

GEÇERSİZ SATIM SÖZLEŞMESİNİN KARŞILIKLI İFA SONRASI ÇÖZÜLMESİ

Asis. Dr. Rona SEROZAN

1. Hukuk sistemimizde salt borçlanma işlemi niteliği taşıyan satım sözleşmesi, bu sözleşmeden doğan borçların karşılıklı ifası anında amacına ulaşmak yoluyla sönmekle beraber, bir diyalektik süreç (vetîre) geçirircesine, ifa işleminin (harcama işleminin) hukukî sebebi olarak hukuk çevresinde önemli bir art-etki de gösterir. Gerçekten ifa işlemi ile kurulan yeni mülkiyet ve zilyetlik statüsünün saklı kalıp kalmayacağı, «objektif causa» anlamında satım sözleşmesinin geçerliliğine sıkı sıkıya bağlıdır; satım sözleşmesi geçersiz olduğunda, ifa işlemi ile kurulan yeni statü bozulacak, *status quo ante*'nin kurulması amacı ile, taraflar, almış olduklarını (mal-satış akçası) birbirlerine geri vermek durumunda kalacaklardır¹. Bu 'çözülme ilişkisi'nde karşılıklı geri verme istemlerinin kişisel nitelikte haksız zenginleşme davası kılığında mı, yoksa nesnel nitelikte istihkak davası kılığında mı yürütüleceği, geri istenenin para veya paradan başka eşya, taşınır veya taşınmaz oluşuna ve taşınmazın tapuya kayıtlı bulunup bulunmayışına göre belirlenecektir.

Geri verme istemini, ifa işlemiyle yitirilmemiş, saklı kalmış mülkiyet hakkına dayandırmak (*vindicatio*) mülkiyet hakkının aynı işlemle *sine causa* yitirilmiş sayılması üzerine doğan haksız zenginleşmeye dayandırmaktan (*condictio*) çok daha elverişlidir. Şöyle ki:

1) Sözleşmenin ifa ile söndükten sonra bir art - etki gösterdiği başka ihtimaller de *culpa post pactum perfectum*'un söz konusu olduğu durumlardır; bk. SEROZAN, MHAD Yeni Seri, Yıl : 2, Sayı : 3, 121, dipn. 35.

a) **Vindicatio** üçüncü kişiye karşı da yöneltilebileceği halde, **condictio** üçüncü kişiye karşı yöneltilemez².

b) **Vindicatio** açma olanağı bulunan kişi, zilyedin alacaklılarının, zilyedi haciz ve iflâs yoluyla takipleri durumunda eşyayı istihkak davası ile takipten çekip alabilir; haksız zenginleşme alacaklısının böyle bir olanağı yoktur.

c) **Vindicatio, condictio** gibi 1 yılda yıllanmayıp (BK 66) çok daha uzun kazandırıcı zaman aşımı süreleri (taşınırlarda 5 yıl, taşınmazlarda 10 - 20 yıl; MK 701, 638, 639) içerisinde açılabilir.³

d) **Condictio**'yu kovan BK 62 I («Borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse, hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini ispat etmedikçe, onu istirdat edemez.») ve BK 65 («Haksız veyahut ahlâka -adaba- mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur.») **vindicatio**'yu kovmaz⁴.

2) von TUHR-SIEGWART, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Zürich, 1942, 429/30 ve von BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, 310 ile birlikte, üçüncü kişinin eşyayı karşılıksız olarak kazanmış olması durumunda yoksullaşanın, üçüncü kişiye § 822 BGB'nin ön görmüş olduğu biçimde bir haksız zenginleşme istemi yöneltebileceği kanısındayım. 'Çifte bozukluk' (Doppelmangel) (A. B'ye, B de Ü'ye sine causa şey zilyetliği sağlamıştır) ihtimalinde ise A, Ü'ye karşı değil, salt B'ye karşı **condictio** açabilecek ve B'nin, Ü'ye karşı olan haksız zenginleşme alacağını kendisine geçirmesini (temlikini) isteyebilecektir. (Tartışmalı; bk. von BÜREN, 306) Yargısal alacak geçirilmesi (kazaî temlik) mümkündür. TEKİNAY, Eşya Hukuku, İstanbul 1967/68, 264'te, bir hırsız tarafından çalınıp iyi inançlı üçüncü kişiye satılan ve teslim edilen bir taşınının, bu sonuncusu tarafından kendisine ait bir şeyin bütünleyici parçası durumuna sokulması ihtimalinde, taşınının eski malikinin yalnız hırsıza karşı değil, fakat iyi inançlı üçüncü kişiye karşı da haksız zenginleşme davası açabileceğini kabul etmektedir. Modern **condictio**'ya Roma hukukunun *actio de in rem verso*'sunun niteliklerini katan bu görüş için ayrıca bk. WOLFF - RAISER, Sachenrecht, § 74/3; BAUR, Sachenrecht, § 53 II. c.

3) MK 902'de zilyetliğe haklılık (taşınır) davasını kayıtlayan 5 yıllık sürenin MK 618'e dayanan **vindicatio**'yu da kayıtladığı yolundaki haklı görüş (bk. STARK, ZGB 934 N. 28-31 ve orada anılanlar) inceleme konumuzun dışında kalır.

MK 933'e dayanan çizim dâvası ile taşınmazın sicil zilyetliği sağlandıktan sonra **vindicatio**'nun süresiz açılabilirliği doğaldır.

4) BK 62 I için bk. SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft, Tübingen, 1968, 71 v.d.; BK 65 için krs. ESSER, Schuldrecht, Karlsruhe, 1960, 801; LEHMAN-HÜBNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Auflage, Berlin, 1966, 162; aksi görüş için bk. von TUHR-SIEGWART, 438 ve Zeitschrift für Schweizerisches Recht 40, 59; krs. RAISER, Juristenzeitung 1951, 718 v.d.; MAY, Die Möglichkeit der Beseitigung des Abstraktionsprinzips bei den Verfügungsgeschäften des Fahrnisrechts, Mainz, 1952, 48.

e) Kötü inançlı *condictio* davalısı, eşyaya yapmış olduğu zorunlu giderler yanında faydalı giderlerden, eşyanın geri verileceği zamanda halen var olan fazlalık oranındaki tutarı davacıdan isteyebileceği halde (BK 64/2) *vindicatio* davalısı böyle bir olanağa sahip değildir; o, salt zorunlu giderlerin karşılanmasını isteyebilir (MK 908/2)^{5 6}.

2. Tapuya kayıtlı taşınmazın sicil ve şey zilyetliğini yeniden sağlama istemi, MK 924, 932 ve 933'de dayanağını bulan «Meşruyet ilkesi» (Legalitätsprinzip) dolayısıyla hiç kuşkusuz bir nesnel istem olarak belirecektir⁷.

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından bir ayırım yapmak gerekir:

a) Satıcı taşınmaz üzerinde 20 yıllık olağanüstü kazandırıcı zaman aşımı yoluyla (MK 639) mülkiyet hakkını kazanmadan taşınmazın zilyetliğini alıcıya geçirmiş idiyse, satıcı (malik olmadığına

5) MK 908/2'yi her halde BK 64/2'ye uygun biçimde uygulamak, MK 908/2'nin empoze edilmiş zenginleşmeyi önleyici önemli görevini görmezlikten gelme anlamını taşır. Bence yargıç her somut olayın özelliklerine göre ya BK 64/2 yi veya MK 908/2'yi uygulamalıdır. Fakat MK 908/2'yi a priori BK 64/2'ye uydurmak doğru olmaz.

6) Buna karşılık iyi inançlı zilyedin *vindicatio*'ya karşı, zorunlu giderlerden dolayı sahip bulunduğu alakoyma hakkına (MK 907/1), iyi inançlı zenginleşen sahip değildir. Fakat bu sonuncusu, alakoyma hakkına benzer bir hakka 'hesap artığı' (Saldo) teorisi sayesinde sahip sayılabilecektir, bk. ileride 7 *Vindicatio* ile *condictio* arasında, *vindicatio* davalısının yararına beliren bir başka fark ise (iyi inançlı *vindicatio* davalısının semerelerden ve zilyetliğindeki şeyin satışından sağlamış olduğu değerden (surrogat'dan) sorumsuzluğu, *condictio* davalısının ise semerelerden ve söz konusu kaim değerden sorumluluğu) özellikle, aynı sorunla karşı karşıya bulunan Alman hukuk öğretisinde adalet ve yerindelik düşünceleri ile çoktan aşılmıştır; bk. BAUR Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin, 1960, 82/83 ve orada anılanlar aksi görüşte TEKİNAY, 124/25; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 71 II 96.

7) Bazı yazarlar (meselâ bk. PETERS, Archiv für die zivilistische Praxis 153, 456 v.d.) 'nesnel istem' kavramını kullananların bir *contradictio in adiecto* ya düştüklerini, çünkü 'nesnel' sıfatının 'istem' kavramının hukukî niteliği ile bağdaşmadığını ileri sürmekte ve kişisel ile nesnel istemin farksız olduğunu yazmaktadırlar. Oysa nesnel istemin kişisel istemden fark'ı olduğu noktalar vardır : Nesnel istem yalnız haksız zilyede, fakat her haksız zilyede yöneltilebileceği halde kişisel istem, salt borç ilişkisinin tarafına yöneltiler. Borçlanılmış şeyin elden çıkarılması borçluyu nesnel isteme muhatabolmaktan kurtarır ama kişisel isteme muhatabolmaktan kurtarmaz; ifa imkânsızlığı kişisel istemi söndürmez. Nesnel istem yalnız bir tek kişiye (haksız zilyede) yöneltilebileceği halde, kişisel istem 'teselsül' ihtimalinde birden fazla kimseye (mütese'sil borçlulara) yöneltiler. (Birlikte zilyetlik ile teselsül farklıdır.)

göre) nesnel bir istemle değil, salt kişisel bir istem (**condictio possessionis**) ile alıcısının karşısına çıkabilecektir⁸.

b) Satıcı, taşınmaz üzerinde 20 yıllık olağanüstü kazandırıcı zaman aşımı yoluyla mülkiyet hakkını kazandıktan sonra bu taşınmazın zilyetliğini alıcıya geçirmişse, bu kez satıcının geri verme istemi nesnel bir renk alacaktır⁹.

3. Satıcının, zilyetliğini alıcıya geçirmiş olduğu taşınırı, satım sözleşmesinin geçersizliği üzerine doğan çözüme ilişkisinde geri istemesinin, haksız zenginleşme hukukuna mı (BK 62 v.d.) yoksa haksız zilyetlik hukukuna mı (MK 618, 906 v.d.) atlanacağı sorunu, İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde ötedenberi tartışmalıdır. Bu tartışmanın çözümü, taşınırlara ilişkin zilliyetliğin geçirilmesi nesnel sözleşmesinin borçlanma işleminden (objektif causa'dan) soyut olup olmadığı tartışmasının çözümüne bağlı kalmaktadır¹⁰. Ben bu konuyu deşmek istemiyor ve taraflısı bulunduğum soyutluk ilkesinden

8) Bk. ACEMOĞLU, Türk hukukunda tapu kütüğüne kayıtlı olmayan gayrimenkullerin hukukî durumu, İstanbul, 1965, 85. **Condictio possessionis**. BK. 66'da ön görülmüş olan 1 ve 10 yıllık sürelerle kayıtlıdır. Bu süre dolmadan **accessio possessionis** (MK. 909) sayesinde alıcının olağanüstü kazandırıcı zaman aşımı süresini doldurması üzerine zilyetlik **condictio** mülkiyet **condictio**suna dönüştür.

