

## MENKUL EŞYANIN İKTİSABINDA GÖRÜNÜŞE İTİMAT PRENSİNİN EHEMMİYETİ

Doçent Dr. Turhan ESENER

Malik olmayan bir kimseden hüsnüniyetle birşeyi iktisap eden kimsenin malik muvacehesinde himaye edilip edilmeyeceği meselesi Medeni Hukukun en klâsik problemlerinden birisini teşkil eder. Meselâ, A, bisikletini B ye kiraya vermiş, B ise bunu kendisini bisikletin maliki zanneden hüsnüniyetli C ye satmıştır.

Yine, A nın sokakta kaybettiği saatini bulan B bundan haberi olmayan hüsnüniyetli C ye saati devretmiştir.

Nihayet A çok kıymetli san'at eserlerine malik olduğunu harice göstermemek için bütün tablolarını B ye muvazaalı olarak devretmiştir. B ise A ile yaptığı anlaşmayı suiistimal ederek tabloları C ye satmıştır.

Verdiğimiz şu basit misallerde acaba C hüsnüniyetle, kendisinden beklenen bütün dikkat ve ihtimamı göstermiş olmasına rağmen B nin hakiki malik olmadığını bilmiyerek, iktisap ettiği şeylerin mülkiyetini iktisap edebilecek midir? Hukuk tarihinin tekâmülü boyunca problemin aynı kalmasına mukabil hâl şekli muhtelif prensiplerin tesiri altında farklı olmuştur.

Roma Hukukunda kabul edilmiş olan prensibe göre şeyin maliki olmayan kimse o şeyin mülkiyetini başkasına nakledemez, «nemo plus iuris transferre potest, quam ipso habet» 1). Binaenaleyh Roma Hukuku sistemine göre yukarıda verdiğimiz misallerde C, bütün hüsnüniyetine rağmen bisiklet, saat, veya tabloların mülkiyetini iktisap edemeyecektir. Diğer bir tâbirle bu gibi hallerde şeylerin maliki olarak kalmaktadır. Bunun malik neticesi olarak A, şeyi, hüsnüniyetle iktisab etmiş olan C den istirdat edebilecektir. 2).

Modern Hukuk, Roma Hukukunda cari olan telâkkiyi red ederek prensip itibariyle hüsnüniyetli üçüncü şahısların iktisaplarını himaye etmeye mütemayil görünmektedir. Yukarıda verdiğimiz misallerin hiç değilse bir ve üçüncü misalde C, sanki B hakiki malik imiş gibi, bisiklet veya tabloların mülkiyetini iktisab edecektir. Hakiki malik A ise bunların mülkiyetini kaybedecek, fakat B den zarar ve ziyan talep edebilecektir.

1) Homberger - Marti, Propriété mobilière, FJS 070, s. 3.

2) rei vindicatio.

Medeni Kanunumuz menkul malların iktisabında hüsnüniyetli üçüncü şahısları himaye etmek maksadıyla bazı hükümler vazetmiş bulunmaktadır. Medeni Kanunumuzun 687 inci maddesinin ikinci cümlesine göre «bir kimse bir menkulü hüsnüniyetle ve malik olmak üzere teşellüm ettikte mülkiyetini iktisap etmiş olur. Velew ki intikali yapan kimse o menkulün sahibi olmasın».

Aynı kaide rehin akdinde de teyit edilmiş bulunmaktadır. Filhakika, 853 üncü maddenin ikinci cümlesine göre bir menkulü hüsnüniyetle rehin olarak kabul eden kimse o menkul üzerinde rehinin tasarruf hakkı bulunmasa da rehin hakkını iktisab eder.

Bu husustaki en mühim kaide, zilyetlik hakkının himayesi dolayısıyla Medeni Kanunumuzun 901 inci maddesinde vazedilmiştir. «Bir menkulün, emin sıfatı ile zilyedi olan kimseden hüsnüniyetle mülkiyeti veya aynı herhangi bir hakkı iktisap olunursa, o kimsede bu tasarrufları icra mezuniyeti olmasa bile, iktisap muteber addolunur».

Müşahede edileceği veçhile, 901 inci madde Fransız Medeni Kanununun 2279 uncu maddesinde vazedilmiş bulunan «en fait de meubles, la possession vaut titre» kaidesi üzerine hüsnüniyetin himayesi prensibini inşa etmiştir. Esasen, Medeni Kanunumuzun 898 inci maddesi de, sarahaten «menkul bir şeyin zilyedi onun maliki addolunur» demektedir.

