

KİŞİSEL HAKLARIN TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERHİNİN ETKİSİ ÜSTÜNE

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY

«Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi» adlı yapıtımızda (eserimizde) (İstanbul, 1963), § 3, s. 79/116 da, kişisel hakların tapu kütüğüne şerhinin etkisi konusundaki çeşitli görüşleri eleştirdikten sonra, «tapu kütüğüne şerh edilen kişisel haktan doğan istemin nesnel etkililiği görüşü» nü savunmuş, ayrıca VI, 2 de de savunduğumuz bu görüşe karşı yapılan itirazları cevaplandırarak bunları reddetmiştik.

I

Sayın Prof. Dr. Peter Liver'in sonradan elimizde geçen «Die Realobligation - Ihre klassifikatorische Bedeutung und praktische Verwendbarkeit» adlı incelemesinde de [1] bu görüşe karşı birtakım itirazlar bulunduğundan, bu yazımızda bunları da cevaplandırmayı uygun gördük [2].

Liver'e göre, baskın görüş gereğince, tapu kütüğüne şerh edilen öncelikle alım (şuf'a) hakkı sahibi, kuşku durumunda (şübhe hâlinde), taşınmazın ilk satışında bu hakkını kullanmak zorunda olmayıp

1) Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs - und Grundbuchrecht, Heft 5, 1962'den ayrı bası.

2) Bu cevaplar, «L'effet de l'annotation des droits personnels au registre foncier» adlı yazımızın (Çev. Dr. S. Kaneti) (Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 85, 1966, s. 113/146) sonunda da (s. 143/146) yayınlanmıştır.

dilerse daha sonraki bir satışında da hakkını kullanabilir. Bu düşünüş doğruysa, yalnız öncelikle alım hakkını kurmuş olan ilk malikin öncelikle alım hakkı sahibine karşı borçlandığı ve borç ilişkisinin ilk malikle öncelikle alım hakkı sahibi arasında doğduğu görüşü kabul edilemez. Çünkü, taşınmazın mülkiyetini başkasına geçiren kimse, öncelikle alım hakkı kullanılmamışsa, öncelikle alım hakkı sahibine karşı her türlü borçtan kurtulur; öncelikle alım hakkının kullanılması durumunda, taşınmazı geçirme borcu, taşınmazı son geçirene ya da kazanana düşer. Bizim kanımızca, baskın görüşün tersine ve «in dubio pro reo» [3] ilkesince, tapu kütüğüne şerh edilen öncelikle alım hakkı, kuşku durumunda, taşınmazın ilk satışıyla sınırlandırılmalıdır [4]. Malik, açık bir anlaşmayla, öncelikle alım hakkı sahibine daha sonraki satışlarda da bu hakkı kullanma yetkisini tanımışsa, bu anlaşmadan doğan borçtan sorumlu olur. Görülüyor ki, gerçekte Liver, tanıtlanması gereken önermeyi (kaziyyeyi), kanıt diye ileri sürmektedir.

Liver, tapu kütüğüne şerh edilen kişisel haktan doğan istemin nesnel etkililiği görüşünün, tapu kütüğüne şerh edilen öncelikle alım hakkı sahibine, satış akçasını ödemeksizin taşınmazı yeni malikin elinden alma olanağını vermek yolunda bir sakınca doğurduğunu da ileri sürmektedir. Oysa, yukarda adı geçen yapıtımızda, § 3, IV, 5, VI, 2, not 114 ile § 4, I, 3 başında da açıkladığımız üzere, tapu kütüğüne şerhedilen kişisel haktan doğan istemin nesnel etkililiği görüşü, böyle bir sakınca doğurmaz. İsviçre - Türk Borçlar Yasası, md. 179 /177 nin örnekseme (kıyâs), hattâ yeğlik (evleviyyet) yoluyla uygulanması sonucu olarak, üçüncü kişi alıcının, satış akçası kendisine ödenmedikçe taşınmazı geçirmekten kaçınma hakkı vardır [5].

