

BORÇLU TEMERRÜDÜNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN BU SÖZLEŞME GEREĞİNCE KAZANILMIŞ AYNÎ HAKLARA ETKİSİ VE KLASİK DÖNME KURAMI İLE YENİ DÖNME KURAMININ KISA BİR KARŞILAŞTIRMALI ELEŞTİRİSİ

Araş Gör. M. Turgut ÖZ

İ.Ü. Hukuk Fakültesi

I. GİRİŞ

Sözleşmeden dönmenin hukukî etkileri Alman Hukukunda çok eskiden beri, İsviçre - Türk Hukukunda ise nispeten daha yakın bir zamandır renkli tartışmalara konu olmuştur. Borçlar Kanunumuzun genel kısmında dönme hakkının düzenlendiği durumlardan biri karşılıklı edimleri içeren (sinallagmatik) sözleşmelerde ortaya çıkan borçlu temerrüdüdür. (BK. md. 106/II, 108). Kanunumuzun sistemine göre bu tür sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklı uygun bir ifa süresi verdikten sonra gene de edime kavuşamazsa, hâlâ ifayı ve gecikme yüzünden uğradığı zararı isteyecek yerde, dilerse ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini, dilerse de sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini isteyebilir (BK. md. 106). İşte bu durumdaki alacaklıya yasanın tanıdığı seçimlik üç olanaktan biri olan dönme, yenilik doğuran bir irade bildiri mi ile alacaklının sözleşme bağından kurtulması olanağını vermektedir.

Belirtmek gerekir ki burada inceleyeceğimiz anlamıyla “dönme”, yalnızca ifası âni olan edimleri içeren sözleşmelerde sözkonusu olur. Sürekli sözleşmelerde ise borç ilişkisi “dönme” (Rücktritt) ile değil, “fesih” (Kündigung) yoluyla sona erdirilebilir¹. Dönme,

1) Fesih hakkında bak. SELİÇİ, Ö., Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 115 vd.

sözleşmenin kurulduğu andaki durumu (status quo ante = restitutio in integrum) yeniden sağlamayı amaçlarken; fesih, geçmişini karıştırmaksızın, sadece ileriye doğru sözleşme ilişkisinden tarafları kurtarır.

Yalnızca kullanılmasıyla hukukî durumda bir değişiklik yaratan dönme hakkının, nitelik bakımından, bir “yenilik doğuran hak” olduğu tartışmasızdır. Ancak bu yenilik doğuran hakkın, konusunu oluşturan sözleşme ilişkisini nasıl etkilediği, bir başka deyişle, dönme üzerine sözleşmenin ne olacağı, farklı kuramların çatıştığı bir tartışma alanıdır².

Madem ki dönmenin yönelik olduğu hukukî varlık sözleşme ilişkisi, yani bir borç ilişkisidir, o halde konumuz bakımından saptanması gereken ilk husus, dönme üzerine bu borçlandırıcı işlemin ne olacağıdır. Bu borçlandırıcı işlem gereği (onun ifası olarak) yapılan aynî tasarruf işlemlerinin dönme üzerine ne yolda etkileneceği ise, bağlı (dolaylı) bir hukukî sorundur.

Hukukumuzda tasarruf işlemi, bir hakkın varlığına dolaysız etkide bulunan ve yapılmasıyla bir hakkı kuran, devreden, kayıtlayan veya değiştiren bir hukukî işlemidir. Bu bakımdan tasarruf işleminin malvarlığına etkisi, işlemi yapan bakımından, aktifin derhal azalması biçiminde olur. İşte bu tasarruf işlemi etkisini bir aynî hak üzerinde gösteriyorsa “aynî tasarruf işlemi” sözkonusudur.

Gene hukukumuzda bir aynî hakkın devren kazanılması (Miras Hukukundaki küllî halefiyet durumu dışında) daima geçerli bir tasarruf işlemi yoluyla olur. Bu işlem, taşınırlarda hak geçirici et-

2) Burada sözleşmeye yasaca bağlanan dönme hakkı ile tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları iradî dönme hakkı karıştırılmamalıdır. Bu çalışmada incelenen yalnızca yasal dönme hakkının sonuçlarıdır. Nitekim BK. md. 106/II ve md. 108 kurallarındaki dönme hakkında başka sonuca varıp, iradî dönme bakımından başka sonuçları savunanlar vardır. Sözgelimi, yasal dönmeyi ex tunc etkili kabul edip iradî dönmede bunu kabul etmeyenler olduğu gibi (örneğin, von TURH/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, II. Band, 3. Auflage, Zürich 1974, § 74, IV, 6, a, s. 168, 169), tam tersini savunanlar da vardır. (Örneğin, SEROZAN, R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 85, 86).

kisi üzerinde anlaşılan zilyetlik nakli ve taşınmazlarda tescil talebi üzerine yapılan tescil ile tamamlanır.

Öte yandan yaşam gerçeğinde tasarruf işlemleri büyük çoğunlukla bir sözleşmenin ifası şeklinde ortaya çıkarlar. Bir kişi sattığı arabayı alıcısına teslim eder, taşınmazı üzerinde rehin hakkı kurdurmak için tescil talebinde bulunan bir diğer kişi bir teminat sözleşmesini ifa etmektedir v.b. Bütün bu durumlarda tasarruf işlemi yapan, böylelikle bir sözleşmenin kendisine yüklediği borcu yerine getirmiş olmaktadır. Onun davranışı bu borcunu ifa kasdıyla-
dır (causa solvendi). Yapılan bu geçirici işlemin ise bir hukukî sebebi vardır. Bu da sözleşme, yani kendisine sözkonusu aynî hakkı geçirme (veya kurma) borcunu yükleyen "borçlandırıcı işlem"dir. İşte böylece aynî hakkı geçiren tasarruf işlemine, bu borcu doğuran sözleşme bir temel oluşturmaktadır.

Tasarruf işlemi borçlandırıcı işleminden (hukukî sebepten) soyut olarak hüküm doğurduğu takdirde, geçersiz bir hukukî sebebe dayanan tasarruf işlemiyle kazanılan haklar, sebepten yoksun olacak ve bir sebepsiz zenginleşme talebiyle geri istenecektir.

Buna karşılık eğer tasarruf işleminin geçerliliği kaynaklandığı borçlandırıcı işlemin geçerli bir varlığına bağlıysa, borçlandırıcı işlemdeki (örneğin, sözleşmedeki) geçersizlik tasarruf işleminin de hüküm doğurmasına engel olacak ve bu tasarruf işlemiyle bir hak devri veya kurulması mümkün olmadığından, iade talebi sebepsiz zenginleşmeye değil, aynî bir talebe (rei vindicatio) dayanacaktır.

İşte yukarıda belirttiğim genel ilkeler, dönme üzerine sözleşme ilişkisine bağladığımız sonuç ile, bu sözleşme gereği kurulan (veya geçirilen) aynî hakların ne olacağı sorusuna vereceğiniz cevapta tutarlı olabilmek için asla gözden kaçırılmamalıdır. Oysa ilerde belirteceğim gibi, sorunun cevabında bu tutarlılık geniş bir hukukçu kitlesi tarafından bir yana bırakılmış gözükmektedir.

Sözleşmeden dönmenin hukukî etkisi konusunda çok sayıda birbirinden farklı görüş öne sürülmekle birlikte, bütün bu görüşleri iki ana kurama indirgeyebiliriz.

Bunlardan birincisi, OERTMANN ile başlayıp bir zamanlar üzerinde fikir birliği bulunan ve bugün hâlâ baskın görüş duru-

munda olan "Klasik Dönme Kuramı"dır³. Bu görüş bakımından, dönme bildirimini sözleşmeyi dolaysız bir güçle etkilemekte ve onu geçmişe yürürlü (ex tunc) olarak ortadan kaldırmaktadır. Burada dönme bir "bozucu yenilik doğuran hak"ın kullanılmasıdır.

Diğer kuram, klasik görüşün bazı hukukçularca eleştirilmesi sonucu adım adım oluşmaya başlayan ve en sonunda STOLL tarafından tamamlanarak ortaya atılan görüştür. Bunu "Yeni Dönme Kuramı" olarak tanımlayabiliriz⁴. Bu görüş yanlılarına göre, dönme sözleşmenin varlığı üzerinde etkili olmamakta, sözleşmeyi geçersiz kılmamakta, yalnızca sözleşmeyi bir tasfiye ilişkisi içine sokmaktadır. Bu tasfiye ilişkisi içinde sözleşmeden doğan borçlar tersine dönerek devam ederler. Bu görüşe göre dönme bir "değiştirici yenilik doğuran hak"ın kullanılmasıdır.

Genellikle her kuram çatışmasında olduğu gibi, bu tartışmada da ortalama diyebileceğimiz görüş sahipleri vardır. Bunlar kısmen

-
- 3) OERTMANN, P., Die Bedeutung der Rücktrittserklärung, Seuffert's Blätter für die Rechtsanwendung, 69. Band, 1904. Bu görüşün ortaya atıldığı ilk eser olarak bilinmektedir. Eskilerin hemen hemen tümü bu görüştür: von TUHR/ESCHER, a.g.e., § 73, VII, s. 155; BECKER, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 6. Band, Obligationenrecht, 2. Auflage, Bern 1941, Art. 109, N. 4. Türkiye'de: OĞUZMAN, K., Borçlar Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1979, s. 149; TUNÇOMAĞ, K., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, § 71, III, 2, s. 564; I. Cilt İstanbul 1972, 5. Bası; TANDOGAN, H., Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 405, 504; FEYZİOĞLU, F.N., Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, II. Cilt, İstanbul 1969, s. 221, 343.
- 4) STOLL, H., Die Wirkungen des Vertragsmässigen Rücktritts, Bonn 1921. Bu görüşün ortaya atıldığı ilk eserdir. Bu görüşte: ESSER, J., Schuldrecht, Band I, 4. Auflage, Karlsruhe 1970, § 30, I, s. 185; LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, München und Berlin, 8. Auflage, 1969, Band I, § 25, I, a ve b, s. 300 (LARENZ, daha önceki basılarında ara bir görüşte sayılabilecek ilk kez bu bası ile modern dönme kuramını benimsemiştir). Türkiye'de: SEROZAN, R., a.g.e., s. 78 vd. (Sözleşmeden Dönme adlı bu geniş kapsamlı ve ayrıntılı doçentlik tezini yeni dönme kuramının açıklanması ve savunulmasına özgülemiştir). SELİÇİ, Ö., Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s. 209, 210. Bu kuram yanlıları görüşlerini "Modern dönme kuramı" olarak isimlendirmektedirler. Ben, "yeni dönme kuramı" demeyi tercih ediyorum.

iki görüş arasında bocalayan, kısmen de iki görüşü uzlaştırmaya çalışan hukukçulardır⁵. Ancak özellikle konumuz olan aynî hak durumunun ne olacağı sorusuna bu ara görüşlerin klasik görüşten farklı bir cevabı yoktur. Tek ayrıldıkları nokta zamanaşımı bakımındandır. Bu yüzden onları ele almaya gerek görmüyorum.

II. DÖNME ÜZERİNE BAŞLICA İKİ GÖRÜŞ VE BUNLARIN AYNÎ HAKLARA BAĞLADIĞI SONUÇLAR

Değinmek istediğim asıl aydınlatılması gereken noktalar, klasik dönme kuramına ilişkin olduğundan, tarihsel sıranın tersine, önce yeni dönme kuramındaki durumu özetle belirtmek istiyorum.

- 5) Sözkonusu ara görüşlerin en karakteristik olanı, dönme hakkının sözleşmeden değil, doğrudan doğruya yasadan doğduğunu ve dönme üzerine BK. md. 108 hükmü gereği sözleşme ilişkisinin bir "yasal borç ilişkisi" ne dönüştüğünü savunan kuramdır. Böylece, iade istemlerinde zamanaşımına sözleşmelere ilişkin on yıllık sürenin uygulanması sağlanmış olmaktadır. Zira bunlara göre, dönme hakkı kullanılınca doğan iade borcunun kaynağı sebepsiz iktisap değildir. Ancak iade yükümünün kapsamı bakımından, gene de kıyasen sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanması kabul edilmiştir. TEKİNAY, S.S., Borçlar Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1979, s. 777 vd. (Ayrıca TEKİNAY, dönülen sözleşmede borçların ifa edilmiş olup olmadığı ayırımı yaparak bu iki durumu farklı sonuçlara bağlamaktadır, bak. dipnot 61); ULUSAN, İ., MHAD. Yıl 5, Sayı 7, s. 163 (Ancak, ULUSAN, sonradan bu görüşten dönerek, bütün sonuçlarıyla klasik görüşe katılmıştır: ULUSAN, İ., İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 77 ve orada dipnot 52). Alman Hukukunda yazarları bu ara çözümlere zorlayan ise, BGB §§ 346 hükmünün anlamından, iade borcunda zenginleşmenin kalktığı savunmasının yasaklandığı sonucunun çıkmasıdır. Bak. ENNECCERUS/LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, § 38, II, 1, s. 165, 166, 15. Auflage, Tübingen 1958). Oysa, İsviçre-Türk Hukukunda dönme sonrası tasfiye ilişkisinde sebepsiz zenginleşmeden, kısmen de olsa, ayrılmaya zorlayan böyle bir hüküm bulunmadığı için bu sapmaya da gerek yoktur. On yıllık zamanaşımını uygulayan Yargıtay ve Federal Mahkeme kararları için bak. Yarg. TD. 6.2.1960, E. 75/83, K. 6505 (Adalet Dergisi 1961, s. 498); BGE 60 II 28.

1. Yeni dönme kuramı ve sözleşmeden dönme üzerine aynı haklara bağladığı sonuçlar :

İlerde kısaca belirteceğim nedenlerle⁶ şimdilik yandaşı olmadığı yeni dönme kuramının dönme üzerine aynı haklara bağladığı sonuç kendi görüşüyle bütünüyle tutarlıdır. Bu kurama göre dönmenin sözleşme ilişkisini —ne geçmişe yürürlü (ex tunc) ne de ileriye etkili (ex nunc)— sona erdirmesi sözkonusudur. Dönme sözleşmenin geçerliliğine dokunmayıp, bu borç ilişkisini ters yüz eder. Dönme üzerine sözleşmenin durumu, oynamakta olan bir filmin birden makaraları ters döndürüp geriye doğru oynatılması gibidir. Böylece henüz ifa edilmemiş borçlar artık silinecek, yerine getirilmiş edim borçları ise —gene sözleşmesel borçlar olarak— iade borçları haline gelecektir⁷. Burada sözleşmenin içerik değiştirerek sürmesi sözkonusudur. Bir başka deyişle, dönme üzerine alan el veren el, veren el alan el olacaktır. Hâl böyle olunca, bu sözleşme gereği kazanılan aynı haklar —ister kazanılmaları sebebe bağlı, ister sebepten soyut olsun— dönmeden hiç bir şekilde etkilenmeyecektir⁸. Şimdi dönme üzerine yalnızca bu hakları tekrar eski sahibine geçirme borcu doğmuştur. Bu borç da gene aynı sözleşmeden doğan bir borçtur. Zira sözleşmenin ters dönmüş bir devamıdır⁹. Böy-

6) Bak. s. 163 vd.

