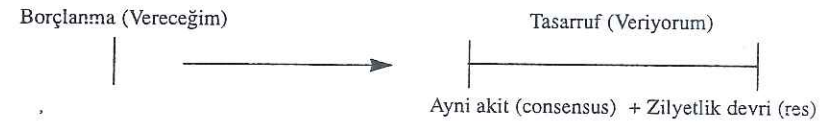


**Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde :**  
**AYNI TASARRUF SÖZLEŞMESİNİN BORÇLANMA**  
**SÖZLEŞMESİNDEN AYRILIĞI VE SOYUTLUĞU**  
*(Ayrıca: Aynı Hakkın Sona Erme Bakımından Borçlanma*  
*Sözleşmesinden Bağımsızlığı)*

*Prof. Dr. Rona SEROZAN*

**Alman ayrılık sistemi**

Taşınır eşya satımı sözleşmesi, tam hak (mülkiyet) devrini amaçlasa bile, böyle bir hak transferini tek başına gerçekleştiremez. Satım yalnız sözleşme yanlarını borçlandırıcı “nispi” bir etki doğurur, kendisinden sonra gerçekleşecek olan hakkı geçirici (iş bitirici) aynı tasarruf sözleşmesini hazırlamakla kalır.



*Buradaki “consensus + res formülü” Roma hukukunun salt borçlandırıcı etkili “contractus realis” ini çağrışırsa bile, aynı etkisi dolayısıyla ayrılmıdır.*

Dikkat edilirse, bu iki aşamalı, karmaşık mülkiyet transferi sürecinde toplam üç hukuki istasyon vardır. Bu yolculukta aynı tasarruf sözleşmesi ancak zilyetliğin devriyle tamamlanır. Bu “teslim gereği” (res ögesi) aynı haklarda geçerli kamuya açıklık (kısacası, “teslim”) ilkesinin doğal bir uzantısı olarak görülmelidir.

Yalnız şu var: Üç istasyondan son ikisi “yasal şart” (condicio iu-

ris) makasıyla birbirlerine bağlanmışlardır. Şöyle ki zilyetlik devri olmaksızın aynı akit, aynı akit olmaksızın zilyetlik devri, bir başına, mülkiyet transferine yetmez.

*Aynı sözleşmeyle zilyetlik devri arasındaki makasın zamansal yönden birbirinden ayrılabilir ayrılacağı (öncelenmiş zilyetlik devri) konusunda bk. Serozan, Davran'a Armağan, s. 138 i.s.*

Taşınır eşyanın mülkiyetini geçiren aynı tasarruf işlemi (aynı akit = Einigung) başka tasarruf işlemlerine benzemez. O ne terk tasarruf işlemi gibi tek yanlı bir işlemdir (kimseye zorla aynı hak dayatılamaz); ne de çok yanlı alacak temlik tasarruf işlemi gibi kamuya açık olmayan bir işlemdir. Bu işlem, tasarrufi etkisi bir yana, borçlanma işlemlerinin genel kurallarına bağlı tutulur. Temsil, irade bozukluğu ve ehliyet kuralları borçlanma işlemine olduğu kadar tasarruf işlemine de uygulanır. Yalnız borçlanma işleminden ayrımlı olarak, a. özellik (tahsis) ilkesine bağlılığı, b. hukuka ve ahlaka aykırılık açısından renksizliği, c. serbestçe geri alınabilirliği, d. taşınmaz eşyada olduğu ölçüde olmasa bile şart düşmanlığı, e. üçüncü kişi yararına yapılamazlığı, f. tip sınırlılığı ilkesine bağlılığı ve g. tasarruf yetkisinin gerekliliği vurgulanır.

Aslında, taşınır eşya satımında, eşyaya ilişkin biri borçlandırıcı öteki tasarrufi etkili iki sözleşmeye, teslim yerini tutan anlaşmalı zilyetlik devirlerinde (kısa ve uzak elden teslimde, hükmen teslimde, zilyetliğin havalesinde) ise toplam üç sözleşmeye, hatta hükmen teslimde hükmen teslimde dayanak oluşturacak özel anlaşmayla birlikte toplam dört sözleşmeye, bir de paranın mülkiyetini devretme konusundaki borçlandırıcı ve tasarrufi sözleşmeleri eklemek gerekir. Böylece toplam beş, hatta hükmen teslimli devirde toplam altı sözleşme çıkar ortaya.

Taşınır eşya mülkiyetinin transferinde geçerli iki aşamalı Alman "ayrılık sistemi" (Trennungsprinzip), tasarruf işleminin borçlanma işlemiyle aynı anda gerçekleştiği ve uygulamada ana kuralı oluşturan "elden satım" olasılığında da değişmez. Eylemde özdeşlik olsa bile, kuramda ayrılık saklı kalır. Parayı tezgaha bırakıp malı alan müşteri de iki ayrı sözleşme kurmuş sayılır.

Fransız "sözleşme" ya da "birlik" sisteminde durum değişiktir. O sistemde mülkiyeti satım sözleşmesi kazandırır.

Fransız sözleşme (birlik) sistemine benzer bir sistem, bizde "taşınmaz mülkiyetinin devrinde" benimsenmiştir. Buna göre, tasarruf işlemi borçlanma işleminin içinde yer alır. Bu arada tescil talebi salt usuli ve

şekli bir işlemde, tescil de bir tamamlayıcı öge, bir yasal geciktirici şart olarak, resmi bir fiilden ibaret kalır.