Liver'e göre, nesnel borç görüşü kabul edilmezse, hakkını kullanmış olan öncelikle alım hakkı sahibi, taşınmazı geçirene karşı İsviçre - Türk Yurtttaşlar Yasası (Medenî Kanunu), md. 665, I/642, I gereğince mülkiyetin kendisine tanınması davası, taşınmazı kazanan üçüncü kişiye karşı ise İsviçre - Türk Yurtttaşlar Yasası, md. 975/933 gereğince çizim (terkıyn) davası açmak zorunda kalacaktır. Oysa,

3) Von Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1942/1944, § 34, not 25.

4) Ostertag, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Besitz und Grundbuch, Bern 1917, Art. 959, N. 33.

5) Aşağıda II ye de bakınız.

bu sakınca, yukarda adı geçen yapıtımızda, § 3. VI, 1 de ve s. 114/115 te belirtildiği üzere savunduğumuz görüşte söz konusu olmayıp IV te anlatılan görüşte söz konusudur. Bundan dolayı da, yapıtımızda, IV, 3 te eleştirilerimize konu olmuştur.

Liver'e göre, öncelikle alım hakkının tapu kütüğüne şerh edilmesinin etkisini özel olarak düzenleyen İsviçre - Türk Yurttaşlar Yasası, md. 681/658, şerhlerin etkisini genel olarak düzenleyen İsviçre - Türk Yurttaşlar Yasası, md. 959/919 dan önce gelmek gerekir. İmdi, İsviçre - Türk Yurttaşlar Yasası, md. 681/658, nesnel borç görüşüne mümkün olan açıklıkla yer vermiştir. Bu kanıta karşı, ilkin, İsviçre-Türk hukukunda kişisel hakların tapu kütüğüne şerhinin etkisinin, bunların hepsini birden kapsayacak bir tek biçimde açıklanması gerektiğini belirtmeliyiz [6]. Öte yandan, İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, md. 681/658 in nesnel borç görüşünü açıkça anlattığını da sanmıyoruz. Bizim kanımızca, İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, md. 681/658 öncelikle alım hakkının şerhini düzenlemekteyse de, İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, md. 959/919 şerhin etkisini daha özel olarak belirlemiştir; bundan dolayı da İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, md. 959/919 bu konuda İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, md. 681/658 den önce gelmek gerekir. Kişisel hakların tapu kütüğüne şerhinin etkisini açıkça belirten kural, İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, md. 681/658 de değil, açıkça «nesnel etki» den söz eden İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, md. 814, III/786, II de ve şerhin etkisiyle yeni malikin kiracıya taşınmazdan kira sözleşmesi uyarınca yararlanması için müsaade etmesi gerektiğini açıklayan İsviçre-Türk Borçlar Yasası, md. 260, II/255, II de aranmalıdır.

Liver, şerh edilmiş bayağı kirada ve ürün kirasında, taşınmazı başkasına geçiren kiralayanın, bunu iyi niyetle istese bile, bakım, onarım, geçiş yerlerinin temizlenmesi, merdivenlerin aydınlatılması, ısıtma, sıcak su, klimatizasyon tesislerinin işleyişinin sağlanması borçlarını yerine getirmek olanağını pratik bakımdan yitirdiğini belirtmektedir; Liver'e göre, bundan dolayıdır ki ve kiracının, kiralananın mü'kiyetini geçirmiş olan kiralayana karşı pratik bakımdan yerine getirilmek olanağı bulunmayan istemini bir yana bırakmak içindir ki, Alman Yurttaşlar Yasası, § 571 de «Satım, kirayı bozmaz.» ilkesini kabul etmiştir. Liver, bu ilkenin İsviçre hukukunda 1940 tanberi tarımsal ürün kirası için yürürlükte bulunduğunu (İsviçre Borçlar Yasası, md. 281 bis) ve İtalyan Yurttaşlar Yasası, md. 1599 ile

6) Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, § 3, not 3.

