

EŞYAYA BAĞLI HAKLAR ve BORÇLAR

Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN

I. KAVRAM VE TERİM

1 — Bir hakkın sahibi, bu hakkın iktisabını sağlayan hukukî hadiseye göre belli olur ve bu husus çok zaman bir özellik arz etmez. Hakkı aslen, devren veya tesisen iktisap etmiş olan kimse bunun sahibidir. Fakat bazı hallerde, bir hakkın sahibi, başka bir haktaki yetkiye göre taayyün eder. Öyle ki (X) hakkı daima (Y) hakkının sahibine aittir. (X) hakkının sahibinin tayini (Y) hakkının sahibinin tesbitine bağlıdır. Şayet (X) hakkının sahibinin tayinine vasıtalık eden (Y) hakkı bir mal üzerinde mülkiyet hakkı ise, (X) hakkının o mala bağlı olduğu söylenebilir.

Bununla, hiçbir şekilde hak sahibinin eşya olduğu ifade edilmek istenmiş değildir. Zira yalnız şahıslar hak sahibidir. Söylenmek istenen, (X) hakkı ile sahibi arasındaki bağı bu eşya veya daha doğru ifade ile bu eşya üzerindeki mülkiyet hakkı *vasıtası* ile tayin edileceğidir. «Eşyaya bağlı hak» terimi ile belirtilmek istenen budur. Belki kullanılan tabir beğenilmiyebilir; fakat durumu izah edecek daha iyi bir terim bulununcaya kadar biz bunu kullanmayı tercih ediyoruz.

Daha iyi bir terim bulununcaya kadar dememizin sebebi, bu mesele üzerinde Türk Doktrininde bugüne kadar durulmamış olmasıdır. Her ne kadar bazı müesseselerde hak sahibinin bu yolda tayinine temas edilmişse de ¹ kullanılan tâbirlerin isabet derecesi üye-

1) Bak. Ebül'ulâ *Mardin*, Kat Mülkiyeti İstanbul 1948, sah. 49; Kemal Oğuzman, Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi, İstanbul 1958, sah 42, 53 vd. 63 vd.; Feyzi N. *Feyzioğlu*, Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959, sah. 33 ve 177; Aydın *Aybay*, Müsterek Mülkiyetin Sona Ermesi (teksir tez), İstanbul 1964, sah. 12, Not 40 ve sah. 19, Not 9; Eşya hukukuna ait umumî eserlerde de irtifaklar ve gayrimenkul mükellefiyeti bakımından konuya temas edilmiştir. Bak. Ferit H. *Saymen*-Halid K. *Elbir*, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954, sah 480 ve 547; Hıfzı Veldet *Velidedeoğlu*-Galip *Esmer*, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu ve Sicili Tatbikatı, 2. bası, İstanbul 1956, sah. 316.

rinde fikir yürütülmemiştir. En çok üzerinde durulan müessesese irtifak hakları olmuştur. Bir irtifak hakkının muayyen bir şahsa veya bir gayrimenkulün malikine ait olabileceği, birinci halde bir *şahsî irtifakın* ikinci halde bir *aynî irtifakın* bahis konusu olacağı belirtilmiştir². Burada «aynî» teriminin irtifakın aynî hak olduğunun belirtilmesi ile bir ilgisi yoktur. Zira, şüphesiz ki, «şahsî» irtifaklar da birer aynî haktır. Aynî irtifaklarda aynî sözü, irtifakın bir şahsa değil bir *ayn'a* (eşyaya) bağlı³ olduğunu belirtmek için kullanılmaktadır.

2) Medenî Kanunumuz aynî irtifakları «Gayrimenkule müteallik irtifak hakkı» şeklinde isimlendirerek 703-716. maddelerde düzenlemiştir. Bu tabir İsviçre Medenî Kanununun almanca metnindeki «Die Grunddiensbarkeiten» ve Fransızca metnindeki «Des servitudes foncières» tabirlerinin karşılığını teşkil etmektedir Tapu Sicilli Nizamnamesi, 99. maddesinde bunu «arzî irtifaklar» olarak adlandırmaktadır. Türk Doktrininde bazı müellifler bu irtifakları «aynî irtifak» diye isimlendirirken (Bak. *Mardin*, sah. 43, *Saymen-Elbir* sah. 480) bazıları da arzî irtifak olarak adlandırmaktadır (*Velidedeoğlu - Esmer*, sah. 316).

