

# İsviçre hukukuna göre mülkiyetin nakli (\*)

Yazan :  
Andreas v. TUHR

Tercüme eden:  
Kudret AYİTER  
Ankara Hukuk Fakültesi  
Medeni Hukuk Asistanı

## I.

Mülkiyetin intikali neticesini doğuran hukuki fiil ve hareketler Roma hukukunda iki unsura ayrılır: Mâlikin kendi hakkını nakletmeyi taahhüt ettiği borç akti (meselâ bey'akti), ve borç mükellefiyetinin ifası ile mülkiyeti intikal ettiren ikinci bir hukuki muamele. Mülkiyetin nakli romalıların Klâsik hukuk devrinde, gayrimenkullerde ve bazı menkullerde mancipatio şeklinde, menkul malların ekserisinde traditio ile, yani şekle bağlı olmayan bir uyuşma ve onunla beraber zilyetliğin nakli suretiyle, yapılıyordu. Corpus Juris hukukunda traditio (teslim) her türlü mallar için mülkiyetin intikali vasıtasıdır. (1) Teslim, tarafların uyuşmasını ihtiva etmesi bakımından akit mefhumuna girer. Fakat teslim, mükellefiyet tesis etmediği cihetle bir borç akti olmayıp, —mülkiyete taallük eden— aynı hakta değişiklik vücuda getirdiğinden aynı bir akitir. Teslim, bütün aynı akitletler gibi, yeni doğmatikte taahhüt muamelelerinin (Verpflichtungsgeschäfte) zıddı olarak tasarruf (Verfügung) (2) denilen hukuki muameleler sınıfına dahildir.

Pandekt Hukukunda teslim ile teslimin dayandığı borç akti —ki buna teslimin illeti (causa traditionis) deriz— arasındaki münasebet ihtilâfî idi. Teslim illete yani borç aktinin muteber oluşuna bağlıdır, yoksa illeti bulunmasa da —mücerret olarak— hüküm ifade eder mi? Eski ilmi içtihatlarda teslimin mücerret oldu-

(\*) Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte. Zeitschrift für Schweizerisches Recht dergisi yeni tertip kırkıncı cilt. Basel 1921. S. 40-74.

(1) Eski kazaî içtihatlarda traditio'ya mülkiyeti iktisabın modus'u (tarzı, ciheti) ve borç aktine titulus'u (sıfatı, senedi) denirdi.

(2) Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht adlı eserinin § 54 ile karşılaştır.

ğu kabul edilmiyordu. 19 uncu asırda teslimin mücerret oluşu —itirazsız kalmamakla beraber— (3) kabul edilmiştir. (4) Bilhassa, bir taahhüdün ifası zımında yapılan teslimde taahhüt mevcut olmasa da mülkiyetin intikal edeceği —gibi tatbikatta şüphesiz mühim olan bir durum için— kabul edildiği görülüyor. Bir şeyi teslim eden kimse, o şeyin istirdadını talep edemez (vindicatio); ancak borçlu olmadığı halde borçlu imiş gibi teslim ettiği şeyi borçlar hukukuna dayanan sebepsiz iktisap mütalebesi ile geri isteyebilir (condictio indebiti). Zira tesellüm eden, mülkiyeti iktisab etmiş ve bu suretle sebepsiz iktisapta bulunmuştur.

Teslimin mücerret telâkki edilışı ilk baktışta insana hukuk ilminin sun'i bir buluşu gibi gelebilir: X in mülkiyeti iktisab için haklı bir sebebi olmadığı halde kanun kendisine niçin mülkiyet hakkını tanımakta ve akabinde sebepsiz mal iktisabı mütalebesi gibi dolambaçlı bir yolla bu hakkı geri almaktadır? Roma hukukunda hüsnüniyetin himaye görmediği mülâhaza edilirse bu usulün ameli gayesi anlaşılır. A bir şeyi B ye ve B de onu C ye temlik ettiğinde C nin mülkiyeti E nin malik olmasına bağılı idi. Hukuki illet mülkiyetin iktisabı için şart olsa idi, A, satış aktindeki veya başka bir hukuki münasebetteki noksanlığı yalnız B ye karşı değil C ye karşı da ileri sürerek o şeyi vindicatio ile istirdat edebilirdi. Hukuki münasebetlerin bu gibi karışıklıklara maruz bırakılmaması için teslimin illete bakılmaması ve A ile B arasında mülkiyetin devri etrafında bir anlaşmanın bulunması intikalın sıhhati için kâfi görülmüştür. İletteki hatalar, hukuki sebepte alâkası olan şahısların (A ile B nin) borçlar hukukuna dayanan mütalebe hakları ile telâfi edilirdi. Fakat hüsnüniyete istinad eden iktisabın doğması, teslimin mücerret vasfını alış veriş hayatının bir zarureti olmaktan çıkardı. Çünkü, B illetteki hatâ yüzünden malik olmasa bile, B nin iktisab illetindeki bu hatâyı bilmeyen C hüsnüniyeti sebebiyle malik olur. Buna rağmen mücerret teslim, hüsnüniyetin himayesi yanında muamelâtın kolaylaşmasına yardım eder. Çünkü bu sayede C, selefi B nin iktisaptaki illetiyle hiçbir veçhile meşgul olmayacağı gibi iktisab sebebindeki bir hatâdan dolayı da bir dâvaya karışmak ve onu gütmek durumuna düşmeyecektir.

Modern Hukuk sistemleri muhtelif tekâmül yolları tutmuşlardır. Fransız hukuku mülkiyetin iktisabını mümkün olduğu kadar

(3) Bilhassa Strohal. Jahrb. f. Dogm. 27, 340 karşılaştıır.

