

## MUKAYESELİ HUKUKTA TAŞINIRIN MALİK OLMAYANDAN İKTİSABI

Doç. Dr. Akın DÜREN

Küçük bir Hollanda şehrinde yaşayan (A) ailesi, on yıldanberi besledikleri ve çok sevdikleri köpeklerini, tatil için yabancı bir ülkeye hareket etmeden önce, (B) ye ait bir hayvan pansiyonuna bırakmıştır. Tatil dönüşü köpeği almak için hayvan pansiyonuna (A) ailesinin bir ferdi geldiğinde, pansiyon sahibi (B), köpeğin öldüğünü söylüyor. Kendileri için acı bir sürpriz olan bu olaydan birkaç gün sonra (A) ailesi, köpeklerini Amsterdam'da (C) isimdeki bir aile ile beraber gezerken görüyor. (C) ailesinin reisi köpeği birkaç hafta önce, köpeğin kaldığı pansiyonun sahibinden iyi inançla satın almıştır. Köpek kime aittir? (A) ailesine mi? yoksa (C) ailesine mi? Hollanda Hukukunda ve diğer modern hukuk sistemlerinin çoğunda iyi inançlı müktesip (C) malik olur. Hukuk öğrenimine yeni başlamış öğrencilerden oluşan bir sınıfta anket yapan bir Profesör henüz hukuki bilgileri yeterli olmayan bu öğrencilerin çoğunun hukuki hissini, böyle bir olayda, köpeğin belki (C) tarafından ödenecek bir tazminat karşılığında (A) ailesine iadesi olduğunu saptayacaktır. Taşınırı, malik olmayandan iktisap etmiş üçüncü şahıstan, malikin talep edebilip edemeyeceği sorunu her devirde söz konusu olmuştur. Bu sorunla ilgili kurallar M.Ö. 2000 yılının ilk asırlarındaki Hamurabi Kanunu'nda ve Hun Kanunlarında bulunduğu gibi, bütün modern kanunlar ve kanun tasarıları bu soruna hasredilmiş kuralları ihtiva ederler Aşağıdaki incelemelerimizde, mülkiyet sorununun çözülmesi gereken iki olaydan hareket edeceğiz. İlk olay: malik (A) maddi bir taşınırı (B) ye (vedia alana, kiracıya, ariyet alana) fer'i zilyed olarak veriyor. Bu, emniyeti kötüye kullanıyor, taşınırı iyi inançlı (C) ye satıyor ve teslim ediyor. (A) ve (C) arasındaki hukuki ihtilâfta mülkiyet acaba (A) ya mı? yoksa (C) ye mi? tanımlıdır sorunu, hukukçular için çözümlenmesi zor bir sorundur. Çünkü her iki şahıs da hukuki himayeye lâyıktır. Ancak her ikisinin aynı anda bu hukuki himayeden yararlanabilmeleri tabiatıyla mümkün değildir. Hu-

kuk Tarihi ve Mukayeseli Hukuk, birçok çözümlerin düşünüldüğünü ve getirildiğini bize göstermektedir. Çözüm yollarından aşağıdakileri zikrediyoruz:

- (A) her zaman malik kalır.
- (C) doğrudan doğruya malik olur (her zaman veya bazı şartlar altında; örneğin iyi inanç, muteber bir hukukî sebep, ivazlı iktisap).
- (C) ancak — çoğu kez zikredilen şartlar altında— (A) taşınır arzusuyla (B) ye vermişse, doğrudan doğruya malik olur. (A) taşınır arzusu hilâfına elinden çıkarmışsa; üçüncü şahıs ancak belli bir sürenin geçmesinden sonra malik olur.
- (C), bazı şartlar (iyi inanç, muteber bir iktisap sebebi) yerine gelmişse —belli bir süre sonra— kazandırıcı zamanaşımıyla malik olur.
- (C) asla malik olamaz, fakat belli bir süre sonra (A) nın istihkak davasına karşı ileri sürebileceği bir def'îye sahip olur. (A) nın dava hakkı zamanaşımıyla ortadan kalkar.
- Ortalama çözüm yolları olarak aşağıdaki düzenlemeler kabul edilmiştir: (C) malik olmayandan iktisap etmiş olmasına rağmen malik olur. Ancak (A) ya, belli bir süre içinde kendi malını geri satın alma hakkı tanınır. Veya: (A) malik kalır ve taşınır (C) den geri isteyebilir. Ancak (C) ödemiş olduğu bedeli veya eşyanın kıymetini veya kıymetinin yarısını, (A) kendisine ödeyinceye kadar, eşyayı teslimden imtina edebilir. Bu son çözüm yollarına özellikle (C) nin taşınır pazardan veya açık arttırmadan satın aldığı hallerde rastlanır.

