

ESKİŞEHİR İKTİSADİ VE TİCARİ İLİMLER AKADEMİSİ

ESKİŞEHİR	
İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi	
Kütüphanesi	
Denklik No.	: 16993
Tasvir No. su	: 3/3551
Kıtabın Göz. No.	:

TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKUNDA
SATICININ ZAPTA KARŞI
TEMİNAT BORCU.

(Doktora Tesi)

3/

T.C.
ANADOLU ÜNİVERSİTESİ
Merkez Kütüphane

Erhan TÜRKER

İ Ç İ N D E K İ L E R

GİRİŞ 1

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M

TARİHÇE

§ I. ROMA HUKUKUNDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCU . . . 5

I- Teminat Borcunun Niteliği ve Tarihsel Gelişimi 5

A- Teminat Borcunun Niteliği: 5

B- Teminat Borcunun Tarihi Gelişimi: . . . 7

II- Teminat Borcunun Aksine Mukavele İmkânı . 11

§ II. ESKİ HUKUKUMUZDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCU . 13

İ K İ N C İ B Ö L Ü M

İNGİLİZ HUKUKUNDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCU

§ I. KONUYA GİRİŞ 16

I- <u>İvaz (Consideration)</u>	17
II- <u>Sart (Condition) ve Garanti (Warranty)</u> . .	20
III- <u>Alım-Satım Akdi (Contract of Sale)</u>	22

§ II. İNGİLİZ HUKUKUNDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCUNUN
NİTELİĞİ VE ALICININ HAKLARI 24

I- Zapta Karşı Teminat Borcunun Niteliği 24

A- Common Law' daki
Durum: 24

B- S.G.A'deki Durum: 25

1. Şart Olarak 25

2. Garanti Olarak 29

a) Alıcının Zilyetliğinin İhlâl Edil-
meyeceğine İlişkin Garanti 29

b) Satılanın Mükellefiyetlerden Azade
Olduğuna İlişkin Garanti 31

C- Teminat Borcunun
Aksine Mukavele
İmkânı: 32

II- Teminatın İhlâli Halinde Alıcının Hakları . 34

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCU

§ I. ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCUNUN NİTELİĞİ VE UYGULAMA ALANI	38
I- <u>Terim Sorunu</u>	38
A- <u>Zapt Hakkında:</u>	38
B- <u>Teminat Hakkında:</u>	39
II- <u>Zapta Karşı Teminat Borcunun Tanımı ve Hukukî Niteliği</u>	41
A- <u>Tanımlı:</u>	41
B- <u>Hukukî Niteliği:</u>	43
1. Genel Açısından	43
2. Taşıdığı Özellikler Açısından	47
a) <u>Zapta Karşı Teminat Borcu Kanunî Bir Borçtur</u>	48
b) <u>Zapta Karşı Teminat Borcu İkinci Derecede Bir Borçtur</u>	48
c) <u>Zapta Karşı Teminat Borcu Kusura Dayanmaz</u>	49

ç) <u>Zapta Karşı Teminat Borcunu Düzenleyen Hükümler Kamu Düzenine İlişkin Değildir</u>	50
aa- Genel Prensip	51
aaa- Taraflar Zapt Halindeki Sorumluluğu Genişletebileceklerdir	51
bbb- Taraflar Zapt Halindeki Sorumluluğu Daraltabilecekler veya Kaldırabileceklerdir	53
ccc- Değişik Bir Tazmin Şekli Kabul Edebileceklerdir	54
bb- İstisnası	54
C- <u>Benzer Hukukî Durumlar ile Mukayesesi:</u>	55
1. Tatbik Zamanı Yönünden	57
2. Kusur Yönünden	58
3. Sonuçlara Yönünden	58
III- <u>Uygulama Alanı</u>	60
A- <u>Zapta Karşı Teminat Hükümlerinin Uygulandığı Haller:</u>	60

1. Alım - Satım Akdinde	61
a) <u>Menkul Satımında</u>	61
b) <u>Gayrimenkul Satımında</u>	61
c) <u>Arttırmayla Satımında</u>	65
2. Kamulaştırmada	67
3. Trampada	68
4. Adi Şirkette	70
5. İstisna Akdinde	70
6. Yayın Sözleşmesinde	71
7. Mirasın Taksiminde	76
B- <u>Uygulama Alanının</u> <u>Sınırlandırılması:</u>	77
§ II. ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCUNUN UYGULANMA ŞARTLARI	80
I- <u>Maddî Şartlar</u>	80
A- <u>Satılan Şey Alıcıya</u> <u>Teslim Edilmiş ve</u> <u>Mülkiyeti Nakle Yara-</u> <u>yan Hukukî Muamele</u> <u>Yapılmış Olmalıdır:</u>	80

B-	<u>Üçüncü Şahsın Satılan Şey Üzerinde Zaptı Sağlayacak Bir Hakkı Bulunmalıdır:</u>	81
C-	<u>Bu Hak Akdin İnikadı Zamanında Var Olmalıdır:</u>	85
Ç-	<u>Alıcı Zapt Tehlikesini Bilmemelidir:</u>	87
II-	<u>Şekli Şartlar</u>	90
A-	<u>Üçüncü Şahsın Satılan Üzerindeki Hakkı Bir Dava Konusu Olarak Ortaya Çıkmalıdır</u>	90
B-	<u>Dava Satıcıya İhbar Edilmelidir:</u>	93
	1. İhbarın Niteliği	93
	2. İhbarın Şekli	94
	3. İhbarın Zamanı	94
	4. İhbarın Yapılmamasının Sonuçları	95
	5. İhbarın Yapılmasının Sonuçları	96

§ III. ZAPT HALİNDE ALICININ HAKLARI	103
I- <u>Tamamen Zapt Halinde</u>	103
A- <u>Satıcının Kusursuz Olması Halinde Alıcının Hakları:</u>	104
B- <u>Satıcının Kusuru Halinde Alıcının Hakları:</u>	112
II- <u>Kısmen Zapt Halinde</u>	114
III- <u>Zamanasımı</u>	117
SONUÇ	120
YARARLANILAN KAYNAKLAR	122

K I S A L T M A L A R

Ad.Der.	Adalet Dergisi
a.g.m.	Adı Geçen Makale
a.g.t.	Adı Geçen Tez
Ank.Huk.Fak.Der.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.K.	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
E.	Esas
ESADER	Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
FJS	Fiches Juridiques Suisses
İ.B.K.	İsviçre Borçlar Kanunu
İç.Bir.K.	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İlm.Kaz.İçt.Der.	İlmî ve Kazâî İçtihatlar Dergisi
İst.Bar.Der.	İstanbul Barosu Dergisi
JdT.	Journal des Tribunaux
K.	Karar
m.	Madde
M.K.	Türk Kanunu Medenîsi
No.	Numara

RG.	Resmî Gazete
s.	Sayfa
Sa.	Sayı
S.G.A.	Sale of Goods Act
ta.	Tarih
Ter.	Tercüme
Y.H.D.	Yargıtay Hukuk Dairesi
Y.H.G.K.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Sadece Tandoğan olarak yapılan atıflar Halûk Tandoğan'ın Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Akdin Muhtelif Nevileri) C. I, Ankara 1969 adlı eserine, sadece Tunçomağ olarak yapılan atıflar Kenan Tunçomağ'ın Borçlar Hukuku Dersleri Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri) C. II, İstanbul 1967 adlı eserine aittir.

G İ R İ Ő

Çalışmamızın konusunu alım-satım akdinde satıcı-
nın zapta karşı teminat borcu teşkil etmektedir.

Bu konunun seçilmesinde iki neden rol oynamıştır.

Bunlardan birincisi, alım-satım akdinin modern
toplumdaki önemli yeridir. Gerçekten, trampa ekonomi-
sinden para ekonomisine geçiş, ekonomik hayatta yeni
ufukların açılmasını sağlayıp iş bölümünü arttırdığı
gibi (1), ekonomik faaliyetler arasında alım-satım
akdine de çok önemli bir yer kazandırmıştır. Ayrıca
bu önem gittikçe artma eğilimini de göstermektedir.
Toplum hayatında etkili ekonomik sistem ne olursa ol-
sun (2), ihtiyaçların temininde başlıca araç alım-satım
akdi olmakta ve para ekonomisinin önemi değişmeksizin
devam etmektedir. Örneğin, günlük en basit ihtiyacı
temine çalışan kimsenin baş vuracağı araç alım-satım
akdi olacağı gibi, milyonlarca lira değerinde yatırıma
girişecek yatırımcı da, bu yatırımı gerçekleştirmek
için gerekli makina ve teçhizatı teminde, pek muhte-
meldir ki, yine alım-satım akdine başvuracaktır.

(1) Feridun Ergin, Para Siyaseti, İstanbul 1972, s.24 v.d.

(2) Sovyet Rusya'daki Harp Komünizmi devresinde yapılan
paranın kaldırılması ve ihtiyaçların bedava temini
deneyinin başarısız sonuçları için Bkz: Ergin,
s. 25-26.

Konunun seçiminde etkili olan ikinci neden ise, zapta karşı teminat konusunda, genel eserler ve bir kaç makale dışında, Türkçe bir çalışmanın yapılmamış olmasıdır. Bu bakımdan da, varlığına inandığımız bir boşluğun doldurulması konusunda, küçük bir katkıda bulunmak çabası bize, haklı ve yerinde gözükte.

Çalışmamız, girişten sonra, üç bölüme ayrılmıştır.

Birinci bölüm tarihçedir. Tarihçe bölümünde evvelâ, bugünkü hukukumuzun, özellikle Borçlar hukukumuzun tarihi kaynağını teşkil eden Roma hukukundaki zapta karşı teminata ilişkin kaidelere kısaca değinilmiştir.

Tarihçe bölümünde ele alınan ikinci konu, İslâm hukukundaki zapta karşı teminata ilişkin hükümlerdir. İslâm hukukuna, yine çok kısa olarak, değinilmesinin nedeni, şu andaki lâik hukuk düzenimize göre hiç bir uygulama kabiliyetinin bulunmamasına rağmen, bu hukuk düzeninin çok uzun yıllar Türk toplum yapısında etkili olmasıdır.

İkinci bölüm, İngiliz hukukunda satıcının zapta karşı teminat borcunun izahına ayrılmıştır.

Çalışmalarımızda İngiliz hukukuna da yer verilmesinin nedeni şudur:

Bilindiği gibi hukuk sistemimiz, kıta Avrupası hukuk sistemi içinde yer almaktadır. Buna karşılık İngiliz hukuk sistemi ise, kıta Avrupası hukukundan

tamamen farklı olan Anglo-Amerikan sistemi içinde, önemli bir bölümü teşkil etmektedir. İşte biz, Türk hukukunda mevcut durumun yanında tamamen değişik bir nitelik taşıyan İngiliz hukukuna da değinerek, değişik sistemler içinde dahi aynı veya benzer problemlerin ortaya çıktığını göstermek ve bu problemlere bulunan hal çareleri bakımından bir karşılaştırmaya imkân sağlamak amacına yöneldik.

Çalışmamızın ağırlık noktasını, Türk hukukundaki durumun incelenmesi teşkil etmektedir.

Türk hukukunda zapta karşı teminat borcu incelenirken evvelâ bu borcun niteliğine ve konuyu düzenleyen hükümlerin uygulanma alanına değinilmiştir.

İkinci ayırımında incelenen konu zapta karşı teminat borcunun uygulanma şartlarıdır.

Sen olarak ise zapt halinde alıcının haklarının ortaya konulmasına çalışılmıştır.

Çalışmalarımız sırasında, doktrinden olduğu kadar yayınlanmış mahkeme kararlarından da yararlanma çabasını gösterdik ve bunları ilgili konularda göstermeye önem verdik. Katıldığımız görüş ve kararların yanında katılmadıklarımız da olmuştur. Bu konudaki düşüncelerimizi de ayrıca belirtmeye çalıştık.

Konuyla ilgili hükümlerin yorumunda, lafzî meted kabul edilmemiş, metin ve kelimelerin tekeline doğru ve haklı hukukî sonuçlara varılamayacağı prensibi benimsenmiştir. Bu düşünüş tarzının ışığında, yapılan

yorumlarda daima, lafzın yanında ruha da önem verilmesi gerektiği ve yararlar çatışmasının hallinde, varılmak istenen amacın göz önüne alınmasının gerekliliği noktasından hareket edilmiştir. Ancak bunun, yorumda hukukçuya, olanı yok farzetmek, normları ihmal etmek yetkisini vermediğini de her zaman hatırladık. Zira aksi düşünüş, doğru ve haklıya ulaşmak çabasıyla sübjektifliğe düşmek ve böylece hukukta var olması gereken güvenlikten ayrılarak belki de daha büyük haksızlıklara yol açmak demek olacaktı.

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M

TARİHÇE

§ I. ROMA HUKUKUNDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCU

I- Teminat Borcunun Niteliği ve Tarihsel Gelişimi

A- Teminat Borcunun Niteliği :

Alım-satım akdinde (1) alıcının en önemli borcu belirli (certum) veya saptanabilir bir bedeli ödemek, satıcının en önemli borcu ise satılanı alıcıya devretmektir (2).

(1) Trampana mahiyeti, bir çeşit alım-satım olup olmadığı münakaşayı gerektirmiş ise de semenia para olması gerektiği, trampana alım-satım olarak kabul edilemeyeceği fikri üstünlük kazanmıştır. Bu hususta Bkz.: Gaius, Institutiones (Ter. Türkân Rado), 3, 141.; Salvatore Di Marzo, Roma Hukuku (Ter. Ziya Umur), İstanbul 1959, s. 432.; Türkân Rado, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1969, s. 106.

(2) F. De Zulueta, The Roman Law of Sale, Oxford 1966, s. 35-51.

Bu devir işlemi bakımından, eski ve klâsik Roma hukuku ile Bizans hukuku arasında önemli farklar bulunmaktadır (3). Eski ve klâsik Roma hukukuna göre, malların res mancipi ve res nec mancipi şeklinde ayırımına paralel olarak, bunların devir usulleri de değişmekteydi (4). Res mancipi'ler, mancipatio veya in iure cessio denilen merasimli şekillerden birisi ile devrediliyor, res nec mancipi'lerin devri için ise traditio yeterli görülüyordu. Justinianus hukukunda ise, mallar arasındaki bu ayırımın ortadan kalkmış olmasından ötürü, ayrı ayrı teslim şekilleri yerine sadece traditio mevcuttu (5).

Alım-satım akdinde, alıcı yönünden asıl amaç belli bir satış bedeli karşılığı satılardan tam bir yararlanmanın sağlanması olduğuna göre, üçüncü şahısların bu mal üzerindeki talep ve davalarının yukarıda adı geçen amaca ne derece aykırı düşeceği kolaylıkla anlaşılabilir.

(3) Rado, s. 106.

(4) Di Marzo, s. 275 vd.; Paul Koschaker, Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları (Ter. Kudret Ayiter), Ankara 1950, s. 119 vd.; Rado, s. 100.

(5) De Zulueta, s. 36.

Roma hukukunda "hiç kimse hakkından fazlasını başkasına devredemez (nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)" (6) kuralının kesin olarak uygulanması ve modern hususi hukuklarda görülen hüsünüyetin korunması prensibinin bu hukuk sisteminde mevcut olmaması zapt (evictio) meselesinin önemini arttırmaktadır.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız sebeplerden dolayı zapt ve zapta karşı teminat müessesesi Roma hukukunun önemli bir problemi olarak karşımıza çıkmakta, tarihi gelişim içerisinde değişik çözümlerine bağlanmış olmakla beraber, daima önemini muhafaza etmektedir (7).

B- Teminat Borcunun Tarihi Gelişimi :

Biz bu konuyu, tarihi gelişimine uygun olarak, dört devrede inceleyeceğiz:

(6) Rado, s. 111.

(7) Bu konuda Bkz.: Rado, s. 110 vd.; De Zulueta, s. 42 vd.; Koschaker, s. 205 vd.; Di Marzo, s. 438 vd.; Richard Honig, Roma Hukuku Dersleri (Ter. Şemseddin Talip), İstanbul 1935, s. 129 vd.; H. Cahit Oğuzoğlu, Roma Hukuku, Ankara 1959, s. 237.; Sakir Berki, Roma Hukuku, Ankara 1949, s. 287 vd.

i- Birinci devrede satıcının zapt halindeki sorumluluğu mancipatio'nun varlığına bağlı bulunmaktadır. Eğer, mancipatio ile satılanı iktisap eden alıcı üçüncü bir şahsın davasıyla karşılaşmış elindeki mal zapt edilirse, satıcıya davayı ihbar edip (denuntiatio) kendisini savunmasına imkân vermek şartıyla, semenin iki katını talep edebilecektir (8). Ancak bunun söz konusu olabilmesi için, satıcının, alıcıya karşı açılmış olan davada savunmada bulunmaktan kaçınması (auctoritatem defugere) veya auctor in iure olarak alıcı davalının yerine geçip davayı kaybetmesi gerekmektedir (9). Bu durumda satıcı actio auctoritatis in duplum ile sorumlu olur (10). Verdiği iki katını isteme yetkisinin varlığı bu davada suç unsuru bulunduğunu göstermektedir (11).

Alıcının bu davayı açabilmesi semenin ödemiş olması şartına bağlıdır ve mancipatio'ya dayanan bu dava adı geçen devir usulünün ortadan kalkması ile varlığını kaybetmiştir (12).

(8) De Zulueta, s. 43.

(9) Di Marzo, s. 277.; De Zulueta, s. 43.

(10) De Zulueta, s. 43.

(11) Koschaker, s. 206.

(12) Rado, s. 112.

ii- İkinci devre, zapt halinde sorumluluğun satıcıya akdi olarak yüklendiği devredir. Bu devrede satıcının sorumluluğu mancipatio'nun varlığına bağlanmış olduğundan, mancipatio'nun söz konusu olmadığı diğer hallerde sorumluluğun yokluğu kendisini şiddetle hissettirmiştir. Örneğin, mal res nec mancipi ise veya taraflardan birisi peregrinus ise mancipatio imkânsızdır ve mancipatio söz konusu değilse, actio auctoritatis de yoktur (13).

Fakat Oniki Levha Kanunlarından en son zamanlara kadar taraflar için, satıcı üzerine benzer bir sorumluluğu akdi olarak yüklemek imkânı söz konusu olmakta ve bu, satıcının alıcıya bir miktar parayı vaat etmesi şeklindeki bir stipulatio ile yapılmaktaydı (14). Vaad edilen miktarın semen kadar veya semenin iki katı olmasına göre bu stipulatio, stipulatio simplas veya stipulatio duplas adını alıyordu (15) (16). Bu durumda alıcı stipulatio'dan doğan hakkını ancak zaptın gerçekleşmesinden sonra kullanabiliyor ve satıcının da husumeti def mecburiyeti bulunmuyordu (17).

(13) De Zulueta, s. 43.

(14) Ibid, s. 43.

(15) Koschaker, s. 206.

(16) Aktin ihlâliyle suç arasında bir tefrikin bulunmaması ve actio auctoritatis'in tesirleri bunun iki kat olmasını mutad hale getirmişti (De Zulueta, s. 44).

(17) Koschaker, s. 207.; Rado, s. 113.

Daha sonra ortaya çıkmış bir stipulatio ise stipulatio habere licere praestare idi ve bununla malın zilyetliği temin ediliyordu (18). Bu stipulatio'nun özelliği satıcının sorumluluğunun ölçüsünü alıcının uğramış olduğu zararın teşkil etmesi, ve bunun da hâkim tarafından tayini gereğidir (19).

iii- Üçüncü devrede ihtiyarî olan stipulatio'lar mecburî hale gelmiştir. Evvelâ, doktrinde, hüsnü-niyetin, satıcıyı, duruma uygun olan stipulatio'yu alıcıya vermeğe zorladığı görüşü yerleşti. Bunu alıcının, satıcıyı, actio empti ile gerekli stipulatio'yu vermeğe zorlaması izledi. Nihayet satıcıya sanki bu stipulatio'yu vermiş gibi davranılmaya başlandı (20).

iv- Son devrede ise, satın aldığı mal zapt edilen alıcının baş vurabileceği hal çaresi, ya hâkimin takdirine göre zarar ziyan için actio empti, yahut da, sarîh veya zımî bir stipulatio'ya göre semenin iki katı için açılacak bir davadır. Bunlardan birincisi satımın tabîî bir sonucu niteliğini göstermekte, ikincisi ise bu sonucun özel durumlarda akdî olarak takviyesini ifade etmektedir (21).

(18) Rado, s. 112.; De Zulueta, s. 44.

(19) De Zulueta, s. 44.

(20) Ibid, s. 44.

(21) Ibid, s. 42.

Actio empti, bir hüsünîyet davası olduğundan, satıcının hüsünîyet icabı vermesi veya yapması gereken her hususu kapsıyordu ve bilhassa çalınmış bir malı satan kimseye karşı sapt hadisesi beklenmeksizin açılabilirdi (22). Halbuki alıcı semenin iki katı hakkında dava açabilmek için sapta maruz kalıncaya kadar beklemek zorunda idi (23).

Bununla beraber, her iki yola baş vurabilmek için de alıcının satılan maldaki kaybı satıcının malik sıfatındaki noksanlıktan doğmalıdır. Bu bakımdan da, eğer zarar örneğinin, satın alınan bir esirin ölümü gibi bir sebepten ortaya çıkarıyor veya, üçüncü şahsın davasına karşı gerektiği şekilde savunmada bulunmasında olduğu gibi, sapta alıcının kendi kusuru yol açıyorsa bunların hiç birisine baş vurulamayacaktır (24).

II- Teminat Borcunun Aksine Mukavele İmkânı

Roma hukukunda kanunî bir borç niteliğini almış bulunan (25) sapta karşı teminat borcunun aksine bir mukavele ile kaldırılması veya azaltılması mümkündür (pactum de non praestanda evictione); ancak satıcı

(22) Rado, s. 113.

(23) De Zulueta, s. 45.

(24) İbid, s. 45-46.

(25) Koschaker, s. 207.

zapt tehlikesini bilerek gizlemiş ise hiç bir şekilde korunmamıştır ve bu bakımdan da sorumluluğu daraltan veya kaldıran bir anlaşma yapmış olsa dahi sorumlu olacaktır (26). Bundan başka, sorumluluğun kaldırılmasına veya azaltılmasına ilişkin bir anlaşma olsa dahi, satıcının bizzat zapta bulunmaya hiç bir şekilde hakkı yoktur (27).

(26) De Zulueta, s. 46.

(27) ibid, s. 46.

§ II. ESKİ HUKUKUMUZDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCU

Satılanın zaptedilmesi durumunu Mecelle kefalet dolayısıyla göz önüne almaktadır (1). Kefaletin özel bir hali olan kefalet bidderek mebin alıcıdan zaptolunması halinde göz konusu olmakta ve bu durumda alıcının satıcıya karşı vuku bulabilecek isteklerinin sağlanması amacını gütmektedir (2). Kefalet bidderek alıcının zapt halinde satıcıya rücuu imkânıyla ilgili olduğundan önce bu imkânın ne zaman doğacağını tespiti gerekmiş ve konu eski hukukumuzda bu sebeple tartışılmıştır.