9) Bk. ACEMOĞLU 85. İşaret edeyim ki «Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft», 128 dipnotu 265'de satıcıya b şıkında da salt haksız zenginleşme istemi tanıyan görüşümden dönmüş bulunmaktayım. Düşünümce bu ihtimalde **vindicatio**'yu MK. 2 II yoluyla kayıtlamak ve bu arada **condictio possessionis**'i kayıtlayan 1 yıllık süreyi örnekseme yoluyla uygulamak nisbî adalete uygun olur. **Vindicatio**, MK 2 II ilkesinin uygulanmasıyla 1 yıl sonra düştükte alıcı, adına tapu kütüğünde yazım yapılması yolunda, satıcısına karşı bir istem yöneltebilecektir. Hak düşümü süresi ile hak kazanma süresi ortak bir temele (hukukî görünüşün korunması ilkesi) dayandığını ve hukukumuzda özdeş olduğuna göre (MK 638; MK 902-701 ikilişi aşılmıştır; MK 578 yergiye mahkûm bir Roma Hukuku kalıntısıdır) bu çözüm gönül rahatlığı ile benimsenebilir.

10) von TUHR, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 40, 66 v.d.; OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, 1965, 268 soyutluk ilkesinden, HAAB-SIMONIUS, ZGB 714 N 1-44; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 1 Abteilung, 1. Abschnitt, 3. Auflage, Bern, 1959, 24 v.d. ile TEKİNAY, 463 sebebe bağlılık ilkesinden yanadırlar. İşaret edeyim ki TEKİNAY, sebebe bağlılık ilkesini savunurken, geçersiz bir satım sözleşmesine dayanarak taşınara zilyet olmuş olan alıcı, haksız zilyet sayılabileceğine ve kendisine karşı MK. 618'e dayanan mülkiyet davası açılabileceğine göre kanunumuzun sebebe bağlılık ilkesini benimsemiş olduğunu yazarken bir **petitio principii** yapmakta, aslında tanıtlanması gereken bir noktayı (alıcı haksız zilyet midir, yoksa haksız zenginleşen midir?) tanıtlanmış sayarak, bu öncülden sebebe bağlılık ilkesine varmaktadır.

yana kanıtlarımı bir dipnotunda sıralamakla yetiniyorum. Kaldı ki ister taraflısı bulunduğum soyutluk ilkesi benimsensin, ister sebebe bağlılık ilkesi tutulsun, geçersiz bir satım sözleşmesine dayanan zilyetliğin geçirilmesi nesnel sözleşmesinden sonra, mülkiyetin pek ayrıksal (istisnaî) durumlar dışında satıcıda kalacağı, onun taşınır alıcıdan bir nesnel istemle geri isteyebileceği kanısında bulunduğumdan, inceleme konusu bakımından bu tartışmaya girmenin sanıldığına önemli olmadığına inanıyorum¹¹. Gerçekten, borçlanma işlemi-

11) Kişisel ve nesnel haklar değişik sözleşmelerle kurulmakta olduğuna (biri borçlanma işlemiyle, öteki harcama işlemiyle) ve kişisel hak kuran sözleşme salt sözleşenleri, nesnel hak kuran sözleşme ise tüm çevreyi ilgilendirmek üzere olduğuna göre (numerus clausus ilkesinin kişisel haklarda yürümeyip nesnel haklarda yürümesi ve kişisel haklarda yillanmanın, nesnel haklarda ise (kesin) hak düşümünün söz konusu oluşu da bu gerçeğin belirtisidir) nesnel sözleşmenin geçerliliğini borçlanma işleminin geçerliliğine bağlı tutmamak (soyutluk ilkesini benimsemek) tutarlı olur. Harcama işlemlerinden borcun naklinde nasıl alacaklının, alacağın geçirilmesinde nasıl borçlunun ve yeni alacaklının korunması düşünceleriyle soyutluk ilkesi benimsenmişse, aynı düşüncelerle nesnel sözleşmede de soyutluk ilkesi benimsenmelidir. S ile A arasındaki satım sözleşmesi Ü indinde bir *res inter alios acta* olduğuna göre Ü'yü ilgilendirmemeli, onun nesnel hakkı kazanması S ile A arasındaki sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmamalıdır. Unutulmamalıdır ki bir sözleşmeyle B'ye karşı harcama yetkisini kaldıran A, buna rağmen harcamada bulunsa, bu harcama — ister iyi, ister kötü inançlı olsun — üçüncü kişiye nesnel hak kazandırır.

İyi inancın korunması ilkesi karşısında soyutluk ilkesinin hukukî güvenliği ve yalnlığı sağlama amacının değerini yitirmiş olduğu iddiası haksızdır. 'Bilmesi g e r e k e n' üçüncü kişi iyi inançlı sayılamamakta ve nesnel hakkı kazanmamaktadır ki. Böyle bir kimseyi korunmaya değer bulmamak ise yalnız mülkiyet hakkını donduran, tapınaklaştıran bir anlayışa yakıştır. Nihayet bir rızasız çıkış değil, bir geçerlilik şartının eksikliği söz konusudur. Ahlâk normları, malikin borçlanma sırasındaki sarhoşluğunu bilmesi gereken üçüncü kişi yerine sarhoş maliki korumayı buyurmaz. Mülkiyeti sadece bir hak olarak değil, fakat diyalektik evrim geçiren bir hukukî kurum olarak karşılayan bir anlayış, yüzyıllar önce 'nemo plus iuris...' kuralını yumuşatmak için soyutluk ilkesini benimsemiş bir hukuk anlayışından da ileri gitmek ve soyutluk ilkesini iyi inancın korunması ilkesine kovdurtmayıp her iki ilkeyi bir arada uygulamak zorundadır. Kaldı ki iyi inancın korunması kanıtını salt nesnel hak kazanan üçüncü kişi bakımından savunmak yetmez. Ortada geçersiz sözleşmeye dayanarak satılana zilyet bulunan alıcının zilyetliğindeki mala güvenerek ona kredi açan iyi inançlı kişilerin de çıkarı vardır. Satıcının çıkarının bu iyi inançlı alacaklıların çıkarına üstün tutulması anlaşılabilir.

Hukukî görünüşün (Rechtsschein) korunması ilkesinin her alanda genişletildiği, mülkiyet hakkının kutsallığı ve sürekliliği düşünüşünün her alanda yumuşatıldığı bir çağda sebebe bağlılık ilkesini savunmak, çıkarlar içtihadı yöntemi açısından doğru görülemez.

ni geçersiz kılan sebeplerden hemen hemen hepsi harcama işleminde de kendisini gösterecek, bir 'geçersizlik özdeşliği' (Fehleridentität) söz konusu olacaktır. Şöyle ki:

a) İrade bozuklukları: Yanılma, aldatma ve korkutma, harcama işlemi sırasında ortadan kalkmış olmadıkça bu işlemi de geçersiz kılacaklardır. Borçlanırken iradesi bozuk olanın, harcama işlemi yaparken yanılmanın ve aldatmanın farkına varması veya korkunun etkisinden çıkması ender ihtimalinde, yalnız harcama işleminin değil, fakat 'icazet karînesi' sayesinde borçlanma işleminin de geçerli sayılacağı açıktır. Borçlanmanın tutarda yanılmaya düşmesi ihtimalinde, yanılmanın salt borçlanma işlemi geçersiz kılmakla kalacağı, yoksa harcama işlemi bakımından bir yanılmadan söz edilemeyeceği de en az o kadar açıktır. Bu ihtimalde harcama işlemindeki yanılma bir 'güdü yanılması' ndan (saik hatasından) oluşmuştur¹². Fakat bu ayrıksal ihtimaller dışında irade bozuklukları, iradesi bozuk olanın harcama işlemi de geçersiz kılacaklardır. Buna karşılık aldatanın, korkutunun ifa işleminin geçerli olacağı ve kendisinin bir haksız zenginleşme istemiyle yetinde durumunda kalacağı doğaldır. Bu çözüm, çıkarlar içtihadı yöntemine de uygun düşmektedir; aldatılan ve korkutulanın aldatan ve korkutana nazaran ayrıcalıklı tutulması doğrudur.

b) Hukuka - ahlâka aykırılık: Hukuka ve (veya) ahlâka aykırılığın borçlanma işlemi olduğu kadar harcama işlemi de çürütüp çürütmeyeceği sorunu tartışmalıdır. Düşünümce dogmatik kanıtlar (harcama işlemi ahlâkî açıdan renksiz -neutral- sayılamaz) bir yana, yergiye mahkûm BK 65'in 'in pari turpitudine..' ve 'nemo auditur... kuralını gidermeyi sağlama (yani yerindelik düşünceleriyle) hukuka ve (veya) ahlâka aykırılığın harcama işlemine de bulaşmasını (geçersizlik özdeşliğini) kabulde yarar vardır. Böylelikle hukuka ve (veya) ahlâka aykırı bir maksatla verilenin geri alınması yasağı, burada bir

İmdi iyi inancın korunması, soyutluk ve sözleşmelerin nisbiliği ilkeleri arasında şöyle ilginç bir mantık simetriği vardır: Borç ilişkisinin nisbî karakteri gereğince borçlanma işleminde (sübjektif) causa'ya bağlılık söz konusu olmakta, iyi inancın korunması söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık nesnel sözleşmenin mutlak karakteri gereğince burada (objektif) causa'ya bağlılık söz konusu olmamakta, iyi inancın korunması söz konusu olmaktadır. Böylelikle harcama işlemi lehdarının borçlanma işlemi lehdarına nazaran fazla olan riski (harcama yetkisizliği borçlanma işleminde geçersizlik sebebi değildir; harcama işleminde geçersizlik sebebidir) düşürülmüş ve aynı eğriye getirilmiş olmaktadır.

12) Bk. von TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, Berlin, 1957, 593.

haksız zenginleşme istemi değil, fakat bir nesnel istem söz konusu olacağı için giderilmiş olacaktır¹⁴.

Satıcının BK 65'in engelleyemeyeceği bir nesnel istemle taşınırı geri alabilmesi (geçersizlik özdeşliği), buna karşılık alıcının paranın geri verilmesi haksız zenginleşme isteminin¹⁵ ise BK 65'e atlanması düşünülemez. Böyle bir çözüm «sözleşmeyi geçersiz kılan sebep kadar ahlâka aykırı» düşerdi! BK 65, haksız zenginleşme alacağını kaldırmayıp salt talebedilmez bir alacak hakkı durumuna soktuğundan¹⁶ BK 66/2 ve BK 138 örneklemeyle uygulanabilecek ve alıcı, satış akçası kendisine geri verilmedikçe -iyi inançlı bir vindicatio davasının genel olarak sahip bulunduğu- alakoyma hakkına¹⁷ dayanarak, para kendisine geri verilmedikçe satılanı geri vermeden kaçınabilecektir¹⁸.

c) Sömürme: Darda kalmaktan, hafiflikten veya tecrübesizlikten yararlanma yoluyla borçlanması sağlanmış kimsenin borcunun ifası da aynı darda kalışın hafifliğin veya tecrübesizliğin belirtisi olacağına göre sömürme, ifa işlemini de geçersiz kılmış sayılabilecektir. Fakat aynı şey, sömürmenin ifa işlemi bakımından söylenemez. Onun ifa işlemi geçerli, dolayısıyla geri verme istemi salt kişisel nitelikte olacaktır. Bu çözüm çıkarlar içtihadı yöntemine de uygun düşer. (Korunması amaçlanan kişi salt sömürülendir)

Şunu eklemek isterim: Sömürenin haksız zenginleşme istemi BK 65 gereğince talebedilemez bir haksız zenginleşme alacağı durumunu almaz; çünkü sömürenin ahlâka aykırı davranışı 'edimi vermede' değil, 'borçlanma işlemini yapmada'dır¹⁹.

d) Satım sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut bir imkânsızlığın (konuda imkânsızlığın) maddî türünde bir harcama işlemi zaten düşünülemez. Fiil ehliyetsizliğinin borçlanma işleminde mevcut

14) Krs. LEHMANN-HÜBNER, 162; aksi görüş için bk. dipn. 4.

15) Bk. ileride 4

16) Krs. Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 99, 167 ve Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 9, 336.

17) Bk. ileride 6

18) Krs. BECKER, OR 140 N 3; TEKİNAY, 142. Yazarların zaman aşımına uğramış bir 'talebedilemez hak' için benimsedikleri çözümü ben, BK. 66 yönünden 'talebedilemez hak' durumuna düşmüş bir alacak hakkına yaydırıyorum. Çıkarlar içtihadı yönteminin böyle bir 'katmerli örnekleme' yapılmasını gerekli kıldığında kuşku edilemez.