(4) Windscheid § 172 nct 16a , Dernburg, Pand. 1 § 213 not 7.

borç akti ile birleştirmiştir. Fransız Medeni Kanunu 1138. Müşteri satış aktinin tamamlanması ile malik olmakta ve malın teslimi onu, ilâveten, ancak zilyet kılmaktadır. Yalnız nev'i ile muayyen bir şeyin satılmasında mülkiyet o şey verilmeden evvel iktisab edilemez. (5). Gayrimenkullerde şart olan tapu cisiline kayıt dahi müşteriye esasen sahibi olduğu mülkiyeti temin etmeyip, bil'akis yalnız üçüncü şahıslara karşı hukukî durumunu kuvvetlendirir. Mülkiyetin iktisabı satış aktine istinad ettiğinden, satış aktinin muteber olmaması halinde mülkiyetin intikal etmemiş olduğu mantıken kabul edilmelidir. Satıcının burada henüz uhdesinde bulunan mülkiyeti dermeyeran edebilmesi lâzımdır. Misliyyattan olan mallara ait borçlar müstesna, sebepsiz mal iktisabına dayanan mütalebeye burada yer yoktur. Buna rağmen Fransız Medeni kanunu 1376 ve müteakip maddelerinde sebepsiz mal iktisabı mütalebesini Roma hukukunda olduğu gibi, illetsiz olarak verilen bir şeyde mülkiyetin iktisab edilmiş olacağı esasına dayanarak, tanzim etmiştir. Kanunun birbirine uymayan bu hükümlerinden *Condictio indebiti*'nin aynı veya şahsî bir mütalebe telâkki edilip edilmiyeceği hususunda Fransız doktrininde bu güne kadar hal edilemeyen ve kanaatimce hale-dilemiyecek olan bir ihtilâf meydana gelmiştir. (6).

Alman Medeni Kanunu menkullerde teslim prensibine bağlı kalmış, gayrimenkullerde ise, Cermen hukukuna dayanarak, teslim yerine, Tapu dairesinde mülkiyetin intikali hususundaki anlaşmanın beyanını (devri) ve yeni malikin tapu siciline kaydedilmesini ikame etmiştir. Kavut, devirden (7) sonra temlik veya iktisab edenin şekle bağlı olmayan talebi üzerine yapılır. Umumiyetle devre, malikin gayrimenkullü temlik edeceğini taahhüt ettiği bir borç akti (satış akti) tekaddüm eder. Alman medeni kanunu § 313 e göre resmi şekilde yapılması icab eden bu akit mülkiyetin intikali için şart değildir. Zira devir mücerrettir: Tarafların beyanı yalnız mülkiyetin intikaline ait olup bu intikalin illetine (*causa*) taallük etmez; devir ve tesellin hükmü, mülkiyetin intikali hususunda hukukî bir sebep bulunmasına bağlı değildir (7a). Şekle riayet edilmiyerek ya-

(5) Fransız Hukuku yalnız bu halde aynı bir akid tanımaktadır.

(6) Crome. Begriff der causa. Zeitschr. f. franz. Zivilr. 21. 304; Zachariä-Crome § 296 zu Note 10; Aubry et Rau § 441 Bote 37; Huc Commentaire du CC VIII Nr. 400; Planiol, Traité élémentaire du CC II Nr. 892.

(7) Alman Tapu sicil nizamnamesi (Grundbuchordnung) § 20.

(7a) Mücerret aynı akit hakkında sert bir tenkit bu kerre Rumpf. Arch. f. Zivil. Praxis 117, 361 ve müteakiptedir.

pılan ve bu sebeple hüküm ifade etmeyen bir satış akti devir ve tesçil ile hüküm ifade eden bir hale gelir. Alman Medeni Kanunu § 313 cümle 2. Bazı devletler (bilhassa Bavyera, Württemberg ve Baden) Tapu sicil nizamnamesinin 98 inci maddesinde mahalli kanunlar lehine tanınan kaydı ihtiraziye dayanarak bu umumi kaidelerden zahiren ayrılmışlardır: Buna göre devir yalnız resmi şekilde yapılmış bir borç mukavelesi ibraz edildiği takdirde kabul edilebilir. Bu usule notere gitme mecbudiyeti denir. Ancak bu hüküm yalnız usule teallük etmekte ve nazarı itibara alınmaması tesçilin Alman Devletinin hukukuna göre muteber oluşuna tesir etmemektedir. (8).

## II.

İsviçre hukuku menkullerde, eski borçlar kanununun 199 uncu maddesinde kabul edilmiş olan teslim prensibini muhafaza etmiş. İsviçre M. K. 714 [T. M. K. 687] (\*) (ve meselâ İsviçre Medeni Kanunu 715 [T. M. K. 688]; Mülkiyeti muhafaza mukavelesi, İsviçre Medeni Kanunu 717 [T. M. K. 690]; Hükmen teslim -Constitutum possessorium— bahislerinde bu prensip Alman Medeni Kanunundan daha sıkı bir şekilde tatbik edilmiştir); (9) ve gayrimenkuller için tesçil prensibi ihdas edilmiştir. İsviçre M.K. 656, 971, 972. [T. M. K. 633, 929, 920]. (10). Evvelâ gayrimenkullerde mülkiyetin intikalini ve bunun en çok tesatüf edilen şekli olan satış aktini tetkik edelim.

İsviçre Medeni Kanunu 657 I [T. M. K. 634. I] e göre gayrimenkullerde mülkiyeti nakleden aktin resmi şekilde yapılması lazımdır. Bu kaidde İsviçre Borçlar Kanunu 216 [T. B. K. 213] da gayri-

(8) Staudinger. Alman Medeni Kanunu § 925 hakkındaki B I izahatı.

(\*) Mütercim notu: İsviçre M. K. maddesine tekabül eden T. M. K. maddeleri [ ] içinde gösterilmiştir.

