

**AYNI HAKLARIN SONA ERME AÇISINDAN
BORÇLANMA İŞLEMİNDEN BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ VE
AYNI TEMİNAT HAKLARININ FER'İLİĞİ
(BAĞIMLILIĞI) AYRIĞI**

*Prof. Dr. Rona SEROZAN**

Aynı hak herkese (cümle aleme) karşı ileri sürülebilir ağırlıklı bir haktır. Bu geniş kapsamlı etkisi ve özel ağırlığı nedeniyle de tip sıklığı, kamuya açıklık ve belirlilik (özellik, tahsis) ilkelerine sınımsız bağlıdır.

İşte bu değerlendirmenin başkaca sonuçlarının yanı sıra, özel bir sonucu da şudur: Aynı hak bir kez geçerli biçimde el değiştirdikten sonra, dayanağını ve “hukuki sebebi”ni (causa’sını) oluşturan “baştan geçerli borçlanma sözleşmesi”nin şu ya da bu nedenle sonradan çözülmesi (tasfiyesi) üzerine kendiliğinden (eo ipso) eski sahibine geri dönememlidir. Değişik bir anlatımla: Aynı haklarda, baştan atılan sonradan geri döndüren aynı etkili bir “rücu” ya da “avdet” olamaz; bir benzetme yapmak gerekirse, bir “bumerang pervanesi” etkisine olanak tanınmaz.

Aynı hakkın varlığının “doğuşta” “hukuki sebebe bağlılık” (illilik) ilkesi gereği borçlanma sözleşmesine (causa’ya) bağımlı (illi) sayıldığı olasılıkta bile geçerli olan, “aynı hakkın sona erme aşamasında borçlanma işleminden bağımsızlığı” diye bilinir bu ilke.

Taşınmaz eşya hukukunda tartışmasız sayılabilir bu bağımsızlık ilkesi. Baştan geçerli sayılan bir tescilin sonradan yolsuz hale geleceği kabul edilmez. Şöyle ki baştan geçerli bir tescil aynı düzeltim (MK 1025) davasıyla değil de ancak nispi – şahsi “tescile zorlama” (MK 716) davasıyla eski haline getirilir. Değişik bir açıklamayla: Baştan geçerli olarak oluşmuş sicil zilyetliğinin sonradan iadesi ancak kişisel güçte bir istemle sağlanabilir.

Fer’ilik (bağımlılık) ilkesinin yürüdüğü teminat haklarında durum ayrımlıdır. Onlarda borçlanma işlemi ifa veya başka bir olguyla hükümden düşünce, ay-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

ni hak da kendiliğinden hükümden düşer; aynı bir etkiyle eski sahibine geri döner. Bu konuyu ileride özel olarak ele alacağız. Şimdiden şunu vurgulayalım: Soyutluğun karşı kavramı sebebe bağılıksa, bağımsızlığın karşı kavramı da fer'ilik (bağımlılıktır). Ama bundan da önemlisi şudur: Aynı hakkın sona erme açısından bağımsızlığı, soyutluktan, fer'ilik de sebebe bağılıktan apayrıdır. Bir aynı tasarruf işlemi kuruluş aşamasında soyut sayılırken, pekala sona erme aşamasında bağımlı sayılabilir. Bunun tersi de olabilir. Yani kuruluşunda hukuki sebebe bağlı olan bir aynı tasarruf işlemi pekala sona ermesi açısından bağımsız olabilir.

Bir kez edinilmiş bir aynı hakkın sonradan eski sahibine geri dönemeyişini aynı tasarruf işleminin aynı etkili bir bozucu koşula bağlanamayışı da pekiştirir. Demek ki yalnız borçlanmanın sonradan çözülmesi değil, bizzat tasarrufun sonradan hükümden düşmesi de aynı hakkı kendiliğinden geri döndüremez.

