı kabz etmekte temerrüdü sabit olduğu günden itibaren dokuz gün zarfında müşteri hayvanın eksper tarafından muayene olunmasını istemelidir. Müşteri bu müddet için debayii de vaziyetten haberdar edecektir. Eksper, raporunu verdikten sonra mahkeme, raporu serbestce takdir eder ve rapor kendisini hiç bir veçhile takyid etmez.

Bir misal ile izah edelim: Bir koşu beygiri satılmış. Bayi hayvanın ayıbtan ari olduğunu tahriren tekelfül etmiş. Teslim vaki oluyor. Müşteri bakıyor ki beygirin ayağı topaldır. Yapacağı şey dokuz gün zarfında hayvanın ehli vukufça muayenesini talep etmek ve aynı müddet içinde bayii de vaziyetten haberdar etmektir.

Dedik ki, şayed tahriren tekeffül olunmamakla beraber bayi müşteriyi iğfal etmiş, yani kasten hataya düşürmüş ise yine tekeffül etmiş addolunur. İşte vaziyet böyle olduğu takdirde, yani müşterinin **iğfal edilmiş bulunması** halinde artık müşteri vaziyeti bayie ihbar etmeğe mecbur değildir. Kanunun ifadesile, bu takdirde bayi aybın kendisine vaktü zamanile ihbar edilmemiş olduğunu bahane ederek mesuliyetten kurtulamaz.

Sarı hastalıkları bulunan hayvanların bey'i hususunda bir takım tahditler vardır ki bunlar daha ziyade amme hukuku sahasına ait olmakla kanunda bahsedilmemektedir. Buna dair hükümler 1931 tarih ve 1901 sayılı (Hayvan sağlık zabıtası nizamnamesi) nde yazılıdır. İşbu nizamnameye göre sürek hayvanları gibi bazı hayvanların alım satımı zincak pazar ve panayir yerlerinde yapılabilir. Hayvan maddeleri de aynı hükme tabidir. Bu maddelerin menşelerinde hastalık olmadığı hakkında vesika getirilinceye kadar bunlar sattırılmaz. Kezalik hasta olmasından şüphe edilen hayvanlar nizamnamede gösterilen müddetlerle tecrid olunurlar ve sattırılmazlar.

Hayvan bey'i uluslar arası münasebetlerde de satışlardan tehaddüs edebilecek muhataralar nazarı itibara alınarak bir takım mukaveleler akdine sebep olmaktadır. Bu mukavelelerden en muahhar olan 23 Mayıs 1934 tarihli Türkiye - Bulgaristan baytarî mukavelesini gösterebiliriz. Bu mukavelede satılacak hayvanların, ham hayvan mahsullerinin, gıdaî hayvan maddelerinin

menşe ve sıhhat şahadetnamesini haiz olmaları lâzım geleceği hakkında ahkâm mevcuttur.

Müşteri mebi muayene etmekle mükellef olduğu takdirde bayiin tekeffülü altında bulunan bir ayıb görürse bunu derhal bayie haber vermekle mükelleftir. Eğer ihbar etmezse mebi **aybı ile birlikte** kabul etmiş addolunur. Kanunun bu hüküm ile himaye etmek istediği kimse bayidir. Filhakika bayiin uzun müddet şüphe içinde beklemesi muvafık değildir. T. K bu hususta daha ziyade sarahat ihtiva ediyor: 716 inci maddesinde ticarî satışlarda müşterinin mebi 8 gün zarfında muayene ettirmeğe ve ayıb çıkarsa aynı müddet zarfında bayie haber vermeğe mecbur olduğunu söylüyor.

Örf ve âdet icabınca, İsviçre borçlar kanunu ifadesine göre, işlerin mutad ceryanı icabınca muayene lâzım gelen ahvalde satıcı derhal ayıbtan haberdar edilmek lâzımgelir. Bazan, olabilir ki ayıb mutat olan muayenelerle anlaşılabilir ve sonradan malûm olur. Şayet ayıb sonradan meydana çıkacak olursa hüküm yine aynıdır, bayiin derhal haberdar edilmesi icabeder. Derhal haber verilmediği takdirde mebi ayıb ile birlikte kabul edilmiş sayılır. Ticaret kanununa göre müşteri ayıbı keşfedince derhal Ticaret mahkemesi reisine, bu yoksa Sulh hâkimine gidecek ve ehli hibre tarafından malın muayenesini isteyecektir. Yahut ta vaziyeti bayie bildirecek ve bu sefer bayi isterse aynı şekilde mebiin muayenesini yaptırabilecektir.

Beyi akdinin inşası sırasında mebi ya akdin icra edildiği mahalde bulunur, yahutta başka bir yerdedir. Mebi başka mahalden gönderildiği takdirde ayıblı çıkarsa hüküm ne olacak ?

B. K muzun 201 inci maddesi bu meseleyi hallediyor. Ayıp zuhuru halinde müşteri mebiin muhafazası için lâzımgelen tedbirleri muvakkaten ittihaz etmekle mükelleftir. Bittabi ayıb zuhur ettiğini derhal bayie bildirmesi lâzımdır. Şayed müşterinin bulunduğu yerde bayiin bir mümessili varsa keyfiyetin ona ihbar edilmesi kifayet eder.

Kanun, sonradan bir ihtilâf çıkmaması için bir hüküm daha sevk ediyor. Müşteri, vakit geçirmeden mebiin halini usulen tasdik ettirecektir. Filhakika böyle yapılmayacak olursa müşterinin dava hudusunda ayıb mebiin kendisine vasıl olduğu zamanda mevcut bulunduğunu ispat eylemesi icabedecektir. Kanun, bu maddesi ile bayii korumak istemiştir. Maddenin son fıkrası' bunu açıkça gösteriyor. "*Mebi az zamanda bozulmak korkusu varsa müşterinin, onu bulunduğu yerde mercii marifetile sattırmağa selâhiyeti ve hatta bayiin menjaati böyle iktiza ediyorsa mecburiyeti vardır.*"

Muhafaza tedbirleri için müşterinin ihtiyar edeceği masraflar ve husule gelecek hasar kime ait olacaktır? Kanun buna dair bir şey söylemiyor. Ticaret kanunu 720 inci maddesinde (*kâffeî masarîf*) in bayie aidiyetini tesbit etmektedir. Ancak Ticaret kanununa göre müşterinin bir hakkı hıyarı vardır. İsterse, masrafları

bayie ait olmak üzere mebi hüsnü suretle muhafaza için icabeden tedbirleri alır; isterse mebi yediadle tevdi eder.

Borçlar kanununa nazaran mebiin bozulmak korkusu varsa sattırılabilir. Ticaret kanunu mucibince de yediadle tevdi kabil olmayan malların ve muhafaza edilmeleri değerlerine göre fazla masrafı mucib olacak veya yüksek bir ardiye ücreti tediyesini istilzam edecek mebiin de sattırılması caizdir.

Böyle başka bir yerden gönderilen mebiide ayıb zuhur ettiği taktirde müşteri yukarıda söylediğimiz tedbirlere müracaat ettikten mada şayed mebi, miktarı muayyen misli şeylerden ise B. K 203 üncü maddesine tevfi kan dilerse akdi fesh edebilir. Yahutta, fesh etmiyorsa semenin tenzilini ister. Eğer bunu da istemiyorsa mebiin ayıbtan ari bir mislile tebdilini dava edebilir.

