

# MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA ANLAŞMASI

Asis. Dr. Rona SEROZAN

Taksitle satış çığırının açıldığı yurdumuzda mülkiyeti saklı tutma anlaşması büyük bir önem kazanmış bulunmaktadır. Aşağıda ekonomi hayatının bu önemli teminat kurumunun Borçlar hukuku ve Eşya hukuku alanında yüzeye çıkan bazı meselelerine değinmek istiyorum.

## § 1. G i r i ş

### I. KAVRAM

Mülkiyeti saklı tutma anlaşması bir taşınırın zilyetliğini mülkiyet hakkını kazandırma iradesi ile devreden kimsenin, belirli bir vakanın -ki çok kere karşı edim borcunun yerine getirilmesidir- gerçekleşmesine kadar, bu taşınır üzerinde mülkiyet hakkını teminat amacı ile saklı tutmasını ön gören bir sözleşmedir.(1)

Bu sözleşmenin bağımsız bir varlığı yoktur; ana sözleşmeye eklenen bir yan sözleşmedir, bir *pactum adiectum*'dur (2).

### II. MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA ANLAŞMASININ FONKSİYONLARI

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının dayandığı temel fikir, alacağını ele geçirmeden taşınırı teslim eden kimsenin bu alacağını teminat altına almaktır. Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının bu teminat fonksiyonu öylesine önemlidir ki çok kere yalnız bu fonksiyondan sözetmekle yetinilir. Oysa mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının

---

(1) Bu incelemede kanunumuzda kullanılan ve öğretilerde kullanılması alışlagelmiş olan «mülkiyeti muhafaza mukavelesi» terimini kullanmaktan kaçınılmıştır. Kanunumuzun İsviçre aslında kullanılan «Eigentumsvorbehalt» ve «réserve de propriété» terimlerinin karşılığı «mülkiyeti saklı (mahfuz) tutma»dır.

(2) Karıştırmaya yol açmamak düşüncesiyle bu incelemede mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine, onu ana sözleşmeden açıkça ayırmak için mülkiyeti saklı tutma «anlaşması» denmiştir. Anlaşma teriminin 'kayıt' terimine üstün tutulmasındaki sebep okuyucuda satıcının mülkiyet hakkını bir taraflı irade ile saklı tutabileceği sanısını uyandırmamaktır.



ikinci bir fonksiyonu daha vardır : Bu anlaşma taşınırı alacağını tamamen almaksızın teslimetmiş olan kimsenin, bu taşınırının aynen geri verilmesi talebini de teminat altına almaktadır. İşte mülkiyeti saklı tutma anlaşması bu çifte teminat fonksiyonu ile yalnız alacak hakkını teminat altına almakla kalan rehin hakkından daha kuvvetli bir teminat kurumu olmakta ve bu gözlem bizi şöyle bir ilkeye ulaştırmaktadır : Rehinli alacaklı yararına ön görülmüş kurallar mülkiyeti saklı tutmuş kişiye **a fortiori** uygulanabilecek, rehinli alacaklıya karşı ön görülmüş kurallar ise kıyas yolu ile mülkiyeti saklı tutmuş kişiye karşı uygulanamayacaktır.

Meselâ rehinli alacaklının yararına ön görülmüş olan BK 138 («Alacağın bir menkul rehni ile temin edilmiş bulunması, bu alacak hakkında müruru zaman cereyanına mani olmaz. ...alacaklı rehinden hakkını istifa etmek selâhiyetini muhafaza eder.») mülkiyeti saklı tutmuş alacaklı (satıcı) yararına **a fortiori** uygulanabilecektir. (3) Buna karşılık alıcının semen borcuna kefil olmuş olan üçüncü kişi mülkiyeti saklı tutmuş satıcıya karşı BK 486/2'nin kendisine tanıdığı geciktirici defiyi ileri sürme hakkına sahip olamayacaktır. (4).

### III. MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA ANLAŞMASININ KANUNDAKİ YERİ

Mülkiyeti saklı tutma anlaşması Medenî Kanununun «Aynî Haklar» kitabının «menkul mülkiyeti»ne ilişkin yirminci babında «menkul mülkiyetinin iktisap tarikleri»nden «teslim» bölümünde ve 688 inci maddede düzenlemiş bulunmaktadır. Bu sistematikte mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince yapılan teslimin taşınırlarda «teslimle mülkiyetin geçeceği» ilkesine bir istisna teşkilediği gözetilmiş olsa gerektir. Ne var ki mülkiyeti saklı tutma anlaşması teslimle mülkiyetin geçeceği ilkesine bir istisna olmaktan daha fazla birşeydir. Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının yeri burası değil, taşınır rehni babını izleyen ayrı bir bab olmalıydı. Orada mülkiyeti saklı tutma anlaşması kurumu kendisine yalnız önemine değil, hukukî niteliğine de uygun bir yer bulmuş olurdu. Herhalde İsviçre kanun koyucusu da bu kurumun 60 yıl sonra kazanacağı önemi sezebilseydi onu kanunun böyle olmadık bir kıyasına terketmez, bir tek hükümlülük üstünkörü bir düzenleme ile yetinmezdi.

(3) Aksi fikir MERTENS, Eigentumsvorbehalt und sonstige Sicherungsmittel, Berlin, 1964, 202.

(4) Krş. SERICK, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band I, Heidelberg, 1963 77; PALANDT-GRAMM, § 455 N 4; Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 34, 191.



Kanunda açıkca sırtan bir aksaklık taksitle satıma ilişkin BK 223'ün madde numarası değiştirerek Medenî Kanunda (MK 689) tekrarlanması oluyor. Taksitle satımın aynı haklar kitabının menkul mülkiyeti babında ne aradığı meraka değer. Eğer mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını kapsayan taksitle satım sözleşmelerinde sözleşmeden dönmenin ve dönme sonrası borç ilişkisinin kuralları hatırlanacak idiye 'atıf' yoluna başvurulmalıydı. Kanun koyucu 'atıf' sistemini savsamakla ahenksizliklere (MK 689'da geçen «tenzil» kelimesi BK 223'de yer almıyor) (5) yol açmıştır.

#### IV. DİLİN ELEŞTİRİSİ

Kanunun ağıdalı dilini (nakil, uhde, tesviye, sicilli mahsus, mütebaki v. b. g.) arık bir Türkçe özlemi içinde yermenin yeri bu inceleme olmasa gerek. Kaldı ki böyle bir yergi kanunun bütününe hedef tutmuş olur. Burada yalnız mülkiyeti saklı tutma anlaşması ile ilgili maddelerdeki önemli çeviri yanlışları gösterilmiştir.

1. MK 688 başkasına naklettiği mülkiyeti nakilin uhdesinde hıfz için yapılan mukavelelerden sözediyor. Çeviri yanlışı aynı zamanda bir mantıksızlık örneği! Ya mülkiyet nakledilmiştir, o zaman artık nakilin uhdesinde hıfzedilmiş mülkiyetten sözedilemez veya mülkiyet nakilin uhdesinde hıfzedilmiştir, o zaman mülkiyetin nakledilmiş olduğundan sözedilemez.

2. MK 689 İsviçre MK 716'nın Almanca metnindeki «Mietzins» terimini «kira bedeli» terimi ile ifade edecek yerde «ücret» terimi ile ifade etmiş ve maddenin anlamını karartmıştır (5a).

3. BK 222 ve 223'de geçen «fesih» terimi de çeviri başarısızlığının bir başka örneğidir. Burada «Rücktritt» karşılığı «dönme» terimi kullanılmalıydı; bu iki kurumun hukukî mahiyeti farklıdır. (5b)

(5) Bu farkın doğurabileceği tereddütler için bk. aşağıda § 2, II,

(5a) Her ne kadar **ELBİR**, Pozitif Türk Hukukunda mülkiyeti muhafaza mukavelesi, İstanbul, 1952, 167'de bir kira sözleşmesi söz konusu olmadığına göre 'kira bedeli' yerine 'ücret' teriminin kullanılmasını doğru buluyorsa da alıcıya kiracı ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulandığı (krş. İsviçre Federal Mahkemesi JdT 1943, 150 v.d.; **BECKER**, OE 227 N 11) ve alıcının sözleşmeden dönen satıcıya ödemek zorunda olduğu bedelin bir kullanma karşılığı olduğu hatırlanacak olursa kira bedeli terimi yerine vekâlet ve hizmet sözleşmelerinin edimi olan 'ücret'in kullanılmasındaki isabetsizlik tartışılmaz olur.

(5b) Fesih sürekli bir borç ilişkisini sona erdiren öyle bir yenilik doğuran hukukî işlemdir ki yerine getirilmiş edimlerin geri verilmesi talebini doğurmaz. Bazı durumlarda (kira, ödünç, iğreti) fesih üzerine doğan geri verme talepleri, söz konusu yenilik doğuran hukukî işlemin vasıtasız bir sonucu olmayıp doğru-



## § 2. Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının kurulması

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını kapsayan sözleşmelerin vakıalar bütünü (Tatbestand) içerisinde yer alan vakıalar şunlardır :

Mülkiyetin kazandırılması borcunu yükleyen bir sözleşme.

Şarta bağlı aynî sözleşme.

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının resmî şekle bağlanması.

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının mülkiyeti saklı tutma siciline kaydedilmesi.

Şimdi bu vakıalar üzerine eğilelim :

### I. MÜLKİYETİN KAZANDIRILMASI BORCUNU YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞME

Borçlar Kanunumuzun tipik satım, trampa ve bağışlama gibi sözleşmeleri yanında mülkiyetin geçirilmesi borcunu doğurabilecek atipik, karma sözleşmeler de bünyelerine mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını alabilirler (6).

