

MENKULLERİN İYİ NİYETLE KAZANILMASI - DOĞMA VE HUKUK GERÇEĞİ (*)

Yazan: Dr. Friedrich GIEHL

Çeviren: Dr. Mustafa DURAL

- I. Problemin sunuluşu
- II. İngiliz Hukukundaki düzenleniş şekli
- III. Hukukî görünüş olgusu olarak zilyetlik.
 1. Bu bağlamanın sebepleri
 2. Zilyetlik ve hukukî görünüş etkisi
 3. Anglo-Amerikan Hukukunun görüşü
- IV. Tedavül emniyetindeki menfaatin etkisi
- V. Objektif güven olgusu ve hakkın kaybolmasının isnadı
 - A. Tedavülün korunmasının alanı
 1. Güven olgusu
 2. İsnad meselesi
 - B. Medenî Hukuk alanında hukukî görünüş olgusu
 1. Güven olgusu olarak vasıtasız zilyetlik
 2. Vasıtalı zilyetlik - Eşya üzerinde fiili hakimiyet olmaksızın hukukî görünüş mü?

(*) Yazı, Archiv für die zivilistische Praxis, c. 161, s. 357-379 da yayınlanmıştır.

I. Problemin sunuluşu

Bir çok hukuk düzenlerine özgü bir görünüş olarak, varlıkları hukuk tarihine kadar giden hukuk kuralları, çoğunlukla şüphe edilmeleri caiz olmayan bir gerçek karakterini alırlar ve yürürlükteki hukukun sanki kuşkusuz parçalarıymış gibi, bir yeniden incelenmeye inatçı olarak karşı koyarlar. Bunun göze çarpan örneği, —şekil şartlarında çoğunlukla haksız olsa bile—, problemin açık ve basit çözümünün görüldüğü iyi niyetle menkullerin kazanılması müessesesidir (1). Dikkatimizi, bu, önemli ve şimdiye kadar üzerinde çok durulmuş olan hukuk müessesesine çekme şerefi, problemi şimdiye kadarki tarihî bağlarından çözen ve tahlili, önceden kazanılmış önfikirlerden masun bir inceleme yolunu açan, **Heinz Hübner**'in yazısına aittir (2).

İlk başta kanunî şartları gözden geçirecek olursak; hak sahibi olmayan kimsenin vasıtalı ve vasıtasız zilyedliği hukukî görünüş olgusu ve güven temelini sebebi olurken (3), hakların kaybolmasının isnadının kriteri olarak, eski hukuk devirlerinden gelen, münakaşasız gerçek olarak kabul edilen **Hand wahre Hand** veya modern sebep olma fikri görülmektedir (4). Bu suretle, burada malik ile kazanan

1) **Goldschmidt**, Über den Erwerb dinglicher Rechte von einem Nichteigentümer und die Beschraenkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen, ZHR 9 (1866), 1 vd.; aynı şekilde İtalyan Hukukunda, şimdiki Code Civile'de (1942) md. 1153 de düzenlenen, kişiler arasındaki ilişkilerin sınırsız olarak korunmasının basitliği ileri sürülmektedir. Krs. **Martino-Branco**, Commentario del Codice Civile (2. bası), cilt 3, mad. 1153, N. 1; aynı fikirde, **Flume**, krs. **W. Habscheid**, Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Mergentheim, 1957, AcP 157 (1958), 100 vd..

2) **H. Hübner**, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht (1955); ayrıca, krs., v. **Lübtov**'un görüşü, Hand wahre Hand, in Festschrift der jur. Fakultät der freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag (1955), s. 119 vd.; **Zweigert**, Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliärerwerb, Rabels Z 23 (1958) 1 vd.. Daha önceleri, **Wieacker**, Wandlungen der Eigentumsverfassung (1935), s. 30 vd.. Önemli derecede farklı sosyalist mülkiyet düzeninden ileri gelen nedenlerle, Doğu Bloku memleketlerinin düzenlemesi, iyi niyetle kazanmaya karşıdır (krs., aşağıda IV).

3) **Wolff-Raiser**, Sachenrecht (10. bası, 1957), § 68 II 2; **Westermann**, Sachenrecht (4. bası 1960), § 45 III; BGHZ 10, 81 vd..

4) Motive, amtliche Ausgabe (1888), c. III, s. 348; **O. v. Gierke**, Der Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich (1889), s. 388; **Westermann**, age, § 45.

kimse arasındaki menfaat ayrılığının gerekli olan değerlendirilmesinin yapılmasının yerine, geçerli olduğu şüpheli olan katı bir kanun mekanizmasını görmeyip, aynı zamanda, sadece mülkiyet hakkının Eşya Hukuku yönünden aidiyeti probleminin değil de, aynı derecede zarara katlanma probleminin de söz konusu olduğu nazara alınmaktadır (5). Bunun yanında, uygulamanın ve münferit kanun hükümlerinin karşılaştırılmasının ışığı altında, bir yönden, hukukî görünüş etkisinin, olduğu gibi ve tekele benzer bir şekilde, zilyetlik kavramına bağlamanın, fakat diğer yandan ise, diğer olgularda bir görünüş etkisini istisnasız red etmenin, problemin anlamlı bir çözümüne uygun olup olmadığının incelenmesi gerekir. Bu tereddütler, özellikle, vasıtalı zilyedliğin elde edilmesinde söz konusudur; bu yolla hak sahibi olmayan kimseden kazanma ancak, fikrî bir işlemle ve dış etkisi olmayan bir olguya dayanılarak mümkün olmaktadır; malik ise —BGH da bunu son zamanlarda kabul etmiştir (6)—, devamına itimat ettiği, kendisi tarafından başlangıçta kurulmuş olan (fiili) zilyetlik durumunun değişmemesine rağmen, hakkını kaybetmektedir (7). Nihayet, doğruluğunu haklı olarak **Heinz Hübner**'in (8) reddettiği, Cermen Hukukunda varlığı kabul edilen temele sıkı bağlılık ve kanun koyucunun (9) doğru değerlendirmiş olmasındaki ciddî şüpheler, bu esas olarak alınan dogmatik kuralların, hukuk gerçeğine uygun olup olmadıklarının incelenmesini haklı göstermektedir. Bu incelemenin yapılmasında, bazı yabancı hukukçuların düzenleme şekillerinin karşılaştırılmasından elde edilen fikirler meselenin

5) Doğru olarak, **Brandt**, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft* (1940), s. 261; keza *Common Law*; burada bunu, *estoppel* fikri ve *bona fide purchase for value* göstermektedir. Şimdi, Pennsylvania, Massachusetts, Kentucky ve Connecticut tarafından kanun olarak kabul edilen Amerikan Ticaret Kanununda, *Un. Com. Code* § 2-403 de, açık olarak bulunmaktadır. Ayrıca bunu zararın yüklenilmesi problemi olarak *Codex Theresianus* da kabul etmekte idi, **Harras**, tarafından yapılan basım, c. 2, s. 131 vd.; aynı şekilde, **Zeiller**, *Komm. zu ABGB* (1806), c. II, birinci yarım cild, s. 135 ve *Osterr. OGH* 27 (1954) 39 zu § 267 ABGB.

6) BGH, NJW 1959, 1536 vd. (vinç olayı).

8) **H. Hübner**, *age*, s. 16 vd.; benzer fikir, **Lübtow** *age*. *Common Law*'daki gelişme de bunun aksini göstermektedir (krş., aşağıda II).

9) Örneğin, *die Motive* (c. III, s. 342): Roma Hukukundaki *vindicatio* kurallardan ayrılmayı, Alman Hukukunun çözümünü ayakta tutmak için «Roma Hukukunun *usucapio*'sundaki, sadece zamanın geçmesinin kaldırılmasının gerektiği» şeklindeki gerekçeyle haklı göstermektedir (krş., Fransız Hukukundaki *prescription instantanée*).

lanmasına yardım etmektedir. Ancak, tabiatıyla, önemli kontinental hukuk düzenleri gibi, bunların etkisinde kalmış kodifikasyonlar, bizim için önemli olan meselede, mühim hareket noktalarında Alman Hukukuyla birleştiklerinden (10) Zweigert'in belirtmiş olduğu gibi (11), problemin Anglo-Amerikan Hukukundaki bağımsız gelişmesi özel bir önem kazanmaktadır. Özellikle, Anglo-Amerikan Hukukunun, kontinental düzenleme şekillerinin hepsine has olanın aksine çözüm şekli, karşılaştırmaları fevkalâde faydalı yapmaktadır; bilhassa iyi niyetle menkul mülkiyetinin kazanılmasında— iktisadî yönden hemen hemen tamamen eşit şartlarda—, **Hand wahre Hand** prensibine benzer bir norma bağlı kalmadığı için... Bu düzenleme şekline kısaca bir söz atalım.