Mebi bayiin tekeffülü altında bulunmakla bir ayıb çıkması halinde bu yüzden doğacak neticelere kendisinin katlanması lâzımdır. Ayıb anlaşıldığı zaman müşterinin bir hakkı hiyarı vardır: Ya mebi reddettiğini söyler ve akdin fesh edilmesini ister, yahutta mebi redetmez ve fakat semenden tenzilât yapılmasını dava eder. Yalnız, bu ikinci şikkı ihtiyar eylemesi, yani semenin tenzilini istemesi her zaman mümkün olmayabilir. Öyle vaziyetler olur ki ayıb sebeble mebi büsbütün kıymetten düşer, yahut husule gelen kıymet noksanı semene müsavi olur.

Kıymet noksanının hesabı hakkında *Fritz Funk* şöyle bir misal veriyor :

Objektif kıymeti 1000 lira olan bir mal 700 liraya satılmıştır. Bu mal ayıblıdır. Ayıblı malın kıymeti de ancak 500 liradır. Bu taktirde semenden tenzil edilecek miktarı bulmaklığımız için şu formülü tatbik edeceğiz :

$$1000 : 500 = 700 : X$$

Binaenaleyh :

$$X = 350$$

Demek ki, tenzil olunacak miktar 350 liradır.

Bir de, olabilir ki ayıb sebeble mebi büsbütün kıymetten düşer ve husule gelen kıymet noksanı semene müsavi olur. İşte meselâ :

Objektif kıymeti 200 lira olan bir mobilye takımı satılırken semen 150 lira olarak tesbit olunmuş; lâkin görülmüş ki mal ayıblıdır ve bu ayıblı malın kıymeti de 50 lira tutmaktadır. Burada tenzili kıymet :

$$200 - 50 = 150$$

Liradır.

150 lira ise semene müsavi bulunmaktadır. Bu halde, akdin muhakkak feshi talep edilmelidir, zira kıymet noksanı semene müsavi olmuştur. Vazii kanunun 202 inci madde son fıkrasını sevk etmesini zaid buluruz. Filhalka kıymet noksanı semene müsavi olduğu taktirde semenin tenzilini isteyen müşteri verdiği parayı aynen ve tamamen geri almış ve fazla olarak ta malları elinde bulundurmuş olacaktır. Böyle bir vaziyeti kanun esasen tecviz etmemektedir; çünkü bu halde haksız mal iktisabı vukua gelmiş demektir.

Ayıp sebeble mal büsbütün telef olur veya hasara uğrarsa müşterinin **ayıptan dolayı fesih davası** açmaga salâhiyeti vardır. Kanunun ibaresine bakılırsa böyle bir halde müşterinin bayie iadeye mecbur olduğu şey maldan elinde kalan kısımdır. Şu halde, mal büsbütün ziyaa uğramışsa veya telf olmuşsa müşteri hiç bir şey iadesile mükellef olmayacak ve semeni geri alabilecektir.

Ancak, olabilir ki mebi ayıblı olmakla beraber telef olmasında müşterinin de kusuru vardır. Bu takdirde bakılacaktır: Şayed müşteri malı başkasına temlik etmiş, yahutta şeklini tebdil eylemiş ise fesih davasında bulunamayacaktır. Yalnız semenin tenzilini isteyebilecektir.

Satılan mal bir değilde müteaddit olursa, yahutta bir çok parçalardan merkekeb bir kül ise ve bu mallardan bazısı ayıblı çıkarsa müşterinin hakkı nedir?

Bu halde müşteri, ayıblı çıkan mal veya parça hakkında fesih davasında bulunabilmek salâhiyetini haizdir. Diğer mallar hakkında akdin feshini isteyemez. Ancak, ayıblı kısım hakkında fesih davası yapıldığı takdirde şayed bu kısmın kalan kısımdan tefriki mebiin kıymetini ehemmiyetli bir surette düşürüyor, yahut ondan beklenen faideleri azaltıyor veya hiçe indiriyorsa yani fesih halinde müşteriye veya bayie mutlaka bir zarar terettüp ediyorsa fesih, yalnız ayıblı olan kısım için değil, tekmil mebi hakkında yapılır.

Böyle muhtelif kısımlardan mürekkep olan mebiin

ferilerinde ayıp zuhur edecek olursa akit münfesihi olmayıp yalnız ferilere mütedair kısımlar hakkında fesih vaki olur. Şayet, böyle değil de mebiin aslı hakkında fesih vaki olacaksa bunun, tekmil ferilere de teşmili icabeder. Bu hükümler “feri, asıla tâbidir.” kaidesinin tatbik edildiği sahalardan birini gösterir.

Zapta karşı teminat —

Zabıt, üçüncü bir şahsın mebi üzerinde bir hak icra etmesi neticesi müşterinin zilyetliğinin haleldar olmasıdır.

Rossel, zaptı şöyle tarif ediyor: “Zabıt, bey’in müşteriye temin etmesi lâzım gelen haklardan kendisinin tamamen veya kısmen mahrum kalması demektir.”

Kezalik Fick te şu tarifi veriyor: “Zabıt, bayi tarafından müşteri lehine müesses mülkiyet hakkının tamamen veya kısmen ortadan kalkmasıdır.”

Zapta karşı teminata dair kanunumuzda yazılı hükümlerin hiç birisine Alman kanunu medenisinde tesadüf etmemekteyiz. A. K. M sine göre teminat müşteriye mülkiyeti nakletmiş olmanın tabii bir neticesidir. Filhakika mezkûr kanunun 434 üncü maddesinde şöyle deniyor: “Bayi, mebi üçüncü şahısların müşteriye karşı iddia edebilecekleri tekmil haklardan âri olarak temin etmek mecburiyetindedir.” Bu kükmü itmam etmek üzere 444 üncü maddesinde de: “bayi müşteriye satılan mala taallûk eden hukukî münasebetler hakkında icabeden malûmatı vermekle mükelleftir.” diyor.

Demek ki, zabıt neticesinde müşteri zilyetlikten mahrum kalıyor.

Beyi akdinin mülkiyeti nakletmek vasfını haiz olması hasebiyle müşteriye mala zilyed olacağı hususunun temini lâzım gelir. Şayet, müşteri zilyetliğini istimalde bir engel ile karşılaşırsa bayi vecibesini ifada kusur etmiş olacaktır. Netekim 189 uncu madde ilk fıkrasında bayiin, satılan şeyin bir üçüncü şahıs tarafından tamamen veya kısmen zaptedilmesi halinde müşteriye karşı mesul ve zamin olduğu kaydedilmektedir.

İşte, umumiyetle temin vecibesinden bahsolunduğu zaman kasdedilen şey bayiin zapta karşı teminatıdır. **Bu, bayiye terettüpeden bir vecibedir.** Yalnız, zabıttan bahsedilebilmek için malın teslim edilmiş olması lâzımdır. Şayet mal teslim edilmiş değilse burada akid henüz ifa edilmemiştir demektir.

Satıcının bu vecibesi **çifte bir vecibedir.**

1. — Müşterinin zilyetliği ihlâl edildiği takdirde onu bu müdahaleye karşı müdafaa etmek, Yani **münazaayı fassetmek** vecibesi.

2. — Bu ihlâl keyfiyetine mani olamadığı ve zabıt kat'î olarak vuku bulduğu takdirde müşterinin maruz kaldığı **zarar ve ziyanı tazmin** vecibesi.

Bu iki vecibeyi kısaca gözden geçirelim :

Müşteri beyi akdi neticesi iktisab ettiği malı kanunun verdiği salâhiyetlere dayanarak dilediği gibi kullanmak hakkını haizdir. Mülkiyetten mütevellit tekmil hakları kullanabilmek vaziyetindedir. İşte, müşteri bu

haklarını kullanırken üçüncü bir şahsın müdahalesi sebebiyle bir takım menfaatlardan mahrum kalabilir.