Yaratacağı belirsiz askı durumu dolayısıyla taraf iradeleriyle geciktirici koşula bağlanamayacağı kesin olan tescilin (BK 214) bu gerekçeyle olmasa da bozucu koşula da bağlanamayacağı yaygın kanıdır. Sözelimi, taşınmazlarda teminaten temlikin kredi borcunun kapatılması bozucu koşuluna bağlanmasına göz yumulmaz. Taşınmaz mülkiyetinin "eo ipso" eski sahibine geri dönmesi, yani "bozucu koşula bağlı taşınmaz mülkiyeti" her durumda yadsınır.

Bu yüzden taşınmazı ivazlı devreden için doğabilecek sakınca, tapuya şerh edilebilir geri alım hakkı (MK 1009) eliyle, taşınmazı ölüme bağlı olarak ivazsız devreden bağışçı için doğabilecek sakınca da yine tapuya şerh edilebilir "düşme (rücu) şartı" (BK 242 II) eliyle giderilir.

Eklemeli ki bağışlayandan önce ölme bozucu koşulu (düşme koşulu) taşınmaz devrinde üçüncü kişilere karşı da etkili biçimde (aynı güçte) öngörülebilecek olan tek koşuldur.

Bk. Gauch/Schluep/Jäggi/Schmid, OR Allgemeiner Teil, N 4215; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, § 43 N 28.

"Taşınır eşya" mülkiyeti devrinin koşula bağlanmasına gelince: Bir kere taşınır mülkiyeti devrinin "geciktirici koşula" bağlanmasına kimse karşı çıkmaz. Tescilin askı belirsizliğini kaldırmazlığı ile ilgili kaygılar teslim için geçerli sayılmaz. Nitekim inceleyip benimseme koşullu (denemeli) satıma dayalı teslim böylesi geciktirici koşula bağlı bir teslim sayılır.

(BK 219)

Hatta taşınırlara ilişkin aynı tasarruf sözleşmelerinin geçerliliğinin borçlan-

ma sözleşmesinin geçerliliği geciktirici koşuluna "zımnen" bağlanmış sayılacağı olasılıklar da oldukça yaygındır.

Örnek vermek gerekirse, self servis ve mal otomatı alışverişlerinde bu yola sıkça başvurulur. Şöyle ki müşterinin dürüstçe ödemede bulunması, yani self servisten veya otomattan mülk edindiklerinin bedelini ödemesi, onun bu eşyada aynı hakkı kazanmasının "zımnî geciktirici koşulu" sayılır. Böylece aynı tasarruf sözleşmesi, kasanın (veznenin) tahsilatına veya doğru tutarda paranın otomata girmesine kadar askıya alınmış olur. Bu varsayım sayesinde de hilecinin malik olması engellenir.

Daha da ilginç bir örnek: Sipariş edilmemiş olan bir mal için de aynı tasarruf sözleşmesinin etkilerini doğurmasının "malın alıcı tarafından açıkça benimsenmesi geciktirici koşuluna" bağlandığı kabul edilir. Basit irade etkinliği ile kabul tanınmaz. Öyle ki alıcı (tüketici), istenci dışında bir oldu bitti karşısında kalmasın. Burada da tasarruf işlemi borçlanma işlemine zımnî geciktirici koşul kısıyla bağlanmış olmaktadır.

Tartışmalı olan, taşınır eşya mülkiyeti devrinin bozucu koşula bağlanabilip bu yoldan mülkiyet hakkının bir aynı bumerang pervanesi etkisine tabi tutulabilip tutulamayacağıdır.

Aynı haklarda geçerli tip sıklığı ve kamuya açıklık ilkelerine ve alışveriş güvenliğine yakışan görüş, kuşkusuz, böyle bir olanağın kapısını sınıksız kapalı tutan görüştür. Gerçekten de aynı hak sahipliğinin bozucu koşula bağlanabilmesi ve bu yoldan gözle görülemez bir biçimde (teslimsiz) el değiştirebilmesi (eski sahibine kendiliğinden geri dönebilmesi) aynı haklarda geçerli tip sıklığı ve kamuya açıklık ilkeleriyle, alışveriş güvenliğiyle ve son tahlilde aynı hakkın üçüncü kişiler halinde taşıdığı ağırlıkla kolay kolay bağdaşmaz.