Kanaatimizce esasen bu konuda Medenî Kanunumuzun ve İsviçre Medenî Kanununun irtifaklarla ilgili terminolojisinde aksaklık vardır. Şöyleki İsviçre Medenî Kanunu, Grund Eigentum (Propriété foncière) = «Gayrimenkul mülkiyeti», Grundlast (charge foncière) = «Gayrimenkul mükellefiyeti», Grundpfand (Gage immobilier) = «Gayrimenkul rehni» tabirlerinde hep gayrimenkulü hakkın objesi olarak nazara almış; mülkiyet ve rehinde hakkın sahibiyle hiç ilgilenmemiş, gayrimenkule mükellefiyetinde ise hakkın bir şahıs veya bir gayrimenkule malik olan kimse lehine tesis edilebileceğine işaret etmiştir. (M.K.m. 754, CCS m. 782). Halbuki Grunddiensbarkeit (Servitude foncière) = Gayrimenkule müteallik irtifak bakımından ise, sadece hakkın mevzuunun gayrimenkul olması tarifin unsuru olmakla kalmamış hakkın sahibine de yer verilerek, bu irtifakın diğer bir gayrimenkul lehine olduğu tasrih edilmiştir. Böyle olunca, mevzuu gayrimenkul fakat hak sahibi muayyen bir şahıs olan bir gayrimenkul mükellefiyetini gene de «Grundlast (charge foncière)» olarak bu tarzda isimlendirmek mümkün iken, mevzuu bir gayrimenkul olan fakat sahibi bir şahıs olan irtifakları «Grunddiensbarkeit (servitude foncière)» olarak adlandırmak imkânı kalmamıştır. Bunun üzerine Kanun bazı irtifakları sağladıkları yetkiye göre özel isimlerle —sadece muayyen bir şahıs lehine tesis edilebilecek intifa ve sükna hakları bir tarafa bırakılırsa, hem şahıs hem başka bir gayrimenkul lehine tesis edilebilecek inşaat hakkı ve kaynak irtifakını— düzenledikten sonra geriye kalanları «Andere Diensbarkeiten (autre servitudes)» = diğer irtifak hakları şeklinde isimlendirmek zorunda kalmıştır.

3) MK.m. 703 de irtifakın «diğer bir gayrimenkul lehine» tesis edildiği yolundaki ibare irtifakın eşyaya bağlandığının ifadesidir. Bununla kastedilen, o gayrimenkule kim malik olursa irtifak hakkının da ona ait olacaktır. Bu cihet gayrimenkul mükellefiyetinde «Bu mükellefiyet, diğer bir gayrimen-

«Aynî irtifak» diye adlandırılan, bir gayrimenkul lehine tesis edilen irtifaklarda dahi zihinlerde tereddüt yaratan «aynî» ibaresini, diğer eşyaya bağlı hak kategorilerinin bütününe ifade etmek üzere umumî bir terim olarak kullanmaya ise hiç imkân yoktur. Gerçekten bu takdirde hakkın eşyaya bağlandığı bütün halleri ifade edecek genel terimin «aynî haklar» olması gerekecektir. Halbuki bilindiği üzere bu genel terim eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan hakları ifade eder. Yani hakkın sahibinin (sübjesinin) tayin tarzı ile değil, hakkın mevzuu (objesi) üzerindeki yetki ile ilgilidir. Şayet bu terim bir de hak sahibinin tayini yönünden kullanılırsa tam bir karışıklığa yol açar. Bu mahzuru önlemek üzere, almanca «subjektiv-dingliche Rechte»nin karşılığı olarak «enfüsî aynî haklar»⁴, «sübjektif aynî haklar»⁵ dan bahsedilmesi ise Türk dili bakımından anlamsız bir tabir olarak kalır⁶. Şöyleki: Umumiyetle Alman Doktrininde⁷ ve İsviçrenin almanca yazılmış eserlerinde⁸ eşya-

kule malik olan kimse lehine de, mülkiyeti dolayısıyla tesis olunabilir» tarzında MK.m. 754/2 de daha güzel ifade edilmiştir.

Aynı ifade farkı İsviçre Medenî Kanununun 733 ve 782. maddeleri arasında da mevcuttur.

4) «Enfüsî aynî haklar» tabiri Wieland'ın Aynı Haklar gerhinin türkçe tercümesinde kullanılmıştır. Bak. *Wieland*, Kanunu Medenîde Aynı Haklar, Terc. İ. Hakkı Karafakı, Ankara 1946, sah. 385.

5) «Sübjektif aynî haklar», tabiri Aybay tarafından kullanılmıştır. (Bak. *Aybay*, sah. 19, Not 9. Aynı müellif Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962 eserinde sah. 56. Not 36'da da bu tabiri eşyaya bağlı mükellefiyetleri ifade için kullanmıştır). Sungurbey de bir mahkeme kararı tercümesinde «sübjektif - nesnel haklar» tabirine yer vermişse de, bunu devri kabil hak anlamına kullandığı görülmektedir. (Bak. İsmet *Sungurbey*, Notlu-Sistemik İsviçre Federal Mahkemesi ile Kanton Mahkemelerinin Medenî Hukuk Kararları, Nesnelere Tôresi, İstanbul 1959, sah. 44.) «Subjektiv-dinglich» karşılığı «sübjektif-aynî» tabirini kullanan başka müellifler de vardır. Bak. *Feyzioğlu*, sah. 33, Not 87, sah. 177; Halûk *Tandoğan*, Türk Hukukunda Mecralar, AHFD, Cilt X, 1953, sayı 1-4, sah 614. Biz ise şimdiye kadar «subjektiv-dingliche Verknüpfung» karşılığı «aynî bağlantı» tabirini kullandık. (Bak. *Oğuzman*, sah. 42, 53 vd., 63 vd.)