Ancak, Medeni Kanunumuz işbu 901 inci maddesinde hüsnüniyetli müktesibi himaye ederken bu prensibe 902 inci maddede bazı mühim istisnalar vazetmiş bulunmaktadır. Filhakika, mezkûr maddeye göre «yedinden sirkat olunan veva kendisi tarafından gaib edilen veya rızası olmaksızın diğer herhangi bir suretle elinden alınan bir menkulün zilyedi beş sene müddet zarfında istihkak davası ikame edebilir».

Şu halde menkullerin hüsnüniyetle iktisabında Medeni Kanunumuz mülkiyeti mevzu bahis olan şeyin emanet bırakılıp bırakılmaması esasına göre bir tefrik yapmaktadır. Emanet bırakılmış şeylerde (anvertraune Sachen) kaide hüsnüniyetli üçüncü şahsın himaye edilmesidir. Bu halde bir menkul malın zilyetliği zilyedin iradesiyle başka bir şahsa devredilmektedir (freiwilliger Besitzverlust). Diğer bir tâbirle, şeyi emin sıfatıyla elinde bulunduran kimsenin zilyetliğinin esasını o şeyin malikinin iradesi teşkil eder. Meselâ kira, ariyet, vedia, rehin akitlerinde olduğu gibi. Bu hallerde zilyedin iade mükellefiyeti mevcuttur. 3).

Malik bu gibi hallerde şeyi hüsnüniyetli üçüncü şahıslardan istirdat edemez. Zira İsviçre Hukukunda yerleşmiş bir tâbirle bir kimse hüsnüniyetini bıraktığı

3) Homberger, Kommentar zum schweiz. ZGB, Das Sachenrecht, Zürich, 1938, Mad 933, No. 15, s. 90.

yerde aramalidir. «Du must deinen Glauben suchen, wo du ihn gelassen» 4). Kanunumuzun şu sistemi mucibince yukarıdaki birinci misalde bisikleti hüsnüniyetle iktisap etmiş olan C, A'nın muhtemel bir istihkak talebine karşı himaye görmektedir.

Buna mukabil kanunumuz çalınmış ve kaybedilmiş şeylerde hüsnüniyetin himayesi prensibinden ehemmiyetli surette inhiraf etmektedir. Kaybedilmiş veya çalınmış şeyler malikin iradesi olmaksızın başka bir kimsenin zilyetliğine dahil olmuşlardır. (Unfreiwilliger Besitzesverlust). Burada bir kimsenin hüsnüniyetini bıraktığı yerde araması mümkün olmadığından o kimse şeyi bulduğu yerde istihkak edebilmelidir 5).

Şu halde yukarıki ikinci misalimizde C, hüsnüniyetine rağmen malikin beşene içerisinde istihkak davası ikamesine ve saati istirdat etmesine mâni olamayacaktır.

İlk bakışta basit ve âdilâne görülen bu sistem son zamanlarda bazı tenkitlere maruz kalmıştır 6). Kanunumuzun ihtiyar ettiği tefrik acaba hakkaniyete ve modern hukukun prensiplerine uygun mudur?

Prof. Piotet'nin işaret ettiği veçhile birçok hallerde bir kimsenin bir menkulünü kaybetmesi o kimsenin ihmalden ileri gelmektedir. 7). Binaenaleyh, bir ormanda piknik yaparken ceketini kaybeden kimsenin neden ceketini temizlemeye veren şahıstan fazla himaye görmektedir? Keza, hakkaniyet kaideleri saatini tamir için saatçiye bırakan kimsenin saatini dalgınlığı neticesi gece geç vakti bir kahvehanede düşürerek kaybeden kimse kadar himaye edilmesini icap ettirir. Halbuki Medeni Kanunumuzun sistemine göre saatin tamir için bırakıldığı saatçiden satın alan C, in iktisabı saatin sahibine nazaran himaye gördüğü halde kahvehanede düşürülen saati bulan kimseden yine hüsnüniyetle alan C, malik müvacehesinde himayesiz kalmakta ve görünüşe itimadında sukutu hayale uğratılmaktadır.

Başka bir misal alalım: A, yüzüğünü bir kuyumcuya bıraksa ve kuyumcu B bunu başka bir yüzükle karıştırarak C ye satsa C'nin hüsnüniyeti himaye edilecektir. Halbuki kuyumcu masasının üzerinde dalgınlıla unuttuğu aynı yüzüğü bir müşteri gizlice alarak C ye satsa C'nin hüsnüniyeti himaye edilmeyecektir. Halbuki hakkaniyet her iki halde de problemin aynı şekilde halledilmesini icap et-

4) Homberger a.g.e., Mad 933, No. 16, s. 91.