Yasanın açıkça öngördüğü ama aynı zamanda noterlikte tutulan özel bir sicile tescille kamuya açıklığı da sağladığı mülkiyeti saklı tutma anlaşması (ki bozucu koşula bağlı tasarruf işlemi biçiminde yapılabileceği kuşkusuzdur) dışta tutulacak olursa, taşınır eşya mülkiyetinin devrini bozucu koşula bağlamak bu nedenle olanaklı sayılmasa gerektir.

Yalnız teminat hakları açısından geçerli "fer'ilik" (bağımlılık) ilkesi ışığında teminaten temlikte teminat verenden yana aralanabilir bu kapı. Buna bir de menfaatler durumunun özelliğinden ötürü ivazsız kazandırmaları, özellikle de ölüme bağlı kazandırmaları eklemelidir. (BK 240/242)

Ashında, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında ve teminaten temlikte tanınan "bozucu koşulun gerçekleşmesi üzerine aynı hakkın eski sahibine rücu etmesi"

olgusu, tüm teminat haklarında geçerli bir olgu olup, ileride ele alınacak olan “fer’ilik” (bağımlılık) ilkesinin bir uzantısı ya da izdüşümü sayılabilir.

Gelgelelim, bunun dışında, aynı hakkın adeta bir bumerang pervanesi gibi eski sahibine geri dönmesine yol açacak biçimde, aynı tasarruf işlemi bozucu koşula bağlanamamalıdır.

Ama yalnız taşınır eşya üzerindeki aynı hakkı eo ipso düşürücü bir bozucu koşula olanak tanımamakla yetinilemez. Aynı zamanda, taşınır eşyaya ilişkin aynı tasarruf işlemine yönelik olumsuz, bozucu yenilik doğuran hakların kullanılması halinde de otomatik aynı hak düşüşüne ve dönüşüne göz yumulamaz.

Bir kere, sözleşmeden dönmede herhangi bir aynı bumerang etkisi (otomatik geriye dönüş) zaten söz konusu olamaz. (Ola ki mülkiyet hakkı mülkiyeti saklı tutma anlaşması bağlamında sözleşmeden dönme bozucu koşuluna bağlı olarak geçirilmiş olsun.) Çünkü yargıda ve yazında benimsenen yeni dönme kuramı (Wandlungstheorie) karşısında, dönmenin kazandırmanın causa’sını silip süpürücü bir etkisi olmayıp, bu yenilik doğurucu hak, sözleşmeyi ters bir içerikle, adeta başını üstüne çevirerek, yani verme edimlerini geri verme edimlerine dönüştürerek sürdürür.

Ama değil yeni dönme kuramı ışığında dönmenin, geçmişe etkileri kabul edilen gerçek ve teknik anlamda iptalin, geri almanın ve mirasın reddinin bile aynı hakkı eski sahibine otomatik olarak geri döndürücü bir aynı bumerang etkisi olamaz.

Demek ki ne tarafların öngördüğü bozucu koşulun ne de yasanın öngördüğü olumsuz yenilik doğurucu hakların gücü bir kez kazandırılmış olan aynı hakkı kendiliğinden hükümden düşürüp geri döndürmeye yetmez.

Ölüme bağlı bağışlamadaki bozucu koşula gelince: Bilindiği gibi, bağışlama lehdarının bağışlayandan önce ölmesi bozucu koşulunu içeren ölüme bağlı bağışlamada taşınmazlar açısından bir şerh olanağı öngörülmüştür. (BK 242 II) Acaba bu kural bozucu koşulun aynı rücu etkisini varsaymakta değil midir? Bu soruya şöyle bir yanıt verilebilir: BK 242 II kuralında anılan şerh mutlaka otomatik bir geri dönüşün güvencesini sağlamak için öngörülmüş olmayabilir. Bu şerhin işlevi, pekala, bağışlama lehdarının bağışlayandan önce ölmesi olasılığında (bozucu koşulun gerçekleşmesi durumunda) sadece kişisel güçteki iade istemini üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir bir güce kavuşturmak olarak görülebilir.

