

**TAŞINIR EŞYA HUKUKUNDA “KAMUYA AÇIKLIK” (TESLİM)  
İLKESİNİN DELİNMESİ: SÖZLÜ VE SÖZDE  
ZİLYETLİK DEVİRLERİ**

Prof. Dr. Rona SEROZAN \*

**Giriş**

Bu araştırmada, maddi, ekonomik yaşamın hareketliliği karşısında, yüzlerce yıllık koskocaman hukuk ilkelerinin nasıl unufak edildiğinin sayısız örneklerinden eşya hukukuna özgü biri gözler önüne serilecektir.

Bu bağlamda önce a. Eşya hukukunun klasik “aleni teslim” ilkesini de-lik deşik eden yerleşik (yasanın da tanıdığı) anlaşmalı zilyetlik devirleri ya-ni zilyetliğin havalesi, uzak elden, kısa elden ve hükmen teslim ile zilyetli-ğin havalesi yolları ele alınacak, sonra b. Aracı kişi (vasıtasız zilyet) veya araç kişi (zilyet yardımcısı) eliyle iktisap olguları irdelenecek ve son olarak da c. Anlaşmalı ve aracılı zilyetlik devirlerinin yasa ötesinde (praeter legem) geliştirilmesinin en çarpıcı örnekleri olarak “öncelenmiş hükmen teslim”, “il-gili için işlem” ve “talimat üzerine devir” kavramları ele alınacaktır.

Konuya eşya hukukuyla borçlar hukukunun temel ve genel ilkelerini sematik biçimde karşılaştırarak girelim:

**Eşya hukukunda**

Mutlaklık

Tip sıklığı ve sınırlılığı

Kamuya açıklık

Kamu güveninin (iyi niyetin) korunması

Belirlilik (özellik)

Tek yanlı feragat edilebilirlik

Zamanın geçmesinden etkilenmezlik

Zamansal öncelik (kıdeme itibar)

**Borçlar hukukunda:**

Nispilik

Tip serbestliği

Kamuya kapahlık (gizlilik)

Kamu güveninin korunmazlığı

Sadece belirlenebilirlik

Ancak anlaşmalı ibra edilebilir-lik

Zaman aşımı ve hak düşümü sü-releriyle sınırlılık

Elini çabuk tutup malı kapanın önceliği

### Kamuya Açıklık

Herkese karşı etkili (mutlak-) bir hakkın herkes tarafından dıştan görülüp tanınabilir, seçilebilir olması gerekir. Başka bir deyişle, aynı hak ete kemiğe bürünmeli, somutlaşıp cisimleşmelidir. İşte bu gereği, taşınırda “eşya zilyetliği”, taşınmazda da “sicil zilyetliği” yerine getirir.

Hiç kuşkusuz, taşınmazlara ilişkin kamusal nitelikteki “sicil zilyetliği”, taşınır eşyadaki basit eylemsel (fili) egemenlik anlamındaki “eşya zilyetliğinden” çok daha sağlam bir kamuya açıklık göstergesidir.

Aynı hakkın kurulmasında ve el değiştirmesinde geçerli teslim ve tescil ilkeleri kamuya açıklık gereğinin “hareket planında” dinamik uzantılarını oluştururlar. MK 633 tescil ilkesini MK 687 de teslim ilkesini dile getirir. Kamuya açıklığın statik görüntüsü, şey zilyetliği ve sicil zilyetliği ise, dinamik görüntüsü de işte bu zilyetliklerin devridir.

Taşınırlarda aynı hakkın kazanılmasında geçerli teslim ilkesine özellikle rehin aynı hakkının kuruluşunda özel bir önem verilir (MK 853, 690). Buna göre, borçlu teminat olarak verdiği eşyayı elinde tutmamalı, çevrede bu eşyanın kendisine aitmiş olduğu izlenimini uyandırarak kredisi hakkında çevresini şaşkırtmamalı, teminat olarak gösterip verdiğini mutlaka elinden çıkarmalıdır. (Olumsuz kamuya açıklık!)

*Teslim ilkesinin Roma hukukunun “mancipatio” ve “in iure cessio” formalitelerinin artık çağdışına düşmüş bir kalıntısı olduğu yolundaki eleştiriler için bk. Süß, Festschrift für Wolff, 1952, s. 141.*

Taşınmazlarda aynı hakkın kazanılmasında geçerli tescil ilkesi teslim ilkesinden de sıklıdır. Aynı zamanda tapu sicilinin olumsuz gücü (tescilsiz aynı hak olmaz) diye de bilinen bu ilke, MK 633, 704, 718/19, 771, 929 kurallarında dile gelir.