*Bk. Kocayusufpaşaoğlu, Gayrimenkul satış vaadi, s. 23 i.s.*

MK 642'ye göre, taşınmaz mülkiyetini geçirme borcuna uymayan borçluya karşı yargıcın adeta tasarrufi bir etkiyle, doğrudan doğruya mülkiyetin alacaklıya ait olduğuna hükmedebilmesi de (MK 642 : Adjudicatio), taşınmaz transferinde geçerli bu tek aşamalı sözleşme (birlik) sisteminin bir yansıması olarak görülmelidir. Taşınırlarda ise yargıç için bu kestirme yol kapalıdır. Yargıç ancak dolambaçlı ve aşamalı yoldan, edim hükmünün cebren icrası sürecini harekete geçirebilir. (İcra ve İflas K. 24)

Taşınır mülkiyetin devrinde geçerli ayrılık sistemi, aynı hakkı devredecek olan kişinin çıkarlarını daha iyi korur. Bu kişi, aynı hakkın sağladığı kozları birtakım beklenmedik gelişmelere karşı son ana kadar elinde tutabilir. Evvelce "sattım" diyen kişi, son anda "benim kalsın" diyebilir; özellikle aynı tasarruf sözleşmesini şarta bağlayıp mülkiyeti saklı tutabilir. Bu arada teminatın temlik de bozucu şarta bağlayabilir.

Ayrılık sisteminin hem satıcı hem alıcı açısından kendisini gösteren başka avantajları daha vardır: Bu sistem sayesinde tasarruf işlemine henüz konu olamayacak değerler, örneğin bütünleyici parçalar da satılabilirler. Sonra, tasarruf işleminin hükümsüzlüğü borçlanma işlemine hiç dokunulmadan da ortaya atılabilir.

*Ayrılık ilkesinin pratik yararları üstüne bk. Schwab/Pütting, Sachenrecht, 27nci bası, 1997, § 4 N 20 i.s., s. 11 i.s.; Jauernig, Juristische Schulung 1994, 721; Stadler, Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, 280 ve 732 i.s. Dikkat çekicidir: Ayrılık sistemi yerine birlik sistemi benimseyen Fransa, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını bir türlü rayına oturtamamıştır.*

Yalnız şunu itiraf etmeli: Ayrılık sistemi genelde satıcıyı korur ama alıcının durumunu elverişsiz hale getirir. Gerçekten de, bu sistemde, alıcı, sözünü tutmayan satıcıya karşı korumasızdır. Satıcı, dilerse, evvelce kendisine satmış olduğu eşyayı, mülkiyetini satımla henüz yitmediğine göre, daha cazip bir fiyat teklif eden bir başkasına satıp teslim yoluyla ona kazandırabilir. (Çifte satım) Ayrılık sisteminin alıcı açısından ortaya çıkan bu sakıncasını törpülemenin çaresi, alıcının nispi alacak hakkını güçlendiren yollardan, en başta da BK 41 II kuralından geçer. Alıcının asıl avantajı ise şimdi ele alınacak olan soyutluk ilkesinde

yatar. Gerçekten de ayrılık ilkesi satıcıya hangi ölçüde yarıyorsa, soyutluk ilkesi de alıcıya o ölçüde yarar.

### Soyutluk ilkesi

Acaba borçlanma sözleşmesinden ayrı bir sözleşme oluşturan aynı tasarruf sözleşmesinin geçerliliği, tasarruf yetkisinin varlığı dışında, ayrıca, kendisinden önce gelen ve "causa"sını oluşturan borçlanma sözleşmesinin geçerli varlığını da şart kılar mı? Bu soru bizi satım borçlanma sözleşmesiyle teslim tasarruf sözleşmesinin birbirinden ayrılığı sisteminin tutarlı olup olmadığı tartışmasından apayrı bir tartışmaya, soyutluk (mücerretlik) - sebebe bağlılık (illilik) tartışmasına götürür.

Bu tartışma taşınmaz eşyaya ilişkin aynı tasarruf sözleşmesi yönünden, yasaca, "hukuki sebebe bağlılık" (illilik) ilkesinden yana kesin çözüme bağlanmıştır. (MK 924, 932/33) Demek ki aynı hakkın kazanılması, taşınmazlarda borçlanma işleminin geçerliliğine düğümlenmiştir. Zaten taşınmazlara ilişkin aynı hakların devrinde sözleşme ve birlik sistemine, yani borçlanmayla tasarrufu birleştiren yapıya (takrire) yakışan da hukuki sebebe bağlılıktır. Değil mi ki bir çırpıda iki işlem birden katarılmaktadır, yani tahhülle tasarruf tapudaki "takrirden" iç içe geçmektedir, o halde bunların birbirine düğümlenip sıkıca bağlanması da tutarlı olur. Bir araya gelenlere bağlılık yararır.

Taşınır eşyayla ilgili aynı tasarruf sözleşmelerine gelince : Bu alanda çekişmeler bir türlü durulmamaktadır.

Öğretide baskın görüş, taşınır eşyanın devrinde de aynen taşınmazlardaki gibi hukuki sebebe bağlılık ilkesinden yanadır. Oysa taşınırın devrinde geçerli ayrılık sistemine yakışan "soyutluk ilkesidir".

*Illilik ve mücerretlik görüşlerinin yandaşlarının ve gerekçelerinin ayrıntılı bir dökümü için bk. Öz, Sebepsiz zenginleşme, s. 184 i.s.*

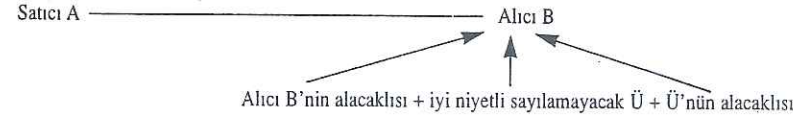
Değil mi ki aynı hakkı kazanmak için, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması sürecinden ayrımlı olarak iki ayrı işlem öngörülmüştür, o halde bunlar hiç değilse birbirinden soyut sayılmalıdır. Hem iki ayrı işlemi şart koşturmak hem bunların hukuki yazgısını birbirine bağlamak (işlemleri hem katlamak hem birbirine yapıştırmak) dozu kaçmış bir hukukçu işgüzarlığı olur. Ayrılık sistemiyle zaten yeterince korunan aynı hak devredeni ayrıca bir de sebebe bağlılık ilkesiyle korumanın, yani onun yitir-

memiş sayıldığı mülkiyetini herkese karşı, özel olarak iflas masasına karşı ileri sürebileceğini savunmanın yeri ve gereği yoktur.