19) Krs. von TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/2, Berlin, 1957, 46 v.d.

olup harcama işleminin yapıldığı sırada kalkmasına ise -hele satımın uygulamada genellikle 'elden satım' biçiminde gerçekleştiği düşünülürse- pek rastlanmaz. Şekle aykırılık, taşınır hukukunda zaten pek söz konusu olmaz, söz konusu olduğu durumlarda da çok kez 'Düzelme' (Konvaleszens) kurumu şekle aykırılığın tamircisi olacak (BK 238, MK 611), 'rızaî şekil'de de 'feragat ve ispat şekli karînesi' kuramları ile şekil butlanını aşmak mümkün olacaktır²⁰.

✕ O halde, taşınır üzerindeki mülkiyetin geçersiz bir satım sözleşmesine dayanan zilyetliğin geçerilmesi nesnel sözleşmesiyle alıcıya geçmediğini, satıcının çözümlenme ilişkisinde taşınırı bir nesnel istemle geri isteyebileceğini kabul edebilmek için sebebe bağlılık ilkesine sarılmaya bir gereksinme olmayıp, bu olanak, borçlanma işlemini geçersiz kılan sebebin harcama işleminde -aynı anda veya daha sonra- bir kez daha belirmesinin bir sonucu olarak zaten vardır²¹.

4. Taşınmaz veya taşınır alıcısının, satıcısına ödemiş bulunduğu satış akçasının geri verilmesi istemine gelince:

Alıcının parası kural olarak satıcının parasına karışacaktır. Bu durumda, MK 700 gereğince, alıcının, ödemiş bulunduğu satış akçası değerinde, satıcının parası üzerinde paylı mülkiyet hakkı kazandığı düşünülebilir. O zaman paydaş sıfatıyla alıcı, paylaşımın yapılması

20) Bk. SEROZAN, 46 v.d.; 136 v.d.

21) Öğretide soyutluk ilkesini aşmak için, benimsenemeyecek bir de 'işlem birliği' (Geschäftseinheit) teorisinden yararlanma eğilimi sezilmektedir. Borçlanma işlemiyle harcama işlemini bir tek hukukî işlemin 'kısım' ları olarak kabul eden bu teori, kısmî butlan kuralını (BK. 20 II) uygulamakta ve tüm işlemi, bu arada harcama işlemini de geçersiz saymaktadır; bk. HECK, Grundriss des Sachenrechts, Aalen, 1960, 121. Soyutluk ilkesini aşma yolunda bir başka çaba da harcama işleminin her zaman örtülü olarak borçlanma işleminin geçerliliği geciktirici veya geçersizliği bozucu şartına bağlı olarak yapıldığını ileri sürenlerden gelmiştir; krş. MAY, 55 v.d.; HECK, 121. Nihayet daha da ileri giden MAY, borçlanma işleminin geçerliliği, harcama işleminin geçerliliğinin gerçek olmaya bir wgeciktiric şartı olarak kabul edilemese bile, hiç değilse 'gerek' i (Voraussetzung) olarak kabul edilebileceğini ve bu sayede iki işlemi birbirine bağlamanın mümkün olduğunu ileri sürmüştür; bk. MAY, 56 v.d. Bu görüşleri salt amaçları yönünden değil, fakat hukuk mantığı açısından da paylaşmıyorum. 'Kısmî butlan' ve 'şart' kurumlarına taşıyamayacakları bir yük yükleyen ilk iki görüşte 'beliren dogmatik huzursuzluğu tanıyarak aynı yolda 'gerek' hukukî kurumuna sığınanlar da ikilemden çıkmış değildirler. Ancak iki taraflı oldukça ve güven ilkesi çerçevesinde işlem temeli katına çıktıkça hukukun değer kazanabilecek olan 'gerek' kurumunu hukuk sisteminin en önemli kesitine 'sokuşturmaya' çalışan bu görüşün öncülleri de öteki görüşlerin öncüllerinden sağlam sayılamaz.

yolunda bir kişisel isteme sahibolacaktır²². Fakat 100 lira verenin (alıcının), satıcının kesinlikle belli olmayan likid serveti üzerinde paylı mülkiyet hakkı kazandığını ve artık satıcının paylaşımına kadar servetinin tek kuruşu üzerinde haramada bulunamayacağını ileri sürmek hukukî sağduyuyu pek şiddetli sarsacak bir iddiadır.

İsviçrede baskın görüş, payların saptanmasının mümkün olmadığı ihtimalde, karıştırmayı yapanın -tümün zilyetliğine sahibolanın (satıcının) - tümün mülkiyetine de tek başına sahibolacağını kabul etmiştir²³. Gerçi kanun, karışma sonucu paylı mülkiyetin kurulmasını, iki malikin karışmış eşyasının değerlerinin saptanmasına bağlı tutmamıştır ama herbirinin tüme olan katkı ölçüsünü de belirli bir oranda nazara almıştır. MK 700 II, «karışan.. mallardan biri diğerinin (bütünleyici parçası) kabilinden olursa halitanın mülkiyeti asıl malikine ait olur.» kuralını koyar. Öte yandan MK 619, bir şeyin bütünleyici parçasının -değeri asıl şeyin değerinden eksik veya fazla olsun- asıl şeyin malikine ait olmasını, bütünleyici parça üzerinde eski malikin mülkiyet hakkını yitirmesini ön görür. Nihayet MK 644 II'de yapının arsanın malikin mülkiyetine girmesi kabul edilir. Görülüyor ki kanun bir şeyin başka bir şeyle birleşmesi veya karışması durumunda şeyin mülkiyetini yurttaşlar indinde hukuken önem taşıyan şeyin mülkiyetine bağlamıştır. Özellikle para bakımından, zilyetliğin hukukî önemi göz önünde bulundurulacak olursa, alıcının ödemiş olduğu satış akçasının satıcının tek başına mülkiyetine girdiğini kabul. kanunun ruhuna uygun düşer²⁴.

Fakat karışmanın gerçekleşmiş olmadığı ihtimalde bile, para bireyleştirilemedikçe alıcının nesnel bir istihkak istemiyle satış akçasını geri istemesine olanak yoktur; çünkü **vindicatio**, paranın bireyleştirilememesi yüzünden konusuz kalır. Her ne kadar **EICHLER** ve

22) Paylaşım hakkının, kapsamı belli olmayan bir istemden söz edilemeyeceği için bir yenilik doğuran hak olduğunu ileri süren görüş (bk. AYBAY, Müsterek mülkiyette taksim, İstanbul, 1966, 15) paylaşılsa bile, incelenen durumda paylaşım 'istem' nden söz edilebilecektir. Çünkü istemin kapsamı bellidir; paranın karışmasında salt aynen paylaşım söz konusu olabilir. HECK, alıcının paylaşım kişisel isteminde bulunma dolambaçlı yolu yerine, paranın özelliğinden doğan kendine vergi esnek paylı mülkiyetin (labiles Miteigentum) çözümlenmesini bir taraflı olarak sağlayabileceğini kabul etmektedir; bk. HECK, 261.

23) HOMBERGER, ZGB 727 N4; LEEMANN, ZGB 727 N 20 v.d.; Graubünden Kanton Mahkemesinin Schweizerische Juristenzeitung 57, 157'de yayımlanan 18.3.1959 tarihli kararı.

24) Krş. LEISS, Juristenzeitung 1959, 25. WOLFF-RAISER de Sachenrecht § 72 III 1, 3'de sayıca ve ağırlıkca fazlalığın, asıl şey — bütünleyici parça ilişkisini kurduğunu kabul etmektedirler.

WESTERMANN, *vindicatio*'ya paranın bireyleştirilmesi imkânsızlığının bir engel oluşturmayacağını, belirli banknotların veya sikkelerin *vindicatio*'su yerine, paranın kanun tarafından ön görülmemiş özelliğinden doğan ve bir boşluk doldurma ürünü olan «para değer i *vindicatio*'su» nun yöneltilebileceğini ileri sürmüşlerse²⁵ de bu görüş, mülkiyet hakkının çevresini, kanunun özellik ilkesinde beliren ruhuna aykırı bir biçimde genişletmekte ve görülmemiş bir nesnel istem yaratmakta olduğundan, benimsenemez.

Satıcının alıcının parasına malik olmadığı, alıcının para üzerinde malik kaldığı görüşünü ısrarla savunanlar, takip hukuku bakımından, alıcının, satıcıya ödemiş bulunduğu satış akçası üzerinde mülkiyet hakkını saklı tutmasının kendi yararı açısından kaçınılmaz olduğunu ileri sürmektedirler²⁶. Bence, para bakımından alıcının korunması düşüncesi (kişisel haksız zenginleşme istemi yerine nesnel istihkak istemine kavuşturulması) dolaşım çıkarı düşünceleri karşısında geri çekilmeli ve takip hukukunda satıcının öteki alacaklılarının çıkarı üstün tutulmalıdır²⁷.

Başka taşınırlardan farklı olarak para üzerindeki zilyetliğin hakka 'bayağı karîne' değil de 'kesin karîne' oluşturması doğru olur. Netekim MK 903'de de zilyedin zilyetliğinden rızası dışında çıkmış -ve bireyleştirilebilmiş- paranın bile -başka taşınırlardan farklı olarak- iyi inançlı üçüncü kişiden geri istenemeyeceği belirtilmiştir²⁸.

5. Bu açıklamaların ışığında, satım sözleşmesinin geçersizliği üzerine doğan çözüme ilişkisinde karşılıklı geri verme istemlerinin şeması şu biçimde çizilebilir:

Tapuya kayıtlı taşınmaz satıcısı: Nesnel istem

Tapuya kayıtlı taşınmaz alıcısı: Kişisel istem

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz satıcısı: Nesnel veya kişisel istem

25) EICHLER, Institutionen des Sachenrechts II/1, Berlin, 1957, 216; WESTERMANN, Sachenrecht, 4. Auflage, Karlsruhe, 1960, 143 v.d.

26) Meselâ bk. HOCHÉ, Neue Juristische Wochenschrift 1958, 1534.

27) Bk. KASER, Archiv für die zivillistische Praxis 143, 22.

28) MK. 903'ün uygulanması, parası rızası dışında zilyetliğinden çıkmış olan kimsenin, davalının kendi (davacının) parasına (belirli numaralı banknotlar) zilyet bulunduğunu ispat etmesine bağlıdır; aksi takdirde istihkak davası konusuz kalır; bk. BERTAN, La revendication des meubles en droit Suisse, Lausanne, 1951, 82; WIELAND, ZGB 727 N 6; STARK, ZGB 935 N 7; BGE 47 II 270.

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz alıcısı: Kişisel istem

Taşınır satıcısı: Nesnel istem ('geçersizlik özdeşliği' söz konusu olmadıkta kişisel istem)

Taşınır alıcısı: Kişisel istem

6. Geçersiz bir satım sözleşmesi üzerine yerine getirilmiş edimlerin *vindicatio* ve *condictio* yoluyla geri istenmesi, hukukî sinallagma çerçevesinden taşar²⁹. Bununla beraber, bilimsel ve yargısal içtihatlarda, sözleşmenin ifa edilmediği definin (ödemezlik definin) örneksemeyle, geçersiz satım sözleşmesinin çözülmesi ilişkisinde de uygulanması eğilimi vardır³⁰.

Düşünümce bu örneksemeli kanıtların (*argumentum per analogiam*) öncülleri sağlam değildir. Bir yol, taşınmaz alıcısının bir tesbit davası olan çizim (düzeltim) davasına karşı, edimden kaçınma hakkı anlamını taşıyan defide bulunabileceği görüşünde bir dogmatik bozukluk vardır. Kütüğe yapılmış yazımın maddî hukuka uygun olmadığına tesbitine karşı nasıl olur da 'edimden kaçınma hakkı' ileri sürülebilir³¹?

