

MÜLKİYETİ MUHAFAZA MUKAVELESİNE MÜTEALLİK UMUMİ MÜLÂHAZALAR VE BU MÜESSESENİN HUKUKİ MAHİYETİ

Doçent Dr. Halid Kemal Elbir

- § 1. Umumî malûmat: I. Tarif. — II. Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin iktisadî ve hukukî rolü. — III. Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin mahzur ve faydaları. — IV. Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin genişlemesi ve onun yerine müracaat olunan yollar. — V. Tarihçe.
- § 2. Metinlere kısa bir nazar: I. Metinler. — II. Metinlerin İsviçrede hazırlanışı. — III. Türkiyede nizamname ve tamimlerin bulunmaması.
- § 3. Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hukukî mahiyeti: I. Müessesenin meydana gelmesi. — II. Mülkiyeti nakil keyfiyetinin bağlandığı şartın mahiyeti.

§ 1. Umumî malûmat

I — TARİF.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesini tanzim eden M.K., m. 688 mucibince :

«Başkasına naklettiği mülkiyeti nakilin uhdesinde hıfz için yapılan mukaveleler ancak menkulü alan kimsenin ikametgâhındaki noter tarafından tasdik ve sicilli mahsusuna kaydedilmiş ise muteber olur».

«Hayvanlar hakkında bu suretle mukavele yapılması memnudur.» Keza M.K., m. 689 : «Taksit ile mal satan kimse mülkiyeti muhafaza mukavelesine istinad ile sattığı malın iadesini ancak almış olduğu taksitlerden malın kullanılmakla eskimesinden mütevellit tazminat ve münasip bir ücret mikdarını tenzil ederek, mütebakiyi geriye vermek şartile talep edebilir.» demektedir.

M. K., m. 688 deki ifade tarzından hareket etmek suretile, *Türk Hukuk Lûgatı*, mülkiyeti muhafaza mukavelesini : «Başkasına naklettiği mülkiyeti nakleden kimsenin uhdesinde saklamak için yapılan mukavele» diye

tarif etmiştir¹. Halbuki bu müessesenin hukukî mahiyetini tetkik ederken göreceğimiz sebepler dolayısıyla² mülkiyeti muhafazayı şu surette tarif edebiliriz :

«Alıcıya teslim edilmiş olmasına rağmen, mebiin mülkiyetini, muayyen bir şartın tahakkukuna kadar satıcıda mahfuz tutan mukaveleye mülkiyeti muhafaza mukavelesi denir.»

Bu tariften de anlaşılacağı veçhile; mülkiyeti muhafaza mukavelesinde, satıcı alıcıya mebi teslim etmekte, fakat muayyen bir şartın tahakkukuna kadar, mebi üzerindeki mülkiyet hakkını mahfuz tutmaktadır. Mülkiyetin intikali keyfiyetinin talik edildiği şart ta ekseriya kredi ile satışlarda semenin ve (kredi ile satışların hususî bir nevi olan) taksit ile satışlarda taksitlerin tediyesidir³.

Mülkiyeti muhafaza kaydının hukukî tefekkürde arzettiği fikrî spekülâsyon şayanı dikkattir : Teslim fiilinin akitten müstakil oluşundan hareket etmek suretile, mülkiyeti nakledici muamelenin şarta bağlı bulunabileceği kabul, hukukî bir netice olan mülkiyetin nakli keyfiyeti, fiilî teslim keyfiyetinden ayrı mütalâa olunarak, teslim vukubulsa dahi bu neticenin geciktirilebileceği kaidesi vaz edilmektedir.

Fakat müessese sadece fikrî bir değer olarak kalmamakta, amelî sahada, mühim faydalar sağlayacak bir hukukî konbinezon olduğunu da göstermektedir.

II — MÜLKİYETİ MUHAFAZA MUKAVELESİNİN İKTİSADİ VE HUKUKİ ROLÜ.

1 — Umumî olarak.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, kredi ve bilhassa taksitle alım satım muamelelerinin son asır içinde iktisab ettikleri yeni iktisadî ehemmiyetin

1) Türk Hukuk Lügati, s. 255. Lâtince : *pactum neservati domni*, fransızca : *pacte de réserve de propriété*; almanca : *Eigentumsvorbehalt*; ingilizce : *reservation of ownership*.

2) Bk. § 3.

3) Tafsilât için bk. § 3. — *Rühl*, şöyle bir tarif vermektedir : «geniş mânada mülkiyeti muhafaza mefhumundan; menkullerin mülkiyetini nakilde koşulan ve mülkiyetin müktesibe (nadiren bayle rücuu) geçmesini, temlike mesnet olan bey aktinden mütevellit mükellefiyetlerin ifasına yahut ademi ifasına tâbi tutan şart anlaşılır» (*Dr. H. Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, Berlin 1930, s. 7. Dr. G. Gültekin, Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, 1947, s. 13 ten naklen*).

meydana getirdiği bir müessese olarak telâkki edilebilir⁴. Malûm olduğu üzere, peşin tediye ile satış eski hukuk ve iktisat nizamlarının umumî bir temayülüdür. Zamanla ve bilhassa para iktisadiyatının gelişmesiyle alım satım akti muhtelif veçheler iktisab etmiştir. Peşin ve karşılıklı ifa suretile vukubulan parça alım satımları yerine, nevi alım satımları, müzayede ile satışlar gibi tipler kaim olmuştur. Kredi üzerine satış muamelesinin kabulü, yeni tekâmülleri mümkün kılmıştır⁵. Öyle ki, bugün kredi ile alım satımın iktisab ettiği umumilik karakterini bazı modern kanunlardan dahi istihraç etmek mümkündür : Alım satımda ifa zamanını tayin eden B.K. m. 182: «Hilâfına âdet veya mukavele mevcut değil ise» satıcı ile alıcının borçlarını aynı zamanda ifa etmelerinin gerektiğini bildirirken, mühim bir ihtirazî kayıt vaz etmiş, aynı zamanda ifa mükellefiyetini bir hayli zayıflatmıştır. Kredi ile alım satımın modern iktisat ve hukukta elde ettiği değer, Fransız M.K. m. 1583 hükmünde daha açık bir surette görülmektedir. Mezkûr hükme göre : «Mebi ve semen hususunda mutabık kalındığı anda, *mebi henüz teslim ve semen tediye edilmemiş olsa dahi*, alım satım taraflar arasında tam ve mülkiyet satıcı muvacehesinde alıcı tarafından iktisab edilmiş olur.»

Kredi ile alım satımlarda, semenin tamamen tediyesi istikbale talik edilerek mebi alıcıya derhal teslim edildiği halde, taksitle alım satımlarda, bu tediyesi ileriye bırakılan semen bir defada değil, fakat muayyen miktar ve zamanlarda ödenecek taksitlere bölünmüştür⁶.

Kredi ile ve bilhassa taksitle alım satımların gerek satıcı, gerek alıcı zaviyesinden bir çok faydaları vardır. Satıcı bakımından, bu nevi satışlar sayesinde müşteri miktarı çoğalmakta⁷, rasyonel bir tanzim sayesinde talep muayyen bir seviyede tutulabilmekte ve gene bu nevi satış büyük ticarî taarruzları, meselâ seri suretile otomobil, makine imalini mümkün kılmaktadır⁸. Alıcı bakımından, bu tarz satışlar, semen kısmen veya tamamen tediye edilmediği halde mebiden derhal istifade etmeği, daha üstün vasıfta ve bir defada tediyesi imkânsız bulunan yüksek fiatta mallar almayı imkân dahiline sokmaktadır⁹.

4) *Ludwig Enneccerus - Heinrich Lehmann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, C. II, Lehmann tarafından 13. bası, Tübingen 1950, § 118, s. 459.

5) Bk. *Henri Decugis*, Les étapes du droit, Paris 1946, C. I, s. 179, 180.

6) *Valy Degoumois*, La vente a tempérament et ses remèdes, La Chaux-de-Fonds 1942, s. 9.

7) *Degoumois*, a. g. e., s. 28.

8) *Degoumois*, a. g. e., s. 30.

9) Tafsilât için bk: *Hazım Atıf Kuyucak*, Taksitli satışların fayda ve mahzur-

Bu faydalara mukabil, taksitle ve kredi ile satışın iktisadî sahada arz ettiği mahzurlar da bir hayli çoktur. Satıcı zaviyesinden, alacaklar parçalanmış ve yayılmış bir manzara arz etmekte, umumî masraflar çoğalmakta ve muhasebe daha karışık bir vaziyet almaktadır¹⁰. Alıcılar yönünden ise, satış fiatları daha yüksek tutulmakta, alıcı, taksitlere veya vadeye güvenerek, kudretinden üstün bir semen borcu yüklenmekte, daima mebiin geri alınması tehlikesi karşısında bulunmaktadır¹¹.

Bütün bu iktisadî fayda ve mahzurlarile birlikte, kredi ile ve taksitle satış, bir realite olarak mevcut bulunduğu gibi, gitgide artan bir tatbik alanı kazanmaktadır. Gerçekten, evvelâ daha ziyade ev eşyası ve bilhassa dikiş makineleri satışında tevessül edilen bu usuller¹² otomobillerin ortaya çıkmasıyla onlara tatbik edildikten sonra bugün bilcümle menkul eşyada caridir. Frijider ve radyo satışlarından tutunuz da ziraat makinesi ve fabrika levazımına kadar kredi ile ve bilhassa taksitle satışa mevzu olmayan hiç bir şey kalmamıştır¹³. Bu tarz satışın bilhassa tekemmül ettiği Amerika Birleşik Devletlerinde «chewing gum» ve «corned beef» ten gayri her şeyin taksitle satışa mevzu teşkil ettiği söylenmektedir¹⁴.

Kredi ve taksitle alım satımların en büyük mahzuru satıcının semen alacağını elde edememesidir. Her kredi hâdisesinde olduğu gibi bu muamelelerin temelini «itimât» teşkil etmektedir. İlk kredi veya taksitle satış yapanlar, *apriori*, insanları namuslu ve borcunu öder telâkki etmişlerse de, çok geçmeden, istikbale terk ettikleri alacaklarını elde edemediklerini görmüşler ve bunu temin zımında çarelere baş vurmak ihtiyacını hissetmişlerdir¹⁵.

İşte tevessül olunan çarelerden birini de mülkiyeti muhafaza mukavelesi teşkil eylemektedir. Ve bu sebeple mülkiyeti muhafazaya, «iktisadî

ları, İktisadî Yürüyüş, 1943, sayı 87; *De Meester ve De Mortier*, De la réserve de propriété et de la vente à tempérement, Namour, Paris, 1931, s. 155 v. d.; *Degoumois*, a. g. e., s. 32 v. d.; *İsmet Alkan*, Taksitle satış, İktisadî Yürüyüş, 1945, sayı 137.

10) *Degoumois*, a. g. e., s. 38 v. d.; *Kuyucak*, a. g. makale.

11) *Degoumois*, a. g. e., 41 v. d.; *Kuyucak*, a. g. makale.

12) Bir dikiş makinesinin taksitle satışına dair bk. *Yarg. IV. H. D. 937/3055*, tarih : 1.XI.933, *Cevat Abdürrahim Gücün*, Nazari ve ameli hukuk dâvaları, C. II, İst. 1946, s. 31 v. d.

13) Bu seyir için bk. *Charley del Marmol*, La clause de réserve de propriété dans les ventes de meubles et la protection du vendeur, Ann. de Drt. Comm. 1939, bilhassa s. 181 - 191.

14) *Degoumois*, a. g. e., s. 7.

15) *Degoumois*, a. g. e., s. 11.

metodların tekâmülü sayesinde ortaya çıkan bir yenilik»¹⁶ nazarile bakılabilir.

2 — Kredi ile veya taksitle satışların tehlikesini bertaraf etme bakımından müracaat edilen başlıca akit kayıtları.

İktisadî bakımdan arzettikleri mahzurlardan bazılarını zikretmekle iktifa ettiğimiz taksitle satış, ve umumiyetle kredi ile satışın, satıcı için en büyük mahzur ve tehlikesi semenin tamamen tediye edilmemesi halidir. Bu tehlikeyi bertaraf etmek gayesile, bu tarz satışlarda bazı kayıtlar kabul edilerek satıcının vaziyetini kuvvetlendirmeğe çalışılmaktadır.

Bu kayıtların başlıcalarını şöyle sıralayabiliriz :

a) *Muacceliyet kaydı (la clause d'échéance, Fällingkeistklausel) :*

Taksitle satışlarda mevzu bahis olan bu kayda göre, alıcı taksitlerden birini veya bir kaçını tediye temerrüt ederse, semen borcunun tamamı muacceliyet kesbedecektir. Bu şartı Borçlar Kanunu muteber telâkki etmekle beraber, alıcıyı korumak gayesile, âmir mahiyette bir hüküm sevk ederek, tahdit etmiştir. B.K. m. 224 e göre : «Taksitlerin birinin tediye edilmemesi halinde semenin mecmuunun muacceliyet kesbetmesi şart edilmişse satıcının bu şarttan istifade edebilmesi alıcının iki mütevali taksiti vermekten temerrüt etmesine ve bu iki taksit mecmuunun semenin en aşağı onda birini teşkil eylesine mütevakkıftır».

b) *Tediye edilen taksitlerin istirdat edilmeyeceği kaydı (la clause de déchéance, Verfallklausel, Verwirkungsklausel) :*

Aktin, ademi tediye dolay feshi takdirinde, tediye edilen taksitler alıcı tarafından talep edilmeyecektir. Alıcı için bir hayli tehlikeli olan bu şartı Borçlar Kanunu muteber telâkki etmemekte ve aktin feshi halinde, alınan taksitlerin iadesini emrederek, alıcı lehine bir hüküm vazeylemektedir (B. K. m. 222, 223).

c) *Fesih kaydı :*

Alıcı tediye mütemerrit ise, satıcı akti feshedebilme hakkını mahfuz tutmaktadır (B.K. m. 222, 223).