Varsın, soyutluk ilkesinin taşınır eşyanın sahibinde açtığı yaralar, aynen iyi niyetle iktisabın taşınır eşya sahibinde açtığı yaralar gibi, salt nispi (kişisel) güçte haksız zenginleşme kurallarıyla sarılsın.

Kaldı ki hukuki sebepten soyutluk (mücerretlik) ilkesinin üçüncü kişilerin iyi niyetle iktisap şansıyla bir arada, hukuki çözümlerde sadeliği, mülkiyet ilişkilerinde açıklığı ve alışveriş yaşamında kararlılığı sağlama üstünlüğü vardır.

İyi niyetle iktisap şansının üçüncü kişilere tanındığı bir hukuk düzeninde soyutluk ilkesinin tüm anlamını yitireceği savı haklı değildir. İyi niyetin korunması ilkesinin işleviyle soyutluk ilkesinin işlevi, bunlar birbiriyle çakışsalar bile, ayrıdır. Biri ötekinin yerini tutamaz.



Açalım: Bir kere, B'nin alacaklılarının B'nin A ile yaptığı sözleşme uyarınca mülkiyeti kazandığı konusundaki iyi niyetleri asla korunamaz. Onlar aynı hak iktisabına özgü MK 901 kuralından yararlanamazlar. Bu nedenle de onların B'nin zilyetliğindeki mala el koyabilmeleri için B'yi malik kılan soyutluk ilkesinin varlığına ivedi gereksinimleri vardır.

Unutulmasın ki alıcının (müktesibin) alacaklılarının, özellikle cebri icra takibinde, iyi niyetlerinden bağımsız olarak sahip olacakları avantaj, alışveriş yaşamını olduğu kadar, kredi yaşamını da olumlu yönde etkileyecektir.

Dahası var: İyi niyetin varlık koşulları öylesine ağırdır ki (A ile B arasındaki sözleşmenin geçersizliğini "bilmesi gereken" Ü'nün bile kötü niyetli sayılacağını unutmayalım) alışveriş yaşamının güvenli ve kararlı işlerliğini, ayrıca hukukta sadeliği, açıklığı ve kesinliği sağlamak için iyi niyetin korunması ilkesinin koluna soyutluk ilkesini ayrıca takmak kaçınılmazdır.

Ü'nün aynı hak iktisabı, niçin kendisini hiç mi hiç ilgilendirmeyen A ile B arasındaki sözleşmenin geçerliliğine ve bu konudaki özel bilgilerine bağlı tutulsun? Ü böylesine bir rızıkoya niçin katlansın?

Hangi nedenle, A, sırf B ile kendisi arasındaki özel, kişisel bir pü-

rüzü Ü'ye ve Ü'nün cebri icra takibine geçmiş alacaklılarına karşı da ileri sürebilsin? Bu kadar ileri giden bir korumayı A hak eder mi?

Görülüyor ki soyutluk ilkesi iyi niyetin korunması ilkesinden, haklarının niteliği (salt nispi alacak hakkı oluşturması) yüzünden yararlanamayacak olan "devralanın alacaklılarını" ve "iyi niyetli sayılmayacak olan üçüncü kişi" ile "böyle bir üçüncü kişinin alacaklılarını" çok daha etkin biçimde korur. (Bk. yukarıdaki şema!)

Ama soyutluk ilkesi yalnız iyi niyetin korunması ilkesinden yararlanamayacak olanların (alacaklıların ve üçüncü kişilerin) çıkarına, alışveriş yaşamının kararlılığını sağlamakla kalmaz. Bu ilke, aynı zamanda, satım sözleşmesinin karşılıklı ifa sonrasında tasfiyesi (çözülmesi) ilişkisinde karşılıklı hukuki silahlardaki eşitliği de sağlar. Şöyle : Bilindiği gibi, alıcı, satıcısına ödemiş bulunduğu satış parasını sözleşmenin tasfiyesi (çözülmesi) ilişkisinde ancak kişisel haksız zenginleşme istemiyle geri isteyebilir. Gerçekten de, para, eşya hukukuna egemen belirlilik (özellik ya da tahsis) ilkesi ve MK 700 II'nin karşışma kuralı uyarınca, ayrıca para alacaklıları arasında ayırım gözetmeme gereği ışığında, ister istemez, ancak kişisel haksız zenginleşme istemiyle gerisin geriye sağlanabilir. Öyleyse, satıcının da tıpkı alıcı gibi kişisel haksız zenginleşme istemiyle yetindirilmesi hukuki silahlardaki eşitlik açısından daha uygun olmaz mı? Soyutluk sisteminde eşyanın mülkiyeti de tıpkı paranın ülkiyeti gibi her durumda karşı yana geçince her iki iade istemi de haksız zenginleşme temeline dayanacak ve hiçbir yana cebri icrada ayrıcalık tanınmayacaktır.

