

## ZİLYEDLİĞİN HAVALESİ (Devam)\*

Mary ZWAHLEN

### III. ZİLYEDLİĞİN HAVALESİNİN İLGİLİLERE KARŞI HÜKÜMLERİ

#### 1. Üçüncü şahsa ihbarın rolü :

##### a. *Ihbarın yapılması*

Zilyedliğin havalesine ilişkin anlaşma kurulur kurulmaz bu anlaşmanın hükümleri doğmakta ve devralan zilyed olmaktadır; bu sonucun gerçekleşmesi için üçüncü şahsın rızası aranmaz<sup>83</sup>. Hatta üçüncü şahsın zilyedliğin devrinden haberdar olmasına da lüzum yoktur. Bu sonuç, kanun hükmünün a contrario anlamında çıkar. Zira TMK 892. maddesi 2. fıkrasında “zilyed olmakta devam eden üçüncü şahıs, temlik eden kimse tarafından haberdar edilmedikçe zilyedliğin intikali ona karşı hüküm ifade etmez” denmektedir<sup>84</sup>.

Madem ki zilyedlik daha önce geçirilmiştir, şu halde bu bir “irade beyanı” değil, bir olayın bildirilmesi (“Tatsachenmitteilung”) mahiyetindedir. Başka bir deyişle burada sözkonusu olan, daha önce gerçekleşmiş zilyedliği geçirmenin ihbarıdır<sup>85</sup>.

---

(\*) Bu incelemenin birinci kısmı, dergimizin **Kubalı'ya Armağan**, nüshasında, 383 ve sonraki sayfalarda yayınlanmıştır.

83) Aksi ve yanlış görüş : WOLFF Max, s. 195.

84) Eski İsviçre Borçlar Kanununun 201. maddesine göre bu ihbar zilyedliğin geçirilmesi için şart olmaktadır. BGB § 870 ile § 931'e göre aksine 3. şahsın haberdar edilmesi gerekli değildir (bak. WOLFF/ENNECCERUS, § 14 II 1, s. 38; § 67 II 3, s. 215); ancak rehin hakkının kurulması için gereklidir (BGB § 1205/II).

85) HOMBERGER, Art. 924, N. 6; GÜRSOY, s. 50; BECKER, Vorbem. Art. 466, s. 493. Alman doktrini (WOLFF/ENNECCERUS,

İhbar da özel bir şekle bağlı değildir. Ancak merhun üzerinde “muahhar” bir rehin hakkı kurulduğunu bildirmesi için, kanun istisnaen ihbarın yazılı şekilde olmasını zorunlu kılmıştır (TMK 855). Bu, zilyedliğin havalesinin özel bir halidir.

892. maddenin 2. fıkrasına göre üçüncü şahıs *devreden tarafından* haberdar edilmelidir; fakat bu kanunî gereğin yerine getirilmesi hususunda içtihat çok sert davranılmaması gerektiği düşüncesindedir. Hiç olmazsa devralanın, devredeni temsil ederek üçüncü şahsı haberdar edebilmesi kabul edilmektedir<sup>86</sup>. Böyle bir yetki ya genel olarak verilebilir ya da temel işlem olan satış veya rehin sözleşmesinde yer alır<sup>87</sup>. Üçüncü şahıs, mümessil olmayan devralandan, yahut başka yoldan zilyedliğin geçirildiğini öğrendiği takdirde TMK 892/2 hükmüne göre haberdar edilmiş sayılabilecek midir? Birçok Türk müellifi böyle bir durumda, bildirmenin dürüstlük kuralı gereğince ciddiye alınması gerekiyorsa üçüncü şahsın şeyi devralana vermeyi reddedemeyeceğini savunuyorlar<sup>88</sup> ve böylece ihbarın genel olarak devralan yahut bir başkası tarafından yapılabileceğini kabul ediyorlar. Meğer ki üçüncü şahıs bu bildirmenin doğru olmadığını anlayabilecek durumda bulunsun.

Kanunun bir ihbarı gerektirdiği bütün hallerde bu ihbarın neticeleri aynı değildir. Meselâ kanun alacağın temlikinde, üçüncü şahsa zilyedliğin havalesinin ihbarına benzer bir ihbar öngörmüştür. TMK 165 (İBK 167) maddesinin ifadesine göre borçlu gerek temlik eden gerek temlik alan tarafından haberdar edilebilir; keza bu maddede borçlunun *i y i n i y e t i n i* korumayı amaçladığı için, onun

---

s. 617; BAUR, s. 519) BGB § 1205'in gerektirdiği ihbarın bir irade beyanı (Willenserklärung) olduğunu ifade ediyorsa da, orada rehin hakkının tesisi söz konusu olduğu için esasen ihbar onun doğumu için bir şarttır ve bu varsayımda ihbarın hukukî işlem olması tabiidir.

86) BGE 35 II 623 (1909); HOMBERGER, Art. 924, N. 7; OĞUZMAN, s. 51.

87) OFTINGER, Art. 884, N. 263; ACEMOĞLU, s. 6, N. 12; TEKİNAY, s. 58'de anılan YHGK., 26.2.1958 tarih ve 6 - 24/22 sayılı kararı.

88) ŞAYMEN/ELBİR, s. 71; VELİDEDEOĞLU, s. 661; TEKİNAY, s. 58; REİSOĞLU, s. 40; AKİPEK, s. 200; ACEMOĞLU, s. 6.

bir başka şahıs tarafından da haberdar edilmesi mümkündür<sup>89</sup>. Buna karşılık TMK 892. (İMK 924). maddesiyle kanunkoyucu ihbarın devreden tarafından yapılmasını öngörerek üçüncü şahsın korunmasını sadece iyiniyetine bağlamıyarak onu daha çok korumak istemiştir. Bu sebeple biz, devredenin en azından zımnî bir ihbarı olmadıkça veya devralanın ihbar yapmak konusunda bir temsil yetkisi bulunmadıkça üçüncü şahsın şeyi devralana vermemekte haklı olacağı görüşündeyiz. Üçüncü şahıs devralandan temsil yetkisinin ispatını isteyebilecektir<sup>90</sup>.

Burada bir hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaz. Çünkü, TMK mad. 892/3 yahut TBK mad. 165 hükmünün aksine, TMK 892. maddesinin 2. fıkrasında üçüncü şahıs ihbardan önce sadece bir itiraz hakkına yahut eski zilyede iade etme hakkına sahip değildir, fakat ona bildirilecek devir kendisine karşı hüküm ifade etmez ve bu sebeple devralanın ona karşı bir hakkı yoktur<sup>91</sup>. Kaldı ki zilyed olan üçüncü şahsın kendisine başvuran devralanın devir alıp almadığı konusunda şüpheyeye düşmesi olağandır; eğer şüphesi varsa, artık onun dürüstlük kuralına aykırı davrandığı söylenemez. Oysa herhangi bir şüphesi olmaması halinde bile, devreden olduğu gibi devralanın da tanımamasında hiç bir menfaati yoktur.

Şüphe halinde veya şeyin kime verileceğinin ihtilâflı olması halinde HOMBERGER'e göre<sup>92</sup>, kanunda özel bir hüküm (vedia sözleşmesi için İBK 479, TBK 470) bulunmadığı takdirde İBK 168 (TBK 166) maddesinin kıyasen uygulanarak vasıtasız zilyedin mahkemeye bir tevdi yeri tayin ettirerek borçtan bu suretle kurtulması mümkün olacaktır. Ancak onu tevdi etmeye mecbur tutulamaz.

Bununla beraber doktrin haklı olarak, devreden tarafından haberdar edilmese de *üçüncü şahıs, devralanın zilyedliğini açıkça kabul ediyorsa*, ihbar şartının yerine getirildiğini kabul etmektedir.

89) Bak. BECKER, Art. 167, N. 6.

90) WOLFF/ENNECCERUS, § 163 I 1 6, s. 617.

91) Ancak üçüncü şahsın şeyi reddetmesi yahut eski zilyede geri vermesi ile devralan bir zarara uğrar ve kusur sorumluluğunun (BK. 41) şartları yerine gelirse, tabii haksız fiil dolayısıyla tazminat hakkına sahip olacaktır: VELİDEDEOĞLU, s. 661; OĞUZMAN, s. 51.

92) Art. 924, N. 7.

Meselâ vasıtasız zilyed olan rehinli alacaklı rehin verene muahhar rehin hakkını bildiğini yazarsa, ya da üçüncü şahsın zilyedliği bundan böyle "rehin tutan" ("Pfandhalter") olarak da kullanacağına dair alacaklı ile devralan arasında bir sözleşme kurulmuşsa<sup>93</sup>, bu iki halde şüphesiz üçüncü şahsın korunması sağlanmış olacaktır. Menkul rehni hakkının tesisi halinde ihbar ayrıca "teslimi meşrut şeklin" gerçekleşmesi için gereklidir ve ihbarın yapılıp yapılmadığı keyfiyeti, özellikle mahkemelerin uygulamalarında bu açıdan, yani menkul rehninin kurulup kurulmadığını tayin bakımından söz konusu olur.

Rehin hakkının tesisi için de *ihbarın kime yapılacağı* meselesi İsviçrede tartışılmıştır. Biz, TMK 892. madde bakımından yalnız devredene karşı fer'i zilyedin üçüncü şahıs sayılacağını daha önce belirtmiştik. Binaenaleyh ihbarın yalnız bu üçüncü şahsa, bir başka deyişle devredenden sonra gelen "zilyedlik aracısına" ("Besitzmittler") yapılması gerekir<sup>94</sup>. Federal Mahkeme zilyedliğin havalesi yolu ile rehin tesisine değinen uzun gerekçeli bir kararında şöyle demektedir: "Ard arda kurulan birden fazla vasıtalı zilyedlik halinde, sonraki rehinden haberdar edilmesi gereken kişi (burada üçüncü şahıs durumunda olan) mürtehin alacaklıdır. Zira zilyedliği kullanan odur — bu zilyedlik, kendi ihtiyarı ile doğrudan bir zilyedlik olmasa bile durum böyledir. Çünkü o, rehin verene başvurmadan şeyin iadesini her zaman sağlayabilir"<sup>95</sup>. Ne var ki karara konu olan olayda durum başkaydı: Vasıyasız zilyed olan antrepocu zilyedliğini yalnız birinci rehinli alacaklı için değil, rehin veren için de "rehin tutan" (Pfandhalter) olarak zilyedliğini kullanmaktaydı. Çünkü rehni yalnız ikisinin rızasıyla verebilirdi. Böylece birinci rehinli alacaklı rehin verenle iştirak halinde vasıtalı zilyed iken, rehin verenin zilyedliğin havalesi yolu ile ikinci rehin hakkı kurabilmesi için kendi zilyedliğinin aracısı olan antrepocuyu haberdar etmesi Federal Mahkeme tarafından gerekli ve yeterli olduğuna karar verilmiştir. Diğer bir örnek olarak: bir banka, faizleri intifa hakkı sahibi olan mirasçıya ödenmek üzere çıplak mülkiyet sahibinden vedia olarak

93) WOLF/ENNECCERUS, § 63 I 1 b, s. 617; von TUHR, s. 23, n. 43; OFTINGER, Art. 884, N. 263.

94) Bak. WOLFF/ENNECCERUS, § 163 I 1 b, s. 617.

95) BGE 89 II 192 (JdT 1964 I 86).

aldığı hamile yazılı kıymetli evrakın zilyedi ise, çıplak mülkiyet sahibi bu evrakı sadece bankacıyı haberdar ederek rehnedebilir<sup>96</sup>.

*b. İhbarın yapılmamasının neticeleri :*

İMK 924 (TMK 892) maddesinin 2. fıkrasında yazılı bu ihbar şartı fer'i zilyed olan üçüncü şahsı korumak için konulmuştur. Bununla beraber bu şart, zilyedlik ve hak ilişkilerine tesir ederek zilyedliğin havalesinin tarafları için de, dolayısıyla de olsa, neticeler doğurmuyacak mıdır?

Doktrinde başlıca netice olarak ihbar yapılmıncaya kadar alacağın temlikinde borçlunun olduğu gibi, üçüncü şahsın şeyi devredene geri vermesi ile iade yükümünden kurtulacağına işaret edilmektedir<sup>97</sup>. Nasıl ki alacağın temlikinde de borçlu bakımından durum böyledir. Diğer taraftan üçüncü şahıs devreden tarafından haberdar edilmedikçe şeyi devralana vermeyi reddedebilecektir. Gerçekten fer'i zilyedin, devreden ile üçüncü şahıs arasındaki hukukî ilişkiden meydana gelen bu yetkisi, ancak vedia sözleşmesi için kanunda açıkça öngörülmüştür (İMK 479, TBK 470). Bununla beraber rehin, kira vekâlet gibi sözleşmeler dolayısıyla şeyin tevdi edildiği diğer hallerde de durum böyledir<sup>98</sup>.