Yalnız şu var: Belki ölüme bağlı kazandırmanın mutlaka kazandırma lehdarının eline geçmesi yolundaki son dileğin ağırlığı karşısında, hiç değilse taşınır

eşyada bozucu koşula bağlı bir ayrıkse “otomatik rücu” düşünülebilir. Her neyse, ölüme bağlı bağışlamadaki özel menfaatler durumunun beraberinde getirdiği pek özel bir sorunsaldır bu.

Bk. Eitel, ZBJV 134 (1998), 245 i.s.; Steinauer, Les droits reels I N 955 a/b; Schmid/Kaup, Sachenrecht, N 615/16; Piotet, Schweizerisches Privatrecht IV/2, § 79, s. 605, Baurecht 1984/1, s. 10 ve Oğuzman’a Armağan, s. 922; Druey, Grundriss des Erbrechts, § 15, s. 204; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, § 43 N 28; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, N 11. 10; Bucher, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, s. 510.

Şu noktayı özel bir vurguyla eklemeli: Taşınır eşya mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık ilkesi benimsendiğinde olumsuz yenilik doğurucu hakların aynı etkisinin mantıksal bir zorunlulukla kabul edilmesi gerektiğini düşünmek doğru değildir. Nasıl hukuki sebepten soyutluk ilkesi geçerlidir diye borçlanma işlemi kaldırılınca aynı hak da ortadan kalkmaz demek doğru olmazsa, hukuki sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir diye borçlanma işlemi kaldırılınca aynı hak da ortadan kalkmaz demek doğru olmaz. Hukuki sebepten soyutluk ilkesi ile aynı hakkın bağımsızlığı ilkesi ve hukuki sebebe bağlılık ilkesi ile aynı hakkın bağımlılığı ilkesi apayrı mantıksal temellere dayanan apayrı ilkelerdir. Bunları birbiriyle karıştırmamalıdır.

İşte şimdi teminat haklarının güvence altına aldıkları hakka sıkı bağımlılığı (fer’ilik) ilkesi ele alınırken, bu gerçek daha da belirgin bir görünüme bürünecektir.

Aynı hakkın bağımsızlığı ilkesinin, yani bir kez devredilmiş olan bir aynı hakkın sonradan hukuki sebebin ortadan kalkmasıyla kendiliğinden düşmüş sayılamayacağı gerçeğinin ayrığı ile, yani, “aynı hakkın ayrıkse fer’iliği (bağımlılığı)” ile aynı teminat haklarında karşılaşılır.

Aynı teminat haklarına özgü olup, son aşamada teminat vereni koruyan “fer’ilik (bağımlılık) ilkesi” taşınmaz ve taşınır eşyada değişik boyutlarda karşımıza çıkar:

- Doğuşta bağımlılık: Teminatın varlığı için teminat altına alınan borcun bağlayıcılığı ve muacceliyeti şart koşulur.
- Kapsamda bağımlılık: Teminatın kapsamı borcun kapsamını geçemez.
- El değiştirmede bağımlılık: Teminat hakkı alacak hakkıyla kol kola gider; her bir temlikte birlikte el değiştirir.

d. Savunmada bağımlılık: Asıl borçlunun savunmalarını teminat veren de ortaya atabilir.

e. Sona ermede bağımlılık: Asıl borç düşünce teminat hakkı da düşer. Biz burada ilgilendiren işte bağımlılığın bu son boyutudur.

Ama önce aynı teminat haklarının alacak hakkının varlığına bu ayrık bağımlılığı üstünde biraz duralım:

Eşyayı paraya çevirtip değerlendirme ve böylece bu yoldan alacağı tahsil yetkisi sağlayan teminat hakları, yani rehin hakları, güvence altına aldıkları alacak hakkına sınımsız yapışır. Bu sıkı bağımlılık, hakkın kurulması ve sona ermesi bakımından söz konusu olduğu gibi, hakkın el değiştirmesi, kapsamı ve yasağa geçirilmesi (savunmalar) yönünden de söz konusu olur.