### II. ŞARTA BAĞLI AYNİ SÖZLEŞME

#### 1. Şartın mahiyeti :

Zilyetliği devredilen taşınırın mülkiyetinin kazanılması iki tür-

dan doğruya feshedilmiş sözleşmeden veya mülkiyet hakkından doğmaktadır. Oysa dönme beyanı -ki sürekli borç ilişkilerinde fikrimce söz konusu olamaz- öyle bir yenilik doğuran hukukî işlemdir ki borç ilişkisinin konusunu değiştirir, verme borçlarını geri verme borçları biçimine sokar. (Krs. dip no. 38). Bu arada şunu da belirtmek isterim ki Türk öğretisinde BK'nun Fransızca aslındaki 'avertissement' deyimine ve BK'muzun Fransızca kaynağa sadık kalan çevirisine kapılarak 'sürelî fesih' (Bu 262, 340) karşılığı 'feshi ihbar' terimini kullananlar bir 'belit' kullanmakta, bir 'yineleme' yapmaktadırlar. Feshin 'ihbaredilme' koşulu fesih kavramında ve varması gerekli irade beyanlarının mahiyetinde zaten mündemictir. 'Feshi ihbar' kavramı üstelik feshedeceğini ihbar (!?) edenin sürenin dolmasından sonra ikinci bir fesih beyanında bulunmak zorunda olduğu sanısını da uyandırmaktadır. Aslında iki türlü fesih vardır : Sürelî fesih (Bu 262, 340) ve süresiz fesih (BK 344). Kural olarak bu iki tür feshede olağan ve olağanüstü (kanunî sebeple) fesih kavramları tekabül eder. Bazı yazarların daha da ileri giderek feshi ihbar terimini dönme (ki buna fesih diyorlar) dışında kalan bütün fesih hallerine yaygın olarak kullanmaları bozucu yenilik doğuran hukukî işlemler konusundaki terim keşmekeşini içinden çıkılmaz hale getirmiştir.

(6) Krs. **ELBİR**, 32 v.d. (bağışlama sözleşmesi bakımından olumsuz görüşte); **HABERTHUR** (Çeviren **ÖNEN**), Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi



l şarta bağlanabilir : Ya mülkiyet zilyetliğin devri ile alıcıya geçecek, fakat alıcı semen borcunu yerine getirmez ise kendisinin taşınır üzerindeki mülkiyet hakkı düşecek, satıcının mülkiyet hakkı yeniden kurulacak (bozucu şarta bağlı ayn sözleşme) veya zilyetliğin devrine rağmen satıcı malik kalacak, alıcının zilyetliğini devraldığı taşınır üzerinde mülkiyeti kazanabilmesi için semen borcunu tamamen yerine getirmesi gerekecektir (geciktirici şarta bağlı ayn sözleşme (7). Sözleşenlerzilyetliğin devrini bu iki tip şarttan birine bağlamakta serbesttirler. Fakat onlar çok kere şartın niteliğine değinmeksizin mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince zilyetliği devredecek, devralacaklardır. Bu ihtimalde şartın bozucu mu, yoksa geciktirici mi sayılacağı tartışmalıdır.

İsviçre hukukunda HUBER ve BECKER, Türk hukukunda ARSLANLI bozucu şart görüşünü savunmuşlardır. İsviçreli hukukçulara göre bozucu şart teorisi sayesinde karşı edim hasarının sözleşme yapılır yapılmaz alıcıya geçmesi mümkün kılınmış olur (8).

ARSLANLI'ya göre MK 688'in İsviçre MK'nda bu maddeyi karşılayan 715 inci maddeden farklı bir şekilde kaleme alınmış olması karşısında («Başkasına n a k l e t t i ğ i mülkiyeti...») Türk hukukunda teslimle mülkiyetin alıcıya geçtiğini, ancak bozucu şartın gerçekleşmesi ile mülkiyetin *ipso iure* satıcıya döndüğünü kabuletmek gerekir (9).

İsviçreli hukukçular şarta bağlı olan hukukî işlemin satım sözleşmesi olmayıp teslim ayn sözleşmesi olduğu, buna göre mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını kapsayan satım sözleşmesinde sözleşme yapılır yapılmaz karşı edim hasarının BK 183/1 gereğince alıcıya geçceği, burada BK 183/3 ün uygulanma alanı bulamayacağı hususu üzerinden atlamış olurlarken (9a) ARSLANLI da MK 688'de «başkasına naklettiği mülkiyet» sözlerinin hemen ardından gelen «nakilin uhdesinde hıfz» sözlerini görmezlikten gelmektedir. Satıcı naklettiği

Cilt XXIII (1965-66) Sayı 1-4, 537. İhtimallere dalmama ve dağılmama düşüncesiyle bu yazıda yalnız satım sözleşmesi göz önünde bulundurulmuştur.

(7) Geciktirici şarta bağlı bir başka ayn sözleşme örneği de 'denemeli satım' sözleşmesi (BK 219) gereğince yapılan teslim ayn sözleşmesidir.

Bozucu şarta bağlı ayn sözleşme örneği olarak da düşme şartlı bağışlama (BK 242) gösterilebilir.

(8) HUBER, Zum schweizerischen Sachenrecht, Bern, 1914, 108; BECKER, OR 226 N 10.

(9) ARSLANLI, Ticar bey, 2 nci bası İstanbul, 1950, 360 v.d.

(9a) Krş. Schweizerische Juristenzeitung 53, 187 de yayınlanan Freiburg Kanton mahkemesi Kararı.



mülkiyeti hasıl hıfzedebilir, nasıl saklı tutabilir? MK 688'de yer alan İsviçre aslından değişik ifade bu mantıksızlık karşısında nasıl bilinçli yaratılmış bir fark olarak nitelendirilebilir? Bir an için İsviçre kaynağını yok farzetsek bile MK 688'de açıkca çelişen iki ifadeden mülkiyetin «hıfz» edilmiş olduğu ifadesini üstün tutmak mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının teminat fonksiyonu göz önünde bulundurulursa kaçınılmazdır.

Öğretide ve mahkeme içtihatlarında artık bozucu şart görüşü aşılmış, § 455 BGB'de ifadesini bulan geciktirici şart görüşü etrafında fikir birliğine varılmıştır (10).

Fikrimce mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının çifte teminat fonksiyonu geciktirici şart görüşünün en sağlam gerekçesidir. Satıcının semen alacağını ve zilyetliğini alıcıya devrettiği şeyin aynen geri verilmesi talebini teminat altına alabilmesi ancak satıcıda varlığını tanıdığımız bir mülkiyet hakkı ile gerçekleşebilir.

## 2. Aynî sözleşmenin şarta bağlanma anı :

Mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince yapılan teslim tasarruf işleminin, aynî sözleşmenin (11) -yoksa satım sözleşmesinin değil- karşı edim borcunun tamamen yerine getirilmesi olan bir geciktirici şarta bağlı olduğunu tesbitetmiş bulunuyoruz. Acaba geciktirici şart satım sözleşmesi sırasında hiç söz konusu edilmeyip aynî sözleşme sırasında satıcı tarafından açıklanmış ve alıcı tarafından kabul edilmemişse mülkiyet alıcıya geçer mi? Aynî sözleşme irade beyanlarının uygunsuzluğu sebebiyle kurulamayacağına göre mülkiyetin alıcıya geçtiği söylenemez. Ne var ki satıcının mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını kapsamamış olan satım sözleşmesi gereğince şartsız teslim borcu saklı kalır.

Buna karşılık satım sözleşmesi sırasında mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına varılmış ve aynî sözleşme sırasında geciktirici şarttan sözedilmemişse bu sonuncu sözleşmenin örtülü olarak şarta bağlandığı söylenebilir.

(10) Krş. von **THUR-SIEGWART**, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2 nci bası, Zürich, 1924-44, 706; **LEEMANN**, ZGB 715 N 5; **GUHL**, Das schweizerische Obligationenrecht, 5 inci bası, Zürich, 1956, 65; İsviçre Federal Mahkemesi, **BGE** 58 II 347.

(11) Satıcı mülkiyet hakkını -geciktirici şarta bağlı olsa bile- devretme iradesi ile zilyetliği alıcıya devrettiğine göre bir hakka doğrudan doğruya tesir etmekte (tasarruf işlemi), bir aynî hakkın temlik amacını gütmektedir (aynî sözleşme).



Eğer mülkiyeti saklı tutma anlaşmasından satım sözleşmesi sırasında sözedilmeyip bu anlaşmaya aynî sözleşme sırasında varılmışsa satım sözleşmesinin değiştirilmesi söz konusu olur. Ne var ki bu değiştirme sözleşmesi MK 688'in ön görmüş olduğu resmî şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz; alıcı taşınırın zilyetliğini devralma ile ne tam mülkiyet hakkını ve ne beklenen mülkiyet hakkını (12) kazanabilir. (13)

Eğer mülkiyeti saklı tutma anlaşması ne satım sözleşmesi ve ne aynî sözleşme sırasında yapılmışsa bundan sonra yapılacak bir mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. (14) Fikrimce alıcı şartsız aynî sözleşme gereğince taşınır üzerinde kazanmış olduğu mülkiyet hakkını hükmen teslim yoluyla satıcıya devrettikten sonra böyle bir mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını geçerli saymamak için bir sebep yoktur. Hükmen teslim yoluyla zilyetliği satıcıya devreden alıcının taşınır üzerindeki fer'î zilyetliğinin temeli mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının eklenmesi yoluyla değiştirilmiş satım ilişigidir.

### 3. Aynî sözleşmenin sebebe bağıllığı :

Fikrimce taşınırlarla ilgili tasarruf işlemleri hukukî sebepten soyut hukukî işlemlerdir (15). İşte mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince yapılan teslim tasarruf işlemi, taraftar olduğum soyutluk ilkesine önemli bir istisna teşkileder. Şöyle ki mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince yapılan aynî sözleşmede temel ilişigin, satım sözleşmesinin sübjektif causa'sı (*causa credendi*) bu aynî sözleşmenin, tasarruf işleminin konusu olmuş, şart alacak sebebinin tasarruf işleminin ayrılmaz parçası haline sokmuştur (16). Artık tasarruf işleminin geçerliği alacak sebebinin, dolayısıyla hukukî sebep anlaşmasının geçerli varlığına bağlanmıştır. Böyle olunca satım sözleşmesi herhangi bir sebeple geçersiz olursa alıcı teslim aynî sözleşmesi

(12) Beklenen hak kavramı için bk. aşağıda § 4, I,

(13) Bk. **HAEGELE**, Eigentumsvorbehalt Sicherungsübereignung, 3 üncü bası, Berlin, 1962, 18; **PALANDT-GRAMM** § 455 N 2; İsviçre Federal Mahkemesi, **BGE** 51 II 339; Alman Federal Mahkemesi, **NJW** 53, 217.