Bundan başka bazı müellifler özellikle *mülkiyetin devri halinde*, kanunkoyucunun dahi belki düşünmediği diğer bazı neticeler çıkarmaktadırlar. Von TUHR'a göre, zilyedliğin havalesi, tasarruf işleminin ("Verfügungsgeschäft") istisnaen nisbî hükümler doğurduğu hallerden biridir. Buna göre, ihbardan önce i k i l i b i r m ü l k i y e t karşısında bulunmaktayız: Zilyed olan üçüncü şahsa karşı malik, halâ devredendir; diğer bakımlardan ise malik artık devralandır. Böylece onun mülkiyeti de tamamen mutlak bir hak değildir. Eski malikin mülkiyetinin üçüncü şahsa karşı bu tarzda sür-

96) BGE 49 II 338 (JdT 1924 I 354) : Ancak burada Federal Mahkeme ihbarın ya intifa hakkı sahibine veya vedia alana yapılabileceğine hükmetmiştir.

97) WIELAND, Art. 924, N. 2; HOMBERGER, Art. 924; N. 6; SCHMID, s. 67.

98) von TUHR, a.g.e., § 18 VI, s. 116. Zaten ihbar gerekmeyen Alman hukukunda doktrin bu hakkı tanıyor: BAUR, § 51 VI 2, s. 438.

dürülmesinin neticesine örnek olarak deniyor ki, fer'i zilyed olan üçüncü şahsın, devri bilse bile, eski aslî zilyedden mülkiyet veya devredene karşı bir alacağı sağlamak üzere bir rehin hakkını (kısa elden teslim yolu ile) iktisap etmesi hâlâ mümkündür<sup>99</sup>. O zaman mülkiyet, bir sürede ikili olduğu için, iki ayrı kişiye devredilmiş olurdu.

Mülkiyetin bu ikiliğini ve örnek olarak gösterilen imkânları biz kabul edemiyoruz. Eski malik için zilyedliğin havalesinin hükümleri vücut bulmuştur. Malik bundan böyle devreden değil devralandır. Böylece gerek ihbardan önce gerek ihbardan sonra devreden, başkasına kazandırmış olduğu mülkiyeti, başka bir kimseye özellikle fer'i zilyed olan üçüncü şahsa kaideten geçiremez. Fakat acaba, üçüncü şahıs ilk intikalden haberdar olmadığı takdirde devreden halâ gerçek malik olduğuna hüsnüniyetle inanarak mülkiyeti veya mahdut bir aynî hakkı ondan kazanamayacak mıdır<sup>100</sup>? Bu soruya olumlu cevap verilse bile, bu imkân ancak zilyedliğin havalesinin bildirilmemesine ilişkin bir özellik değildir. Kaldı ki bu sorunun cevabı devreden halâ zilyed olup olmamasına bağlıdır. Ve devam eden böyle bir zilyedliğin niteliğine göre hüsnüniyetle iktisap TMK 901. veya 902. maddeler gereğince meydana gelecektir.

SAYMEN/ELBİR de, von TUHR'un görüşüne oldukça yaklaşmakla beraber, eski malikin mülkiyetinin devam ettiğini ifade etmeksizin tasarruf işleminin "ihbardan evvel vakî iktisap (mülkiyet veya zilyedlik) herkese karşı mutlak ve muteberdir. Ancak fer'i zilyede karşı nisbî ve hükümsüzdür" demek suretiyle<sup>101</sup> burada mülkiyet ve zilyedliğin iktisabının tam olarak mutlak olmadığına işaret etmektedirler. Halbuki bir işlemin muteberliği ile hükümleri birbirinden ayrı iki meseledir; bunlar birbirine karıştırılmamalıdır<sup>102</sup>.

99) von TUHR, a.g.e., § 25 IV, s. 175, özellikle not 28; bu görüşü benimseyen : ACEMOĞLU, s. 5.

100) Gerçekten genel olarak kısa elden teslim ile hüsnüniyetle iktisap mümkündür : HOMBERGER, Art. 993, N. 22.

101) SAYMEN/ELBİR, s. 70.

102) Belki TMK. 892. maddesinin 2. fıkrasındaki türkçe "...hüküm ifade etmez" deyimleri bir karışıklığa sebep olmuş olabilir. Gerçekte fransızca "effets" (hükümleri, tesirleri) ve almanca "wirksam" (hükümlü, etkili) terimleri geçersizlik manasına gelmezler.

Zilyedliğin havalesinin geçerlik şartları yukarıda incelenmiştir. Şüphesiz üçüncü şahıs haberdar olsun olmasın tarafların muteber bir anlaşma ile gerçekleştirdikleri zilyedliğin devri herhangi bir kimseye karşı “hükümsüz, geçersiz” değil, mutlak olarak g e ç e r l i d i r .

Bu işlemin h ü k ü m l e r i ise, tarafların anlaşması ile doğmuştur. Ancak fer’i zilyed olan üçüncü şahsın devreden tarafından devirden haberdar edilmesi t a l i k î ş a r t ı n a <sup>103</sup> bağlanmıştır. Ancak devreden tarafından haberdar edilmedikçe, üçüncü şahıs zilyetliğini devreder veya kaybederse onun vasıtasıyla korunan zilyetlik de düşmektedir ve ona karşı zilyedliğin havalesi hüküm taşımaz, bu sebeple de ihbar gereksiz olur.

Keza zilyedliğin havalesi işlemi “topal” değildir, çünkü her iki tarafa karşı gecikmeden (hemen) hüküm ifade eder. Ama işlemin hükümleri açısından belki bir “topal zilyedlik”ten söz açılabilir. Gerçekten bu mutlak veya nisbî hükümlerin görünüşleri herşeyden önce zilyedlik ilişkileri arasında incelenmek gerekiyor.

## 2. Zilyedlik ilişkilerinin değişmesi ve genel olarak hukukî neticeleri :

Devralana zilyedliğin devri bir çırpıda meydana gelmesine rağmen zilyedlik ilişkilerindeki değişiklik çeşitli merhalelerden geçer ve şu safhaların birbirinden ayrılması gerekir<sup>104</sup>.

### *İlk Safha*

Zilyedliğin havalesinden önce, yukarıda belirttiğimiz gibi devreden, üçüncü şahıs vasıtası ile ve ona karşı aslî zilyedir. Ayrıca daha üst veya alt derecede devredene karşı zilyedler bulunabilir, ama bu husus burada mühim değildir. Şemamızı sa-

103) Kaynak İsviçre Medenî Kanununun almanca ve fransızca metinleri bunu daha açıkça ifade etmektedir. İMK. 924, 2. fıkrasına göre ‘Bu zilyedliğin devri ancak üçüncü şahıs devreden tarafından haberdar edilince ona karşı hükümlerini meydana getirir’ (“ist erst dann wirksam...”) (“ne produit d’effets à l’égard du tiers que des le moment où l’aliénateur l’en a informé”).

104) SAYMEN/ELBİR, s. 70.

deleştirmek için sadece iki dereceli zilyedlik üzerinde açıklamalarımıza devam edelim.

### *Ara Safhası*

Tarafların anlaşmasından sonra fakat, ihbar yapılınca kadar olan durum daha karmaşıktır:

a. *D e v r a l a n* zilyed olmuştur. Çünkü TMK 892. maddesine göre zilyedlik geçirilmiştir<sup>105</sup>. Devralan için artık bu zilyedlik, ona bağlanmış bütün genel hukukî hükümleri ile mevcuttur. Bu hükümler üçüncü şahıs müstesna olmak üzere herkese karşı meydana gelmiştir, *m u t l a k t ı r*.

aa. Zilyedliğin koruma işlevi (Schutzfunktion) gereğince devralan, fer'i zilyed olan üçüncü şahıs dışındaki zilyedliğini ortadan kaldıran veya ihlâl eden herkese karşı müdafaa hakkı kullanabilir ve zilyedlik davaları açabilir (TMK 894-896).

bb. Bir menkul söz konusu olunca zilyedliğin kazandırma işlevi (Erhaltungsfunktion) gereğince, tarafların iradesine uygun ve geçerli bir hukukî sebep mevcutsa devralan mülkiyet veya mahdut bir aynî hakkı kazanmıştır ve bu hak kendi mamelekine geçmiştir. Böylece mülkiyet devralana geçtiği için o, aynî iade talebine (istihkak talebi, TMK 618) sahiptir. Ancak istihkak davasında üçüncü şahıs MK 892/2 gereğince itirazda bulunabilecektir. Fakat gerek üçüncü şahsın gerek devredenin iflâsı halinde devralan iflâs masasına karşı, malik olduğu bu mal için istihkak talebini ileri sürebilecektir<sup>106</sup>.

cc. Menkuldeki zilyedlikten doğan hak karinesine (Publizitätsfunktion) dayanarak devralan menkul davası açmak hakkına sahiptir (TMK 902-904). Hak karinesi gereğince de devralan, yeni bir zilyedliğin havalesi yolu ile şey üzerinde bir aynî hakkı özellikle mülkiyeti bir

105) BGE 56 II 49; WIELAND, Art. 924, N. 2; HOMBERGER, Art. 924, N. 5; OFTINGER, Art. 884, N. 264; OĞUZMAN, s. 50; AK-İPEK, s. 199.

106) WIELAND, Art. 924, Nr. 2; BGE 46 II 49; SAYMEN/ELBİR, s. 70.



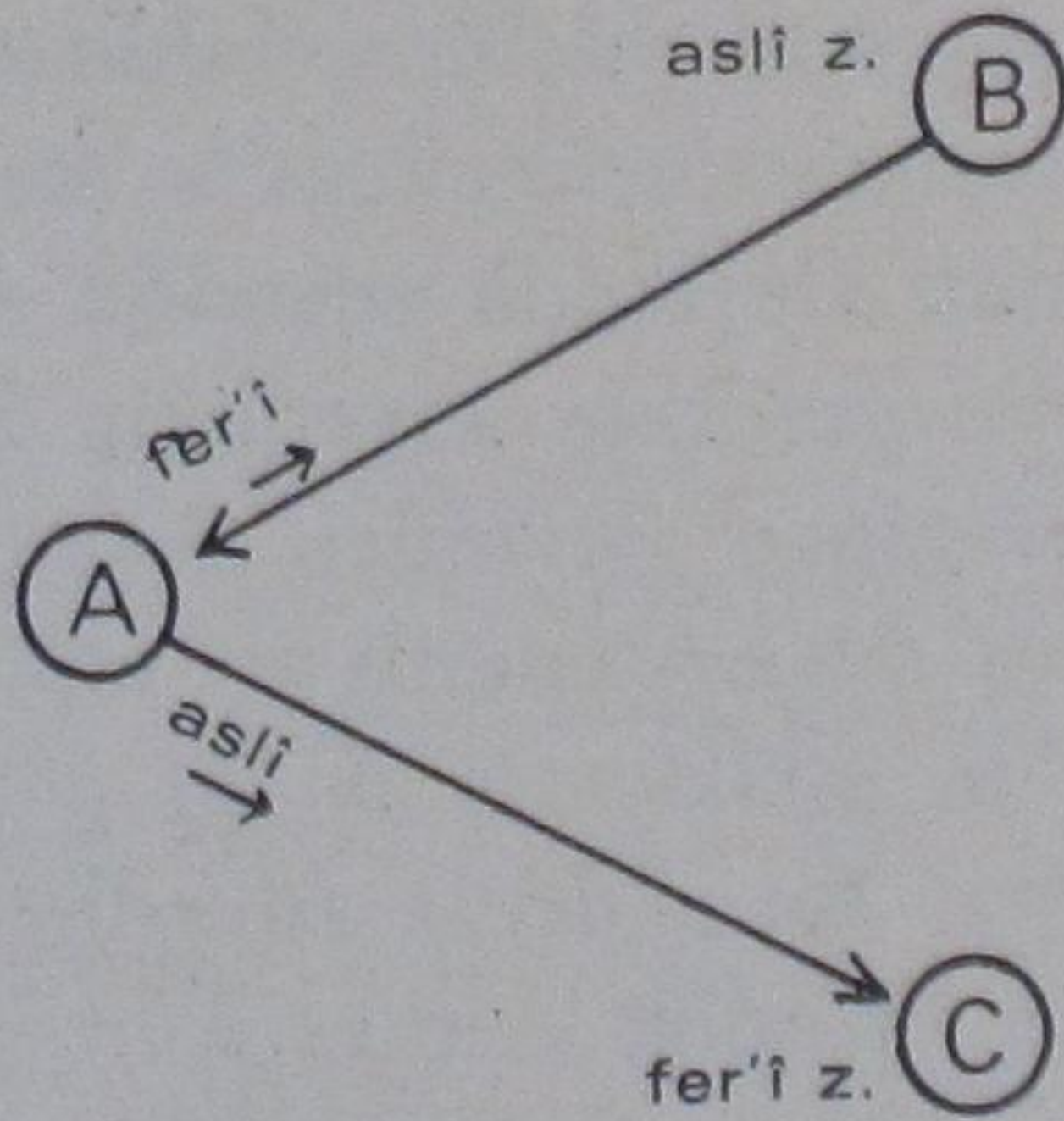
başkasına geçirebilir; zilyedliği malik sıfatı ile kazanmamış olsa bile mülkiyeti iyi niyetli bir başkasına kazandırabilir<sup>107</sup>.