16) *De Meester ve De Mortier, a. g. e., s. 1.*

d) *Mülkiyeti muhafaza kaydı :*

Teslim edilmiş olmasına rağmen, mebiin mülkiyeti alıcıya, ancak semenin tamamı ödendikten sonra intikal edecektir (M.K. m. 688, 689; B.K. m. 222, 223)¹⁷.

3 — **Bu kayıtlar karşısında mülkiyeti muhafaza kaydının değeri.**

Kolayca anlaşılabilceği gibi, bu esas şartlar arasında satıcıyı en fazla himaye edecek mahiyette bulunanı mülkiyeti muhafaza kaydır. Bu kayıt¹⁸, satıcıya, mebi üzerinde mevcut mülkiyet hakkının mahfuziyetini temin etmek suretile, kendisine, semenin veya taksitlerin ademi tediyesi halinde bir aynî hak kullanma selâhiyetini verdiği halde, diğer şartlar halinde, satıcı, sadece nisbî bir hak sahibidir.

III — MÜLKİYETİ MUHAFAZA MUKAVELESİNİN MAHZUR VE FAYDALARI.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi gerek iktisadî, gerek hukukî cepheden bir çok mahzur ve faydalar arz etmektedir.

1 — **Mahzurlar :**a) *İktisadî cepheden:*

1) Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, kredi ve bilhassa taksitle satışları çoğaltacak bir vasıf taşıdığı için tenkit edilmektedir. Bilhassa taksitle satışın hitab ettiği kitle, daha ziyade kredisiz olanlardır. Mevzuubahis sosyal sınıf, mahdut ve muayyen gelirli ferdlerden müteşekkildir. Bu nevi satışlarda alıcı mevkiinde ekseriya işçi ve memurlar bulunur. Bunların yanında, ev kurmak mecburiyetinde olup, kâfi sermayeye sahip bulunmayan yeni evliler ile ufak bir sermaye ile bir teşebbüse girişmiş (otelci, pansiyoncu, pahalı âletlere ihtiyaçları olan ziraatçi, dişçi, radyolog, doktor gibi) şahıslar yer alır¹⁹. Ve bu şahıslar, ekseriya kredi ile ve taksitle alım satımdan, taksitlerin hepsini ödeyemediklerinden dolayı, zararlı çıkarlar²⁰. Binaenaleyh, alıcının istismar edilmesine

17) Bu şartlar için bk. *Emile Thilo*, *Pactum reservati dominii*, Lausanne 1906, s. 131.

18) Ek. § 3.

19) *Degoumois*, a. g. e., s. 26 v. d.

20) *Degoumois*, a. g. e., s. 38 v. d.

elverişli bir satışı kolaylaştıracak bir karakter arzeden mülkiyeti muhafaza mukavelesi, sosyal karakterli telâkki edilemez.

Bir çok hakikatler ihtiva etmesine ve şahsen hukukî meseleler karşısında sosyal bir noktai nazar sahibi olmamıza rağmen, kanaatimizce bu düşünüş tarzı müfrittir. Şüphesiz, mülkiyeti muhafaza kaydının alıcıyı himaye ettiği söylenemez, fakat taksitle satış aleyhinde ileri sürülen fikirlerde biraz ifrata kaçılmaktadır. Bütün mesele iyi bir hesap meselesidir. Taksitle satışa, maceraya atılmış gibi değil, fakat tediye edilecek taksitlerle gelirler hesap edilmek suretile tevessül edildiği takdirde, yukarıda zikredilen tehlikeyi bertaraf etmek mümkündür.

2) Keza iktisadî cepheden müesseseye karşı yapılan tenkitlerden birini de şu husus teşkil etmektedir : Mülkiyeti muhafaza kaydile satın alanın elinde o malı görenler, zahirî varlığına güvenerek kendisine kredi verecekler ve alacaklarını istifa maksadile, o malı paraya çevirmek istedikleri takdirde kötü bir sürprizle karşılaşacaklardır. Bu ikinci noktai nazar hakkında yalnız şu kadar söylemek istiyoruz : Hukuk, satıcının menfaati bakımından mülkiyeti muhafazaya cevaz vermek, fakat, üçüncü şahısları himaye gayesile de men etmek durumundadır. İşte bu menfaatler çatışması, İsviçre - Türk kanununu bir kompromi'ye sevketmiş ve mülkiyeti muhafaza mukavelesinin muteberiyeti ancak hususî bir sicille tescil edildiği takdirde kabul edilmiştir²¹.

b) *Hukukî cepheden:*

1) Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin maruz kaldığı başlıca tenkit, bu müessesenin, «zilyetlik mülkiyete karinedir» prensibini baltalamış olmasıdır. Bu vaziyette, bir kimse malik olmadığı halde o şey, malları arasında görünmekte ve yanlış zanlara sebebiyet veriyor denilmektedir²².

Bu mütalâanın cevabı basittir : Aslî ve fer'î zilyetlik tefriki oldukça aynı tenkidi birçok vaziyetler için de serdetmek icab edecektir, zira «zilyetlik mülkiyete karinedir» kaidesini bertaraf eden müessese sırf mülkiyeti muhafaza kaydı değildir. Kiracı, ariyet alan, vedia alan sıfatile bir şeye zilyet olan şahıs halinde de şey o şahsın malları arasında görüldüğü halde gene malik değildir. Demek oluyor ki, kaidenin birçok

21) *Theo Guhl*, Le droit fédéral des obligations (terc. des Gouttes), Zürich 1947, § 9, s. 54.

22) Ezcümle bk. *Maurice Picard*'ın fikri için : Bull, Soc. Et. Lég. 1937, s. 35.

istisnaları mevcuttur ve mülkiyeti muhafaza mukavelesinin bunlardan birini teşkil etmesine bir mani yoktur²³.

2) Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin mevzuunda hukuka aykırılık bulunduğu ileri sürülebilir: Mülkiyeti nakil keyfiyeti alım satım aktinin esas vecibesidir. Bu vecibe aleyhine inşa edilen mukavelenin mevzuunda hukuka aykırılık vardır denilebilir mi? *Prof. Arsebük*'ün yaptığı gibi bu suale menfi cevap vermek iktiza eder²⁴. Zira, mülkiyeti muhafaza mukavelesi bu vecibenin ifasına mani olmamakta, fakat bu nakil keyfiyetinin tahakkukunu, bir şarta muallâk tutmaktadır²⁵.

3) Mülkiyeti muhafaza mukavelesi hakikatta menkul rehni demek olduğu halde, burada menkul rehnindeki teslim kaidesine muhalefet edildiği söylenebilir (M.K. m. 853). Halbuki mülkiyeti muhafaza mukavelesi rehinden farklıdır: Rehin, alacaklıya rehni ancak nakde tahvil selâhiyetini verdiği halde, bu mukavele alacaklıya o şey üzerinde mülkiyet hakkı tanımaktadır²⁶. Kaldı ki, mülkiyeti muhafaza mukavelesi, İsviçre - Türk hukukunda menkul ipotek müessesesinin kabul edilmemiş olmasından doğan bir zaruretın eseridir²⁷.

4) Mülkiyeti muhafaza müessesesine serdedilecek en mühim tenkit, satıcı için de tehlikeli olduğudur. Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin mevcudiyetine rağmen, satıcı hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı korunmuş değildir. Binaenaleyh, mülkiyeti mahfuz tutulmuş mebiin hüsnüniyet sahibi bir üçüncü şahsa temlik halinde, satıcının bu teminatı sukut etmiş olacaktır. Bu tenkit yerinde olmakla beraber, mezkûr tehlikeyi, müktesibin hüsnüniyetini bertaraf edecek tedbirler almak, meselâ mebi'ye maliki bildiren markalar vaz etmek suretile önlemek mümkündür. Kaldı ki, tüccar, bir muamelede bulunurken, bu kadar bir rizikoyu göze almalıdır²⁸.

23) *Esat Arsebük*, Hususi akit tipleri etrafında incelemeler, Ank. Huk. Fak. Mec. C. V, 1948, s. 96; *Virgile Rossel* ve *F. H. Mentha*, Manuel du droit civil suisse, 2. bası. C. II, Lausanne - Geneve. 1932, s. 403; *Ennecderus - Lehmann*, a. g. e., s. 459; *Gültekin*, a. g. e., s. 7.

24) *Arsebük*, a. g. makale, s. 97.

25) Bk. § 3. — Keza: *Thilo*, a. g. e. s. 81 v. d.; *Arsebük*, a. g. makale, s. 97.

26) Bk. *Gültekin*, a. g. e., s. 7.

27) Bk. § 2.

28) *Gültekin*'in fikri, a. g. e., s. 7.

2 — Faydalar.

a) *İktisadî cepheden:*

Kredinin istinad ettiği «emniyet» in sarsılmış bulunduğu bu iktisadî devrede, satıcıların mülkiyeti muhafaza kaydına güvenerek ticarî muamelelerinde çekingen hareket etmeyecekleri ve dolayısıyla piyasada hareket ve faaliyet kendini göstereceği gibi²⁹, bu kayıt zarurî bir çok eşyanın da daha kolaylıkla alınmasını mümkün kılacaktır. «Bugün büyük sanayi memleketlerinde makineler hemen hemen kredi ile satılmakta ve aynı kredi de başta gelmektedir. Makine satışlarında tesadüf edilen aynı teminattan birisi de mülkiyeti muhafazadır. Bu suretle büyük endüstri, malları için kolayca sürüm temin ettiği gibi, çiftçi ve sanatkâr da muhtaç olduğu makineyi tedarik etmekte ve bunlarla çalışarak kazancile bedelini ödemektedir»³⁰. *Gültekin*'e göre, «Bilhassa yeni kurulmakta olan endüstrimizin inkişafı, çiftçi ve sanatkârı modern vasıtalarla teçhiz etmek siyasetinin tahakkukunun bizde de bu müessesenin daha fazla yayılmasına sebep olacağı aşikârdır»³¹.

b) *Hukukî cepheden:*

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, satıcı tarafından diğer teminat yollarına müracaat edilmesini önler.

Gerçekten, kredi ve taksitle satışlarda, semeni kefalet, ipotek, rehin ile de temin etmek mümkündür. Fakat kefalette, üçüncü bir şahsın bulunup işe karıştırılması; ipotekte, satışa mevzu olan menkul olduğuna göre, bir gayrimenkule mükellefiyet yüklemek; rehinde ise, merhun teslim edilmeden rehin olamayacağından, alıcıyı mebiden mahrum etmek icab edecektir ki, bu hareket tarzlarından hiç biri tam mânasile matluba muvafık değildir³².

Şu noktayı tebarüz ettirelim ki, Türkiyede mülkiyeti muhafaza kaydile yapılan satışlar, diğer memleketlere nisbetle³³ pek mahdut bir

29) *Ali Kemal Elbir*, Menkul malların satışında «Mülkiyeti muhafaza» şartı ve alıcının iflâsı, *İst. Baro Mec.* 1932, s. 50.

30) Keza bk. bu paragraf II. *Gültekin*, a. g. e., s.6.

31) *Gültekin*, a. g. e., s. 6.

32) *Dr. Galip Gültekin*, Mülkiyetin muhafazası mukavelesi, *İst. Huk. Fak. Mec.* 1935, s. 445; a. g. e., s. 7.

33) İsviçrede, sırf *Cenevrede*, 1937 - 1940 seneleri arasında mülkiyeti muhafaza

adette olup³⁴ daha ziyade otomobil, buz dolabı, radyo satışlarında tatbik edilmektedir. Kredi ile satışlarda, satıcılar ekseriya mülkiyeti muhafaza mukavelesinden başka teminat tarzlarına müracaat etmektedirler. En fazla revaçta olan, alıcıdan müteselsil kefil talep etmektir. Bundan maada muhtelif vâdeler taşıyan emre muharrer senet veya, her taksitin vâdesini taşıyan müteaddit emre muharrer senetler tanzim ettirilmektedir. Keza fesih ve muacceliyet şartları ilâvesi de ihmal edilmemektedir³⁵.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin açık bir muhalifi olan *Maurice Picard*, bu kaydın satıcıya temin ettiği emniyeti *kredi sigortası*'nın da temin edebileceğini beyan etmektedir³⁶. Gerçekten, Tc. K., m. 937 ye göre: «Bir dayın alacağını medyunun aczi ihtimaline karşı sigorta ettirebilir. Bu suretle hilâfına mukavele yoksa sigortacı, evvel emirde medyunun emvaline müracaatla bunları sattırarak istifayı matlûp etmesini sigorta ettiren dayından talep edebilir»³⁷. Avrupada dahi ancak 25 sene evvel ciddî bir surette alâka uyandırmaya başlamış bulunan ve Türkiye ticaret âleminde kredinin ehemmiyetine rağmen halen tatbik edilmeyen³⁸ bu sigorta tarzını, hiç değilse bugün için mülkiyeti muhafaza mukavelesinin yerine koymak arzusu pek plâtonik bir iş olur zannındayız.

Bütün bu teminatlara mukabil, mülkiyeti muhafaza kaydının meydana getirdiği, en kolay ve en kavîsidir. Kolaydır, zira işe bir üçüncü şahıs veya bir gayrimenkulü karıştırmaya, keza mebli satıcıya iadeye (rehin halinde) lüzum yoktur. Kavîdir, çünkü, satıcıya mülkiyet hak-

kaydile yapılan satışların adedi şudur :

1937 de	4.270 satış.
1938 de	4.411 »
1939 da	2.868 »

(*Degoumois*, a. g. e., s. 16 dan).

34) *Prof. Halil Arslanlı*, İstanbulda senede 100 ü aşmadığı kanaatindedir. Bk. *Dr. Halil Arslanlı*, Ticari bey, 2. bası. C. I, İst. 1950, s. 356. Aksi kanaat : *Ali Kemal Elbir*, a. g. makale, s. 50; *Gad Franko Milâsh*, Hukukî fikirler : Mülkiyeti muhafaza şartile satış, Hukukî Bilgiler Mecmuası, sene 6. 1932, sayı 9 - 69, s. 1; *Gültekin*, a. g. e., s. 3 ve 6.

35) Bk. § 2.

36) Bk. Bull. Soc. Et. Lég. 1937, s. 35, 36.

