

## **MENKUL MALLARDA MÜLKİYETİN VE HASARIN İNTİKALİ HAKKINDA MUHTELİF SİSTEMLER ARASINDA BİR MUKAYESE**

**Yazan: Ord. Prof. S. Ş. ANSAY**

Mülkiyetin intikali sözünden maksadımız onun miras yolu ile kanunî intikali değil de rızai, akid ile olan intikalidir. İrs sebebiyle intikalde ne ölenin, ne mirascının iradeleri esas itibariyle lâzım ve şart değildir. Bugünkü hukukda sadece ölüm vak'ası, bu intikal için kâfidir. Mirascı, muayyen müddet içinde terekeyi reddetmezse miras mallarının kat'î maliki olur.

Burada bahsedeceğimiz, iradî ve bilhassa beyi' akdi ile olan intikaldir. Medeni hukukumuzda göre mülkiyet mücerret beyi' akdi ile satıcıdan alıcıya geçmez. İntikal için fiilî bir muamele, teslim de şarttır. Müşterinin satın aldığı mal üzerinde mülkiyet hak ve iddialarını iktisap etmesi, onun kendisine teslim edilmiş olmasına bağlıdır. Teslim vaki olmadıkça müşteri üçüncü şahıslara karşı bu yolda bir iddia yapamıyacak, sadece satana karşı şahsi bir talepte bulunabilecektir; daha doğrusu ona karşı sattığı mal kendisine teslim etmesi hakkında dava açabilecek, satan o malı ikinci bir müşteriye satıp teslim etse veya üçüncü bir şahıs satandan onu cebren alsa veya telef etse bu ikinci müşteriye veya bu üçüncü şahsa karşı mal kendisine iade etmesi veya tazmin eylemesi hususunda bir davaya kalkışamayacaktır. Birinci müşterinin bu durumu, ancak mal kendisine satana karşı haiz olduğu akitten doğma bir alacak sahibi olmasının neticesidir; satılan mal kendisine teslim edilmediğinden onun üzerinde aynı bir hakkı yoktur. Bu itibarla mal kendi mülkünden nezedilmiş bir mal sayılamaz; bilâkis akit ile iktisap edilen hak obligasyon münasebetinden doğma şahsi bir alacak olduğundan hesabı ve tasfiyesi bu akdi münasebete girişenler arasında bahis mevzuu olabilir.

Bu sistem bizim bugünkü hukukumuzda hakim sistemdir; yani yalnız alelâde beyi' münasebetlerinde değil, ticari muamelelerde de caridir. Ticaret kanunumuza göre bir beyi'de, ticari bir beyi'de mal, mücerret akt ile, icap ve kabul ile müşteriye intikal etmiyecektir. Mal üzerinde müşteri için mülkiyetin tahakkuk etmesi teslim mütevakıftır. Ticaret kanununun 686 ncı maddesi bunun hilâfına bir hüküm istinbatına müsa'it değildir; bahs ettiğimiz prensibi bozacak mahiyette, akdin in'ikâdiyle malın müşteriye

intikal edeceği hakkında bir sarahat yoktur. Ancak Ticaret kanunu deniz ticareti kesiminde, deniz ticaretine ayrılmış olan gemi veya gemi payının temlik bakımından hususi bir hüküm sevk etmektedir.

Diğer taraftan Mk. da bazı istisnalar yapmıştır: Yukarda işaret ettiğimiz gibi tereke malları teslimsiz intikal eder; burada bir akit tasavvur da edilemez. Mahkeme hükmü ile, cebri icra zımında yapılan satışlarla, istimlak muameleleri ile mülkiyetin teslimsiz başkasına geçeceği kabul edilmiştir. Bunlar görüldüğü üzere amme hukuku alanında muamalelerdir. Burada İsviçre hukukçuları arasında ihtilâflı olan bir noktaya işaret edelim. İcrada pazarlık suretiyle yapılan menkul satışında mal henüz müşteriye teslim edilmeden sadece icra memuruyla müşteri arasında bir anlaşma ile mülkiyet ona geçer mi? Başka bir deyimle, akitten sonra mal kusursuz olarak icra memuru yanında telef olsa zarar müşteriye ait olur mu? İsviçre'nin Oser, Haab ve Overbeck gibi ekseri müellifleri bu satışın Borçlar Kanunundaki beyi' akdi değil, amme hukuku karakterinde bir tasarruf olduğunu söylerler; onun içindir ki bu satış özel hukuktaki beyi' gibi bir taraflı fesih beyaniyle bozulamaz ve orada olduğu gibi ihtilâf halinde iş mahkemeye gitmez; bilâkis satışta her hangi bir fesih sebebi iddia eden kimse ancak şikâyet yolu ile, idari yolda, tetkik merciine başvurur ve satışı orada bozdurabilir.

