

MENKULLERDE MÜLKİYETİN İNTİKALİ

-- Hususiyle --

İLLİYET MESELESİ

Yazan : *Seyfullah Edis*

G İ R İ Ş

Gayrimenkullerde olduğu gibi menkullerde de mülkiyetin iktisabı ya sağlararası bir tasarrufla yani müştak olur, yahutta aslidir. Müştak bir iktisaptan bahsedebilmek için mevcut bir mülkiyet hakkının malikinden devralınması lâzımdır. Halbuki aslı iktisapta, mülkiyet hakkı müstakillen ve bidayeten doğar.

Menkullerde mülkiyetin intikali nevilerinden aslı iktisabı incelemeyi bir tarafa bırakıp müştak iktisap üzerinde çalışmalarımızı toplamak istiyoruz.

Menkul malların Türk ve İsviçre hukuklarında müştak olarak iktisabı zilyedliğin devri ile mümkündür. Başka bir deyimle, sadece akit, borç doğuran muamele - satış, hibe, trampa v.s. - mülkiyetin intikali için kâfi değildir. Buna teslim denen veya daha umumî ifade ile zilyedliğin devri denen başka bir hukukî muameleinin de eklenmesi lâzımdır.

Diğer unsurların yanında, bizim asıl üzerinde durmak istediğimiz husus şudur :

Menkullerde zilyedliğin devri keyfiyeti, sebebinin muteber olup olmadığına bakmaksızın, mülkiyetin intikali için kâfi gelecek midir?

Bu suali muhtelif mevzuatta meselenin hallediliş şeklini tipik misallerle belirttikten sonra Türk ve İsviçre'deki hallediliş şeklini etraflıca incelemek suretiyle cevaplandırmaya çalışacağız.

§ 1. MUHTELİF MEVZUATTA KABUL EDİLEN SİSLEMLER

Muhtelif memleketler mevzuatı tetkik edildiği zaman bazı ufak tefek ayrılıklara rağmen, bunların üç grupta toplandıkları

görülür. Bazı memleketler mevzuatı, menkul mülkiyetinin intikalinin illetten mücerret bir muamele ile yapıldığını kabul eder. Bu memleketlerin tutumu «mücerret sistem» adı ile adlandırılır. Bazı memleketler ise mallar arasında bir tefrik gözetmeksizin intikal muamelesinin, sebebi muteber olmak kayıt ve şartıyla, mülkiyeti intikal ettirdiğini kanunlarında sarahaten zikretmişlerdir. Bu tutum da «illiyet sistemi» diye adlandırılır. Bir üçüncü grup memleket daha vardır ki, gayrimenkuller bakımından sarahat yoluna gidilmesine rağmen, menkullerde susmak ihtiyar edilmiştir. Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarının tutumu bu sonuncu grubu teşkil eder.

Etüdün asıl konusu, yukarda belirtildiği gibi Türk - İsviçre hukuklarına göre menkul mülkiyetinin intikalinin illî olup olmadığı meselesi olduğuna göre tetkikini geriye bırakıp burada, ilk iki sisteme tipik iki misal vermekle yetineceğiz.

I. ALMAN HUKUKUNDA MÜLKİYETİN İNTİKALİ (1).

1. Prensip : Mücerret İntikal.

Bu hukuk mülkiyeti nakletme muamelesini sebebine bağlı olmaksızın muteber addetmektedir. Başka bir deyimle, sebebi muteber olmasa, sebebsiz dahî olsa, mülkiyetin intikali muamelesi - sadece bu muamele - mülkiyeti intikal ettirir. Gerçekten, BGB § 873 ve 929 bu hususu belirtmektedir. § 873 gayrimenkullere taallük ettiği için mevzuumuz dışındadır. § 929 ise menkul mülkiyetinin intikal etmesi için malikin şeyi müktesibe teslim etmesinin, tarafların nakil hususunda mutabık kalmalarının gerektiğini ve müktesip zilyedliğe sahip olmuşsa sadece mülkiyetin nakli hususunda tarafların mutabakata varmış olmalarının kâfi geldiğini belirtmektedir.

2. Prensibin neticeleri.

Bu prensip kabul edilince evvelâ şu mühim netice tahassül eder : Mülkiyetin intikali muamelesi yapılır yapılmaz, mülkiyet intikal ettiği için, asıl malik ikincisine karşı aynı bir istihkak talebinde bulunamaz. Sadece şahsî bir dâva açmaya hakkı vardır. İşte bu mühim neticeden şu üç mühim talî neticeyi çıkarmak mümkündür : a) Bu sistemde müktesip himâye edilmiştir. b) Üçüncü şahıs durumunda olup da menkul malı iktisap edenler

(1) TONGSİR, Ferih B. : *Les actes juridiques concrets et les actes juridiques abstraits en droit privé Suisse, Thèse, İstanbul 1951, Sh. 234.*

himâye edilmiştir, c) İflâs masası veya alacaklılar himâye edilmiştir.

a) Müktesibin himâyesi.

Bu sisteme göre taraflar, mülkiyeti iktisap ve nakil etmek istediklerini beyan etmişlerse bu, muvafakatın tesir husule getirmesi için kâfidir. Hangi sebeble temlik etmek istediklerinin araştırılmasına lüzum yoktur. Taahhüt muamelesini batıl kılan bir sebep, teslim muamelesine de sirayet etmemişse mülkiyet yine de intikal etmiş olur.

b) Sebebi muteber olmamasına rağmen, bir intikal muamelesi ile malik olan kimse, o şeyi başkasına temlik etmişse, birinci malik sonuncuya müracaat edemez. Bu sonuncu, iktisabında suiniyetli olsa bile... Birinci malik, ancak, şeyi sebebi muteber olmayaarak kime devretmişse ona karşı şahsî bir mütalebede bulunabilir.

Alman Medenî Kanunu mücerret intikal sisteminin bu çok haksız ve aşırı neticelerini, hiç olmazsa, hafifletmek için iki halde üçüncü şahıs durumundaki müktesiplere müracaat edilemezlik prensibine istisna kabul etmiştir. Bu iki halde müktesibin suiniyetli veya hüsnüniyetli olmasının ehemmiyeti yoktur. Yeter ki, temlikin ivazsız olması şartı bulunsun!...

aa) Başkasına ait bir malın ivazsız temliki (devri).

Bir kimse kendisine ait olmayan bir malı ivazsız olarak bir üçüncü şahsa temlik etmişse, mücerret sistemin rijid olarak tatbiğinin, hukuk hissini rencide edecek derecede aşırı netice tevlihi etmesi halini bertaraf etmek için tedbir alınması, istisna kabul edilmesi zarureti duyulmuştur. Bu tedbir ise, ivazsız zenginleşen üçüncü şahsın şahsî mahiyette bir sebebsiz zenginleşme dâvası ile takip edilebilmesidir. 3. şahıs, hüsnüniyetli de olsa asıl malik bu hakkı kullanabilecektir. Böyle bir hak verilmeseydi, ivazsız devreden şahıs zenginleşmediğinden asıl malik mutazarrır olurdu.

bb) Muteber bir sebep olmayarak mülkiyeti iktisap edilen menkul malın devri.

Alman Medeni Kanunu bir ikinci istisna daha kabul etmiştir. O da şudur : Bir kimse sebebi olmaksızın veya sebebi muteber olmaksızın, mücerret sistemin bir icabı olarak zilyedliğini devraldığı bir şeyin maliki olduğuna göre, o şeyi başkasına ivazsız olarak temlik ettiği takdirde asıl malik (birinci malik) yine mutazarrır olacaktır. Zira, ivazsız temlikte bulunan kimse zenginleşmemiş ol-

duğundan kendisine tevcih edilen bir sebebsiz iktisap dâvası neticesiz kalmaya mahkûmdur. Asıl malikin mağduriyete uğratılmamasını uygun gören BGB, kaideye bir istisna kabul etmiştir : Asıl malik; ivazsız olarak istisapta bulunan üçüncü şahsa-ister hüsnüniyetli olsun, ister suiniyetli olsun - karşı bir sebebsiz zenginleşme dâvası açabilecektir.