Sonra unutulmamalıdır ki ödemezlik definde teminat görevi yanında ve bundan çok daha güçlü olarak karşı tarafı ifaya zorlamak için baskı yapma görevi de yatar. Sinallagmatik sözleşmede alacaklıyı borçlanılmış edimin yerine getirileceğinin *t e m i n a t ı* değil, *sağt* edim borcunun fiilen *y e r i n e g e t i r i l m e s i* doyurabilir. Oysa çözülme ilişkisinde durum tamamen değişiktir. (Ödemezlik definin çözülme ilişkisinde de uygulanmasını önerenler, acaba satıcı, alıcısına nesnel veya kişisel teminat verse bile bu sonuncusuna zilyetliğinde bulunan satılanı satıcıya geri vermeden kaçınma hakkı tanıyacaktırlar mıdır?)

Dahası da var: Bir geciktirici defi olarak ödemezlik defi ancak

29) Bk. KANİTİ, Akdin ifa edilmediği def'i, İstanbul, 1962, 87. Olsa olsa bir fiilî sinallagmadan söz edilebilir.

30) Bk. KANİTİ, 86/87; İMRE, İstanbul Barosu Dergisi 1952, 139; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 83 II 25.

31) TEKİNAY'ın 210'da düzeltim davasının davalının düzeltim sözleşmesini yapmaya mahkûm edilmesini amaçlayan bir edim davası olduğunu ileri sürmesi doğru değildir. TEKİNAY'ın görüşü benimsenecek olursa, borcun tesbiti davasında da borç ikrarı senedi vermeyen borçluya karşı açılmış bir edim davası keşfetmek gerekir. Netekim öğretilerde baskın görüş düzeltim davasını bir tesbit davası olarak nitelendirmektedir; bk. ÜSTÜNDAĞ, Tapu kütüğünün tasahihi davası, İstanbul, 1959, 37 ve orada anılan yazarlar.

ope exceptionis (hak sahibinin edimden kaçınma hakkını ileri sürmesi üzerine) hukukî sonuçlarını doğurabilir. İmdi hukuk bilgisizliğinin pek yaygın bulunduğu Türkiye'de, alıcıya, ancak bu hakkı ileri sürmekte edimden kaçınma olanağı vermenin, ülkenin sosyal koşulları ile ne ölçüde bağdaşacağı ayrı bir sorundur.

Son olarak: Ödemezlik defii kişisel etkili bir defii olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez zayıflığı dolayısıyla, alıcının haklı 'teminat çıkarı'nı korumaktan da çok uzaktır. Gerçi alıcı, BK 81'e dayanan ödemezlik defini satıcısına karşı ileri sürebilir ve ödemiş bulunduğu satış akçası kendisine geri verilinceye değin, zilyetliğindeki eşyayı geri vermeden kaçınabilir ama satıcının -alıcısının ödemezlik definin nazara alınamayacağı çizim tesbit davası yoluyla- bir kez düzeltim yargısını ve tapu kütüğünde çizimi sağladıktan sonra taşınmazın sicil zilyetliğini bir üçüncü kişiye geçirmesi durumunda bu defii üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Satıcının, alıcısına şey zilyetliğini geçirmiş olduğu tapuya kayıtlı olmayan fakat olağanüstü kazandırıcı zaman aşımı yoluyla mülkiyetini kazanmış bulunduğu taşınmazını tapu kütüğüne kaydettirip bu taşınmazın sicil zilyetliğini üçüncü kişiye geçirmesi durumunda da alıcı farksız bir bahtsızlık içerisinde. Taşınır alıcısına gelince; satıcının ayırma gücünden (temyiz kudretinden) yoksun bulunduğu sırada kendisine zilyetliğini geçirmiş olduğu taşınırı, bu kez zilyetliğin havalesi yoluyla bir üçüncü kişiye geçirmesi ihtimalinde o, kişisel etkili ödemezlik defini üçüncü kişiye karşı ileri süremez duruma düşecektir. BK 167 I'den «Borçlu... temlikedene karşı haiz olduğu defileri temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir.» bu bakımdan bir yardım beklenemez; çünkü alacak hakkının geçirilmesine ilişkin kuralların mülkiyet hakkının geçirilmesine örneksemeyle uygulanması düşünülemez; böyle bir örnekseme, kişisel hakkın niteliğine ve kanunun ruhuna aykırı düşerdi³².

32) TEKİNAY, 59'da kişisel hakka sahip bir vasıtasız zilyede de MK. 892 III'ün ön görmüş olduğu 'teslimden kaçınma hakkı' nı bahsetmektedir. Böylelikle yazar, zilyetliğe Alman hukukundaki gibi bir süreklilik ve koruma görevi (Kontinuitäts-und Erhaltungsfunktion) bağlamakta, kişisel hakka, taşınmaz kirası (BK 254 II), hapis hakkı (MK 864), alakoyma hakkı (MK 902, 907) ve şerh ile nesnel güç kazandığı ayrıksal durumlar dışında bir takip hakkı (Sukzessionsschutz-droit de suite) tanımaktadır. Düşünümce bu görüş İsviçre-Türk mal varlığı hukuku sistemine aykırı düşmektedir. Alman hukukunda § 986 II BGB gereğince vasıtasız zilyedin zilyetliğin havalesi durumunda üçüncü kişiye karşı kişisel hakları ve bu arada kişisel etkili defileri ileri sürebilmesi, § 936 III BGB'nin nesnel hak sahibi vasıtasız zilyede; üçüncü kişiye karşı teslimden kaçınma hakkını ayrıca tanımış olmasının mantıklı bir so-

Bence, taşınır alıcısı, mülkiyet hakkına dayanan bir nesnel istemle taşınırı kendisinden geri isteyen satıcısına karşı, kendi satış akçası karşıt-alacağı için MK 864 gereğince nesnel güçteki hapis hakkına sahibolacak, taşınmaz alıcısı da *vindicatio* ile taşınmazın şey zilyetliğini isteyen satıcısına karşı yine nesnel güçte bir 'alakoyma hakkı'ndan yararlanabilecektir. Öyle ki bu hak, 'mülkiyet hakkını kayıtlayan bir itiraz' olarak *ope exceptionis* değil, *ipso iure* hukukî sonuçlarını doğuracak ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecektir^{33 34}.

Taşınır alıcısına tanınmasını önerdiğim nesnel hak, zaten kanunun açık kuralının bir gereği olarak vardır. MK 864'e göre «borçlunun rızasıyla menkul eşyasına..... zilyed olan alacaklı, muaccel ve bu

nucudur. İsviçre ve Türk MK'larında ise bu yolda yoruma dayanak oluşturacak bir madde yoktur. Tersine, MK 892 III'de ön görülmüş olan ihbar gereği — ki BGB'de ön görülmemiştir — bu bakımdan son derece manidardır. Bence kişisel hak sahibi vasıtasız zilyet — TEKİNAY'ın sandığı gibi — MK 892 III'e göre üçüncü kişiye karşı teslimden kaçınabilseydi, kendisine böyle bir ihbarın yapılmasının da bir anlamı kalmazdı. Söz konusu ihbar, kişisel hakka dayanarak teslimden kaçınmadığı içindir ki vasıtasız zilyet yararına ön görülmüştür. MK 892 III'de ihbarın yapılmamış olmasına bağlanan 'nisbî mülkiyet' hukukî sonucunun, ikinci vasıtalı zilyedi korumayı (vasıtasız zilyedin şeyi bilgisizlikle eski vasıtalı zilyede vermemesini sağlamayı) amaçladığı düşünülemez. İkinci vasıtalı zilyedin vasıtasız zilyede karşı malik sayılmayışı hukukî sonucu (korunması amaçlanan kimsenin *aleyhine* bir sonuç!) böyle bir amaçla mutlak olarak çelişirdi. Tersine, ihbarın yapılmamasına, ikinci vasıtalı zilyedin vasıtasız zilyede karşı malik sayılmayışı hukukî sonucunun bağlanması, burada vasıtasız zilyedin korunmasının amaçlandığını gösterir.

Aslında çıkarlar içtihadı yöntemi açısından benimsenmesi doğru görülebilecek TEKİNAY görüşü, ortaya konuş biçimiyle savunulamayacak durumdadır.

33) Alakoyma hakkının nesnel gücü hakkında bk. HOMBERGER, ZGB 939 N 17; STARK, ZGB 939 N 26. Alakoyma hakkı, niteliği gereği, teminat vermekle giderilebilir; bk. HOMBERGER, ZGB 939 N 17; STARK, ZGB 939 N 27.

34) İMRE'nin İstanbul Barosu Dergisi 1952, 140'da alakoyma hakkının da ödemezlik defî gibi *ope exceptionis* hukukî sonuçlarını doğuracağını yazması doğru değildir. Alakoyma hakkının varlığı halinde, mülkiyet hakkının bir karşıt-hak ile dıştan kayıtlanması değil, fakat mülkiyet hakkının kapsamının daralması, *vindicatio*'ya yetecek gücünün eksilmesi söz konusudur; krş. RAİSER, Eigentumsanspruch, Festschrift für Martin Wolff, 1952, 137/38. MK 902'nin söylemi ve öze'likle biraz ileride inceleyeceğim hesap artığı (Saldo) teorisi göz önünde bulunduruldukta, alakoyma hakkının, hukukî sonuçlarını *ipso iure* doğurduğunu kabul gerekli de olur. Her ne kadar davalının (alıcının), satış akçasının geri verilmesi yolunda bir alacak hakkına sahibolduğunu yargıcın bilgisine sunması, alakoyma hakkının yararına işleyebilmesi bakımından şart ise de bu, 'müzakere ilkesi' çerçevesinde 'iddia yükü' ile ilgili ayrı bir sorundur.

eşya... (ile) tabii bir irtibatı bulunan alacağını istifa edinceye kadar, bunları yedinde hapsedmek hakkını haizdir.» Satım sözleşmesinin geçersizliği üzerinde doğan çözümlenme ilişkisinde -geçersizlik sebebinin ayırma gücünden (temyiz kudretinden) yoksunluk olduğu ihtimal saklı kalmak kaydıyla-³⁵ MK 864'ün taşınır alıcısının teminat çıkarını gerçekleştirme yolunda uygulanabileceğinden kuşku edilemez³⁶.

Satıcının ayırma gücünden yoksun olduğu sırada zilyetliğini geçirmiş olduğu taşınırın alıcısına gelince; onun yararına nesnel güçte bir teminat hakkını MK 902 ve 907'den öncelik kanıtı yoluyla çıkarmak mümkündür.

MK 902'ye göre «Yediden sirkat olunan veya kendisi tarafından kaybedilen veya rızası olmaksızın diğer herhangi bir suretle elinden alınan bir menkulün zilyedi beş sene müddet zarfında istihkak davası ikame edebilir. Fakat bu menkul alenî bir müzayedede

35) Ayırma gücünden yoksunluk ihtimalinde rızasız çıkış var sayılacak ve rızalı zilyetlik devrini şart koşan MK 864 uygulanamayacaktır; bk. OFTINGER, ZGB 895 N 56 ve 59. Fakat OFTINGER'in hiç ayıksız her türlü irade bozukluğunda da rızasız çıkışın varlığını kabul etmesi ve MK 864'ü uygulanmaz kılmasını doğru bulmuyorum. Üçlü ilişkide (MK 901) rızasız çıkış ayrığını çıkarlar içtihadı yöntemiyle mümkün olduğu kadar dar yorumlamalı. (krş. dipn. 11) ve malik açısından salt güdü yanılması oluşturan aldatmada ve korkutmada aldatılan ve korkutulan malik eşyayı zilyetliğinden rızasıyla çıkarmış sayılmalıdır; *coactus tamen voluit!* Eşyayı vermeme gizli isteği bir 'reservatio mentalis' olarak hukukî değer taşıyamaz. (*Vis absoluta* ihtimali saklıdır.)

Nasıl ki zilyetlik yardımcısına bir taşınır bırakmak 'rızasız çıkış' sayılmamak gerekirse. 'Rızasız çıkış' ile 'emanet' olguları arasında ortalama bir yer alan bu o'guyu 'rızasız çıkış' ile bir tutan baskın görüş, «aşağı sınıftan hak kazanılamaz!» burjuva anlayışının — bk. KRAUSE, Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg, 1933, 147 — etkisinde kalmış görünmektedir. Krş. Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 4, 34 v.d. ile bu kararda anılan yazarlar.