6) Almanca eserlerin Fransızca tercümelerinde «sübjektiv-dingliche Rechte» karşılığı kullanılan «droits réels subjectifs» için de aynı kanaatte bak. Henri *Deschenaux*, Obligations propter rem (Ius et Lex, Festgabe für Max Gutzwiller, Basel 1959), sah. 712, Not 5. Ayrıca bak. aşağıda Not 14.

7) Bak. Heinrich *Dernburg*, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens III. Band, 1904, sah. 207; Otto von *Gierke*, Deutsches Privatrecht, II. Band, Sachenrecht, Leipzig 1905, § 106, sah. 84, Not 2; Müellif aynı zamanda «Realrechte» tâbirini de kullanıyor; Harry *Westermann*, Die Bestimmung des

ya bağlı hakları ifade için kullanılan «subjektiv-dingliche Rechte» tabirinde «dinglich» (aynî) sıfatının başına konulan «subjektiv» (süje bakımından) ⁹ eki ile söz konusu tabirin eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan hakları ifade eden «dingliche Rechte» (aynî haklar)dan ayrılması temin edilmektedir. Gerçekten, bir hakkın «dingliches Recht» (aynî hak) olduğundan bahsedilince, hakkın mevzuu (objekt) olarak mal nazara alınmakta ve hakkın mahiyeti ifade edilmektedir. Buna mukabil «subjektiv-dingliche Rechte» den bahsedilince artık mal bir hakkın mevzuu (objekt) olarak değil sahibi (subjekt) olarak nazara alınmakta ve hak sahipliği bakımından hakkın muayyen bir şahsa değil bir mala bağlı olduğu ifade edilmek istenmektedir ¹⁰. Bu hak mahiyeti itibarile bir aynî hak olabileceği gibi bir şahsî hak da olabilir; «subjektiv-dingliche Rechte» tabirinde bu nokta önem taşımaz. Söz konusu olan, nazara alınan, malın bir hakkın sahibini tayindeki vasıtalık rolüdür. Diğer bir ifade ile bir hak bir şahsa aitse bir «subjektiv-persönliches Recht» (süjesi şahıs olan hak) ¹¹ dan bahsedilir. Şayet hak bir şahsa doğ-

Rechtssubjekts durch Grundeigentum (Eine Darstellung der subjektiv-dinglichen Rechte und pflichten im Bodenrecht) 1942, sah. 7 vd.; *Westermann*, Sachenrecht, 4. Auflage, Karlsruhe 1960, § 27, § 29, §122, § 124 § 125.

8) Bak. Eugen *Huber*, Zum schweizerischen Sachenrecht, Bern 1914, sah. 37; Robert *Haab*, Kommentar zum ZGB. IV. Band. Das Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 1929, Einleitung N. 58; Peter *Liver*, Kommentar zum ZGB, Diensbarkeiten und Grundlasten, 2. Auflage, Zürich 1951, Einleitung N. 155; Arthur *Meier-Hayoz*, Kommentar zum ZGB Band IV. Sachenrecht, Systematischer Teil, Bern 1958, N. 147, 151. Haab ve Meier-Hayoz «Realrechte» tabirini de kullanıyorlar.

9) Bak. *Dernburg*, sah. 208, *Westermann*, sah. 59.

10) Bak. *Dernburg*, sah. 208, *Westermann*, sah. 59.

11) Bunu «eşyaya bağlı haklar» tabirine mütenazır olarak «şahsa bağlı haklar» olarak isimlendirmek yerinde olur.

Şahsa bağlı hak bugün, intifa ve sükna gibi başkasına devri ve intikali caiz olmayan haklar (MK.m. 721, 730, 748) için de kullanılmaktadır. Aslında bu nevi hakları «şahısla kaim haklar» olarak isimlendirmek hem daha doğru olur, hem de karışıklığa mani olur. Bir de mümeyyiz küçük ve mahcurların kanunî mümessillerinin izin ve icazetine bağlı olmadan kullanabilecekleri haklar vardır ki (MK.m. 16/2) bunlar bugün münhasıran şahsa bağlı hak olarak isimlendirilmektedir. Bunlar için de daha doğru olarak «şahsen kullanılacak haklar» tabirinin kullanılması yerinde olur.