7) SEROZAN, R., a.g.e., s. 72 vd.

8) Kuşkusuz bu sonuç, dönülen sözleşme gereği yapılan diğer tasarruf işlemleri için de geçerlidir. Ne var ki, yeni dönme kuramı yanlısı SEROZAN, aynı hak kazandıran tasarruf işleminin dönmeden etkilenmesini tutarlı olarak reddederken, diğer tasarruf işlemlerinin dönme üzerine (bu kez ileriye etkili) düşeceğini savunmaktadır. Bu kendi savunduğu yeni dönme kuramı ile açık bir çelişkidir. Üstelik, dönmeden sonra geçersizleşeceğini belirttiği "alacağın temliki" işlemi sebepten soyut olduğundan, ex tunc etkiyi kabul eden klasik görüşte bile bu mümkün değildir. Nitekim, yazarın kendi de bunun farkındadır. Zira tek gerekçe olarak şunu söylemektedir: "Maddî hayatın isterleri karşısında dogmatik ödünler vermek, gerçekçi bir hukukçuluğun baş istemidir"; SEROZAN, R., a.g.e., s. 111, 112.

9) Sözleşmenin böylece içerik değiştirmesi (Inhaltsänderung des Vertrages) aslında yeni dönme kuramının bir buluşu değildir. Yasada düzenlenmemiş bir sözleşme tipi olan ve sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tarafların anlaşarak mevcut bir sözleşmenin

lece dönme üzerine ne aynî bir talebe ne de bir sebepsiz zenginleşme talebine yer vardır. Aynı hakkın tekrar geriye (ilk hâle) istenmesi sözleşmeden doğan bir borcun ifasını istemektir. O halde, zamanasını on yıldır ve iadenin kapsamı, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre (BK. md. 63, 64) ya da haksız zilyedin iade borcuna ilişkin kurallara göre (MK. md. 906, 907, 908) değil, fakat Sözleşmeden doğan ve ifası gereken bir borca ilişkin kurallara göre (BK. md. 96 vd.) saptanır.

İşte dönme bu etkisiyle (tersine çevirdiği edim borçlarının ifası ile) sözleşmenin kurulduğu zamanki durumu (status quo ante'yi) dolaylı yoldan sağlayacaktır¹⁰. Bu iade borcu yerine getirilirken, vaktiyle yapılan her tasarruf işlemi tekrar yapılacak örneğin devralan bu kez devreden lehine taşınmazın tescilini talep edecek veya taşınmazın zilyetliğini tekrar devredene geçirecek ve ancak bu işlemlerin tamamlanmasıyla aynî hak eski sahibine dönecektir. İade borçlusunun direnmesi üzerine ise, taşınmazlarda MK. md. 642 uyarınca hâkim mülkiyetin aidiyetine karar verinceye, taşınırlarda cebrî icra yolu ile mal geri sağlanıncaya kadar, aynî hak durumunda değişiklik olmayacaktır¹¹.

Yeni dönme kuramının dönmenin aynî haklara etkisi konusunda vardığı bu zorunlu sonucun, kendi açısından ne kadar tutarlı ve kaçınılmaz olduğu açıktır. Ne yazık ki klasik dönme kuramı bakımından böyle bir açıklık ve tutarlılıktan söz etmenin mümkün olmadığı kanısındayım.

içeriğini değiştirmelerini ifade eden "Değiştirme (Tâdil) Sözleşmesi" (Abänderungsvertrag) ile ilgili olarak bu kavram eskiden beri incelenmiştir. Bilgi için bak. FIKENTSCHER, W., Schuldrecht 6. Auflage, München 1976, § 40, I, s. 178 vd. Yeni dönme kuramı yanlılarının yaptığı ise buradaki içerik değişimine ilişkin görüşleri, dönmenin sonuçlarını taşımaktır. Ne var ki, karşılıklı anlaşma durumunda sorun yaratmayan bu kavramı, dönmenin tek yanlı hukukî işlem niteliği ile bağdaştırmak güçtür. Bak. s. 163 vd.

10) SEROZAN, R., a.g.e., s. 84.

11) Sözleşmenin dönme üzerine ex tunc ortadan kalktığını kabul eden Klasik Dönme Kuramı bakımından da aynı sonuçlar geçerlidir. Tek fark dayanılan hukukî gerekçededir. Zira bu görüşe göre, cebrî icra talebi veya tescile zorlama davası, sözleşmeden doğan bir borcun ifası talebine değil, sebepsiz iktisaptan doğan bir borcun ifasına dayanacaktır.

2. **Klasik Dönme Kuramı ve dönme üzerine aynı haklara bağladığı sonuçlar :**

Klasik dönme kuramına göre, dönmenin *ex tunc*) etkisi o denli güçlü ve kapsamlıdır ki, dönme üzerine sözleşme ilişkisi bir kül olarak, kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar¹². Dönme öyle bir bozucu yenilik doğuran etkiye sahiptir ki, sözleşmeyi ta doğduğu andan başlayarak hukuk âleminde siler süpürür. Artık şimdi, dönme ugrayan sözleşmenin kurulmuş olup olmaması hukuk gözünde birdir. Hiç var olmamış bu sözleşmeden doğan bütün haklar ve borçlar da hâliyle hiç doğmamış duruma gelmiştir. Yukarıdaki film benzetmesini burada yinelersek, dönme üzerine film, kopmuş¹³ ya da tersine oynatılmakta değil, fakat bütünüyle makinadan çıkartılmıştır. Bu niteliği ile dönme üzerine sözleşmeden doğan herhangi bir talep sözkonusu olamaz. Dönme sonrası tasfiye ilişkisinin niteliği de bütünüyle sözleşme dışı bir olgudur. Burada dönme bize yalnızca borç ilişkisinin hiç doğmamış hâle geldiğini göstermektedir (yoksa modern dönme kuramında olduğu gibi yeni bir sözleşme ilişkisi kurmaz). Bundan sonra, yok sayılan sözleşme ilişkisi gereği gerçekleştirilen edim borçlarının ne olacağı, sözleşme dışı kuralara göre saptanacaktır.

Dönülen sözleşmenin henüz ifa edilmeyen borçlarının ortadan kalkması bir sorun yaratmaz. Ancak bu sözleşme gereği vaktiyle yapılmış tasarruf işlemlerinin yarattığı hukukî durumun eski hâle getirilmesi de gerekir. Burada akla derhal "sebepsiz zenginleşme kurallarının" uygulanması gelir ve kural olarak bu doğrudur da. Vaktiyle yapılan tasarruf işlemleri, sözleşmenin geçmişe yürürlü sona ermesi üzerine hukukî nedenden yoksun kalmışlardır. Bu işlemlerin temelini oluşturan sözleşme, yapıldıkları an için dahi, altlarından çekilip alınmıştır. Böylece bu tasarruf işlemleri sonucu tarafların iktisap ettikleri bütün haklar ve malvarlıklarında doğan her artış, onlar için bir sebepsiz zenginleşme oluşturur. Şu halde, bu sözleşme gereği bütün kazanımların geri verilmesi, *status quo ante*'nin sağlanması talepleri, karşılıklı olarak birer "sebepsiz zenginleşmeden doğan talep"tir (BK. md. 61) ve iade borcunun kapsamı BK.

12) von TUHR/ESCHER, a.g.e., § 73, VII, s. 155 ve orada dipnot 95.

13) Bu *ex nunc* etkili *fesh*'e benziyor.

md. 63, 64 kurallarına göre olacaktır¹⁴. Söz konusu talebin bağlı olduğu zamanaşımı da BK. md. 66 uyarınca, dönme bildirimimin ulaşmasından başlayarak bir yıl olacaktır.

Bu tutarlı sonuçlar klasik görüş yanlıları tarafından buraya kadar görüş birliği ile belirtilmektedir.

Ne var ki, dönülen sözleşme gereği vaktiyle aynı hak geçiren bir tasarruf işlemi yapılmış olduğunda aynı görüş sahipleri, gene oy birliğiyle, bu aynı hakların dönme üzerine asla etkilenmeyeceğini belirtmektedirler. Onlara göre, dönme geçmişe yürürlü olarak borç ilişkisini ortadan kaldırırsa bile, aynı hak geçiren tasarruf işlemi (ister sebebe bağlı, ister sebepten soyut olsun) geçerliliğini korur¹⁵.

14) von TUFR/ESCHER, a.g.e., § 73, VII, s. 156; GUHL/MERZ/KUMMER (GUHL, T.), Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1972, § 38, IV, s. 273. Ayrıca dipnot 3'de belirtilenler.

15) Bu açıklama için bak. von TUHR/ESCHER, a.g.e., § 73, VII, s. 155, 156; BAUR, F., Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin 1960, s. 37; BECKER, H., Berner Kommentar, Art. 109, N. 2; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 1. Halbband, 2. Auflage, Zürich 1929, Art. 109, N. 5; TUNÇOMAĞ, K., Borçlar Hukuku, Cilt I. Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 1972, s. 564; OĞUZMAN, K., Borçlar Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1979, s. 165 (Ne var ki, OĞUZMAN, dönme üzerine yalnızca aynı hakkın değil, dönülen sözleşme gereği vaktiyle yapılmış her türlü tasarruf işleminin etkilenmeyeceğini söylemektedir). Oysa irade fesadı ve gabin yüzünden sözleşmenin iptali hallerinde (BK. md. 21, 31) iptal edilen sözleşme sebebine dayanılarak iktisap edilen aynı hakların ise geçmişe yürürlü olarak ortadan kalkacağı, gene oybirliği ile kabul edilmektedir (von TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1979, 3. Auflage, § 39, IV, s. 334, 335, 336, 337). TEKİNAY, S.S., Borçlar Hukuku, s. 403. Kanımca bu bir çelişkidir. İptal halinde sakatlığın daha sözleşmenin kuruluşunda var olduğu, oysa ki dönmede bunun söz konusu olmadığı söylenebilir. Fakat bir kez geçmişe yürürlü ortadan kalkma kabul edildiğinde, bir sözleşmenin dönme sonrası hukukî durumu ile iptal edilmesi halindeki hukukî durumu aynıdır. Öte yandan, aynı haklarda ex tunc etkiyi kabul etmeyen düşüncenin kalkış noktasının üçüncü kişilerin iktisabını korumak olduğu gözönüne alınırsa, bu sakıncanın da her iki geçersizlik durumunda özdeş olduğu görülür (bak. dipnot 21).

Böylece sözkonusu aynı hakların iadesi de istisnasız gene sebepsiz zenginleşme kurallarına göre istenecektir.

Biraz dikkat edilirse burada, sebebe bağlı tasarruf işlemleri bakımından kuramdan bir sapma görülecektir. Öyle ki bu sapma sonucu kuramın hukukî örgüsünde açıklanması çok güç bir kopukluk yaratılmaktadır. Bu kopukluk, dönme sonrası bile, sebebe bağlı (illi) aynı tasarruf işlemleri sonucu kazanılan aynı haklara dokunulmamasından doğmaktadır.

Hukukumuzda taşınmazlar üzerinde aynı hak kazanılardan tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olduğu açıktır. Taşınmazlar için ise durum tartışmalıdır¹⁶. Eğer taşınır üzerinde aynı hak kazanılmasının sebepten soyut olduğu görüşü kabul edilirse, hiç olmazsa bu alanda teknik tutarsızlığa düşmeden, dönme üzerine aynı hakkın kendiliğinden eski sahibine dönmeyeceği sonucuna varılabilir. Gerçekten de soyutluk görüşünde, taşınır üzerinde aynı hak kuran tasarruf işleminin kendisinde bir geçersizlik nedeni bulunmadıkça, bu tasarruf işlemi temelini oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersizliğinden (veya yokluğundan) etkilenmez. Böyle bir durumda, sözleşmenin ortadan kalkması sonucu aynı hak otomatik olarak eski sahibine dönmeyebilir. Yalnızca sebepsiz bir zenginleşme oluşturur. Örneğin, mülkiyeti geçirilen taşınırın, dönme üzerine yalnızca sebepsiz zenginleşme talebiyle iadesi istenebilir. Oysa klasik görüşü benimseyenlerden taşınır üzerinde aynı hak iktisabını sebebe bağlı

16) Bu tartışma için bak. ULUSAN, İ., a.g.e., s. 19 vd. Kanımca, von TUHR'un 1921 tarihli bir makalesinde ilk kez belirtildiği üzere, BK. md. 62 (condictio indebitii) hükmü karşısında İsviçre - Türk Hukukunda taşınır için sebebe bağlılık görüşünü savunmak çok güçtür. Zira taşınır üzerinde de aynı hak iktisabı sebebe bağlı kabul edilirse, bu maddenin uygulama alanı kalmamaktadır. Getirdiği kanıtlar bugün dahi çürütülememiş olan, "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Geçirilmesi" adlı bu makalenin Türkçe çevirileri: SAYMEN/OĞUZMAN, Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları II, s. 373 vd.; AYİTER, K., AHFD., 1946, III. Cilt, s. 633 vd., 1948, s. 154-166; SUNGURBEY, İ., Medenî Kanun Ön Tasarısı Eleştirisi, İstanbul 1972, s. 373 vd. Buna rağmen İsviçre Federal Mahkemesinin 1929 tarihli bir kararından beri (BGE 55 II 304) günümüze değin mahkeme içtihatlarında kabul edilen ve öğretilerdeki baskın görüş, sebebe bağlılık görüşüdür.

kabul edenler bile dönme üzerine aynî bir talebin değil gene sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talebin ileri sürüleceğini belirtmektedirler.

Taşınmazlar üzerindeki aynî tasarruf işlemlerinde ise, borçlandırıcı işlemin ex tunc ortadan kalkması kendiliğinden tescili yolsuz saymamızı gerektireceğinden, bunları dönmenin ex tunc etkisinden kurtaracak bütün yollar kapalıdır. Oysa bu durumda da aynî hakkın kendiliğinden düşmeyeceği (tescilin yolsuzlaşmayacağı) söylenmektedir. Klasik görüş yanlıları bu durumda da (yeni görüşe yakışır biçimde), yolsuz tescilin terkininin değil, tescile zorlama davasının açılabileceğini söylemektedirler. Bu dava sebepsiz zenginleşmeden doğan bir talebe dayanacaktır¹⁷.

Oysa dönme üzerine sözleşme kurulduğu andan beri ortadan kalkmaktadır. Şu halde aynî hakkın geçirildiği anda da bu sözleşmenin yok sayılması gerekir. Bu durumda mantıkî sonuç, dönme üzerine aynî hakkın hiç kurulmamış sayılmasıdır. Bir yandan bu hakkı geçiren tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğunu söyleyip, diğer yandan yukarıdaki sonuca nasıl varılacaktır?

