

İstanbul Üniversitesi  
Mukayeseli Hukuk  
Araştırmaları Dergisi, No. 18  
İstanbul, 1990

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN  
27 ŞUBAT 1989 TARİHLİ KARARININ  
DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ**

**M.Turgut Öz**

**TAŞINIR MÜLKİYETİ DEVRİNİN  
BORÇLANDIRICI İŞLEMLE İLİŞKİSİ  
BORÇ OLMAYAN ŞEYİN ÖDENMESİ  
GERÇEKLEŞMEYEN SEBEBE DAYANAN İKTİSAP  
ŞEKLE AYKIRILILIĞIN DÜRÜSTLÜK KURALI  
YARDIMIYLA AŞILMASI**

**GİRİŞ**

Başlangıçta normal bir karar incelemesi olarak düşündüğüm bu çalışma, bu kapsamı belirgin şekilde aştı. Gerçekte, sözkonusu kararın akla getirdiği bazı hukukî kavram ve kurumların, özellikle de İsviçre-Türk Hukukunda taşınır mülkiyeti devrinin sebebe bağlı mı sebepten soyut mu olduğu sorununun ayrıntılı bir incelemesine dönüştü. Bu soruna Türk Hukukunda da çeşitli eserlerde değinilmiş olmakla birlikte; salt bunu inceleyen bir çalışma bulunmadığından, genelde farklı görüşlerin belirtilmesi ve gerekçelerine işaret edilmesi ile yetinilmiştir. Özellikle, sözkonusu tartışmanın maddî içeriğini oluşturan ve bu tartışmayı genel kuramsal bir etkinlik olmaktan çıkarıp somut yaşam olaylarında hangi farklı hukukî sonuçlara varılacağını ortaya koyan; taşınır mülkiyetini geçiren tasarruf işleminin kendisinde ne gibi sakatlıklar ortaya çıkabileceği ve her bir sakatlık (veya geçersizlik) durumunda bu iki görüşün nasıl bir fark yaratacağı konusu, sistematik şekilde hiç incelenmemiştir. Bu boşluk karşısında, doğrudan kararlarla ilgili olmasa da sözkö-

(\*) Yard. Doç. Dr.

nusu bahislere sırayla değinmekten vazgeçemedim. Böyle bir tutum, kararın incelenmesinde araya giren bu ve benzer açıklamalar nedeniyle, anlatımda göreceli bir kopukluk yaratacaksa da, bu bahisleri karar incelemesinden çıkartıp ayrı bir makale olarak hazırlamak da istemedim. Sonuç olarak çalışma, sadece "bir karar incelemesi" değil, ayrıca "bir kararın düşündürdükleri" oldu.

## I. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 27 ŞUBAT 1989

### TARİHLİ KARARI (JdT 89 I 172)

**OLAY:** Bay (A), St. Moritz'de inşa edilecek bir binanın bağımsız bölümünde mülkiyet hakkı iktisap etme amacıyla, "Astoria" ünvanlı adi ortaklığı oluşturan (B) ve (C) ile 10 Ağustos 1984 tarihinde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmıştır.

Sözleşme adi yazılı şekilde yapılmıştır.

Sözleşme şartlarına göre, (A), 703 750 Frank tutarındaki bedeli taksitler halinde ödeyecektir. Birinci taksidi zamanında ödemiş, ikinci taksidi ise vadesinde ödememiştir. Düzensiz şekilde bir miktar para daha ödemekle birlikte, daha sonra ödemeyi tamamen durdurduğu için, satmayı vaadeden (B) ve (C), 24 Ocak 1985 tarihli mektuplarıyla (A)'ya sözleşmeden döndüklerini bildirirler.

Bunun üzerine mahkemeye başvuran (A), sözleşmenin şekle ayrılıktan geçersiz olduğunu ileri sürerek, (B) ve (C)'den verdiği paraların tamamen iadesini ister.

Kanton Mahkemesi, sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebinin yerine getirilmesine karar verir. Davalılardan birinin yaptığı başvuru üzerine olayı inceleyen Federal Mahkeme, aşağıdaki gerekçelerle davalı talebini reddederek kararı onar:

#### "GEREKÇELER:

1) Davalı, taksitlerin geri verilmesi talebini reddederken, satış vaadi sözleşmesinin şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunu (Or 216/2; BK 213) davacının ödemeler sırasında bildiğine; bunun ise Or 63 (BK 62) hükmü karşısında iade istenemeyecek bir durum olduğuna dayanıyor.

2) Gerçekten de, bu kural (condictio indetibii), "Borçlu olmadığı şeyi rızasıyla ödeyen kişi, hataen ödemedede bulunduğunu ispat etmedikçe, ödediğini geri isteyemez" şeklindedir. Ne var ki sözkonusu hükmün uygulanması, sinnalagmatik sözleşmenin taraflarından biri sözleşme ilişkisini etkileyen hukuki sakatlığı bilerek rızasıyla edimi yerine getirdiği fakat karşı tarafın sözleşmenin geçersizliğine dayanarak karşı edimi yerine getirmeyi reddettiği veya yerine getirdikten sonra geri aldığı durumlarda, çarpık sonuçlar doğurur.

Böyle bir durumda, eğer borcunu ilk olarak yerine getiren tarafın iade hakkı tanınmayacak olursa, diğer taraf aldığı kendi edimini yerine getirmeksizin malvarlığına katmış olur. Öte yandan, böyle bir ihtilaf çıktığında, iade talebinin davacının ifa sırasında

hata etmiş olması şartına bağlanmaması gerektiği, öğretide de ifade edilmektedir (GAUCH/SCHLUEP, OR A.T. 4 ed. 1987, p.291 n.1190).

Böyle durumlarda, edimin geçerli bir sebep olmaksızın ifa edilmesi yeterli sayılacaktır. Bu çözüm OR 62/II (BK 61)'ye de uygundur. Sözkonusu hükme göre, bir kimseye yapılan kazandırma bu kazandırmanın sebebi gerçekleşmemişse, sebepsiz zenginleşme oluşturur. Edimi yerine getirenin hiç hatası bulunmasa bile aynı sonuç doğar (JdT 1926 I 626).

Burada, hukuki işlem niteliği taşımayan bir olgu, iktisabın sebebi olarak kabul edilmektedir (RO 105 II 96, 3a, JdT 1979 I 614). Buna göre, karşı edimin talep edilemeyeceğini bilerek borcunu yerine getiren kişi de diğer tarafın edimini rızasıyla yerine getireceğini bekleyebilir. Kazandırmanın sebebi bu beklentidir. Eğer karşı edim yerine getirilmezse, daha önce yerine getirilen edim bir sebepsiz zenginleşme oluşturur ve iadesi istenebilir (JdT 1979 I 614, von TUHR/PETER 237, KELLER/SCHAUFELBERGER, Ungerechtfertigte Bereicherung 64).

3) Sonuç olarak, davacı taksitleri kendi rızasıyla fakat karşı edimin yerine getirileceği inancıyla ödemiştir. Davalılar ise, kendi edimlerini yerine getirmeyi reddederek bu sözleşmesel ilişkiye son vermiş oldular. Taksitlerin ödenmesi sebebi de, böylece ortadan kalktı. Bu da sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebini haklı göstermeye yeterlidir."

## II. KARARIN OR Art. 63/BK m.62 HÜKMÜNÜ AŞMA YÖNTEMİNİN GEREKÇELERİNDE AÇIKLAMASIZ BIRAKTIĞI SORUN

Federal Mahkeme kararına konu olan olay, görüldüğü üzere, şekle aykırı bir sözleşmenin ifası olarak ödenen paraların sonradan iadesi talebidir. Şekle aykırı taşınmaz satımı sözleşmesi uyarınca kendisine düşen borcun bir kısmını ifa etmeyen alıcı (A)'nın bu tutumu üzerine, satıcı (B) ve (c) sözleşmeden döndüklerini bildirmişler, bunun üzerine, satılan taşınmazı elde edemeyeceğini anlayan (A), önceden ödediği paraların iadesini istemiştir. (A)'nın şekle aykırılığı öne sürmesi üzerine, aldıkları paraları ellerinde tutmak isteyen (B) ve (C), bu kez OR Art. 63/BK m.62 hükmüne dayanarak iadede kaçınmışlardır.

İlerde uygulanma biçimi ve kapsamından daha ayrıntılı sözedeceğimiz bu hükme göre (1), borçlu olmadığı şeyi hataen (2) ödeyen (3) kişi, iade talebinde bulunabilecektir.

(1) Bak. s. 114 vd.

(2) Madde metninde sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebinin koşulu olarak gösterilen "hata'nın, "tasarruf işlemi sırasında olmak" ve "ifayı bir borca dayanıyor sanmak" ile sınırlı olduğuna dikkat edilmelidir. Bu bakımdan, ilerde göreceğimiz aynı sözleşmeyi sakatlamayan saik hataları bu madde kapsamına girer. Zira, hata esasen tasarruf işlemi sakatlamışsa, sebepsiz zenginleşmeye ve *condictio indebiti*'ye yer yoktur. Hile ve ikrah için de aynı şey sözkonusudur (bak. ilerde s.127). Ayrıntılı bilgi için bak von TUHR/PETER Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I.Band, Lieferung 2, Zürich 1979, § 52, IV, 3; WENNER M.A., Die Voraussetzungen des Ungerechtfertigter Bereicherung unter

Bir diğer deyişle (madde metninin deyişle), borç olmayan şeyi bilerek ödeyen kişi, bunu geri isteyemeyecek, alanın iade zorunluluğu bulunmayacaktır.

Sözkonusu hüküm hakkında belirtilmesi gereken ilk nokta, bunun bir sebepsiz zenginleşme hükmü olduğudur. Gerçekten de gerek hükmün yasadaki yeri (Birinci Bab'ın üçüncü fasılı içinde yer alması), gerekse ifadesi bunu açıkça ortaya koymaktadır. Şu halde hükmün uygulanmasının ilk koşulu, geçersiz bir borcun ifası olarak yapılan ödemenin geçerli olması, karşı tarafın geçirilen şeyi iktisap etmesidir. Eğer tasarruf işlemi geçersiz olup mülkiyet de iktisap edilmemişse, bu durumda ileri sürülecek aynî iade talebine (vindicatio) bu hüküm uygulanmayacaktır (4). Bu şıkta aynî iade talebi sahibi, sözkonusu şeyi borç olmadığını bilerek vermiş olsa dahi, geri alabilir. Şu halde BK m.62/OR Art. 63 Hükmü, özel bir sebepsiz zenginleşme türünde ileri sürülecek iade talebini (Condictio indebiti) sınırlayan bir kuraldan ibarettir.

Gene buradan hareketle, değinilmesi gereken ikinci nokta, bu kararın her sebepsiz zenginleşme olgusuna değil, ancak sınırlı bir sebepsiz zenginleşme türüne ilişkin olduğudur. Sebepsiz zenginleşmenin genel tipleri (sine causa-ob causam finitam- ob causam futuram) (5) BK m.61/Or Art. 62 hükmünde belirtildiği halde bu hükmün ayrı bir maddede düzenlenmesi ve özellikle buradaki "borç olmayan şeyin ödenmesi" ifadesi, sözkonusu sınırlı uygulama alanına işaret ediyor. Bu uygulama alanının "hukuki işlem dışı iktisapları" (6) da dışarıda bırakıp bırakmadığı, olayın çözümlenmesinde birinci derecede önemli-

besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität, Zürich 1977, s. 77 vd. Özellikle s. 83 vd. Böyle bir borcu olduğunu sanmak dışında kalan hatalar, OR/BK 24/I-4 anlamında ne denli esaslı bir temel hatası sayılabilecek olurlarsa olsunlar, OR 63/BK 62 iadeye izin vermez (Ancak von TUHR, yaptığı ödeme karşılığı aldığı makbuzu kaybettiğini sanan kişinin, borcu olmadığını ispat edemeyeceği düşüncesiyle, alacaklısına ikinci bir ödeme yaptıktan sonra makbuzu bulması üzerine, ileri süreceği iade talebinde de hataen ödeme yapmış sayılarak iadeye hükmedilebileceği görüşündedir: von TUHR A., a.g.e., § 52, IV, 3, Not 70). Öte yandan, hata bu sınır içinde kalıyorsa, OR/BK 24/II-4 hükmüne girebilecek bir temel hatası olmasa dahi iadeyi isteme yetecektir. OR 63/BK 62 hükmündeki "hata", ifa ile nedensellikbağı içindeki sıradan saik hatalarını da kapsar: Bak. WENNER M.A., a.g.e., s.85 (Yazar, buradaki hata hükmü ile irade sakatlıklarına ilişkin hükümler arasındaki hata kurallarının tamamen ayrı iki norm situation'u olduğunu söylüyor). Ancak, Federal Mahkeme bazı kararlarında, iade talebini kabul etmek için hatanın "mazur görülebilir" (Entschuldbarkeit) olmasını aramıştır (:BGE 31 II 291; BGE 31 II 329; BGE 47 II 462). von Tuhr, yasada iade talebini sınırlayan böyle bir koşul olmadığını belirterek bu görüşü eleştiriyor (von TUHR A., a.g.e., § 52, IV, 3, s.483-484). Uzun zamandır Federal Mahkemenin farklı bir tutum içine girdiğini görüyoruz (Mazur görülebilirlik koşulunu aramayan bir karar için bak: BGE 64 II 121). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. WENNER M.A., a.g.e, s.88,89 (Yazarlar, hatanın mazur görülebilirliğini aramanın, Ortak Hukuk ve Alman Hukukundan kaynaklandığını belirtiyorlar).

(3) Terim olarak "ödeme" (tediye) para borçlarının ifasını ifade etmekteyse de, burada ifası sebepsiz zenginleşme oluşturabilecek her tür edimin kastedildiğinden kimsenin kuşkusu yoktur.

(4) Öğretide ve uygulamada buna istisna tanıyan hiç bir görüş yoktur Oysa, gene sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebine bir başka özel sınır getiren BK m.65 (OR Art. 66) hükmünü aynî taleplere de uygulamayı önerenler vardır. Buna ilişkin görüşler ve eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bak. ÖZ M.T., BK m.65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m.20 Kuralı İle İlişkisi. Rüşvet-Başlık Parası, İBD, C.59 (1985), s.1-2-3 (Ocak, Şubat, Mart), s.105 vd. özellikle s.109 vd.

(5) Bak ilerde s.133.

(6) Bak dip not 8 ve ona ilişkin metin

dir. Benim de katıldığım görüş uyarınca (7) bu kural, sadece, geçersiz bir borcun ifası olarak yapılan tasarruf işlemi ile başkasına kazandırılan şeyler için sözkonusu olacak iade taleplerine ilişkindir. Bu aynı zamanda mantıklı bir sonuçtur da. Özellikle iktisabın borcun ifası için yapılan bir tasarruf işlemi ile değil de bir başka maddi olgu ile (karışma, işleme, birleşme gibi) gerçekleştiği durumlarda (8), fakirleşenin iktisap sebebinde yanlış olup olmadığını, gerçek hukuki durumu bilip bilmediğini araştırmak, hele bunlara farklı sonuçlar bağlamak anlamsızdır. Şu halde, böyle zenginleşmelerde bu tartışmaya girmeksizin, sadece sebepsiz zenginleşmenin genel koşullarının (sebepsiz malvarlığı kayması) gerçekleşmesi, iade talebinin kabul edilmesine yeterli olmalıdır (9).

Federal Mahkeme kararında bu temel sorunun incelenmemiş, hatta buna değinilmemiş olduğunu söyleyebiliriz. Gerekçelerde, iktisabın tasarruf işlemiyle (paranın zilyetliğinin (A) tarafından (B) ve (C)'ye geçirilmesiyle) gerçekleşip gerçekleşmediğine veya buna ilişkin tartışmanın *condictio indebiti*'nin varlığını etkileyip etkilemeyeceğine ait bir açıklama yok. Hükmün getirdiği istenmeyen sonucun (iadeden kurtulma) bertaraf edilmesi yolundaki bütün çabanın bambaşka bir yolda sarfedildiği görülüyor. Bu yol, iktisaba neden olan kazandırmanın geçersiz bir borcun ifası olarak (*sine causa*) değil de, gerçekleşeceği düşünülen fakat gerçekleşmeyen bir karşı edimi elde etme amacıyla yapıldığı (*ob causam futuram=causa data causa non secuta*) şeklindeki yorumdur. Böylece, iktisap türü *condictio indebiti*'nin uygulanmadığı bir başka sebepsiz zenginleşme çeşidi (gerçekleşmeyen sebebe dayanan iktisap) olarak nitelendirilmekte ve engel aşılmaktadır.

Bu yorumun açıklanmasına ileride değineceğim (10). Ancak burada belirtilmesi gereken, sözkonusu yorumla sorunu çözme çabasının biraz önce belirttiğim ve kararda değinilmemiş olan soruna göre ikincil nitelikte olduğudur. Çünkü, BK m.62/OR Art. 63 hukuki işlem (ifa) dışı iktisaplara uygulanmayacaksa, öte yandan (A)'nın (B) ve (C)'ye verdiği para zilyetlik devri anında değil de sonradan (B) ve (C)'nin malvarlığına karışması (teşhis edilemeyecek hâle gelmesi) ile iktisap edilmişse, buradaki iade talebine de uygulanmayacaktır. Böylece, paranın zilyetliğinin devri sırasında (A)'nın borcunu ifa olarak mı yoksa bir karşı kazandırmayı elde etmek düşüncesiyle mi verdiği sorunu bütün önemini ve değerini kaybeder: Esasen uygulanmayacak bir hükmü aşma çabasına yer yoktur. Şu hâlde, kararın gerekçelerinde yer alan, olaydaki zenginleşmenin nasıl olup da

(7) Bu görüş ve buna ilişkin tartışmalara ileride ayrıntılı olarak yer verilecektir. Bak s.110 vd.

(8) Belirtelim ki, böyle durumlarda aslında iktisap gerçek anlamda sebepsiz olmayıp, bu durumların her birinde iktisabın gerçekleşeceğini belirten yasa hükümleri (örneğin: MK m.619, m.644, m.699, m.700) iktisabın sebebidir. Bu iktisaplarda hukukî sebep, bir borç ilişkisi değil, bir yasa hükmüdür. Bu yüzden Alman Hukuku'nda, BGB § 812 hükmünde, bunların sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbi olacağından ayrıca sözetmek gereği duyulmuştur. Bunlara "müdahale yoluyla gerçekleşen iktisaplar" (*Eingriffskondition*) denmektedir. İsviçre-Türk Hukukunda böyle bir açık hüküm bulunmaması, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin amacı ve işin niteliği gereği, aynı sonuca varmaya engel oluşturmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bak: ULUSAN İ., İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s.8 vd. Meğer ki sözkonusu yasa hükmünden, bu zenginleşme malvarlığında gerçekleşen kişinin iktisabının kalıcı olduğu ayrıca anlaşılıyor olsun (örneğin: MK m.648-649, 701).

(9) Katıldığım bu görüşün açıklaması, karşı eleştiriler ve cevaplar ileride ele alınacaktır. Bak s.110 vd. Ancak incelediğimiz karar metninde bu görüşe eleştiri dahi getirilmeden sonuca varılması önemlidir: Bak s.131 vd.