5) Homberger, a.g.e., Mad 934 No. 1, s. 100. «Er kann seinen glauben nicht dort suchen, wo er ihn gelassen, sondern er muss sich an seine Sache halten, wo er sie findet.

6) Piotet, La formation du contrat, Bern, 1956, s. 136 not 4 ve L'acquisition d'une chose mobiliere alinéé, Revue suisse de jurisprudence (SJZ) 55 (1959), s. 285 ve mütea.

7) Piotet, a.g.m., s. 288.

tirmektedir. Zira her iki halde de A, yüzüğünü kusuru aşikâr bir kuyumcuya emanet etmiştir ve her iki halde de C nin hüsnüniyetinde problemin başka türlü halledilmesini icap ettiren herhangi bir değişiklik yoktur.

Piotet medeni kanunun hüsnüniyetli üçüncü şahısları malik aleyhine olmak üzere fazla himaye ettiği kanaatindedir. 8). Bu hal hüsnüniyetle üçüncü şahısların ivazsız iktisaplarında kendisini gösterir. Filhakika kendisine bir şey emanet bırakılmış olan kimse o şeyi bir dostuna (C) hediye etse C nin iktisabı himaye edilmektedir. Bunun için Piotet'ye göre Roma Hukukunda cari olan prensibi **de lege ferenda** kabul etmek en doğru hal çaresidir. 9). Bir defa bu sistem gayet basittir. Bütün hallerde A mülkiyeti kaybetmemekte ve C hüsnüniyetli olsa bile C den menkul malı istirdat edebilmektedir. Olsa olsa A, C nin bu yüzden uğradığı zararı tazmin edebilir. Bu müellife göre, teklif edilen hal çaresi basit ve sarih olmak gibi avantajlara malik olduğu gibi aynı hakların karakterine de uygundur.

De lege ferenda Piottet'nin teklif ettiği sisteme iştirak etmeye imkân yoktur. Modern hukuk prensipleri, görünüşe itimat ederek hukuki bir muamele akdetmiş olan kimsenin himaye edilmesini âmirdir. Hususiyle ticari muamelelerde emniyet prensibi bihakkın görünüşe itimat eden bir kimsenin iktisabının himaye edilmesini icap ettirir. Aksi halde ticari muamelâta emniyet kalmaz. Hususi hukuk sahasında son zamanlarda gittikçe revaç bulan itimat prensibi şüphesiz B nin tanınabilen iradesini tefsir ederek onun hakiki malik olmadığını farketmemiş veya farkedememiş olan hüsnüniyetli C nin himaye edilmesi gerektiği hususunu teyit eder 10). Tuor'un da ifade ettiği veçhile 11), zilyetlik açıklanmış bir durum olduğuna göre şeyin zilyedi olan kimse ile bir hukuki münasebet tesis etmiş olan kimsenin zilyedi her türlü tasarrufa ehil olarak kabul etmeye hakkı olmalıdır.

Arzettiğimiz şu mülâhazalara binaen kanaatimizce **de lege ferenda** kabul edilebilecek sistem, 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanununun 142 inci maddesinde kabul ve teyit edildiği veçhile, tefrik yapmaksızın görünüşe itimat eden hüsnüniyetli üçüncü şahısları himaye eden sistemdir. Ticari muamelelerde emniyet ve görünüşe itimat prensipleri ancak bu sistem dahilinde tahakkuk ettirilebilir.

Nitekim zilyetliğin devrini iradeye istinat ettirmeyen bu sistem Borçlar Kanunumuzun bir alacağı hüsnüniyetle temellük eden üçüncü şahısların himayesi

8) Piotet, a.g.m., s. 289.

9) Piotet, s. 290.

10) Esener, Borçlar Hukuku sistemimize göre akıtların inikadında itimat prensibinin ehemmiyeti, Ank. Huk. Fak. Der., 1952, c. IX, sayı 3-4, s. 173.

11) Tour, Das schweiz, ZGB, Zürich, 1953, s. 439.

hususunda vazettiği sisteme de uygundur. Filhakika, Borçlar Kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre «tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisap eden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa dermeyan olunamaz».

Bu maddede derpiş edilen hal şudur: A, B ye karşı borçlu olmadığı halde meselâ kredisini yükseltmek için muvazaalı olarak bir borç senedi tanzim etmiştir. Fakat B, A ile arasındaki borç münasebetinin muvazaadan ibaret olduğundan haberdar olmayan C ye alacağı temlik ediyor. Hüsünîyetli C alacağı temellük eden sıfatıyla borçludan tediye talebinde bulunursa borçlu A muvazaa dermeyan edemeyecektir.