(15) Soyutluk ilkesinin gerçekleri bir dipnotunun hacminden taşar. Krs. von **TUHR**, Zeitschrift für schweizerisches Recht 40, 66, v.d.; aksi fikir için bk. **HAAB-SIMONIUS**, **ZGB** 714 N 1-44; **MEIER-HAYOZ**, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, 1. Abschnitt, 3 üncü bası, Bern, 1959, 24 v.d.

(16) Hukukî sebep iki anlama gelir : a) kazandırıcı işlem ile güdülen hukukî amaç (*causa credendi* gibi), b) tasarruf işlerine ön gelen temel bir ilişigi, hukukî sebep anlaşması. İlkine sübjektif causa, ikincisine objektif causa denebilir. Krs. **LARENZ**, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 7 nci bası, München ve Berlin, 1965, 367.



ile ne beklenen mülkiyet hakkını ve ne tam mülkiyet hakkını kazanabilir. (17) Satım sözleşmesinin değil de bu sözleşmeye eklenen mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının -meselâ şekle ayrılık sebebiyle- geçersiz olması halinde de hukukî sonuç böyledir. Çünkü geçersiz bir mülkiyeti saklı tutma anlaşması temel ilişkin (satım sözleşmesinin) geçersizliğine yol açacak (BK 20/2) (18) ve bu geçersizlik hukukî sebebe bağlılığın bir sonucu olarak tasarruf işlemine bulaşacaktır. Öte yandan şarta bağlı aynî sözleşmeyi şartsız bir aynî sözleşme olarak ayakta tutmak ve böylelikle alıcıyı tam mülkiyet hakkını kazanmış saymak da imkânsızdır. Çünkü Konversiyon'un şartları gerçekleşmiş değildir; ne geçersiz hukukî işlemin altında yatan başka bir hukukî işlem söz konusudur ve ne tarafların böyle bir hukukî işleme yönelmiş iradeleri farzedilebilir.

### III. MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA ANLAŞMASININ RESMÎ ŞEKLE BAĞLANMASI

MK 688 mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının «noter tarafından tasdik ...» edilmiş ise geçerli olacağını açıkladığı halde bu konuda *lex specialis* olan Noterlik Kanunu, 44 üncü maddesinin B bendinde noterlere mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını kapsar satışlara ait senetleri «tanzim» görevini vermiştir. «Tanzim» teriminin onaylama anlamına gelmeyip sözleşme metninin de noterler tarafından yazılacağını söylemek istendiği şüphesizdir. Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının ölüme bağlı tasarruflar, taşınmaz satım vaatleri ve evlen-

(17) İşlem birliği (Geschäftseinheit) teorisine göre teslim tasarruf işlemi hukukî sebepten soyut sayılıydı bile temel ilişkin geçersizliği tasarruf işlemine bulaşacaktı. Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi bir tek hukukî işlemin 'kısım'ları olarak kabul eden işlem birliği teorisi kısmî butlan ilkelere uygulamakta ve bütün işlemi - bu arada tasarruf işlemi de - batıl saymaktadır. Krş. BAUR, Lehrbuch des Sachenrechts, 3 üncü bası München ve Berlin, 1966, 40. Kısmî butlan kavramını zorlayan ve soyutluk ilkesini bir gölge, bir süs ilke haline sokan bu görüş paylaşılabilir.

18) ELBİR, 232 v.d.'nda, Yargıtay 4.11.1959 tarihli, 32/38 sayılı bir Hukuk Genel Kurulu kararında tarafların mülkiyeti saklı tutma anlaşması olmaksızın satım sözleşmesini yapacaklarının farzedilebileceği ihtimalde satım sözleşmesinin BK 20/2 uyarınca ayakta tutulabileceğini ileri sürmektedirler Fikrimce satıcının BK 20/2 anlamında bir iradesinin farzedilmesi mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının mahiyeti göz önünde tutulacak olursa mümkün değildir. Satıcı mülkiyet hakkını saklı tutmakla bu hakkı şimdilik alıcıya geçirmek istemediğini, şartsız bir aynî sözleşme yapma taahhüdüne yanaşmayacağını açıkça ifade etmiş olmaktadır. Satıcının bu iradesinin sonradan değişmesi (mülkiyet hakkını alıcıya daha teslim anında kazandırmayı taahhüde razı olması) sonucu değiştirmez, çünkü kısmî butlan için gerekli farazî irade satım sözleşmesinin yapılmış olduğu andaki iradedir.



me mukaveleleri aynı bentte yer almış olması bu görüşümü doğrular. (19)

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını İsviçre hukukundan ayrılarak şekle bağlı tutmak Türk kanun koyucusu için hiç de hayırlı, kıvanç verici bir buluş olmamıştır. Taksitle satış yapan iş yerleri ve bunlardan alışverişte bulunan vatandaşlar göz önüne getirilsin. Satıcı tek başına çalışıyorsa satış yerini kapatacak (zaman ve müşteri kaybı) veya bir başkası aracılığı ile kendisini temsilettirecektir (para kaybı). Öte yandan satın aldığı şeyi evine götürmek için sabırsızlanan alıcı da noter arayıp bulma çabasında satıcıya eşlik edecektir. Noter bulduktan sonra taraflar bu kere senedin düzenlenmesini bir 'derviş sabrı' ile bekleyecekler, nihayet ayrılırken bir de harç ödeyeceklerdir. Kanun koyucunun modern ticaret anlayışının gereklerini hiçe sayarak mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını şekle bağlaması ne kadar yerilse yeridir.

Her ne kadar Yargıtay bir içtihatları birleştirme kararında «Medenî Kanunumuz... mülkiyeti muhafaza şartıyla yapılan satış mukavelelerini, gerek akitlerin, gerek üçüncü şahısların hak ve menfaatlerini korumak maksadıyla hususî şekle tabi tutmuştur» diye şekil zorunluluğunu haklı göstermeye çalışmışsa da (20) bunda başarı kazanmıştır denemez. Şeklin tarafları düşünceye iteleme, acele kararlardan uzaklaştırma amacı taşınırın satımında değer taşımamak gerekir.

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında korunması düşünülen taraf satıcı olamaz; o, mülkiyet hakkını saklı tutmakla durumunu kuvvetlendirmektedir. Evet, belki satıcıya olağanüstü bir teminat vermiş olan alıcı korunmaya muhtaçtır; ne var ki kanun koyucu o zaman bu kaygıyı bütün sonuçları ile yüklenmeli, bir taşınırı teminaten temlik eden kimseyi inançlı işlemi şekle bağlamak suretiyle öncelikle korumalıydı.

Üçüncü kişileri koruma düşüncesine gelince; gerçek malikin taşınırı zilyetliğinde tutan alıcı olmayıp satıcı olduğunu bilmede üçüncü kişilerin -özellikle alıcıya kredi verecek kimselerin- şüphesiz çıkarı vardır, ama onlar gerçek malikin kimliğini «tanzim» edilen senetten değil, olsa olsa mülkiyeti saklı tutma sicilinden öğrenebileceklerdir (21).

19) Aksi fikir OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1965, 272. Buradaki gibi ELBİR, v.d. Yaptığım araştırmalardan edindiğim bilgiye göre uygulamada noterler senedi *ex officio* düzenlemektedirler.

20) 19.4.1944 tarihli içtihatları birleştirme Kararı, E 36/K 14.

(21) Kaydın mülkiyeti ispat fonksiyonu ile ilgili tereddütlerim hakkında bk. aşağıda IV, 1.



Mülkiyeti saklı tutma anlaşması gerekli şekilde yapılmamış ise sözleşme 'batıl' olur (22). Böyle geçersiz bir anlaşmaya dayanan teslim tasarruf işlemi alıcıya ne tam mülkiyet hakkını ve ne beklenen mülkiyet hakkını kazandırır. Bununla beraber bazı hallerde şekle aykırılığın katı hukukî sonuçlarından dağabilecek adaletsizliği aşma imkânları vardır. İlk akla gelecek çare Konversiyondur. Fikrimce şekil eksikliği sebebiyle geçersiz satım sözleşmesini alım hakkını kapsayan bir kira sözleşmesi olarak ayakta tutmak mümkündür. O zaman alıcı (şimdi artık kiracı) taşınırı zilyetliğinde alakoyabilecek ve semen borcunu tamamen karşıladıktan sonra satıcı (şimdi artık kiralayan) tarafından yapılacak bir kısa eleden teslim (**traditio brevis manu**) ile taşınıra malik olabilecektir.

Şunu eklemek isterim ki satıcının alıcıya devretmiş olduğu taşınırı şekil eksikliğinden doğan butlana dayanarak geri almasını BK 62/1 yoluyla önlemek isteyen görüş paylaşılamaz (23).

#### IV. MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA ANLAŞMASININ MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA SİCİLİNE KAYDEDİLMESİ

##### 1. Kaydın fonksiyonu :

a) Kaydın mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına geçerlik kazandırma fonksiyonu (Kaydın olumsuz gücü) : Mülkiyeti saklı tutma sicili tapu sicili gibi olumsuz hukukî etkisi olan bir sicildir; kayıt yapılmadan mülkiyeti saklı tutma anlaşması geçerlik kazanamaz; kayıt açıklayıcı değil, kurucudur. Buna karşılık mülkiyeti saklı tutma sicilinin olumlu gücü yoktur; geçerli olmayan bir mülkiyeti saklı tutma anlaşması sicile kaydedilmekle veya sona ermiş bir mülkiyeti saklı tutma anlaşması sicilde kayıtlı kalmakla iyi niyetli üçüncü kişilerin satıcının gerçekten malik olduğu veya kaldığı sanısına temel teşkiledilemez. (23a)

b) Kaydın MK 898 karînesi karşısındaki değeri : kaydın üçün-

(22) İsviçre hukukunda **KUNZ, HAAB, HERZ, KELLERHALS, MEIER-HAYOZ, MERZ** ve **SPIRO** şekil eksikliğinin müeyyidesinin butlan olduğunu reddetmişler ve **sui generis** bir geçersizlik tablosu çizmişlerdir. Bu görüş benimsenemez. Gerekçeler için bk. **SEROZAN**, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen, 1968, Erster Teil, V, 1

(23) **MERZ**'in (ZGB 2 N 475) şekle aykırılığı ve bunun hukukî sonuçlarını bile bile ifade bulunan kimseye yalnız haksız zenginleşme talebini değil, BK 62/1'in kıyese uygulanması yoluyla aynı talebi de tanımamak isteyen görüşünün reddi için bk. **SEROZAN**, Zweiter Teil, III.