Şimdi, MK 901 açısından rızasız çıkış sayılamayacak olutları (yanılma, aldatılma, korkutulma) MK 864'ün olutlar bütünü açısından öncelikle rızasız çıkış sayamayız. Çıkarlar içtihadı yöntemine yakışan, MK 864'deki rızasız çıkış olutunu MK 901'dekinden çok daha ılımlı yorumlamaktır. MK 901'in olutlar bütününde, malikin mülkiyet hakkını yitirmesi, bir üçüncü kişinin malik olması gibi ağır ve ciddi sayılabilecek bir hukukî sonuç söz konusu iken, MK 864'de, malikin mülkiyet haklarını yitirmesi söz konusu olmayıp, salt alacaklının bir teminat hakkı kazanması söz konusudur. Satıcısını aldatan veya korkutan alıcının hapis hakkına sahip olamayışı, bu ihtimallerde bir rızasız çıkışın varlığına değil de 'nemo auditur...' ilkesine bağlanmalıdır. Buna karşılık yanılmada ne rızasız çıkış ne 'nemo auditur...' ilkesi söz konusu olabilir. İşaret edeyim ki MK 676, BK 57, 267, 281, 482 ye dayanan hapis hakkı için borçlunun rızası şartı ön görülmemiştir.

36) Bk. TUOR, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 6. Auflage, Zürich, 1953, 640 dipnotu 1; OFTINGER, ZGB 895 N 96.

veya bir pazarda veya ona mümasil eşya satan bir tacirden iktisap olunmuş ise, hüsnüniyetle hareket eden birinci ve sonraki müktesipler aleyhine istihkak davası ancak verilen semenin iadesi şartıyla ikame olunabilir...»

Bu maddede iyi inançlı alıcı yararına ön görülmekte olan hak, düşünümce bir alakoyma hakkıdır³⁷. Hapis hakkından farklı olarak değerlendirme olanağı vermeyen, fakat buna karşılık rızasız çıkışta bile iyi inançlı zilyet yararına işleyen bu nesnel hakkın görevi dolaşım güvenliğini sağlama olmayıp, alıcıyı, ödemiş bulunduğu satış akçasının geri verilmesi yolunda bir teminata kavuşturur^{37a}. 'Arık hukukî görünüş ilkesi'ni (Reines Rechtsscheinprinzip) benimsemiş olan § 935 BGB'den farklı olarak (bu maddeye göre, iyi inançlı alıcı bu türlü bir alışverişte mala malik olmaktadır)³⁸ 'yol açma-sebebol-

37) MK 902'de iyi inançlı alıcıya tanınmış hakka bugüne değin alakoyma hakkı denmeyişinin sebebi, bu ihtimalde iyi inançlı alıcının malike karşı herhangi bir isteminin söz konusu olmamasıdır. Oysa 'talebedilemez haklar' da pekâlâ nesnel teminat altında bulunabilir. (BK. 138). Netekim haksız zilyedin MK 907 gereğince hak sahibine karşı sahibolduğu, giderlerin karşılanması yolundaki alacak hakkının da 'talebedilemez bir hak' olduğunu, (eşya geri verildikten sonra artık giderlerin karşılanmasının istenemeyeceğini) ileri sürenler bile (meselâ bk. UTKU, La restitution de la possession selon les articles 938-940 CCS, Genève, 1939, 57) haksız zilyedin giderler karşılanıncaya değin, zilyetliğindeki eşyayı geri vermeme hakkına 'alakoyma hakkı' veya 'gayrimuntazam hapıs hakkı' demektedirler.

37a) STARK, ZGB 934 N 46, BERTAN, 67; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 71 II 93'e göre taşınırın geri verilmesi istemi karşısında kalan iyi inançlı çarşı-pazar alıcısının MK 902 gereğince sahibolduğu hak, bir hapıs hakkıdır. (Retentionsrecht). Eğer 'Retentionsrecht' terimi ile 'gayrimuntazam hapıs hakkı' olarak da nitelendirilen alakoyma hakkı kastediliyorsa sorun yoktur. Yok, eğer 'Retentionsrecht' ile MK 864'de düzenlenmiş hapıs hakkı kastediliyorsa, (ki STARK böyle yapmaktadır) bu görüş paylaşılamaz. Geçerli veya geçersiz bir borç ilişkisi dolayısıyla bir başkasının (borçlunun) taşınırına, bu kimsenin rızasıyla zilyet bulunmuş olmayı gerektiren hapıs hakkının (MK 864) varlığını, aralarında hiçbir borç ilişkisi söz konusu olmayan malik ile iyi inançlı çarşı-pazar alıcısı arasında ve malikin rızası dışında elinden çıkmış bir taşınır üzerinde kabul etme, hapıs hakkı kurumunun ruhuna aykırıdır. Kaldı ki bu ihtimalde iyi inançlı alıcıya, çarşı, pazara veya tacire ödemiş bulunduğu satış akçasının verilmesi 'talebedilemez hakkı' için taşınırı sattırıp değerlendirme hakkı vermek, yerindelik düşüncelerine de aykırı düşer.

38) Alman hukukunda çarşı pazardan ve açık arttırmadan alım yolunun, rızasız çıkışın mülkiyet hakkını kazanmayı önleyici niteliğini, üçüncü kişiler indinde yalnız iradî olarak bir hukukî görünüş yaratmanın bu hukukî görünüşün sonuçlarına katlanması ilkesini gidermesi ve arık hukukî görünüş ilkesini çağırması (alıcıyı bu türden alışverişte her halde malik kılması) anlaşılamaz. Burada malikin açık arttırmadan haberli olması ve buna rağmen arttırmaya

ma ilkesi'ne (Veranlassungsprinzip) dayanan MK 902'de iyi inanç, harcama yetkisizliğinin onarıcısı olmamakta, salt sonuçlarının ılımlaştırıcısı, yumuşatıcısı olarak kalmaktadır. Böyle olunca, MK 902 kuralının örneksemeli kanıt (*argumentum per analogiam*) yoluyla, ayırma gücünden yoksun olduğu sırada taşınırın zilyetliğini alıcıya geçirmiş satıcıya karşı iyi inançlı taşınır alıcısı yararına uygulanabileceği gönül rahathlığı ile kabul edilebilir. MK 902'ye egemen, alıcıya teminat sağlama görevinin iyi inançlı alıcı yararına, satıcısına karşı işletilmesinde engelleyici kanıt yok, tersine iteleyici kanıt vardır. MK 902'nin alakoyma hakkı, kendisine karşı yöneltilecek hiçbir istemin söz konusu olmadığı bir üçüncü kişiye karşı bile ön görülmüştür. O halde aynı alakoyma hakkı, ikili ilişkide kendisine karşı bir iade iste-

herhangibir müdahalede bulunmamış olması, kısacası, hukukî görünüşü d o - l a y l ı bir biçimde bile olsa yaratmış olması düşüncesi akla gelebilirse de entellekti bir an toparlama ile, bu *ratio legis*'in 'hayalî' bir *ratio legis* olduğu derhal belirir. Gerçekten LENT-SCHWAB, Sachenrecht, 9. Auflage, München und Berlin, 1962, 138'de § 935 BGB'nin temelindeki bu 'farazi' 'ratio' bakımından kuşku içindedirler. Kaldı ki böyle bir düşünce, çarşı ve pazardan alımda 'hayal' bile edilemez. Öte yandan, resmî arttırmada işe bir memurun karışması ve bu bakımdan tapu kütüğünde artık hukukî görünüşün korunması ilkesinin yaslandığı düşüncenin (doğruluk teminatı) burada da yürüdüğü düşünülemez, çünkü **tapu kütüğü** sistemi, malikten çıkışın rızalı olup olmadığını da denetleme olanağı verdiği halde, resmî açık arttırmada memurun güven verici görevi, salt zilyetliği üçüncü kişiye geçirme bakımındandır.

39) Bence MK 902'de ön görülmüş olan alakoyma hakkı yalnız ikili ilişkilerde değil, fakat çarşı-pazar dışı üçlü ilişkilerde de öncelikle uygulanmalıdır. Bir yol, MK 902'nin ön görmüş olduğu satıcı tipi, yalnız zapttan dolayı sorumluluk çarkını (BK 189 v.d.) döndürmek üzere bulunması, rastgele, gezgin bir satıcıdan çok daha kolay olan bir satıcı tipi olmayıp, üstelik herhangibir satıcıdan ekonomikman daha güçlü olduğu varsayılabilir bir satıcı tipidir de. Zapttan dolayı sorumluluk için başvurulmak üzere bulunması herhangi bir satıcıdan çok daha kolay, üstelik bu sorumluluk çarkının işletilmesi sonucu kendisini doyurma olanağı çok daha kuvvetli olan bir satıcıya başvurabilecek bir alıcıya tanınmış hakkın, nerede bulunduğu ve malî gücü belli olmayan bir satıcıya karşı zapt sorumluluğunu işletmek (veya hiç işletmemek) durumunda kalmış 'bahtsız alıcı' ya öncelikle tanınması gerekir. Her ne kadar MK 902 kuralı, aynı zamanda dolaylı olarak çarşı-pazar satıcısını da koruyor ise de, ön plânda korunan, iyi inançlı alıcıdır. PİOTET ise Schweizerische Juristenzeitung 55, 288'de MK 902 kuralını yermekte, bu kuralın yalnız çarşı pazar satıcısını koruduğunu ileri sürmekte ve burada savunulmuş görüşün tam tersine, alakoyma hakkının iyi inançlı alıcı yararına hiç ayıksız tanınmamasını önermektedir. PİOTET'nin bu *de lege ferenda* çözümü, hukukî görünüşün korunması ile ilgili görüşü ile çelişme içerisindedir. Yazar, bir yandan iyi inançlı üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanma olanaklarını genişletme ve bu uğurda rızasız çıkış ayrığını dar yorumlama taraflısı iken, öte yandan aynı iyi inançlı üçüncü kişiden, *de lege lata*

mi söz konusu olan kimseye (satıcıya) karşı öncelikle uygulanmalıdır³⁹ 39a.

Yukarıda, ayırma gücünden yoksun olduğu sırada, alıcısına taşınır zilyetliğini geçirmiş satıcıya karşı (rızasız çıkışın varlığı yüzünden) MK 864'ün hapis hakkına dayanılamayacağını, fakat bunun yerine hiç değilse, değerlendirme hakkı vermeyen bir alakoyma hakkının iyi inançlı alıcı tarafından satıcısına karşı ileri sürülebileceğini savunurken, bu görüşe kanıt olarak MK 902 dışında MK 907'yi de göstermiştim. MK 907, aynı zamanda ve daha önemli olarak, MK 902'nin olutlar bütününe atlanamayan taşınmaz alıcısı yararına da işleyebilecek^{39b} bir teminat hakkını dile getirmektedir (MK 902 yalnız taşınır alıcısı yararına bir teminat hakkını ön görmektedir). MK 907/1: «Bir şeye hüsnüniyetle zilyed bulunan kimse o şeyin reddini isteyen müddeiden yapmış olduğu zarurî ve faideli sarfiyatın iadesini talep ve tediye zamanına kadar o şeyi hapsedebilir.»

Madede geçen «hapsedebilir» sözcüğü, İsviçre Medenî Kanununun Fransızca kaleme alınmış 939'uncu maddesinde geçen «retenir» sözcüğünün talihsiz çevirisinin ürünüdür; maddenin Almanca yazılmış aslına sadık kalarak bu anlatımı şu yolda düzeltmek gerekir: «iyi inançlı zilyet... (giderler karşılanıncaya değin) geri vermeden kaçınabilir.» İsviçreli yorumcular da MK 907'de sözü geçen hakkı «Zurückbehaltungsrecht» (alakoyma hakkı) olarak nitelendirmektedirler⁴⁰. MK 907, savunduğum görüşe kanıt oluşturmaya

nesnel hak kazanamadığı ihtimallerde hiç değilse bir teminat hakkı sağlama olanağını bile esirgemektedir.