Devralanın bu zilyedliği acaba neye dayanacaktır? Gerçekten zilyedlik, ya doğrudan doğruya ya bir başkasının vasıtasıyla kullanılan fiilî bir hâkimiyettir. Üçüncü şahıs zilyed olmakta devam ettikçe devralanın zilyedliği şüphesiz doğrudan doğruya değil, bir başka zilyed aracılığı ile kullanılmaktadır. Bu zilyedlik aracısı halâ devreden mi yoksa artık üçüncü şahıs mıdır?

b. D e v r e d e n 'in devralana mülkiyet veya mahdut aynı bir hak kazandırmak üzere mi, yoksa yahut yalnız şahsî bir hukukî ilişki sebebiyle mi, zilyedliği geçirdiğine göre durum biraz değişiktir. Ama çıkarılacak esas aynıdır.

Zilyedliğin havalesi ile mülkiyetin geçirildiğini farzederek, devreden esas itibariyle zilyed olmaktan çıkmıştır. Onda bundan böyle zilyed ve malik sıfatı kalmamıştır; o zilyedliğin genel hükümlerinden ve zilyedliğin hak karinesinden yararlanamaz. Ne zilyedlik davalarını ne de menkul davasını açabilir, ne de iyi ya da kötü niyetli olsun bir başkasına mülkiyeti kazandırabilir.

Bununla beraber bazı müellifler devredene uzatılmış bir süre daha devam eden bir "ara zilyedlik" tanımaktadır<sup>108</sup>. Bu görüşe göre bu safhada devreden üçüncü şahsa karşı hâlâ aslî ve devralana karşı fer'i zilyedir, üçüncü şahsın tanımadığı devralanın zilyedliği ancak bu şekilde anlaşılabilir;



Meselâ, (A) tamirci (C)'de bulunan arabasını (B)'ye satıp zilyedliğin havalesi yolu ile "teslim" etmiş, fakat (C)'yi henüz bundan haberdar etmemiştir.

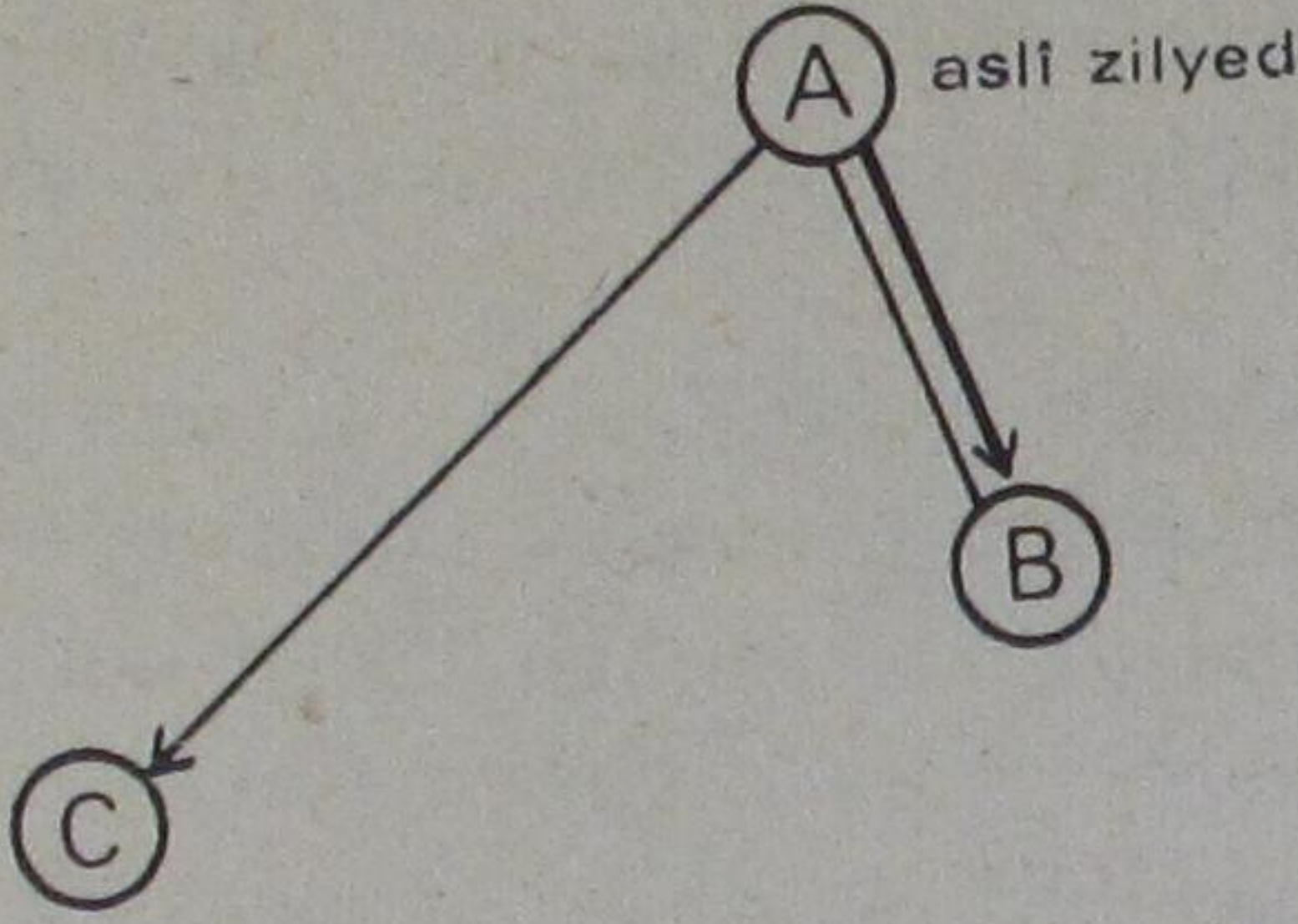
Malik (B)'nin zilyedliği (A)'nın aracılığı ile kullanılıp ona karşı aslîdir. (A)'nın devam eden zilyedliği (B)'ye karşı fer'i, (C)'ye karşı aslîdir. (C) ise daha (B)'ye karşı değil, ama hâlâ (A)'ya karşı fer'i zilyedir.

107) BGE 52 II 359. Bak. HOMBERGER, Art. 933, N. 21; HAAB/SIMONIUS, Art. 714, N. 65; STAFK, Art. 933, N. 86.

108) HOMBERGER, Art. 924, N. 6; PIOTET, s. 158.

Böyle bir telâkkiyi kayıtsız şartsız benimsemiyoruz ve bazı açıklamalar yapmayı gerekli görüyoruz.

İlk olarak, devredenin devam eden (sürdürülen) bu zilyedliği üçüncü şahıs ile devralan arasında vasıta olarak yer aldığı kabul edilirse de, devreden bütün ihtimallerde devralana karşı fer'i zilyed olamayacaktır. Gerçekten devralanın malik olmak istemeden zilyedliği kazandığı takdirde devreden, ona karşı aslî zilyed olmakta devam edecektir. Bu halde devralanın devredene karşı aslî zilyed olması kabul edilemez.



Farzedelim ki, (A), (C)'de bulunan arabasındaki zilyedliği kira dolayısıyla (B)'ye havale etmiştir. Burada (A), hem (C)'ye, hem (B)'ye karşı MK. 888. maddesine göre aslî zilyedir. Çünkü zilyedliği emin sıfatı ile her ikisine geçirmiştir. Bunlardan sadece (B), (C) vasıtasıyla kurulan zilyedliğini (A)'nın aracılığı ile kullanmaktadır.

Görülüyor ki devredenin aracılığı, fer'i zilyed sıfatına zarurî olarak bağlı değildir.

Kanaatimizce bu safhada gerçekten zilyedliğin havalesi ile mülkiyeti geçirmiş olan kişi devralana karşı —ne aslî ne fer'i— zilyed, artık hiçbir şekilde zilyed değildir. Aksi takdirde devreden, devralanın üçüncü şahsa karşı gasp ve tecavüzde bulunması halinde, onun aleyhinde zilyedlik davalarını ve menkul davasını açabilirdi. Ve gerçekte zilyedliğin kazandırma işlevi (Erhaltungsfunktion) gereğince devreden devralana karşı zilyed kaldığından malik olmakta devam ederdi ve mülkiyeti devralana geçiremezdi. Von TUHR'un mülkiyetin ikiliği görüşünün tutarsızlığı bu örnekle ortaya çıkıyor. Bu nedenle zilyedliğini ve mülkiyetini devretmiş olan devredende zilyedlik kaldığı yolundaki bir yoruma başvurmamak, kanunu bu yolda yorumlamamak gerekir.

Devreden, bir zilyedlik yardımcısı olduğu gibi, devreden için zilyed olmaksızın sadece bir "zilyed aracı" (Besitzmittler)dir. Dev-

reden bu zilyedlik aracılığı hükmen (fiktif) değil, gerçektir. Hakkaten bu arada devralanın üçüncü şahıs vasıtasıyla fiilî hâkimiyeti, üçüncü şahıs haberdar etmeyi yüklenmiş olan devredene bağlıdır. Çünkü üçüncü şahıs zilyed olarak halâ devredeni kabul ederken, devralanın zilyedliği doğrudan üçüncü şahsın vasıtasıyla kullanabilmesi için devreden ihbarına ihtiyacı vardır.

Sadece üçüncü şahsın gözünde devreden zilyed olmakta devam eder. Üçüncü şahıs için kendisine karşı aslî zilyed halâ devredendir ve onun için şeyi ona vermeğe yetkilidir. Ama sürdürülen bu zilyedlik gerek yalnız üçüncü şahsa nazaran gerekse devralan ve üçüncü şahsa karşı mevcut sayılsın, ancak nisbî bir zilyedlik söz konusu olabilir. Çünkü başka kişilere karşı hiç mevcut değildir. Hatta bize göre devreden zilyedliği bir hak karinesi işlevi taşır ve böylece daha yukarıda gördüğümüz gibi üçüncü şahsın devredenden halâ mülkiyeti iyi niyetle kazanma imkânı vardır. Halbuki devreden, gerçek malik olmuş bulunan devralana karşı zilyed olmadan, şüphesiz emin sıfatiyle zilyed de değildir; ancak devreden, şeyde ikinci bir defa tasarruf ederken, gerçek malik zilyedliğinden mahrum bulunduğu üçüncü şahsın iyiniyetli iktisabı TMK 901. mad. ile korunmaz. Bu sebeple zilyedliğin havalesi ile malik olmuş bulunan devralan şeyi 902. madde gereğince beş yıl süresiyle menkul davası ile istiyebilecektir.

c. Üçüncü şahıs ise, devreden ile devralan dahil başkaları için hüküm ifade etmek üzere devralana karşı fer'i zilyed olmuştur. Çünkü üçüncü şahsa karşı aslî zilyedlik devralana geçirilmiştir. Fakat bu sonuç, üçüncü şahıs bakımından henüz gerçekleşmiş olmaz.

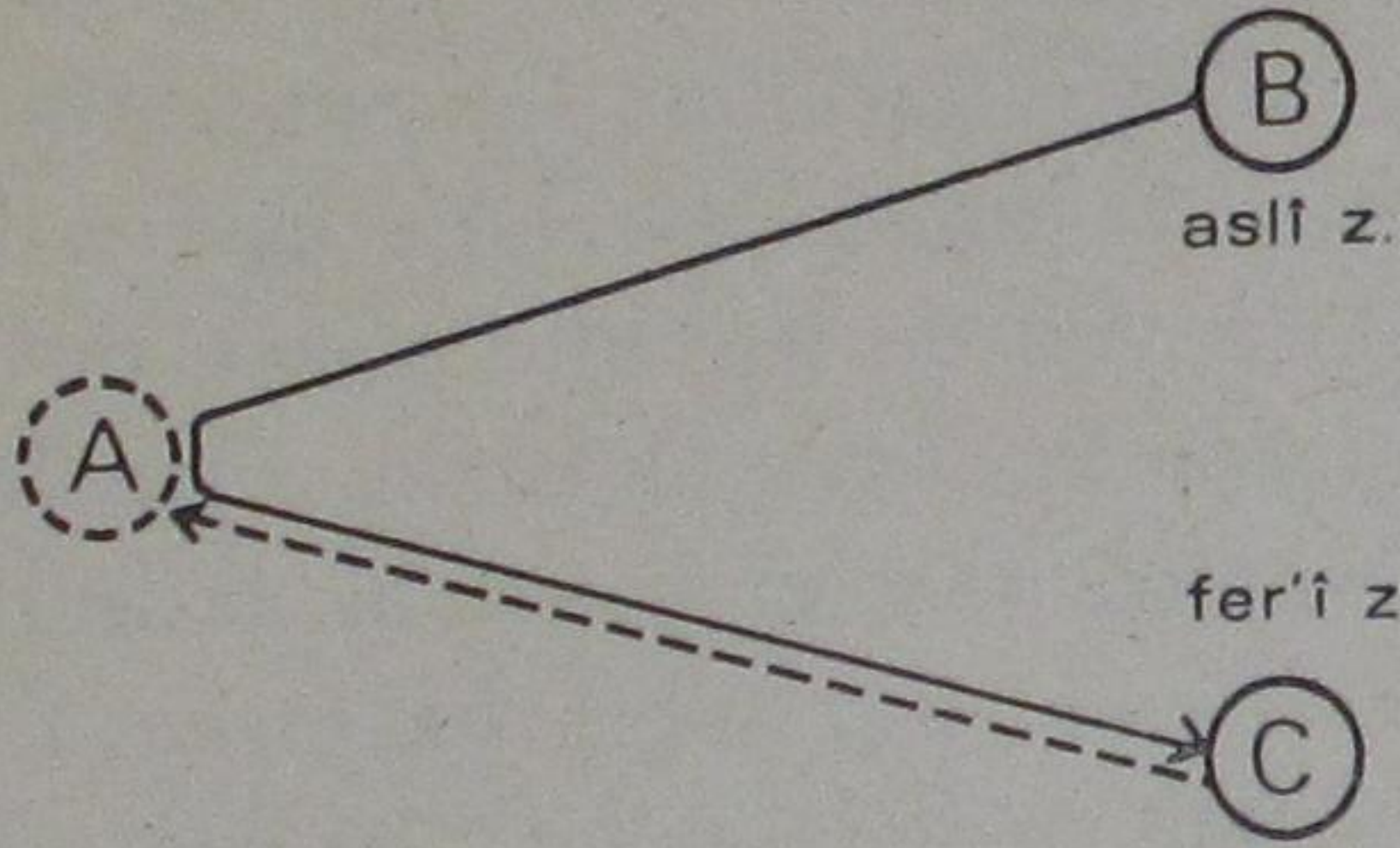
İhbardan gerek önce gerek sonra devralan ile üçüncü şahıs arasındaki bu zilyedlik ilişkisinin temelinde TMK 888. maddenin öngördüğü mahiyette bir hukukî ilişki yoktur. Burada zilyedlik ilişkisi, miras halinde TMK 539. madde gereğince olduğu gibi, bir kanun hükmüne, TMK 892. maddesinde düzenlenen zilyedliğin havalesine dayanmaktadır<sup>109</sup>. Miras ve zilyedliğin havalesi hallerinde fer'i zilyed olan üçüncü şahıs devirden (murisin ölümünden veya aslî zil-

