

**MALİKİN RIZASI DIŞINDA ELİNDEN ÇIKMIŞ OLAN EŞYA  
ÜZERİNDE MÜLKİYET KAZANILMASININ CERMEN  
HUKUKU BAKIMINDAN TETKİKİ**

Yazan :  
Prof. Dr. Rauch

Türkçeye çeviren :  
Asis. Dr. Kudret Ayiter

Ubi rem meam invenio, ibi vindico : Malımı nerede bulursam orada alırım. Bu Roma Hukukunda mülkiyet hakkının her türlü tâkibinde esas olan prensipti... Romalı hakkının arkasından gider, onu arar, bir harekette bulunur : Kendisine aynı vermek istemeyen zilyede karşı bir actio ile harekete geçer ve zilyet kusurlu olsun veya olmasın, eşyayı iktisab ederken mâlik olduğunu zan etsin veya iktisabının haksız olduğunu bilsin eşyayı mâlike vermeğe mecburdur.

Bu Prensip, Roma Hukukunun Almanya'da iktibas edilmesiyle Pandekt hukukuna dahil olmuş ve 1900'e kadar baki kalmıştır. Fakat mahallî hukuklarda eski Alman Hukukunun esasları çok defa muhafaza edilmişti. Fransız Hukukunda, Avusturya ve İsviçre hukukunda da vaziyet böyle olmuştur. Alman hukukunun tanzim tarzı Alman Medenî Kanununun ve aynı şekilde İsviçre - ve dolayısıyla Türk - Medenî Kanununun esasını teşkil etmiştir.

Alman Hukukunun bu sahadaki esaslar Roma Hukukunununkilerden tamamen ayırdır.

Alman Hukukuna göre mülkiyetin tâkip edilmesi, ve alelitlâk her dava, kusur, haksız fiil işin başındaydı, cümlesi altında toplanabilir. En eski Alman Hukukunda yalnız bir suç mevcut olunca dava açılabilir. Zira Alman Hukukunda, davacı taleplerini tâkip etmez, kendisine yapılmış olan haksızlık sebebiyle şikâyet eder. Dava eder.

Alman Hukukunda mülkiyet hakkı sahasına tecavüzden dolayı bir dava imkânı veren suçlar, hırsızlık, şakavet ve ihtilâstır. Burada yalnız mekul malların bu tâkibe mevzu olabileceğini kaydedelim. Gayrimenkuller aslen ferdî mülkiyetin mevzuu olamazdı ve bu sebeple bu günkü manada bir mülkiyet tâkibi de mevcut değildi. Mülkiyetin tâkibinde menkul mallar arasında ehli hayvanlar (İnek, At) ön plânda gelirdi.

Hür olmiyanlar (köleler) burada hayvanlarla eşit tutulmuştu. Zaten davar halkın servetini teşkil ediyordu. Bu halk köylüydü ve davar umumî mübadele vasıtasıydı. Bundan dolayı serveti (mâmeleki) ifade eden kelime davardan iştikak etmişti Gotlarda faihu, eksi şimal lisanında fé (Romada mâmelek mukabili olan pecunia'nın) pecus, davarla münasebeti olduğu gibi.

Bu noktai nazardan Alman Hukukunda mülkiyetin tâkibinin davar ve köle hırsızlığına göre inkişaf ettiği anlaşılır. Bu itibarla, mülkiyet hakkındaki bu suç evveleminde gözönünde tutulacaktır. İhtilâstan bilâhare bahsedeceğim.

Bu arada, hırsızlık suçunun tâkibinde aşında mülkiyetin tâkibinden bahsetmenin doğru olmadığını hemen söyleyelim. Alman Hukukuna göre mülkiyet hakkının ihlâli değil, suç yani hırsızlık davanın esasını teşkil eder. Kendisinden mal çalınan kimse, mâlik olsun veya olmasın — meselâ âriyet olan mürtehin olsun — , davacıdır. İşi basitleştirmek için hayvanı veya kölesi çalınan kimsenin daima mâlik olduğunu kabul edeceğim. Bundan sonra mülkiyetin tâkibinden bahsettiğim vakit bu manâda anlaşılmasını rica edeceğim.

Alman Hukukunda böyle bir mülkiyet tâkibinde çalınan hayvanın doğrudan doğruya tâkip esnasında veya daha sonra bulunması arasında fark vardır. Eski kaynaklar bu hususta 3 günlük, aya göre hesap yapan Cermenler üç gecelik bir mehil vermektedir.