(9) İsviçre Medeni Kanunu 717 nci maddesindeki mükül hükmü ile, Alman hukukunda hüsnüniyet sahibi alacaklıları tahammül edilmez şekilde mağdur eden, mefhumlar arasındaki incelikler dolayısıyla kullanışsız hale gelen ve pratik neticeleri hesap edilemeyen bir kazal ihtihat yaratmış olan «Teminat için mülkiyetin nakli» ndeki suiistimallerin önüne geçmiştir. Benim Aliğem. Teil § 77 III ü karşılastır.

(10) Tesçil prensibi İsviçre Borçlar Kanunu 242 II [T. B. K. 237. II] de: Gayrimenkullerde hibe, tapu siciline kaydedilmekle tamam olur» cümlesi ile tekrar edilmiştir. Bu cümle hem lüzumsuzdur hem pek doğru değildir. Çünkü bir kimsenin bir gayrimenkulü ivazsız olarak nakledeceği taahhüdü içinde hibe mündemiçtir. Yalnız, İsviçre M. K. 656 [T. M. K. 633] da zikredildiği gibi hibe edilmiş gayrimenkulün mülkiyeti tesçil ile intikal etmiş olur.

menkullerin beyi' aktinde, ve İsviçre B. K. 243 II [T. B. K. 238. II] de bir gayrimenkulü mevzu ittihaz etmiş olan hibe vaatlerinde tekrar edilmiştir. Şekle riayet mükellefiyeti yalnız mülkiyetin nakli vaadinde değil, bütün akte ve hasren satış aktinde semenin miktarına da şamildir. (10a). Bundan dolayı senette, hakikatte kararlaştırıldığından daha dun bir semen gösterilmişse akit batıldır. Aksi halde de (senedin hakikatte kararlaştırılmış olandan daha yüksek bir satış bedelini ihtiva etmesi takdirinde de) mukavelenin batıl olduğunu kabul etmek daha doğru olur. (10b).

Mâlikin, gayrimenkulünü temlik edeceğini taahhüt (11) ettiği borç akti, gayrimenkul mülkiyetini iktisap etmenin dayandığı hukukî illettir. İsviçre M. K. 665 I. [T. M. K. 642. I]. Bu illet, gerek şekli bakımdan (Tapu dairesince takip edilecek usul itibarıyla), gerekse maddî bakımdan —yani muteber bir teşçilin şartı olarak— ehemmiyetlidir

Teşçilin şekli şartları şunlardır:

1 — Tasarrufun taallük ettiği gayrimenkulün maliki tarafından yazılı bir beyan. İsviçre M. K. 963 I. [T. M. K. 922 I]. Bu beyan 22 Şubat 1910 tarihli nizamnamenin 11 ve müteakip maddelerinde teferruatı ile tanzim edilmiş olan Talep'tir (Anmeldung). (12). Bu beyan 12 inci maddeye göre kayıtsız ve şartsız olmalıdır.

2 — Tasarruf hakkının ispatı, İsviçre Medeni Kanunu 963 II [T. M. K. 924 II.] (Tasarrufta bulunanla mâlik olarak kaydedilmiş olanın aynı kimse olması (13) veyahut kaydedilmiş olan tarafından tanzim edilmiş vekâletname (14), nizamnamenin 15 ve 16 inci maddeleri). (15).

(10 a) Wieland, 657 ye ait 7 not, Leemann, 657 ye ait 15 inci not. Alman Temyiz Mahkemesinin 93 S. 219 hükmünü mukayese et.

(10b) Alman Temyiz Mahkemesi; 98 S. 115 bu fikirdedir. Senede dere edilmiş yüksek miktarlara hakikatte mevzu bahis olan daha ufak miktar dahil olduğundan bu karardaki görüş şüphe ile karşılanabilir.

(11) Aşağıdaki not 24 ü karşılaştır.

(12) Bu tâbir Alman Tapu sicil nizamnamesinin Antrag (talep)ine te-kabül etmektedir. § 13.

(13) Tapu sicil dairesinin şekli kontrolü, teşçil talebinde bulunanın mâlik olduğuna değil, mâlik olarak mukayyed olup olmadığına taallük eder. Bundan, tapu siciline kaydedilmediği halde (meselâ miras sebebiyle) mâlik olan kimsenin teşçilden evvel gayrimenkule tasarruf edemeyeceği anlaşılır. İsviçre M. K. 656 II. [T. M. K. 633. II.]

(14) Vekâletname temellük edecek olana da verilebilir. Tapu sicil nizamnamesi Madde 16 II. Ostertag, 963 e ait 41 inci not.

(15) Kanunda yazılı olmamakla beraber beyanda bulunan şahsın medenî

3 — Hukukî illetin tevsiki, İsviçre M. K. 965 III [T. M. K. 924 III] e göre bu tevsik, hukukî illetin muteberliği için aranan şeklin yerine getirildiğini ispat ile olur. Nizamnamenin 18 inci maddesini karşılaştır. Bu sebeple tapu sicil dairesi resmi şekilde yapılmış bir satış mukavelesinin ibrazını talep etmeğe mecbur olup, bu mukavelelerin madde muteberliğini kontrol etmekle mükellef değildir. (16). Buna mukabil tapu dairesi teşkilin hukukî sebebinin teşkil edecek olan aktin, muhteva itibariyle yapılan beyana tetabuk edip etmediğini tetkike mecburdur. Çünkü resmi şekilden maksat tarafların iradesini doğru ve tamam olarak aksettirmektedir. (16a) Bu iradeler teşkil eder. Bundan dolayı mukavele, teşkil talebinin taallük ettiği gayrimenkule ait olmalı (16b) ve iki tarafın mülkiyetin intikaline müteveccih iradelerini ifade etmelidir. Mukaveleye teşkil için bir şart veya bir vade konması tereddütü mucib olabilir. Meselâ: Mülkiyetin 31 aralıkta intikal edeceği kararlaştırılmışsa tapu sicil dairesinin bu tarihten önce yapılan bir teşkil talebini is'af etmemesi lazımdır; teşkil hukukî illete tetabuk etmiyeceğinden teşkil talebinin nizamnamenin 24 üncü maddesi mucibince red edilmesi gerekir. (16c) .Bu karar muhteva itibariyle de bana haklı görünmektedir. Zira mukaveleden, müşterinin 31 aralıktan evvel malik olmak istediği manası çıkmamakta ve iradesi hilâfına mülkiyetin ona bağlı mükellefiyet-