Cebri icra satışlarıyla borçlar ve ticaret hukuku sahasındaki ihtiyari satışlar arasında görülen bu fark bu satışlar arasında bir terim farkını da icap ettirir. İcra ve iflâs kanunumuz birincilere ihale demektedir; yani pazarlık suretiyle satış da bir cebri satış olduğuna göre bir ihale olacaktır. Halbuki İsviçre borçlar kanunu bizim BK. 225 inci maddesinin aslı olan maddesinde cebri icra satışlarına da beyi' demiştir ve bize de öyle tercüme edilmiştir. Öbür taraftan icradaki satışların feshi şikâyet yolunda tetkik merciine arz edilirken borçlar kanunumuz bu yolu itiraz sözü ile terimlemiştir.

Gene bugünkü hukukumuzda göre bir kimse bir şahsın elinde bulunan menkul bir malı ondan satın alsın ve tesellüm de etse o mal başka birine âit olsa bile ona malik olur; meğer ki onun başka birine âit olduğunu bilmiş ola. Mal, sahibi tarafından icâr, iâre, vedi'a gibi bir akit zımında rızasıyla o şahsa teslim edilmiş oldukça o kimse malı satan şahsın zilyedi, sahibi olduğuna güvenerek, inanarak iyi niyetle, yani işin hakikatini, iç yüzünü bilmiyerek almış olduğuna göre asıl mal sahibi tarafından bir istihkak davasına muhatap olamaz. Mal sahibi ancak malı kendisine

emniyet ve teslim ettiği şahıstan tazminat istiyebilir. Bir mal elinde bulunduran kimseyi, onun zilyedini, mal sahibi farz etmek haaytın normal cereyanlarına ve icaplarına uygundur, ma'kul ve makbul bir harekettir. Bunun içindir ki modern hukukta zilyetlik mülkiyete karine tutulmuştur. Zilyedliğe iyi niyetle itimat ve istinat eden kimse himaye altındadır. Ancak mal, zilyedi tarafından o şahsa bırakılmış değil de rızası olmaksızın elinden çalınmış veya çıkmış ve çalan, bulan tarafından başkasına satılmış ise medeni kanununun 902 nci maddesi dairesinde zilyet, malı iktisap edene karşı istihkak davası açabilir.

Fransız hukukuna ve buna iltihak eden kanunlara göre, yukarıki Türk, İsviçre ve hattâ Roma hukuku sistemine muhalif olarak mülkiyet, satış akdinin yapılması ile müşteriye geçer. Fakat Fransız hukuku da zilletliği mülkiyete karine olarak kabûl ettiğinden ve iyi niyeti himaye altına almış olduğundan bir menkul mal satan kimse malı müşteriye teslim etmiyerek ikinci bir kimseye satıp teslim etse o kimse mala malik olur ve birinci müşteri ancak satandan bir tazminat isteyebilir; yoksa mal daha önce kendisine satılmış ve tarafların iradelerinin birleşmesi ile mülkiyet kendisine intikal etmiş olduğundan bahisle malik sıfatıyla ikinci müşteriden malın kendisine iâdesini isteyemez, ona karşı bir istihkak davası açamaz; fakat mal başka birine ait olup da malı satan ve teslim eden zilyede onun tarafından bırakılmış olmayarak rızası hilâfında elinden çıkmış veya çalınmış ise satın alana karşı istihkak davası açılabilir.

İslâm hukuku, Fransız sistemine benzer surette mülkiyetin intikalini akdin yapıldığı ana izafe eder; yani bu hukukta bey'in tamam olması için kabz (teslim) şart değildir. Beyi' akdi yapılmakla mülkiyet müşteriye geçmektedir: İcap ve kabûlün birleşmesi ile satış akdi tamam, müşteri satılan şey'e (mebi'a), satan da semene müstahik olur. Semen müeccel değilse önce alıcı semeni satıcıya ve sonra satıcı malı alıcıya vermeğe mecburdur (Mecelle madde 262). Fakat fasit bir beyi' ancak kabz edilmekle hüküm ifade eder. Malın kabz edilmiş olması için bilfiil teslim edilmesi şart olmayıp gerek sahih ve gerek fasit beyi'de satıcının teslimine izin vermesi yeter ; yani izin teslim demek olacağından müşteri bu suretle onu kabz etmiş sayılır. Satılan şey esasen müşterinin elinde ise tekrar bir teslim ve kabza lüzûm yoktur.