III. KLASİK DÖNME KURAMININ AYNÎ HAKLARDA GEÇMİŞE YÜRÜRLÜ ETKİYİ REDDETMESİNİN ELEŞTİRİSİ

1. Gösterilen hukukî gerekçeler :

a) Görüş yanlılarının gösterdiği en güçlü gerekçe, "aynî hakların bağımsızlığı ilkesi"dir. Bu ilkeyle anlatılmak istenen şudur : Hukukumuzda aynî haklar bir kez geçerli olarak kurulur ya da devredilirse artık kendilerini yaratan hukukî sebepten bağımsızlaşırlar. Temelini oluşturan borçlandırıcı işlemin başına ne gelirse gelsin geçerli bir aynî hakkın varlığı bundan etkilenmez. Aynî hakların hukukî işlemde kaynaklanan diğer haklardan önemli bir farkı da budur. Bir aynî hak yalnızca doğuştan geçerli bir hukukî sebebe muhtaçtır. Oysa diğer haklar kendilerine hayat veren hukukî

17) Aynı sonuca varan yeni dönme kuramı tek fark olarak bu talebi sebepsiz zenginleşmeye değil, sözleşmeden doğan bir borcun ifasına bağlamaktadır.

işlemin geçerliliğine yaşamları boyunca muhtaçtırlar. Bir alacak hakkı —kural olarak— doğduktan sonra dahi kaynaklandığı sözleşme ortadan kalkarsa son bulur. Oysa kazanılan mülkiyet, temelindeki sözleşmenin sonradan ortadan kalkmasıyla son bulmaz. Bu yüzden denmektedir ki, sözleşmeden dönme üzerine, borçlandırıcı işlemin sonradan ortadan kalkması aynî hakkı etkilemez. Yeter ki daha kuruluşunda bir sakatlık olmasın¹⁸.

Kanımca biraz yakından incelendiğinde bu gerekçe klasik dönme kuramını bir istisna yaratmakta haklı kılmamaktadır. Çünkü aynî hakkın bağımsızlığı ilkesi bile bu hakkın doğarken geçerli bir hukukî sebebe dayanması gereğini ortadan kaldırmamaktadır. (Bu sonuca ancak taşınırlardaki soyutluk görüşü ile varılabilir). Şimdi aynı görüş sahipleri bir kez borçlandırıcı işlemin geçmişe yürürlü olarak ortadan kalktığını söylediklerinde artık baştan geri geçerli bir hukukî sebepten, hiç bir an için, sözetmemeleri gerekir. Oysa burada aynî hakkın kuruluşu sırasında sözleşmenin var olduğunu itiraf etmektedirler. Zira bu noktada “ne de olsa o zaman geçerli bir sözleşme vardı” demelidirler ki aynî hakkın bağımsızlığı ilkesine sığınılıp, dönme üzerine hakkın kendiliğinden düşmesine (ya da eski sahibine dönmesine) engel olunabilsin. Bu gerekçenin ise ex tunc dönme ile bağdaşması mantıken mümkün değildir. Aynî haklar için böyle bir ayrıcalık tanımının yasada dayanak bulması da olanaksızdır. Üstelik ex tunc etkiyi savunan biri için bu sonuç, taşınmazlar üzerindeki aynî tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olduğunu buyuran yasa hükmünün (MK. md. 932) açık bir ihlâli, düpedüz yok sayılmasıdır. Nitekim görüş sahipleri, aynî hak kazandırmayan tasarruf işlemlerine bu ayrıcalığı tanımamaktadırlar¹⁹. Aynî olan

18) BAUR, F., a.g.e., s. 37; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 564; SEROZAN, R., a.g.e., s. 96 vd.

19) von TUHR/ESCHER, a.g.e., § 73, VII, s. 155 ,156. Ayrıca dipnot 15'de anılan diğer eserler. Klasik kuram yanlıları yalnızca aynî haklardan sözetmektedirler. Ancak OĞUZMAN, dönmenin geçmişe yürürlü etkisini kabul etmesine rağmen, dönülen sözleşme gereği yapılmış bütün tasarruf işlemlerini, aynî hak kazandırmaya yönelik olup olmadığına bakmaksızın, ex tunc dönmenin dışında tutmaktadır (OĞUZMAN, K., Borçlar Hukuku Dersleri, s. 165 son cümle). Böylece tüm bu işlemler, dönmenin tasarruf işlemini etkilemediği gerekçesiyle, kaynaklandıkları sözleşme ex

ve olmayan tasarruf işlemleri arasında böyle bir ayırım bağımsızlık ilkesinden çıkarmak mümkün değildir.

Gerçekten de, sebebe bağıllıktan kasıt, tasarruf işleminin geçerliliğinin borçlandırıcı işlemin geçerliliğine olan bağılılığıdır. Bunun dışında bir anlamı olamaz. O halde geçirilmesi (veya kurulması) sebebe bağlı bir aynî hakkın kazanılıp kazanılmadığını bize gösterecek olan, yalnızca bu hukukî sebebin (sözleşmenin) aynî hakkın kazandırılması sırasında geçerli bir varlığının bulunup bulunmadığıdır. Bir borçlandırıcı işlemin belli bir anda geçerli olup olmadığı ise gene yalnızca buna ilişkin kurallara göre belirlenir. Dönme üzerine hukukçu gözüyle geçmişe dönüp baktığımızda bu sözleşmenin hiç bir zaman kurulmamış olduğunu söylüyorsak, artık bunu bütün sonuçlarıyla kabul etmek gerekir. Oysa klasik görüş yanlıları dönme üzerine kurulmamış saydıkları sözleşmeyi aynî haklar bakımından var saymaktadırlar. Böylece, dönme üzerine borçlandırıcı işlem “hem var hem yok” ya da “bir bakıma var bir bakıma yok” durumuna getirilmektedir. Bu bir kuram için talihsiz bir sonuçtur. Aynî hakkın bağımsızlığı ilkesi ise ex tunc dönmede değil, ancak ileriye etkili sona erme hallerinde örneğin ex nunc fesihle aynî hakkın mevcut durumunu koruyabilir. Zira ancak bu durumlarda borçlandırıcı işlem sona ermesine rağmen hakkın kazanıldığı andaki varlığını yitirmedeğinden, sözleşmenin sonradan ortadan kalkması bağımsızlaşmış aynî hakkı etkilemez.

tunc ortadan kaldırıldığı halde geçerli kalacaklardır. Oysa aynî haklar için bile bu çözümü gerekçelendirmek güçken, sözkonusu aynî olmayan tasarruf işlemleri için bu sonuca ancak soyutluk ilkesinden yararlanılarak varılabilir. Nitekim, “alacağın temlikî” ve “borcun nakli” gibi işlemler temel borç ilişkisinden soyut oldukları için dönmeden etkilenmeyeceklerdir. Yoksa bunlara götürü bir istisna tanındığı için değil. Öte yandan ne gariptir ki, modern dönme kuramını benimseyen SEROZAN, sözleşmenin dönme üzerine ortadan kalkmayacağını savunmasına rağmen bu tür aynî olmayan tasarruf işlemlerinin, gene soyut veya sebebe bağlı olmalarına bakmaksızın, dönme üzerine geçersizleşeceğini söyleyerek tam ters yönde bir çelişkiye düşmektedir (SEROZAN, R., a.g.e., s. 112). Bak. dipnot 8, İlginçtir, biri klasik, diğeri yeni görüş yanlısı iki hukukçu burada vardıkları sonuçları değiştirirler, bu konuda her biri kendi görüşü ile tutarlılık içinde olacaktır.

Yanılıya yol açan nedenlerden biri de, dönülen sözleşme gereği kazanılan hakların “sonradan sona eren sebebe dayanan iktisaplar” (*condictio ob causam finitam*) olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır²⁰. Düşünceyi karıştıran yanılı şudur: “Madem ki dönme üzerine hukukî sebep sonradan ortadan kalkmaktadır (*ob causam finitam*), o halde başlangıçta geçerli olarak var olan sebebe dayanılarak iktisap edilen aynî haklar bu daha sonraki ortadan kalkmadan etkilenmemelidir. Aynî hakkın bağımsızlığı ilkesi buna engeldir.” Bu düşünüş tarzına göre ,yalnızca “hiç olmamış bir sebebe dayanan iktisaplar” (*condictio sine causa*) ve “gerçekleşmeyen bir sebebe dayanan iktisaplar” (*condictio ob causam futuram*) aynî hakkın kazanılmasına engel olabilir, demek gerekir. Bu yanlış sanı “sonradan ortadan kalkma” (*ob causam finitam*) sözüne takılmaktan doğmakta ve hatalı bir sonuca götürmektedir²¹. Oysa gözden kaçırılmaması gereken bir husus, bu sonradan ortadan kalkmanın “geçmişe yürürlü” olduğudur. Bu bakımdan, *ob causam finitam* hallerinde de hukukî sebep baştan beri var olmamış duruma gelmektedir. Aksi halde geçmişteki sebep, sonradan ortadan kalkmaya rağmen, (o zaman için) var kabul edilirse, buna dayanan o zamanki iktisapların da sebepsiz olduğundan söz edilmemesi ve

-
- 20) Bütün eserlerde bu konuda görüş birliği vardır. Sebepsiz zenginleşmenin türleri açıklanırken de dönme daima *condictio ob causam finitam* in en karakteristik örneklerinden biri olarak gösterilmektedir: von TUHR/PETER, a.g.e., § 52, VII, s. 492, 493; von TUHR/ESCHER, § 73, VII, s. 155, 156; ENNECCERUS/LEHMANN, a.g.e., § 38, II, 1, s. 165, 166; OĞUZMAN, K., Borçlar Hukuku Dersleri, s. 165; TEKİNAY, S.S., a.g.e., s. 577 vd.
- 21) Oysa sözleşmenin irade fesadı ve gabin sonucu iptal edildiği durumlarda bu hataya düşülmemektedir. Gerçekten bu durumlar da bir “*ob causam finitam*” hali olarak kabul edilmekte ve —doğru olarak— sözkonusu sebeplerle sözleşmenin iptalinde aynî hakların da geçmişe yürürlü olarak kazanılmamış sayılacağı kabul edilmektedir (örneğin: von TUHR/PETER, a.g.e., § 39, IV, 4, s. 338). Gene bir “*ob causam finitam*” durumu sayılan sözleşmeden dönmede neden farklı sonuca varıldığı cevapsız ve gerekçesiz kalmaktadır. Kanımca bu iki *ob causam finitam* durumu arasında yaratılan çelişki, sebebe bağlı aynî hakların *ex tunc* dönmeden etkilenmemesi fikrini sarsmaya başlı başına yeter (bak. dipnot 15).

bunlar için bir sebepsiz zenginleşme istemine dahi yer olmaması gerekirdi²². Halbuki dönme üzerine sebepsiz zenginleşme istemleri ileri sürülebildiğine göre, bunun yanlışlığı açıktır. Gerçekten de hukukî işlemde doğan sebepsiz zenginleşme türleri arasındaki üç ana ayırımın (sine causa - ob causam finitam - ob causam futuram) sadece teorik bir anlamı vardır. Zira her üçünde de iktisap anında geçerli bir sebep yok sayılmaktadır (BK. md. 61). Böylece, örneğin, ex tunc dönme üzerine sözleşmenin hukukî durumu (= ob causam finitam), şekle aykırılık yüzünden baştan beri geçersiz bir sözleşmenin hukukî durumundan (= sine causa), farklı değildir. Görüldüğü gibi, sonradan ortadan kağan sebebe dayanan iktisapların diğer sebepsiz zenginleşmelerden, aynı haklar için de sonucu değiştirecek bir farkı yoktur.

b) Dönmenin aynı etkisine karşı bir diğer kanıt ise, rehin hakkına ilişkin hükümlere dayanılarak getirilmeye çalışılmaktadır. Buna göre, MK. md. 798, 858 ve BK. md. 113/I hükümleriyle rehin aynı hakkının geçerliliğini yalnızca güvenceye bağladığı borç ilişkisinin geçerliliğine bağlayan bir kanun, zıt anlamıyla (mefhumu muhalifi ile), bunun dışında bir nedenle sözkonusu hakkın düşmeyeceğini belirtmiş olmaktadır. O halde a contrario sonuç; teminat altına aldığı alacak hakkı geçersizleşmedikçe buna ilişkin rehin, bir kez tescil edilmişse, artık kendisinin kurulmasına kaynaklık eden (kurma borcu doğuran) sözleşmeden dönülmekle ortadan kalkmaz²³.

Bu gerekçenin de zayıflığı açıktır. Bir kere sözkonusu hükümlerin amacı yalnızca rehin hakkının fer'î niteliğini açıklamaktadır. Yasanın amacını aşarak ona zıt anlamlar yakıştırmak suretiyle sonuç çıkarmak doğru değildir. Burada da öyle görülüyor ki, ilgisiz

22) Nitekim ileriye etkili (ex nunc) fesh edilen sürekli sözleşmelerde bu fesih anına kadar hukukî sebep var sayılmakta ve gene bu ana kadar yerine getirilen karşılıklı edimlerin iadesi de istenememektedir. Zira bunlar için sebepsiz bir iktisaptan söz etmek, fesihden sonra dahi, mümkün değildir (Kuşkusuz fesihden sonra gerçekleşen iktisaplar "sine causa kazandırma" olduğundan iadesi istenebilir).

23) BAUR, F., a.g.e., s. 37; SEROZAN, R., a.g.e., s. 97. Kuşkusuz bu dönme sadece rehin alanın taahhüt ettiği bir ivaz karşılığı rehin verilen hallerde sözkonusu olabilir. Zira ancak bu istisnai durumda rehin temelinde sinallagmatik bir sözleşme vardır.

hükümlere yasa koyucunun aklının ucundan bile geçmeyen sonuçlar bağlanmak istenmektedir. Üstelik bu yargı, bağımsızlık ilkesinden çok, rehin haklarının sebepten soyut olduğuna kanıt teşkil eder. Bunun ise tartıştığımız sorunla ilgisi yoktur. Kaldı ki bu zorlama kanıt kabul edilse bile sırf rehin hakkı ile sınırlı kalacaktır. Zira bu özel hükümlerin düzenlemesi hangi gerekçeyle bütün aynî haklara yayılabilir?

c) Nihayet görüş yanlılarının son gerekçesi, MK. md. 688 kuralıyla düzenlenen "mülkiyeti saklı tutma anlaşması"dır. Denmektedir ki, eğer sözleşmeden dönme üzerine aynî hak kendiliğinden eski sahibine dönecek ise, yasada mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının düzenlenmesine ne gerek vardı²⁴. Bilindiği gibi bu olanak, aynî hak devreden kendi alacağı ifa edilmediği takdirde verdiği mala tekrar kavuşabilsin diye öngörülmüştür. Oysa dönmede aynî etki kabul edildiği takdirde bu sonuç çok daha güzel sağlanmaktadır. Önce kendi edimini ifa eden alacaklı, MK. md. 688 kuralının sıkı şekil koşullarıyla bir mülkiyeti muhafaza sözleşmesi²⁵ yapmaya zahmet edecek yerde, borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönerek rahatlıkla aynî hakkına tekrar kavuşabilir.