II. İngiliz Hukukunun düzenleme şekli

Alman Hukukunun **Hand wahre Hand** ve Fransız Hukukunun **en fait des meubles la possession aut titre** prensiplerinin aksine, Comman Law, **Ulpianus**'a dayanarak (12) bu gün de **nemo dat quod non habet** Maxime'sinden hareket etmekte (13), fakat belirli hallerde

10) Krş., ABGB, § 367; ZGB, Art. 933; iktibas etmiş bir çok ülkelerin hukuklarıyla birlikte Ccfr, Art. 2279. Sovyet Hukukunun düzenlemesi de, sadece dogmetik temelleri yönünden, Code Civil'in etkisindeki Çarlık Hukukuna uymaktadır (krş. **Genkin — Bratus — Lunz — Nowizki**, *Sovietisches Zivilrecht* (1953), c. 1, s. 378 deki gerekçeler ve **Aubry et Rau**, *Cours de droit civil français* (1935 par **Bartin**) c. 2, s. 170, dn. 32

11) **Zweigert**, age.

12) **Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet** kuralı onda görülmektedir. D.50.17.54. Krş. **Lübtow**, age, s. 145.

13) Ancak durum her zaman böyle değildir; zira 14. yüzyılda, sadece rıza dışında elden çıkmış mallar ya bir haksız fiil dâvasıyla (action of larceny) veya «adi davaya» benzeyen, haksız fiil dâvası olmayan **action for res adirata** ile geri istenirdi. Krş. **Pollack - Maidland**, *History of English Law before the time of Edward I* (1885), c. 2, s. 160; **Holdsworth**, *A History of English Law*, (1909), c. 2, s. 310. Buna karşılık, Alman Hukukundaki gelişmeye paralel olan durumda, rıza ile verilmiş olan eşya, uygun bir dâva bulunmadığı için, geri istenemiyordu, zira, **Pollack - Maidland**'ın, age, s. 154 de belirttikleri gibi, «Hukuk onu (yani maliki) «gerçek» bir dâva ile techiz etmemiştir»; benzer fikir, **Holdsworth**, age, s. 69 vd.; **Annens**, *Hand wahre Hand*, *Studien zur Geschichte der germanischen Fahrnisverfolgung*, 1952, s. 134. Yargılama usulü sisteminin değiştirilmesi sonunda, geçici bir zaman için istihkak dâvası imkânı kaldırılmıştır, fakat sonra, sadece pazardan satın almış olma kuralı ile sınırlanmış, kati geri alma prensibi konulmuştur. Ancak 19. yüzyılın başında **Equity** uygulaması ve **Factor Acts** ölçülü bir tedavül emniyetinin ve kazananın korunmasını yerleştirdiler.

İyi niyetle kazanmayı da kabul etmektedir. Her ne kadar burada, istihkak prensibinin istisnaları bir düzenli dogmatik temele dayanamamakta ise de, kazananın ticarî ilişkilerde ve Medenî Hukuk alanında korunmasının şartlarının fonksiyonel yönden farklılaşmış olması hayret vericidir. Sonuncu halde iyi niyetle kazanan da kural olarak korunmamaktadır, **unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell** (14). Estoppel fikrinin bir uygulaması olarak bu, Sale of Goods Act'ın (1893) (SGA) 21. maddesinde öngörülmüş olan, iyi niyetle kazanma imkânı bir genel kural olma bünyesinde ve bu suretle mahkemelere münferit hayat olaylarının gerçek görünüş etkisini inceleme imkânı veren tipik olmayan bir hukukî görünüş olgusunu icap ettirmektedir.

Buna karşılık, tedavül menfaatinin etkisi altında, olguları kati olarak belirtilmiş diğer normlarda zilyetlik, çözümün ön plânında yer almaktadır (15). Bu suretle, Factor's Act'ın (FA) (1889) 2. maddesinin önemli hükmüne göre, acentalar, kendilerine ait olmayan, malikin rızasıyla zilyeti oldukları malları, iyi niyetli üçüncü kişilere geçerli olarak devredebilirler. Aynı şekilde, FA'nın 8. maddesi ve bunun hemen hemen aynı olan SGA'nın 25/1 maddesi, özel bir sebebe dayanarak zilyetliği elinde tutan satıcıya (**seller**), fiilen teslim suretiyle, mülkiyeti iyi niyetli bir diğer alıcıya geçirme imkânı vermektedir. Bunun aksine, zilyetliği elde etmiş fakat mülkiyeti daha kazanmamış bir alıcı, şeyi, FA'nın 9. maddesine (SGA'nın 25/11 maddesine) göre, iyi niyetli üçüncü kişiye devredebilir.

Ancak, bütün bunlar sınırsız olarak uygulanmayıp, nihai olarak zilyetliğin iç ve tedavül hayatına yabancı kalan gayesine bağlı olmaktadır. Örneğin, acenta, bu niteliği ile zilyet değilse, FA'nın 2. maddesi uygulanmaz (16). Şimdiye değin ki Amerikan Hukuk da,

14) Krş. Lindsay, leading case Cundy, 1878, 3, A.C. 459.

15) Pearson v. Rose and Young Ltd., 1950 2. All E.R. 1027 de sarıh olarak buna işaret edilmektedir: «Ticaret hayatının gerekleri **nemo dat quod non habet** prensibinin zamana uygun değiştirilmesini zorunlu kılmıştır». Benzer fikir, Chalmers, Sale of Goods Act, 13. bası, 1957, s. 195.

16) Bu, onun, örneğin, vedia alan veya kiracı olarak zilyet olması durumunda söz konusu olur. Krş. Staffs Motor Co., Ltd. v. British Wagon Co., Ltd., 1934, 2 K.B. 305-313; Chalmers, age, s. 202.

görünüşte mülkiyet (apparent ownership) sınırları içinde durumu hallediyordu; fakat şimdi, **Uniform Commercial Code**, burada da iç anlaşmalardan arınmış bir düzenleme şekli getirmiştir, zira any entrusting of possession of goods to a merchant who deals in goods of that kind (Un. Com. Code, s. 2-403/11).

Keza, FA'nın 8 ve 9. maddeleri (SGA'nın 25 ve 25/11 maddesi) de sonuç olarak oldukça aşınmıştır. Zira FA'nın 8. maddesi, satıcının, satıcı olarak, zilyet olmasını ararken —bunun için hiç olmaz ise, alım-satım ilişkisinin bir kalıntısının bulunması şarttır (17)—, FA'nın 9. maddesine göre, hak sahibi olmayan kimse, zilyetliği alıcı olarak kazanmış bulunmalıdır. Bu nitelendirme sonucu, özellikle mülkiyeti saklı tutularak satılan malların iyi niyetle kazanılmasına engel olacak bir yol açılmaktadır. Zira, eğer alıcı, zilyetliği bir **hire-purchase agreement**'e dayanarak elde etmişse, bununla sadece bir alım-satım akdi yapmak için bir opsiyon kazanır (18). Ancak opsiyon, FA'nın 9. maddesinin öngördüğü anlamda bir alım-satım olmadığı için, iyi niyetle kazanma mümkün değildir (19). Nihayet en eski kural olarak, SGA'nın 22. maddesi, rıza dışında elden çıkmış olan mallarda, eğer bunlar bir pazarda satın alınmış iseler, mülkiyetin kazanılmasını korumaktadır (20). Ancak, hırsızın mahkûm olması halinde, mülkiyet **ex lege** malike geçer (SGA, mad. 24).

III. Hukukî görünüş olgusu olarak Zilyetlik

1. Bu bağlamanın sebepleri

Menfaatler çatışmasına, belirli bir olgunun haksız olarak dışa intikal ettirdiği mülkiyet görünüşü doğrudan doğruya sebep olduğu-

17) Krs. dn. 16 ve **Union Transport Finance, Ltd. v. Ballardie**, 1917, 1. All E.R. 420.

18) Bu, örneğin, son taksidin ödenmesi ile olur.

19) **Olds Discount Co., Ltd. v. Klett**, 1940, 3. All E.R. 36. Buna karşılık FA'nın 9. maddesi **conditional sale**'e uygulanır; bu fikirde, **Lee v. Butler**, 1893, 2 Q. B. 318; **Martin v. Whale**, 1917, 2 K.B.

20) **Pollock-Maidland**, age, s. 157; «Pazar» in şartları için krs., **Bishopgate Motor Finance Corporation Ltd., v. Transport Brakes Ltd.**, 1949, 1. All. E.R. 37. Pazardan satın alma kuralının tenkidi için, **Ivany**, Revision of the Sale of Goods Act in Currant Legal Problems, 1956, s. 113 vd. Son zamanlarda keza, **D. Murray**, Sale in market overt, in *The International and Comperative Law Quarterly*, c. 9, 1960, 24; **Chalmers**, age, s. 195 vd.

na göre, iyi niyetle menkullerin mülkiyetinin kazanılmasının çözümü meselesine, daha ziyade hakkın kaybolmasının isnadının fonksiyonu değil de, güven prensibinin nasıl nitelendirilmesi gerektiği sıkı sıkıya bağlıdır. Bu yüzden, zilyetliğin mülkiyeti aksettirdiğini kabul hangi sebeplerin kanun koyucuyu yönelttiği sorulacak olursa, o zaman, özellikle tarihe bağlı birgörüüş şekli ve adHGB'de halen mevcut 306. paragrafın ticaret hukuku kuralı gösterilebilir.