*Alacak haklarında ise kamuya açıklık gereğine yer verilmez. Alacak hakkının bir senette cisimlenmesi zorunluluğu yoktur. Alacak hakkının devri için bir çift söz yeter. Böyle bir devri (temlik) borçluya bildirme (ihbar) ödevi bile olmaz. Oysa zilyetliğin havalesi vasıtasız zilyede bildirilmezse ona karşı hüküm ifade etmez (MK 892 II)*

Bununla birlikte, aynı haklar alanında, kamuya açıklık gereğinden verilen ödümler oldukça geniş bir yer tutar: Zilyetliğin vasıtalı zilyetlik kavramıyla manevileştirilmesi, teslim yerini tutan zilyetlik devri yolları, öncelenmiş hükmen teslim, aynı ikame, ilgili için işlem, talimat üzerine devir, tüm teslimsiz ve tescilsiz aynı hak kazanma olguları, kimi kamu tüzel kişilerine tanınan “teslimsiz ve tescilsiz rehin” ayrıcalıkları kamuya açıklık ilkesine gölge düşüren başlıca olgulardandır.

Kamuya açıklık gereğinden verilen gerekli ve gereksiz bütün bu ödümler karşısında, kimin hangi eşya üstünde ne gibi bir hakka sahibolduğu kes-tirmek de gittikçe güçleşmektedir.

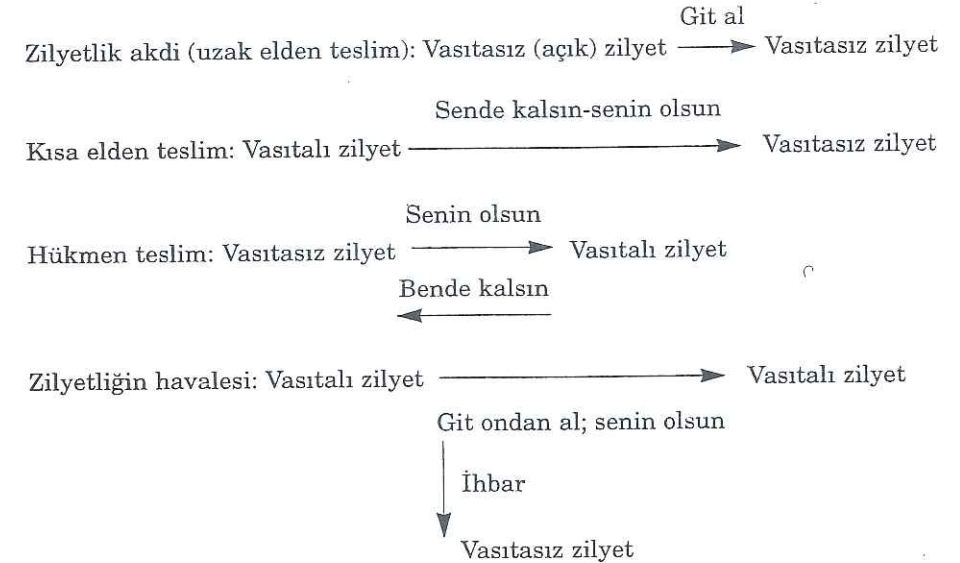
### Teslim yerini tutan anlaşmalı zilyetlik transferleri

Hukukumuzda hukuki işlem yoluyla taşınır mülkiyetini kazanmada borçlanma ve tasarruf işleminin ayrılığı ilkesinden (Trennungsprinzip) hiç ödün verilmez. Borçlanma işlemiyle tasarruf işleminin kronolojik açıdan iç içe geçtiği elden satımda bile. Buna karşılık taşınır eşya mülkiyetinin transferi sürecinde tasarruf işleminin borçlanma işleminden soyutluğu (mücerretlik) ilkesinden arada sırada ödün verilir. Geçersizlik özdeşliği ve işlem birliği varsayımları bu ödümlerin başında gelir.

*Bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku'nda Serozan, s. 313/14.*

Gelgelelim “teslim ilkesi”, yani kamuya açıklık gereğinin uzantısı “zilyetliğin devri” gereği her fırsatta delik deşik edilir.