Bu sav, taşınır mülkiyetinin devrini sebebe bağlı kabul eden bir hukukçu tarafından belki ileri sürülebilir. Ancak benim de katıldığım soyutluk görüşü benimsendiğinde bütün etkisini kaybeder. Zira bu görüşe göre, tasaruf işlemi bir sakatlık yoksa, sözleşmeden dönmenin ex tunc etkisi bile devredilen taşınırın mülkiyetini eski sahibine döndüremeyecektir²⁶. İşte böyle bir durumda mülkiyeti saklı tutma anlaşması gene de önemli bir işleve sahip olur. Zira iktisabı soyut aynî hak, bu yüzden dönmeden kurtulsa bile, devreden mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına dayanarak aynî bir talep ileri sürebilecektir. Zaten MK. md. 688 hükmünün mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını yalnız taşınır için kabul ettiği dikkate

24) SEROZAN, R., a.g.e., s. 102, 103. Oradaki dipnot 104.

25) Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının tasarruf işlemi geciktirici bir şarta mı, yoksa bozucu bir şarta mı bağladığı tartışmalıdır. Baskın görüş geciktirici şart sayılması yolundadır. Ancak buradaki eleştiride ve buna verilecek cevapta sözkonusu ayırımın önemi yoktur.

26) Bak. dipnot 16 ve ona ilişkin metin.

alınırsa, bu çözümün yasanın sistemine ne kadar uygun olduğu görülür. Bu anlamıyla MK. md. 688 kuralının varlığı, dönmenin aynı etkisi olmadığına değil, belki taşınır mülkiyetinin sebepten soyutluğuna bir kanıt oluşturabilir. Öte yandan, taşınırlarda sebebe bağlılık görüşü benimsendiğinde bile, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği bütün durumlarda mülkiyeti muhafaza kaydının önemi devam eder. Ayrıca BK. md. 211/III hükmünün satılanın teslimi sonrası satım sözleşmesinden dönmeyi yasakladığı düşünülürse²⁷, mülkiyeti saklı tutma anlaşması burada da uygulama alanı bulacaktır²⁸.

2. Dönme üzerine aynı hakkın geçmişe yürürlü olarak düşmesi kabul edilirse doğacağı ileri sürülen sakıncalar :

Bütün bu açıklamalar ışığında görüldüğü gibi, klasik dönme kuramının dönmenin aynı etkisini yadsıması bu denli güçken, görüş yanlılarının oybirliğiyle ve titizlikle neden bunda ısrar ettikleri, ayrıca üzerinde durulması gereken bir konudur. Neden dönme üzerine aynı hakkın da kendiliğinden geri dönmesi zihinlere kabul edilmesi olanaksız gelmektedir? Niçin tutarsızlığa düşme pahasına bütün hukukçular, ex tunc etkide bile, aynı hakka ilişmeye cesaret edememişlerdir?

Bu yerleşik tutum şu korkudan kaynaklanmaktadır : Aynı hakların "mutlak hak" niteliği karşısında ilgililerin güvenini koruyabilmek için kabul edilen "açıklık ilkesi", dönmenin aynı etkisi üzerine büyük ölçüde sarsılacaktır. Salt bir irade bildirimi ile aynı hak kurulmamış sayılacak olursa, vaktiyle gerçek malikten bu hakkı iktisap eden kimse bir anda hiç malik olmamış durumuna düşecek, geçerli olarak sahip olduğu hakkına dayanarak eşyayı elinde bulunduran kişi aniden baştan beri haksız zilyet sayılacaktır. Aynı haklar üzerindeki tasarruf işlemlerini özel şekil koşullarına bağlayan kanunun amacı da böylelikle ihlâl edilmiş olur. Denmektedir ki,

27) Bu hükme göre, satım sözleşmesinde eğer mal alıcıya teslim edilmişse, alıcının semeni ödemedi temerrüdü üzerine, yalnızca iradî olarak önceden kararlaştırılmış dönme hakkı kullanılabilir.

28) Nitekim "Mülkiyeti Saklı Tutma Mukavelesi ile Satım", satım sözleşmesinin özel bir türü olarak incelenmektedir .Bak. FEYZİOĞLU, F.N., Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), 1. Cilt, 3. Bası, İstanbul 1978, s. 158-168.

aynî hak durumu böyle bir yaz boz tahtasına dönüştürülürse hukukî güvenlik alt üst olacak ve alış - veriş yaşamı içinden çıkılmaz bir anarşiye düşecektir²⁹. Oysa aynî hakların sahip oldukları özel önem, onlar üzerinde bu tür bir "şunda sayılırken meğerse bundaymış" oyunu oynanmasına izin vermez. İşte böyle bir hukukî felâkete yol açılmaması için, ne olursa olsun aynî hak durumunun geçmişe yürürlü olarak değişmesinin kesinlikle önlenmesi gereğine inanılmaktadır³⁰. Klasik görüş yanlılarını bile bu sonuç çevresinde birleştiren düşünce budur..

Oysa durum tahlil edildiğinde kanımca bu endişelere yer olmadığı görülecektir.

a) *Kapsam bakımından :*

Herşeyden önce, sözleşmeden dönme (ve böylece aynî hak durumunu değiştirme) öyle kolayca ve sık sık başvurulabilecek bir yol değildir. Devreden bu sonuca ulaşınca kadar, önce kendi alacağı muaccel olacak ve borçlusunu (devralanı) ihtarla temerrüde düşürecek (BK. md. 101), ardından tekrar bildirimde bulunarak ifa için uygun bir süre verecek (BK. md. 106/I) ve bu sürenin geçmesini bekledikten sonra yine bir irade bildiriminde bulunarak sözleşmeden dönmeyi gerçekleştirebilecektir (BK. md. 106/II). Ayrıca bir ihtilâf doğduğunda bütün bunların gerçekliğini kanıtlamak yükü tümüyle ona ait olacaktır. Söz konusu koşulların tamamlanarak sonuca varılmasının ise, tapuya yapılacak bir tescil talebinden ya da bir zilyetlik devrinden daha kolay ve ivedi olarak aynî hakkı etkileyeceği söylenemez.

Kaldı ki ex tunc dönme zaten çok sınırlı durumlarda kabul edilmiştir. Sürekli sözleşme ilişkilerinde bu hak kabul edilmediği gibi³¹, sinallagmatik sözleşmelerin en önemlilerinden olan satım

29) Söz konusu ortak korkuyu en iyi dile getiren : SEROZAN, R., a.g.e., s. 99, 100.

30) Öyle görülüyor ki, önce bu dogmatik inanç hukukçuların kafasına bir önyargı olarak yerleşmiş ve sonra bunu haklı kılacak hukukî gerekçeler aramaya çıkmışlardır (oysa, bilimsel yöntem tam tersini gerektirir).

31) Bak. SELİÇİ, Ö., Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s. 115 vd. Ayrıca, eser sözleşmesinin dahi bu bakımdan sürekli sözleşme

sözleşmesinde de özel hükümlerle sınırlandırılmıştır (BK. md. 211/III)³². Bunların yanında, doktrinde, eğer alacaklının kendisinin de karşı tarafa iade etmek zorunda olduğu bir şey varsa ve kusuru ile elindeki iade edemeyecek duruma düşmüşse, (BK. md. 204/II'ye kıyasen) artık onun sözleşmeden dönemeyeceği kabul edilmektedir³³. Ayrıca temerrüt yan edim borçlarına ilişkinse ve bu edimler arasında oransızlık varsa gene dönmenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu söylenmektedir³⁴.

Bütün bunlar dikkate alınır, dönmenin aynî etkisinin hiç de sanıldığı gibi alışveriş yaşamını alt üst edecek bir uygulama alanı bulamayacağı görülür.

b) Üçüncü kişilerin korunması bakımından :

Öyle anlaşılıyor ki sorunun odak noktası, sözleşme yanları arasındaki çıkar dengesini koruma endişesinden çok, borçlunun elinde bulunan mal üzerinde, dönmeden önce üçüncü kişilerin iktisap ettikleri hakları koruma düşüncesidir. Ne var ki bu sakınca başka hukukî mekanizmaları devreye sokarak giderilebilir. Ben, aynî etkiyi reddetmeden de bu ara dönemde hak iktisap eden üçüncü kişileri korumak mümkündür, kanısındayım.

aa) Aynî haklar bakımından :

Önce, dönülen sözleşme gereği vaktiyle taraflardan biri bir taşınmaz üzerinde tescille aynî hak kazanmışsa, bundan gene o taşınmaz üzerinde aynî hak iktisap eden bir kişiyi ele alalım. Gerçekten de ilk bakışta onun durumu pek parlak görünmemektedir. Zira dönme üzerine, ortadan kalkan sözleşmeye göre aynî hak kazanan lehine yapılan tescil, baştan itibaren yolsuz sayılacaktır. Ve bu durumda ikinci müktesip de tasarruf yetkisi olmayan bir

sayılarak ex tunc dönmeden kurtarılması yolundaki görüş için bak. dipnot 64.

32) Bak. dipnot 27.

33) BECKER, H., Berner Kommentar, Art. 109, N. 11, 13; von TUHR/ESCHER, a.g.e., § 73, VII, s. 157; BGB §§ 351, 352, 353 hükümleri ise bu durumlarda dönme hakkını sınırlayan özel yasaklar getirmiştir.

34) İbid.

kişiden aynî hak iktisap etmeye kalkmış duruma düşer. Bu iktisabın ise, kural olarak geçersiz olacağı doğrudur. Çünkü o her ne kadar lehine tescil yapıldığı anda gerçek malikten hak iktisap etmişse de şimdi dönme üzerine, bu tescil anında bile, artık sadece yolsuz tescille malik gibi görünen birinden hak kazanmış durumdadır. Ancak onun için henüz herşey bitmemiştir. Çünkü böyle bir durumda MK. md. 931 kuralına dayanılarak bu tasarruf yetkisi eksikliğini gidermek ve iktisabı geçerli saymak mümkündür. Gerçekten de, dönülen bir sözleşme gereği adına tescil yapılmış kişiden taşınmaz üzerinde aynî hak iktisap eden kimse, “yolsuz tescille dayanarak bir aynî hak iktisap etmiş” sayılır ve eğer “iyi niyetli” ise iktisabı geçerli olacaktır. Görüldüğü gibi, başta beliren sakıncayı bu yolla aşma olanağı vardır.

Sözleşmeden dönme üzerine baştan beri haksız zilyet sayılan bir kişiden bir taşınır üzerinde aynî hak iktisap edenlerin durumuna gelince: Bunların iktisabı da MK. md. 901 kuralı yardımıyla korunabilir. Zira burada üçüncü kişi, “emin sıfatı ile zilyetten hak iktisap etmiş” durumdadır. Zira ona taşınırı devreden emin sıfatı ile zilyettir. Dönmenin hukukî sebebi hiç kurulmamış hâle getirmesi, zilyetliğin rıza ile devredilmiş olduğu gerçeğini değiştirmez. Zilyetliğin devri bütünüyle soyut bir işlemdir. İşte böyle bir durumda üçüncü kişi taşınırı devralırken iyi niyetli ise iktisabı gene geçerli sayılacaktır.

Devralanın görünüşe güvenini koruyan bu kuralların³⁵ ex tunc dönmede de uygulanması, taşınır veya taşınmaz üzerinde, aynî hak kazanan üçüncü kişileri korumaya yetecektir³⁶. Çünkü olayın özelliği gereği, bu kişiler hemen hemen daima iyi niyetli sayılacaklardır. Gerçekten de bunlardan, kendilerine bu hakkı kazandıranın taraf olduğu bir sözleşmeden ileride dönülmesi sonucu tasarruf yetkisine sahip olmayan birinden hak iktisap etmiş sayılacaklarını, ik-

35) MK. md. 901 ve 931 hükümlerinin bu niteliği ve ayrıntılı bilgi için bak. OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, İstanbul 1982, 3. Bası, s. 120, 238.

36) Nitekim sözleşmenin irade fesadı ve gabin sebebiyle iptali durumlarında (BK. md. 21, 31) üçüncü kişilerin iktisabının bu hükümlere göre korunacağı belirtilmektedir. Bak. von TUHR/PETER, a.g.e., s. 39, IV, 1, s. 335.

tisapları anında, bilmelerini beklemek pek mümkün görülmemektedir. Ancak çok özel durumlarda bütün bunları öngörerek davrandıkları kanıtlanabilirse, o zaman onlar da hiç bir zaman hak iktisap etmemiş sayılabilirler. Örneğin, alacaklının dönme hazırlıkları yaptığını öğrenip fırsattan yararlanarak borçlunun elindeki malı ucuza kapatmak amacıyla satın almaları durumu böyledir. Bu çok seyrek rastlanacak ve kanıtlanması çok güç durumda ise onların feda edilmesinin adalet duygularını rahatsız eden bir tarafı yoktur.

Bu çözüme karşı, iktisap anında devreden gerçek hak sahibi olduğu ve böyle bir anda esasen kötü niyetin nasıl mümkün olacağı sorulabilir. Denebilir ki, bu durumda ilerideki dönmeyi tahmin etmek ve böylece henüz var olmayan bir tasarruf yetkisizliğini bilmek kötü niyet sayılamaz. O halde kötü niyet - iyi niyet tartışmasına burada yer yoktur ve böylece MK. md. 901, 931 kuralları burada uygulanamaz. Buna verilecek cevap şudur: Bu itiraz henüz dönmenin gerçekleşmediği varsayımında yapılmaktadır ki, esasen bu durumda zaten sorun çıkmaz. Ancak dönme gerçekleştiği anda, sözleşmeye bağlı olarak, aynî hak da kurulmamış sayılırsa, artık o iktisap anında dahi devreden tasarruf yetkisine sahip değildir (ex tunc etki). İyi niyetli sayılmamanın anlamı ise, mevcut durumu bilmek veya bilmesi gerekmektir³⁷. Dönme üzerine mevcut durum, "iktisap anında dahi", tasarruf yetkisi yokluğu olduğuna göre, daha o zaman bunu öngören kişi şimdi dönme üzerine mevcut durumu biliyor hükmündedir. Kaldı ki herhangi bir somut olayda kötü niyetli olmaya (mevcut durumu bilmeye) olanak bulunmaması iyi niyetli sayılmaya ve MK. md. 901, 931 hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz.

bb) *Kişisel (şahsî) hak iktisap eden üçüncü kişiler ve şerh edilmiş kişisel hakların durumu :*

Üçüncü kişilerin iktisap ettiği kişisel haklara gelince, kural olarak, burada tartışılacak bir sorun yoktur. Zira dönmenin aynî etkisi kabul edilmese bile bu kişisel hak sahipleri (örneğin, kiracılar) devreden iade talebine karşı çıkamayacakları gibi ona karşı bu şah-

37) TEKİNAY, S.S., Borçlar Hukuku, s. 576; OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s. 123, 242.

sî haklarını da ileri süremezler. Onlar bu durum karşısında yalnızca kendi borçlularına karşı, borca aykırılık hükümlerine göre, bir tazminat talebi ileri sürerek uğradıkları zararı isteyeceklerdir.

