

İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli (*)

Yazan :
Andreas v. TUHR

Tercüme eden :
Kudret AYİTER
Ankara Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Asistanı

c) İs. B. B. 18 [T. B. K. 18]'e göre muvazaaya dayanan bir satış akti bâtil olduğundan (44) satılan malın iktisab eden namına teşçil edilmesi İs. M. K. 974 [T. M. K. 932] maddesinin anladığı manada sebepsizdir. Mülkiyetin nakli ciddi şekilde kast edilmiş, fakat semenin tediyeye edilmeyeceği gizlice kararlaştırılmışsa, akti hakikî mahiyetine göre bir hibe vaadi olarak kabul etmek lâzımdır. Resmî sicilde vaadin ivazsız olduğunun belirtilmediği bu gibi hallerde, İs. B. K. 243 II [T. B. K. 238 II] deki şekle riayet olunup olunmadığı suali doğur. Alman Medenî Kanunu bu vaziyette hibeyi muteber ad eder (45). Mülkiyetin illetten mücerret nakli vaadi-E. Huber'in kabul ettiği gibi - kâfi bir hukukî sebep (46) ad edilirse hibenin muteber olduğunu kabul etmek lâzımdır. Çünkü semendeki muvazaa meselesi ortadan kalktıktan sonra geriye, hibe denilmemekle beraber, hibe kast edilen bir mülkiyetin nakli vaadi kalır. Bu vaad için İs. M. K. 657 [T. M. K 634] deki şekil kâfi gelir (47).

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt III, sayı 2, 3, 4, sayıya 633 deki yazının devamı.

(44) Kanaatimce muvazaalı muamelenin feshinden (Anfechtung) (Becker, madde 18'e ait 25 not ve müt. not) bahs etmek doğru değildir. Fesih kelimesini muamelenin muteber olmamasının taraflardan birinin iradesine bağlı olduğu hallere hasretmek lâzımdır. Muvazaa'da her iki taraf aktin muteber olmadığını dermeyen edebilir.

(45) 11. Şubat 1919 tarihli, 45 II s. 27 karar. Praxis 8 s. Nr. 40 da da neşredilmiştir. (Alman Temyiz mahkemesi 62 s. 175 kararının zikredilmesi kanaatimce doğru değildir.) Leeman, Schw. JZ 13, 273

(46) Yukardaki Not 25 ile karşılaştır.

(47) Benim Allgem. Teil § 73 not 83 ve Alman Temyiz mahkemesinin yeni 98, 125 kararını karşılaştır.

c) (**) İrade fesadı (Hata (48), hile, ikrah) bulunduğu vakit satış akti lüzum ifade etmez, İs. B. K. 23 ve müteakip [T. B. K. 23 ve mütea.], ve bu sebeple teşçil sebepsizdir: Fakat aktin lüzum ifade etmemesi ve yapılan teşçilin doğru olmadığı yalnız iradesi fesada uğrıyan tarafça dermeyan edilebilir. İs. B. K. 31. [T. B. K: 31] deki bir senelik mehil kullanılmadan geçer veya icazet verilirse satış akti sonradan, mâkabline tesir edecek şekilde muteber olur. Bilhassa itiraza hakkı olan satıcının, satış aktinin hükümsüzlüğünü bildiği halde, teşçil talebinde bulunması akde icazet manasına gelir (49). Satış aktinin muteber bir hale gelişi ile teşçil haksız olmaktan çıkar. Gabin'in irade fesadına benzer tesiri vardır, İs. B. K. 21 [T. B. K. 21]: satış akti, in'ikadından itibaren bir sene zarfında itiraz edilirse lüzum ifade etmez (50). Teşçil haksızdır. Fakat itiraz hakkının mevcut olduğu bilindiği halde yapılmışsa muteber olur.

d) Ahlâka mugayir bir akit batıldır, İs. B. K. 20 [T. B. K. 20]: Bir umumhanenin satışı, gayrimenkuller sahasında, böyle bir butlanın misali olabilir (51). A ve B arasındaki satış akti batıl olduğu için İs. M. K. 974 II [T. M. K: 932 II]'e göre teşçil, alıcı B ye mülkiyeti temin etmez (52). Bundan dolayı satıcı A (semeni almış olsa bile) ev için istihlak davası açabilir ve semeni geri vermiye mecbur değildir. Çünkü semenin geri istenmesi İs. B. K. 66 [T. B. K. 65]'a göre alıcının ahlâka aykırı hareketi sebebiyle imkânsızdır (53). Bu netice bana umumhanenin satışından fazla ahlâka aykırı görünüyor. Satıcının evi geri almasına ve alıcıyı gabin halinde bırakmasına izin vermek tahammül edilmez bir şey olurdu. Fakat alıcı B, evi X e satar ve X (A ile B arasındaki) birinci satış aktinin ahlâka mugayir olduğunu bilirse netice

(**) Aslında hataen iki defa c) harfi kullanıldığında bu bölüme ç) denmiştir.

(48) Meselâ satış aktinde, ne satıcı ne de alıcı tarafından kast edilmeyen bir gayri menkule ait kadastro numarası yanlışlıkla zikredilmişse... esaslı bir hatâ var demektir.

(49) Federal mahkeme 27 II s. 517

(50) İhtikârdaki butlanın ayenen irade fesadındaki gibi ad edilmesi lâzım geldiğini kabul ediyorum. Her iki halde de yapılan muamele hükümsüzdür. Ancak itiraz edilmezse muteber hale gelir.

(51) Federal mahkeme 33 II s. 430

(52) Alman hukukunda ferağın mücerret olması sebebiyle durum başkadır, benim Allgem. Teil § 73 not 42 karşılaştı. Kazaî içtihatların tatmin etmeyen neticeleri hakkında § 70 not. 50. Aynı aktin mücerret olduğu nazariyesine itiraz eden (yukarda not. 7 a-ya karşılaştı) ve bu sebeple ahlâka mugayir bir hukukî muamele ile mülkiyetin naklini tahakkuk ettirmek istemiyen Rumpf, Arch. f. zivil Prax, 117, 315 ve müteakip.