109) Bak. HOMBERGER, Art. 933, N. 22.

yedliğin geçirilmesinden) haberdar olmadan da yeni sahip (yahut yeni zilyed) ile yeni zilyedlik ilişkisi doğmuştur.

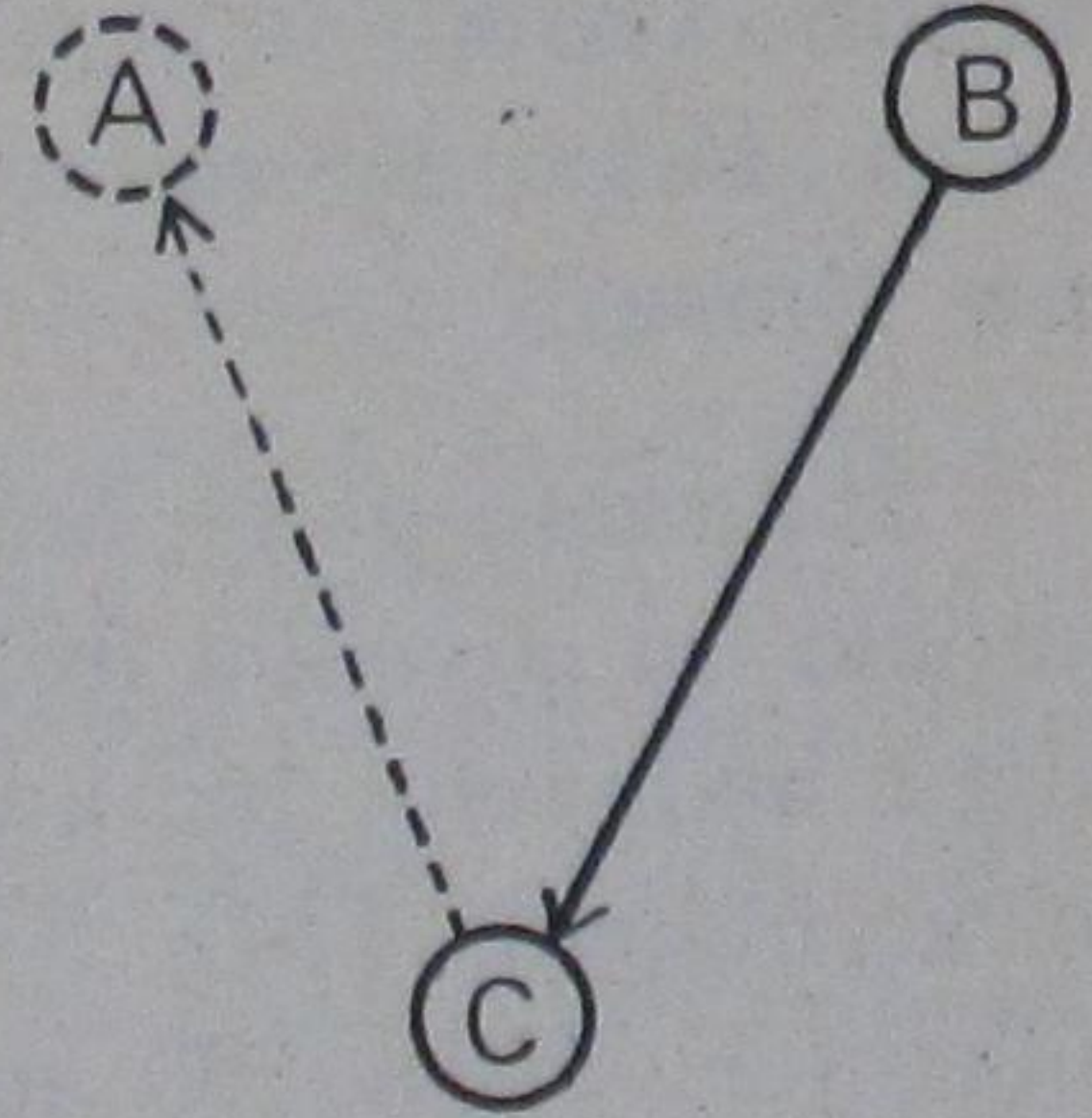
Elbette bu safhadaki devralanın aslî zilyedliği biraz daha emniyetsizdir, çünkü üçüncü şahsın onu tanımamaya hakkı vardır. Her halde fer'i zilyed şeyi devredene geri verince veya devralanın zilyedliğini inkâr edince devralan aslî zilyedliğini kaybeder. Ancak üçüncü şahsın, devirden henüz haberdar olmadığını ileri sürerek şeyi hemen devralana iade etmeyi reddetmesi, sadece bu red keyfiyeti devralanın aslî zilyedliğini düşürmeye yetmez<sup>110</sup>.

Zilyedlik ile mülkiyetin devri halinde durum özet olarak şöyledir:

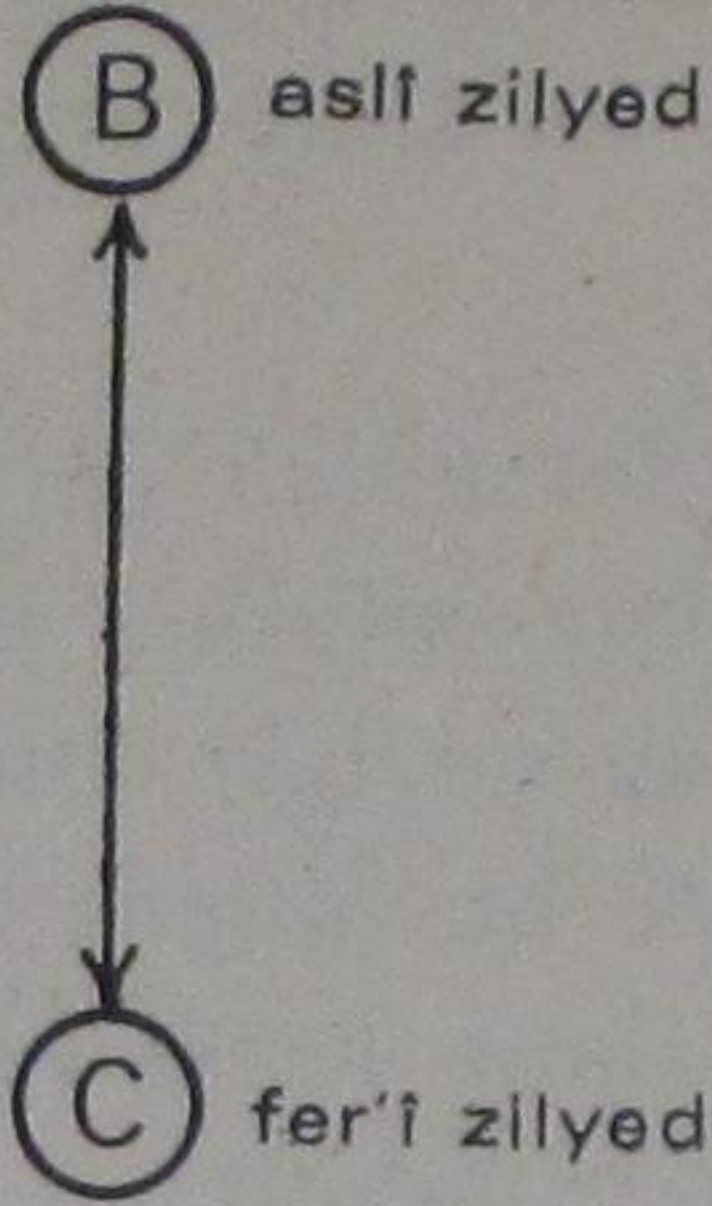


Örneğimizde (B), (A)'dan satın almış olduğu arabanın üzerinde zilyedliği ve mülkiyeti kazanmıştır. Geçici olarak (A) aracılığı ile, ama artık vasıtasız zilyed (C)'ye karşı aslî zilyed olmuştur. Ancak (C) için (A)'nın ona karşı aslî, sırf nisbî zilyedliği bir süre için devam etmektedir.

Böylece bu safhada zilyedlik ilişkilerinde yalnız üçüncü şahıs için hukukî duruma nazaran, zaman içinde bir gerileme vardır. Onun için devralanın kazandığı zilyedlik sağlam değildir.

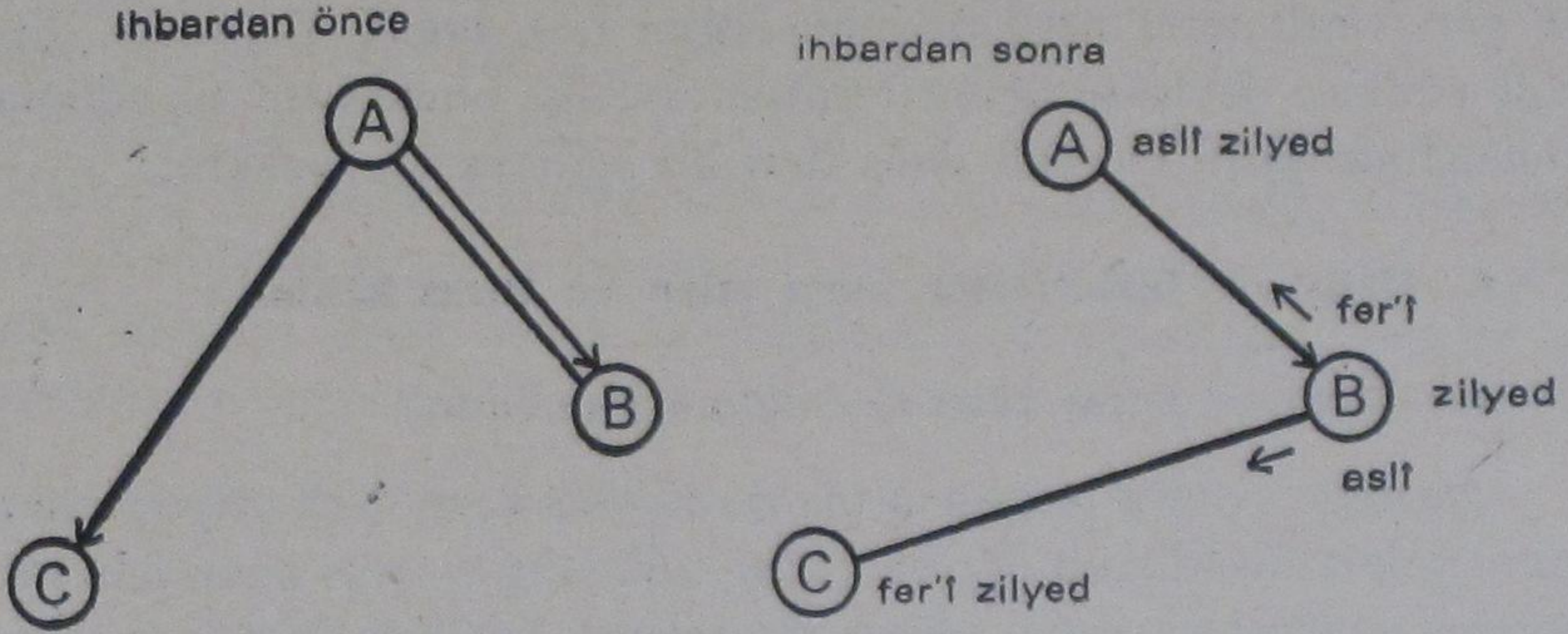


110) Bak. HOMBERGER, Art. 920, N.7.