Böylece «şahsa bağlı hak» kavramı, hak sahibinin tayini konusunda; «şahısla kaim hak» hakkın devir ve intikal kabiliyeti konusunda; şahsen kullanılacak hak» da hakların kullanılması konusunda, ayrı cephelerden sınıflandırmayı ifade edecek ve bu hususta oldukça önemli bir açıklık kazanılacaktır. Bak. Kemal *Oğuzman*, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1965, sah. 16. Not 1.

rudan doğruya tanınmış olmayıp da bu hak bir mala bağlanmış ise, daha doğru ifade ile hak sahibi o mal vasıtası ¹² ile tayin edilecekse bir «subjektiv-dingliches Recht» (süjesi eşya olan hak) söz konusu olmaktadır. Aslında eşya hakkın süjesi olmadığı, eşya sadece hak sahibinin tayini bakımından vasıta olduğu cihetle, alman dili bakımından da ihtirazî kayıtla ¹³ kullanılabilecek olan «subjektiv-dingliche Rechte» tabirinin Fransızcaya «les droits réels subjectifs» olarak tercüme edilmesi doğru olmamakta ¹⁴ Türkçeye «enfüsî aynî haklar veya sübjektif aynî haklar» ¹⁵ şeklinde tercüme edilerek kullanılması ise hiçbir anlam taşımamaktadır.

Bu sebeptendir ki biz, durumu izah eden ve aynî hak mefhumu ile karışıklığa da yer vermeyen «eşyaya bağlı haklar» tâbirini kullanmayı uygun buluyoruz. Bu tâbir, hakkın mahiyeti ile ilgili olmadığı için, eşyaya bağlı aynî haklar (irtifak, gayrimenkul mükellefiyeti) kadar eşyaya bağlı şuf'a gibi ¹⁶ aynî hak mahiyetinde olmıyan hakları da rahatlıkla kapsamaktadır.

12) «Subjektiv-dingliche Rechte» mal üzerindeki mülkiyet vasıtası ile hak sahibinin tayin edildiği hakları ifade için kullanılıyorsa da (Bak. *Haab*, Einleitung, N. 58; *Meier-Hayoz*, Systematischer Teil, N. 147), bazı müellifler hak sahibinin tayinine vasıta olan yetkinin mülkiyet değil de bir mahdut aynî hak veya zilyedlik olması halinde de bu tabiri kullanmaktadırlar. Bak. *Westermann*, Bestimmung, sah. 7 vd.

13) Dernburg, BGB § 876 da eşyaya bağlı hakları ifade için kullanılan «die dem jeweiligen Eigentümer des Grundstückes zu stehen» «Gayrimenkulün hali hazır (her) malikine ait» ibaresinin daha hukukî fakat uzun olduğunu bu sebeple Prusya Devletleri Umumî Kanunu (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten) de kullanılan «subjektiv dingliche» tabirinin kısalığı itibariyle teknik tabir olarak tercih edilmesi gerektiğini ifade ediyor (Bak. *Dernburg*, sah. 207).

14) Fransızca «Droit objectif» tabiri hukuku, «droit subjectif» tabiri de «hak» kı ifade ettiğine göre (Bak. Claude *du Pasquier*, Introduction à la Théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchâtel, 1942, sah. 9-11) «Droit réel objectif» = «Eşya Hukuku»na mukabil «droit réel subjectif»in de aynî hak anlamına kullanılması gerekmektedir. Bu tabirin eşyaya bağlı hakları ifade için de kullanılması karşılık yaratmaktan başka işe yaramaz. Halbuki oldukça yeni bir Federal Mahkeme Kararının (A.T.F. 89 II. 138) Journal des Tribunaux'da ki tercümesinde (JdT. 1963, I 583) «droit réel subjectif» teriminin, almanca «subjektiv dingliches Recht» tabirinin karşılığı olarak kullanılmasına devam edildiği görülmektedir.

Fransızcadaki karışıklığın almancada meydana gelmemesinin sebebi, almancada Eşya Hukukunu ifade için «Sachenrecht» tâbirinin kullanılmasıdır.

15) Bak. Not. 5.

16) Feyzioğlu, şuf'a hakkının eşyaya bağlı olması hali için «subjektiv-dinglich» karşılığı «sübjektif - aynî» tabirini kullanmıştır. (Bak. *Feyzioğlu*,

2 — «Eşyaya bağlı borçlar» tabirine gelince, bununla, bir kimseyi bir malın maliki olduğu için mükellefiyet altına sokan borçlar kastedilmektedir¹⁷. Meselâ bir yapma borcu bir irtifak'a fer'î olarak bağlanmışsa (MK.m.703/2) mükellef gayrimenkulün her maliki bu borçla yükümlü olur. İrtifak hakkını tesis ederken böyle bir borcu da kabul eden ilk malik bakımından bir özellik görülmiyebilirse de, söz konusu gayrimenkulün sonraki maliklerinin bu borçla mükellef olmaları ancak «eşyaya bağlı borç» kavramı ile izah edilebilir. Gerçekten, Borçlar Hukuku'nun temel prensiplerinden biri, «bir akdin ancak taraflarını borç altına sokması»dır (Res inter alios acta). Fakat bazı borçlar bu prensibe istisna teşkil etmekte, ve bir kimse borçlanma yolunda irade beyanında bulunmuş olmadığı halde, sırf bir malın maliki olduğu için bir borçla mükellef olmaktadır. Böyle hallerde borcun o mala daha doğru ifade ile mal üzerindeki mülkiyet hakkına¹⁸ bağlı olduğunu söylemek bize uygun gözüküyor. Bununla hiç şüphesiz eşyanın borçlu olacağı kastedilmemektedir. Borçlu, borcun bağlı olduğu malın malikidir. Malın rolü borçluyu tâyinde vasıta olmaktır.

