

Dipnotlar:

- 1) Para borcunun borçlunun konumunu zorlaştırıcı bu özellikleri üstüne bk. Serozan, İfa-İfa engelleri-Haksız zenginleşme, § 8 N 1-3.
- 2) Para borçlusu yararına tanınan bu istisnalar için bk. Serozan, anılan kitapta § 27 N 10/19, § 12 N 7, § 4 N 6
- 3) Para borçlarında geçerli nominalizm ilkesi için bk. Serozan, anılan kitapta § 8 N 2; Merz, Schweizerisches Privatrecht V/1, s. 167 i.s.; Weber, OR 84 N 198 i.s.; Esser/Schmidt, Schuldrecht I, § 13 II, s. 231 i.s.
- 4) Nominalizm ilkesinin istisnalarıyla ilgili olarak bk. Serozan, anılan kitapta § 8 N 2; Weber, Berner Kommentar'da OR 84 N 203 i.s.; Merz, anılan yerde; von Maydell, Münchener Kommentar, § 244 N 9 i.s.; Esser/Schmidt, anılan yerde.
- 4a) Nitekim bk. Yargıtay'ın Resmi Gazete'nin 2.1.1995 günlü sayısında yayımlanmış olan İçtihadı Birleştirme Kararı; Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku'na Ek Kitap, s. 35 i.s.
- 5) İşlem temelinin çökmesi kuramı ve kiraya veren yararına uyarılama konusunda açıklamalar için bk. Serozan, anılan kitapta § 20
- 6) Taşınmaz kiracısı yararına uyarılama davaları için bk. Yargıtay 13. HD'nin YKD 1994/12, s. 1939 i.s.'de yayımlanmış kararı. 95 Nisan'ından beri Yargıtay 13. HD'nin dövizde para kiracıları yararına çark ettiği anlaşılıyor.
- 7) Döviz kayıtları konusundaki soğuk ve mesafeli tavır için bk. Gauch/Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 2437; Merz, anılan yerde; Weber, Berner Kommentar'da OR 84 N 250 i.s.; Esser/Schmidt, anılan kitapta, § 13 II, s. 234 i.s.
- 8) Bankaların müşterilerine dayattıkları bencil kayıtların geçersizliği konusunda bk. Sungurbey, Türkiye'de bankaların içyüzü, Çorlu, 1994.
- 8a) Bk. Barlas, Para borçlarının ifasında temerrüt, s. 207 i.s.
- 9) Temerrüt faizini aşan zararın ispatındaki bütün bu eşitsizlikler üstüne bk. Barlas, Para borçlarının ifasında temerrüt, s. 210 i.s.; Gauch/Schleup, anılan kitapta N 2433/34; von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht. s. 369; Schenker, Schuldnerverzug, s. 107 i.s.; Weber, OR 84 N 360 i.s.
- 10) Manevi tazminat uygulamalarına ilişkin eleştirel değerlendirmeler için bk. Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 67 i.s.
- 11) Normatif zarar kavramıyla ilgili açıklamalar için bk. Serozan, anılan kitapta § 16 N 6; manevi tazminat yaptırımının sosyal amaçlar için seferber edilebilirliği konusunda bk. Serozan, Tandoğan'a Armağan, s. 86 i.s.
- 12) Alman Tüketici Kredisi Yasası'nda (Verbrauchercredit-Gesetz) tüketicinin bankaya karşı tazminat sorumluluğu özel olarak sınırlandırılmıştır. (Bk. Vollkommer, BGB Kurzkommentar, § 288 N 3)
- 13) BK 83 III değişikliğinin eleştirisi için bk. Serozan, İBD 1991, Sayı 1-3, s. 205 i.s.

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMEYE AYNÎ ETKİ TANIYAN İÇTİHADİ ÜZERİNE

Doç. Dr. M. Turgut ÖZ

I. FEDERAL MAHKEME KARARI BGE 109 II 26 vd.:

A- Intravent A.Ş. 13 Ocak 1965'de Consorzio Gianola Vittori De Vittori'ye bir kazı makinesini 185.513 Fr. fiyatla satmıştır.

B- Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin 1 Kasım 1976 yılında verdiği kararla, alıcının ayıptan dolayı sözleşmeden dönme bildirim sonucu makineyi bütün teferruatı, bütünleyici parçaları ve yedek parçalarıyla o anda içinde bulunduğu durumyla iade etme borcuna karşılık, satıcı Intravent A.Ş.'nin de satım bedelinin o ana kadar ödenmiş toplam 110.000. Fr. kısmının faiziyle birlikte iade borcu doğacağı kabul edilmiş; Federal Mahkeme de bu kararı 12 Ekim 1977'de onamıştır.

Consorzio Gianola Vittori e De Vittori'nin talebi üzerine, Zürich bölge mahkemesi hakimi 30 Eylül 1981'de, davacının kazı makinesini davalıya iadeyi uygun şekilde (gereği gibi) teklif ettiğini tesbit eden bir tesbit kararı vermiştir. Buna göre, makine bütün teferruat, bütünleyici parça ve yedek parçalarıyla "Manno (TI)"da teslim alınmaya hazır durumdadır.