İlk hal olarak hırsızlığın derhal tâkibini görelim. Kaynaklar bize bunu çok canlı anlatmaktadır. Köylü, geceleyin bir ineği veya atı çalmış olduğunu sabah tesbit ediyor. Bunun üzerine «Gerüfte» denilen yardım sayhasında bulunur. Komşular koşup gelir. Koşup gelmeğe mecburdurlar. Bu hukukî bir mükellefiyettir. Köylü çalınan hayvanın veya hırsızın izini gösterir. Bundan dolayı bu işe iz tâkibi denmiştir. Bundan sonra malı çalınan, komşularıyla beraber tâkibe çıkar. Hırsız zamanında (3 gecelik mehil zarfında) bulurlarsa, o vakit cürmü meşhut hâlinde yakalanan hırsız aşında derhal öldürülebilirdi. Sonraları bağlanma ve mahkeme önüne çıkarılması lâzımdı. Hırsız orada basit muhakeme usulü ile mahkûm edilir, ve malı çalınan, çalınan hayvan veya kölesini geri alırdı. Gayet basit ve acele bir usul.

Bu usul iz tâkibi zikredilen mehil zarfında yapılır fakat fail kaçarken yakalanamaz. Ve iz bir eve müncer olursa gene tatbik edilirdi. O vakit iz tâkibine çıkan ve komşuları, eve girmek ve oraya bakmak hakkını elde ederler : Arama yapılır.

Arama denilen hukukî müessesenin eski arı bir karakteri bulunduğu çoktan beri bilinmektedir. Bunun dışında dünya tarihi ölçüsünde ehemmiyeti vardır. Aramadaki merasimde aslında sihirli ve kutsî unsurlar vardı. Aramanın yapıldığı hususî şekiller bilhassa aramayı yapanların eve çıplak girmeleri mecburiyeti böylece izah edilebilir. XII levha kanununa göre Cum lance et licio arama yapılacağı hakkındaki hüküm bununla ilgilidir. Aynı şekilde, aranan şeyin evin kadınının yatağında saklanmış olduğu ve kadının, arayanların yatağa bakmalarına mâni olmak için bu yatağa yatması icab ettiği hususunda umumî tarihte birbirine bağlı, daîma tekerrür eden hikâyeler vardır. İzlanda tarihinde Skalden Gisli hikâyesinde firar eden Gisli saklanmakta ve kadın tâkip edenleri küfürlerle uzaklaştırmaktadır. Tevzatta Raşel babasından çaldığı Terafim'i, tahtirevanında saklanmakta ve babasından «kadınların malûm hâli içindeyim» sözleriyle kalkmadığından dolayı özür dilemektedir. Saturnalien'de anlatılan bir Roma hikâyesinde, Termelius'a scrophha (ana domuz) lakabının verilmesinin sebebinin soranlara Maccrobis şu hikâyeyi anlatmaktadır. Komşuların bir domuzu kaçmış ve bu domuzu Termelius öldürerek karısının yatağına saklanmış ve karısını domuzun üzerine yatırmıştı. Aramaya gelenlere Termelius karısının yatak odasında, yatakta yatan şu ana domuzdan (SCrophha) başka evde başka domuz bulunmadığı hususunda yemin etmişti. Burada hukukî bir müessesenin dünya tarihi bakımından karakteri ile aynı neviden, bazen kaba ve garip hikâyelerin bütün kıtaya yayılması birbirine bağlanmaktadır. Bunlar da bize, aramanın da dahil olduğu bu gibi hukukî müesseselerin eskiliğini anlatmaktadır.

Evin efendisi aramaya önceden mümanaat eder de, arıyanlar zorla ararlar ve bu arada aradıklarını bulurlarsa o vakit hırsızlık meşhut sayılırdı. Hırsız, fiili işlerken veya firar ederken yakalanmış gibi, öldürülebilir ve bundan dolayı öldürüne ceza verilmezdi.