Eşyaya bağlı borçlara, Türk Doktrininde bazı vesilelerle temas edilmiş ve bu hususta «sübjektif-aynî mükellefiyet»¹⁹ «aynî borç»²⁰ «nesnel borç»²¹ tabirleri kullanılmışsa da hiçbirinin maksadı ifade

sah. 33, Not 87, sah. 177). Fakat aynı zamanda aynî şuf'a (sah. 32) ve ayn'a muzaf şuf'a (sah. 155) tabirlerine de yer vermiştir. Ayrıca bak. *Mardin*, sah. 49.

17) Alacak hakkının eşyaya bağlı olup olmaması, borcun eşyaya bağlılığı meselesinde hiçbir önem taşımaz. Eşyaya bağlı borç, borç münasebetinin borçlu cephesini ilgilendiren bir kavramdır. Halbuki bazı müellifler «eşyaya bağlı borç»un tarifinde, alacağın eşyaya bağlı olmasına da yer vermektedirler. Bak. *Liver*, Einleitung, N. 156, *Meier-Hayoz*, Systematischer Teil, N. 153. Arthur Jost Die Realobligation, Bern 1956, sah. 95. Buna mukabil doğru olarak bak. *Deschenaux*, sah. 715 ve Les Obligations dites réelles (Separatdruck aus der ZBGR., Heft 5, 1962, sah. 3). Ayrıca ileride Not 30'a da bak.

18) Bak. *Oğuzman*, Eşya Hukuk Dersleri, sah. 13.

19) Bak. *Aybay*, Muvakkat Tescil, sah. 56, Not 40; Borçların «sübjektif-aynî» bağlılığı tabiri için de bak: Fikret Arık, Şuf'a hakkı üzerine bir inceleme, Ad. Cer. 1943, sah. 801; Tahir Sebük, Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları İstanbul 1951, sah. 58; *Tandoğan*, AHFD. sah. 614; *Feyzioğlu*, sah. 85.

20) Bak. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, sah. 198; Saim Üstündağ, Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası, İstanbul 1959, sah. 6, Not 17.

21) Bak. İsmet Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, sah. 97.

etmediğine kaniyiz. Bir kere almanca «subjektiv-dingliche Pflichten» ibaresinin türkçe tercümesi olan «sübjektif aynî mükellefiyetler» tabirinin dilimizde bir anlamı yoktur. Almanca «Realobligation» tabirinin karşılığı olarak kullanılan «aynî borç veya nesnel borç» tabirleri ise sanki bir mal ile (ayınla) ifa edilecek bir borç söz konusu olduğu zehabını uyandırmaktadır. Halbuki eşyaya bağlı borç bir yapma veya bir para ödeme borcu (nakdî borç) da olabilir. Teklif ettiğimiz «Eşyaya bağlı borç» tabirinin müessesenin bünyesine uyduğunu ve fazla uzun sayılmıyacağını²² zannediyoruz.

Yabancı doktrinde de üzerinde ittifak edilmiş bir tabir yoktur. Fakat bilhassa İsviçrede almanca yazılan eserlerde «Realobligation» teriminin son zamanlarda tercih edilmekte olduğuna²³ şahit oluyoruz. Evvelce benimsenen tabir, «subjektiv - dingliche Pflichten» idi²⁴.

Fransızca yazılan eserlerde ise bu hususta «Obligations propter rem»²⁵ «Obligations réelles»²⁶ tabirleri kullanılmaktadır.

22) Nitekim almanca «Gestaltungsrecht» Fransızca «droit formateur» tabirlerinin karşılığı olarak memleketimizde yerleşen «yenilik doğuran haklar» tabirinin uzunluğu, bir mahzur teşkil etmemiştir.

23) *Jost*'un kitabının başlığına, *Liver, Einleitung N. 148* ve *Meier-Hayoz, Systematischer Teil, N. 150* ye bak. İsviçre Federal Mahkemesi de 19 Mart 1963 tarihli kararında bu tabire yer vermiştir (Bak. *JdT. 1963, I. 583*).