(23a) Bk. **ELBİR, 107; WIELAND, ZGB 715 N 3.**



cü kişiler tarafından bilinir sayılacağı ve onların iyi niyetini giderecek nitelikte olduğu söylenemez. Bu bakımdan mülkiyeti saklı tutma sicili tapu sicilinden (MK 928/2 farklıdır (24).

c) Kaydın mülkiyeti ispat fonksiyonu : Satıcı mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince teslim etmiş olduğu taşınırın geciktirici şartın gerçekleşmesine kadar haczedilmesi veya iflâs masasına sokulması halinde istihkak dâvası ile taşınırın kendisine geri verilmesini isteyebilecektir. İşte mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını özel bir sicile kaydettirmenin amacı satıcının istihkak iddiasını mülkiyet hakkını ispat zorluklarına katlanmaksızın çabuk ve kolay ileri sürebilmesini sağlamaktır. Türk kanun koyucusu mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının noter tarafından değil, fakat icra memurları tarafından tutulduğu İsviçre sisteminden ayrılmakla mülkiyet saklı tutma sicilinin gerçek fonksiyonunu pek kavramamış görünmektedir.

d) Bazı yazarlara göre kaydın fonksiyonu aynı zamanda taşınırın zilyetliğinde bulunduran alıcıya kredi verecek üçüncü kişileri gerçek malikin kimliği hakkında aydınlatmaktır. (25)

Noterlik Kanununun 21. ve 28. maddesi ile uygulama gerçekleri karşısında Türk hukuku bakımından mülkiyeti saklı tutma siciline kaydın bu fonksiyonunu kabule imkân yoktur.

Noterlik Kanununun 21 inci maddesinin 4 üncü bendi «nizamnamesine tevfiikan tutulacak mülkiyeti muhafaza kaydiyle yapılan satışlara ait sicil defteri»nden söz etmektedir. «Nizamnamesine tevfiikan tutulacak..» kelimelerine dikkati çekmek isterim. Noterler böyle bir tüzüğün çıkmasını pek çok beklemişler, yıllarca bir ses çıkmayınca da her biri kendi tüzüğünü (!) kendi yapmıştır. Hatta birçok noterler böyle bir defteri tutmayı, sıkıntısına katlanmaya değmez bulmuşlardır. Bugün mülkiyeti saklı tutma siciline göz atmak niyeti ile notere gidecek bir ilgilinin burada hiç de hoş karşılanacağını sanmıyorum.

Bir an için düzenli bir sicil tutan vazifesinas bir notere rastladığımızı düşünelim. Noterlik Kanununun «Noterler tarafından... tutulacak sicil ve kayıtların örnekleri ancak imza sahipleri ile alâkalıla-

(24) Bk. WIELAND, ZGB 715 N 3; LEEMANN, ZGB 715 N 3; İsviçre Federal Mahkemesi JdT 1917, 233. Öte yandan dikkatli özenli bir alıcının muamele hayatının gereklerine göre malı satın almadan önce mülkiyeti saklı tutma siciline göz atmak zorunda olduğu ve bunu savsarıdıkta kötü niyetin tesbitinde esas olan objektif kritere (JAEGGI, ZGB 3 N 122) göre bilmesi gereken anlamında kötü niyetli sayılacağı da söylenemez; krş. BGE 60 II 195; Zürich Kanton mahkemesinin Schweizerische Juristen Zeitung 1967, 376'da yayınlanan 29.5.1967 tarihli kararı.

(25) Bk. ELBİR, 76; ARIK, 1047.



ra ve kanunen onların yerlerini tutanlara verilir..» diyen 28 inci maddesi, mülkiyeti saklı tutma sicillerini tarama havesini doğduğu anda boğacak cinsten bir maddedir. Noterler işlerine gelen bu maddeyi sicili inceleme meraklılarının gözüne tutmaktadırlar. (26)

Kaydın mülkiyeti ispat fonksiyonunu gideren bir başka gerçek daha vardır. Birden çok noteri olan şehirlerde mülkiyeti saklı tutma sicilinin hangi noterliğin özel siciline kaydedilmiş olduğunu bilmek için insanda olağanüstü bir sezgi olmalıdır.

## 2. Kaydın hukukî niteliği :

Kayıt mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının ispat şartı değil, sağlık şartıdır. MK 688 («ancak noter tarafından.. sicilli mahsusuna kaydedilmiş ise muteber olur.») herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak kadar açıktır. Kayıt hukukî işleme bu işlemin kurulmasından sonra eklenen bir tamamlayıcı vakıadır. Mülkiyeti saklı tutma anlaşması ancak kayıt tamamlayıcı vakiasının eklenmesiyle hukukî sonuçlarını doğurur. (27) Kayıt tamamlayıcı vakiası bir kanun hükmüne dayanmakta olduğuna göre burada bir *condicio iuris* (kanunî şart) söz konusudur. Bu kanunî şartın gerçekleşmesine kadar hukukî işlem askıda geçersizdir.

## 3. Kaydı yapılmamış mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına dayanan teslimin akıbeti :

a) Hâkim görüşüne göre kayıt yapılmaksızın gerçekleştirilen teslim, alıcıya taşınır üzerinde mülkiyet hakkını kazandırır. (28)

Fikrimce mülkiyeti saklı tutma anlaşması sicile kaydedilmeden alıcının teslim almış olduğu taşınır üzerinde mülkiyet hakkını kazandığı kabuledilemez. Geçersiz olan -bu geçersizlik 'askıda' geçersizlik bile olsa- bir mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına dayanan teslim tasarruf işleminin de geçersiz olacağını yukarıda tesbit etmiş bulunuyoruz (29). Ne var ki teslimden sonra kayıt yapılıncaya alıcı beklenen hakkı *ex nunc* kazanır.

b) Hâkim görüşüne göre taşınıra zilyet olmuş alıcının ikametgâh değiştirmesi ihtimalinde kayıt geçerlikten düşünce -ki alıcı ikamet-

(26) İstanbul'un belli başlı iki noteri bana on yıllık meslek hayatlarında daha mülkiyeti saklı tutma sicilini görmek istemiş bir kimse çıkmadığını, böyle bir kimse çıksa idi bile kendisine sicili zaten göstermeyeceklerini söylediler.

(27) Bk. İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 42 III 175. İcazet tamamlayıcı vakiasından farklı olarak kayıt tamamlayıcı vakiasında hukukî sonuç *ex tunc* değil, *ex nunc* işler.

(28) Bk. ELBİR, 129, ARIK, 1052; HABERTHUR, 538; İsviçre Federal Mahkemesi BGE 42 III 175 Yargıtay Ticaret Dairesi 1.2.1944, 558/248.

29) Bk. § 2, II, 3.



gâh değiştirirse kayıt MK 688'in açık ifadesi gereğince geçerlikten düşecektir- alıcı zilyet taşınıra eo ipso malik olur. (30)

Bu görüş kabuledilecek olursa artık alıcının taşınırın mülkiyetini kazanabilmesi, satıcının teminat hakkına son verebilmesi için semeni ödeme sıkıntılarına katlanmasına hiç gereklilik kalmaz; ona ikametgâh değiştirmesi öğütlenir. Fikrimce alıcının ikametgâh değiştirmesi ile kayıt ve beraberinde mülkiyeti saklı tutma anlaşması geçerliğini kaybedince, bu kaybetme alıcı yararına ve satıcı zararına değil, tersine satıcı yararına ve alıcı zararına sonuç doğurur; alıcı beklenen hakkını kaybeder, satıcı beklenen hak ile kayıtlı olmaktan kurtulmuş bir saf mülkiyet hakkına kavuşmuş olur. (31)

Bu çözüm hukuk tekniğine yatkın olduğu gibi (aşağıda göreceğimiz gibi beklenen hakkın varlığı borç ilişkisinin varlığına sıkı sıkıya bağlıdır) (32) menfaatler durumuna da uygundur.

### § 3. Borçlar Hukuku Alanında Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması

#### I. İFA ANI

İfa değişik bir açıdan iki türe ayrılır : Sübjektif edim fiili ve objektif edim sonucu (33). İfanın bu iki türü çok kere zaman bakımından iç içe geçecektir. (Kayıtsız şartsız teslimle mülkiyetin geçirilmesinde olduğu gibi) Fakat yollanacak borçlarda ve -bizi asıl ilgilendiren- mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince teslimde bu iki ifa türü zaman bakımından birbirinden kopmaktadır. Satıcı teslimle borç ilişkisinin gerektirdiğini yapmakta, kendi cephesinden ifadan elini çekmekte, 'edim fiili'ni gerçekleştirmekte, fakat alıcı 'edim sonucu'na, mülkiyet hakkına daha sonra kavuşmaktadır.

Acaba satıcı 'edim fiili'ni gerçekleştirdiği anda mı, yoksa 'edim sonucu'nun gerçekleştiği anda mı ifada bulunmuştur? Bu soruya ifa ile ilgili bütün hükümlere yaygın gelen bir karşılık verilemez; ifaya

(30) **ELBİR**, 110; **ARIK**, 1062. İsviçre hukukunda «Verordnung über die Eigentumsvorbehalte» madde 3'e göre alıcı ikametgâh değiştirdikte kayıt yeni ikametgâhın kurulmasından bir ay sonra geçerliğini kaybeder.