O zamanlar, Gewere'nin «Eşya Hukukunun kisvesi olarak mülkiyeti somutlaştırdığı fikri zilyetliğe yüklenilmek ve ona genel bir Eşya Hukukunun meşruiyet prensibi tanınmaya çalışılmıştır (21)» Bu, bir çokları için iyi niyetle kazanmanın «gerçek hukukî sebebini teşkil eden (22)», «haricileşmiş menkul zilyetliğinin meşruiyet kuvveti», hak sahibi olmayan kimsenin şahsını görüşmelerin ön safhasına itmiş ve böylece, genel bir hukukî görünüş doktrininin doğmasına bağlı olarak, gerçek problemin veche değiştirmesine sebep olmuştur (23). Bu arada, zilyedliğin, zilyede, hak sahibi olmayarak geçerli harcamada bulunma imkânını veren kudretinin, esasında bir kanun hükmünün yansıması olduğu hemen hemen hiç göz önüne alınmamıştır (24). Sonuçta bu fikirler, o zamana kadar bir dogmatik temelden yoksun olan, «Hand wahre Hand» prensibini temellendirmeye ve böylece BGB'deki kuralda yaşamaya devam etmesine hizmet etmiştir (25). Bu sonucu, Common Law'daki (26) ve özellikle, zilyetliğin, «meubles nont pas de suite» hukuk deyişi sebebiyle, iyi niyetle kazanmayı mümkün gördüğü sonucunun çıkarılmasına imkân vermeyen Fransız Hukukundaki gelişme de desteklemektedir. Aksine, bu hukuk

21) O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 19-9, c. 2, s. 197; Stinzing, Besitz, Gewere, Rechtschein, AcP. 109, 19912, s. 409 vd.. Bunun eleştirmesi için, v. Lübtow, age, s. 186.

22) O. v. Gierke, age, s. 575; aynı fikir, Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten, AcP. 89, 1899, s. 76; krş. H. Hübner'in age, s. 60 daki açıklaması.

23) Krş., H. Hübner, age, s. 57 vd.

24) Bu kural, Codex Theresianus'da kullanılan formülden açık olarak çıkmaktadır: İyi niyetli alıcı, hak sahibi olmayandan —malikten devralmanın aksine—, açık olarak, «hukukun kudreti icabı» kazanmaktadır.

25) Bu kuralın temelini o zamanki ihtilâflı durumda aramak gerekir. Aynı şekilde Brandt, age, s. 263, 271; Pollock - Maidland, age, c. 2, s. 181: «...evolution of the legal remedies lagged far behind the evolution of morality». Buna karşılık, Anners, age, s. 28 vd. Bunu başka şekilde açıklamaktadır.

26) Krş., yukarıda dn. 13.

deyişi, uygun bir dâva şeklinin bulunmaması sebebiyle, bir talep ve istihkak imkânının var olmadığını kabul sonucuna götürmektedir. Ancak 18. yüzyıl esnasında, sınırsız istihkak hakkının tanınmasından sonra, bu kural değişmiş ve bu günkü bilinen «*en fait des meubles la possession vaut titre*» şeklini almıştır (27).

Nihayet en önemli sebebi, BGB'ye konulacak olan düzenleme şeklinin, Ticaret Hukukundaki mevcut düzenleme şekline uygun olmasına büyük önem verilmesi teşkil etmiştir (28). Fakat burada, halin Medenî Hukuk sahasında, ne az çok benzer bir menfaat durumunun ne de hukukî görünüşün yönünün— zira bir tacirden kazanmada tasarruf yetkisine güven önplânda bulunmaktadır—, aynı olmadığı düşünülmemiştir. Bu yüzden, güven temelini Medenî Hukukta da tutulması, zorunlu olarak bir yanlış değerlendirmeye götürmüştür.

2. Zilyetlik ve hukukî görünüş etkisi

Zilyetlik ile hukukî görünüş arasındaki ilişki açıklanmadan önce, objektif güven olgusunun şartlarının tesbiti gerekmektedir. Eğer gerçekten var olmayan bir hukukî yetkinin, güvenin korunması sebebiyle varmış gibi kabul edilmesinin, iyi niyetle kazanmanın anlamı olması gerektiğinden hareket edilecek olursa, o zaman, güven, ancak, devredeni, objektif, yâni *reasonable man* yönden hak sahibi kabul ettirecek bir duruma dayanabiliyorsa, nazara alınır. Bunun, bazı olgulara bağlanıp, bazılarında ise red edilmesinin gelişi güzel olmayıp, aksine, meşruiyet veren olayların, devredeni, hayat kuralına göre hak sahibi göstermesine dayandığını söylemek suretiyle *Jakobi*'de belirtmiştir (29). *Estoppel* çözümünü kabul eden Anglo-Amerikan Hukukunun önemli kavramı, *clear and unambiguous*

27) Krş. *Planiol — Ripert — Boulanger*, *Traité élémentaire de droit civil français*, 5. bası, c. 1, s. 1136 vd, Nr. 3400.

28) *Motive*, c. III, s. 344. İkinci görüşmenin zabıtları da pek inandırıcı değildir (1889, c. III, s. 207): «Aksine bir düzenleme halinde, hangi hakka göre karar verilmesi gerektiğinin tesbiti zordur.» Daha o zamanlar yapılan tenkit için, bkz. *Johow*, *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, c. II, s. 748 vd.

29) *Jakobi*, *Das Wertpapier als Legitimationsmittel*, 1906, s. 47; benzer olarak, *H. Hübner*, *age*, s. 8 vd., 124 vd.; *H. Lange*, *Abstraktes oder kausales dingliches Geschäft*, DR, 1935, s. 486.

representation'dan başka bir şey ifade etmez (30). Zira, mülkiyetin kazanılması için gerekli olan **estoppel** etkisinin (31) meydana gelebilmesi için, kelime anlamı zaten dış etkiyi belirten, malikin sebep olduğu **representation**'in var olmayan mülkiyet hakkının varlığını farzettirmesi gerekir.

Ancak, bu şartlara zilyetlik, mülkiyete, sadece onun tipik dış ifade şekli olarak bağlı kaldığı müddetçe uyabilir. Bu tipik ifade şekli, münferit kişilerin görebilmesinin mümkün olduğu, eski zamanların dar ve sınırlı hayat sahalarında söz konusu olabilirdi, fakat bizim zamanımızın çok yönlü cemiyet ve iktisat düzeni, buna hemen hemen hiç uymaz. Zira zamanımızda zilyetlik, eskiden mülkiyete ait olan, sosyal ve iktisadî ödevleri yerine getirmek zorundadır. Bu günkü gelişmede zilyetlik, fiili hakimiyetin sahibine mülkiyet hakkı da ait olmaksızın ön plâna çıkmıştır.

Önce, modern medeniyetin ilerlemesi, zorunlu bir yan görünüş olarak, artan bir ayırma eğilimini birlikte getirdi. Herkes - bir kaç örnek belirtelim -, maliki olduğu şeyi tamir için yabancı ellere vermek veya uzun mesafelere yollamak zorundadır. Diğer yandan, gerek kazanma masrafları çok yüksek olduğu için gerek daimi olarak elde etmeye değmediği için, yüksek değerdeki şeylerin ariyet olarak alınması veya kiralanması pek de az görülen bir şey değildir. Gerekçeler (32), bu zorunluğu oldukça hayata yabancılık içinde nazara almamışken, Anglo-Amerikan Hukukunda gerçeklere çok daha uygun bir değerlendirme vardır, zira Vold'un dediği gibi (33), «**Not only is it eminently to intrust possession of goods for sale but the ordinary details of modern business operation could not otherwise be carried on**».

Başka bir neden de, teslim prensibinin aynı akit kuralı ile fiilen aşınmasıdır. Her ne kadar gerekçeler, birincisinde «zilyetlik ile mül-

30) **Representation**, fonksiyonu yönünden, «malikin sebep olması gerektiği» tipik olmayan bir güven olgusuna tekabül etmektedir. Krs., **Mc Nair j., Bute (Marques of) v. Barclay's Bank**, 1954, 3 All. E.R. 365-369; benzer **Henderson v. Williams**, 1895, 1. K.B. 521. Buna uygun olarak Fransız Hukukunda, «**un possession non equivoque**» aranır; Krs. **Montpellier**, 20.2.1952, D. 1952, Somm 51

31) **Devlin J., Eastern Distributors Ltd. v. Goldring**, 1957 de.

33) **Vold**, Law of Sales, 1931, s. 398 vd.; keza **Williston**, Law of Sales, 1948, § 313, dn. 8; **Gabarron v. Kreeft**, 1875, L.R. Exch, 274.

kiyetin ayrılmasından mümkün olduğu kadar kaçınma» anlamını görmüş iseler de (34), bu gaye, zilyetliğin hükmen teslimi ve iade talebinin temlik edilmesi yoluyla mülkiyetin kazanılması imkânlarıyla zedelenmiştir; öyle ki, haklı olarak Heck devir prensibini bir «tarihi kisve» olarak görmektedir. Teslim prensibinin bu çöküşünden dolayı, zilyetliğin mülkiyet hukukî görünüşünü aksettirdiği tezine karşı tereddütler doğunca (36), bu husus aynı zamanda takistile alım-satım işlemlerinin ve bunun sonucu olan mülkiyeti saklı tutmanın da yayılmasıyla temelinden sarsılmış olmaktadır; zira, mülkiyet devredende kalırken, bu gün geniş bir alıcı kitlesi, elde ettikleri malları sicile kaydettirmeksizin kendi hayat sahalarına sokmaktadırlar. Bunun sonucu olarak, fiili zilyetlik durumu ile soyut mülkiyet hakkı karşılıklı olarak yer değiştirmektedirler, öyle ki, zilyetlikten, zilyedin mülkiyet hakkı sonucunu çıkartma imkânını veren bu iki müessese arasındaki statik benzerlik artık yürümektedir.