Görüldüğü veçhile, B muvazaalı alacağı hüsünîyetli bir üçüncü şahsa, C ye, temlik edince C, A dan tediye talebinde bulunabilir. Böylece temlik ânından itibaren A ile alacağı hüsünîyetle temellük eden C arasında yeni ve BORÇLUNUN İRADESİNE İSTİNAT ETMEYEN bir hukuki münasebet vücade gelmektedir 12). A hakikat halde B ye karşı borçlu olmadığı halde mevcut olmayan alacağı hüsünîyetle temellük eden C nin borçlusu durumuna düşmektedir.

Hüsünîyetli üçüncü şahısların himayesi hususunda Medeni Kanunumuzun malikin zilyetliğin kaybı ânında iradesinin bulunup bulunmayışına göre yaptığı tefrikten neş'et edebilecek mahzurları bertaraf etmek için Piotet bazı mülâhazalar ileri sürmektedir. 13). Bu hukukçuya göre hususi hukukumuz kusura istinat eden mesulivete istinat etmektedir. Kusursuz mesuliyet halleri ise istisnai olarak kabul edilmiştir. İşveren müstahdemin kusurlu hareketi neticesi ika ettiği zarardan, borcunu bir başkasına ifa ettiren kimse bu borcun kusurlu ifasından nasıl mesul ise malik de yardımcı ve muavin şahısların hareketlerinden mesul olarak şeyi istirdat etmek hakkını kaybetmelidir. Böylece çalınmış veya kaybedilmiş olan şeyleri hüsünîyetle iktisap etmiş olan kimse bir dereceye kadar himaye edilmiş olacaktır. Borçlar Kanununun 44 üncü maddesinde kabul edilen sistem hatırlanırsa mutazarrır olan tarafın zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkimin, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebildiği görülür. Binaenaleyh kusurlu malik muvacehesinde tamamen kusursuz olan üçüncü şahsı himaye etmek lâzımdır. A, maliki olduğu şeyin kaybolmaması veya çalınmaması için kusurludur ve bunun neticelerine katlanması icap eder. Meselâ bir kimse hiçbir tedbir almayarak gece bisikletini ıssız bir yerde bırakarak çaldırsa ve bu bisikleti bir üçüncü şahıs hüsünîyetle satın alsa malik ihmalinin neticelerine katlanmalıdır. Malikin

12) Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, 1956, s. 128. Yine bk. von Tuhr-Siegrwart, Allg. Teil des Schweiz Obligationenrechts, Zürich, 1944, s. 813.

13) Piotet, a.g.m., s. 291.

şeyi istihkak talebi hakkın suiistimalini teşkil eder. Hakkın suiistimali fikri kabul edilmese bile hüsnüniyetli üçüncü şahsa haksız fiile müstenit bir tazminat hakkı tanınabilir. Filhakika, üçüncü şahıslara karşı aldatıcı bir görünüş yaratmak haksız fiilin 4 üncü unsuru olan haksız veya hukuka aykırı bir harekettir. Vaziyet Borçlar Kanununun 26 ıncı maddesinde derpiş edilen hale çok benzemektedir. (**Culpa in contrahendo**). Her iki halde de bir hakkın kusurlu olarak kullanılması neticesi üçüncü şahsa bir zarar ika edilmektedir. Keza, her iki halde de zarar gören kimse kusurlu olarak yaratılan bir görünüşe itimat etmektedir. Hülâsa Piotet malikin kusurlu bir hareketi neticesi çaldırıldığı veya kaybettiği bir malı istirdat etmek gayesiyle ileri süreceği istihkak talebini hakkın suiistimali olarak kabul etmekte ve bu fikir kabul edilmeyecek olursa malikin ihmalkâr hareketi neticesi hüsnüniyetli üçüncü şahsa verdiği zararı tazmin etmesi lâzım geldiği fikrini müdafaa etmektedir. 14).

Medeni Kanunumuz para ve hâmile muharrer senetleri hüsnüniyetle iktisap eden üçüncü şahısları en mükemmel şekilde himaye etmiş bulunmaktadır. 903 üncü maddeye göre «Zilyedin rızası olmaksızın elinden alınan parayı ve hâmile muharrer senetleri hüsnüniyetle iktisap etmiş olan kimse aleyhine istihkak davası ikame olunamaz.»