(31) Yukarıdaki Konversiyon ile ilgili teklifin kaydın hükmünden düşmesi sebebiyle geçersizleşen mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını kapsar satım sözleşmesi bakımından da değer taşır.

(32) Bk. aşağıda §4, I.

(33) Krg. **LARENZ**, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil 6 ncı bas, München ve Berlin, 1963, 306.



değinen her bir hüküm ayrı ayrı ele alınmalı ve bu hükümlerin amaçlarına göre bir yargıya varılmalıdır.

a) BK 81'in ön gördüğü ödemezlik def'ini ileri sürebilmek için edim fiilinin daha gerçekleştirilmemiş olması gerekir. Örnek : Satıcı bir taşınırı semen ve hizmet edimleri karşılığı satmakta ve bu taşınırın mülkiyetini semenin tamamen ödenmesi geciktirici şartına kadar kendisinde saklı tutmaktadır. Satıcı taşınırı bir kere alıcıya teslim ettikten -edim fiilini gerçekleştirdikten- sonra, alıcı hizmet borcunu yerine getirmese bile geciktirici şartın-ki kendisine semenin tamamen ödenmesidir- gerçekleşmesiyle edim sonucunun doğmasına, mülkiyetin alıcıya geçmesine ödemezlik def'ine dayanarak engel olamaz.

b) İfada imkânsızlık ise hem edim fiilinde bulunmanın ve hem edim sonucunun gerçekleşmesinin imkânsızlaşması halinde söz konusu olur (34).

## II. SATICININ SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

BK 222 ve 223'de 'fesih' teriminin kullanılması bir çeviri yanlışlığıdır; 'fesih' (Kündigung) yerine 'dönme' (Rücktritt) terimi kullanılmak gerekirdi.

BK 222 «alıcı taksitlerden birini tediye temerrüt ettiği halde satıcı... kendisi için bu hakkı muhafaza etmiş ise satılanın mülkiyetini iddia veya satımı feshedebilir.» şeklindeki ifadeyle alıcı semen gecikmesine düştükte kural olarak satıcının dönme hakkı olmayıp ancak bu hakkı açıkça sözleşmede saklı tutmuşsa sözleşmeden dönebileceği izlenimini uyandırmaktadır. Fikrimce satıcının kendisi için saklı tuttuğu hak, dönme hakkı değil, satılanın mülkiyetini iddia hakkıdır (35).

BK 211/3 («Satılan alıcıya teslim edilmiş ise satıcı bu hakkı sarahten muhafaza etmiş olmadıkça satımı feshedip -satımdan dönüp-satılanı istirdat edemez.») bu fikri çürütecek bir delil olarak ortaya atılamaz.

(34) Edim fiilinde bulunmanın imkânsızlaşması sebebiyle ifade imkânsızlık : Satıcının daha zilyetliğini alıcısına geçirmediği taşınırı üçüncü bir kişiye kazandırması. Edim sonucunun gerçekleşmesinin imkânsızlaşması sebebiyle ifade imkânsızlık : Satılan ve zilyetliği alıcıya geçirilen taşınır üzerinde üçüncü bir kişinin mülkiyet hakkını kazanması.

(35) Krs. LEEMANN, ZGB 715 N 7, İsviçre Federal Mahkemesi, JdT 1935; 52; 1962, 605.



BK 222 ile 221/3'ün iliştiği durumlar birbirinden farklıdır. BK 221/3'ün ön gördüğü ihtimalde alıcı edim sonucuna kavuşmuş, edim ile karşı edim arasındaki sinallagmatik bağ kopmuştur; alıcı artık teslim aldığı malı kaygısızca devredebilecek veya işleyebilecektir. Oysa geciktirici şarta bağlı bir aynî sözleşme ile bir malı teslimeden satıcının bu teslimi edim sonucunu doğurmamıştır; alıcı ile satıcının edimleri arasındaki sinallagmatik bağ edim sonucu gerçekleşinceye kadar çözülmeyecektir. Alıcının satıcının dönme hakkına karşı korunması düşüncesi burada söz konusu değildir. O halde BK 211/3'ün varlığına rağmen geciktirici şarta bağlı bir aynî sözleşme ile malı teslimeden satıcıya sözleşmede açıkca saklı tutmuş olmasa bile dönme hakkı tanımak BK 211/3 ile çelişmeye düşmek anlamına gelmez.

Sözleşmeden dönme beyanı ile taşınırın saklı tutulmuş mülkiyet hakkına dayanılarak geri istenmesi birbirinden farklıdır. Başka bir söyleyişle : taşınırın mülkiyet hakkına dayanılarak geri istenmesinde dönme beyanının da yer aldığı söylenemez. Satıcı pekâlâ sözleşmeden dönmeksizin mülkiyet hakkına dayanarak taşınırı alıcıdan geri isteyebilir (36). Gerçi ilk bakışta satıcının taşınırı sözleşmeden dönmeksizin aynî hakkına dayanarak geri istemesine karşı alıcının süregelmekte olan satım sözleşmesine dayanarak iadeden kaçınabileceği düşünülebilir ama unutulmamalıdır ki g e c i k m e y e d ü ş m ü ş alıcının zilyetliği satım sözleşmesi süregelse bile temelsiz ve böyle bir itiraz hukuken değersiz kalır. (36a) Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını kapsar bir satım sözleşmesi yapan satıcının malik kalmadaki amacı semeni ele geçirmeden alıcısına teslim ettiği taşınırı gecikme ihtimalinde geri alabilmektir. Taşınırı geri alabilmek için satıcının mutlaka sözleşmeden dönmesini şart koşturmak mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının ana fikrine de aykırı düşer.

Satıcının taşınırın geri verilmesini istemesinde sözleşmeden dönme iradesinin yatmadığını kabulde şöyle bir pratik fayda da vardır : satıcı taşınırı pekâlâ yalnız teminaten geri istemiş bulunup sözleşmenin sürmesi niyetini taşıyabilir. Benimsediğim çözümde satıcının bu niyeti gerçekleştirebilecektir.

Mülkiyet saklı tutma anlaşmasını kapsar bir sözleşmede dönme hakkının da -açıkca saklı tutulmuş olmasa bile- mevcut olduğundan sözedilirken, bununla İsviçre Federal Mahkemesinin ve bazı yazar-

(36) Krg.SERİCK, 132; HAEGELE, 39; PALANDT-GRAMM, § 455 N 4; aksi fikir OĞUZMAN, 273; LEEMANN, ZGB 715 N 7; HABERTHUR, 539; MERTENS, 199.

(36a) Zilyet artık 'dolo agit...' kuralının himayesine lâyik değildir.



ların düşündüğü gibi (37) satıcının taşınırı mülkiyet hakkına dayanarak geri istemesinde sözleşmeden dönme iradesinin de yer aldığı söylenmek istenmemiştir.

**ELBİR**'in düşündüğü gibi, istihkak iddiasında bulunmanın aynı zamanda sözleşmeden dönme hakkının kullanılması olup olmadığı sorusunun «diğer bir deyişi» acaba mülkiyeti saklı tutma anlaşması kendiliğinden dönme hakkının saklı tutulmasını gerektirir mi sorusu değildir; birinci sorunun karşılığı olumsuz, ikincisinininki olumludur.

Satıcının -sözleşmede açıkca saklı tutmamış olsa bile mevcut ve taşınırın mülkiyet hakkına dayanılarak geri istenmesinden tamamen bağımsız olan- dönme hakkının kullanılması beyanı alıcıya vardığı anda satıcı ve alıcı aslî edim yükümleri kalkmış, kapsamı değişmiş bir borç ilişiyinden dolayı karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu olurlar; dönme ile konusu değişmiş borç ilişkisinin edimleri, alınmış olanların geri verilmesinden ibarettir. (38)

Satıcının borcu o ana kadar almış olduğu taksitleri geri vermek, alıcının borcu da taşınırı geri vermek ve bu taşınırın olağan kullanılması karşılığı olarak uygun bir kira bedeli, olağanüstü kullanılması karşılığı olarak da -kusurlu olmak kaydıyla- bir yıpratma tazminatı ödemektir. (MK 689, BK 223/2). (39) Satıcı tarafından talebedilebilecek kira ve tazminat tutarını MK 689 ve BK 223'ün amacını aşacak şekilde kayıtlayan İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay içtihatları (40) benimsenemez. Fikrimce MK 689 ve BK 223/2'nin talebedilebilecek kira bedelinin 'uygun' olması dışında bir kayıtlama kapsadığını ileri süren yargıçlar alıcıyı koruma düşüncesiyle bu

(37) **ELBİR**, 160 v.d.; **OĞUZMAN**, 273; BGE 60 II 412; 73 III 165.

(38) Dönmede yalnız daha yerine getirilmemiş edim yükümlerinin değil, fakat aynı zamanda geniş anlamda borç ilişkisinin de sona erme sebebini gören klasik görüşten ayrılarak dönmenin geniş anlamda borç ilişkisinin kapsamını değiştirmekle yetindiğine inanıyorum. Bu görüş geri verme talebini haksız zenginleşme talebinin kısa zaman aşımı süreleri yerine sözleşmeden doğan taleplerin zaman aşımı sürelerine bağlamak gibi pratik, dönmeden sonra dönen tarafa bazı ihtimallerde tanınabilecek akdî tazminat talebi imkânını dogmatik temellere kavuşturma gibi teorik faydalar yanında bir dipnotunda sıralayamayacağım başka faydalar da sağlamaktadır. Bu görüş için bk. **WOLF**, *Archiv für die zivilistische Praxis* 153, 102 v.d.; **LARENZ**, Band I, 294.

(39) Alıcının taksitlerin geri verilmesine kadar zilyetliğindeki taşınır üzerinde bir hapis hakkı, satıcının da kira ve tazminat talepleri için bunların tutarını ödenmiş olan taksitlere mahsubetme imkânı vardır; krş. **HABERTHUR**, 540 ve İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 73 II 167.