haklarını kullanma ehliyeti olmadığı belli veya tapu sicil memuru tarafından malûm olan hallerde, teşkil talebinin red edileceği pek tabiidir. Çünkü, galip bir ihtimalle, hükümsüz olan teşkil talebi icra etmek tapu sicil memurunun vazifesi değildir. Ostertag 965 e ait 10 üncü not.

(16) İsviçre B. K. 13 [T. B. K. 13] e göre vâhibin yalnız imzasını taşıması icabeden hibe vâdinde de bu caridir. Bu sebepten dolayı tapu sicil dairesi hibe vâdinin kabul edilmiş olup olmadığını tetkike mecbur değildir. Maamafih, İsviçre B. K. 242 III [T. B. K. 237 III] de teşkilin ancak muteber bir hibe taahhüdüne istinaden yapılabileceği yazılıdır. Fakat İsviçre M. K. 964 [T. M. K. 923] teşkil hususunda asıl hüküm olduğundan İsviçre Borçlar Kanunu 242 III [T. B. K. 237 III] ün sekilen muteber bir hibe taahhüdünü kast ettiği kabul edilebilir.

(16a) Leemann, 657 ye ait 3 üncü not.

(16b) Mukavelede gayrimenkulün tapu sicilinde gösterildiği veçhile zikredilmiş olması lazımdır. Ostertag 963 e ait 17. not., aşağıdaki not 74 ile karşılaştır. Her iki tarafça kast edilen gayrimenkul mukavelede sehven yanlış gösterilmişse teşkilden evvel mukavelelerin düzeltilmesi lazımdır. Leemann, 657 e ait 41 inci not.

(16c) Vadeye bağlı satış aktinde iştirâ hakkının tapu siciline şerh verilmesiyle müşterinin hakkı temin edilmiş olur. Ostertag, 959 a ait 38 inci not.

leri ile beraber) ona zorla tahmil edilmesi tecviz edilememektedir. Taraflar vadeden evvel teşçil hususunda mutabık kalırlarsa tapu sicil dairesi mevzuata sadık kalmak için mukavelelerin noterce tadil edilmesini istemeğe mecburdur. Mülkiyetin intikali, mukavelede bir şarta; meselâ semenin ödenmesine, bağlanmışsa (17) ve satıcı şartın tahakkukundan evvel mukavelelerin teşçilini talep ederse aynı hüküm câridir. Kanaatimce teşçil, ancak noterce yapılan bir tadil ile şart mukaveleden çıkarıldıktan sonra caizdir. (18) Teşçil talebinde bulunan taraf, şartın yerine getirildiğini iddia ederse tapu dairesi bu iddianın doğru olduğuna kanaat getirmelidir. (18a) Bu aşırı bir titizlik gibi görünebilir. Fakat İsviçre hukukunda, hukuki illete verilen maddî ehemmiyet gözönünde tutulursa hukuki illete tevafuk etmeyen teşçillerden ihtimamla kaçınmak icab eder.

Teşçilin şekle bağlı başka şartları yoktur. Bilhassa iktisab edenin teşçil için muvafakati aranmaz (19); mukavele de gayrimenkul iktisab hususunda iradesini beyan etmiş olması kâfidir. Teşçil iktisab edenin iradesi hilâfına da olabilir. (20). Gayrimenkul müşterisinin tesellümdeki temerrüdünde olduğu gibi.

Teşçil talepleri zaman itibarıyla sıra ile Tagebuch (günlük defter) e kaydedilir. İsviçre Medeni Kanunu 948 [bu madde T. M. K. na alınmamıştır], ve müteakiben Hauptbuch (asıl defter) e geçirilir. (21).

Arık mülkiyetin intikalinin maddî şartlarını, yani teşçilin muteber olması için aranan vakıları, tetkik edelim. İsviçre Hukuku tapu Alman Hukuku gibi şekle uygun bir teşçil ile iktifa etmemekte-

(17) Yalnız satıcıya ait taahhüdün değil, bütün bey' aktinin sarta bağlanması hâlinde İsviçre Borçlar Kanunu 217 [T. B. K. 214] teşçilin, şartın tahakkukundan sonra yapılabileceğini tespit eder.

(18) Aşağıdaki not 34 ü karşılaştır.

(18a) Bağlı teşçil talebinde bulunduğu vakit semenin tediyesi şartının ifa edildiğini iddia ederse kendisinden delil istemek icab etmez. Çünkü semenin tediye edildiğini ihtiva eden ikrar mevcuttur. Ostertag, 936 e ait 4 Nolu notta aksi kanaattadır.

(19) Leemann, 665 e ait 6. not.

(20) Müsteri, satış aktinin muteber olmadığını iddia etse bile.