Burada tebarüz ettirilmesi, sarahat temini bakımından, icap eden husus (aa) şikkında devredenin menkul mal üzerinde tasarruf yetkisi olmamasına mukabil, (bb) de devredenin malik olması dolayısı ile her türlü tasarrufta bulunma hakkının bulunması keyfiyetidir.

c) Alacaklıların veya iflâs masasının himâyesi.

Haksız iktisaptan doğan dâvanın «şahsi» bir mahiyette oluşu müktesibin aczi halinde alacaklılar veya iflâs masası lehinde neticesini gösterir. Gerçekten, iflâs halinde sebebsiz olarak iktisap edilen şey, iflâs masasına girdiğinden temlik eden masaya ancak, imtiyazsız bir alacak için iştirak edebilecektir. O şeyin masadan aynen verilmesini isteyemeyecektir. Bu netice bakımından, alacaklıların ne kadar korunmuş olduğu aşikâr bir şekilde gözükmektedir.

II. FRANSIZ HUKUKUNDA MÜLKİYETİN İNTİKALİ (2).

1. Muayyen bir şeyin temliki.

A) Prensip : Akitle birlikte intikal.

Fransız hukukuna göre, muayyen bir şeyin temliki bahis konusu oldukça, aktin in'ikadi anında mülkiyet de intikal eder. Mülkiyetin intikali için bir ikinci muameleye, teslim lüzum yoktur. Gerçekten, FMK. nun mülkiyetin intikaline taallük eden 711, 938, 1138 ve 1513 üncü maddeleri değişik ifadelerle aynı prensibi müteaddit defalar tekrar etmektedirler. Meselâ, 938. madde «... bağışlamanın taraflarının yalnız mutabakatı ile icra edilmiş» olacağını, 1513 üncü madde ise «satışın fiyat veya eşya hakkında uyusulur uyusulmaz, ücret ödenmese veya eşya teslim edilmese bile, taraflar arasında tam olduğu, mülkiyetin satıcı bakımından alıcıya bihakkın geçtiğini» ifade etmektedir. Bu maddede «tamam = parfait» kelimesi icra edilmiş mânâsındadır.

(2) (RIPERT, G. : *Traité Elémentaire de Droit Civil de Planiol*, Paris 1950 Tome I, Sh. 967 v. *Dv.* : BUFNOÏR, C. : *La Propriété et Contrat*, Paris 1924, 2. Ed. Sh. 33 v. *Dv.*, 59 v. *D.* ; TONGSİR., F. B. : *a.g.e. Sh.* 227 v. *Dv.*

Diğer maddelerde de aynı prensip hâkimdir.

b) Prensibin neticeleri.

aa) Taraflar arasında.

Akitle birlikte intikal (= Transfert instantané), devredenin malik, ve mukavelenin muteber olmasını icap ettirir. Demek ki, muayyen bir şeyin mülkiyetinin intikali, mukavelenin mukadderatına bağlıdır. Borcun sebebi mevcut değilse, batıl veya gerçekleşmemişse, mülkiyet de intikal edemez.

bb) Üçüncü şahıslar bakımından.

Üçüncü şahıslar bakımından akitle birlikte intikal prensibi geniş ölçüde takyide uğramıştır. Bu takyit, tabii ki, prensibin hukuk hissini rencide eden aşırı neticelerini bertaraf etmek içindir. Gerçekten F.M.K. 2279. maddesi «menkullerde zilyedlik mülkiyetin hukuki mesnedidir. Bir şeyi kaybeden veya çaldıran kimse, kayıp veya çalma tarihinden itibaren üç yıl içinde o şey kimin elinde ise ondan geri alabilir» hükmünü koymaktadır. Aynı kanunun 1141. maddesine göre: iki şahsa birbirini ardından teslim ve tevdi etmenin taahhüt edilmesi halinde, hüsnüniyetli olması şartı ile, o şeye kim zilyed olmuşsa, diğerinin sıfatı önce de olsa, tercih edilir ve o şeyin maliki olur.

Görülüyor ki, menkullerde zilyedlik mülkiyetin hukukî dayanağını teşkil eder prensibi geniş ölçüde takyide uğramaktadır. Üç ihtimali tefrik ederek sarahat temin etmek istenirse:

1) *Tevdi edilmiş eşya.* Malik bir şeyi başkasına tevdi etmiş; tevdi edilen de itimadı suistimal ederek, o malın maliki imiş gibi 3. bir şahsa devretmiştir. Eğer, devralan üçüncü şahıs hüsnüniyetli ise himâye edilir; o şeyin maliki olur. Fakat, tevdi edilmiş bir eşyayı devretmek bahis konusu oldukça, kimse kendisine ait olmayanı devredemeyeceğinden devralan malik olamaz.

2) *Birbiri ardınca teslimin veya vermenin taahhüt edilmesi.* Bir şeyin maliki, birbiri ardınca, aynı şeyi teslim etmeyi veya vermeyi taahhüt etmiştir. Birinci taahhüt muamelesindeki karşı taraf o muamele ile malik olur. Bu demektir ki, ikinci taahhüt mülkiyeti naklettirmez. Bununla beraber, ikinci taahhütte karşı taraf mukavele gereğince malik olamazsa da, hüsnüniyeti onu mukaveleye tercih edilebilir bir mülkiyet hakkına sahip kılar.

3) *Teslim.* Teslim eden devredilen şeyin maliki olduğu halde, teslim hukukî sebebi olmaksızın devredilmiştir. Yahutta mülkiyeti nakletme gayesiyle muktesibe teslim edilmemiştir. İşte bu halde malikinden sağlararası bir tasarrufla intikal değil, fakat

zilyedliğe dayanan müstakil bir hak (mülkiyet hakkı) ortaya çıkar (3).

2. Misli Şeylerin Temliki.

a) Ferdileştirme veya teslim.

Eşya ferden ayrılmamış veya henüz mevcut değilse, mukavele mülkiyeti intikal ettirmez. Başka bir deyimle, böyle hallerde intikal, akdin in'ikadı anında otomatikman gerçekleşmez. Eşyanın ferdileştirilmesi, ayrılması ânından itibaren malik olunur. Müstakbel bir şeyin satışı halinde, satıcı maddeyi temin ettiğinde teslim ile mülkiyet intikal eder. (4).

b) Teslimin Sebebi.

Capitant (5) nev'i ile muayyen olan şeylerin ferden tâyin edilmiş olması halinde teslim ile mülkiyetin intikal ettiğini söylüyor. Bu halde -teslimin- hukukî sebebinin var olmasının icap edip etmeyeceği sorulabilir. Mesele, billhassa, borçlu olunmayan bir şeyin tesliminde, teslim edilen misli bir şey ise münakaşayı celbetmiştir. FMK.nun ilk şarihleri 1380. maddenin «si celui qui a reçu a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente = ahzeden, şeyi satmışsa, ancak satış bedelini iadeye mecburdur» ibarelerine bakarak teslim sebebsiz de olsa karşılıklı temlik ve iktisap etmek iradesinin mülkiyeti intikal ettireceğini (hiç olmazsa muktesibin hüsnüniyetli olduğu hallerde) kabul ediyorlardı. Fakat yeni şarihler, sebebsiz teslimle mülkiyetin nakledilmiş olmayacağı kanaatindedirler. Mukavele muteberse ancak bu takdirde mülkiyetin intikali neticesi tahassül eder. Başka bir deyimle teslime tekdüm eden borç doğurucu aktin batıl oluşu, malûl oluşu, temlik de batıl ve malûl kılar (6).