(10) s.132 vd.

ob causam futuram türüne sokulabileceği ve bunun sonucu olarak BK m.62/OR Art. 63 hükmünün nasıl uygulama dışı bırakılacağına yönelik tahliller, sadece, paranın mülkiyetinin (A)'dan (B) ve (C)'ye zilyetliğin devri anında nakledildiği kabul edilirse bir anlam taşır (Ya da bu hükmün hukuki işlem dışı iktisaplara da nasıl uygulanacağı açıklanamaz). Bu ise bizi öğretide ve uygulamada çok tartışmalı bir konu olan taşınır üzerindeki aynî tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı mı yoksa sebepten soyut mu olduğu soruna götürür. Zira para, her ne kadar sıradan bir mal değil bir değişim aracı olup maddi varlığıyla değil ekonomik değer ölçüsü birimi olmasıyla anlam taşıyor ve bu niteliği nedeniyle diğer eşyalardan farklı olarak bazı özel hükümlere konu oluyor ise de (11), mülkiyetinin başkalarına geçirilmesi bakımından herhangi bir taşınırdan farkı yoktur (12).

### III. TAŞINIR MÜLKİYETİ DEVRİNİN SEBEBE BAĞLI MI SEBEPTEN SOYUT MU OLDUĞU SORUNU VE BU KONUDAKİ GÖRÜŞLERİN ÇEŞİTLİ DURUMLARDA YARATACAĞI FARKLAR

#### 1. Sorunun Niteliği:

Bu sorunun kaynağını oluşturan husus, kökleri Roma Hukuku'nun tarihsel dönemlerine uzanan ve bugünkü çağdaş hukukların çoğunda temel kavramlar niteliğinde olan borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayırımıdır. Bu ayırımı benimseyen hukuklarda, bir hakkı başkasına geçirme veya başkası lehine bir hak tesis etme taahhüdü, doğrudan doğruya bu sonucu sağlamayıp, sadece, taahhüt edene içeriği bu sonucu sağlama yükümlülüğü olan bir borç yükler ve karşı tarafa bu sonucu talep olanağı veren bir hak sağlar. Taahhüt edene etkisi malvarlığının pasifini arttırmaktan ibaret olan bu işlem "borçlandırıcı işlem"dir. Bu borcun ifasını oluşturan ve sözverilen hak naklini veya tesisini gerçekleştiren işlem ise "tasarruf işlemi"dir. Bu işlemin yapılmasıyla malvarlığının aktifine doğrudan doğruya etkilenir. Aktifte yer alan bir hak başkasına geçer (mülkiyet nakli, alacağın temliki...) veya kayıtlanır (rehin verme, intifa hakkı kurma..) ya da sona erer (ibra). Bu tür işlemler karşı tarafın malvarlığını arttırdığı ölçüde, "kazandırıcı işlem" oluştururlar.

Her borcun ifası bir tasarruf işlemi gerektirmediği gibi her tasarruf işlemi de mutlaka bir borcun ifasını oluşturmaz. Ancak yaşamda çoğu kez bir tasarruf işlemiyle ifa edilmesi gereken borçlarla karşılaşılır (Örneğin satım sözleşmeleri böyledir). Bu gibi du-

(11) Örneğin para borçlarına ilişkin bütün özel hükümler (BK m.72, m.83 vd. m.103 vd.) ve paranın tasarruf yetkisine sahip olmayandan iktisabında iyi niyetin mutlak şekilde korunması (MK m.903) gibi.

(12) İstisna: MK m.903. Paranın bir tür taşınır olduğu hakkında: von TUHR/PETER, a.g.e., s.82, Not 25 c; EREN F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 1985, s.130

rumlarda, tasarruf işleminin borçlandırıcı işlemle ilişkisi özel bir sorun olarak ortaya çıkar: Acaba borçlandırıcı işlem (böylelikle bundan doğan tasarruf işlemini yapma borcu) herhangi bir sebeple geçersiz ise, bunun ifası olarak yapılan tasarruf işlemi de geçersiz sayılacak mıdır? Bu gibi durumlarda, geçersiz borcun ifasını oluşturan tasarruf işlemi de buna bağlı olarak geçersiz sayan çözüm "sebebe bağlılık" görüşüdür. Tasarruf işleminin kendisinde bir geçersizlik sebebi olmadıkça kaynaklandığı borç ilişkisinin geçersizliğinden etkilenmeyeceği doğrutusundaki çözüm ise "soyutluk" görüşü olarak isimlendirilir.

Bazı tasarruf işlemleri bakımından bu sorun yasa tarafından çözülmüştür. Örneğin İsviçre-Türk Hukuku'nda tescilin sebebe bağlı olduğunu gösteren hükümler karşısında (ZGB Art. 974/MK m.932) taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemlerinin (13) sebebe bağlılığı kesindir. Gene, alacağın temliki (OR Art. 164-174, BK m.162-172) işleminin soyut bir tasarruf işlemi olduğu kabul edilmektedir (14).

Buna karşılık taşınır üzerindeki mülkiyet nakillerini düzenleyen ZGB Art. 714/MK m.687 hükmü, bu sorunu karanlıkta bırakan bir düzenleme getirmiştir. Bu hükme göre, taşınır mülkiyetinin geçmesi için teslimin (ZGB 714: "zilyetliğin naklinin") gerçekleşmesi ve bu sırada devralanın malik olmak niyetiyle hareket etmesi gereklidir. Madde metninin başarısız ifadesi yorumla düzeltilmekte; hüküm, teslimin yanı sıra diğer her tür zilyetlik naklinin (15) mülkiyetin devrine yeteceği (16); sadece iktisapta bulunacak kişinin değil devreden de mülkiyeti nakil iradesiyle hareket etmesi gerektiği (17), şeklinde anlaşılmaktadır. Bu düzeltilmiş anlam da soruna ışık tutacak nitelikte değildir. Söz konusu ifadeden, yasanın mülkiyet nakli için zilyetliğin devri sırasında tarafların devrin aynî etkisinde anlaşması koşulunu aradığı çıkmakta, fakat bu anlaşmanın ortaya koyduğu "aynî sözleşme" şeklindeki tasarruf işleminin hukuki sebebe bağlı olup olmadığı

(13) İster mülkiyet nakli, ister ipotek veya herhangi bir irtifak hakkı kurulması şeklinde olsun

(14) von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band. II, 3. Aufl., Zürich 1974, § 93, II; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil, 2. Aufl., Zürich 1936, Art. 164-174, no.3; BECKER H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abt. Bern 1944, Art. 164, no.1. Alacağın temlikini sebepten soyut bir tasarruf işlemi kabul edenler yazmakla bitirilemeyeceği için sadece temel üç esere yollama yapmakla yetindim. Buna karşılık, yeni bir azınlık görüşü alacağın temlikinin sebebe bağlı olduğunu savunmakta olup, ülkemizde bu sebebe bağlılık görüşünü benimseyen -saptayabildiğim kadarıyla- sadece Tekinay'dır: Bak. TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 1988, s.318 vd., s.319 dip not 2'de belirtilen yazarlar.

(15) Havale, kısa elden teslim, hükmen teslim, temsilci aracılığıyla teslim, araçların teslimi.

(16) İsviçre Medeni Kanunu'nda zaten zilyetliğin geçirilmesinden (...Überganges des Besitzes) sözedildiği için, düzeltme yalnızca yanlış çevirilen MK m.687 için gereklidir. Gene belirtelim ki, bu genel bakış olup, borç ilişkisinin ifasını oluşturmak bakımından farklı bir değerlendirme yapılabilir: Örneğin, satım sözleşmesinde, ayrıca anlaşma yoksa, alıcı hükmen teslim veya havaleye razı olmak zorunda değildir. Ancak bunun mülkiyet nakliyle değil, böyle bir nakle razı olma zorunluluğu ile ilgisi vardır. Böyle bir ifayı reddeden alıcı, alacaklı temerrüdüne düşmeyecek, satıcıyı borçlu temerrüdüne düşürebilecektir.

(17) von TUHR A., Eigentumsübertragung nach Schweizerischem Recht, ZSR, NF 40, s.68

ğı belirsiz kalmaktadır (18).

Bu belirsizlik hukuk doğmatığının en uzun tartışmalarından birinin nedenidir.

## 2. İleri sürülen görüşler ve benimsediğim sonuç

### a-Kısa kronoloji

Soruna ilişkin tartışmaya ilk kez Roma Hukuku'nun eski metinlerinde rastlıyoruz: Julianus, Digesta'sında (19), bağışlama amacıyla verilen paranın ödünç (20) olarak kabul edilmesi hâlinde gene de paranın mülkiyetinin geçeceğini, zira mülkiyet nakli sırasında sadece bu nakil anlaşmasının önem taşıdığını belirtirken; Ulpianus, Digesta'sında (21), bu sonucu eleştirmiş ve mülkiyetin geçmemesi gerektiğini söylemiştir (22).

Tartışma Ortak Hukuk döneminde de süregelmiş, epey zaman sebebe bağlılığa ağırlık verilmişken, 19. yüzyılda soyutluk görüşü baskın çıkmış ve bundan sonra öğreti ve uygulamaya egemen olmuştur (23).

Eski İsviçre Borçlar Kanunu (a OR Art. 199) ve Bugünkü İsviçre-Türk Medenî Kanunu'nun (ZGB Art. 714/MK m.687) tartışmaya izin veren yapısı karşısında, bir süre Federal Mahkeme kararlarında soyutluk görüşü egemen olmuş (24), ancak, ünlü 1929 Tarihli Karar'dan (25) itibaren sürekli ve ısrarlı şekilde sebebe bağlılık görüşü benimsenmiştir (26).

Ancak öğretilerde tartışma son bulmamıştır (27). Uzunca bir süre tekrar azınlık görüşü olmasına karşın, günümüzde özellikle Türk Öğretisinde soyutluk görüşü yanlılarının oldukça arttığını görüyoruz.

(18) Belirtelim ki, taşınır mülkiyeti nakli dışında, taşınır üzerinde MK m.853 (ZGB Art. 884) uyarınca teslim şartlı rehin kurulması ve MK. m.718 (ZGB Art. 746) uyarınca intifa hakkı kurulması şeklindeki tasarruf işlemlerinde de aynı sorunla karşılaşılacaktır. Bu bakımdan, burada yapılacak açıklama ve varılacak sonuçlar, mülkiyet devri esas alınmakla birlikte, bu tür tasarruf işlemleri için de geçerli olacaktır.

(19) D. 41. 1. 36

(20) Bugünkü Hukukumuzda da para ve mislî mal ödünç (karz), çeşit borcu oluşturduğu ölçüde, diğer herhangi bir taşınır ödünçünden (ariyet) farklı olarak, teslimle mülkiyetin geçeceği fakat ödünç alanın sonradan aynı miktarı iade edeceği anlaşmasını içerir.

(21) D.12. 1. 18

(22) Metinlerin Türkçesi için bak: SCHWARZ B., Borçlar Hukuku Dersleri, C.I (Çeviren: DAVRAN B.), İstanbul 1948, s.280 vd.; SUNGURBEY İ., Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972, s.366, 367.

(23) Almanya'da BGB Sisteminin gerek taşınmazlarda (BGB §§ 873,875, 925) gerekse taşınırlarda (BGB § 929) mülkiyet naklini sebepten soyut olarak düzenlemesi, kodifikasyonun bu akımın en güçlü zamanına rastlamasıyla ilgilidir. Bak. BGE 55 II 306 vd. gerekçelerindeki açıklamalar. Ayrıca: von TUHR A., a.g.m. s.41; SCHWARZ A.B., a.g.e., s.166

(24) Örneğin bak: BGE 54 II 304

(25) BGE 55 II 302 vd.

(26) BGE 65 II 62 (JdT 1939 I 424); BGE 77 II 227 (JdT 1952 I 541); BGE 78 II 207 (JdT 1953 I 139); BGE 96 II 145 (JdT 1971 II 517).

(27) Sebebe bağlılık görüşü yanlıları: Dip not 28'de belirtilenler; Soyutluk görüşü yanlıları: Dip not 37'de belirtilenler.; Tartışmaları yansıtmakla yetinip tarafsız kalan yazarlar da vardır: Bak. KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU n., Borçlar Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1985, s.141 vd; TUNÇOĞAĞ K., Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s.160 vd.



## b) Sebebe bağıllık görüşünün gerekçeleri

Sebebe bağıllık görüşü yanlılarının (28) çıkış noktası, bu görüşün devredeni ve onun alacaklılarını daha iyi koruyor olmasıdır. Zira geçersiz borcun ifası sonucu mülkiyet geçmeyince, devreden iade talebi, sebepsiz zenginleşmeden doğan bir şahsi talep (condictio) değil, mülkiyet hakkına dayanan aynî bir talep (vindicatio) olacaktır. Bu talep, MK. m.701/ZGB Art. 728 hükmünün koşulları gerçekleşip haksız zilyedin kazandı- rıcı zamanaşımı süresi dolmadıkça ileri sürülebilecektir. Böylece BK m.66/OR Art. 67 hükmündeki kısa zamanaşımı süresinden kurtulunmuş olacaktır. Ayrıca, aynî hakların herkese karşı ileri sürülme yeteneği sayesinde, taşınırı ilk elde edenden devralan üçüncü kişilere karşı da - MK m. 901/ZGB Art. 933 hükmüne göre iyi niyetle iktisap şartları (29) gerçekleşmedikçe- iade istenmesi mümkün olacaktır. Gene, devralanın iflası hâlinde, devreden ve halefleri hiç bir sıraya tâbi olmaksızın bu malı iflas masasından -is- tihkak iddiasıyla- çekip çıkarabileceklerdir. Nihayet, bu görüş çerçevesinde, iade yükü- münün kapsamına sebepsiz zenginleşmeye ait BK m.63-64/OR Art. 64-65 hükümleri de- ğil, haksız zilyedin sorumluluğunu düzenleyen MK m. 906-908/ZGB Art. 938-940 hü- kümleri uygulanacaktır (30).

(28) İsviçre'de: HAAB/SIMONIUS, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, 1. Teil, Das Sachenrecht, Siebente Lieferung, Zürich 1929, Art. 714. No.29; OFTINGER K., Von der Eigentumsübertragung an Fahmis, Bern 1933, s.100 vd.; MEIER/HAYOZ, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV. Sachenrecht, 1. Abt. Das Eigentum, 1. Teil, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1966, No.42-44; TUOR/SCHNEIDER/JAEGGI, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975, s.385; EGER O., Kausale Tradition und Konditionen im Neuen Schweizerischen Recht, ZSR 33, s.334 vd.; PETER (von TUHR/PETER a.g.e. von Tuhr'dan ayrılan kişisel düşün- celerini açıkladığı, § 53, I, § 26 dip not 18 a). Türk Hukukunda: SCHWARZ A.B., a.g.e., s.283; TEKİ- NAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s.975; VELİDEDEOĞLU H.V., Türk Medenî Hukuku, İstanbul 1963, s.742; TANDOĞAN H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 5. Bası, İstanbul 1988, s.95, 96; REİSOĞLU Safa, Türk Eşya Hukuku, C.1, 2. Bası, Ankara 1966, s.35; REİSOĞLU Seza, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961, s.70 vd.; AKİ- PEK J., Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet, Ankara 1971, s.252; GÖNENSAY S., Borçlar Huku- ku, İstanbul 1947, s.242; GÜRİSOY K.T./EREN F./CANSEL E., Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s.673,674; CANSEL E., Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.33 vd.; AYBAY/HATEMİ, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s.107; HATEMİ H., Hukuk ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, (Özellikle BK.65 Kuralı), İstanbul 1976, s.472 vd.

(29) Bu hükümlerin yetkisiz temsilde uygulanmaması gereği ve bazı özel durumlar için bak s. dip not 80.

(30) Bu iki sorumluluk düzeni arasındaki farkları, iade borçlusunun iyi niyetli veya kötü niyetli sayılması bakımından kısaca şöyle özetleyebiliriz:

Kötü niyetli haksız zilyete ilişkin hükümleri uygulamak kötü niyetli sebepsiz zenginleşene ilişkin hükümlere göre şu noktalarda fark yaratacaktır:

Kötü niyet halinde de sebepsiz zenginleşmede yapılan faydalı masraflar iade anında var olan fazla- lık oranında istenebileceği halde, kötü niyetli haksız zilyet yalnızca zorunlu masraflarını isteyebilecektir. Ayrıca, kötü niyetli sebepsiz zenginleşen iade sırasında mal ile birleştirdiği şeyleri bedelinin öden- mesi önerilmedikçe söküp alma hakkına (ius tollendi) sahip değildir. Son olarak, kötü niyetli zilyet mal elinde bulunduğu süre elde etmeyi ihmal ettiği semereleri de tazmin etmek (ecri misil ödemek) zorun- da iken, kötü niyetli zenginleşene karşı bu yüzden devreden bir fakirleşmesi olmadığı oranda bu talep ileri sürülemeyecektir.

İyi niyetli haksız zilyete ilişkin hükümlerle iyi sebepsiz zenginleşene ilişkin hükümler arasında ki farka gelince: İyi niyetli haksız zilyet varlığına inandığı hakkına uygun olarak malı kullanması sonucu

Sebebe bağıllık yanlılarının doğmatik gerekçeleri, İsviçre-Türk Hukukunda taşınmazlara ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlanması karşısında, taşınır için de aynı sonuca varmanın tutarlı olacağı düşüncesine dayanmaktadır (31). Böylece burada bir tür kıyas yapılmaktadır. Bu yazarlara göre, soyutluk görüşü Ortak Hukuk döneminden kalma bir alışkanlığa dayanmakta, özellikle Alman Hukukundaki BGB sisteminden (32) esinlenmektedir (33). Oysa Alman Hukukunda taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemi, tescilin sebepten soyut olarak sonuç doğurması karşısında (BGB § 925), soyut bir işlem olarak düzenlenmiştir. Bu hukuk düzeninde taşınır hakkında da soyutluk ilkesinin benimsenmesi (BGB § 929) tutarlıdır. Oysa İsviçre Türk Hukukunda aynı sonuç bir tutarsızlığa yol açar. Kaldı ki Alman Hukukunda dahi BGB düzenlenmesinin bu tercihi eleştirilmekte, öğretilde ve uygulamada bu soyutluluğun aşılabilmesi için kuramlar geliştirilmektedir (34).

Gene denmektedir ki: (35) Ortak hukukta soyutluk görüşünün güçlenmesinin bir sebebi de bu sayede malı sonradan devralan iyi niyetli üçüncü kişilerin iade alacaklısının talebinden korunmasını sağlamaktır. Oysa bugünkü hukukumuzda iyi niyetli kişilerin iktisabını aynî hak sahibine karşı koruyan ZGB Art. 933/MK m.901 kuralının (36) varlığı karşısında artık bu ihtiyaçtan söz edilemez. Nitekim iyi niyetle yolsuz tescile güvenerek taşınmaz mülkiyeti iktisabı hâlinde paralel bir çözüm getiren ZGB Art. 973/MK m.931 hükmünün varlığı karşısında, tescilin sebebe bağıllığının sakıncaları giderilmektedir. Zaten eşya hukuku hükümlerinde haksız zilyedin iade yükümünü ve genel olarak zilyetliğe ilişkin esasları bu kadar ayrıntılı şekilde düzenleyen bir yasanın taşınırlarda mülkiyet naklini soyut kabul ettiğini söylemek mümkün olmamalıdır. Zira soyut iktisabın gerçekleşmesi hâlinde iade yükümü bakımından bu kurallar uygulanamayacak, iade alacaklısı sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderilecektir.