Ancak şerh edilerek güçlendirilmiş kişisel hakların üzerinde ayrıca durmak gerekir. Bilindiği gibi, bazı kişisel haklar şerh edilmekle sıradan bir kişisel hak olmaktan çıkarak eşyaya bağlı bir borç ilişkisi yaratırlar ve munzam etki kazanarak o taşınmazın sonraki her malikine karşı ileri sürülebilirler³⁸. İşte devreden sözleşmeden dönmesinden önce üçüncü kişi böyle bir kişisel hakkını devralana şerh ettirmişse ne olacaktır?

Tapu sicilindeki yolsuz tescile güvenerek yetkisiz kişiden iyi niyetle şerh kazanılması tartışmalıdır. Eğer bu durumda da MK. md. 931 hükmüne dayanılabileceği görüşü benimsenirse³⁹, şerh dönmeye rağmen geçerli olarak doğmuş sayılacak ve şerh edilen kişisel hak sahiplerini de dönmenin sonuçlarından kurtarmak mümkün olacaktır. Fakat tapu siciline güvenle şerhin doğuşundaki eksikliğin giderilemeyeceği görüşü benimsendiğinde⁴⁰, kişisel hak sahibini korumak mümkün olamayacaktır. Bu durumda o da sadece sıradan bir kişisel hak sahibi olarak ancak kendi borçlusuna karşı bir tazminat talebi ileri sürebilecektir. Aynî etkili dönmenin belki de tek zayıf tarafı budur. Ancak bir kere ikinci görüş benimsenip bu şerh sahiplerinin aynî hak sahiplerine karşı MK. md. 931 uyarınca korunmaya değer olmadıkları kabul edilirse, ex tunc dönmede de kendilerini daha çok korumayı gerektirecek bir özellik yoktur. Yok eğer korunmaları adalet duygularına daha uygundur denirse, bu yargı, dönme üzerine yolsuzlaşma dahil, bütün yolsuz tescile güven durumları için geçerli olacağından, birinci görüş benimsenerek sorun temelden çözümlenmelidir.

38) Kişisel hakların şerhinin bu özelliği hakkında bak. OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s. 241 vd.

39) Bu görüşte: HOMBERGER, A., Kommentar zum ZGB. das Sachenrecht, IV. band, II. Abteilung, Art. 959, N. 18; SUNGURBEY, İ., Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 131; ACEMOĞLU, K., Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970, s. 68.

40) Baskın görüş budur. Bu görüşte: OĞUZMAN/SELİÇİ, a.g.e., s. 241, 242 ve orada dipnot 471; TEKİNAY, S.S., Eşya Hukuku, İstanbul 1978, 3. Bası, s. 231.

İster şerh verilen, ister verilmeyen, bütün kişisel hak sahipleri için sanırım bir kurtuluş imkânı daha olabilir : Eğer kişisel hakların kurulduğu sırada devreden de buna onayı varsa, bu özel olasılıkta, dönme sonrası dahi aynî hakkını ileri sürerek bu kişisel hakların kullanılmasına engel olamaması gerekir. Örneğin, taşınmazını devrettikten sonra, devralana bu taşınmaz için bir kiracı bulan devreden, dönme üzerine bu kiracıyı taşınmazdan çıkaramamalıdır⁴¹. Bu sonuç "Dürüstlük Kuralı"ndan çıkar. Kanımca, şahsî hakkın kurulmasını destekleyen veya teşvik eden devreden, dönme üzerine bu hakkın kullanılmasını engellemesi MK. md. 2'ye dayanan bir savunma ile önlenememelidir. Gerçekten de, başkası için lâıyk gördüğü bir hukukî duruma kendi başına geldiğinde karşı çıkmaya kalkan kişinin bu davranışı dürüstlük kuralında anlatımını bulan adalet duygularını rahatsız eder. Hele üçüncü kişiyi bizzat teşvik etmişse, dönme sonrası yapacağı itiraz "kendi yarattığı güven ortamının sonuçlarına katlanma" (venire contra factum proprium) ilkesi gereğince öncelikle engellenememelidir.

cc) *Haciz ve İflâsta durum :*

Aynî etkili dönmenin çekinilen sonuçlarından biri de haciz ve iflâs durumlarında ne olacağıdır. Zira dönme üzerine haczedilmiş olan veya iflâs masasına giren malın sonradan bir istihkak iddiası ile istenmesi sözkonusu olacaktır.

Hacizde sorun, mal devralanın mülkiyetinde iken haczedilip fakat henüz paraya çevrilmeden önce sözleşmeden dönen devreden tarafından İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre bir istihkak iddiasında bulunulması halinde ortaya çıkacaktır. Zira devralanın hacizli alacaklısı, dönme üzerine, üçüncü kişiye ait bir malı haczettir-

41) Benzer bir durum, arsa mülkiyetini temlik karşılığı bina yapımı ve bağımsız bölümlerde kat mülkiyeti kurulmasına yönelik sözleşmelerde, bu yapının bitirilmesi için finansman kaynağı olsun diye, müteahhidin üçüncü kişilerle gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmasını teşvik eden, hatta ona alıcı bulan alacaklının sonradan bu sözleşmeden dönmesinde de sözkonusu olabilir. Kuşkusuz bu durumlarda (ve —kabul edilirse— iyiniyet ile şerh iktisaplarında) üçüncü kişinin şahsî hakkını kullanması üzerine doğan zararlarını alacaklı, olumsuz zarar kalemlerine ekleyerek borçlusuna karşı tazminat talebinde ileri sürebilecektir.

miş sayılacaktır. Bu durumda devredenin, hacze iştirak yerine, malı hacizden kurtararak geri almasının çıkarlar dengesine ters düşeceği düşünülmektedir. Oysa devredenin zaten kendi verdiği mala tekrar kavuşabilmesinin, devralanın herhangi bir alacaklısının tazminat alacağını ille de bu malı sattırarak tahsil etmesinden, daha çok korunmaya değer görülmesi garip karşılanmamalıdır. Borçlar Kanununun sözleşmeden dönme hakkı verdiği durumlarda dönene böyle bir ayrıcalık tanımış olması adalet anlayışına da ters değildir. Dönmenin aşamalı prosedürünü malın paraya çevrilme anına kadar yetiştirebilen kişinin bu malı hacizden kurtarması mümkün olmalıdır⁴². Eğer çekinilen husus, düzmece dönme iddiaları ile hacizden mal kurtarma yolunun açılacağı kuşkusu ise, bu bütün sahte istihkak iddiaları ve muvazaa durumlarında da sözkonusudur. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu istihkak iddialarını özel sürelerle ve teminat koşullarına bağlayarak gereken önlemleri almıştır (İİK. md. 96, 97, 97a). İspat sorunu ise burada ayrı bir konu oluşturur.

İflâsta ise, dönmenin aynî etkisi kuşkusuz hacizden çok daha ciddî sonuçlar doğurur. Zira bu durumda sözleşmeden dönenin çıkarı bir değil bir çok alacaklı ile çatışmaktadır. Burada da sorun, devralanın iflâsı sonucu mal iflâs masasına girdikten sonra, fakat henüz iflâs idaresince paraya çevrilmeden önce, devredenin sözleşmeden dönerek İİK. md. 228 hükümlerine göre istihkak iddiasında bulunmasıdır. İflâsın özelliği gereği şu ayırım yapılmalıdır :Eğer sözkonusu sözleşme, taraflardan birinin iflâsı üzerine yasa gereği sona eren sözleşmelerdense zaten sorun çıkmayacaktır. Zira sona ermiş bir sözleşmeden dönme mümkün değildir. Bu durumda, devredene düşen, zararını masaya kaydettirip garameye katılmaktır. Fakat eğer bu sözleşme iflâs üzerine sona ermeyen sözleşmelerden biri ise, sözleşmeden dönme mümkün olacak ve mal iflâs masasından çekilip alınabilecek midir? Bu konuda İİK. md. 199 hükmü dik-

42) Nitekim Yargıtay "mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışlarda" bunu kabul etmektedir. Yarg. 13. HD., 7.11.1974 tarihli kararı için bak. YKD. 1977, Sayı 2, s . 240/241 (Ancak bu kararda, alacaklı istihkak iddiasında bulunmadan önce, tazminat alacağı için kendi verdiği mal üzerine haciz koymaya kalkarsa, aynı talebinden feragat etmiş sayılmaktadır). Kanımca aynı sonuç ex tunc dönemde de kabul edilmelidir.

kate alınmalıdır. Söz konusu maddeye göre; "İflâsın açılmasından evvel borçluya bir mal satıp teslim eden satıcı fesih (dönme olacak) ve geri almak hakkını açıkça muhafaza etmiş olsa bile, akti fesh edemez (sözleşmeden dönemez) ve sattığını geri alamaz". Ne var ki, —sözüne bakılırsa— bu dönme yasağı yalnızca satım sözleşmesi gereği devredilen mallar için öngörülmüştür. Böyle anlarsak, madde yalnızca BK. md. 211/III hükmünün zaten sınırladığı dönme olanacağını tamamen kaldırmaktan başka bir anlama sahip değildir. Ancak amacına bakarsak, burada yasakoyucunun, dönmenin mümkün olduğu herhangi bir durumda, sonradan masaya karşı istihkak iddiasında bulunulmasına bu özel hükümle engel olmak istediği görülür. O halde bu yasak, iflâstan sonra dönülen bütün sözleşmeleri kapsar kabul edilmeli ve onlara da uygulanmalıdır⁴³. Gerçekten de, satım sözleşmesinde iradî olarak dönmeyi bile yasaklayan bir kanunun diğer sözleşmelerde buna izin verdiğini kabul etmek olanaksızdır. Aksi halde, satılan mal iflâs idaresinde kalırken, örneğin eser sözleşmesi gereği verilen malın iadesi gibi mantıksız ayırımlara düşülür. Oysa iflâs masasının çıkarları bakımından arada bir fark yoktur. Bu yüzden, kanımca bu maddeden yararlanılarak dönme üzerine aynı hakkın ex tunc düştüğü bütün durumlarda iflâs masası korunabilir.

c) Sözleşmenin tarafları bakımından :

Sözleşmeden dönmenin geçmişe yürürlü etkisini aynı haklara yaymanın tarafların iade yükümlülükleri bakımından doğuracağı farklara gelince: Kural olarak bu iade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre olacakken, savunduğum görüş sonucu, iktisabı sebebe bağlı aynı haklar düşeceğinden, bunlar için iade haksız zilyedin iade borcu hükümlerine göre olacaktır.

Bu durumda ilk özellik iade isteminin bağlı olduğu zamanaşımı bakımındandır. Sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulandığında, zamanaşımı devreden sözleşmeden dönmekten başlayarak, "bir yıl" olacaktır (BK. md. 66). Burada hakkın doğumundan başlayan

43) Bu madde iflâs hukuku eserlerinde satım sözleşmesine ilişkin olarak incelenmektedir. Bilgi için bak. BERKİN, N., İflâs Hukuku, İstanbul 1972, s. 227 vd.; KURU, B., İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 1974, 2. Bası, s. 334 ve orada dipnot 1.

on yıllık süre, olayın niteliği gereği, sözkonusu olamayacaktır. Zira dönme bildiriminde bulunan böylece bir yandan talep hakkının doğmasını sağlarken, öte yandan aynı anda hakkı olduğunu biliyor durumdadır. Bu bir yıllık süre çok kısa gelerek kimi hukukçuları rahatsız etmiş ve iadeye sebepsiz zenginleşme kuralları uygulamakla beraber, zamanaşımına sözleşmelere özgü on yıllık süreyi uygulamayı önermişlerdir⁴⁴. Dönme üzerine ex tunc düşen aynî haklarda ise, iade talebi bir istihkak talebine (rei vindictio) dayanacağından, bu durumda devreden iade istemi bir zamanaşımına bağlı olmayacaktır. Böylece iade alacaklısı, hiç olmazsa sebebe bağlı aynî haklar bakımından, bir yıllık kısa süreden kuramda çelişkiye düşmek gerekmeksizin kurtarılmış olur. Ancak o gene de iyi niyetli üçüncü kişilerin olası bir iktisabına karşı elini çabuk tutmalıdır.

Sorunun diğer boyutu iadenin kapsamı bakımındandır. Sebepsiz zenginleşme kuralları yerine haksız zilyede ilişkin kuralların uygulanması iade yükümünü nasıl etkileyecektir? Önce her iki bakımdan da bu konuda devralanın iyi niyetli sayılıp sayılamayacağına bakmak gerekir. Bir kere dönme üzerine iade yükümlüsü devralanın (ister sözleşmeden dönen, ister diğer taraf olsun) artık iyi niyetli sayılamayacağı açıktır. Çünkü o dönme üzerine artık elindeki ni geri vermek zorunda olduğunu (veya bir hakka dayanmadığını) bilmektedir. O halde iade borçlusu bu durumda daima kötü niyetli sebepsiz zenginleşen veya kötü niyetli haksız zilyet olacaktır. Dönme öncesi ise, kural olarak, devralana iyi niyetli olmaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Ancak çok özel durumlarda, devralanın bu aşamada dahi ilerde sözleşmeden dönüleceğini hesaplayıp, kasten iadeye zarar verici davranışlarda bulunduğu kanıtlanabilirse, ancak o zaman ona kötü niyete ilişkin hükümler uygulanabilir. Fakat sadece sözleşmeden dönme hakkının doğduğunu bilen veya dönmeyi tahmin eden devralan iyi niyetli olmaktan çıkmaz. Aksi halde, her temerrüde düşene, hatta temerrüde düşeceğini tahmin edebile bile, kötü niyete ilişkin hükümleri uygulamak gerekir.

Dönme üzerine devralana “kötü niyetli haksız zilyet”e ilişkin hükümleri uygulamak, “kötü niyetli sebepsiz zenginleşen”e ilişkin hü-

44) Bak. dipnot 5’de belirtilen ara görüş. TEKİNAY, S.S., a.g.e., s. 777 vd.; ULUSAN, İ., a.g.m., s. 163.

kümlere göre şu noktalarda fark yaratacaktır :Kötü niyet halinde de sebepsiz zenginleşmede mala yapılan faydalı masraflar, iade anında halen var olan fazlalık oranında, istenebileceği halde; kötü niyetli haksız zilyet yalnızca zorunlu masraflarını isteyebilecektir. Ayrıca, kötü niyetli sebepsiz zenginleşen iade sırasında mal ile birleştirdiği şeyleri, bedelinin ödenmesi önerilmedikçe, söküp alma hakkına (ius tollendi) sahipken; haksız zilyet kötü niyetli ise bu hakka sahip değildir. Son olarak, kötü niyetli zilyet, mal elinde bulunduğu sürece elde etmeyi ihmal ettiği semereleri de tazmin etmek zorunda iken; kötü niyetli zenginleşen, bu yüzden devreden bir fakirleşmesi olmadığı oranda, bu talebi ileri süremeyecektir. Görüldüğü gibi, aynî etkili dönmede kötü niyetli iade borçlusu sebepsiz zenginleşme kurallarına göre nispeten daha elverişsiz durumdadır. Ancak iade edilecek malın zarara uğradığı veya elden çıktığı durumlarda bu yüzden iade alacaklısının uğradığı zarar, her iki talepte de, tazmin ettirilebilir (MK. md. 908; BK. md. 63/II). Bu açıdan bakıldığında, iki durum arasında çıkarlar dengesini bozacak pek önemli bir fark yoktur.