Aracsız, düz iktisap sürecinde eylemli (maddi-fili) teslimin yerini tutan yollardan (teslim Surrogat'larından), uzak elden teslimde, kısa elden teslimde, hükmen teslimde ve zilyetliğin havalesinde teslim ilkesinin aldığı yaraları biliyoruz. Şemada anımsayalım:



Genelde kabul edilen şudur: Teslim yoluyla zilyetlik devrinde zilyetliğe tüm öğeleriyle el değiştirten gönüllü “teslim” hukuki işlem sayılmaz da salt “maddi fiil” sayılır. Aynı hakkı kazandıran “teslim aynı sözleşmesi”, “kronolojik” (zamansal) açıdan bu maddi fiille örtüşse bile, “lojik” (mantıksal) olarak ayrıdır ve saklıdır.

*Borçlanma sözleşmesinden ayrı aynı sözleşme üstüne bk. Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku'nda Serozan, s. 307 i.s.*

gelen “zilyetlik akdi” (tradito longu manu) olmak üzere, zilyetliğin havalesinde, hükmen teslimde ve kısa elden teslimde zilyetliğin devri konusundaki anlaşmaya düpedüz bir hukuki işlem gözüyle bakılır.

*Bu tartışmalı konularda bk. Steinauer, Les droits réels, N 262; Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, s. 499 i.s.*

Dikkat edilirse, teslim dışı tüm zilyetlik devirlerinde, aynı hakkı iktisap sürecinde sadece kamuya açıklık ilkesi kararmakla kalmamakta, aynı zamanda bu süreç karmakarışık bir görünüme bürünmektedir. Şöyle ki bu kural dışı sapmalarda, ortada gözle görülür bir el değiştirme eylemi gözükmezken, sözlü anlaşmalar birbirini izlemekte ve karşımıza borçlanma sözleşmesiyle aynı sözleşmenin dışında üçüncü bir anlaşma, hatta hükmen teslimde dördüncü bir anlaşma çıkmaktadır.

Bu karmaşık iktisap sürecini bir şemada netleştirmeye çalışalım:

a) Eylemli teslimde: Borçlanma sözleşmesi + Teslim maddi fiili + Aynı sözleşme

b) Zilyetlik akdinde, zilyetlik havalesinde ve kısa elden teslimde: Borçlanma sözleşmesi + Zilyetliğin devri anlaşması + Aynı sözleşme

c) Hükmen teslimde: Borçlanma sözleşmesi + Zilyetliğin devri anlaşması + Hükmen teslimi meşrulaştıracak, ona dayanak oluşturacak özel anlaşma + Aynı sözleşme

Genelde zilyetlik kurma iradesinin somutlaşıp alenileşmesi gereği (öğreti) ve zilyetliğin havalesinde de vasıtasız zilyede ihbarda bulunma gereği (MK 892 II) teslim ötesi bu gibi olgularda kamuya açıklığı (aleniyeti) salt görünüşte (sözüm ona) sağlar. Hele hükmen teslimde dayanak oluşturan “bende kalsın” anlaşmasının somutluk, özellik ve belirlilik gereğinden ödün verildikçe, teslim ilkesi büsbütün sulanır.

Dikkat edilsin ki hükmen teslimin soyutlanıp sulandırılmasının da bir ölçüsü vardır. Eğer bu konuda ölçü kaçırılır da, sözgelisi, satıcının alıcısına teslim etmeyi ertelediği malın alıcıya hükmen teslim edildiği varsayılırsa, son tahlilde, hukukumuzda, kapıdan kovulmuş olan (mülkiyeti salt satımla kazandırıcı) “sözleşme ilkesi” de bacadan içeri sokulmuş olur!

Yalnız rehin hakkının kurulmasındadır ki yasa kamuya açıklık ve teslim ilkesinin üstüne titrer ve hükmen (göstermelik) teslimi dışlar. (MK 853/690).

Zilyetliğin havalesi yoluyla taşınır rehni kurabilmek için de vasıtasız zilyede ihbar, rehinli alacaklının herkese karşı tek başına zilyetliğinin kurulabilmesi için şart sayılır.

Başlıca üç nedeni vardır bunun: Rehlinli alacaklıyı iyi niyetle iktisap (MK 901) rizikosuna karşı koruma, rehin vereni sakıncalı işleminden önce uyarma suretiyle koruma, rehin verene kredi verecek olan üçüncü kişileri de

Şu da var ki taşınır rehninde geçerli sıkı teslim ilkesi, bir dizi teslimsiz (sicilli) rehinle (menkul ipoteğiyle) ve taşınmazın teferruatının teslimsiz rehniyle (MK 777) derin yaralar almış sayılabilir.