§ 2. FARKLI SİSTEMLERİN KABUL EDİLİŞİNİN MENŞE'İ

Menkullerde mülkiyetin intikalinin illî olup olmadığı meselesinin menşesini tâ Roma hukukuna kadar çıkarmak mümkündür. Hattâ bir bakıma denebilir ki, bugünkü durum Roma hukukundan gelmektedir. Gerek Fransız hukuku ve gerek Alman hukuku ve gerekse Türk - İsviçre Medenî kanun'larının ana müesseseleri üzerinde Roma hukukunun tesiri nazarı itibara alınır, Roma'da iki

(3) CAPITANT : *De la Cause des Obligations*, Paris 1927 3. Ed. Sh. 435-437.

(4) CAPITANT : *a. g. e. Sh. 46.*

(5) CAPITANT : *a. g. e. Sh. 14*

(6) CAPITANT : *a. g. e. Sh. 185, Not 2.*

büyük hukukçunun bu husustaki fikirlerine dokunmaksızın geçmek elimizden gelmeyecektir. Gerçekten, Julianus Digest'te bu hususta şöyle bir görüş serdetmektedir :

«Eğer bizler, mülkiyeti nakledilecek şey üzerinde uzlaşıp da bunun hukukî sebepleri üzerindeki düşüncelerimiz başka başka olursa, mülkiyetin nakli muamelesinin muteber olmaması için hiç bir sebep göremiyorum... Sana bağışlamak maksadı ile bir miktar para versem ve sen de bunu ödünç olarak kabul etsen bu meblağın mülkiyeti muhakkak surette sana intikal eder ve mülkiyet naklinin ve iktisabın hukukî sebebi üzerinde uyuşmuş olmamaklıgımız buna bir mâni teşkil etmez. D : 41, 1, 36 Pr.» (7).

Julianus'un fikri kabul edilecek olursa, menkul mülkiyetinin intikali sebepten mücerret bir muamele ile olmaktadır. Fakat, yine Julianus kadar meşhur bir hukukçu, Ulpianus da şu fikirde-
dir :

«Sana bağışlamak maksadı ile para versem ve sende bunu ödünç olarak kabul etsen, burada Julianus bir bağışlamanın mevcut olmadığını yazıyor: acaba bir ödünç mevcut mudur keyfiyeti tetkike muhtaçtır. Fikrime göre burada bir ödünç dahi meydana gelmemiş ve paranın mülkiyeti onu alan kimseye intikal etmemiştir, zira o kimsenin paraları alırken mevcut düşüncesi parayı verenin düşüncesine uymamaktadır. D : 12, I, 18 Pr.» (8).

İşte bu iki farklı görüştür ki, doktrinde münakaşaların menşei teşkil etmektedir. Kanun koyucuların şu veya bu sistemi kabul ederken bu iki hukukçuya, meseleyi çok daha evvel bahis konusu ettikleri için minnettar kalmaları gerektiğini söylemek mübalâğa olmaz sanırız.

§ 3. TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA MENKUL MÜLKİYETİNİN İNTİKALİ

I. GENEL OLARAK.

İsviçre Medenî Kanunundan ve bu memleketten iktibas edilen Türk Medenî Kanunundan, menkul mülkiyetinin intikali için üç ihtilâfsız ve bir de ihtilâflı unsurun bir araya gelmesinin lâzım geldiği istihraç edilebilmektedir. Şu mânada ki, zilyedliğin devri, mülkiyeti nakil ve iktisap etmek iradeleri (aynî akit), devredenin

(7) *Andreas B. SCHWARZ; Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1942, C. 1, Sh. 118, : Lâtince metin için keza bk. aynı yer.*

(8) *Andreas B. SCHWARZ : a. g. e. Sh. 118. Lâtince metin için keza aynı yer.*

ya mülkiyet hakkına sahip ya da tasarruf yetkisini haiz olması şartları herkesçe kabul edilmekte ve kanundan da açıkça anlaşıl-
maktadır. Ancak, ihtilâflı olarak tavsif etmek zaruretini duyduğumuz unsur, HUKUKİ SEBEP unsuru, herkesçe, muhakkak bulun-
ması lâzım gelen bir unsur olarak telâkki edilmemektedir. Bu fark-
lı kanaatlardan dolayı müellifler iki gruba ayrılmış bulunuyorlar. Wieland, Egger, Yung, Kaden, Homberger - Marti, Simonius, Os-
tertag, Guhl, Tuor, Schwarz, Gönensay... mülkiyeti nakil muame-
lesinin hukukî sebebine bağlı olarak netice husule getirdiği görü-
şünü benimserlerken, v. Tuhr, Bussy, Carry, Favre, Rossel-Ment-
ha, Arsebük, Arslanlı... da bu muamelenin illetten mücerret oldu-
ğunu kabul etmektedirler.

II. İHTİLAFSIZ ÜÇ UNSUR.

1. Zilyedliğin Devri.

TMK. 687. maddesi menkul mülkiyetinin nakli için zilyedliğin devrinin zarurî olduğunu belirtmektedir. Bu devrin, bizzat şeyin teslimi ile muktesibin fiilî hakimiyetinin teknik vasıtalarla te'mini arasında bir fark gözetilmemektedir. Bu, zilyedliğin havalesi, veya hükmen teslim ile de olabilir.

2. İradelerin Uzlaşması.

İsviçre - Türk Medenî Kanunları menkul mülkiyetinin intikali için tek taraflı veya iki taraflı bir muamelenin gerekip gerekmediği hususunda sakittir. Fakat şunu da ilâve etmek gerekir : teslimde hukukî unsur menkul mülkiyetinin nakli üzerinde tarafların uzlaşmasıdır. Tarafların uzlaşmamış olması halinde, mülkiyetin intikali, yani malik değişikliğinin vukuu için zilyedliğin devri kâfi gelmez. İradeler arasındaki bu uzlaşma ekseriya teslim sırasında vaki olur. Fakat, teslimsiz mülkiyetin devri de bu aynı akit mevcutsa mümkündür.

3. Mülkiyet hakkı veya tasarruf yetkisi.

Üçüncü bir unsur da şudur : mülkiyeti nakledecek kimse ya malik olmalıdır, yahutta mülkiyeti nakle mezun bir kimse olmalıdır. Bu şart mevcut değilse, diğer unsurlar mevcut dahi olsa mülkiyetin infikali kaideten imkânsızdır. Bununla beraber, Muktesibin hüsnüniyetli zilyedlik kaideleriyle himâye edildiğini de belirtmek yerinde olur, (MK. 687, 2; 901; 903).

Bu belirttiğimiz üç unsur bakımından, hem kanunda sarahat vardır; hem de bütün müellifler müttefik bulunmaktadırlar. Bunun içindir ki, bu üçüne birden ihtilâfsız unsurlar demegi uygun bulduk.

III. MENKUL MÜLKİYETİNİN İNTİKALİNDE İHTİLAFLI UNSUR : HUKUKÎ SEBEB.

İsviçre ve Türk MK.ları gayri menkullerde tescili, mülkiyetin intikal etmesi neticesini doğurabilmesi için, hukuki sebebin müteber olmasına sarıh bir şekilde bağlanmış bulunmasına rağmen menkullerde sükûtu tercih etmiştir. Gerçi, İMK, 714, TMK. 687. madde «menkullerde mülkiyetin intikali için teslim lâzımdır» demektedir. Bu ifadeden sadece borç doğuran bir mukaveleyle menkul mülkiyetinin intikal etmeyeceğini anlıyorsak da, intikal için hukukî sebebin mevcut olması gerektiği şeklinde bir mâna çıkarmakta güçlük çekiyoruz.

Her iki Medenî kanunun da ihtiyar ettiği bu sükût, tasavvuru mümkün iki sistemi benimseyen kimseler arasında ciddi münaşaların ortaya çıkmasını mucip oldu. Nitekim daha evvelce bir nebze belirttiğimiz gibi, müellifler iki gruba ayrılmış bulunuyorlar : Menkul mülkiyeti illetten mücerret olarak intikal eder diyenler, illete bağlı, olarak intikal eder diyenler... Tatbikat dahi bu iki görüş arasında bir tercih yapmak zorunda olduğundan, İsviçre'de Federal Mahkeme ayrı ayrı gerekçelere dayanarak, uzun zaman mücerret sistemi kabul ettikten sonra, 1929 yılından beri daha doğru olan illiyet sistemine dönmüştür.