Davalının bu karara itirazı Zürich Kanton Yüksek Mahkemesi'nin 6 Eylül 1982 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

C- Davalı kararı temyiz etmiştir. Böylece, her iki kararın da iptal edilmesini ve davacının kendi edimini 1 Kasım 1976 tarihli karara uygun şekilde yerine getirmediğinin tesbiti ile yeni bir karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine iadesini istemiştir.

Federal Mahkemenin İncelemesi:

"1- ... (Bu başlık altında ilgili mahkemelerin görev alanlarına ilişkin açıklamalar, İsviçre usul hukuku ve ardından da icra hukukuna ilişkin tartışmalar yer alıyor.)...

2- Verilen kararda, davacının davalıya yazdığı 8 Kasım 1977 tarihli mektupla makinenin Manno'da hazır olduğunu bildirerek aynı anda bedelin iadesini talep etmesinin, uygun ifa teklifi oluşturduğu kanısına varılmıştır. Davalı ise, 1 Kasım 1976 tarihli karar-

daki sözleşmeden dönmenin hukuki etkisini ihlâl edecek şekilde davacının kararda açıkça belirtilene nisbeten daha az şey vererek (makinenin bütün mütemmim cüzlerini vermeksizin) iade borcunu ifa etmeye kalktığı düşüncesindedir.

a) (Bu başlık altında, usul hükümleri karşısında daha önceki mahkeme safhalarında ileri sürülmemiş bir defî'nin temyiz aşamasında ileri sürülmesinin mümkün olup olmayacağı ve bu gibi defileri ileri sürmenin etkisi tartışılıyor.)...

b) 1 Kasım 1976 tarihli karar satım sözleşmesinden dönme sonucu tarafların karşılıklı taleplerine ilişkindir. Şimdiki sorun ise, yargılama safhasında davalının kendisine iade edilecek makinenin 1976 tarihinden beri değer kaybetmiş olduğu gerekçesiyle davacının iade talebini kabul etmeyerek kendi bedeli iade borcunu ifada temerrüde düşmesine ilişkindir. Sözleşmeden dönmeye ilişkin kararın icrası üzerine ortaya çıkacak sorunlar yeni sorunlardır ve dönme işlemi hakkındaki davada yeri yoktur. İade taleplerinin hukuki niteliklerine ilişkin tartışma burada yer almaz.

3- Alt derece mahkemesine göre; davalı davacının makineyi iade teklifini haksız olarak reddetmiş ve alacaklı temerrüdüne (kabulde temerrüde) düşmüştür. Ayrıca, fesih kararından beri makinenin parçaları, teferruatı ve yedek parçalarının kaybolduğu (elden çıktığı) da anlaşılmıştır. Açıklanması gereken bir husus da; sözleşmeden dönme hükmünden itibaren hasarı davalının taşıyacağı hususudur. Bu süre içinde davacı makinenin hasara uğramasından veya hasara uğrayan parçanın yola geçtiği değer kaybından sorumlu değildir ve davalı buna dayanarak bir hak kazanamaz. Buna karşılık davalı, iade yükününün davacı tarafından gereği gibi ifasının teklif edilmiş sayılmayacağını zira davacının OR Art. 420 (BK m. 411) hükmü çerçevesinde özenle saklama yükümünü yerine getirmediğini iddia etmiştir.

a) 1 Kasım 1976 tarihli kararın götürdüğü bir sonuç, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelere ilişkin OR Art. 82 (BK m. 81) hükmüne kıyasen iadenin karşılıklı ve aynı anda (Zug um Zug) yapılması gereğidir. Buna göre, kural olarak her bir sözleşme tarafı karşı edimi istemek için kendi edimini ifa etmeli veya ifasını teklif etmiş olmalıdır. İctihatlar OR Art. 82 (BK m. 81)'nin kıyasen uygulanmasını hatta bazen borç ilişkisel nitelikteki alakoyma (hapis) hakkına kadar genişletmiştir (Karş. BGE 92 II 267 E, 3)

Bir satım sözleşmesi sebebiyle mülkiyet geçirimi sebebe bağlı bir hukuki işlemdir (BGE 96 II 150 E, 3; 93 II 375 E, b; 84 III 154; 55 II 302) Bir satım sözleşmesinden dönülünce, satılanın mülkiyeti, alıcıya teslim edilmesinden önce kime ait ise -bu çoğu kez satıcıdır- tekrar ona döner. (CAVİN, In Schweizerisches Privatrecht VII/1, s. 99). Davalı bidayet mahkemesinin kararını bu sonuçlar bakımından eleştirmekte ve satıcılara iade edilecek makinenin iadesi anına kadar göstermesi gerekli önemi göstermediği için doğacak zararlardan davacının sorumlu olması hükmüne yer vermeyen karara itiraz etmektedir. Böylece, hasarın intikali sadece dönme anı ile iade anı arasında tarafların kusuru olmaksızın kaza sonucu gerçekleşecek kayıp ve değer eksilmeleri için sözkonusu olacaktır (CAVİN, a.g.e., s. 27; GİGER,)