Modern hukuk sistemlerinin mukayeseli tetkikine girişmeden önce, Hukuk Tarihine ilişkin bazı görüşleri zikredeceğim.

Roma ve Cermen Hukuk sistemlerinin taşınır mülkiyet kuralları arasında bir kıyas yapmak âdettir. Roma Hukukunda malik taşınır herkesten rei vindicatio davası ile her zaman geri alabilir. Cermen Hukukunda ise malikin kendi arzusuyla eşyayı teslim ettiği bir kimseden iktisapta bulunmuş üçüncü şahıs, her zaman muamelâttaki güven nedeniyle himaye edilirdi. Roma Hukukunda malik eşyasını, malik olmayandan (*a non dominus*) iktisap eden ve *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* kuralı gereğince malik olamayan her üçüncü şahıstan talep edebilirdi. Bu sistem Ortağ Çağ Romanistlerince meşhur bir kuralla ifade edilmişti: *ubi rem meam invenio, ibi vindico* ( malımı nerede bulursam, orada alırım). Romalı'lara göre

mülkiyet genellikle, arzu hilâfına kaybedilemeyen bir haktır. Ancak Cermen'lerin de iyi inançlı müktesibi himaye etmeyi ve böylelikle muamelâttaki güveni sağlamayı göz önünde tuttıkları tamamiyle muhaldir. Qeşitli Barbar Kanunlarından biliyoruz ki, ancak üçüncü şahısta bulunan çalmış ve kaybedilmiş eşyalar talep edilebilirdi ve fer'i zilyedlik tesis edilecek şekilde verilmiş eşyalar *res praestita*'ya ilişkin kurallara müsteniden âkid tarafından geri istenilirdi. Kaynaklardan daha fazla bir bilgi edinilememektedir. *Mobilia non habent sequelam* gibi hukukî deyimler, Roma sisteminden farklı olarak ticarî muamelât yararma iyi inançlı müktesibin himaye edildiği Orta Çağ'da ortaya çıkmıştır.

Fransa'da üçüncü şahıs için aynı yararlı sonuca ancak 18 ci yüzyılın başlarından itibaren Paris Chatelet'i tarafından, «en fait de meubles la possession vaut titre» ( taşınırlarda zilyedlik mülkiyete karinedir) kuralının tatbiki ulaştırmıştır. Bourjon 1747 yılında yayınladığı *Droit Commön de la France* adlı eserinde, bu kuralın taşınırlardaki kazandırıcı zamanaşımı yerine konduğunu ve ticarî menfaatin bunun doğmasına sebep olduğunu (l'interet du commerce l'exige oinsi) yazmaktadır. Paris Chateleti'nin dava dosyaları çok kısa tutulduğu için —Paris'te arşivlerde yaptığım araştırmalarda tespit ettiğim gibi— kuralın menşei hakkında bunlarla daha fazla bilgi edinmek ümidi kalmamaktadır. Her ne olursa olsun bana, modern kanunlardaki kuralların (Bourjon'dan alınan 'en fait de meubles la possession vaut titre' kuralına dayanan Fransız Medenî Kanununun 2279 ve Alman Medenî kanununun 932 ci maddesi gibi) Cermen Hukukuyla hiçbir ilişkileri olmadığı görünüyor.