İşaret edeyim ki HECK, 60 ve WESTERMANN, 229'da eski Alman hukukunda iyi inançlı alıcı yararına tanınmış alakoyma hakkının BGB'ye aktarılmaması olmasını doğru bulmaz görünmektedirler.

39a) Ayırma gücünden yoksun satıcıdan taşınır zilyetliğini devralmış alıcının satış akçasının geri verilmesi karşıt-istemi için alakoyma hakkından yararlandırılması, kanunun 'fiil ehliyetsizleri' ni koruma amacı ile çelişmez. Çünkü burada alıcının 'fiil ehliyetsizi' nden bir hak kazanması (fiil ehliyetsizinin pasifini çoğaltması veya aktifini azaltması) değil, alıcının salt bir teminat hakkı sağlaması söz konusudur. (Fiil ehliyetsizi satış akçasını geri verirse eşyasına kavuşabilecektir. Bu arada, kanunun BK 54 MK 638 ve 902'de adalet düşünceleriyle fiil ehliyetsizlerini koruma ilkesinden ayrılmış olduğu da unutulmamalıdır.

39b) Bk. HOMBERGER, ZGB 935 N 17; UTKU, 58; İMRE, İstanbul Barosu Dergisi 1952, 142; TEKİNAY, 137.

40) OSTERTAG, ZGB 939 N 11; LEEMANN, ZGB 895 N 64-65; HOMBERGER, ZGB 939 N 17; STARK, ZGB 939 N 26.

pek elverişli bir kuraldır. Düşünülsün ki MK 907 alakoyma hakkını bir ikincil istem için (bile) ön görmektedir. (Zorunlu ve faydalı giderlerin karşılanması istemi, zilyetliğin geri verilmesi istemi ileri sürüldükte muaccel olacaktır^{40a}.) Yine düşünülsün ki MK 907 alakoyma hakkını iyi inançlı haksız zilyet yararına rızasız çıkışta (bile) ön görmektedir⁴¹. İmdi satıcısının rızasıyla taşınmaz zilyetliğine geçirmiş⁴² ve birincil istemde bulunan taşınmaz alıcısı, alakoyma hakkına *a fortiori* sahibolmalıdır. Görülüyor ki taşınmaz alıcısı yararına MK 907'ye örneksemeyle bir alakoyma hakkı tanımak, *argumentum a minore ad maius*'un bir gereği olmaktadır. Taşınmaz alıcısına, satıcısına ödenmiş bulunduğu satış akçasının geri verilmesi haksız zenginleşme alacağı için MK 907'ye örneksemeyle bir alakoyma hakkı tanımak, kanunun ruhuna bir başka açıdan da uygun düşmektedir. Düşünmek gerekir ki, mülkiyeti satıcıda kalmış taşınır üzerinde satıcının rızasıyla zilyet bulunan alıcının, MK 864 gereğince bir hapis hakkı vardır. Taşınır alıcısına, üstelik değerlendirme (paraya çevirme) hakkı veren bir kanun, taşınmaz alıcısından, daha zayıf bir hakkı (değerlendirme, paraya çevirme olanağı vermeyen bir hakkı) esirgemek istemiş olamaz.

Savunmuş olduğum ve ne yazık ki Türk öğretisince övgü yerine yergiye değer görülmüş birçok Yargıtay kararında beliren görüşe⁴³ karşı nesnel haklardaki 'numerus clausus ilkesi' ile çıkmak doğru değildir⁴⁴. Numerus clausus ilkesi, kanunda ön görülmemiş yeni bir nesnel hak tipi yaratmaya ve mevcut bir nesnel hakka kanunda ön görülmemiş değişik bir konu kazandırmaya (meselâ taşınmaz reh-

40a) Bk. İMRE, 143; TEKİNAY, 141.

41) Bk. OEFINGER, ZGB 939 N 11.

42) Bu kanıt, ayırma gücünden yoksun olduğu sırada nesnel sözleşmeyi yapmış satıcıya karşı alıcının alakoyma hakkına dayanması söz konusu olduğunda düşer. Alıcı tarafından aldatılan ve korkutulan satıcının, taşınmazın zilyetliğini alıcıya geçirmesi her ne kadar rızasız çıkış sayılamazsa da (bk. dipn. 36) bu ihtimalerde alıcı artık iyi inançlı sayılamıyacağı için alakoyma hakkından yararlanamayacaktır. Buna karşılık satıcının ayırma gücünden yoksunluğu ihtimalinde bir rızasız çıkışın mevcudiyeti kabul edilecek, fakat alıcı iyi inançlı sayılarak (bk. ileride 9) alakoyma hakkına kavuşturulacaktır.

43) Yargıtay 5 inci Hukuk Dairesinin E 3587/K 3300 sayılı ve 27.7.1950 tarihli kararı ile E 4052/K 3738 sayılı ve 31.7.1950 tarihli kararı; Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin E 4812/K 5104 sayılı ve 29.11.1952 tarihli kararı; bk. İMRE, İstanbul Barosu Dergisi 1952, 130 v.d.

44) Böyle ama İMRE, 139 v.d.

nine *lex commissoria* anlaşmasını katmaya) engeldir, yoksa kanun da ön görülmüş bulunan, eşya üzerindeki dolaysız egemenlik haklarının örneksene yoluyla kanun tarafından ön görülmemiş ihtimallere uygulanmasına engel teşkil etmez⁴⁵ ⁴⁶.

7. Buraya değin, satım sözleşmesinin geçersizliği üzerine doğan çözüme ilişkisinde yalnız satıcının nesnel istemi karşısında kalan alıcının teminat çıkarını gözetmiş bulunuyorum. Oysa alıcının, ödemiş bulunduğu satış akçasının geri verilmesi yolunda satıcıya karşı ileri süreceği haksız zenginleşme istemine karşı, bu sonuncusunun da korunmaya değer bir çıkarı vardır. O, satış akçasını geri verse, bu kez alıcısının zilyetliğindeki malının geri verilmesi yolundaki isteminin akıbeti kararacaktır.

Düşünümce bu ihtimalde satıcının çıkarını korumanın yolu, Alman bilimsel ve yargısal içtihatlarınca benimsenmiş olan 'hesap artığı' (Saldo) teorisinin uygulanmasında bulunabilir.

Hesap artığı teorisine göre, *ifa condictio*'su⁴⁷ yoluyla karşılanacak zenginleşme, tüm koşullar nazara alındıktan sonra ortaya çıkan değer farkıdır; zenginleşmenin saptanmasında, yalnız zenginleşme-

45) Bk. MEIER-HAYOZ, 27 v.d.; RAISER, Dingliche Anwartschaften, Tübingen, 1961, 55.

46) Savunduğum görüş, salt zilyetliği bulunan alıcıların çıkarını koruyabilmekte, buna karşılık, zilyet bulunmayan alıcılar, ne hapis ne alakoyma hakkından yararlanabilmektedir.

Şu noktayı eklemek isterim ki haksız yapının üzerine oturtulduğu arsanın maliki, yapı sahibinin MK 650'ye dayanan olası 'arsanın mülkiyetinin geçirilmesi istemi' ne karşı, arsanın bedeli kendisine ödenmemiş oldukça, pekâlâ BK 81'e dayanarak ödemezlik definde bulunabilir. Çünkü MK 650'ye dayanan dava, tesbit edici nitelikte bir düzeltim davası olmayıp, MK 642 çerçevesine giren ve bir isteme dayanan (yenilik doğuran yargı ile sonuçlanacak) bir davadır. Aynı düşünce, tapu kütüğüne şerhedilmiş kişisel ön alım hakkının şerhle kazandığı nesnel güce dayanan ön alım hakkı sahibinin alıcıya karşı yönelteceği istem bakımından da geçerlidir; bk. SUNGURBEY, Kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi, İstanbul, 1963, 120; Yargıtayın 20.6.1951 tarihli içtihatları birleştirme kararı.

47) İfa condictio'su, var olmayan, geçersiz, gerçekleşmemiş veya sona ermiş bir sebebe dayanan ifa ile verilmiş olanın iadesi yolundaki haksız zenginleşme istemidir. Buna karşılık bir kimsenin, sebepsiz bir ifa ile değil de kendi eylemi ile veya doğal bir olay sayesinde başkası aleyhine haksız bir çıkar sağlaması ihtimalinde kendisine karşı yöneltilecek haksız zenginleşme istemine 'müdahale condictiosu' denir. Müdahale condictio'sunda çok kez aynı zamanda haksız fiil ve gerçek olmayan vekillsiz iş görme de söz konusu olur. O zaman istemi birden fazla temele dayandırmak mümkün olur. (tart.) Müdahale condictio'sunda BK 62/1 ve 65 uygulanmaz. (tart.)

ye yol açmış oluta uygun sebep-sonuç bağı ile bağlı eksilmeler (elden çıkanlar) ile zorunlu ve faydalı giderler değil, fakat karşı-edim de hesaplama sokulur. Karşı-edim de 'iktisap' ile sebep-sonuç bağı içerisinde bulunur ve eksilmeler, giderler gibi bir denkleştirme faktörü, bir mahsup kalemi oluşturur⁴⁸.

Hesap artığı teorisine göre, alıcı yararına haksız zenginleşme istemi, ancak zilyetliğindeki malı satıcısına geri verdiği anda doğmuş sayılabilecektir; çünkü sattığını geri almadıkça, satıcının mal varlığının alıcısının aleyhine zenginleştiğinden söz edilemeyecektir. Karşılıklı yükümler aynı anda yerine getirilecek, alıcı geri verme yükümü altında bulunduğu malı yitirse veya herhangi bir karşılık elde etmeden bir üçüncü kişiye kazandırmış olsa, artık satıcısına karşı yöneltecek bir haksız zenginleşme istemi de olamayacaktır. (Meğer ki yitirilmiş veya karşılıksız olarak üçüncü kişiye kazandırılmış eşya için daha önce satıcıya ödenmiş olan satış akçası, eşyanın objektif değerinden fazla bulunmuş ola veya satıcı, Türk hukuku bakımından da uygulanma yetisi tanıdığımız §§ 816 I 2, 822 BGB sistemi⁴⁹ sayesinde üçüncü kişiden eşyayı geri sağlamış ola.)

Aslında 'hesap artığı' terimi, geri verilecek edimlerin çok kez olduğu gibi değişik nitelikte (para-para dışı eşya) bulunduğu ihtimal için isabetli bir terim değildir; çünkü burada bir hesap artığı söz konusu olmayacak, salt 'aynı anda ifa ilkesi'nin uygulanması düşünülebilecektir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin geçersizliği üzerine doğan çözüme ilişkisinde karşılıklı olarak ele geçirilmiş edimlerin aynen geri verilmeyip, değerlerinin karşılanması gereken durumlarda tek bir zenginleşme istemi söz konusu olacak, «per Saldo» salt bir taraf zenginleşmiş sayılacak ve takas define bir gereksinme kalmaksızın yargıç 'mahsutu' gerçekleştirecektir⁵⁰.

Fakat hesap artığı teorisinin çifte **condictio** istemlerini⁵¹ bir tek

48) ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen, 1958, 911; ESSER, 821.

49) Bk. dipn. 2; von TUHR-SIEGWART, 429/30, von BÜREN, 306.

50) ENNECCERUS-LEHMANN, 912; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, 6. Auflage, München und Berlin, 1963, 305. Satıcı, alıcısına ödemiş bulunduğu satış akçasının çözüme ilişkisinde iadesi haksız zenginleşme alacağını üçüncü kişiye geçirse (temlik etse) alıcı, kendisinden satış akçasının geri verilmesini isteyen üçüncü kişiye karşı hesap artığı teorisine değil, fakat BK 167 ye (Borçlu.....temlik edene karşı haiz olduğu defileri temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir.) dayanarak parayı vermeden kaçınabilecektir.