Paranın satıcının mülkiyetine nasıl geçtiği noktasını biraz daha açalım : Pandekt hukukuna kadar geri giden klasik anlayışa göre, başkasının parasını açıkça ayırt edilemez biçimde kendi parasına katan kişi, bu parayı tek başına mülkiyetine geçirmiş olur. Para bireyselleştirilemeyeceğine göre, paranın aynı güçte bir istemle geri istenebilmesi de söz konusu olamaz. "Zilyedin rızası olmaksızın elinden alınan parayı kötü niyetle eline geçirmiş kimseye karşı istihkak davası ikame olunabileceği" anlamına gelen MK 903 kuralı bu durumda boşa dönen bir kuraldır; olsa olsa ayrıksı olarak bireyselleştirilebilir parada uygulanabilir. Ama ana kural olarak parada iade istemi, ancak kişisel (nispi) güçte bir haksız zenginleşme istemi olabilir. Bu gerçekçi görüş aynı haklara egemen belirlilik (özellik, tahsis) ilkesiyle desteklenir. Bu ilkeye bir de şu düşüncüyü katmalı: Para alacaklıları arasındaki eşitliği bozabilecek olan bir ay-

ni hak (cebri icra) ayrıcalığı ve önceliği, paralı alışverişin üstüne bir karabasan gibi çökerdi. Kimse para alacağının cebri icra yangınındaki sırasını kestiremezdi.

Azınlıkta kalan hukukçulara bakılırsa, paranın da, bir başkasının parasıyla karışsa bile, aynı istemle geri istenebilmesi ve bu arada cebri icra sürecinde ayrıcalıklı ve öncelikli biçimde çekilip alınabilmesi doğru olur. Böyle bir aynı istemin hukuki dayanağı da ya MK 700 1 kuralı çerçevesinde varsayılan bir paylı (müşterek) mülkiyet ilişkisi olabilir ya da öğretilde yaratılan bir "para değeri vindicatio" olabilir. (Geldwertvindikation) Doğrusu bu azınlık görüşünü alışveriş güvenliği ile bağdaştırmak zordur. (Karşı görüşte Burcuoğlu, Eren'e Armağan, s.79 i.s)

Şunu itiraf etmeli ki soyutluk ilkesinin geride sıralanan tüm yararlarına karşılık, yadırgatıcı yanları da vardır. Bir kere, adeta aynı elemmanın iki yarısını oluşturan borçlanma işlemiyle tasarruf işleminden birinin geçersiz sayılırken ötekisinin geçerli sayılabilmesi (hele "elden satım" uygulamasında) şaşırtıcı ve yapmacık bulunur. Sonra bir malın önceden alıcıya kazandırılıp sonradan haksız zenginleşme istemiyle geri aldırılması da yadırganır.

Ama bütün bu tuhafıklar soyutluk ilkesinin pratik yararları karşısında göze alınması gerekli tuhafıklardır. Hukukçu olmayana yabancı gelen bu gibi garip noktalar hukukçunun adım başında karşılaştığı noktalardır.

*Krş. Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 230*

Soyutluk ilkesinden yana şu kavram (yasa) hukukçuluğu kanıtlarını benimsemek ise doğrusu çağdaş hukukçuluk yöntemleri ışığında pek zor gözükmemektedir: (Bunlara gereksinimi yoktur soyutluk ilkesinin!)

Birincisi şudur: BK 237 kuralı şekil butlanının ifa ile düzelmesini sadece taşınır eşya bağışlamasında öngörmüş olup bu yolu taşınmaz eşya bağışlamasında kapalı tutmuştur. Bununsa tek anlamı olabilir. Taşınmaz eşya mülkiyetinin transferinde illilik, taşınır eşya mülkiyetinin transferinde ise mücerretlik geçerlidir. Şöyle ki illilikte geçersiz bir borçlanma işlemi mantıken geçerli bir tasarruf işlemi izleyemez ki bu işlem borçlanma işlemi sağaltabilsin. (Bk. Serozan, Die Überwindung der Formnichtigkeit, İÜMHE yayını, 1976, s. 157)

İkincisi de şudur: Değil mi ki BK 62 kuralı *condictio indebiti*'yi ve BK 64 de *ius tollendi*'yi öngörmüşlerdir, tarihsel yasa koyucunun bu ku-

ralların işlerliğine yol açabilecek olan soyutluk ilkesini hareket noktası olarak varsaymış olduğu kabul edilmelidir. (Bk. von Tuhr, ZSR 40, 40 i.s.; Öz, Sebepsiz İktisap, s. 190 i.s.)

Soyutluk ilkesinden yana bu kanıtlar aşırı kuralcı, kavramcı ve biçimcidir. Bir hukuk ilkesinin benimsenip genelleştirilmesi, çağdaş menfaat (-değerlendirme) hukukçuluğunda, tarihsel yasa koyucunun öznel istencine göre değil, menfaatler durumunun güncel ve nesnel gereklerine göre olur.

### Soyutluk ilkesinin delinmesi

Soyutluk ilkesinin somut olay adaletine ters düştüğü durumlarda, bu ilkeyi aşmanın yolları her zaman açıktır.

Birinci yol, özellikle ehliyetsizlikte, irade bozukluklarında, hukuka ve ahlaka aykırılıkta, aynı tasarruf sözleşmesinin de borçlanma sözleşmesindeki hukuki eksikliğin ve aksaklığın etkisi altında kalacağını, yani geçersizlik özdeşliğini kabul etmektir. (Fehleridentitaet)

Dikkat edilsin ki geçersizlik özdeşliğinde borçlanma sözleşmesindeki çürüklük hukuki sebebe bağlılık ilkesi bağlamında söz konusu olduğu gibi tasarruf sözleşmesine bulaşmayıp, borçlanma sözleşmesindeki çürüklük ayrıca bir kez de tasarruf sözleşmesinde patlak vermektedir. Açıkçası, ehliyetsizin, yanılanın, aldatılanın, sömürülenin, rüşvet verenin borçlanması gibi, onun tasarrufu da çürük olmaktadır. (Geçersizlik özdeşliği) Genelde karşılaşılan görüntü de bu olur zaten.