Romanistler, üçüncü şahıslarının durumunun Roma Hukukunda kötü olduğu tenkidine karşılık, üçüncü şahsın kısa bir süre sonra malik olabileceği kısa zamanaşımı sürelerinin (Klâsik Hukukta I Justinianus Hukukunda 3 yıl) tespit edildiğini genellikle itiraz olarak ileri sürerler. Bu itiraz yanlıştır. Zira taşınırların *usucapio* ile iktisabı oldukça nadir görülen bir haldi (Gaius'un 2,50 de çok iyi ifade ettiği gibi: *In rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat.*). Bilindiği gibi *res furtivae*'ler kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap edilemezdi. *Res furtivae*'lere emniyetin kötüye kullanılmasına konu olan eşyalar da dahildir. Ancak birkaç istisnai halde taşınır eşyaların *usucapio*'su mümkündür. Hareket noktası olarak zikrettiğimiz hallerin her ikisinde de üçüncü şahıs ne teslimle, ne de zamanaşımı ile malik olur.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılıyor ki, modern hukuklarda sorunumuzun düzenlenmesine takaddüm eden tarihî bilgilerin bir çok

açıldan yeniden gözden geçirilmesi gerekiyor. Roma ve Cermen sistemlerinin alışa gelinmiş kıyaslaması ve Romanistler tarafından yapılan itiraz, düzeltmeye veya ince farklar yaratmaya ihtiyaç göstermektedir.

Şimdi modern hukuk sistemlerine yönelecek olursak, bu sistemleri esas itibariyle üç ana gruba ayırabiliriz. İlk grubun hukuk sistemleri (I), bilerek veya bilmeyerek Roma Hukukunu taklit ederek, zikrettiğimiz her iki halde önceki malik (A) ya, eşyayı üçüncü şahıs müktesip-ten istihkak davasıyla alma hakkını verirler. İkinci grup hukuk sistemleri (II), zikrettiğimiz her iki halde üçüncü şahıs müktesibe mülkiyeti iktisap ettirirler. Ortalama bir çözüm, ilk zikredilen halde mülkiyeti iyi inançlı üçüncü şahıs müktesibe tanıyan; ikinci halde, malını arzusu hilâfına elden çıkarmış malike istihkak davası veren üçüncü grup (III) hukuk sistemleri tarafından tercih edilmiştir. Esasen yakından bir inceleme bu üç grubun hukukî düzenlemeleri arasında, ilk bakışta görüldüğü gibi, o kadar kesin farklar olmadığını gösterir. Zira bu düzenlemeler tanınan birçok istisnalarla birbirlerine oldukça yaklaşmışlardır.

I — İlk grupta İspanyol, Portekiz, Güney Afrika ve İngiliz hukuklarını buluyoruz. İspanyol Hukukunda Yüksek Mahkeme, 'taşınırlarda zilyedlik hukukî sebep sayılır' kuruluşunu, İustinianus Hukukundaki gibi, üç yıl devam eden zamanışımının hukukî sebebi anlamına gelecek şekilde yorumlamıştır. Eşyanın zilyedliğini arzusu hilâfına kaybetmiş ve bu nedenle onu her üçüncü şahıstan zamanışımı tamamlanıncaya kadar iadesini talep edebilecekler arasında Jurisprüdans, emniyetin kötüye kullanılmasına konu teşkil eden eşyaların malikini de sayar.

Diğer hukukların çoğunda bu deyimler, istihkak hakkı sadece çalışan veya kaybedilen eşyanın malikine tanınacak şekilde, farklı olarak yorumlanmıştır. Üçüncü şahıs eşyayı açık arttırmadan satın almışsa, ödemiş olduğu satış bedelinin iadesini istihkak davacısı malikten talep edebilir. Eşya umuma açık bir mağazadan üçüncü şahıs tarafından iyi inançla satın alındığı takdirde, bu, doğrudan doğruya malik olur. Portekiz Hukuku hemen hemen İspanya Hukuku ile aynıdır. Bu hukukta sadece, zamanışımı için daima muteber bir hukukî sebep gereklidir. Güney Afrika Hukuku taşınırın esas itibariyle istihkak davası ile istenebilmesini Roma - Hollanda Hukukundan iktibas etmiştir. Eski Hollanda Hukukunda aşağıdaki kurallara ilişkin emareler de vardır. Resmî bir açık arttırmaya iştirak eden iyi inançlı alıcı malik olur. Aynı şekilde taşınır bir komisyoncudan veya bir simsardan, aracı şahsın gerçek malik olduğuna kendisini inandıracak bir görünüş yaratmasıyla, satın alan kimse de malik olur. Bu çözüm şekilleri modern Güney Afrika öğretisinde İngiliz (estoppels) teorisi ile açıklanır. İngiliz Hukukunda