Sözü geçen müelliflerin bu tabiri tercih etmelerinin sebebi «obligation» kelimesi ile münasebetin borç mahiyetinin, «Real» eki ile de eşyaya bağlılığın ifade edildiğinin düşünülmesidir. Fakat hemen işaret etmek isteriz ki, «Realobligation» tabiri, bir malda yalnız mülkiyete bağlı olan borçları değil, mal üzerindeki diğer aynî haklara veya zilyedliğe bağlı olanları da kapsayan bir anlamda kullanılmaktadır. Buna mukabil Alman Doktrininde bir çok müellif, «Realobligation» tabirini borçlunun şahsen bütün mameleki ile değil de, sadece bir mal ile mes'ul olduğu borçlar için kullanmıştır. Bak. *Crome, System des deutschen Bürgerliches Rechts II. Tübingen und Leipzig 1902, sah. 8, Not 30; Wolff-Raiser, Sachenrecht III. Tübingen 1957, sah. 528; Westermann, Bestimmung sah. 13, Not 20 ve Sachenrecht, § 94, II, 2.*

24) Bak. *Huber, sah. 37; Théo Guhl, Persönliche Rechte mit verstärker Wirkung (Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens dem Schweizerischen Bundesgerichte dargebracht von der Juristischen Fakultät der Universität Bern) sah. 130.*

25) İsviçre için bak. *Deschenaux, Festgabe sah. 711; JdT 1963, I, 583; Fransa için bak. Hassen Aberkane, Essai d'une théorie générale de L'Obligation propter Rem en droit positif français, Paris 1957; İtalya için bak. Jost, sah.61.*

Buna mukabil Fransada *Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Tome II Obligations, Paris 1956, sah. 17, N. 22* de obligation propter rem'i aynî mes'uliyet anlamına kullanıyor.

Nihayet bazı eserlerde «Obligatio in rem scripta» tabirinin kullanıldığı görülüyorsa da,²⁷ bu, yerleşmiş bir tabir değildir. Bununla, Roma Hukukunda ve Müşterek Hukuk'da davalısı önceden tayin edilmiş olmıyan bazı şahsî dâvaları ifade eden «actiones in rem scripta»-ya²⁸ atıf yapılmak istenmektedir. Bu davranış, bugünkü eşyaya bağ-

Burada şu noktayı açıklamayı da faydalı buluyoruz: «Obligation Propter Rem» tabiri ile «jus ad rem» kavramını karıştırmamak gerekir. Halbuki bazı eserlerde birbirinden ayrı bu iki kavramın karıştırıldığı görülmektedir. (Bak. Sebük, *sah.* 57.) «Realobligation» karşılığı kullanılan «obligation propter rem» terimi, bir borçla mükellef olma durumunun bir mala malik (vaye mal üzerinde başka bir aynî hakka sahip zilyed) olmaya bağlanmasını (Bak. *Desc-henaux*, *Festgabe*, *sah.* 715) «jus ad rem» ise, bir malın temlik hususundaki alacak hakkının *bu hakkı bilerek* malı temellük eden üçüncü şahsa dermeyanı imkânını ifade eder (Bak. Charles - Philippe *Mercier*, *Faut - il admettre l'existence du jus ad Rem en droit civil suisse*, Lausanne 1929, *sah.* 20 vd.)

Şayet bir borç eşyaya bağlı borç (obligation propter rem) niteliğinde ise, borcun bağlı olduğu malı iktisap eden üçüncü şahsın bu borçla mükellef olmasında jus ad rem kavramının bir rolü yoktur Zira bu hususta üçüncü şahsın, malı, söz konusu borca ait alacak hakkının mevcudiyetini bilerek iktisap etmiş olup olmamasının önemi yoktur. Eşyaya bağlı borç niteliği bulunmayan hallerde ise bir alacak hakkı ancak borçluyu ilzam eder; böyle bir alacağın mevcudiyetini bilerek alacağı konu olan malı iktisap eden üçüncü şahıslara alacağı dermeyan imkânı bugünkü hukukumuzda mevcut değildir (Bak. *JdT.* 1963, I, 531). Meselâ (A) nin (B) ye sattığı fakat mülkiyetini henüz (B) ye geçirmediği malı, (C) bu satışı bilerek (A) dan satın alıp mülkiyeti iktisap etse, bugün İsviçre - Türk hukuklarında (B), malın mülkiyetinin kendine naklini talep hususunda A'ya karşı mevcut alacak hakkını (C) ye dermeyan edemez. Bunu sağlayacak bir jus ad rem kavramı bugün hukukumuzda yoktur (Bak. *Mercier*, *sah.* 63 vd.). Maamafih (C) nin (B) yi zarara sokmak kasdıyla hareket etmesi halinde (C) nin, (B) ye karşı, BK.m. 41/2 de yer alan «Ahlâka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs kezalik o zararı tazmine mecburdur» hükmü gereğince sorumlu tutulması ve hakimın BK.m. 43/1 uyarınca bir tazmin şekli olarak «malın mülkiyetinin (B) ye devredilmesine, mal gayrimenkul ise MK.m. 642 uyarınca mülkiyetin (B) ye aidiyetine» karar vermesi imkânı düşünülebilir (Bak. *Mercier*, *sah.* 205 vd.). Bu hal tarzının jus ad rem kavramından farkı için de bak. *Mecier*, *sah.* 209 vd.