(53) Gierke, Deutsches Privatrecht II § 218 not. 89.

daha ziyade şaşırtıcıdır. X mâlik olmayacak, İs. M. K. 974 II [T. M. K. 932 II], ve evi A ya iade etmeye mecbur olacaktır (54). Satıcının kendi ahlâka muhayir hareketine istinad ederek diğer âkidin zararına faydalar temin etmesi veya alıcının hukukî halefinden malı geri alması kanunun isteği olmasa gerek. Bütün bu mülâhazalara karşı, satıcının mütalebesinin hasmının zenginleşmesine değil (bu halde İs. B. K. 66 [T. B. K. 65]'e göre talebinin reddi icap ederdi), devam edegelen mülkiyetine istinad ettirdiği şeklindeki, hukuk tekniğine dayanan tefrik, nazarı itibare alınamaz. Bu sebeple ister madde 66 [T. B. K. 65] tefsir edilerek tatbik edilsin (55) ister İs. M. K. 2 [T. M. K. 2] den istifade suretile olsun satıcının ihtihkâk talebinin red edilmesi lâzımdır. Tatbikatta ev alıcı B nin veya hukukî halefi X in e'inde kalacaktır. Bununla beraber malik olarak değil. Çünkü halâ A ya ait olan mülkiyet ahlâka aykırılık sebebiyle diğer tarafa geçmemektedir (56). Bu misalle İsviçre Medeni Kanununda kaide olarak vaz edilen mülkiyeti iktisabın hukukî sebebe bağlılığının, illî muamelenin (illete bağlı muamelenin) ahlâka aykırılığı halinde kayıtsız şartsız tatbik edilemeyeceği görünüyor. (57).

e) Hukuki muamele, mülkiyeti nakil hususunda mücerret bir vaatten (58) ibaret ise ve bu vaatten hukukî sebebin bulunmamasından dolayı, sebepsiz zenginleşme esaslarına göre rücu edilebiliyor veyahut ifası icap etmiyorsa hukukî muamele lüzum ifade etmez.

f) Temsil selâhiyeti bulunmayan bir mümessil tarafından mâlik namına yapılan satış akti de mâliki ilzam etmez (59). Bu noksan, malikin icazeti ile bertaraf edilebilir, İs. B. K. 38 [T. B. K. 38]

(54) Misal: A, B ye bir umumhane satmıştır. Ahlâki himaye eden bir cemiyet bu vaziyete nihayet vermek kararı ile evi B den satın alıyor. Cemiyet, mülkiyeti iktisap etmesi sebebiyle evi A ya iadeye mecbur olduğunu hayretle görecektir. Çünkü cemiyetin evi satın alması gayesinden, A ile B arasındaki satış aktinin ahlâka aykırılığını ve bu sebeple hükümsüzlüğünü bildiği anlaşılıyor.

(55) Neubecker, Arch. F. bürgerl. R. 22, 70, Ztsch. F. Schw. R. 33, 355;

(56) Bu iki taraflı durum (A mâlik olduğu halde evi B den alamamaktadır) madde 661 [T. M. K. 638] e göre iktisabî müruru zaman tahakkuk edinceye kadar devam etmektedir. Fakat iktisabî müruru zaman, hüsniyetin bulunmaması, satıcının alıcının zilyetliğine itiraz etmesi gibi sebeplerle kolaylıkla imkânsız hale getirilebilir.

(57) Mülkiyetin illete bağlı intikalinin tatbik imkânı hakkındaki şüphelerimize müşabih şüphelerle yukarda a) da illete bağlı, muamelelerde şekil noksanı bahsinde karşılaştık

(58) Yukarda No. 25 karşılaştık.

(59) İktisap edenin, başkası namına hareket eden, temlik edenin de temsil selâhiyeti bulunduğuna inanması, tıpu sicili hukukunda himaye görmemektedir. Wieland Bem. 3 c zu 974

g) Alacaklıların İsviçre İflas k. 285 ve müteakip'e istinaden satış aktine itiraz edebilmeleri İs. M. K. 974 [T. M. K. 932] manasında hukukî sebepte bir sakatlık manasına gelmez (60). Çünkü satış akti satıcı için muteberdir. Akit yalnız alacaklılarına karşı hükümsüzdür. İsviçre hukukunda hâkim olan görüşe göre bu hükümsüzlük tamamen şahsidir ve İsviçre İflâs kanunu mad. 291' (61) e göre iade mutalebesine vücut verir.

h) Muteber bir teşçil, hukukî sebebin sonradan zail olması ile, sebepsiz olmaz (62). Bundan dolayı infisahî bir şarta bağlı satış aktine istinaden yapılan teşçil şartın tahakkuku ile muteber kalır (63) ve temlik eden için, diğer tarafın zenginleşmesi sebebiyle mülkiyetin tekrar kendisine nakli (cond. ob causam finitam) mütalebesi doğar. Aynı şey, satıcı tarafından, alıcının semeni ödemek hususunda mütemerrit olması halinde şart kılınan fesihte de (64) caridir, İs. B. K. 214 III [T. B. K: 211 III]: Bunun gibi İs. B. K. 205 [T. B. K. 202] deki satış, mülkiyetin rücuu neticesini tevhit etmeyip alıcının gayri menkulü iade hususundaki borç taahhüdünü meydana getirir.

Mülkiyeti iktisabın yegâne maddî şartları teşçilin yapılması ve hukukî sebebin bulunmasından ibaret değildir. Mülkiyeti nakletmek isteyenın tasarruf iktidarı, kanun tarafından zikredilmiş olmamakla beraber, tabii bir şarttır. Mülkiyeti nakletmek isteyenın mâlik olması lâzımdır (65). Eğer temlik eden, tapu sicilinde mâlik olarak kayıtlı ise bu şart iktisap edenin hüsnüniyeti ile telâfi edilebilir, İs. M. K. 973 [T. M. K: 931]. Fakat hal icabına göre beklenen ihtimamın bulunmaması sebebiyle hüsnüniyetin mevzubahis olmadığı hallerde nazarı itibare alınır İs. M. K. 3 II [T. M. K: 3 II]. Temlik edenin hangi anda mâlik olması lâzımdır? Satış aktinin yapıldığı anda mülki-

(60) Wieland, 974'e ait 3b notu.