Kefalet bidderek Mecellenin 616. m. sinde tarif edilmiştir (3). 616. m. de satılanın "bil istihkak zapt" ından bahsedilmektedir. İstihkak ise "bir mal gayrin hakkı olduğu sâhir olmaktır" (4) şeklinde tarif edilmektedir. Yine Mecelleye göre istihkakin

-
- (1) Esat Arsebük, Hususî Akit Tipleri Etrafında İncelemeler, Ank.Huk.Pak.Der., 1948, C.V, sa. 1-4, s. 124.
 - (2) Ömer Nasuhî Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C.V, İstanbul 1952, s. 266.
 - (3) Mecelle-1 Ahkâm-ı Adliyye, (Ali Himmet Berki tarafından kontrol edilmiş metin, Ankara 1959).
 - (4) Ali Haydar, Mecelle Şerhi, C.II, İstanbul 1914, s. 17.

ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. Birincisi satılan mal üzerinde hiç bir kimsenin mülkiyet hakkının bulunmasına imkân olmaması halidir ki buna "bil külliye istihkak" adı verilmektedir. Meselâ, mebiin vakıf veya mescit olması halinde durum bu merkezdedir. İkincisi ise malın herhangi bir üçüncü şahsa ait olması halidir (5).

İkinci hal söz konusu olduğu taktirde, yani satılan mal üçüncü bir şahsa ait ise bu durumun mahkemece hükme bağlanması alıcının satıcıdan semeni talep edebilmesi için yeterli değildir; zira hakiki mal sahibinin Mecellenin 378. m. si (6) gereğince akde icazet vermesi imkân dahilindedir (7). Bu durumda alıcının satıcıdan semeni talep edebilmesi alım-satım akdinin feshine bağlıdır. Bunun için de ya satılanın üçüncü bir şahsa aidiyetine mahkemece hükmolunduktan sonra ayrı bir dava ile "satanın aldığı semeni müşteriye red etmesine" (8) hüküm verilmeli, yahut da birinci dava ile malın üçüncü bir şahsa ait olduğuna karar verildikten sonra bu şahıs akdi feshettiğini açıkça

(5) İbid, s. 17-18.

(6) Mecellenin 378. m. si "bey'-i fuzulî" yi, yani üçüncü bir şahsa ait malın satılması halini tanımlanmaktadır.

(7) Ali Haydar, s. 71.

(8) Bilmen, s. 292.

İKİNCİ BÖLÜM

İNGİLİZ HUKUKUNDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCU

§ I. KONUYA GİRİŞ

İngiliz hukuk sistemi, kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı bir nitelik taşımaktadır (1). Bu bakımdan İngiliz hukukundaki zapta karşı teminat borcuna ilişkin prensiplerin anlaşılabilmesi, bu hukuk sistemindeki bazı mefhumların önceden bilinmesini gerekli kılmaktadır. Konumuz bakımından bilinmesinde saruret olduğunu düşündüğümüz mefhumlar şunlardır:

(1) İngiliz-Amerikan hukuk sistemi için Türkçe kaynaklar olarak Bkz.: Clive Parry, İngiliz Hukuk Sistemi (Ter. Vakur Versan), İstanbul 1945.; Clive Parry, İngiliz Hukuk Sistemi (Ter. Fadıl H. Sur), Ank. Huk. Fak. Der., 1944, C.I, Sa. 3. s. 442-464.; Alfred F. Conard, Anglo-Amerikan Hukukuna Giriş (Ter. Ergun Üzsunay), İstanbul 1959.

I- İvaz (Consideration) (2)

İngiliz hukukunda akitler şekli akitler (formal contracts) ve adi akitler (simple contracts) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (3). Şekli akitler mühürlenmiş ve imzalanmış senet şeklinde yapılan akitlerdir (Contracts under seal) (4). Bu tip akitler geçerliklerini, tarafların anlaşmış olmasından veya bir ivazın varlığından değil, sadece yapılmış oldukları "şekil" den almaktadırlar (5).

-
- (2) Consideration kelimesi karşılığı olmak üzere ivaz kelimesini tercih ettik. Her ne kadar bazı yazarlar (Parry, (Ter.Versan), s. 63.; Andreas B. Schwarz, Nukayeseli Hukuk Zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1941. s.7) Consideration kelimesini aynen kullanmaktalarsa da biz mümkün olduğu nisbette yabancı terimlerin Türkçelerini bulup kullanmaya gayret gösterdik.
- (3) Erhan Türker, ESADER, 1972, C.VIII, Sa.1, s. 248.
- (4) Daha önceleri imzaya ihtiyaç olup olmadığı hususunda tereddütler var idiye de 1925 tarihli Law of Property Act'in 73 maddesi imzanın gerekliliğini tespit etmektedir. Bkz.: A.G.Guest, Anson's Law of Contract, Oxford 1969, s. 65.
- (5) Guest, Anson's ..., s. 83.

Buna karşılık adi akıtların geçerliği, değer ifade eden bir ivazın (valuable consideration) mevcudiyetine bağlıdır (6).

Değer ifade eden bir ivaz 1875 yılındaki Currie-Nisa davasında yargıç Lush tarafından şöyle tanımlanmıştır:

Kanunen hüküm ifade edebilecek bir ivaz ya taraflardan birine yönelen bir hak, menfaat, kâr veya temettüden veyahut da diğer tarafa terettüp eden veya bu tarafca kabul olunan veya zaten tahammül edilmiş bulunan bir kıymet eksilmesi, kayıp zarar veya mesuliyetten ibarettir (7).

İvazın geçerli sayılabilmesi için şu özellikleri taşınması gereklidir:

i- İvaz hukuka uygun olmalıdır, bu bakımdan örneğin birisine bir suç işlemesi için yapılan ödeme geçerli bir ivaz sayılmayacaktır (8).

(6) Schwarz, Mukayeseli ..., s. 6.; Guest, Anson's..., s. 83.; P.W. Redmond, General Principles of English Law, Londra 1966, s. 86.

(7) Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948, s. 239.; Guest, Anson's..., s. 80.

(8) Redmond, s. 86.

ii- İvaz alacaklıdan, yani kendisine vaadde bulunulan kimseden çıkmalıdır (must move from the promisee), diğer ifadesiyle yapılan vaadin ivazı, bir üçüncü şahıs tarafından değil vaadde bulunulan tarafından yerine getirilmelidir (9). Ancak ivazın vaadde bulunulan tarafından yerine getirilmesi gerekliyse de vaadde bulunanın yararına olması şart değildir (10).

iii- İvazın, vaadde bulunulan şahsın zaten yapmak zorunda olduğu bir borcundan başka bir şey olması gereklidir. Yani yerine getirilecek ivaz, zaten, anne hukukundan doğan bir mükellefiyet veya hususi hukuktan doğan bir borç niteliğinde ise bunun geçerli bir ivaz olarak kabulüne imkân yoktur (11).

iv- İvaz gerçek olmalıdır (must be real). Başka bir deyişle ivaz aldatıcı, müphem veya belirsiz olmamalıdır, bu bakımdan örneğin bir çocuğun babasına yaramazlık yapmayacağını vaad etmesi geçerli bir ivaz sayılmayacaktır (12).

(9) H.G. Treitel, Consideration, içinde: Chitty on Contracts V.I, General Principles, Londra 1968, s. 59.

(10) Guest, Anson's ..., s. 89.

(11) Redmond, s. 87.

(12) Ibid, s. 87.; Treitel, s. 61.

Ancak ivazın geçerli olması gerekliyse de karşı tarafın yükümüne eşit olması şart değildir (13). İvazlar arasında büyük farklılıkların bulunması akdin sıhhatine başka yönlerden tesir edebilirse de ivazın geçerliği bakımından bunun bir etkisi yoktur (14).

v- İvaz akdin inikadı anında doğabileceği gibi gelecekte de tahakkuk edebilir (15). Ancak ivaz geçmişte doğmuş olmalıdır (must not be past) ve bu bakımdan geçmişte yapılan bir hizmete karşılık yapılan vaadler geçerli olmayacaktır (16).

II- Şart (Condition) ve Garanti (Warranty)

Şart terimi İngiliz hukukunda, hukukumuzdaki taliki ve infisahi şart kavramlarına karşıt olmak üzere, condition precedent ve condition subsequent şeklinde kullanılmaktadır (17).

Ancak şart, İngiliz hukukunda değişik bir anlam daha taşımaktadır. Buna göre şart (18), akdin, yerine getirilmemesi diğer tarafca haklı olarak ademi ifa

(13) Guest, Anson's ..., s. 91.

(14) Treitel, s. 59.

(15) Schwarz, Mukayeseli ..., s. 7.

(16) Redmond,

(17) Bks.: A.G.Guest, Express Terms, içinde: Chitty on Contracts V.I, General Principles, Londra 1968, s.284.

(18) Bundan sonraki İngiliz hukukuna ilişkin tetkiklerimizde sadece şart dediğimiz zaman şartın bu son mânâsını kastediyor olacağız.

sayılabilecek asli bir unsur olarak anlaşılmaktadır (19). Bunun sonucu olarak da bir şartın ihlali söz konusu olduğu takdirde, diğer tarafın akdi fesih ve kendisinin akdi yükümlerinden kurtulma imkânı vardır (20). S.G.A. in 11. maddesinin I. fıkrasının b bendinde de alım-satım akdi yönünden bu hüküm tekrar edilmektedir.

Garanti (21) ise, akdin, ihlali halinde fesih değil zararın tazmini imkânını sağlayan bir unsur olarak ifade edilmektedir (22). Bu karakteri itibarıyla da şartın akdin asli bir unsuru olmasına karşılık garanti akdin tali bir unsurudur (23).

(19) Clive M. Schmitthoff, *The Sale of Goods*, Londra 1966, s. 60.

(20) Guest, *Amson's ...*, s. 122.

(21) Warranty kelimesi karşılığı olarak garanti tabirini kullanıyoruz. Her ne kadar bu kelimenin karşılığı olarak teminat da kullanılabilirse de satıcının zapta karşı teminat borcuyla karışıklığa yer bırakmamak üzere dilimizde de kullanılan garanti kelimesini tercih ettik.

(22) Guest, içinde: *Chitty ... V.I*, s. 285.

(23) P.S. Atiyah, *The Sale of Goods*, Londra 1971, s. 33.

III- Alım-Satım Akdi (Contract of Sale)

Alım-satım akdi (24) S.G.A. in 1. maddesi-
nin I. fıkrasında "Alım-satım akdi öyle bir akittir
ki enuala satıcı, semen adı verilen ve para olan bir
ivaz karşılığında mebiin mülkiyetini alıcıya nakle-
der veya nakletmeyi kabul eder" şeklinde tanımlanmak-
tadır. Maddenin III. fıkrası ise alım-satım akdini
ikiye ayırmakta ve birisine satış (sale), diğerine
ise satış anlaşması (agreement to sell) adını ver-
mektedir. Satışla satış anlaşması arasındaki ayırım
satışları malın mülkiyetinin akdin yapıldığı anda
alıcıya geçip geçmemesi durumuna dayanmaktadır. Zira
fıkraya göre akdin yapılmasıyla birlikte mülkiyet de
alıcıya nakledilmekte ise söz konusu olan satıştır.
Buna karşılık mülkiyetin nakdi gelecekte yer alacak
veya bazı şartların yerine getirilmesine bağlı bulu-
nacaksa, burada bir satış anlaşması vardır.

(24) Hire-purchase anlaşması karşılığında bazı söz-
lüklerde (Bks.: Pars Tuğlacı, İktisadî ve Hukukî
Terimler Sözlüğü İngilizce-Fransızca-Türkçe,
İstanbul 1966, s. 240.; Türk Hukuk Lûgatı,
Ankara 1944, s. 509) taksitle satış akdi denil-
mekteyse de hukukî niteliği itibariyle bu akid
alım-satım akdi değil, bir şahsa sonunda satın
alma hususunda bir seçim hakkı da tanımak üzere
zilyetliği devretmektedir (Bks.: Robert Lowe,
Commercial Law, Londra 1970, s. 131).

S.G.A. in 1. maddesinin IV. fıkrasına göre ise, tayin edilen vade geldiği veya şartlar yerine getirildiği zaman satış anlaşması satışa dönüşecektir.

Satışla satış anlaşması arasındaki ayırım çeşitli yönlerden önem taşımaktadır. Zira satışın hem bir akit, hem de temlik bir muamele olmasına karşılık, satış anlaşması, sadece bir akittir (25). Bu bakımdan da satışta, akdin inikadıyla birlikte hasar alıcıya intikal etmekte, buna karşılık satış anlaşmasında risk satıcının üzerinde kalmaktadır (26). Bunun yanında satış alıcıya aynı bir hak vermekte, yani akdin inikadıyla birlikte satılan malın mülkiyeti de alıcıya intikal etmektedir (27). Halbuki satış anlaşması alıcıya sadece bir şahsî hak vermekte, satılan üzerinde mülkiyet hakkının doğması söz konusu olmamakta ve satış anlaşmasının ifa edilmemesi durumunda aynen ifa değil, ancak yargıcın takdirine göre tazminat istenebilmektedir (28).

(25) Ann Smart, Sale of Goods, içinde: Chitty on Contracts, V.II, Specific Contracts, Londra 1968, s. 677.

(26) Ibid, s. 677.; G.H.L.Fridman, Sale of Goods, Londra 1966, s. 22.

(27) Fridman, s. 22.

(28) Ibid, s. 23.

§ II. İNGİLİZ HUKUKUNDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCUNUN
NİTELİĞİ VE ALICININ HAKLARI

I- Zapta Karşı Teminat Borcunun Niteliği

A- Common Law'daki Durum :

19. yüzyılın başlangıcında İngiltere'de, "bırakınız yapsınlar" (laissez faire) görüşünün tesiri altında geçerli kaide "alıcı tedbirli olsun" (caveat emptor) kaidesiydi (1). Bu bakımdan da Common Law'a göre satıcı açıkça garanti verdiği veya aldatıcı beyanda bulunduğu haller dışında zapta karşı sorumlu bulunmuyordu (2).

Ancak bu durum giderek değişmiştir. Örneğin, 1864 yılındaki Eichholz-Bannister davası mahkemelerin, alım-satım akitlerinde, satıcının satma hakkına sahip olduğu hususunda zımmî bir garantinin varlığını kabul ettiklerini göstermektedir (3). Yalnız bu zımmî garanti, alıcının böyle bir garantinin varlığını bekleyemeyeceği hallerde, örneğin 1883 yılındaki Wood-Baxter

(1) Robert Lowe, Commercial Law, Londra 1970, s. 152.

(2) François Storno, Conditions et Warranties Dans Le Droit Anglais De La Vente des origines a nos jours, Cenevre 1963, s. 154.

(3) Fridman, s. 94.

davasında olduğu gibi satışı yapanın bir müzayede memuru olması halinde söz konusu değildir (4).

B- S. G. A. d e k i D u r u m :

1893 tarihli S.G.A. ise, 12. maddesiyle problemi biraz daha değişik bir şekilde halletmiştir. Bu maddenin I. fıkrasına göre, her alım-satım akdinde, satıcının satma hakkına sahip olduğuna dair zımmî bir şart, II. ve III. fıkralarına göre ise alıcının zilyetliğinin ihlâl edilmeyeceğine ve satılan üzerinde üçüncü bir şahıs lehine herhangi bir mükellefiyetin bulunmadığına dair zımmî bir garanti mevcut bulunmaktadır.

1. Ş a r t O l a r a k

S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrası, satıcının, satışta mebli satma hakkına sahip olduğu, satış anlaşmasında ise mülkiyetin naklolacağı zaman bu hakka sahip olacağı hususunda bir şartı öngörmektedir.

Bu hükmün önemli bir yanı ise Common Law'da garanti olarak kabul edilmiş bu hükmün bu fıkra ile şarta dönüşmüş olmasıdır (5).

S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrasında satıcının satma hakkına sahip olmasının gerektiği söylenmekteyse de bu hüküm bazı tereddütlerin ortaya çık-

(4) Ibid, s. 94.

(5) Ibid, s. 94.

masını önleyememiştir. Zira "hak" kelimesinin buradaki anlamının açık olmayışı bazı güçlükler yaratmaktadır ve bir hakkın var olup olmadığı meselesinin halli evvelâ satıcının alıcıya neyi nakletmek zorunda olduğunun kesinlikle bilinmesine bağlıdır (6).

S.G.A. in 1. maddesine göre satıcı alıcıya satılan üzerindeki mülkiyeti nakleder veya nakletmeyi taahhüt eder. Ancak mülkiyetin nakli sırasında satıcının malik olmasının gerekmediği de açıktır. Çünkü satıcı malın maliki olmamakla beraber malikler aralarındaki hukukî münasebete göre ve malikin verdiği yetkilere dayanarak malı satma hususunda bir hakka sahip olabilir (7). O halde; satıcı ister malik olarak, isterse sahip olduğu diğer hukukî yetkilere dayanarak, satılan malın mülkiyetini alıcıya devretmek kudretine sahip bulunmalıdır ve bu imkâna sahip değilse S.G.A.in 12. maddesinin I. fıkrasındaki şartı da ihlâl etmiş olacaktır (8).

Ancak fıkradaki "satma hakkı" nın anlamı mülkiyeti nakletme hakkından daha geniş olarak anlaşılacak icap etmektedir (9). Zira bir satıcı hukukî kaideler icabı satıştan men edilebiliyorsa kendisinin "satma

(6) Atiyah, s. 43.

(7) Fridman, s. 95.

(8) Atiyah, s. 43; Smart, s. 692; Fridman, s. 95.

(9) Lowe, s. 153.

hakki" da yoktur (10). Bu anlayışın örneği 1921 yılındaki Niblett Ltd-Confectioners Materials Co. davasıdır. Bu davaya konu teşkil eden olay şöyledir (11):

Davalı davacıya konsantre süt ihtiva eden tenekeler satmıştır. Mallar teslim edildiği zaman bazı tenekelerde "Nissly" markasına taşıyan etiketlerin bulunduğu görülmüştür. Bu etiketler Nestle şirketinin markaya ilişkin hakkını ihlâl etmektedir. Bu sebepten de alıcılara malları ihraç veya teslim edildikleri memlekette satma hakkı verilmemiştir. Bu durumun sonucu olarak, alıcılar etiketleri çıkarmak ve malları zararına satmak zorunda kalmışlardır. Buna dayanarak da ve çeşitli gerekçelerle, satıcılar aleyhine değişik davalar açılmıştır.

Bu davalardan birisi de şu gerekçeye dayanmaktadır:

Üçüncü bir şahsın markaya ilişkin hakkını ihlâl eden etiketlerle tenekeleri alıcılara satan satıcılar S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrasındaki şarta aykırı hareket etmişlerdir. Satıcıların tenekelere ve içlerindeki süte sahip olduklarında şüphe yoktur. Ancak yine satıcıların tenekelerin üzerinde buldukları

(10) Michael Mark, Chalmers' Sale of Goods Act, 1893, Londra 1971, s. 86.

(11) Bkz.: Fridman, s. 98-99.

şekilde etiketlere sahip olmadıkları veya "satma hakkı" nı haiz bulunmadıkları söylenebilecektir. Yargıç Scrutton bu dava dolayısıyla şu görüşü ortaya koymuştur: "Satıcılar zımmî olarak mebli satma hakkına sahip olduklarını temin etmişlerdir. Halbuki onlar gerçekte, üçüncü bir şahsın markaya ilişkin hakkına tecavüzleri dolayısıyla, bir mahkeme kararıyla satıştan men edilebileceklerdir. Eğer bir satıcı hukuken satıştan men edilebiliyor ise onun satma hakkı yok demektir."

S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrasına ilişkin bir başka problem de şudur: Acaba alıcı hüsnüniyetin korunmasına ilişkin kaideler uyarınca korunduğu halde dahi fıkradaki şarttan yararlanarak alım-satım aktini feshetmek ve tazminat istemek imkânına sahip midir? Bu konuya ilişkin bir mahkeme kararına rastlayamadık. Ancak doktrinde şu pratik görüş ileri sürülmektedir:

"Mahkemeler davaya müsaade etseler dahi, alıcının zarara uğradığını ispat etmesi imkânsız değilse bile fevkalâde güçtür. Ancak alıcı kendi üstün hakkını ispat etmek üzere masraflı davalara sürükleniyorsa, şüphesiz böyle bir iddiada bulunabilecektir." (12)

(12) Lowe, s. 153.

2. G a r a n t i O l a r a k

S.G.A. in 12. maddesinin II. fıkrasında alıcının satılan mal üzerindeki zilyetliğinin ihlâl edilmeyeceğine, III. fıkrasında ise mebiin mükellefiyetlerden azade olduğuna ilişkin zımmî garantilerin mevcudiyeti hükme bağlanmıştır.

S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrası ile II. ve III. fıkraları arasındaki fark, bilhassa, I. fıkrada şartın söz konusu olmasına karşılık, II. ve III. fıkralarda garantinin öngörülmesiyle ortaya çıkmaktadır (13) (14).

Biz önce 12. maddenin II. fıkrasındaki, sonra da III. fıkrasındaki garantiyi izaha çalışacağız.

a) Alıcının Zilyetliğinin İhlâl Edilmeyeceğine İlişkin Garanti

Tatbikatta maddenin I. fıkrasındaki şartın ihlâlini de kapsamayan ve sadece müdahalesiz zilyetliğe ilişkin bulunan davalar pek de görülemeyeceğinden bu garantinin büyük bir pratik öneminin bulunmadığı söylenebilecektir (15) (16).

(13) Fridman, s. 103.

(14) Şart ile garanti arasındaki fark ve ihlâlleri halinde hak sahibine sağladıkları imkânların özellikleri için Bkz.: yukarıda s.

(15) Lowe, s. 153.

(16) Sadece garantinin ihlâline ilişkin farazi örnekler için Bkz.: Ibid, s. 153-154.

Maddenin I. fıkrasındaki şartın ihlâli yanında garantinin de ihlâl edildiğinin kabul olunduğu bir dava 1949 yılındaki Mason-Burningham davasıdır. Bu davanın dayandığı olaya şu şekilde cereyan etmiştir (17).

Davacı, davalı satıcıdan bir yazı makinası satın almıştır. Daha sonra bu makinanın çalınmış bir mal olduğu ortaya çıkmış ve alıcı makinayı hakiki malike geri vermek zorunda kalmıştır.

Bu durumda davacı alıcının S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrasına göre istirdat edebileceği semenden başka, kendisinin yazı makinası elinden alınmazdan önce onu tamir için yaptığı masrafları da, maddenin II. fıkrasına dayanarak, isteyebileceğine karar verilmiştir. (18).

Bu garantinin uygulanabileceği bir başka durum, satıcı tarafından satılana haksız bir tecavüz söz konusu olduğu takdirde alıcının haksız fiil hükümleri yanında akdî olarak bu garanti hükümlerine de başvurabilmesi imkânıdır (19).

Buna karşılık üçüncü bir şahıs tarafından alıcının zilyetliğinin ihlâli halinde alıcının S.G.A. in

(17) Smart, s.

(18) Fridman, s. 104; Atiyah, s. 49.

(19) Mark, s. 87; Atiyah, s. 49.