37) Bu maddenin şerhi için bk. *Dr. Reşat Atabek*, Sigorta hukuku, İst. 1950, s. 45 v. d.

38) *Atabek*, a. g. e., s. 47. - Keza bk. *César Ancey*, Les risques du crédit, l'assurance des crédits commerciaux, Paris 1926.

kını tanımak suretile, ona, bilhassa alıcının iflâsı veya mebiin haczi halinde istihkak iddiasına selâhiyet vermektedir^{38a}.

Müessese her ne kadar esas itibarile satıcıyı himaye maksadını güdüyorsa da, alıcıya bir çok kolaylıklar sağlayacak mahiyettedir. Bu mukavele sayesinde, alıcı, mülkiyeti iktisab etmemekle beraber, bedeli tamamen ödemediği halde mebi kullanabilmekte ve, belki de bulamıyacağı sair teminat itasından kurtulmaktadır³⁹.

IV — MÜLKİYETİ MUHAFAZA MUKAVELESİNİN GENİŞLEMESİ VE ONUN YERİNE MÜRACAAT OLUNAN YOLLAR.

1 — Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin genişlemesi.

Mülkiyeti muhafazaya geniş bir tatbik alanı kabul etme temayülüne, bilhassa, tescil sistemini tanımayan Alman hukukunda rastlanmaktadır. Mülkiyeti muhafaza mukavelesini genişleten başlıca kayıtlar şunlardır :

a) *Temdit edilen mülkiyeti muhafaza kaydı.*

Bu kayıtle, teslim edilen emtianın tekrar satılmasından mütevellit alacakların peşinen satıcıya temlik derpiş edilmektedir.

b) *Sonra teşmil edilen mülkiyeti muhafaza kaydı (İşleme kaydı).*

Bu kayıtle mülkiyeti muhafaza, teslim edilen emtianın yerine işleme neticesi kaim olan eşyaya şamil olmaktadır.

c) *Carî hesap kaydı.*

Bu kayıtle, mebi teslim edenle olan münasebetten mütevellit bilcümle alacakların tediyesine kadar mülkiyeti muhafaza devam etmektedir.

d) *Konzern kaydı.*

Bu kayıtle mebi teslim edenin konzerne mensup olan firmalardan bilcümle alacaklarının tediyesine kadar mülkiyeti muhafaza devam etmektedir.

38 a) Bk. Dr. Halid Kemal Elbir, Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin haciz halinde icra ettiği tesirler, İst. Baro Der. Cilt XVII, 1952, sayı 1, sah. 3-18.

39) Dr. K. Fikret Arık, Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, Ad. Cer. 1942, s. 1047.

e) *Naklî mülkiyeti muhafaza kaydı.*

Bu kayıtla da, alıcı, mülkiyeti muhafaza kaydını kendi alacaklılarına da nakletmekle mükellef tutulmaktadır⁴⁰.

Alman hukukunda⁴¹ mevzuubahis edilmiş bulunan bu genişletme temayülü karşısında umumî olarak diyebiliriz ki, Türk hukukunda mevcut tescil sistemi ve üçüncü şahıs müktesiplerin hüsnüniyetini koruma prensibi bu genişletme temayülüne kuvvetli birer mâni teşkil etmektedirler.

2 — **Mülkiyeti muhafaza mukavelesi yerine müracaat olunan yollar.**

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin neticelerini az çok elde etmek üzere diğer bazı yollara müracaat olunmaktadır. Biz burada en ehemmiyetli olan iki tanesi üzerinde durmak isteriz:

a) *Kira - satış mukavelesi (Location - Vente).*

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi hakkında umumî malûmat verirken, bazı memleketlerde tevessül edilen kira - satış (location - vente) müessesesine temas etmek gerektir. Bu yola en fazla müracaat edilen memleketlerden biri Fransadır⁴².

40) Mülkiyeti muhafaza mukavelesini genişleten bu kayıtlar için bk. *Enneccerus - Lehmann, a. g. e., s. 459.*

41) *Alman Hukuk Akademisi* 1937 de bir muhtıra ile beraber bir kanun teklifinde bulunmuştur. Bu teklif, teminaten temlik ve alacağın teminaten devri yerine akdi rehni ikame etmek istemiştir. Bu rehin yazılı olacaktır ve herhangi bir mal veya alacağın terhini halinde tanzim olunan senet tüccar veya esnaf tarafından sicil dairesine bildirilecek, onun tarafından da rehin siciline kaydolunacaktır. *Bu vaziyette, mülkiyeti muhafaza mukavelesi muhafaza edilmek, fakat rehin hakkı mahiyetinde tanzim olunan ve suiüstimal teşkil eden genişletici kayıtlar hükümsüz bırakılmak istenmiştir* (Bk. bu etüt § 1, IV).

Bu teklif karşısında *Alman Sanayi Grubu*, kendi azâlarına, mülkiyeti muhafaza kaydını muhafaza, fakat teşmillerden sakınmalarını bildirdi ve projeye karşı cephe aldı. *Reich İktisat Odası* da bu harekete iştirak etti. Bu çalışmalar henüz müsbet bir sahaya çıkmadan, İkinci Dünya Harbi gelip çattı. Bu harp neticesinde, taksime uğrayan Almanyada, trampanın revaç bulması ve para reformu dolayısıyla taksitle satış ve mülkiyeti muhafaza mukavelesi tatbikattan kalktı. Fakat şimdi bütün esyada ve daha geniş bir çevrede, yeniden ortaya çıkmaktadır. Bk. *Enneccerus - Lehmann, a. g. e., s. 459, 460.*

42) Fransada mülkiyeti muhafaza mukavelesinin kanun marifetile tanzim edilmemiş bulunmasının sebebinin Fransız M. K. m. 1612 ve 2102 de görenler vardır (*Gülte-*

Fransada, mülkiyeti muhafaza mukavelesi kanunda tanzim edilmiş olmakla beraber memnu değildir. Fakat alıcının iflâsı halinde satıcı büyük güçlüklerle karşılaşmakta, istihkak dâvası nazara alınmamaktadır. İçtihat böyle bir istihkak iddiasının aleyhinde cephe almıştır⁴³.

Bundan ötürü, mülkiyeti muhafaza kaydının temin ettiği neticeleri elde etmek gayesile «location - vente» müessesesine baş vurulmuştur. Bu bir kira şeklinde başlar. Alıcı, aynı zamanda kiracı mevkiindedir, ve kira ile semenin taksitlerini de tediye etmektedir. Şöyle ki, son taksitin ödenmesiyle o malın maliki olur. Fransız mahkemeleri, bu vaziyette, ekseriya, gizli taksitle satışın mevcudiyetine karar vermek suretile mülkiyetin alıcıya intikal ettiğini kabul etmişlerdir⁴⁴. Bu vaziyet karşısında da «bail avec promesse de vente» (satış vadile kira) yolu ihdas edilmiştir. Burada, alıcı, mebbii kiracı sıfatıyla almakta, fakat son kiranın ödenmesinde otomatik olarak değil, fakat hiyar hakkını kullanmak suretile o şeye malik olmaktadır⁴⁵.

kin, a. g. e., s. 2). Fr. M. K., m. 1612 de satıcıya, semen alacağı için bir kanunî hapis hakkı tanınmıştır : «satıcı, semen alıcı tarafından tediye edilmedikçe ve tediye hususunda bir mehil verilmemişse, mebbii teslimden imtina eder» Fr. M. K., m. 2102 de, bazı menkul mallar üzerinde imtiyazlı alacaklar arasında birçok semen nevelerini saymaktadır.

43) Bu kararlar için bk. *Marcel Planiol - Georges Ripert - Jean Boulanger*, *Traité élémentaire de droit civil*, C. II, 3. bası, Paris 1949, s. 776. No. 2505; *Jean Escarra*, *Manuel de droit commercial*, Paris 1948, s. 618, 626, 952; *Georges Ripert*, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, Paris 1948, s. 839, 1029; *Colin - Capitant*, *Cours élémentaire de droit civil français*, C. II, 10. bası. Paris 1948, s. 557.

44) Req., 16 haziran 1885, D. 86. I. 237, s. 88. I. 462; Req., 19 mart 1935, D. H. 1935, 249; Paris, 24 nisan 1928, D. P. 1929. 2. 63 (*Planiol - Ripert - Boulanger*, a. g. e., C. II, s. 759, No. 2436), Civ. 17 ocak 1942, Sem. Jur. 1942, No. 1815 (*Ambroise Colin - Henri Capitant*, *Cours élémentaire de droit civil français*, C. II. 10. bası, Paris 1948, s. 557, No. 835).

45) Tafsilat için bk. *A. Weinstock*, *La location - vente*, Paris 1934. - Keza : *Planiol - Ripert*, *Traité pratique de droit civil*, C. X, Paris 1932, No. 234 v. d. - *Gültekin*, a. g. e., s. 2. - krş. Dr. *Galip Gültekin*, Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin muhtelif memleketlerdeki durumunu tetkik, İst. Huk. Fak. Mec. 1936, s. 102, 103. Fransada yalnız otomobillerin taksitle satışına dair 29.XII.1934 tarihli bir kanun neşredilmiştir. Bu kanunun gayesi, 1940 tan evvel pek kesif olan kredi suretile yapılan otomobil alım satımlarında satıcının hakkını alıcının iflâsında korumaktır. Kanun 2 kasım 1941 de ziraat traktörlerine teşmil edilmiştir. - Tafsilat için bk. *Colin - Capitant*, a. g. e., C. II, s. 928, 929, No. 1471, 1472.

«Société d'Etudes Législatives», «menkul mallar hakkında (location-vente) a müteallik bir kanun projesi» ni, cemiyetin 102 sayılı meselesi olarak ele almış ve 27 kasım ve 18 aralık 1937 toplantılarında münakaşa etmiş ise de, netice pek müsmir olmuştur denilemez⁴⁶.

1942 İtalyan Medenî Kanunundan evvel, İtalyada vaziyet Fransada-kinin aynı iken⁴⁷ yeni kanun bu hususu dahi derpiş etmiştir. İtalyan M.K., m. 1526, f. 3 «Mukavele kira şeklinde olduğu ve kiranın nihayetinde şeyin mülkiyeti, verilmiş olan kiralar dolayısıyla kiracı tarafından iktisab edileceği suretinde bir anlaşma yapılmış olduğu takdirde dahi aynı hüküm tatbik olunur » demek suretile mülkiyeti muhafaza kaydile yapılan satışlara müteallik hükümlerin bu tarz anlaşmalara da şamil olduğunu kabul etmiştir.

Keza, İngilterede, 1 ocak 1939 tarihinde mer'iyete giren *Hire Purchase Act 1938*⁴⁸ ve Amerika Birleşik Devletlerinde *Uniform Conditional Sales Act*⁴⁹, kira - satış müessesesini, taksitle ve mülkiyeti muhafaza kaydile satışlarla birlikte nizamlamış bulunmaktadır.

İsviçre - Türk hukukunda, kira - satış mukavelesini kanun derpiş etmemiş olmakla beraber, gerek Türkiyede, gerek İsviçrede bu çareye başvurulmuştur: *Yargıtay* ile *Federal Mahkeme*, bu tarz bir kira aktini taksitle satış olarak kabul etmişlerdir⁵⁰.

b) Zilyetliğin muhafazası.

Türk ticarî piyasalarında sık sık rastlanan bir teminat yolu da şudur: Satıcı, bir veya müteaddit malları sattıktan sonra, semen alacağını bir bankaya devretmekte ve malları da o bankanın deposuna yerleştirmek-

46) Celse zabıtları için bk. Bull. Soc. Et. Lég. 1937.

47) *Antonio Butera*, Codice Civile Italiano Commentato, C. IV, kısım 1, Torino 1943, s. 540.

48) Bu kanun için bk. *Fifoot - Cheshire*, The law of contracts, 2. bası, London 1949, s. 150, 151.

49) Bu kanun için bk. *Martindale - Hubbell*, Law Directory, Seventy - eight Annual edition, C. II, kısım VI, Appendix, Uniform Acts, Summit New - Jersey, 1946. - *George L. Clark*, Summary of American Law, New-York. 1949, s. 303. § 8.

50) *Yarg. Tc. D. E. 4191, K. 737, Temyiz Kararları, Ticaret Dairesi 1930-1934, No. 345, s. 455, Keza : Arık, a. g. makale, s. 1060 - JdT. 1913, s. 606 v. d. - Keza bk. ATF 60 III 168, JdT 1935 II, s. 27 (Jager - Bridel, Suppléments, s. 304). Aynı fikir : Dr. Hans Leemann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachenrecht I. Abteilung, Bern 1911 m. 716. No. 4, 5, s. 338.*

tedir. Depo, ancak iki anahtarla açılabilip bu anahtarlardan bir tanesi alıcıya verilmektedir. Ekseriya depo kirası alıcı tarafından ödenmektedir. Alıcı, ancak semeni ödedikçe, bankanın iştirakile, depodan mal çekebilmektedir.

Burada, klâsik bir iştirak halinde zilyetlik hâdisesile karşı karşıya bulunmaktayız. Gerçekten, «müteaddit kimselerin ancak birlikte eşya üzerinde iktidarlarını kullandıkları halde iştirak halinde zilyetlik kabul edilir»⁵¹. İştirak halinde zilyetler müstakillen değil, fakat iştiraken tasarruf etmelerile zilyetliklerini kullanabilmektedirler. İki kişinin bir banka deposunu müstakillen açamayıp, ancak müştereken açabilmeleri işte böyle bir iştirak halinde zilyetlik meydana getirmektedir⁵². İştirak halindeki zilyetlikte, muhtelif zilyetlerin aynı gaye ile ve aynı hukukî vaziyette olarak kudret istimalleri icab etmez⁵³. Nitekim hâdisemizde banka, zilyetliği sırf semen teminatı olarak muhafaza etmektedir.

Burada, banka malik olmadığına göre, mülkiyetin değil, belki teminat gayesile zilyetliğin muhafazasından bahsetmek mümkün olur.