(61) Jager. İsviçre İflâs Kanunu 285'e ait 1 a notu

(62) Ostertag, 974'e ait not. 9. İrade fesadında ve gabinde vaziyet başkadır. Çünkü İsviçre hukukunda bu vakialar, bir «fesiht» şeklinde dermeyan edilseler bile, muamelelenin bidayetinden beri muteber olmaması neticesini tevhit ederler.

(63) İ. B. K. 217 [T. B. K. 214] maddesi infisahî şarta bağlı bulunan satış aktine istinaden teşçilin yapılmasına mani değildir.

(64) Oser, B. K. 109'a ait not. 2.

(65) Teşçil talebi için temlik edenin mâlik olarak kayıtlı bulunması şekli bakımından lüzumludur. Yukarda Not. 13 karşılaştır.

(66) Çünkü bilindiği gibi satış akti yabancı bir mal üzerinde yapıldığında da ilzam edicidir.

yet ne lâzım ne de kâfidir (66). Mülkiyet, iktisab edene geçeceği anda, yani teşçil anında (67 a) mevcut olmalıdır (67). Meselâ birisi gayrimenkulünü A ve B ye satmış ve A namına teşçil edilmiş olsun. Artık B için teşçil imkânı kalmaz. Çünkü bu ikinci teşçil anında temlik edenin mülkiyet hakkı yoktur. İki alıcıdan hangisinin tescile ulaşabileceği ve bu suretle diğerine mani olacağı keyfiyeti İs. M. K. 967 [T. M. K: 926] nin tanzim edici hükmünün (Ordnungsvorschrift) tatbiki neticesi olarak, bu husustaki müracaatın takaddümüne bağlıdır. Fakat B, ona ait akit daha sonra bildirilmiş olduğu halde, İs. M. K. 967 [T. M. K. 926] ihlâl edilerek, ilk önce teşçil edilmişse iktisabın bütün maddî şartları mevcut olduğundan B mâlik ad edilecek ve A nın teşçiline artık imkân bulunmayacaktır (68).

Temlik, temlik edene ait bir tasarruf tahdidinden dolayı mümkün oluyabilir, İs. M. K. 960 [T. M. K: 920]: Bazı hallerde tasarruf tahditleri tapu siciline şerh verilmekle doğar: Ezcümle hacizde, İsviçre İflas kanunu 101, ihtiyatî hacizde, İsviçre İflâs kanunu 275, ve iflâs mahkemesinin aldığı ihtiyatî tedbirlerde, İsviçre İflas Kanunu 170 de olduğu gibi. Bu gibi hallerde temlik tapu dairesine bildirilmişse temlikten sonra teşçil edilecek olan tasarruf tahdidî tesirini göstermez, İsviçre M. K. 967 [T. M. K. 926]. Buna mukabil iflasın açılmasında İs. M. K. 960 [T. M. K. 920]'e göre tapu siciline verilen şerhten evvel borçlu için bir tasarruf tahdidi meydana gelir, İsviçre İflas Kanunu 204. Konkordato gecikmesinde de vaziyet aynıdır, İsviçre İflas Kanunu 298. Temliğin teşçil edildiği anda mevcut bu gibi tasarruf tahditlerinin tesirlerini, kabul etmek icap eder. Ancak, temlik yevmiye defterine kaydedildikten sonra (69) doğan tasarruf tahditlerinin teşçile tesiri olamaz. Çünkü İs. M. K. 973 II [T. M. K. 931 II] göre teşçilin hükmü, yevmiye defterine kayıt tarihine irca edilmektedir

Temlik edenin teşçilin yapılmasına izni, mülkiyeti naklin diğer bir maddî şarttır. Kanunlarda bulunmamakla beraber bu şarta şerhlerde (70) tesadüf edilmektedir. Teşçil beyanı, tapu sicil dairesinin çalışmalarının şekli şartı ol-

(67) Benim Allgem. Teil § 60, Not 21 karşılaştır.

(67 a) Mülkiyetin sonradan iktisap edilmesi ile temlik muteber hale gelir.

(68) İs. M. K. 972 II [T. M. K. 930 II] deki gibi, yevmiye defterine kayıt anına irca, burada caîr olamaz. Çünkü A hiç kayıt edilmemekte ve bu sebeple mülkiyet hakkı doğmamaktadır.

(69) Wieland, İs. M. K. 972'e ait 8. not. Alman Hukukunda vaziyet buna müşabihdir, B. G. B. § 878.

(70) Wieland, 963'e ait not. 2. Ostertag, 963'e ait 4 ve 53. notlar

duğu gibi İs. M. K. 963 [T. M. K. 922], temlik edenin mülkiyetin nakline müteveccih irade beyanı olması itibarile hususî hukuk bakımından ehemmiyetlidir. Satıcının satış aktinde mülkiyeti devretmek iradesini izhar etmiş olması kâfi gelmemektedir. Bu iradeyi teşçil talebinde bulunurken bir daha beyan etmesi lâzımdır. Bu bakımdan teşçil talebi aynî bir hukukî muamele olarak, serhlerde, teşçile izin (71) şeklinde mütalâa edilmektedir. Kanaatimce bu nazariye, hiç olmazsa satış akti için yanlıştır. İsviçre Medenî Kanununa göre (teşçil talebinde mündemic) bir teşçil izni mülkiyeti naklin maddî bir şartı değildir (72). Çünkü hukukî sebebi (satış akti) muntazam olmak şartile, talep edilmeden (ve bu sebeple temlik edenin izni olmadan) yapılan (İs. M. K. 963 I [T. M. K. 922] deki tanzim edici hükme «Ordnungsvorschrift» muhalif) teşçil muteberdir, (73). Teşçil talebi tanzim edici hükümlere dayandığından mülkiyeti iktisabın muteber olup olmadığı talepte bulunanın medenî hakları kullanma ehliyetini haiz olmasına bağlı değildir (73a). Maddî bakımdan hukukî değişmenin meydana gelmesi için temlik edenin iradesi bulunmalıdır. Bu irade İsviçre M. K. nun sistemine göre borç aktinde zaten mevcuttur. Teşçil talebi mukaveledeki iradeye uygun bir teşçilin yapılmasını temin eden şekli bir vasıfadır (73b). Bu sebeple teşçil talebi hukukî sebebin değiştiril-