Böylece, sebebe bağıllık görüşünde de iyi niyetli kişilerin korunabileceği, soyutluk görüşünde ise kötü niyetli kişilerin korunduğu, ayrıca, devralanın iflasında malı devreden kendisinin, küllî haleflerinin ve alacaklılarının devralanın alacaklılarının tümünden önce gelmesi isabetli çözümünün sebebe bağıllıkta mümkün olduğu, soyutluğun bu hususta çarpık bir çözüme yol açtığı sonuçlarına varılmaktadır.

---

elde ettiği çıkarları iade etmek zorunda değilken, iyi niyetli sebepsiz zenginleşen malla birlikte ondan elde ettiği bütün zenginleşme unsurlarını da -iyi niyetli olmasına rağmen- iade alacaklısına vermek zorundadır. Ayrıca, iyi niyetli haksız zilyet yaptığı zorunlu ve faydalı masraflar ödeninceye kadar malı alıkoymak hakkına sahipken, iyi niyetli sebepsiz zenginleşene bu hak tanınmamıştır.

(31) Bak dip not 28'de belirtilen yerler.

(32) Bak dip not 23.

(33) BGE 55 II 306 Gerekçeleri. Alman Hukukundaki düzenleme ve görüşler için bak. LARENZ K., Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band., Besonderer Teil, siebente Aufl. München und Berlin, 1965, § 35, II, a.

(34) Bu aşama çabalarının en tanınmış, tasarruf işleminin yapıldığı sırada bu işlemin geçerliliğinin borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olacağı şeklinde zimmî bir şartın varlığını kabul eden görüştür. Bu gibi görüşler için bak. LARENZ K., a.g.e., § 35, II, b, c, d; BGE 66 390.

(35) BGE 55 II 306 vd.; MEIER/HAYOZ, a.g.e, Nr. 44; HAAB/SIMONIUS, a.g.e., Art. 714 Nr.27

(36) Bu hükmün uygulanmasına ilişkin bazı sorunlar hakkında görüşüm için bak. s.122, 123 Dip not 80 .

### c- Soyutluk görüşünün gerekçeleri

Soyutluk görüşü yanlıları (37) ise, sebebe bağlılık görüşünün hakkaniyet gerekçelerine karşı çıktıkları gibi, bana çok daha sağlam görünen dogmatik kanıtlar getirmişlerdir:

Buna göre, sebebe bağlılığın devredeni, küllî haleflerini ve alacaklılarını koruması ideal bir çözüm olmayıp, tersine hukukun tutucu yanını yansıtan bir çözümdür (38). Devralanın alacaklılarının ve malı ondan elde eden üçüncü kişilerin korunması ise alışveriş güvenliğine hizmet eder. Devreden ve alacaklılarının malı iflas masasından veya devralanın alacaklılarının koydurduğu hacizden kayıtsız şartsız kurtarmak yerine iflas ve haciz hükümlerine göre sıraya girmeleri neden adaletsiz olsun? Yasakoyucunun, yaygın dolaşım özelliğinden dolayı taşınırlarda büyük önem taşıyan bu ihtiyacı gözönüne alarak soyutluğu benimsemesi, buna karşılık ekonomik bakımdan çok daha büyük değer taşıyan ve dolaşım hızı daha düşük olan taşınmazlarda sebebe bağlılığı kabul etmesi mantıklı ve anlaşılır bir sistemdir (39). Böylece, alışveriş yaşamını baltalayacak uyuşmazlıkların da azalması sağlanmış olur (40).

Ayrıca, soyutlukta devredeninin sadece devralan ve küllî haleflerine karşı ileri sürebileceği ve BK m.66/OR Art. 67 hükmündeki zamanaşımı süresiyle sınırlı bir sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebine sahip olması, tarafları mülkiyet devirlerine daha dikkatli olmaya teşvik eder. Kaldı ki, aşağıda ayrı bir başlık altında açıklayacağımız üzere (41), devir sırasındaki tasarruf işlemi (aynî sözleşmede) bir sakatlık olması hâlinde soyutlukta da mülkiyet geçmeyeceğinden, burada sebebe bağlılık görüşüyle aynı sonuca ulaşılabacaktır. Hakkaniyet duygusunu rahatsız ettiği söylenen durumlar ise esasen bunlardan ibarettir (42).

Yasal kanıtlara gelince: Herşeyden önce, hukukumuzda sebepsiz zenginleşmenin ayrıntılı hükümlerle düzenlenmiş olmasıdır (OR Art. 62-67/BK m. 61-66). Sebepsiz zenginleşme hükümlerini böyle ayrıntılı düzenleyen bir hukuk sisteminin sebebe bağlılık

(37) İsviçre'de: LEEMANN H., Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum, 2. Aufl., Bern 1920, s.322; Art. 714 Nr. 23; von TUHR A., ZSR NF 40, 40-74; BOVAY S., Acte Translatif de Propriété Et Condition, Lausanne 1938, s.74; BUSSY A., İsviçre Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme (GÜR SOY K.T. Çevirisi, Ankara 1948, s.30).

Türk Hukuku'nda: ARSLANLI H., Ticarî Bey, 4. Bası, İstanbul 1955, s.74 vd.; OĞUZMAN K./SELIÇİ Ö., Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1988, s.604; SEROZAN r., Geçersiz Satım Sözleşmesinin İfa Sonrası Çözülmesi, MHAD Yıl.3, S.4 (1969), s.187; SUNGURBEY İ., Medenî Kanun Öntasarısının Nesnelere Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972, s.373 vd.; ULUSAN İ., İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s.21 vd.; ARSEBÜK E., Borçlar Hukuku, İstanbul 1950, s.213 not 83, s.293; ÖZ M.T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.232 vd.

(38) von TUHR A., ZSR NF.40, s.68; Bu çok önemli makalenin Türkçe çevirileri için bak. Dip not 46.

(39) von TUHR A., a.g.m., s.68 vd.; ARSLANLI H., a.g.e., s.78; ULUSAN İ., A.g.e., s.22; ÖZ M.T., a.g.e., s.234, 235.

(40) Dip not 39'da belirtilen yerler.

(41) Bak s. 119 vd.

(42) Örneğin, iradesi hile veya ikrahla sakat olanın yaptığı ikazandırmalar gibi. Bak s.127.

görüşünü benimsediğini söylemek güçtür. Taşınmazlarda iktisap sebebe bağlı olduğuna göre, taşınırlar için de aynı sonuç benimsenirse, bu ayrıntılı hükümlerin sadece "hukukî işlem dışı taşınır mülkiyeti iktisapları"na (43), elden çıkan taşınırın kaim değerinin (surrogat'ının) verilmesi taleplerine" (44), bir de çok özel durumlar olan "alacak haklarının sebepsiz iktisabı" ile -varlığı tartışmalı- "zilyetliğin sebepsiz iktisabı"na (45) uygulanacağı sonucu çıkar. Bu oldukça çarpık bir görünümdür.

Üstelik, sebebe bağlılık görüşünde sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerden bazısının uygulama alanı yukarıdaki ölçüde daralmakla kalmayıp, hemen hemen tamamen ortadan kalkmaktadır. Soyutluk görüşünün doğruluğunu gösteren en önemli kanıt sayılan OR Art. 63/BK m.62 (condictio indebiti) hükmü böyledir:

İlk kez von TUHR'un 1921 tarihli bir makalesinde (46) ortaya konan ve bu hükmün hukukî işlemle gerçekleşen zenginleşmelere ilişkin olduğuna dayanan gerekçeler, bir yazarın ifadesiyle (47), bu makalenin yayınlanmasından 8 yıl sonra Federal Mahkemenin sebebe bağlılık görüşü doğrultusunda verdiği ünlü kararın gerekçelerini hâlâ çürütür niteliktedir. Biz de ekleyelim ki, sözkonusu gerekçeler yazılmasından 69 yıl sonra bugün, sebebe bağlılık görüşünü savunun en yeni eserleri de çürütür niteliktedir.

Buna göre, OR Art. 63/BK m.62 hükmünün borçlu olmadığı şeyi ödeyen kişinin sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebine yanılığa düşerek ödeme yapması koşuluyla izin vermesi, yasanın bu ifa ile mülkiyetin geçişini kabul ettiği anlamına gelir. Zira, borç olmayan şeyi bilerek ödeme durumunda sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebini özel bir hükümle engelleme gereği duyan yasak koyucu, geçerli bir borca dayanmayan ifanın da karşı tarafa mülkiyeti geçireceğini kabul etmiş demektir (48).

(43) Karışma, işleme, birleşme, bütünleyici parça olma, tüketme yoluyla iktisaplara... Bunların, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler getirilirken aslî olarak gözönünde tutulmadığı hakkında bak. s.107 dip not.8

(44) Taşınırın üçüncü kişiye devri karşılığı alınan ivaz, ancak bu kişi MK m.901 uyarınca mülkiyeti iktisap edebilirse sebepsiz zenginleşme talebine konu olur. Bak. s., dip not. ve ona ilişkin metin (Kuşkusuz soyutlukta, mülkiyet geçmiş ise, üçüncü kişi bu madde korumasına gerek kalmadan malik olacaktır).

(45) Condictio possessionis: Taşınır üzerinde aynî hakka sahip olmayan zilyetin bunu geçirsiz bir sebeple fakat rızaen devrettiği çok ender durumlarda sözkonusu olacaktır. Zira bu durumlarda, ne aynî bir dava, ne borç ilişkisinden doğan bir alacak hakkına dayanan dava ne de zilyetliğe dayanan bir dava açma hakkı vardır. Bak. von TUHR/PETER, a.g.e., § 52, II, 2; REİSOĞLU S., Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, s.80. Condictio possessionis daha çok taşınmazlar için sözkonusu olacaktır. Bazı yazarlar, taşınırlarda bu kuruma yer olmadığı, böyle durumlarda da menkul davası (MK m.902) açılacağı inancındadır: Bak. AYBAY/HATEMİ, a.g.e., s.81. Bu görüş, her türlü irade bozukluğunun (özellikle temel saik hatası dahil) zilyetlik devrini geçersizleştireceğini kabul etmekle savunulabilir. Bu bakımdan, pek isabetli sayılamaz.

(46) von TUHR A., Die Eigentumsübertragung nach Schweizerischem Recht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Neue Folge 40, s.40-74 (s.67 vd.) "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyet Nakli" adlı bu makalenin Türkçe çevirileri için bak: SAYMEN/OĞUZMAN, Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları, II, s.373 vd.; SUNGURBEY İ., Medenî Kanun Öntasansının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, s.373 vd.; AYTTER K., AHFD. 1948, s.154 vd.

(47) ARSLANLI H., a.g.e., s.75.

(48) Von TUHR A., a.g.m, s.67 vd. Ayrıca karşı. daha önceki açıklamalarımızda s. 106 vd.

Karışma, birleşme, işleme, bütünleyici parça olma ve tüketme gibi hukukî işlem dışı iktisapların varlığına sığınılarak da bu hükme uygulama alanı bulunamaz: Zira bu durumlarda, örneğin alınan paranın alanın malvarlığına sonradan karışmasında (teşhis edilemeyecek hâle gelmesinde), iktisabın sebebi borcun ödenmesi sırasındaki tasarruf işlemi değil, daha sonraki bir olaydır. Ödeme sırasında mülkiyet hukukî bir eksiklikten geçmezse, ödeyen verdiğişey üzerinde önce bir aynî talep hakkına (vindicatio) sahiptir. Alanın daha sonra bu şeyi karışma veya tüketme yoluyla iktisap etmesi, ifadan (parada ödemedi) doğan bir iktisap değildir. Bu yüzden burada *condictio indebiti*'ye (OR Art. 63/Bk m.62) yer olmaz. Zenginleşme ödeyenin vermesiyle değil, alanın haklı bir sebebe dayanmayan davranışından (Eingriff) doğmuştur. Böylece veren OR Art. 63/BK m.62 engelini takılmadan (hataen verdiğiğini kanıtlamaya mecbur olmadan) sebepsiz zenginleşmenin iadesini isteyebilir (49). Özetle, bu hüküm ancak soyutluk görüşünde bir anlam taşır.

#### d- Sebebe bağlılık görüşünün *condictio indebiti* kanıtına itirazlarının zayıf kalması

Bu açıklamalara karşı sebebe bağlılık yanlıları; "*condictio indebiti*'de de ifade bulunanın kendince bir ödeme sebebi olduğu, bu yüzden iktisabın gene de bir sebebe dayandığı" (50); "Bu hükmün esasen ödemeyi hemen takip eden karışma düşünülerek getirildiği, dolayısıyla sözü yorumla düzeltilerek hukukî işlem dışı iktisaplara uygulanması" (51); "Alacağın temliki soyut bir tasarruf işlemi olduğundan geçersiz bir sebebe dayanarak alacak temliki hallerinde *condictio indebiti*'ye uygulama alanı kalacağı" (52), hatta "Bu hükmün yasa hazırlanırken yanlışlık ve ihmâl sonucu muhafaza edildiği" (53) şeklinde görüşler ileri sürmüşlerdir. Bu uğurda hukukî terimlere olmadık anlamlar yüklenlere (54) ve çelişkiye düşenlere (55)'de rastlanmaktadır.

(49) von TUHR A., a.g.m., s.68 vd.

(50) EGER O., Kausale Tradition und Konditionen im Neuen Schweizerischen Recht, ZSR NF 33, s.346

(51) OFTINGER K., Eigentumsübertragung, s.122; CANSEL E., a.g.m., s.345; EGER O., a.g.m., s.351; BGE 55 II 302 vd.

(52) BGE 50 II 393; BGE 55 II 306.

(53) BGE 55 II 306; EGER O., a.g.m., s.351.

(54) Örneğin, Cansel, *condictio indebiti*'nin hukukî işlem dışı iktisaplara uygulanmasını makul gösterebilmek için, bu tür iktisap olaylarına da "kazandırıcı muamele" (kazandırıcı işlem) demektedir. Yazarın makalesinde şöyle bir ifade vardır: "... Kazandırıcı muamele fiili bir işlem ile olabilir: karışma, birleşme, hukuki taşıyır gibi, (MK. 699, 700) fakat kazandırıcı muamele daha ziyade hukukî bir muamele ile olur..." Bak CANSEL E., a.g.m., s.350.

Oysa "kazandırıcı işlem" in -adı üzerinde- "hukukî işlem"lerin bir türü olduğundan kuşku yoktur. Hukukî işlem olmayan bir kazandırıcı işlem sözkonusu olamaz. Şu halde yazarın ifadesi, "hukukî işlemlerin bazısı hukukî işlem olmayabilir" demek kadar anlamsızdır. Öte yandan, "fiili işlem" diye bir şey yoktur. Bunlara "hukukî eylem" veya "hukukî fiil" denir. Kaldı ki, sebebe bağlılık yüzünden mülkiyet geçmeyince -yukarıda açıkladığımız üzere karışma vb. ile iktisap, taşınırı verenin eylemi ile değil, alanın eylemi ile gerçekleşmektedir. BK m.62'nin sözüyle bu tür iktisapları bağdaştırabilmek için bu denli anlamsızlıklara düşülmemelidir.

(55) Örneğin, Tekinay, Borçlar Hukuku Kitabının sebepsiz zenginleşme kısmında -kendi sebebe bağlılık görüşüyle tutarlı olarak- bütün açıklamalarını ve örneklerini karışma (özellikle paranın sebepsiz iktisabı) hallerinden vermişken (TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., 6. Bası, s.979-991

Bunların etkili gerekçeler olduğunu söylemek pek mümkün görünmüyor:

Bir kere, her mülkiyet nakledenin kendince bir sebebi olması, bu sebep "ifanın hukukî sebebi" niteliğindeki bir borcun varlığını ifade etmedikçe, sadece verene ilişkin bir "saik" niteliğinde demektir. Saikler tasarruf işlemi ayakta tutacak bir hukukî temel olarak gözönüne alınmazlar (56). Hem sebebe bağlılık görüşü çerçevesinde kalıp hem de -OR 63/BK 62'ye yer açılın diye- tasarruf işlemi geçersiz sebebin etkisinden kurtarmak için, verenin saik'ine iktisap sebebi diye yapışmak yararsız bir çabadır.

OR Art. 63/BK m.62 Hükümünü ifayı takip eden karışma, tüketme vb. sonucu iktisaplara da uygulamak, hem yasanın açık sözüyle hem de içeriğiyle çelişmektedir. Madde metninin aradığı yanılma koşulu ancak tasarruf işlemi sırasında aranabilecek bir husustur (57). Yasakoyucunun daha sonra gerçekleşecek bir iktisabın iadesi talebini daha önceki -sonuç bağlamadığı- bir işlem sırasında aradığı "yanılma" koşuluna bağladığını, bu tuhaf düzenlemeyi sanki tasarruf işlemi sırasında iktisap gerçekleşiyormuş gibi kaleme almasının da bir ifade hatasından ibaret olduğunu ileri sürmek inandırıcı gelmez. Olsa olsa -şahsen benimsemeyeceğim bir görüş olarak- OR Art. 63/BK m.62 hükmünün geçersiz tasarruf işlemi takip eden işlem dışı iktisaplara da "kıyasen" uygulanması savunulabilir (58). Bu ise soyutluk görüşünü haklı çıkaran asıl uygulama alanını kabul etmek demektir. Dolayısıyla böyle bir öneri maddenin soyutluk görüşüne kanıt oluşturduğu gerçeğini sarsmaz.

OR Art. 63/BK m.62 hükmünün, bir borcun ifası olarak alacak temlik edildiği hâllerde, bu tasarruf işlemi sebepten soyut olduğundan, geçirilen alacağın iadesinde uy-

---

arasındaki gerek metinde gerek dip notlardaki örnekler); aynı eserin 992. sayfasında, "V. KAZANDIRICI İŞLEME DAYANMAYAN SEBEPSİZ İKTİSAPLAR" şeklinde büyük bir başlık atmış, altında da aynen şunu yazmıştır: "... Yukanda incelediğimiz sebepsiz iktisaplarda hep şu ihtimal üzerinde durduk: (A), (B) lehine kazandırıcı bir işlem yapıyor; fakat bu işlemin geçerli bir sebebi bulunmadığı, böyle bir sebep gerçekleşmediği yada ortadan kalkmış bulunduğu için (B), iktisap ettiği kıymetleri geri vermek zorunda kalıyor... Fakat sebepsiz iktisap mutlaka (A)'nın (B)'ye yaptığı kazandırıcı bir işlem-den doğmaz..."

Gene aynı eserin 62. sayfasında "§ 9 kazandırıcı işlemler" başlığı altında, kazandırıcı işlem -doğru olarak- şöyle tanımlanıyor: "... İşte gerek borçlanma gerekse tasarruf işlemleri ile bir kimsenin, başkasına ait malvarlığına yeni bir hak kazandırması hâlinde kazandırıcı işlem den bahsedilir..."

Oysa yukarıdan beri açıkladığımız üzere, bu doğru tanımdaki anlamıyla bir tasarruf işlemi ile taşınır mülkiyetinin sebepsiz iktisabı, sebebe bağlılık görüşünde olanaksızdır. Taşınırlar dışında, alacağın temliki ve soyut borç ikrarı akla gelirse de, yazar bunları değil, daha önce örnek verdiği hukukî işlem dışı iktisapları kastetmektedir. Kaldı ki, Tekinay'a göre alacağın temliki de soyut borç ikrarı da sebebe bağlıdır: Bak. a.g.e., s.318 vd., s.182 vd.