1625 te de aynı ilkenin taşınmazların bayağı kirası ve ürün kirası için kabul edilmiş olduğunu belirtmektedir. Bundan dolayı, İsviçre hukukunda kiranın şerhinin etkisi konusunda bu kurallara olabildiğince yakın bir düzenlemenin kabulü, yasayıcının amacına uygun düşecektir; yasayıcının şerh edilmiş kiradan doğan borçların taşınmazın mülkiyetine bağlı olarak yeni malike geçeceğini belirtmemesinin nedeni, böyle bir kuralın zayıflatılması istenmeyen borcun meliğiyle (mâhiyyetiyle) bağdaşmayacağını göz önünde tutmuş olmasıdır; bundan dolayı, salt dogmatik düşüncelerin söz konusu olduğu söylenebilir. Liver, Oser/Schönenberger'in nesnel borç görüşü kabul edilirse, hakkı tapu kütüğüne şerh edilmiş olan kiracının durumunun zayıflayacağı yolundaki kaygularının yersiz olduğunu, geçirenin sorumluluğunun Alman Yurttaşlar Yasası, § 571 de olduğu gibi sürebileceğini ve yasayıcının nesnel borç görüşünü göz önünde tutabilseydi, kuşku yok ki, bu açık ve yalın çözümü açıkça benimseyecek idüğünü de ileri sürmektedir. Bizim kanımızca, kiracının bakım, onarım v.b. borçların yerine getirilmesinde kendisine güvenmiş olduğu kiralayanın, kiracının muvafakatı olmaksızın, bu borçlardan kurtulamayacağı apaçıktır. Alman Yurttaşlar Yasası, § 571 deki «Satım, kirayı bozmaz.» ilkesi, Cermen kaynaklı olup Alman Yurttaşlar Yasasının İlk Tasarısı, § 509 un benimsemiş olduğu ortak (müşterek) hukukun çözümüne karşı kamu oyunun gösterdiği tepkiler ve toplumsal adalet düşüncesine dayanan eleştiriler sonucunda kabul edilmiştir [7]. Öte yandan, nesnel borç görüşünün en önemli sonucu olan borçlunun mülkiyeti geçirmekle borcundan kurtulması, dogmatik nedenlerden dolayı değil, maddî nedenlerden dolayı kabul edilmiştir; gerçekten de, borcun zayıflatılması, hiçbir yolda amaca uygun olmazdı. Alman Yurttaşlar Yasası, § 571, II ye benzer bir kural bulunmayan İsviçre - Türk hukukunda nesnel borç görüşünün kabulü, taşınmazı başkasına geçiren başlangıçtaki borçlunun kendi isteğiyle girmiş olduğu borçtan sorumlu tutulamaması sonucuna götürürdü ki, böyle bir sonucun yukarda adı geçen yapıtımızda, § 3, V te de belirtildiği üzere hiçbir biçimde tatminkâr olmadığı apaçıktır. Son olarak, İsviçre yasayıcısının, nesnel borç kavramını göz önünde tutmuş olsaydı, kişisel hakların tapu kütüğüne şerhinin etkisi konusunda nesnel borç görüşünü kabul edecek idüğü yolundaki kanıt ta, gene yapıtımızın aynı yerindeki bilgilerden anlaşılacağı üzere, İsviçre hukukunun tarihsel gelişimiyle bağdaşmamaktadır.

7) Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 2, Sachenrecht, Leipzig 1905, § 196, II; Schwarz, Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1942, s. 109/110.

II

«Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi» adlı yapıtımızın 3 üncü paragrafı «L'effet de l'annotation des droits personnels au registre foncier» adıyla «Zeitschrift für Schweizerisches Recht» te yayınlanmış [8], Bern açıklamasında sayın Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz, benimsediği nesnel borç görüşü dışında yer verdiği dört görüşten biri olarak savunduğumuz görüşe:

«*dd) Mülkiyetin geçirilmesi isteminin «nesnel» etkililiği teorisi»* adı altında ve:

«Bu açıklamada savunulan görüşe, öbür görüşler arasında en yakın olan görüş, SUNGURBEY'in görüşüdür. (SUNGURBEY, 131 ile sonrakiler.)...»

diye başlayarak geniş ölçüde yer vermiş [9], ayrıca pek çok yerde de de yollama (atıf) yapmıştır [10].