§ 4. MÜCERRET İNTİKAL SİSTEMİ.

I. KAZAİ İÇTİHATLAR.

1. *İsviçre'de* : İsviçre'de Federal mahkeme uzun zamanlar Alman hukukunun tesiri altında kalarak menkul mülkiyetinin intikalinin illetten mücerret olduğunu kabul etmişti. Gerçekten bir kararında şöyle demektedir : Mülkiyetin intikali muamelesi yani teslim mukavelesi bir icra akti olarak sebebini ve menşeiini teşkil eden taahhüt muamelesinden müstakillen cereyan eder. Teslim mukavelesi şunları icabettirir : mülkiyeti nakil ve iktisap etmek iradesi, bu husus için ehliyeti, teslimin mümkün ve kanunî mahiyette olması, fiilen icra edilmesi... Eğer, bu unsurlar toplanmış bulunuyorsa, temlik taahhüt muamelesinin butlanına rağmen, mülkiyetin intikali gerçek olarak yapılmış olur; bu muamelenin müteberiyetini haleldar eden bir hata, ancak saiklerde hata olarak gözükür ve -mülkiyeti nakletme iradesine bizzat müessir olan hile hali müstesna- bu hata teslimin muallel oluşunu icabettir.

mez. Teslimi yapan taraf, böyle hallerde ancak haksız zenginleşme sebebiyle istirdat dâvası açabilir (9).

2. *Türkiye'de* : Türk Temyiz mahkemesinin bu husustaki kanaatını belirten bir karara, yaptığımız araştırmada rastlayamadık. Bu, belkide, bütün kararların neşredilmemesi ve neşredilenlerin de pek dağınık olduğundandır. 687. maddeye ilişkin bazı kararlarda «menkul mülkiyetinin intikali için teslim şarttır» gibi kanunkinden farksız, hukukî sebebe dair bir tek kelime ihtiva etmeyen ifadeler kullanılmıştır.

II. DOKTRİN

Mücerret intikal sistemi lehinde aşağıda belirttiğimiz gerekçeler serdedilmektedir :

a) Müktesibin himâyesi.

Mücerret intikal sistemi kabul edilirse, müktesib himâye edilmiş olur. Çünkü, mücerret intikalde hukukî sebebin muteber olmamasına rağmen, mülkiyet nakledilmiş olduğundan, ilk malik müktesibe karşı sadece bir şahsi hak talep edebilecektir. Kanun vazı muamelelerin emniyeti bakımından müktesibi himâye etmek ister.

b) Mücerret Borçların kabulü sebepleri.

İsviçre ve Türk BK. ları, mücerret borçları da muteber saymaktadırlar. (TBK. 17). İşte, menkullerde mülkiyetin intikalinin sebepsiz (=mücerret) bir muamele ile yapılmasını gerektiren sebepler, Borçlar hukuku sahasında mücerret borçları kabule zorlayanlardır. Bu sistem Borçlar hukuku sahasında red edilmediğine göre, menkul mülkiyetinin intikalinde de red edilmemek icabeder (10).

Mücerret borçların kabul edilmesi sebepleri ikiye ayrılabilir (11) : aa) Tarafların taahhüt edilen şeyin hangi hukukî sebebe istinat ettiğinin meydana çıkmasını arzu etmemeleri, bb) mücerret borç akitlerinin alacaklı bakımından dermeyerinin kolaylığı... Mücerret borçların kabulü sebeplerinden birincisi pek önemli - hiç olmazsa menkul mülkiyetinin intikalinde - değilse de, ikincisi, üzerinde bir nebze tevakkuf etmeye değer. Bilhassa ispat külfeti

(9) JdT 1904, Sh. 300 v. dv.

(10) YUNG, Warter: *La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée*, Thèse Genève 1930, S. 154

(11) ARIK, K. Fikret: Mücerret alacaklar nazariyesine dair, Ad. Cer. 1943, Sh. 15.

bakımından... Gerçekten, mücerret intikal sistemini benimseyenler, müktesip yönünden ispatın çok kolaylaştığını iddia etmektedirler. Müktesip taahhüt muamelesinin muteberliğini ispata muhtaç olmayıp, iktisabında korunması için, sadece hukukî sebepten ayrı bir vakıayı, teslim vakıasını ispat etmesi kâfidir.

c) Üçüncü Şahısların Himâyesi.

Menkul mülkiyetinin mücerret intikalini desteklemek üzere üçüncü bir gerekçe olarak, 3. şahısların himâyesi mülâhazaları ileri sürülmektedir. Bir kimse, diğeniyle mülkiyet gibi mutlak bir selâhiyet bahşeden bir hakkın iktisabı için münasebete girişip bir hukukî muamele yaparken temellük ettiği şeyin malikinin kim olduğunu bilmek için araştırma yapmaktan - ticaret emniyetini sağlamak bakımından - vareste tutulmalıdır. Bunu da ancak mücerret intikal sistemi te'min eder (12).

Bu sistem sadece, üçüncü şahıs durumundaki müktesipleri, başka bir deyimle, sebepsiz bir intikal muamelesi ile bir menkulü iktisap edenleri himâye etmekle kalmaz; onların alacaklılarını da himâye eder. İliyet sistemi kabul edildiği takdirde, bu alacaklılar, borçlularının zannettikleri malların uçup gitmesi tehlikesi ile karşılaşacaklar; bu uçup giden malları nazarı itibara alarak borçlularıyla bir muameleye girişmişler idiyse mutazarrır olacaklardır (13).

Walter YUNG, eserinde, üçüncü şahıslar bakımından mülkiyetin şeklen geçtiğini ve taraflar arasında ise bunun pek mühim olmadığını, zira sebepsiz bir muamele ile iktisap edenin o şeyi iade mecburiyetinde olduğunu, yani üçüncü şahıslar bakımından devredenin devrettiğini geri alıncaya kadar müktesibin malik sayılması lâzım geldiğini beyan etmektedir (14).

d) Mübadele Kolaylığı.

Bazı mallarda mübadele arzu edilir. Bazılarında ise bu istenmez. Gayrimenkullerde mübadele arzu edilmediği halde menkullerde arzu edildiğinden, mübadeleyi kolaylaştıran mücerret sistemin menkullerde kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Leeman, İMK 973, f 2 (TMK 932, f 2) nin bu fikri destekleyecek mahiyette olduğunu ileri sürmektedir. (15) [Gerçekten bu fıkra «yolsuz tescil»den bahsetmekte aynı hakkı ihlal edilen kimsenin

(12) Carry, Sh. 23 (Walter Yung, a.g.e. Sh. 152'den naklen.

(13) Rossel - Mentha, Manuel de Droit Civil Suisse, T.II, Sh. 89.

(14) YUNG, Walter : a.g.e. Sh. 154.

(15) TONGSİR. F. Bedii : a.g.e. Sh. 251'den naklen.

üçüncü (suiniyetli) şahıslara karşı tescilin yolsuzluğunu ileri sürebileceği belirtilmektedir].

e) Mevcut konstrüksiyon.