da taşınırlar genellikle her üçüncü şahıstan geri alınabilir. Eşyayı malik olmayandan alan üçüncü şahıs mülkiyeti, İngilizlerin Common Law'da 'nemo dat, quod non habet' şeklinde isimlendirdikleri temel prensip nedeniyle iktisap etmez. Burada *Ulpianus*'a ait meşhur D.50, 17,54 den iktibas olmadığı, pek inandırıcı görünmüyor. Bu temel prensibin en önemli istisnası, pazardan satın almış iyi inançlı müktesip için yapılmıştır. Bu özel kural, 1893 tarihli Sale of Goods Act'deki temel prensibin diğer istisnalarlarıyla birlikte kabul edilmişti.

Pazardan alış-veriş yapan alıcı ile, Londra da bir mağazada normal şekilde satılan bir eşyayı alan kimse bir tutulmuştur. Üçüncü şahıs müktesip, eşyanın hırsızlık (larceny) malı olduğu hakim kararıyla tespit edilmişse, himaye edilmez. Alıcı durumunda bulunan üçüncü şahsın himaye edildiği bazı haller şunlardır: Temlik edenin temlike yetkili olmadığını ispat edecek bir hukukî sebebin bulunmaması; resmi bir açık arttırmadan satın alma; komisyoncunun aracılığı ile satın alma ve malikin ihmali neticesinde bir kimsenin alıcıda malik olduğu görünüşünü yarattığı haller —oldukça sınırlı—. İngiliz hukukçuları, estoppels, nazariyesi ile bu teşvik edilmiş mülkiyet hallerini dogmatik olarak açıklamışlardır. Bütün bu hallerde sadece, bona fidei purchaser for value without notice, yani iyi inançla satın alan ve satış bedelini ödemiş alıcı himaye edilmiştir. Böylece, nemo dat, quod non habet, prensibine ticarî muamelât yararma önemli tahditler getirilmiştir.

II — Yeni İtalyan Medenî Kanunu 1153 cü maddesinde, eski İtalyan Hukukunca da bilinen ve Fransız Hukukundan alınmış olan malikin eşyayı arzusu ile veya arzusu hilâfına elinden çıkarması halleri arasındaki ayırımdan vazgeçmiştir. İtalyan Hukukuna göre, temlike yetkili olmayan bir kimseden muteber bir hukukî sebebe müsteniden bir taşınırın zilyedliğini iyi inançla elde eden herkes mülkiyet elde eder. Yani İtalyan Hukuku taşınırın iyi inançlı müktesibinin himayesinde çok fazla ileri gitmiştir. İtalyan Medenî Kanununun 1153 maddesine müsteniden mülkiyet iktisabının, bir ivaz mukabilinde iktisapta bulunan müktesip için tahdit edilmesi veya bir ivaz vermeksizin iktisapta bulunan müktesibin de bu elverişli hukukî duruma sokulması gerekip gerekmediği literatürde münakaşa edilmektedir. Jurisprüdans henüz kesin bir çözüme varamamıştır.

İsveç'te daha XIX cu yüzyılda Jurisprüdans, eşya malikin arzusu ile mi veya arzusu hilâfına zorla mı elinden çıkmıştır sorununu söz konusu etmeden, mülkiyet hakkını, malik olmayandan iktisap eden iyi inançlı müktesibe tanımıştır. Ancak İsveç Hukukunda üçüncü şahsın himayesi sınırsız değildir. Zira asıl malik eşyanın değiş-tokuş kıymetini üçüncü şahsa verirse, eşyanın iadesini ondan talep edebilir.



tanındığı hak modern Alman Hukukunda mevcut değildir. BGB § 932 de 'sebepl olma prensibi' ve meşruiyet nazariyesi kaldırılmıştır. Asıl malik (A), eşyayı (B) ye emaneten vermekle (C) de bir görüntüş yarattığı için, (B) nin fer'i zilyedliğine güvenerek iktisapta bulunan (C) malik sayılır. (C), (B) nin malik olduğunu zannetmişse, Alman Hukukunda mülkiyeti iktisap eder.