V — TARİHÇE.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesini, modern iktisat ve hukuk nizamının getirmiş olduğunu söylemiş bulunuyoruz. Bu müessesenin tarihî menşei hususunda kat'î bir neticeye varılmış değildir⁵⁴. *Roma hukukunda*, semeni elde etmeyen satıcıya birinci derecede ehemmiyetli bir teminat veren bir kaide mevcuttur. Roma hukukuna göre, alım satım vecibesini ifa sadedinde yapılan teslim, alıcı semeni tediye etmedikçe, prensip itibarıyla mülkiyeti nakletmiş olmaz. Binaenaleyh, alıcı semen borcunu tediye etmedikçe satıcı malik kalmakta ve mebir istihkak dâvası ile geri isteyebilmek durumundadır⁵⁵. Bu hal tarzına *Justinianus*'un *İstitutio*'larının meşhur 41 inci paragrafında rastlanmakta (2, 1) ve bu kaidenin XII Levha Kanunundan geldiği iddia olunmaktadır. *İstitutiolar* iki halde bu

51) *Homberger*, Aynı haklar, 3. kısım, Zilyetlik ve tapu sicili (Terc. S. Bertan) Ankara 1950, s. 21.

52) Buna yakın bir misal için bk. *Saymen*, Aynı haklar (Şapografik notlar) 1949, s. 21.

53) *Homberger*, a. g. e., s. 21; ATF 57 II 516.

54) Bk. *Emile Thilo*, Pactum reservati domini et ventes a tempérament, Ausanne 1906, s. 8 v. d.; *Masimo Ferrara*, La vendita a rate con riserva di proprietà, 2. bası, Napoli, 1938, s. 9 v. d.; *De Meester ve De Mortier*, a. g. e., s. 3, 4.

55) Bk. Nov. 136.

kaideyi bertaraf etmektedirler : 1) Alıcı bir *satisfactio* gösterirse; 2) veya satıcı «alıcının inancına iştirak etmişse»⁵⁶; yani kredi ile, vâde ile satış yapmışsa. Bu iki halde, teslim, nakledici tesirini derhal gösterir ve mülkiyet, semen tediye edilmiş gibi alıcıya geçmiş olur⁵⁷. Bu kısa izahattan da anlaşılacağı veçhile, Roma hukukunun satıcıya tanıdığı teminat ile mülkiyeti muhafaza mukavelesi arasında, mahiyet itibarile bir ayniyet yoktur. Roma Hukukunda sadece *kanunî* bir imtiyaz mevzuu-bahis olup, bu imtiyaz kredi ile alım satımlara tatbik edilememektedir. Halbuki, mülkiyeti muhafaza, mukavelevî bir münasebettir ve bilhassa kredi ile alım satımlarda ehemmiyetli bir rol oynar.

§ 2. Metinlere kısa bir nazar

I — METİNLER.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesine müteallik olmak üzere müsbet hukukumuzda mevcut kaideleri şu suretle sıralamak mümkündür :

- 1) M.K., m. 688, 689 (İsviçre M.K., m. 715, 716),
- 2) B.K., m. 222, 223 (İsviçre B.K., m. 226, 227),
- 3) Tic. K., m. 704 (İsviçrede yoktur).

1 — Medenî Kanunda.

M.K., m. 688 ve 689 un kanun sistematigindeki yeri mânidar ve bizi bazı neticelere sevkedecek mahiyette bulunduğundan, bu sistematigi burada hatırlatmayı faydalı görmekteyiz. Medenî Kanunun aynı haklara müteallik dördüncü kitabının «menkul mülkiyeti» ne tahsis edilen yirminci babında yer almış bulunan mezkûr maddelerin mevkiî şu şekilde tayin edilmiştir :

A — Menkul mülkiyetinin mevzuu (m. 686)

B — İktisap tarikleri

I — Teslim

- 1 — Zilyetliğin nakli (m. 687)
- 2 — Mülkiyeti muhafaza mukavelesi
 - a) Umumî olarak (m. 688)
 - b) Taksit ile beyi (m. 689).
- 3 — Hükmen teslim (m. 690).

56) (si is qui vendidit fidem emptoris secutus est.)

57) Bk. A. E. Giffard, Précis de droit romain, (1946) C. II, No. 86, s. 62.

Demek oluyor ki, yukarıdaki sistematikten de anlaşılacağı veçhile, kanun, menkul mülkiyetinin mevzuunu teşkil eden şeyleri tesbit ettikten sonra (m. 686), bunların ne yollardan iktisab edilebileceklerini zikretmekte ve ilk olarak, menkul mülkiyetinin en normal devren iktisap tariklerinden biri olan, teslim ve daha yerinde bir ifade ile «zilyetliğin nakli» ni tanzim etmektedir. Kanun gene teslim bahsinde kalmak suretile, her zilyetliğin nakli ile mülkiyetin iktisab edilemeyeceğini ve zilyetlik nakledilmekle beraber mülkiyet hakkının nâkilin uhdesinde hıfzedilebileceğini kabul etmektedir. Bu hareket tarzının arzettiği tehlikeleri bertaraf etme gayesile, tâbi bulunması iktiza eden şekil şartlarını bildiren 688 inci madde ile, mülkiyeti muhafaza mukavelesine en ziyade ihtiyaç gösteren taksit ile alım satımlarda mahfuz tutulan mülkiyet hakkının hangi şartlar dahilinde ve hangi ahvalde dermeyan edilebileceğini tanzim eden 689 uncu maddeyi vazetmiş bulunmaktadır. Bundan sonra, 690 inci madde ile, hâdisemizin tamamen kutbu vaziyetinde olan, zilyetlik nakledilmeden mülkiyetin naklini mümkün kılan «hükmen teslim» müessesesi tanzim edilerek menkul mülkiyetinin sair iktisap tariklerine geçilmektedir.

Mezkûr maddeleri tekrarda fayda görüyoruz :

Madde 688 — *«Başkasına naklettiği mülkiyeti nâkilin uhdesinde hıfz için yapılan mukaveleler ancak menkulü alan kimsenin ikametgâhındaki noter tarafından tasdik ve sicilli mahsusasına kaydedilmiş ise muteber olur.»*

«Hayvanlar hakkında bu suretle mukavele yapılması memnudur.»

Madde 689 — *«Taksit ile mal satan kimse mülkiyeti muhafaza mukavelesine istinad ile sattığı malın iadesini ancak almış olduğu taksitlerden kullanılmakla eskimesinden mütevellit tazminat ve münasip bir ücret miktarını tenzil ederek, mütebakıyı geriye vermek şartile talep edebilir.»*

Bu maddeler, mehaz İsviçre M.K. nun 715 ve 716 ncı maddelerinden tercüme bakımından, bilhassa aşağıdaki noktalarda fark arz etmektedir .

a) Mehaz sadece «tescil» dediği halde, Türk Kanunu «tasdik» ve «sicilli mahsusuna kayıt» tan bahsetmektedir.

b) Mehaz, tescilin «icra dairesinde tutulan» bir sicille kaydını isterken, Türk kanunu bu tescile selâhiyetli olarak alan kimsenin ikametgâhındaki «noter» i göstermektedir.

c) Mehaz, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin «bétail - çiftlik hayvanları» hakkında memnu bulunduğunu beyan ettiği halde, kanunumuz alelittâk bütün hayvanlardan bahsetmektedir⁵⁸.

d) Mehaz, kanunumuzun 689 uncu maddesine tekabül eden 716 ncı maddesinde «iade» talebine nisbetle, istinad edilen hakkın aynîliğini daha güzel ifade eden «revendiquer» tâbirini kullanmış ve bu dâvanın bir istihkak dâvası mahiyetinde olduğunu daha canlı bir şekilde tebarüz ettirmiştir.

e) Mehazın tediye edilen taksitler iade edilirken tenzil edilecek hususlar arasında «loyer - kira» diye ifadelendirdiği, kanunumuzda «ücret» diye tercüme edilmiştir. Halbuki, aynı hususu, başka bir vesile ile tekrar eden B. K., m. 223 «kira» tâbirini kullanmış ve böylece Medenî Kanunumuzla Borçlar Kanunumuz arasında, terim bakımından dahi olsa, lüzumsuz bir ahenksizlik meydana gelmiştir.

2 — Borçlar Kanununda.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesine müteallik kaideler ihtiva eden diğer iki hükme de, Borçlar Kanununun alım satım ve trampaya müteallik altıncı babının, alım satımın bazı hususî nevilerini zikir ve tanzim eden dördüncü faslında, taksitle alım satıma müteallik 222 ve 223 üncü maddelerinde rastlamaktayız. Demek oluyor ki, M. K., m. 688 ve 689 hâdiseyi daha ziyade bir *aynî hak* problemi zaviyesinden tanzim ettiği ve meseleye o noktai nazardan baktığı halde, B. K., m. 222 ve 223, hâdiseyi, en çok rastlandığı, taksitle alım satım müessesesi içinde mütalea etmekte ve bu nevi alım satımda oynıyabileceği rol bakımından ele almaktadır.

Maddeleri yazıyoruz :

Madde 222 — «Menkul bir mal semeni taksitle tesviye edilmek şartile satım ve teslim edilip te alıcı taksitlerden birini tediyyeden temerrüt ettiği halde satıcı o taksidin tediyyesini talep edebileceği gibi kendisi için bu hakkı muhafaza etmiş ise satılanın mülkiyetini iddia veya satımı feshedebilir.»

Madde 223 — «Satılanın mülkiyetini iddia eden satıcı hakkında mülkiyeti muhafaza şartına müteallik olan hükümler tatbik olunur.

58) Nafiz Zeki Ekemen, Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, İst. Baro Mec. 1935, s. 335, 336.

«Satıcı, satımı feshettiği halde satıcı ve alıcının her biri, diğerinden alacağı şeyi iade ile mükelleftir. Satıcı her halde münasip bir kira karşılığı talep edebileceği gibi satılan bozulmuş ise tazminat dahi isteyebilir.»

«Alıcıya bundan ziyade borç tahmil eden mukaveleler batıldır.»

Bu maddelerle mehazın bunlara tetabük eden 226 ve 227 nci maddeleri arasında esas itibarile bir fark bulunmamakla beraber, bazı noktalar üzerinde durmak mümkündür :

a) 222 nci ve 223 üncü maddeler, M. K., m. 689 un «iddia» tâbirini benimseyerek «mülkiyetini iddia» şeklinde bir ifade tarzı kullanmak suretile, mehazın «revendiquer» kelimesinin mânasını daha iyi verebilmişlerdir.

b) B. K., m. 223, «kira» tâbirini kullandığı halde, M.K. m. 689 «ücret» demiştir.

3 — Ticaret Kanununda.

Türkiyede, İsviçreden farklı olarak, ayrıca bir Ticaret Kanununun mevcudiyeti kendini mevzuumuzda da hissettirmektedir. Gerçekten, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin adını zikretmemekle beraber, aynı hâdiseyi bu sefer müşteri zaviyesinden tetkik eden⁵⁹ bir hüküm, Tc. K. nun 704 üncü maddesinde vaz edilmiş bulunmaktadır.

Bu hükme göre : «Müşterinin semeni tamamen ifa etmezden evvel mebie malik olmayacağı hakkındaki şart muteberdir. Bu şart ile vuku bulan beyide teslim edilen mebiin hasarı vakti teslimden itibaren müşteriye intikal eder».

İsviçreye nazaran, pozitif hukukumuzun bir hususiyetini teşkil eden bu 704 üncü maddenin mevcudiyeti, bilhassa M. K. m. 688 ve 689 ile olan münasebet bakımından, memleket doktrin ve içtihadında bir çok ihtilâf ve müşkülât meydana getirmiştir. Neticede bu ihtilâf, 1944 tarihli bir tevhide içtihat kararile bir hal tarzına bağlanmıştır.

4 — Metinlerde mevcut umumî vasıf ve temayüller.

1) M. K. m. 688 ve 689 dan birincisi, mülkiyeti muhafaza kaydının arzettiği tehlikelere karşı nâkili ve aynı zamanda üçüncü şahısları; ikincisi ise malikin mülkiyeti iddia etmesi halinde alıcıyı korumak için vaz

59) Ali Kemal Elbir, Menkul malların satışında «Mülkiyeti muhafaza» şartı ve alıcının iflâsı, İst. Baro Mec. 1932, s. 56.

edilmiş bulduklarından *emredici bir karakteri* haiz bulunmakta ve aksine mukaveleyi kabul etmemektedirler. Aynı şeyi, her ne kadar Borçlar Kanunu kaidesi olarak görünüyor ise de, esas itibarile B. K. m. 222 ve 223 için de söyleyebiliriz. Bu maddeler, daha aşağıda da göreceğimiz şekilde, alıcıyı, satıcının istismarına karşı korumak gayesini gütmektedirler⁶⁰.

2) Bu maddelerin tetkikinden de anlaşılacağı veçhile, kanunumuz sadece mülkiyeti muhafaza mukavelesinin muteberiyetini kabulle iktifa etmiyerek, bu muteberiyeti, aleniyeti temin gayesini güden bir *tescül sistemine* tâbi tutmuştur. Alman hukukunda olduğu gibi mülkiyeti muhafaza mukavelesinin muteber olabilmesi için tarafların anlaşması kâfi gelmemekte, bu mukavele bir çok kayıt ve şarta tâbi tutulmaktadır.

Bu kuyudatın İsviçre - Türk hukukunda mevcudiyet sebebi, mülkiyeti muhafaza mukavelesini kabul eden ve 688 inci maddemize tekabül eden İsviçre M. K. m. 715 in teşrii sahada geçirdiği istihaleler tetkik edilmek suretile daha iyi anlaşılabilir⁶¹.

II — METİNLERİN İSVİÇREDE HAZIRLANIŞI.

İsviçre Medenî Kanununun mer'iyet tarihi olan 1 Ocak 1912 den evvel, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin muteberiyeti meselesi İsviçrede bir çok münakaşaları mucip olmuştur. Bir çok hukukçular, ezcümle *Stükelberg*, mülkiyeti muhafaza mukavelesi müessesesini ne Borçlar Kanununun ruhu, ne de Federal mevzuatın sarahati ile kabili telif bulmuyordu⁶². Fakat, eski Borçlar Kanununun 17 nci maddesi muvacehesinde böyle bir akit, ne kanuna, ne de âdaba aykırı görülemediğinden, Federal Mahkeme bir çok kararlarında böyle bir anlaşmayı muteber telâkki etmişti⁶³.