Daha önce İsviçre'nin en bilimsel dergisi olan aynı dergide başka bir incelemesi yayınlanmış ve İsviçre'nin en ileri gelen bir bilgini olan sayın Prof. Dr. Peter Liver'in olağanüstü övgüsünü kazanmış ilk Türk hukukçusu olmak gibi [11], şimdi de İsviçre Yurttaşlar Yasasının iki büyük açıklaması olan Zürih ve Bern açıklamalarından birinde teorisine başlı başına ve geniş ölçüde yer verilmiş ilk Türk hukukçusu olmayı da bir yazar için en büyük onur ve mutluluk sayarız.

Meier-Hayoz, açıklamasında, Art. 681, N. 268 de şu yolda bir düşünce de ileri sürmüştür:

«Bu görüşte, (taşınmaz) kazanan üçüncü kişinin, karşı-edim bakımından alacaklı da olmamışsa, hak sahibine, karşı-edimin yerine getirilmediği defini nasıl ileri sürebileceği sorulmağa değer. Üçüncü kişi, karşı-edimin şahsen kendisine ödenmesini isteyemeyip olsa olsa hak sahibinin karşı-edimi geçirene (*fâriğ'e*) daha ödememiş bulunduğu defî yoluyla ileri sürebilirdi.»

8) Yukarda not 2 ye bakınız.

9) Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Band IV: Sachenrecht, Bern 1967, Art. 681, N. 267/269.

10) Meier-Hayoz, adı geçen yapıt, s. 45/46, ayrıca N. 45, 214, 263/264, 267/269.

11) Bakınız: Sungurbey, Medenî Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1963, § 11, s. 71.

Yukarıda belirtildiği üzere «Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi» adlı yapıtımızın yalnız «Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhinin Etkisi» başlıklı 3 üncü paragrafı «Zeitschrift für Schweizerisches Recht» te yayınlanmış olup orada yayınlanmayan «Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhinin Etkisinin Sonuçları» başlıklı 4 üncü paragrafında, s. 118/122 deki açıklamalar, Meier-Hayoz'un bu düşüncesini tam bir açıklık ve kesinlikle cevaplandırılan nitelikte bulunduğundan, bu açıklamaları aşağıya aynen almayı uygun gördük:

«Tapu kütüğüne şerh edilen kişisel haklardan doğan nesnel etkili istem, ancak borçluya karşı olduğu ölçüde üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceğinden, borçlu gibi üçüncü kişi de bu istemin bütün eksikliklerini, geçmezliklerini ya da bu isteme karşı defileri [5], tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hak sahibine karşı savunma yoluyla ileri sürebilir [6]. Bizce, bu kural, İsviçre - Türk BY. 179/177 nin [7] burada örneksime (kıyas), üstelik yeğlik (evleviyyet) yoluyla uygulanmasından da anlaşılır; çünkü, borç yüklenmiş olan üçüncü kişi bile eski borçlunun alaaklıya karşı yapabileceği savunmaları yapabilirken, borç bile yüklenmemiş olup yalnızca tapu kütüğüne şerh edilen kişisel haktan doğan isteme aykırı düşen hukukî durumun değiştirilmesine katlanma ödevinde olan buradaki üçüncü kişinin bu savunmaları haydi haydi (yeğlik yoluyla) yapabilmesi gerekir. —Tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hak sahibinin üçüncü kişiye karşı dâva açması üzerine, İsviçre-Türk BY. 192/189 i. s. deki zabta karşı sağlama kuralları uygulanır [8], yani üçüncü kişinin, daha iyisi satıcıya çekişmeyi bildirerek (Türk YY. 49i.s.) bu savunmaları yapması, kendisinin zabta karşı sağlama istemi bakımından da önemlidir [9]. Ne var ki, İsviçre - Türk BY. 192, II/189 II ye göre: «Alıcı, sözleşme kurulurken zabt tehlikesini biliyor idiyse, satıcı, ancak bu yolda açıkca borçlanmış olduğu ölçüde sağlamak gerekir.» [10]. Öte yandan, İsviçre - Türk YY.970 III/928, 3 e göre de :

5) İsviçre-Türk BY. 82/81 deki sözleşmenin ödenmediği defî için, aşağıdaki ilk satır başına bakınız.

6) Bak. Ostertag, Art. 959, N. 12.