(40) İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 62 II 30; JdT 1943, 150 v. d; Yargıtay Ticaret Dairesi E 944/2916, K 602.



maddelerden yorum yolu ile bir anlam çıkartmış değil, bu maddelere zor yoluyla bir anlam sokmuşlardır. MK 689'un «almış olduğu taksitlerden» aşınma tazminatını ve «münasip bir kira bedeli»ni «tenzil» den sözetmesi bu iki kalem tutarının alınmış taksitlerin toplamını geçemeyeceği şeklinde anlaşılabilir (burada satıcının mahsup imkânı hatırlatılmıştır); aksi takdirde bizi ahenksiz ve adaletsiz sonuçlara götürür. Düşünülün ki taksitlerin ödenmesinde geçikmeye düşmüş alıcıya karşı satıcının -aşağıda göreceğimiz gibi- aynen ifa ve gecikme tazminatı veya ifa etmeme tazminatı talebetmeye de hakkı vardır. Şüphe yoktur ki bu son iki talep hakkı bakımından bir kayıtlamadan sözedilemeyecektir. Alternatiflerin hukukî sonuçları arasında uçurumlar yaratmama (nisbî adaletsizliğe yol açmama) zorunluluğu böyle bir kayıtlamanın dönmenin hukukî sonuçları bakımından da kabulüne engel teşkil eder. Gerçi satıcının taksitle satışta alıcıya karşı yıpratma tazminatı dışında bir tazminat talebedemeyeceği, BK 106/2'nin ön görmüş olduğu tazminatları talep imkânından yoksun bırakılmış olduğunu ileri sürenler vardır (bk. Dipnotu 42); bu görüş çerçevesinde nisbî adaletsizlik ile ilgili düşüncelerim temelsiz kalır, ne var ki eğer bu imkânlar taksitle mal satmış satıcıdan esirgenecek olursa bu kere taksitle satış (yalnız aynen ifa veya dönme üzerine yıpratma tazminatı) ile taksitle bağlanmamış satış (BK 106/2'nin bahsettiği imkânların hepsi satıcının önüne serilmiştir) arasında anlamsız bir uçurum yaratılmış ve nisbî adaletsizliğe yolaçılmış olur. Taksitle satıma ilişkin BK 223 muacceliyet şartını kayıtlayan BK 224'ü tamamlayarak cezaî şartları geçersiz saymış («alıcıya bundan ziyade borç tahmileder mukaveleler batıldır»), yoksa alıcının gecikme hukukuna göre kusurdan doğabilecek sorumluluğunu gidermemiştir. Kanunun amacına sadık kalan bu görüş çerçevesinde satıcı, alıcıdan tavanı yalnızca kusur ve zarar ölçüsüne göre tesbitedilecek bir yıpratma tazminatı istiyebileceği gibi şüphesiz ayrıca BK 108/2 gereğince edim yükümüne aykırılıktan doğan zararının da tazminin talebedebilecektir (40a).

### III. SATICININ BAŞKA HAKLARI

Semen gecikmesine düşmüş bir alıcıya karşı satıcı sözleşmeden

(40a) Burada tazmini söz konusu olan zararın «menfi» zarar olmadığı görüşü için bk. SIMONIUS, Zeitschrift für schweizerisches Recht 37, 259 v.d.; 'menfi zarar' kavramının öğretilen ve içtihatlardan giderilmesi gereken bir fikir alışkanlığı ürünü olduğu ve tazminat hukukunun ruhuna aykırı indî bir tazminat hesaplamasına yolaçtığı görüşü için bk. SEROZAN, Zwciter Teil, VI. Tersine KELLER, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Aarau, 1948, 12 v.d.



dönecek yerde sözleşmeye bağlı kalmayı çıkarlarına daha uygun bulabilir; o zaman ya a) sözleşmesinden dönmeksizin zilyetliğini devrettiği taşınırı teminaten geri ister, ya b) aynen ifa ve gecikme tazminatı ister veya c) ifa etmeme tazminatı talebeder.

a) Taşınırı teminaten geri isteme hakkı : Satıcının alıcıya teslimetmiş olduğu taşınırı, saklı tutmuş olduğu mülkiyet hakkına dayanarak geri isteme hakkı yanında, sözleşmeden doğan şahsî hakkına da dayanarak geri isteme hakkı vardır. Satıcının taşınırın zilyetliğini alıcısına sağlama borcu, alıcı kendisine düşen borcu yerine getirdiği, sözleşmeye sadık kaldığı sürece vardır. Eğer alıcı sözleşmenin kendisine yüklediği borçları yerine getirmez ise taşınır üzerindeki zilyetliğinin temeli kalmaz; satıcı taşınırın zilyetliğinin devrini talebedebilir. Satıcının bu hakkı mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına özgüdür. Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının, satıcının kendisini alıcısının muhtemel bir semen gecikmesine karşı teminat altına almak amacıyla yapıldığı hatırlanırsa, bu çözüm yadırganamaz. Satıcının böyle bir hakkını kabul, mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince alıcıya teslim ettiği taşınırın maliki olmayan satıcılar açısından pratik önem taşır; malik olmayan satıcılar taşınır üzerinde saklı tuttukları mülkiyet hakkına değil, fakat sözü geçen şahsî hakka dayanarak taşınırı geri isteyebileceklerdir. (41)

b) Aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkı : Sözleşmeden dönerek yerde sözleşmenin alıcıya yüklediği semen borcunun ifasında ısrar eden satıcı semen ile yetinmeyip gecikmeden doğmuş zararının giderilmesini de isteyebilecektir. (BK 106/2) Fikrimce satıcının taksitlerden birinin ödenmesinde gecikmiş alıcıya karşı da böyle bir hakkı vardır. Aksini kabul taksitle satış (Yalnız aynen ifa) ile taksitle bağlanmamış satış (aynen ifa-gecikme tazminatı) arasında anlamsız bir uçurum (nisbî adaletsizlik) yaratır. (42)

Acaba satıcı alıcının gecikmesi üzerine taşınırı teminaten geri almış (yukarıda a.) ve şimdi semen borcunun yerine getirilmesini (aynen ifa) istiyorsa, geri almış olduğu taşınırı semenin tamamının

(41) Krş. SERİCK, 138; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 51 II 138.

(42) Gerçi BK 222 satıcının yalnız taksitlerin ödenmesini talebedebileceğinden söz etmekte, BK 106/2 gibi ayrıca gecikmeden doğan zararın tazmin edilmesi gerektiğini söylememektedir ama fikrimce satıcıya böyle bir tazminatı talep hakkının tanınmasına bir engel düşünülemez. Aksi fikirde olan **ELBİR**, 178 v.d.; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Hukuku Dersleri, II. Cilt, İstanbul, 1967, 160 v.d. ile **BECKER**, OR 227 N 1 kanununun BK 223/3'de ifadesini bulan amacını aşmakta, yukarıda eleştirdiğim Federal Mahkeme ve Yargıtay içtihatlarında beliren alıcıyı koruma düşüncesinin kurbanı olmaktadır.



ödenmesine kadar zilyetliğinde alakoyabilir mi? Fikrimce bu soruya olumsuz karşılık verilmelidir. Gerçi alıcı ödemede gecikmiş olmakla güven ilişkisini bozmuş, zilyetliğinin temeli kalmamıştır, fakat unutulmamalıdır ki kanun koyucu satıcının önüne türlü yollar açmıştır : Taşınırın geri alınması, sözleşmeden dönme, aynen ifa-gecikme tazminatı, ifa etmeme tazminatı. Satıcı bu yollardan dilediğini seçmekte serbesttir, ama birden fazla yola girmesi de kanun koyucunun satıcıyı koruma amacını aşar. Satıcının imkânları kümülatif değil, alternatiftir.

c) İfa etmeme tazminatı isteme hakkı : Gecikme hukuku ile ilgili genel hükme (BK 106/2) uygun olarak satıcı semenin ödenmesinde gecikmeye düşmüş alıcıdan ifa etmeme tazminatı isteyebilir. Fikrimce satıcıya aynı hak -yukarıda b. şıkkı ile ilgili olarak açıkladığım düşüncelerle- taksitle satışta da tanınmalıdır.

Şuna işaret edeyim ki ifa etmeme tazminatı, satıcı taşınırı geri istemedikçe aynen ifa-gecikme tazminatı ile eş sonuçlar (mübadele teorisinin sonuçlarını) doğuracak ve taksitle bağlanmamış satışta her halde, taksitle satışta ise son taksit bakımından gecikme söz konusu ise tazminatın ödenmesiyle alıcı taşınıra malik olacak, satıcı artık taşınırın geri verilmesini mülkiyet hakkına dayanarak isteyemeyecektir. Taşınır geri alındıktan sonraki tazminat ise satıcının mal varlığının, alıcının semen borcunu zamanında yerine getirmiş olması halinde almış olacağı durum ile alıcının bu borcu zamanında yerine getirmemiş olması yüzünden şimdi almış olduğu durum arasındaki farktan ibaret olacaktır. (Fark teorisinin sonuçları) (43) Bu takdirde

(43) Satıcının ifa etme tazminatını talep şıkkını seçtikte edim sonucunu gerçekleştirmek zorunda olduğu, yani taşınırı asla geri isteyemeyeceği görüşü (mübadele teorisi) kabuledilemez. Mübadele teorisi çerçevesinde alacaklı -satıcı- için «uygun bir süre verme», sonra «derhal» ifa etmeme tazminatı isteme şartlarını yerine getirmenin hiçbir anlamı olmayacaktır. Çünkü bütün bu ağır şartları yerine getiren alacaklı -satıcı- sonuçta, son bir tahlille aynen ifa-gecikme tazminatı isteme hakkına kavuşacaktır ki bu hakkı zaten bu ağır şartları gerçekleştirmeksizin haizdi. Bununla beraber -yukarıda da işaret ettiğim gibi- satıcı dilerse kendi çıkarına ön görülmüş olan ifa etmeme tazminatı kurumunun kendisine fark teorisi çerçevesinde bahsetmiş olduğu ayrıcalıklı statüden yararlanmaz ve tam tazminat talep ederek taşınır üzerindeki mülkiyet hakkını borçlusuna alıcısına- kazandırabilir. Mübadele teorisinden yana olanlar : von TUHR-SIEGWART, 597; OSER-SCHÖNENBERGER, OR 107 N 23; fark teorisinden yana olanlar : GUHL, Festchrift für Wieland, 139 v. d; SAYMEN-ELBİR, Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, İkinci Cilt, İstanbul 1958, 755. TEKİNAY, Borçlar İfasi, İhlâli, Sona Ermesi ve Özellikleri, İstanbul, 1967, 107.



alıcının tazminat ödemekle malik olması şüphesiz söz konusu olamaz.