BGB § 932 ye dayanan üçüncü şahıs, bir ivaz mukabilinde iktisapta bulunmamış olsa bile, asıl malik ona karşı § 822 deki zenginleşme davasını açabilir.

Alman işgalinden kurtulduktan beş yıl sonra, Hollanda Yüksek Mahkemesi 5 Mayıs 1950 de Alman meşruiyet nazariyesini benimsedi. Yüksek Mahkeme § 2014 fıkra 1 in teslimle mülkiyetin iktisabı için gerekli şartlardan sadece birini, temlik yetkisini nazarı itibara almadığına karar verdi. Yeni Hollanda Medeni Kanun tasarısı genellikle, daha iyi ifade edilmiş olsa bile (§ 3.4.2.3a) bu konuda yürürlükteki hukuka katılmaktadır. Yenilik, istihkak davası olanağını kaybetmiş malike, İsviçre'te tanındığı gibi, evvelce kendisine ait olan eşyayı üçüncü şahıstan üç yıl içinde geri satın alma hakkının verilmiş olmasıdır. Taşınır için üç yıllık bir zamanasını da teklif edilmektedir.

İsviçre ve Avusturya Hukukları, Alman Hukukundan daha aşağı bir düzeydedirler. İsviçre düzenlemesi, İsviçre Medeni Kanununun 930 v.d. maddelerinde bulunur. En önemli fark, illilik sistemi nedeniyle müktesibin ancak muteber bir hukukî sebebe müsteniden iktisap etmişse malik olmıdır. Çalınmış ve kaybolmuş eşyalara gelince, üçüncü şahıs müktesibe istihkak davası (menkul davası) beş yıl içinde açılabilir. Böyle bir eşyayı pazardan, açık arttırmadan ve bu gibi eşyayı satan bir kimseden almış olan, istihkak davacısından ödemiş olduğu satış bedelinin iadesini isteyebilir. Avusturya Hukuku, kendisine emanet bırakılan bir kimseden (vedia alan ve benzerleri) iktisapta bulunana, eğer muteber ve ivazlı bir iktisap sebebine sahipse korur.

Bu konferansın sonunda vardığım neticelere geliyorum. Bana özel hukukun bu kısmının yenileştirilmesi sırasında, her ülke Parlamentolarının dikkatine sunulması gerekli münakaşalı noktaları, kısacası hukukun gelecek on yılda hangi yönde gelişmesi gerektiğini belirtmek uygun gelmektedir.

1. Hemen hemen bütün anlamını kaybettiği için, rızası ile ve rızası olmadan zilyedliğin kaybı arasındaki ayırmadan vazgeçilecek olursa, hukukî sistem düzeler. Alış-veriş hayatı çıkarına iyi inançlı üçüncü şahıs müktesibin himayesi gerçekleştirilmek isteniyorsa, o zaman İtalyan Hukuk sistemi benimsenmelidir. Üçüncü şahıs açısından rıza ile ve rıza olmak-

sızın zilyedlik kaybı hallerini farklı bir işleme tâbi tutmak hiçbir şey ifade etmez. Durum (A) açısından incelenirse nasıl bir netice verir? Bir otomobili tamire vermek ,bir kürk mantoyu vedia olarak bırakmak, bir kitabı âriyet olarak vermek işlemlerinde rıza ile kavramı çok nisbidir, zira sosyal ilişkilerde hemen hemen başka türlü hareket edilemez. Bir eşyayı emaneten veren kimse, daha büyük bir riski göze aldığı için her zaman himaye edilmemelidir. Otel kasasına pahalı mücevherlerini ematen bırakan kimse, bunları oteldeki odasında bırakandan daha akılcı hareket etmiştir. İkincinin hukuki durumu neden ilkininki gibi elverişli olmalıdır, gerçekten anlaşılammamaktadır. Bu görüşü ben senelerce önce müdafaa ettim. Hollanda Mukayeseli Hukuk Derneği 1968 Aralık ayında aynı anlamda düşüncesini ifade etti.