Eğer satıcı, alıcının malı şartsız olarak iade için sunduğunu ve ZGB Art. 938-940 (MK m. 906-908) hükümlerinin uygulanmayacağını bildiği halde, malı teslim alacak durumda iken bundan kaçınmışsa; alıcıyı hâlâ malı saklamak için gerekli özeni göstermekle borçlu tutmak isabetli görülemez. Eğer alıcı bir hapis hakkını ileri sürdüğü veya aynı anda karşılıklı ifayı istediği için, sadece satış bedelinin kendisine iadesi anında malı iade etmeyi istiyorsa; davalının düşüncesinin aksine, onun vekâletsiz iş görme hükmünden (OR Art. 420=BK m. 411) bir özen borcu doğmaz; sadece, rehinli alacaklının elinde bulunan rehinli mala göstereceği özen borcuna ilişkin hüküm kıyasen uygulanabilir.

(OFTINGER, Art. 895, N. 159;) Buna göre, davacı satım bedelinin iadesine karşılık makinenin iadesini teklif ederken, sadece, kendi kusuru yüzünden meydana gelen değer eksilmelerinden sorumlu olur.

.... (Makinenin değer eksikliğini ve bunun niçin olduğunu ispat yükünün kime ait olacağına; yargılama ve temyiz hangi safhasına kadar bunların ispat edilebileceğine ve temyize ilişkin sair usulî tartışmalar yer almaktadır.)

b) (Gene İsviçre Usul Hukuku, Kanton usul hukuklarının nasıl uygulanacağı vb. tartışmalar yer almaktadır.)

4- Davacının makineyi iade borcunu uygun ifa yerinde teklif etmiş olup olmadığı sorununa da değinilmelidir.

a) Davalı OR Art. 74 (BK m. 73) anlamında aranılacak borçlarda alacaklıyı temerrüde düşürmek ve onun kendi borcunu ifaya zorlayabilmek için sadece sözlü bir ifa teklifi yapmasının yeterli olduğu hususuna itiraz edemez.

Gerçekte OR Art. 208 (BK m. 205) iade borçlarının ifa yerini açıkça düzenlemiştir. Fakat bu maddenin 2. Fıkrasının anlam ve amacından, sözleşmeden dönmenin alıcıya bir masraf yüklemesinin istenmediği anlaşılmaktadır. Satıcı, bu hususta saklı tutulan anlaşmalar bir yana bırakılırsa (aksi kararlaştırılmış olmadıkça), nakil masrafını üstlenmelidir. Bu sonucun ne kadar isabetli olduğu sözleşmeden dönme üzerine iadeye konu malın mülkiyetini alıcının kaybettiği durumlarda daha iyi gözlenir. Temyiz mahkemesi davalının iade borcunu aranılacak bir borç saymakta ve Art. 74 Hükümünü kıyasen uygulamakta hatalı görülemez.

b) Taraflar arasındaki 14 Ekim 1977 tarihli telefon görüşmesinde davacının 300 Fr. karşılığı makineyi Zürich'e getireceğinden söz etmiş olması, yukarıdaki bu sonucu değiştirmez.

..... (Bunun niçin aranılacak borcu götürülecek borca çevirdiğinden sözedilemeyeceği açıklanıyor.)"

BÖYLECE FEDERAL MAHKEME:

Yapılan temyiz itirazını red ile Zürich Yüksek Mahkemesi (II. Hukuk Dairesi)'nin 6 Eylül 1982 tarihli kararını onaylamıştır.

II. İNCELEME

Bilindiği üzere, sözleşmeden dönme hakkı, gerek Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında ve çeşitli sözleşme türlerine ilişkin hükümleri arasında, gerekse bazı özel kanunlarda düzenlenmiş, sözleşme bağına sona erdirmeyi amaçlayan bir yenilik doğuran haktır(1). Uygulamada da sözleşme ihlallerinde yaygın şekilde karşılaşılan bu hakkın kullanılması üzerine doğacak hukuki sonuçlar, öğretide eskiden beri derin tartışmalara konu olmuştur.

(1) OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 362 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. bası, İstanbul 1993, s. 962; EREN, Borçlar Hukuku, C. III, Ankara 1991, s. 301; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. bası, İstanbul 1976, s. 951, 1160; FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul 1977, s. 415; von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, 1. 73, VII, s. 155.

Kanunda düzenlenmiş sözleşmeden dönme hükümlerinin çoğunda, örneğin özel sözleşme türlerine ilişkin dönme hükümlerinde, dönmenin sözleşme ilişkisine etkisi açıkça düzenlenmediğinden; bu hükümlerdeki dönme haklarının sonuçlarını da kapsayacak şekilde, tartışmalar BK m. 106-108 hükümlerindeki "borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme"nin sonuçları açısından yürütülmektedir.

Nitekim, yukarıda çevirisini yaptığım Federal Mahkeme kararında da ihtilafın odak noktasının, BK m. 202-205 (OR Art. 205-208) hükümlerindeki "satılanın ayıplı olması sebebiyle alıcının sözleşmeden dönme hakkı" olmasına rağmen, mahkeme, sözleşmeden dönmenin BK m. 108'de (OR Art. 109'da) belirtilen genel hükmünden hareketle sonuçlara varmıştır.