Yalnız, tasarruf işleminin genelde hukuka ve ahlaka aykırılık açısından renksiz (nötr) bir işlem olduğu söylenebilir. (tart). Yani hukuka ve ahlaka aykırı bir borçlanma işleminin ardından gerçekleşen aynı tasarruf işlemi pekala hukuka, ahlaka aykırı sayılmayıp geçerli tutulabilir. Şu da var ki eğer aykırılık edilen kural aynı zamanda (hatta belki özellikle) ifayı engellemeyi de amaçlıyorsa, o zaman aynı tasarruf işlemi de ayrıksı yoldan geçersiz sayılabilir. Rüşvet verme işleminde olduğu gibi. Böyle durumlarda hukuka ve ahlaka aykırılık açısından da geçersizlik özdeşliği varsayılabilir.

Geçersizlik özdeşliği konusunda şu noktalara dikkat edilmelidir :

a) Aynı hakkı kazanan sınırlı ehliyetinin kendi yararına sayılan tasarruf işlemi geçersiz sayılmaz; buna karşılık aynı sınırlı ehliyetinin eşyayı satın alma taahhüdü, bu taahhüt kendisini satış parasını ödeme bor-

cu altına soktuğu için geçersiz sayılır. Böyle bir durumda yalnız borçlanma sözleşmesi geçersiz sayılır ama tasarruf sözleşmesi geçerli kalır; yani geçersizlik özdeşliği söz konusu olmaz.

Buna karşılık, aynı hakkı devreden satıcıda durum değişir. Onun borçlanma işlemi gibi tasarruf işlemi de hükümsüz olur. Yalnız eğer ehliyeti sınırlanmış olan satıcı "başkasına ait" malı devrederse durumun ne olacağı tartışmalıdır.

b) Öyle kimi hatalar olur ki bunlar salt borçlanma sözleşmesine ya da salt tasarruf sözleşmesine inhisar ederler. Eşyayı yanlışlıkla düşük bir bedelle satma ilk olasılığa, eşyaları dalgınlıkla karıştırıp yanlış eşyayı verme de ikinci olasılığa örnek gösterilebilir. Bu gibi durumlarda da geçersizlik özdeşliğinden söz edilemez.

Demek ki hukuka ve ahlaka aykırılık (tart.), sınırlı ehliyetsizlik ve kimi yanlıgılar soyutluk ilkesinin geçersizlik özdeşliği yüzünden hiç de kağıt üstünde kalmadığı olasılıkları oluştururlar.

Soyutluk ilkesini geçersizlik özdeşliği kavramı dışında delmenin bir başka aracı da aynı tasarruf sözleşmesinin geçerliliğinin borçlanma sözleşmesinin geçerliliği "şartına" "zımnen" bağlanmış olduğunu varsaymaktır. Bu yola özellikle self servis alışverişlerinde başvurulur. Şöyle ki müşterinin borca uygun davranıp dürüstçe ödemede bulunması, yani mülk edindiklerinin parasını ödemesi, onun aynı hakkı kazanmasının "şartı" sayılır. Böylece aynı tasarruf sözleşmesi, kasanın (veznenin) ödemeyi kabulüne kadar askıya alınmış olur. Bu varsayım sayesinde hilebazın malik olması engellenmiş olur. Öte yandan, sipariş edilmemiş olan bir mal için de aynı tasarruf sözleşmesi icabının "malın alıcı tarafından açıkça benimsenmesi şartına" bağlandığı kabul edilir. Basit irade faaliyetiyle kabul tanınmaz. Öyle ki alıcı istenci dışında bir oldu bitti karşısında kalmasın.

İsviçre'de, sipariş edilmemiş malı alan alıcının malı saklama ve geri yollama yükümü altında bulunmadığı ve onun malı kullanmaktan, hasardan ve kayıptan ötürü herhangi bir sorumluluk altında olmadığı açıkça kurala bağlanmıştır. (OR 6a)

Soyutluk ilkesinin yararlarının bilincinde bir hukukçunun bu ilkenin geçersizlik özdeşliği ve zımni şart kavramlarıyla her fırsatta dolanılması girişimlerine karşı uyanık olması gerekir.

### Aynı hakkın sona erme açısından borçlanma işleminden bağımsızlığı

Taşınır eşyada mülkiyetin borçlanma (taahhüt) işleminden “ayrı” ve ondan “soyut” (mücerret) bir aynı tasarruf işlemiyle kazandırıldığını gördük. Bu arada ayrılık sisteminin mülkiyeti devredenın çıkarlarını, soyutluğun ise mülkiyeti devralanın, dolayısıyla, sonradan ondan mülkü devralanların ve onun alacaklılarının çıkarlarını, son aşamada da alışveriş güvenliğini daha iyi koruduğunu saptadık.

Nasıl mı? Ayrılık ilkesinde devreden yararına şöyle : Evvelce “satım” diyen, son anda “tamamen senin olsun” demeyebilir; “teslim ediyorum ama şartlı teslim ediyorum; şarta bağlı (eksik) mülkiyet kazandırıyorum” diyebilir. Yani şunu söyleyebilir: “Senin olsun ama şu olursa yeniden benim olsun” ya da “henüz senin olmasın ama şu olursa senin olsun”.

Soyutluk ilkesinde ise devralan ve yazgıları onun mülkiyeti kazanmasına bağlı başkaları yararına şöyle: Satımdaki bozukluğa karşın (örneğin hatayla düşük fiyatla satmaya veya devralanın ehliyetinin sınırlılığına karşın) mülkiyet teslimle alıcıya geçmiş sayılır.