### Tamamlama safhası

Mülkiyetin geçirildiği halde devredenen : üçüncü şahsa ihbar yapar yapmaz, hangi nitelikte olursa olsun artık zilyedliğe sahip sayılmaz. Diğer hallerde devreden, devralana karşı aslî zilyed kalarak devralanın zilyedliği devreden ile üçüncü şahıs arasındaki yeni bir derecede yer almıştır.



Devralanın zilyedliği artık devredeninin aracılığı ile değil, doğrudan doğruya fer'i zilyed olan üçüncü şahıs vasıtasıyla kullanılmaktadır. Böylece onun zilyedliği şartsız ve tam etkili olmuştur.

Üçüncü şahıs devreden tarafından haberdar edilince herkes için olduğu gibi artık kendisi için de hüküm ifade etmek üzere, devralana karşı fer'i zilyedir. Bu durum onun rızasına bağlı değildir. Kaldı ki vasıtasız zilyed olan üçüncü şahıs devralanın zilyedliğine karşı çıkarsa aslî zilyedliği düşünerek münhasır zilyed olacaktır.

Bazı müellifler, ihbardan itibaren devralanın zilyedliğinin devir işlemine artık bağlı olmadığına işaret ediyorlar; bu fikre göre, devrin temelinde yatan hukukî işlemin meselâ satım sözleşmesinin (ve binaenaleyh zilyedliğin havalesinin) hükümsüzlüğü halinde mülkiyet değil ama zilyedlik geçmiştir ve netice olarak devralan, kazandığı zilyedliğe dayanarak devredene karşı bir hapis hakkı kullan-

bilecektir<sup>111</sup>. Öyle ise zilyedliğin havalesinin geçersizliği artık ileri sürülemezdir<sup>112</sup>. Daha sonra görüleceği gibi biz bu fikre tamamen katılmıyoruz.

Diğer taraftan üçüncü şahıs kendi zilyedliğini devralana geçirmeyince devreden, zilyedliğin havalesinin butlan veya iptaline dayanarak ihbarından rücu edemeyecek midir? Bir başka deyişle üçüncü şahıs, devredenin birinci ihbarının aksine, ikinci bir ihbarı ile devrin geçerli olmadığından haberdar olunca, devralana karşı fer'i zilyed olmakta devam edecek midir? Bu nokta tartışılabilir.

Şimdi devralanın, vasıtalı zilyedliğinde bulunan şeyin kendisine geri verilmesini nasıl isteyebileceğini izah etmek gerekiyor. Şey iade edilince devralan üçüncü şahsın aracılığı olmaksızın zilyedliğini kullanabilecektir. O vakit daha ileri bir safhaya varılacaktır.

### 3. İlgililerin birbirlerine karşı talep ve itiraz hakları :

#### a. Üçüncü şahsa karşı devralanın imkânları

Doktrin üçüncü şahsın artık devralana karşı fer'i zilyed olduğunu yahut zilyedliğini devralan için kullandığını, şeyi onun için tuttuğunu açıklarken, genel olarak devralanın kendisine şeyin iadesini nasıl isteyebileceğini belirtmemektedir. Bu hususun kanunun diğer hükümlerinden anlaşıldığı farzedilmektedir. Ne var ki zilyedliğin havalesi ile aslî zilyedliği devralan kişinin durumu biraz özeldir. Gerçekten devralan ile üçüncü şahıs arasında bir zilyedlik ilişkisi kurulmasına rağmen, devreden ile üçüncü şahıs arasında halâ nisbî bir hukukî ilişki vardır<sup>113</sup>. Dereceli zilyedlik ilişkisi ile hukukî ilişki birbirinden ayrılmıştır.

#### aa. Hali hazır ve evvelki zilyedliğe dayanan imkânlar

Doktrin genellikle ancak vasıtasız zilyedliğin bir zarara uğradığı halde doğrudan veya dolayısıyla zilyedliğin bir gaspa yahut bir

111) HOMBERGER, Art. 924, N. 6.

112) AKİPEK, Art. 924, N. 6.

113) Alman hukukunda zorunlu olan iade talebinin temliki bile, şahsî, hukukî ilişkideki durumu geçirmez : Bak. BAUR, § 51 VI 2, s. 438.

tecavüze uğramış sayılabileceğini ifade etmektedir<sup>114</sup>. Böylece biz devralanın ne kuvvet kullanma hakkına ne de zilyedlik davaları hakkına (TMK 926-928) sahip olabileceği görüşündeyiz. Fer'i zilyedin aslî zilyedi tanımadığı anda bir gaspın söz konusu olabileceği kabul edilse bile<sup>115</sup> yedin iadesi davası mutlaka şeyin aslî zilyedin eline verilmesine yönelmiyecektir. Çünkü gaspedilen, devralanın doğrudan zilyedliği değil, dolayısıyla zilyedliğidir.

Keza aslî zilyedliği inkâr eden ve böylece düşüren fer'i zilyede karşı aslî zilyed için menkul iade talebi (TMK 904) kabul edilebilir<sup>116</sup>. Devralan, önceki zilyedliğini ispat etmek üzere zilyedliğin havalesini ileri sürerek ve zilyedlikten doğan karineye dayanarak tercihe şayan bir hakkı dermeyan edip menkul davasını açabilir. Halbuki zilyedliğin havalesi halinde devralan vasıtalı zilyed olmadan önce vasıtasız zilyed olmamıştır. Böyle olunca mutlaka şeyin doğrudan iadesini değil ancak kaybedilmiş aslî zilyedliğin fer'i zilyed tarafından yine tanınması ile yerine getirilmesini istiyebilecektir<sup>117</sup>.

Görülüyor ki bu imkânlar etkili bir fayda sağlamamaktadır.

#### bb. *Aynî hakka dayanan imkânlar*

Zilyedliğin havalesi ile devralan malik olduğu takdirde mülkiyetten doğan talep hakkına (TMK 618/2) sahiptir. Böylece şeyi malik olmıyan herhangi bir zilyede karşı ve özellikle üçüncü şahsa karşı istihkak davasını açabilecektir. Ayrıca devralan sadece bir mahdut aynî hakkı kazanmış ise de vaziyete göre aynî iade talebine de sahiptir ve o da istihkak dâvasını açabilecektir<sup>118</sup>. Burada devralananın daha önce doğrudan doğruya zilyed olup olmadığı bir önem taşımaz, çünkü bu dâva zilyedlikten doğan hak karinesine değil, ispatı gereken aynî hakka dayanmaktadır. Zilyedliğin havalesi yazılı şekilde yapıldığı takdirde bu ispatın kolay olmayacağına işaret edelim.

114) WIELAND, Art. 927, N. 4; HOMBERGER, Art. 926, N. 20, Art. 927, N. 9; GÜRSOY, s. 37.

115) OĞUZMAN, s. 56.

116) OĞUZMAN, s. 61. Aksi görüş: von TUHR, a.g.e., § 18 V, s. 115.

117) HOMBERGER, Art. 934, N. 9.

118) MEIER - HAYOZ, Art. 641, N. 40; OFTINGER, Art. 884, N. 408.

Ancak üçüncü şahsın (yahut da ona karşı fer'i zilyed olan bir dördüncü kişinin) şeydeki mülkiyeti veya mahdut devralan istihkak davasını açamaz. Aynî hak bir başkasına devrolduğundan TMK 901 nci mad. her halde uygulanır: hüsnüniyetle iktisap gerek zilyedliğin havalesinden önce, ilk devreden hâlâ malik iken gerekse ilk devralan malik olduktan sonra gerçekleşmiş olsun durum böyledir. Birinci halde zilyedliğin havalesi ile devralan malik (yahut aynî bir hak sahibi) veya zilyed hiç olmamıştır, çünkü devir yapıldığı sırada devredenin kendisi artık ne malik ne zilyed olduğundan onda gerek bir aynî hak gerekse bir hak karinesi yoktur; böylece ne zilyedliğin havalesi ne mülkiyetin devri veya aynî hakkın tesisi vücut bulmuştur. İkinci halde şey üzerinde bir aynî hakkın iyi niyetle iktisabı<sup>119</sup> nasıl zilyedliğin havalesinden önce devredenin zararına olabiliyorsa, keza artık devralanın zararına olabilir. Halbuki devralan kendisi şeyi üçüncü şahsa tevdi etmemiştir, ancak doğrudan doğruya zilyed olmıyan devredene güvenerek gerçekten aslî zilyed durumu ve böylece hak karinesi bakımından, onun yerini almıştır.

Ne var ki devreden ayrıca üçüncü şahıs ile şahsî hukukî ilişkisi dolayısıyla hiç olmazsa bir tazminat talebi ile korunmakla beraber, devralanın böyle bir hakkı yoktur. Böyle olunca acaba, devralanın kazandığı aynî hak iyi niyetli bir başkasına geçirilmiş bulunursa yahut da devralan bir aynî hak değil, sırf zilyedliği kazanmışsa her korunmadan mahrum mu kalacaktır?

### cc. Şahsî hakka dayanan imkânlar

Gerçekten sırf aslî zilyedliğin devri ile devredenin şahsî hakları devralana geçirilmemiştir<sup>120</sup>.

Devreden ile üçüncü şahıs arasındaki hukukî ilişki dolayısıyla şeyin tevdiinden doğmuş<sup>121</sup> i a d e y ü k ü m ü ("Rückgabepf-

119) Bu iktisap teslim ile mi, yoksa teslimsiz mi, meselâ zilyedliğin havalesi ile mi yapıldığı önem taşımaz.

120) Bununla beraber SCHMID (s. 66'da) zilyedliğin havalesi hakkında "devralanın üçüncü şahsın zilyedliğin sebebi olan hukukî ilişkide yetkilenmiş olacağından" ("...dass der Erwerber aus dem Rechtsverhältnis vermöge dessen der Dritte besitz, diesen gegenüber berechtigt sein soll...") söz açıyor.

121) von TUHR, a.g.e., § 18, s. 114.



licht”) artık kime yönelmektedir? Bize göre iade artık devralana ait olmakla beraber üçüncü şahsın iade yükümünü karşılayan alacağın sahibi hâlâ devredendir<sup>122</sup>. Bir başka deyişle zilyedliğin havalesinin ihbarı ile üçüncü şahıs devredene karşı yükümünü artık devralana iade ile icra etmeye yüklenmiştir. Böylece devralana iadeyi, tevdiin temelinde yatan hukukî ilişki dolayısıyla dâva açılarak ancak devreden istiyebilecektir.

Belki devralan kendi menfaatini sağlamak için bu talepleri kullanacaktır. Kendisi hareket etmezse, genel olarak devralan zilyedliğin devrini gerektirdiği hukukî ilişkiden doğan bir “yan yükümü” (“Nebenpflicht”) dolayısıyla devredeni talebinin temlikine mecbur edebilecektir.

Nihayet bazı hallerde devralanın üçüncü şahsın rızasıyla sözleşmede devredenin yerini alabileceğini ilâve edelim. O halde tabii fer’i zilyede karşı kendiliğinden hareket edebilir.

#### *b. Devralana karşı üçüncü şahsın itiraz hakkı*

Herşeyden önce *üçüncü şahsın zilyedliğin geçirilmesini inkâr etmesi* mümkün olduğuna işaret edelim. Gerçekten üçüncü şahıs, devredenin anlaşma zamanında ona karşı aslî zilyed olmadığını ve bu yüzden zilyedliğin havalesinin vücut bulmadığını ileri sürerek, zilyedliği devraldığını iddia eden kişiye kendi elinde bulunan şey üzerinde fiilî hâkimiyeti tanımağı reddedebilir. Keza fer’i zilyed tarafların anlaşmasının hukuka aykırılık yahut imkânsızlık dolayısıyla butlanını dermeyan edebilir; bu ispat edilirse, üçüncü şahıs devredenin iradesine rağmen devralana iadeye mecbur olmayacaktır. Onun için biz, ihbardan sonra da devrin geçersizliğinin ileri sürülebileceği görüşündeyiz<sup>123</sup>. Ancak ihbardan sonra üçüncü şahıs açıkça veya zımnî olarak aslî zilyedin değişmesini kabul edince o zaman devralanın zilyedliği hakikaten artık devir işlemine değil, fer’i zilyedin rızasına bağlı olmaktadır.

122) Aksi bir görüşte von TUHR (a.g.e., § 18 VI, s. 116) mülkiyet ile iade alacağın dahi geçirildiğini kabul etmektedir. O halde zilyedliğin havalesi ile mülkiyeti devralmış olduğu kişi hem aynî iade talebi (istihkâk), hem şahsî iade talebine sahiptir.

123) AKİPEK’in görüşü aksine: Bak. s. 45, n. 112.