Bu yüzden, vasıtalı zilyetliğin hukukî görünüş etkisi daha da şüphelidir. Devrin ikamesi ve zilyetliğin korunmasının genişlemesi için ne kadar vaz geçilmez olursa olsun —zaten daha zabıtlarda, şüpheli hukukî karakterli bir müessese olarak belirtilmiştir (37)—, dış etkisi olmayan bu «fikrî yaratık», mülkiyet görünüşünü aksettirmeye muktedir değildir. Bunun doğruluğunu, sadece, «iktisap edince görülebilen zilyetliği» güvenin temeli sayan Brodmann'ın önemli fikri (38) göstermeyip, aynı zamanda doğrudan doğruya BGB § 934 deki hükümden de anlaşılmaktadır.

34) Motive, c. III, s. 333; krş. Caemmerer, Rechtsvergleichung und Reform der Hahnisübereignung, Rabels Z, 12,1939/40,675 vd.; H. Lange, Rechtswirklichkeit und Abstraktion, AcP, 148, 323.

36) Bu hususa uygun olarak, Wieacker'de age, s. 33 de iyi niyetle kazanmayı hukuk tekniği yönünden şüpheli görmektedir. Dikkati çeken nokta, rızai sistemi takip eden hemen hemen bütün hukuk düzenleri, rızai devrin emniyetsizliğini ve görülemezliğini hesaba katarak —vasıtasız zilyetliği elde etmesi şartıyla—, iyi niyetli bir ikinci alıcının iktisabına izin vermektedir. Özel hükümler için krş., Cc, mad. 1141; Codice civile, mad. 1155; FA mad. 8; SGA, mad. 25/I; Sovyet Rusya Medenî Kanunu, mad. 60; İskandinav Hukuku için krş., Gottheimer, Rabels Z, 18,363,dn.7.

37) Protokolle, s. 209 vd., 213 vd.; Wendt, AcP, 74, 1889, 153 vd.; O. v. Gierke, s. 363, dn. 7.

38) Planck - Brodmann, Kommentar zum BGB, 4. und 5. Auflage, Vorbem. 4 vor § 932 BGB; keza, Wollspecher, Vertrauen auf aeussere Tatbestände im bürgerlichen Recht, 1906, s. 7 vd; Wolff - Raiser, age, § 69 II 2d ve Boehmer, age, s. 28 vd. tereddütlerini belirtmektedirler; aksi fikir, Heck, age, s. 251.

Zira, önce; hak sahibi olmayanın, vasıtalı zilyetliğe sahip olduğunu farzederek; o zaman kanunun kabul ettiği hukukî görünüş etkisine göre, iyi niyetli alıcı —aynî aktin varlığı şartıyla—, iade talebinin temlikıyla, söz konusu şey üzerinde mülkiyeti kazanır (BGB § 934, birinci hal) (39). Fakat, üçüncü kişi için, var olan ve var olmayan vasıtalı zilyetliği ayırd edebilme imkânı yoksa, o zaman var olan vasıtalı zilyetliğin hukukî görünüş etkisinin de farazî olması gerekir ve bunun sonucu olarak da, iyi niyetli kazanmanın korunması, bu kadariyle yanlış bir sonuç olmaktadır.

Bunu, bir vinçin iyi niyetle kazanılmasıyla ilgili BGH'nın (40) kararı göstermektedir : A, mülkiyeti muhafaza kaydıyla bir vinç satın alır ve sonra bunu hükmen teslim yoluyla (BGB § 933), teminatın B'ye temlik eder; B de bunu, A'ya karşı olan teslim talebini temlik suretiyle C'ye devreder. B'nin, BGB § 934 deki birinci şık için gerekli olan vasıtalı zilyetliği kazanıp kazanmadığı şüpheli olduğu için, (41) BGH, hiç olmaz ise, BGB § 934 deki ikinci şıkkın yerine geldiğini ileri sürmüştür. Fakat, vasıtalı zilyetliğin hukukî görünüş etkisi gerçeklere uymakta ise, o zaman bu, B'nin zilyetliği kazandığının kabul veya reddine göre, BGB § 934 deki birinci şık anlamında bir güven temelinin kabul veya reddine ve bunun sonucu olarak da garip bir relativ hukukî görünüş olgusunun varlığına götürürdü. Bunun dışında BGH tarafından kabul edilen çözüm, BGB § 933 deki çok zayıf olan korumanın daha da zayıflaması tehlikesini de birlikte getirmektedir. Zira, eğer BGB § 934 dolanılmak istenince, artık gerekli olduğu zaman malikin dikkatini çekebilecek olan, zilyetliğin fiilen devrine lüzum kalamayacaktır; vasıtasız zilyedin, üçüncü kişiye vasıtalı zilyetliği temin edip, sonradan bunu devretmesi yeterli olacaktır. Bu konstrüksiyon soyut olarak kabul edilebilir. Fakat bunun mümkün olduğu tereddütlere yol açmalıdır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir nokta da, işaretli olan eş-

39) Bu şekilde RGZ, 89, 349 ve özellikle münakaşalı olan, «depocu dâvaları» denilen haller: RGZ 135, 75 vd.; 138, 265 vd.; bunların eleştirilmesi, **Boehmer**, age, s. 37 ve **Müller Heimlicher Gutgläubenerwerb**, AcP, 137, 86 vd.; krş. BGH, JW 1955, 499.

40) BGH, NJW, 1959, 1536 vd..

41) Bunu kabul edenler: **Planck - Brodmann**, age, § 933, Anm. 2b; **Planck - Hache**, BGB, 19. Auflage, § 933, Anm. 1; aksi fikir: **Wolff**, Sachenrecht, 1927, § 69, dn. 17; **Wolff - Raiser**, age, § 69.

yanın iyi niyetle kazanılmasında ortaya çıkan zıtlıktır. Hak sahibi olmayan bir kimse, âdet olduğu gibi bir yeri damgalanmış, bir kütüphanenin kitabını veya dış nitelikleri gerçek malikin kim olduğunu gösteren bir şeyi devredecek olursa, mülkiyetin kazanılmayacağı pek tabii olarak kabul edilmektedir; zira burada, kural olarak, hakkın kime ait olduğunda yanılma ve buna bağlı olarak da hukukî görünüş şartı noksanıdır. Ancak bu durum, hak sahibi olmayan kimse- nin kitabı ariyet olarak vermesi (42) veya eşyayı tevdi edip teslim talebini temlik etmesi halinde, BGB § 934, birinci şık şaşılacak derecede değişmektedir; zira bu hallerde alıcı, vasıtalı zilyetliğin hukukî görüşüne itimat ederek birden bire mülkiyeti kazanabilmektedir. Ö kadar garip bir sonuç ki, delege lata daha ağır bir araştırma veya hatta inceleme mükellefiyeti ile de yumuşatılmaz (43); zira, bu halde de BGB, § 931 deki tedavül kolaylığı tehlikeye sokulmuş olur. Fakat, burada, vasıtalı zilyetliğin hukukî görünüş etkisini reddederek, iyi niyetle kazanma imkânını kabul etmemek daha tutarlı olurdu (44). Gerçekten, fiili teslim yapılmaması halinde, görülmesi gereken her hususu müktesibten beklemek ve vasıtalı zilyetliğin farazî hukukî görünüş etkisini aynı şekilde farazî olan kötü niyetle takas etmek suretiyle, İsviçre Hukuku bu yola girmiştir (45).

3. Anglo-Amerikan Hukukunun görüşü

Yürürlükteki Alman Hukukunda, zilyetliğin solmuş görünüş etkisi, kazananın iyi niyetine daha ağır şartlar bağlanarak bertaraf edilmek istenirken (46), Anglo-Amerikan Hukukunda buna gerek yoktur. Gerçekte, iyi niyet şartı burada da korunmaya layık olmayan hallerde, kazanmaya engel olmaya yaramaktadır; ancak, önce —zilyetliği iyi niyetle kazanma şartının esas haline getirilmekten kaçınıldığı için—, zilyetliğin gerçekten yeterli bir güven temeli olup

42) Bu örnek, **Wellsprecher**, age de bulunmaktadır; **Planck - Brodmann**, age, § 934, dn. 3; **Müller**, age, s. 90.

43) Aksi fikir, **Lange**, NJW, 1950, 565; **Schantz**, Misstrauansschutz, AcP 142, 67 vd.

44) Ticarî devir senetleri yönünden krş., **BGH**, NJW, 1958, 451.

45) **Homburger**, Kommentar zum ZGB 2. Auflage, c. IV, 3, Art. 933, Anm. 19 vd.; **Birche**, Gutgläubigerwerb) des Forderungspfandrechtes, 1946, s. 24.