Öğretide, sözleşmeden dönmenin hukuki etkisi konusunda başlıca üç görüş vardır: Bunlardan benim de katıldığım "klasik görüş" (2) uyarınca, sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi, geçmişe etkili olarak, kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar. Buna karşılık, özellikle Alman Hukuku'nda baskın görüş olan ve Türk ve İsviçre öğretisinde de yayılma eğilimi gösteren "yeni dönme teorisi"ne göre (3), sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi geçmişe veya geleceğe etkili olarak ortadan kalkmayıp; sadece edim borçlarını tersine çevirerek iade borçları haline getirir. Nihayet, "yasal borç ilişkisi teorisi" adlı üçüncü bir görüş (4) ise, sözleşmeden dönmenin borç ilişkisini ileriye etkili şekilde sona erdirdiği, alınanları iade borçlarının ise doğrudan kanundan (BK m. 108 hükmünden) doğduğu şeklindedir.

Daha önceki yayınlarımda (5), bu teorilerin ayrıntılı açıklama, karşılaştırma ve eleştirmelerini yaparak, ilke olarak klasik dönme görüşüne katıldığımı açıklamıştım. Burada aynı tartışma ve tahlilleri tekrar etmeyeceğim. Yalnız şu kadarını hatırlatayım ki, klasik

(2) von TUHR/ESCHER, a.g.e., 1 73, VII, s. 155; von TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Lieferung 2, Zürich 1979, 1 52, VII, s. 493; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl. Zürich 1936, Art. 109, N. 2; von BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1964, s. 380; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980, s. 198; DESCURTINS, Die Erfüllungsverweigerung von Fälligkeit in System der Vertragsverletzungen des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1956, s. 49; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 395; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 951, 1160; FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1977, s. 415; TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 504; ULUSAN, Sebepsiz Zenginleşmede İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 77 Not. 52.

(3) LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, 1 25, I, a-b; ESSER, Schuldrecht, 4. Aufl., Band I, allgemeiner Teil, Karlsruhe 1970, § 30, III; FIKENTSCHER, Schuldrecht, 6. Aufl., München 1976, § 48, II, 2; GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, s. 207; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 78 vd; SEROZAN, İfa İfa engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994, § 17, N. 14; SELİÇİ, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 209 vd.; EREN, Borçlar Hukuku, C. III, Ankara 1991, s. 299; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 962.

(4) BECKER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, II. Abt., Bern 1944, Art. 109, N. 4; SIMONIUS, Über den ersatz des "aus Dahinfallen des Vertrages" Erwachsenen Schadens, ZSR 37, s. 225; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., s. 967-968 (Ancak, yazarlar aynı eserin 962. sayfasında, yeni dönme teorisine katıldıkları izlenimi yaratmaktadır); ULUSAN, Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD, Yıl 5, s. 7, s. 163 (Ancak, ULUSAN sonraki eserinde bu görüşünden dönerek klasik dönme teorisine katılmıştır).

(5) ÖZ, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı eleştirisi, MHAD Yıl 1985, s. 16, s. 131 vd.; ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 34 vd.

görüğe katılan hemen hemen bütün yazarların, sözleşmeden dönmenin geçmişe yürürlü etkisini kabul ederken, "iktisabı sebebe bağı (illî) aynî hakların dahî bu dönmeden etkilenmeyeceğı, sadece sebepsiz zenginleşme oluşturacağı" görüşünü benimsemelerinin bir tutarsızlık olduğunu belirtmişim (6).

İşte, yukarıda çevirisini yaptığım Federal Mahkeme kararının, daha önce belirttiğim üzere, sözleşmeden dönme halinde, iktisabını sebebe bağı saydığı aynî hakların da geçmişe etkili olarak kaybedilmesi doğal sonucunu benimsediğı görülmektedir.

Kararda görüldüğü üzere, bir kazı makinası (taşınır) satımında, ifadan sonra alıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca (BK m. 202/OR Art. 205) sözleşmeden dönmesi sözkonusudur. Yerleşik içtihatları bakımından sözleşmeden dönmeyi geçmişe etkili kabul eden Federal Mahkeme, iade borcunun tahliline, artık sözleşmenin kurulduğu an için dahî ortada bir borç ilişkisi bulunmadığı varsayımıyla başlamıştır. Bu durumda, davalı satıcının davacı alıcıya makineyi teslim ettiği tarihte de ortada bu mülkiyet naklini gerektirecek bir borç ilişkisi bulunmadığının kabulü gerekmektedir. Bu ise, makinenin mülkiyetinin geçerli bir hukuki sebebe dayanmaksızın nakledilmek istendiğı anlamına gelecektir.