Şu halde, yazarın sebebe bağlılık görüşü çerçevesinde taşınırın (bu arada paranın) sebepsiz iktisabı sadece kazandırıcı işleme dayanmayan iktisap şeklinde olabilirken, bunu istisnaî bir sebepsiz iktisap türü diye göstermesi ve daha çok kazandırıcı işlemle gerçekleşen sebepsiz iktisaplara rastlanacağından söz etmesi çelişkili ve isabetsiz olmuştur.

(56) von TUHR A., a.g.m., s.67 not.84

(57) Bak. s. 105 dip not.2

(58) Esasen bunların ne ölçüde gerçek anlamda sebepsiz iktisap oldukları da tartışılabilir. Bak. s. 107 dip not.8.

gulama alanı bulması, gerçekten de bu hükme sebebe bağlılıkta bir fonksiyon tanıyor. Soyut borç ikrarının (OR/BK 17) -tartışmalı olmakla birlikte- geçersiz temel ilişkiye rağmen soyut bir alacak hakkı yarattığı görüşüne katılırsa (59), yukarıki örneği bu durum da eklenebilir. Ne var ki *condictio indebiti*'nin sadece geçersiz bir sebebe dayanarak temlik edilen alacaklar için, bir de belki soyut borç ikrarından doğan alacakların kaldırılması için (60) yasada düzenlendiğini söylemek, hükmün ayrıntılı düzenlenişi karşısında hiç de ikna edici olmayan çok güdük bir sonuç olur (61). Kaldı ki, yasakoyucu bunlar için getirdiği bir hükümde, iktisap sebebini "ödeme" (tediye) olarak ifade etmezdi.

OR Art. 63/BK m.62 hükmünün bugünkü İsviçre Borçlar Kanunu'na yanlılıkla eski hükmün aynen nakli suretiyle konulduğu gerekçesini ise -çürütenler varsa da (62)- hukukçuluk anlayışının gereği eleştirmeye değer bulmuyor, sadece, yasada "yanlılıkla konmuş" ve uygulamada yok sayılacak hüküm bulma yolu açılırsa bunun sonuçlarını düşünmeyi önermekle yetiniyorum.

#### e- Ek gerekçe ve sonuç

Von Tuhr'un yukarıda sözü edilen makalesinde soyutluk görüşü doğrultusunda belirtilen ve hâlâ geçerli olan kanıtlara -saptayabildiğim kadarıyla- bugüne kadar kayda değer yeni bir kanıt eklenmemiştir. Görüş yanlıları, daha çok bunları açıklamak ve yorumlamakla yetinmişlerdir (yukarıda benim de yaptığım gibi). Oysa bence, yasada soyutluk görüşü lehine OR Art. 63/BK m.62 kadar etkili bir kanıt daha vardır. Bu, OR Art. 65/BK m.64 hükümleri arasında iade alacaklısına tanınan, "şeye eklediği fazlalığı söküp alma hakkı" (*ius tollendi*)dır:

Bu hükme göre: "...iadeden evvel kabzolunan şey ile birleştirilmiş olan ziyadeyi, o şeye zarar vermeksizin tefrik kabil olduğu ve müddei de masrafların bedelini teklif etmediği takdirde ilave olunan ziyadeyi refedebilir." Elbette alacak haklarının sebepsiz ik-

(59) Soyut borç ikrarının (BK m. 17) gerçekten sebepten soyut olduğu görüşünde: von TUHR/PETER a.g.e., § 32, I; SUNGURBEY, İ., Borç İkrarı ve Broç Vaadi, İstanbul 1950, s.40 vd.; SCHWARZ A.B., a.g.e., § 33, III; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1978, s.132 vd.

Soyut borç ikrarından doğan alacağın gerçekte sebebe bağlı olduğunu savunanlar: BECKER H., a.g.e., Art. 17, Nr.2 vd.; OSER / SCHÖNENBERGER, a.g.e., Art.17, Nr.12; GUHL / MERZ / KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl. Zürich 1980, § 12, III, 2, b; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, a.g.e., s.182 vd.

Burada bu iki görüşü tartışmam yersiz olur. Ancak şu kadarını söyleyeyim ki, OR Art.67/BK m. 66 hükmünün son cümlesinde "sebepsiz iktisabın zarar gören aleyhine bir borç teşkilinden ibaret olabileceği..." şeklinde bir ifadenin yer almasını başlıca kanıt olarak getiren soyutluk görüşü yanlıları, bana da daha inandırıcı gelmektedir.

60) Bir de -kabul edilirse- çok istisnaî bir durum olan *condictio possessionis* için... Bak s. 114 dip not 45.

(61) Bu arada , bazı yazarların bu kurumlar hakkındaki görüşleri kendi kendilerini açmaza sokmaktadır: Örneğin, sebebe bağlılığı savunan Tekinay (bak. s.111 dip not. 28), alacağın temliki işleminin de sebebe bağlı olduğu gibi ilginç bir görüş savunmakta, ayrıca soyut borç ikrarını da sebebe bağlı kabul etmektedir. Rastladığı her yerde soyutluğa karşı çıkmayı ilke edindiği anlaşılan yazar, böylece kendi görüşünde BK. m. 62(OR Art. 63) hükmüne tanıyabileceği yegâne uygulama alanınınını da ortadan kaldırmaktadır. Bu görüşleri için bak TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., s.182 vd., s.318 vd.

(62) Örneğin, ARSLANLI H., a.g.e., s.73 vd.; von TUHR A., a.g.m., s.67 vd.

tisabında bunlara bir şey eklenmesi sözkonusu olmayacaktır. Şimdi bir an sebebe bağlılık görüşünde taşınırın sebepsiz zenginleşme oluşturduğu durumları gözönüne getirelim: İşleme, birleşme, karışma, bütünleyici parça olma, tüketme. Şu hâlde ius tollendi'nin bu tür iktisaplardan birinde sözkonusu olması gerekecektir. Oysa bunlardan karışma, birleşme, tüketme ve işleme (hukukî tağyir) ilk bakışta elenebilir. Zira burada iktisap edilen, ayrıdedilmeyecek hâle gelmiş, elden çıkmış veya hammadde olarak kullanılıp değiştiği için müktesibe bırakılmıştır. Bu tür sebepsiz zenginleşmelerde iade aynen değil para ile gerçekleşecektir. Böylece "bütünleyici parça olma" kalıyor:

Burada söz konusu olan, bir şeyin "bütünleyici parça" (mütemmim cüz) kurallarına göre (ZGB Art. 642/MK m.619 - ZGB Art. 667/MK m.644) birleştiği asıl şeyin mülkiyetine tâbi olması, böylece asıl şeyin malikinin malvarlığına katılmasıdır. Birleşen şeyin sökülüp aynen iadesi mümkün oldukça iade talebinin buna yönelik olması kabul edilmektedir. Ancak bu her zaman mümkün olmaz. Birleşen şeyin ayrılmaz nitelikte olduğu halleri de eleyebiliriz. Şu halde, sebebe bağlılıkta ius tollendi, sadece, taşınırın bütünleyici parça kurallarına göre iktisap edildiği ve sökülüp aynen iadesi mümkün olduğu durumlarda buna yapılan eklemeler için sözkonusu olacak görünüyor. Bir diğer deyişle, bütünleyici parçaya bütünleyici parça eklenen bazı hâllerde.

Bitmedi! Böyle durumların çok düşük gerçekleşme olasılığı (bunun için yasaya hüküm konmuş olamaz) bir yana, biraz dogmatik düşünülürse bu durum dahi tartışılabilir: Zira bütünleyici parçanın bağımsız bir hukukî varlığı olmadığından, sözkonusu ekleme veya takılma buna değil, bunun da tâbi olduğu asıl şeye yapılmış sayılır. böylece, iade borçlusu bu eklediği şeyi sökerse, haksız iktisap etmeyip esasen kendisine ait olan bir malın bütünleyici parçasını sökmüş olur (iade talebine muhatap olduğunda herhalde böyle yapacaktır). OR Art. 65/BK m. 64 hükmündeki ius tollendi düzenlemesi kuşkusuz bu durumlar için getirilmemiştir (63).

Şu halde sebebe bağlılıkta bu hüküm, gerçek yaşamda doğrudan anlamıyla sadece, birleşme yoluyla haksız iktisap ettiği şeyi sonradan söküp fakat iadededen önce üzerine bir fazlalık ekleyen kişiler için -bu fazlalığın kaldırılması mümkünse- sözkonusu olabilecektir. OR Art. 65/BK m.64 hükümlerinde nasıl kullanılacağı ayrıntılı olarak düzenlenen ve öğretide üzerinde çalışmalar yapılmış söküp alma hakkının uygulama alanını düş gücünün sınırlarını zorlayacak kadar daraltan bu sonucu benimsemek mümkün değildir.

Toparlarsak, soyutluk görüşünün kabulü yasanın zilyetliğe ilişkin bazı hükümlerinin uygulama alanını daraltmakla birlikte, gene de bunlara sistemi tahrip etmeyecek makul bir yürürlük alanı bırakmaktadır. Oysa sebebe bağlılık görüşü sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanını olağanüstü sınırlamakta, hatta bazı hükümler bakımından (condictio indebiti-ius tollendi) neredeyse gülünç denebilecek sonuçlara yol açmaktadır.

(63) Bu söküş sonucu iade etmek zorunda olduğu şeye gelecek zararları tazmin yükümlülüğü, bu sonucu değiştirmez.



Bu durum karşısında soyutluk görüşü benimsenmesi gereken görüştür. Son olarak, taşınarlarda mülkiyet naklinin sırf bu hususta anlaşarak zilyetlik nakli yoluyla gerçekleşmesi ve bunu aslî edim olarak içeren sözleşmelerin çoğunun hiç bir şekle bağlanmamış olması, yasakoyucunun bu alanda çok serbest ve işlek bir dolaşım olanağını amaçladığını gösteren ve böylece soyutluk görüşünü destekleyen bir diğer kanıttır.

### 3. Soyutluk ve sebebe bağlılık görüşlerinin uygulamada yaratacağı fark

#### a- Farkın temeli ve aynî sözleşme

Tasarruf işleminin kendisinde bir hukuksal sakatlık bulunduğu durumlarda mülkiyet geçişi soyutlukta da mümkün değildir. Şu halde ancak, geçersiz veya sakat borçlandırıcı işleme rağmen sağlıklı bir tasarruf işleminin varlığı hallerinde bu iki görüşten birine katılmak pratik bir anlam taşır. Tartışmanın anlam taşıyabilmesi için bu durumların neler olabileceğini saptamak gereklidir.

Tasarruf işlemindeki geçersizlik, tarafların zilyetlik nakli sırasında mülkiyetin geçmesi hususunda yaptıkları anlaşmada aranacaktır. Devir işlemine "hukukî işlem" niteliği veren budur. Geçirimin (Traditio'nun) irade uyuşumu unsurunu oluşturan bu koşula "aynî sözleşme" (Dinglicher Vertrag) denmektedir (64). Aynî sözleşme bir borçlandırıcı işlem olmadığından, bundan hiçbir borç doğmaz. Burada sözkonusu olan, tasarruf işleminin sonuç doğurması için sadece zilyetliğin devri anında varlığı aranan -çoğu kez örtülü- bir irade uyuşmasıdır (65). Bu uyuşmanın hükümsüzlüğü hâlinde, olsa olsa, ortada

(64) Bu kavram hakkında ayrıntılı bir çalışma için: HOWALD M., Der Dingliche Vertrag, Zürich 1946, s.4 vd. Özellikle s.80 vd.; Ayrıca bak. CANCEL E., a.g.m., s. 333 vd.

Bu anlamdaki aynî sözleşme ile "real sözleşme" (Real Vertrag) kavramını karıştırmamalıdır. Roma Hukukunda geniş bir uygulama alanı bulan ve bugünkü hukukumuzdaki kalıntıları "elden bağışlama" ve "taşınma sözleşmeleri" olan real sözleşmeler, gerçekte borçlandırıcı işlemlerdir. Ancak bu borçlandırıcı işlemlerin hüküm doğurması yasaca bir şeyin teslimi şartına bağlanmıştır. Konumuzu oluşturan aynî sözleşme ise bir tür tasarruf işleminden ibarettir.

(65) Howald, bu aynî sözleşmenin zilyetliğin devri dışında ayrı bir hukukî kurum olarak kabulünün, ancak taşınır mülkiyeti naklinde soyutluk görüşü benimsenirse bir anlam taşıyabileceğini ifade etmektedir: HOWALD M. a.g.e., s.80 vd. Bu düşünceye göre, aynî sözleşmenin geçersiz olup zilyetliğin nakli anlaşmasının geçerli kaldığı (zilyetliğin devren kazanıldığı) haller zaten hukukî sebebin de sakat veya geçersiz olacağı hallerdir. (Örneğin, rehin kuruyorum sanarak mülkiyet geçirme gibi: Burada aynî sözleşme geçersiz fakat zilyetlik nakli geçerli ise de, esasen yapılan geçirimin temelindeki hukukî işlem var olmadığından, sebebe bağlılıkta bu yüzden hukukî sonuç doğmayacaktır. Aynı bir aynî sözleşmenin geçersizliğinden değil)

Kanımca sebebe bağlılıkta dahi aynî sözleşme anlamını kaybetmez. Tasarruf işlemine özgü bir şart olarak "tasarruf yetkisi"nin varlığının aranması bunu ortaya koyuyor. Tasarruf yetkisinin yokluğu zilyetliğin devren kazanılmasını engellemediğine göre, ancak aynî sözleşmeyi geçersiz kılıyor olabilir. Hatemi bu gerçeği, "ateş olmayan yerden duman çıkmaz" sözüyle ifade etmiştir: AYBAY/HATEMİ, a.g.e., s.108.

Ayrıca, hiç olmazsa bazı irade sakatlıklarının (özellikle hata, hile) zilyetliğin devrini etkilemediği görüşüne katılırsa (bak. dipnot 66), bu, sebebe bağlılıkta da aynî sözleşmenin varlığını gösterir: Örneğin, sağlıklı bir iradeyle sattığı malı alıcıya kazandırmak istemeyen satıcının, hataya düşüp, bunu

sadece zilyetliğin devri bulunacak ve sonuç aynî hakkın kazandırılması değil zilyetliğin iktisabından ibaret olacaktır (66).

Burada sözkonusu edilecek olan, aynî sözleşmenin genel olarak hükümsüzlük hallerinden çok, borçlandırıcı işlemin hükümsüzlüğünün aynî sözleşmeyi etkilediği hallerdir. Bu durumlar, "hükümsüzlüğün aynî sözleşmeye bulaşması (sirayeti)" olarak ifade ediliyorsa da, kanımca soyutlukta bu isabetli bir ifade değildir. Burada, bulaşmadan çok, olayın niteliği sonucu aynî sözleşmede ayrı bir hükümsüzlük ortaya çıkmaktadır.

rehin olarak almaya razı olduğunu sandığı alıcıya teslim etmesi, böyle bir durumdur. Hukukî sebebi oluşturan sözleşmede bir sakatlık yoktur. Alıcı malı malik olma niyetiyle almıştır. Zilyetliğin nakli rıza iledir. Sadece varlığı şart olan bir aynî sözleşmenin sakatlığı burada mülkiyet nakline engel olur. Bu gibi durumların bazısında tasarruf işleminin geçersizliğini ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi ve bu nedenle engelenebilir olması, vardığımız sonucu değiştirmez.

Soyutlukta ise, aynî sözleşme -zilyetliğin devri (rızaen geçirilmesi) farkı iyice belirgindir. Örneğin bak. dip not 66.

Sonuç olarak diyebiliriz ki: Aynî sözleşme, zaman bakımından aynı anda (birarada) var olduğu zilyetliğin devrinden hukukî olarak ayrı fakat ona bağlı bir unsurdur.

- (66) Örneğin, muvazaalı olarak yada ahlâka veya hukuka aykırı bir ortak amaçla yapılan tasarruf işleminde -bunu hedefleyen borç ilişkisinin yanı sıra- aynî sözleşme de batıl olacağından mülkiyet geçmez (Bak. s. 125, 126 ). Fakat bu butlan zilyetliğin rıza ile devri gerçeğini etkilemediğinden, taşınırı alan zilyetliğin devren kazanmış olur. Ne var ki bazen sakatlık zilyetliğin devri işlemi de etkiler: Örneğin, ikrah altında tasarruf işlemi yapılması halinde hem aynî sözleşme geçersiz olup mülkiyet geçmez hem de zilyetliğin devri rıza ile olmadığından karşı taraf zilyetliğin devren değil "aslen" kazanmış olur.

Bu arada belirtelim ki, irade sakatlıklarının zilyetliğin devri anlaşmasını ne ölçüde sakatlayacağı, öğretide son derece tartışmalı ve çok belirsiz bir konudur. Bazı yazarlara göre hiç bir irade sakatlığı zilyetlik devrini etkilemez. (bak. OSTERTAG F., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Besitz und Grundbuch, Bern 1917, Art. 933 Nr.7; HOMBERGER A. , Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV. Sachenrecht, 2. Abt. Besitz und Grundbuch 2. Aufl. Zürich 1938, Art. 934, Nr.3; von TUHR/PETER, a.g.e., § 39, not.35, von Tuhr, mutlak zorlama (cebir) dediği ve kişinin direncini kırarak malın elinden alınması şeklinde tanımladığı durum dışında, hiç bir irade bozukluğunun zilyetlik devrini etkilemeyeceğini söylüyor); Bazı yazarlar ise, her tür irade sakatlığının zilyetlik devri sözleşmesini etkileyeceği eğiliminde görünüyor. (bak. AYBAY/HATEMİ, a.g.e., s.46. Hatemi "vasitasız zilyetliğin devri sözleşmesi de bir sözleşme olduğundan hukukî muamelenin genel geçerlik şartlarına bağlıdır" diyor.; Başka bazı yazarlar, hata hükümlerini tamamen hariç tutup, sadece hile ve tehdidin zilyetlik devrini etkileyeceği görüşündedir (STARK E. W., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, IV. Band, 3. Abt., 1. Teilb., Der Besitz, 2. Lieferung, Bern 1966, Art.933 Nr. 29; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s.100 dip not 142); Bir kısım yazar ise, sadece ikrah halinde zilyetlik devrinin hükümsüz olacağını söylüyor (HINDERLING H., Schweizerisches Privatrecht V, Der Besitz, Basel 1977, s.476); Nihayet, bana işin niteliğine en uygun çözüm olarak görünen, Burcuoğlu'nun önerisine göre, sadece ikrahın ve devire doğrudan etki eden hile'nin varlığı halinde zilyetliğin devri sözleşmesi geçersiz olacak, bu nitelikte olmayan hile ve tüm hata halleri, genel olarak hukukî işlemleri sakatlayacak nitelikte de olsalar, zilyetlik devri rıza ile gerçekleşmiş sayılacaktır (Buna ilişkin açıklamalar ve doğrudan olan -doğrudan olmayan hile ayırımına ilişkin örnekler için bak. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, C.I, 5. Bası, İstanbul 1989, s.167-168'de dip not 2a).