(71) Teşçile izin kelimesi Alman Tapu sicili nizamnamesi § 19 dan alınmıştır. Fakat Alman Hukukunda bu iznin maddî bir ehemmiyeti bulunmadığı ve yalnız teşçilin şekli esasını teşkil ettiği göz önünde tutulmalıdır.

(72) Hukukî sebep bir akitte değil yalnız malikin bir taraflı iradesinde mündemic olduğu zaman (kendisine ait gayri menkulde irtifak hakkı İs. M. K. 733 [T. M. K. 706] malikin namına veya hâmile muharrer ipotekli borç senedi İs. M. K. 859 II [T. M. K. 828] teşçil talebi maddî hukuk için ehemmiyeti olan ve teşçil edilen hakkın doğumu için muteber olması icap eden bir irade izharını ihtiva eder.

(73) Wieland, 963 ait 3c notu ve Ostertag 963'e ait not 57 (fakat 963'e ait not 10 a da bak) tarafından kabul edilmiştir.

(73 a) Ostertag, 963'e ait not 60 ve Leeman, 656'ya ait not 42 başka fikirdedir. Medenî hakları kullanma selâhiyetinin aksine olarak temlik edenin tasarruf selâhiyeti ve bilhassa mülkiyet hakkı teşçil anında mevcut olmalıdır. Yukarıda not 67 karşılaştı.

(73 b) Bu sebeple mâlikin ölümünden sonra onun mümessili tarafından teşçili talep ve teşçil edilen bir temlik, kanaatimce, muteberdir. İs. B. K. 67 [T. B. K. 66] e göre selâhiyetin devam edip etmediğinin ehemmiyeti yoktur. Çünkü mülkiyetin intikali maddî hukuk bakımından mümessilin teşçil talebine değil müteveffa mâlikin satış aktinde mevcut iradesine istinad eder. Bir irade beyanının, beyanda bulunanın ölümünden sonra da tesirini gösterebileceği modern hukukta ve her halde İsviçre Hukukunda da umumiyetle kabul edilen bir kaidedir. Benim Allgem. Teil II s. 153 karşılaştı.

mesine veya tamamlanmasına (74) yarıyamaz. Bilhassa, kanaatimce, teşçil talebi ile, satış aktindeki, temlik mükellefiyetine ait bir şart bertaraf edilemez (75). Şart yerine getirilmemişse teşçil sebepsiz olacaktır (76). Bundan dolayı tapu sicil dairesinin bu gibi teşçillerden içtinap edebilmesi için şartsız bir teşçil talebi ile iktifa etmemesi, satış aktinin de şartsız olup olmadığını veya şartın yerine getirilip getirilmediğini tespit etmesi lâzımdır (77).

İsviçre Medenî Kanunu ile Alman Hukuku karşılaştırıldığında her iki sistemde de gayrimenkullerde mülkiyetin intikalinin iki kısımdan mürekkep olduğu görülür: Alman hukukuna göre devir ve teşçil, İsviçre Medenî Kanununa göre hukukî sebep ve teşçil. Hukukî sebebin İs. M. K. 665 [T. M. K. 642] de zikredilen vecibevî manasından başka (fransız hukukundaki gibi) intikal ettirici (mülkiyeti naklettirici) tesiri de vardır. Yalnız bu tesirin meydana gelmesi, Fransız hukukundan ayrı olarak, teşçilin inzımamına bağlıdır (77a). Alman hukukunda temlik edenin taahhüdü ve tasarrufu birbirinden ayrılmış ve satış akti ile devir'e taksim edilmişken İsviçre hukukuna göre tasarruf ve taahhüt aynı hukukî muamelenin içindedir. (77b).

(74) Wieland, İs. M. K. 657 ait not 7 de, A'nın B ve ilerde kendisine düşecek olan bir mirasın bütün gayrimenkullerini satmasını ve bu gayrimenkullerin müteakiben teşçil talebinde bulunduğu vakit tasrih edilmesini caiz görüyor. Ben, bu akti, gayrimenkuller hususî şekilde tasrih edilmediğinden dolayı bir ön akit kabul eder ve teşçil talebinin esası olarak gayrimenkulleri gösteren bir satış talep ederdim. Çünkü İs. M. K. de raslanmayan bir aynı aktin bulunmaması halinde hiç olmazsa borç aktinde tarafların muayyen gayrimenkullere müteveccih anlaşmaları fiade edilmiş olmalıdır. Yukarda Not 16 b yi mukayese et.

(75) Bunda Wieland, 963'e ait not 2, ve Ostertag, 963'e ait not 55, de iznin teşçil talebinde mevcut olması icap eden esas fonksiyonunu görüyorlar.

(76) Yukarda not 35 karşılaştır. Ostertag, 963'e ait not 58 de başka kanaattedir.

(77) Yukarda not 18 i karşılaştır.