Dönme üzerine iyi niyetli iade borçlusuna sebepsiz zenginleşme veya haksız zilyetlik hükümleri uygulanmasının yaratacağı farka gelince : Yukarıdaki durumun tersine, burada zilyetlik kurallarının uygulanması iade borçlusu için sebepsiz zenginleşme kurallarından daha elverişli olacaktır. Çünkü iyi niyetli haksız zilyet olarak o, varlığına mandığı hakkına uygun olarak malı kullanması sonucu elde ettiği çıkarları iade etmek zorunda değildir (MK. md. 906). Oysa sebepsiz zenginleşen sayılıysa, malla birlikte ondan elde ettiği bütün zenginleşme unsurlarını da, iyi niyetli olmasına rağmen, iade alacaklısına vermesi gerekirdi⁴⁵. Ayrıca, iyi niyetli haksız zilyet yaptığı zorunlu ve faydalı masraflar ödeninceye kadar malı alıkoyma hakkına sahipken (MK. md. 907), iyi niyetli sebepsiz zenginleşene bu hak tanınmamıştır. Söz konusu ayırımlar dışında iade borçlusu için önemli bir fark yoktur. Kuşkusuz bu durumda, her iki tür kurala göre de, tazminat talebi sözkonusu olamaz.

Bütün bu karşılaştırmanın gösterdiği gibi, sebebe bağlı aynî hak iktisaplarında sözleşmeden dönme üzerine iade taleplerini ay-

45) ULUSAN, İ., a.g.e., s. 78, 79.

nî nitelikte kabul etmenin, sebepsiz zenginleşmeyi kabul etmeye oranla, çıkarlar dengesine aykırı düşeceği söylenemez. Sadece iyi niyetliler biraz daha çok, kötü niyetliler biraz daha az korunmuş olur. Bu ise olumlu bir sonuçtur. Gerçekten de durumun özelliklerine göre her iki tür talebin, devreden veya devralan bakımından, elverişli ya da elverişsiz olmaları mümkündür.

3. Dönme üzerine aynî hakkın geçmişe yürürlü olarak düşmesi kabul edilmezse doğacak sakıncalar :

Buraya kadar yaptığım açıklamalarla, sözleşmeden dönmenin ex tunc etkisini sebebe bağlı aynî haklar için de kabul etmenin hiç de sanıldığı gibi sorunlar yaratacak birşey olmadığını göstermeye çalıştım. Şimdi ise bugün geçerli olan görüşün sakıncalarına değinmek gerekir.

Sözleşmeden dönmenin vaktiyle yapılmış —soyut ya da sebebe bağlı— tasarruf işlemleriyle kurulan aynî hakları etkilemeyeceği kabul edilirse, dönme sonrası dahi iade yükümlüsünün malı elden çıkarmasına karşı devredeni korumak mümkün olmayacaktır. Taşınırıldaki soyutluk görüşünde, zaten yasanın alışveriş hayatını güvenceye bağlamak amacıyla bu sonucu göze aldığı kabul edilmekteyse de, taşınmazlarda aksi yöndeki yasa hükmü karşısında aynı düşünce ileri sürülemez. Fakat bu durumda da iade yükümlüsünden hak iktisap eden üçüncü kişinin korunması gerektiği ve devreden bu kayba katlanmasının doğal olduğu söylenmektedir⁴⁶. Ne var

46) SEROZAN, ag.e., s. 102. Yazar, şöyle demektedir : "Sözleşmeden dönme üzerine doğan iade alacağına başka alacaklara oranla bir öncelik tanımak gereksizdir. Nihayet eğer satıcı borçlusuna teslim ettiği taşınıra... değer veriyor idiyse, teslim aynî sözleşmesini dönme bozucu şartına bağlayabilir idi. ...Saticının... o nesneyi gözden çıkardığını, olsa olsa satış akçasına değer verdiğini (paraya değer verdiğini) varsayabiliriz." Oysa taşınmazlarda sorun soyutluk görüşü ile çözülebileceği gibi, taşınmazlarda tescilin şarta bağlanabilmesi, geciktirici şartta yasak, bozucu şartta ise tartışmalıdır. Öte yandan karşı edimin paradan başka birşey olduğu durumlarda yukarıdaki varsayım da anlamsızlaşır. Kaldı ki, satım sözleşmesinde satılan mal alıcıya teslim edildikten sonra BK. m.d. 108 değil ancak iradî dönme hakkı sözkonusu olabilir (BK. md. 211/III). Örnek bu açıdan da talihsizdir. Sorun daha

ki bu savunma sözkonusu üçüncü kişinin iyi niyetli olduğu durumlarda tatmin edicidir. Oysa zaten *ex tunc aynî* etki kabul edilse bile bu kişi iyi niyetle iktisapta bulunmuşsa, onun hakkı korunacaktır (MK. md. 901, 931)⁴⁷. Mevcut görüş ise üçüncü kişinin kötü niyetli olması durumunda da iade alacaklısını çaresiz bırakmaktadır. Zira bu görüşte dönme ertesi dahi mülkiyet hakkı devam eden iade borçlusundan hak iktisap eden üçüncü kişi bunu gerçek malikten kazanmış durumdadır. Bir tasarruf yetkisizliği sözkonusu olmadığından, iyi niyet - kötü niyet tartışmasına yer yoktur ve onun iktisabı mutlak olarak geçerli olacaktır.

Bu çözümün adalet duygularına ne denli ters düştüğü açıktır. Yasanın ise böyle bir sonucu kabullendiğine inanmak çok güçtür. Gerçekten de bu durumda iade alacaklısının, en azından mahkemeden bir ihtiyatî tedbir kararı alıp tapuya şerh verdirinceye kadar, eli kolu bağlıdır. Tek kesin kurtuluşu ise, taşınırlarda *cebrî icra* ile malı ele geçirmesi⁴⁸, taşınmazlarda ise adına tescili sağlanmasıdır⁴⁹.

Kabul ettikleri çözümün sonuçlarından kendileri de rahatsız olan hukukçular bu kez kötü niyetli üçüncü kişilere karşı başvurabilecek hukukî bir yol arama gereği duymuşlar ve tek çare olarak da BK. md. 41/II hükmünün uygulanmasını önermişlerdir. Buna göre, sözleşmeden dönme üzerine iade edilmesi gereken malı iade yükümlüsünden, bu durumu bilerek, devralan kişi, "ahlâka aykırı bir fiille bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren kimse" durumundadır. İade alacaklısı bu sebeple uğradığı zarar için ona karşı tazminat davası açabilecek ve bu davada aynen ifaya karar verilmesi üzerine hakkına gene de kavuşabilecektir⁵⁰. Ne var ki sı-

çok eser sözleşmelerinde, belki trampada, isimsiz sözleşmelerde, ve karma (muhtelit) sözleşmelerde doğacaktır.

47) Bak. s. 149, 150, 151.

48) Gerçi soyutluk görüşü kabul edildiğinde bu sonuç yasanın kabullendiği doğal bir durum olarak karşılanmalıdır.

49) Burada taşınmazlar için mahkemeden MK. md. 642 uyarınca mülkiyetin aidiyetine karar verilmiş olması bile tescil anına kadar yalnızca kötü niyetlilerin iktisabını engeller. Bu ise kuşkusuz iyiniyetlilerin korunması bakımından doğal bir sonuçtur.

50) SEROZAN, a.g.e., s. 100, 101. Ancak modern dönme kuramını savunan SEROZAN bile, bunun yeterli bir koruma olamayacağını itiraf etmektedir. Ne var ki klasik dönme kuramının bugünkü

ğınılmaya çalışılan bu haksız fiil kuralının çerçevesi konumuzdaki olayı içine alamayacak kadar dardır. Zira bu davranışın BK. md. 41/II kapsamına girebilmesi için haksız fiildeki ahlâka aykırı davranış unsurunun zarar görene yönelik olması gerekir. Burada tazminat borcu doğuran husus, herhangi bir ahlâka aykırı davranışın sonucu olarak herhangi bir kişinin zarara uğraması değil, failin doğrudan doğruya bu kişiye zarar vermeyi amaçlayan ahlâka aykırı davranıştır. Bu haksız fiil türünde sadece kusurlu olmak sorumluluğun doğması için yetmemekte, özel bir “kasıt” aranmaktadır⁵¹. Bu kastın doğrudan mağduru zarara sokma amacına yönelik olması gerekir. İadesi gereken malı bile bile, hatta belki de iade alacaklısının uyarısına rağmen devralan üçüncü kişinin ise —ne denli kötü niyetli olursa olsun— ona zarar verme kastı olduğu söylenemez. Zira eylemi sonucu başkasının zarara uğrayacağını öngörme ve göze alma BK. md. 41/II anlamında bir kast olarak kabul edilmektedir⁵². Fırsattan yararlanmak isteyen üçüncü kişi yalnızca kendi çıkarını kollamak peşindedir. Bunu sağlamak için iade alacaklısının çıkarını bilerek çiğneyip geçmesi davranışının amacı değil, sadece zorunlu sonucudur. Ancak çok ender durumlarda bu üçüncü kişi yalnızca iade alacaklısı mala kavuşmasın (zarara uğrasın) diye, örneğin ondan intikam almak için, bu malı devralmışsa o zaman BK. md. 41/II kuralının uygulanması mümkün olur⁵³.

hali de aynı sakıncayı doğurduğu için rahatlıkla bu sonuca katlanmayı göze almaktadır. Zira aksi görüşten gelebilecek bir eleştiri mümkün değildir.

- 51) von TUHR/PETER, a.g.e., § 47, I, s. 427, 428; OSER/SCHÖNENBERGER, a.g.e., Art. 41, N. 97.
- 52) Ceza Hukukunda buna “sonucun öngörülmesi kuramı” (Vorstellungstheorie) denmektedir. Burada ise yeri yoktur: von TUHR/PETER, § 47, I, s. 428; BECKER, H., a.g.e., Art. 41, N. 116. Yazar, kastın yönelik olmadığı dolaylı zararların bu hükme göre tazmininin asla mümkün olmadığını belirtmektedir. Olayımızdaki taşınmazın mülkiyetinin iktisap edilmesi üzerine iade alacaklısının uğradığı zarar ise tipik bir dolaylı zarardır. Ayrıca bak. TANDOĞAN, H., Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 52.
- 53) Tıpkı TANDOĞAN’ın şu örneğinde olduğu gibi: “...Örneğin, bir piyesin oynanmasına mani olmak ve bu suretle tiyatro idaresine zarar vermek için başroldeki artistlerden birini yaralayan veya zorla alıkoyan kişinin sorumluluğu BK. md. 41/II hükmüne gi-

Bu olasılığın ise, kanıtlanmasındaki zorluk bir yana⁵⁴, kötü niyet hallerinin binde birini bile oluşturacağı kuşkuludur. Kaldı ki, hükmün amacına aykırı olarak, bu durumda her türlü kötü niyetli olma (im bösen Glauben) aynı zamanda bir ahlâka aykırı niyete sahip olma (in böser Absicht) olarak kabul edilse bile gene de BK. md. 41/II kuralı yeterli bir koruma sağlayamayacaktır. Zira dönme üzerine aynî hakkında geri döndüğü kabul edildiğinde üçüncü kişinin iktisabı için aranacak MK. md. 901, 931 koşulları “gerçek durumu bilmesi gerekeni” de safdışı bırakırken, BK. md.41/II sadece iade alacaklısının zarara uğrayacağını “gerçekten bilene” karşı ileri sürülebilecektir.

BK. md. 41/II hükmünün dışında, iade alacaklısını kötü niyetli üçüncü kişilere karşı koruyabilmek için bir de İcra ve İflâs Kanununun 280. maddesine (özellikle II. fıkraya)⁵⁵ başvurulmak istenebilir. Bilindiği gibi bu hüküm, gelecekteki haciz veya iflâstan mal kaçırma yollarını kapamak için getirilmiştir. Söz konusu kurala göre, borçlunun sonradan yapılacak takibe zarar veren bazı tasarrufları iptal edilebilir. Ne var ki bu kural yardımıyla da yeterli bir koruma sağlanamayacaktır. Zira Kanun, üçüncü kişiye yapılan kazandırmaların iptalini, en hafifinden, borçlunun ödeme gücünü kısmen veya tamamen kaybetmiş olması koşuluna bağlamaktadır (İİK. md. 280/I, ilk cümle)⁵⁶. Bu koşul maddenin tüm fıkralarındaki tasarruflar için geçerlidir. İade etmesi gereken malı elden çıkarmasına rağmen eğer borçlu, bu kazandırma anında, parasal tazminat için yeterli malvarlığına sahipse, bu tasarruf iptal edilemez⁵⁷. Çün-

re.r” TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 52. Oysa bizim olayımızda normal durum çoğu kez, failin tiyatro sanatçısını başka bir kişisel çıkarı için alıkoyması üzerine tiyatro idaresinin zarara uğramasına benzemektedir. Bu olayda fail tiyatro idaresine karşı sorumlu olmadığına göre bizde de üçüncü kişi iade alacaklısına karşı sorumlu olmayacaktır.

54) İbid.

55) İİK. md. 280/II: “Borçlunun birinci fıkradaki tasarrufu, alacaklıları ızzar kasdiyle yapması ve bu kasda üçüncü şahsın vukufu halinde, tasarruf tarihi ne olursa olsun bâtil sayılır.”

56) İİK. md. 280/I: “Tediye kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybetmiş... borçlunun...”

57) İcra hukukçuları, ödeme kabiliyetinin ortadan kalkmadığı durumlarda, yapılan tasarruf işleminin bu hükme göre iptal edile-

kü burada garantiye alınmak istenen, belli bir malın elde edilebilmesi değil, borçlunun elinden paraya çevrilerek alacaklıyı tatmin edebilecek yeterli mallar bulunmasıdır. Öte yandan, iade konusu mal üzerinde dönme sonrası dahi alacaklının aynî hakkı kabul edilmezse, BK. md. 41/II yoluyla da aynen tazmin istemek mümkün olmadığına göre, maddî hukukun kabul etmediği aynen iade (veya tazmin) olanağını İcra ve İflâs kuralları ile sağlamak esasen mümkün değildir. Böylece gene de kötü niyetli üçüncü şahsın iktisabı geçerli kalır. Ayrıca, üçüncü kişi ne kadar kötü niyetli olursa olsun, eğer iade borçlusu malı ona devrederken iyi niyetli ise, gene bu durumda da İİK. md. 280 uygulanamayacaktır.

Bir an için olayın İİK. md. 280 kapsamına gireceği kabul edilse de bu takdirde iade alacaklısı, dönme üzerine geri döndürdüğü aynî hakkını MK. md. 618'e dayanarak doğrudan kötü niyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecek yerde, önce bir iptal davası açarak bir bir 280. madde koşullarının gerçekleştiğini ispat etmek ve ardından karar elde ettikten sonra bu talebi ileri sürmek zorunda kalacaktır. Bu çözüm, kolay yol varken nihayet lâıyk olmayan bir kişi için işlemleri boşuna uzatmaktır. Kaldı ki sorunu maddî hukuk çerçevesinde çözme olanağı varken, işi İcra ve İflâs Hukukunun tedbir kurallarına bırakmak gereksizdir.