**Aracı kişi (vasıtasız zilyet) veya araç-kişi (zilyet yardımcısı) eliyle iktisap**

Taşınır eşya mülkiyetinin kazanılması her zaman aracısız, düz bir iktisap sürecinde gerçekleşmez. Gerçekten de çoğu zaman, mülkiyet transferi sürecinde devredenle devralan arasına başkaları da girer.

Başkası aracılığıyla hak kazanmadan söz edilince, genelde akla ilk gelen kavram “temsil”dir. Ne var ki salt bir “maddi fiil” oluşturan teslim (alıp verme) eyleminde temsile ne yer vardır ne de gerek. Maddi-fiili teslimle işlemsel temsil geceyle gündüz gibi bir araya gelmez. Olsa olsa, geride de anıldığı gibi, tipik bir hukuki işlem sayılan “zilyetlik akdinde” (uzak elden teslimde) ve başkaca anlaşmalı (işlemsel) zilyetlik devirlerinde gerçek anlamda bir temsil düşünülebilir. (tart).

Teslim maddi eyleminde bir kimsenin bir başkası için zilyetliği kazanması “temsil” tekniğiyle değil de, “başkası için bağımlı, vasıtasız, fer’i, aracılı zilyetlik” veya “zilyet yardımcılığı” kavramlarıyla olanaklı olur. Şöyle ki zilyetliğin kazanılmasına bağlanan hukuki sonuçlar, vasıtasız zilyet ya da zilyet yardımcısı eliyle doğrudan doğruya arka planda (kuliste) kalıp ortada gözükmeyen kişinin şahsında doğar. Aracı veya araç kişi malı bağımlı zilyet ya da ast - kişi (hizmetli) olarak devraldığı anda arka plandaki kişiyi bağımsız zilyet konumuna sokmuş olur.

Şu da var ki bu zilyetlik iktisabının büsbütün görünmez biçimde, gizlice gerçekleştiği de sanılmamalıdır. Bu dolaylı iktisabın gerçekleşmesi için de, zilyetliğin kamuya açıklık gereği, zilyet aracılığı olsun, zilyet araçlığı olsun, dıştan tanınıp seçilebilmelidir. Sözün özü, aracılık ve araçlık ilişkisi aleni olmalıdır (Açıkçası, arkadaş veya patron için davramıldığı bildirilmelidir!). Acaba “zevahi” kurtarmaya yeter mi bu?

Örneklendirelim: Balıkçı teknesini satan S, teknenin anahtarını kaptanı (zilyet yardımcısı) eliyle alıcı A’nın kardeşi ve tekneyi devralmakla görevlendirilmiş vekili (vasıtasız zilyet) V’ye teslim eder. Bu örnekte, arka planda (kuliste) kalan A’nın tekne zilyetliğini kazanması, kestirmeden, direkt, aşamasız bir iktisap olur. Zilyetlik devrinde geçerli kamuya açıklık gereği açısından düşündürücüdür bu. Gerçekten de araçlı ve aracılı zilyetlik devrinde, araçlığın ve aracılığın tüm aleniyetine karşın, kamuya açıklık gereğinden köklü bir ödün verildiği apaçık ortadadır. Ne zilyetliği devreden S ne de zilyetliği devralan A görünürde yoktur.

Bu açıklamaların ışığında, MK 891 II kurallarında yer alan “mümessil” (temsilci) sözcüğü, eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilip, “gerçek olmayan temsilci” diye okunmalıdır.

### Anlaşmalı ve aracılı zilyetlik devirlerinin yasa ötesinde geliştirilmesi

Bir yandan sözlü ve sözde devirlerin (yani teslim yerini tutan yolların), öte yandan da aracı ve araç kişi eliyle devirlerin (yani gerçek olmayan temsil olgularının) zilyetlikte teslim ilkesinin üstüne düşürdükleri gölge yetmiyormuş gibi, bu “yasal gölgeler” bir de öğretinin ve uygulamanın geliştirdiği özel zilyetlik devirleriyle koyulaşmıştır. Öğretinin ve uygulamanın yasa ötesinde benimsediği bu özel zilyetlik devirleri arasında “öncelenmiş hükmen teslim”, “ilgili için işlem” ve “talimat üzerine devir” özellikle anılmalıdır. Üçü de birbirinden sihirli, gizli ve sessiz, gözle görülmez zilyetlik devirlerini oluştururlar.