#### § 4. Eşya Hukuku Alanında Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması

##### I. ALICININ BEKLENEN HAKKI

Mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince taşınırın zilyetliğini devralan alıcının hukukî durumu BK 150/3 ile teminat altına alınmıştır. Şöyle ki satıcının zilyetliğini devrettiği taşınıra ilişkin ara tasarrufları -iyi niyetle aynî hak kazanma istisnası saklı kalmak üzere- mülkiyetin alıcı tarafından kazanılmasına engel olabileceği ölçüde geçersiz sayılmıştır. Şu halde mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince satılan ve zilyetliği alıcıya geçirilen taşınırın mülkiyetinin satıcı tarafından zilyetliğin havalesi yoluyla kötü niyetli (satıcının tasarruf yetkisinin sınırlandırılmış olduğunu bilen veya bilmesi gereken) üçüncü bir kişiye devri, semenin alıcı tarafından tamamen ödenmesi gerektirici şartı gerçekleştikte geçersiz olacaktır (44). Alıcı şarta bağlı aynî sözleşme ile zilyetliğine geçirdiği taşınır üzerinde mülkiyet hakkını *ipso iure*, satıcının mülkiyeti kazandırma iradesinin bir kere daha açığa vurulmasına gereklilik olmaksızın kazanacaktır. Satıcı son taksidin ödenmesi anında mülkiyeti alıcıya kazandırmak istemese, hatta bu sırada fiil ehliyetini kaybetmiş veya ölmüş olsa bile alıcı bu anda mülkiyeti kazanmış olacaktır (45).

Alıcının teminat altına alınmış, satıcının iradesi ile bozulamayacak hukukî durumu (geciktirici şarta bağlı bir satım sözleşmesindeki alıcı için söz konusu olan) basit bir 'kazanma imkânı'ndan farklı olup mülkiyet hakkının ön kademesi, ara katı mahiyetinde bir 'beklenen hak' (Anwartschaftsrecht) olarak nitelendirilebilir (46).

Alıcının beklenen hakkına aynî karakter bahşedenler olmuştur (47) Fikrimce alıcının beklenen hakkını bu hakkın temel borç ilişkisi ile olan sıkı bağılılığı karşısında (satım sözleşmesi geçerli olarak ku-

(44) Bk. von TUHR-SIEGWART, 711. Burada söz konusu olan geçersizlik nisbi geçersizlik (Relative Unwirksamkeit; l'inopposabilité) olmayıp butlandır

(45) Krş. ELBİR, 238; ARIK, 1067; SERİCK, 411 v. d. II 2, 318 vd..

(46) Krş. TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Dersleri 1 inci cilt Genel Hükümler, 2 nci bası, İstanbul, 1965, 571 v.d.; von TUHR-SIEGWART, 710; SERİCK, 244 v. d.; Alıcının beklenen hakkı mülkiyet hakkına nazaran bir 'aliud' değil, bir 'minus'tur; Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 35, 89.

(47) RAİSER, 63; BAUR, 544; LENT-SCHWAB, Sachenrecht, 9 uncu bası, München ve Berlin, 1962, 128.



ruduktan sonra herhangi bir sebeple geçersizleşince veya sona erince beklenen hak da düşer) (48) aynı hak olarak nitelendirmek zordur. Aynı hakkın hukuk sistemimizdeki temel niteliklerinden biri, bir kere doğduktan sonra -hukukî sebebe bağlılık ilkesinin işlediği halde bile- temel borç ilişkisinin geçersizleşme veya sona erme sebebiyle kalkması halinde düşmemesidir.

Gerçi rehin hakkı da bir aynı hak olduğu halde fer'î karakteri gereği alacak hakkı kalkınca düşer ama dikkatle tahliledilirse görülecektir ki alıcının beklenen hakkında temel borç ilişkisi ile olan bağlılık rehin hakkındakinden değişik ve daha sıkı bir bağlılıktır. Rehin hakkı bir *alacanın* -objektif *causa'nın*- varlığına bağlı olduğu halde, alıcının beklenen hakkı *sübjektif causa'nın* (semeni alacağını elde etmek hukukî sebebinin) varlığına bağlı kalmaktadır (49).

Kaldı ki alıcının hakkında aynı hakkın temel niteliklerinden biri başkası olan takip hakkı (*droit de suite*) da söz konusu değildir. Gerçi aşağıda görüleceği gibi alıcıya MK 892/3'den yararlanma imkânını bahsetmekteyiz, fakat bu, ancak kıyas yolu ile olabilecektir; kanun bu imkânı doğrudan doğruya ön görmüş değildir. MK 892/3 ün uygulanma kabiliyetini alıcının beklenen hakkını aynı hak olarak nitelendirme yolunda delil olarak kullanmak, mantık ameliyesinde sebeple sonucu birbirine karıştırmak olur.

Beklenen hakkın bir aynı hak olduğunu kabuletmemekle beraber, bu hakka eşya hukuku sistemimizin ve mülkiyeti saklı tutma anlaş-

(48) Bu bağlılık mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince yapılan aynı sözleşmenin bağlandığı şartın mahiyetinden çıkmaktadır ve sebebe bağlılık ilkesi ile hiçbir ilgisi yoktur. Burada şöyle bir mantık zinciri söz konusudur :  
\* Satım sözleşmesinin -objektif *causa'nın*- kalkması demek, semeni elde etme hukukî sebebinin -sübjektif *causa'nın*- kalkması demektir; sübjektif *causa'nın* kalkması demek, konusu bu *causa* olan geciktirici şartın kalkması demektir; geciktirici şartın kalkması demek bu şarttan doğan alıcının beklenen hakkının kalkması demektir.

(49) Krş. **SERİCK**, 250. Beklenen hakkın aynı karakterini aynı haklardaki *numerus clausus* ilkesine dayanarak reddetmeye çalışanlar olmuştur. (**STAUDİNGER-OSTLER** § 455 43) Bu, *numerus clausus* ilkesinin öğretide nasıl yanlış anlaşıldığının ve hukukta muhafazakârlığa yol açığının en güzel delilidir. Bu ilke sadece sözleşme yolu ile kanunda ön görülmemiş yeni aynı hak tipleri yaratmaya engeldir, yoksa kanunda örtülü olarak ön görülmüş eşya üzerindeki vasıtasız hakimiyet haklarının aynı hak olarak kabulüne ve hele bazı yazarların sandığı gibi kanunda belirli bir vakıa için ön görülmüş bir aynı hak tipinin kıyasen başka vakıalara uygulanmasına asla engel teşkilmez. Krş. **MEIER-HAYOZ**, 27 v.d.; **RAISER**, 55.



ması kurumunun ruhuna uygun olarak mülkiyet hakkı ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanmasını doğru ve gerekli buluyorum. (50)

Bu şekilde alıcının beklenen hakkının iyi niyetle kazanılması, (51) alıcının bir aynî hakkın varlığını şart koşan MK 892/3 zırhından faydalanması («iktisabedene karşı da teslimden imtina» etmesi) (52) ve böylece satıcının mülkiyetini saklı tutmuş olduğu taşınırın mülkiyetini iyi niyetli üçüncü kişiye kazandırması halinde beklenen hakkını yeni malike karşı da ileri sürmesi (droit de suite), hatta onun zilyetlik dâvaları dışında aynî hakka dayanan dâvaları da açması ve beklenen hakkını eşya hukuku ilkelerine göre (özellikle -MK 690 kayıtlaması saklı kalmak üzere- hükmen teslim yoluyla) teminaten temliketmesi mümkün kılınmış olacaktır. (53)

(50) Aynî hak ile ilgili hükümleri kıyasen alıcının beklenen hakkına uygulamak ne İsviçre-Türk eşya hukuku sisteminin ve ne mülkiyeti saklı tutma kurumunun ruhuna aykırı düşmektedir; alıcı ile taşınır arasında vasıtasız bir ilişik vardır (Bu durumda aynî hak ile ilgili hükümleri uygulamak eşya hukuku sistemimizin ruhuna uygundur); alıcının durumu BK 150/3 ile teminat altına alınmıştır (bu durumda aynî hak ile ilgili kuralları uygulamak mülkiyeti saklı tutma anlaşması kurumunun ruhuna uygundur).

(51) Beklenen hakkın iyi niyetle kazanılması üç biçimde olabilir :

- a) malik olmayan satıcıdan beklenen hakkın iyi niyetle kazanılması (WESTERMANN, Sachenrecht, 4 üncü bası, Karlsruhe, 1960, 230; BAUR, 552).
- b) Beklenen hak sahibi olmayandan aslında mevcut olan bir beklenen hakkın iyi niyetle kazanılması (PALANDT-HOCHE § 929 N 6; ERMANN-WESTERMANN § 929 N 15)
- c) Beklenen hak sahibi olmayandan aslında mevcut olmayan bir beklenen hakkın iyi niyetle kullanılması. Ne var ki bu vakiada hiç değilse ilk işlemde satıcı için bir semen alacağı doğmuş olmalıdır. Yoksa bir taşınırı iğreti olarak elinde tutan bir kimse bu taşınır üzerinde iyi niyetli üçüncü kişiye beklenen mülkiyet hakkını kazandıramaz. (RAISER, 38; WESTERMANN, 230)

(52) TEKİNAY'ın şahsî hakka sahip bir vasıtasız zilyede de MK 892/3'ün ön görmüş olduğu teslimden kaçınma hakkını bahsetme yolundaki görüşü (TEKİNAY, Eşya Hukuku, İstanbul, 1967-68, 59) şahsî hakka şerh ile kuvvetlendirildiği istisnâî haller dışında bir takip hakkı (droit de suite) tanımaya yolaçmaktadır ki şahsî hakkın mahiyetine ve Alman hukukundan farklı olarak; § 986/2 BGB) kanunumuzun ruhuna aykırı düşmektedir.