İsviçre Federal Mahkemesi 1957 tarihli bir kararında 15), Oftinger'in de kanaat ve tavsiyesine uygun olarak 16), dikkatsizlikle hâmile muharrer senetlerini kaybetmek suretiyle zarara giren malikin hüsnüniyetli müktesip aleyhine açtığı tazminat davasını reddetmiştir. Hâdise şu idi: 115 000 Frank değerindeki hâmile muharrer senetlerini evindeki kasadan çaldıran B bunların aded ve numaralarını banka ve polise ihmal veya vergi sebebiyle bildirmemiştir. Bir sene sonra bir şahıs sahte hüviyetle kendisini takdim ederek mezkûr senetleri rehin vererek mukabilinde 100 000 Frank almıştır. Vaziyeti öğrenen B bankadan senetlerin iadesini ve hiç değilse zarar ve ziyanının tazminini talep etmiştir. Federal Mahkeme herşeyden evvel eski içtihatlarına istinat ederek, ahval ve şeraite göre hâmile muharrer senetleri iktisap eden veya rehin alan bankanın ancak diğer âkit tarafın şahsı üzerinde şüpheye düştüğü takdirde onun tasarruf selâhiyetini araştırmakla mükellef olduğunu beyan etmiştir 17). Hâmile muharrer bir senedin zilyedi tasarruf selâhiyetini haiz olduğu karinesinden istifade eder. Bu bakımdan banka senetleri hüsnüniyetle rehin olarak almıştır.

Diğer taraftan davacılar ihmalkâr hareket ederek senetlerin satımı veya rehin verilmesi ihtimaline karşı tedbir ittihaz etmemişlerdir. Bu bakımdan da ban-

14) Piotet, a.g.m., s. 292-294.

15) RO 83 II 126, «Blondin/Banque Cantonale Vaudoise».

16) Oftinger, Das Fahrmispfand 1952, Mad 884, No. 380, s. 224.

17) RO 38 II 190,70 I 106,72 II 251.

kanın hüsnüniyetinin şiddetle takdir edilmesini talep etmeye hakları olmamalıdır. Kendi hakkını siyanet için zamanında tedbir almamış olan kimse hâmile muharrer senetleri hüsnüniyetle iktisap etmiş şahıs veya rehinli alacaklı aleyhine suiniyet iddia edemez. Keza, bir kimse bizzat kendi ihmali yüzünden maruz kaldığı zararın tazminini talep edemez.

Görüldüğü veçhile, Federal Mahkeme görünüşe itimat ederek hukuki münasebete girişen hüsnüniyetli üçüncü şahısları âzami miktarda himaye etmek temayülünü göstermektedir.

Nihayet en başta verdiğimiz misallerden üçüncüsünü tekrar ele alalım. Tabloların maliki olan A bu tabloları hüsnüniyetle iktisap etmiş olan hüsnüniyetli C ye karşı muvazaa dermeyerinde bulunamaz. C, Medeni Kanununun 901 ve 687 inci maddelerine tevfikan tabloların mülkiyetini iktisap etmiştir. Böyle bir halde A, B den haksız mal iktisabı kaidelerine binaen C den aldığı satış bedeli ile bazı ahvalde Borçlar Kanununun 41 inci maddesine istinaden bir tazminat talep edebilir.

Buna mukabil, kanunda hüsnüniyetli üçüncü şahısların himayesi hakkında bir hüküm mevcut bulunmadığı hallerde muvazaa dermeyeran edilebilir. Meselâ, A evini muvazaalı olarak B ye ferağ etmiş ve B de bu evi hüsnüniyet sahibi C ye kiralamışsa A, kiracı ve C ye karşı hakiki malik olduğunu dermeyeran edebilir. Böyle bir halde, muvazaa sebebiyle muamelenin hükümsüzlüğü hüsnüniyetli üçüncü şahsa karşı ileri sürülebilir demektir. C olsa olsa B den kira akdini yerine getirmediğinden dolayı bir tazminat talep edebilir.

Schwarz'ın da haklı olarak dediği gibi 18) bu hal tarzı hüsnüniyetli şahısların himayesi bakımından tatmin edici değildir. Avusturya Medeni Kanununun 916 inci maddesine benzer bir hüküm vazı suretiyle görünüşe itimat ederek bir hak iktisap etmiş olan hüsnüniyetli üçüncü şahsa karşı muvazaa dermeyeran olunamayacağını kabul etmek maksada elverişli olacaktır.

---

18) Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, 1948, s. 295.