Demek ki aynı hakların kazanılmasında (taşınmazlar açısından) geçerli “ilililik”teki (sebebe bağımlılıktaki) bağımlılık sadece aynı hakkın doğuşu açısından geçerli bir bağımlılık olduğu halde, “fer’ilik”teki bağımlılık daha geniş kapsamlı bir bağımlılıktır. Üstelik “fer’ilik”teki bağımlılık, borçlanma sözleşmesine ilişkin olmayıp, doğrudan doğruya alacak hakkına ilişkin bir bağımlılıktır. Nitekim taşınır rehininin kurulması konusundaki aynı tasarruf (teslim) işlemi borçlanma işleminden soyut sayılsa bile, rehin hakkı yine de alacak hakkına sınımsız bağımlı kalır. Eğer güvence altına aldığı alacak hakkı geçerli olarak mevcut değilse, rehin hakkı da oluşmuş sayılmaz.

Fer’ilik ilkesi, kredi alan ve bunun karşılığında teminat gösteren (rehin veren) borçluyu gözetir. Borçlunun, borcundan bağımsız bir rehin hakkına katlandırılıp sömürülmesini önler. Böylece, eşyanın, irat senedinde olduğu gibi, alaktan bağımsız, elden ele dolaşmasına engel olur.

İpotekli borç senediyle irat senedi tipindeki taşınmaz rehininde fer’ilik ilkesinin dolaşım (tedavül) kolaylığını sağlama amacını gerçekleştirme uğruna gözden çıkarılmış olduğu (MK 910) gözden uzak tutulmamalıdır.

Fer’ilik ilkesi BK 113 I, MK 883 ve MK 944 kurallarında özel olarak vurgulanmış bir ilkedir; yargıda ve yazında da köklü bir teminat hukuku ilkesi diye benimsenir. Bu ilkeye BK 138 kuralında savunma alanındaki bağımlılık yönünden tanınan ayrık ilginçtir. Şöyle ki taşınır rehni, alacağın zaman aşımına uğramasından sonra da varlığını sürdürür. Öte yandan, miras hukukunda (MK 629) ve icra – iflas hukukunda da (İcra ve İflas K. 196, 303) “borçsuz rehin” ayrıklarına rastlanır.

İnançlı teminat mülkiyetinde fer’ilik ilkesine yasada açıkça yer verilmiş de-

ğildir. Zaten inanlı temlik yasada doğru dürüst düzenlenmiş de değildir. Ama öğretide ve uygulamada, taşınır mülkünü teminaten devreden borçlunun (BK 393 III kuralının “iade alacağını aynileştirme” tekniğinin ötesinde) korunması, fer’ilik ilkesinin yerini tutan bir başka araçla, “bozucu koşul varsayımı” ile sağlanır. Bu varsayım sayesinde borçlunun alacaklıya devrettiği mülkiyet borcun kapatıldığı anda kendiliğinden borçluya geri dönmüş sayılır.

Ne acıdır ki uygulamada bankalar teminaten temlikte bulunan borçlu yararına işletilen bu aynı bumerang pervanesi (aynı rücu) etkisini müşterilerine dayattıkları haksız genel işlem koşullarında hep bloke ederler.

Yukarıda parantez içerisinde andığımız BK 393 III kuralı bu durumda özel bir önem kazanır. Bilindiği gibi, BK 393 III kuralında, inanlı vekalet (dolaylı temsil) ilişkisinde, vekalet veren kişiye, yani vekiline güvenen müvekkile, vekilinin iflası halinde vekalet ediminin konusu taşınır eşyayı vekilin iflas masasından çekip alma (çıkartıp ayırma) hakkı (Aussonderungsrecht) tanınmıştır.

İşte, aslında vekalet verenin salt vekiline karşı ileri sürülebilir nispi güçteki alacak hakkını güçlendiren bu pek özel cebri icra ayrıcalığı, inanlı teminaten temlikte de, eşyanın mülkiyetini alacaklısına güvenerek eylemlilerle teminaten geçiren kişi yararına da örnekseme yoluyla uygulanır. Bu görüşe göre, inanlı bir işlemde malın mülk edinilmesinin inanlı vekalette olduğu gibi yabancı üçüncü kişiden mi yoksa inanlı temlikte olduğu gibi doğrudan doğruya güvenen kişiden mi olduğu fark etmemelidir.