Hakkı ihlâl olunan müşteri bayie müracaat eder ve kendisini gelip müdafaa etmesini söyler. Bu müracaat bir davayı hâdiseden mütevellittir. Filhakika dava üçüncü şahısla müşteri arasında çıkmıştır. Zapta karşı teminata bulunduğu mefruz olmakla müşteri aleyhine ikame olunacak böyle bir davaya bayiin müdahalesi icabeder. Kanunumuza göre bayi davaya katılabileceği gibi müşteri makamına da geçebilir. Bittabi, müdahale hakkında Hukuk usulü muhakemeleri kanunu hükümleri tatbik edilmek lâzım gelir. Hâkim bayiin davaya müdahale etmesi için bir müddet tayin edecektir. Fransız Hukuk usulü muhakemeleri kanununda bu müddeti hâkim tayin etmez ve kanun bunu sekiz gün olarak tesbit etmiştir. Eğer bayi ölmüşse mirasçılardan her hangi birisini, mirası reddetmemiş olmak şartıyla, davet etmek kâfidir. Bayi gelir ve üçüncü şahsın müdahalesinin haksız olduğunu isbat ederse muhakeme masrafları kime ait olacaktır? *Planiol* a göre, bayi burada vecibesinden doğan vazifeyi yapmıştır. Artık muhakeme masraflarının kendisine yükletilmesi mantıksız olur. Bizde Hukuku usulü muhakemeleri kanunumuzun 416 ıncı maddesi delâletle 413 üncü maddesine istinaden bu masrafların üçüncü şahsa yükletilmesi doğru olur. Borçlar kanunumuzun 190 ıncı maddesinde beyan olunan bu muhakeme usulleri borçlar hukukunun kıyas tarikile diğer yerlerinde de tatbik edilemezler.

Şayet bayi müşteri yerine geçerek davayı takip eder ve neticede kaybederse teminattan mütevellit bütün neticelere tahammül edecektir. Şayet, müşterinin yerine kaim olmamış ta davaya müdahale etmişse ve dava da kaybedilmişse müşteriye bir hile veya ağır bir hata isnadı mümkün ve isbatı kabil olmadıkça kezalik bayiiñ aynı suretle mesul olması icabeder.

Müşteri vaktinde ihbarda bulunmuş ve bayie davada kendi namına müdafaada bulunmasını ihtar etmiş ve fakat **dinletememişse** bayi yine mesuldür.

Bu halde müşteri **iki suretle hareket** edebilir :

1 — Ya üçüncü şahsın mebi üzerindeki hakkını hüküm neticesini beklemeden hüsnüniyetle tanır ve **malı geri verir.**

2 — Yahut da istihkak davasında bulunan üçüncü şahısla **sulh akdeder.**

Her iki halde de bayi yine zamân ile mükelleftir.

Martin e göre müşterinin bayii haberdar ederken eğer gelip müdafaada bulunmayacak olursa istihkak müddeisinin iddiasını kabul edeceğini veya hâdiseyi hakeme tevdi edeceğini de ayrıca söylemesi lâzımdır. Böyle hareket etmemişse teminat istemek hakkına malik olabilmesi için üçüncü şahsın istihkak davasının muhik olduğunu ve iddiasına karşı itiraz olunamayacağını ispat eylemesi icabeder.

Netekim 190 inci madde 2 inci fıkrasında: “ *İhbar müdahale ve müdafaaya müsaid bir zamanda yapılmışsa*

müşterinin aleyhinde hasıl olan neticei hükmiye müşterinin hilesi veya ağır bir hatası eseri olduğu ispat edilmedikçe bayie de sarî olur.» denilmektedir.

Satıcının zabta karşı teminat vecibesine terettüp eden hükümler zabtın tamamen veya kısmen vaki oluşuna göre değişir. Kanun da bu iki hali ayırmış ve ayrı hükümler koymuştur.

I. — Tamamen zabıt hali — 192 inci maddede: «*mebiin tamamen zabtolunması halinde beyi münfesiñ addolunur.*» deniyor.

Mebiin tamamen zabtı halinde müşterinin bayiden bazı şeyler talep edebilmek salâhiyeti vardır. Yani, bayie müşteriye iras olunan zararı tazmin etmek borcu yüklenir. Bunun sebebi bayiin müşteriye müdafaaya etmesidir.

Kaide olarak müşteri, doğrudan doğruya hasıl olan zararları ve ziyanları bayie ödettirebilir. Fransız kanunu medenîsine nazaran zararın tamamen tazmininden başka zabıt sırasında mebiin kıymetinde husule gelen fazlalıkta istenebilir. Kanunumuza göre bayiin tekmiil zararları tazmin etmesi için hususî bir halin mevcudiyeti lâzımdır. Bu hal, bayie **kabili isnat bir hatanın** bulunmasıdır. Kanun yalnız hatadan bahsetmekle beraber hiç şüphe yoktur ki hilesi bulunması halinde de netice aynı olacaktır. Yalnız bayi, kendisine hata isnat olunmayacağını ispat edebilir, aksi halde mes'ul olacaktır. Zira 98 inci madde mucibince borclu kaideten her kursundan mes'uldür.

Bayiin tediye edeceği zarar ve ziyanın nelerden ibaret olacağını kanun birer birer saymaktadır:

1 — Semen in iadesi — Buna tediye gününden itibaren işlediği farzolunan faizler de ilâve edilecektir. Buna mukabil müşteri de istihsal etmiş olduğu veya istihsal etmekte ihmal gösterdiği semereleri bayie ödemek mecburiyetindedir. Bu hükmün mucib sebebini bizce yine kanunun 61 inci maddesinde aramak gerektir. Mezkûr madde ilk fıkrası şöyle yazılmıştır. "*Haklı bir sebep olmaksızın aharın zararına mal iktisap eden kimse, anı iadeye mecburdur.*" Yukarıda söylediğimiz gibi 192 inci madde ilk fıkrasında bey'in münfesihi olduğu beyan edilmiş olmasına göre semenin satıcı yedinde ve semerelerin de alıcıda kalması sebepsiz olacağından bunların müteakibilen geri verilmesi lâzımgelir.

2 — Müşteri tarafından yapılan masrafların ödenmesi — Bunlar için kanun bir şart koşuyor ve diyor ki : "*Mebii zabteden üçüncü şahıstan mutalebe edilemeyecek sarfiyat*". Binaenaleyh üçüncü şahsı bütün sarfiyatı tazmin ile mükellef tutamayız. Kendisinden ancak zarurî masrafları isteyebileceğiz. Bunlar haricindeki masrafların satıcıya tertüb etmesi icabeder. Müelliflere göre bu sarfiyata zinet müteallik masraflar da dahildir. Filhakika kanun (*Diğer masraflar*) kaydını ilâve etmekle 64 üncü madde hükmüne bir istisna kabul etmek istemiştir.

3 — Muhakeme masraflarının iadesi — Bu masraflar müşteri tarafından bayie rücu için ihtiyar edi-

len masraflar olmak icab eder. Şarihler buraya üçüncü şahıs tarafından açılmış olan asli davaya ait muhakeme masraflarını da ilâve ediyorlar. Kanaatımızca bu son hususun biraz evvel söylediğimiz gibi Hukuk usulü muhakemeleri kanununun buna dair hükümlerine göre hall edilmesi muvafıktır.

4 — Doğrudan doğruya mebiin zabtından tevellüt eden zarar ve ziyanların tazmini - Kanunun burada kastedtiği zarar ve ziyanların menfi zarar ve ziyanlar olması icab eder. Zira akid münfesihi bulunmakla müşterinin mukaveleden temin etmesi melhuz ve muhtemel menfaatların tesviyesi doğru olamaz.

ii . — Kısmen zabıt hali —

Müşteri iki bakımdan kısmen zabta maruz kalabilir.

a) Mebiin maddeten muayyen bir kısmının zabtı,

b) Mebide mevcut ve bayi tarafından beyan edilmemiş olan aynı mükellefiyetlerden mütevellit zabıt.