60) «Borçlar Kanununun 223 ve Medenî Kanunun 689 uncu maddeleri müşterileri korumak için, bağıt serbestliği takyit edilerek konmuştur» *Yarg. Tc. D. E.* 944/2916, K. 602, tarih: 7.III.946, İst. Baro Der. 1947, s. 180. - Keza bk. *JdT.* 1936, s. 413, *JdT.* 1943, s. 150,

61) Nitekim, *Federal Mahkeme*, mülkiyeti muhafaza sicillinin kuvvet ve şumul derecesini tetkik ve tahlil ederken, bu sicillin sadece menfi bir tesiri haiz bulunmasını bu tarihi sebeplerle izah etmektedir. Bk. *JdT.* 1916, s. 235 v. d.

62) *V. Rossel* ve *F. H. Mentha*, *Manuel du droit civil*, C. II, 2. bası, Lausanne-Genève, 1932, No. 1334, s. 401, 402.

63) ATF, 14, 116, 20, 540, 24. II. 93, 25. II. 499, 29. II. 712, 32. II. 168, 32. II. 186,

Bu hususta, tanzim edilen müteaddit kanun projeleri daima menfi bir tavır takınmışlardır. Alıcıya teslimden sonra, artık mülkiyetin intikalini geciktirmenin kabulüne yanaşılmamıştır. Hattâ Eksperler Komisyonunun çalışmaları neticesinde meydana konup, Federal Meclis'e arz edilen proje, 702 nci maddesinde, sarahaten «mukabil edimin tediyesine kadar nâkil uhdesinde hıfzetmiş olsa bile, zilyetlik kendisine devredilen müktesip, menkul malın maliki olur» demek suretile, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin kanun metninde, hususî bir hükümle bertaraf edilmesini derpiş ediyordu⁶⁴.

Projenin münakaşasında, mülkiyeti muhafaza mukavelesi müessesesinin kabulü fikri şiddetli tenkitlere maruz kalmış, bu müessesenin alıcının alacaklılarını, onun tediye kabiliyeti hususunda hataya düşürebileceği ve yukarda tehlikelerini tebarüz ettirdiğimiz⁶⁵ taksitle satışları teşvik edeceği ileri sürülmüştür. Bir kredi sahibi olmamakla beraber bir çok kimselerin derhal semeni tediye etmiyerek bazı eşyaya zilyet olmak mecburiyet ve arzusunda buldukları ve bunları ellerinden çıkartmadan bir teminat vermek vaziyetini arzuladıkları inkâr edilmiyordu⁶⁶. Bu problemin, teslimi meşrut olmayan bir rehin, menkul ipoteği müessesesinin kabulü ile, yani teslimsiz, sırf hususî bir sicille kayıt ile tesis edilebilecek bir rehin marifetile bertaraf edilebileceği düşünülerek, gerek birinci projede (m. 884 - 889), gerek ikinci projede (m. 890 - 895) böyle bir menkul ipoteği müessesesi kabul edildi. Eksperler Komisyonu bu kararı zayıf bir ekseriyet ve şiddetli münakaşalar neticesinde almıştı⁶⁷.

«İsviçreli Hukukçular Cemiyeti» 1905 toplantısının gündemine mülkiyeti muhafaza mukavelesi ve taksitle alım satım mevzuunu ithal etmişti. Bu toplantıda *Oser* ve *Greniernin* raporları, mülkiyeti muhafaza müessesesi aleyhinde esen havayı yumuşatmış ve, bilhassa taksitle alım satımlarda, bu kaydın mümkün kılacağı suiistimali önleyici tedbirler vaz'ı ile müessesenin kanuna ithal edilebileceği fikrini ortaya atmıştır⁶⁸.

Millî Meclis, menkul ipoteğine bazı takyidat tanımakla beraber, ikinci projenin mezkûr 702 nci maddesi hükmüne taraflar bulunmuştur. Buna mukabil Federal Devletler Meclisinde, Hukukçular Cemiyetinde

33. II. 274 (*C. Wieland*, Les droits réels dans le code civil suisse (tr. Bovay), C. I, Paris 1913, s. 433).

64) *Rossel - Mentha*, a. g. e., C. II, s. 402, *Wieland*, a. g. e., C. I, s. 433,

65) Bk. § 1.

66) *Rossel - Mentha*, a. g. e., C. II, s. 402.

67) *Rossel - Mentha*, a. g. e., C. II, s. 402, *Wieland*, a. g. e., C. I, s. 433,

68) *Rossel - Mentha*, a. g. e., C. II, s. 402.

hâkim bulunan havaya uyularak, mülkiyeti muhafaza kaydının muteber olması icab ettiği ve bu müessesenin hattâ bazı ahvalde faydalı olduğu ileri sürülerek bu noktai nazar kabul, menkul ipotek müessesesi red edildi⁶⁹.

İşte, mülkiyeti muhafaza mukavelesine müteallik metinlerde bu müesseseye vaz edilen takyidat ve şartlar bu uzun ve çetin münakaşa ve mülâhazaların neticesidir.

III — TÜRKİYEDE NİZAMNAME VE TAMİMLERİN BULUNMAMASI.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesine müteallik metinlerden bahsederken, İsviçre ile Türk hukuku arasında farklı bulunan bir hususa temas etmek ihtiyacını hissetmekteyiz.

İsviçre, mülkiyeti muhafaza kaydının tesciline lüzum bulunduğunu Medenî Kanuna kaydetmekle iktifa etmemiş, Federal Mahkeme tarafından aynı zamanda bu tescil muamelesini en ince teferrüatına kadar tanzim eden 19 Aralık 1910 ve onu tâdil ve ikmal eden 4 Mart 1920, 23 Aralık 1932 ve 29 Mart 1939 tarihli dört nizamname neşredilmiştir⁷⁰. Keza, Federal Mahkemenin İcra ve İflâs Dairesi tarafından 31 Mart 1911 de yayınlanan 29 numaralı ve 11 Mayıs 1922 tarih ve 14 numaralı tâmimler mârifetile⁷¹ mülkiyeti muhafaza kaydile teslim edilmiş bulunan menkul mallar üzerinde haczin ne suretle cereyan edeceği açıklanmış bulunmaktadır.

Buna mukabil, bizde senelerdenberi arzulanmakla beraber⁷², M. K. m. 688 de mevcut tescil muamelesinin arzettiği boşlukları doldurmak üzere bir nizamname henüz neşredilmiş değildir. Her ne kadar, Noter Kanununda mevzuumuza müteallik bazı hükümler mevcut bulunuyor ise de matlûba muvafık ve tatmin edici bulunmamaktadırlar^{72a}.

69) *Wieland*, a. g. e., C. I., s. 434.

70) İlk ikisinin metni için bk. *C. Jäeger*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (tr. Petimeret-Bovay), C. III. Lausanne-Genève, s. 387 ve 394. Üçüncüsü için bk. Recueil officiel des lois, arrêtés et ordonnances de la Confédération, 1933, s. 19. Dördüncüsü için, aynı külliyat 1939, s. 433.

71) Bu tamimler için bk. *Jaeger*, a. g. e., C. III, s. 565 v. d.

72) 1932 de *Ali Kemal Elbir*, a. g. makale, s. 63; 1935 de *Nafiz Zeki*, a. g. makale, s. 338 v. d. ve *Gültekin*, a. g. makale, s. 451; 1942 de Dr. *K. Fikret Arık*, Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, Ad. Cer. 1942, s. 1053; 1949 da Dr. *Hüseyin Avni Göktürk*, Türk medenî hukuku, kitap IV, aynı haklar, Ankara 1949, § 95, s. 943.

72 a) Bu kanun 5928 sayı ve 9.V.1952 tarihli kanunla geniş surette tâdil

Bu bakımdan ele aldığımız konuda, Türk hukukunda içtihat hususî bir ehemmiyet arz etmektedir, zira her kararın, metinlerde mevcut bulunan bir boşluğu doldurmak ihtimali mevcut bulunmaktadır.

§ 3. Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hukukî mahiyeti

I — MÜESSESENİN MEYDANA GELMESİ.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hukukî mahiyetini tahlil ve tespit için, bu müesseseyi meydana getiren vakıalar silsilesini teker teker gözden geçirmek ve bunları Türk pozitif hukuku ile işbu müessesenin iktisadî ve hukukî gayelerinin⁷³ ölçüsüne vurup incelemek lâzımdır.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin, İsviçre - Türk sisteminde akti değil, fakat tasarrufî muamele olan mülkiyeti nakil keyfiyetini alâkadar ettiğini belirttikten sonra, her mülkiyeti muhafaza mukavelesinin meydana gelişini sağlayan vakıaları şu suretle sıralayabiliriz :

- 1) Mülkiyeti nakil vecibesini yükleyen bir akit olacaktır;
- 2) Mülkiyeti mahfuz tutulan şeyin zilyetliği diğer tarafa nakledilmiş bulunacaktır;
- 3) Şey'in mülkiyetinin taraflardan birinde kalıp kalmaması muayyen bir şarta ve ekseriya mukabil edimin tamamen ifasına bağlanmış olacaktır⁷⁴.

Şimdi bu vakıaları, mülkiyeti muhafaza zaviyesinden birer birer inceliyelim :

1 — Mülkiyeti nakil vecibesini yükleyen akit:

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi esas itibarile fonksiyonunu kredi ile ve bunun hususî bir nev'i olan taksitle alım satımlarda icra eylemektedir⁷⁵. M. K. m. 688 in umumî bir ifade tarzı kullanmış bulunması ve alım satımdan bahseylememiş olması, bu müessesenin alım satımdan gayri bazı akitlerde dahi tatbik edilebileceği zehabını uyandırabilir. Nite-

edilmiş ve adı «Noterlik Kanunu» na tahvil olunmuştur. Bk. *Resmî Gazete*, 16 mayıs 1952, sayı 8111.

73) Bk. § 1.

74) Biraz farklı olarak bk. *De Meester ve De Mortier*, a. g. e., s. 4.

75) Bk. § 1.

kim, *Dr. Galip Gültekin*, mülkiyeti muhafaza mukavelesine hasrettiği kitabında : «Mülkiyeti muhafaza müessesesinde iki hususî muamele vardır. Birisi borçlar hukuku yönünden *her hangi bir* iktisabî muameledir. Meselâ bey, trampa, istisna, ödünç ve saire gibi, fakat tatbikatta en çok tesadüf edilen bey aktidir.»⁷⁶ demek suretile M. K. m. 688 i geniş bir surette tefsir etmiye taraftar gârünmektedir. Keza *Schneider* ve *Fick*, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin istisna aktinde cereyan edebileceği tarzında tefsire müsait bir ifade kullanarak, şunları söylemektedirler : «Makineler, mobilyalar v. s. ye müteallik istisna akitlerinde taksitle satış şart edilebilir. Bu halde hakikî istisna akti ile istisna aktine benzer alım satımı birbirinden tefrik edilmek iktiza eder ... Hakikî bir istisna akti halinde, mülkiyeti muhafaza veya akitten rücu hakkı M. K. m. 688 hükmü mucibince ... şart edilebilir.»⁷⁷. Her ne kadar müellifler, satışla, hakikî istisna aktinin ayrılması lâzımgeldiği hususu üzerinde duruyorlar ise de, bu farkı izah etmemiş bulunmaktadırlar.

Bizce, *Federal Mahkemenin* bir kararında da beyan edildiği gibi⁷⁸, evvel emirde, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin *ancak mülkiyeti nakil vecibesini yükleyen akitlerde* cari olabileceği prensibinden hareket etmek iktiza eder.

Bu bakımdan *Schneider* ile *Fick* tarafından ileri sürülen fikirde iki vaziyeti birbirinden tefrik etmek lâzımdır :

a) Şayet malzeme iş sahibi tarafından verilmişse, mülkiyeti onda kaldığından, zaten müteahhit lehine bir mülkiyeti muhafaza şartından bahsetmeye imkân yoktur. B. K. m. 364 mucibince işin parası, eserin tesliminde ödeneceğinden, kanunumuz hiç değilse gayrimenkul bahsinde, müteahhide bir kanunî ipotek hakkı tanımak suretile onu himaye etmiştir (M. K. m. 807, bent 3). Bu istisna akti neticesinde meydana getirilen eserde amelin kıymeti o şeyin kıymetinden fazla olsa dahi, bizce, âmil suiniyet sahibi olduğundan (M. K. m. 699, cümle 2) hukukî tağyir sebeble malzemenin mâliki olamaz ve bu halde dahi, müteahhit lehine bir mülkiyeti muhafazadan bahsedilemez.

b) Malzeme müteahhit tarafından temin edildiği takdirde, hâdisemizde mürekkep bir akit vardır. Meydana getirilmesi iktiza eden eser

76) *Dr. Galip Gültekin*, a. g. e., s. 9.

77) *Schneider* ve *Fick*, a. g. e., m. 225, s. 395, No. 17.