Evin efendisi aramaya izin verdiği, aranan şeyin onda bulunduğu, fakat evin efendisi onu üçüncü bir şahıstan satın aldığı iddia ettiği hallerde durum başkadır. — Bu hususiyet müteakip tekâmül için ehemmiyetlidir. — Bu hallerde evin efendisi hırsızlığı inkâr etmemekte, yalnız hırsız olmadığını iddia etmektedir. Bu vaziyet için Alman hukuku, iz tâkibinden müstakil garip bir usul inkişaf ettirmiştir. Burada hırsızlığı işlemiş olan üçüncü şahıs, üçüncü bir el, tesbit edilmeğe çalışıldığından ilimde buna «üçüncü el usulü» denmektedir. Bu usul başlangıçta iz tâkibine nazaran bir az başkadır : 40 sene evvel bu usulün bir kısmının

- ikinci kısmının - iz tákibinde de tatbik edilebildiğini isbat ettim. Eğer evin efendisi, arantaya müsaade ettikten sonra kendisinde bulunmuş olan eşyayı satın aldığını iddia ederse üçüncü el usulünün ikinci safhası tatbik edilir. Bu vaziyette davacı hayvanı alabilir, fakat müteakip adli muamelede mahkeme önüne getirmesi lâzımdır. Adli muamele ancak 6 hafta sonra cereyan edebilirdi. Davacı, hayvanı veya köleyi bu kadar uzun zaman işinden uzak tutmak istemezdi. Cermen kavimleri sahip oldukları şeyleri hususî işaretlerle, hayvanlarda kulaklarına konmuş markalarla belirttiklerine ve bu markalar komşular tarafından bilindiğ'ne göre hayvanın davacıya ait olduğu kolaylıkla tesbit edilebilirdi. Bundan dolayı davacıya verilirdi. Çünkü onun hak sahibi olduğu daha çok muhtemeldi. Fakat hayvan yalnız muvakkat olarak, yediemin olarak mahkeme safhasına kadar muhafaza etmesi için davacıya verilirdi.

Mahkeme günü ile muamelenin ikinci safhası başlar. Bu safhanın iz tákibinde, üçüncü el usulu ile aynı olduğu bugün artık kabul edilmiştir. Bu sebeple burada izahatımı kitaa uğratıp evvelâ üçüncü el usulünün birinci kısmını anlattıktan sonra her iki usulün ikinci safhasını bir arada izah edeceğim.

Üçüncü el usulü, şimdiye kadar iz tákibi usulünde öğrendiğimizden ayrı, başka bir vakıadan neş'et etmektedir. Gerçi burada da bir hayvan çalınmıştır. Fakat ya iz tákibine tevessül edilememiştir veyahut izler tákip edilmiş, fakat üç sene zarfında hiç bir şey bulunmamıştır. Mâlik, çalınmış hayvanını sonra buluyor. Fakat şimdi komşuları yanında değildir. Tanıdıkları kulak işareti ile hayvanı teşhis edemezler. Bu defa hayvanın sahibi, hayvanı üçüncü bir şahıstan aldığını iddia ederse mâlik hayvanı alıp götüremez. Artık o eşyadaki zilyetliği yalnız sembolik olarak iktisap edebilir. Bu muayyen bir şekilde olur. Bu muayyen şekil sebebiyle bu usul hususî bir isim almıştır. Ona Anefangs davası («Anefangsklage») denmektedir.

Ripuarların 6 ncı asırdan kalan eski halk hukuku, lex Ripuaria, hukukun şekle bağlı başlangıcı şöyle anlatmaktadır: «Bir kimse eşyasını bulunduğu vakit, ona el koyar» (Si Quis rem suam cognaverit, mittat manu super eam). Eşyaya el koyar. 13 ncü asra ait daha sonraki bir hukuk kaynağı sembolik olarak zilyetliğin iktisabını daha sarîh anlatmaktadır. Davacı sağ ayağı ile hayvanın sol ön ayağına basar ve sol eliyle hayvanı sağ kulağından tutar. Sağ kulak işareti taşıyan kulaktı. Sağ eliyle, hayvanın kendisine ait olduğunu anlamış olduğuna dair yemin eder. Zilyetliği elde etmenin bu sembolik şeklinde hayvan muvakkaten fiili zilyet olanda

kalır. O da tesbit edilen günde mahkemeye getireceği hususunda yemin etmeğe mecburdur.

Bundan sonra mahkeme önündeki safha gelir. Bu safhada çalınmış olan şey (hayvan, köle ve ona benzer şeyler) iz tákibi suretiyle bulunmuş olsun veya Anefang davası ile olsun müteakip muameleler aynı şekilde cereyan eder. İki muamele arasındaki fark mahkeme safhasına tevessül edişteki şekil ve muvakkat zilyetlik hükümlerindedir.