7) İsviçre BY. 179 a uygun olarak, Türk BY. 177 nin başlığındaki «İstisnalar» sözü ile bu maddenin 1 inci fıkrasındaki «müteferri haklar» sözü, (burada: «savunmalar» anlamında) «defiler» diye anlaşılmalıdır.

8) Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1956, s. 279/280.

9) Ostertag, Art. 959, N. 12.

10) İsviçre BY. nin Fransızcası ile Türk BY. nin bu maddenin başlığındaki «Zabta karşı sağlama (Gewährleistung, Garantie, te'minat)» başlığı, İsviçre

«Bir kimsenin bir tapu kütüğü yazımını bilmediği itirazı dinlenmez.» Bundan dolayı, üçüncü kişinin tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hak sahibince zabta karşı sağlama istemi, satıcının açıkça sağlamış olması durumunda uygulamsal (pratik) önem taşıyacaktır.

İsviçre-Türk BY.82/81 deki sözleşmenin ödenmediği (ödemelik) def'ine gelince, mülkiyetle birlikte karşı-haklar (satım sözleşmesinde, alım = iştirak, ön-alım = şuf'a, geri-alım = vefa haklarında satış akçası hakkı, irtifak kurma karşılığı, kira karşılıkları) da üçüncü kişiye geçmiş sayılmak; böylece mülkiyeti kazanan üçüncü kişi, borçludan kendisine geçen karşı-edim (akça) hakkını, İsviçre-Türk BY. 82/81 in burada örneksene, üstelik yeğlik yoluyla uygulanmasıyla, *kendi yararına, ne var ki ancak defi olarak ileri sürebilmek*, yani bu karşı-edim (akça) kendisine ödeninceyedek mülkiyeti geçirmekten, irtifak kurmaktan, kullandırma-yararlandırmadan kaçınabilmek gerekir [11]. Yoksa, mülkiyet üçüncü kişiye geçmişken, mülkiyetin geçirilmesinin karşı-edim hakkının gene borçluda, eski mâlikte kalması, böylece *Meier-Hayoz'un Art. 681, N. 268 de düşündüğü gibi üçüncü kişinin ancak tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hak sahibinin karşı-edimi geçirene (satıcıya, borçluya) daha ödemiş bulunduğunu defi yoluyla ileri sürebilmesi* [11a], bunun dışında tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hak sahibinin bu hakkını, üstelik üçüncü kişiye hiçbir akça vermeksizin üçüncü kişiye karşı ileri sürerek taşınmazı çekip alabilmesi, üçüncü kişinin ise ancak açıkça zabta karşı sağlamada bulunmuş olan satıcıya (borçluya) karşı sağlama istemini ileri sürebilmesi, hem dolaşık, hem de adalet duygusunu tam okşamayan bir çözüm olacaktı. İsviçre-Türk YY. nda bu konuda açık bir kural bulunmamakla birlikte, karşılaştırmalı hukukun da bize gösterdiği yol budur. Gerçekten, yukarıda § 3, IV, 5) te de belirttiğimiz gibi, Alman YY. 1100 e göre alıcı, satıcıya ödemiş olduğu satış akçası kendisine verilinceyedek nesnel (aynî) ön - alıcının mâlik diye kütüğe yazımını onamdan, taşınmazı da vermektan kaçınabilir. Alman YY. nda tapu kütüğüne şerh edilen ön-alım hakkında bu yolda açık bir kural olmadığından alıcının böyle bir kaçınma hakkı olup olmadığı tartışmalı ise de, bizce burada da alıcıya bu hak tanınmak gerekir. Fransız hukukunda olduğu gibi, eski

BY. nin almancasındaki: «Geçirilen hakkın sağlanması» başlığından daha doğrudur. — Türk BY. 189, II deki: «tahsisen iltizam ettiği kefalet hasebiyle mes'ul ve zâmin olur» sözleri ise, İsviçre BY. 192, II ye uygun olarak: «satıcı, ancak bu yolda açıkça borçlanmış olduğu ölçüde sağlamak gerekir» diye anlaşılmalıdır.

11) Bak. yukarıda § 3, IV, 5.

11a) Eğik dizilen bu sözler, yeni eklenmiştir.