Bu aşamadan sonra, durum, taşınır mülkiyetini nakleden tasarruf işleminin sebebe bağı mı yoksa sebepten soyut mu olduğu hususunda benimsenecek görüşe bağıdır. İsviçre Federal Mahkemesi (Yargıtayımız gibi) eskiden beri taşınır mülkiyeti naklini sebebe bağı saymaktadır (7). Bu görüşün doğal sonucu olarak satılan makinenin mülkiyet devri de baştan itibaren geçersiz sayılacaktır. Nitekim, kararda da, satım sözleşmesinden dönülünce makinenin mülkiyetinin satımdan önce kime ait ise tekrar ona döneceğı vurgulanmıştır. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken nokta, kararda (devam eden açıklamalardan anlaşıldığı üzere), sadece sözleşmeden dönme anına kadar alıcıda olan mülkiyetin bu andan sonra kendiliğinden satıcıya geri dönmüş sayılmasının ve bu an itibariyle mülkiyet durumunun değişmesinin değil, sözleşmeden dönme üzerine "başlangıçtan itibaren" mülkiyet durumunun değişmesi ve (mülkiyet intikalinden ziyade) mülkiyetin "hiçbir zaman satıcıdan çıkmamış" sayılmasının kastedildiğidir.

Böylece, davacı alıcı, sözleşmeden dönmesi üzerine, makineye zilyet olduğu andan başlayarak iade anına kadar "haksız zilyet" statüsünde olacaktır. Sonuçta, iade borcuna, normal olarak, sebepsiz zenginleşme hükümleri (BK m. 61-66) değil; haksız zilyedin iade borcuna ilişkin hükümler (MK m. 906-908) uygulanacaktır. Bu iki iade rejimi arasında farklar bulunduğu açıktır (8). Aradaki bu farkların sorun yaratacağı durumlar, sözleşmeden dönme üzerine her iki tarafın da iade etmesi gereken şeyler bulunup, bunlardan birinin mülkiyet iktisabı (karışma, birleşme, bütünleyici parça olma, iktisabın sebepten soyut sayılması gibi nedenlerle) geçerli sayılıp diğerinin mülkiyeti hiç kazanmamış sayıldığı durumlardır. Zira bu durumlarda, bir taraf istihkak talebine muhatap olurken karşı taraf sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebine muhatap olacak; bir tarafın iade yükümü haksız zilyedlik kurallarına tabi olurken diğer tarafın iade yükümü sebepsiz zenginleşme kurallarına tabi olacaktır.

İncelediğimiz kararda, tam da bu duruma giren bir olay vardır. Makineyi alan ve sözleşmeden dönen davacı, Federal Mahkeme taşınır mülkiyeti naklini sebebe bağı say-

(6) ÖZ, MHAD, 1985, a.g.m. s. 162 vd.; ÖZ, İş sahibinin Eser sözleşmesinden Dönmesi, s. 40, 281 vd.

(7) Bak. karar metninde zikredilen Federal Mahkeme kararları.

(8) Bu iki iade rejimi arasındaki burada anlatamayacağımız farklar için bak: OĞUZMAN/ÖZ, a.g.e., s. 704 Not 96; ÖZ, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 186 Not 18.

dığı için, satıcının mülkiyet hakkına dayanan aynî bir taleple (istihkak iddiası) karşılaşacak; buna karşılık önceden ödediği paraları geri istediğinde kendi para alacağı (para ka- rışmaya uğradığından) mutlak suretle sebepsiz zenginleşme talebine dayanacaktır.

Bu hususta ilk önemli sorun, sebepsiz zenginleşme alacaklısı davacının iade talebi BK m. 66 uyarınca zamanaşımına uğrayabilir iken, aynî hak ileri süren davalının maki- nenin iadesi talebinin süre ile sınırlı bulunmamasıdır. Federal mahkemenin, bu tehlikeye karşı şu yola başvurulabileceğini kabul ettiği görülmektedir: BK m. 81 (OR Art. 82) ku- ralına kıyasen, zamanaşımı def'ine dayanarak da olsa ödemedi kaçınan tarafa karşı di- ğer tarafa da iade yükümünden kaçınma hakkı tanımak.

Oysa, menfaatler dengesini sağlamak amacıyla getirilen bu çözüm, işin niteliğine uymamaktadır. Zira, bir aynî talebe karşı BK m. 82 hükmündeki ödemezlik def'ine kıya- sen dahi dayanmak, alacak hakları için getirilmiş bir hükmü aynî haklara uygulamak, kanunumuzun aynî haklara ve bunların mutlak şekilde kurunmasına ilişkin sistemine ters düşer. Özetle, mülkiyet hakkının ödemezlik def'i ile felç edilmesi, hukukumuzda ters düşen bir çözümdür.

Kanımca bu çözüm yerine, istihkak talebine muhatap olan iade borçlusuna MK m. 864 (OR Art. 895) hükmündeki "hapis hakkı" kıyasen tanınarak da aynı koruma (üstelik daha iyi) sağlanabilir. Öğretide, hapis hakkı doğduğu anda zamanaşımına uğramamış ol- mak şartıyla, sonradan zamanaşımına uğrayan alacak için de hapis hakkının kullanılabi- leceği kabul edilmektedir (9). İncelediğimiz olayda, sözleşmeden dönmenin geçmişe et- kisi sonucu, alıcı makineyi aldığı ve bedeli ödediği anda dahi ortada bir borç ilişkisi bu- lunmadan bu nakiller yapılmış sayılacağından, hapis hakkının o andan itibaren şartları gerçekleşmiş sayılacak ve o anda paranın iadesi alacağı zamanaşımına uğramamış bu- lduğundan; sözleşmeden dönme sonrasında sebepsiz zenginleşme zamanaşımı dolmuş olsa bile, iade borçlusu satıcı ödediği para iade edilmedikçe bu makineyi teslimden ha- pis hakkına (MK m. 864/OR Art. 895) kıyasen kaçınabilecektir.