78) ATF 60 III 168; JdT II, 1935, s. 27. - *Dr. C. Jager - Marcel Bridel*, Troisième et quatrième suppléments au Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1949, s. 304.

bakımından bir istisna akti, buna mukabil, işlenen malzemenin mülkiyetini karşı tarafa (iş sahibine) nakletme vecibesi bakımından da, bir alım satım akti mevcuttur. Esere müteallik hususlarda istisna akti hükümlerinin, mülkiyetin nakli mükellefiyeti hususunda, hususî hükümler yoksa, alım satım hükümlerinin tatbiki iktiza edecektir. Malzemenin iyi cinsten olmasını tekeffül halinde bu hususu sarahaten beyan eden B. K. m. 357 f. 1 de mevcut bulunan prensibi, müteahhidin o şeyin mülkiyetini nakletme mükellefiyetine de teşmil etmek gerekir. Meseleyi, mülkiyeti muhafaza mukavelesi zaviyesinden tetkik ettiğimiz takdirde diyebiliriz ki, malzeme müteahhit tarafından temin edildiğinde müteahhit lehinde olmak üzere mülkiyeti muhafaza şartının cereyanı mümkün ise de, müessesenin istisna aktine bu zaviyeden teşmili, bu aktin mahiyetinden değil, fakat bu ikinci halde, *alım satım kaide ve müesseselerinin kabili tatbik olmasından ileri gelmektedir.*

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin, hibe aktine kabili tatbik olup olmayacağı düşünülebilir. Bu hususta da iki ihtimali birbirinden ayırmak lâzımdır :

a) *Elden hibe*'de akit, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle vücut bulacağına göre (B. K. m. 237) burada mülkiyetin bağışlayan tarafından hıfz edilebileceği pek tasavvur edilemez. Kanun, mezkûr maddesinde «teslim» diyor ise de buru mülkiyetin nakli anlamak iktiza eder⁷⁹. Nitekim, aynı maddenin ikinci fıkrasının, *gayrimenkulün elden hibesinin ancak* tapu siciline kaydolunmakla tamam olacağını beyan etmiş bulunması da, burada «teslim» den mülkiyeti nakledici muamele sıfatı ile bahsedildiğini gösterecek bir husustur. Her ne kadar kanun, *şartlı ve mükellefiyetli bağışlamaları* kabul etmiş ise de, bu şart ve mükellefiyetler doğrudan doğruya mülkiyetin intikali hâdisesine bağlı bulunmayıp, *akti* takyit etmektedirler (B. K. m. 240, 241). Keza 242 nci maddede bahsedilen *rücu şartında*, bağışlanılan şeyin mülkiyeti diğer tarafa geçmiş olup, ancak vefatı halinde tekrar bağışlayanın mülküne rücu edecektir. Gene 244 üncü maddede zikredilen sebeplerden biri dolayısıyla bağışlamanın *iptali* ve bağışlanılan malların *istirdadı* halinde, ileri sürülen hıfzedilmiş bir mülkiyet hakkı değil, fakat aktin ortadan kalkması sebebiyle bir şahsî hak olan sebepsiz iktisap iddiasıdır.

b) *Hibe vaadinde* (B. K. m. 238) vaziyet daha da açıktır. Bu takdirde henüz bir teslim mevcut bulunmadığına göre, zaten mülkiyeti muhafaza kaydına ihtiyaç yoktur ve 245 inci maddede mevcut sebeplerin

79) *Funck*, a. g. e., m. 242, No. 1, s. 167 v. d.

tañakkukunda, bir «iade» talebi değil, fakat sadece bir «tenfizden imtina» bahis mevzuudur⁸⁰.

Demek oluyor ki, yukarıda serdedilen mülâhazalar sebeble mülkiyeti muhafaza kaydının gerek elden hibe, gerek hibe vadinde tatbikine imkân yoktur. Kaldı ki, hibe tek taraflı bir akit olup, mukabil edim vücade getirmez. Bu sebeble mukabil edimin garantisi ve dolayısıyla mülkiyeti muhafaza kaydı zaten bahis mevzuu olamaz.

Trampa'ya gelince; bu akte, mahiyet ve şartları mümkün kıldığı hudutlar dairesinde, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin tatbik edilebileceği kanaatindeyiz. B. K. m. 232, satın hükümlerinin trampada da tatbik olunacağını söylediğine göre, burada da, mülkiyeti muhafaza mukavelesi *alım satım dolayısıyla* tatbik edilebilecektir.

Dr. Gültekin'in ileri sürdüğü gibi⁸¹, *karz* aktinde mülkiyeti muhafazanın cereyan edebileceğini kabul, kanaatimizce imkânsızdır, zira *karz* aktinde, *karz* alanın «mikdar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermek» mükellefiyeti ile mülkiyeti muhafaza kaydı, kabili telif olamaz. *Karz* verenin borcu bir şeyin tam mülkiyetini, tam zilyetliğini karşı tarafa terk ve devir eylemektir⁸². Aslı zilyetliğini, mülkiyetini muhafaza ettiği müddetçe, *karz* aktinin iktisadî fonksiyonunun cereyan etmesine imkân kalmaz.

Bütün bunlardan çıkartılabilecek umumî netice, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin, yukarıda görülen iktisadî ve hukukî sebebler dolayısıyla⁸³ ancak *alım satım akti* halinde veya *alım satım kaidelerinin* tatbiki mümkün olan ahvalde, bir *pactum adjectum* olarak inşa edilebileceğidir. Mebi alıcıya teslim edilmekle beraber, mülkiyetin intikali herhangi bir şarta ve bilhassa semenin tamamen tediyesine bağlandığı her halde, mülkiyeti muhafaza kaydını tatbik imkân dahiline girer.

Cebrî satışlarda, mülkiyeti muhafaza mukavelesi cereyan edemez. Gerçekten, menkullerin *cebrî satışlarına* müteallik İcra İflâs K. m. 118 mucibince, satış *peşin para ile* yapılır. Ancak icra memuru müşteriye yedi günü geçmemek üzere bir mühlet verebilir. *Satılan mal bedeli alınmadan teslim olunmaz*⁸⁴. Binaenaleyh, *cebrî satışlarda*, semen alacağının herhangi bir surette garantilenmesi bahis mevzuu olamaz.

80) Tafsilât için bk. *Guhl*, a. g. e., § 43, s. 243 v. d.

81) *Gültekin*, a. g. e., s. 9.

82) Bk. *Funck*, a. g. e., m. 312, No. 1, s. 202.

83) Bk. § 1.

84) Keza bk. İcra ve iflâs işlerinin görülme ve İcra ve İflâs Kanununa göre

Mülkiyeti muhafaza, *müzayede ile satışta* da pek mutasavver değildir. B. K. m. 229 a göre, hilâfı, satımda şart edilmemiş ise, ihale bedelinin *peşin* tediyesi lâzımdır. Keza müzayede ile menkul bir mal alan kimse, onun mülkiyetini ihale ânında iktisab eder (B. K. m. 231). Satıcının semen alacağı B. K. m. 229 cümle 2 deki hükümle korunmuştur. İhale bedeli peşin veya satım şartlarına tevfiikan tesviye edilmezse, satıcı satımı derhal feshetme selâhiyetini haizdir⁸⁵.

İstimlâk, gayrimenkullere taallûk ettiğinden⁸⁶, halbuki Türk hukukunda mülkiyeti muhafaza mukavelesinin mevzuunu yalnız menkul mallar teşkil eylediğinden, istimlâkte mülkiyeti muhafaza bahis mevzuu edilemez ise de menkul mallara da kabili tatbik bulunan *istimval* de bu müessesenin cereyan edip etmiyeceği cay'î sualdir. «Âmme menfaati için veya seferberlik ilân edildiği zamanlarda âdi vasıtalarla temin edilemeyen askerî ihtiyaçları temin zımında alâkalıların rızası olmasa bile mahsus Kanun mucibince ve değer pahası mukabilinde ferde ait mallara el konulmasıdır» diye tarif olunan⁸⁷ istimvalde, Anayasamızın : «kamu faydasına gerekli olduğu usulüne göre anlaşılmadıkça ve özel kanunları gereğince değer pahası *peşin verilmedikçe* hiç kimsenin malı ve mülkü kamulaştırılmaz» diyen 74 üncü madde hükmündeki prensibin tatbiki iktiza edeceğinden, mülkiyeti muhafazanın tatbik sahası kalmamaktadır⁸⁸.

2 — Mebiin alıcıya teslimi.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin meydana gelişinde cereyan eden ikinci vâkıa, mebiin alıcıya teslim edilmiş bulunmasıdır.

Malûm olduğu üzere, teslim veya daha yerinde bir tâbirle «zilyetliğin nakli» esas itibarile menkul malların mülkiyetini nakleden tasarrufî muameleyi teşkil etmektedir. Fakat böyle bir intikalden bahsedilmek için sadece teslimin vukubulmuş olması kâfi gelmeyip, mâlikin, mülkiyetinden

tanzim olunan nûmunelerin kullanma tarzına dair 17 Aralık 1932 tarihli talimatname, m. 34. - Resmî Gazete, 17 Aralık 1932.

85) Aynı fikre yakın, *Yarg. IV. H. D.*, 1203/1214, 21.V.1940 ve 2367/1351, 5.VII.1940 kararları (*Sungur*, a. g. e., C. II, s. 42, No. 1).

86) Bk. *Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu - Galip Esmer*, Gayrimenkul tasarrufları ve tapu sicili tatbikatı, İst. 1950, § 34, s. 315 v. d.

87) Hukuk Lûgatı, s. 171.

88) Daha fazla tafsilât için bk. 3634 sayı ve 16.VI.1939 tarihli olup, 11.IV.1945 tarih ve 4710 sayılı kanunla muaddel *Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu*, bilhassa m. 3, 6, 8, 57 - 61. - 3780 sayılı *Millî Korunma Kanunu*, m. 11, 14, f. 1, 17, 23, 26.

vaz geçmek niyetile (*animus transferendi*) zilyetliği devretmesi ve müktesibin de mülkiyeti iktisap niyetile elde etmesi lâzımdır (*accipiendi dominii*). Binaenaleyh, mülkiyeti nakledici teslim, gerek nakil, gerek iktisab edenin irade beyanlarını icab ettiren bir aynî akit olarak tecelli etmektedir⁸⁹. Mülkiyetin nakledilmesi, alım satımda olduğu gibi, bir aktin mükellefiyetini, edimini teşkil ediyorsa, ekseriya bu halde tasarrufî muameledeki iradeler sarıh bir şekilde beyan olunmayıp, zilyetliğin maddî olarak devrine mesnet teşkil eden iltizamî muamelede mündemiçtir⁹⁰.

Meseleyi alım satım akti bakımından ele aldığımız takdirde, mülkiyeti nakil keyfiyetinin satıcının borcunu teşkil ettiğine şahit oluruz (B.K. m. 182, f. 1)⁹¹. Bu mülkiyeti nakil keyfiyetinde İsviçre - Türk sistemi, Roma hukuku prensibine sadık kalarak, mülkiyetin intikali için sırf aktin, alım satımın mevcudiyetini kâfi görmiyerek ayrıca, tasarrufî bir muamele, yukarıda hukukî mahiyetini tebarüz ettirmeğe gayret ettiğimiz zilyetliğin devrini aramıştır. Buna mukabil Fransız hukuku ve bu hukuk sistemini takip eden hukuklarda, aktin teşekkülü ile beraber mebiin mülkiyetinin de alıcıya intikal ettiği malûmdur⁹².

İşte, mülkiyeti muhafaza mukavelesini meydana getiren vâkıalar silsilesinin ikincisinde mebiin alıcıya teslim edildiğini görmekteyiz, yani zahirî olarak, mülkiyeti nakil için aranan fiilî vaziyet ihdas ve ifa edilmiştir, fakat mülkiyetin intikali için mevcut olması iktiza eden *animus transferendi* mutlak olmayıp, — mülkiyeti muhafaza mukavelesine tanınacak mahiyete göre — ya henüz mevcut bulunmayıp, ancak bir şartın tahakkuku ile doğacak veya mevcut bulunduğu halde bu hususun tahakkuku ile ortadan kalkacaktır⁹³.

89) Dr. Ferid H. Saymen, Medeni hukuk dersleri, IV, Aynî haklar, İst. 1949, s. 299 v. d. (Şapografik notlar); Göktürk, a. g. e., s. 937, § 95; Wieland, a. g. e., C, I, s. 414 v. d.; Tuor, a. g. e., § 93, s. 495 v. d. - Esat Arsebük, Borçlar hukuku, § 25, s. 212, not 81; Belgesay, a. g. e., s. 146 v. d.

90) Saymen, a. g. e., s. 300.

91) Esat Arsebük, Hususi akit tipleri etrafında incelemeler, Ank. Huk. Fak. Der., C. V, s. 113.

92) Burada Fransız Medeni Kanununun 1583 üncü maddesini hatırlatmak isteriz : «(Alım satım), mebi ve semen hususunda mutabık kaldığı takdirde taraflar arasında inikad eder ve mebi teslim, semen tediye edilmemiş olsa dahi, satıcı bakımından mülkiyet kendiliğinden alıcı tarafından iktisab edilmiş olur.»

93) Burada şu noktayı tebarüz ettirmek isteriz ki, mülkiyeti muhafaza kaydı bakımından, Fransız sistemini kabul eden hukuk nizamlarile bizim sistemimiz arasında esash bir farkın mevcudiyetinden bahsedilemez. Bu sistemlerde de alım

3 — Mülkiyetin nakil keyfiyetinin şarta bağlanması.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin ana fonksiyonunu, satılan ve teslim edilen mebi üzerindeki mülkiyet hakkının muayyen bir hâdisenin vukuuna bağlanması teşkil eder. Daha açık bir ifade ile, mülkiyeti muhafaza mukavelesile, mülkiyetin intikali bir şarta bağlanmaktadır. Bu şart herhangi bir hâdisenin tahakkuku olabilir. «Uniform Conditional Sales Act» birinci maddesinin 4 üncü bendinde: «Şartın tahakkuku demek, mallar üzerindeki mülkiyetin alıcıya intikalini icab ettiren hâdisenin, *ister bu hâdise, alıcı tarafından bir fiilin ifası olsun, ister meşkûk bir halin vukuu olsun, gerçekleşmesidir*»⁹⁴ diyerek, mülkiyetin intikalini her türlü şarta tâbi tutmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bununla beraber, en fazla rastlanılan, semenin tamamen tediyesidir⁹⁵. Şartın, semenin tamamen tediyesi veya vukuu meşkûk herhangi diğer bir müstakbel hâdisenin olmasından neşet eden tatbikî fark kendini bilhassa alıcının temerrüdünde gösterir.

Mülkiyetin intikali keyfiyetinin bağlı bulunduğu şartın mahiyeti. mülkiyeti muhafaza mukavelesi müessesesinin en münakaşalı mevzularından birini teşkil etmektedir. Yalnız, bu mevzua girmeden önce, en fazla rastlanılan şart, semenin tamamen tediyesi olduğuna göre, evvel emirde, semenin tamamen tediyesi keyfiyetinin bir şart telâkki edilip edilmeyeceğini tesbit etmemiz iktiza eder.