(77a) Fakat mâlikin, satış aktinde mündemiç tasarrufu tescilden evvel tamamlanmış sayılmaz. Bu sebeple mâlik, voptığı borç akti ile gayrimenkul üzerinde - borç aktinin tahmil ettiği mükellefiyeti ihlâl ederek - başka şekilde, tasarruftan men edilmemiştir, Leemann, 657'e ait not 29, Ostertag, 974'e ait 3, (Ferağdan sonra bile onu cerh edici bir tasarrufta bulunabileceği) Alman hukukunda ve teşçil (Transskription) sebebiyle Fransız hukukunda da vaziyet aynıdır. Zachariä - Crome § 190.

(77b) Satış aktinin vecibevî v eaynî fonksiyonu sarahaten ayrılmaktadır. Meselâ Koca, mal birliğinde karının şahsî mallarına ait bir gayrimenkul sattığında satış aktinden dolayı şahsî mâmeleki ile mes'ul olur ve taahhüt altına girer, İs. M. K. 206 [T. M. K. 202] Akit gayrimenkul üzerinde bir tasarrufu ihtiva ettiği derecede karının muvafakatine ihtiyaç vardır, madde 206 [T. M. K. 202], Ostertag, Exk: zu Art 965 not 18: Bu muvafakat olmadan teşçil yapılamaz. Alıcı dâva ettiğinde de mülkiyeti değil ancak kocanın mâmelekinden zarar ve ziyan temin eder, Egger, 202'e ait not 2b. Karı, kocanın muvafakati olmadan bir satış yaparsa, yalnız şahsî malları ile mes'ul olduğu bir taahhüt altına girer, madde 208 [T. M. K. 204]. Teşçil için kocanın muvafakatine ihtiyaç vardır.

Bundan, alıcının davası ile talep ettiği şeyin icrası arasında mahiyet farkları meydana gelmektedir. Alman hukukuna göre dava edilen mülkiyeti devretmeğe mahkûm edilir; Alman Hukuk Muhakemeleri Usulü kanunu 894 e göre hükmün kat'ileşmesi ile beyanı yapmış sayılır. Alıcı artık teşçil ile mülkiyeti iktisap edecektir. İsviçre hukukuna göre de satıcı mülkiyetin naklini (yani bunun için lüzumlu teşçil talebinin yapılmasını) dava eder. Fakat hüküm ile satıcının taahhüdü tespit edilmeyip alıcıya (satış aktine istinaden) mülkiyet hakkı tanınır. Hükmün kat'ileşmesi ile davâ eden mâlik olur ve İs. M. K. 665 II [T. M. K. 642 II] e göre (izharî olan) teşçili bizzat temin edebilir:

III.

Gayrimenkullerde olduğu gibi menkullerde de temlik tazammun eden bir taahhüt mülkiyetin nakli için kâfi değildir. Teslimin inzıam etmesi lâzımdır. İs. M. K. 714 [T. M. K. 687] maddesi Zilyetliğin iktisap edene intikalinden bahseder. Halbuki eski İs. B. K. 199 Zilyetliğin naklini isterdi. Metnin bu değişikliği ile hukukî durumun değiştirilmesi kast edilmemiş olacak (78). Yoksa, alıcı (gizlice veya zorla) o şeyi elde ederse hakikaten mülkiyeti iktisap edecek midir? Malın diğer tarafa verilmesi de kâfi değildir. Bu, mülkiyeti nakletmek niyeti ile olmalıdır. İktisap edende bu niyet bulunmalıdır. Bu sebeple şimdiye kadar carî hukukta olduğu gibi teslim, mülkiyetin intikalini temin eden bir nevi aynî akit olarak kabul edilmelidir. Aktin şartlarından menkul mülkiyetinin kimseye, hattâ temerrüt eden alıcıya bile iradesi hilâfına temin edilemeyeceği neticəsi çıkar (79). Bu sebeple kanunun tevdi ve satmak hakkı suretile, satıcıya yardım etmesi lâzım gelmiştir. İs. B. K. 92, 93 [T. B. K. 91, 92].

Aynî akit karşısında, teslimden evvel veya teslimle birlikte meydana gelen borç aktinin, meselâ satış aktinin durumu nedir? Acaba akit mücerret midir; yani satışın muteber olmasına bağlı değildir? Yoksa illete mi bağlıdır; yani satış aktinin lüzum ifade etmemesi sebeble hukukî sebebi (causa) bulunmadığı vakit hükümsüzmüdür? (80). Bu mesele eski İsviçre Borçlar Kanununda ihtilâflı idi. Gayrimenkullerde teslimin illete bağlı oluşuna kıyas yolu ile istinad etmek mümkün olduğundan İsviçre Medenî Kanununda durum

(78) Şerhler sükût etmektedir. On tasarıya ait izahlar da vaziyeti aydınlatmamaktadır.

(79) Gayrimenkuller hukukunda vaziyet başkadır, yukarıda not 20 ile karşılaştır.

(80) Bu sual mülkiyet intikalinin nazarı kuruluşu için esas teşkil eder. Fakat pratik bakımdan da ehemmiyetsiz değildir. Hüsniyeti sebeble himaye gören üçüncü şahıs için ehemmiyeti az olmasına mukabil sebepsiz olarak iktisap edenin iflâs etmesi hâlinde ehemmiyeti vardır.

daha ziyade ihtilaflıdır (81) Ancak bu kıyas, kanaatimce yerinde değildir. Çünkü gayrimenkullerde mülkiyeti iktisabın bünyesi menkullerdekinden çok başkadır. Gayrimenkullerde mülkiyeti iktisap, tapu sicil memurunun resmî muamelesi dışında, yalnız borç aktine dayanır. Bu akıt tasarrufu ihtiva eder. O, tarafların nakil hususunda iradelerini ortaya koydukları, hukukî muamele şeklindeki yegâne vakıadır. Bu sebeple muteber olup olmaması, mülkiyetin nakli hususunda kat'îdir. Menkullerde ise yalnız ilzamî bir tesir meydana getiren satış yanında teslim dediğimiz ikinci bir hukukî muamele mevcuttur. Teslim, satış aktinin temin edemediği bir şeyi, mülkiyetin naklini temin eder. Kanun bu netice için ikinci bir akıt, aynı akti lüzumlu gördüğüne göre mülkiyetin nakli için bu aktin yalnız lüzumlu olmadığı aynı zamanda kâfi geldiğini kabul etmek lâzımdır.