26) İsviçre için bak. *Deschenaux*, *Separatdruck*. ZBGR'in başlığı; *JdT.* 1963, I, 583; Fransa için bak. *Michel de Juglart*, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Bordeaux 1937.

27) Bak. *Jost*, *sah.* 12; *Sungurbey*, *sah.* 97.

28) Actio in rem scripta kavramı ve bu actio'nun söz konusu olduğu haller için bak. *di Marzo*, *Roma Hukuku*, terc. *Ziya Umur*, İst. 1954, *sah.* 91 ve orada zikri geçen eserler.

lı borç kavramının kökünün sözü geçen müessesede bulunduğu fikrinin bir neticesidir. Gerçekten «actiones in rem scripta» hallerinde de davalı muayyen bir münasebette yer alan her şahıstır²⁹.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE GAYRIMENKULLER BAKIMINDAN ÖNEMİ

Biz «eşyaya bağlı haklar ve borçlar» tabirini eşyadaki mülkiyete bağlı haklar ve borçları ifade için kullandığımız cihetle, eşya üzerindeki mahdut aynî hakka veya hak nazara alınmaksızın doğrudan doğruya malın zilyedliğine bağlı olan haklar ve borçlar, sözü geçen tâbirin şümulü dışında kalmaktadır. Halbuki İsviçre doktrininde, özellikle «Realobligation» tabiri, irtifaklara ve zilyedliğe bağlı borçları da içine alacak şekilde kullanılmaktadır³⁰. Mal üzerindeki bir yetkiye bağlı olmaları bakımından müşterek bir noktaları³¹ bulunmasına rağmen, mülkiyete, irtifaka ve zilyedliğe bağlı olan borçlar ayrı ayrı kategoriler teşkil ederler. Zilyedliğe bağlı bir borç, maliki veya irtifak hakkı sahibini zilyed oldukları için mükellefiyet altına soksa bile, mülkiyete bağlı bir borç, ne irtifak hakkı sahibini ne de malikten gayri zilyedleri ilzam etmez. Keza irtifak hakkı sahibinin bu sıfatla mükellef olduğu borç da maliki ilzam etmez. Binaenaleyh hepsinin tek bir «Realobligation» tabiri ile ifade edilmesi yan-

29) Bak. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Band, 9. Auflage bearbeitet von Theodor Kipp, Frankfurt am Main 1906, § 45, N. 2 ve Not 6; II. Band § 129 ve Not 1; Guhl, sah. 96.

30) Liver, Einleitung, N. 156; Jost, sah. 96; Meier-Hayoz, Systematischer Teil, N. 153. Ayrıca işaret edelim ki, bu müelliflerin, «Realobligation'lar öyle borç münasebetleridir ki müsbet bir edim icrasının borçlusu veya *alacaklısı* veya her ikisi eşyada aynî hak sahipliğine veya zilyedliğe göre tayin olunur» tarzındaki Realobligation tariflerine şu bakımdan iştirake imkân görmüyoruz. Bu tarife göre bir borç münasebetinde *sadece* alacaklının bir eşyadaki yetkiye göre taayyün etmesi halinde dahi bir Realobligation'un söz konusu olması icabeder ki, böyle bir Realobligation hali düşünülemez. Esasen sözü geçen müellifler de bu hususta bir misal vermiş değillerdir. Kanaatimizce borçlu'nun mal vasıtası ile tayin edilmediği hallerde bir Realobligation'dan bahsetmek abestir. Borçlunun mal vasıtası ile tayin edildiği hallerde ise alacaklının da aynı tarzda tayin edilip edilmemesinin borç bakımından bir önemi yoktur. Fransız Hukukunda krş. Aberkane, sah. 18.

31) Mal ile ilgili olmaları hasebiyle mülkiyete, irtifaka ve zilyedliğe bağlı haklar ve borçlar, «Hak sahipliği ve borçluluğun eşya üzerindeki yetkiye göre tayini» başlığı altında toplanabilir. Bak. Guhl, sah. 119; Westermann, Bestimmung sah. 7.

lış anlamalara yol açar. Sanki her «Realobligation»un malın hem malikini, hem o mal üzerinde irtifak hakkı sahibini hatta malda hak sahibi olmayan zilyedi ilzam edeceği kanaatini uyandırır ki, bu, doğru değildir. Bu noktaya çeşitli vesilelerle ileride temas edeceğiz. Şimdilik şu kadarına misal olarak işaret edelim ki, bir Realobligation olduğunda şüphe olmayan gayrimenkul mükellefiyeti sadece maliki mükelef kılar; müşterek mülkiyete masrafa iştirak borcu sadece hissedara aittir.