12. maddesinin II. fıkrasına dayanabilmesi, ancak üçüncü şahsın fiilinin hukuka uygun olmasına bağlıdır. Yoksa hiç bir satıcı, gelecekte haksız fiil teşkil eden bir hareketle üçüncü bir şahsın alıcının zilyetliğine müdahale etmeyeceği hususunda garanti veremez (20).

b) Satılanın Mükellefiyetlerden Azade Olduğuna İlişkin Garanti

S.G.A. in 12. maddesinin III. fıkrasına göre diğer bir garanti, satılanın, üçüncü bir şahıs lehine ve akit yapıldığı zaman veya yapılmadan önce alıcıya beyan edilmemiş veya kendisi tarafından bilinmeyen yüküm ve mükellefiyetlerden azade olacağı hakkındadır.

Bu fıkrada, söz konusu olan garanti, satıcının "satma hakkı" na sahip olduğu ve fakat satılanın üçüncü bir şahsın hakkına konu teşkil ettiği hallerde, alıcıyı korumak gayesine yönelmiştir (21).

Ancak bu garantiye dayanmaya pek az ihtiyaç duyulacağı da belirtilmek gerekir. Çünkü İngiliz hukuku, zilyet olmayan kimselerin menkul mallar üzerindeki rehin gibi haklarını genellikle nazarı itibare almakta ve equity (hakkaniyet hukuku) (22) de iyiniyetli

(20) Atiyah, s. 49.

(21) Mark, s. 87.

(22) Equity hakkında geniş bilgi için Bkz.: Parry, (Ter. Versan), s. 33 vd.

alıcı bakımından bu haklara üstünlük tanımamaktadır (23). Bu bakımdan da, eğer üçüncü şahıs malların zilyetliğine sahip değilse pek nadiren alıcıyı bağlayıcı bir hakka sahip olacaktır; diğer taraftan eğer zilyet ise alıcının bu garantiye dayanmasına gerek yoktur, çünkü satıcı zaten mebli teslimine imkân bulamayacaktır (24).

C- Teminat Borcunun Aksine Mukavele İmkânı :

S.G.A. in 12. maddesinde hükme bağlanmış olan teminat borcunun aksine mukavele imkânının bulunup bulunmadığı problemi tereddütler yaratmıştır.

Her ne kadar S.G.A. in 55. maddesinde zımmî şart ve garantilerden doğan hak ve mükellefiyetlerin aksine hükümler konulacağı kabul edilmekte, 12. maddenin ilk cümlesinde ise akdin şartları aksi bir niyeti göstermedikçe denilmekte ise de bilhassa "şart" bakımından bu tereddütler yine de ortaya çıkmaktadır (25). Zira alım-satım akdi satılan mallardaki mülkiyetin naklini öngören bir akit tipidir. Bu bakımdan da eğer S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrasındaki şart terkedilirse akit

(23) Atiyah, s. 50.

(24) Ibid, s. 50.

(25) Smart, s. 693.

herhangi başka bir şey olabilecek ama alım-satım akdi olmayacaktır (26).

Ancak bu görüşe karşı aksi görüş olarak şu husus ileri sürülmektedir (27):

Maddenin I. fıkrasındaki şartın aksine bir mukavele yapılmasına bir engel yoktur. Zira İngiliz hukuku bir şansın, yani gelecekte ortaya çıkacağı ümit edilen bir şeyin satılabileceğini açıkça kabul etmektedir. Bu bakımdan satıcının satma hakkına sahip olacağı ümidinin de satılabileceğini kabul etmek gerekecektir. Böylece de, eğer alım-satım akdi satıcının mallardaki hakkı veya mülkiyeti ne kadarsa diye yapılır ve bu şekilde açıkça satıcının satma hakkına sahip olmaması ihtimali de belirtilirse bunun bir alım-satım akdi olarak kabul edilmesine herhangi bir engel kalmayacaktır.

1967 tarihli Suisse Atlantique Société d'Arme-ment Maritime S.A. - N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale davasında verilen karar da mahkeme kararlarının ikinci görüşe mütemayil olduğunu göstermektedir. Zira bu dava sonucu verilen kararda tarafların akdin aslı bir ihlâli halinde dahi mesuliyetken anlaşma ile kurtulmalarını önleyen bir hukuk kaidesinin bulunmadığı tespit edilmiştir (28).

(26) Fridman, s. 101; Smart, s. 693.

(27) Fridman, s. 101.

(28) Smart, s. 693.

II- Teminatın İhlâli Halinde Alıcının Hakları

S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrasındaki şart ihlâl edildiği takdirde, yukarıda (29) "şart" tan bahsederken de izahına çalıştığımız gibi, satıcının normal dava hakkı akdi feshine ve zararının giderilmesine ilişkindir (30). Ancak, yine S.G.A. in 54. maddesi, kanundaki hiç bir hükmün semenin ivazı yerine getirilmediği takdirde alıcının bu parayı istirdat hakkına tesir etmeyeceği kaidelerini getirmiş bulunmaktadır.

S.G.A. in 54. maddesindeki ivazın karşılıksız kalmasına ilişkin bu kaidenin uygulandığı ve üzerinde pek çok tartışmaların yapıldığı dava 1923 yılındaki Rowland-Divall davasıdır. Bu davadaki olaylar şu şekilde cereyan etmiştir (31):

Bir otomobil tüccarı olan davacı satıcıdan 334 £ a bir araba satın almış ve onu bir müşterisine 400 £ a yeniden satmıştır. Daha sonra otomobile polis tarafından, çalınmış olması sebebiyle, el konulmuş, davacı da 400 £ u müşterisine iade etmiştir.

Ancak bundan sonra, davacı, S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrasında öngörülen şarta dayanmasına rağmen, akdin feshini ve zararının giderilmesini

(29) Yukarıda, s.

(30) Atiyah, s. 44.

(31) Bkz.: Schmitthoff, s. 71; Lowe, s. 154.

değil, ivazın karşılıksız kalması sebebiyle semenin iadesini talep etmiştir (32). Buna karşılık davalı, davacının satılanı kabul etmiş olması dolayısıyla S.G.A. in 11. maddesinin I. fıkrasının c bendine göre şartın garantiye dönüştüğü, bu bakımdan ancak tazminat istenebileceği, ayrıca davacının arabayı kullanması sebebiyle bu tazminatta bir indirim yapılması gerektiği şeklinde savunmada bulunmuşsa da bu savunma mahkemece kabul edilmemiş ve semenin tamamının iadesine karar verilmiştir (33).

Bu dava dolayısıyla yargıç Atkin şu görüşü ileri sürmüştür: Alım-satım akdine göre alıcı tarafından elde edilmesi gereken zilyetlik ve mülkiyetten hiç birisi kendisince elde edilememiştir, bu bakımdan da ivazda tam bir karşılıksızlık vardır (34). Ayrıca, davalının, yukarıda belirttiğimiz savunmaları da kabul olunamaz; zira ortada kabul edilebilecek bir şey yoksa bir kabulden de bahsedilemez. Arabanın kullanılmış olması da durumda değişiklik yaratmaya - caktır. Çünkü semenin ivazı sadece kullanma hakkı değil, mülkiyetin elde edilmesidir (35).

(32) Fridman, s. 95-96.

(33) Lowe, s. 154, Schmitthoff, s. 71; Mark, s. 86.

(34) Atiyah, s. 45.

(35) Lowe, s. 154.

Ancak bu davada varılan sonuç tenkidlere uğramıştır. Özellikle tenkit edilen husus şudur (36):

Rowland-Divall davasında alıcının satış bedelinin tamamını istirdat edebilmesi için hakiki malik tarafından yapılan bir talep ve mebin bir şahsa iadesi gerekli değildir. Satıcının "satma hakkı"nın bulunmadığının tespiti semenin alıcı tarafından tamamen geri alınması için yeterlidir.

Bu durumdaki mantıksızlığı göstermek içinse şu farazi örnek verilmektedir (37):

(A) nın (B) den bir sandık viski satın aldığını düşünelim. Yine farzedelim ki (A) viskileri içip bitirdikten sonra (B) nin viskilere hiç bir zaman sahip olmadığını, onları bir hırsızdan satın aldığını belirtmiştir. Bu durumda dahi (A) nın, Rowland-Divall davasındaki karara göre, içmiş olduğu viskilerin parasını satıcı (B) den istirdatına imkân vermek gerekecektir.

Ancak bu kaidenin, yapılan tenkitlere ve değiştirilmesi için yapılan çalışmalara (38) rağmen, alıcı yararına uygulamada olduğu da belirtilmek gerekir (39).

(36) Atiyah, s. 46.

(37) Ibid, s. 46; Fridman, s. 97.

(38) Atiyah, s. 47.

(39) Lowe, s. 154.

Bu bakımdan da, eğer mebiin mülkiyetinin kendisine geçmediğini anlar ve akdi feshederse, alıcının semeni geri alma hakkı mutlaktır (40).

S.G.A. in 12. maddesinin II. ve III. fıkralarındaki garantilerin ihlâli halinde ise alıcının hakkı, yukarıda da belirttiğimiz gibi (41), sadece tazminata ilişkindir. Yoksa bu durumda, eğer madde- nin I. fıkrasının da ihlâli söz konusu değilse, akdi fesih ve semeni istirdat hakkı yoktur.

(40) Ibid, s. 155.

(41) Yukarıda, s. 21.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

TÜRK HUKUKUNDA ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCU

§ I. ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCUNUN NİTELİĞİ VE UYGULAMA ALANI

I- Terim Sorunu

A- Z a p t H a k k ı n d a :

Zapt, sözlük anlamıyla, zorla almayı ifade etmektedir (1). Halbuki Borçlar Kanunumuz yönünden zapt, üçüncü şahsın üstün bir hakka dayanması halinde söz konusu olmakta, satılanın, alıcının elinden hiç bir hakka dayanmaksızın zorla alınması durumunda zaptan söz etmeye ve zapta karşı teminat hükümlerini uygulamaya olanak bulunmamaktadır (2).

(1) Mehmet Ali Ağakay, Türkçe Sözlük, Ankara 1969, s. 821. Ayrıca Bkz.: Esat Arsebük, Hususî Akit Tipleri Etrafında İncelemeler, Ank.Huk.Fak.Der. 1948, C.V, Sa. 1-4, s. 124; Senai Olguç, Satım Aktinde Zapta Karşı Teminat, Ad.Der. 1962, Sa.7-8, s. 709.

(2) Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Akdin Muhtelif Nevileri), C.I, Ankara 1969, s. 95.

Ancak Borçlar Kanununun kullandığı terim olması ve doktrin tarafından da oy birliğiyle kabul edilmesi nedeniyle yeni bir terim teklifi yoluna gidilmemiş, tarafımızca da, kanundaki anlamı ifade etmek üzere "zapt" terimi benimsenmiştir.

B- T e m i n a t H a k k ı n d a :

B.K. 189. maddesinin matlabında teminattan söz edilmekle beraber bu terimin biteviye kullanılmadığı görülmektedir. (Örneğin, 189/II de kefalet, 193/I de kefil olma terimleri kullanılmıştır.)

Doktrinde de bir terim birliği bulunmamaktadır. Genellikle benimsenen terim "tekeffül" olmakla beraber (3) bazı müellifler "teminat" veya karşılığı olan "sağlama" terimlerini kullanmaktadırlar (4).

(3) Tandoğan, Borçlar, s. 92 vd.; Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962, s. 55 vd.; Halil Arslanlı, Ticarî Bey, İstanbul 1955, s. 249 vd.; Feyzi Necmeddin Peyzioğlu, Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, İstanbul 1961, s. 102 vd.; Sakir Berki, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 13.

(4) Hacı Âdil, Borçlar Kanunu Şerhi, C.II, İstanbul 1929, s. 956 vd.; Kenan Tunçozağ, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri), C.II, İstanbul 1967, s. 114 vd.; İsmet Suğurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 119.

Terim tartışmasına ise Feyzioğlu (5) ve Bilge'de (6) rastlanmaktadır. Biz Bilge'nin "bu mükellefiyet satıcının kanunî borçları arasında ve şahsî bir mahiyeti haiz olduğu için, ..." (7) şeklindeki gerekçesine katılmakla beraber bu gerekçeye dayanarak "teminat" teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı kanısındayız. Çünkü bilindiği gibi "tekeffül" kelimesi "kefil" den gelmekte ve kefil olmayı veya kefalet vermeyi ifade etmektedir (8). Bu bakımdan da "teminat" teriminin kullanılması satıcının kanundan doğan borcu olan "zapta karşı teminat borcu" ile kefalet akdinden doğan "tekeffül" arasında karıştırmaya yaratma sakıncasını ortadan kaldırmaktadır. Bununla beraber teminatın genel bir terim olmasından doğan sakıncaları bulunabilecektir. Ancak, "zapta karşı teminat" şeklinde kullanıldığında bu sakıncanın en az hadde ineyeceği, ayrıca hem kanunumuzda bulunduğu ve hem de kanunumuzun meha-zını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanununun 189. maddesine tekabül eden 192. maddesinde teminat anlamına gelen "garantie" kelimesinin kullanıldığı düşünülürse "teminat" teriminin seçilmesinde yarar bulunduğu sonucuna varılabilir.

(5) Feyzioğlu, s. 102, Dipnot-213.

(6) Bilge, s. 55-56.

(7) Ibid, s. 56.

(8) Mustafa Nihat Özön, Osmanlıca Türkçe Sözlük, Ankara 1971, s. 773.

**II- Zapta Karşı Teminat Borcunun Tanımı ve
Hukukî Niteliği**

A- Tanımları :

"Zapt" kanunumuzca tanımlanmış değildir. Doktrinde ise bu konuda çeşitli tanımlar verilmektedir. Örneğin, Schneider/Fick zaptı "zapt alıcı lehine olarak satıcı tarafından tesis edilen mülkiyet hakkının tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmasıdır." diye tanımlanmaktadır (9) (10). Alfred Marten'in tanımı ise "alıcı, malik sıfatıyla satılan şeyi tasarrufuna geçirdikten sonra tamamen veya kısmen bir üçüncü şahıs lehine terketmeye mahkûm olduğu vakit zapt tahakkuk etmiş olur." şeklindedir (11). Feyzioğlu ise daha uzun ve ayrıntılı bir tanımlama yaparak "alıcı malik sıfatıyla mebli tasarrufuna geçirdikten sonra, mülkiyet yahut rehin, mürur hakkı gibi aynı veya akti şuf'a veya iştirâ, icar ve isticar gibi tapuya şerhi kabil olup şerh edilmiş şahsî haklardan birine istinat

(9) A. Schneider/H.Fick, Commentaire du Code fédéral des Obligations DU Mars 1911 (Ad.Fr.Max-E.Porret) V.I, Neuchatel 1915, n. 192, No: 8.

(10) Hacı Adil Bey de aynı tanımı kabul etmektedir.
Bkz.: Hacı Adil, s. 960.

(11) Alfred Marten, Borçlar Kanunu Şerhi Hukuku Medeniye Akitleri, C.II (Adalet Bakanlığınca tercüme ettirilmiş), İstanbul 1931, s. 14.

eden üçüncü bir şahsa mebli kısmen veya tamamen terke mahkûm olmuş bulunması lâzımdır." demektedir (12).

Bu konuda noksansız bir tanımın yapılmasındaki güçlüğü kabul etmekle beraber, tamamen ve kısmen zaptı kapsamak üzere şöyle bir tanımın yapılabileceği görüşündeyiz:

"Zapt" alıcının bir, üçüncü bir şahsın üstün hakkı sebebiyle satılanın tamamını veya bir kısmını bu şahsa iadeye mecbur kalması veya yine üçüncü şahsın aynı veya aynı hak kuvvetini kazanmış şahsî hakkı sebebiyle satılan üzerindeki mülkiyet hakkından tam bir yararlanması olanağının ortadan kalkmasıdır (13)(14).

Zapta karşı teminat borcu ise, "alıcının, satılanın zapta uğraması halinde B.K. 192 ve 193. maddelerindeki imkânları satıcıya karşı kullanmasını sağlayan kanunî borçtur" şeklinde tarif edilebilir. Bu borcun nitelikleri hakkında daha geniş açıklamanın yapılmasına aşağıda çalışılacaktır.

(12) Feyzioğlu, s. 104.

(13) Benzer bir tanım için Bkz.: Tandoğan, s. 92;

Ayrıca Bkz.: İleride s.8/vd.

(14) Tapu kütüğüne şerh edilebilen hakları ifade için Velidedeoğlu'nun kullandığı terim, tarafımızca da tercih olunmuştur (Bkz.: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku Umumi Esaslar, İstanbul 1959, s. 215). Bu konuda geniş bilgi için Bkz.: Sungurbey, Kişisel Hakların ...

B- H u k u k i N i t e l i ğ i :

1. G e n e l A ç ı d a n

B.K. nun 182. maddesinin I. fıkrasında satıcının, satılanın mülkiyetini alıcıya nakletmek borcuyla yükümlü olduğu açıkça gösterilmiştir. Bu bakımdan satılanın tamamen veya kısmen zapta uğraması halinde alıcının B.K. nun 96 vd. maddeleri hükümlerine dayanarak tazminat isteyebilmesi, zapta karşı teminat borcunu düzenleyen 189 vd. maddeler mevcut bulunmasa dahi mümkündür. Yalnız kanun koyucu munzam teminat hükümlerini koyarak, alıcıya bazı kolaylıklar sağlamış bulunmaktadır (15). Bu özel hükümlerin uygulanması için gerekli şartlar bulunmadığı takdirde, örneğin, teslim henüz vuku bulunmuşsa, genel hükümlere baş vurma olanağı değacaktır (16).

Şimdi tartışma konusu olan bir noktaya değinelim:

Acaba zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanması için gerekli şartlar tahakkuk ettiği takdirde, alıcı yine de umumî hükümlere baş vurabilecek midir, yoksa sadece bu konudaki özel hükümlere dayanması mı gerekmektedir?

(15) Bu kanunî borçta kurtuluş beyyinesinin yokluğu gibi kolaylıklar aşağıda ifadeye çalışılacaktır.

(16) Oser/Schönenberger, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi (Ter. Kemal Fikret Arık), Ankara 1966, M. 192, No: 1; Tandoğan, s. 92.

Arslanlı, 189. madde hükmünün, umumî hükümlere tekaddüm ettiği görüşündedir (17). Tunçomağ ise, "bu yüzden, hakkı sağlama ile ilgili hükümlerin uygulanma şartları bulunduğu bir olaya, ifa etmeme ile ilgili hükümler uygulanamazlar." diyerek aynı görüşü savunan kesin bir ifade kullanmaktadır (18).

Bilge (19) ve Feyzioğlu (20) ise aksi görüştedirler ve onlara göre alıcının zapta karşı teminat hükümlerine istinat mecburiyeti yoktur (21). Albert Comment de FJS de aynı görüşü savunmaktadır (22).

Biz birinci görüşe katılıyoruz. Önce şu hususu belirtelim ki, yukarıda da ifade edildiği gibi, alım-satım akdiyle, sadece dış görünüşüyle (yani sadece zilyetliğin devri veya tapu kütüğüne tescille) bir devir değil mülkiyetin nakli borcu satıcıya yüklenmiştir. Bu bakımdan da, zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanma şartları mevcut değilse, ürneğin,

(17) Arslanlı, s. 256.

(18) Tunçomağ, s. 114-115.

(19) Bilge, s. 56-57.

(20) Feyzioğlu, s. 103.

(21) Prof.Feyzioğlu, s. 103, Dipnot-215 de Prof.Bilge'nin her iki iddianın bağdaştırılmasının mümkün olacağı görüşünde olduğunu söylemekte ise de, bizce Bilge'nin ifadesinin böyle anlaşılmasına imkân yoktur.

(22) Albert Comment, Vente Mobilière, IV, Obligations du vendeur, 2, FJS, N. 220, s. 1.

satılan henüz teslim edilmemişse (23) veya üçüncü şahsın hakkı, akdin inikadı ile teslim arasında doğmuşsa, umumî hükümlere baş vurma imkânı münakaşa edilemeyecek kadar açıktır (24). Ancak, zapta karşı teminat hükümlerinin uygulama şartları bulunduğu takdirde umumî hükümlere baş vurmaya ne gerek, ne de imkân vardır. Zira, zapta karşı teminatı düzenleyen hükümler özel hüküm nitelikleri itibariyle genel hükümlerin önüne geçeceği gibi, genel hükümlere baş vurma halinde sadece B.K. nun 23 vd. maddelerine göre, B.K. 31. maddesinde ifade edilmiş bir senelik hak düşürücü süreye bağlı (25), bir fesih hakkı elde edilebilecek, B.K. nun 96. maddesi ise kurtuluş beyyinesine imkân veren bir tazminat talebine yol açabilecektir. Buna karşılık zapta karşı teminata ilişkin hükümler kusura bağlanmamış

(23) Bu durumda alıcı mülkiyet durumu mualllel olan bu malı ifa olarak kabule mecbur edilemez (Bkz.: Arslanlı, s. 81).

(24) Tabiidir ki, ademî ifa veya eksik ifa sebebiyle yapılacak bir müracaat için muteber bir akdin mevcudiyeti gibi, umumî hükümlere müracaat şartları bulunmak kaydıyla.

(25) Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukuku (Ter. Cevat Edege), C.I, İstanbul 1952, s. 324.; H.V. Velidedeoğlu/Reşad Kaynar, Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, İstanbul 1957, s. 62.

bulunduđu gibi Bilge ve Tandođan'ın (26) benzer ifadelerinde belirtildiđi üzere sade bir usul ve kesin neticeler tespit olunmuştur. Ancak, burada Őu sual hatıra gelmektedir: Acaba teminat hųkųmlerinin diđer tatbik Őartları mevcut olmakla beraber, İsviçre Borçlar Kanununun B. K. nun 191. maddesine tekabųl eden 194. maddesi II. fıkrasının iktibas edilmemiŐ olmasđ delayısıyla, alıcı aleyhine dava ađılması geređi kabul edildiđi takdirde, dava ađılmamıŐ olmasđ halinde ųzel hųkmųn tatbiki yolundaki gųrųŐ alıcının umumî hųkųmlerden de istifadesine engel olarak bųsbųtųn himayesiz kalmasına mı sebep olacaktır?