Mevcut konstruktion'dan istihraç edilen bu delillerin yanında hukuk siyasetine ait mülâhazalar yer alır. Mülkiyeti naklin hukukî bir sebebe bağlı oluşu temlik edeni, malını sebepsiz yere başkasına vermenin neticelerinden korur. Bu, hukukun muhafazakâr bir veçhesidir. Mücerret mülkiyet nakli, iktisap edeni (ve onun alacaklılarını) (82) butlan iddialarından korur. Bu alışveriş hayatının icaplarına uyar. Bir kanunun, gayrimenkullerde temlik edeni himaye ettiğini tebarüz ettirmesinin ve menkullerde ise münasebetlerin emniyetine daha çok değer vermesinin haklı sebepleri bulunabilir. Bu durum, ve Is. M. K. 714 [T. M. K. 687] ncü maddenin iki görüşten hiç biri için bir netice çıkarılamıyan metni karşısında kanunun umumî vahdetine en iyi uyan görüş tarzı şüphesiz en doğrusudur. Bu bakımdan, istirdat hakkı ve bilhassa cond. indebiti (sebepsiz iktisap davası) İsviçre hukukunda teslimin mücerret mahiyetini kat'î olarak ifade etmektedir (83). Is. B. K. 63 [I. B. K. 62] (eski İsviçre B. K. 72 yi tekrar ederek) «Borçlu olmadığı şeyi ihtiyarile veren kimse, hataen kendisini borçlu zan ederek verdiğini ispat etmedikçe anı istirdat edemez» demektedir. Bu istirdat hiç şüphesiz Pandekt Hukukundaki gibi is-

(81) Wieland, 714'e ait not 3b; Ostertag, 922'e ait not 7; Eger, ZSchw. R. 33, 334 ve müteakip. Leeman 714'e ait not 2, E. Huber, Zum schw. Sachenrecht S. 120 Anm, teslimin mücerret olduğunu kabul ediyor.

(82) İktisap edenin iflâsı halinde, istirdada hakkı olan kimse, malı tefrik ettiremez: Uğradığı ziyandan iktisap edenin alacaklıları faydalanır. Bunu nasafete aykırı görmek mümkündür, yukarda not 30'a bak. Fakat ödiyenin, çok kerre ihmeline istinad eden hatası ile durumu ihdas ettiği söylenebilir. Kanun istihkak davası ile kendisine bir çıkar yol göstermektedir. Onun, hatâ yapmadıkları halde borçlunun mamelekî cöküntüsü ile zarar gören diğer borçlulardan daha kuvvetli bir himaye hak etmediği, mütalâasında bulunmak kabildir.

(83) Bunun için Eger'in yukarda not 81 de zikredilmiş olan tetkikatını karşılaştı.

İstihkak (vindikation) olmayıp, teslim alanın sebepsiz iktisabından doğan borçlar hukukuna dayanan bir mütealebedir. Teslim hukukî sebebine bağlı olsaydı, teslim alan mülkiyeti iktisap etmemiş (84) ve zenginleşmemiş olurdu. Bu sebeple, tıpkı İs. M. K. mevcut olduğundan beri gayrimenkuller için artık cond. indebiti mevcut olmadığı gibi, menkuller için sebepsiz iktisap davası (cond. indebiti) mevcut olmayacaktı. Sebepsiz olarak verilen menkul, gayrimenkullerde olduğu gibi istirdat edilebilecekti. Hattâ ödiyen, borcun mevcut olmadığını bilse bile (85). Bu vaziyette İs. B. K. 63 [T. M. K. 62] nin tatbik sahası kalmaz ve yeniden elden geçirildiği vakit niçin yeni İs. B. K. na girdiği izah edilemezdi. Çünkü vazii kanunun mülkiyeti iktisab ile istirdat arasındaki irtibatı bilmemesi kabul edilemez (86). Vazii kanun borç ölmeyen şeyin istirdadını yalnız hatanın ispatı halinde caiz görmek isteseydi, ki bunun böyle olduğu hususunda bir çok sebepler vardır, (87) bu takdirde edada bulunanın borçlu olmadığı hallerde eda mevzuunun onun mülkiyetinde kalması hükmünü vaz etmezdi.

Bu delillere karşı çok kere şu itiraz yapılmaktadır (88): Menkullerde ve bilhassa parada mülkiyet meselesi sebepsiz iktisap davasında (cond. indebiti) de büyük bir rol oynamaz. Çünkü kaideten elde edilen şeyler istihkak edilir veya başka şeylerle karıştırılır. Bu bakımdan istirdat iddiası vecibevî bir karakter arz eder. Dikkatle düşünüldüğü vakit bu itirazın doğru olmadığı

(84) Eger, S. 346, mevcut olmayan bir borcun bilerek edasının sebepsiz bir temlikî muamele olmadığını (çünkü ödiyenin bununla her hangi bir gaye takip ettiğini), ve bundan dolayı teslimin illete bağlı olduğu kabul edilse bile iktisap edene mülkiyetin temin edilmiş olacağını iddia ediyor. Bu kabul edilemez. Solvendi causa edalarda hukukî sebepten itfa edilecek bir alacak şeklinde anlaşıldığı takdirde, böyle bir alacağın bulunmaması halinde eda sebepsizdir. Ödiyeni edaya sevk etmiş olan saikler hukuken nazarı itibare alınmaz. Muhabatın dahî borcun mevcut olmadığını bildiği hallerde vaziyet tabii başkadır. O vakit ödemenin gayesi muvazaalıdır ve kaidetten hibe kast edilmiştir. Benim Allgem. Teil III s. 85'i karşılaştır.

(85) Yukarda not 27'i karşılaştır.