*Havale ile zilyedlik geçirilmiş ve devir bildirilmişse de fer'i zilyedin durumu fazla ağırlaştırılmıyacağı kanunun bir hükmü ile öngörülmüştür. TMK 892 nci mad. 3. fıkra lâfzına göre "üçüncü şahıs, temlik edene karşı ne gibi sebeplerden dolayı teslimden imtina edebiliyorsa aynı sebeplerden dolayı iktisap edene karşı da teslimden imtina edebilecektir".*

Bu kanun hükmünün metni ileri sürülebilecek sebeplerin mahiyetlerine göre sınırlandırılmaz. Halbuki İMK gerekçesi iadenin "aynî etkili olarak herkese karşı yahut şahsî etkili olarak doğrudan devralan kişiye karşı üçüncü şahıs tarafından ileri sürülebilecek sebeplerden dolayı" reddedebileceğini belirtmektedir<sup>124</sup>. Ne var ki apaçık olmıyan bu izah da açıklanmaya muhtaçtır.

Hâkim doktrin devredene karşı herhangi şahsî hak dışında kalmak üzere üçüncü şahsın ancak sahip olduğu aynî hakka dayanarak teslimden imtina edebileceğini ifade etmektedir<sup>125</sup>. Şahsî hakkın da üçüncü şahsın itirazının sebebi olabilmesinin, aynî ile şahsî haklar arasında büyük ayrımına uymaması ileri sürülüyor. Zaten şahsî hakların yalnız taraflara karşı iddia edilebilmesi kaidesi kira için "bey ile icar infisah eder" ("Kauf bricht Miete") vecizesi ile tanınan hüküm ile (IBK 259, TBK 254) kanunda açıkça ifade edilmektedir.

Ancak birkaç Türk müellifi TMK 892/3 hükmünün bu dar yorumuna karşıdırlar. TEKİNAY<sup>126</sup> kanun koyucunun açık olarak fer'i zilyedin devredene karşı haiz olduğu gerek aynî gerek şahsî bütün hakları korumak istediğini savunuyor; aksi takdirde "aslî zilyedin bizzat alamıyacağı şeyi, zilyedliğin havalesi perdesi altında bir başkası vasıtasıyla aldırması" mümkün olurdu; Bu ise "adaleti rencide eder"di Ancak yazar kira hakkı bakımından TMK 254 gereğince bir istisna tanımak zorunda kalmaktadır. Aynî ile şahsî haklar arasında katî

124) "Der Dritte vermag die Herausgabe also nur zu verweigern aus Gründen, die der als dinglich wirkende jedermann oder als persönlich wirkende gerade der Person des Empfängers gegenüber geltend machen kann" (Erl. Art. 966, s. 365).

125) WIELAND, Art. 924, N. 3; HOMBERGER, Art. 924, N. 10; TUOR, s. 409; SAYMEN/ELBİR, s. 72; OĞUZMAN, s. 51; GÜRSOY, s. 5; AKİPEK, s. 201.

126) TEKİNAY, s. 61.

ve doğmatik ayırımı sert bir ifade ile eleştirerek ACEMOĞLU<sup>127</sup>, TEKİNAY'ın görüşüne tamamen katılmaktadır.

Gerçekten sadece şahsî hakların nisbiliği kaidelerinden çıkarılan bu delil tek başına kandırıcı değildir. Roma hukukundan gelen bu prensibe modern hukuklar ve özellikle hukukumuz tarafından birçok istisna tanınmıştır. Ancak ACEMOĞLU'nun adigeçen eserde yaptığı gibi zilyedliğin havalesine, alacağın temlikindeki "üçlü ilişki" ("drei eckige Verhältnisse") nin üçüncü şahsa ilişkin hükümlerini tam olarak uygulamak bize doğru görünmüyor. Hiç olmazsa alacağın temlikine mukabil zilyedliğin havalesi şahsî bir hakkın devri değildir ve bu büyük fark ayrı bir düzenleme gerektirebilmiştir. Her halde faydalanılabilecek kanun hükümlerinin yardımı ile, ve korunması gereken karşılıklı menfaatlerin gözönünde tutulması ve bunlar arasında mümkün olduğu kadar bir denge sağlanması gerekiyor.

Bu bakımdan zilyedliğin havalesi halinde de bazı ihtimaller birbirinden ayrılmalıdır:

aa. Hem devralanın hem de fer'î zilyedin aynî bir hakka sahip bulunmaları halinde kaideten ilkönce iktisap edilmiş olan hak (burada üçüncü şahsın hakkı) tercih edilecek<sup>128</sup> ve bir istihkâk davası karşısında her zaman def'i ileri sürülebilecektir. Zaten bütün doktrin TMK 892. mad. 3. fıkrasının bu halde mutlaka uygulanacağını kabul etmektedir. Üçüncü şahsın aynî hakkı, devredene karşı bir alacak sağlıyan bir hapis hakkı da olabileceğini ilâve edelim<sup>129</sup>.

bb. Devralanın şahsî bir hakkına karşı da üçüncü şahsın bir aynî hakkı kuşkusuz tercih edilecektir.

cc. Devralan bir aynî hakkı iktisap etmişse üçüncü şahsın devredene karşı bir şahsî hakkı dermeyeran edebilip

127) ACEMOĞLU, s. 7, n. 15.

128) Hüsnüniyetle iktisabın istisnası (TMK. 901) burada uygulanmaz; devreden ne emin sıfatı ile zilyed, ne malı çalınan bir kimse olmaktadır.

129) HOMBERGER, Art. 924, N. 11; OFTINGER, Art. 895, N. 114: Fer'î zilyedin devredene karşı hapis hakkını def'i dermeyeran etmek niyetini devirden önce açıklamadığı halde devralana karşı itirazda bulunabilir.

edemeyeceği hakkında hâkim doktrinin görüşü bizce burada haklıdır ve adaleti rencide etmez. Gerçekten devralanın menfaatleri en azından fer'i zilyedin menfaatleri gibi korunmaya değerdir. Ayrıca üçüncü şahıs zilyedlik hakkı ile şahsî hakkını kaybetmez; hiç olmazsa, meselâ sözleşmenin feshi için devredenden tazminat istiyebilecektir. Devralan ise, zilyedliğin havalesi ile sözleşme özellikle satım sözleşmesi icra edilmişse devredene karşı sözleşme durumunda daha sınırlanmış bulunabilir. İMK gerekçesinde de örnek olarak ileri sürülen kira hakkını sırf bir istisna olarak görmek de tatminkâr değildir<sup>130</sup>; çünkü kiracı fer'i zilyed olan şahsî hak sahiplerinin en korunmaya değer birisidir. TMK 892/3 gereğince meselâ ariyet alana, kiracı kendisini sahip olmadığı bir itiraz hakkı tanımak eşitlik prensibine karşı karşıya düşüp adaleti rencide de etmeyecek mi?

Bununla beraber fer'i zilyedin şahsî hak (özellikle kira hakkı) tapu siciline şerhedilmişse bir aynî hak gibi sayılıp devralana karşı dermeyeran edilebilecektir.

Diğer taraftan WIELAND<sup>131</sup>, devralanın, meselâ bir ardiyeci makbuzu verilmesi ile iade talebi hakkını ispat etmeye mecbur olabileceği ve o bakımdan devreden ile üçüncü şahıs arasında kurulmuş anlaşmalar devralana karşı itiraz edebileceğine haklı olarak işaret etmektedir. Ama bize göre bu def'i istihkâk karşısında değil, ancak şahsî iade davasına karşı dermeyeran edilebilir. Devredenin şahsî iade talebi veya davasının devralana temlik edildiği halde zaten bu davalara karşı üçüncü şahıs şüphesiz devralana karşı sahip olduğu bütün şahsî hakları def'i olarak ileri sürebilecektir (TBK mad. 167, İBK 169). Muhtemelen İMK gerekçesi "...yahut şahsî etkili olarak doğrudan devralan kişiye karşı üçüncü şahıs tarafından değerlendirilebilecek sebepler" diye bu haklara işaret etmektedir.

130) OĞUZMAN, s. 51; AKİPEK, s. 201.

131) WIELAND, Art. 924, N. 4.

dd. Sonunda ne devralan ne fer'i zilyed bir aynı hakkın sahibi olursa (yani her ikisi de şahsî hak sahibi ise), üçüncü şahıs kendi şahsî hakkını devralana dermeyan edebilir.

Görülüyor ki bu hüküm, sadece Medenî hukukumuzun genel prensiplerinden çıkarılan bir çözümü tekrarlamakta ve açıklamaktadır<sup>132</sup>.

### c. Devredenin hukukî durumu

Devredenin zilyedlik ilişkisinden çıkmış olsa da hukukî ilişkiden çıkmadığını burada sadece hatırlatmak istiyoruz.

Devralan zilyed durumunu sağlamlaştırabilecek bütün imkânların verilmesine devredeni zorlayabilir. Devreden özellikle üçüncü şahsı haberdar ve ona karşı şahsî davaları temlik etmeye mecbur edilebilir. Mülkiyetin devri amacını güden satım gibi sözleşmelerde karşılıklı edimler ifa edilmişse de, sözleşmenin bütün tesirleri (Nachwirkung des Vertrags)<sup>133</sup> sona ermemiştir. Üçüncü şahsın devirden haberdar olmadığı için şeyi eski aslî zilyede geri verdiği halde devreden ayrıca zenginleşme kuralları gereğince sorumlu olacaktır.

Diğer taraftan yukarıda açıklanmış olan kurallar gereğince fer'i zilyed devralana iade etmeyi reddetmeye haklı olup olmamasına göre ve hal ve vaziyete göre ya devralan ya üçüncü şahıs kendilerini devredene bağliyan sözleşmeyi feshedebilecek yahut devredene karşı bir tazminat dâvası açabilecektir. Ayrıca devralan için üçüncü şahsın tercihe şayan hukukî durumu, temel sözleşmenin ve binaenaleyh zilyedliğin havalesinin iptal edilebilmesinin bir sebebini teşkil edebilecektir.

## IV. ZİLYEDLİĞİN HAVALESİNİN UYGULAMA ALANI

Zilyedliğin havalesi yolu ile bir şeydeki zilyedlik kaideten herhangi bir hukukî sebep dolayısıyla geçirilebilir. Ancak kanunun "tes-

132) Bak. HOMBERGER, Art. 924, N. 10.

133) BAUR, § 51 VI, s. 438. Bak. özellikle TBK. mad. 189, 263.

lim"<sup>134</sup> gerektirdiği bütün hallerde yahut zilyedliğin devrini gerektiren sözleşmelerin ifası için sadece bir zilyedliğin havalesi yeter mi? Bu soruya cevap verebilmek için sözkonusu olan her hukukî müessesede mahiyet ve amacına göre zilyedliğe hangi hükümlerin bağlanmak gerektiğini ayrı ayrı incelemek gerekir<sup>135</sup>.

134) Halbuki Kanunun çeşitli yerlerinde türkçe teslim kelimesini karşılayan almanca ve fransızca çeşitli terimler bulunmaktadır. Özel hallere girmeden önce, bizi burada ilgilendiren bazı maddelerde üç ayrı dildeki terimleri bir fihrist şeklinde göstermeyi faydalı buluyoruz :

| <b>İMİK/TMİK<br/>İBK/TBK</b>                   | <b>Almanca</b>             | <b>Fransızca</b>              | <b>Türkçe</b>        |
|--|----------------------------|-------------------------------|----------------------|
| MK 714/717/<br>687 - 690<br>(kenar<br>başlığı) | Übertragung<br>(= devir)   | tradition<br>(= teslim)       | teslim               |
| 714/687<br>(kenar<br>başlığı)                  | Besitzübertra-<br>gung     | transfert de la<br>possession | zilyedliğin<br>nakli |
| 714/687<br>(metni)                             | Übergang des<br>Besitzen   | mise en<br>possession         | teslim               |
| 485/465  | Auslieferung<br>(= teslim) | délivrance<br>(= teslim)      | teslim               |
| 559/538  | Auslieferung               | délivrance                    | malların itası       |
| BK 184/182<br>187/185                          | Übergabe<br>(= teslim)     | livraison<br>délivrance       | teslim               |
| MK 884/853                                     | Besitzübertra-<br>gung     | nantissement                  | teslim               |
| 746/718  | Übertragung                | transfert<br>(= devir)        | teslim               |
| 922/890  | Übergabe                   | remise<br>(= teslim)          | teslim               |
| BK 242/237                                     | Übergabe                   | remise                        | teslim               |

135) OFTINGER, Art. 884, N. 189.

**1. Menkul mülkiyetinin devri tarzı olarak :**

**a. Genellikle :**

TMK 687. (İMK 714.) madde gereğince “menkullerde mülkiyetin intikali için teslim lâzımdır”. Halbuki hükmün kenar başlığı ve almanca ile fransızca metinlerine uygun olarak “teslim” genel terimi ile TMK 890 - 893. (İMK 922 - 925.) maddelerde düzenlenmiş olan zilyedliğin nakli” anlaşılır<sup>136</sup>. Böylece menkul mülkiyeti teslimsiz, zilyedliğin havalesi ile de geçirilebilir.

Kanun dolayısıyla meselâ borç olmayan şeyin tediyeşi (BK 62) ve özellikle satım akdinin feshi (TBK 204) halinde şey bir başkasının eline geçirilmişse de iade gerçekleşebilir.

Hukukî işlem olarak, muayyen bir malda ölüme bağlı bir tasarruf sebebiyle (TMK 465) mirasçılar kendileri malı ele geçirmeden onu vasiyet alacaklısına geçirebilirler.