Dava ađılmasının gerekli olup olmadıđı hususundaki tartıŐmayı ileriye bırakmak üzere Őunu sųyleyelim: Kanımızca bu durumda genel hųkųmlere baŐ vurmaya engel bir hal ve ųzel hųkųmlerin genel hųkųmlerin ųnųne gececeđi kaidesiyle bir ŐeliŐme yoktur. Zira, yukarıda da ifade ettiđimiz gibi, alıcı zapta karŐı teminat kaidesindeki elveriŐli hųkųmlerden, (Őartları bulunduđu oranda) yararlanacak ve dava halinde de hâkim bu hųkųmleri uygulayacaktır. Ancak, bu demek deđildir ki ųzel hųkųmlere baŐ vurma olanađının var olmamasđ halinde genel hųkųmlere baŐ vurulmayacaktır. Őųnkų bu sonucun kabulų, alıcıya daha elveriŐli Őartlar sađlamayı isteyen kanun koyucunun amacına aykırı olacađı gibi hâkime hakkaniyet ve nasafetle hųkmet-

(26) Bilge, s. 57.; Tandoğan, s. 92.

meyi emreden M.K. genel esprisiyle de çelişki yaratacaktır. Bu konuda nimetin külfete göre olduğu, dava açılmasını beklemeksizin, yani kanunî gerekleri yerine getirmeden üstün hak iddiasında bulunan üçüncü bir şahsa satılanı iade eden alıcının bunun neticelelerine de katlanması gerektiği ileri sürülebilirse de bu iddiaya şu şekilde cevap vermek kabildir. Aslında bu görüş doğrudur ve bu davranışta bulunan kimse onun sonuçlarına da katlanmak zorundadır ama burada bu kaidyle çelişme değil, olsa olsa bir uygunluk söz konusudur. Zira üçüncü şahsa mebli davasız iade eden şahıs bu hareketiyle, sonucunun daha elverişli olduğunu açıklamaya çalıştığımız, zapta karşı teminat kaidelerinden istifade etmek imkânını kaybetmekte ve daha elverişsiz umumî hükümlere dayanmak zorunda kalmaktadır (27).

2. T a ş ı d ı ğ ı Ö z e l l i k l e r A ç ı s ı n d a n

Zapta karşı teminat borcunun hukukî niteliği incelendiğinde, şu dört özelliği taşıdığı görülmektedir:

(27) İsviçre Federal Mahkemesi İsviçre Markalar Kanunundaki özel hükümlere baş vurma imkânının olmadığı hallerde, genel hükümlere baş vurabileceği hakkında benzer bir görüşte karar vermiştir. Bunun için Bkz: Akar Öcal, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967, s. 32, Dipnot-208.

a) Zapta Karşı Teminat Borcu Kanunî Bir Borçtur

Zapta karşı teminat borcu kanundan doğmaktadır. Bu bakımdan da tarafların zapta karşı teminatı kapsayan bir mukavele yapmalarına lüzum kalmaksızın (28), kanun gereği, satıcıya yüklenmiş bir borç olarak mevcut bulunmakta ve zapt olayı doğduğu zaman hükümlerini yürütmektedir (29).

Teminat borcunun kanunî bir borç olarak ayrıca düzenlenmesi, tarihî gelişimle (30) ve gereği gibi ifa etmemenin bu özel nevinin açık ve elverişli kaidelere bağlanmasının "hakkaniyet ve nasafet düşüncelerine" daha uygun bulunmasıyla izah olunabilir (31).

b) Zapta Karşı Teminat Borcu İkinci Derecede Bir Borçtur

Satıcının zapta karşı teminat borcu ikinci derecede bir borçtur (32). B.K. nun 189. maddesinin I. fıkrasında "satıcı" nın "alıcı" ya karşı sorumlu

(28) Bu konudaki özel anlaşma imkânları borcun âmme intizamından sayılmaması bahsinde incelenmeye çalışılacaktır.

(29) Virgile Rossel, Borçlar Kanunu Şerh ve Nazariyeleri (Adalet Bakanlığı tercüme), C.IV, s. 315.; Hacı Âdil, s. 960.; Bilge, s. 56.; Tandoğan, s.92.

(30) Bkz: Yukarıda Tarihçe s.

(31) Oser/Schönenberger, m. 192, N.1.

(32) Arslanlı, s. 81.; Tandoğan, s. 93.

olduğu ifade edilmektedir. Bu bakımdan da satıcının aslı borcu olan teslim ve mülkiyeti nakil borcunun bir müeyyidesi mahiyetinde olan (33) teminat borcunun var olabilmesi için, geçerli bir alım-satım akdinin varlığı şarttır (34). Bu özelliğın tabii sonucu olarak şu husus tespit edilebilir: Alım-satım akdinden doğan borç ilişkisi herhangi bir sebeple ortadan kalktığı, örneğın, akit batıl olduğu veya feshedildiğı takdirde teminat borcu da varlığını kaybedecektir (35).

c) Zapta Karşı Teminat Borcu Kusura Dayanmaz

Bilindiğı gibi borcu hiç yerine getirmeme veya gerektiğı gibi ifa etmeme durumları B.K. nun 96 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu umumî hükümler karşısında "akdi sorumlulukta aslolan borcunu hiç ödemeyen veya noksan ödeyen kimsenin kusurlu olmasıdır." "yani burada alacaklı yönünden bir kusurun ispatı değil, borçlu yönünden kusursuzluğın ispatı söz konusudur ve bu ispat külfeti de borçluya yüklenmiştir." (36). Başka bir deyimle, akdi sorumlulukta beyyine külfeti yer değıştirmiş durumdaysa da

(33) Bilge, s. 55.

(34) Arslanlı, s. 254.

(35) Tandoğan, s. 93.

(36) Yusuf Z.Binatlı, Türk Borçlar Hukuku,
Ankara 1970, s. 241.

borçlunun kusursuzluğunu ispat ile sorumluluktan kurtulma imkânı mevcut bulunmaktadır.

Buna karşılık, zapta karşı teminat borcu bakımından, böyle bir imkân borçluya tanınmamıştır (37). B.K. nun 189. maddesi I. fıkrasının kesin ifadesinden olduğu kadar 192. maddesi son fıkrasındaki hükmün ters kavramından da anlaşılacağı üzere, borçlunun bir kurtuluş beyyinesi getirmesi ve bu suretle kusursuzluğunu ispat ile sorumluluktan kurtulması kanunumuzca uygun bulunmamıştır.

ç) Zapta Karşı Teminat Borcunu Düzenleyen Hükümler Kamu Düzenine İlişkin Değildir

B.K. nun 189. maddesi III. fıkrasında şöyle denilmektedir: "satıcı üçüncü şahsa ait olan hakkı bilerek gizlemiş ise, zaman ve mesuliyetini ref veya tahdit yolunda kararlaştırmış olan şart bătıldır." Bu ifadenin ters kavramından kolaylıkla anlaşılacağı gibi, fıkroda öngörülen halin dışında, zapta karşı teminata ilişkin kaidelerin aksine hükümlerin taraflarca kabulüne kanunî bir engel yoktur. Bu özellik

(37) Hüseyin Avni Göktürk, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Aktin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s. 397.; Feyzioğlu, s. 103.; Bilge, s. 56.; Tandoğan, s. 92.

incelendiğinde şu hususların ortaya çıktığı görülecektir:

aa- Genel Prensiptir

Taraflar, zapta karşı teminata ilişkin hükümlerin aksine mukavele yapmak imkânına sahiptirler (38). Yani:

aaa- Taraflar Zapt Halindeki Sorumluluğu Genişletebileceklerdir:

B.K. muzun 189. m. III. fıkrası, sorumluluğun "ref" ve "tahditinden" bahsetmekte ise de, kanımızca, bunun genişletilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır (39). Zira bu konuda kanunumuzdaki özel hükümler alıcının korunmasına yöneltilmiş bulunduğundan, tarafların anlaşarak bu sorumluluğu genişletmelerinde kanun koyucunun amacına aykırı bir hal ve kanunun ruhuyla ters düşen bir durum söz konusu olmayacaktır. Bu husus tespit edildikten sonradır ki Borçlar hukukumuzdaki akit serbestisi genel prensibi hükmünü yürütecek ve taraflar zapt halindeki sorumluluğun genişletilmesi hususunda geçerli bir anlaşma yapabileceklerdir.

(38) Oser/Schönenberger, m. 192, No. 13.;

Rossel, s. 315.; Hacı Adil, s. 960-966.

(39) Aynı görüş için Bks: Rossel, s. 315.; Hacı Adil, s. 960.

Bu genişletme şu şekillerde olabilecektir:

i. Taraflar zapta karşı teminat borcunun uygulama şartlarını değiştirerek genişleteceklerdir; örneğin, zaruri olan dava açılması şartını (40) gereksiz kılarak dava açılmadan dahi zabıtla tehdit olunan alıcının iade imkânını ve zapta karşı teminat hükümlerinden yararlanmasına kabul edebileceklerdir. Yahut, yine örneğin, alıcıya yüklenmiş bulunan ihbar mükellefiyetini ortadan kaldıracabileceklerdir.

ii. Tarafların, zaptın gerçekleşmesi halinde, alıcının haklarını, kanunun tespit ettiği sonuçlara göre değiştirerek belirtmeleri de mümkündür. Örneğin, borcu hiç yerine getirmeme veya gereği gibi ifa etmemenin özel bir şekli olan zapt halinde, belli bir meblâğın ödeneceğinin önceden tespit edilmesi kabil olabilecektir. Bu, esas itibarıyla bir cezai şartın kabulü niteliğindedir ve cezai şarta ilişkin hükümler burada uygulanacaktır (41). Ancak burada şöyle bir mesele ortaya çıkmaktadır: Cezai şartın ödenmesinin istenebilmesi için B.K. nun 161. maddesinin

(40) Bkz: İleride s. 90 vd.

(41) Meselâ hâkim fahiş gördüğü takdirde B.K. 161/III e göre tespit edilen meblâğı tenkis edecektir.

II. fıkrasına göre borçlunun kusuru gerekmektedir (42). Bu durumda zapt haline bağlanmış bir cezai şartın ödenmesini isteyebilmek için de satıcının kusuru gerekecek midir? Kanımızca bu özel durumda soruya olumlu cevap vermeye ve satıcının kusurunu aramaya yer yoktur. Zira B.K. nun 161. maddesinin II. fıkrasında " ... hilâfına mukavele olmadığı halde ... cezanın tediyesi talep edilemez." denilmektedir. Zapta karşı teminat müessesesinin önemli bir vasfı ise kusura dayanmamasıdır. Şu halde, tarafların zapta ilişkin bir cezai şart kabul etmeleri halinde ve aksine açık bir hüküm tespit edilmedikçe, zapta karşı teminata ilişkin bu prensibi zımnen kabul etmiş sayılmaları gerekecektir. Yine örneğin, tarafların, kısmi zapt durumunda akdin mutlak olarak münfesihi olacağını kabul ederek değişik bir sonuca varmaları mümkündür.

iii. Nihayet taraflar yukarıda i ve ii şıklarında bahsedilen imkânların ikisine birden uyan karma bir hal tarzını kabul edebileceklerdir.

bbb- Taraflar Zapt Halindeki Sorumluluğu Daraltabilecekler veya Kaldırabileceklerdir:

B.K. nun 189. maddesinin III. fıkrasındaki

(42) Kenan Tunçomaç, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 101 vd.

ifadeden dolayı olarak anlaşılacağı üzere, zapt halindeki sorumluluk, genişletilebileceği gibi, bu hususta yapılacak bir anlaşma ile daraltılabilir hattâ tamamen kaldırılabilir.

ccc- Veya Değişik Bir Tazmin Şekli Kabul Edebileceklerdir. (Örneğin, misli eşya ise değiştirilmesi gibi)

bb- İstisnası

Zapta karşı teminat borcunun kaldırılmasına veya daraltılmasına ilişkin anlaşmanın geçerliği B.K. nun 189. maddesinin III. fıkrasında öngörülen, üçüncü şahsa ait hakkın bilerek gizlenmemiş olması prensibine uyulmasına bağlıdır (43). Yalnız burada şu hususun münakaşasında fayda olduğunu düşünmekteyiz: Kanunumuzda " ... üçüncü şahsa ait olan hakkı... " şeklinde bir ifade kullanılmaktadır. Halbuki, kanımızca, burada üçüncü şahsa aidiyeti kesinlikle bilinen bir hak değil, ihtilâflı bir durum ve bunun sonucu doğabilecek bir zapt tehlikesi bulunsa dahi, satıcının bu tehlikeden alıcıyı haberdar etmesi mükellefiyetinin bulunduğu kabul gereklidir. Zira, bunun aksinin kabulü, M.K. un 2. maddesiyle konulmuş bulunan

(43) Bilge, s. 57.; Tandoğan, s. 93.

objektif hüsnüniyet kaidesine aykırılık ve suiniyete prim verilmesi demek olacaktır. Bu bakımdan, bize göre, B.K. nun 189. maddesi III. fıkrasının, satıcının bildiği bir zapt tehlikesi varsa tatbik edilmesi, yani bu durumda sorumluluğun kaldırılması veya daraltılmasına ilişkin şartın bătıl olduğunun kabulü gereklidir.

C- Benzer Hukukî Durumlar
İle Mukayesesi :

Alım-satım akdinde alıcının amacı, ödediği semen karşılığında, satılanın mülkiyetini elde ederek ondan tam bir istifadeyi sağlamaktır. Ancak alıcı bu imkâna her zaman sahip olmayabilir. Zira, satılanın hasara uğraması, ayıplı çıkması veya zapta maruz kalması ihtimalleri vardır.

Schwarz "Satış Akdinde Hasarın İntikali" adlı makalesinde hasar problemini şu şekilde ortaya koymaktadır: "Eda imkânsız hale geldiği vakit, yani mal satıcının mes'ul olmayacağı bir şekilde (kusuru olmadan, umulmayan haller sebebiyle) tamamen veya kısmen telef olur veya durumu kötüleşirse ve bundan dolayı satıcı eda mükellefiyetinden kurtulursa, alıcı, kararlaştırılan bedelin tamamını ödeyecek midir, yoksa ödemeyecek midir?" (44)

(44) Andreas B. Schwarz, Satış Akdinde Hasarın İntikali (Ter.Kudret Ayiter), Ank.Huk.Fak.Der.1947, C.IV, Sa.1-4, s. 160.

Ayıp kavramı hakkında ise şu tarif verilmektedir:

" ... bir malın ayıplı olmasından ya o malın vaad edilen veya doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince o şeyde bulunması zarurî vasıflardan birisinin yokluğu anlaşılır." (45)

Yukarıda yapmaya gayret ettiğimiz zapt tarifi de (46) göz önüne alındığı takdirde her üç halde de, yani satılanın hasara uğraması, ayıplı çıkması ve zapta maruz kalması hallerinde, alıcının satılandan istifade imkânının ya tamamen ortadan kalktığı veya azaldığı görülecektir.

İşte bu ortak özellik yüzünden mukayesemizi adı geçen üç durum arasında yapmaya çalışacağız.

Alıcının satılandan faydalanma imkânı daralmakta veya ortadan kalkmakta olmasına rağmen bahsedilen üç durumun, yani hasar, ayıp ve zapt hallerinin, şu karakteristik farklılıkları bünyelerinde taşıdığı görülmektedir:

(45) Seyfullah Edis, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 8.

(46) Yukarıda s. 42.

1. T a t b i k Z a m a n ı Y ö n ü n d e n

Hukukumuz, hasarın intikali bakımından Roma hukukunda mevcut prensibi kabul etmiş (47) ve bu yönüyle diğer bazı hukuk çevrelerinden ayrılmıştır. Örneğin, Alman hukuk çevresinde hem mülkiyet hem hasar teslimle intikal etmekte, Fransız hukuk çevresinde her ikisi için akdin inikadı yeterli bulunmaktadır (48). Buna karşılık, hukukumuzda göre menkûl mallarda mülkiyet teslimle veya daha doğru ifadesi ile zilyetliğin devriyle intikal etmekte, nefi ve hasar ise, B.K. nun 183. maddesinde belirtilen esaslar içinde, akdin inikadı ile alıcıya geçmektedir. İşte hasar problemi, akdin yapılmasıyla mülkiyetin nakli arasındaki periyotta vuku bulacak zararları kapsamaktadır.

Ayıp yönünden kanunda herhangi bir açıklık bulunmamakla beraber bu meselenin ortaya çıkabilmesi, yani ayıp sebebiyle satıcının sorumluluğunun doğumu, satılanın ifa kastı ile alıcıya devredilmiş olmasına bağlıdır (49). Zapta karşı teminat hükümleri de aynı şekilde satılanın tesliminden sonra ancak

(47) Turgut Akıntürk, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 69.

(48) Schwarz, Satış Akdinde ..., s. 162.

(49) Edis, s. 47.

tatbik kabiliyeti bulabilecek, aksi halde, durumun özelliğine göre, umumî hükümlere müracaat imkânı söz konusu olabilecektir (50).

2. K u s u r Y ö n ü n d e n

"Hasarın en önemli unsuru, teslim borcunun ifasındaki veya gereği gibi ifasındaki imkânsızlığın kusurdan ileri gelmemiş olmasıdır. Diğer bir deyimle hasar, ancak kusursuz imkânsızlık halinde söz konusu olabilir." (51)

Buna karşılık ayıp durumunda kusur önemi haiz değildir; başka bir deyimle satıcıya, kusursuzluğunu ispat ile ayıplı mal tesliminden doğan borcundan kurtulmak imkânı tanınmamıştır (52). Zapt halinde de aynı prensip geçerlidir. Yukarıda (53), zapta karşı teminat borcunun niteliğini açıklamaya çalışırken belirttiğimiz üzere, zapt halinde satıcıya bir kurtuluş beyyinesi getirme imkânı verilmemiştir.

3. S o n u ç l a r ı Y ö n ü n d e n

Alım-satım akdinde, kanun koyucu, edanın kusursuz olarak imkânsızlaşması durumunu düzenleyen genel prensipten uzaklaşmıştır. Esas itibarıyla

(50) Bkz: Aşağıda s. 80.

(51) Akıntürk, s. 38.

(52) Edis, s. 20.

(53) Yukarıda s. 49-50.

B.K. nun 117. m. sinin II. fıkrasına göre iki tara-
fa borç yükleyen akitlerde bir tarafın edası kusur-
suz olarak imkânsızlaşır, bu taraf, diğer taraf-
tan mukabil edayı talep hakkını kaybedecek, ifa edil-
miş ise iade mecburiyetinde kalacaktır. Hukukçu olma-
yanların dahi tabii kabul edecekleri bu neticeden (54)
farklı bir neticeye alım-satım akdinde varılmıştır.
B.K. nun 183. maddesinin I. fıkrasına göre "halin ica-
bindan veya hususî şartlardan maadasında, satılan
şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren
alıcıya intikal eder." Bu bakımdan da, hasarın akdin
inikadıyla alıcıya intikali, vaki zarara alıcının
katlanma mecburiyeti (akit prensibi), doktrinde şid-
detli tenkitlere hedef olmakla beraber (55), uyulması
lâzım gelen bir kaide niteliğindedir (56).

Buna karşılık mebiin ayıplı olması veya zapta
maruz kalması halinde vukua gelecek zarara katlana-
cak olan, esas itibariyle, satıcıdır.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız karakteristik
farklılıkların yanında, mebiin ayıplı olması sebebine

(54) Von Tuhr, s. 647.

(55) Akıntürk, s. 2.

(56) Bu kaidenin daraltılmasıyla ilgili görüşler
için Bkz: Schwarz, a.g.m. s. 165 vd.;
Akıntürk, a.g.t. ve bilhassa s. 145 vd.

dayanan dava için B.K. nun 207. maddesinin I. fıkrası ile bir senelik; Ticaret Kanununun 25. m. sinin 4. bendi ile tacirlere arasındaki ticarî satımlar için altı aylık müruru zaman (57) müddetinin tespiti, hayvan alım-satımında ayıp konusundaki " ... tahriren kefalet ..." gereğinin B.K. nun 195. m. si ile konulması gibi diğer bazı farklılıklar da mevcut bulunmaktadır.

III- Uygulama Alanı

A- Zapta Karşı Teminat Hükümlerinin Uygulandığı Haller:

Zapta karşı teminata ilişkin kurallar alım-satım akdinin menkûl satımına ait ikinci faslında, B.K. nun 189-193. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Ancak bu kurallar sadece menkûl satımında uygulanmazlar. Menkûl satımı dışındaki bazı hukukî ilişkiler de, bu kuralların uygulama alanı içindedirler.

Alım-satım akdi de inceleme kapsamına alınmak üzere, zapta karşı teminat hükümlerinin uygulandığı haller şu şekilde tespit edilebilir:

(57) 207. m. de sâkit olur denmekteyse de söz konusu olan müruru zaman müddetidir. Bkz: Edis, s. 131.

1. Alım - Satım Akdinde

Zapta karşı teminat hükümlerinin aslı uygulama alanı alım-satım akdidir. B.K. nun 189. maddesinin I. fıkrası da "satıcı, ... alıcıya karşı mes'ul ve zâmindir." diyerek bu hususu açıkça belirtmiştir.

Bu ön prensibin tespitinden sonra, aşağıda, özel durumların incelenmesine çalışılmıştır.

a) Menkul Satımında

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi zapta karşı teminata ilişkin kurallar menkul satımına ait fasılda düzenlenmiştir. Bu yönden de, bu kuralların birinci derecede uygulama alanı, elbette ki, menkul satımı olacaktır.

b) Gayrimenkul Satımında

Bazı yazarlar (58) gayrimenkul satımında, zapta karşı teminat yönünden, B.K. nun 215. (İB.K.219) maddesi hükmünün uygulanacağı fikrinde iseler de kanımızca B.K. nun 215. maddesi zapt ile ilgili değildir. Bu madde B.K. nun 217. maddesi yolu ile ancak, 194. maddesindeki durumlarda uygulama alanı bulabilir. Bu bakımdan gayrimenkul satımında, satılanın zapta uğraması halinde de, B.K. nun 217. maddesi hükmü uyarınca menkul satımına ilişkin B.K. nun 189 vd. maddeleri hüküm-

(58) Arsebük, s. 126.; Oser/Schönenberger, n. 192,

No.3.; Tunçomağ, s. 116.

leri uygulanmak gerekir.

Tapu kütüğüne kayıtlı olmayan gayrimenkullerin haricen satışı konusunda ise:

Evvelâ; bu muamelelerin geçerli olup olmadığı hususunda bir birine zıt görüşler ortaya çıkmıştır. Yargıtay 22.11.1944 tarih ve 32 sayılı İç. Bir. K. ile (59), tapusuz gayrimenkulün zilyeti tarafından haricen satışının kanunen hükümsüz olduğu görüşünü kabul etmişken sonradan bu görüşünü değiştirmiştir. Yüksek Mahkememizin 9.10.1946 tarih ve 12 sayılı İç. Bir. K.'na göre (60); bir kimsenin, henüz maliki bulunmadığı tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulünü başkasına satıp teslim etmesini esas itibariyle o mal üzerinde ileride mülkiyet iktisabına yarayan zilyetliğin devri iradesi olarak anlamak gerekir. Aynı bir hak (61) olan zilyetliğin her hak gibi devri

(59) RG. 14.3.1945, sa. 5955

(60) RG. 20.6.1947, sa. 6637

(61) Yargıtay zilyetliği bir hak olarak vasıflandırıyor, bu görüş doktrinde de paylaşıyor (Bkz: Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1965, s. 139 vd; a.g.e., s. 140, not-30'da anılan yazarlar; Zahit İmre, Aynî Hak Mefhumu Üzerinde Düşünceler, Medeni Hukuk Ordinaryüs Profesörü A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 341 vd; Kemal Tahir Gürsoy, Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s. 27; Andreas B. Schwarz, Medeni Hukuka Giriş

geçerli olup resmî şekle bağlanmış değildir. Bu itibarla tapusuz gayrimenkul üzerindeki zilyetliğin devrine ilişkin akit (haricen satış) geçerli olacaktır.