Bu hükümden ancak kıyasen yararlanılmasından sözetmemizin nedeni, işin niteliği- ne uydurularak ve buna göre başvurulabilmesi gerektiğini düşündüğümüzdür. Hapis hakkının MK m. 867 (OR Art. 898) hükümlerinde düzenlenen sonuçlarından "malı para- ya çevirme" imkânı burada alıcıya -kural olarak- tanınmamalıdır. Zira, bu imkânın ta- nınması, tasfiye ilişkisindeki "mümkün oldukça herkesin aldığını aynen iade etmesi" il- kesine ters düştüğü gibi; hapis hakkı hükümlerine sadece aynî iade borçlusunu kendi edimini geri almadan elindekini vermek zorunluluğundan kurtarmak için başvurulmuş- ken bunu aşan (aşırı) bir himaye sağlar.

Aynî iade yükümlüsüne, MK m. 867 hükmündeki hapis hakkı yerine, MK m. 907 hükmündeki iyi niyetli haksız zilyede tanınan "alakoyma hakkı"nın tanınması akla gele- bilirse de; bu isabetsiz bir düşünce olur. Zira, bu sonuncu hükümde, alakoyma hakkı sa- dece iade edilecek mala yapılan zorunlu ve faydalı masraflar için tanınmıştır. Geçersiz veya dönülen sözleşme uyarınca malı elinde bulunduranın bunu alırken karşı tarafa öde- diği paranın bu anlamda bir "mala yapılan masraf" (:malın muhafazası veya değerini ko- ruması için yapılan masraf) sayılması mümkün değildir. Oysa, MK m. 867 (hapis hakkı) hükmünün uygulama alanına, haksız zilyedin elinde bulundurduğu taşınırla tabii bir iliş-

(9) LEEMANN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, VI. Band. Sachenrecht, 2. Aufl., Art. 895, N. 27; OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992, s. 908

ki (irtibat) içindeki bütün alacak hakları girmektedir. Hükümsüz ilişki uyarınca malı almak için ödenen paranın iadesini isteme alacağı ile bu malın hapis hakkından yararlanacak kişinin eline geçmesi arasında, bu kapsama rahatça girecek bir "tabii ilişki" vardır.

Federal Mahkeme kararında, alıcının makineyi iade yükümünü yerine getirmesine (satıcının makineyi teslim almasına) kadar "rehinli alacaklının elinde bulunan rehinli mala göstereceği özen borcuna" tabi tutulması, kanımca da gayet isabetlidir. Ancak, bu sonuç, aynı anda iade yükümünün, karardaki gibi BK m. 81 (OR Art. 82) hükmüne (ödemezlik def'ine) kıyasen kabulü halinde değil, önerdiğim gibi MK m. 867 (OR Art. 898) hükmüne (hapis hakkına) kıyasen kabulü halinde sağlam ve tutarlı bir temele oturur. Zira, ancak bu şıkta, taşınırı (makineyi) iade yükümlüsü bir rehin hakkı (hapis hakkı) sahibi gibi iadede kaçınmakta olup, elinde tuttuğu taşınıra da rehin hakkı sahibi gibi özen göstermekle yükümlü tutulabilir.

Kararda, kanımca isabetsiz olarak ödemezlik def'i hükmüne kıyasen, belirtildiği üzere; sadece, davalı satıcı bedeli ödemekten kaçındığı için davacı alıcının makineyi teslimden kaçındığı veya davacı alıcı makineyi teslimi teklif ettiği halde davalı satıcının teslim almakta geciktiği durumlarda, hapis hakkına ilişkin hüküm kıyasen uygulanabilir. Yani, sadece bu durumlarda ve bu zaman zarfında makinede gerçekleşen değer kayıpları (hasar ve ziya), davacı alıcının kendisinden beklenen muhafaza tedbirlerini kusurlu olarak almadığı veya kasten bu zarara yolaçtığı davalı satıcı tarafından ispat edilebilirse, davalı satıcı (malik) tarafından artık üstlenilmez ve davacı alıcıdan tazminat talebiyle istenebilir.