Gayrimenkullerde tescilin illete bağlı oluşu ile menkullerde teslimin illete bağlı olup olmadığı hususunu kıyas yolu ile halletmek mümkün ve doğru değildir. «Çünkü, gayrimenkullerde mülkiyeti iktisabın bünyesi menkullerdekinden çok başkadır. Gayrimenkullerde mülkiyeti iktisap tapu sicil memurunun resmi muamelesi dışında (16), yalnız borç aktine dayanır, bu akit tasarrufu ihtiva eder. O tarafların nakil hususunda iradelerini ortaya koymaları, hukukî muamele şeklindeki yegâne vakıadır. Bu sebeble muteber olup olmaması mülkiyetin nakli hususunda kat'idir. Menkullerde ise, yalnız ilzamî bir tesir meydana getiren bir satış yanında teslim dediğimiz ikinci bir hukukî muamele mevcuttur. Teslim, satış aktininin te'min edemediği bir şeyi mülkiyetin naklini temin eder. Kanun bu netice için ikinci bir akit, aynı akti lüzumlu gördüğüne göre, mülkiyetin nakli için bu aktin lüzumlu olmadığını, aynı zamanda kâfi geldiğini kabul etmek lâzımdır» (17).

v. Tuhr'un bu aynen naklettiğimiz görüşü yanında, FAVRE da menkullerde iki mukavele ile karşılaşıldığını, halbuki gayrimenkullerde biri resmî şekilde yapılmış bir mukavele ile idarî bir muamele (= tapu siciline tescil) bahis konusu olduğunu, bu itibarla da, teslimi illî bir muamele olarak kabul zaruretinin teyid bakımından gayrimenkullerin intikaline müteallik hükümlere müracaat edilemeyeceğini ifade etmektedir (18).

f) Sebebsiz iktisap dâvalarından (Condictio Indebiti).

Teslimin, başka bir deyimle, menkul mülkiyetini nakletmek için gerekli hukukî muamelenin mücerret oluşu lehinde ileri sürülmüş delillerin en kuvvetlisi, itiraf etmek lâzımdır ki, (Condictio indebiti) dir. Mücerret sistemi teklif eden v. Tuhr yazısında aynen şöyle demektedir :

«İstirdat hakkı ve bilhassa ondictio indebiti (sebebsiz iktisap dâvası) İsviçre hukukunda teslimin mücerret mahiyetini kat'i olarak ifade etmektedir. İS. BK. 63 (TBK 62) (eski İsviçre

(16) «Dışında» kelimesi, ihtimal «yanında» olacaktır. Zira yanlış anlamaya sebep olabilir.

(17) v. TUHR : İsviçre Hukukuna göre Mülkiyetin nakli (Terc: K. Ayiter, Ank. Huk. Fak. Der. 1948, Sh. 162).

(18) FAVRE, (F.B. TONGSİR, a.g.e. Sh. 251 den naklen).

BK. 72 yi tekrar ederek) «borçlu olmadığı şeyi ihtiyarı ile veren kimse hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini ispat etmedikçe anı istirdat edemez» demektedir. Bu istirdat hiç şüphesiz Pandekt hukukundaki gibi istihkak (vindicatio) olmayıp, teslim alanın sebebsiz iktisabından doğan, borçlar hukukuna dayanan bir mütalebedir. Teslim, hukukî sebebine bağlı olsaydı, teslim alan mülkiyeti iktisap etmemiş ve zenginleşmemiş olurdu. Bu sebeble tıpkı İsviçre Medenî kanununda mevcut olduğundan beri gayrimenkuller için (condictio indebiti) olmadığı gibi, menkul-ler içinde sebebsiz iktisap dâvası (condictio indebiti) olmayacaktı. Sebebsiz olarak verilen menkul, gayrimenkullerde olduğu gibi istirdat edilebilecekti. Hatta ödeyen, borcun olmadığını bilse bile.» (19).

v. TUHR, bu hususu belirttikten sonra, «İsv. BK. 63 (TBK 62) nin tatbik sahasının kalmayacağını veyahutta yeniden gözden geçirildiği zaman niçin İsv. BK. na girdiği»nin izah edilemeyeceğini, hele «kanun vazınının mülkiyeti iktisap ile istirdat arasındaki irtibatı bilmemesi» nin kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir (20).

g) Hibe vaadi - elden hibe hükümleri.

Arsebük de bir başka yoldan menkullerde mücerret intikal lehinde mütalâa serdetmektedir. O'na göre, Borçlar Kanununun 238 inci maddesi «hibe taahhüdünün muteber olması tahriri olmasına mütevakkıftır, f 1» demektir. Demek ki, tahriri olmayarak yapılan hibe taahhüdü sonradan yerine getirilirse muteber olmayan bir sebebe istinaden edada bulunulmuş olacak; binaenaleyh, Borçlar Kanununun 61. maddesi mucibince eda istirdada tabi tutulacaktır. Halbuki aynı maddenin 3. fıkrası «hibe taahhüdü tenfiz edilince elden yapılmış hibe gibi olur» diyor. Bu fıkraya göre, şifahî bir taahhüdün yerine getirilmesi lüzum ifade etmekte ve illetteki «muteber olmamak» bozukluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bu da Federal Mahkemenin «kanunda hiçbir sarahat bulunmadığı» delilini sarsacak mahiyettedir. Zira şifahen yapılan bir hibe taahhüdünün ifası «Causa Solvendi» ye, elden yapılan bir hibenin iletisi «Causa donandi» ye istinal eder (21).

(19) v. TUHR; a.g.e. (Terc. K. Ayiter, Ank. Huk. Fak. Mec. 1948 S.h162.

(20) v. TUHR; a.g.e. (Terc. K. Ayiter, Ank. Huk. Fak. Mec. 1948 Sh.163.)

(21) ARSEBÜK, E: Borçlar Hukuku Dersleri, Ank. 1950, 3. Bası, Sh. 293

Fikrimizce bu delil pek kuvvetli sayılamaz. Zira, kanun vazı elden yapılan hibe ile şifahi bir vaade istinaden yapılan edayı birbirinden ayırmanın çok güç, hatta imkânsız olduğunu gördüğümüz içindir ki, her ikisini de aynı hükümlere tabi tutmuştur. Bize, elden hibe müessesesi olmasaydı, kanun vazı usulsuz yapılan bir hibe taahhüdünün yerine getirilmesi halinde mülkiyetin intikal ettiğini kabul etmezdi gibi geliyor. İhtilafları azaltmak için bu yola gidilmiştir. Bu hükümleri mücerret sistem lehinde kullanmak imkânsızdır.

h) Hüsnüniyetli zilyedlik mefhumu ile uygunluk.

Menkul bir şeyin zilyedi onun maliki sayılır, karinesi mücerret intikal sistemi ile uyusmaktadır. Bu karine hem hüsnüniyetli zilyed lehine ve hem de zilyeden bir aynı hakkı iktisap etmiş olan 3. şahıslar hakkında tatbik edilir. Carry, hüsnüniyetin himayesini, mücerret muamelelerin sebeplerinden biri olarak kabul eder (22). Keza, Favre da, müktesibin ve haleflerinin haklarını her türlü ihlâlâ karşı garanti eden hüsnüniyetli iktisapla ilgili kaidelerin zilyedlik mefhumundan çıktıklarını ve mücerret sistemle fevkalade uyuştuklarını ifade etmektedir (23).

§ 5. İLLÎ İNTİKAL SİSTEMİ.

I. BUGÜNKÜ KAZAİ İÇTİHAT.

1. *İsviçre'de*: İsviçre Federal Mahkemesi uzun zaman, alman hukukunun tesiri altında kalarak menkul mülkiyetinin intikalinde teslim hukukî muamelesinin illetten mücerret olduğunu kabul ettikten sonra 1929 da verdiği bir kararla (24) bu içtihadından dönmüş; menkullerde de, gayrimenkullerde olduğu gibi, intikalin illî olduğunu benimsemiştir. O tarihten bu yana verdiği kararların hepsinde bu prensip kararına sadık kalmıştır (25).

Federal Mahkemenin gerekçeleri ile müelliflerin gerekçeleri hemen hemen aynı olduğundan, işbu gerekçeleri doktrinde illiyet sistemi lehinde ileri sürülen fikirlerle tekrar ele almak üzere şimdilik bir tarafa bırakıp, burada, Federal Mahkemenin kararının sadece özetini vermekle iktifa edeceğiz.