İkinci olarak; tapu kütüğüne kayıtlı olmayan gayrimenkulün devri durumunda devredilen zaptedilirse; zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı problemi değişik görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Y. 4. H.D. (62), bu durumda, zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiş, Y. 3. H.D. (63) ancak devredenin, mülkiyet hakkı kazandıracak bir zilyetliği devretmesi veya zapta karşı teminatı ayrıca taahhüt etmesi halinde sorumluluğun söz konusu olabileceği görüşüne varmıştır. Y.H.G.K. ise 1964 tarihinde (64)

(Ter. Hıfzı Veldet, İstanbul 1946, s. 102) ise de genellikle doktrin zilyetliği bir hak olarak kabul etmemektedir. (Bkz: Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1954, s.28; Selâhattin Sulhi Tekinay, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1964, s. 32; Safa Reisoğlu, Tescil Edilmemiş ... Ad.Der. 1958, s. 136 vd; M.Kemal Oğuzman, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1965, s. 37)

(62) 4. H.D. 19.12.1957 ta. E.2872/K.7451. Bkz: Senaf Olgac, Kazaf ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar, C.II, İstanbul 1966, m. 189, No. 58.

(63) 3. H.D. 9.6.1961 ta. E.4682/K.3801. Bkz: Olgac, Kazaf ve İlmî ..., C.II. m.189, No. 57.

(64) Y.H.G.K. 11.3.1964 ta. E.5/3/K.184. Bkz: Olgac, Kazaf ve İlmî ..., C.II. m. 213, No. 147.

tapusuz gayrimenkuller üzerindeki zilyetliğin para karşılığı devredilmesi halinde zapta karşı teminata ilişkin B.K. nun 189 vd. maddeleri hükümlerinin uygulanacağına karar vermiştir.

Kanımızca, Y.H.G.K. nun bu konuda vardığı sonuç doğrudur. Çünkü B.K. nun 182. maddesinde "satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakletmek borcunu tahammül eder." denilmekte ise de alım-satım akdinin konusunun sadece maddi mallar olduğu düşünülmemelidir. "Mübadelesi mümkün ve iktisadî değeri olan her şey satıma konu teşkil edebilir" (65). Bu durumda, zilyetlik ister bir hak, ister fiilî bir hakimiyet olarak kabul edilsin, bunun para karşılığında devrini esas itibariyle alım-satım akdi olarak nitelendirmek gerekir (66).

(65) Bilge, s. 23. Ayrıca Bkz: Tandoğan, s. 36-37.; Funçomağ, s. 30.

(66) Filhakika Sungurbey bu hukukî muameleyi isimsiz akit olarak vasıflandırıyor da (Bkz: İsmet Gülümser Sungurbey, İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisadî Müruru Zaman, İstanbul 1956, s. 83).

Bu görüşün kabulü halinde dahi tarafların karşılıklı menfaatleri ve varmak istedikleri gaye göz önünde tutulduğunda alım-satım akdine ilişkin kuralların ve bu arada B.K. nun 189 vd. maddeleri hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı görüşündeyiz.

Bunun yanında, alım-satım akitlerine uygulanmak bakımından, sadece B.K. nun 182-183 maddeleri değil, aksine bir kaidenin bulunmaması halinde, menkul satımını düzenleyen hükümler de genel nitelikte sayılmaktadır (67). Bu esaslar kabul edildikten sonra ise (alacağın bu ivaz karşılığında temlikıyla alâkali B.K. nun 169. maddesi I. fıkra hükmü gibi özel bir hüküm bulunmadıkça) sözü edilen durumda, yani tapu kütüğüne kayıtlı olmayan bir gayrimenkulün haricen satışında, B.K. nun 189 vd. maddeleri hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Y.H.G.K. kararının bulunduğu sonucu doğru olarak nitelendirmek zorunlu olacaktır.

c) Arttırmayla Satım

Arttırmayla satım üç şekilde ortaya çıkmaktadır. Özel arttırma, isteğe bağlı açık arttırma (ih-tiyarî ve alenî müzayede) ve zorlayışlı açık arttırma (cebrî müzayede) (68).

Özel arttırma ilân zorunluluğunun veya arttırmaya herkesin katılma hakkının veya bunlardan her ikisinin de olmadığı arttırma çeşididir (69). Bu çeşit arttırmalarda zapta karşı tekeffül hususunda âdi satım hükümleri uygulanır (70).

(67) Oser/Schönenberger, m. 184-186 hakkında ilk mülâhazalar, No. 1.

(68) Tunçoğlu, s. 162 vd.

(69) Ibid., s. 163.

(70) Tandoğan, s. 230.

İsteğe bağı açık arttırmada ise B.K. nun 230. maddesinin III. fıkrası hükmüne göre satıcı, âdi satında olduğu gibi zapta karşı teminatla yükümlüdür. Yalnız usulüne uygun olarak ilân edilen arttırma şartnamesiyle bu yükümlülükten kurtulmasına imkân verilmiştir ki bu da yukarıda (71) izahına çalışılan zapta karşı teminata ilişkin hükümlerin kamu düzeninden sayılmaması prensibinin tabii bir sonucudur.

Zorlayışlı açık arttırmalarda ise B.K. nun 230. maddesi I. fıkrası hükmüne göre "müzayede şartnamesinde açık bir taahhüdün bulunması veya müzayedeye iştirak edenlere karşı bir hile yapılmış olması halleri müstesna olmak üzere, ..." zapta karşı teminata ilişkin sorumluluğun uygulanmasına imkân yoktur.

Bir alım-satım akdi ve hattâ özel hukukun bir hukukî muamelesi olmayıp bir kamu tasarrufu sayılan zorlayışlı açık arttırmalarda (72) (73) teminata ilişkin hükümlerin prensip itibariyle uygulanmamasının, sebebi olarak, mal sahibinin rızası hilâfına yapılan bu muamelede bir de ona böyle bir külfet yüklemesinin

(71) Yukarıda s. 50 vd.

(72) Yargıtay İç. Bir. K. 24.6.1953 ta. E.14/K.6
(RG. 24.8.1953, sa. 8489)

(73) Aksi fikir için Bks: Cevat Abdürrahim Güleü,
Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, C. II, s. 585-586.

abes olacağı fikri ileri sürülmektedir (74). Hattâ müzayede şartnamesinde belirli hususlarda teminat verilmesine imkân tanıyan hüküm ile tenkitlere hedef olmaktadır (75).

Tandoğan (76) ve Tunçomağ (77) gayrimenkullere ilişkin zorlayışlı açık arttırmalarda zapta karşı teminata ilişkin hükümlerin uygulanmasına zaten pek yer kalmadığı, sıra arttırmaya konulan gayrimenkulleri takyit eden mükellefiyetler varsa dahi bunların yükler listesinde gösterilmedikleri takdirde yeni müktesibe karşı ileri sürülemeyeceği görüşündedirler. Ancak yükler listesinde gösterilmeyen mükellefiyetlerin yeni müktesibe karşı ileri sürülemeyeceği görüşünün doktrinde ihtilâflı olduğu (78) unutulmamalıdır.

2. K a m u l a ş t ı r m a d a

Her ne kadar kamulaştırma, hukukî niteliği itibariyle bir alım-satım akdi değilse de, Y. 4. H.D. (79), kamulaştırılan yerin sonradan zaptedilmesi halinde

(74) Feyzioğlu, s. 80.

(75) Tandoğan, s. 229.

(76) Ibid., s. 230.

(77) Tunçomağ, s. 171-172.

(78) Bkz: İsmet Sungurbey, Kişisel Hakların..., s.127 vd;
Necmettin Berkin, İcra Hukuku Dersler, İst.1969,s.136.

(79) 4. H.D. 16.4.1959 ta. E.1958/239/K.3157. Bkz: Olgac, Kazaf ve İlmf ..., C. II, m. 189, No. 55.

eski malikin ne şekilde sorumlu tutulacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı cihetle, sözü edilen durumda zapta karşı teminatı düzenleyen B.K. nun 189 vd. maddelerinin kıyasen uygulanmasının gerekli olduğu görülmüştür.

Biz de sözü edilen Yargıtay kararına katılmaktayız. Çünkü tarafların karşılıklı menfaatleri göz önüne alındığı takdirde varılan sonuç haklı olduğu gibi varılmak istenen amaç bakımından benzerlik yönü bulunan iki olayın varlığı da, bu kıyası mümkün göstermektedir.

3. T r a m p a d a

Trampayı düzenleme bakımından B.K. na iki madde konulmuş bulunmaktadır. Bunlardan birincisinde (B.K.nun 232. maddesi), ilk cümlesiyle "satım hükümleri trampa da da tatbik olunur." denilmek suretiyle, genel olarak satım hükümlerine yollama yapılmaktadır. İkinci madde ise (B.K. nun 233. maddesi) satılanın zaptedilmesi veya ayıplı olması durumlarına ilişkindir.

B.K. nun 233. maddesinin yazılış biçimi pek iyi olmayıp İ.B.K.'nun da yapılan değişiklik sırasında da maddeye bir açıklık getirilmemiştir (80).

Esas itibarıyla B.K. nun 233. maddesindeki zapta ilişkin hüküm trampa edilenin tamamen zaptı durumunu düzenlemektedir (81). Bu maddedeki hükme göre, trampa edilen tamamen zaptolunduğu takdirde alıcı iki şıktan

(80) Ressel, s. 396.

(81) Feyzioğlu, s. 141.

birisini seçmek durumundadır. Yani, alıcı ya akdi feshetmeyecek ve zarar-ziyan talebinde bulunacaktır ki bu durumda talebi müspet zararın (ifadan elde edilecek menfaatin) tazminine ilişkin olacaktır (82). Yahut da alıcı akdi feshederek vermiş olduğu şeyi geri alacaktır. Akdin feshi durumunda da ayrıca tazminat istenip istenemeyeceği maddede açıklıkla gösterilmemiş bulunmamakla beraber, menfi zararın istenebileceğini kabul gereklidir (83).

Satılanın kısmen zaptı halinde ise B.K. nun 232. maddesindeki genel prensip çerçevesinde B.K. nun 193. maddesi kıyasen uygulanmalıdır (84). Ancak, trampa edimle karşı edim arasında daha sıkı bir bağıllık bulunduğundan, trampa edilenden tam bir yararlanmanın mümkün olmaması halinde genellikle akdin yapılmayacağını kabul ile B.K. nun 193. maddesi II. fıkrası hükmüne göre akdin feshine imkân vermek daha doğru olacaktır (85).

Zaptın mahiyeti, şartları ve uygulanacak prosedür hakkında ise satım hükümlerinin kıyasen uygulanması gereklidir (86).

(82) Marten, s. 68. Ayrıca Bkz: 4. H.D. 26.2.1951 ta. E. 1511/K.170 (Olgaç, s. 233, No. 293).

(83) Peysioğlu, s. 141; Marten, s. 68; Tandoğan, s. 236.

(84) Tunçomağ, s. 180.

(85) Tandoğan, s. 236; Tunçomağ, s. 180.

(86) Marten, s. 67.

4. A d i Ş i r k e t t e

B.K. nun 521. maddesinin II. fıkrası ile "sermaye, bir şeyin ... mülkiyetinden ibaret ise satım akdinde hasar ve tekeffüle dair muayyen olan hükümlere tabi olur." hükmünü koymuştur. Bu hükme göre; âdi şirkete katılma payı olarak bir malın mülkiyetinin nakli taahhüt olunup devirden sonra mal zaptolunursa, bu durumda satım akdindeki zapta karşı teminat hükümleri kıyasen uygulanacaktır (87).

5. İ s t i s n a A k d i n d e

B.K. nun 357. maddesinin I. fıkrası ismarlananın (müteahhit), iş sahibine karşı "satıcı gibi mütekeffil" olduğu yolunda bir kuralı kapsamaktadır. Bu kuralın geniş yorumu ve menfaatler vaziyetindeki benzerlik dolayısıyla da istisna akdinde ismarlananın, iş sahibine karşı, "zapta karşı teminat" borcuyla yükümlü olduğunu kabul gereklidir. Ancak tabiidir ki bu, ancak malzemeyi ismarlananın vermesi halinde söz konusu

(87) A. Schneider/H.Fick, Commentaire du Code Fédéral des Obligations Du Mars, 1911 (Ad.Fr.Maq-E.Pofret) V.II, Neuchatel 1916, m. 531, No.13.; Turgut Kalpsüz, Şirketler Hukuku II. Kitap Şahıs Şirketleri (Teksir) Ankara 1959, s. 27.; Y.Ümit Doğanay, Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü), İstanbul 1968, s. 39.; Turgut S.Erem, Ticaret Hukuku Prensipleri, C.II, Ticaret Şirketleri, İstanbul 1972, s. 18.

olacaktır. Yoksa malzemeyi iş sahibinin verdiği hal-lerde aynı sonuca varmak mantıken imkânsızdır (88).

Eşya hukukumusdaki işleme (hukukî tağyir) iliş-kin hükümler (89) de B.K. nun 357. maddesinin II. fıkrası hükmüne dayanarak zapta karşı teminat kurallarının istisna akdinde uygulanması imkânını daraltmakta-dır (90). Gerçekten, M.K. nun 699. maddesi hükmüne göre işleme halinde emeğin değeri malzemenin değerinden fazla ise -ki genellikle böyle olduğu söylenebilir- ve işleyen iyi niyetli olması halinde işlenen işle-yenin olacak, bu suretle de zapt tehlikesi ortadan kalkacaktır.

6. Y a y ı n S ö z l e Ő m e s i n d e

Yayın sözleşmesi B.K. nun 372. maddesinde "neşir mukavelesi, bir akittir ki onunla edebî ve sınaî bir eserin müellifi veya halefi, o eseri bir nâşire terketmeyi taahhüt ve nâşir de o eseri az çok teksir ile halk arasında neşretmeyi iltizam eder." şeklinde tanımlanmaktadır. Her ne kadar 372. maddede edebî ve sınaî eserden bahsediliyorsa da sınaî eser

(88) Tunçomağ, s. 444-445.

(89) Bks: Yusuf Z. Binatlı, Hukukun Genel İlkeleri ve Medenî Hukuk, Ankara 1972, s. 239.

(90) Marten, s. 188.; Bilge, s. 217-218.; Tunçomağ, s. 444.

deyimini bedî eser olarak anlamak gerekliliği belirtilmektedir (91). Eser sahibinin veya halefinin yayınlamaya devredeceği, malî haklardan olan çoğaltma ve yayma haklarıdır (92). B.K. nun 373. maddesinin II. fıkrası ise "neşredilecek eseri terkeyleyen kimse, akit zamanında o eserde tasarruf etmek hakkını kullanmağa muktedir olmalıdır. Bu cihetten dolayı nâşire karşı mütekeffildir ve eğer telif hakkı varsa tekeffül, onu da şamildir." hükmünü kapsamaktadır. Bu hükme göre, yayınlatanın eser üzerinde yazar hakkının varlığını temin borcu vardır ve bu hak üzerinde, yayınlayanın onu üçüncü şahıslara karşı ileri sürmesini engelleyen bir bozukluk taşıyorsa yayınlatan alım-satım akdindeki zapta karşı teminat hükümlerine göre sorumlu olacaktır (93).

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 22 ve 23. maddeleri çoğaltma ve yayma haklarının malî haklardan olduğunu tespit etmiştir. Aynı kanunun 48 vd. maddeleri ise malî hakların devredilmesine imkân vermektedir.

(91) Bilge, s. 231.; Tunçomağ, s. 500.

(92) Bilge, s. 230.; Nusin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1972, s. 223.

(93) Neclâ Giritlioğlu, Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967, s. 48.; Tunçomağ, s. 510.; Bilge, s. 238.

Yine Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 53/1. maddesi "tekeffül" başlığı altında "malî bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse iktisap edene karşı hakkın mevcudiyetini Borçlar Kanununun 169 ve 171. maddeleri hükmüncé zâmindir." hükmünü getirmiştir. Aynı kanunun 54. maddesi ise "malî bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre selâhiyetli olmayan kimseden iktisap eden, hüsnüniyet sahibi olsa bile himaye görmez.

Selâhiyeti olmaksızın malî bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse, selâhiyeti bulunmadığına diğer tarafın vakıf olduğunu veya vakıf olması lâzım geldiğini ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz kalmasından doğan zararı tazminle mükelleftir. Kusur halinde mahkeme, hakkaniyet gerektiriyorsa daha geniş bir tazminata hükmedebilir.

"Haksız fiillerden ve sebepsiz mal iktisabından doğan talepler mahfuzdur." kaidesini koymuştur.

Bu durum karşısında acaba uygulanması gereken hangi kaidelerdir? Yani Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 53. ve 54. maddeleri varken, B.K. nun 373. maddesinin II. fıkrasındaki alım-satım akdinde zapta karşı teminat kaidelerine yollamada bulunan hükmün uygulanma imkânı var mıdır?

Bir görüş olarak; her ne kadar B.K. nun 373. maddesinin II. fıkrasındaki hüküm özel hüküm niteliğinde ise de özel bir kanun olan Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun

53. ve 54. maddelerinin de aynı şekilde özel hüküm niteliğini taşıdığı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun sonraki (muahhar) bir kanun olduğu, bu bakımdan uygulanması gereken hükümlerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki hükümler olduğu, ayrıca bu kanunun 53. ve 54. maddelerindeki kesin ifadeler karşısında bu konuda hiç bir tereddüde yer kalmadığı söylenebilir (94).

Bizim görüşümüze göre, edebî (95) veya bedî bir eser üzerindeki malî hakları devre ilişkin hukukî muamele her zaman aynı nitelikte değildir. Eser üzerindeki malî hakların devrine ilişkin akitle, sadece malî hakların devri amacı güdülebileceği gibi bu hakkı devralana eseri sahneye koyma, yayınlama gibi mükellefiyetlerin yüklenmesi de amaçlanabilir. Bu iki tip mukaveleyi birbirinden ayırmak içinse "devir amaçlı mukaveleler" ve "amaçlı devir mukaveleleri" deyimleri teklif edilmektedir (96).

B.K. nun 372 vd. maddelerinde sözü edilen yayın sözleşmesinin ise, yukarıdaki ayırma göre, bir "amaçlı devir mukavelesi" olduğu açıktır. Bu husus B.K. nun

(94) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki kaidelerin uygulanacağı görüşü için Bkz: Tunçomağ, s. 510-511.

(95) Maddede "edebî" eser deniliyorsa da bunu ilmi eserleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gereklidir. Bkz: Bilge, s. 231.

(96) Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat, s. 221.

372. maddesiyle yayınlayana yüklenmiş bulunan " ... o eseri az çok teksir ile halk arasında neşretmek" borcundan kolaylıkla anlaşılabilir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen ise malî bir hakkın (veya hakların) genel olarak devri durumudur. Bu husus, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 48. maddesinde " ... malî hakları,.. " başkalarına devredebilirler, 53. maddesinde "malî bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse,..." şeklindeki ifadelerle ortaya çıkmaktadır.

Bu hususların tespitinden sonra ise, B.K. nun düzenlediği durumun Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenmiş olan durumdan farklı olduğu ve kendine özgü bir nitelik taşıdığı kolaylıkla söylenebilir. Bunun sonucu olarak da, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki hükümlerin B.K. nundaki kaidenin uygulanmasına engel olmayacağı açıkça ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki menfaatler durumu incelendiğinde de varılan sonucun haklı olduğu açıktır.

Çünkü, yayın sözleşmesinde, yayınlayana yüklenmiş bir çoğaltma ve yayma borcu vardır ve buna karşı da yayımlatanın alım-satım akdindeki zapta karşı teminat hükümleriyle, yani daha geniş bir şekilde (97), sorumlu

(97) Filhakika Arslanlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki kaidelerin tamamlanması yönünden B.K. nun 192. maddesinin uygulanabileceğini söylüyorsa da (Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 183) buna aykırı fikirler de mevcuttur. Bkz: Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat, s. 199.

olması hakkaniyete daha uygun düşecektir.

Korunmayan bir eser üzerinde yapılmış olan yayın sözleşmesine "gerçek olmayan yayın sözleşmesi" adı verilmektedir. "Korunmayan (veya topluma serbest) eser terimi ise, özelliği yüzünden üzerinde yazar hakkı tesisi imkânsız olan veya koruma süresi geçtiği için üzerindeki yazar hakkı sona ermiş bulunan eseri ifade eder (98). Bu durumda, biz de Giritlioğlunun fikrine katılarak (99), doğrudan doğruya yayın sözleşmesi kurallarının değil, aradaki ilişkinin niteliğine göre hizmet, istisna, vekâlet gibi sözleşme tiplerindeki kuralların uygulanacağını düşünüyoruz.

7. M i r a s ı n T a k s i m i n d e

Zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanabileceği bir diğer hukukî münasebet mirasın taksimi durumudur. Gerçekten M.K. nun 614. maddesi ilk cümlesiyle "taksimden sonra mirasçılar, her birinin hissesine düşen mallar için satış hükümleri mucibince yekdiğerinin zâminidirlir." kuralını koymaktadır. Bu hükme göre, mirasın taksiminden sonra mirasçılar, herbirinin hissesine düşen mallarda zapt söz konusu olduğu takdirde o şahsa karşı B.K. nun 189. vd. maddelerine

(98) Tunçonağ, s. 505.

(99) Giritlioğlu, s.

göre sorumlu olacaklardır (100).

B- Uygulama Alanının
Sınırlandırılması:

İyiniyetli alıcının korunmasına ilişkin hükümler zapta karşı teminat kaidelerinin uygulanma alanını oldukça daraltmıştır (101). Zira, bilindiği gibi, M.K. nun 931. maddesi gayrimenkuller bakımından tapu kaydına iyiniyetle dayanmayı korumuştur. Menkuller bakımından ise bir ayırım yapılmaktadır. M.K. nun 901. maddesine göre emin sıfatıyla zilyet olan kimse-den iyiniyetle vaki iktisap korunmakta, buna karşılık 902. maddeye göre çalınmış, kaybedilmiş veya rızasının aksine herhangi bir suretle elinden alınmış olan bir menkulün zilyetine istihkak imkânı verilmektedir. Ancak, zapta karşı teminat borcundan doğan davalar 10 senelik zaman aşımına tabi olduğu halde M.K. nun 902. maddesiyle istihkak davası 5 senelik zaman aşımına bağlandığından ve 701. maddeyle de yine 5 senelik bir iktisabî zaman aşımı süresi tanındığından bu 5 senelik sürenin geçmesinden sonra zapt tehlikesi iyiniyetli müktesip bakımından ortadan kalkacaktır.

(100) Samim Gönensay/Kemaleddin Birsen, Miras Hukuku, İstanbul 1963, s. 368.; Nûsin Ayiter, Miras Hukuku, Ankara 1971, s. 250.

(101) Tandoğan, s. 94.

M.K. nun 902. maddesinin ikinci cümlesi menkulü açık arttırmadan, pazardan veya benzeri eşya satan bir tacirden iktisap eden şahsın aleyhine istihkak davası açılmasını semenin geri verilmesi şartına bağlamaktaysa da kanımızca bu, zapta karşı teminat hükümlerinden yararlanmaya engel bir hal olmayıp, sadece B.K. nun 192. maddesinin I. fıkra 1. bendinde adı geçen semeni talep imkânını kaldıran bir durumdur.