Taraflar mahkemeye gelmişler, dava edilen, çalınmış eşyayı satanı beraberinde getirmiştir. Bunlar müteaddit kimseler de olabilir. Eğer hayvan bir kaç defa satılmış, elden ele dolaşmışsa vaziyet böyledir. Nizalı şey hayvan veya köle de mahkemeye getirilmiştir. Bundan sonra dava Alman Hukuku için karakteristik bir şekilde cereyan eder: Gözümüzün önünde bir resim gibi canlanır. Dava edilen elinde hayvanı ile orada durur. Dava eden hayvanın kendisine ait olduğunu söyleyerek verilmesini ister. Dava edilen, hayvanın çalınmış olduğu hakkında davacının iddiasını cerh edemez. Bundan dolayı cevap vermekten kaçınır ve hayvanı onu kendisine satmış olan, selefine uzatarak davacının hasmı yapar. O da başkasından satın almışsa hayvanı selefine uzatır. Böylece nizalı şeyin birinden diğerine verilmesi devam edip gider, ve nihayet artık başkasına verilemez hale gelir. Çünkü ilk selef onu başkasından satın almamıştır. Şimdi iş, son, dramatik safhaya münce olmuştur. Dava edilen vaziyetine gelen son şahıs ancak, o şeyi asli iktisap ettiğini kaynaklarda söylendiği gibi hayvanı ahırında büyüttüğünü ispat edebilirse hırsızlık töhmetinden kurtulur. Aksi halde hırsız sayılır. O vakit diyeti vermiye, o şeyi iade etmiye mecburdur.

Bu suretle eski Alman Hukukuna göre malı çalınan kimse çalınan malına kavuşur. Zilyedi hırsızlıkla suçlandırmıyor. Çalınmış malı satın almış olan zilyet «ben malı çalmadım» şeklindeki bir yeminle kendisini böyle bir suçlandırmadan kurtarabilirdi. Bu takdirde dava red edilir ve davacı hiç bir şey elde edemezdi. Onun için davacı, zilyedi doğrudan doğruya hırsızlık töhmeti altında bırakmadan bu şey benden çalınmıştır, şeklinde objektif bir iddiada bulunur ve eğer hakikaten kendisinden çalınmışsa üçüncü el usulü yoluyla onu elde eder. Malın kendisinden çalınmış olması en ehemmiyetli şarttır.

Bu şart yoksa, mâlik malını başka bir şekilde zâyi etmişse meselâ hayvanı bir komşusuna âriyet olarak vermiş, kiralamış, tetihin etmiş, yani bizzat vermişse, başka birisine emanet etmişse, ve emniyet edilen kimse (müstecir, âriyet alan, mürtenin) malı satar, yani zimmetine geçirirse üçüncü el usulü tatbik edilemez. Bu usul malı mâlike temin etmez. Hay-

vanımı üçüncü bir şahısta bulursa ondan geri isteyemez. «Bu hayvan benden çalındı» diye yemin edemez. Suçluyu araması lâzım değildir. Onu tanır. Malı bizzat kendisi ona vermiş, ona itimat etmiş, o ise bu itimadı sui istimal etmiştir. Malı usulüne göre satın almış olan üçüncü şahsa değil, itimat ederek malı verdiği kimseye müracaat edebilir, ondan tazminat isteyebilir. Hukuk, «itimadına lâyık olmıyan birine niye itimat ettin?» der. Bir Alman hukuk darbimeseli bu fikri ifade eder: «Kime güvendiğin hususunda dikkatli ol». Yahut «kime itimat ettinse git ondan sor»

Bunlar, hak sahibi olmıyandan mülkiyet iktisabının dayandığı esas kaidelerdir. Birinin bir malı çalındı mı çalınan şey kimde bulunursa ondan geri alınabilir. Fakat malını bizzat başkasına vermişse, başkasına itimat ederek vermişse, ve bu şahıs malı üçüncü bir şahsa temlik etmek suretiyle itimadı sui istimal ederse o vakit mâlik mülkiyet hakkını zâyi ve üçüncü şahıs onu iktisap eder. Fakat bu ancak çok sonraları, Alman Medenî Kanunu § 932 de böylece ifade edilmiştir. İsviçre Medenî Kanunu bile daha ihtiyatlı bir ifade kullanmaktadır. Madde 933 de: - temlik eden kimsede bu temlik icra mezuniyeti olmasa bile - üçüncü şahsın bu iktisabının himaye edileceği söylenmektedir. Yani şimdiye kadar mâlik olanın, bu kimseye karşı harekete geçemeyeceğini, malın kendisine verilmesini talep edemeyeceğini sarahaten ifade ediyor. Bu suretle kanun, hak sahibi olmıyandan mülkiyetin iktisabındaki farkın usule taallûk ettiğine işaret etmektedir. Mamafih madde 714 de hüsnüniyet sahibi müktesibin mâlik olduğu ifade edilmektedir.