2. Kanaatımca çarşı ve pazarlara ilişkin özel hukukî düzenleme kaldırılmalıdır. Bedelin iadesi kuralının Ortağ Çağda çifte anlamı vardı: Hükümdarlar bu kural vasıtasıyla çarşı ve pazarlardaki ticareti teşvik edebiliyorlardı; Alıcıdan satın aldığı eşya istihkak davası ile geri alındığında, satıcının zapta karşı teminat sorumluluğu, bir hafta Marsilya'da d'ğer hafta Lion'da bulunan göçebe çarşı-pazar alıcıları için tamamen anlamsız olacağı için, pazardaki alıcının özel bir himayeye ihtiyacı vardı. Bugün çalmış eşyalar (örneğin bisikletler), pazarda, başka herhangi bir yerde olduğu gibi, çok daha tehlikesizce satılmaktadır. Pazarlara ilişkin özel bir düzenlemeyi gerektirecek tek bir delil görmüyorum. Benim İtalyan Hukukukumu benimsemek ve iyi inançlı alıcıyı her zaman himaye etmek şeklindeki önerim benimsenecek olursa, bu özel düzenlemeye artık gerek kalmaz.

3. Birçok hukuk sistemlerinin ivazlı ve ivazsız iktisapta bulunan müktesipler arasında yaptıkları farklı işlem bana doğru gelmektedir. *Actio Pauliana*'nın klâsik öncülerinin yanında Ulpianus'un D. 42,8,6,11 de ifade ettikleri bugün de geçerlidir. İvazsız iktisapta bulunan iyi inançlı müktesip, iktisap ettiği eşyaya vermeğe mecbur bırakılsaydı, ona karşı haksız hareket edilmiş olmazdı; «*Cum lucrum ex torqueatur non damnnum infligatur*» ( kârdan mahrum kalmıldığı için, zarara uğranılmaz) Üçüncü şahsa karşı *rei vindicatio* davası açılrsa bile, *actio Pauliana* halinde üçüncü şahsın iştirak ettiği işlemlerin iptal edilmesi ve kendisine doğan zararların tazmin ettirilmesi doğrudur. Kanaatımca ancak, malik olmayandan bir ivaz karşılığında iktisapta bulunan üçüncü şahıs, asıl malikin istihkak davasına karşı himaye edilmeye lâyıktır.

4. Bilhassa bu haller için (ve bulunmuş taşınır eşyalar için de) iki veya üç yıldan fazla sürmeyen kısa bir kazandırıcı zamanaşımı koymak bana uygun görünüyor.



5. Şimdi konferansımın başında zikrettiğim emniyetin kötüye kullanılmasına konu olan köpek olayına dönüyorum. Asıl malik için büyük bir değer taşıyan böyle bir eşyanın emanet bırakılması halinde, bu eşyanın üçüncü şahısta kalmasına asıl malikin katlanması hukuki hissimizle bağdaşmamaktadır. Üçüncü şahsa mameleki bir zarar vermekten kaçınılırsa, onun çıkarına yeter derecede uygun davranılmış olur. Bu konuda İsveç'teki örnek hatırlanmalı ve eşyanın önceki malik için çok kıymetli olduğu hallerde, eşyayı üçüncü şahıstan iki veya üç yıllık belli bir süre içinde değiş-tokuş kıymetine uygun bir bedel karşılığında geri alma hakkını önceki malike tanımalıdır. Üçüncü şahıs malik olmuşa, hakim tarafından bu bedel karşılığında eşyanın asıl malike teslimine zorlanılabilmelidir.

Böylece Hukuk Tarihine ve Mukayeseli Hukuka ilişkin araştırmamızın sonuçları, malik olmayandan edinilen taşınırın mülkiyetinin iktisabı konusunda hukukun ileriye götürülmesinde belki biraz yardımcı olabilir.