Mebii kısmen zabtına misal olmak üzere aynı cinsten eşyadan mürekkep misli şeyleri mevzubahs edebiliriz. İkinci hale gelince, ilk önce menkullere dair olan aynı mükellefiyetleri söyleyelim. Bunlar Medeni kanunda gösterilmiştir: teslimi meşrut şekilde rehin ve hapis hakkı (madde 853), hüsnüniyetle zileydlik (madde 901).

Gayrimenkullere müteallik aynı mükellefiyetlere gelince onlar da şunlardır : Su yolu geçirilmesi (668), geçit hakkı (671), lüzumlu suların cebri temellükü (683), irtifak hakkı (703), irtifak hakkının diğer neveleri ve

intifa hakkı (717), gayrimenkul mükellefiyetleri (757), gayrimenkul rehni (765), hüsnüniyetle zilyedlik (906).

Müşteri kısmen zapta maruz kalınca **k a i d e t e n** zarar ve ziyan tazminatı isteyebilir. Kanun burada müşteriyi muhayyer bırakmamıştır. İsterse akdi feshetmek ve isterse tazminat talebinde bulunmak şıklarını tercihte serbest değildir. Bunu takdir etmek hâkime aittir. Fesih davası için kanun bir şart koyuyor. Müşteri mebiin bu aybını bilseydi onu satın almayacağı hal kariyesi ile anlaşılıyor ise fesih davasında bulunabilir. Yani hâkim, halin icabına göre hüküm verecektir. Şayet birden ziyade mallar satılmışsa fesih davasında bulunabilmek için (206) inci maddeye nazaran bu mallardan bir kısmının ayıblı çıkmış olması lâzımdır ve dava yalnız ayıblı olan mallar hakkında mesmu olur.

Teminattan mütevellit davanın müruru zamanı nedir? Kanun bundan bahsetmiyor. Ancak, 125 inci maddede “ *Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik müruru zamana tabidir* ” denilmiş olmasına göre burada da on senelik müruru zaman cari olması icabeder. Bu müruru zamanın mebdei zaptın vukuu tarihidir. Filhakika 128 inci maddede müruru zamanın alacağın muaccel olduğu zamandan başlayacağı yazılıdır.

Kanunumuzun zapta karşı teminattan bahseden 189 ilâ 194 üncü maddeleri **bey'in akdi zamanında** mevcut olan bir sebep ile vukua gelen zabıtlarda tatbik olunur. Alman K. M si mebiin menkul veya gayri-

menkul oluşuna göre meseleyi ikiye ayırıyor. Menkuller hakkında kanunumuz gibi hüküm sevkettiği halde gayrimenkullerde müşteri, zaptın vukuunu beklemeksizin kendi mülkiyet hakkının noksan olduğunu görürse dava edebilir, diyor.

Bayi, kazadan mütevellit veya esbabı mücbire dolayısıyla husule gelen zabıtlardan mesul değildir. *Saleilles* ve *Rossel'e* göre kazaî bir muameleye istinaden vukua gelen zabıtların teminat altında bulunmaları icabeder. Yani böyle bir zabıt halinde bu maddeler hükümleri tatbik olunmalıdır.

Taraflar, zabıttan dolayı teminat miktarını tenkis, tahdit, refi veya tezyid edebilirler. Ancak, 189 uncu madde son fıkrasına nazaren şayet bayi üçüncü şahsa ait hakkı kasden gizlemiş ise bu yolda teminatı tahdit veya refeden her şart batıldır.

Tekeffül mecburiyeti kanunun 230 uncu maddesindeki sarahate binaen müzayedelerde cari değildir.

B. — ALICININ VECİBELERİ

Hemen her müellif bu vecibeleri ikiye irca etmektedir :

1 — Şeyi kabzetmek,

2 — Semeni ödemek.

Yalnız *Capitant ve Colin* bu vecibelere üçüncü bir vecibe katıyorlar: masrafları ödemek. Biz, bu üçüncü vecibeyi semeni ödemek vecibesinin bir parçası sayıyoruz. Filhakika kanun da 208'inci maddesinde yalnız iki vecibeden, semeni eda ve mebi kabzetmek vecibelerinden bahsediyor.

Kanun, mebiin kararlaştırılmış olan şartlar içerisinde arzedilmesi halinde kabzı lâzım geleceğini söylemektedir. Kezalik Ticaret kanunumuz da 712'inci maddesinde "*Beyi, mukavelede gösterilen şeraite muvafık ve mukavelede sarahat olmadığı surette şeraiti kanuniyeyi cami ise müşteri mukavele veya örf ile muayyen müddet zarfında mebi tesellüme mecburdur.*" deniliyor.

Müşteri mebi kabzetmezse ne olacak? Borçlar kanunumuz da buna dair bir hüküm yoktur. Mebi, lâzımgelen şeraiti ihtiva ettiği halde müşteriye arzedilmiş, müşteri ise sebepsiz olarak temerrüd ediyor.

Ticaret kanunumuzda (712/2) müşterinin tesellümdeki tehhurdan mütevellid zarar ve ziyarı ödemesi lâzım geleceği yazılıdır. Müşterinin bu temerrüdüne *Martin*in de dediği gibi bizce gerek borçlunun, gerekse alacaklının temerrütlerine dair olan hükümlerin tatbik edilmesi lâzım gelir. Filhakika mebiin kabzı müşteri için bir borçtur ve bu itibarla borçlu olarak mütemerrid, diğer taraftan ise kabz bir haktır da ve binaenaleyh müşteri alacaklı vaziyetindedir. Şu halde, umumî hükümlere tevfiakan hareket ederek bayi (B. K 90,91) sattığı şeyi bir yere tevdi edecek ve teslim borcundan kurtulabilecektir. Bayiin aynı zamanda alacaklı olması bakımından ise : 106'ncı madde karşılıklı taahhütleri muhtevi borçların ödenmemesi halinde alacaklıya bir hakkı hiyar tanımaktadır. Bayi bu 106'ncı maddedeki şıklardan birine istinad edebilir mi? *Fick e* nazaran bayiin akdi feshedebilmesi için müşterinin hem mebi kabızda ve hem de semeni eda hususunda mütemerrid bulunması icabeder. Sadece malı kabzetmekten temerrüd ediyorsa akid fesholunamaz. Ticaret kanunumuzun biraz evvel bahsettiğimiz hükmü de buna uygun ise de biz bu fikre iştirak etmeyeceğiz. Ticaret kanunu hükmü munhasıran ticarî beyilere şamildir. Borçlar kanunumuzda bu hususa müteallik ayrıca bir hüküm bulunmadığına göre 106'ncı madde ile alacaklıya verilmiş olan hakların burada da tanınması muvafık olur kanaatındayız.

Semen hakkında daha evvel bazı genel düşünüşler söylemiştik. Burada yalnız ödeme vecibesine bağlı hükümlere dokunacağız.

182 inçî madde ikinci fıkrası şu hükmü koyuyor: «*Hilâfına âdet ve mukavele mevcut değilse bayi ile müşteri borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler.*»

Fransız medenî kanunu 1651 inci maddesinde semenin beyi akdinde sözleşilen gün ve yerde ödeneceğini söyledikten sonra “beyin in’ikadı esnasında bu babta hiç bir şey kararlaştırılmamış ise müşteri semeni teslimin vukubulacağı mahal ve zamanda eda ile mükelleftir.” diyor.