Ancak islâm hukuku, mülkiyetin müşteriye intikali zamanını Fransız hukukunda olduğu gibi beyi' akdinin yapıldığı ana izafe etmekle beraber aralarında mühim bir fark vardır. İslâm hukukçularının mülkiyet hakkına karşı gösterdikleri büyük saygının ve bu hakka tecavüz karşısında duydukları derin hassasiyetin ifadesi olarak fert ifrat derecede himaye edilir-

ken âmme menfaati, içtimâî nizam adeta unutulmuşa benzer. Şöyle ki bu hukuk, mal sahibini ne bahasına olursa olsun himaye eder bir durum alır; üçüncü şahısları hiç hesaba katmaz. Gasp denilen tecavüz fiiline karşı sert davranır, bu tecavüzü her halde yenmek ister. Hakikaten islâmda nefsin, şahsın ismeti gibi ismet-i emvalin de büyük mevkii vardır ve bu çok esaslı bir kaidedir. Bu mülâhaza iledir ki bir kimse bir şahsa sattığı malı ona teslim etmeden başka bir onu satıcı elinden gasb veya telef etse veya satıcı müşteriye teslim etmediği bu malı başka birine satarak, teslim etse birinci müşteri malı o başka birinden istihkak davasıyla geri alabilir; onun elinde telef olduğuna göre isterse malının kıymetini ona tazmin ettirebilir; çünkü mücerret akit ile mülkiyet müşteriye intikal etmiştir ve âkit ile müşteri o mal üzerinde aynı hak kazanmıştır. Bu suretle islâm hukuku hem Fransız sisteminden ve hem de Türk - Roma sisteminden ayrılmış bulunmaktadır. Diğer taraftan mal elinde bulunduran satıcıdan iktisapda bulunanı himaye etmek hususunda Fransız ve Alman sistemi birleşmektedir. Yani islâm hukuku her iki sistemin dışında bir durum arz etmektedir. Islâm hukukunun bu durumu mübadele hayatını tehlikeye sokacak bir karşıklığa sebep olacağına şüphe yoktur.

İtiraf etmek lâzımdır ki bilhassa Hanefî hukukçuları mülkiyetin sıyaneti hususundaki prensibi çok def'a tahakkuk ettirememişlerdir. Bu mezhebe, yani Osmanlı İmparatorluğunda da yüz yıllarca mer'i olan şeri' kanununa göre bir kimsenin mülkünde, tasarrufunda bulunan bir maldan, sahibinin izin ve rızası olmaksızın intifa eden şahıs mes'ûi değildir; yani başka sının evine, dükkânına bir âkit olmaksızın, gasp suretiyle girip hattâ uzunca zaman habersiz sakin olan kimseden sahibi, bu intifa mukabilinde hiçbir ücret isteyemez. Bundan yetim ve vakıf malları ve bir de o yerin kira için umuma arz edilmiş olması halleri müstesnadır. Çünkü Hanefilere göre menfaat esas itibariyle mal sayılmaz; ancak hükmen maldır. Mebî'in (satılan şeyin) mütekavvim mal olması lâzımdır (Mecelle madde 199). Menfaat, ancak bir âkit, icar akdi yapılırsa o vakit, fakat istihsan yolu ile, yani kıyase aykırı bir istisna mahiyetinde mütekavvim mal olabilir. Esasen mal ancak insanın tb'an meyl edip de hacet vakti için topladığı şeye denilebilir (Mecelle madde 126). Menfaat ise böyle hacet vakti için saklanabilecek şey değildir.

Kahire birinci Fuat Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü Şefik Şehata mülkiyetin intikalinde üçüncü şahısların himayesi bakımından Hanefî fıkhının - Mecellenin 253 üncü maddesini teşkil eden - kaidesinden bir