Gene belirtelim ki, sınırlı ehliyetsizin yaptığı zilyetlik devri geçerli sayılırken (bak. OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s.100 dip not 142; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, a.g.e., s.168) aynî sözleşme tasarruf ehliyeti eksikliğinden hükümsüz olabilecektir (bak. ilerde s. 122 ).

### b- Aynî Sözleşmede saik hatalarının dikkate alınmaması

Saik hatalarının aynî sözleşmeye etkisi çok önemli bir sorundur. Zira aynî sözleşmelerde saik hatalarının gözönüne alınması, pratikte soyutluk görüşünün sebebe bağlılıktan farkını ortadan kaldırabilir. Gerçi bu durumlarda uygulanması sözkonusu olacak BK m.24/1-4 hükmüne göre, sadece "temel hatası" niteliğindeki saik hataları iptal olanağı verecektir. Ancak hukukçular (67), bu temel hatası yoluyla da borçlandırıcı işleme ait hemen her tür hükümsüzlüğün aynî sözleşmeye sızacağını ve iptal edilmesine yol açacağını belirtmektedirler.

Gerçekten de- her ne sebepten olursa olsun- hükümsüz bir borcun ifası için yanılarak mülkiyet geçiren (veya devralan) kişinin bu yanılmasının aynî sözleşme bakımından "esaslı bir yanılma" olduğu düşünülebilir. Böyle olaylarda BK m.24/1-4 hükmünün kapsamına girmeyecek bir durum düşünmek çok güçtür. Zira, mülkiyet iktisap edenin "ticarî dürüstlük anlayışına göre" devreden bu devri bir borcun ifası olarak yapmadığı düşünmekte haklı olacağı bir durum nasıl olabilir? (68) Özel hükümlerle düzenlenmiş elden bağışlamayı (OR Art. 242/BK m.237) dışarıda bırakmamız gerektiği gözönüne alınırsa, gerçekten de bu sonuç soyutluk görüşünü saçmaya indirgemektedir (69).

Ne var ki, bu sonucun anlamsızlaştırdığı sadece bir hukukî görüş tarzı değil, aynı zamanda OR Art.63/BK m.62 (condictio indebiti) hükmüdür. Daha önce belirttiğimiz nedenlerle (70), geçersiz borcun ifası olarak yapılan mülkiyet geçirimleri de geçersiz olursa bu hükmün açıklanması mümkün olmamaktadır. Böylece, BK/OR 24/1-4 (olduğu gibi aynî sözleşmeye uygulanırsa, condictio indebiti'nin tümü temel hatası hükümlerince emilip tüketilmiş olur (71). Gene daha önce belirttiğim gibi, OR 65/BK 64 hükmündeki ius tollendi (72) de aynı yazgıyı paylaşacaktır.

Şu hâlde, "yasanın çelişkili olmaması gerektiği" ilkesi uyarınca, yasakoyucunun, temel hatası hükümlerinin aynî sözleşmeye (borçlandırıcı işlemin hükümsüzlüğünü tasarruf işlemine taşıracak şekilde) uygulanmasını istemediği kabul edilmelidir (73). Böylece burada bir örtülü boşluk bulunduğundan hareketle, sözkonusu boşluk OR Art.63/BK m.62 (ve OR Art.65/BK m.64) yararına doldurulmaktadır. Hukukçular bu sonucu, "hatta

(67) von TUHR, A., a.g.m., dipnot 91 ve ona ilişkin metin; HOWALD M. a.g.e., s.114.

(68) Daha az rastlansa da, yanılan tarafın devralan olduğu haller için de aynı şey söylenebilir.

(69) Gerçi bu sonuç çerçevesinde dahi soyutluk bir fark yaratabilir: Zira, borçlandırıcı işlemin yok veya batıl olması hâlinde, sebebe bağlılıktan farklı olarak, soyutlukta aynî sözleşme kendiliğinden hükümsüz sayılmayıp BK m.31 uyarınca iptal edilmesi gerekecek, belki de sağlık kazanacaktır. Ancak iki görüş arasındaki farkın buna indirgenmesi gene de saçma kaçır.

(70) Bak. s.114 vd.

(71) von TUHR A., a.g.m., dip not 91

(72) Bak. s.117 vd.

(73) von TUHR A., a.g.m., dip not 91 ve ona ilişkin metin; HOWALD m., a.g.e., s.111, 113, özellikle 114 not 37'ye ait metin.

sadece aynî sözleşmenin içeriğine (ve taraflarına) doğrudan dahil ve ilişkinse bu işlemi sakatlar" (74) ilkesiyle ifade etmişlerdi. Bu çözüme göre -birazdan tek tek belirteceğimiz üzere- aynî sözleşmenin doğrudan doğruya içeriğine ilişkin olmayan saikler, temel hatası niteliği taşısa bile, bu işlem bakımından adi bir saik sayılarak etkisiz kılınacaktır. Söz konusu ölçütün OR/BK 24/I-4 hükmünün aynî sözleşmeden tamamen kovduğu düşünülmektedir. Oysa kanımca, devredilen taşınırın nitelik ve özelliklerinde yanılma şeklindeki temel hatalarında bu sonuç kuşkuludur. İleride buna değineceğim (75).

Nihayet belirtelim ki, bazı hukukçular, aynî sözleşmenin sadece temel hatası sebebiyle değil, beyan hataları dahil hiç bir hata hükmüne göre iptal edilemeyeceğini söylemişlerdir (76). OR/BK 24 hükümlerini bütün fıkra ve bentleriyle aynî sözleşmeden kovan bu görüş gerçekten soyutluğu çok iyi karşılıyor. Ne var ki bu düşünce, Alman Hukuku gibi soyutluğun yasada açıkça düzenlendiği bir sistemde tutamak bulur. Soyutluğun yorumlarla çıkarıldığı İsviçre-Türk Hukukunda değil (77). Kaldı ki Alman Hukukunda da bu yoldaki bazı sert uygulamaların tatmin edici olmayan sonuçlar verdiği kabul edilmektedir (78).

### c- Tasarruf ehliyeti ve tasarruf yetkisinin eksikliği

Fiil ehliyetinin tasarruf işlemindeki görünümü olan tasarruf ehliyetinin eksikliğinde, aynî sözleşmenin daima etkileneceğinden kuşku yoktur. Temyiz kudreti yokluğunda yanî sözleşme de batıl; yasal temsilcinin onayı eksikliğinde, hukukî bir unsurun eksikliğinden askıda ve sonunda ya geçersiz veya tamamen sağlıklı olur.

Tasarruf yetkisinin yokluğunda geçersizliğin nedeni, aynî sözleşmenin yasanın emredici hükümlerine aykırı ve "hukuken imkânsız" olmasıdır (79). Ancak, böyle durumlarda ZGB Art. 933/MK m.901 hükmü çerçevesinde bu eksikliğin bazen giderilebileceğini unutmamak gerekir. İyi niyetli kişilerin iktisabını koruyan bu hükmün, başka hiç bir hukukî etkiye sahip olmayıp, sadece tasarruf yetkisi yokluğunu giderdiğine dikkat edilmelidir (80).

(74) HOWALD M., a.g.e., s.111: Bu formül uyarınca, birazdan ayrı ayrı ele alacağım gibi, sadece, devredilen şeyin kimliğinde, aynî sözleşmenin tarafında, devredilen şeyin miktarında, devirle kazandırılacak hakkın ne olduğunda (aynî sözleşmenin konusunda) hatanın bu işlemi sakatlayacağı kabul edilmiş; buna karşılık, böyle hatalar karşı edime ilişkinse veya hata temel borç ilişkisine ilişkinse, aynî sözleşmeyi sakatlamayacağı kabul edilmiştir. Karş. ilerde s. vd.; Ayrıca bak. KUMMER M., Beiträge zur Lehre von der Causa, insbesondere bei der Abtretung und beim Erlass von Forderung, Bern 1942, s.52.

(75) Bak. s.130.

(76) Savingny'ye dayanan bu görüş hakkında bak. HOWALD M., a.g.e., s.110.

(77) HOWALD M. a.g.e., s.114.

(78) Bak. HECK P. Das Abstrakte Dingliche Rechtsgeschäft, Eichler 1937; HOWALD M. a.g.e., s.114'de belirtilenler.

(79) Karş. s.28 dip not 65.

(80) Kendini malik gibi gösteren veya resmî bir organca tasarruf yetkisi kısıtlanmış kişilerin bu yetkiye sahip görünümü vererek iyi neyitli kişilere yaptıkları taşınır kazandırmaları bu hüküm sayesinde koruna-

Tasarruf yetkisi sadece tasarruf işleminde aranacak bir şart olduğuna göre, sebebe bağlılık soyutluk farkı, ancak, ehliyetsizlik nedeniyle hükümsüz bir işlemde doğan borcun ehliyet kazanıldıktan sonra ifa edilmesi hâli için incelenebilir.

Temyiz kudretini sonradan kazananın yaptığı mülkiyet geçirimi, aynı zamanda içeriği aynı olan yeni bir sözleşmeye icap (veya kabul) oluşturduğu ölçüde, aynı sözleş-

caktır. Söz konusu kuralın işlevi "tasarruf yetkisi eksikliğini düzeltme" olarak belirtildiğine göre, aynı sözleşmede ortaya çıkan diğer yokluk, geçersizlik veya sakatlık halleri bu kural yardımıyla düzeltilmez.

Bu durum karşısında, MK m.901 hükmünün yetkisiz temsilciden iyi niyetle mülkiyet kazanmaya izin vermesi, gerek sebebe bağlılıkta gerekse soyutlukta mümkün değildir. Oysa bunu doğal gören yazarlar vardır: Örneğin bak. OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s.109; GÜRSOY/EREN/CANSEL, a.g.e., s.142.

Burcuoğlu, son derece isabetli olarak, burada sorunun tasarruf yetkisi yokluğundan ibaret olmadığını, yetkisiz temsil nedeniyle sözleşmenin bir tarafı eksik olacağından ve MK m.901 hükmü bu eksikliği gideremeyeceğinden, iyi niyetli kişinin mülkiyeti kazanamayacağını belirtmiştir: Bak. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, s.172 dip not 5.

Sebebe bağlılık görüşüne katılan yazar açısından elbette bunu söylemek yeter. Ben de ekleyeyim ki, soyutlukta da aynı sonuç geçerli olacaktır. Zira kendine temsilci süsü veren kişi tasarruf işlemi de sözde temsilen yapacağından, burada aynı sözleşmenin de devreden tarafı yoktur. MK m. 901 hükmünün tasarruf yetkisi eksikliğini gidermesi durumu kurtarmaya yetmez (Meğer ki temsilci sıfatıyla sözleşmeyi yapan kişi devir anında artık malik olduğunu söyleyerek bu işlemi yapsın ve devralan buna güvenmeye haklı olsun). Aksi takdirde, MK m.901 hükmünün tasarruf yetkisi eksikliğini gidermesi yanında, iktisabın hukukî sebebi yerine geçme işlevi de bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu ise, maddenin ifadesi dışına çıkmak olacağı bir yana, bir sürü anlamsızlıklara yol açar: Eğer hukukî sebep eksikliğini giderme sadece aynı sözleşme eksikliğini giderme ise, bu iktisabın bir borca dayanmadığı gerçeği değişmeyeceğinden, mülkiyeti kaybeden kişinin sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebi ileri sürüleceği açıktır. Ama, 901. maddenin temel borç ilişkisinin eksikliğinin de yerini tutacağı söylenirse, malı elinde tutacak mükteşebnin taahhüt ettiği edim ne olacaktır? Görüldüğü üzere, yetkisiz temsilde 901. maddeye uygulama alanı tanımak, sadece hukukî bir arapsaçı yaratacak şekilde yasal düzenden ayrılmaktır.

Yetkisiz temsil dışında, bir de soyutluk sistemine mahsus şu tür olaylarla karşılaşabilir: (A)'nın emin sıfatıyla zilyeti (B), kendini malik gibi göstererek, (A)'ya ait bir taşınırı iyi niyetli (C)'ye satmış ve teslim etmiştir. Eğer (B) ile (C) arasındaki satım sözleşmesi geçerli ise, iktisabın sebebi vardır ve tasarruf yetkisi eksikliğinin giderilmesi karşısında malik olan (C)'ye karşı (A)'nın yapacağı, (B)'nin elde ettiği ivazı sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebiyle istemektir. Ama eğer (B) ve (C) arasındaki satım sözleşmesi aynı sözleşmeyi (tasarruf işlemi) sakatlamayan bir nedenle hükümsüzse ne olacaktır? Kısacası bu durumda gene MK m. 901 hükmü sadece tasarruf yetkisi eksikliğini gidermeli ve (C)'nin malik olmasını sağlamalı, (A)'nın (C)'ye karşı ileri süreceği sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebini engellemelidir. Aksi halde, iktisabı kalıcı olacak (C), malı elinde tutarken, aralarındaki sözleşmenin geçersizliğine dayanarak karşı edimi (B)'ye vermektен kurtulacak, vermişse geri isteyebilecektir. (B)'nin (C)'den malı istemesini sağlayacak ne aynı ne de şahsî hakkı vardır (mülkiyet hakkı korunan C'yi *condictio possessionis* ile iadeye zorlaması da düşünülemez). Bu sonuç (C)'ye 901. maddenin anlamını çok aşan bir çıkar sağladığı gibi; (A)'yı da -(C)'nin yanı sıra- bir ivaz elde edemediği için (B)'den de sebepsiz zenginleşmenin iadesini isteyemez hâle getirmektedir. Bu duruma çare bulmak için (C) ile (B) arasındaki borç ilişkisinin hükümsüzlüğünün de düzeldiği (veya ileri sürülemeyeceği) şeklinde bir çözüme yönelinirse, MK m.901 hükmüne artık hiç taşıyamayacağı çok aşırı bir anlam verilmiş olacağı açıktır. İyi niyetli kişilerin korunması hükmünün batıl veya iptal edilebilir sözleşmelere sıhhat kazandırmaya da yaradığı herhalde savunulamaz. Aksi takdirde, şurada anlatamayacağım kadar çarpık sonuçlar doğabilir. Özetle, MK m.901 Hükmünü, sadece tasarruf yetkisi eksikliğini düzeltme ve bunun dışında diğer hukukî sonuçların normal seyrine asla engel olmayan bir hüküm olarak kabul etmek zorunluluğu vardır. Aksi tutum batak bir yola sapmak olur.

meyle beraber artık hukukî sebep de var sayılacaktır. Soyutluk işlevsizdir. Fakat böyle değilse, borç ilişkisinin temyiz kudretinin yokluğundan dolayı geçersizliğini bilmeyen devredenin durumu aynî sözleşme için saik hatası sayılır ve soyutlukta mülkiyet geçişini etkilemez. Başvurulacak yol, sebepsiz zenginleşme hükümleridir.

Sınırlı ehliyetsiz tam ehliyetli hâle geldikten sonra tasarruf işleminin yapılması, "temel borç ilişkisine icazet" anlamına geleceğinden, sebep yokluğu giderilecektir. Soyutluk işlevsizdir.

#### d- Borcun yokluğunun etkisi

Burada en çok rastlanacak durum, alacaklısı sanarak bir başkasına mülkiyet geçirimidir (81). Ayrıca olmayan kabul cevabını var sanan veya olmayan icabı kabul ettiğini sanan kişinin mülkiyet geçirimi; ya da mevcut borcun ifası diye bununla ilgisiz bir mülkiyet geçirimi (kiraya verenin kendini satıcı sanması gibi) hâlleri sayabiliriz (82). Böyle durumlarda -ne sebepten olursa olsun (83)- karşı taraf da mülkiyetin geçmesi amacıyla davranmışsa, soyutlukta mülkiyet geçer. Devredenin durumu aynî sözleşmede saik hatasına düşmekten ibarettir. Sebepsiz zenginleşme kurallarına yollanır.

Buna karşılık, aynî sözleşmeyle borçlandırıcı işlem aynı anda kurulacaksa, sadece aynî sözleşmeyi yapmak mümkün değildir. Örneğin, icapla birlikte satılan malın gönderilmesinde, alıcı malı kabul edip satım sözleşmesini reddedemez. Zira beyanda bulunan satıcı, bunların birbirine bağlı olduğunu bildirmiş sayılır (84). Aynı gerekçeyle, satılanı bağış (veya tersi) olarak kabul etmek suretiyle de aynî sözleşmenin gerçekleşmeyeceğini kabul etmek yerinde olur (85).

(81) Örneğin; (B)'ye karşı mülkiyeti nakil borcu altında olan (A)'nın, alacaklısını (B) değil de (C) sandığı için, (C)'ye devirde bulunması böyledir.

Buna karşılık, (A), (C)'yi alacaklısı (B) sanarak- (B)'ye veriyorum diye- devirde bulunmuşsa (:çoğu kez göndermeli ifalarda olur); sorun sadece mülkiyet devredilen kişiyi alacaklı sanmak değil, aynî sözleşmenin tarafının kimliğinde yanılmaktır. Bunun aynî sözleşmeyi geçersiz kılacağı hakkında bak. s.128, 129.

(82) Buna karşılık, yetkisiz temsilcinin sözde temsil olunan adına malı alması veya vermesinde durum farklıdır. Zira burada aynî sözleşmenin de kurulmadığından kuşku yoktur: Bak. dip not 80

(83) Soyutluk görüşü yanlılarından Arslanlı, devralanın hukukî sebepteki geçersizliği (veya sakatlığı) bile rek taşınırı aldığı hallerde, soyutlukta da aynî hakkın kazanılmaması gerektiğini söylüyor: ARSLANLI H., a.g.e., s.78-79; Kanımca -ahlakâ aykırılık özel durumu dışında (bak. s. 126)- bir sakatlığın aynî sözleşmeye etkisini karşı yanın bunu bilip bilmemesine bağlamak doğru değildir. Yukarıda ve devamında belirteceğim her bir geçersizlik- sakatlık hallerine ilişkin ölçütleri uygulamak yeter. Bu ölçütlere göre aynî sözleşmenin geçerli olduğu sonucuna varılırsa, iyi niyetli olmama sadece müktesebin "kötü niyetli sebepsiz zenginleşen" sayılmasına ve böylelerinin iade yükümüne ilişkin kurallara (BK m.63/II, 64) tabi olmasına yol açar. Ancak, eğer gerçek durumu bilerek aynî sözleşmeyi yapan kişinin bu davranışı somut olayda "hile" sayılabilirse, sonuç değişir. İlerde belirteceğim üzere, hile hangi tarafa ilişkin olursa olsun aynî sözleşmeyi sakatlar: Bak. s.127.

(84) von TUHR A., a.g.m., not 94'e ilişkin metin.

(85) von TUHR A., a.g.m., not 94'e ilişkin meti.

## e- Borcun batıl olmasının etkisi

### aa- Geçerlilik şekline aykırılıkta

Şekle aykırı bağış sözleşmesinde BK m. 237 özel hükmü uyarınca ifa ile butlanın bertarafı karşısında, aslî edim konusu taşınır mülkiyeti geçirmek olan bir sözleşmenin yasal zorunlu şekle aykırılığı ile pek karşılaşılmayacaktır. Böyle sözleşmelerde daha çok iradî şekle aykırılık sözkonusu olabilir.