(21) Madde 967 [T. M. K. 926] «Teşçil taleplerinin yapıldığı sıraya göre» demektedir. Teşçil talepleri (İsviçre M. K. mad. 948 e muhalif şekilde) günlük deftere yanlış sıra ile geçirildiğinde de mi? Tapu sicil nizamnamesinin 26 ncı mad. III den tapu siciline kayıt yapılırken günlük defterin sırasına (sıra doğru olmasa dahi) riayet edileceği anlaşılmaktadır.

dir. (22). Alman hukuku teşçilin yanı sıra mülkiyetin naklindeki mücerret anlaşmayı ararken ve mesnet teşkil eden illete bağlı münasebetten (meselâ satış aktinden) tamamen sarfınazar ederken; İsviçre hukukunda mülkiyetin intikali, hukuki illetle beraber, teşçile istinad ettirilmiştir. (22a) İsviçre Medeni Kanunu, Alman teşçil prensibi ile, borç aktinin mülkiyeti naklettirmesi hususundaki Fransız hukuk düşüncesini şimdiye kadar tecrübe edilmemiş bir surette mezcetmektedir.

Mülkiyetin nakli illeti muhtelif olabilir: (23) Kanuna veya vasiyetnameye dayanan miras, muayyen bir malda ölüme bağlı tasarruf, istimlâk, cebri icra, ihâle, hüküm, fakat bilhassa malikin temlik taahhüt ettiği mukavele. (24) Bu ekseriya bir satıştır. İsviçre Borçlar Kanununun 17-inci [T. B. K. 17] maddesi mücerret akitleri (bir sebebi ihtiva etmeyen taahhütleri) tecviz ettiğinden bu gibi akitler mülkiyetin nakline esas teşkil edebilir. (25). Yani tapu dairesine teşçil mesnedi olarak ibraz edilecek mukavelenin, taraflar isterse, yalnız mülkiyetin nakli hususundaki vadi ve bu vadin iktisab edecek olan tarafça kabulünü ihtiva etmesi kâfi olup, satış, hibe veya sair her hangi bir hukuki münasebetin bahis mevzuu olup olmadığı hususunda bilgi vermesi icap etmez.

Hukuki sebebin maddî ehemmiyeti İsviçre Medeni Kanununun 974 üncü maddesinin II nci fıkrasından [T. M. K. 932 II.] anlaşılır: «Sebepsiz (\*\*\*) teşçil, hukuki sebebi olmayan veya kıtım ifade

(22) Münhasıran teşçile istinad eden bir mülkiyet hakkı mantiki sadeliği itibariyle sayarı tercih olurdu. Fakat muamelatta her yalıs teşçil bir hakkın ziyâğına mahal vereceğinden bu esas keskin bir sikk olurdu. Bu da aleniyet prensibinin lüzumundan fazla iltizamı manasına gelir. Wieland, İsviçre Medeni Kanunu 947 e ait 2. not, Ostertag 15 inci Babla ait 20 ve mü.

(22a) Mesruiyet prensibi.

(23) Nizamnamenin 13 inci maddesini karşılaştır.

(24) Mukavelenin temlik mükellefiyetini ihtiva etmesi icap etmez. Tarafların, yapılmak üzere olan mülkiyet intikali hususunda uyusmaları kâfidir. Mukavele, tapu siciline yapılan teşçil ile ifa edildikten sonra, taraflar bağlanmış olur. E. Huber taksim mukavelesinin tatbiki münasebetiyle Zum Schweizerischen Sachenrecht'de S. 119 daki notta aynı fikirdedir. Kanaatimce aynı surette bir hibe de yapılabilir. Vâhib bir eda vadetmez, yalnız mevhubünlehe mülkiyeti intikal ettirmek hususundaki iradesini ishar eder. Böyle bir akit teşçil talebi için şeklen yeteceği gibi maddî bakımdan da teşçilin ecası olabilir. Fakat teşçil talebinin yapılması için bir taahhüt değildir.

(25) Huber, Zikredilen eser.

(\*\*\*) Mütercim notu: İsviçre M. K. daki «Ungerechtfertigt» sözü «sebepsiz» şeklinde tercüme edilmiştir. v. Tuhr Allgemeiner Teil des Schwei-



etmeyen hukuki bir muamele mucibince yapılan teşçildir.» İsviçre B. K. 62 [T. B. K. 61] ve Pandekt hukukunda sebepsiz iktisab için teknik terim olan Ungerechtfertigt (Sebepsiz) kelimesi, burada mülkiyeti nakleden fakat sebebinin bulunmamasından dolayı eski haline irca imkânını veren bir teşçilin mavzuubahis olduğu düşüncesine sevk edebilir. Ancak İsviçre Medeni Kanunu 974. 975 (26) [T. M. K. 932, 933] deki sebepsiz kelimesinin ehemmiyeti daha büyüktür: teşçil hükümsüzdür ve bundan dolayı sahih değildir. Temlik eden mâlik kalır (27) ve İsviçre Medeni Kanunu 975 [T. M. K. 933] e göre gerek iktisab edene gerek hukuki sebebin noksanlığını bilen veya bilmesi icab eden her üçüncü şahsa karşı teşçilin (27a) tashihi dâva edebilir. İsviçre M. K. 974 I ve III [T. M. K. 932 I. ve III]. (28). Mülkiyet iktisabı hukuki illetin doğru olmasına bağlı tutulmakla mesnetsiz mülkiyet nakillerini önlenmiştir. Halbuki Alman Hukukunda bu gibi halier vukua gelebilmekte ve borçlar hukukuna dayanan vasıtalarla (sebepsiz mal iktisabı mütalebeleriyle) izale edilmektedir. (28a) İsviçre sistemi, teşçil prensibinin bütün iyi tarafları ile beraber, muteber olmayan temlik muamelelerinin neticelerine karşı maliki Alman hukukundakinden daha iyi korumak gibi bir rüçhanı da halizdir. Mâ-

zesischen Obligationenrechts (İsv. E. hukukunun umumi hükümleri) kitabında § 52 No. I de «Ungerechtfertigt» sözünün sebepsiz (grundlos) manasına alındığını göstermektedir. Bu tâbir T. M. K. 932. II ye «Yolsuz» şeklinde geçmiştir.