Şimdi ele alacağımız konu, taşınır eşya mülkiyetinin böylesine ayrı ve soyut bir aynı tasarruf sözleşmesiyle bir kez devralana kazandırıldıktan sonra, baştan geçerli borçlanma işleminin sonradan (dönme, geri alma ya da dar ve gerçek anlamda iptal üzerine) tasfiye edilmesi (çözülmesi) halinde kendiliğinden devredene geri dönüp dönmeyeceği sorundur.

Hemen belirtelim ki aynı haklar sona erme açısından da borçlanma işleminden bağımsızdır. Bunun somut anlamı şudur: Aynı hak bir kere el değiştirince, el değiştirmenin hukuki sebebinin oluşturduğu borçlanma işlemi sonradan ortadan kalksa bile, aynı hak otomatik olarak eski sahibine geri dönmez.

Bağımsızlık ilkesinin dolaylı bir sonucu da şudur: Sözleşmeden dönme ya da sözleşmeyi (dar anlamda-) iptal öncesinde gerçekleşmiş olan “tasarruf yetkisizinden iktisap” (MK 901) olgusu sonradan dönme veya iptal ile ortadan kalkmış sayılmaz.

Tasarruf işlemi iradi bozucu şarta bağlayarak bu bağımsızlık ilkesini delme olanağı da genelde kapalı tutulur. Aynı haklarda geçerli tip sıklığına ve kamuya açıklığa bağlanır bu olumsuz tutum. Gözle görüle-

mez biçimde, sessizce, gizlice el değiştirmemelidir aynı hak. O nasıl el değiştirdiyse (zilyetlik devriyle) öylece geri dönmelidir sahibine.

Yalnız teminat haklarında, özel nedenlerle, bu ilkeye ayrıklar tanınır. Gerçekten de bağımsızlık kuralının ayrığı, teminat haklarının “alacağa” ve dolayısıyla borçlanma işlemine “bağımlılığı”dır (fer’iliğidir). Rehin hakları açısından yasaca kurala bağlanmıştır bu ilke. (BK 113 I, MK 798, 858) Aldığı kredi karşılığında teminat veren tüm borçlular yararına, özellikle inançlı teminaten temlikte bulunan kişiler yararına da uygulanması önerisi geniş ölçüde benimsenir. Bu öneriyi taşıyan da, genelde yadsınan bozucu şarta bağlı temlik varsayımdır. Böylece teminat karşılığı kredi alan borçlular ve kredi borçluları için teminat veren yabancılar alacaklı tarafından istismar edilme tehlikesine karşı korunurlar.

Dikkat edilsin : Bozucu şarta bağlı tasarruf işlemi kalıbında düzenlenen mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında, ayrık bir otomatik “aynı hak rücuu” (avdeti), kredi alıp teminat veren kişi (alıcı) yararına değil de kredi verip teminat alan kişi (satıcı) yararına söz konusu olur.

Şimdi, teminat haklarının sona erme açısından bu ayrık bağımlılığını (fer’iliğini) ayrıca içine alıp, ana kurala gelelim :

Aynı hak bir kere geçerli biçimde el değiştirdikten sonra, dayanağını ve “hukuki sebebinin” (causa’sını) oluşturan “baştan geçerli borçlanma sözleşmesinin” sonradan tasfiye edilmesi üzerine kendiliğinden eski sahibine geri dönmez. Benzetmeli bir açıklamayla : Aynı haklarda atılanı geri döndüren bumerang pervanesi etkisi olmaz.

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

Nitekim hukuki sebebe bağlılık ilkesinin yürüdüğü taşınmaz eşya hukukunda tartışmasız sayılabilir bu. Bir kere geçerli sayılan illi bir tescilin sonradan yolsuz hale geleceği kabul edilmez. Böyle bir tescil aynı düzeltim davasıyla değil de nispi - şahsi tescil davasıyla eski haline getirilir.

Taraf iradeleriyle geciktirici şarta bağlanamayacağı kesin olan tescilin (BK 214) bozucu şarta da bağlanamayacağı yaygın kanıdır. Taşınmazlarda teminaten temlikin bozucu şarta bağlanmasına göz yumulmaz. Mülkiyetin ipso iure eski sahibine geriye dönmesi (şarta bağlı mülkiyet) yadsınır.

Tartışmalı olan, “taşınır” eşya mülkiyetinin taraf iradeleriyle bozucu şarta bağlanabilip bir aynı bumerang etkisine konu yapılabilip yapılamayacağı noktasıdır. BK 150 III kuralının şarta bağlı tasarruf sözleşmelerini varsaydığı açıktır. Ama bu varsayımın kapsamı nedir acaba?

Aynı haklarda geçerli tip sıklığı (numerus clausus) ve kamuya açıklık ilkelerine yakışan görüş, kuşkusuz, böyle bir olanağın kapısını sınımsız kapalı tutan görüştür. Gerçekçen de aynı hak sahipliğinin şarta bağlanması ve gözle görülmez bir biçimde (teslimsiz) el değiştirmesi aynı haklarda geçerli tip sıklığı ve kamuya açıklık ilkeleriyle ve son tahlilde aynı hakkın üçüncü kişiler indindeki ağırlığıyla ve genel olarak niteliğiyle kolay kolay bağdaşmaz.

Bu durumda, yasanın açıkça öngördüğü, ama aynı zamanda özel bir sicile tescille kamuya açıklığı da sağladığı mülkiyeti saklı tutma anlaşması -ki bozucu şarta bağlı tasarruf işlemi biçiminde yapılabileceği kuşkusuzdur- (MK 688) dışında, taşınır eşya mülkiyetinin devrini de bozucu şarta bağlamak olanaklı sayılmasa gerektir.

Ancak, teminat hakları açısından geçerli “fer’ilik” (bağımlılık) ilkesi ışığında, teminaten temlikte teminat veren borçludan yana aralanabilir bu kapalı kapı. (Bk. ileride s. 413)

Bir de belki ölüme bağlı kazandırmalarda aralık tutulabilir kapı! (Krş. BK 242!) Bu işlemlerde olsa olsa menfaatler durumunun özelliği bir “aynı rücuu” (aynı avdeti) haklı kılabilir.