YY. mız olan Mecelle'ye göre de, alıcının ödemiş olduğu satış akçası kendisine ödenmedikçe o nesne alıcıdan alınamaz. Türk Yargıtayı da 20/6/1951 günlü inançları birleştirme kararında yasal (kanunî) ön-alım hakkı dolayısıyla bu çözümü kabul etmiştir. Böylece, bu ilkeye, bütün bu çeşitli yasaların ortak bir adalet duygusunun anlatımı olarak tanıdıkları, ortak bir adalet ilkesi denilebilir [12]. *Ostertag*, *Leeman*, *Wieland* gibi yazarlar da bu düşüncededirler [13]; yalnız *Wieland*, Alman YY. 1100 de olduğu gibi, üçüncü kişi ancak kendi satış akçasını borçluya ödemişse, borçlunun karşı-edim hakkını kendi yararına defi olarak tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hak sahibine karşı ileri sürebileceğini söylemektedir. Buna karşılık, *Ostertag* ile *Leemann* ise, üçüncü kişinin kendisinin kendi satış akçasını ödemiş olup olmamasının bu konuda önemsiz olduğu düşüncesindedirler ki, bizce de bu düşünce daha doğrudur; üçüncü kişinin satıcıya kendi borcunu ödemiş olup olmadığı yolundaki iç ilişik, bir «res inter alios acta = başkaları arasında yapılmış iş» olarak, tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hak sahibini ilgilendirmemek, üçüncü kişinin defi hakkına etki etmemek gerekir. — Şu var ki, *Ostertag*, mülkiyetle birlikte karşı-istemlerin de üçüncü kişiye geçtiğini söylemektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bizce, üçüncü kişinin, borçludan mülkiyetle birlikte kendisine geçen karşı-edim hakkını kendi yararına, ne var ki *ancak defi olarak* ileri sürebilmesi gerekip yeter. Üçüncü kişi, tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hak sahibiyle kendisi borç ilişkisine girmiş, örneğin taşınmazı kendisi satmış olmadığı gibi, üçüncü kişiye gerçek bir örneğin satım alacağının geçirilmesi de söz konusu değildir. Üçüncü kişiye borç ta geçmiş olmadığından, üçüncü kişinin mülkiyetle birlikte kendisine geçen karşı-edim (akça) hakkını, ancak savunma yoluyla ileri sürebilmesi, hem «nimet, külfete göredir» ilkesine uygun düşer, hem de amacı karşılamağa yeter; meğer ki, örneğin satıcı, bu alacağını da üçüncü kişiye geçirmiş olsun. Bir de, tapu kütüğüne şerh edilen kira hakkı sahibi, taşınmazı zaten kullanmakta ya da ondan yararlanmakta idiyse, üçüncü kişinin kiracıdan zorunlu olarak doğrudan doğruya kira karşılığı isteminde bulunabileceği kabul edilmelidir. — Mülkiyetle birlikte karşı-haklar da üçüncü kişiye geçmiş sayıldığından, eski mâlikin bu karşı-edimler üzerindeki harcamaları (tasarrufları), özellikle kira karşılıklarını başkasına geçirmesi, ancak karşı-edim hakkının daha kendisinde doğ-

12) Bu konudaki kaynaklar için, gerekse 20/6/1951 günlü inançları birleştirme kararının yanlış yönlerinin eleştirilmesi için yukarıda § 3, IV, 5 e bakınız.

13) *Ostertag*, Art. 959, N. 13, 35; *Leemann*, Art. 681, N. 72; *Wieland*, Art. 681, Düş. 7, b.

muş olduğu ölçüde etkili olur, yoksa harcamada bulunanın mâlik bulunduğu süreyi aşan kira karşılıklarını başkasına geçirmesi etkisiz kalır. Eski mâlikin borçluyu borcundan kurtaran hukukî işlemleri de (gelecekteki kira karşılıklarını önceden alma ya da ibra), ancak bu ölçüde geçer [14]. — Mülkiyet, gene borçluda kalıp ta üçüncü kişiye yalnızca sınırlı nesnel (aynî) hak tanınmışsa, mülkiyetin geçirilmesini ya da irtifak kurulmasını amaçlıyan kişisel haklarda, karşı-edim hakkı da mülkiyetle birlikte gene borçluda kaldığından, tapu kütüğüne şerh edilen kişisel hak sahibinin bozucu-biçimleyici (yenilik doğuran) dâvasına karşı [15] üçüncü kişi defî yoluyla da bir karşılık istiyemez; şu var ki üçüncü kişiye intifa hakkı tanınmışsa, bu kişi, tapu kütüğüne şerh edilen kira hakkı sahibinin intifa hakkı tanınmasından sonraki kullanma-yararlanma istemine karşı defî yoluyla kira karşılığı isteyebilir, kiracı taşınmazı zaten kullanmakta ya da ondan yararlanmakta idiyse, doğrudan doğruya kira karşılığı isteminde de bulunabilir.»