(86) Anlaşılan Code civil'i istar edenlerde olduğu gibi; Yukarda Noi. 6 ile karşılaştır.

(87) Hatanın mazerete istinad etmesini talep eden İs. Fed. Mahkemenin yeni tatbikatı hakkında Becker, madde 63'e ait not 11 bak, Ödiyeni gösterdiği kolaylık bakımından, kanaatimce, BGB § 814 fazla ileri gitmektedir: Ödiyeni hatayı ispat külfetinden kurtarmakta ve istirdat hakkını yalnız borcu olmadığını bildiği halde ödemediği hallerde tanımamaktadır. Kanunun metnine göre, bir eda, borcun mevcudiyeti hususunda şüphe edilerek yapıldığı halde de geri istenebilir. Ancak bu gibi hallerde ekseriya, tarafların, istirdat imkânını ortadan kaldırmak niyetinde buldukları kabul edilir. Bu hususta benim Allgem. Teil § 79 Anm. 117 ve Alman Temyiz mahkemesinin yeni kararı 97, 140'a bak.

(88) Eger, adı geçen eser, S. 351.

anlaşılır: Hukukî sebebin bulunmaması sebeble ödeme ile mülkiyet intikal etmiyorsa, ödiyen evvelâ eda ettiği şeyi istirdat hakkına maliktir. Malın istihlâki veya karışması ile yerine zenginleşmeden doğan mütalebe kaim olur (89). Fakat bu talep İ. B. K. 63 (T. B. K. 62) manasında bir sebepsiz iktisap davası (cond. indebiti) değildir. Çünkü zenginleşme ödiyenin sebepsiz vermesi ile değil, iktisap edenin sebepsiz fiilinden doğmuştur (90). Ödemiye istinat etmediğinden bu mütalebe için ödiyenin bir hatası şart olamaz.

Bu sebeple madde 63 [T. B. K. 62] ün tatbikinin teslimin mücerret olmasına bağlı olduğu neticesine varıyorum. Borç olmıyan bir şeyin edasında yalnız hata halinde onun geri istenebileceği esasına bağlı kalınmak istenirse teslim alana, sebepsiz olarak elde edilmiş şeyde mülkiyet hakkını tanımak icap eder (91). Fakat bunu söylemekle, teslimin mücerret mahiyeti hakkındaki nazariyeye bütün hallerde ve bütün neticeleri ile bağlı kalmak icap etmez. Bu nazariye eski İsviçre Borçlar kanununun istarından beri Alman ilmi içtihatlarında tesirinden çok şey kaybetmiş ve bilhassa Strohal'in tenkidinden beri (92) makûl bir hadde irca edilmiştir (93). Bu nazariye, yukardada gösterildiği veçhile, mal, mazideki bir hukukî sebebe (causa) istinaden (bilhassa mevcudiyeti şüpheli bir borcun edası için) teslim ediliyor-sa yerindedir. İllî akit (Kausalvertrag) malın teslimi ile aynı zamanda inikat edecekse durum başkadır. Meselâ X, Y'e gönderdiği bir şeyi aynı zaman-

(89) Windscheid, Pand. 422 Anm. 4, Becker, Note 13 zu OR Art 62

(90) Sebepsiz vermekten (bilhassa cond. indebiti) ve haksız almaktan (BGB § 816 ve benzer hallerden) doğan zenginleşme mütalebesinin tamamen ayrı hadiselere dayandığı ve bazı hallerde ayrı ayrı muamelelere tabî tutulması icap ettiği modern kanunlarda ifade edilmemekte ve bana görüldüğüne göre hukuk ilminde de lüzumundan az nazarı itibara alınmaktadır. E. J. Bekker hakkındaki armağanda, 1907 s. 27, zenginleşme hakkındaki makaleme bak.

(91) Madde 24 I No. 4 [T. B. K. 24 I No. 4] in genişletilmiş metnine nazaran, mevcut olmıyan bir borcu hatâen ödemenin hükümsüz ad edileceği düşünülebilir. Çünkü: «hata ettiğini iddia eden tarafca aktin lüzumlu vasıflarından olarak nazara alınması ticarî doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması» denmektedir. Fakat verilen bu mana hiç şüphesiz kanunda mevcut değildir. Ödiyenin hatası eski İ. B. K. da da olduğu gibi saikte hatadır ve madde 24 II [T. B. K. 24 II] e göre teslimin muteber olması hususunda ehemmiyeti yoktur. Başka türlü düşünülürse, bütün cond. indebiti esaslı hatâ müessesesi tarafından massedilmiş olur. Bu misal ile hadisede hata (Tatbestandsirrtum) denilen şeyin madde 24 No. 4 [T. B. K. 24 No. 4] metni ile ne kadar az vazih şekilde sınırlandırılmış olduğu ve yeni metnin, kanunun ihtiyatsız şekilde tefsirinde ne kadar tehlikeli olabileceği görülüyor.

(92) Jahrb. f. Dogm, 27, 340 Fa.

(93) Benim Allgem. Teil Bd. III S. 87, 106 karşılaştır.

da satış için arz ediyorsa, burada birisi satış diğeri teslim olmak üzere iki icap vardır. Tabii, icabı yapan bunların müştereken kabul veya red edilmesini istemiş olabilir. Bu sebeple Y'nin teslim icabını kabul edip satış icabını red etmesine imkân bulunmadığı pek tabiidir. Aynı şey tarafların menfaat ihtilâfı sebebiyle satış aktinin meydana gelmediği hallerde de cari olmalıdır. Meselâ X'in satış icabı Y tarafından, yanlışlıkla, bir hibe icabı telâkki edilmişse, Y mâlik olamaz. Çünkü mülkiyet kendisine, satışa bağlı olarak, teklif edilmiştir. (94).