Satım akdi halinde satıcıyı şeyin “teslimi” borcundan (TBK mad. 182 ve 185-188 kenar başlığı, İBK 184, 188 - 191) zilyedliğin havalesi kurtarabilir.

Ancak bize göre bütün bu hallerde işin mahiyeti yahut sözleşmedeki aksine bir hüküm gerektirmedikçe, alacaklı zilyedliğin havalesine ait hasarı kabul etmeye mecbur değildir ve zilyedliğin teslim ile geçirilmesini isteyebilir. Hakkın kötüye kullanılmasına dair MK mad. 2 bâkidir.

**b. Bağışlama :**

Bağışlamanın teslimsiz ve özellikle hükmen teslim yolu yahut zilyedliğin havalesi yolu ile gerçekleşebilip gerçekleşemeyeceği münakaşalıdır ve içtihatlarda tereddüt konusu olmuştur. Bu soru hukukumuzdahi “elden teslim” kavramına bağlıdır. Şekli veya tarzı bakımından kanunumuz elden bağışlama ile bağışlama vaadi arasında bir ayırım yapmaktadır. Bağışlama vaadi mahiyetinde olmayan bütün diğer bağışlamalar elden bağışlama kavramına girerler<sup>137</sup>. Bağışlamanın konusunun bir men-

136) SCHMID, s. 65; HAAB/SIMONIUS, Art. 714, N. 64.

137) von TUHR, Bemerkung zur Schenkungslehre, s. 203; TONGSİR, s. 49.

kul olduğu halde de, bağışlama vaadi için yazılı şekil aranırken (TBK 238/I, İBK 243/1), elden bağışlama teslim ile vücut bulur (TBK 237/I, İBK/I); ancak bağışlama vaadi tenfiz edilince elden bağışlama gibi olur (TBK 238III, İBK 243/III).

aa. Bir telâkkiye göre hüküm lâfzına göre yorumlanmalıdır. Kanunkoyucu burada zilyedliğin devri tarzlarından herhangi birisini öngörmüş olsaydı 297. maddenin I. fıkrasında teslim (almanca "Übergabe", Fransızca "remise") şartını açıkça belirtmezdi. Gerçekten kanun bağışlama ile iktisap imkânlarını genel olarak menkul mülkiyetinin iktisabına nisbetle sınırlamak istemiştir. Bağışlama vaadi için aranan yazılı şeklin amacı ciddiyetle ve etraflıca düşünülmeksizin işlem yapılmasını önlemektir. Fakat elden bağışlama bir anlama ile zilyedliğin nakli sonucu gerçekleşir denilirse, bu yazılı şekil zorunluğu bertaraf edilmiş olur. Onun için elden bağışlamanın tarafların dikkatini çekecek olan maddî bir fiil ile ancak maddî teslim ile fiilî hâkimiyetin kazandırılması suretiyle gerçekleştirilebilir.

Bu görüş, Federal Mahkemenin 1921 tarihli bir kararında ifade edilmiştir<sup>138</sup>. Karara konu olan olayda karı koca arasındaki bağışlama söz konusu idi ve karar açıkça "hükmen teslim" ile ilgili idi. Ancak İsviçre Yüksek Mahkemesi "sırf sözlü bir devir, yâni hâkimiyet geçirilmeksizin bir devir beyanı elden bağışlama halinde yetmez" derken genel olarak "beyan yolu ile zilyedliğin devri" tarzlarını reddetmiş gözüküyordu.

Doktrinde von TUHR "klâsik" diyebileceğimiz bu telâkkiye adı geçen makalesinde tamamen ve kesinlikle katılmaktadır. Zilyedliğin havalesine ilişkin sözü geçen deliller yeteri kadar kuvvetli olmasa da kanunun açık şekli zorunluluğu sebebiyle zilyedliğin havalesinin yetmeyeceği ve bu halde ancak bağışlananın şeyi üçüncü şahsın elinden elde edince bağışlamanın gerçekleşebileceği ve mülkiyetin bu anda geçeceği görüşündedir. Bununla

138) BGE 47 II 115 = JdT 1922 I 172, özellikle 177.



beraber araçların teslimi ve kısa elden teslimi bağışlama için kabul etmek zorunda kalmıştır<sup>139</sup>.

bb. Başka müellifler aynı zamanda tam tersi olan görüşü savunmuşlardır. J. ROSSEL, konuya ayırdığı makalesinde<sup>140</sup> İMK 242. maddenin gelişini anlatmaktadır. İMK Öntasarısı'nda "elden bağışlama" dan değil, sadece "bağışlama" dan söz edilmekteydi. Zaten hükmün Fransızca metindeki kenar başlığı hâlâ "bağışlama" dır. Hazırlık çalışmaları dikkate alınırca kanunkoyucunun bağışlama hakkında Bern Medenî Kanununun düzenleme tarzını benimsediği anlaşılır. Burada Fransız hukukunda olduğu gibi bağışlama vaadini karşılayan teslim ile vücut bulan "elden bağışlama" ("don manuel" veya "donation de main chaude") söz konusu değildir. Bağışlama vaadine karşı olan müesseye isabetli olmayan "elden bağışlama" ("Schenkung von Hand zu Hand") demekle beraber, sadece bağışlamanın olağan tipidir, basit ve sade ("donation pure et simple") bir bağışlamadır. Böylece bağışlama vaadi tenfizi geciktirilen, sonraya bırakılan bir bağışlama iken "elden bağışlama" derhal tenfiz edilen, *tenfizi bitişik olan bir bağışlamadır*, kazandırmanın aynî ifasıdır ("nur die dingliche Vollziehung der Zuwendung"). BGB § 518 bu konuda daha açıktır. Bağışlamanın zorunlu şekline karşılık bağışlama için zilyedliğin devrinin yeteceği açıkça belirtilmiştir. Teslim terimi ciddiye alınmamalıdır. Fransızca ve Almanca metinlerde satım akdi için İMK 182 ve 188'de böyle bir teslim (délivrance, Auslieferung) terimi kullanılmakla beraber satılan şeyin mülkiyetinin hükmen teslim veya zilyedliğin havalesi yolu ile devredilebileceği tereddütsüz (ve herkes tarafından) kabul edilmiştir. Bu teslimsiz zil-

139) von TUHR, Bem., s. 203 - 204. TONGSİR, s. 81'de von TUHR'un görüşüne işaret ederken bir itirazda bulunmamaktadır.

140) J. ROSSEL, Des donations manuelles, s. 346; orada anılan OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 242, N. 3; REICHEL, Schenkungsvollzug durch Besitzauftragung, SJZ 18, s. 85. Bak. ayrıca TANDOĞAN, s. 258.

yedliğin devri ile bağışlama, bir bağışlama vaadinden farklıdır, çünkü mülkiyeti devretmektedir; bağışlama vaadi ise sadece mülkiyeti devir borcu doğurmaktadır, bağışlananın malvarlığına geçirmemektedir. Yalnız bu halde yazılı şekil aranmalıdır. Ayrıca bu müellifler bağışlayanın irade fesadı, israf (İBK 240/III, TBK 235/III) ve rücu (İBK 249/252, TBK 244/247) ile ilgili kanun hükümleriyle kâfi derecede korunduğuna işaret ediyorlar.

Böylece bağışlamanın hem hükmen teslim, hem zilyedliğin havalesi yolu ile ifa edilebileceği ve yapılabileceği kabul edilmiştir.

cc. Federal Mahkemenin içtihadı da yavaş yavaş gelişmiştir :

1) 1926 tarihli bir kararında<sup>141</sup> bağışlama için zilyedliğin havalesini kabul etmiştir. Çünkü bağışlayan şey üzerinde hiçbir fiilî hâkimiyeti muhafaza etmemiştir. HOMBERGER bu görüşü benimsemiştir. Bağışlamanın hükmen teslim ile yapılamayıp zilyedliğin havalesi yolu ile yapılabileceğini kabul etmektedir. Ancak ihbar yapılamayınca bağışlamanın gerçekleşmeyeceğini belirtmektedir. Çünkü ona göre fer'î zilyed haberdar olmadıkça devreden hâlâ bir fiilî hâkimiyeti muhafaza etmektedir<sup>142</sup>.

2) Ama Federal Mahkeme bu aşamada durmamış ve bir adım daha atmıştır. Önce bağışlama vaadinin teslimsiz zilyedliğin devri ile yapılacağını kabul etmiştir<sup>143</sup>. Çünkü İBK 242. maddesinin "teslim" şartı yazılı şeklin yerini almıştır, ama bir bağışlama vaadi yapılırca "teslim" şartı geçerli değildir. Bize göre bu görüş İBK 243/III (TBK 238/III)'e karşı düşmektedir. Çünkü hüküm bağışlama vaadinin elden bağışlama gibi infaz edileceğini açıkça öngörmektedir.

141) BGE 52 II 368. Keza BGE 64 II 359 = JdT 1939 I 69.

142) HOMBERGER, Art. 924, N. 8 ve 21; GÜR SOY, s. 51.

143) BGE 57 II 513 = JdT 1932 I 489.

3) Sonra 1937 tarihinde Federal Mahkeme eski içtihadını değiştirmeyi kararlaştırmıştı<sup>144</sup>. İBK 242. maddesindeki "teslim" kelimesine geniş mana tanıyarak elden bağışlamanın geçerli olarak zilyedliğin havalesi gibi hükmen teslim ile de yapılabileceğini kabul etmiştir.

Bağışlama için hükmen teslimin cevazı zilyedliğin havalesine nazaran önem taşımaktadır. Çünkü bağışlamanın, şey bağışlayanın elinde kalırken yapılabileceği kabul edilirse, zilyedliğin havalesi ile üçüncü şahıs haberdar olmadan önce bağışlayanın nisbî zilyedliği devam ederken de bağışlamanın gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir.

Zaten Federal Mahkeme ROSSEL'in görüşünü benimseyerek bu yeni görüşünde kesinlikle ısrar etmiştir. Meselâ bağışlananın adına ve onun kabulünün eklenmesiyle bankada bir tasarruf hesabı açtırılmıştır. Bu halde bağışlayan ona bankadaki hesabı üzerinde bir yetkileme sağlamakla beraber özel şekilsiz bir zilyedliğin havalesi yolu ile bağışlamanın geçerli olarak vücut bulduğuna karar verilmiştir<sup>145</sup>. Federal Mahkeme sadece taraflarda mülkiyetin geçirilmesi ve bağışlama iradesinin (animus donandi) bulunmasını aramıştır.

Bu içtihat pratik ihtiyaçlara uygun düşmektedir ve gerçekte "elden bağışlama" değil "olağan bağışlama" olarak bağışlamanın bu kavramının kabulüne biz de katılmaktayız.

## 2. Menkullerde mahdut hakların devir tarzı olarak :

### a. *İntifa hakkının tesisi :*

TMK 718'e göre "Menkul ve alacak üzerindeki intifa hakkı, menkulün intifa hakkı edecek kimseye teslimi ve alacağın devriyle... teessüs eder". Halbuki İMK 746. maddenin Fransızca ve Almanca metinleri hem menkuller, hem alacaklar için "devir" den

144) BGE 63 II 395 = JdT 1939 I 5; keza BGE 70 II 199 = JdT 1945 II 69.

145) BGE 96 III 145.

sözetmektedir. Kuşkusuz burada söz konusu olan şeylerin genel devir tarzları anlaşılır. İntifa hakkı alacak üzerinde yazılı temlik ile, menkul üzerinde zilyedliğin devri ile teessüs eder. Zaten çoğu halde intifa hakkı miras yolu ile iktisap edilir. Miras açılınca mirasçı vasıtalı zilyedir ve bu halde ise zilyedliğin havalesi bile gerekmeden intifa hakkı doğar.

b. *Rehin hakkının tesisi :*

Menkul rehin hakkının tesisi için aranan "teslimi meşrut" şekil (TMK 853/İMK 884) ile yine zilyedliğin devri anlaşılır. Böylece doktrin ile uygulamalar rehin hakkının zilyedliğin havalesi yolu ile de tesis edilebileceğini kabul etmektedir. Ancak maddenin 3. fıkrasına göre rehnedilen şey rehin verenin fiilî iktidarında buldukça rehin hakkı yoktur. Bu maddenin yorumlanmasında doktrin, rehin verenin fiilî iktidarına geçirmesine imkân olmaması gerektiği şeklinde anlamaktadır<sup>146</sup>. Onun için doktrinde ve uygulamada *üçüncü şahıs devreden tarafından haberdar edilmedikçe* rehin hakkının kurulamayacağı kabul edilmektedir<sup>147</sup>.

Devredeninin ihbarı ile fer'î zilyed rehnedilen malı ya yalnız rehinli alacaklıya yahut rehin alanla rehin verene birlikte iade edebilir. Zilyedliğin devri için fer'î zilyedin rızası gerekmemekle beraber, üçüncü şahıs zilyedliğini artık rehin alan için kullanmayı reddedip hâlâ yalnız rehin edene geri vermek isterse rehin hakkı sönmektedir (TMK 857). O halde rehin alan, rehin sözleşmesi gereğince geçerli bir rehin zilyedliği ile rehin hakkının yeniden kurulması için rehin verene karşı dâva açabilecektir<sup>148</sup>.