Bu ayırıkların dışında, “şunu yapmazsan”, “şunu yaparsan”, özellikle “malı başkasına devredersen” mal mülküne geri dönecektir yollu kayıtlara, yani bozucu şartlara göz yumulamaz.

Bozucu yenilik doğuran hakların ve şartların dökümünü yapalım:

Bir kere sözleşmeden dönmeye herhangi bir aynı bumerang etkisi (otomatik geriye dönüş) zaten söz konusu olmaz. Çünkü son olarak İsviçre FM’nin de benimsediği yeni dönme kuramı karşısında, dönmenin kazandırmanın causa’sını silip süpürücü bir etkisi olmayıp, bu yenilik doğurucu hak, sözleşme ilişkisini ters bir içerikle, yani verme edimlerini geri verme edimlerine dönüştürerek sürdürür.

*Bk. BGE 114 II 157; Serozan, İfa, ifa engelleri, haksız zenginleşme, § 17 N 14*

Ama değil (yeni dönme kuramı ışığında) dönmenin (Rücktritt), geçmişe etkileri kabul edilen gerçek ve teknik anlamda iptalin (Anfech-

tung), bağışlamada geri almanın (Widerruf) ve mirasın reddinin (Erbausschlagung) aynı hakkı eski sahibine otomatik olarak geri döndürücü bir aynı bumerang etkisi olamaz. Buna aynı hakkın sona erme açısından borçlanma işleminden bağımsızlığı ilkesi engeldir.

Ölüme bağlı bağışlamadaki bozucu şarta ve ölüme bağlı tasarruftaki fevkalade ikameye gelince : Bilindiği gibi, bu iki işlemde taşınmazlar açısından bir şerh olanağı öngörülmüştür. (BK 242 II; MK 470 c. 3/920 b. 3) Ama bu şerhin etkisi otomatik bir geri dönüşün güvencesini sağlamak olmayabilir; bu şerhin işlevi bağışlayandan önce ölüm ve fevkalade ikamenin açılması olasılıklarında salt kişisel güçteki iade istemini üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir bir güce kavuşturmak olarak görülebilir. Yalnız belki ölüme bağlı kazandırmanın mutlaka kazandırma lehdarının eline geçmesi yolundaki son dileğin ağırlığı karşısında, “taşınır eşyada” kural dışı bir “otomatik intikal” düşünülebilir.

*Bk. Eitel, ZBJV 134 (1998), 245 i.s.; Steinauer, Droit réel I N 955 alb; Schmid, Sachenrecht N 615/16; Piotet, Schweizerisches Privatrecht IV/2, § 79, s. 605 i.s.; Druey, Grundriss des Erbrechts, § 15, s. 204; Piotet, Oğuzman’a Armağan, s. 922.*

Buz, Sözleşmeden dönme, s. 133 i.s.’de ve s. 166 i.s.’de taşınır eşya mülkiyetinin devrinde benimsediği sebebe bağlılık ilkesi karşısında, dönmenin aynı etkisinin kabul edilmesinin bir mantıksal zorunluluk olacağını ileri sürerken, aynı hakkın bağımsızlığı ilkesinin bu özgül anlamını gözden kaçırmaktadır.

Oysa hukuki sebebe bağlılık (illilik) ile bağımlılık nasıl ayrı mantıksal temellere dayanan ayrı ilkelere, hukuki sebepten soyutluk (mücerretlik) ile bağımsızlık da öylesine ayrı mantıksal temellere dayanan ayrı ilkelere. O halde, “nedensellik geçerlidir diye borçlanma işlemi kalkınca aynı hak ortadan kalkar” denemeyeceği gibi, “soyutluk geçerlidir diye, borçlanma işlemi kalkınca aynı hak ortadan kalkmaz” da denemez.

#### **Teminat haklarının, güvence altına aldıkları hakka sıkı bağımlılıkları : Fer’ilik**

Aynı hakkın bağımsızlığı ilkesinin, yani bir kere devredilmiş bir aynı hakkın sonradan hukuki sebebin ortadan kalkmasıyla düşmeyeceğinin istisnasıyla aynı teminat haklarında karşılaşılar.

Aynı teminat haklarına özgü olup, son tahlilde teminat vereni koruyan “fer’ilik ilkesi” değişik boyutlarda karşımıza çıkar :

1) Doğuşta bağımlılık : Asıl borcun bağlayıcılığı ve muacceliye-ti şart koşulur.

2) Kapsamda bağımlılık : Teminatın kapsamı borcun kapsamını geçemez.

3) El değiştirmede bağımlılık : Teminat hakkı alacak hakkıyla kol kola gezer; herbir temlikte birlikte el değiştirir.

4) Savunmada (icrada) bağımlılık : Asıl borçlunun savunmalarını teminat veren de ortaya atabilir.

5) Sona ermede bağımlılık : Asıl borç düşünce teminat hakkı da düşer. Bizi burada ilgilendiren işte fer’iliğin (bağımlılığın) bu son anlamıdır. Şimdi sıra bu konuyu açmaya gelmiştir :

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

Demek ki “illilik”teki bağımlılık sadece aynı hakkın doğuşu açısından geçerli bir bağımlılık olduğu halde, “fer’ilik”teki bağımlılık daha kapsamlı bir bağımlılıktır. Durum, aynı hakkın bağımsızlığı ilkesiyle aynı tasarruf işleminin borçlanma işleminden soyutluğu ilkesi arasındaki ilişkiyi andırır. Üstelik fer’ilikteki bağımlılık, borçlanma sözleşmesine ilişkin olmayıp, alacak hakkına ilişkin bir bağımlılıktır. Nitekim taşınır rehlinin kurulması konusundaki aynı tasarruf işlemi borçlanmadan soyut sayılsa bile, rehin hakkı, yine de alacak hakkına sınıksız bağımlı olur. Eğer güvence altına aldığı alacak hakkı geçerli olarak mevcut değilse, rehin hakkı da oluşmuş sayılmaz.