İyiniyetli müktesibin korunması ilkesiyle ilişkili bir çekişme konusu da şudur:

Acaba iyiniyetli alıcı korunmadan yararlanmayı istemeyip, aldığı şeyi hakiki hak sahibine geri vererek zapta karşı teminat hükümlerine dayanmak isterse durum ne olacaktır. Başka bir deyimle iyiniyetli kimse, iyiniyetinden isterse mi yararlanacaktır, yoksa iyiniyet hükümlerini, şahsın iradesine bakmaksızın kendiliğinden mi meydana getirecektir? (102)

İsviçre Federal Mahkemesi, başka bir şahsa ait olan şeyi hakiki mal sahibine iade ile zapta karşı teminat hükümlerinden yararlanmak isteyen bir alıcının davasında, iyiniyetin kendiliğinden hükümlerini yürüteceğine karar vererek, davayı reddetmiştir (103).

(102) Von Tuhr, C. I, s. 185.

(103) Ibid, C. I, s. 185 ve Dipnot-64.

§ II. ZAPTA KARŞI TEMİNAT BORCUNUN UYGULANMA ŞARTLARI

Zapta karşı teminat sebebiyle satıcının sorumluluğu için gerekli şartlar, maddî şartlar ve şeklî şartlar olmak üzere iki bölüme ayrılarak incelenecektir.

I- Maddî Şartlar

A- Satılan Şey Alıcıya
Teslim Edilmiş ve
Mülkiyeti Nakle Yara-
yan Hukukî Muamele
Yapılmış Olmalıdır :

Zapta karşı teminat borcundan bahsedebilmek için satılan şeyin alıcıya teslim edilmiş olması ve mülkiyeti nakle yarayan hukukî muamelenin yapılmış bulunması gereklidir. Satılan teslim edilmemiş ve mülkiyeti nakil için gerekli muamele yapılmamış olduğu takdirde zapta karşı teminatı düzenleyen hükümlerin değil, B.K. nun 96 vd. maddeleri hükümlerinin uygulanması gereklidir (1) (2).

(1) Oser/Schönenberger, m. 192, No. 11.; Schneider/Fick, V.I, m. 192, No. 11-12.; Marten, s. 14.; Hacı Âdil, s. 960.; Bilge, s. 58.

(2) Buna karşılık Tunçomağ, devir muamelesi yapılmadan haktaki bozukluğun ortaya çıkması halinde zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanabileceğini söylüyorsa da (Tunçomağ, s. 116) kanımızca buna imkân yoktur.

B- Üçüncü Şahsın Satılan
Şey Üzerinde Zaptı Sağ-
layacak Bir Hakkı Bulun-
malıdır:

Yukarıda zaptı (3) "zapt alıcının, üçüncü bir şahsın üstün hakkı sebebiyle satılanın tamamını veya bir kısmını iadeye mecbur kalması, veya, yine üçüncü şahsın aynı veya aynı hak kuvvetini kazanmış şahsı hakkı sebebiyle satılan üzerindeki mülkiyet hakkından tam bir yararlanması olanağının olmamasıdır." şeklinde tanımlamıştık. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, üçüncü şahsın satılan üzerindeki hakkı, alıcının o şey üzerindeki mülkiyet hakkının tamamını kaybetmesine yol açıyorsa tamamen zapt söz konusudur. Kısmî zapt durumunda ise iki ihtimal ortaya çıkabilecektir: Bunlardan birincisi bir bütün teşkil eden satılanın bir parçası üzerinde üçüncü bir şahsın üstün hakka sahip olmasıdır. Bilge'nin verdiği örnekte (4) olduğu gibi, satın alınan belli bir stildeki sofrta takımından bir çorba kâsesinin veya oda takımının, bir koltuğunun çalınmış olduğu anlaşılırsa bu durumda kısmî zapt söz konusu olacağı açıktır. İkinci ihtimal ise, alıcının satılandan tam bir yararlanma olanağının kısıtlanmasıdır. Bu durumun ise hukukî ayıp

(3) Yukarıda s.42.

(4) Bilge, s. 63.

durumu ile karıştırılması tehlikesi vardır. Ancak, bu tehlikeden kaçınmak için, B.K. nun 193. maddesi I. fıkrasının ışığı altında, üçüncü şahsın hakkının, aynı bir hak veya aynı hak kuvvetini kazanmış şahsî hak olması halinde zaptan bahsedilebileceği, bunun dışındaki kısıtlamaların belki bir hukukî ayıp teşkil edeceği söylenebilir. Yargıtay da çeşitli kararlarında (5) kamu hukukundan doğan kısıtlamaları hukukî ayıp olarak nitelendirmektedir. Bu bakımdan biz de Tandoğan'a (6) katılarak, Yargıtayın (7) satılan gayrimenkulün bir kısmının şehir planı gereğince yol için ayrılmış olmasının kısmî zapt teşkil edeceği yolundaki kararını uygun bulmuyoruz. Ancak Yargıtay da, daha sonraki bir kararında (8) benzer bir hadise için (burada da satın alınan bir arsanın belediye imar planı gereğince yeşil saha olarak ayrılması söz konusudur) zapta karşı teminat hükümlerinin

(5) Y.H.G.K. 26.6.1971 ta. E.3-685/K.415. Bkz: İst.Bar. Der. 1971, s. 664.; Y.4.H.D. 18.3.1965 ta. E.15391/K.1551. Bkz: İlm.Kaz.İçt.Der. 1965, s.4410.; Y.3.H.D. 17.10.1968 ta. E.5638/K.4858. Bkz: İlm.Kaz.İçt.Der. 1968, s. 6553.

(6) Tandoğan, s. 96.

(7) Y.4.H.D. 2.2.1945 ta. E.811/K.320. Bkz: Olguç, Kazaf ve İlmî ... C. II, m. 193, No. 87.

(8) Y.H.G.K. 7.7.1948 ta. E.1-168/K,41. Bkz: Olguç, Kazaf ve İlmî ... C. II, m. 194, No. 88.

değil, ayıba ilişkin kuralların uygulanması gereğini belirtmiştir.

Satın alınan kerestelerin, kaçak olması sebebiyle zapt edilmesi halinde ise, Yargıtay (9) zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. Her ne kadar, Tandoğan'ın da belirttiği gibi (10) kaçak kereste alım-satımı konusunda yapılacak akit bâtil olursa da, bize göre, satıcı tarafından kaçak kereste teslim edilmesi ve bunların da zapt olunması halinde zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Çünkü, zapta karşı teminat hükümlerinin konulması zaten alıcının B.K. nun 96 vd. maddeleri hükümlerine dayanmasının mümkün olduğu hal-lerde kendisine munzam bir teminat ve kolaylık sağlamak amacına yönelmiş bulunmaktadır (11).

Alicının, üstün hak sahibi üçüncü şahsın miras-cısı olması sebebiyle bu hakkı iktisap etmesi halinde zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı ise tereddütlü bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Liechti bu durumu zapt benzeri (quasi-eviktion)

(9) Y.5.H.D. 23.3.1948 ta. E.129/K.771. Bkz: Olguç,
Kazâi ve İlmî ... C. II, m. 192, No. 80.

(10) Tandoğan, s. 96.

(11) Bkz: Yukarıda s.43.

olarak nitelendirmekte (12) ve bu durumda zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanabileceğini ileri sürmektedir (13). Hacı Âdil Bey de "bazı ahval vardır ki onlarda dahi fiilen ref-i yed bulunmasa bile bayi (zapt) hükmü olan tazminatla mesul olur. Meselâ, müşterinin mebin hakiki sahibine tevarüs etmesi gibi mebie başka bir sıfatla temellük etmesi ..." (14) diyerek bu görüşe katılmaktadır.

Kanımızca ise, zapta ilişkin özel hükümlerin bu konuda doğrudan doğruya uygulanmasına (B.K. nun 189. maddesinde " ... satılan şeyin bir üçüncü şahıs tarafından ..." zaptedilmesi öngörüldüğünden) imkân yoksa da, bu hükümlerin kıyasen uygulanabileceği söylenebilir. Her ne kadar zapta karşı teminat hükümlerinin özel hüküm niteliği sebebiyle kıyasa konu teşkil etmeyeceği akla gelebilecekse de, yararlar durumundaki benzerlik ve kelimelere bağlı kalmak yerine, yararlar çatışmasını kanun koyucunun varmak istediği amaca uygun olarak halli ilkesi bunu haklı gösterecektir düşüncesindeyiz. Kaldı ki Yargıtay da, yukarıda (15)

(12) Karl Liechti, Rechtsgewährleistung und Entwehrung im schweizerischen Obligationenrecht, Bern 1927, s. 63.

(13) Ibid, s. 64.

(14) Hacı Âdil, s. 963.; Ayrıca Bkz: Rossel, s. 319.

(15) Bkz: Yukarıda s. 67-68.

belirtildiği gibi, kamulaştırma durumunda zapta karşı teminat hükümlerinin kiyasen uygulanabileceğine karar vermiştir.

Liechti'nin zapt benzeri olarak nitelendirdiği bir başka durum da alıcının satın aldığı malı bir üçüncü şahsa satması, üçüncü şahsın zaptla karşılaşması ve kendi satıcısı durumundaki alıcıya baş vurması sonucu bu şahıstan tazminat alması halidir (16). Bu durumda acaba ilk alıcı da kendi satıcısına, zapta karşı teminat hükümlerine dayanarak baş vurabilecek midir?

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gerekçelere dayanarak, biz de bu durumda zapta karşı teminat kaidelerinin uygulanabileceği şeklindeki Liechti'nin görüşüne katılıyoruz.

C- Bu Hak Akdinin İnikadı
Zamanında Var Olmalıdır :

Bu husus B.K. nun 189. maddesindeki "satıcı, satılan şeyin bir üçüncü şahıs tarafından satımın akdi zamanında mevcut bir hak sebebi ile ..." tarzındaki ifadeden açıkça anlaşılmaktadır. Yargıtay da bu gereği kabul etmektedir (17). Buna karşılık Tunçomağ (18) akdin

(16) Liechti, s. 64.

(17) Y.3.H.D. 26.12.1961 ta. E.9548/K.7532. Bkz: Olgac,
Kazaf ve İlmî ... C. II, m. 189, No. 52.

(18) Tunçomağ, s. 116.

yapılması ile alıcının mülkiyeti edinmesi arasındaki zaman içinde üçüncü şahsın haklarının ortaya çıkması halini zapta karşı teminat hükümlerinin uygulanma alanı içine sokuyorsa da daha sonra (19) hakkı sağlama borcunun doğumu için gerekli şartlar arasında "satım yapıldığı zamanda mevcut bir hak sebebiyle satılana elkoyulmuş olması" nı da saymaktadır (20).

Akdin yapılmasından sonra bir zapt sebebi yaratıldığı takdirde ise satıcı genel hükümlere göre, yani B.K. nun 96. maddesi hükmünce ve kusuru halinde sorumlu olacaktır (21).

Gerçekte akdin yapılması ile mülkiyeti devir muamelesi arasındaki zamanda bir zapt sebebinin yaratılması, örneğin satılan üzerinde bir rehin hakkının tesisi halinde de satıcının zapta karşı teminat hükümlerine göre sorumlu tutulması hakkaniyete daha uygun sayılabilir. Ancak, B.K. nun 189. maddesinin açık ifadesi karşısında, pozitif hukukumuz bakımından, buna imkân yoktur.

(19) Ibid, s. 118.

(20) Ve bu başlık altında "daha sonra ortaya çıkmış elkoymanın sebepleri yüzünden satıcı, ancak kendisinin bir kusuru varsa ve B.K. 96 ya göre sorumludur" (Tunçomağ, s. 118) diyerek, kanımızca, bir çelişkiye düşmektedir.

(21) Oser/Schönenberger, m. 192, No. 12.

Ç- Alıcı Zapt Tehlikesini
Bilmemelidir :

Alıcının zapt tehlikesini bilmemesi gerektiği hususu B.K. nun 189. maddesi II. fıkrasının ters kavramından anlaşılmaktadır. Tehlikenin bilinmesi durumu zımnî feragat değil, zapta karşı teminat borcunu ortadan kaldıran bağımsız bir sebeptir. Bu bakımdan da zapt tehlikesinin kapsamı hakkında hataya düşülmüş olsa dahi teminat borcu ortadan kalkacaktır (22).

Zapta karşı teminat borcunun ortadan kalkmasında, zapt tehlikesini gerçek bilmenin mi, yoksa bilme gereğinin bulunmasının mı rol oynadığı meselesi tartışmalıdır. Arslanlı (23) bilme durumunun, bir şahsın iç hali olması sebebiyle tespitinin çok güç olacağından, M.K. un 3. maddesinin bilme gereğinin bulunması halinde iyiniyetin öne sürülemeyeceği kuralını koyduğundan, B.K. nun ayıba ilişkin 197. maddesinde de aynı yolda bir hükmün bulunduğu bahisle gerçek bilmenin şart olmadığı görüşündedir.

Buna karşılık diğer bazı yazarlar (24) bilmekle bilme gereğinin aynı şey sayılamayacağı, kanunda aranan hususun gerçek bilme olduğu görüşündedirler.

(22) Ibid, m. 192, No. 14.; Arslanlı, Ticarî Bey, s.255.

(23) Arslanlı, Ticarî Bey, s. 255.

(24) Oser/Schönenberger, m. 192, No. 15.; Feyzioğlu, s. 105.; Tandoğan, s. 98.; Tunçomağ, s. 124.

Kanımızca, B.K. nun 197. maddesi bilme gereğini de ortaya çıkaran değişik bir ifadeye sahiptir ve bu bakımdan meselemizde delil olarak kullanılmasına yer yoktur. Zapta karşı teminat borcu yönünden ise; B.K.nun 189. maddesi II. fıkrası yalnızca bilmeden bahsetmektedir ve Von Tuhr'un belirttiği gibi (25), bu, bilme gereği ile aynı hükme tabi tutulamayacak ve gerçek bilmenin aranması zaruri olacaktır. Ancak, Oser/Schönenberger'de belirtildiği gibi (26), alıcı kendisine verilen öğrenme fırsatını iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanmamış, örneğin kendisine yollanan tapu sicil özeti ni kasten okumamışsa artık bilgisizliğini ileri sürmesine imkân yoktur.

B.K. nun 189. maddesinin II. fıkrasından anlaşılacağı üzere alıcının zapt tehlikesinden haberdar olmaması gereken zaman, akdin inikadı anıdır; daha sonra edinilen bilgiler onun zapta karşı teminat hükümlerinden yararlanmasına engel olmaz (27). Meğer ki bu öğrenme, zımnî feragat olarak kabul edilebilsin. Ancak şu husus hatırdan çıkarılmamalıdır ki zapt tehlikesini sonradan öğrenmek mutlaka teminat hükümlerinden feragat anlamına gelmez (28).

(25) Von Tuhr, C. I, s. 182, Dipnot-41.

(26) Oser/Schönenberger, m. 192, No. 15.

(27) Ibid, m. 192, No. 16.; Tunçomağ, s. 125.

(28) Tunçomağ, s. 125.

Alıcı zapt tehlikesinden haberdar bulunuyor ise, B.K. nun 189. maddesinin II. fıkrasına göre, satıcı, ancak özellikle teminat vermiş ise sorumlu olur. Bu teminat esas itibariyle bir şekle bağlı değilse de, eğer alım-satım akdinin kendisi bir şekle bağlı ise, verilecek teminatın da aynı şekilde olması gerekmektedir. Bu bakımdan da Yargıtay bir kararında (29), geçerliği tapu memuru tarafından resmî şekilde yapılmasına bağlı olan bir gayrimenkul satımına ilişkin teminatın da, tapu memurunca yapılan satış mukavelesinde bulunmasını gerekli saymıştır.

Zapt tehlikesinin alıcı tarafından bilinmesi halinde ayrıca verilecek bir teminatla satıcının sorumluluğu kabul edilebilirse de bu bilginin akdin tümünü bătıl hale getirebileceği de dikkat nazarına alınmalıdır (30). Örneğin, çalınmış olduğunu iki tarafın da bildikleri bir malın alım-satımını zaten hukuka aykırılık sebebiyle bătıl olacağından burada ayrıca teminat verilip verilmediğini düşünmeye yer yoktur.

Alıcının zapt tehlikesini bildiği satıcı tarafından ileri sürülürse, tabiidir ki bu konudaki ispat külfeti de, iyiniyetin asıl olduğu genel prensibine göre, kendisine yönelecektir (31).

(29) Y.4.H.D. 11.5.1957 ta. E.8922/K.3074. Bkz: Olguç, Kazai ve İlmî ... C. II, m. 189, No. 66.

(30) Oser/Schönenberger, m. 192, No. 19.

(31) Hacı Âdil, s. 965.

II. Şekli Şartlar

A- Üçüncü Şahsın Satılan Üzerindeki Hakkı Bir Dava Konusu Olarak Ortaya Çıkmalıdır:

İ.B.K. nun 194. maddesinin II. fıkrası dava söz konusu olmasa dahi alıcının, satılanı geri vermekle yükümlü olduğunu ispat etmesi şartıyla, zapta karşı teminat hükümlerinden yararlanmasına imkân vermektedir.

Ancak bu fıkra, İ.B.K. nun 194. maddesine karşılık olan B.K. nun 191. maddesine alınmamış olduğundan, huku- kumuzda üçüncü şahsın satılan üzerindeki hakkının bir dava konusu olmasının gerekip gerekmediği çekişmeli- dir. Bazı yazarlara göre (32) dava açılması gereklidir. Yargıtay da aynı görüşü paylaşmaktadır (33). Buna kar- şılık Tunçomağ "" ... bazıları Türk Hukukunda dava açılmasının gerekli olduğunun iddia olunabileceğini söylemişlerdir. Hiç şüphesiz böyle bir iddia öne sürü- lebilir; fakat bu iddia haklı olamaz; zira üçüncü kişi- nin tamamen haklı görüldüğü hallerde, alıcının B.K. 189 a

(32) Arslanlı, Ticarî Bey, s. 81.; Bilge, s. 59-60.

(33) Y.3.H.D. 21.2.1958 ta. E.1410/K.1218. Bkz: Olgac, Kazâî ve İlmî ... m. 190, No. 68.; Y.3.H.D. 26.12.1961 ta. E.9548/K.7532. Bkz: Olgac, Kazâî ve İlmî ... m. 189, No. 52.

Şart olarak ileri sürdüğümüz husus bir davanın mevcudiyetidir. Bu bakımdan, 5917 sayılı Gayrimenkule Tecavüzün Def'i Hakkında Kanun'a göre idarî makamlarca verilecek müdahalenin önlenmesine ilişkin karar bu şartın gerçekleşmesi için yeterli sayılamayacaktır. Yargıtay da bir kararında (35) aynı görüşe yer vermiştir.

Zapta karşı teminat hükümlerine dayanabilmek için, davanın mevcudiyeti şart olmakla beraber, yukarıda (36) da bir nebze bahsettiğimiz gibi, üçüncü şahsın üstün hakkı dava konusu olmasa dahi alıcının, B.K. nun 182 ve 96. maddelerine göre satıcıya müracaatına bir engel yoktur. Zira bu durumda alıcının zapta karşı teminatı düzenleyen hükümlere dayanması mümkün sayılamazsa da, satıcının, B.K. nun 182. maddesine göre mülkiyeti (ve alıcının mülkiyetten doğan hakları tam olarak kullanmasına imkân verecek şekilde) devir borcu ve genel hükümlere göre sorumluluğu ortadan kalkmış değildir (37).

(35) Y.3.H.D. 7.10.1963 ta. E.8196/K.7294. Bkz: Olguç, Kazai ve İlmî ... C. II, m. 189, No. 49.

(36) Yukarıda s.46.

(37) Arslanlı, Ticarî Bey, s. 81.

B- D a v a S a t ı c ı y a İ h b a r
E d i l m e l i d i r :

1. İ h b a r ı n N i t e l i ğ i

Satılan üzerinde üçüncü şahsın üstün hakkıyla ilgili bir dava söz konusu olunca, bu davanın, alıcı tarafından satıcıya ihbarı gerekmektedir (38). Ancak bu ihbar gereği, yukarıda açıklamaya çalıştığımız diğer şartlardan farklı bir niteliğe sahiptir. Zira diğer şartların tahakkuk etmemesi halinde alıcının zapta karşı teminatı düzenleyen hükümlerden yararlanmasına imkân bulunmamasına karşı, davanın ihbar edilmemesi halinde alıcının bu hükümlerden yararlanma olanağı tamamen ortadan kalkmamaktadır. Ancak, B.K. nun 190. maddesinin III. fıkrasında belirtildiği üzere, satıcı, ihbarın yapılması halinde daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispat ettiği ölçüde sorumluluktan kurtulmaktadır. İhbar şartının taşıdığı bu nitelik Yargıtay (39) ve doktrin (40)

-
- (38) Pozitif hukukumuzda alıcının satılanı üçüncü şahsa davasız bırakmasına imkân verilmediğinden, davanın söz konusu olmadığı zaman, dava haricî bir taleple karşılaşıldığında, alıcı ihbara mecbur değilse de ihbarına da bir engel yoktur. Bkz: Bilge, s. 59.; Rossel, s. 317.; Arsebük, s. 128.
- (39) Y. 4.H.D. 26.12.1957 ta. E.3043/K.7651. Bkz: Olgac, Kazaf ve İlmî ... C. II, m. 190, s. 79.; Y.3.H.D. 14.2.1956 ta. E.1428/K.1063. Bkz: Olgac, Kazaf ve İlmî ... C. II, m. 190, No. 69.
- (40) Bilge, s. 59.; Tunçomağ, s. 119.

tarafından da kabul edilmektedir.

2. İ h b a r ı n Ş e k l i

Pozitif hukukumuzda ihbarın hangi şekilde yapılacağına ilişkin bir kaide bulunmamaktadır. Bu itibarla, şekil serbestisi genel prensibine göre (40 a), ihbarın herhangi bir şekilde yapılabileceğini kabul gereklidir. Bu durum karşısında ihbar mahkeme aracılığıyla yapılabileceği gibi mahkeme dışında da yapılabilir (41). Tabii, ihbarın mahkeme veya noter aracılığıyla yapılması, ispat imkânları itibarıyla, tercih edilmelidir (42).

3. İ h b a r ı n Z a m a n ı

B.K. nun 190. maddesinin II. fıkrasından anlaşılacağı üzere ihbarın müdahale ve müdafaaya uygun bir zamanda yapılması gerekmektedir. İhbarın bu şekilde, uygun bir zamanda, yapılıp yapılmadığı ise Medenî Usul hukuku hükümlerine göre tespit edilecektir (43).

(40 a) Halil Arslanlı, Kara Ticareti Hukuku Dersleri
Umumî Hükümler, İstanbul 1960, s. 58.

(41) Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1968,
s. 513.; İlhan E.Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku
Dersleri, İstanbul 1970, s. 281.; Tandoğan, s. 99.

(42) Tandoğan, s. 99.

(43) Rossel, s. 318.; Arsebük, s. 128.