51) Birbirinden bağımsız karşılıklı iki ifa condictio sunun söz konusu olduğunu ileri süren klâsik görüşün savunucuları, von TUHR (Allgemeiner Teil des BGB II/1, 358) ile SCHNEIDER (Jherings Jahrbücher für die Dogmatik 61, 179) dir.

istemde kaynaştırmadan öteye geçen asıl önemli görevi haksız zenginleşme hukukundaki asıl devrimi, bu teorinin BK 63 I'in 'hasar düzeni'ni tamamlamasında belirecektir. BK 63 I'e göre haksız zenginleşme alacaklısı yalnız 'edim hasarı'nı taşıdığı halde, hesap artığı teorisi, kendisine 'karşı edim hasarı'nı da yükleyecektir. İyi inançlı zenginleşen (alıcı), zilyetliğinde iken yitirilen satılardan olacağı gibi (edim hasarı), ödemiş bulunduğu satış akçasından da olacaktır (karşı edim hasarı). Şöyle ki hesap artığı teorisine göre, geri verilmesi gerekli edimin geri verilmesini imkânsız kılan alıcının, zenginleşme isteminde (satış akçasının geri verilmesi isteminde) bulunamayacağı kabul edilmiş ve böylelikle BK 183 I ve 204 I'in yergiye mahkûm kurallarının tersine, nesne üzerinde egemen olanın edim ve karşı edim hasarına katlanması (*casum sentit dominus*) ilkesi dirilik kazanmış olacaktır. Gerçi BK 61'in söylemi, hesap artığı teorisinden çok 'çifte ifa *condictio* teorisi'ni haklı göstermektedir ama BK 61'in İsviçre aslı, ele geçirilen malın (paranın) değil, zenginleşmenin iadesinden söz etmektedir. BK 61'i OR 62'ye dayanarak MK 2 II yoluyla düzeltme pekâlâ mümkündür ve gereklidir de⁵².

Hesap artığı teorisinin uygulamasından ortaya şöyle bir sakınca çıkmaktadır: İlk sakınca: Geçersiz satım sözleşmesi üzerine satıcı, geçersizlikten habersiz, satılanın zilyetliğini alıcıya geçirmiş, alıcı daha satış akçasını ödemediği önce, mal alıcının zilyetliğinde iken

Hesap artığı teorisinden yana olanlar: ENNECCENUS-LEHMANN, 911 v.d.; ESSER, 821 v.d.; LARENZ, 302 v.d., Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 137, 336; 139, 298; 141, 312; 163, 360; Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 1, 81; 15, 333.

52) Hesap artığı teorisi ilk bakışta ödemezlik definin bir uygulanma biçimi olarak belirlemektedir. Oysa bu teori, ödemezlik definin çerçevesinden taşar. Satıcı, alıcıya 150 lira değerindeki bir kitabı 200 liraya satmış ve teslim etmiş, 200 liralık satış akçasını da tahsil etmiştir. Borçlanma ve harcama işlemi yapılma sebebiyle iptal edilmiş, sıra karşılıklı olarak ifa edilmiş sözleşmenin çözülmesi ilişkisinde edimlerin geri verilmesine gelmiştir. Bu arada, alıcının kitabı yitirmiş olduğu meydana çıkmıştır. Şimdi alıcının satıcısına karşı haksız zenginleşme istemi 50 liradan ibaret olacaktır; çünkü hesap artığı 50 liradır. Eğer hesap artığı salt ödemezlik definin uygulanmasından ibaret olsaydı, alıcı 50 (lirayı da isteyemeyecekti, çünkü kendisi, kitabı geri verememektedir. Eğer hesap artığı teorisi yerine klâsik 'çift ifa *condictio*' teorisi benimsenirse, aynı olayda alıcı 200 liranın tümünü geri isteyebilecekti.

Dönme ve kaldırma anlaşması (*constrarius consensus*) üzerine doğan karşılıklı geri verme borçlarının haksız zenginleşme hukukuna değil, — böyle ama baskın görüş — fakat sözleşme hukukuna göre ifası gerektiğini savunduğumdan, bu ihtimallerde çözülme ilişkisine hesap artığı teorisinin değil, fakat BK 81 in ödemezlik definin doğrudan doğruya uygulanması söz konusu olacak, hasar düzeni de BK 204 I'e bağlanacaktır.

yitirilmiş veya yok olmuşsa, hasarı satıcı yüklenecek, satış akçasını satım sözleşmesi geçersiz olduğu için, malı veya değerini ise alıcıda bir zenginleşme söz konusu olmadığı için isteyemeyecektir. (edim ve karşı edim hasarı satıcıdadır.) Buna karşılık, alıcı satış akçasını ödemişse, hasarı alıcı yüklenecek, satıcı, mal geri verilmedikçe kendisinde bir zenginleşme söz konusu olmadığı için, satış akçasını -malın objektif değerini aşmadıkça- geri vermeyebilecektir. (Edim ve karşı edim hasarı alıcıdadır.)

'Çifte *condictio* teorisi' ise bu bakımdan görünüşte daha tutarlıdır; alıcıya ikinci ihtimalde satış akçasını geri isteme olanağını tanıır, böylece her iki ihtimalde de hasarı satıcıya yükler.

Düşünümce hasarın birbirlerine hukukî değerlendirme açısından yakın gibi gözükken iki olutta değişik kişilere (birinde satıcıya, ötekinde alıcıya) yüklenmesi, önceden ifade bulunanın hasarı yüklenmesi ilkesi ile doyurucu bir biçimde açıklanabilir⁵³. Sinallagmatik sözleşmede, alacaklı, önceden ifade bulunmak zorunda olmadığı halde ödemezlik defini ileri sürmeksizin önceden ifade bulunur ve borçlunun başına gelen bir kaza sonucunda karşı edimin konusu ile birlikte alacaklının vermiş olduğu şeyin iadesi de kusursuz olarak imkânsızlaşacak ve bir 'Surrogat' da mevcut olmayacak olursa, alacaklı hem edim, hem karşı edim hasarını taşımayacak mıdır?

Çifte *condictio* teorisinin her iki ihtimalde de adaletsizliğe götüren sonuçlarını benimsemektense, nisbî adalete hiç de aykırı düşmeyen bir biçimde farklı sonuçlara götüren hesap artığı teorisini benimsemek yeğdir. Herkesin kendi egemenlik ve etki alanında doğmuş kazanın yükünü taşıması ilkesini bir yana itiveren çifte *condictio* teorisi yerine, söz konusu ilkeyi, önceden ifade bulunanın hasarı yüklenmesi ilkesiyle yarılmış bir biçimde bile olsa saklı tutmak, adalete daha uygun düşer.

Hesap artığı teorisinin uygulanmasından ortaya çıktığı söylenen bir başka sakınca da sözüm ona, fiil ehliyetsizlerinin korunması düşüncesine aykırılıkta saklıdır.

Küçük alıcı, kendisini reşit sanan satıcıdan tüketilebilir eşya almış, satış akçasını kanunî temsilcisinin rızası olmaksızın ödemiş ve eşyayı tüketmiştir. Küçüğün kanunî temsilcisi, satıcıdan satış akçasını geri istedikte, satıcı, hesap artığı teorisine göre bu isteğe uymaktan kaçınabilecektir. Bu sonucun kanununun tam ve kayıtlı 'fiil eh-

53) Krş. ESSER, 822; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, 7. Auflage, München und Berlin, 1965, 395 dipn. 5.

liyetsizleri'ni koruma amacı ile çeliştiği ve aynı sakıncanın aldatılmış veya korkutulmuş haksız zenginleşme alacaklısı bakımından da söz konusu olduğu ileri sürülmektedir⁵⁴. Bence bu görüş, kanunun fiil ehliyetsizlerini koruma amacının yanlış anlaşılmasının bir sonucu olup, reddedilmek gerekir. Kanun, fiil ehliyetsizlerinin işlemlerinin kendilerini, borçlu kılmamasını, harcama işlemlerinin aktiflerini azaltmamasını ön görmüş, yoksa onlara bir 'tabu dokunulmazlığı' sağlamak istememiştir. MK 395 I/2. cümle bu ruha uygun biçimde yorumlanmalıdır (Ayrıca bk. dipnotu 39a). Aldatan veya korkutana gelince; o, kendisine karşı yöneltilmiş haksız zenginleşme istemine karşı, iyi inançlı sayılamayacağı için zaten hesap artığı teorisine dayanamaz. (Bk. aşağıda 9) Bu akla yatkın sonucu kabul için hesap artığı teorisinde bir gedik açmak gerekli değildir. Üçüncü kişi tarafından korkutulan veya aldatılan ise, hasarı pekâlâ haksız fiil hukukuna göre üçüncü kişiye yansıtılabilir.

8. 'Geçersizlik özdeşliği'nin söz konusu olmadığı ayrıksal durumlarda (soyutluk ilkesi de benimsendikte) veya satıcının, zilyetliğini alıcıya geçirdiği eşyaya malik olmadığı ihtimalde (*condictio possessionis*), yalnız satış akçasını ele geçirmiş olan satıcı değil, fakat satılanı zilyetliğine geçirmiş olan alıcı da hesap artığı teorisinden yararlanabilecektir. (Bu ihtimallerde alıcının ne hapis ne alakoyma bile ait olmayan bir eşya üzerinde hapis veya alakoyma hakkına sahip olması düşünülemez.)

9. Alakoyma hakkından ve hesap artığı teorisinden yararlanabilmek için iyi inançlı olmak şarttır. (MK 902, 907, BK 63) Kuşkulu olan nokta, bir taşınmazı «haricen» satın almış olan alıcının veya ayırma gücünden yoksun bir satıcıdan taşınır zilyetliğini devralmış olan alıcının, iyi inancın saptanmasında yürür objektif ölçek karşısında iyi inançlı sayılabiliyor sayılamayacağıdır. Eğer iyi inançlı sayılamazsa, satıcının nesnel istemine karşı alakoyma hakkına, kişisel istemine karşı hesap artığı teorisine sığınamayacaktır.

Düşünümce, bir kimsenin iyi inançlı olup olmadığı konusunda bir yargıya varırken, çıkarlar içtihadı yöntemine uygun olarak, iyi veya kötü inanca bağlanacak hukukî sonuçları dile getiren kuralın amacını gözetmek, kuralla korunması amaçlanan çıkarları esas tutmak gerekir. Böyle yapılıncı, 'hak kazanma' söz konusu oldukça kötü inançlı sayılabilecek olan bir zilyet, 'hakkın korunması' (teminat çıkarı) söz konusu oldukça pekâlâ iyi inançlı sayılabilecektir. Bu gö-

54) Bk. LARENZ, 1. Band, 305.

rüş çerçevesinde, «haricen» satılmış taşınmazın alıcısı MK 907 açısından iyi inançlı sayılabileceği gibi, ayırma gücünden yoksun olan bir kimseden, bu durumunu farketmediği halde eşyanın zilyetliğini devralan alıcı da MK 907 veya BK 63 açısından iyi inançlı sayılabilecektir. Yeter ki o, zilyetliğinin veya zenginleşmesinin haklılığına inanmış olsun. Onun bu inancı (hakkın kazanılmasına engel olabilecek hukukî eksikliği bilmemesi) yeterli olup, bu inancın objektif bir ölçüğe vurulduktan sonra kusurlu sayılması, durumu değiştirmemelidir.

10. İyi inançla ilgili bir başka sorun da *vindicatio* veya *condictio* isteminin ileri sürülmesi üzerine haksız zilyedin ve haksız zenginleşenin bundan böyle iyi inançlı sayılmaması (*mala fides superveniens*) yüzünden girdiği ağır sorumluluk kapanından nasıl kurtulabileceğidir?

PAWLOWSKI bu ağır sorumluluğun adaletsizliğine dikkati çekmekte ve bu adaletsizliği gidermek için, çözümlenme ilişkisini bir fiilî *sinallagma*'dan 'hukukî *sinallagma*'ya çevirmekte, geçersiz satım sözleşmesinin haksız zilyet ve haksız zenginleşene, zilyetliklerindeki eşya üzerinde sorumluluğu gerektirmeyecek bir yararlanma yetkisi bahsettiğini ileri sürmektedir⁵⁵.