(26) Aynı şekilde İsviçre Medeni Kanunu 661 [T. M. K. 638].

(27) Hukuki sebebin noksanını bildiği halde de bu hakkı vardır. Zira İsviçre B. K. 63. [T. B. K. 61] borcu olmadığını bilerek edada bulunan kimseye sebepsiz mal iktisabı mütalebesini tanımamış ise de mülkiyet hakkının dermeyanını menetmemiştir.

(27a) Bu dâva Alman Medeni Kanunu § 894 ün tashih mütalebesine tevafuk eden, İsviçre M. K. 977 [T. M. K. 935] Berichtigung (tashih) tâbiriyle maddî hukuk durumuna temas etmeyen teşçil hatâlarının düzeltilmesini kast etmektedir.

(28) Tapu siciline mâlik imiş gibi teşçil edilenin, doğru olmayarak lehine yapılmış bir teşçili bertaraf etmek için elinde bir vasıta olmalıdır. Bu vasıta, yanlış teşçili yaptırmış olan selefi aleyhine açabileceği teşçilin tashihi davasıdır. Maamafih tashih dâvası İsviçre M. K. 975 inci [T. M. K. 933] maddesinde yalnız teşçil ile aynı hakları haleldar edilmiş olana tanınmıştır. Çünkü kanun Alman Medeni Kanunu § 894 de olduğu gibi yalnız mutat vaziyeti, yani tashihin bir zıyağın önlenmesi için arzu edileceğini düşünmüştür. Kanaatimizce bilhassa İsviçre Medeni Kanununda genişletici bir tefsir yerindedir. Çünkü teşçilin temellük edenin iradesi inzimam etmeden yapılması mümkündür. Yukardaki 19 uncu not ile karşılaştır.

(28a) Strahel, Leipziger Zeitschrift. 1909. S. 613 karşılaştır.

lik mülkiyet hakkını kaybetmez. (29). Mâlik mülkiyet hakkını hasmının iflâsında da kaybetmeyeceği gibi (30) hasmının hukukî halefine karşı da kaybetmez. Meğerki bu hukukî halef hüsnüniyet sahibi ola. İktisab bahsinde İsviçre M. K. 975 [T. M. K. 933] den bir güçlük doğabilir. İktisab eden hüsnüniyet sahibi ise vaziyetinden emindir. Ancak hüsnüniyetin, temlik edenin gayrimenkulü iktisab ederken dayandığı borç aktine de şümulü vardır. X, A dan bir ev satın almak istediğinde, A ile onun hukukî selefi B arasında —Satış aktinin muteber olup olmadığı hususunda— bir nizanın mevcudiyetinden haberdar olursa, vaziyetinden emin olması için bu satış aktinin muteberliği hakkında bir fikir edinmesi lâzım gelir. Bu lüzum halin icabına göre bu derece ihtimam kendisinden beklenebileceği hususlarda caridir. (İsviçre Medeni Kanunu Madde 3) [T. M. K. 3]. Alman hukukuna göre X, A ve B arasındaki yakın vakıf olmadığı beyî akti ile alâkadar olmağa mecbur değildir. A ve B arasındaki devirda bir hatâ mevcut olduğunu bilmediği müddetçe hüsnüniyetli sayılır.

Kanun, madde 947 II [T. M. K. 932 II] de sebepsiz tesçilin iki halini zikreder:

1. Hukukî bir sebep olmadan, yani o ana kadar mâlik olan A ve iktisab eden sıfatiyle tesçil edilmiş olan B arasında bir temlik mukavelesi olmadan yapılan tesçil. Böyle yanlış ve hükümsüz tesçiller muhtelif sebeplerden doğabilir. Meselâ: Tapu dairesinin sehvi ile tesçil, mukavelede gösterilen başka bir gayrimenkulün kaydına yapılırsa; yahut beyî mukavelesi A ve X arasında akdedilmiş olup A nın tesçil talebi üzerine tapu dairesinde şahıslarda hatâ edilerek X yerine ismen müşabihi olan B tesçil edilmiş olursa. Yahut A resmi şekilde yapılmış olan bir hibe vaadine istinaden B yi tapu siciline tesçil ettirmiş ve B ile esasen bir akit yapılmamış olduğu anlaşılabilir bulunursa. (31) (Çünkü A, halk arasında çok yayılmış olan kanaate

(29) Tapu sicilindeki kayda göre mâlik olduğu artık anlaşılmamakla beraber. İsviçre Medeni Kanunu 971 [T. M. K. 929] maddesini dar tefsir etmek lâzımdır. Bu madde yalnız, teessüsleri için yapılması lüzumlu tesçilin yapılmaması sebebiyle vücut bulamamış olan haklara taallük eder. Ostertag, 971 e ait 16 not.

(30) Ostertag 975 e ait not 36. Alman hukukunda vaziyet baskadır. Orada mesnetsiz mülkiyet intikalinin eski hale ircağı borçlar hukukuna dayanan bir sebepsiz iktisab mütalebesi ile yapılır. Alman sisteminin çok kere hakkaniyete aykırı görünen bu neticesi için benim Allgem. Teil § 73 not 52 ye ve aynı zamanda aşağıda not 82 ye bak.