Görülüyor ki kanunumuzla Fransız medenî kanunu arasında hüküm bakımından bir ayrılık yoktur. Menfaatı umumiye namına yapılan istimplâklere dair hükümde bu genel prensipin aynıdır. Filhakika bedeli ödenmeksiz mutasarrıfının elinden gayrimenkulü alınamayaacağı Teşkilâtı esasiye kanunumuzun 74 üncü maddesinde açıkça yazılıdır.

Borçlar kanunu, 74 üncü maddesinde ecel meşrut olmadığı takdirde borcun derhal ifası talep olunabileceğini söylemiştir. Bundan başka 81 inci maddeye göre müteakabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden taraf evvelâ kendi uhdesine terettüp eden borcu ifa etmeli veya ifaya hazır olduğunu söylemelidir. Yalnız, şayet kendi lehine bir ecel mevcut ise bu halde vade hululünden evvel de karşı taraftan taahhüdünü ifa etmesini isteyebilir.

İşte bu 74 ve 81 inci maddeler ianesile 182 inci madde 2 inci fıkrası hükmü daha açık bir tarzda anlaşılmaktadır. Beyi akdinde ecel meşrut değilse **mütekabil taahhü-**

datın ifası aynı zamanda vaki olmalıdır. Âdet veya mukavele icabı olarak mebi semenin tediyesinden sonra teslim edilmek lâzım geliyorsa ve müşteri tediye eden temerrüd ediyorsa bayi 211 inci maddeye istinaden **akdi fesh** edebilmek selâhiyetine maliktir. Ancak feshedeceğini müşteriye **derhal** bildirmesi lâzımdır.

Olabilir ki mebi tediye eden evvel müşteriye teslim edilmiştir. Bu takdirde bayi tediye edenin tehirine zimnen riza göstermiş demektir. Zira mukavele veya örf icabı teslimin tediye eden sonra vaki olması icabederdi. Bu halde de şayed bayi müşterinin edadan temerrüdü halinde akdi feshetmek selâhiyetine malik bulunacağını sarîh bir şekilde ifade etmişse yine bey’i fesh ve mebi istirdat edebilir. Alman K. M. si 454 üncü madde hükmü de böyledir. Mukavelede sarîh şekilde fesih hakkı muhafaza edilmişse böyle hareket edebilmeğe imkân yoktur. Fesih hakkını muhafaza edip etmediği hakkında bayiin arzu ve iradesini tayin için 18 inci maddeye göre tefsirde bulunmak lâzım gelir. Örf icabınca teslimin tediye eden sonra vukua gelmesine gelince: örfün tayini mahmemeye aittir ve mahkeme lâzım gelen tahkikatta bulunmak mecburiyetindedir. Filhakika Temyizin 3 Haziran 1929 tarihli bir kararına göre bunun hakkında **usuien tahkikat icrası** icabeder.

Hulâsa, taraflar tediye zamanını tayin etmişlerse ona itibar olunur. Değilse 210 uncu madde birinci fıkrasında teyid olunduğu üzere mebi müşteri yeddine girince bayi semene müstahak olur.

211 inci maddeye nazaran "mebi ancak semenin tediyesinden sonra veya tediyesi akabinde teslim edilecekse ve müşteri tediye den temerrüd ederse satıcı akdi jesh edebilir."

Müellif Von Thur, 187 inci madde hükmü münhasıran ticarî muamelelerde cari olduğu halde 211 inci maddedeki hüküm ticarî olmayan hususatta da caridir diyor.

Ticaret kanunumuzdaki sarahat Von Thur un bu mutaleasını kabule imkân vermeyor. Meselenin bizdeki hal şekli aksine bir netice verecektir. 211 inci madde hükmünü ancak ve ancak ticarî olmayan hususlarda tatbik edebileceğiz. Zira ticaret kanunumuzun 713 üncü maddesine göre mebiin semenin tediyesini müteakıp teslimi takdirinde bayi (münasib bir mehil tayin ederek müşteriyi ifayı taahhüde davet) etmek mecburiyetindedir.

Tediye mahalline gelince, kanun 73 üncü maddesinde borcun ifa edileceği mahal hakkında bir kaide koyuyor. bu mahal esas itibarile tarafların arzusuna göre tayin olunur. Bundan sonra kanun diğer bazı hususî kaideler koymuşturki şayet taraflar hilâfını şart etmemişlerse bu kaidelerin tatbiki icabeder. Demek ki, beyi akdinde satıcı ve alıcı ödeme yerini tayin etmemişlerse mesele 73 üncü madde hükümleri dairesinde halledilecektir.

Semenin tediyesi mebiin teslimini müteakıp vukua gelmiş ise semen **falze tabi** olacakmıdır?.

Martin bu meseleyi müşterinin mütemerrid olup olmamasına nazaran ikiye tefrik ediyor.

Şayet müşteri mütemerrid ise teslimden tediye gününe kadar geçen günler için 103 üncü madde mucibince senelik yüzde beş hesabı faiz tediyesine mecburdur.

Eğer müşteri mütemerrid değilse faiz ödemesi için üç halden biri mevcut olmalıdır. 210 uncu maddeye göre faiz tediyesi lüzumu tevellüt eden haller şunlardır:

- 1 — Akid
- 2 — Âdet
- 3 — Müşterinin mebiden semere ve hasılât istihali.

Bu üç halde **hiç bir ihtar** yapılmasına ihtiyaç yoktur. Fransız K. M sinde ise tediye için bayi tarafından ihtar vaki olması şart ittihaz edilmiştir.

Müşterinin temerrüdü eğer ecel meşrut ise sukut günü ile; değilse bayiin ihtarile başlar. Ticaret kanunu 706 ncı maddesinde meseleyi ikiye ayırıyor :

- 1 — Mebiin teslimi vukubulmuşsa faiz teslim gününden başlar.
- 2 — Mebiin tesliminden imtina olunuyorsa faiz başlangıcı ihtar günüdür.

Borçlar kanunumuz da münhasıran ticarî satışlara taallük eden bir hüküm ile karşılaşılıyor. 212 inci madde hükmüne göre ticarî satışlarda bayi, müşteri mütemerrid ise mebi başkasına satabilir. Bu satıştan elde ettiği semen ilk semenden aşağı ise aradaki farkı

zarar ve ziyan namı ile mütemerrid olan müşteriden isteyebilir. Kanun, bayii ayrıca hususî bir vaziyette himaye ediyor. Eğer mebi borsa da mukayyed ise bayi başkasile beyi muamelesine girişmeğe hacet kalmaksızın mebiin cari fiyatı üzerinden ödenmesi lâzımgelen semen arasındaki farkı zarar ve ziyan namı altında müşteriden isteyecektir. Bu tazminat akdin ademi ifası yüzünden bayiin maruz kaldığı zarara tekabül eder deniyor. *Martin*, bu bayi için müsbet bir menfaattir; halbuki, akid fesih edildiğine göre 108 inci madde 2 inci fıkrasına istinad ederek menfi bir menfaatin tazminini isteyebilmeli ve yalnız akdin hükümsüzlüğü sebebiyle hasıl olan zarar ve ziyanın tazminine istihkak kesbetmeli idi diyor. Biz de bu fikre iştirak ederiz.

Acaba satıcının 41 inci madde dairei şumulüne giren bir fili varsa müşteri semeni talep edeceği yerde zarar ve ziyan talebinde bulunabilirmi? *Von Thur* bulunabilir diyor. Ve ilâve ediyor: bu mümkündür, ahval ve şeraite nazaran bu zarar ve ziyan miktarı semenden fazla da olabilir. Meselâ bir şey kıymetinden aşağı bir fiyata satılmış ve beyi muamelesini müteakib yüksek bir kıymet ihraz etmiştir.

Semen yerine zarar ve ziyan talep olunabilecek hal için *Von Thur* misal vermemiş. Binaenaleyh mesele çok mücerred ve müphem bir kisve taşımaktadır.