46) Bir çok kararlar arasında bkz.; **RGZ** 141, 129, 132; 143, 14; 147, 330; **BGHZ** 10, 14, 17; **BGH**, LZ § 932 BGB Nr 6 ve 9; **BGH**, LM § 366 HGB Nr. 4; **BGH**, W/M IV, 1959, 117.

olamayacağı sorusuna dikkat çekilmiştir; bu arada da ticarî ve Medenî Hukuk alanlarındaki şartları mantıki olarak farklılaştırmışlardır.

İkinci halde, Anglo-Amerikan Hukuku iyi niyetle ivazlı kazanmayı *estoppel* fikrine dayanarak ancak şu halde korumaktadır: Eğer alıcı, kuşkusuz olarak mülkiyetin varlığı sonucuna varılmasına sebep olan, malike isnat edilen «*representation*'a» güvenmiş ve bu sebeple de «*representation*» un yanlışlığının kazanana ileri sürülmesi imkânsızlaşmakta ise... Zilyetlik bu şartları, genel olarak kabul edilen fikre göre yerine getirmemektedir (47); fiili zilyetlik durumu ile mülkiyet hakkının sık sık ayrı olması yüzünden zilyetlik, elinde bulunduranın mülkiyetinin var olduğu sonucuna varılmasına imkân vermemektedir — *mere possession constitutes only prima facie evidence of title and is not conclusive of the title.*

Buna karşılık, tedavül menfaati söz konusu ise, mülkiyetin hukukî görünüşü ve tasarruf yetkisi çıplak zilyetliğe bağlanır. Bu, evvelâ oldukça sırf İngiliz Hukukuna has olarak kalan *nemo dat quod non habet* prensibinin istisnaları genel *estoppel* fikrinden çıkmayıp, «*on mercantile convenience*» a dayanmaktadır (48). Tam bunun aksine, Amerikan Hukukunun çözüm şekline, tedavül emniyetinin korunması sahasında da *estoppel* kuralı geniş ölçüde hâkimdir (49).

Fakat son zamanlarda Uniform Commercial Code yeni bir yol açmaya başlamıştır, zira Uniform Com. Code 2-403 paragrafına göre, bir tacire zilyetliğin devri hukukî görünüş temeli olarak yeterlidir. Bunun dışında, Uniform Com. Code —İngiliz Hukukundan farklı olarak—, iyi niyetle iktisap imkânını zilyetliğin devri gayesine bağlamaktan kaçınmıştır (50).

47) *Cockburn, C. J. Johnson v. Credit Lyonnais Co.* da, 1887, 3. C. P. D. 32; *Eastern Distributors, Ltd. v. Goldring*, 1957, All. E. R. 525; *Chalmers*, age, s. 81; *Vold*, age., s. 398 vd. *Zendmann v. Harry Winston, Inc.* 1953 11 NE 2d. 871.

48) Buna ilk temas eden *Lord Ellenbrough, Pickering v. Bash*, 1815, 15, East 38 de olmuştur; krş., *Eastern Distributors Ltd. v. Goldring*, 1957 d. All. E.R.; aynı şekilde, *Denning, Pearson v. Rose and Young Ltd.*, 1950 de, All. E.R. 1027.

49) Federe Devletler'in çok azında Factor's Act mevcut olduğu ve pazardan satın alma kuralı yürümediği için, Amerikan Hukukunda *estoppel* fikri genel bir hukuk müessesesi olarak boşluk dolduruyordu.

50) Krş. *Zendmann v. Harry Winston Inc.*, age, s. 1362.

4. Tedavül emniyetinin etkisi

Zilyetliğin şüpheli hale gelen hukukî görünüş etkisi, kendini hukuka uygunluk sebebinin de değişmesinde göstermektedir. Şimdiye kadar ki delili, genellikle, zilyetliğin rıza ile devrinin doğurduğu sebep sebep olma fikrinde görülmekte iken, şimdi, emniyet ve kolaylık temin etme esas olarak kabul edilmektedir (51). Ancak bu, sınırlı bir uygulama alanı için doğru olmaktadır, zira emin bir iş ilişkisindeki menfaat, sadece, birey alım-satımların, kitle alım satımları karşısında arka plâna düştüğü hallerde, yâni gerçek anlamıyla bir tedavülün hâkim olduğu hallerde (52), hukuka uygunluk etkisi yaratabilir. Burada, iyi niyetle kazanmanın bertaraf edilmesi, genel bir itimatsızlık ve emniyetsizlik cereyanına götürür. Bu hususa sadece, pazardan veya komisyoncudan satın alınmanın (53) korunması gibi tarihî gelişim yönleri işaret etmeyip, bilhassa bu görüşler, 19. yüzyılda İngiliz ve son zamanlarda da Amerikan Kanun Koyucusunun, *caveat emptor* prensibini tedavülün korunması sahasında iyi niyetle kazanan lehine sınırlamasına sebep olmuştur.

Bununla ilgili olarak, Doğu Bloku sosyalist hukuklarının tutumu ilginçtir (54). Burada, devletin sosyalist mülkiyetinin korunması ve iyi niyetle kazanma kooperatif ve şahsî mülkiyette de lege ferenda

51) Bu şekilde Heck, age, s. 246 vd.; Wolff - Raiser, § 68 II 1; keza, krş., v. Schwind, Deutsches Privatrecht, 1919, c. I, s. 212; Baur, Sachenrecht, § 52 1, 2, hukuka uygunluk sebebinin tedavül emniyeti ile güven fikrinin birleşmesinde görmektedir. Fransız Hukukunda tedavül emniyeti fikri üzerinde çok durulmaktadır: krş., Planiol — Ripert — Picard, Traité pratique, 1952, c. 3, Nr. 385; özellikle İtalyan Hukukunda krş., Martino - Branco, age, § 1153 Nr. 2, dn. 4. Keza, yine Hollanda Medenî Hukuk projesi de ,daha gelişmiş bir tedavül emniyeti fikrine eğilmektedir, krş. von der Beugt, I, C. L. Q. 9, 1960, 677.

52) Tedavül emniyeti üzerinde, OLG Düsseldorf'a katılarak, BGH da durmaktadır: LM § 365 HGB Nr. 1.

53) Özellikle, komisyoncudan satın alma, hareket noktasını meydana getirmektedir. krş. Lutz, Protokolle zu allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1858, s. 688 vd.; Anners, age, s. 142 vd.; O. v. Gierke; age, c. 2, s. 595; Çok eski olan, sınırda satın alınmanın korunması da benzer bir fikre dayanmaktadır; krş., Goldschmidt, ZHR, 8, s. 262.

54) Tek bir mülkiyet kavramı yerine, sadece, değişik, mevsuf mülkiyet şekillerinin derecelendirilmesini tanıyan Doğu Bloku memleketlerinde (krş., Drob-nig, Rabels Z 18, 1953, 692 vd.; Kornisch, Rabels Z, 23, 1958, 201 vd.), iyi niyetle kazanma, söz konusu mülkiyet şekline bağlıdır —Devletin sosyalist mülkiyeti

reddedilmesine rağmen (55), eşyanın bir dağıtıcıdan kazanılması halinde —mülkiyetin şekline bakılmaksızın—, güven korunur (56). Bunun ifade ettiği şudur ki, —Medenî Hukukdaki hakların tedavülünden farklı olarak— ticarî faaliyetler sahasında iyi niyetle kazanma, malik ile kazanan arasında adil bir denge meselesi teşkil etmeyip, aksine, **Zweigert**'in doğru olarak belirttiği gibi, meşrû bir düzen menfaatinin korunmasıdır (57).

Bu sebeple, eğer alıcının korunması, şüpheli hale gelen şartlar göz önünde tutularak, genel olarak tedavül emniyeti fikriyle hukuka uygunlaştırılmak istenirse, o zaman bu Medenî Hukuk yönünden bir görünüşte gerekçeden başka bir şey olmaz.

V. Objektif güven olgusu ve hakkın kaybedilmesini isnadı

Artık bu gün, iyi niyetle menkul kazanılmasının BGB'deki düzenlenmesinin, **Wieacker**'in sözüyle (58) «tamamen zayıflamış» kabul edilmesi, zilyetliğin hiç ayırım yapılmadan hukukî görünüş temeli olarak kullanılmasına dayanmaktadır. Bu sebeple, güvenin korunmasının hukukî görünüş olgusunun farklı değerlendirilmesi suretiyle, fiili gerekçelere uydurulması zorunludur. Bu arada, Ticaret ve Medenî Hukuk alanları, farklı amaçlarına uygun olarak ayrı ayrı gözönüne alınmalıdır (59).

kazanılamaz— Fransız Hukukundaki *meubles hors de commerce* e benzer şekilde—, «non res» olarak tedavül dışında kalmaktadır. Ancak, eğer üretim için önemli olmadığı sonucuna varılacak olursa, bu niteliğini kaybeder ve bundan sonra tedavüle dahil olur. Aynı sonuca, Çekoslovak Medenî Kanununun 154/II. paragrafında elâstik bir kavram olan kamu çıkarı kavramı ile de varılmaktadır. Buna karşılık kooperatif veya şahsî mülkiyet iyi niyetle kazanılabilir.

55) Krs. **Nathan**, NJW 1957, 754.