(31) İsviçre Medeni Kanunu 965 III [T. M. K. 924 III] e göre tapu dairesinin tetkiki hukukî sebebin şekline inhisar etmektedir. Yukardaki Not 16 ile karşılaştır.

istinaden hibenin kabule bağlı olmadığını zannetmektedir.). Ve yahut A, B ile bir satış akti yapmış ve mümessili X i tapuya, teşçil için, müracat ile tavzif etmiş olur ve müteakiben akit İsviçre Borçlar Kanunu 115 [Bu maddede T. B. K. alınmamıştır] e istinaden A ve B tarafından şekle bağlı olmayan bir sözleşme ile kaldırılmış (31a) ve fakat bundan zamanında haberdar edilmeyen X aktin teşçili için tapuya müracaatta bulunmuş olursa. Bütün bu hallerde B namına yapılan teşçil sebepsizdir ve İsviçre M. K. 975 [T. M. K. 933] e istinaden tadil yolu ile bertaraf edilebilir. Bununla beraber noksan olan hukuki sebep tanımlanabilir. (32) Teşçilden sonra A ve B şeklen muteber bir temlik mukavelesi aktederlerse teşçilin tekrarianmasına ihtiyaç olmadan, mukavelenin akti ile, mülkiyet B ye intikal eder. (33) Beyi' akti veya bâyin'in taahhüdü şarta veya bir vâdete bağlanmış ise, teşçilin —bir müddet için hukuki sebebi bulunmayacağından— kanaatimce yapılmaması lâzımdır. (34) Bu halde teşçil sebepsizdir ve temlik eden henüz mâlik sıfatını muhafaza etmektedir. (35) Bununla beraber şartın tahakkuk edemeyeceğinin anlaşılacağı zamana kadar tadil dâvasına karşı taliki bir def'i ileri sürülebilir. (36)

2. Bundan başka İsviçre M. K. 974 II [T. M. K. 932 II] ye göre lüzum ifade etmeyen bir hukuki muameleye istinaden yapılan teşçil de sebepsizdir. Muamelenin lüzum ifade etmemesi muhtelif se-

(31a) Leemann, 657 e ait 19 uncu not.

(32) Sen misaldeki satış mukavelesi şekle bağlı olmayan bir anlaşma ile muteber hale getirilemez. Bilakis, tarafların İsviçre M. K. 657 [T. M. K. 634] nin kabul ettiği şekle riayet ederek yeni bir satış mukavelesi aktetmeleri lâzımdır.

(33) Ostertag, 971 e ait 4 üncü not. Muhatabın muvafakati olmadan yapılan hibede, B. nin teşçile muttali olduktan sonra muvaffak beyanı ile hibeyi tekemmül ettirebilmesi ve malik sıfatını ihraz edebilmesi şüphelidir. Burada A tarafından yapılan teşçilin B ye karşı vâki bir icap mahiyetinde olup olmadığına ve icabın temadî edip etmediğine bakılır.

(34) Yukardaki not 18 i karşılaştır.

(35) Bâyin'in, İsviçre Borçlar Kanunu 82 [T. B. K. 81] ye göre ancak semenin tediyesi mukabilinde ifa ile mükellef olduğu düşünülerek taahhüdü şarta bağlı telâkki edilemez. Mukavelenin ifa edilmemesi def'i (exc. non adimpleti contractus) İsviçre Hukukuna göre de hakiki bir def'idir, Becker, Borçlar kanunu 82 ye ait 1 ve 7 nci notlar. Bundan dolayı semenin tediyesinden evvel müşterinin tapuya teşçil edilmesi sebepsiz bir muamele teşkil etmez ve bâyi sicilin tashihi talebinde bulunamaz. Görünüşe göre Wieland 963 e ait 2 b notunda başka fikirdedir.

(36) Benim 411g. Teil III S. 257 i karşılaştır.

beplere dayanabilir; bunlardan en mühimlerini zikrediyorum:

a) Şekil noksanı. İsviçre M. K. 657 [T. M. K. 634] ye göre akit için aranan resmî şekil kanton hukukuna tâbidir. (37). Şekle bağlı hangi anasırın hukukî muamele için muteberlik şartı teşkil ettiği, ve resmî muameleyi yapan memurun salâhiyetli olup olmamasına göre muamelenin muteber olup olmadığı meseleleri de kanton hukukuna göre halledilir. Kanton Hukukuna göre beyi' akti, bir şekil noksanı sebebiyle (38), tarafları bağlamıyorsa yapılan teşçil, —şekil noktasından İsviçre Medeni Kanunu 965 III [T. M. K. 924] ün emrettiği kontrol yapılmış olsa bile— sebepsizdir. Alman Medeni Kanunu § 313 de olduğu gibi şekil yanlışlığının teşçil ile ıslahı İsviçre hukukunda derpiş edilmemiştir. (39) Zaten İsviçre Medeni Kanununun sistemine de uymazdı. Zira teşçil, Temellük edenin muvafakati olmadan, temlik edenin bir taraflı müracaatı ile yapılır. İktisab eden temlik edenin satış aktindeki şekil noksanını ileri sürmesini nezetmek imkânına mâlik olmamalıdır. Satış aktinin şekle uygun olmaması sebebiyle sebepsiz olan teşçil İsviçre Medeni Kanunu 975 [T. M. K. 933] e göre temlik edenin açacağı dâva ile tashih edilebilir. Temlik edenin satış aktinin ilzam edici olmasını teşçil talebi anında bilmesi halinde dahi bu dâva hakkı vardır. Zira İsviçre Borçlar Kanunu 65 [T. B. K. 62] deki hatâ Vindicatio'da (temlik edenin henüz uhdesinde bulunan bir mülkiyeti dermeyan etmesinde) değil yalnız condictio'da (muteber fakat sebepsiz bir edanın geri istenmesinde) caridir. (39a). Ancak on senelik iktisabi mürurü zaman (40) İsviçre M. K. 661 [T. M. K. 638] göre müşteriye mülkiyeti temin eder. Gayrimenkulî iktisab eden dahi teşçilin yapılmış olmasına rağmen, satış aktinde bir şekil noksanı bulundu-

(37) Wieland İsviçre Medeni Kanunu 657 için 3 ve 6 ncı not; Leemann, 657 için 30 ve müteakip notlar.