Sözleşmeden dönen ve böylece iade yükümlüsü haline gelen davacının, hapis hakkına ilişkin hükümlere kıyasen makineyi elinde tuttuğu kabul edileceği zaman dilimi, en fazla, sözleşmeden dönme bildiriminden iadenin gerçekleştiği ana kadardır. Bu ana kadar, esasen hapis hakkı gibi bir alakoyma hakkını kullanma düşüncesi bulunmadığından, makinenin tesliminden sözleşmeden dönme anına kadar geçecek süredeki sorumluluğu, rehin hakkı sahibinin özen yükümü ile açıklanamaz. Bu dönem boyunca, taşınırı iade yükümlüsü alıcının, kural olarak, MK m. 906-908 (OR Art. 938-940) hükümlerindeki "haksız zilyedin iade yükümü" rejimine tabi olması gerekecektir. Federal Mahkeme kararından bu husus iyi anlaşılacakla birlikte, karar metninde aynı sonucun tersinden ifade edildiği (alakoyma (veya hapis) hakkına kıyasen başvurulabildiği durumlarda haksız zilyedin iade yükümünün kapsamına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına ifade edildiği) söylenebilir.

Malı iade borçlusunun bu dönem boyunca haksız zilyetlik kurallarına göre değer kayıpları ve zararlardan sorumlu olması, tasfiye ilişkisinde bir başka sorun çıkaracaktır: Karşı tarafın iade borcu sebepsiz zenginleşmeye dayandığı taktirde (olayda böyledir), tarafların iade borcunun kapsamı farklı rejimlere tabi olacaktır. Zira, MK m. 906-908 hükümlerindeki iade yükümü ile BK m. 63-64 hükümlerindeki iade yükümü arasında -iade yükümlüsünün gerek iyi niyetli gerekse kötü niyetli sayılması hallerinde- farklar vardır.

Bu sakıncanın telafisi için akla iki çözüm tarzı gelir:

Birincisi; bu tür karşılıklı tasfiye ilişkilerinde, bir tarafın iade talebi aynî hakka dayansa bile, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi ile paralellik sağlanması bakımından (işin niteliği gözönüne alınarak), aynî iade talebinin kapsamını belirlemek bakımından da- haksız zilyetlik hükümlerinin değil -sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ki-

(10) Bu çözüm için bak: ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 242 vd.

yasen uygulanmasıdır (10). Önemle belirtelim ki, burada iade talebinin aynî hakka dayandığı (istihkak talebine konu olduğu) ve böylece zamanaşımına da tabi olmadığı hususları değişmemekte, sadece iade yükümünün kapsamını belirlemede (hasar ve zararlardan sorumlulukta) BK m. 63-64 rejimine -kiyasen- başvurulmaktadır. Bu çözüm, taraflar arasında tam bir eşitlik yaratmakla birlikte, itiraf etmek gerekir ki biraz zorlama bir çözümdür.

İkincisi; aynî iade talebine muhatap olanın sorumluluğunun kapsamı haksız zilyetlik hükümlerine (MK m. 906-908) göre belirlenmekle birlikte, karşı tarafın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenen iade yükümüne çok ters sonuçlar doğuran bazı durumlarda, dürüstlük kuralı (MK m. 2) yardımıyla haksız zilyetlik hükümlerinin bazı sonuçlarını değiştirerek uygulamaktır. Örnek olarak: malı iade yükümlüsünün henüz iyi niyetli sayıldığı (sözleşmeden dönüleceğini düşünmediği) sırada malı elden çıkarması üzerine, MK m. 906 uyarınca hiçbir şey vermekle sorumlu tutulmamasına rağmen, bu elden çıkarma sayesinde elde ettiği karşılığı veya kurtulduğu masrafı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre karşı tarafa vermesi gerektiği kabul edilmelidir (11). Keza, malı iade yükümlüsü, sözleşmeden dönmeyi hesaba katması gereken zamandan itibaren (en erken ayıpları tesbit ettiği andan ve en geç dönme bildiriminden itibaren) (12) bu yükümünü bilmesi gerektiğinden, kötü niyetli haksız zilyet sayılacak ise de; işin niteliği gereği, karşı edimin kendisine iadesi teklifi ile birlikte yöneltilecek malı iade talebine uymakta gecikmeye düşmedikçe, MK m. 908'deki "elde etmeyi ihmal ettiği semereleri tazmin ile mükellef" olmamalıdır.

Federal Mahkeme kararına konu olayda, davacının (alıcının) sözleşmeden dönme anında elindeki makinenin bütün teferruat, bütünleyici parça ve yedek parçalarıyla tamam ve sağlam durumda olduğuna dair tesbit kararı alması karşısında, sadece, davalının (satıcının) malı teslimde temerrüdü sırasında gerçekleşen ziyan ve hasar ele alındığından, sözünü ettiğimiz haksız zilyetlik hükümlerinin uygulanması problemi tahlil edilmiştir.

Nihayet, önemle belirtelim ki, Federal Mahkeme kararında varılan sonuçlar, ancak taşınır mülkiyeti nakli sebebe bağlı bir tasarruf işlemi sayılırsa geçerlidir. Kararda da belirtildiği üzere, Federal Mahkeme'nin yerleşik görüşü, taşınır mülkiyeti naklinin sebebe bağlı bir tasarruf işlemi doğrudur (13). Gerek İsviçre gerekse Türk öğretisinde, sebebe bağlılık görüşü pek çok hukukçu tarafından benimsenmiştir (14).

(10) Bu çözüm için bak: ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 242 vd.