Öncelenmiş hükmen teslimle başlayalım. Bu olasılıkta, henüz zilyetlik kazanılmadan zilyetlik devredilir. Adeta bir tür örtülü (zımnî) aynı ikame gerçekleştirilir. Tipik örnek şudur: Henüz mal sahibinin deposuna girmemiş olup, gelecekte büyük bir olasılıkla onun deposuna girecek olan mallar “önceden” (peşinen) hükmen teslim yoluyla teminatlenir. Sonuçta, mal ileride eylemlerle depoya girdiğinde, depo sahibi yerine, onun alacaklısı (ki çoğunlukla bankadır) depoya giren mala malik olmuş sayılır. Sanki büyülmüş bir güç, mal depoya girdiğinde, alacaklıyı (ki çoğunlukla bir bankadır) vasıtalı zilyet ve malik kılmış olmaktadır.

Yalnız şu iki noktaya dikkat edilmelidir; bunlar gözden kaçırılmamalıdır:

Birinci nokta şudur: Aynı haklara egemen özellik (belirlilik) ilkesi uyarınca hangi eşyanın ileride depoya dahil olacağı az çok somutlaştırılmalıdır. Çerçevesi kapalı tutulmayıp alabildiğine açık tutulmuş bir malın öncelenmiş hükmen teslimi söz konusu olamaz.

İkinci nokta da şudur: Alacaklının (yani bankanın) depoya giren mal üstündeki mülkiyeti üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Çünkü bu gibi durumlarda MK 690 kuralının nispi mülkiyet yaptırımı devrededir. Taraflar teslim şartlı rehnin aleniyet (teslim) ilkesini dolanmışlar ve salt sözde (guya), “hükmen” teslim yoluyla rehin benzeri bir teminat hakkı kurmuşlardır. Yasanın hoşgörmediği bir olgudur bu.

Yalnız şu var: Bizdeki MK 690 benzeri bir kural tanımayan ülkelerde depodaki malı öncelenmiş hükmen teslimle devretmiş sayılan mal sahibinin kendi alacaklılarının teminat ve cebri icra hakları korunsun diye, yine de, mal sahibinin hiç değilse “mantıksal bir saniye” (logische Sekunde) için bu eşyaya malik olmuş bulunduğu kabul edilir. Başka bir deyişle, “aktarmalı iktisap” (Durchgangserwerb) varsayımı benimsenir. Öyle ki öncelenmiş zilyetlik devrini gerçekleştiren kişinin başkaca alacaklıları, bu eşyaya, devralandan ve onun alacaklılarından önce el koyabilsinler. Bizdeyse bu olanak zaten MK 690 kuralı gereği açıktır.

temsil” işleviyle kullanıldığı da görülür. Örnek: Vekil belirli bir malı satın ve devir alıp vekalet verene devretme, ama öte yandan bağımlı ve vasıtasız zilyet sıfatıyla belirli bir süre elinin altında tutma konusunda taahhüt altına girmiş olabilir. O zaman da vekil malı eline geçirdiği anda, vekalet veren de, öncelenmiş hükmen teslim tekniği sayesinde vasıtalı zilyet ve malik olmuş sayılır. Burada, gözle görülmez, kulakla duyulmaz bir büyülmüş zilyetlik ve mülkiyet transferi daha karşımıza çıkmaktadır.

Bu konuda daha da ileri gidenler, böyle bir anlaşmayı vekilin kendi kendisiyle de yapabileceğini (Insichgeschaef/Insichkonstitut) kabul ederler. Bu anlayışa göre, vekilin bir başkası için bağımlı ve vasıtasız zilyet olma iradesi bile, zilyetliğin, ve onunla birlikte mülkiyetin arka plandaki patrona geçmesini sağlar. Yeter ki bu irade şu veya bu biçimde dışa yansımış olsun. Örneğin mala patronun kimliğiyle ilgili bir işaret konsun.

*Bk. Baur / Stürner, Sachenrecht, s. 507 i.s.*

Ama daha bitmedi: “İlgili için işlem”de bir adım daha atılır. Kendi adına ama vekalet vereni hesabına bir taşınırın zilyetliğini devralan vekil (diyelim, müzayedede bir tabloyu devralan komisyoncu) eğer devredenin gözünde kimin zilyet ve malik olacağı hiç farketmiyorsa (krş. Bk. 32 II), zilyetliği devraldığı anda, öncelenmiş hükmen teslim örneğinden farklı olarak, kendisi “mantıksal bir saniye” için bile malik olmuş sayılmaksızın, kendisine vekalet veren kişiyi kestirme yoldan, gözle görülmez biçimde zilyet ve malik kılmış sayılır. Dikkat edilirse, bu “aktarmasız, dolaysız iktisap”, düpedüz bir “gizli temsil” sonucu gerçekleşmektedir.