Çalınmış ve itimat edilerek verilmiş olan mallar arasında yapılan bu tefrik, daha evvel de işaret ettiğimiz veçhile, Roma hukukunun istihkak iddiası kaideleriyle taban tabana zıddır. Bu tefrikin menşei, gördüğümüz gibi, Alman hukukudur. Asırlar geçtiği hâlde bakî kalmıştır.

Fakat bugünkü mevcudiyeti yalnız eskiliği ile haklı gösterilmez. Esasen bu tanzim tarzı itirazlara uğramıştır. Tanınmış Alman Ceza Hukukçusu Bindig asrımızın başında Alman hukukuna ait kaidelerin Alman Medenî Kanununa alınmasındaki isabet hususunda şüphelerini izhar etmiş ve kanunu, hususî bir tefsirle kanaatince yanlış olan kaideleri düzeltmeğe çalışmıştır. Onun fikrinde hırsızdan mülkiyetin iktisab edilmemesi doğrudur. Bir mal edinme suçu, hiç bir zaman o ana kadar mâlik olanın mülkiyeti zâyi etmesinin ve bir başkasının mülkiyeti iktisab etmesinin esasını teşkil edemez. Fakat bu takdirde kendisine itimat edilerek eşyanın verildiği şahıstan da mülkiyet iktisab edilemez. Çünkü başkasına ait şeyleri temlik eden böyle bir kimse bir ihtilâs veya emniyeti sui isti-

mal suçu yani cezayı müstelzim bir fiil işler. Bunun ise hırsızlığa eş ad edilmesi lâzımdır. İhtilâs ile emanet edilen şey Alman Medenî Kanunu § 935 manasında mâlikin elinden çıkmaktadır. Binding bu tefsiriyle medenî hukukla ceza hukuku arasındaki ahengi temin edebildiğini zan etmektedir. İktisab eden, hattâ hüsnüniyet sahibi müktesip, ne çalınmış eşyada ne emanet edilip sonra zimmete geçirilen eşyada hiç bir zaman mülkiyeti iktisab edemez. Binding'in nazariyesi pratik bakımdan roma hukukunun istihkâk prensibine müncer olmaktadır.

Avusturyalı Medenî Hukuk Profesörü Koban, çalınan ve zimmete geçirilen şeyler hakkında yapılacak muameleyi birleştirmekle Bindingü tâkip ettiğini zan etmektedir. Fakat Koban tam aksi neticeye varmaktadır. Muamelât hayatının menfaati bakımından hüsnüniyet sahibi müktesip ister hırsızdan ister kendisine emanet edilen malı satandan satın alsın daima korunmalıdır. Ancak hüsnüniyet sert şartlara bağlanmalı ve şimdiye kadar mâlik olana, ödenen satış bedelinin tediyesiyle malı geri almak hakkı tanınmalıdır. Bu arada Koban tezlerinin mer'î hukuk ile uzlaştırılmadığını itiraf etmektedir. O, bu tezleri kanun vazısı için bir postulat olarak vaz etmektedir.

Umumî telâkki ne Binding'i ne de Koban'ı tâkip etmiştir. Diğer taraftan izah edilen Alman Hukuk kaideleri menşedeki sertlikleriyle bakı kalmamıştır. Tekâmülün seyri esnasında bir çok farklılaşmalar doğmuştur. Bunlar iktisadî menfaatlerin hususî vaziyetine göre hükümlere sevk etmiştir. Böyle hükümler şu iki istikamette kendisini göstermiştir.