Fer’ilik ilkesi, kredi (borç) alan ve bunun karşılığında teminat gösteren (rehin veren) borçluyu gözetip kollar. Borçlunun, borcundan bağımsız bir rehin hakkına katlandırılıp sömürülmesini önler. Eşyanın, irat senedinde olduğu gibi, alacaktan bağımsız, elden ele dolaşmasına engel olur.

Yalnız ipotekli borç senediyle irat senedi tipindeki taşınmaz reh-

ninde fer’ilik ilkesinin dolaşım (tedavül) kolaylığı uğruna gözden çıkarılmış olduğu (MK mad. 824) gözden uzak tutulmamalıdır.

BK 113 I, MK mad. 798 ile 858 kurallarında özel olarak vurgulanan fer’ilik ilkesi BK mad. 138 kuralında, savunma alanındaki bağımlılık yönünden bir istisna tanır. Şöyle ki taşınır rehni, alacağın zaman aşımına uğramasından sonra da varlığını sürdürür. Öte yandan miras hukukunda (MK 569) ve icra-iflas hukukunda da (İcra ve İflas K. 196, 303) “borçsuz rehin” istisnasına rastlanır.

Yasada inançlı teminat mülkiyetinde fer’ilik ilkesine yer yoktur. Ama öğretide ve uygulamada, teminatın taşınır mülkünü devreden borçlunun (BK mad. 393 III kuralının “aynileştirme” tekniğinin ötesinde) korunması, fer’ilik ilkesinin yerini tutan bir başka araçla, “bozucu şart varsayımı” ile sağlanır. Bu nispi bağımlılık sayesinde, borçlunun alacaklıya geçirdiği eşyanın mülkiyeti, borcun tümüyle ödendiği anda, kendiliğinden borçluya geri döner.

Ne var ki bankalar teminat veren borcu yararına işleyen bu aynı bumerang pervanesi etkisini genel işlem koşullarında genellikle bloke ederler.

Bilindiği gibi, BK 393 III 1 kuralında, inançlı vekalet (dolaylı temsil) ilişkisinde vekalet veren kişiye, yani güvenen müvekkile, vekilin iflası halinde vekalet borcunun konusu taşınır eşyayı vekilin iflas masasından çekip alma (çıkartıp ayırma) hakkı (Aussonderungsrecht) tanınmıştır. İşte vekalet verenin salt vekile karşı ileri sürülebilir nispi alacağını güçlendiren bu cebri icra ayrıcalığı inançlı teminatın temlikte de, eşyanın mülkiyetini alacaklısına inanıp güvenerek eylemlilerle teminatın geçiren kişi yararına da örnekseme yoluyla uygulanır. Bu görüşe göre inançlı bir işlemde malın iktisabının bir yabancından mı (üçüncü kişiden mi) yoksa doğrudan doğruya güvenen kişiden mi olduğu fark etmemelidir. Sonuç olarak, inançlı vekalette olduğu gibi inançlı temlikte de güvenen kişi hiç değilse bir cebri icra ayrıcalığına kavuşturulmaktadır. Kuşku yoktur ki teminatın temlikte bulunan yararına “bozucu şart varsayımı”, karşısındakine güvenip teminatın temlikte bulunan kişinin BK 393 III 1 kuralı çerçevesindeki sınırlı korumasını adanmış geliştiren en ileri boyutlara ulaştırır. (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 çıkarıyor : Bu ilke, teminat haklarına özgü olup, salt teminat ve-



rip kredi alabilmiş borçluları ve aynı zamanda borçlular için teminat veren üçüncü kişileri sömürülme tehlikesine karşı özel olarak koruma amacıyla öngörülmüş pek özel bir ilkedir.

İşte ancak bu özel "himaye menfaati" ile sınırlı olmaktadır ki bir aynı hak, aslında kamuya açıklık ilkesine yüzde yüz aykırı bir biçimde, kendiliğinden (yani zilyetlik gerisin geriye devredilmeksizin) düşebilmektedir. Dikkat edilsin ki bu ayrıksı etki de sadece aynı teminat hakkının özüne ve işlevine bağlı nedenlerde, yani teminat altına alınmış olan borcun kapatılması gibi bir nedende söz konusu olabilmektedir. Benzer bir "otomatik rücu (avdet)" yine aynı hakkın içsel ve işlevsel nedenlerine bağlı olarak "intifada ölüm" halinde söz konusu olabilir.

İşte, pek özel amaçlarla öngörülmüş olan bu özgül "bağımlılık" (fer'ilik) ilkesinin ayrıksı varlığı bile, başlı başına, asal kural olarak, aynı haklarda, sona ermeleri açısından "bağımlılığın" değil de "bağımsızlığın" geçerli olduğunu gösterir.

*Bk. Serozan, Sözleşmeden dönme, s. 97*

### Özet

Özetle, aynı hak, borçlanma işleminden "ayrı" ve üstelik ondan "soyut" bir aynı tasarruf sözleşmesiyle devredilir; borçlanma sözleşmesi şu ya da bu nedenle sonradan çözümlene sürecine girdi diye de kendiliğinden eski sahibine geri dönmez. Aynı hakkın "cümle aleme" etkin ağırlığı ve alışveriş güvenliği bunu gerektirir. Özel sosyal koruma kaygılarıyla öngörülmüş ayrıklar saklıdır.