(38) Meselâ: resmî senedi tanzim eden memurun salâhiyetsiz olması veya semenin yanlış bildirilmesi, neticesi olarak.

(39) Leemann. İsviçre Medeni Kanunu 657 ye ait 52 inci not.

(39a) Satıcı, şekil noksanını ve satışın butlanını bildiği halde de tediye etmiş olduğu semeni geri isteyebilir. Kendisinin bu vaziyette bir borcun edası maksadiyle değil, karşı tarafın satışı batıl ad etmiyeceğine intizaren tediye de bulunduğu kabul edilebilir. Reichel, Arch. f. zivil. Praxis, 104, 27, Becker, Borçlar Kanunu 11 e ait 5. not, Leemann, 657 e ait 55 inci not.

(40) Satış aktindeki şekil noksanının bilinmesi kanaatimce iktisabi müruru zaman için lâzım olan hüsnüniyeti bertaraf etmeğe kâfi değildir. Zira iktisab eden, hukukî vaziyeti bilmemek mazeretiyle, mülkiyet hakkından emin olabilir.

ğunu ileri sürebilir. Bununla gayrimenkulü iktisab eden için semenin istirdadı mütalebesi doğar. (40a) İsviçre B. K. 67 e [T. B. K. 66] göre bu mütalebe hakkı, hakkın mevcudiyetine ittilâ kesbedildiği tarihten itibaren bir sene, ve en geç mütalebe hakkının doğumundan itibaren on sene geçmekle müruru zamana uğrar. Satış akti, teşkil ve tediye ile taraflarca ifa edilmişse, mukavelelerin, bir şekil hatası sebebiyle ortadan kaldırılmasına birçok hallerde hukuki hissimiz razı olmaz. Çünkü şeklin en mühim gayesi tarafları, düşünülmeden ve acele edilerek verilen kararların neticelerinden korumaktadır. Fakat mukavele taraflarca gönül rızası ile ifa edilmişse sözleşmenin muhtevâ itibariyle kusursuz olduğu, ve görünmeyen veya nazarı itibara alınmayan bir şekil yanlışından dolayı akti bozmak teşebbüsünün, bu arada meydana gelen fiyat farkından istifade etmek gayesi ile yapıldığı, kaideten kabul olunabilir. Gayrimenkul fiyatları yükseldiği zaman, mukavelede, tapu memurunun gözünden kaçmış olan, bir şekil yanlış keşfetmek bâyi için evvelden tahmin etmediği ve hak etmediği bir saadet olur. Böyle tesadüflerden faydalanmak hakkı tanınmalı mıdır? Şekil yanlışlarının tarafların ifası ile düzeltilmiş olacağına dair bir hukuk kaidesi ne Alman Hukukunda ne de İsviçre Medeni Kanununda bulunmamaktadır. (41) Fakat İsviçre Medeni Kanununun 2 inci maddesi [T. M. K. 2] şekil hatasının sulistimal edilerek ileri sürülmesine karşı kullanılacak bir vasıttır. Burada her şeye rağmen Alman Medeni Kanunu § 313.2 ile aradaki fark şudur: İsviçre Medeni Kanununun 2 inci maddesi teşkilden sonra değil, beyi aktinin taraflarca ifasından sonra şekil noksanına istinad etmek imkânını ortadan kaldırır.

b) Hukuki illetin lüzum ifade etmemesi taraflardan birinin —tapu dairesince anlaşılamayan— (42) medeni haklarını kullanma salâhiyetinden mahrum olmasına dayanabilir. Taraflardan birinin Satış aktinin inikadı anında mümeyyiz olmaması aktin butlanı neticesini doğurur. İsviçre M. K. 18 [T. M. K. 15]. Kanuni mümessil, veya temyiz kudretini yeniden iktisab ettikten sonra bâyi teşkil talebinde bulunsa bile beyi akti gene bâtil kalır ve bundan dolayı teşkil sebepsiz olur. Teşkil ancak, temyiz kudretinin iktisabından

(40a) İsviçre Borçlar Kanunu 63 e göre yalnız satış aktinin muteber olduğu hususunda hata edilmişse.

(41) Reichel, yukarda zikredilen eser S. 33 de böyle bir kanuni hükmü haklı olarak müdafaa etmektedir.

(42) Yukardaki not 15 i karşılaştıır.

sonra madde 657 deki şekilde akte edilen yeni bir satış akti ile doğru bir hale gelir. (43). Taraflardan biri mümeyyiz, fakat reşit değilse veya vesâyet altında ise, İsviçre M. K. 19 [T. M. K. 16], ve kanunî mümessilinin rızası olmadan hareket ediyorsa beyi' akti lüzum ifade etmez, İsviçre Medenî Kanunu 410 [T. M. K. 394]. Ancak bu akit kanunî mümessilin veya medenî hakları tam kullanma salâhiyetini elde eden âkidin icazeti ile muteber olabilir. İcazetin sarîh olması icabetmez; aktin teşçili için yapılan talepte mündemiç olabilir. Müşteri medenî haklarını mahdut surette kullanmağa salâhiyettar ise iradesi olmadan yapılan teşçil ile akit muteber hale gelmiyeceğinden teşçil sebepsizdir. Fakat bâyi mukaveleye bağlı olup ancak 410 uncu maddenin II inci fıkrasına göre münasip bir mehil tayini ile kendisini akti bağluluktan kurtarabilir. Borç aktine bağlı kaldığı müddetçe İsviçre Medenî Kanunu 975 [T. M. K. 933] deki Tadil dâvası kendisine tanınmamıştır.

(Sonu var)

---

(43) Egzer. İsviçre Medenî Kanunu madde 13 e ait 1b notu.