Böylece klasik dönme görüşünü savunup iktisabı sebebe bağlı aynî hakları ex tunc geri döndürmeyen hukukçuların bu ciddî soruna çare olacak hiç bir hukukî yol bulamayacakları görülmektedir.

IV. YENİ DÖNME KURAMININ ELEŞTİRİSİ

Yeni Dönme Kuramı'na gelince, bu görüş de yukarıdaki sakıncayı giderecek yerde, tam tersine, sözkonusu sonucu daha sağ-

meyeceğini açıkça belirtmektedirler. Örneğin bak. KURU, B., a.g.e., s. 410.

Bu açıdan, tarafların devir anındaki kötünıyeti yalnız başına yeterli olmayıp, aynı zamanda borçlunun bu andaki malvarlığına göre iade alacaklısı tarafından tazminat takibi yapıp sonuçlanması mümkün olmamalıdır. Aksi halde iptal yoluna gidilemeyecektir. Görüldüğü gibi, üçüncü kişiye yapılan devirden daha sonraki olaylarla borçlunun malvarlığının yetersizleşmesi durumunda bile artık iptal istenemeyecektir.

lam hukukî temellere dayamakla⁵⁸ aynı eleştiriyi öncelikle hak etmektedir. Dönmenin sözleşmeyi sona erdirici etkisine karşı çıkan yeni kuramın yanlıları Klasik Görüşün kendi içindeki bu çelişkisini bir saldırı noktası olarak kullanmakta⁵⁹, gelgelelim bu tutarsızlığı olumlu yolda çözecek yerde ex tunc etkiyi bütünüyle reddederek olumsuz yönde çözmektedirler. Böylece biçimsel çelişki giderilmiş, fakat sorun muhafaza edilmiş olmaktadır.

1. Yeni Dönme Kuramının hukukî bakımdan zayıf yönleri :

Öte yandan, Klasik Dönme Kuramını tutarsızlıkla suçlayan Yeni Dönme Kuramının da kendi içinde çelişkili yanları vardır. Üstelik bu teknik tutarsızlıklar klasik görüşe göre çok daha açıklanması güç noktalardadır :

a) Herşeyden önce bu görüş dönmenin sonuçlarına ilişkin BK. md. 108/II hükmünün açıkça "geçersizlik"ten bahsetmesi karşısında yasanın sözüne ters düşmektedir. Gerçekten de sözkonusu fıkrada dönme üzerine istenecek tazminatın "sözleşmenin geçersizleşmesinden dolayı uğranılan zararın tazmini" (olumsuz zarar) olduğu belirtilmektedir⁶⁰. Oysa yeni dönme kuramına göre sözleşme devam edip yalnızca borçlar ters döndüğüne göre, bu durumda olumsuz zararın tazmini nasıl mümkün olacaktır? Burada alacaklının ifaya olan çıkarı zarara uğradığı için sadece olumlu zararın istenebilmesi gerekir. Bu aşılması çok güç engele çarpan görüş sahiplerinin bazıları tek çareyi olumlu zarar - olumsuz zarar ayırımını da reddet-

58) Bak. s. 136, 137.

59) Örneğin, SEROZAN, Klasik Dönme Kuramının bu çelişkisini haklı olarak taşhis etmekte ve yerinde bir gözlemlerle bu görüşün kendi kendini inkâr ettiğini ortaya koymaktadır. Yazar, aynen şöyle demektedir : "Netekim dönmenin... ex tunc... etkiye sahip bulunduğu inananlar bile, onun borçlandırıcı sözleşme temeli üstüne kurulmuş aynî tasarruf işlemini etkileyici bir güce sahip bulunmadığını ve dönme işleminin... gerçekleşmiş hukuksal değişikliği gideremeyeceğini itiraf etmişlerdir." : SEROZAN, R., a.g.e., s. 97, 98.

60) BK. md. 108/II : "...Alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararının tazminini de talep edebilir." Bu maddeyi karşılayan OR Art. 109/II hükmünde de "sözleşmenin düşmesinden" (Dahin-fallen des Vertrages) bahsedilmektedir.

mekte bulmuşlardır⁶¹. Bu görüş doğrultusunda sözleşmeden dönme üzerine dahi olumlu zararın istenmesi mümkün olduğu takdirde, borçlunun, diğer seçimlik haklarından biri olan “ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazmini talebi” ile “sözleşmeden dönerek tazminat talebi” arasında bir seçim yapmasının anlamı kalmamış olacaktır. Zira böylece, BK. md. 106/II hükmünün tanıdığı dönme hakkı sadece borçlu kusursuz olarak temerrüde düştüğü ve bu yüzden “ifadan vazgeçerek tazminat” talebine olanak bulunmadığı durumlarda bir anlama sahip olabilir. Ayrıca 108. maddenin de zaten md. 106/II’de tanınan dönme olanağının bir tekrarı olmaktan başka pek anlamı kalmaz. İşte borçlu temerrüdünde hem yasanın sözünü yok sayıp, hem de alacaklının elinden iki zarar türü arasında seçim yapma olanağını alan bu çözüm pek kabul edilir görülmemektedir.

b) Bir diğer tutarsızlık da, dönmeden sonra iade borçlusunun kusuru olmaksızın elinde bulundurduğu malın iadesinin imkânsızlaşması durumunda ortaya çıkacaktır. Yeni dönme görüşünde dönme üzerine doğan iade borcu gene sözleşmeden doğan bir borç olduğuna göre, bu iade istemine borçların ifasına ilişkin hükümler uy-

61) SEROZAN, R., a.g.e., s. 630 vd. Yazar, bu eserinin 4. paragrafını bu ayırımı aşma çabasına ayırmıştır. TEKİNAY ise, modern dönme kuramı yanlısı olmamakla birlikte, BK. md. 108/III hükmüne olumlu zararı da sokma çabasıdadır. Yazara göre, henüz borçların ifa edilmediği bir sözleşmeden dönülmüşse, olumlu zararın tazmini mümkün olmalıdır. Ancak eğer edim yerine getirilmişse, yani tazminat isteminde bulunacak olan taraf aynı zamanda bir iade talebi de ileri süreceyse, olumsuz zarar istenebilecektir: TEKİNAY, S.S., a.g.e., s. 778, 779. (Bu görüşün eleştirisi için bak. OĞUZMAN, K., a.g.e., s. 166). Kanımca, bu ayırımı yasal bir gerekçe bulmak mümkün değildir. Çıkarlar dengesi bakımından da bu ayırımı haklı kılan bir özellik yoktur. Yazar, bu sonuca nereden ve hangi amaçla varlığını belirtmemektedir (Nitekim eserin bir ortak çalışma ürünü olan son basısında bu görüş terkedilmiş ve dönme halinde de her durumda olumlu zararın tamininin istenebileceği sonucuna varılmıştır. bak. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, TekinayBorçlar Hukuku, 5. Bası, Cilt 2, İstanbul 1985, s. 1295 vd., özellikle, s. 1299). SEROZAN ise, bu ayırımı da reddedip, sözleşme ifa edilmiş olsun olmasının olumlu zararın istenebileceğini savunmaktadır (a.g.e., s. 630 vd.). Bu görüş hiç olmazsa kendi dönme anlayışı ile tutarlıdır.

gulanacaktır. Şu halde bu durumda BK. md. 117 kuralının da uygulama alanı bulması gerekir. Böylece, iade borçlusunun, kendi kusuru olmaksızın iadenin imkânsızlaşması üzerine (örneğin, mal kaza eseri telef olmuşsa), temerrüde düşmekte kusurlu olsa bile, her türlü sorumluluktan kurtulması gerekir. Oysa bu sonucun borçlu temerrüdü hükümlerine uymadığı görülmektedir. BK. md. 102 hükmünün kusuruyla temerrüde düşen borçluyu kazadan bile sorumlu tutması ve alacaklının bu zararı için de BK. md. 108/II kuralına göre tazminat istemesinin mümkün olması karşısında, BK. md. 117 kuralının dönme üzerine doğan iade borçlarında uygulanamayacağı açıktır⁶². O halde bu noktada ister istemez sözleşmeye aykırılık kurallarından uzaklaşmak zorunda kalınacaktır.

c) Gene iade istemini sözleşmeden doğan bir borcun ifası istemi saymanın bir sonucu da, bu borcun yerine getirilmemesi üzerine borçluyu ikinci defa —bu kez iade borcu için— temerrüde düşürmenin mümkün olmasıdır. İlk temerrüd bu borç için de geçerlidir denemez. Zira sözkonusu borcun aynı sözleşmeden kaynaklandığı söylenmekle birlikte içeriğinin tümüyle değişik olduğu açıktır. Temerrüd ise sözleşme (geniş anlamda borç ilişkisi) için değil, dar anlamda borçlar için sözkonusu olur. Öte yandan, sözleşmeden dönme bildirimini, doğmasına sebep olduğu iade borcu için aynı zamanda bir temerrüd ihtarı saymanın da yapaylığı açıktır. Zaten bir borcun temerrütlü doğması sözkonusu olamaz. Peki şimdi ne

62) Ne var ki, SEROZAN, dönmede de BK. md. 117 kuralını uygulamakta, fakat burada kabul etmediği tazminat talebini BK. md. 108/II uyarınca istenecek tazminata sokmaktadır. Böylece bir yandan kusursuz imkânsızlık gerekçesiyle iade borcunu düşürüp (BK. md. 117), öte yandan dolaylı yoldan da olsa alacaklıya tazminat isteme olanağı vererek çelişkiye düşmektedir (SEROZAN, R., a.g.e., s. 609, 610). Oysa BK. md. 117 hükmünün uygulandığı bir durumda borçluya karşı artık hiç bir hukukî gerekçeyle tazminat istemine yer olmaması gerekir. Bu hatalı sonuca varabilmek için 117. maddenin II. fıkrasındaki "Kanun... ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır" sözüne de dayanılamaz. Zira bu cümle ile yalnızca satım sözleşmesindeki hasar ve yararın geçişine ilişkin istisnaî hükmün (BK. md. 183/I) bir de BK. md. 328 ve md. 521 özel kurallarının kastedildiği açıktır.

olacaktır? İkinci defa borçluyu temerrüde düşürmek olanağı tanıdığımız iade alacaklısı, dilerse ifa için uygun bir süre verip bu süre sonunda ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini isteyebilecektir⁶³, hatta tekrar sözleşmeden dönebilecek midir? Son derece teorik kalsa bile, eğer tekrar sözleşmeden dönerse bu sözleşme zaten ilk dönme sonucu edim yükümleri ters dönmüş bir sözleşme olduğuna göre bu kez borçlar tekrar ters dönecek ve ilk duruma gelinmiş olacaktır. Kuramsal olarak bu kısır döngü sonsuza kadar uzatabilir. Böylece uzayıp giden ve borçluyu alacaklının oyuncucağı hâline getirme yolu açan bu mantıksız sonuçlar zinciri eğer iade borcu sözleşmeden doğan bir borcun ifası olarak kabul edilirse kaçınılmazdır.

d) Yeni Dönme Kuramının bir başka çıkmazı da, sözleşmeden dönme üzerine bazı borç ilişkilerinin, içerdikleri edimlerin özelliği gereği, ters dönmelerinin mümkün olmamasıdır. İadesi mümkün olmayan edimleri içeren çoğu yapma borçlarında ve yapmama borçlarında durum böyledir. Örneğin, eser sözleşmesi⁶⁴ gereği müş-

63) Bu durumda alacaklı hem iade borcunun ihlâlinden dolayı olumlu zararının tazminini, hem de aynı zamanda BK. md. 108/II uyarınca olumsuz zararının tazminini isteyebilecektir. Bunun olanaksızlığı açıktır. Olumlu ve olumsuz zarar birarada olamayacağı gibi (zira ihlâl edilen sözleşme hem geçerli, hem geçersiz olamaz), bu iki talep yarışamaz da (bak. von TUHR/ESCHER, a.g.e., § 73, VI, s. 156 ve orada dipnot 103a).

64) Hemen belirteyim ki, eser sözleşmesinde müteahhidin temerrüdü durumunda ex tunc dönme olanağının varlığı bazı durumlarda tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bina yapımına yönelik eser sözleşmelerinde, sürekli borç ilişkisi niteliği egemen olduğundan burada da ancak ex nunc fesih sözkonusu olabilir. Bu görüşte: ERMAN, H., İstisna Sözleşmelerinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979, s. 106; SUNGURBEY, İ., Medenî Hukuk Sorunları, IV. Cilt, s. 457 vd. Ex tunc dönmenin burada da mümkün olduğu görüşünde: TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Cilt, Ankara 1982, 2. Bası, s. 74; TANDOĞAN, H., BATİDER, Haziran 1981, XI. Cilt, Sayı 1'den ayrı bası, s. 6 vd.; SELİÇİ ise, zaten modern dönme kuramı yanlısı olduğu için, baştan bu tartışmanın dışındadır (SELİÇİ, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 77, 78). Tartışmanın odak noktası sözleşmeden dönme anına kadar müteahhidin yaptığı iş için orantılı bir ücret isteyip isteyemeyeceği

terisine elbise diken terzinin yalnızca hazır elbiseyi teslim etmek değil, ayrıca bu elbiseyi dikmek borcu da vardır. Şimdi elbise teslim edilip borç ifa edildikten sonra terzi bedeli ödemeyen müşteriye temerrüde düşürüp sözleşmeden dönerse ne olacaktır? Sözleşmeden doğan ve vaktiyle ifa edilmiş bütün borçlar ters döneceğine göre, terzinin elbise dikme borcu nasıl ters dönecektir? Bu kez müşterinin mi terziye elbise dikme borcu doğacaktır? Yoksa burada amaç eski hale iadedir denerek, elbisenin sökölüp tekrar kumaş haline getirilmesi mi istenecektir? (bunun ilkinden de saçma olacağı açıktır). Eğer bu durumda sadece elbiseyi aynen iade borcu doğar denilirse, bu yalnızca teslim (verme) borcunun ters dönmesidir. Peki yapma borcuna ne olmuştur? Yoksa sözleşmeden dönme üzerine bazı borçlar ortadan kalkıp bazıları mı ters dönmektedir? Bir kuram için bu talihsiz bir ayırımdır. Kaldı ki sadece yapma borcundan ibaret bazı sözleşmelerde ters dönebilecek hiç bir borç bulunmayabilir. Örneğin, tamamlanan bir kazı işi sonunda dönme gerçekleşirse durum böyledir. Eğer sözkonusu durumlarda sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanacağı söylenirse, bu artık kuramın iflâsı demektir. Zira böylece dönmenin borcu ortadan kaldırması ve sözleşmeye de dolaysız bir etkide bulunması kabul edilmiş olacaktır. Bu yüzden kuram yanlıları bu tür durumlarda ters dönme üzerine borcun ifasının imkânsızlaştığını ve tazminat borcuna dönüştüğünü söyleyerek gene de sözleşmelere ilişkin hükümlerin içinde kalmaya çalışmaktadırlar⁶⁵. Oysa burada imkânsızlık değil mantıksızlık sözkonusudur. Çukur kazma borcunun ter dönmüş hali bir "ifa imkânsızlığı" olmayıp "mantıksız (saçma - akıl dışı) bir borçtur. Gene bunun gibi, örneğin, konser verme borcunun ters dönmesi de ifasındaki bir olanaksızlığı değil, kavranmasındaki (düşlenmesindeki) bir olanaksızlık içerir. Üstelik bir an için diyelim ki bu hal-

sorunudur. Eğer ex tunc dönme sözkonusu olursa, tasfiye sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağından bu mümkün değildir. Oysa fesih kabul edildiğinde sözkonusu sonuç sağlanabilir. Yarg. İç. Bir. K., 25.1.1984, 3/1 (YKD., Nisan 1984, s. 501 vd.; Yasa Hukuk Dergisi, Şubat 1984, s. 222 vd.): Her iki görüşü uzlaştıran bir çözüm getirmiştir. Bu karara göre dönme kuralı olarak ex tunc etkili olacak, ancak dürüstlük kuralının gerektirdiği bazı durumlarda ileriye etkili sayılacaktır.