Buna karşılık, taşınmaz mülkiyeti naklini içerdiği için zorunlu şekle tâbi bir sözleşmede, edimlerden birinin taşınır mülkiyeti geçirmek olduğu hâllerde, tartışma güncelleşir. Özellikle, taşınmaz satımı sözleşmelerinde paranın mülkiyetinin iktisabı bakımından da soyutluk önem kazanır. Nitekim, incelediğimiz Federal Mahkeme kararında böyle bir durum vardır. Ayrıca, taşınmazla taşınırın trampası veya taşınmaz satımının yan edim yükümü olarak taşınır mülkiyeti geçiren sözleşmelerde de durum böyledir.

Bu sözleşmelerde, şekle aykırılık butlanına rağmen, soyutlukta taşınırın mülkiyeti geçecektir. Zira aynî sözleşmenin kendisi şekle tabi değildir (86). Devredenin borçlandırıcı işlemdeki şekle aykırılığı bilmemesi ise, aynî sözleşme bakımından sadece bir saik hatası oluşturur ve mülkiyet naklini etkilemez.

Belirtelim ki, şekle aykırılığın dürüstlük kuralı uyarınca aşıldığı durumlarda, artık hukukî sebep var sayılacağından, soyutluk-sebebe bağlılık tartışmasına yer yoktur.

### bb-Muvazaada

Mutlak muvazaada taraflar, borçlandırıcı işlemin hiç bir hukukî sonuç doğurmasını istediklerine göre, bunun ifası olarak yaptıkları zilyetlik devrine de hiç bir aynî sonuç bağlamadıkları açıktır. Aynî sözleşme de muvazaalıdır. Soyutlukta da mülkiyet geçmez.

Nispî (mevsuf) muvazaa hâlinde ise, sebebe bağlılıkta da kural olarak gizli anlaşmanın geçerli kalması karşısında; soyutluğun yaratacağı tek fark, gizli sözleşmenin şekle aykırılıktan batıl olduğu hâllerde de (yukarıda belirttiğimiz üzere) buna ilişkin aynî sözleşmenin geçerli kalıp mülkiyetin geçmesidir.

### cc-İmkânsızlıkta

İmkânsızlık sebebiyle BK m.20 uyarınca batıl bir sözleşmede, ister maddî ister hukukî imkânsızlık olsun, soyutluk veya sebebe bağlılık farkı doğal olarak sadece imkânsızlaşmayan karşı edim veya bir yan edim bakımından ortaya çıkabilir. Sebebe bağlılıkta bu edimin ifası da geçersizken, soyutlukta imkânsızlık butlanı aynî sözleşme

(86) HOWALD M., a.g.e., s.102 vd.; STAUDİNGER, kommentar zum BGB, § 929, IV, 1, a

için bir saik hatası olabilir ve mülkiyet geçişini etkilemez (87). İade talebi sebepsiz zenginleşmeye dayanır.

#### dd- Ahlâka ve hukuka aykırılıkta

Ahlâka aykırılıkta özel bir durumla karşılaşılır. Burada butlanın (BK m.20) sadece işlemin konusuna değil, taraflarca izlenen ortak amaca da dayanabileceği kabul edilmektedir (88). Bir diğer deyişle, yapılan işlemdeki ortak saik'in ahlâka aykırı olması, butlanın sözkonusu olması için yeterlidir. Şu hâlde, ahlâka aykırılıkla batıl bir sözleşme uyarınca yapılan mülkiyet nakillerinde, aynî sözleşmede de aynı ortak amaç izlendiğinden, tasarruf işlemi de batıldır. Soyutlukta da mülkiyet geçmez (89).

Hukuka aykırılıkta, hukukun yasakladığı husus mülkiyet nakline de ilişkin olduğusüreçe soyutluk-sebebe bağıllık fark etmez. Mülkiyet kesin olarak geçmez. Ancak aynî hakkın devri değil de sadece sözleşmenin bazı unsurları hukuka aykırı ise (karşı edim gibi) bu durumda soyutlukta mülkiyet geçer (90). Örneğin devri yasak bir malın mülkiyetinin naklini içeren sözleşme bu yüzden batıl olsa bile, yasak olmayan karşı edim konusu taşınırın veya yan edimi oluşturan taşınırın mülkiyeti geçer (91). Ancak sebepsiz zenginleşme oluşturur.

Aynı sonuç, hukuka aykırı bir şart veya mükellefiyetle yapılmış sözleşmeler uyarınca gerçekleşen mülkiyet nakilleri için de kabul edilmektedir (92). Zira, mülkiyeti muhafaza sözleşmesi (MK m.688) koşulları dışında, taşınırlarda tasarruf işleminin şarta bağlanması mümkün değildir. Şart ve mükellefiyetler sadece borçlandırıcı işlem bakımından doğrudan sonuç doğurur. Aynî sözleşmeyi kayıtlamaz.

(87) HOWALD M., a.g.e., s.104; Ama karşı. dip not 83

(88) Bilgi için bak. HATEMİ H., Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, s.180 vd; ÖZ M.T., BK m.65 Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve BK m. 20 ile ilişkisi..., İBD 1985 (C.59), S.1-2-3, s.118

(89) HOWALD M. a.g.e., s. 106; STAUDİNGER, a.g.e., § 873, IV, 2,b.

Bu sonuca karşılık, BK m. 65 (OR Art.66) hükmünün ahlâka aykırı amaçla verilen şey için ileri sürülecek sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebinin engellenmesini niçin düzenlediği sorulabilir. Zira bu hüküm, böyle durumlarda sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşeceği (mülkiyetin geçeceği) gözönüne alınarak düzenlenmiştir. Sorunun yanıtı, BK m.65 Hükmünün, BK m.20 Hükmündeki gibi ortak amaca değil, sadece verenin temel saik'ine sonuç bağlamasıdır. Bu bakımdan, BK m.20'deki ahlâka aykırılık butlanına girdiği halde BK m.65'deki yasağa takılmayan durumlar olduğu gibi; BK m.65 yasağına girmesine karşılık BK m.20'deki butlana uğramayan durumlar da vardır. Genellikle gözden kaçırılmış bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bak. ÖZ M.T., a.g.m., s.105-130.

(90) HOWALD M., a.g.e., s.105

(91) Bir başka örnek olarak; fiyat sınırını tecavüz eden satım sözleşmesi bu yüzden geçersiz sayılsa bile, teslim edilen şeyin mülkiyetinin geçeceği belirtilmektedir: HOWALD M., a.g.e., s.105 ve orada belirtilen yazarlar. Ancak, böyle durumlarda sözleşmenin fiyat sınırı üzerinde yapılmış gibi hüküm doğuracağı görüşü de gözönünde tutulmalıdır.

(92) HOWALD M., a.g.e., s.105



### f- Hile ve ikrahın etkisi

Hile ve ikrahta yasakoyucu, işlemin yapılmasıyla bu durum arasında nedensellik bağlı varsa, saike ilişkin olarak bir geçersizlik hükmü getirmiştir (BK m.28, m.30). Şu hâlde, hile veya ikrahla sakat bir sözleşmenin ifası olarak mülkiyet nakleden kişi, nakil sırasında da aynı etki altındaysa, aynî sözleşme de hile veya ikrahla yapılmış olacaktır (93). Soyutluk bu durumda tasarruf işlemi kurtaramaz. İptal beyanı borç ilişkisinin yanı sıra aynî sözleşmeyi de geçersiz kılacak, mülkiyet geçmemiş olacaktır (94). Yok eğer devreden aynî sözleşme sırasında hileyi öğrenmiş veya ikrahın etkisi geçmişse, bu kez de davranışı örtülü bir icazet sayılarak borç ilişkisi sağlık kazanacağından, artık iktisap sebepsiz olmayacaktır.

Görüldüğü gibi, burada sebebe bağlılık soyutluk tartışmasına yer yoktur. Hileden veya ikrahtan yararlananın yaptığı mülkiyet geçiriminde ise, bu kez aynî sözleşmenin karşı yanının iradesi hile veya ikrahla sakat olduğundan, sonuç değişmemelidir. Bu kişi kendi iptal beyanı ile baştan itibaren mülkiyet hakkını kaybedecektir.

Öğretide, mülkiyet devrinin devir borçlusunun bir temsilcisi tarafından yapıldığı hâllerde, temsilci olunanın hileye uğramış olmasının aynî sözleşmeyi etkilemeyeceğini savunanlar vardır (95). İrade bozukluklarında temsil olunanın değil temsilcinin şahsının esas alınmasını düzenleyen BGB § 166 hükmünden esinlenen bu görüş, aynî sözleşmeyi yapan temsilcinin iradesinin sakat olmadığına dikkat çekmektedir. Bu görüşü tereddütle karşılıyorum. Temsilci aynî sözleşmeyi kendi adına değil, devreden adına yapmıştır. Ayrıca, doğrudan teslimde bulunan iradesi sakat kişinin mülyet hakkıkoruyup, temsilci aracılığıyla teslimde bulunan iradesi sakat kişinin mülkiyet hakkını kaybettirmenin izahı güçtür.

### g- Hatanın etkisi

Eski bir görüşe göre (96), hata aynî sözleşmeyi asla sakatlamaz (97). Aksi halde soyutluğun işlem güvenliğini sağlama amacı ihlâl edilmiş olur. Bu görüş artık terkedilmiştir. Kabul gören çözüme göre (98), hem borç ilişkisini hem de aynî sözleşmeyi sakat-

(93) Ayrıca belirtelim ki, borçlandırıcı işlem hile ve ikrahla sakat olmasa bile, aynî sözleşme bu sebeple sakat olabilir: Örneğin, sağlıklı irade ile sattığı malı vermektan kaçınan satıcının hile veya tehdit altında devri yapması böyledir. Sabebe bağlılıkta bile durumlarda mülkiyet geçmez (Bazen geçersizliği ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı düşebileceği düşünülebilir).

Gene ayrıca, hile ve ikrahtan başka bir sebeple geçersiz (yada yok) veya sakat bir borcun ifasındaki aynî sözleşme hile veya ikrahla sakat olabilir.

(94) von TUHR A., a.g.m., s.70 vd.; HOWALD M., a.g.e., s.114

(95) von TUHR A., a.g.m., dip not 96

(96) Bu görüşün Savingn'ye yadandığı hakkında bak. HOWALD M., a.g.e., s.110

(97) Karşı s.

(98) HOWALD M., a.g.e., s.110; OFTINGER K., Von der Eigentumsübertragung and Fahmiss, Bern 1933, s.92 vd.; KUMMER M., Beiträge zur Lehre von Der Causa, s.501 vd.

layan hatalar bulunduğu gibi, sadece borç ilişkisini sakatlayan hatalar ve sadece aynî sözleşmeyi sakatlayan hatalar da vardır. Örneğin: "yanlış mal satma ve yanlış mal teslim etme" her iki işlemi sakatlayan hata; "satış sanarak bağış sözleşmesi yapma ve malı teslim etme" sadece borç ilişkisini sakatlayan hata; "sağlıklı bir iradeyle sattığı malı herhangi bir sebepten dolayı alıcıya vermek istemezken başkasına veriyorum diye (kişide hataya düşerek) alıcıya teslim etme" (99) sadece aynî sözleşmeyi sakatlayan hata grubuna girer.

Burada özellikle borçlandırıcı işlemdeki hata çeşitlerinin aynî sözleşmeye etkisi belirlenecektir:

#### aa- Sözleşmenin niteliğinde hata

Aynî sözleşmenin içeriğini etkilemedikçe bu hatalar soyutlukta mülkiyet geçişini etkilemez. Örneğin, satış yerine yanlışlıkla bağış (veya tersi) beyanında bulunan kişi, mülkiyet nakli sırasında hâlâ bu yanılıyla davranmış olsa da mülkiyet geçer. Zira aynî sözleşmenin içeriğinde bir hata yoktur (100). O malın mülkiyetinin geçmesi hususunda anlaşılmıştır. Hukukî sebepte yanılma aynî sözleşme bakımından saik hatasıdır ve gözönüne alınmaz (101). Sözleşmeyi iptal eden taraf sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollar.

Buna karşılık, hata eden bir başka aynî hak nakletmek isterken aynî sözleşme bir başka aynî hak üzerinde olmuşsa veya sadece zilyetlik geçirilmek istenirken devralan bir aynî hak kazanma düşüncesiyle hareket etmişse (ya da tersi), tasarruf işlemi soyutluk görüşünde de hüküm doğurmaz (102). Örneğin, kendini rehin verme borçlusunu sanan satıcı malını bu düşünceyle devretmişse; kira sözleşmesi yapmak isterken satım sözleşmesi yapan kişi kendini kiraya veren sanarak malı teslim etmiş ve aynî sözleşmenin karşı yanı burada da güven kuramı uyarınca malik olma düşüncesiyle malı teslim almışsa, durum böyledir. İptal beyanı üzerine aynî sözleşme de baştan itibaren hükümsüzleşir.

#### bb- Kişide hata

Kişide hata sebebiyle sakat bir sözleşme kuran taraf, tasarruf işlemi sırasında da devri aynı hata ile yapmışsa, aynî sözleşme de sakattır (103). Soyutluk işlemez (104). İptal üzerine mülkiyet geçmemiş sayılır. Ancak, malvarlığı hukukunda sözleşmenin bir

(99) veya "sattığı malı vermek istemezken başka bir şey veriyorum sanarak o malı teslim etme" (Bu gibi durumların bazısında aynî sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı düşecek ve bu suretle engellenecek olması, yapılan nitelendirmeyi değiştirmez).

(100) HOWALD M., a.g.e., s.112

(101) Böyle ama, karşı. dip not 83

(102) HOWALD M., a.g.e., s.112

(103) Borçlandırıcı işlemde sakatlık olmasa bile, sadece aynî sözleşmede bu durumla karşılaşabilir: Bak dip not 99'a ait metin.

(104) HOWALD M., a.g.e., s.112

kimsenin kişiliği gözönüne alınarak yapılmasına seyrek rastlanır. Kişide hata sebebiyle iptal olanağı, bu seyrek durumlarda sözkonusu olacaktır (105). Esasen borçlandırıcı işlem esaslı hata teşkil etmediğinden kişide hata sebebiyle iptal edilemiyorsa, aynı durum tekrar etmişse, aynî sözleşmenin de bu sebeple iptali sözkonusu olmaz.

Öte yandan, kişide hata sadece borçlandırıcı işlemde gerçekleşmiş olur, aynî sözleşmede de ayrıca kişide hataya düşülmemişse, borçlandırıcı işlemin durumu aynî sözleşme için sadece saik hatası oluşturur ve soyutlukta mülkiyet geçirimini iptalden etkilenmez (106). İade isteyen sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderilir.

Üçüncü kişinin şahsında hata ise, aynî sözleşme bakımından sadece saik hatasıdır ve soyutlukta gözönüne alınmaz. Borç ilişkisi iptal edilse bile devir geçerli kalır. Ancak sebepsiz zenginleşme oluşturur.

### cc- Sözleşmenin konusunda hata

Sözleşmenin konusu olan taşınırın kimliğinde hataya (Identitätsirrtum) düşen taraf, yanılışı sürerek bu taşınırı devretmişse (veya devralmışsa), aynî sözleşme de sakattır üzerine mülkiyet geçmemiş sayılır (107). Soyutluk işlevdir (108). Fakat karşı edimin kimliğinde hata, borç ilişkisini sakatlasa da, soyutlukta üzerinde hataya düşülmeyen edimin ifasını etkilemez. Burada borç ilişkisindeki sakatlık aynî sözleşme bakımından saik hatası sayılır ve mülkiyet geçişini etkilemez (109). İptal üzerine iade isteyen sebepsiz zenginleşme kurallarına yollanır.

### dd-Nicelik hataları

Malın miktarında hata devir sırasında da gerçekleşmişse, aynî sözleşmeyi de sakatlar, soyutluk işlemez (110). İptal üzerine mülkiyet de geçmemiş sayılır. Ancak karşı

(105) HOWALD M., a.g.e., s.112

(106) Kuşkusuz bu tartışma sadece ifanın borç ilişkisindeki sakatlığı düzelten bir icazet oluşturmadığı durumlarda anlam taşır. Örneğin; satıcı (A) kişide hata sonucu (B) ile kurmak istediği satım sözleşmesini (C) ile kurmuşsa ve alacaklısını (B) sandığı için taşınırı (B)'ye teslim etmişse, durum böyledir. Sözkonusu durumda (A) ile (B) arasında gerçek bir borç ilişkisi yoktur. Ancak aynî sözleşmede kişide bir hata olmadığından, mülkiyet geçer. Aslında bu durumlar temel ilişkinin yokluğunun aynî sözleşmeye etkisi olarak incelenmelidir. Nitekim daha önce bu çerçevede açıklamıştım: Bak dip not 81 ve ona ilişkin metin.

Buna karşılık, (A), kişide hata sonucu, (B) ile kurmak istediği sözleşmeyi (C) ile kurmakla kalmayıp, teslimi de (B) sandığı (C)'ye yapmışsa, az önce belirttiğimiz üzere, aynî sözleşme de kişide hata yüzünden sakat olur. Bu durumla daha çok temsilci aracılığı ile yapılan ifalarda, özellikle göndermeli teslimlerde karşılaşılır. Karş. dip not 82. Ayrıca, borçlandırıcı işlemin sağlıklı olmasına rağmen sadece aynî sözleşmenin bu sebeple sakat olabileceği hakkında bak. dip not 99'a ait metin.

(107) Temel borç ilişkisi sağlıklı olsa bile aynî sözleşmenin bu nedenle sakat olabileceği hakkında bak dip not 99'daki örnek.; Ayrıca temel borç ilişkisi yok yada başka bir sebeple geçersizken aynî sözleşme taşınırın kimliğinde hata nedeniyle sakat olabilir.

(108) HOWALD M., a.g.e., s.113

(109) HOWALD M., a.g.e., s.113

(110) HOWALD M., a.g.e., s.113

edimin (ivazın) miktarında hata, aynî sözleşmeyi etkilemez. Soyutlukta mülkiyet geçer (111). İptal üzerine iade isteyen sebepsiz zenginleşme kurallarına gönderilir.

### ee- Temel hatası

Aynî sözleşmenin temel hatasından etkilenmeyeceği düşüncesinin benimsenmesinin sebebi, daha önce açıkladığımız üzere, borçlandırıcı işlemdeki bütün sakatlıkların bu kanalla aynî sözleşmeyi etkilemesini önlemektir (112). Böylece, "aynî sözleşmenin içeriğine doğrudan dahil olmayan hataların, bu sözleşmeyi sakatlamayacağı" ilkesine varılmıştır (113). Bunun sonuçlarından biri olarak, borçlandırıcı işlem OR/BK 24/I-4 uyarınca temel hatası ile sakat dahi olsa, aynî sözleşme açısından sadece saik hatası sayılacak bu durum, soyutlukta mülkiyetin geçişini etkilemeyecektir (114). İptal üzerine iade isteyen sebepsiz zenginleşme kurallarına yollanır.