İKİNCİ FASIL

Gayri menkul bey'i

Gayri menkul bey'inin ayrı bir ehemmiyeti bulunmak hasebile kanun bunun hakkında ayrıca bazı hükümler sevkine lüzum görmüştür. Hali hazırda mahkemelerimizi en ziyade işgal eden davalar diyebiliriz ki gayri-menkullere müteallik davalardır. Bu davalar da hemen ekseriyetle gayri menkul bey'inden tehaddüs etmektedirler.

Ökonomik buhranın tesirlerinden sonra hemen her kes elindeki parayı gayrimenkule tahvil etmek istiyor. Bunun neticesi olarak ta gayrimenkul satışları bir kat daha ziyadeleşmiş bulunmaktadır. Emlâk kıymetten düşmeğe başlayınca veya gayri menkul sahipleri herhangi bir sebeble mallarını paraya çevirmek isteyince yine gayrimenkul beyileri ile karşılaşırız.

Burada da hatırlamak gerektir ki menkul bey'ine müteallik hükümler ayrıca sarahat bulunmadığı taktirde kıyasen gayrimenkul bey'inde dahi tatbik edilir.

Gayrimenkulün bey'i **şekle bağlı** bir akitdir. Kanun bu şekli tayin ediyor. Tayin olunan şekle riayet olunmazsa borçlar kanunu 11 inci maddesi mucibince akid sahih olmayacaktır.

Burada riayet edilmesi lâzımgelen şekil nedir? 213 üncü madde ilk fıkrası şöyle yazılmıştır :

“Gayrimenkul bey'i muteber olmak için resmî senede rabtedilmek şarttır. „

Resmî senetler, hususî olmayan senetlerdir. Bunlar resmî makamlar huzurunda yapılır. Bu makamları kanun göstermiştir. Umumiyetle bunlar resmî sicilleri kaydeden devlet daireleri ile noterlerdir. Binaenaleyh gayri menkul bey'i muamelesinin bu makamlar önünde yapılması icabeder. Kanunu medenînin 643 üncü maddesi de bu esası teyit ediyor ve mülkiyeti nakleden akitlerin resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmayacağını söyleyor.

Demek ki akdin muteberiyeti için **resmî senede bağlanmış olmak** lâzımdır.

Kanunu medenîmizde bir hüküm daha görüyoruz. 633 üncü maddeye nazaran gayrimenkul mülkiyetinin iktisabı için **tapuya tescil** de şarttır.

Netice şu oluyor : Noter huzurunda bir sened yaptınız ve gayrimenkulünüzü sattınız. Yaptığınız muamelenin muteber olması lâzım gelir.

Gayrimenkul bey'inin tekemmülü için resmî sened şeklinden mada ayrıca tapu senedi de lâzımmıdır?

Borçlar kanunumuzun 213 üncü maddesine bakılırsa böyle bir netice çıkarmak doğru olmaz. Filhakika 213 üncü madde birinci fıkrasına göre resmî senede rabtedilen bir gayrimenkul beyinin muteber olması icabeder.

Lâkin Temyiz mahkemesi dördüncü Hukuk dairesi-

nin 3207 numaralı kararında tapuca senede rabtedilmeyen gayrimenkul alım satımının kanunen muteber olmadığı söylenmektedir.

Yine Temyiz mahkemesi 10-6-931 tarih ve 2140 numaralı bir tevhibi içtihad kararında gayrimenkulün noter senedile bey'inin muteber olmayacağına karar vermiş bulunmaktadır.

Kanun (*resmî senet*) den bahsediyor. Böyle olmakla beraber tatbikat alanında borçlar kanunu 213 üncü maddesi gözetilmek için Kanunu medenî 633 üncü maddesindeki şartın tahakkuku da istenmektedir. Filvaki Tapu sicilli nizamnamesinin 19 uncu maddesine göre gayrimenkul mülkiyetinin nakline dair tekmil muamelelerin tapu senedi ile yapılması lâzım gelmektedir. Mezkûr nizamname 19 uncu maddesi şöyledir: “*Tescile esas olan mülkiyet akdini natik resmî sened tapu memuru tarafından tanzim olunur.* „

Alman kanunu medenîsi (313) üncü maddesinde: “*Taraflardan birinin bir gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkını ferağ için yapacağı mukavele noter veya mahkeme huzurunda yapılırsa resmî bir mahiyet iktisab eder* „ deniyor. Alman kanunu medenîsinin müzakeresi sırasında gayrimenkul satışı için tahrirî şeklin kifayet edeceği ileri sürülmüş ve müdafaa edilmiş isede bu şekil kabul edilmemişti. Filhakika Alman vazii kanununun maksadı satıcıyı iyice teemmüle sevk etmek ve gayrimenkulün elinden çıkmasını intac edecek olan bu muamelede etraflıca düşündükten sonra hareket etmesini temin etmektir.

Türk Temyiz mahkemesinin yukarıda bahsettiğimiz kararına benzer ilâmlara Federal mahkemede de rastlıyoruz.

Federal mahkemenin 13 Şubat 1929 tarihli kararını hulâsa ediyorum : Bir gayrimenkul satılıyor. Semen taksitle tediye olunacağı görüşülmüş ve gayri menkulün zilyetliği müşteriye geçirilmiştir. Ancak tapu siciline tescil vukubulmuş değildir. Bayi, tutuyor ve aynı gayrimenkülü üçüncü bir şahsa satıyor ve şahıs namına tapuya tescil ettiriyor. Birinci müşteriye de kendisinin tediye ettiği taksiti iade ediyor.

Federal mahkeme de ilk beyi muteber tutmamış ve fakat ilk müşterinin akdin ademi ifası sebebiyle istediği zarar ve ziyarı tecviz ve tazminat talebini kabul etmiştir.

Gayri menkullerin **haricen** alım satımına, yani tarafların kendi aralarında yaptıkları senetle vukubulan bey'e gelince : Bunun muteber olmaması lâzımgelir. Temyiz, bir çok vesilelerle bu yolda kararlar ittihaz etmiştir. (Üçüncü Hukuk dairesinin 8953 numaralı kararı, keza aynı dairesinin 1929 tarih ve 899 numaralı kararı). Hatta birinci hukuk dairesinden sadır olan 2305 numaralı kararda emvali gayrimenkulenin haricen alım satımı ve terhini muteber değildir demekle yalnız bey'in değil terhinin de bir hüküm ifade etmeyeceği söylenmiştir.

Bir beyi akdinin mevzuu hem menkul ve hem de gayrimenkul eşya ise şekil ne olacak ? Federal mahkemenin yeni bir kararı bu meseleyi halletmektedir.

23 Mayıs 1933 tarihli *Ursenbacher* kararında bir beyi aynı zamanda menkul ve gayrimenkullere taallük ediyorsa ve gayri kabili taksim bir bütün teşkil ediyorsa heyeti umumiyesi itibarile resmî sened şekline tabidir, deniliyor.

Gayrimenkul beyi için şart ittihaz edilen resmî sened şekli kanunumuzdaki sarahata binaen gayrimenkule dair beyi vaidlerle bey'i bilvefa ve istimlak mukavelelerine de teşmil ediliyor.

Gayrimenkul bey'i vaitlerinin de gayrimenkul bey'inin tabi olduğu şekle riayet edilerek yapılması lüzumundan burada bahsedilmeğe hiç mahal yoktu. 22inci madde 2 inci fıkrası bunu açıkça ifade etmektedir. Resmî sened şekline riayet olunmadığı taktirde kanunun tayin ettiği şekle uygun hareket edilmemiş olacağından akid sahih olmamak lâzımgelir. Federal mahkemenin 21 Mart 1934 tarihli *Ringer - Probst* kararında söylediği veçhile borçlar kanunu 20 inci madde ikinci fıkrası şekil noksanı yüzünden husule gelecek butlan hallerinde dahi tatbik olunmak icabeder.