56) **Nathan**, age, haklı olarak, her hangi bir aksine çözümün eşya tedavülünün deorganizasyonu sonucunu doğuracağını belirtmektedir: krs., **Drobnig**, age.

57) **Zweigert**, age, s. 15; **Heck**, age, § 49, 4b.; **Wieacker**, age, s. 36 vd.

58) **Wieacker**, age, s. 42.

59) **Zweigert**, age; **Heck**, age; aynı kanaatte, **Westermann** ve **Wieacker**; krs., **Habscheid**'in raporu, AcP 157, 1958/59, 100 vd. Keza, **Brandt**, age, s. 269; **Wolff - Raiser**, age, § 68 II la. E

A. Tedavülün korunması alanı

1. Güven olgusu

Ticarî hayat alanında, bir tâcirin işletmesine tahsis edilmiş emtea üzerindeki zilyetliği kural olarak güven olgusuna temel olur; zira bu, tasarruf yetkisinin varlığının kabulüne yeterlidir. Çünkü burada, emtea ihtiyacını dağıtıcıdan temin etmek zorunda olan alıcı, tedavül emniyeti nedeniyle ve hemen hemen bütün hukuk düzenlerine uygun olarak, tâcirin söz konusu olan malları satabileceğine itimat etmelidir. Bu halde zilyetliğe, tasarruf yetkisi hukukî görünüşü, tedavül ve güvenin korunması amacıyla verilmelidir (60).

Bu gaye, hukukî görünüş etkisinin, maksada uygun olarak sınırlanmasını zorunlu kılmaktadır. Zira, örneğin bir saat tâciri, bir fotoğraf makinesini satacak veya mülkiyetin saklı tutulması şartıyla kazandığı emteasının bir kısmını, kendisine kredi açana teminaten temlik edecek olursa, o zaman zilyetlik ne tasarruf yetkisinin varlığının kabulünü gerektirir ne de korunmaya layık bir ticarî işlem vardır. Bu hallerde —bir çok hukuk düzenleri bunları *marchand vendant des choses pareilles* [İngiliz Hukukunda *merchant who deals in goods of that kind*] ve *sale in ordinary course of business* kavramları ile düzenler (61)—, kazanan bu sebeple, ancak mülkiyet hukukî görünüşünün ağır şartları yerine gelmiş ise, korunmaya layık olmaktadır (62).

2. İsnad problemi

Hak sahibi olmayan bir tâcirden mülkiyetin kazanılmasını hukuka uygun gösterme çaresi aranırsa, o zaman bunu, ilk başta sebep olma problemine bağlamak ve emteasını «tehlikeli» tedavül sahasına çıkardığı için malikin hakkını kaybettiğine istinat ettirmek gerekir

60) Bunun tipik örneği kıymetli evraktır; krş., Hueck, *Recht der Rechtspiere*, 8. bası, 1960, s. 6.

61) Krş., Ccfr., Art, 2280; Poitiers, 25.1.1938, D.H., 1938, 190; ZGB, Art. 934/II; Zeiler'in, age deki pek doğru olan fikriyle birlikte 8BGB, § 367 ve OHG, 25, 1952, 207. Uniform Commercial Code, § 2- 403; HGB, § 56.

62) Krş., BGH, LM, § 365 HGB Nr. 1 ve BGH, LM § 366 HGB, LM s. 366, Nr. 2

(63). Ancak bu imkân, emteanın, bir araya giren kişi eliyle tâcire geçmeleri halinde ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple, ne her olayın birey değerlendirilmesi ne de eşyanın nisbî emtea karakteri ölçü olabilir, aksine hukuka uygunluk, emteanın tedavül alanına fiilen girmesi şartına bağlı olan tedavül emniyetindedir. Bunu —Uniform Commercial Code, s 2-402 (3, 2) deki modern düzenlenme dışında—, Anglo-Amerikan Hukuku, söz konusu fiilî dahil olmaya rağmen, sonuç olarak iyi niyetle kazanmanın hüküm doğurmasını, iç, mübadele hayatı tarafından bilinmeyen bir anlaşmaya bağladığı için, çok az gözönünde tutmuştur. Zira, yazarı Denning'in, *Pearson v. Rose and Young Ltd* (64) kararında verdiği bir örneğe göre, malik, aynı zamanda möble yapıcısı olan bir müble tacirine, tamir veya saklanmak üzere möble verirse, o zaman iyi niyetle kazanma mümkün değildir; hak sahibi olmayan, bunları yapıcı olarak almış, yoksa «işî icabı» möble taciri olarak değil.

Ticarî alandaki tedavül emniyetinin genel olarak korunmasının, sadece malikin zilyetliğin kaybetmesinde —örneğin, kusursuz olarak çalınmasındaki gibi—, sorumlu olmaması halinde sınırlamaya ihtiyaç vardır (65). İngiliz Hukukunda da, *consent* (rıza) kavramı ile FA, mad. 2 ve 9 da öngörülen (66) ve ticarî ilişkileri hemen hemen hiç sekteye uğratmayan bu ayırımın haklılığı, malikin, hakkını bu suretle takip etmesini kolaylaştırmaktadır (67).

B. Medenî Hukuk alanındaki hukukî görünüş olgusu

Zilyetlik, görünüş etkisini oldukça kaybettiğine ve Medenî Hukuk alanında sadece güven korunmaya layık olduğuna göre, kendisine kanunun verdiği mülkiyet hakkının isnadı görevini etkili olarak yerine getiremez.

63) Örneğin, H. Hübner, age, s. 142.

64) *Pearson v. Rose and Young Ltd.*, 1950, 2 All. E.R. 1027 vd.; krs., genel olarak, *Chalmers*, age, s. 202 vd. ve yukarıda dn. 16.

65) İhmalle sebep olunan kaybolma veya hırsızlık için, krs., *Piotet, L'acquisition d'une chose mobilière alienée sans droit*, Schweiz. JZ, 55, 1959, 285 vd..

66) *Pearson v. Rose and Young Ltd.*, age; karar, zilyetliğin devrinde, zilyedinin rızasının olup olmamasından hareket eder. Aynı şekilde, *Dujardin v. Brodman Brothers*, 1952, 2 All E.R., 160.

67) *Brandt*, age, s. 267.

Gerçek bir tedavül ihtiyacının var olmaması sebebiyle, hukukî görünüşü tedavül emniyeti için zilyetliğe bağlamanın da sona ermesi gerekir. Bunun sonucunda, objektif bir hukukî görünüş temeli meselesi zorunlu olarak ortaya çıkmaktadır. Şimdi burada şu itiraz ortaya çıkabilir : Söz konusu olan, esasında gerçek pratik meseleler ortaya çıkarmayan, sırf hukuk tekniği konstrüksiyonu meselesidir ve fakat buna rağmen, uygulamaya, iyi niyet şartını, zayıflamış olan hukukî görünüş etkisini ikame etmek imkânını verir (68). Gerçekten iyi niyetin elastikî hususiyetleri, aranan şartların sertliğine göre iyi niyetle kazanmanın vüsatını etkileyebilir. Ancak, ihtilâfı esastan çözmek ne uygun ne de doğrudur; zira önem ve amacına göre iyi niyet şartı, eğer objektif yanıltıcı görünüş olgusuna rağmen, şahsî bilgileri ile gerçek durumu bilmekte ise veya bilmemesi o hadisede göstermek zorunda olduğu araştırma mükellefiyetini ihlâline dayanıyor ise, kazanan korunmadan mahrum kalır. Buna karşılık, objektif yanıltıcı bir hukukî görünüşün söz konusu olmadığı hallerde, iyi niyetin varlığının incelenmesine lüzum yoktur. Bu yüzden, örneğin «ambiqious», yani müphem olmama halinde, Anglo-Amerikan Hukukunda, *representation*'un tereddütsüz güven temeli olması söz konusu değildir (69). Bunda ifadesini bulan, iyi niyetin yardımcı olma karakterinin dışında, şartların tipleştirilmiş kademelendirilmesi, zorunlu olarak, sonuçların farklılaşmasına götürmelidir; ne var ki, BGB, § 276 dan çıkan objektif araştırmanın ölçüsü, içinde bulunduğu grubun hususiyetleri göz önüne alınarak, kazananın dahil olduğu tedavül topluluğunun özelliklerine göre tesbit edilir (70). Yaş sınıflarını ve meslek gruplarının tipleştirilmiş kademeleri, değişik ihtimam mükellefiyetleri doğurur (71). Mahtud ehliyetsiz kimsenin yaptığı kazanmalar ile tecrübeli bir tâcirin yaptığı kazanmaları düşünelim...

Nihayet, vasıtalı zilyetlikten hukukî görünüş olgusu olarak faydalandığı nisbette, iyi niyet kavramına bağlanan sübjektif çözüm zayıflar. Her ne kadar bu meselede İsviçre çözüm tarzı da sübjektif

68) Örneğin, *Ballerstedt*, çözüm imkânını, iyi niyetin BGB ve HGB alanında farklı değerlendirilmesinde bulmaktadır, *Habscheid*'in raporu, age, s. 115.

69) Krş. *Bule v. Barclay's Bank, Ltd*, 1954, 3 All. E.R., 365.