Sonuç olarak, inanlı vekalette olduğu gibi inanlı temlikte de muhatabına (partnerine) güvenen kişi en azından bir cebri icra ayrıcalığına kavuşturulmalıdır.

Kuşku yoktur ki teminaten temlikte bulunan kişi (borçlu) yararına “bozucu koşul varsayımı”, karşısındakine (alacaklısına) güvenip teminaten temlikte bulunan kişinin BK 393 III kuralı çerçevesindeki bu sınırlı korumasını adamakıllı genişleten daha üst düzeyde bir korumadır.

Bk. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, s. 345 i.s.; Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, s. 304.

Fer’ilik (bağımlılık) ilkesiyle ilgili açıklamalar şu hukuki gerçeği ortaya çıkarır: Bu ilke, salt teminat haklarına özgü olup, salt teminat vererek kredi elde edebilmiş borçluları ve aynı zamanda borçlular için teminat gösteren üçüncü kişileri sömürülme riskine karşı özel olarak koruma amacıyla öngörülmuş pek özel bir ilkedir.

İşte ancak bu pek özel “koruma çıkarı” gerektirdiğinde, bir aynı hak, aslında tip sıklığı ile kamuya açıklık ilkelerine ve alışveriş güvenliğine yüzde yüz aykırı bir biçimde “kendiliğinden”, yani eşya veya sicil zilyetliği gerisin geriye devredilmeksizin, eski sahibine geri dönebilmektedir.

Burada dikkat edilecek bir nokta şudur: Asıl borç düşünce ve buna bağlı olarak da teminat hakkı düşünce, evvelce teminat hakkıyla sıkıştırılmış olan mülkiyet balonu kendiliğinden genişleyip eski boyutlarına kavuşur. (Mülkiyetin elastikiyeti ilkesi diye bilinir bu olgu!) “Aynı hak eski sahibine geri döner” tümcesi işte bu özgül anlamda algılanmalıdır. Demek ki burada sınırlı aynı hak (teminat hakkı) sözcüğün gerçek anlamıyla eski sahibine geri dönmekte, sadece teminatı veren malik teminat yükünden (sınırlamasından) kurtulmaktadır. Yalnız zımnen bozucu koşula bağlanmış sayılan teminaten temliktedir ki gerçek anlamda bir bumerang pervanesi etkili bir “aynı hak dönüşü” söz konusu olur.

Aynı hakkın bağımlılığı (fer’iliği) ilkesinin işlediği durumlarda kuşku yoktur ki eşya veya sicil zilyetliğinin iadesi istemi de kayıtsız ve koşulsuz bir aynı güç taşıyacaktır.

Buna karşılık, teminat hakları dışında, çözülme (tasfiye) ilişkilerinde eşya veya sicil zilyetliğinin gerisin geriye devri kural olarak ancak nispi (şahsi) güç taşıyan iade davalarıyla sağlanabilecektir.

Sonuç olarak: Aynı hak, taşınır eşyada borçlanma işleminden “aynı” ve aynı zamanda (bizce) “soyut” bir aynı tasarruf sözleşmesiyle kazanılır; bir kez kazanıldıktan sonra da bozucu koşulun gerçekleşmesi veya olumsuz bir yenilik doğurucu hakkın kullanılması üzerine kendiliğinden eski sahibine geri dönmez. Aynı hakkın “cümle aleme” karşı etkili özel ağırlığı ve alışveriş güvenliği bu sonucun kabulünü gerektirir. Özel sosyal koruma kaygılarıyla öngörülmüş olan özel ayrıklar saklıdır. Bu ayrıklar, fer’ilik ilkesinin ve bozucu koşul varsayımının salt güvence veren ve korunmayı hak eden kişi yararına benimsenmesini gerektiren durumlarla sınırlıdır.