1) Bugün emanet edilmiş şeylerin temlikinde üçüncü şahıs alelilâk mülkiyeti iktisap etmez. Roma iktisabî müruru zaman hukukunun tesiri altında bugün mülkiyet yalnız hüsnüniyetle iktisab edilir. Fransız, Avusturya ve İsviçre hukukunda böyledir. Alman Medenî Kanununa göre (§ 932) emanet edilmiş şeylerin temlikinde bunu bilen veya yalnız ağır ihmali sebebiyle kendisine temlik edilen şeyin edene ait olmadığını bilmiyen mâlik olmaz. Alman Ticaret Kanununda § 366 da hüsnüniyetin himayesi emanet edilmiş bir şeyi bir tüccardan ve bu tüccarın ticaretini icrası esnasında - satın alan kimseye teşmil edilmektedir. Bu kimse tüccarı mâlik zan etmese bile, yalnız tasarrufa selâhiyetli kabul etse (bu diğerinin namına satışta mevzuubahis olabilir) gene hüsnüniyeti himaye edilir.

2) Bir çok hallerde, umumî prensibin istisnası olarak çalınmış olan şeylerde de mülkiyet iktisab edilebilir.

İlk hal para veya hâmiline muharrer kıymetli evrakın iktisabıdır. Bu çok eski zamanlarda dahi bir istisna idi. İngiliz Hukuk darbimeseli

«paranın kulak markası yoktur» bize durumu izah etmektedir. Yalnız kulak markaları (işertleri) ile tefrik edilebilen, lex Ripuaria'nın ifade ettiği gibi : ayırd edici bir alâmetle:ri bulunan şeyler üçüncü el usulünün objesi olurlar. Para, tâbiatı eşya itibarile, ferden işaretlenmiyeceğine göre çalınmış para olsa bile iktisab edenden üçüncü el usulüyle geri alınamaz. Bir zamanlar mevcut kulak işaretleri ile olan irtibat unutulduktan sonra dahi bu kaide, muamelâtın menfaati icabı muhafaza edilmiştir. Aynı sebeple hâmile muharrer kâğıtlar para ile eş tutulmuştur. Aslında, bugün kanunen para ad edilen, banknotlar düşünülmüştü. Hâmile muharrer bütün kıymetli evrak bu hükme ithal edildi.

İkinci bir istisna, Avusturya Kanununda ifade edildiği gibi, çalınmış bir şeyin selâiyetli bir zenaat sahibinden iktisabıdır. İsviçre ve Türk Kanunu, daha sarîh olarak «aynı cins mallarla ticaret yapan» bir tüccardan bahs etmektedir. Alenî bir müzayedede iktisap gerek Avusturya gerek İsviçre ve Türkiye'de bunun gibi ad edilmiştir. Alman Hukukunda alenî müzayedede iktisapta vaziyet böyledir.

Bu muhtelif istisnalar, kiralık fermanlarına istinat eden, yahudi imtiyazlarına dayanmaktadır. Bunlar ehemmiyetli bir iktisadî ihtiyaca tekabül ediyordu.

Eski zamanlardaki mahtut hukukî ehemmiyette çalınmış olan mülkü yeniden bulabilmek ekseriya çok güçtü. Orta zamanın çok artmış olan alış veriş hayatında çalınmış olan şey bulunamadıktan sonra onu herkesten geri alabilmek hakkı ne işe yarardı? Burada yahudilerin imtiyazlı durumu, arzu edileni temin etmiştir. Tevrat hukukuna göre yahudiler çalınmış olan şeyleri yalnız ödedikleri bedel tediye edilirse iade etmeğe mecburdular. Bu alış veriş hayatının kolaylaşması için konmuş bir hükümdü. Ödenen semen her halde az bir şeydi. Bu sebeple malı çalınan, malını eskicilerde, menkul rehin mukabili borç verenlerde bulabilir ve geri alabilirse sevinmesi lâzımdı. Fakat bedeli mukabilinde geri almak hakkı yalnız satın alanın malın çalındığını bilmemesi halinde câizdi. Bunu satıcının yeminle temin etmesi lâzımdı. Bundan başka bir çok eşyalar, çalınmış oldukları hakkındaki şüpheden dolayı, tecviz edilen iktisaptan men edilmişlerdi. Buraya bilhassa kilişeye ait eşyalar, kanlı elbiseler silâhlar dahildi. Bu imtiyaz sonraları halkın başka zümrelerine eskicilere, menkul rehin mukabili borç para verenlere meyhanecilere, kuyumculara ve benzeri zenaat erbabına teşmil edildi. Böylece bu hususî hüküm artık muayyen bir zümre halkın imtiyazı olmaktan çıkmış v 16 ncı asırda bu imtiyaz bütün devlette ilga edilmiştir.