65) Bu yönde: SEROZAN, R., a.g.e., s. 609.

ler de ifa imkânsızlığı sayılıyor olsun. Peki bu tür bir “varlığı imkânsız” borcun borçlunun kusuru ile imkânsızlaştığı düşünülemediğine göre, nasıl olup da tazminat borcuna (BK. md. 96) ulaşılacaktır? Zira bu imkânsızlığın olsa olsa “başlangıçtaki objektif imkânsızlık” (BK. md. 20/I) sayılması gerekeceğinden, bu kez sözkonusu borcun hiç doğmamış olması gibi gene kabul edilemez bir sonuca varılır. Bütün bu çözümsüzlükler karşısında yalnızca verme borçlarını açıklayabilen bir dönme kuramı kuşkusuz tatmin edici olmaktan çok uzaktır.

2. Yeni Dönme Kuramının çıkarlar dengesi bakımından eleştirisi ve Klasik Dönme Kuramı ile karşılaştırılması :

Kendi içinde bu tür sorunları olan yeni dönme görüşünün karşılıklı çıkarlar durumu bakımından da klasik görüşten daha elverişli olduğu söylenemez :

a) Bu görüş, sözleşme ilişkisinden tümüyle kurtulmak isteyen alacaklıyı hâlâ sözleşmenin tarafı olarak tutmak suretiyle, olumsuz zararının tazminini isteme olanağını elinden almaktadır⁶⁶. Öte yandan, sözkonusu görüş, kusuru bulunmaksızın temerrüde düşen iyi niyetli borçluyu da, klasik görüşe oranla, daha kötü bir duruma sokmaktadır. Çünkü o iade borcunu BK. md. 96 hükmüne göre ifa etmek zorunda olduğundan, BK. md. 63/I ve MK. md. 906 uyarınca elinde kalanı değil, malı nasıl aldıysa o şekilde geri vermek zorundadır⁶⁷. Böylece modern dönme kuramı, tarafların çıkar-

66) Zir hem sözleşmeden dönme üzerine dahi sözleşmenin devam ettiğini söyleyip, hem olumsuz zararın tazminini istemek mümkün değildir (Bu sonuç sözleşmenin hem geçersiz, hem de geçerli olması gibi mantıksız bir temele oturur). Oysa alacaklıyı diğer iki hakkını kullanmayıp sözleşmeden dönmeyi seçmeye çoğu kez iten, bu olumsuz zarar tutarının somut olayda olumlu zarardan fazla olmasıdır. Buna karşılık yeni dönme görüşü yanlılarından SEROZAN ve ara bir görüşü savunan TEKİNAY, hem olumlu, hem de olumsuz zararın BK. md. 108/II hükmüne dayanılarak istenebileceğini ileri sürmüştür. Bak. dipnot 61. Oysa yasanın gerek sözüne aykırı olması, gerekse alacaklıya tanıdığı seçme imkânını ortadan kaldırması bakımından bu görüşü kabul etmek mümkün görünmemektedir.

67) ULUSAN, İ., a.g.e., s. 78, 79. Eğer borçlu malı aldığı şekilde

larını korunması gereken yerde baltalayıp, korunmaması gereken yerde destekleyerek, klasik görüşe oranla hakkaniyete daha az uygun bir sistem getirmektedir.

b) Yeni görüş kabul edildiğinde dönme üzerine tasfiye ilişkisi bir sözleşme ilişkisi olduğundan, bu sayede burada da "ödemezlik def'i" (exceptio non adimpleti contractus)'nin uygulama alanı bulunması⁶⁸, klasik görüşü zayıflatan bir husus değildir. Zira gerek öğreti⁶⁹, gerekse uygulama⁷⁰ bu def'inin (BK. md. 81) sözleşme dışı karşılıklı tasfiye ilişkilerine de kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir.

c) Yeni Dönme Kuramının Klasik Görüşe yönelttiği bir eleştiri de, ex tunc etkide olumsuz zararın tazmininin sözleşmeye aykırılık kurallarına göre sağlanmasının tutarsız bir sonuç olduğudur. Şu retorik soru sorulmaktadır: Eğer dönme üzerine sözleşme hiç kurulmamış sayılırsa nasıl olup da sözleşmenin ihlâlinden bahsedilerek sözleşmeden doğan bir tazminat sözkonusu olmaktadır⁷¹. Buna verilecek cevap, yasanın borçlu temerrüdünde tazminatın kaynağını, sözleşmenin hukukî yazgısına değil, bu sözleşmenin ifasında temerrüde düşülmüş olmasına bağladığıdır⁷². Sözleşmenin hiç kurulmamış sayılması sadece tasfiye ilişkisine ve istenecek tazminatın içeriğini belirlemektedir (olumsuz zararın tazmini). Tazminatın doğuş nedeninin bir sözleşmeyi ihlâl olması ayrı bir olgu, bu ihlâl sonucu dönme üzerine sözleşmenin hiç kurulmamış sayılması ise ayrı bir olgudur⁷³.

iade edemeyecek durumdaysa, temerrütte kusursuz ve iktisapta iyiniyetli olsa dahi, dönme öncesi değer azalmaları için bile tazminat ödemesi gerekecektir. Bu sonucun ise, adalete aykırılığı bir yana, kanunun her türlü tazminat istemini temerrüde düşmede kusur bulunması koşuluna bağlayan sistemine uymadığı açıktır.

68) SEROZAN, R., a.g.e., s. 88.

69) KANETİ, S., Akdin İfa Edilmediği Defi, İstanbul 1962, s. 86, 87.

70) Yarg. İç. Bir. K. ,10.7.1940 t., 2/77 (RG. 1.2.1941, S. 4723); Yarg. 1. HD., 22.9.1977, 3370/4059 (YKD., 1978/2, s. 242).

71) SEROZAN, R., a.g.e., s. 90.

72) BUCHER, E., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Ohne Deliktsrecht), Zürich 1979, s. 308.

73) Bu yüzden, burada güven zararı (Vertrauensschaden) dışında bir olumsuz zarar (Negativeinteresse) olduğu söylenmektedir. İbid.

Zaten dönme üzerine bu sözleşme ex tunc kalktığı içindir ki, tazminat sözkonusu olmaktadır. Bu tazminatı, kaynağı gereği, yasa özel olarak sözleşmenin ihlâli hükümlerine bağlamıştır. Zira BK. md. 108/II kuralında sonuçlarından biri düzenlenen temerrüt, sözleşmeye aykırılık durumlarına ilişkin bir sorumluluk düzenidir.

d) Sözleşmeden dönmenin ex tunc etkisi üzerine bu borç için verilen rehin ve kefalet gibi teminatların da düşmesi gerekirken, yeni dönme kuramının bunları kurtardığı, bir olumlu yön olarak, belirtilmektedir⁷⁴. Oysa bir kere yeni görüşe göre bile bu sonuç kuşkuludur. Her ne kadar dönme üzerine sözleşme devam ediyor sayılsa da vaktiyle bambaşka borçların ifasına ve bunların ihlâlin-den doğacak zarara yönelik olan bu teminatların şimdi tersine doğan yeni borçlar için de geçerli sayılması en azından tartışma götürür. Üstelik dönme üzerine teminatların düşmesi, önlenmesi gereken bir şey olmayıp, aksine gayet yerinde bir sonuçtur. Zira temerrüt üzerine alacaklının elinde dönme dışında iki seçim olanağı daha vardır. Bunlardan birini seçse teminatları koruyacak olan alacaklı özellikle dönmeyi seçtiğinde artık onun bu kaybı göze aldığı kabul edilmelidir. Bu sonuç Kanunun kefil koruyucu yöndeki eğilimiyle de uyumludur⁷⁵.

e) Ayrıca Yeni Dönme Kuramının bir olumsuz yanı da dönülen sözleşmeden doğan bir alacağın vaktiyle üçüncü kişiye temlik edilmiş olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Dönme ertesi bu alacağını ileri süren kişiye karşı borçlu, BK. md. 167 hükmüne dayanarak dahi, bu borcun geçersiz olduğunu ileri süremeyecek ve ifadan kaçınamayacaktır⁷⁶. Oysa Klasik Görüşte, ex tunc etki sonucu, hiç doğmamış sayılan bu borcun ifası sözkonusu olmayacaktır.

74) SEROZAN, a.g.e., s. 94, 95.

75) TANDOĞAN, H., a.g.e. ,s. 588 : Kefil eğer olumsuz zararın tazminini de açıkça kabul etmişse, dönme üzerine kefaletin de geçersizleşeceği ve kefilin kurtulacağı kabul edilmektedir.

76) SEROZAN, kendi görüşü ile çelişkiye düşmek pahasına, bu durumda gene de BK. md. 167 kuralının uygulanmasını kabul etmek zorunda kalmıştır. Gerekçe olarak da sadece dürüstlüğe aykırılıktan bahsetmektedir (SEROZAN, R., a.g.e., s. 68). Yazarın "Bu defî her ne kadar temlikten sonra doğmuşsa da onun kökü temlik öncesine dayanır" demesi ise geçmişe etkiyi inkâr eden kendi görüşü bakımından gerçekten düşündürücüdür.

f) Son olarak, Klasik Dönme Kuramının sözleşmeyi geçmişe yürürlü olarak ortadan kaldırmasının mantık kurallarına ters düşeceği yolundaki felsefî eleştiriyi cevaplamak gerekir⁷⁷. Bu eleştiri Yeni Görüşün temel dayanaklarından biridir. Denmektedir ki, dönme anına kadar var olmuş, hükümlerini yürütmüş bir sözleşmeyi, yaşanmış bir hayat gerçeğini inkâr etmek mantıksızlıktır. Eylemli olarak gerçekleşmiş bir şeyi gerçekleşmemiş saymak, geçmişini değiştirmek olanaksız olduğundan, kabul edilemez. Hukukun da böyle yaşamdan kopuk ve hayalî sonuçlar yaratmaya hakkı yoktur. İlk başta gayet akılcı gelen ve yeni dönme kuramını daha akla yakın kılan bu düşünüş tarzının üzerine biraz eğilirsek felsefî düzeyde pek haklı olmadığı görülür.

Bir kere bu akıl yürütmede doğal bilimlere ilişkin nedensellik (causality) ile normatif nedensellik birbirine karıştırılmıştır. Maddî evrenin gerçeklikleri asla ihlâl edilemeyen doğa yasalarına dayanırken, hukukî kavramların varlık kaynağı normatif yasalardır. Hukukun normatif düzeninin doğal düzen ile ilintisi ise sadece doğal ihtiyaçları⁷⁸ en iyi şekilde karşılayabilmek amacıyla belirir. Bunun dışında bir tutarlılık ancak her birinin kendi iç tutarlılığı olarak incelenebilir. Bu açıdan bakılırsa, yukarıdaki eleştiride ortaya sürülen anlamıyla gerçekte (doğada) sözleşme diye birşey yoktur. Sözleşmenin varlığı yalnızca normatif âleme ilişkindir. Ona varlık veren normatif güç (hukuk) bir anda hiç olmamış sayma hakkına da sahiptir. Yok eğer kastedilen iki kişi arasında maddî bir iş yapma olgusu, bir şeyin alınıp verildiği gerçeği ise (ki doğada var olan sadece budur), hukuk zaten bunu inkâr etmemektedir. Eğer bunu inkâr etse, taraflar arasında iade ilişkisini de hiç bir şekilde kabul etmemesi gerekirdi. O halde elmalarla armutları toplayan bu eleştirinin de yersiz olduğu görülmektedir. Gerçekten de, bir hukuk kuralının yaşam gerçeğine uymadığı iddiasının tek anlamı "bu

77) Bu vöndeki inancı dile getiren SEROZAN'ın deyimiyle, klasik görüş borçlandırıcı işlemi bir "büyücü değneği" ile çekip almaktadır. SEROZAN, R., a.g.e., s. 63, 64.

78) Buradaki "doğal ihtiyaçlar" sözü sosyal ve ekonomik gerçekliğin dayattığı ihtiyaçları da kapsar biçimde geniş anlamı olarak kullanılmıştır. Nitekim bilindiği gibi bugün sosyoloji, (özellikle ekonomi) hukuktan farklı olarak pozitif bilimler metodu ile incelenmektedir.

hukuk kuralının yaşam ihtiyaçlarını karşılamaya uygun olmadığı" dır. Oysa baştan beri belirtmeye çalıştığım ex tunc dönme görüşünün ihtiyacı karşılamaya modern görüşten daha elverişli olduğu, ayrı bir tartışmadır.

Bütün bunları özetlersek, Yeni Dönme Kuramının Klasik Görüşe karşı, aynî haklarda düşülen tutarsızlık dışında, yöneltebileceği etkili bir eleştiri yoktur. Tutarlılık ve amaca elverişlilik bakımından klasik görüşün de gerisinde kalan bu kuram üstelik geçmişe yürürlü etkiyi yasadan kovarak⁷⁹ hukuk düzeninde gereksiz bir kavram fakirleşmesine yol açmaktadır.

V. SONUÇ

Sözleşmeden dönmeyi geçmişe yürürlü kabul eden Klasik Dönme Görüşü, bir düzeltme yapıp, bu ex tunc etki iktisabı sebebe bağlı aynî haklar için de geçerli sayılmak koşuluyla, hem yasanın düzenlenmesine (de lege lata) hem de özlenen çıkarlar dengesine (de lege ferenda) en uygun sonuçtur kanısındayım.

79) Görüş yanlıları bunu bile bütünüyle başaramamakta, örneğin açık arttırmalı satımlarda dönmeyi (BK. md. 229) ex tunc kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Üstelik bu etkiyi aynî haklar için de kabul ederek. Bak. SEROZAN, R., a.g.e., s. 100.