Aksine, üçüncü şahıs, zilyedliğini rehin alan ve rehin veren için beraber kullanmayı kabul ederse, İsviçre doktrini Alman doktrinine atfen, onun durumunu rehnedilen şeyi elinde tutan kişi (Pfandhalter), veya güvenilen kişi (Treuänder) diye nitelemektedir<sup>149</sup>.

146) OFTINGER, Art. 884, N. 206.

147) WIELAND, Art. 884, N. 5 b; HOMBERGER, Art. 924, N. 9; OFTINGER, Art. 884, N. 261; BGE 49 II 338 = JdT 1924 I 354.

148) OFTINGER, Art. 884, N. 261.

149) WOLFF/ENNECCERUS, s. 163 I 1 c; WIELAND, Art. 884, N. 56; HOMBERGER, Art. 924, N. 9; OFTINGER, Art. 884, N. 261.

Menkul üzerinde muahhar rehin tesis zilyedliğin havalesi yolu ile rehin hakkının tesisine bir örnektir<sup>150</sup>. Bu hal kanunda ayrı ve açık bir hükümlerle öngörülmiştir (TMK 855, İMK 886). Ancak bu halde ihbar yazılı şekilde yapılmalıdır. İlk rehin alan, alacağı tasfiye edilince, merhunu diğer rehinli alacaklıya iade etmekle yükümlü olduğu konusunda haberdar edilmektedir.

### 3. Diğer borçların ifası için :

Zilyedliğin havalesi, yalnız aynî hakların devri için değil, fakat genel olarak zilyedliğin devrini gerektiren her fırsattan uygulanabilir.

a. Bir zilyed kendisi malik olsun olmasın, ya kanun gereğince (meselâ, vasilik dolayısıyla) yahut bir hukukî işlem sebebiyle zilyedliği devretmeye mecbur olabilir, yâni birçok sözleşmenin ifası zilyedliğin devri ile mümkün olur. Kira, vedia<sup>151</sup>, âriyet hallerinde böyledir. Keza bir vekâlet<sup>152</sup> yahut bir iş sözleşmesinin ifasına imkân vermek için hal ve vaziyete göre zilyedliğin kazandırılması gerekebilir.

Bütün bu hallerde zilyedlik havale yolu ile geçirilebilir. Bunda bir tereddüt yoktur; çünkü aynî hakların devrinde olduğu gibi burada zilyedliğin devrine bir hakkın doğması veya kazandırılması bağlı değildir. Aksine zilyedliğin devri şahsî bir hakkın sonucudur. Diğer taraftan zilyedliğin devri, bir borcun ifası için lâzım olmakla beraber bu ifayı bir örnekte mutlaka sağlayamamaktadır.

Örnek olarak (A), bir staj için yabancı memlekete gitmek üzere iken tamirci (C)'de bulunan arabasını bir kimseye (B)'ye dışarıda kalacağı süre için kiralyor. Gitmeden önce (B) ile anlaşır tamirciye de telefon ile haber veriyor. Burada bir zilyedliğin havalesi yapılarak (B) vasıtalı zilyed olmuştur ve arabayı (C)'den isteyebilecektir. Ancak tamirci (A)'dan kazandığı şahsî hakkını ileri sürerek

150) BGE 89 II 192 = JdT 1964 I 86. Hâkim doktrine aksi görüş : LEEMANN, Art. 884, N. 1 - 3'de burada bir menkul ipotegi görmektedir.

151) Bak. BGE 49 II 338 = JdT 1924 I 354.

152) BGE 52 II 369.

arabayı (B)'ye vermekten kaçınırsa, (A)'nın (B)'ye karşı "şeyin kullanılmasını terketme" borcu (TBK 248) ifa edilmemiştir; (B), (A) ya karşı sözleşmeden doğan haklarını kullanabilir.

b. Diğer bir noktaya işaret etmek istiyoruz. Zilyedliğin devri gereken bazı durumlarda bir zilyedliğin devri anlamsız olacaktır. Devralanın durumunu açıklarken devralan devredene karşı aslî zilyed olursa daha üstün dereceli bir zilyedliği kazanamaz diye bu meseleye daha önce değinmiştik.

Örnek olarak rehinli alacaklı rehnedilmiş şeyi bir şahsa tevdi etmiştir; alacağı ödendikten sonra şeyi rehin sahibine bir zilyedliğin havalesi ile değil, yalnız teslim yolu ile iade edebilecektir. Keza kira sözleşmesi hitam bulduktan sonra kiralanan şey bir üçüncü şahsın elinde ise, kiracı iade borcundan kurtulamaz. Kiralayan malik olsa da, doğrudan zilyedden (üçüncü şahıstan) şeyi talep hakkına sahip değildir; çünkü onunla arasında bir hukukî ilişki yoktur. Kiracıdan iade talebinin temlikini istemek gerekecektir.

Böylece sözleşmelerde zilyedliğin havale yolu ile bir şeyin tevdi borcu ifa edilebilirken, aynı şeyin iade borcunun ifa edilemeyeceğini tesbit etmiş oluyoruz.

## SONUÇ

Buraya kadar Türk ve İsviçre hukuklarında, zilyedliğin havalesi bütün açılardan ve ortaya koyduğu bütün problemlerle incelenmeye çalışılmıştır. Üçüncü şahsın elinde bulunan şeyin zilyedliğinin devrinin kanunkoyucu tarafından kolaylaştırılmış olduğunu tesbit etmiş bulunuyoruz.

Bununla beraber düşüncemize göre, zilyedliğin havalesi anlaşmasının yazılı olarak yapılmasını, devralanın üçüncü şahsa karşı iktisabını ispata yarayacak bir belge sağlamakta ve böylece onun daha iyi bir şekilde korunmasına yaramaktadır.

Bu yol, üçüncü şahsa da basit bir "ihbar" dan daha şeklî bir garanti temin ederek onu da korumuş olurdu. Diğer taraftan yazılı şeklin aranması, zilyedliğin havalesi yolu ile yapılan elden bağışlamalara ilişkin tartışmalara son verirdi. Çünkü bu halde de

bağışlama vaadinin şekli olan yazılı şekil gerçekleşmiş olacaktı. Bununla beraber kabul ediyoruz ki, zilyedliğin havalesi anlaşmasının yazılı şekle bağlanması bir taraftan menkullerin üzerindeki el değiştirmeleri zorlaştıracak, diğer taraftan da bu zorunluluk modern hukukun hukukî işlemlerin şekilsiz yapılması yolundaki eğilimine aykırı düşecekti.

Bir başka çözüm tarzı, BGB'nin zilyedliğin devri için üçüncü şahsa karşı varolan şahsî ve aynî taleplerin temlikini gerektiren sisteminin benimsenmesidir. Gerçekten bu sistem devralana üçüncü şahsa karşı haklarını doğrudan ileri sürmek ve şeyi elde etmek imkânını vermektedir. Devralana şahsî taleplerin temlik edilmesi mecburiyeti diğer taraftan üçüncü şahsa da şahsî defilerini devralana karşı ileri sürmek imkânını verdiği için onun bakımından da elverişlidir. Alman hukukunda bu zilyedliğin devri tarzının faydası, özel bir şartı gerektirmemesidir Çünkü BGB § 403'de alacağın temlik için resmî şekli sadece alacağı temlik alanın isteği üzerine aramaktadır. Buna mukabil Türk - İsviçre hukuklarında alacağın temlikinin yazılı şekle bağlanması yüzünden, zilyedliğin havalesi için Alman sisteminin benimsenmesi de, onun faydalarına karşılık şeklin sözü geçen mahzurlarını meydana getirirdi.

Ne olursa olsun incelememizde aksadığı yönleri gösterilen bugünkü zilyedliğin havalesi müessesesinin temel unsurlarının değiştirilmesi bir hukuk politikası konusudur, bunun değiştirilmesindeki takdir kanun koyucuya aittir (\*).

---

(\*) Hocam Prof. Dr. Selâhattin Sulhi TEKİNAY'a, bu yazının yayınlanmasındaki yardımları için içten teşekkür ederim.

## KISALTMALAR

|         |   |  |
|---------|---|--|
| a.g.e.  | : | adı geçen eser                             |
| Art.    | : | Artikel                                    |
| bak.    | : | bakınız                                    |
| BGB     | : | Bürgerliches Gesetzbuch                    |
| BGE     | : | Bundesgerichtsentscheidungen               |
| CCF     | : | Code civil français                        |
| HD.     | : | Hukuk Dairesi                              |
| İBK     | : | İsviçre Borçlar Kanunu                     |
| İMK.    | : | İsviçre Medenî Kanunu                      |
| JdT     | : | Journal des Tribunaux                      |
| mad.    | : | madde                                      |
| N.      | : | Nummer                                     |
| n.      | : | dip notu                                   |
| s.      | : | sayfa                                      |
| SJZ     | : | Schweizerische Juristenzeitung             |
| TBK     | : | Türk Borçlar Kanunu                        |
| TMK     | : | Türk Medenî Kanunu                         |
| vd.     | : | ve devamı                                  |
| Vorbem. | : | Vorbemerkungen                             |
| YHGK.   | : | Yargıtay Hukuk Genel Kurulu                |
| ZBJV    | : | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins |



## BİBLİYOGRAFYA

- ACEMOĞLU, Kevork : Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970.
- AKİPEK, Jale G. : Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), 1. Kitap : Zilyedlik ve Tapu Sicili, 2. bası, Ankara 1970.
- ATAAY, A./SUNGURBEY, İ. : Açıklamalı Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu, 3. bası, İstanbul 1968.
- BAUR, Fritz : Lehrbuch des Sachenrechts, 6. Auflage, München 1970.
- BECKER, H. : Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. IV : Obligationenrecht, 2. Abt., 2. Aufl., Bern 1941.
- Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz - und Polizeidepartements, 3. Heft : Das Sachenrecht, Bern 1905.
- GAUTSCHI, G. : Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. IV : Obligationenrecht, 2. Abt., 6. Teilband, 2. Auflage, Bern 1966.
- GÖKTÜRK, Hüseyin, A. : Türk Medenî Hukuku, 4. Kitap : Aynî Haklar, Ankara 1949.
- GUHL, Theo : Le droit fédéral des obligations (trad. R. des GOUTTES), Zürich 1947.
- GÜRSOY, Kemal Tahir : Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970.
- HAAB, R./SIMONIUS, A./SCHERRER, W. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band : Das Sachenrecht, 1. Teil, 2. Aufl., Zürich 1970.
- HAFNER, H. : Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1896.
- HOMBERGER, A. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band : Das Sachenrecht, 3. Abteilung, 2. Aufl., Zürich 1938.
- LARENZ, Karl : Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München 1967.
- LENT, Friedrich : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV : Sachenrecht, 1. Abteilung, 1. Teilband, 4. Aufl., Bern 1966.

MEIER - HAYOZ, A. : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV : Sachenrecht, 1. Abteilung, 1. Abteilung, 1. Teilband, 4. Aufl., Bern 1966.

OFTINGER, Karl : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Bd., 2. Abt : Das Fahrnispfand, 2. Aufl., Zürich 1952.

OĞUZMAN, Kemal : Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1965.

PIOTET, Paul : Cours de droit civil (ders notları teksiri), Lausanne, 1967 - 1968 ders yılı.

REHSTEINER, Viktor : Das Verfügungsrecht des Absenders und des Empfängers im Frachtvertrag nach schweizerischem Recht. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 1929.

REİSOĞLU, Safa : Türk Eşya Hukuku, cilt 1, 3. bası, Ankara 1969.

ROSSEL, V./MENTHA, F.H. : Manuel du droit civil suisse, Tome 3, 2e éd., Lausanne - Genève 1922.

ROSSEL, J. : Des donations manuelles en droit suisse, spécialement entre époux, ZBJV Bd. IV (1922), 8. Heft.

SAYMEN, F.H./ELBİR, H.K. : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

SCHMID, Hansjakob : Das Traditionsprinzip im neueren schweizerischen Sachenrecht, Diss., Zürich 1945.

STARK, Emil : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, IV. Bd.: Das Sachenrecht, 3. Abt., 1. Teilband, 2. Lieferung, 4. Aufl., Bern 1966.

TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku, Cilt I. Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1969.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : Eşya Hukuku, İstanbul 1967/1968.

TONGSİR, Ferih B. Bağışlama, İstanbul 1953.

von TUHR, Andreas : Partie générale du Code fédéral des Obligations (trad. Emile THILO), Lausanne 1930.

von TUHR, Andreas : Bemerkungen zur Schengungslehre des schweizerischen Obligationenrecht, SJZ no. 18 (1922), Heft 13, s. 201.

TUOR, Pierre : Le Code civil suisse (trad. H. DESCHENAUX), Zürich 1942.

Türk Medenî Kanunu ÖN TASARISI ve gerekçesi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1970.

VELİDEDEOĞLU, H.V. : Türk Medenî Hukuku, 3. bası, İstanbul 1963.

WOLFF, M./ENNECCERRUS, L./KİPP, Th. : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Band : Das Sachenrecht, 9. Aufl., Marburg 1932.

WOLFF, Max : Wesen und Voraussetzungen der Zession, Zürich tezi, Aarau 1917.