Bazı zenaat sahibi, müzayedeler, (İsviçre ve Türkiye bunu halâ hususî şekilde ele aldığı) pazarlardaki alım-satım hakkındaki hususî hükümlerle alış veriş hayatı için bu kadar ehemmiyetli olan bu kaide bugün halâ yaşamaktadır. Burada İsviçre kanunu kullandığı ifade ile menşei belirtmektedir: Çalınmış eşyanın müzayedede veya pazarda yahut sarahaten tesbit edilmiş tüccar tarafından satımında iktisap eden vakıa iadeye mecburdur, fakat bunu ancak ödediği bedelin tediyesi ile yapmak mükellefiyeti altındadır. Başka hukuklar, ezcümle Avusturya Kanunu, bu gibi hallerde hüsnüniyet sahibi müktesibi-kendisine müracaat edilemeyecek şekilde-mâlik yapmakta ve zarar görmüş olan eski mâliki yeni mâlikin selefine müracaat ettirmektedir. İsviçre -Türk Hukuku çalınmış şeylerin tâkibini müddete bağlamakla mühim bir tahdit koymuştur. Malı çalınan bunu yalnız 5 sene müddetle zilyedinden geri isteyebilir. Bundan sonra hakını kaybetmiş olur. Bundan dolayı İsviçre-Türk hukukunda her zilyet, malı ne şekilde iktisap etmiş olursa olsun menkul malının sahibi olduğu hususunda emin olabilir.

Bu suretle çalınmış ve kaybedilmiş mallarda mülkiyet iktisabıyla (bu iki türlü maldaki mülkiyet iktisabı çok eskiden birbirine eş tutulmuştu) emanet edilmiş mallarda mülkiyet iktisabının ayrı ayrı mütalea edilmesi tekâmülün seyri esnasında değişmiş ve birbirine yaklaşmıştır. Fakat prensip bakî kalmıştır. Bu prensip bugün, usul hukukuna dayanan eski esasından ayrıldıktan sonra modern hukukta «hakkın görünüşü prensibi» ve «menfaatler mülahazası kaidesi» içinde ifadesini bulmuştur. Malını başkasına veren, âriyet veren, rehneden malı emanet ettiği kimse lehine bir «hak görünüşü» temin eder. Eğer itimat ettiği şahıs itimada şayan çıkmazsa mâlikin malını muhafaza etmek hususundaki menfaati, alış veriş hayatının ve iktisap ettikleri şeylerin teminat altına alınması icab eden müşterî sınıfının menfaatlerinin gerisinde kalmalıdır. Malını başkasına emanet eden kimse seçtiği şahsı iyice tetkik etmelidir. Hak sahibi olmanın dürüst bir şekilde iktisabı halâ «ki-me güvendiğin hususunda dikkatli ol» hukuk kaidesine tâbidir. Âriyet veren, şahsen hiç bir kusuru olmasa bile sebep olduğu «netice» den dolayı mesuldur. Bu, modern hukukta gittikçe daha çok yerleşen «netice mes'uliyeti» esasıdır. Malları çalınmak suretiyle ziyaa uğramasında malı çalınan «görünüşe nazaran bir hak» yaratmamıştır. Hırsızlık yahut yağmaya karşı malların medenî hukuka göre korunması hukuk nizamından istenebilir. Kanunun kabul ettiği tanzim tarzının her zaman tatmin edici neticelere müncer olmadığını iddiada Koban haklıdır. Bisik-

letini hiç bir gözcü koymadan bir kenara bırakan, itimat edeceği şahsı ihtimamla seçenden ve sonra bu kimse tarafından aldatılardan daha az himayeye lâyıktır. Buna mukabil ikinci halde zarar gören, tanıdığı ve evvelden tesbit edebildiği şahsa her zaman müracaat edebilir. Buna mukabil hırsızdan veya çalınmış eşyayı saklıyandan nâdiren tazminat alınabilir. Ne kadar iyi olursa olsun hiç bir hukuk nizamının mutlak adâlet temin etmediğini de biliyoruz. Kanun vaz etmenin gayesi en iyi âdil hal çaresini, nispi adâleti bulmaktır. Hak sahibi olmıyandan mülkiyet iktisabının bugünkü şekli de bu mahiyettedir.