Derhal şu noktayı tebarüz ettirmeliyiz ki, *alım satım akti bakımından* semenin tediyesi aktin alıcıya yüklediği bir borçtur. Tediye, akti vecibenin ifası, icrasıdır ve tahakkuk ettiği takdirde, kendisine aktin ifasına müteallik neticeler terettüp eder, tahakkuk etmediği takdirde aktin ademi ifasından bahsedilir. Yalnız mülkiyeti muhafaza mukavelesi akde değil, fakat tasarrufî bir muameleyi icab ettiren mülkiyetin intikali taallûk ettiğinden, semenin tediyesi hâdisesinin bu *mülkiyetin intikali bakımından* tetkiki icab etmektedir.

satım bir rızai akit olduğundan, mülkiyetin nakli aktin bir unsurunu teşkil etmez ve taraflar bu hususu pek alâ mahfuz tutabilirler. - Bk. *Planoil - Ripert - Boulanger*, a. g. e., C. II, s. 759, 760. - Yeni MK. dan evvel İtalyan hukuku için bk: *Vivante*, a. g. e., C. IV, No. 163, s. 164, No. 1691, s. 237.

94) «(Performance of the condition) means the occurrence of the event upon which the property in the goods is to vest in the buyer, whether such event is the performance of an act by the buyer or the happening of a contingency.»

95) Aynı kanaat: *Gültekin*, a. g. e., s. 13.

Ortada bir kredi ile veya taksitle satış mevcut olmasına göre, semenin tamamen tediyesi *istikbale* terk edilmiştir. Kredi üzerine satan, semenin istikbalde ya tamamen veya muayyen vâdelerde tediye edilecek taksitler suretile ödenmesini kabul etmiş bulunmaktadır ve mülkiyeti muhafaza kaydı bu istikbale mâtuf tediyeye karşı bir teminat olarak meydana çıkmaktadır. Semeninin tamamen tediyesi satıcı bakımından daima bir *meşkûkiyet* arz eder. *De Meester* ve *De Mortier*'nin de söyledikleri gibi, bu meşkûkiyete karar verebilmek için «alıcının taksitlerini ödeyememesinden tahakkuk etmemiş bulunan bir çok alım satımları hatırlamak kâfidir»⁹⁶.

Demek oluyor ki, kredi ile yapılan ve bilhassa taksitle yapılan alım satımlarda, semenin *tamamen* tediyesi *müstakbel* ve *meşkûk* bir hâdise vasfını taşımakta ve akit bakımından bir vecibe ise de, *mülkiyetin intikali* zaviyesinden bir şart olarak telâkki edilebilir. Ord. Prof. *Esat Arsebük* bu şart vasfını şu şekilde ifade etmektedir : «Mülkiyeti muhafaza kaydı, mahiyeti itibarile bir şarttır. Müşteri şarta riayet etmez, yani satın aldığı malın taksitlerini ödemezse, o zaman satıcı, bu şarta dayanarak mebii geri alabilir. Demek ki tahakkukunu bayiin arzusuna bağlı kılmayan bu şart, mülkiyetin müşteriye intikaline mani olmaz ...»⁹⁷. Napoli Yargıtayı 30 Aralık 1913 tarihli bir kararında, semenin tamamen tediye şartının, alıcının iradesi bakımından dahi iradî bir şart telâkki edilemeyeceğini beyan etmiştir⁹⁸.

Şunu da tebarüz ettirelim ki, burada *müstakbel* olan, semenin kredi ile veya taksitle tediye edilmesi vâkıası, *meşkûk* olan da bunun tamamen tediyesi halidir⁹⁹.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin meydana gelmesinde cereyan eden vâkıaları tahlil sonunda elde ettiğimiz neticeleri şu suretle sıralayabiliriz :

1) Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, sadece alım satım aktinde cereyan edebilecek bir mahiyeti haizdir.

2) Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, alım satım aktine değil, fakat mülkiyetin intikali hâdisesine taallûk etmektedir.

3) Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, mülkiyet hakkının intikal edip etmemesini bir şarta tâbi tutan bir mahiyeti haizdir.

96) *De Meester* ve *De Mortier*, a. g. e., s. 14.

97) *Arsebük*, a. g. makale, s. 97.

98) *De Meester* ve *De Mortier*, a. g. e., s. 14.

99) *De Meester* ve *De Mortier*, a. g. e., s. 13, 14.

II — MÜLKİYETİ NAKİL KEYFİYETİNİN BAĞLANDIĞI ŞARTIN MAHİYETİ.

A. *Umumî olarak.*

Mülkiyeti muhafaza mukavelesinin aradığı şartın mahiyeti hususunda kanunumuz sâkittir. Buna mukabil, Alman Medenî Kanunu, 455 inci maddesinde, şüphe halinde mülkiyeti nakil keyfiyetinin talikî bir şarta bağlanmış telâkki etmek lâzım geldiğini sarahaten beyan etmektedir¹⁰⁰. Bu şartın mahiyeti, İtalyan doktrininde de münakaşa edilmişti. Jürisprüdans ve doktrinde zıt fikirler bulunuyordu; nihayet bu mesele 1942 tarihli İtalyan Medenî Kanununda mevcut sarıh hükümlerle ortadan kalkmıştır. İtalyan M. K. m. 1523 e göre : «Mülkiyeti muhafaza mukavelesi ile alım satımda, alıcı semenin son taksitini tediye etmek suretile şeyin mülkiyetini iktisab eder ». Bu ifade tarzı, İtalyan vâzı kanununun mülkiyeti muhafaza kaydında bir tâliki şart gördüğünü belirtecek bir sarahati haiz bulunmaktadır. Hattâ, İtalyan hukukunda akitle mülkiyetin nakli ayrı ayrı muameleler olmadığı, yani doğrudan doğruya akte aynî bir netice tanındığı halde, İtalyan vâzı kanunu, aktin iltizamî hükümlerile aynî hükümlerinin bazı hallerde ayrı ayrı zamanlarda cereyan edebileceğini kabul etmiştir. İtalyan Medenî Kanununun esbabı mucibe lâyihasında sarahaten, bu hallerden birinin de mülkiyeti muhafaza mukavelesi olduğu beyan edilmektedir (n. 136)¹⁰¹. Aynı tâliki şart fikri, Amerikan *Uniform Conditional Sales Act* ten de istihraç olunabilir. Bu kanuna göre : «Alıcı, mütemerrit (kusurlu) olmadıkça akit şartlarının tahakkuku halinde, malların zilyetliğini muhafaza ve mülkiyetini iktisaba salâhiyetli olacaktır» (§ 2, cümle 1)¹⁰².

Türk hukuku bakımından, kanunumuz sâkit olduğuna göre, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin inşasında, taraflar şartı talikî veya infisahî olarak telâkki edeceklerini açıkça bildirdikleri takdirde mesele yoktur.

Şayet taraflar mülkiyeti muhafaza kaydını infisahî bir şart olarak kabul etmişlerse, mülkiyet teslim ile alıcıya intikal edecek, fakat şart tahakkuk etmez, ezcümle semen tamamen tediye edilmezse, alıcının mebi üzerindeki hakkı sukut ve mülkiyet satıcıya avdet edecektir. Yok, taraflar

100) Bu hususta bk. *Enneccerus - Lehmann*, a. g. e., C. II, s. 461.

101) Tafsilât için bk. *Antonio Butera*, Codice Civile Italiano, Commentato, C. IV, kısım 1, Torino, s. 536, (1943).

102) Amerikan hukukunda tâliki şart olduğu hususunda : *George L. Clark*, Summary of American law, New-York, 1949, s. 303, § 8. - Keza U. C. S. A. § 1, f 4.

mülkiyeti muhafaza kaydını taliki bir şart olarak kabul etmişlerse, mülkiyet teslim ile birlikte alıcıya intikal etmiş olmayacak, intikal hususu tamamen tespit edilen şarta tâlik edilmiş bulunacaktır.

Şunu da derhal tebarüz ettirmemiz iktiza eder ki, tâliki veya infisahî şarttan bahsederken, meseleye daima *mülkiyetin alıcıya intikali zaviyesinden* bakmaktayız. Zira, alıcı zaviyesinden tâliki olan şart, satıcı bakımından, mülkiyet hakkı ortadan kalkacağına göre, infisahî bir şart mahiyetindedir.

Tarafların niyetlerini izhar etmelerinde gayet basit olduğu halde, taraflar niyetlerini bildirmedikleri takdirde vaziyet güçleşmektedir. Malûm olduğu veçhile, bu takdirde, şartın infisahî mi yoksa talikî mi olduğu bir tefsir meselesi olarak kendini göstermektedir ve Liège Ticaret Mahkemesinin de 29 Aralık 1929 tarihli kararında gayet güzel ifade edildiği gibi¹⁰³, bu cepheden tefsire gidildiği takdirde, «kullanılan tâbirlerin lûgat mânasından ziyade, tarafların niyet ve arzuları üzerinde durmak lâzımdır». Şüphe halinde, daha ziyade tâliki bir şartın mevcudiyetine temayül edilir, zira umumiyetle şartla bir taahhüt altına giren şahıs, şartın tahakkukundan evvel borcu ifa etmek arzusunda değildir; binaenaleyh, şüphe halinde, şartın infisahî olduğunu ispat, alacaklıya terettüp eder¹⁰⁴.

Mülkiyeti muhafaza mukavelesi cephesinden tetkik ettiğimiz takdirde görürüz ki, gerek İsviçre, gerek Türk doktrinde ihtilâf mevcuttur. Bazıları mülkiyeti muhafaza mukavelesinde, mülkiyetin intikalini infisahî bir şarta bağlı görmekte, bazıları ise burada tâliki bir şartın mevcudiyetinden bahsetmektedirler.

B. *İnfisahî şart nazariyesi.*

1 — **İsviçrede.**

İsviçrede, bu şartın infisahî bir şart olduğunu ileri sürenlerin başında *Beck* gelmektedir. Müellife göre :

«1. Mebi tescilden önce teslim edilmişse, mülkiyet şartsız olarak intikal etmiş olacağından, âkitler arasında istenilen durumun muhafazası için yegâne çare infisahî şartın kabulüdür. Çünkü aksini iddia tarafların teslim edilmişse, teslimden önce tescil her iki şartın kabulüne müsait olduğundan, şartlardan hangisinin kabul edilmiş sayılacağı münakaşa müşterek gayelerine münafi olur. 2. Buna mukabil mebi tescilden sonra

103) Bu karar için bk. *De Meester ve De Mortier*, a. g. e., s. 19.

104) *von Tuhr*, *Partie générale du Code fédéral des obligations* (tr. Torrenté-Thilo), Lausanne, 1933, § 84, s. 644.

edilebilir. *Bu halde de, hilâfı kararlaştırılmamışsa şart infisahî olmak lâzımdır.* M. K. m. 688 tescil edilmemiş mülkiyeti muhafaza şartına hiç bir hukukî tesir tanımadığından teslimin tescilden evvel vukubulduğu hallerde tâliki şartın ihyasına hukuken imkân olmadığı gibi, tescilden sonra alıcı ikametgâhını değiştirmiş ise, tescil hükümden düşeceği cihetle, mülkiyeti muhafaza müessesesinin lâyıki veçhile fonksyone edebilmesi için mebiin tescilden sonra teslimi halinde de aynı neticeye varılmalıdır. M. K. m. 688 den âmir mahiyette çıkan bu kabil tahditlerden dolayı kanunun ekseriyetle tâliki şarta cevaz vermediği anlaşılmaktadır. Talikî şart ancak mebiin tescilden sonra teslim edildiği hallerde doğabilir ki, bu hal az çok istisnaîdir¹⁰⁵.».

İsviçrede, Huber, Becker, Leemann gibi diğer müellifler de, teslimin tescilden evvel vukubulması halinde şartın infisahî telâkki edilmesi fikrini gütmekte iseler de fikirlerini daha ziyade yalnız bu ahvale inhisar ettirdikleri halde, *Beck* bu tezi tevsî ederek, az çok bütün mülkiyeti muhafaza mukavelelerinde bir infisahî şart görmeğe temayül etmektedir.

2 — Türkiyede.

Türkiyede, infisahî şart tezinin müdafii olarak, Prof. Dr. Halil Arslanlı'yı görmekteyiz¹⁰⁶.

Dr. Arslanlı, gayet mahirane bir tarzda, *doğrudan doğruya metinden hareket etmek suretile* infisahî şart neticesine varmaktadır.

Sayın Profesöre göre : «Evvel emirde şunu tebarüz ettirmek gerekir ki, bizdeki metin İsviçre Medenî Kanununa uygun değildir. İsviçre Kanununun 715 inci maddesi aynen şöyledir : «Müktesibe nakledilen menkul bir mal üzerinde mülkiyetin muhafazası, ancak müktesibin ikametgâhındaki icra memuru tarafından tutulan resmî sicilde kaydedildiği takdirde muteberdir». Türk Medenî Kanununun 688 inci maddesi ise şöyle der : «.....». Görülüyor ki, İsviçredeki metinle Türk Medenî Kanunundaki ifade tarzı arasında mühim iki fark vardır. İsviçre kanunu şartın mahiyeti hususunda sakit iken bizde kullanılan ibarelerden daha ziyade infisahî şarta meyledildiği müdafaa edilebilir. İsviçre metninde mülkiyetin intikal ettiğinden bahis yoktur. Orada nakledilen menkul bir mal olup naklin ne maksadla vukubulduğu musarrah değildir. Halbuki

105) *Emil Beck*, Der Eigentunmsvor - IV. behalt nach dem schweiz. Z. G. B., 1916, s. 39 v. d. (*Arslanlı*, a. g. e., s. 359 v. d. naklen).

106) Bk. *Arslanlı*, a. g. e., s. 360 v. d.