Beyi bilvefaya gelince : Bu, öyle bir akittir ki bayi ileride semeni ve masrafları geri vererek malı **tekrar satın almak** hakkını muhafaza eder. F. K. M. buna (tekrar satın almak salâhiyeti) adını veriyor.

Beyi bilvefa akdinin menşei Romadır. Roma hukuku buna *poctum de retro - vendendo* adını vermişti.

Bu akdin faidesi şudur : Paraya ihtiyacı olan bazı

şahıslar mallarını satmak isterlerse de sonradan tekrar o mala sahip olmak arzusunu da taşıyabilirler. İşte, bu halde beyi bilvefa imdatlarına yetişir.

Mamafih, Bugün müessese kıymetini hemen tamamilе kaybetmiş gibidir. Filhakika ipotek mukabili yapılan istikrazlar maksadı temin eder. Zira bunlarda mülk sahibi mülkiyet hakkını müdür. Fettiği gibi istediği miktar parayı da temin eder. Bayi, t-

Kanun 213 üncü şahsa satır bir bend koyuyor ve diyor ki: " mukaveleden Birinci müs şüf'a hakkı için tahriri şekil kâfidir. "

Şüf'a hakkı ne demektir? *Planiol*, şüf'a hakkı **şarta muallâk bir beyi** gibi telâkki edilebilir, diyor., Bu akid mucibince eğer müşteri aldığı malı sonradan satacak olursa tercihan muayyen bir alıcıya satacaktır.

Bu akitten gaye şu olsa gerektir: Bazı kimseler kendilerince manevî bir kıymeti haiz olan bir gayrimenkulü satmak vaziyetine düşebilirler. İsterler ki mülkleri mal kıymeti bilmeyen bir kimse eline geçip harab olmasın, bozulmasın. İşte bu düşünce saikasile şüf'aya müracaat ederler.

Kanunumuz bu akdin resmî senetle yapılmasını şart koşmamıştır. Tahriri şeklin kâfi görülmesinin sebebi *Martin* şöyle izah ediyor: Buna sebep şüf'a hakkının ekseriyetle icar akdi gibi resmî şekle tabi olmayan akitlere dercolunmasıdır. İsviçre mahkemelerinin ve müelliflerinin kanununun bu hükmünü aynen

kabul etmelerine rağmen bizde vaziyet başka türüdür.

Temyiz birinci Hukuk dairesi 2271 numaralı kararında " şüf'a gibi mülkiyetin kanunî takyidleri ancak resmî bir senetle ve tapu siciline kayıdla ilga veya tadil olunabilir. " demektedir. Keza 30 Nisan 1929 tarihli diğer bir kararında temyiz: " Hakkı şüf'a resmî bir sened veya tapu siciline kaydedilmekle iskat edilir. " diyor. İlebey'i bi

Bir gayrimenkul satılıyor. satılabilir. Biliyoruz ki talikî ve infisahî diye vait şart vardır. Gayrimenkul bey'inin talikî bir şekle yapılması mümkün ve vaki olan bir şeydir. Ancak akid infisahî bir şartla yapılacaksa vaziyet ne olacaktır? İnfisahî şart *Ahmed Samimin* tarlfine göre: " Muamelenin filhal husule gelmiş olan hukukî neticelerinin atide zeval ve infisahını mucib olan müstakbel ve vukuu şüpheli bir hâdisedir. " Gayrimenkul bey'inin hukukî neticesi, mülkiyetin tapu sicilli ile müşteriye naklidir. İnfisahî şart tahakkuk edince bu mülkiyet zevalmi bulacak? Böyle iddia etmek mantıksız olur. İşte *Martin* pek haklı olarak 214 üncü maddeyi infisahî şartla yapılan beyi akitlerine tatbik ederken şöyle bir tefsirde bulunuyor: " Beyi, ancak şartı infisahının tahakkukuna imkân kalmadığı veya müşteri semeni tediye eylediği vakit tescil edilebilir. "

Gayrimenkul mülkiyeti tapu siciline kayıd ile iktisap olunmakla bunlarda zabt mevzubahs olamaz. Ancak, gayrimenkule tecavüz vuku bulduğu takdirde Gayrimenkule tecavüzün def'ine dair kanun hükümlerinin tatbiki

ve 15479 numaralı ve 25 ilk kânun 1933 tarihli kararname ile neşrolunan Gayrimenkule tecavüzün def'ine dair kanunun tatbik şekillerini gösterir nizamnameye göre hareket etmek lâzımgelir.

Gayrimenkulün ayıbı

Yukarıda menkullerde ayıbı zuhuru meselesini tetkik etmiştik. Menkulde ayıb bulunması mebi'in kıymetini veya ondan beklenen menfaatları yok eden bir halin mevcudiyetine taallük ediyordu ve bu kabil ayıbları bayiin tekeffül ettiği farzolunuyordu.

Bu hüküm bakî kalmak üzere, gayrimenkul beyilerine mahsus olan ikinci bir ayıb şeklinin de kezaik bayi tarafından tekeffül altına alınmış olduğunu kabul etmelidir. Buna dair hüküm kanunun 215 inci maddesinde yazılıdır. Mezkûr maddede deniyor ki: « *Hilâfına mukavele mevcut değilse, satılan gayrimenkul beyi sendinde yazılı olan ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde bayi, noksanını müşteriye tazmin etmekle mükelleftir.* » Maddede (hilâfına mukavele mevcut değilse) kaydı var.

Demek ki, bayi hini akidde gösterilen ölçü miktarını tekeffül etmediğini söyleyebilecek ve bu takdirde müşteriye karşı zamân ile mükellef olmayacaktır. Bizde bu madde yalnız tarla ve arsa satışlarında kabili tatbiktir. Bu maddenin tatbikatına dair bir temyiz kararı bulamadım. Ancak mutlaka yalnız tarla ve arsalarda tatbik edilmesi icabeder, zira binalar için ölçü mevzu-bahs değildir.

Kanun aynı maddesile ikinci bir vaziyeti derpiş ve burada bayii himaye ediyor. Mamafih maddenin bu son kısmı şimdiye kadar hiç bir tatbik sahası bulmuş değildir. Ancak, Ölçüler ve ayar nizamnamesi mer'iyet mevkiine geçtikten beridir ki bu fıkranın tatbik sahaları belirmeğe başlamıştır. Filhakik şimdiye kadar memleketimizde muhtelif yerlerde muhtelif ölçüler kullanılmakta idi. Bazı yerlerde evlek, bazı yerlerde dönüm, bazı yerlerde mimar arşını mürabbai, diğer bir kısım mıntakalarda arşın murabbai, ilâh.. (2) menkyordu. Bundansonradır ki nizami ölçü, mesa... çüsü tatbik olunacaktır.

Menkul satışlarında ayıbdan dolayı dava ikamesi için binnesbe kısa bir takım müddetler kabul edildiği halde gayrimenkul ayıblarından mütevellit davalar için **beş sene** gibi umumî müruru zaman müddetinin yarısına denk bir zaman kabul olunmuştur.

Ş . — G E M İ

açık

umuzun 1015

Gayrimenkul bey'ine eklerimize nihayet vermeden evvel ayrılan hayli münakaşayı mucib olan bir meseleyi mevzubahs etmek faideli olur. Gemi menkulmüdür yoksa gayrimenkul mü?