Bence, kötü inançlı zilyedin ve zenginleşenin gerçekten adaletsiz görünen sorumluluğunu bu somut ihtimalde giderebilmek için PAWLOWSKI'nin hukukî konstrüksiyonuna bir gereksinme yoktur. Kötü inançlı haksız zilyedin ve haksız zenginleşenin ağır sorumluluğu hukuka aykırılığa, hukuk düzeni ile bir çatışmaya dayandığına göre, bu hukuka aykırılığı, bu çatışmayı giderici bir sebep olarak alaykoyma hakkı ve hesap artığı teorisine dayanıldığı sürece böyle bir sorumluluk zaten söz konusu olmayacaktır. İmdi zilyet ve zenginleşen, semerelerden sorumlu olmayacaklar, buna karşılık hak sahibi, eşyaya yapılmış giderleri karşılama yükümünden kurtulacaktır. Eşyaya verilen zararlara gelince; hak sahibi ve yoksullaşan, istemini yöneltince, artık hak sahibi ile haksız zilyet ve yoksullaşan ile zenginleşen arasında edim yükümlerinden bağımsız bir davranış yükümleri ilişkisi kurulmuş olur. Böyle olunca da zarardan koruma, uzak tutma yükümüne kusurlu aykırılık; sözleşme hukukuna göre giderim borcu doğuracak, kusursuz olarak bir zarara yol açmış olanın ise her-

55) PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Göttingen, 1966, 40 v.d; ayrıca bk. Yargıtayın 10.7.1940 tarihli ve 77 sayılı birleştirme kararı.

hangibir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁵⁶. Böylelikle MK 907 ile MK 908 arasında *aurea mediocritas* (altın orta) bulunmuş olur.

STARCK, alakoyma hakkına dayanan zilyedin MK 908'in ağır sorumluluk sistemine değil de MK 859'da rehin zilyedi için ön görülmüş olan sorumluluğa bağlanmasını doğru bulmaktadır⁵⁷. Bu çözümü, aşağıda vereceğim örnekte beliren açık adaletsizlik karşısında benimsemek mümkün değildir:

Satıcı ve malik, *vindicatio*'yu yöneltmiş, fakat iş satış akçasını alıcıya geri vermeye gelince, sesini kesmiştir. Onun çıkarı, belki de şeyi alıcıda bırakmak ve satış akçasını saklı tutmaktır. Şimdi bahtsız alıcı, zilyetliğindeki şeyin «telef ve ziyandan ve kıymetine noksan gelmesinden» (böyle MK 859) için sorumlu tutulsun? Belki satıcı, ömrünün sonuna dek eşyayı bir daha geri istemeyecektir.

11. PAWLOWSKI, satıcı ile alıcının geçersiz bir sözleşmeyi geçerli imişcesine ifa edebilmeleri erkine ve geçersiz sözleşmenin çözülmesi ilişkisinde uygulanan alakoyma hakkı ile hesap artığı teorisinin, geçersiz satım sözleşmesinin taraflarca istenen hukukî sonucu olduğu noktasına dayanarak, geçersiz bir satım sözleşmesinin belirli bir ölçüde geçerli sayılması gerektiğini ileri sürmüştür⁵⁸.

Bence, satım sözleşmesinin geçersizliği üzerine doğan çözülme ilişkisinde alakoyma hakkının ve hesap artığı teorisinin uygulanması, geçersiz sözleşmenin istenen (!?) hukukî sonucu olmayıp, sözleşmenin geçersizliğinin boşluk doldurma yoluyla kabul edilmiş (son bir tahlille kanuna dayanan) hukukî sonucudur. Güven ilkesinin irade bildirimlerini yorumlama (tamamlayıcı yorum; iradeyi varsayma!) görevi, geçerli bir sözleşmenin ifası safhasında biter. Bu ilke, geçersiz bir sözleşmede davranış yükümü dışında yükümler kuramaz, hele teminat hakları hiç kuramaz⁵⁹. Meğer ki güven ilkesi doğruluk ve dürüstlük kuralı olarak yorumlana. O zaman artık bir yorum (bir

56) Bk. SEROZAN, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2, Sayı: 3, 117 v.d.

57) STARCK, ZGB 939 N 28.

58) PAWLOWSKI, 37, 46, 101; buna yakın DES GOUTTES, Zeitschrift für schweizerisches Recht 48, 397 v.d.

59) Ödücün geri verilmesi alacağını teminat altına alan rehin hakkının, bazı durumlarda, ödünç sözleşmesinin butlanı üzerine doğan 'ödenmiş paranın geri verilmesi haksız zenginleşme istemi' ni de teminat altına aldığını kabul eden görüş (bk. Alman Federal Mahkemesinin Juristenzeitung 1968, 334'de yayımlanan kararı), doğrudan doğruya rehin sözleşmesinin yorumu ile ilgili olup burada savunulmuş görüşe karşı kanıt olarak çıkarılamaz.

istemenin varsayılması) değil, bir kanun boşluğunun doldurulması söz konusu olur^{60 61}.

60) Buna karşılık dönme ve kaldırma anlaşması (*contrarius consensus*) üzerine doğan çözülme ilişkisi (konusu tersine çevrilmiş) bir sözleşme ilişkisi sayılabilir. Çünkü bu ihtimallerde çözülme ilişkisi sözleşmenin *ex lege* geçersizliğinden değil, taraf iradelerinden (bir hukuki işleminden) doğmuş olmaktadır.

61) Dayanağını MK 2 I'de bulan güven ilkesinin görevleri, varması gerekli irade (bildirimlerini yorumlama, sözleşme ilişkisinin kurulup kurulmadığını, eğer kurulmuşsa geçerli olarak kurulup kurulmadığını (yanılma!) saptama, sözleşme ilişkisinden doğan istemleri köstekleme (etkisizleşme, denge bozukluğu, sübjektif amaca ulaşmanın anlamsızlaşması kurumları!), ifa edileceğine güvenilmiş sözleşme ilişkisinde ifanın geçersizlik veya kusursuz olarak yol açılmış ifa imkânsızlığı sebebiyle gerçekleştirilememesi karşısında taşınacak hasarın (riskin) adaletli dağılımını sağlama (güvenden) doğan zararın giderilmesi!), geçerli sözleşme ilişkilerinde yan edim yükümleri, geçersiz sözleşme ilişkilerinde ve sözleşme dışı borç ilişkilerinde davranış yükümleri kurmadır. Bunun ötesinde, güven ilkesi artık yerini hukuki görünüşün korunması ilkesine, *venire contra factum proprium...* ilkesine ve nihayet MK 2 II'ye bırakır. Bu hallerde de artık değişik değerler, ölçekler işe karışır. (Güven ilkesinin başka dayanakları olan BK 9, 26 ve 39'a da bk.)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul, 1968, 68 dipnotu 84'de, benim, MHAD'nin geçen sayısında (sayfa 118, dipnotu 28) satılanın ayıplı ifasının bir yan edim yükümüne aykırılık oluşturduğu yolundaki görüşümü reddeder ve ERMAN'ın (Juristenzeitung 1960, 41) peşinden, ayıplı ifayı (asıl) *aslı* edim yükümüne aykırılık olarak nitelendirirken, yalnız *aslı* edim yükümü kavramına alışılmamış bir anlam kazandırmakla kalmamakta (*aslı* edim yükümleri, sözleşmenin tipini belirleyen yükümlerdir; — bk. LARENZ, I. Band, 5 — satılanın niteliği ise satım sözleşmesinin tipini belirlemez, bir *essentialia negotii* değildir) fakat aynı zamanda güven ilkesine, alıcının, satım sözleşmesi ile güttüğü (sübjektif) amaçtan (güdüden), satıcı için bir *aslı* edim yükümü çıkartma görevi de yüklemekte ve böylelikle güven ilkesinin yukarıda kabaca çizili görev çerçevesini 'fiili sözleşme ilişkisi' kuramının ve PAWLOWSKI'nin ardından bir kez daha ve tehlikeli bir biçimde kırmaktadır.

Alıcının iç dünyasında kalmış bir tasavvurun — satıcı tarafından tanınabilir olmak kaydıyla — işlem temeli (Geschäftsgrundlage) ve nihayet olsa olsa bir *yan* edim yükümü katına çıkmak suretiyle hukuken önem kazanması söz konusu olabilir ama böyle bir tasavvurun bir *aslı* edim yükümünün kaynağı olması düşünülemez. *Aslı* edim yükümleri, ancak güven ilkesinin yorumlayıcı görevi çerçevesinde 'bulunabilir' ama *asla* 'yaratılamaz'; bk. FABRICIUS, Juristenzeitung 1967, 471; MERZ, ZGB 2 N 260, ESSER, 100; SOERGEL-SIEBERT, § 242 N 25.

Üstelik, satılanın ayıplı olarak teslimi, *neyin* ifa edileceğine (ifanın 'ne' sine) ilişkin bir yüküme aykırılık olmayıp *nasıl* ifa edileceğine (ifanın biçimine) ilişkin bir yüküme aykırılıktır. İfanın 'nasıl' ı (biçimi) ise *aslı* edim yükümünün değil, *yan* edim yükümünün konusuna girer. (Ancak, alıcı tarafından *istendiği* açıklanmış — tasavvurdan ileriye geçmiş — türün veya bireyin — *deri* çantanın, *gerçek* Stradivarius kemanının —

Yazarın bu çürük öncüle dayandırdığı iddiaya gelince: Her hukuk kuralının (bu arada geçersizliğe ilişkin kuralın da) özünde yatan doğal nitelik şudur ki bir kurala bağlanan hukukî sonuç (yaptırım) «mantıken zorunlu» (logisch notwendig) olarak doğmaz, salt «hukuk mantığı açısından zorunlu» (rechtslogisch notwendig) olarak doğar; düzgüsel (normatif) yürürlük ile bilfiil yürürlük arasında, gizil (potansiyel) ile güncel (aktüel) olan arasında her zaman bir uyuşma olmaz, tersine bir diyalektik ilişki olur⁶².

yerine, bu tür veya bireyden sapan (başka) bir şeyin — s u n ' i d e r i d e n çantanın, s a h t e Stradivarius kemanının) teslimi halindedir ki artık bir malus ifa'dan değil de bir aliud ifası'ndan ve dolayısıyla bir asli edim yükümüne aykırılıktan söz edilebilir.)

Nasıl 'akdin müsbet ihlâli' (gereğince ifa etmeme) hiç kuşkusuz, bir yan edim yükümüne aykırılık oluşturuyorsa, ayıplı ifa (bozuk ifa) da öylesine kuşkusuz, bir yan edim yükümüne aykırılık oluşturmaktadır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun ayıplı ifa ile 'akdin müsbet ihlâli' arasında kesin ve katı bir paralel çizdiği halde (bk. sayfa 68, dipnotu 84 ve sayfa 75), ayıplı ifayı bir asli edim yükümüne aykırılık olarak nitelendirmesi, doğrusu pek şaşırtıcıdır.

Ayıplı ifadan doğan sorumluluğun hukukî sebebini açıklarken ZITELMANN'ın kurmuş olduğu sağlama teorisini (Gewährleistungstheorie) aşarak ifa teorisini (Erfüllungstheorie) ortaya atan FLUME'nin, ayıpsız ifa yükümünün satım sinallagmasının içeriğine girdiği yolundaki haklı — fakat 'son adım' ı atmadığı için bence eksik — görüşünü kabul başka şeydir (ve doğrudur), işbu yükümün satım sinallagmasına bir a s l i edim yükümü olarak girdiğini iddia başka şeydir (ve doğru değildir).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun daha başka sebeplerle de tutulamaz ve kendisini talihsiz bir çıkmaza sokmuş (ayıplı parça satımında a s l i e d i m y ü k ü m ü n ü n yerine getirilmesi, daha sözleşmenin kurulduğu anda sürekli bir biçimde imkânsız olduğuna göre, ayıplı parça satımı, sözleşmenin konusunda imkânsızlık sebebiyle batıl olmak gerekirdi!) bu görüşü ile, kavram içtihatçılığı alışkanlıklarından silkinememiş olan hakim görüşe katılarak ve benim MHAD'nin geçen sayısında (sayfa 118, dipnotu 28) önermiş olduğum çözümü reddederek, ayıpsız parçanın aynen ifası istemine olanak vermeyen görüşünü MHAD'nin gelecek sayısında eleştireceğim.

62) Krş. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, 151; Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München, 1967, 47.