Nihayet illî muameledeki yanlışlıkların, bilhassa irade fesatlarının teslimine sirayet edebileceği ve onu hükmsüz bırakabileceği nazarı itibare alınmalıdır. (95). Bir satış akti hile veya ikrah sebebiyle satıcı için lüzum ifade etmiyorsa ve hile veya ikrah malın teslimi zamanında da mevcut ise teslim hükümsüzdür (96). Aynı şekilde satış aktinde mevcut mühim bir hatânın teslimine tesir ettiği vâkidir (97). Meselâ: bir kimsenin yanlışlıkla bir şey yerine başka bir şeyi satması ve halâ o şeyin aynı olduğu hususundaki hatasına bağlı kalarak teslim etmesinde olduğu gibi. Bedelin tesbitinde yapılan hata sebebiyle satış aktinin lüzum ifade etmemesi ve satıcının hatayı anlamadan evvel malı diğer tarafa vermesi hâlinde başka şekilde hüküm vermek icap edecektir. Çünkü devam eden hata teslim bakımından saikte bir hatadır (98). (Satıcı satış aktini muteber adettiği için malı diğer tarafa vermektedir.) Bu sebeple buradaki hata Madde 24 II [T. B. K. 24 II] gereğince esaslı değildir. Mülkiyet diğer tarafa geçer ve satıcı sebepsiz iktisap davası (condictio indebiti) açmaya mecbur olur.

Mülkiyet bir irade fesadı sebebiyle intikal etmezse, o malın madde 934 [T. M. K. 902] manasında «rızası olmaksızın diğer her hangi bir surette elinden alınan» bir mal addedilebilip edilemeyeceği suali varit olur. Böyle ad

(94) Leemann, Madde 714 e ait not 26 da da bu fikirdedir. Buna mukabil Eger'in (adı geçen eserde) mücerret teslim nazariyesinin tahfif edilmiş olan bu şeklini tanımadığı görünüyor.

(95) ZSchwr 39, 61 de intişar etmiş olan irade fesadı hakkındaki makalem, Leeman, adı geçen eser not 25, Eger adı geçen eser 340 karşılaştı.

(96) Bundesg. jn BIZür. 2 Nr. 260. Allgem. Teil II s. 615: Hile ile malûl bir akte istinaden yapılan teşçilin muteber olması, istisnaen mevzubahis olabilir. Meselâ: Hileye maruz kalan satıcının mümessili tarafından yapılması hâlinde olduğu gibi. Çünkü yalnız mümessilin şahsında mevcut olan irade fesatları nazarı itibare alınır, Becker, Mad. 32 4 ait not 10

(97) Allgem. Teil II s. 592

(98) BIZür. 2 Nr. 260. Yukardaki Not 91 karşılaştı.

edilebilirse müteakiben hüsnüniyetle temellük eden mâlik olamaz. Kanun, hatta eden veya aldatılanın iradesine lüzum ifade etmediğinden (İs. B. K. 23, 28 [T. B. K. 23, 28]), malın o şahsın elinden alınmış olduğu akla gelebilir. Fakat bu, Madde 934 [T. M. K. 902] nin mukabili olan madde 933 (T. M. K. 901) deki (tevdî edilmiş eşya) hükmü ile tenakus teşkil edecektir. Mâlik hüsnüniyetle iktisap eden kimseye yerini bırakacaktır. Çünkü hüsnüniyetle iktisabı imkân dahiline sokan durumu bizzat ihdas etmiştir. Bu madde 933 [T. M. K. 901] de malı birine tevdî etmesi ve o şahsın selâhiyeti olmadan malı temlik etmesi ile meydana gelmektedir. Fakat malik, malı hatan (mese-lâ başka bir mal ile karıştırarak) veya hileye maruz kalarak verdiği hallerde de onu iktisap eden tarafından, hüsnüniyet sahibi kimselere verilmesi imkânını yaratmış demektir. Burada malın alış veriş sahasına dahil olmasını temin eden vakianın bu hallerde madde 834 [T. M. K. 805] deki hırsızlık veya malın kaybedilmesinden ziyade madde 933 [T. M. K. 901] deki tevdî ile müşabeheti vardır. Bu sebeple bu gibi malların hüsnüniyetle iktisaptan istisna edilmedikleri şüphesizdir (99). Tehdit ile İs. B. K. 29 [T. B. K. 29] teslimi temin edilen mallarda hüküm şüphelidir. Burada malların, zilyedin «iradesi olmadan» elinden çıktığından haklı olarak bahsedilebilir. Çünkü tehdide maruz kalanın iradesi tehdit edenin tesiri karşısında passiv bir rol oynar (100). Buna rağmen tehdit edilenin malı vermiş olduğunu söylemek icabeder. Kararının mucip sebepleri ne kadar anormal olursa olsun hüsnüniyet sahibi kimselerin iktisabını imkân dahiline sokan durum, iradesi ile meydana gelmiştir. Bu sebeple başkasına verilmesi tehdit ile temin edilmiş olan mallarda bile hüsnüniyetli iktisabın tanınması daha doğru olur (101). Tehdit eden, malın verilmesini temin etmeyip, onu mâlikten, mukavemetini bertaraf ederek, bizzat almışsa vaziyet tabii başkadır.

(99) Wieland, 934'e ait not. 3b, Ostertag, 934'e ait not 9, İs. Fed. mahkemesi, 19 s. 311, 27 II s. 154. Aynı şekilde Alman Hukukunda hâkim olan nazariye, Gierke, Aynı haklar § 115 not 80, Wolf, Aynı haklar § 11 not 3, benim Allgem. Teil § 57 not 101.

(100) Bundan dolayı eskiden, şantaj suretiyle elde edilen bir şeyin elden çıkarılması gibi mütalâca edilmesi görüşünü müdafaa ettim. ZSchwR. 39, 59. Aynı şekilde Wieland adı geçen eser.

(101) Ostertag adı geçen eser. Alman Hukukunda da vaziyet böyledir, benim Allgem. Teil § 68 not 45; karşılaştır. Dernburg, Aynı haklar § 102 not 11, Binding, Eigentumserwerb vom Nichteigentümer s. 18 aksi kanaattadır.