Gelgelelim, temel hatasının "devredilen taşınırın nitelik ve özelliklerinde hata" şeklindeki özel bir türünde, kanımca bu sonuç tartışma götürür. Zira burada hatanın aynî sözleşmenin içeriğine dahil olmadığını söylemek güç görünüyor. En azından, yukarıda belirttiğimiz bu ilkeyi aşarak, yasakoyucunun temel hatasını -bu ilkeyi benimsediği için değil- doğrudan ve tamamen aynî sözleşmeden kovduğu şeklinde ek bir yorum yapılması gereklidir. Nitelik ve özellik hatasının aynî sözleşmeyi etkilemeyeceği sonucuna ancak böyle varılabilir. Böyle bir yorumun yapılabilip yapılamayacağı konusunda ise kararsız olduğumu belirtmek zorundayım (115).

Nitelik ve özelliklerde hatanın temel hatası nedeniyle aynî sözleşmeyi sakatlayabileceği kabul edilse bile, üzerinde bu tür hataya düşülmeyen karşı edimin devrinde soyutluk görüşü uyarınca mülkiyet geçer. Nitelik yanılmasına konu diğer taşınır ve bu yüzden borç ilişkisinin sakat olması, üzerinde yanılığa düşülmeyen taşınırın naklinde aynî sözleşme için bir adi saik hatası oluşturur ve gözönüne alınmaz. İptal üzerine bu şey sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbi olur.

(111) HOWALD M., a.g.e., s.113

(111) HOWALD M., a.g.e., s.113

(112) Bak s.121, 122.

(113) Bak s.121, 122 dip not 73, 74'de belirtilen yerler, bu dip notlarda ve buna ilişkin metinlerdeki açıklamalar.

(114) HOWALD M., a.g.e., s.114; von TUHR A., a.g.k., dip not 91; KUMMER M., a.g.e., s.52.

(115) devredilen taşınırın nitelik ve özelliklerinde hatanın aynî sözleşmeyi sakatladığı kabul edilirse, bunun sonuçlarından biri olarak, satımda veya eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sözleşmeden döneceği yerde -çoğu kez bu hakka ilişkin kısa süreleri kaçırdığı için- koşulları ayrıca gerçekleşen iptal hakkını kullanan alıcı (veya iş sahibi), elindeki malın mülkiyetini kazanmamış sayılacağından, sebepsiz zenginleşme yerine haksız zilyetlik hükümlerine göre iade zorunda kalacaktır. Zira aynî sözleşmeyi etkilediği kabul edilen bir sakatlıkta bunun hangi taraf bakımından gerçekleştiğinin önemi yoktur (iptal hakkını kimin kullanacağı dışında).

### h- Gabin durumunun etkisi

Gabin (BK m.21) sebebiyle sakat bir sözleşmede sakatlık bir irade bozukluğuna dayanmadığı gibi, edimlerden birinin maddi varlığına da ilişkin olmadığından, soyutlukta mülkiyet devrini etkilemez. Gabinde hukukî sonucun bağlandığı olgu (üç özel durumdan biri yüzünden aşırı edim dengesizliği içeren bir sözleşme yapma), aynî sözleşmeye tamamen yabancısıdır. İptal beyanı üzerine soyutlukta her iki taraf da verdikleri şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edecektir.

### i- Sözleşmeden dönmenin etkisi

Öğretide ve uygulamada sözleşmeden dönmenin sonuçları hakkında değişik görüşler (116) benimseyen herkesin üzerinde ittifak ettikleri nokta, dönülen sözleşme uyarınca verilmiş şeylerin mülkiyet durumunda değişiklik olmayacağıdır (117). Böylece, borç ilişkisinin dönme ile çözülmesinin aynî sözleşmeyi etkilemeyeceği sebebe bağlılık yanlılarınca da kabul edilmektedir. bu sonuca varılırken en çok dayanılan gerekçe, aynî hakların bağımsızlığı ilkesidir. sadece benim tarafımdan savunulan bir görüş, sözleşmeden dönmenin geçmişe yürürlü etkisinin, ancak soyutluk görüşü benimsenirse, vaktiyle gerçekleşmiş iktisabın geçerli olmasına izin vereceği şeklindedir. Bu sorunu ayrıntılı olarak incelediğim yayınlarımdaki açıklamalara yollama yapmakla yetiniyorum (118).

## IV. FEDERAL MAHKEMENİN BU KARARININ YERLEŞİK İÇTİHADIYLA ÇELİŞMESİ

Daha önce (III, 3, c ve d başlıkları altında) belirttiğimiz gerekçelerle, OR Art. 63/BK m.62 hükmünün ancak soyutluk görüşüyle anlam taşıdığını ve benimsenmesi gerekenin soyutluk görüşü olduğunu açıkladık (119). İncelediğimiz kararda Federal Mahkeme bu tartışmaya hiç değinmeden soyutluk görüşünün bir sonucunu uyguluyor. Şekle aykırı sözleşme uyarınca (A) tarafından (B) ve (C)'ye verilen paranın devir anında iktisap edilmesi hâlinde uygulanabilecek *Condictio indebiti*'yi bambaşka bir yolla aşma çabası (120), bunu açıkça göstermekte.

(116) Son derece tartışmalı bir konu olan sözleşmeden dönmenin sonuçları hakkında değişik görüşler, farklı kuramlar ve bunların değerlendirilmesi için bak. ÖZ M.T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.24 vd. Özellikle s.34 vd.; ÖZ M.T., Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD. Yıl 1985, s.16, s.162 vd.

(117) von TUHR / ESCHER, a.g.e., § 73, VII, s.155; BECKER H., a.g.e., Art. 109 Nr.2; OSER / SCHÖNENBERGER, a.g.e., Art. 109, Nr. 5; TUNÇOMAĞ K., a.g.e., C.I, Genel Hükümler, s.952; OĞUZMAN K., Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, 4. Bası, İstanbul 1987, s.327.

(118) ÖZ M.T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s.40, özellikle s.231 vd.; ÖZ M.T., MHAD 1985, s. 162 vd. Bu görüş doğrultusunda: BGE 109 II 26 ff.

(119) Bak. s.113 vd.

(120) Bak. s.107

Oysa Federal Mahkemenin sebebe bağlılık görüşünü yerleşik içtihat olarak kabul ettiğini biliyoruz (121). Burada bir çelişki karşımıza çıkıyor. Kendi sebebe bağlılık içtihadı doğrultusunda Federal Mahkeme'nin yapması gereken, (A)'nın şekle aykırılığa dayanan iade talebine karşı (B) ve (C) tarafından ileri sürülen "borç olmayan paranın bile rek verildiği" itirazını, burada paranın mülkiyetini tasarruf işlemiyle değil sonradan müdahale (parayı kendi malvarlıklarına karıştırma, teşhis olanağının kaybolmasına yol açma) yoluyla (122) kazandıkları için OR Art.63/BK m.62 hükmüne dayanamayacakları gerekçesiyle, bertaraf etmesiydi. Böylece, hem kendi içtihatlarıyla benimsediği sebebe bağlılık görüşüyle tutarlı bir sonuca varmış hem de istediği hukukî sonuca ulaşmış olurdu.

Bu hâliyle kararın gerekçeleri, bize sadece iki seçenek bırakıyor: Ya Federal Mahkeme'nin bu kararıyla sebebe bağlılık görüşünden -örtülü olarak- döndüğünü ve soyutluğu benimsediğini kabul etmek; yada *Condictio indebiti* (OR Art. 63/BK m.62) hükmünü ifa dışı iktisaplara da uygulayarak yasayla bağdaşmayan hatalı bir görüşe sahip olduğunu kabul etmek. Bana ikincisi daha gerçekçi görünüyor (123).

## V. KARARIN OR Art. 63/BK m.62 HÜKMÜNÜ *CONDICTIO OB CAUSAM FUTURAM* KAVRAMI İLE AŞMA YÖNTEMİNİN ELEŞTİRİSİ VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN AŞILMASI ÖNERİSİ

### 1- Karardaki çözümün tahlili ve eleştirisi

#### a- Çözümün tahlili

Kararın çözümü *Condictio indebiti*'nin daha önce açıkladığımızdan farklı bir özelliğine dayanıyor. Bu özellik, OR Art.63/BK m.62 hükmünün sadece mülkiyet devredenin geçersiz bir borcun ifası düşüncesiyle bu tasarruf işlemi yapması hâlinde uygulanabileceğidir.

Buna göre, hükmün amacı, geçersiz bir borcun bu özelliğini bilen fakat gene de bu borcun ifası için kazandırmada bulunan kişinin iade talebini etkisizleştirmektir (124). Oysa karşılıklı edim değişimi şeklindeki ilişkilerde *condictio indebiti* hükmünün uygulanması, bazen yasakoyucunun amacını aşan çarpık sonuçlar verecektir. Zira bu durum-

(121) Bak. s. 110 dip not 25, 26 ve bunlara ilişkin metin.

(122) Karş. s.108 Paranın MK m.700 (ZGB Art.727) yoluyla kazanılabileceği için bak. GÜRSOY / EREN / CANSEL, a.g.e., s.126.

(123) Özellikle, bu isabetsiz bulduğum düşünceyi ifade eden eski bir Federal Mahkeme kararının varlığı karşısında: BGE 55 II 302 vd.

(124) Bu hüküm bakımından ayrıntılı bilgi için bak. WENNER M.A., *Die Voraussetzungen Ungerechtfertigter Bericherung unter Besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität*, Zürich 1977, s.77 vd.; Ayrıca baştaki açıklamalarım s.105 dip not.2

larda borcun geçersizliğini bilerek ifa eden kişi, ek bir özellik olarak, bu sayede bir karşı edimi elde edeceğini düşünerek ifada bulunmaktadır. İktisapta bulunanın, bir yandan borcun geçersizliği sayesinde kendi edimini ifadan kaçınırken, bir yandan da iktisap ettiği edimi OR/Art. 63/BK m.62 hükmü uyarınca iadedden kaçınması, adalet duygusunu incitecek bir sonuçtur (125). Olayda da böyle bir durumun bulunduğu düşüncesiyle, taşınmaz mülkiyetini devir yükümlülüğünü yerine getirmeyecek olan (B) ve (C)'nin, (A)'nın verdiği paraları ellerinde tutması engellenmek istenmiştir.

Burada Federal Mahkemenin, tasarruf işleminin geniş anlamda (Causa anlamında) sebebinin, "geçersiz borcu ifa" değil de, "karşı edimi elde etme beklentisi" olduğu gerekçesine yöneldiğini görüyoruz. Böylece (A)'nın yaptığı kazandırma "ifa sebebiyle" (causa solvendi) değil de, "bir karşı hak iktisap etmek için" (bir tür causa credendi) yapılmış sayılıyor. Buna bağlı olarak kazandırmanın yol açtığı zenginleşme de "borç olmayan şeyin ifası" yüzünden olmayıp, "gerçekleşmeyen sebep" yüzünden ortaya çıkmış sayılmıştır.

Gerçekten de gerek öğretide (126) gerekse uygulamada (127), karşı edim beklentisi ile yapılan kazandırmaların, bu beklentinin boşa çıkması üzerine, "gerçekleşmeyen bir sebebe dayanan iktisap" (condictio ob causam futuram=condictio causa data causa non secuta) oluşturacağı, OR Art. 63/BK m.62 hükmünün ise bu tür iktisaplara uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Buna göre, condictio indebiti sadece causa solvendi yapılan bir kazandırmanın dayandığı sebebin geçersiz olması (sine causa) durumunda uygulanacaktır.

Bir diğer deyişle; condictio indebiti (OR Art. 63/BK m.62), hukukî işlemle gerçekleşen ve OR Art. 62/BK m.61 hükmünde sayılan üç ana sebepsiz zenginleşme türünden (:Geçersiz bir sebebe dayanan iktisaplar (sine causa) - Sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan iktisaplar (ob causam finitam) - Gerçekleşmeyen sebebe dayanan iktisaplar (ob causam futuram: causa data causa non secuta) sadece geçersiz bir sebebe dayanan iktisapların özel bir türü için sözkonusu olacaktır. Olayımızdaki iktisap "gerçekleşmeyen bir sebebe dayanan iktisap" sayılınca da bu hükmün kapsamı dışına çıkar.

Öğretide gerçekleşmeyen sebebe dayanan iktisaplara şu örnekler verilmektedir (128): a) Geciktirici şarta bağlı bir borcun ifası olarak önceden yapılan kazandırmalarda bu şartın gerçekleşmemesi durumu; b) Bir sözleşmenin kurulacağı düşüncesiyle yapılan kazandırmalarda bu sözleşmenin kurulmaması durumu (129); c) Şekle aykırılıktan dola-

(125) Buna karşılık, her iki taraf da ifada bulunmuş ise, OR Art.63/BK m.62 uyarınca iadedden kaçınmanın aynı şekilde adalet duygularına ters düşeceği, en azından her zaman söylenemez.

(126) von TUHR / PETER, a.g.e., § 52, V, 1 (s. 478 vd.); BECKER H., a.g.e., Art. 62, Nr. 15 vd.; OSER / SCHÖNENBERGER, a.g.e., Art. 62 Nr.15 vd.; GUHL T., a.g.e., § 27, III, 1

(127) BGE 105 II 96

(128) von TUHR / PETER, a.g.e., § 52, V, 1 (s.448).

(129) Ancak, kazandırmanın zaten bir hukukî sebebi bulunup beklenti sadece kazandırmada bulunanın saiki olmaktan ibaretse, iadeye yer yok demektir: Örneğin, bir karşı çıkar beklentisi ile bağışlamada bulunan, beklentisinin boşa çıkması üzerine bağışlananın iadesini isteyemez: von TUHR/PETER, a.g.e., § 52, V, 1(s. 488) not.96

yı geçersiz bir sözleşmede buna rağmen karşı edim beklentisiyle yapılan kazandırmalarda bu beklentinin boşa çıkması durumu (130).

Son durumun karardaki olayda (A)'nın durumuna benzemesi karşısında, (A)'nın (B) ve (C)'ye yaptığı kazandırma da gelecek edim beklentisi ile yapılmış kazandırma sayılmış, böylece (A) OR Art. 63/BK m.62 hükmünden kurtarılarak OR Art. 62/BK m.61 hükmüne gönderilmiş ve bu suretle, hataya düşerek ödeme koşuluna tabi olmaksızın iade talebi kabul edilmiştir.

Şunu ekleyelim ki, burada kazandırmanın ob causam futuram sayılabilmesi için (A)'nın ifa amacıyla hareket etmediğini söylemek zorunlu görülmüşse de, aslında bu şart değildir. Zira öğretilerde genellikle kabul edilen, bir kazandırmanın bazen birden fazla (causa anlamında) sebeple gerçekleşebileceğidir (131). Şu halde, (A) parayı (B) ve (C)'ye verirken hem ifa sebebiyle (causa solvendi) hem de gelecek edim beklentisiyle bir kazandırma yapmıştı denebilir. Böylece, incelediğimiz olaydaki gibi durumlarda, geçersiz borcun ifasının bulunmadığını söylemenin yapay gelebilecek etkisi önlenmiş olur. Ne var ki iadeyi mümkün kılan sonuca varabilmek için, bu konstrüksiyonu takiben; burada birinin amacına ulaşması ötekini de söndüren iki ayrı sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebi bulunduğu ve bunlardan birinin OR/Art. 63/BK m.62 koşullarına tabi olmasının ötekini kayıtlamadığı şeklinde bir görüşün de ileri sürülmesi gerekir.

#### b- Çözümün eleştirisi

Her ne kadar şekle aykırılığa rağmen karşı edim beklentisiyle yapılan kazandırmaların ob causam futuram'a (OR Art. 62/BK m.61) yollanacağını ve hiç bir koşula tâbi olmaksızın iadesinin istenebileceğini gördükse de, karardaki olayın bu çerçeveyi çatlatan bazı özelliklerinin bulunduğu kanısındayım.

Bana öyle geliyor ki, bu gibi durumların ob causam futuram sayılmasında, edim beklentisinin daha çok karşı tarafça veya bir dış maddî-hukukî olayca boşa çıkarılması gözönüne alınmıştır. Elbette böyle durumlarda iade talebinin hataen ödeme koşuluna bağlı tutulmaksızın ileri sürülmesi gayet âdil olur.

Gelgelelim olayımızda, karardaki veriler çerçevesinde, karşı edim beklentisini bizzat bu beklenti ile kazandırmada bulunan taraf boşa çıkarmış görünüyor: (B) ve (C) satım sözleşmesinin geçersizliğini hiç sözkonusu etmeksizin sözleşme şartlarına uymuştur. (A) tarafından taksitler ödendikçe de belki ifa hazırlıklarını (satılan yapının tamamlanma faaliyetlerini) sürdürmüşler, kalan taksitlerin (A) tarafından ödenmemesi üzerine de tıpkı geçerli bir sözleşme varmış gibi -belki de uyarıda bulunduktan sonra- sözleşmeden dönmek zorunda kalmışlardır. Taraflar arasındaki sözleşme şekle uygun ve geçerli olsaydı dahi bu sonuca varmak mümkün olacaktı denebilir.

(130) Belirtelim ki, burada şekle aykırılık geçersizliğini bilmeden ödeme yapılması hâlinde, sebepsiz zenginleşmenin türünün ne olduğu pratik anlamını büyük ölçüde kaybeder. Zira bu şıkta, iade alacaklısı ifa amacıyla kazandırma yapmış sayılıp BK m. 62/OR Art. 63 hükmüne yollansa da, hataen ifade bulunduğunu ispat ederek iadeyi sağlayacaktır (Bu hükümdeki "hata" kavramı için bak s.105, 106 dip not 2).

(131) Bak. OĞUZMAN K., Medenî Hukuk Dersleri (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), 5. Bası, İstanbul 1985, s.124-125 ve orada anılan örnek.



Öte yandan sözleşmenin geçersizliğini -iade talebi sırasında- ilk olarak (A) öne sürmüş ve buna dayanmıştır. Bizzat kendisi iade talebini temel borç ilişkisinin geçersizliğine dayandıran (A)'nın, ifa sebebiyle bir kazandırmada bulunmadığını söylemek, bu somut olayda çok zor görünüyor (132). Bu sözleşmesel ilişkide kendilerine düşen her şeyi yapmış olan (B) ve (C)'ye karşı mızıkçılık eden (A)'nın, verdiği parayı baştan itibaren faiziyle birlikte geri almasına karşılık hiç bir sorumluluk ve yükümlülük altına girmemesi adil bir sonuç sayılabilir mi? "Hiç bir yükümlülük altına" diyorum, zira burada OR/BK 41/II hükmünün ağır koşulları (133) gerçekleşmediğinden, (B) ve (C)'nin uğradıkları zararı haksız fiil kuralları çerçevesinde tazmin ettirmeleri mümkün görünmüyor. Öte yandan şekil geçersizliğine (A)'nın neden olduğu söylenemeyeceğinden, culpa in contrahendo kuramı yardımıyla da bu geçersizlikten doğan zararın (A)'dan tazmininin istenmesi mümkün olmayacaktır.

Bütün bunlara rağmen, iktisaba OR Art. 63/BK m.62 (condictio indebiti) hükmünün uygulanıp, (A)'nın verdiği paraları tamamen (B) ve (C)'ye bırakması şeklinde bir sonucun da adil olmayacağı doğrudur. O halde her iki sonucun sakıncalarını bertaraf edecek bir çözüm olabilir mi? Kanımca böyle bir çözüm vardır. Bu çözümü şimdiye dek tartıştıklarımızdan çok başka bir düzeyde, "şekle aykırılık engelinin aşılması" alanında bulabiliriz.