Bir kimsenin sırf malik olması *veya* irtifak hakkı sahibi bulunması *yahut* sadece zilyedliği yüzünden, bir borçla mükellef olması hallerinde, bu yetkilerin borçluluğu tayine vasıta olması bakımından aralarında bir benzerlik bulunması da hepsinin tek bir «Realobligation» kavramı içinde incelenmesini haklı göstermez. Çünkü bunların hepsi daha şümüllü bir kavram olan «Zustandsobligationen»³² «durum borçları» kavramının birer parçasıdır. Bu üst kavramla kastedilen, bir durumda bulunan her şahsın o durumda kaldığı sürece buna bağlı borçlarla mükellef olacaktır. Bu duruma giren kimse buna bağlı borçla mükellef olur, durumdan çıkan mükellefiyetten de kurtulur. Söz konusu durum, bir mala malik olmaksızın «eşyaya bağlı borç»; irtifak hakkı sahipliği ise «irtifaka bağlı borç»; zilyedlik ise «zilyedliğe bağlı borç» kategorileri ortaya çıkar. Mal ile ilgili bu durumların her birinde o duruma giren kimseye borcun dermeyanı imkânının, aynî hakların herkese karşı dermeyanı imkânına benzer bir tesiri (aynî tesir) bulunduğunu ifade etmek gayesi ile³³ hepsi «Realobligation» başlığı altında toplanırsa, bu hem aldatıcı, hem de zararlı olur. Bizzat sözü geçen tabiri kullananlar bile «Realobligation»larda alacaklının hakkının aynî haklarla karıştırılmamasına gayret sarfetmekte³⁴, üstelik «Realobligation» tarifinde, irtifaka ve zilyedliğe bağlı borçlara da yer verdikleri halde aslolarak mülkiyete bağlı borçları incelemektedirler.

Bu sebeptendir ki biz «eşyaya bağlı haklar ve borçlar» kavramı içinde sadece mülkiyete bağlı hakları ve borçları incelemekte bir mahzur görmüyoruz³⁵. Belki kullanılan tabirin daha sarıhi olması

32) Bak *Meier-Hayoz*, Systematischer Teil, N. 155; *Jost*, sah. 64 ve orada Not 1' de adı geçen eserler.

33) Bak. *Liver*, Einleitung N. 148; *Meier-Hayoz*, Systematischer Teil, N. 153

34) *Liver*, Einleitung N. 148; *Meier-Hayoz*, N. 154.

35) Mülkiyete bağlı haklar ve borçlarda tesbit edeceğimiz esaslar çok zaman diğer hallere de uygulanabilir. Fakat bazı sonuçlar, o sonuca götüren

için «eşyanın mülkiyetine bağlı haklar ve borçlar» şekline konulması düşünülebilir amma, ibarenin bu tarzda uzatılmasında, bir zaruret yoktur.

Konumuzda ikinci bir sınırlamayı da, sadece gayrimenkullerde mülkiyete bağlı hak ve borçları incelemek istemekle yapıyoruz. Zira, meselenin menkullerde önemi, «kıymetli evrak» müessesesinin mahiyetinin eşyaya bağlı hak nazariyesi ile izahında görülür³⁶. Halbuki bu hususta bugün çeşitli nazariyeler mevcuttur³⁷ ve bunların teker teker ele alınarak kıymetli evrakın hangi nazariye ile izah edilebileceğini araştırmak başlı başına ayrı bir etüd konusu olacak ölçüde bir iştir ve bir Medenî Hukuk problemi olduğu kadar belki de daha fazla bir Ticaret Hukuku problemi vasfını taşımaktadır. «Kıymetli evrak»ın eşyaya bağlı hak nazariyesi ile izah edilip edilemeyeceği bir yana bırakılırsa, bu takdirde de menkuller bakımından «eşyaya bağlı haklar ve borçlar» fazla bir önem taşımamaktadır.

Buna mukabil Medenî Kanunumuzun gayrimenkullerle ilgili pek çok müessesesinde «eşyaya bağlı hak veya borç» durumu görülmekte ve meseleler bu kavramın ışığı altında ele alınınca açıklığa kavuşmaktadır. Bilhassa komşuluk hukukunda ve şerhedilmiş şahsî haklar konusunda bir sürü müphem nokta eşyaya bağlı hak veya borç kavramı ile ele alınınca aydınlanmakta, müesseselerin izahı kolaylaşmaktadır. İlerideki yazılarımızda Türk Medenî Hukukunda gayrimenkul mülkiyetine bağlı hak ve borçları inceliyeceğiz.

Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN

durumun özelliği icabıdır ve ancak bu özellik göz önünde tutularak izah edilebilir. Bu sebeple mülkiyete bağlı hak ve borçlarda tesbit edeceğimiz esaslar mahdut aynı hak veya zilyetliğe bağlı hak ve borçlarda uygulanmak istenince, söz konusu ihtirazî kaydı nazara almak gerekir.

36) *Guhl*, sah. 120, 122. Buna kıymetli evrakta Mülkiyet Nazariyesi (Eigentumstheorie) denmektedir.

37) Çeşitli nazariyeler için bak. *Jäggi*, Kommentar ZGB. Die Wertpapiere, Zürich 1951, m. 965, N. 305 vd.; Reha *Poroy*, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 2. bası, İstanbul 1965, sah. 30 vd.