(11) ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 243 Not 81, s. 244 Not 84

(12) Sözleşmeden dönme üzerine doğan tasfiye ilişkilerinde, iade yükümlülerinin, gerek sebepsiz zenginleşme gerek haksız zilyetlik, gerekse haksız inşaat hükümlerinin uygulanması bakımından, ne zaman iyi niyetli ne zaman kötü niyetli sayılabilecekleri hakkında açıklamalar için bak. ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 245-246.

(13) Bak. BGE 65 II 62; 77 II 227; 78 II 207; 96 II 145.

(14) HAAB/SIMONIUS, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band 1. Teil, Das Sachenrecht, 7. Lieferung, Zürich 1929, Art. 714, N. 25; OFTINGER, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, Bern 1933, s. 100 vd.; MEIER/HAYOZ, Bemer Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachenrecht, 1. Abt., Das Eigentum, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1966, N. 42-44; TUOR/SCHNEIDER/JAGGI, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975, s. 385; EGER, Kausale Tradition und konditionen im Neuen Schweizerischen Recht, ZSR 33, s. 334 vd.; SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri (DAVRAN Çevirisi), İstanbul 1948, s. 283; TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 734; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 5. bası, İstanbul 1988, s. 95-96; CANSEL, Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 33 vd.; AYBAY/HATEMİ, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1982, s. 107

Buna karşılık, taşınır mülkiyeti naklini sebepten soyut (mücerret) sayan görüşün de git-tikçe daha çok taraftar topladığı görülmektedir (15). Ben de, kanunumuzun sistemine so-yutluk görüşünün daha iyi uyduğu kanısında olduğumu, sebebe bağlılık görüşü benimse-nirse özellikle BK m. 62 hükmündeki sebepsiz zenginleşme talebinin (condictio indebi-ti) ve BK m. 64 hükmündeki zenginleşmenin iadesi sırasında eklenen fazlalığı söküp al-ma hakkının (ius tollendi) uygulama alanlarının kalmayacağını, daha önceki yayınlarımda ayrıntılı şekilde açıklamıştım (16). Bu açıklamalara yollama yapmakla yetiniyorum.

Şu halde, katıldığım soyutluk görüşü uyarınca, sözleşmeden dönmenin geçmişe et-kili olmasına rağmen, davalı satıcının vaktiyle teslim ettiği makine, davacı alıcının mül-kiyetine girmemiş sayılmayacak, sadece baştan itibaren davacının malvarlığında bir se-bepsiz zenginleşme olarak yer almış sayılacaktır. Bu durumda, makineyi iade yükümü de BK m. 61-66 (Or Art. 62-67) sebepsiz zenginleşme hükümlerine tam olarak tabi ola-cak, karşı tarafın (davalının) aldığı parayı geri iade yükümü ile aynı iade rejimi sözkonu-su olacaktır.

Benimsediğim görüş uyarınca, sadece taşınmaz mal üzerinde aynı hak kuran veya geçiren işlemlerin temelindeki sözleşmelerden dönüldüğünde, yukarıda incelediğimiz sorunlar ve sonuçlar doğacaktır. Bu bakımdan, Federal Mahkeme kararının yaptığı tipte bir sonuç irdelenmesi, bizce, örneğin bir taşınmaz satımı sözleşmesinde taşınmazın mül-kiyeti tapuda tescille geçirildikten sonra -bedel borcunda temerrüt veya ayıplı ifa sebe-biyle- sözleşmeden dönülürse sözkonusu olabilecektir. Yalnız burada, taşınmaza haksız zilyet olan tarafa, taşınırlara özgü bir hüküm olan hapis hakkı (MK m. 864-867) kıyasen dahi tanınamayacak, ancak doğrudan dürüstlük kuralına (MK m. 2) dayanan bir iadede kaçınma hakkı tanınabilecektir.

Son olarak belirtelim ki, bütün bu sonuçlar, mülkiyet nakleden tasarruf işlemi de geçersiz kılan butlan veya sakatlık hallerindeki karşılıklı tasfiye ilişkisinde de -soyut-luk/sebebe bağlılık tartışmasından bağımsız olarak- karşımıza çıkabilecektir.

-
- (15) LEEMANN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Abt., Art. 714, N. 23; von TUHR, Die Eigentumsübertragung nach Schweizerischem Recht, ZSR NF 40-74 (Çevirileri: SUNGURBEY, Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, s. 373 vd.; SAYMEN/OĞUZMAN Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları II, s. 294 vd.; AYITER, AHFD 1948, s. 154 vd.); BUSSY, İsviçre Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme (GÜRSOY Çevirisi), Ankara 1948, s. 30; ARSLANLI, Ticari Bey, 4. bası, İstan-bul 1955, s. 74 vd.; SUNGURBEY, Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, İstan-bul 1972, s. 373 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, s. 604; SEROZAN, MHAD Yıl 3, s. 4 (1969), s. 187; ULUŞAN, İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, s. 21 vd.
- (16) Bak. ÖZ, İsviçre Federal Mahkemesinin 27 Şubat 1989 Tarihli Kararının Düşündürdükleri, MHAD 1990, No. 18, s. 105 vd.; ÖZ, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 188 vd., 196 vd.