sahada istifade edilebileceğine işaret etmiştir (1). Hakikaten bu maddeye göre “Müşteri kabzdan önce mebi’i, akar ise ahara satabilir, fakat menkul ise satamaz”. Yani müşteri satın aldığı bir menkulü başkasına satabilmek için tesellüm etmiş olmak lâzımdır. Tesellüm etmeden, henüz satıcının elinde iken onu başkasına satması hükümsüzdür. Demek ki satış akdi ile malın mülkiyeti müşteriye geçmiş olmakla beraber müşteri onun üzerinde tasarrufda bulunabilmek, hususiyle beyi’ ve icar gibi yollarda başkasına devr edebilmek için zilyetliğinde olması şarttır; zilyet olmadan yapacağı bir devir hükümsüzdür. Bu suretle netice itibariyle üçüncü şahıslar himaye edilmiyor demektir. Meselâ A, B ye menkul bir mal satmış, B de onu kabz etmeden C ye satmış ve bilâhère tesellüm ederek fakat C ye teslim etmeyip D ye satmış olsun. Burada B, malı C ye satmasına rağmen malın tam mülkiyetini muhafaza etmekte olduğundan ve çünkü kabzdan önce menkulün başkasına bey’i hüküm ifade etmiyeceğinden C malik olamayacaktır. Şu halde malik B tarafından D ye yapılan devir muteberdir. Fakat görülüyor ki himaye mahduttur. A nın B ye bir menkul mal satıp da teslim etmeden bir başkasına satması ve teslim etmesi halinde ikinci müşterinin iyi niyetle vukubulan iktisabı himaye edilmemekte, yani birinci müşteri ona karşı istihkak iddiasında bulunabilmektedir.

Satılan şeyin nef’i ve hasarının intikaline gelince Borçlar kanunumuza (madde 183) göre halın icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında satılan şeyin nef’i ve hasarı akdın in’ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder. Bununla beraber yalnız nev’an tayin edilmiş olan mebi’in ayırd edilmiş meselâ çuvallara konmuş olması da lâzımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayi’in bu maksatla mebi’i üzerinden yedini ref’i etmiş, yani meselâ nakliyeciyeye teslim etmiş bulunması da şarttır. Taliki şart ile yapılan âkitlerde temlik edilen şeyin nef’i ve hasarı daha evvel müşteriye teslim edilmiş olsa dahi ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene ait olur (Borçlar kanunu madde 183 fıkra 3 ve m. 151). Bununla beraber işaret edildiği üzere hasarın, malın teslim edildiği anda müşteriye geçeceği taraflarca pek alâ arzu edilmiş olabilir.

Bu hükümlerde Türk ve İsviçre kanunları birbirinden farksızdır. İstanbul Hukuk Fakültesinin Roma ve Medenî Hukuk Profesörü merhum A. B. Schwarz’ın Ankara Hukuk Fakültesinde 1948 yılında verdiği konferansda teyit ettiği üzere Roma hukukunda ve Justiniyen hukukunda da

---

(1) 1951 Temmuzunda Pariste toplanan İslâm Hukuku Milletlerarası Haftası toplantısındaki tebliğinden: l’acte translatif de propriété en droit musulman hanefite (Travaux de la semaine internationale de droit musulman s. 40 bak.)

mülkiyetin intikali Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi teslim ile, fakat hasarın intikali akdin yapıldığı anda tahakkuk etmektedir. Bu tanzim tarzı ötedenberi tenkit edilmiş ve çok defa tatmin etmiyen bir prensip olarak hissedilmiş, alıcının hiçbir şey elde etmediği halde semeni ödemeğe mecbur kalması haksız tanılmış, İsviçre halk hayatında da henüz hazm edilmemiştir (Keza Oser Madde 185 n. 2).

Oser diyor ki bu mesele daima münakaşayı, münazaayı mucip olmuştur. Roma hukuku emtia satışı noktasından hareket etmiştir; yani bu esasa göre, satılan malı, yanında alkoyması satan için bir menfaati mucip olmadığından hasar akit yapıldığı anda müşteriye intikal etmektedir. Fakat hayvan satışı esas olan cermen sisteminde - ki bu menfaat bayi'in olmaktadır - hasar mülkiyetin devri ile müşteriye intikal ettirilmiştir. Oser ilâve ediyor : borçlar kanununun revizyonu sırasındaki tadil hamle ve teşebbüsleri arasında 1905 de peynir tacirleri tarafından yapılan garip bir teklifte : köylüden, peynir imalâthânelerinden alınacak peynir kalıpları tartılıp damgalanmakla mülkiyetin intikal etmesi, hasarın ise satılan bu peynirler müşterinin ikâmetgâhında teslim edilinceye kadar satıcı uhdesinde kalması istenmiştir.