(22) TONGSİR; a.g.e. Sh. 250 den naklen.

(23) TONGSİR; a.g.e. Sh. 250 den naklen.

(24) JdT 1930, Sh. 535,

(25) JdT 1952, Sh. 541 : 1939, Sh. 424; 1937, Sh. 107; 1932, Sh. 489.

Adı geçen kararın özeti : Mülkiyetin intikali, intikal muamelesine tekaddüm eden vecibe doğuran mukavelenin muteber olması ile mümkündür. Tarafların sebep (cause) üzerinde uyumuş olmaları kâfi değildir; bu uyumadan başka, bir de sebebin muteber ve fiilen mevcut olması da lâzımdır.

2. *Türkiye'de*. Mücerret intikalde, kazai içtihatlardan bahsettiğimiz sırada belirttiğimiz gibi, Türk Temyiz mahkemesinin bu husustaki kanaatını belirten bir kararına tesadüf imkânını elde edemedik.

II. DOKTRİN.

Doktrinde, illiği kabul edenler arasında bir görüş ayrılığının varlığı müşahede edilmektedir. Gerçekten, Kaden, Federal mahkemenin görüşüne intikal muamelesinin bir sebebinin bulunması gerektiğini kabul ile katılmakta ise de mefruz bir sebebin mevcudiyetini kâfi görmekte ondan ayrılmaktadır. Bu duruma göre illiyet sistemini ikiye ayırmamız icap ediyor.

1. Mefruz İlliyet Nazariyesi.

KADEN'in kanaatına göre, «menkul mülkiyetinin nakli için «Causa Solvendi» mülkiyeti naklin hukuki esası üzerinde tarafların mutabakatıdır; yoksa, edada bulunanın takip ettiği hukuki gaye değildir. Başka bir deyimle, Causa Solvendi tarafların gaye üzerindeki mutabakatı, uzlaşmasıdır. Gerçekte ve objektif olarak mevcut olmasa bile, önceden mevcut olduğu farzedilen bir borcu söndürmek gayesiyle menkul mülkiyetini nakletmek kasdı üzerinde taraflar uzlaşmışlarsa, causa solvendi mevcuttur. Burada, mevcudiyeti mefruz bir sebep mevzuu bahistir. Mefruz sebep varsa, mülkiyet intikal eder. Söndürülecek borcun fiilen (gerçekte) mevcut olmaması sebepsiz iktisap davası açma imkânını verir (26).

2. Gerçek İlliyet Nazariyesi.

Bu nazariyeye göre mefruz bir sebebin mevcut olması kâfi değildir. Söndürülecek borç fiilen ve objektif olarak mevcut değilse mülkiyeti naklin sebebi yoktur. Başka bir deyimle, bir taraftan hukuki gaye üzerinde rızaların uzlaşması, diğer taraftan da bu gayenin gerçekten ve fiilen mevcut olması lâzımdır. Görülüyor ki, bu nazariyeye göre, nakil muamelesinin mefruz bir illetinin olması kâfi olmayıp borç doğurucu aktin (yahut mua-

(26) TONGSİR : a.g.e. Sh. 253, 254.

melenin) dahi muteber olması, yani borç doğurucu aktin illetinin mevcut olması gerektir (27).

3. İllî İntikal lehinde ileri sürülen mütalâalar.

a) Tarihi inkışaf.

Tarihî inkışaf nazarı itibara alındığında şu delil ortaya çıkmaktadır: «Aynı sözleşme nazariyesi ne kantonlar hukukunca, ne de eski cermen ve fransız hukukunda biliniyordu. Sebebin olmaması mülkiyetin iktisabının butlanını istilzam eder» (28).

b) Mücerret sistemin sun'iliği.

Birçok müellif, mücerret borç ve mücerret intikalin pozitif hukukun yarattığı sun'i bir müessesese olduğunu belirtmektedir (29).

Meselâ,

Walter YUNG : «Mücerret borç mefhumu bize, hukukî esprinin pek sun'i bir yaratması gibi gözükmemektedir ve hiçbir zaman tarafların kasıtlarının tabii bir inikâsı değildir.» (30).

Regelsberger § 167 «mücerret hukukî muameleler pozitif hukukun sun'i mahsülleridir» (31).

Klingmüller de mücerret muamelenin bir istisna, mahiyeten sun'i olduğunu ve yalnızca pozitif hukukun maddî muamele (= acte materiel) ile mücerret muamele (acte abstrait) arasında ayırma yapabileceğini söylemektedir (32).

Yukarda işaret ettiğimiz müelliflerin fikirlerinden anlaşılacağı üzere, mücerret muameleler ve borçlar pozitif hukuk tarafından yaratılmış sun'i müesseseler olduklarına göre, kanun tarafından açıkça belirtilmediği takdirde, şu muamele illidir, bu beriki değildir denemez (33). Schlosmann'da illetten tecrit için yegâne yetkili kaynak olarak kanunu göstermektedir (34).

(27) Wieland- Droits Réels, Art. 714 CCS; Homberger et Marti- Propriété mobilière, III, FJS No. 670; Tuor: Le code civil Suisse, Zurich 1942, Sh. 497.

(28) Wieland : a.g.e. Art. 714. şerhine bk.

(29) Meselâ : Salpius § 36 «Sans la forme légale privilégiée qui rend possible une demande basée sur une dette abstraite de 100, la séparation (entre volonté et la cause) ne serait pas conceivable; les 100 restaient toujours le prix de la vente» (Yung, a.g.e. Sh. 82 den nakil.

(30) Yung : a.g.e. Sh. 78.

(31) Yung : a.g.e. Sh. 82 Not 1 den naklen.

(32) Yung : a.g.e. S. 82 Not 1 den naklen.

(33) Yung : a.g.e. Sh. 81.

(34) Yung : a.g.e. Sh. 78 den.

c) Hüsünüyeti Himâye.

Tasarruf muamelelerinde müktesibin ve üçüncü şahısların himâyesi bakımından mücerret intikalın kabulü zaruretini iddia edenlerin fikri, MK. nunca hüsünüyetli müktesibin himayesi için hükümlerin konuşundan sonra demode bir hale gelmiş bulunmaktadır. Gerçekten, hüsünüyetli müktesiplerin himâye edilmediği rejimlerde mücerret sistem ister istemez kabul edilmişti. Amma, hüsünüyetli müktesibin himayesi için kaideler konunca, Wieland'ın dediği gibi, «bu sebep... sakıt olmuştur» (35).

*Kaldı ki, mücerret sistemde çok aşırı bir himâye olduğu da gözden kaçmamaktadır. Gerçekten, mücerret intikalde, hem hüsünüyetli hem de suiniyetli müktesipler himâye edilir. Bunun hak ve nasafete uyacağı iddia edilemez. Hüsünüyetli müktesibin himaye edilmesi ile 3. Şahıs hüsünüyetli sebebiyle aslı (originaire) malik olur. Yani ister aynı mukavele ve ister borç doğuran muamele batıl olsun netice değişmez. Böyle olunca, hiçbir zaman himâyeye lâyık olmayan suiniyetli müktesibi de himâyeye edecek kadar geniş neticeler doğurmaya müsait bir sistemi kabul etmenin mahzurlu olacağı tabiidir (36).

d) İspatı Güçleştirme ve Meseleleri karıştırma.

Mücerret sistem zannedildiği gibi ispatı kolaylaştırmaz. Bilâkis, güçleştirir. Zira, sebebin batıl oluşunun, nakli de batıl kıldığı hallerin tefriki güçtür. Meselâ, devredenin hile, tehdit ve korku ile borç tevhit eden muamelede rızasını beyan ettiğini farzedelim. Bu korku, hile, tehdit hallerinin tasarruf muamelesine de sirayet edip etmediğini söyleyebilmek kolay değildir (37).

e) İsviçre Hukukunun Vahdeti.