53) Satıcı malik sıfatıyla alıcısının zilyetliğindeki taşınırın tahribedilmesi halinde haksız fiil failinden BK. 41 gereğince tazminat isteyebilir. Acaba satıcının bu tazminatı talep hakkı, alıcıya da beklenen mülkiyet hakkı sahibi olarak tanımaktan kaçınamayacağımız tazminat hakkı ile nasıl yarışacaktır. Aynen tazmin söz konusu oldukça mesele yoktur, fakat nakdî tazminat ödenecekse haksız fiil failine çifte tazminat borcu yüklemek hakkaniyete aykırı düşer. Fikrimce kanunun bu konudaki boşluğu BK. 69'un kıyasen uygulanması yoluyla doldurulmalı, tazminat borcunun bölünmezliği kabul edilerek iki tazminat alacaklısına (satıcı ve alıcı) ancak birlikte ifayı talep hakkı verilmelidir. O zaman aralarında anlaşabilirlerse biri, anlaşamaz-



## II. ALICININ TAŞINIRIN MÜLKİYETİNİ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMESİ

Daha geciktirici şart, edim sonucu gerçekleşmeden, beklenen hak tam mülkiyet hakkına dönmeden alıcı zilyetliğindeki taşınırı bir üçüncü kişiye satıp aynî sözleşme ile devrederse devralan taşınıra malik olabilecek midir? (54)

Satıcı alıcısına taşınırı üçüncü kişilere devretme yetkisi varmış idiyse -ki pek enderdir- üçüncü kişi ister iyi niyetli, ister kötü niyetli olsun, taşınırın mülkiyetini kazanır ve mülkiyeti saklı tutmuş satıcının mülkiyet hakkı düşmüş olur.

Yok, eğer satıcı mülkiyetini saklı tutmuş olduğu taşınır üzerinde alıcıya tasarruf yetkisi vermemiş idiyse -ki kural budur- üçüncü kişinin taşınırı alıcıdan teslim almakla mülkiyeti kazanabilmesi için iyi niyetli olması yani alıcının tasarruf yetkisizliğinden habersiz olması, bunu bilmesinin gerekmemesi şarttır (MK 901) (55).

ELBİR'e göre İsviçre-Türk sisteminde mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının en zayıf yönünü bu anlaşmanın iyi niyetli üçüncü kişilerin satıcının mülkiyet hakkını düşürmelerine engel olamayışı teşkil etmektedir. Üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarına set çekecek tedbirler almakla bu sakıncanın giderilebileceğini düşünenler, satılan malda, bu malın mülkiyeti saklı tutma anlaşması ile satıldığının marka veya yazı ile gösterilmesini teklif etmişlerdir (56).

Fikrimce düşünülen bu tedbirin uygulanma değeri yoktur. Bir cep radyosunun, bir kol saatinin üzerine malikini gösterir yazılar yazılması pek zordur. Sonra bu yazılar çıkmayacak şekilde yazılsa eşya değerinden kaybeder, ileride silinebilecek şekilde yazılsa alıcı bunu kolaylıkla silerek üçüncü kişilerin iyi niyetle aynî hak kazanmalarına yine imkân vermiş olur. Yazı veya işaret kabuletmeyen bu gibi

---

larsa üçüncü bir kişi tazminatı vedia olarak saklayacak, semeni tamamen öderse alıcı, ödemezse satıcı tazminat alacağına kavuşacaktır. Değişik görüşler için bk. RAISER, 79 vd., BAUR, 556; LENT-SCHWAB, 130; von TUHR, II, 2, 297.

(54) Burada incelediğimiz konu alıcının beklenen hakkını üçüncü kişilere devretmesinden farklıdır; Krş dipnotu 50. Şunu eklemek isterim ki alıcı yalnız mülkiyeti değil başka aynî hakları da üçüncü kişilere kazandırabilir. Alıcının tamire verdiği araba üzerinde iyi niyetli tamircinin hapis hakkını kazanması hakkında bk. BGE 85 II 591.

(55) Mülkiyeti saklı tutma sicilinin iyi niyeti giderecek bir hukukî gücü yoktur; Krş. § 2, IV, 1b.

(56) Bk. ELBİR, 186.



malların mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına pek ender konu olduğu ileri sürülse bile bu kere mobilya gibi büyük çapta eşya üzerine bu gibi kayıtların üçüncü kişilerin iyi niyetini giderebilecek, onların gözüne çarpacak şekilde nasıl işleneceği sorusu ortaya atılabilir. İşaret mobilyanın görünür yerine estetik düşüncelerle iliştilerilemez. Görünmedik bir yerine iliştilerilse bu kere gözden kaçır. Hiç kimse satın alacağı mobilyayı çevirip altını görmek ihtiyacını duymaz. Üçüncü kişi işareti olsa olsa mobilya evine yerleştirildikten sonra farkedecektir. Ne var ki artık iş işten geçmiş, kendisinin mobilyanın zilyetliğini devralma anındaki iyi niyeti mülkiyeti saklı tutmuş satıcının mülkiyet hakkını düşürmeğe yetmiştir (57) (58).

(57) **ELBİR**, 186 teklif ettiği tedbirin teorik olmakla kalmayıp yazılı hukuku da geçtiğini yazıyor. Fakat eğer A.B.D. nde bu tedbiri ön görmüş olan Uniform Conditional Sales Act incelenirse görülür ki bu gibi işaretler büyük makinelerde ve taşıtlarda söz konusu olmaktadır. Kanunda yazılmış eşya üzerine üçüncü kişinin iyi niyetini giderecek nitelikte işaretler konabilir.

Hukukumuzda bir taşıt aracını mülkiyeti saklı tutma anlaşması gereğince satmış ve devretmiş olan satıcının alıcısının tasarruflarına karşı korunduğu söylenebilir. Şöyle ki trafik ruhsatnamesi ile -ki taşıtın gerçek malikini gösterir- ilgilenmeden bir taşıt aracını aynı sözleşme ile devralan üçüncü kişi fikrimce kötü niyetli sayılabilecek ve bu devralma mülkiyeti saklı tutmuş satıcının mülkiyet hakkını düşürmeyecektir. Gerçekten üçüncü kişinin özellikle Karayolları Trafik Tüzüğü'nün 32 nci maddesi («Şoför ve sürücüler, trafik ruhsatnamesini ..... araç üzerinde bulundurmaya mecburdurlar.») karşısında trafik ruhsatnamesi ile ilgilenmesi ve dolayısıyla gerçek malikin kendisine taşıtı devreden kimse değil, fakat mülkiyeti saklı tutmuş satıcı olduğunu bilmesi gerektir. Kötü niyetin tesbitinde esas olan objektif kriter hakkında bk. JAEGGI, ZGB 3 N 122.

Bu vesile ile şunu da eklemek isterim ki taşıt aracının kullanılmasından doğan zararlardan sorumlulukta fiili sistemi benimsemiş yabancı hukuk düzenlerinden farklı olarak şekli sisteme saplanmış Türk hukukunda araçtan yararlanan alıcı (işletici) yerine mülkiyeti saklı tutmuş satıcıyı (malik) Karayolları Trafik Kanununun 50 nci maddesinin sorumluluğu altına sokmak adalet düşüncelerine ve hukuk mantığına taban tabana zıt düşmektedir.

(58) 1) a. Ayrılma parça asıl şeyden bağımsız olarak mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına konu olamaz.

b. Başta bağımsız olup sonradan bir şeyin ayrılmaz parçası haline gelen taşınır üzerinde satıcının mülkiyet hakkı sona erer. (BGE 40 II 109; 76 II 28)

aa. Alıcı taşınırı ayrılmaz parça haline sokmuşsa satıcı ayrılmaz parçanın haksız zenginleşme ve haksız fiil hukukuna göre sökülüp kendisine geri verilmesini isteyebilir. (aynen iade -aynen tazmin) Satıcının bu söküp alma hakkı iyi niyetli zilyedin ius tollendi'sinden farklı olarak şahsi bir haktır.

bb. Taşınırı ayrılmaz parça haline sokan alıcı asıl şeyi bir üçüncü kişiye satıp teslimetmişse veya alıcının taşınırı satıp teslimettiği üçüncü kişi taşınırı ayrılmaz parça haline getirmişse (dikkat edilsin ki burada asla bağıllık ilkesinin iyi niyetin korunması ilkesine ön gelmesi sayesinde üçüncü kişi ayrılmaz parça haline gelen taşınıra kötü niyetli bile olsa malik olmaktadır) taşınır



üzerinde mülkiyet hakkını saklı tutmuş olan satıcı haksız zenginleşme dâvasını ancak alıcısına karşı açabilir, yoksa üçüncü kişiye karşı değil. Çünkü üçüncü kişinin zenginleşmesi ile satıcının fakirleşmesi arasında vasıtasız bir illiyet rabitası yoktur. Satıcı kötü niyetli bir üçüncü kişiye karşı olsa olsa haksız fiil dâvası açabilir.

2) Ayrıntı bağımsızlık özelliği sayesinde mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına konu olabilir. Ne var ki asıl şeyin alıcı tarafından iyi niyetli bir üçüncü kişiye kazandırılması halinde satıcı saklı tuttuğu mülkiyet hakkını yitirir. Eğer üçüncü kişi asıl şeyi kendisine kazandıran kişinin ayrıntıya malik olmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ayrıntıyı teslim almakla bu ayrıntı üzerinde mülkiyet hakkını kazanamayacağı gibi iyi niyetli bile olsa ayrıntı kendisine teslim edilmedikçe buna malik olmuş sayılmaz. (Krs. TEKİNAY, 283 v. d., aksi görüşte MEIER - HAYOZ, ZGB 644 - 645 N. 41).