İhbar zamanında yapılmış ise, B.K. nun 190. maddesinin III. fıkrasındaki " ... kendisine zamanında haber verilmiş olması farz ve takdirinde ..." ibaresinden kolaylıkla tespit edilebileceği gibi, satıcı elde edebileceği daha uygun bir sonucu ispat edebildiği ölçüde sorumluluktan kurtulabilecektir.

4. İ h b a r ı n Y a p ı l m a m a s ı n ı n S o n u ç l a r ı

B.K. nun 190. maddesinin III. fıkrası aynen şöyledir: "Davanın ihbar edilmemesi mes'uliyeti satıcıya isnat edilemeyen hallerde satıcı kendisine zamanında haber verilmiş olması farz ve takdirinde ne derece daha müsait bir netice-i hükmiye istihsal edebileceğini ispat ederse mes'uliyetten o derecede berî olur." Bu fıkradan açıkça anlaşıldığı üzere davanın satıcıya hiç ihbar edilmemesi veya ihbarın vaktinde (müdahale ve müdafaaya müsait bir zamanda) yapılmaması halinde zapta karşı teminat hükümlerinden doğan sorumluluk kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır. Ancak, satıcı daha uygun bir hüküm elde edebileceğini, örneğin alıcının bilmediği ve ifadeleri ile üçüncü şahsın isteklerini bertaraf edebilecek şahitlerin varlığını ispat edebildiği ölçüde sorumluluktan kurtulacaktır (44).

(44) Oser/Schönenberger, m. 193, No. 7.

B.K. nun 190. maddesinin III. fıkrası, ihbar edilmeme sorumluluğunun satıcıya yüklenemeyeceği halleri düzenlemiş, fakat aksi durum, yani bu sorumluluğun satıcıya isnat edilebileceği haller hakkında açık bir kaide koymamıştır. Ancak bu durumda, örneğin, alıcının satıcı tarafından berî kılınmasında, fıkranın ters kavramından, satıcının daha uygun bir sonuç alacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânına sahip olmaksızın teminatla yükümlü olduğu kararına varmak icap edecektir (45).

Burada şu hususu da belirtelim ki; satıcıya ihbarda bulunulmasa dahi kendisinin, H.U.M.K. nun 53-58. maddeleri hükmüne göre, davaya müdahalesi mümkündür (46).

5. İ h b a r ı n Y a p ı l m a s ı n ı n S o n u ç l a r ı

Satılan üzerinde üçüncü şahsın üstün hakkı sebebiyle bir dava söz konusu olup, bu dava satıcıya ihbar edildiğinde (47) satıcı iki yoldan birisini seçebilir. Yani ya davada alıcıya yardım eder veya

(45) Marten, s. 17.; Feyzioğlu, s. 107.

(46) Kuru, s. 506.; Tandoğan, s. 101.; Tunçomağ, s. 119.

Ayrıca Bkz: Y.H.G.K. 3.7.1963 ta. E.8-115/K.31.

Bkz: Olgac, Kazaf ve İlmî ... C. II, m. 189, No. 50.

(47) B.K. nun 190. (İ.B.K. 193) maddesindeki hükmün genel niteliği ve satım haricinde de kıyasen uygulanabileceği hakkındaki görüş için Bkz: JdT 1965 I 358.

hiç bir yardında bulunmaz.

Satıcının, alıcıya yardımı söz konusu olduğu takdirde bu yardım, ya alıcı lehine davaya müdahale veya alıcı yerine geçerek davacıya karşı müdafaada bulunmak şeklinde ortaya çıkacaktır. Bu iki şekilden birisinin tercihi hakkının kime ait olduğu meselesi değişik görüşlerin belirmesine yol açmıştır. Arsebük "bayiin bu iki yoldan hangisini takip edeceğini tayin hakkı müşteriye aittir." derken (48), Olguç da bu husustaki seçim hakkının satıcıya ait olduğunu söylemektedir (49).

Bize göre ise; B.K. nun 190. maddesi I. fıkrasının ifade tarzından ve H.U.M.K. nun 50. maddesindeki "üçüncü şahıs ihbar eden kimsenin makamına kaim olarak davayı takip etmeyi kabul ederse davayı kendi namına takip edemeyip yalnız ihbar eden şahsı temsil eder." hükmünden anlaşılacağı üzere, esas itibarıyla bu husustaki seçim hakkı satıcıya aittir. Ancak, Postacıoğlu'nun da belirttiği gibi (50), satıcının, alıcı davalı yerine geçebilmesi için, satıcının müda-

(48) Arsebük, s. 127.

(49) Senai Olguç, Satım Akdinde Zapta Karşı Teminat Borcunda Muhakeme Usulü, Ad.Der. 1962, Sa. 9-10, s. 936.

(50) Postacıoğlu, s. 282.

hilden üstün bir rol oynamayı kabul etmiş olmasının yanında alıcının da kendisine böyle bir yetkiyi tanımış olması gerekmektedir. Bir bakıma, davanın aleyhte sonuçlanması halinde alıcının herhangi bir zarara uğramayacağı, zira bu durumda zararın satıcı tarafından tazmin edileceği, bu bakımdan satıcının seçim hakkının mutlak olduğu ve yerine geçme için ayrıca alıcı tarafından kendisine yetki verilmesine lüzum bulunmadığı hatıra gelebilir. Ancak, kanımızca önce, satıcının ödeme imkânlarının bulunup bulunmadığı yönünde kuşular doğabilir. Bunun yanında, alıcının zararı tazmin edilse dahi fiilen satılardan uzaklaşmak istemeyebileceği düşünülmelidir. Bu hususlar göz önüne alındığı takdirde ise, alıcıyı davanın mukadderatını satıcıya bırakmaya zorlayabilecek bu muhakeme tarzının doğru sayılamayacağı ortaya çıkar (51).

Satıcı, davada alıcıya yardım etmişse, yani alıcı yerine geçmiş veya müdahalede bulunmuşsa verilen hüküm kendiliğinden ona karşı da müessir olur (52). Diğer

(51) İhbar edilenin ihbar eden makamına kaim olduğu halde ihbar edenin davanın mukadderatına bütünü bigâne kalıp kalmayacağı hususundaki değişik görüşler için Bkz: *Ibid*, s. 282.

(52) Oser/Schönenberger, m. 193, No. 5.

ifadesiyle bu durumda dava aleyhte sonuçlanmışsa artık alıcının satıcıya karşı üçüncü şahsın üstün hakkını ispat etmesine gerek yoktur (53). Davanın lehte sonuçlanması halinde ise zaten zapta karşı teminat borcu söz konusu olmayacak, dava masrafları da üstün hak iddiasındaki üçüncü şahsa yüklenecektir. Ancak, satıcının davaya yardımından doğan masraflara, üçüncü şahıstan alınmadığı nisbette, alıcı katlanmalıdır (54).

Üstün hak iddiasında bulunan üçüncü şahsın davasının ihbar edilip de satıcının davaya hiç bir yardımda bulunmaması halinde ise, aleyhteki hüküm yine kaideten kendisine karşı müessirdir. B.K. nun 190. maddesinin II. fıkrası "ihbar, müdahale ve müdafaaya müsait bir zamanda yapılmış ise alıcının aleyhine hâsıl olan netice-i hükmiye alıcının hilesi veya ağır bir hatası eseri olduğu ispat edilmedikçe satıcıya da sari olur." diyerek bu hususu işaret etmektedir. Bu fıkra hükmünden anlaşılacağı gibi, satıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için, mahkemece aleyhte verilen kararın alıcının kasdı veya ağır ihmali sonucu olduğunu ispat etmesi lâzımdır. Her ne kadar fıkroda

(53) Tandoğan, s. 99.

(54) Ibid, s. 100.

"hile ve ağır hata" deniliyorsa da bunu, mehaza uygun olarak, "kast ve ağır ihmal" olarak anlamak lâzımdır (55). Örneğin, davanın gıyaba bırakılması (56) yahut alıcının elinde bulunan vesikaların ibraz edilmemesi veya bilinen şahitlerin davet ettirilmemesi (57) ağır kusur sayılabilir. Buna karşılık Yargıtay bir kararında (58) ihbarda bulunmamayı ağır kusur olarak nitelendirmekte ise de, Tandoğan'ın belirttiği gibi (59), bu durumda B.K. nun 190. maddesinin II. fıkrasının değil, ihbar külfetinin yerine getirilmemesi ile ilgili III. fıkrasının uygulanması doğru olacaktır.

B.K. nun 191. maddesi, zamanında yapılan ihbara rağmen satıcının davaya yardım etmemesi halinde, alıcıya bir imkân daha tanımaktadır. Madde metni şöyledir: "Alıcı satıcıyı vaktinde davadan haberdar ve

-
- (55) Aytekin M. Atay/İsmet Sungurbey, Açıklamalı Medenî Kanun İle Borçlar Kanunu, İstanbul 1963, B.K. m. 190'daki açıklama.; Tunçomağ, s. 120.
- (56) Postacıoğlu, s. 283.
- (57) Tandoğan, s. 100.
- (58) Y.3. H. D. 30.9.1955 ta. E.6670/K.4803.
Bkz: Olgac, Kasaf ve İlmî ... C. II, m. 190.
No. 70.
- (59) Tandoğan, s. 100.

kendi namına müdafaa ve husumette bulunmasını talep ve ihtar edip te dinletememiş ise üçüncü şahsın satılan üzerindeki hakkını hüküm beklemeksizin hüsnüniyetle tanımış, yahut istihkak müddeisiyle sulh akdetmiş olsa bile satıcıya zaman terettüp eder." Madde metninden de anlaşılacağı gibi bu hükümle alıcıya mahkeme kararını beklemeksizin üçüncü şahsın hakkını tanımak veya onunla sulh akdetmek imkânı verilmektedir (60). Bu imkânın kullanılabilmesi için evvelâ dava satıcıya ihbar edilmiş ve fakat kendisinin davaya yardım etmemiş olması gerekmektedir. Bunun yanında alıcı, maddede kendisine verilmiş olan yetkiyi kullanırken iyiniyetle hareket etmelidir. Adı geçen iyiniyet objektif iyiniyettir (61). Alıcının iyiniyetle hareket ettiğini kabul edebilmek için kendisinin durumu dikkatle incelemesi, halli güç bir sorun söz konusu ise bir hukukçuya baş vurma gereklidir (62). Alıcının iyiniyetle hareket etmediğini iddia eden satıcının da

(60) B.K. nunda sulh akdetmekten bahsediliyorsa da mehaz İ.B.K. nun 191. maddeye tekabül eden 194. maddesinde hakeme gitme söz konusudur. Bkz: Ataay/Sungurbey, B.K. 191. maddedeki açıklama.; Tandoğan, s. 101.

(61) Tunçomağ, s. 120.; Ataay/Sungurbey, B.K. 191. maddedeki açıklama.

(62) Oser/Schönenberger, m. 194, No.2.; Tunçomağ, s.120.; Tandoğan, s. 101.

bu durumu ispat etmesi icap eder (63).

İ.B.K. nun 194. maddesi, davanın ihbarından başka, alıcının satıcıya, üstün hak iddiasındaki üçüncü şahsı haklı gördüğünü ve davaya yardım etmediği takdirde mahkemenin hükmünü beklemeksizin onun hakkını tanıyacağını ikinci kez ihbar ve ihtar etmesi gerektiği anlamını taşımaktadır (64). Ancak, Türk Hukuku bakımından ve B.K. nun 191. maddesinin tanzim tarzına göre gerekli olduğunun söylenmesine imkân bulunmayan bu ikinci ihbarı, mehaza göre zorunlu sayıp, bunun yapılmaması halinde satıcının sorumluluktan kurtulmasına imkân vermek, kanımızca, hakkaniyete uygun bir sonuç sayılmasa gerektir.

(63) Bilge, s. 60.; Tandoğan, s. 101.

(64) Bilge, s. 60.;

§ III. ZAPT HALİNDE ALICININ HAKLARI

B.K. nun 192 ve 193. maddeleriyle, tamamen ve kısmen zapt hallerinde alıcının hakları ayrı ayrı düzenlenmiş ve farklı hükümlere bağlanmış bulunmaktadır. Biz de kanundaki bu düzenleniş tarzına uygun olarak, evvelâ tamamen zapt, sonra da kısmen zapt halinde alıcının haklarını inceleyeceğiz.

I- Tamamen Zapt Halinde

Satılanın tamamen zaptı halinde, B.K. nun 192. maddesinin birinci cümlesine göre alım-satım akdi müfeseh sayılır. Bu durumdaki müfeseh sayılma keyfiyeti kanun gereği olduğundan, feseh için alıcının herhangi bir talebine veya mahkemenin bu hususta vereceği inşaf bir karara ihtiyaç yoktur. Bunun sonucu olarak da, feshedilmiş bir akde dayanarak ifa istenemeyeceğinden, satılan misli mallardan olsa dahi alıcı satılan yerine yenisinin verilmesini isteyemez (1)(2).

(1) Marten, s. 18.; Feyzioğlu, s. 110.

(2) Burada söylemek istediğimiz alım-satım akdine istinaden satılan misli mal olsa da değiştirmenin istenemeyeceğidir, yokesa tabiidir ki ayrı bir anlaşma ile B.K. nun 192. maddesindeki talepler yerine malın değiştirilmesi kabul edilebilir.

Buna karşılık alıcı, tamamen zapt halinde, satıcının kusursuz olup olmamasına göre değişen genişlikteki haklara sahip olmaktadır.

A- Satıcının Kusursuz Olması Halinde Alıcının Hakları :

B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasında, 4 bent halinde sayılmış olan hususlarda alıcının talepte bulunabilmesi için satıcının kusurlu olması şart değildir. Bu durum 192. maddenin ilk cümlesindeki mutlak ifadeden anlaşılabilir gibi II. fıkranın ters kavramından da anlaşılabilir.

B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasına göre, bu durumlarda alıcı şunları isteyebilir:

i- Ödemiş olduğu semeni ve faizini: Eğer semen ödenmişse alıcı bunun geri verilmesini isteyebilecektir. Zapt zamanında satılanın değerinde düşme olsa ve bu sebeple semenin geri verilmesi alıcı için kârlı bir iş niteliğini kazansa dahi durum değişmez ve semenin tamamının geri verilmesi gerekir (3). Buna karşılık, bilindiği gibi M.K. un 902. maddesi iyiniyetli mükte-

(3) Hacı Âdil, s. 978.

sibe, maddedeki şartların varlığı halinde ödemiş olduğu semeni geri almak imkânını vermektedir. Eğer alıcı bu imkândan yararlanarak semeni geri almışsa tabiidir ki onu bir kere daha istemeyecektir (4). Ancak acaba alıcı bu maddeden faydalanması imkânı varken faydalanmamışsa durum ne olacaktır? Yani semeni satıcıdan yine de isteyebilecek midir? Schneider/Fick (5) ve Hacı Âdil bey (6) bu durumda artık semenin satıcıdan istenemeyeceği görüşündedirler. Kanımızca ise, M.K. un 902. maddesiyle iyiniyetli müktesibe verilen semeni geri alma imkânı sadece kendisinin iyiniyetinin korunması amacına yönelmiştir. Kaldı ki semeni alıcıya ödemek zorunda kalan üçüncü şahsın bunu ya satıcıdan veya satıcının da pek muhtemelen zaten rücu edeceği, malı satıcıya intikal ettiren şahıstan bir haksız fiil veya sebepsiz iktisap davasıyla talep etmesi mümkündür (7). Bunun yanında B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasının 1. bendi de gayet açık ve kesin bir ifade kullanmaktadır. Bu hususlar göz önüne alındığı takdirde ise,

(4) Rossel, s. 320.

(5) Schneider/Fick, V. I, m. 195, No. 4.

(6) Hacı Âdil, s. 978-979.

(7) Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), İstanbul 1954, s. 104.

semenin üçüncü şahıstan fiilen elde edilmediği nisbette ve elde etme imkânının kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, satıcıdan istenebileceğini kabul daha doğru ve hakkaniyete daha uygun olur düşüncesindeyiz (8).

Semenle birlikte semenin faizinin de ödenmesi gerekmektedir. Faiz nisbeti B.K. nun 72. maddesine göre yıllık % 5 tir. Ticarî işlerde de aynı esas geçerli olmakla beraber T.K. nun 9. maddesine göre faizin işlemeye başladığı tarihte ödeme yerinde benzer işlemler için daha yüksek bir faiz ödenmekte ise bu faiz nisbetinin ödenmesi gerekir (9). Faizin başlangıç tarihi hakkında herhangi bir açıklık yoksa da semenin ödendiği tarihten itibaren işlemeye başladığının kabulü gereklidir (10).

Semen ödenmemiş olmakla beraber semenle ilgili bir senet veya teminat verilmişse bunların da iadesi icap eder (11).

(8) Yargıtay da bir kararında aynı görüşü kabul etmektedir. Bkz: Y.3.H.D. 11.10.1951 ta. E.12780/K.10190. Bkz: Ferit H. Saymen/Sahir Erman/Halid K. Elbir, Türk İctihatlar Külliyyatı, 1952, C. I, İstanbul 1960, No. 273.

(9) Tandoğan, s. 102.; Bilge, s. 61.

(10) Bilge, s. 61.

(11) Oser/Schönenberger, m. 195, No. 4.

İstlenen semen ve faizinden, alıcının satılardan elde ettiği veya elde etmekle ihmal gösterdiği semereler indirilir.

B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasının 1. bendinde sadece semerelerden bahsediliyorsa da mehaz İ.B.K. nun 195. maddesinde semerelerle birlikte başkaca yararlanmaların da indirileceği hükmü konulmuştur (12). Türk Hukuku bakımından da aynı esasın kabulü ve mehaza uygun olarak semerelerle birlikte başkaca yararlanmaların da indirilmesi doğru olur kanısındayız (13).

Bu görüşün ışığı altında elde edilen ve elde edilmesinde ihmal gösterilen bütün tabii ve hukuki semerelerle birlikte satılan dolayısıyla elde edilen ikramiyenin, mükâfatın, mebiin bir kısmının satılmasından kazanılan değerlerin (14) örneğin, bir kavaklıktan yapılıp satılan kesimin (15) veya bir madenden çıkarılıp satılan cevherin değerlerinin de semen ve faizinden indirilmesi gerekir.

Semerelerin elde edilmesi konusunda gösterilen ihmal ağır ihmal olmalıdır. Zira bir şahsı kendisinin saydığı bir malı kullanırken büyük bir özen göstermeye

(12) Bkz: Ataay/Sungurbey, B.K. m. 192'deki açıklama.

(13) Aynı görüş için Bkz: Hacı Âdil, s. 979.; Tandoğan, s. 102.

(14) Hacı Âdil, s. 979.

(15) Marten, s. 19.

zorlamak hakkaniyete uygun olmayacaktır (16). Hiç olmazsa üçüncü şahsın üstün hak iddiasında bulunduğu ana kadar durum böyledir (17).

Semen ödenmemiş ise, tabiatıyla, geri verilmesi ve hakkında faiz yürütülmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak, semen ödenmemiş ise acaba semerelerin durumu ne olacaktır? Zira B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasının 1. bendi, yazılış tarzı itibarıyla, sanki semen ve faizinden semerelerin indirilmesi gerektiği, bu bakımdan bunların geri verilmesi söz konusu değilse, semerelerin de indirilmesine imkân olmadığı şeklinde bir anlayışa yol açacak niteliktedir (18). Buna rağmen, semen ödenmemiş olsa dahi, kelimelere bağlı kalmak yerine hükmün konuluşundaki gaye göz önüne alındığında, bunların alıcının diğer alacaklarından mahsup edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir (19).

Buna karşılık bazı yazarlar (20) zapt tehlikesinin bilinmesi halinde zapt söz konusu olursa ödenen semenin sebepsiz iktisap kaidelerine göre istenebileceği görü-

(16) Oser/Schönenberger, m. 195, No. 4.; Tandoğan, s.102-103.

(17) Tandoğan, s. 103.

(18) Marten, s. 20.; Feyzioğlu, s. 111.

(19) Tandoğan da bunların alıcının tazminat alacağından mahsup edilmesi gerektiğini söylemektedir. Bkz: Tandoğan, s. 103.

(20) Marten, s. 20.; Feyzioğlu, s. 112.

şüindedirler. Ancak kanımızca, evvelâ zapt tehlikesi-
nin bilinmesi zapta karşı teminat hükümlerinin uygu-
lanmasını (ayrı bir taahhüt olmadıkça) önleyen bağım-
sız bir sebeptir (21). Bunun yanında eğer yapılan
alım-satım akdi hukuka ve ahlâka aykırılık sebebiyle
bâtılsa (22), B.K. nun 65. maddesi hükmüne göre veri-
len geri istenemeyecektir. Yok eğer böyle bir durum
yoksa, yani akdin bâtil olması söz konusu değilse
muhataralı (aléatoire) bir akit söz konusudur ve öde-
nen semen yine geri istenemez (23).

ii- Zaptedilen satılana yaptığı ve üçüncü şahıs-
tan alamadığı masrafları: Alıcı, malı zapteden üçüncü
şahsa karşı, bir şeyi hakikî hak sahibine iade ile
yükümlü zilyet durumundadır (24). Bu bakımdan da,
M.K. un 907. maddesine göre, üçüncü şahıstan yapmış

(21) Bkz: Yukarıda s. 87.

(22) Feyzioğlu'nun verdiği örnekte olduğu şekilde
çalınmış bir saatin bilerek satın alınması
durumunda olduğu gibi. Bkz: Feyzioğlu,
s. 111-112.

(23) Hacı Âdil, s. 965.

(24) Marten, s. 21.

olduğu zarurî ve faydalı masrafları isteyebilecektir. Bunların dışında kalan lüks masrafları da, B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasının 2. bendine göre, satıcıdan ister. Ancak zapt tehlikesini öğrendikten sonra bu tip masrafları yapması iyiniyet esaslarına uymayaçağından bu talebin M.K. un 2. maddesi hükmüne göre sınırlandırılması gerekir (25).

Buna karşılık, B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasının 2. bendi, yazılış tarzı itibariyle, sadece satılanı zapteden üçüncü şahıstan istenemeyecek lüks masrafların söz konusu olduğu gibi bir manâya sahip görülmüyorsa da, doktrinde, fiilen elde edilemeyen bütün masrafların istenebileceği fikri savunulmaktadır (26). Biz de bu fikre katılmaktayız.

iii- Satılanı zapteden üçüncü şahısla arasındaki dava sebebiyle ortaya çıkan muhakeme masraflarını ve muhakeme dışındaki masrafları: B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasının 3. bendinde sözü edilen masraflar

(25) Ibid, s. 20.; Hacı Âdil, s. 981.; Tandoğan, s. 103. Benzer fikir için Bkz: Arsebük, s. 130.

(26) Bilge, s. 61.; Tandoğan, s. 103.; Tunçomağ, s. 122.

satılanı zapteden üçüncü şahısla alıcı arasındaki dava dolayısıyla ortaya çıkan masraflardır, yoksa alıcı ile satıcı arasındaki, zapta karşı teminat hükümlerine dayanan davanın muhakeme masrafları değil (27).

Alıcı, aynı bent hükmüne dayanarak, muhakeme masrafları dışında, dava sebebiyle yapmış olduğu diğer masrafları da (avukata asgarî ücret tarifesi de geçse verdiği ücret, mahkemeye gidiş-geliş masrafları gibi) isteyebilir (28).