## 2. Önerdiğim çözüm

Şekle aykırılığın hukukî etkisi ister "butlan" ister "özel bir tür (suigeneris) geçersizlik" sayılsın (134), dürüstlük kuralına ters düştüğü ve bunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu bazı durumlarda ZGB/MK 2/II uyarınca etkisiz bırakılabileceği eskiden beri kabul edilen bir görüştür. Başlıca örnekler; şeklin gerçekleşmesine

(132) Gerçi biraz önce belirttiğim gibi (bak dip not 131'e ait metin), kazandırmanın iki sebepli olduğunu, hem ifa sebebiyle hem de karşı edim beklentisiyle yapıldığını öne sürerek bu durumun şeklen kurtarılabilirliği akla gelebilir. Ancak Federal Mahkeme buna değinmediği gibi, şimdi belirteceğim somut olayın özellikleri böyle bir yolla dahi (B) ve (C) aleyhine verilecek kararın adalet duygularını incitmesi önlenemez.

(133) "Doğrudan doğruya mağduru zarara uğratma kastı" aranması gibi: Bak. BECKER H. a.g.e., Art.41, Nr.116; OSER/SCHÖNENBERGER, a.g.e., Art.41, Nr.97; von TUHR/PETER, a.g.e., § 47, I (s.427-428). Bu hükmün koşullarının gerçekleşmemiş sayılması gereken bazı örnekler için bak. ÖZ M.T., MHAD 1985, s.159 vd.; ÖZ M.T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s.260 dip not 159.

(134) Şekle aykırılığın yaptırımının butlan olduğu, bu bakımdan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebileceği gibi, hâkimin kendiliğinden gözönüne alması gerektiği görüşünde: SEROZAN R., Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels in Rechtsgeschäft nach Deutschem, Schweizerischem und Türkischem Recht, Tübingen 1968 s.27; OĞUZMAN K., Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İBD Yıl 1955, S.6, s.249 vd.; von TUHR/PETER, a.g.e., § 30, III; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 6. Bası, s.134; TUNÇOMAĞ K., Türk Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, s.265; ACEMOĞLU, K., Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970, s.121; SCHWARZ A., a.g.e., s.247; POSTACIOĞLU, İ., Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, İstanbul 1954, s.183 vd.; Federal Mahkeme ve Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır: BGE 51 II 570; BGE 78 II 226; BGE 85 II 565; JdT 1979 I 18; JdT 1980 I 584; Yarg. İBK. 10.7.1940 2/77; İBK 5.7.1944 12/26; HGK 9.6.1982 E. 1979-15/1613 K.1982-565 (YKD 1982 (C. VIII), S.10, s.1386).

kendisi engel olan kişinin bu geçersizliğe dayanmak istemesi; şekil eksikliğinden doğan geçersizlikten asıl amacı dışında yararlanmaya kalkışma; taahhüdün şekle aykırılığa rağmen yerine getirileceği hususunda güven verme; çok uzun süren ve rıza ile olan ifa ilişkisinden sonra şekle aykırılığı ileri sürme, olarak sayılmaktadır (135). Ne var ki bu örneklerin tüketici olmadığı kabul edilmektedir.

Federal Mahkemenin kararına konu olayda, kanımca, (A)'nın (B) ve (C)'ye karşı davasında şekle aykırılığı ileri sürmesi, ZGB/MK 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırıdır: Zira bu tutum hem "şekle aykırılık butlanının amacı dışında kullanılması", hem "kendi yarattığı güvene aykırı davranış" (venire contra factum proprium), hem de "ilişkinin zaman içinde devam ediş tarzına aykırı olma" özelliğini taşımaktadır:

(A)'nın şekle aykırılık butlanını ileri sürme sebebi sadece kendi borcunu ifadan kurtulmak değil, gene kendi davranışı yüzünden yoksun kaldığı karşı edimi alamayacağını anlaması yüzündendir. Şekle aykırılığa önem vermediğini aralıklı olarak yaptığı ödemelerle ortaya koymuştur. Taraflar arasındaki ilişki, her iki yanın da -dürüstlük kuralı ışığında- artık şekle aykırılığın ileri sürülmeyeceği inancına kapılmaya haklı görülebileceği bir tarzda ve sürede devam etmiştir. Nihayet en önemlisi, (B) ve (C)'nin bu sözleşmesel ilişkinin son bulmasında -karardaki veriler çerçevesinde- bir kusurları bulunmayıp bütün kusur (A)'dadır.

Artık borcunu ifa etmeyeceğini anladıkları (A)'dan kurtulmak isteyen (B) ve (C)'nin, şekle aykırılığı öne sürmek gibi kesin ve kolay bir yolu seçmeyip (akıllarına bile getirmeyip), sözleşmeden dönme gibi koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği davada tartışma konusu olabilecek bir yola başvurmaları, sözleşmesel ilişkiye gösterdikleri özeni

Şekle aykırılığın sadece taraflarca ileri sürülebilecek bir geçersizlik yarattığı görüşünde: MEÏ-ER-HAYOZ, Bemer Kommentar, Sachenrecht, Art.657, Nr. 130 vd.; MERZ H., Bemer Kommentar, Einleitung, Art.1-10, Art.2 Nr.510; SCHÖNÜNBERGER / JÄGGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 11, Nr. 81; HAAB /SIMONIUS, Zürcher Kommentar, Sachenrecht, Art.657, Nr.34 vd.; GUHL / MERZ /KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1972, s.108; SUNGURBEY İ., Medenî Hukuk Sorunları, C.I, İstanbul 1973, s.27 vd.; TANDOĞAN H., Borçlar Hukuku, ÖBİ, C.I/1, 5.Bası, s.234; AKİPEK J., Türk Eşya Hukuku, C.II, 2. Bası, Ankara 1973, s.107 vd.

Alman Hukunuda BGB §§ 125, 313 hükümlerinin şekle aykırılığın yaptırımını açıkça butlan sonucuna bağlaması karşısında, böyle bir sorun ve tartışma yoktur.

OR / BK !! / II hükmünün şekle aykırılıktan doğacak hükümsüzlüğün hiteliğini açıkça belirtmesinden kaynaklanan bu tartışmada, şekle aykırılığın yalnızca taraflardan biri ileri sürerse sonuç doğuracağı görüşünü savunanlar, kanımca bir tür "nispî butlan" görüşü ortaya atmışlardır. Oysa nispî butlan aile hukukunda yer alan (MK m. 113-115: ZGB 121-123) bir kurum olup Borçlar Kanunumuza yabancıdır. Borçlar Hukukumuzun hükümsüzlük sistemi, butlan-iptal edilebilirlik eksenini üzerindedir. Şu halde, OR / BK 11 / II sözündeki hükümsüzlüğün bildiğimiz butlan düşünülerek düzenlendiği söylenebilir.

(135) von TUHR / PETER, a.g.e., § 30, III; OĞUZMAN K., Borçlar Hukuku Dersleri, s.103 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s.137; OĞUZMAN K., Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları, II (Borçlar Hukuku - Miras Hukuku), 4. Bası, İstanbul 1982, s.65 vd.; BGE 67 II 128; BGE 72 II 39; 77 II 161; OR 78 II 221; BGE 84 II 636; BGE 104 II 99; YKD 1978 S.3, s.332; YKD 1981 S.6 s.673; YKD 1980 S.8 s.1132

ve ne güçlü bir güven duygusuna kapıldıklarını bir başına kanıtlıyor. Öte yandan, yukarıda belirttiğimiz gibi, (A)'nın zaman içindeki tutumu bu güveni haklı gösterir niteliktedir.

Üstelik olayda, herhangi bir satım sözleşmesi değil, satılan taşınmazın inşası gibi çok masraflı, emek ve zaman gerektiren bir hazırlama faaliyeti içeren satım sözleşmesi vardır. Kararda daha fazla bilgi yoksa da, eğer (B) ve (C) bu faaliyetleri sürdürmüşse, dürüstlük kuralı yardımıyla korunmalarının daha da büyük bir ihtiyaç olduğu kabul edilecektir.

Ne var ki, bu taşınmaz satımı sözleşmesinde taşınmazın mülkiyeti henüz alıcıya geçirilmemiştir. Burada çözümlenmesi gereken bir sorunla karşılaşırız. Genel olarak, henüz taşınmazın alıcı adına tescil edilmediği durumlarda, butlanı ileri süren tarafın bu itirazı hakkın kötüye kullanılması sayılarak bertaraf edilirse, alıcının taşınmazın kendine devrini isteme hakkı doğacaktır. Artık hâkime düşenin ZGB Art. 665/MK m.642 uyarınca mülkiyetin nakline karar vermek olacağı açıktır.

Bu sonucun fazla ileriye gitmek olduğunu düşünen Federal Mahkeme, tutumunun kesinliğini gösteren sürekli içtihatlarıyla, dürüstlük kuralı uyarınca şekil butlanının aşılmasını sadece alıcı lehine tescil yapılmışsa kabul etmektedir (136). Buna karşılık, hakkın kötüye kullanılmasının sözkonusu olup olmadığını tescilin gerçekleşip gerçekleşmediğiolgusundan bağımsız değerlendiren görüşe (137) yakın duran Yargıtay, oldukça yeni bir içtihadı birleştirme kararı ile (138), dürüstlük kuralının bazen tescilden önce de şekle aykırılık butlanını safdışı edebileceğini, şekle aykırı satım sözleşmesine dayanan tescil isteminin ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.

Belirteyim ki, İsviçre Hukuk'ndan farklı olarak, tescilin yanı sıra satım sözleşmesinin de tapu dairelerinde yapılmasını düzenleyen Türk Hukuku'nda, İsviçre uygulamasını da aşarak, dürüstlük kuralına böyle güçlü bir etki tanımayı ben de biraz tereddütle karşılıyorum. Gerçekten de, şekle aykırı taşınmaz satımı sözleşmelerine dayanarak mülkiyet istemleri ileri sürme ve tescili sağlama yolu açılmasının, özellikle ülkemiz koşullarında ne gibi sonuçlar doğuracağı, üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur.

Ne var ki, incelediğimiz olay bakımından, böyle bir görüşe katılma zorunluluğu bulunmaksızın şekle aykırılığın ZGB/MK 2 uyarınca aşılabileceği kanısındayım. Bu sonucun, Federal Mahkeme'nin şekle aykırılığın aşılmasına ilişkin yerleşik içtihadıyla çelişmeyeceğini de düşünüyorum:

Bir kere, konuya ait içtihatların ve görüşlerin gözönüne aldığı durum, daima, taşınmaz mülkiyetini nakil borçlusunun şekle aykırılığa dayanarak ifadan kaçınmasıdır.

(136) Örneğin: BGE 72 II 25; BGE 86 II 261; BGE 84 II 375; BGE 104 II 99. Bu görüşe, hakkın kötüye kullanılmasına Sadece "olumsuz" etki tanıyan görüş de denmektedir. Bak. TANDOĞAN H., ÖBİ C.I/1, 5. Bası, s.242.

(137) OĞUZMAN K., Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları II (Borçlar Hukuku - Miras Hukuku), 4. Bası, s.71 vd.; OĞUZMAN K., Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, 4. Bası, s.103 vd. Bu görüşe, hakkın kötüye kullanılmasına "olumlu" etki tanıyan görüş denmektedir. Karş. TANDOĞAN H., ÖBİ, C.I/1, s.242.

(138) 21.12.1988 Tarih, E. 1987/2 K. 1988/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı (RG 21.12.1988; İBD C.62, Yıl 1988, S.10-11-12, s.708 vd.).

Oysa ki olayımızda durum tam tersidir. Şekle aykırılığı ileri süren, taşınmaz mülkiyeti kazandırmayı taahhüt eden (B) ve (C) değil, bu edimin alacaklısı olan (A)'dır. Amacı taşınmaz mülkiyetini istemek değil, sadece verdiği paralara hiç bir sorumluluk altına girmeksizin kavuşmaktır.

Öte yandan, Federal Mahkemenin yansıttığı görüşte biricik istenmeyen husus, şekle aykırı sözleşmeye dayanarak ifayı talep etmektir. Gerçekte karşı çıkılan budur. Hakkın kötüye kullanıldığı savunmasının ancak tescilden sonra yapılabileceği şeklinde bir ölçüt getirilmesinin nedeni, sadece, aksi takdirde şekle aykırı sözleşmeye dayanarak karşı tarafı mülkiyet nakline (ifaya) zorlamanın mümkün olacağı düşüncesidir. Bu nokta gözden kaçınılmazsa, şekle aykırılığın aşılmasının ifa talebine yol açmayacağı durumlarda sözkonusu ilkeyi zedeleyen bir durum olmadığı görülür. İncelediğimiz kararda da böyle bir olay vardır. (A)'nın şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığından reddi, artık sözleşmenin baştan itibaren geçerli gibi kabulünü gerektirecektir. Böylece (B) ve (C)'nin daha önce kullandıkları sözleşmeden dönme hakkını da geçerli bir işlem saymak gerekir. Sonuç olarak, dönülen sözleşmeden doğan bir talep ileri sürülemez olduğundan, (A)'nın tescil isteyecek durumu yoktur (139). Hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle şekil eksikliğini bertaraf etmenin korkulan sonucu somut olayda olanaksızdır. Önemli olan ise bu ilkeyi korumaktır. Bunun ötesinde, esasen dürüstlük kuralı (ZGB/MK 2) diğer hükümlerden farklı olarak her somut olayın özelliğine göre esnekliğe sahip bir hükümdür.

Gerçekten de, OR Art. 221/BK m.217 yollaması ile taşınmaz satımlarına da uygulanacak olan OR art. 214/BK m.211 hükmü, satılanın tesliminden (burada tescilinden) önce bedelin ödenmesi gereken hallerde, alıcının temerrüdü üzerine satıcıya "hiç bir merasime muhtaç olmaksızın" sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadır (140). Olaydaki sözleşmede bedelin -taksit şeklinde de olsa- teslimden önce ödenmesinin kararlaştırıldığı anlaşılıyor. (A)'nın temerrüde düştüğünü söylememize de bir engel görünmüyor. Bunların dışında, OR Art.214/BK m.211'deki dönme hakkının tek koşulu "derhâl" (vakit geçirmeden) beyanda bulunmaktır. Bundan kastın, fiyat değişikliğine dayanarak spekülasyon yapılmasına izin vermeyecek bir süre olduğu kabul edilmektedir (141). Olayda (B) ve (C)'nin bu ölüde geçtiklerini söylemek de mümkün görünmüyor.

Her şeye rağmen, karar metninde yer alamayan bazı hususların normal koşullarda bu sözleşmeden dönme hakkını geçersiz kılıyor olması hâlinde de farklı bir sonuca varılmamalıdır. Örneğin, (A)'nın, sadece borcun nispeten önemsiz bir kısmını ödemediği temerrüde düştüğünü (kısmî temerrüdün sözleşmeden dönmeyi haklı göstermeyecek düzeyde olduğunu) veya dönme hakkının normal süresinde kullanılmadığını ileri sürmesi gibi durumlar böyledir. Hâkim bu kez de böyle savunmaları dürüstlük kuralına aykırı ve

(139) Kaldı ki, dönme geçersiz sayılsa bile, şekil eksikliğinin düzeldiği gerekçesiyle ileri süreceği tescil talebi ödemezlik defii ile karşılaşacaktır. Bu bir yana, yukarıda belirttiğimiz üzere, esasen (A)'nın amacı kesinlikle ifa talebi değildir.

(140) Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bak. TANDOĞAN H., ÖBİ C.I/1, s.213 vd.

(141) BECKER H., Berner Kommentar, Art. 214 Nr. 3; OSER / SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Art. 214, Nr. 6; TANDOĞAN H., a.g.e., s.214.

hakkın kötüye kullanılması sayarak reddetmelidir. Şekle aykırılık iddiasının sonuçsuz kaldığını gören (A)'nın bu noktalara yapışarak çıkar sağlamaya çalışmasını himaye etmek düşünülemez.

Bu çözüm tarzına göre dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması kavramlarını defalarca devreye sokup sağa sola yalpalayarak kullandığım düşünülmemelidir. Gerçekte burada dürüstlük kuralı bir noktada devreye giriyor: "Taraflar arasındaki tasfiyeyi şekle aykırılık geçersizliği yerine sözleşmeden dönme rejimine tâbi tutmak." Hakkın kötüye kullanılması kurumu sadece bu amaçla devreye girmekte ve mevcut yasa hükümlerinin uygulanmasıyla ortaya çıkacağı kesin olan çarpık durumu bir kerede düzeltmektedir. Gerisi sadece bu operasyonu sekteye uğratan unsurların elenmesidir.

Bu sayede, karşı edimi elde edemeyen (A) ödediği paraların iadesini sağlamış olacak; buna karşılık (B) ve (C), (A)'nın temerrütte kusursuzluğunu kanıtlayamaması üzerine, Or Art.109/BK m.108 anlamında bu ilişkiye güvenleri yüzünden uğradıkları zararın (olumsuz zararın) tazminini isteyebileceklerdi (142). Bu zararın kapsamına, başlıca, sözleşmeyi kurmak ve yürütmek için yaptıkları masraflar, varsa bu yüzden kaçırdıkları fırsatlar girer (143). (A)'nın kusursuz olarak temerrüde düştüğünü kanıtlaması ise gerçekçi düşünülürse son derece güç görünüyor. (B) ve (C)'nin tazminat alacaklarının belirlenmesi üzerine, bir takas beyanında bulunarak, (A)'nın iadesini istediği ödenmiş paraların sadece tazminat tutarından fazla kısmını ödemeleri de mümkün olabilecektir. Ancak, belirteyim ki, tazminatın hesaplanmasında müterafik (birlikte) kusurun varlığı sebebiyle indirim yapılması da düşünülebilir. Zira ne de olsa (B) ve (C) şekle aykırı sözleşme ilişkisine bilerek girmişlerdir.

Görüldüğü üzere bu çözümde ne şekle aykırılığın sonuçlarına saplanmaya ne de *condictio indebiti* (OR Art.63/BK m.62)'nin uygulanma koşullarıyla boğuşup durmaya gerek vardır. Üstelik bu çabaları sırasında Federal Mahkeme'nin kendi sebebe bağlılık görüşüyle nasıl çelişkiye düştüğünü gördük.

Sonuç olarak, çıkarlar dengesini kurabilecek bir çözüm varken, Federal Mahkemenin bazı hatalı gerekçelerle davalı (B) ve (C)'yi tamamen feda etmek zorunda kaldığı karar isabetli olmamıştır kanısındayım.

(142) Sözleşmeden dönme üzerine olumlu zararın tazmininin istenebileceğini savunanlar varsa da -bu görüşte olmamam bir yana- özellikle buradaki çözümde böyle bir görüş çıkarlar dengesini tekrar bozacaktır.

Bu konuda sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin tartışmalar ve farklı görüşler için bak. ÖZ M.T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.34 vd.; ÖZ M.T., MHAD. 1985, s.105-130.

Gene, burada satıcının (alacaklının) edimi bölünemez nitelikte olduğu için, böyle durumlarda kısmî ifa halinde dahi "kısmî dönmenin" mümkün olmadığı, ancak tam bir dönme hakkının kullanılabilmesi hakkında açıklamalar ve aksi görüşün yersizliği hakkında bak. ÖZ M.T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s.43 dip not 102 ve buna ilişkin metin.

(143) Olumsuz zarar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bak. ÖZ M.T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s.284 vd.