70) Krş., *Esser*, *Schuldrecht*, 2. bası, 1960, s. 192; benzer, *H. Hübner*, age, s. 90, dn. 3. Ağır ve hafif ihmal ayırımı daha az muvaffakiyetlidir; krş., *Duden*, *JZ*, 1954, 41 ve *Piotet*, age, s. 290.

71) Krş., *BGH*, *Vers R*, 1960, 421.

çözüm temeline dayanmakta ise de, bu bir çelişme meydana getirmez. Aksine, burada savunulan fikri pekiştirir, zira, farazî bir kötü niyetin kabulü, esasında hukukî görünüşün reddi demektir. Amerikan Hukukunda ise, daha iyi dayanaklar ileri sürülmektedir : Somut dayanak noktalarının yokluğu sebebiyle, öğrenme imkânının olmadığı hallerde «iyi niyetten» artık kolayca bahsedilemez (72). Buna göre, şimdiye kadar iyi niyetten çıkarılan sübjektif çözümden vaz geçmek zorunlu olduğundan, artık yapılması gereken şey, sadece sisteme uyan değil, aynı zamanda olaylara da daha uygun olan, malik — kazanan ihtilâfını, hukukî görünüş temelinin objektif değerlendirilmesi imkânı ile çözmektir.

1. Güven olgusu olarak vasıtasız zilyetlik

Vasıtasız zilyetlik yönünden, kural olarak, objektif değerlendirme, onun aleniyet etkisini kaybetmesini birlikte getirir. Bu suretle, kanun tarafından iddia edilen zilyetliğin genel hukukî görünüş etkisi sona ermekte ve her müşahhas olayda, bu şey üzerindeki zilyetliğin, elinde bulunduranın mülkiyetinin varlığı sonucunu çıkarmaya yeterli olup olmadığının ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, zilyetlik, yalnız başına bunu yerine getiremez ve bu sebeple onun zayıflamış olan hukukî görünüş etkisinin niteliği zilyetlik haliyle ikame edilmesi zorunludur. Bu yüzden, daha kuvvetli tipik görünüş emareleriyle teksif edilmiş zilyetliği güven temeli olarak kabul eden H. Hübner'e (73) katılmak gerekir. Münferit hallerde, bu mesele için Anglo-Amerikan Hukuku değerli yeni fikirler verebilmektedir. Bu hukuka göre, *estoppel* çözümü sınırları içinde, isabetli olarak, eğer diğer bazı özel işaretlerle birlikte değilse, sırf zilyetlik, esasında, elinde bulunduranın mülkiyet hakkına belirli bir karina teşkil edebilir; ne var ki —ve önemli olan da budur—, mülkiyetin kati bir varlığını göstermeye yeterli olan ve bu yüzden açık olarak *indicia of title* veya *indicia of ownership* diye adlandırılan, zilyetliğe eklenen hallerin varlığını Anglo-Amerikan Hukuku, malik kiralayanın, kiracıya, kiralanan şeyin üzerine, kendi (kiracının) adını yazmasına izin vermesi veya bir üçüncü kişinin —örneğin depocunun— malikin

72) Krş., Corpus Juris Civilis, 1914 — 1955, c. 55, s. 602 ve Corpus Juris Secundum, 11936, devamlı fasiküller halinde çıkmaktadır, c. 77, s. 1058 ve 1091 ile oradaki atıflar.

73) H. Hübner, age, s. 89 vd. ve 96.

mallarını onun izniyle hak sahibi olmayan kimse adına saklaması hallerinde kabul etmiştir (74). Şu halde, mülkiyet emareleri tipleştirilmiş olmayıp, bir yoruma bağlıdır. Ancak, bazı hallerde uygulamada, tipik bünyeli *indicia*'lara rastlanmaktadır. Buna örnek olarak, önemli bir mülkiyet emaresi olan «*motor vehicle certificate of title*» gösterilebilir ki, bunun Alman Hukukundaki, motorlu araç belgesine paralel bir anlamı vardır. Amerikan mahkemeleri uygulamada, devamlı olarak : *Motor vehicle certificate of title or similar documents as, in hands of one other than legal owner, constitutes indicia of ownership justifying reliance by subsequent purchasers* (76) diye karar verirken, Alman Hukukunda buna benzer olarak uygulama, motorlu araç belgesi olmadan bir motorlu aracın iyi niyetle kazanılması iddiasını iyi niyetin yokluğu sebebiyle red etmektedir, yâni iyi niyetle kazanma imkânı aynı zamanda motorlu araç belgesine de zilyet olmaya bağlanmaktadır (77). Bu yüzden, sonuçta hemen hemen tam bir uygunluk gösteren her iki hukuk düzeninin farklı çıkış noktaları —ikincisinde tek başına zilyetliğin bir hukukî görünüş etkisinin kabulü, birincisinde ise, prensip olarak kabul etmeme—, dogmatik temellerin tesbitine imkân vermektedir. Sonuçta, Alman Uygulaması bu suretle tek başına zilyetliğin, zaten olmayan hukukî görünüş etkisini, motorlu araçlarda ayrıca diğer hususlarla da tamamlamakta ve bu suretle, objektif güven olgusundan hareket eden Anglo-Amerikan çözümünün sisteme daha uygun olduğunu pekiştirmektedir.

Bu, sonuçta, isnad meselesi lehine bir durum yaratmaktadır. Alman ve Fransız Hukukları sahalarında hâkim olan görüşün aksine (78), günlük hayattaki zilyetliğin zorunlu elden çıkarılmasında malike isnad edilebilecek bir tutum kabul etmek haksız ve farazî

74) Örneğin, reklâm gayesi ile: , aynı şekildeki Amerikan kararı, *O'Connor v. Clark*, 1895, 32, All., 1029, 29 L.R. A, 607.

76) Krş., 18 A.L.R., 2d. 813 vd. deki kararlar. Ancak bu, İngiliz Hukuku için söz konusu değildir. Krş. *Pearson v. Rose and Young, Ltd*, 1950 2 All. E.R. 1027 vd.

77) BGHZ, 10, 122; BGH, LM § 932 Nr. 12; BGH, Viers R, 1959, 93; LG, NJW 1957, 1237 ve 1960, 44.

78) Krş., *Motive*, s. 344 veya Fransız Hukukunda sık sık görülen *rendu coupable de negligence, d'un mauvais choix dans le personne de son mandataire*.

gözükmektedir (79). Ancak, eğer, sadece zilyetlikten daha fazlası devredilecek, diğer bir deyişle, mülkiyet emareleri temin edilecek olursa, o zaman bu malike isnat edilebilir. Anglo-Amerikan Hukuku da, yargıç Ashurt'ın *Lickbarrow v. Mason* (80) dâvasındaki, lafzî anlamına göre sebep olma prensibini takip eden ve bu yüzden fazla ileri giden kararını yukarıdaki anlamda sınırlamıştır (81) ve şimdi sadece şunu aramaktadır : **The owner must go farther and do, or emmit to do as to mislead a person** (82) Hukukî görünüş ve isnat burada bir birlikte tutum fonksiyonu olmakta ve sıkı surette bir biri içine girmektedirler.

Bu suretle elde edilen, tipleşmiş emarelerin mülkiyeti garanti altına alan etkisi, *de lege lata* daha geniş bir uygulama alanını mümkün kılmaktadır. Özellikle göz önünde tutulması gereken hal, çoğunlukla mülkiyeti saklı tutma ile satılan özel ve iktisadî alanın yatırım mallarıdır. Burada, mülkiyeti saklı tutan satıcı ile devralanın çıkarları çarpışmakta ve bu yüzden iyi niyetle kazanma problemi çok önemli olmaktadır. Üzerinde fabrika ve tip numarası bulunan yatırım mallarının hemen hepsine, yapıcı tarafından —çoğunlukla garanti amacı ile—, bir de aynı verilerin yazılı olduğu tip kartı tahsis edilir. Eğer alıcı, satın aldığı malın mülkiyetini derhal kazanacaksa, ona bu kartı vermeye engel yoktur. Fakat, satıcı, mülkiyeti saklı tutacak olursa, o zaman yukarıda sözü edilen hukukî görünüş etkisine konulacak engel, satıcının sadece malın zilyetliğini devretmesi, fakat buna karşılık, eşyaya ait olan tip kartı veya «mülkiyet» kartını ödemenin yapılmasına kadar inatçı olarak kendinde tutması ile elde edilir.

Bu şekilde, kıymetli eşya üzerinde saklı tutulmuş olan mülkiyeti, sık sık teklif edilen bir sicile ihtiyaç olmaksızın, yeterli olarak garanti altına alma imkânı doğar. *Schantz* (83) tarafından ileri sürülen

79) Krş., yukarıda dn. 32 ve 33.

80) *Lickbarrow v. Mason*, 1787, 2.T.R. 63: «Whenever one of two innocent persons must suffer by the act of a third, he who has enabled such third person to occasion the loss, must sustain it.

81) Krş., özellikle, *Farquharson Brothers v. King*, 1902 A.C. 325 de *L. J.* *Lindley* ve *Halsbury*; *Jerome v. Bentley*, 1952 2 All. E.R. da *Donavan*; *Central Newsbury Cor Auction v. Unity Finance Ltd*, 1956 3. All E.R. 905 de *Denning*.