Bu delil, gayrimenkule müteallik hükümlerin menkullerde de kıyas yolu ile tatbik edilmesi gerektiği fikrine dayanmaktadır. Wieland'a göre, «İMK 974, F2 (TMK 932) (haksız ve lüzum ifade etmeyen hukukî bir tasarruf mucibince yapılan tescil yolsuzdur) kesinlikle, meseleyi halletti. Gerçekten madde 974, (TMK 932) ancak gayrimenkullerin iktisabı için hukukî sebebin ehemmiyetinden bahsediyor. Halbuki menkul şeyler hakkında böyle bir hüküm konmamıştır. Fakat, şüphe halinde, gayrimenkullerle ilgili ve hususiyle üzerinde durduğumuz meseleyi bahis konusu eden

(35) Wieland : a.g.e. madde 714. şerhi.

(36) TONGSİR : a.g.e. Sh. 256 - 257.

(37) Wieland : a.g.e. madde 714 Şerhi.

hükümler, menkul şeylere de tatbik edilmelidir.» (38) Zira Gayrimenkullerin intikalinde, resmi hukukî muamelenin ve tapu siciline tescilin merasime tabi şekilleri sayesinde hukukî sebep ile aynı sözleşme arasındaki (zıddiyet = opposition) farklılık menkulların nakline nazaran daha kolaylıkla kabul olunur. Başka şekilde ifade edilmek istenirse, aynı sözleşme ve hukukî sebep farkı menkullerde de var. Fakat gayrimenkullerde olduğu kadar bariz değildir.

İsviçre ve Türk Hukukunda tapu sicilli ve zilyedlik, aleniyeti temin bakımından aynı gayeye müteveccih birer müessesesedirler (39). Yani bu iki müessesenin hukukî ve iktisadî rolleri tamamen aynıdır. Bu husus, esasen, medeni kanunun her iki müesseseyi aynı kısımda tanzim etmiş olmasından da kolayca anlaşılacaktır. Aynı role ve gayeye sahip iki müesseseden birinin illiyet sisteminin ve diğerinin mücerret sistemi gerektirdiğini söylemek İsviçre ve Türk Medeni Kanun'larının vahdet teşkil etmediğini iddia etmek mânasına geleceği kanaatındayız.

Veleve ki, kanun vazının, Alman hukukunun tesirinden, sadece gayrimenkullerde kurtulmuş olduğu ve menkullerde buna muvaffak olamadığı kabul edilsin, kanunda mevcut sükütü, yine de illilik lehine yorumlamak, kanunun esas ruhuna daha uygun olacaktır.

f) *Condictio Indebiti* dolayısı ile yapılan itirazın yersizliği.

Menkullerde teslimin illete bağlanması halinde *Condictio Indebiti*'ye müstenit sebebsiz iktisap dâvası açmanın imkânı kalmayacağı itirazı doğru değildir. Çünkü, Wieland'ın da belirttiği gibi, İBK. 63 (TBK 62) illiyet prensibi kabul de edilse, çok geniş bir tatbik sahasına maliktir. Meselâ, müktesip malı istihlâk etmişse, başka bir şeyle birleştirmişse, tahrip etmişse, hüsnüniyetli bir üçüncü şahsa temlik etmişse, *condictio indebiti*ye müracaat edilecektir. Zira bu hallerde malikin istihkak dâvasına müracaat etmesi bir netice vermeyecektir. O halde, *condictio indebiti* talî, yardımcı bir yoldur. (40) Bundan başka, münhasıran *condictio*'ya müracaat edilebilecek haller de vardır. Meselâ, tam bir mücerret borcun vaad veya eda edilmesi gibi... Görülüyor ki, bu misaller, TBK, 62 nin ilga edildiği itirazını bertaraf etmeye kâfi gelmektedir.

(38) Wieland : a.g.e. 714 Madde şerhine bk.

(39) Tuor : Le code Civil Suisse, Zurich Sh. 397; Saymen: Eşya Hukuku, İst. 1954, Sh. 21.

(40) Wieland : a.g.e. madde 714 şerhine bak.

Hukukî sebep olmaksızın devredilen şeylerin karıştırılmasından istihlâk edilmesinden dolayı açılacak zenginleşme dâvasının *condictio indebiti* olmayıp, *condictio sine causa* olduğu iddiası (41) da doğru değildir. Zira, *Condictio sine causa*, ancak devredenin, temlik iradesine sahip olmadığı veya tarafların sebep üzerinde mutabık kalmadıkları veyahutta mâmelek değişikliği bir 3. şahsın fiili veya harici bir hâdise ile tahaddüs etmişse vardır. Halbuki, *condictio indebiti*, *causa Solvendi*'nin ademi mevcudiyeti halinde bahis konusudur. (42)

Kaldı ki, *condictio indebiti*'nin mücerret intikal lehinde pek zayıf bir delil olduğu, zira *condictiones*ler sisteminin artık mevcut olmadığı ve birçok hususi dâvalar yerine yalnızca bir dâvadan, haksız zenginleşme dâvasından bahsedildiği de tebarüz ettirilmektedir. (43)

g) Psikolojik delil.

Psikolojik bakımdan sebep olmaksızın herhangi bir hukukî muamele yapılmayacağı ve aksi takdirde yapanın bir deliden başka bir kimse olamayacağı söylenmektedir. Hukukî sebebin, hukukî muameledeki rolünü ve teslimin mahiyetini Schlossmann 1886 tarihinde neşrettiği doktora tezinde şöyle ifade etmektedir.

«Mahiyetine göre gaye, bir hukukî muamelede ifade edilmiş fradeden ayrı bir şey değildir. Fakat onun inşai bir unsuru ve hatta, isteyen kimse bakımından iradesinin esaslı unsurudur: Gayeme erişmek için veririm veya taahhüt altına girerim; bu itibarla, gayeme ulaşmayı ümit etmeseydim, vermezdim veya taahhüt altına girmezdim. Teslim, taahhüt edilen borç benim için kendiliklerinden ilgisizdirler. Onlar beni ancak, beklenen netice sebebiyle ilgilendirirler; Benim için gaye değildirler; fakat gayeye ulaşmak için vasıtadırlar. Vasıta gayeye bağlıdır. Gaye ve vasıta... her ikisi tarafımdan istenir, ancak sonuncusu, yani vasıta yalnızca birincisinin gerçekleşmesine götürdüğü müddetçe tarafımdan arzu edilir, götürmediği takdirde ise istenmez.» (44)

Schlossmann'ın belirttiği üzere, teslim hukukî muamelesi bir vasıttan başka bir şey değildir. Normal münasebetlerde bir hukukî muamelede sebebin mevcut olması gerektiğine göre, medeni

(41) v. Tuhr : a.g.m. (F.H. Saymen, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları II, Sh. 311.).

(42) Tongsir : a.g.e. Sh. 259.

(43) R. Demogue, *Traité des Obligations*, T.II. Paris 1923 s. 749; Tongsir, a.g.e. Sh. 259.

(44) *Capitant*, a.g.e. Sh. 20 - 21'den naklen.

kanundaki sükûtu illilik lehinde yorumlamak kanaatımızca daha doğru olur.

h) Zilyedlik karinesinin çürütülebilmesi.

Bazıları zilyedlikten çıkan karineyi mücerret intikal lehinde bir delil olarak göstermekte iseler de bu görüş doğru olamaz. Çünkü, bir defa, zilyedlik mülkiyet demek değildir. Sonra da, zilyedlikten çıkan karinenin her zaman çürütülebilmesi de imkân dahilindedir.

i) Teslime yalnız mülkiyetin naklinde müracaat edilmemesi.