İlk önce, bir tekne neydi? Fransada oldukça ehemmiyeti haiz tekneler için *navire* tabiri, diğer küçük tekneler için ise *barque, chaloupe* ilâh... gibi tabirler kullanılmaktadır. Netekim Fransada ticaret kanunu "*navires et autres bâtiments de mer*," gemi ve diğer sefaini bahriyeden bahsediyor.

Yunan ticaret kanunu 226 inci maddesine nazaran gemi tabiri gayri safi 10 tonilatodan yukarı sefaine racidir. Belçika kanununa göre ise 25 tondan yukarı olanlar gemi sayılır.

25 Ağustos 1863 — 1280 tarihli kanunnamei hümayunu ticareti bahriyenin 21 inci maddesi "zabt ve fûruht hususlarında on tonilatoluk yani dört yüz kilelik sefine ve daha aşağı küçük olan kayık ve mavuna ve sair liman tekneleri," mevzubahs ise daha müsamahakâr davranmaktadır. Yani hacmi istiabisi on ton ve daha aşağı olan teknelere hususî bir takım haciz usulleri tatbik etmektedir.

Bugünkü Deniz ticareti kanunumuzda (gemi) tabirinden başka bir söz bulamamaktayız (*). Ancak kanunun sicil ve bayraktan bahseden son faslında (gayri safi elli metre mikâbını geçmeyen gemiler) den bahsolunmakla elli tondan aşağı gayri safi hacimdeki teknelerin de gemi tabiri şumulüne mülklerini kabul edebiliriz. Bununla beraber tarzi adanabî miktarının aşağı hadinin ne olduğu hakkında söyleyemeyeceğiz. Elimizde bir temyiz deye olunmadığı gibi İstanbul adliye sarayının yalmenkul dâim ayrıca bir mahkeme kararı da ele geçirebilmiş, mesalen, amadı. Bu hususun aydınlanması için meselemize müteallik davalarda alâkaları olan hukuk adamlarımızın ellerindeki vesikaları basdırmalarını temenni etmekten başka yapacağımız bir şey yoktur.

Deniz ticareti kanunumuzun mehazı olan Alman deniz ticareti kanununda da mesele aynı şekilde halledilmiştir. Ancak orada ayrıca birde nehirlerde seyrisefaine dair mevzuat ve husuşî hükümler mevcuttur.

Şimdi asıl sualimize avdet edelim: gemi menkulmüdür, yoksa gayrimenkulmüdür? demiştik.

Temyizin gemiyi menkul addeden kararları vardır. Ancak yeni İcra ve iflâs kanunumuzun neşrinden beri

(*) Hava gemilerini de şamildir. Havai seyri sefere mahsus Beynelmilel Sıhhi mukavelenamenin birinci maddesinde hava gemisi şöyle tarif olunuyor: «havadaki aksülamellerin yardımı ile cevvi havada tutunabilen ve havai seyri sefere tahsis edilmiş olan her aleti ifade eder.» Bakınız, 2593 numaralı kanun.

haciz hususlarında gemiler gayrimenkul muamelesi görmektedirler. İ. İ. K muzun buna dair olan hükmü ve biraz aşağıda söyleyeceğimiz deniz ticareti kanunumuzun bazı hükümleri bir kısım hukuk adamlarımızı geminin gayrimenkul olması lâzım geleceği zehabına düştürmüştür. Lâkin mesele çıkmak gerekir.

Deniz ticareti kanununun 1015 inci maddesinde: "Deniz ticaretine yineminin temlik halinde akidlerin Kanunu medenî 633 üncü maddesinde mülkiyet hakkının nakli için iktiza edene ve bu hakkın yerine bu hakkın iktisab edene hâsen nakli müddetlerinde mukavele edebile "cekleri söylenmektedir.

Avukat Ahmed Esad bair mecmuasının Şubat 1934 nüshasında çıkan bir baş yazısında bu maddenin çok sakat bir madde olduğunu iddia ediyor, ve diyor ki: Deniz ticareti kanunumuzun 1449 uncu ve 1458 inci maddelerinde geminin gayri menkul olduğu söylenmektedir. Kanunu medenînin 633 üçüncü maddesine göre ise gayrimenkul mülkiyetini iktisab için tapu siciline kayd yapılmak şarttır. Hal böyle iken gemiye menkul bir mal muamelesi yapmak elbette isabetli bir hareket olmaz.

Ahmed Esad, yazısında Kanunu medenî 633 üncü maddesi hükmünün gemi hakkında da tatbik edilmesi lâzım geleceğini söyleyorsa da bizce İcra ve iflâs kanununun 91 inci maddesinde de açıkça söylendiği üzere bunun tapuya değil kayıtlı bulunması lâzım gelen daireye kaydı icabettiği gibi mücerred gemi rehnine aid olan

maddelere istinaden geminin gayri menkul olduğunu iddia etmek de doğru olamaz. Rehne dair faslında Deniz ticareti kanunumuz geminin gayrimenkul acedileceğini değil gayrimenkul hakkındaki hükümlere tabi olacağını söylemiştir.

1015 inci madde de "mülkiyet hâsi nakli için iktiza eden teslim tarzı" dan bahsediyor. Mülkiyet için teslim tarzı yalnız mülkiyet hakkında caridir. Görülüyor ki, bu maddeye göre geminin Ahmed Esadın iddiası veçhile gayrimenkul değil fakat menkul adedilmesi icabeder. [İstediğim, mesai]

Bundan başka Deniz ticareti kanununun 1464 üncü maddesinin 7 numaralı bendinde şöyle bir kayıt var: "Gemiye ait olan iktisab ve tasarrufu hangi hukukî sebepten doğduğu" gemi siciline kaydedilmek mecburîdir. Şayet gemi gayrimenkul addedilmiş olsaydı kanun iktisabın doğduğu hukukî sebebin tescilini emretmez ve bilâkis gayrimenkullerde olduğu gibi iktisabın ancak tescilden sonra vaki olacağını tasrih ederdi. Burada ise evvelâ iktisab vukua gelmiştir. Ve bundan sonradır ki bu iktisabın hukukî sebebi sicile kaydolunacaktır.

Şu kısa mülâhazadan bir netice çıkarmak icabederse diyebiliriz ki: gemi menkuldür. Ancak kanun gemi rehni gibi bazı hususlarda ayrı bir takım ahkâm sevkemiş olup bu hükümlerin bir kısmı Kanunu medenînin

[*] Diğer bir kısım hukukçulara göre ise gemi nevi şahsına münhasır bir mahiyeti haizdir. Ne menkul nede gayri menkuldür. Ezcümle, Ali Kemal - Deniz ticareti hukuku 1934 s : 62.

gayrimenkul mallar hakkında derpiş ettiği ahkâmın aynıdır.

Hiç şüphe yoktur ki beyi hususunda gemi tamamen menkul bey'i hükümlerine tabiidir. Yalnız âkitler isterlerse teslim tarzı yerine menkul mirasda olduğu gibi hemen intikal etmektedir.

Men zabit

49

teminin temlik halinde akidlenmiş mülkiyet hakkının tarafı yerine bu hakkın aralarında mukaddele edilmiştir.

sad baro meclisi

nda

ur

ALIM SATIM

İçin teslim tarzı yalnız menkul mülkiyet için görülüyor ki, bu maddeye göre iddiası veçhile gayrimenkul dâhil olmak üzere mesuliyeti icabeder. [*irebilm, mesuliyeti]

Bundan başka Deniz ticareti kanununda

AKDİN TARİFİ ve ŞARTLARI

İN'İKAD ŞARTLARI

RİZA

EHLİYET

HASAR

Başkasına ait malın satılması

Sahife

9

10

12

13

14

16

18

23

İkinci kısım

AKDİN HÜKÜMLERİ

Birinci Fasıl — Menkul Bey'i

MEFHUMLAR — Semen :

26