Türk Medenî Kanununun, cümlenin başında kullandığı ibarelerden, mülkiyetin alıcıya nakledilip bir şartla hıfzedildiği anlaşılmaktadır. Demek oluyor ki, Türk hukukunda evvelâ mülkiyet alıcıya intikal ediyor ve satıcı intikal etmiş olan mülkiyeti uhdesinde hıfzediyor. Filhakika bizde de kanunun ifade tarzı açık değildir. Çünkü bir kere intikal etmiş olan mülkiyeti nakilin uhdesinde hıfz için, alıcının mülkiyeti devretmesi lâzımdır. Taraflar arasında böyle bir muamele mutasavver olmadığına göre, kanunumuzun bu hükmü ancak infisahî şart şeklinde tefsir edilebilir. Talikî şartta alıcıya intikal eden bir menkuldür, mülkiyet ise ancak şartın tahakkuku halinde geçecektir. İnfisahî de ise, mülkiyet intikal etmiş, ancak intikalin tekemmülü bir şarta talik edilmiştir. Bu durum karşısında 688 inci maddenin ifade tarzı bakımından infisahî şarta daha müsait olduğunda şüphe olmamak gerektir. Zira intikal etmiş olan bir mülkiyeti hıfz için başka çıkar yol yoktur. Buna mukabil Ticaret Kanununun 704 üncü maddesindeki ifade tarzı talikî şart lehine tefsir edilebilir¹⁰⁷».

C. Talikî şart nazariyesi.

Yukarıda tebarüz ettirmeğe çalıştığımız gibi, modern bir çok mevzuat mülkiyeti muhafaza kaydının sarahaten, talikî bir şart olduğunu beyan ettiği gibi, doktrinde de hâkim olan fikir budur. Bu tefsir tarzı, gerek tarafların niyeti, gerek müessesenin güttüğü gayeler bakımından daha yerindedir. Evvel emirde şart müessesesine tatbik olunan *umumî prensipler mucibince*, talikî şarta gitmek iktiza eder¹⁰⁸. Kaldı ki, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin *gayesi* de, şartın talikî olmasını âmirdir. Gerçekten, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin başlıca amelî gayesi, mebi üzerinde alıcının alacaklıları tarafından vaz edilen hacizlere ve alıcının iflâsında satıcıyı aynî bir hakla himayedir ki, bu da ancak o anda satıcıda mevcut bulunduğunu kabul ettiğimiz bir mülkiyet hakkı ile mümkün olur. Keza, *satıcının zimnî arzusu* da bu merkezde olmak icab eder: Mülkiyeti muhafaza şartile satış yapan satıcının alıcıya karşı büyük bir itimadı olmasa gerektir. Binaenaleyh satıcı, mülkiyet hakkını kabil olduğu kadar geç kaybetmeyi arzu edecektir¹⁰⁹. M. K. m. 688 in her

107) *Arslanlı*, a. g. e., s. 360, 361.

108) *von Tuhr*, a. g. e., § 84, s. 644. - B. K. m. 149, f. 2 sarahaten: «İki taraf hilâfını kastetmedikleri halde, şarta bağlı akit, ancak şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade eder» demektedir.

109) *von Tuhr*, a. g. e., § 84, s. 644.

şeyden evvel satıcıyı korumak gayesile vaz edildiği hatırlanırsa¹¹⁰ talikî şart fikrinin ne dereceye kadar yerinde olduğu büsbütün tebeyyün eder. Gerek İsviçre, gerek Türk doktrininde ekseriyet bu fikirde bulunmaktadır¹¹¹.

Federal Mahkeme, 17 Temmuz 1922 tarihli bir kararında talikî şarttan bahsettikten sonra¹¹², 1933 tarihli diğer bir kararında¹¹³ bu şartın talikî veya infisahî olabileceğini beyan ile, böylece tavsif işini ahval ve şeraite terk etmektedir¹¹⁴.

D. Noktai nazarımız.

Bu husustaki noktai nazarımızı bildirirken mülkiyeti muhafaza mukavelesinde, mülkiyetin intikalini infisahî bir şarta tâbi gören müellifleri tenkit ile işe başlamayı lüzumlu görmekteyiz.

110) Bk. § 2.

111) Ezcümle: *Gültökin*, a. g. e., s. 13, 14, 1935 makalesi, s. 448; *von Tuhr*, a. g. e., § 84, s. 648; *Schwarz*, Borçlar Hukuku Dersleri (tr. Davran) İst. 1948, § 44, s. 413; *Leemann*, a. g. e., m: 715, III ve müt. s. 331. - Bir makalesinde: «Müşteri şarta riayet etmez, yani satın aldığı malın taksitlerini ödemezse, o zaman satıcı bu şarta dayanarak mebli geri alabilir, Demek ki tahakkukunu bayiin arzusuna bağlı kılmayan bu şart, mülkiyetin müşteriye intikaline mâni olmaz. Yalnız şartın tahakkuk etmesi halinde, bayie sattığı mal üzerinde aynı bir hak temin eder» diyen *Arsebük* (a. g. makale, s. 97), Borçlar hukuku kitabının son tabında da şöyle bir ifade kullanmaktadır: «Bedel ödeninceye kadar mülkiyetin muhafazası ya M.K. m. 688 ve 689 maddelerine veya B.K. m. 211 f. 3, veyahut ta her ikisine birden istinat ettirilebilir. Eğer M.K. a istinat ettirilmişse, mülkiyet aynı bir hak olarak kalır. B.K. na istinat ettirilmişse, hak şahsidir. Aradaki mahiyet farkını şu suretle belirtebiliriz: Mülkiyeti muhafaza kaideten talikî bir şarttır. Halbuki B.K. m. 211 f. 3 de şartın mahiyeti infisahîdir; JdT, 1933, s. 403» (*Arsebük*, a. g. e., § 79, s. 834, Not 117; § 90, s. 961). *Dr. Kemalettin Birsen*, Borçlar hukuku dersleri, C. I, 2. bası, İst. 1944, s. 297, 298, No. 341, 342.

112) JdT, 1923, s. 201.

113) JdT, 1933, s. 402.

114) *Dr. K. Fikret Arık*, şöyle demektedir: «şu halde, mülkiyeti muhafaza kaydile bir menkulü satın alan kimse mülkiyeti ancak bedelin tamamen ödenmesi halinde iktisab eder. Satıcı bu ana kadar bedelin ödenmesi infisahî şartı altında malın maliki olarak kalır.» (a. g. makale, s. 1059). Her ne kadar müellif burada infisahî şarttan bahsediyorsa da, hâdiseyi menfi zaviyeden tasavvur etmektedir.

Bu müelliflerin tezlerini bilhassa şu iki noktada toplamak mümkündür : 1) *Beck* gibi müellifler, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin tâbi bulunduğu tescil formalitesine istinat etmek ve tatbikatta, ekseriya teslimin tescilden evvel vukubulduğunu ileri sürmek suretile burada infisahî şart nazariyesinin müessesenin işlemesine daha elverişli bulunduğunu beyan etmektedirler.

2) *Dr. Halil Arslanlı*, bilhassa M. K. da mevcut ifade farkına istinat suretile aynı neticeye varmaktadır.

Halbuki, kanaatimizce :

1) *Beck*'in, mebiin tescilden önce teslimi hâdisesi dolayısıyla ileri sürdüğü noktai nazar şu şekilde kabili tenkittir : Tescilden önce mebiin teslim edilmesi halinde, ortada M. K. m. 688 mucibince muteber bir mülkiyeti muhafaza mukavelesi yoktur. Teslimden sonra yapılan ve tescil edilen bir mukavelede, taraflar, *yeni* bir mukavele inşa etmiş olacaktırlar. Alıcının uhdesine geçen mebiin mülkiyetini tekrar satıcıya devir sadedinde bir mukavele yapıp, taksitlerin tamamen tediye edilmemesi halinde mülkiyetin tekrar eski mâlike intikal edeceği şartı ile inşa edilen bu mukavele ile eskisi arasında ne tarafların sıfatı bakımından, ne de bu mukavelede güdülen gaye bakımından bir ayniyet mevcut değildir. Bu sebeple yeni mukavelede, tarafların mülkiyetin intikalini infisahî bir şarta tâbi tutarak vaziyeti kurtarmak istemeleri ilk mukaveledeki şartın mahiyetini değiştirecek bir sebep olarak gösterilemez.

Kaldı ki, Türk tatbikatından edindiğimiz intibalara göre, Türkiyede, tescil yapılmadan, mebi alıcıya pek teslim olunmamakta, teslim için evvelâ mülkiyeti muhafaza mukavelesinin sicille tescil edilmesi beklenilmektedir.

2) *Gene Beck*'in, tescilden sonra mebiin teslimi halinde dahi bu şartı infisahî olarak kabul etme temayülü bizi tatminden uzaktır. İkametgâh tebdili halinde, tescil hükümden düşeceği cihetle, infisahî şart nazariyesinin vaziyeti kurtarabileceği noktai nazarına karşı, aynı esbabı mucibe kullanılarak denilebilir ki, tescilden sonra alıcı ikametgâhını değiştirmiş ise, tescil ve dolayısıyla mülkiyeti muhafaza mukavelesi hükümden düşeceği cihetle, şart ister infisahî, ister talikî telâkki edilsin, artık

Verdiği izahattan da anlaşılacağı gibi, netice itibarile satıcının mülkiyet hakkını bâki telâkki etmekte, fakat bedelin ödenmesi halinde mülkiyetin alıcıya intikalini değil de mülkiyet hakkını satıcının kaybetmesi haline ehemmiyet atfetmetedir.

mülkiyetin intikali meselesinde bir rol oynıyamaz, zira mukavele ile birlikte mukavelenin esasını teşkil eden şartın da muteberiyeti ortadan kalkmıştır.

3) *Prof. Dr. Arslanlı* tarafından ileri sürülen me haz metinle bizim metin arasında mevcut ifade farkına gelince; bizce, iki kanun arasındaki mevcut ifade farkı, bizi sayın profesörün yaptığı gibi bu kadar uzağa götürecek değildir. Muhakkak olan bir nokta varsa, o da, «başkasına naklettiği mülkiyet» sözlerinin bulunmasıdır. Fakat bunun akabinde derhal «nâkilin uhdesinde hıfz» gelmektedir ki, sayın profesörün de tebarüz ettirdikleri gibi, bu vaziyette «bir kere alıcıya *intikal* etmiş olan mülkiyeti nâkilin uhdesinde hıfz için, alıcının mülkiyeti devretmesi lâzımdır. Taraflar arasında böyle bir muamele mutasavver olamaz»¹¹⁵. Bu ifade tarzının sakatlığı kabul edildikten sonra, sakat bir ifadeye müsteniden kurulan noktai nazarın da zayıf olması ihtimali kuvvetlidir. «Uhdede hıfz» esas itibarile hali hazır bir vaziyeti ifade eder. Yani hâdisemizde, satıcının uhdesinde zaten mevcut bulunan mülkiyet hakkı hıfzedilmekte, muhafaza edilmektedir. Binaenaleyh, bu «uhdede hıfz» tâbirinden dahi, şartın esas itibarile talikî olduğunu istihraç mümkündür. Kanaatimizce, kanunun burada «nakil» tâbirile kastedtiği sadece «teslim» keyfiyetidir.

Prof. Arslanlı tarafından benimsenen fikir, İsviçrede de taraftar bulmuştur. İsviçre M. K. m. 715 de «müktesibe nakledilen menkul şey» den («meuble transféré à l'acquéreur») bahsetmek suretile, aynı tefsir tarzına müsait bulunmuş ise de, bazı Kanton icra iflâs makamları, ezcümle Schaffhausen Kanton İcra İflâs Dairesi bir tâmimle ve Bâl Kantonu İcra İflâs Dairesi reisi bir beyanatile, M. K. nun bu surette tefsirinin doğru olmayacağını bildirmişlerdir¹¹⁶.

Sayın profesörün, aynı müesseseye Medenî Kanun zaviyesinden infisahî, Ticaret Kanunu zaviyesinden talikî şart nazarile bakmasını da mesnetsiz bulmaktayız. Kaldı ki, umumî olarak, Medenî Kanunumuzun, me hazın muvaffak olmuş bir tercümesi olarak telâkkisine pek imkân bulunmadığına göre, sırf tercüme zaflarından istifade suretile neticelere varmak pek doğru olmaz kanaatindeyiz.

Gerek yukarıda ileri sürdüğümüz fikirler dolayısıyla, gerek mülkiyeti muhafaza mukavelesi müessesesinin gayesi ve satıcının zımnî iradesinin tefsiri bakımından, mülkiyeti muhafaza kaydında, mülkiyetin naklini

115) *Arslanlı*, a. g. e., s. 361.

116) *Gültekin*, a. g. e., s. 14.

bağlayan şartın taraflar aksini kararlaştırmadıkça, talikî bir şart mahiyetinde olduğu kanaatindeyiz.

Yalnız bir halde, *o da teslim tescilden önce yapıldığı takdirde* vaziyet değişmektedir ki, bu husus ayrı bir etüd mevzuu teşkil edecektir¹¹⁷.

Dr. Halid Kemal Elbir

117) Bazı müellifler, mülkiyeti muhafaza mukavelesinin hukukî mahiyetini tetkik ederken, fer'i bir hak, fesih hakkı mahiyetinde olup olmadığı meselesini de bu bahse ithal etmektedirler. Biz, bu hususların mülkiyeti muhafazanın hükümleri ile tetkikini daha yerinde buluyoruz. - Bk. *Arık*, a. g. makale, s. 1057 v. d. - Keza, bazı müelliflerin ileri sürdüğü gibi, mülkiyeti muhafaza mukavelesi bir alım satım vaadi de telâkki edilemez. Alım satım vaadinde (*pactum de vendento vel emendo*) vaad edilen edim, bizzat alım satım aktinin inşa edileceğidir. Taahhüt edilen bir şeyin mülkiyetinin nakli olsa, artık vaad değil bizzat alım satımın kendisi vardır. (*von Tuhr*, a. g. e., § 33, s. 235.) Mülkiyeti muhafazada, iradeler beyan edilmiş, alıcı semeni tediye, satıcı mebiin mülkiyetinin naklini taahhüt etmişlerdir, fakat bu nakil keyfiyeti talikî bir şarta raptedilmiştir. •