Böylesine gizli ve dolaylı bir temsil ilişkisinde bile dolaysız, aktarmasız iktisabın kabul edilmesi doğrusu çok şaşırtıcıdır. Doğal olan, öncé tüm hukuki etkilerin dolaylı temsilcisinin (komisyoncunun) şahsında doğması ve onun eline geçirdiklerini sonradan vekalet verne devretme yükümü altına girmesidir. Buradaysa, zilyetlik başkası adına ve hesabına, yani bağımlı, vasıtasız zilyet olarak kazanılmadığı, düpedüz bağımsız zilyet olarak elde edildiği halde, zilyetlik aracılığı (zilyetlikle gerçek olmayan dolaysız temsil) yine de varsayılmaktadır. Demek ki salt bağımlı zilyet olma yönünden gizli bir iç irade bile, aracılı (bağımlı) zilyetliği varsaymaya yetebilmektedir. Öyle anlaşılıyor ki maddi yaşamın pratik gereksinimleri dogmatik kaygılardan ağır basmaktadır.

*Bk. Akünal, İlgili için işlem teorisi, s. 41 i.s.; Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, § 30 II b; Baur / Stürner, Sachenrecht, s. 523 i.s.; Rümelin, AcP 93, 199.*

*İsviçreli hukukçular “Öncelenmiş hükmen teslim”i ya da “kişinin kendi kendisiyle işlemi”ni (Insichgeschaef) pek benimsemezler. Onlar sadece BK 32 II kuralından yararlanıp “ilgili için işlem” kuramıyla arka plandaki kişi yararına direkt iktisabı günlük peşin alışverişlerde kabul ederler. İsviçrelielerin bu yaklaşımı aslında öncelenmiş hükmen teslim varsayımıyla aynı kapıya çıktığı söylenebilecek bir öneri olarak*



döndüğünün kabul edildiği ölçüde, kamuya açıklık (teslim) ilkesi ağır bir darbe daha yemiş olur.

*Taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devrinin şarta bağlanması konusunda bk. Eitel, ZBJV, 134-1998-, 245 i.s.*

### Sonsöz

Görülüyor ki eşya hukukunun genel ve temel ilkelerinden başlıcasını oluşturan “kamuya açıklık” ya da eşanlamıyla “teslim” ilkesi günümüzde hani neredeyse hukuk müzesinin raflarına kalkacak duruma düşmüştür.

Gerçekten de zilyetliğin mülkiyete karine oluşturması, kimi kötümser hukukçulara göre kocalığın babalığa karine oluşturması gibi, somut yaşam gerçeğini yansıtmaz olmuştur artık.

Hukuk uygulamasında ekonomik ve sosyal gelişmeleri göz önünde tutan işlevsel “menfaat” (-değerlendirme) hukukçuluğu yöntemi ışığında, bu olgunun aynı hak kazanma koşullarına dek uzanan pratik sonuçları olacaktır elbette.

Şöyle: Kamuya açıklık ilkesinin delindiği durumlarda iyi niyetle aynı hak kazanma şansı da ister istemez daraltılacaktır. Gerçekten de bu gibi durumlarda iyi niyetle aynı hak edinme olanağı, ya zilyetliğin sonradan fiilen el değiştirmesi ayrıca şart koşularak (ki Almanya’da benimsenen çözümdür) ya da iyi niyetin soruşturulmasında özel bir titizlik gösterilerek (ki İsviçre’de yeğ tutulan çözümdür) daraltılır. Sözün özü, kamuya açıklığın bulunmadığı ya da gölgelendiği yerde kamu güvenini korumada çok dikkatli ve mesafeli bir tutum alınır. Başka bir anlatımla: Başkasına ait bir hakkı iyi niyetle kazanabilmek için devralanan mutlaka bizzat ve eylemli olarak zilyetliği ele geçirmesi, devredende de zilyetliğin en ufak bir kırıntısının geriye kalmaması gerekir.

*Bk. Hatemi / Serozan / Arpacı, Eşya Hukuku’nda Serozan, s. 273; Serozan, Teferuat niteliğindeki eşyanın hukuki rejimi, İÜHFM Cilt XLI, Sayı 1-2.*