Ancak davanın ihbarı sayesinde kaçınılabilecek masraf miktarının yukarıda sözü edilen meblâğdan indirilmesi, B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasının 3. bendi gereğidir. Burada, kaçınmanın mümkün olduğu hususunun ispatı külfeti, kanımızca ve B.K.nun 190. maddesinin III. fıkrasına kıyasen, satıcıya düşmektedir.

iv- Doğrudan doğruya satılanın zaptından doğan zararların tazminini: Doğrudan doğruya zarar, dolayısıyla zarar ayırımı Borçlar Hukukundaki yerini

(27) Hacı Âdil, s. 981.

(28) Ibid, s. 981.; Y.3.H.D. 14.1.1964 ta. E.483/K.363.

Bkz: Olguç, Kazaf ve İlmî ... C. II, m. 192, No.73.

kaybetmekle beraber B.K. nun 192. maddesi bu ayırımın muhafaza edildiği yerlerden birisidir (29).

Doğrudan doğruya zarar, zarar doğuran olayın ilk ve en yakın sonucu olan zarardır (30). Bu tanımdan da anlaşılabilceği üzere akdın yapılmasıyla ilgili masraflar (noter masrafı gibi), satılanın eve taşınma masrafları, tellâliye ücreti (31) gibi masraflar B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasının 4. bendi gereğince satıcıdan istenebilecektir (32).

B- Satıcının Kusuru Halinde
Alıcının Hakları :

B.K. nun 192. maddesinin I. fıkrasında gösterilmiş bulunan ve yukarıda A başlığı altında incelemeye çalıştığımız hususlarda alıcının talepte bulunabilmesi için satıcının kusuru şart değildir. Buna karşılık maddenin II. fıkrası "satıcı hiç bir hatanın (33)

(29) Von Tuhr, C. I, s. 85.

(30) Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), Ankara 1961, s. 70.

(31) Y.4.H.D. 26.10.1940 ta. E.2649/K.2267. Bkz: Olgac, Kazâî ve İlmî ... C. II, m. 192, No. 83.

(32) Arsebük, s. 131.; Tandoğan, s. 103.

(33) Buradaki hata sözü mehaza uygun olarak kusur şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz: Ataay/Sungurbey, B.K. m. 192'deki açıklama.

kendisine isnadı kabil olmadığını ispat etmedikçe alıcıya satılanın zaptı yüzünden terettüp eden diğer her türlü zararı da tazmin etmekle mükelleftir." hükmünü koymuş bulunmaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, satıcının kusuru söz konusu olduğu takdirde, alıcı maddenin I. fıkrasında dört bent halinde tespit edilmiş hususlarla birlikte, II. fıkraya da dayanarak talepte bulunmak imkânına sahiptir.

B.K. nun 192. maddesinin II. fıkrasındaki "satıcı hiç bir hatanın kendisine isnadı kabil olmadığını ispat etmedikçe ..." şeklindeki ibareden anlaşılacağı üzere satıcı her türlü kusurundan, ağır veya hafif, sorumlu olduğu gibi, sorumluluktan kurtulabilmesi için de kusursuzluğunu ispat külfeti kendisine düşmektedir.

B.K. nun 192. maddesinin II. fıkrasına göre tazmini istenebilecek zararların niteliğine gelince; bazı yazarlar (34) maddenin I. fıkrasında söz konusu olan zararların menfî zarar, II. fıkrasında söz konusu olan zararların müsbet zarar niteliğinde olduğu görüşünü savunmaktadırlar.

Kanımızca, B.K. nun 192. maddesinin I. ve II. fıkralarında yapılan ayırım menfî zarar, müsbet zarar ayırımı değil, doğrudan doğruya zarar, dolayısıyla

(34) Arsebük, s. 131.; Tunçomağ, s. 122-123.;

Bilge, s. 62.

zarar ayırımıdır (35). Bu hususu, maddenin I. fıkrasının 4. bendindeki "doğrudan doğruya satılanın zaptından mütevellit diğer zarar ve ziyanları" ve II. fıkrasındaki " ... diğer her türlü zararı ..." şeklindeki ibarelerden kolaylıkla anlamak mümkündür. Bu düşünüş tarzı kabul edildiği takdirde ise, satıcının kusuru halinde, I. fıkranın kapsamı dışında kalan her türlü zararın, zapt olayı ile illiyet rabitasının bulunması şartıyla, B.K. nun 192. maddesinin II. fıkrasına göre kendisinden istenebileceğini kabul gerekecektir. Burada sözü edilen zarar, müsbet zarar niteliğinde olabileceği gibi menfî zarar niteliğinde de olabilir ve örneğin, mebbi bir başkasına satma imkânını kaçırmaktan doğan kâr kaybı istenebileceği gibi, alım-satım akdi sebebiyle aynı nitelikteki bir malı daha ucuza alma fırsatının kaçırılmasından doğan zarar da istenebilir.

II- Kısmen Zapt Halinde

Kısmen zapt (35 a) vuku bulduğu takdirde, bu durumun sonuçları tamamen zapta göre daha değişik bir tarzda hükme bağlanmıştır.

Gerçekten B.K. nun 192. maddesine göre tamamen zapt durumunda alım-satım akdi kanunen münfesih sayıl-

(35) Ayrıca Bkz: Yukarıda s. 112 Dipnot-29.

(35 a) Kısmen zapt durumu için Bkz: Yukarıda s.

diği halde, B.K. nun 193. maddesinin I. fıkrasına göre kısmen zapt halinde, prensip olarak fesih istenemeyip ancak bu yüzden uğranılan zararın tazmini istenebilir.

Bu hükme göre zarar ve tazminat hesaplanırken, B.K. nun 192. maddesinin kıyasen uygulanması gerekir (36). Yine, eğer satılan misli mallardan ise, B.K. nun 203. maddesinin kıyasen uygulanması imkânı vardır (37).

B.K. nun 193. maddesinin II. fıkrası ise şu hükmü koymuş bulunmaktadır: "Şu kadar ki satılanın bu ayıbını bilmiş olsa onu satın almayacağı hal kariyesiyle anlaşılıyorsa herhalde feshi dava edebilir."

Fıkranın yazılış tarzından da anlaşılacağı üzere, alım-satım akdinin feshini talep hakkı alıcıya aittir (38). Fesih, B.K. nun 192. maddesinin aksine, kendiliğinden olmamakta, bu hususta yargıcın inşaf bir kararı gerekmektedir (39). Alıcının durumu bilmiş olsaydı satılanı alıp almayacağı hususundaki iradesi

(36) Oser/Schönenberger, m. 196, No.2.; Tunçomağ, s. 123.

(37) Oser/Schönenberger, m. 196, No. 2.; Arsebük, s. 131.; Tunçomağ, s. 123.; Tandoğan, s. 105.

(38) Rossel, s. 323.

(39) Tunçomağ, s. 124.; Tandoğan, s. 104.

araştırılırken, onun zaptın tahakkukundan sonraki değil, akdin yapıldığı andaki iradesi göz önüne alınır (40). Bu farazî iradenin tespiti hususunda bir dayanak bulunamazsa, bu duruma ilişkin hayat görüşleri dikkate alınmalı ve örneğin, bütün teşkil eden bir takımın bir parçası zaptedilmişse akdin yapılmayacağı kabul edilmelidir (41).

Alım-satım akdi feshedildiği takdirde alıcının, satılardan elinde kalan kısmı, elde etmiş olduğu menfaatlerle birlikte, B.K. nun 193. maddesinin III. fıkrasına göre, geri vermesi gerekmektedir. Menfaatler bakımından, tamamen zapt durumunda elde edilen veya elde edilmesi ihmal olunan menfaatler semen ve faizinden tenzil edilirken, kısmen zapt durumunda sadece elde edilen menfaatlerin geri verilmesi öngörülmüştür. Kanımızca, burada değişik bir kaidenin konulması için herhangi bir sebep yoksa da kanundaki açıklık sebebiyle bu hükmün uygulanması gerekmektedir.

B.K. nun 193. maddesinin III. fıkrasındaki özel hükmün dışında, kısmen zapt halinde akit feshedilirse

(40) Oser/Schönenberger, m. 196, No.3.; Tandoğan, s. 104-105.

(41) Oser/Schönenberger, m. 196, No. 3.; Bilge, s. 63.

sonuçların B.K. nun 192. maddesindeki kaidelere göre tespiti gereklidir (42).

III- Zamanaşımı

B.K. nun zapta karşı teminat borcunu düzenleyen hükümleri arasında zamanaşımına ilişkin bir kaideye rastlanmamaktadır.

Bazı yazarlar (43) zapt sebebiyle alım-satım akdinin feshi durumunda, satıcı elindeki semenin sebepsiz iktisap teşkil edeceği görüşündedirler. Bu durumda sebepsiz iktisabın varlığı kabul edildikten sonra, hiç değilse semenin geri verilmesi hususundaki talep yönünden, davanın B.K. nun 66. maddesinde öngörülmüş olan bir senelik zamanaşımına tabi bulunduğunu kabul gerekecektir.

Biz ise, zapt sebebiyle akdin feshedilmesi durumundaki davanın, sebebin sonradan nihayet bulması sonucu istirdat davasına (condictio ob causam finitam) yaklaşmakta ise de esas itibariyle farklı bir nitelik taşıdığını ve bu bakımdan da B.K. nun sebepsiz iktisabı düzenleyen 61. vd. maddeleri hükümlerine tabi olmaması gerektiğini düşünmekteyiz (44). Zira yuka-

(42) Hacı Âdil, s. 986.; Tandoğan, s. 105.

(43) Hacı Âdil, s. 978.; Bilge, s. 61.; Tandoğan, s. 102.

(44) Aynı görüş için Bkz: Von Tuhr, C. I, s. 460.

rıda da söylediğimiz gibi (45), bu durumda akitten doğan bir borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi söz konusudur. Borcun ifa edilmemesinin veya gereği gibi ifa edilmemesinin bu özel şeklinin, özel surette düzenlenmesi hakkaniyet düşüncelerine ve hukukî ihtiyaçları daha iyi sağlamak gayesine dönüktür (46). Bu şekilde ayrıca bir düzenlemenin yapılmış olmasının da ilişkinin özündeki akdî niteliği ortadan kaldırmayacağı aşikârdır.

İsviçre Federal Mahkemesi de, 1936 tarihli bir kararında (47), B.K. nun 108. maddesine dayanarak açılan bir davada akdî niteliğin varlığını kabul etmiş ve davanın on senelik zamanaşımına tabi olacağını söylemiştir. Temerrüt sebebiyle fesihle bu nitelik kabul edildikten sonra, zapta karşı teminat borcundan doğan davanın akdî niteliğinin evleviyetle kabulünün gerekeceği kolaylıkla düşünülebilir.

(45) Bkz: Yukarıda s.43

(46) Oser/Schönenberger, m. 192, No. 1.

(47) Kâmil Tepeci, Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, Ankara 1959, m. 108'den naklen (JdT 1936 I 143).

Yargıtay'ın müstakar içtihadı da, zapta karşı teminat borcuna ilişkin davaların on senelik zamanaşımına tabi olacağı yönündedir (48).

Biz de yukarıda açıklamaya çalıştığımız sebeplere dayanarak, zapta karşı teminat borcundan doğan davaların on senelik zamanaşımına tabi olduğunu düşünmekteyiz.

(48) Y.3.H.D. 30.4.1964 ta. E.3163/K.2470.; Y.3.H.D. 6.3.1964 ta. E.1928/K.1508.; Y.4.H.D. 24.4.1959 ta. E.443/K.3303.; Y.4.H.D. 25.1.1954 ta. E.681/K.501. Bkz: Olguç, Kazai ve İlmî ... C. II, m. 189, No. 67.; Y.4.H.D. 11.12.1940 ta. E.3112/K.2640. Bkz: Olguç, Kazai ve İlmî ... C. II, m. 192, No. 82.

S O N U Ç

Türk ve İngiliz hukuklarında satıcının zapta karşı teminat borcuna ilişkin çalışmamız sırasında tespit edebildiğimiz ve sonuç kısmında bahsedilmesinin zaruretine inandığımız noktalar şunlardır:

İngiliz hukukunda bu borç başlangıçta mevcut değilken, ihtiyaçlar, evvelâ mahkeme kararlarıyla satıcının sorumluluğunun kabulünü gerektirmiş, sonra da konu 1893 tarihli S.G.A. ile kanundan doğan bir borç niteliğini kazanmıştır. Ancak bu konuda, İngiliz hukuku ile Türk hukuku arasındaki temel fark şudur:

İngiliz hukukunda, S.G.A. in 12. maddesinin I. fıkrasına göre, satıcının "satma hakkına sahip olması gereklidir ve eğer satıcı satma hakkına sahip değilse fıkrada öngörülen şart da ihlâl edilmiş sayılacaktır. Diğer ifadesiyle İngiliz hukuku yönünden üstün hak sahibi üçüncü şahsın müdahalesi zaruretin-den bahsedilemeyecektir. Buna karşılık Türk hukukunda zapta karşı teminat borcundan söz edebilmek için, ilgili bölümde yaptığımız zapt tanımından da anlaşılacağı gibi (1), alıcının satılanın tamamını veya

(1) Bkz: Yukarıda s. 42.

bir kısmını üstün hak sahibi üçüncü şahsa iade zorunda kalması veya bu şahsın üstün hakkı sebebiyle satılardan tam bir yararlanma imkânından mahrumiyeti zorunludur. Ayrıca katılıp savunduğumuz görüşe göre pozitif hukukumuz yönünden dava açılmış olması da zapta karşı teminat borcunun doğum şartlarından birisidir.

Türk hukuku yönünden savunduğumuz bir başka görüş, B.K. nun 189. maddesinin II. fıkrasında bahsedilen "haberdar" olma keyfiyetinin "müsbet vukuf" niteliğini taşıması gereğidir. Bu görüşün kabulü ise, doğal olarak bizi, zapta karşı teminat borcuna ilişkin hükümlerin uygulama alanının genişlemesi sonucuna götürmektedir.

Son olarak bu bölümde zikrinde fayda gördüğümüz husus Türk hukukundaki zamanaşımına ilişkin tartışmadır. Her ne kadar biz de bu borcun 10 senelik zamanaşımına bağlı bulunduğunu kabul etmekteysek de farklı bir gerekçeyi de zarurî görmekteyiz. Zira, ilgili bölümde de izahına çalıştığımız gibi (2), hem sebepsiz iktisap görüşünü ve hem de 10 senelik zamanaşımını kabul, kanımızca bir çelişki yaratmaktadır. Bu bakımdan, kanımızca, zapta karşı teminat borcundan doğan borç münasebetini ifa edilmemenin veya gereği gibi ifa edilmemenin özel bir şekline dayanan akdî bir borç saymak hem müesseseyi daha iyi açıklayacak, hem de yukarıda değindiğimiz çelişkiyi ortadan kaldıracaktır.

(2) Bkz: Yukarıda s. 117.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Ağakay, M.A. : Türkçe Sözlük, Ankara 1969.
- Ali Haydar : Mecelle Şerhi, C.II, İstanbul 1914.
- Akıntürk, T. : Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Akipek, J.G. : Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1965.
- Arsebük, E. : Hususî Akit Tipleri Etrafında İncelemeler, Ank.Huk.Fak.Der.,1948.
- Arslanlı, H. : Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.
- Arslanlı, H. : Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumî Hükümler, İstanbul 1960.
- Arslanlı, H. : Ticarî Bey, İstanbul 1955.
- Ataay, A.M./
Sungurbey, İ. : Açıklamalı Medenî Kanun İle Borçlar Kanunu, İstanbul 1963.
- Atiyah, P.S. : The Sale of Goods, Londra 1971.
- Ayiter, N. : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1972.
- Ayiter, N. : Miras Hukuku, Ankara 1971.
- Berki, Ş. : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973.
- Berki, Ş. : Roma Hukuku, Ankara 1949.

- Berkin, N. : İcra Hukuku Dersleri, İstanbul 1969.
- Bilge, N. : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.
- Bilmen, Ö.N. : Hukukî İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, C.V. İstanbul 1952.
- Binatlı, Y.Z. : Hukukun Genel İlkeleri ve Medenî Hukuk, Ankara 1972.
- Binatlı, Y.Z. : Türk Borçlar Hukuku, Ankara 1970.
- Comment, A. : Vente Mobilière, N, Obligations du vendeur, 2, FJS, No. 220.
- Conard, A.F.
(Ter.E.Özsunay) : Anglo-Amerikan Hukukuna Giriş, İstanbul 1959.
- De Zulueta, F. : The Roman Law of Sale, Oxford 1966.
- Di Marzo, S.
(Ter.Z.Umur) : Roma Hukuku, İstanbul 1959.
- Doğanay, Y.Ü. : Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü) İstanbul 1968.
- Edis, S. : Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.
- Krem, T.S. : Ticaret Hukuku Prensipleri, C.II, Ticaret Şirketleri, İstanbul 1972.
- Ergin, F. : Para Siyaseti, İstanbul 1972.
- Feyzioğlu, F.N. : Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, İstanbul 1961.
- Fridman, G.H.L. : Sale of Goods, Londra 1966.
- Gaius (Ter.T.Rado) : Institutiones, İstanbul 1953.
- Giritlioğlu, N. : Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967.

- Göktürk, H.A. : Borçlar Hukuku İkinci Kısım
Akden Muhtelif Nevileri,
Ankara 1951.
- Gönensay, S./
Birsen, K. : Miras Hukuku, İstanbul 1963.
- Guest, A.G. : Anson's Law of Contract, Oxford
1969.
- Guest, A.G. : Express Terms, İçinde: Chitty on
Contracts, V. I, General Principles,
Londra 1968.
- Güçün, C.A. : Nazarı ve Ameli Hukuk Davaları,
C. II, İstanbul 1946.
- Gürsey, K.T. : Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve
Tapu Sicili, Ankara 1970.
- Hacı Âdil : Borçlar Kanunu Şerhi, C. II,
İstanbul 1929.
- Honig, R.
(Ter. Ş. Talip) : Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1935.
- İmre, Z. : Aynı Hak Mefhumu Üzerinde Dügünce-
ler, Medenî Hukuk Ordinaryüs Profe-
sörü A. Samim Gönensay'a Armağan,
İstanbul 1955.
- Kalpsüz, T. : Şirketler Hukuku II. Kitap Şahıs
Şirketleri (Teksir) Ankara 1959.
- Koschaker, P.
(Ter.K.Ayiter) : Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak
Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları,
Ankara 1950.
- Kuru, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1968
- Liechti, K. : Rechtsgewahr leistung und Entwehrung
im schweizerischen Obligationenrecht,
Bern 1927.
- Lowe, R. : Commercial Law, Londra 1970.

- Mark, M. : Chalmers' Sale of Goods Act, 1893, Londra 1971.
- Marten, A.
(Ter. Adalet
Bakanlığınca) : Borçlar Kanunu Şerhi Hukuku Medeniye Akitleri, C. II, İstanbul 1931.
- Oğuzman, M.K. : Eşya Hukuk Dersleri, İstanbul 1965.
- Oğuzoğlu, H.C. : Roma Hukuku, Ankara 1959.
- Olgaç, S. : Kazai ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususî Kanunlar, C. II, İstanbul 1966.
- Olgaç, S. : Satım Akdinde Zapta Karşı Teminat, Ad.Der., 1962, Sa. 7-8.
- Olgaç, S. : Satım Akdinde Zapta Karşı Teminat Borcunda Muhakeme Usulü, Ad.Der., 1962, Sa. 9-10.
- Oser/Schönenberger
(Ter.K.F. Arık) : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1966.
- Öçal, A. : Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967.
- Özön, M.N. : Osmanlıca Türkçe Sözlük, Ankara 1971.
- Parry, C.
(Ter.F.H. Sur) : İngiliz Hukuk Sistemi, Ank.Huk. Fak.Der., 1944, C. I, Sa. 3.
- Parry, C
(Ter.V.Versan) : İngiliz Hukuk Sistemi, İstanbul 1945.
- Postacıoğlu, İ. E. : Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1970.
- Rado, T. : Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1969.
- Redmond, P.W. : General Principles of English Law, Londra 1966.

- Reisoğlu, S. : Tescil Edilmemiş Gayrimenkullerin Ferağı Halinde Hukukı Durum, Ad.Der. 1958, Sa. 2.
- Rossel, V.
(Ter.Adalet
Bakanlığınca) : Borçlar Kanunu şerh ve Nazariyeleri,
C. IV.
- Saymen, F.H./
Elbir, H.K. : Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar),
İstanbul 1954.
- Saymen, F.H./
Erman, S./Elbir, H.K. : Türk İçtihatlar Kulliyatı, 1952,
C. I, İstanbul 1960.
- Schmitthoff, C.M. : The Sale of Goods, Londra 1966.
- Schneider, A./
Fick, H. : Commentaire du Code Fédéral des
Obligations DU Mars 1911 (Ad.Fr.
Max-E.Porret), V. II, Neuchatel 1916.
- Schneider, A/Fick, H. : Commentaire du Code Fédéral des
Obligations DU Mars 1911 (Ad.Fr.
Max-E.Porret), V.I, Neuchatel 1915.
- Schwarz, A.B.
(Ter.Bülent Davran) : Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul
1948.
- Schwarz, A.B.
(Ter.H.Veldet) : Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1946.
- Schwarz, A.B. : Mukayeseli Hukuk Zaviyesinden
İngiliz Borçlar Hukukunun Ana
Hatları, Ankara 1941.
- Schwarz, A.B.
(Ter.K.Ayiter) : Satış Akdinde Hasarın İntikali,
Ank.Huk.Pak.Der., 1947, C. IV,
Sa. 1-4.
- Smart, A. : Sale of Goods, İçinde: Chitty on
Contracts, V. II, Specific
Contracts, Londra 1968.

- Storne, F. : Conditions et Warranties Dans Le Droit Anglais De La Vente des origines a nos jours, Cenevre 1963.
- Sungurbey, İ.G. : İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruru Zaman, İstanbul 1956.
- Sungurbey, İ. : Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963.
- Tandoğan, H. : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Akdin Muhtelif Nevileri), C. I, Ankara 1969.
- Tandoğan, H. : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961.
- Tekinay, S. S. : Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1964.
- Tepeci, K. : Notlu ve İzahli Borçlar Kanunu, Ankara 1959.
- Treitel, H.G. : Consideration, İçinde: Chitty on Contracts, V. I, General Principles, Londra 1968.
- Tunçomağ, K. : Borçlar Hukuku Dersleri Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri), C. II, İstanbul 1967.
- Tunçomağ, K. : Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- Tuğlacı, P. : İktisadî ve Hukukî Terimler Sözlüğü İngilizce-Fransızca-Türkçe, İstanbul 1966.
- Türker, E. : Akitlerde Şekil, ESADER, 1972, C.VIII, Sa. 1.
- Velidedeoğlu, H.V. : Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar, İstanbul 1959.

Velidedeoğlu, H.V./
Kaynar, R.

: Türk Borçlar Kanununa Göre
Borçlar Hukuku Umumi Hükümler,
İstanbul 1957.

von Tuhr, A.
(Ter.Cevat Edege)

: Borçlar Hukuku, C. I,II,
İstanbul 1952.