İslâm hukukuna, Mecelleye (madde 293) göre satılan şey kabzdan önce satanın elinde telef olsa müşteri hakkında bir şey terettüp etmeyip zararı satana âit olur ve gene akitten sonra ve kabzdan önce satılan şeyde hasıl olan semere ve ziyade müşterinindir (Mecelle, Madde 236). Yani mal, bâyi elinde velev ki teaddi ve taksiri bulunmaksızın telef olsa zararı satan çekecektir. Hattâ hasarın müşteriye âit olacağı mukavele edilmiş olsa dahi. İslâm hukukuna göre hasar, yani tazmin edilecek şey ancak malın kıymeti olacağına ve beyi'de bu kıymet semen ile tesbit ve tayin edildiğine göre müşteri semeni ödememiş ise malın telefı ile beyi' münfesih olduğundan artık bir ödeme mecburiyeti olmayacaktır. Eğer semeni ödemiş ise ancak bunu geri alabilecektir. Tazminat adına başka bir zarar ve ziyan iddiası kabul edilmemiştir. Nitekim bayi malı teslimden imtina etse vukubulan taahhurdan dolayı alıcı her hangi bir zarar ve ziyan adıyla bayi'den bir şey isteyemez.

Beyi' ile mülkiyetin müşteriye intikalinin mantıki bir neticesi olarak menfaatin de bu anda müşteriye geçmesi Fransız hukukuna da uygundur. Fakat İslâm hukuku hasarın, teslimden sonra müşteriye âit olması bakımından Fransız hukukundan ayrıldığı gibi mülkiyetin intikalini akit zamanına izafe etmekte olması itibariyle de bizzat kendi sisteminde bir ahenksizlik arz eder. Bu tanzim tarzı, bugünkü hukukumuzun tamamıyla

aksine olarak dördüncü bir sistem teşkil eder gibi görünmektedir (2). Fakat satılan malı biran evvel müşteri eline ulaştırmağa mecbur etmek gibi bir tesiri tazammun edebileceğinden İsviçre ve Türk sisteminden daha uygun sayılabilir. Alman sistemi diyebileceğimiz hukukda nef'i ve hasar ve mülkiyet ancak teslim ile müşteriye geçmekte ve Fransız hukukunda bu intikal ân'ı, akdin yapıldığı zamana muzaf olmak itibariyle her iki hukuk bir mantıklilik ve vahdet içindedir.

İslâm hukukunun ve onun nakli olan Mecellenin tanzim tarzı, bundan on yıllarca evvel o vakit İstanbul'da Rus sefareti tercümanı olan Mandelstam tarafından tahlil ve tenkit edilmiştir. Profesör Ebulûlâ Mardin (Ahmet Cevdet Paşa, 1946) adlı eserinde Mecellenin 293 üncü maddesine taallûk eden bu tenkide cevap yolunda Mandelstam'ın, Fransız hukuku tesiri altında kaldığını ve Alman, Avusturya gibi memleketlerin kanunlarında da teslimden önceki menfaat ve zararın satıcıya bırakıldığını, şu halde böyle büyük Milletlere âit medenî kanunlara nakisa teşkil etmeyen hükmün Mecelle için bir eksiklik sayılması garip olduğunu söylüyor. Mandelstam Mecellenin, mülkiyetin intikalini akit ânına, hasarın intikalini ise teslim ânına irca' etmesini tenkit etmektedir. Nitekim İstanbul Hukuk Fakültesi Profesörü Doktor Halil Arslanlı da bunu böyle anlamıştır (3). Filhakika yukarda görüldüğü üzere Alman sistemi yalnız nef'i ve hasarın değil, mülkiyetin intikali zamanını da teslim ânı olarak kabul eder.

Şunu da ilâve edelim ki Mecellenin hükmü bu tenkidten sonra rahmetli Seyit beyin başkanlığındaki 1332 (1916) tarihli medenî kanun tâli komisyonu lâyihasında da ele alınmış ve "şer'i şerifin her mülkî hâsarından yalnız mâlikinin müteessir olması lâzım geleceğini kabul ettiği, İmam Mâlik ile bütün ehli zâhirin akdi esas ittihaz ederek hâsarın müşteriye âidiyetine kail oldukları" kayıt ve beyan olunmuştur (lâyiha s. 37).

---

(2) Prof. A. B. Schwarz, Satış akdinden hasarın intikali, Ankara Hukuk Fakültesi Der. 1947, cilt IV, sayı 1-4, s. 159 - 167 bak.

(3) Halil Arslanlı: Ticarî bey' (İstanbul 1953, s. 216 ve notları bak), Mandelstam'ın tenkidi, Ebulûlânın Ahmet Cevdet Paşa adlı eserinde s. 214 ve Halil Arslanlı adı geçen eserinde nakledilmiştir.