Mülkiyetin intikal ettirilmesi için başvuru teslim, başka hukukî muamelelerde de başvuru bir vasıttır. Meselâ, menku, rehninde, ariyette, vadiada v.s. de zilyedliğin devri, yani eşyanın teslimi zaruridir. Bütün bu halleri birbirinden ayıran başka bir deyimle, bu muamelelerin mahiyetini belirten, teslimin dayandığı hukukî muameledir. Teslimi, mülkiyetin intikalinde illetten mücerret kabul edersek, diğer halleri bu muameleden ayırmak için elimizde bir kıstas kalmayabilir. Bu sebeple teslimi mülkiyetin intikalinde illî bir hukukî muamele olarak kabul etmek zaruridir.

1) Aşırı neticeleri bertaraf edecek tedbirlerin alınmamış olması.

Biz, menkul mülkiyetinin intikalinin mücerret olması halinde doğabilecek bazı aşırı neticelerin bertaraf edilmesi için tedbirler alınmamış olmasını kanun vazının illiyet sistemini arzu ettiği mânasında anlamaktayız. Gerçekten bir kanun vazısı herhangi bir sistemi kabul ederken o sistemle beraber gelen ve hukuk hissini rencide edecek kadar aşırı bazı mahzurları bertaraf etmek üzere tedbirler alır veyahutta almalıdır. Misal olarak Alman Medenî Kanununu zikredebiliriz. Daha önce de belirttiğimiz gibi BGB, mücerret intikal sistemini benimsemiştir. Yani malik müktesibe karşı ancak şahsî bir zenginleşme dâvası açabiliyor. Müktesipten o şeyi devralanlara müracaat hakkı yoktur. İşte bu sert ve aşırı neticenin iki istisna ile yumuşatılması cihetine gidilmiştir (BGB § 816 ve 822).

1) Bir kimse başkasına bir şeyi, hüsnüniyetli bir şahsa ivazsız olarak temlik etmişse, temlik edene (sebebsiz iktisap dâvası ile) müracaat, neticesiz kalmaya mahkûmdur. Fakat, Kanunun verdiği imkânla ivazsız iktisapta bulunana hüsnüniyetli de olsa, sebebsiz iktisap dâvası açılacaktır.

2) Bir kimse, muteber bir sebep olmaksızın veya hiç sebep olmaksızın -mücerret sistem icabı- iktisap ettiği bir şeyi üçüncü bir şahsa ivazsız olarak temlik etmişse bu üçüncü şahıs hüsnüniyetli de olsa haksız zenginleşme dâvasına maruz kalacaktır. İşte biz, bu ve buna benzer aşırı neticeleri bertaraf edecek tedbirlerin kanun vazınca derpiş edilmemesi karşısında, menkulerde intikalın illî olduğunun kabulünün daha iyi ve hukuk hissinin rencide edilmesine mâni olacak bir tutum bulunacağı kanaatini taşımaktayız.

j) Şartlı temlik halinde mücerret intikalle çelişiklik.

Zilyedliğin devri vakıası, illetten mücerret olarak kabul edilirse, şartlı temliklerin yapılması tehlikeli neticeler verebilir. Zira bu şart ekseriya borç doğuran mukavelede derpiş edilmiştir. Eğer borç doğuran mukavele ile zilyedliğin devrine müteallik hukukî muameleyi birbirinden müstakil, bu manâda ikincisini mücerret sayarsak, şart hükümleriyle teslim müteallik hükümler çelişiklik arzedebilirler

§ 7. N E T İ N E.

Yukarıdaki izahımızın ışığı altında bir neticeye varmak istersek, diyebiliriz ki, menkul mülkiyetinde hali hazır duruma göre illiyet sisteminin kabul edilmesi daha doğrudur. Gerçi, bu veya şu sistemin kabul edilmesi meselesi, aslında bir hukuk siyaseti meselesidir. Ancak, Kanun vazımız, bu meselede sakit olduğuna göre, memleketimizin bünyesi de nazara alınarak en uygun olanının ve kanun vazınca susulmasaydı, medenî kanunun diğer müesseselerile ahenk halinde hangisinin tercih edilebileceğini araştırmak zaruretindeyiz. İşte bu araştırma sonunda da bu paragrafın başında belirttiğimiz gibi menkul mülkiyetinin intikalının illetine bağlı olması gerektiği neticesine varmış bulunuyoruz.

Şu hale, göre, bir menkulun mülkiyetinin intikal edebilmesi için dört şartın bulunması lâzımdır.

- 1) Zilyedliğin devri.
- 2) Aynı akit (Mülkiyeti nakil ve iktisap iradesi).
- 3) Tasarruf selâhiyeti.
- 4) Hukukî sebep.

Hukukî sebebin dördüncü bir unsur olarak kabul edilmesinin doğruluğunu, son zamanlarda Alman mahkemelerinin bir tutu-

munu zikretmek suretiyle de belirtmek mümkündür. Gerçekten «son zamanlar Alman mahkeme içtihatlarında, menkul mülkiyetinin naklinde tarafların sebebe ait muamelenin muteber olması şartı ile, mülkiyeti nakletmek arzusunda oldukları, yani mülkiyetin naklinin, sebepli bir muamele olduğu kabul edilmek suretiyle Alman Medeni kanununun prensibini bertaraf etmek temâyülü kuvvetli bir şekilde müşahade edilmektedir» (45). Almanya'da bile vazgeçilmek istenen, henüz tatbik edilmekte olan hükümleri bertaraf etmek üzere gayret sarfedilen bir sistemin benimsenmesi ne dereceye kadar doğru olur, sorulmaya değer bir nokta olarak kafamızda belirmiş bulunmaktadır.

Keza, Federal mahkemenin kararı, bizim memleketin realite-leriyle de uyuşmaktadır. Eğer, illetten mücerretlik sistemi kabul edilirse memleketimizde çok fazla suistimale uğrayacağını çok kuvvetle tahmin etmekteyiz.

(45) Andreas B. SCHWARZ, a.g.e. Sh. 120.

B İ B L İ Y O Ğ R A F Y A

1. ARIK K. Fikret : Mücerret alacakları nazariyesine dair. Ad. Cer. 1943, Sh. 13-32.
2. ARSEBÜK, Esat : Borçlar Hukuku. 3. Bası, Ank. 1950
3. ARSLANLI, Halil : Ticarî Bey, 3. Bası, İstanbul 1950.
4. AYİTER, Ferit : Hukuki muamelelerde illet, illetten tecrit ve illet-sizlik Adliye Cer. 1938-39.
5. BİRSEN, Kemalettin: Borçlar hukuku Dersleri, K. 2, İst. 1943,
6. BUFNOİR : Propriété et Contrat, 2 ème Ed. Paris 1924
7. BUSSY, A. : (Terc. K. T. GÜRSOY) İsviçre Hukukunda sebebsiz zenginleşmenin umumî şartları üzerinde bir inceleme, Ankara Huk; Fak; Der. C. III, 2-4, sh. 581-632.
8. CAPİTANT, Henri : De la Cause des Obligations, Paris 1927.
9. HOMBERGER-MARTİ : Fiches Juridiques Suisses, No. 670..
10. SAYMEN, F. Hakk : Medeni Hukuk Dersleri, IV Eşya Hukuku İst, 1954
11. SCHWARZ, A. : Medenî Hukuka giriş, İst. 1942
12. RENE Demogue : Traité des obligations en general. Paris 1923, T. II.
13. Rossel - Mentha : Manuel de Droit Sivil Suisse, T. II.
14. Wieland : Les Droits Réels, T. 2. Paris 1914. terc : Kanuni Medeni-de Aynî Haklar, Karafakih, İst. 1933.
15. v. TUHR : İsviçre Hukukuna göre Mülkiyetin nakli (Terc : Kudret Ayiter,) Ankara Huk. Fak. Mec. Cilt IV.
16. TONGSİR, R. B. : Les actes juridiques concrets et les actes juridiques abstrait en droit privé Suisse, Thèse Genève. İst. 1951.
17. YUNG, Warter : La théorie de l'obligation abstraite et la Reconaissance de dette non causée en droit Suisse, Thèse Genève 1930