82) Krş., *Williston*, age, s. 249, dn. 15.

83) *Schantz*, age, s. 83.

hukuk gerçeğini belirtmesi için, mülkiyetin saklı tutulduğunun uygun işaretlerle açıklanması da sınırlı bir korunmayı temin eder; zira bunların aleniyet etkisi alıcı tarafından kolaylıkla ortadan kaldırılabılır ve bunun dışında BGB, § 934 deki birinci halin kolaylıkla dolanılmasına imkân verir; kaldı ki, —eğer kanun sert uygulanacak olursa—, § 1934 iyi niyetle kazananlara karşı ileri sürülemez (84).

Vasıtalı zilyetlik — Fiilî hâkimiyet olmaksızın hukukî görünüş mü?

BGB, § 934 ün hükmü, **Boehmer**'in tenkit ettiği, BGB § 933 ve 934 deki (85) korunma fikrinin birbirine uymaması dışındaki iki yönden yeni bir yönelmeye sebep olmaktadır. Zira bir yönden vasıtalı zilyetliğin hukukî görünüş etkisinin farazî olduğu isbat edilmiştir; diğer yönden ise, boş bir hukukî görünüş mekanizması haline dönmüş olan zilyetlik ve hukukî görünüş etkisi dogmatik bağının, diğer hayat ilişkilerinde bir görünüş dayanağı olacağını istisnasız red edip, sadece zilyet ve malik özdeşliğine güveni korumak ne iyi niyetle kazanma mantığına ne de filî gerçeklere uyar (86). Bu arada, hukukî görünüş etkisinin devredenin vasıtalı zilyetliğine bağlanması, zaten kanun bunu daha evvelden yaptığı için, daha da haklı gözükmektedir. Bu, BGB § 934 deki her iki şıkkın incelenmesinden kolaylıkla anlaşılmaktadır.

Zira, § 934 ün birinci şıkkı hukukî görünüşü hiç olmazsa var olan bir vasıtalı zilyetliğe bağlarken, § 934 ün ikinci şıkkına göre, sadece bir görünüşte teslimi talep hakkının devredilmesi yeterlidir. Tabii, rada iyi niyetli alıcı sonradan zilyetliğin elde edilmesi ile mülkiyeti kazanır. Ancak, bu zilyetliğin bir kanunî kuvveti olmayıp — devralan, daha teslimi talep hakkının devri ile zilyetliği ve bununla mülkiyeti kazandığını kabul edilmektedir (87)—, ilk safta zilyetliğin

84) Krş., yukarıda, dn. 42.

85) **Boehmer**, age.

86) Örneğin, bu şekilde, **Plandt - Hoche**, BGB, 20. bası, 1961 § 932 Anm. 1. Bunun, ancak vasıtasız zilyetliğin söz konusu olduğu hallerde bir anlam taşıdığını Braunschweig Asliye Mahkemesinin bir kararı göstermektedir. Bu kararda mahkeme, yorum yoluyla varolduğu meydana çıkarılan vasıtalı zilyetliği hukukî görünüş temeli olarak kabul etmiş, ancak, iyi niyetle kazanmayı, kötü niyet nedeniyle red etmiştir. MDR, 1955, 675.

87) Krş., yukarıda, dn. 39.

devrinin Eşya Hukuku yönünden şartlarını yerine getirir. Bu suretle devredenin vasıtalı zilyetliği, devralanın, devir ile elde ettiği şey üzerinde zilyetliğine bağlayan dar çerçeveyi yırtan ve — BGH'nın eski kararlarında olduğu gibi (89) — devredilen eşya ile olan fiili ilişkileri güven temeli olarak kabul eden kararlar göstermemektedir. Söz konusu kararda, BGH, hukukî görünüşün zilyetliğe sıkı surette bağlanmasından uzaklaşmakta ve hukukî görünüş olgusunu, sadece, devre razı olan üçüncü kişinin zilyet olması halinde değil, üçüncü kişinin, «eşya ile arasında, kazananın güvenini haklı gösteren fiilî ilişkilerinin» bulunmasını da yeterli güven temeli olarak kabul etmektedir (90).

Keza, Wolff, Heck, Müller-Erzbach tarafından ileri sürülen (91) ve BGH tarafından da (92) kabul edilen, zilyetliği temin etme kudretinin var o'lduğuyula ilgili iyi niyetin korunması ile de, zilyedin dayanak noktası ortadan kalkacaktır. Ekseri çok yayılmış olan ticaret ve iş organizasyonu sonucu, bu gün kazananın malı devredende görebilmesi mümkün olmamaktadır. Çoğunlukla, eşyayı — aşağıda görülen olayda olduğu gibi —, devredenin aracısından alır. Münich İstinaf Mahkemesi (93) bundan şu sonucu çıkarmıştır : «Kazananın güveninin çoğunlukla, onun idrak edemediği, devredenin eşya üzerindeki fiili hakimiyetine veya devredenin kendini, talmatına uyan bir üçüncü kişi vasıtasıyla, vasıtalı zilyetliği temin edecek durumda göstermesine dayanması bir fark yaratmaz. Böyle bir olgu iyi niyetin korunması meselesi yönünden, BGB § 934 deki iki alternatifin kıyasen uygulanması sonucu fiili hakimiyete eşit sayılmalıdır (94)». Tabii, zilyetliği temin etme kudretine güven, her zaman korunmaya layık

88) Krş. yukarıda dn. 38 vd.; keza BGH, NJW, 1959, 1539.

89) BGHZ 10, 91 vd..

90) Krş. Hoche, NJW, 1953, 1506; Palandt - Hoche, age, § 932 Anm. 4 ve şimdi de BGH, NJW 1962, 300- JZ 1962, 165.

91) M. Wolff, age, § 69 II 2a; Heck, age s 249; Müller - Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein des kausalen Rechtsdenkens, 1948, 330 vd. Buna karşılık, Lübtow, age, s. 218; H. Hübner, age, s. 66; Palandt - Hoche, age, § 932, Anm. 1.

92) BGH, NJW, 1950, 1535 vd., açıkca BGH, NJW, 1962, 300 = JZ 1962, 165.

93) JZ 1957, 444.

94) BGH, NJW, 1959, 1535; RGZ, 103, 151; RGR — Kommentar zum BGB, 10. bası, 1953, § 929 Anm. 4a, 6 ve § 934 Anm 3; BGH, NJW, 1962, 300 = JZ, 1962, 165.

olmayacaktır, aksine, objektif görünüş olgusu için gerekli olan, yukarıda açıklanan sıkı şartların da varlığı aranır.

Bu yüzden, doğru olmayan ve hukukî görünüş etkisinin hiç bir ayırım yapılmaksızın gerek vasıtalı gerek vasıtasız zilyetliğe bağlanmasından, tipleşmemiş, fakat objektif güven olgusu lehine vaz geçilmesine karar verilecek olursa, o zaman buna Common Law'da da dayanak ve delil bulmak mümkün olacaktır. Esasında İngiliz Hukukunda da, devredenin zilyetliği diğer başka durumlarla birlikte (indicia of ownership) önemli bir hukukî görünüş temeli olmaktadır; ne var ki, bir güven olgusu yaratma imkânı sadece zilyetliğe özgü olmaktadır. Aksine, geniş olan **estoppel** kavramı, her görünüş olgusunun objektif gerekli görünüş olgusunun incelenmesi imkânını vermektedir. İngiliz Hukukundaki, **Eastern Distributors, Ltd. v. Goldring** (95) kararına göre : «There are other ways besides the possession of the goods in which a man can be clothed with apparent ownership. The Common Law principle is, as it has always been, wide enough to govern this.»

Nihayet kanunkoyucunun, hukukî görünüşün temeli olarak zilyetliği tek taraflı kulanırken, mütearife kabul edilen, **Hand wahre Hand** prensibini düşünmeksizin devralarak, sonucu tam olarak değerlendirmedeği gözönünde tutulacak olursa (96), o zaman görülemeyen vasıtalı zilyetliğin yerine, güven temeli olarak dış etkili genel bir olguyu uygulamak daha kolay olur. Eşya Hukukundaki zilyetliğin devri şartı, Eşya Hukukunun aradığı açıklık ilkesinden sapma tehlikesini ortadan kaldırmakta ve aynı zamanda söz konusu olabilecek kazanabilecek kimselerin çevresini sistematik olarak sınırlamayı temin etmektedir. Tabii ki, bu güven olgusu çok daha az tipleşmiştir (97). Vasıtalı zilyetliğin olduğu gibi vasıtasız zilyetliğin de ekseri farazî olan güven temelinde nihai sonucu ancak iyi niyetin incelenmesinin temin ettiği düşünülecek olursa (98), o zaman hukukî görünüş temelinin objektifleştirilmesi ile artık mahkemelerin bunu yapmasına gerek kalmaz.

95) **Eastern Distributors, Ltd. v. Goldring**, 1957 2 All. E.R. 525 vd.

96) Krş., yukarıda dn. 9.

97) Krş., Gerngruber, *Besprechung der Schrift H. Hübners*, JZ, 1956, 544.

98) Bu şekilde örneğin BGH, NJW, 1959, 1535.