Son olarak şunu da ekleyelim ki, Meier-Hayoz, tapu kütüğüne şerh edilen öncelikle alım hakkının konusu olan taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçirilmesi durumunda, geçirenin öncelikle alım sözleşmesinden doğan hak ve borçlarının da üçüncü kişiye geçeceğini, yani nesnel borç görüşünü benimsemiş [12], şu var ki öncelikle alım hakkının süresi içinde kullanılması durumunda geçirenin daha mülkiyetin geçirilmesinden önce ödemesi gereken borçlarına aykırılıktan, mülkiyeti geçirmiş olmasına rağmen sorumlu olmakta devam edeceğini de iler isürmüş [13], bundan başka nesnel borç görüşünde de üçüncü kişi için İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, mîd. 681, II/658, II, 2 deki bildirim borcunun bulunmadığını, çünkü bu borcun öncelikle alım olayının (satım sözleşmesinin) gerçekleşmesiyle, yani taşınmazın üçüncü kişiye geçirilmesinden önce doğduğunu söylemiş [14], ayrıca öncelikle alım hakkı sahibi herhangi bir nedenden dolayı üçüncü kişiden istemlerini (örneğin üçüncü kişinin ödeme güçsüzlüğü durumunda nesnedeki bozukluklardan sorumluluk istemlerini) tam olarak elde edemezse, geçirenin geri kalan için sorumlu olacağını, çünkü geçirenin öncelikle alım hakkı sahibine karşı vaktinde bildirim yapmaktan doğan zarardan sorumlu bulunduğunu, böylece geçirenin bu ikincil (tâlî) sorumluluğu karşısında tapu kütüğü-

14) Ostertag, Art. 959, N. 13.

15) Bak. aşağıda b.

12) Meier-Hayoz, adı geçen yapıt, Art. 681, N. 52.

13) Meier-Hayoz, adı geçen yapıt, Art. 681, N. 53.

14) Meier-Hayoz, adı geçen yapıt, Art. 681, N. 211/212.

ne şerh edilen öncelikle alım hakkının nesnel borç olduğu yolunda savunduğu görüşün, hak sahibi için de şahsına güvenmiş olduğu başlangıçtaki borçlusunun hak sahibinin isteği olmaksızın borçtan kurtulması yolunda tatminkâr olmayan bir sonuç doğurmayacağını savunmuştur [15].

Biz, Meier-Hayoz'un bütün bu düşüncelerine katılmıyoruz.

Gerçekten de, yukarda adı geçen yapıtımızda § 3, V te de belirtildiği üzere, borcun taşınmazla birlikte üçüncü kişiye geçmesi, bir yandan şerh kurumunun amacını aştığı gibi, öte yandan alacaklının ayrıca isteği olmaksızın, şahsına güvenmiş olduğu borçlunun borcundan kurtularak yerine alacaklının hiç tanımadığı başka birinin geçmesi, amaca yeterli de olmayacaktır. İmdi, yukarda I sonunda da belirtildiği üzere, Alman Yurttaşlar Yasası, § 571, II ye benzer bir kural bulunmayan İsviçre-Türk hukukunda geçirenin hak ve borçlarının taşınmazın mülkiyetiyle birlikte üçüncü kişiye geçtiği, yani nesnel borç görüşünün kabulü, taşınmazı başkasına geçiren başlangıçtaki borçlunun kendi isteğiyle girmiş olduğu borçtan sorumlu tutulamaması sonucunu zorunlu olarak doğururdu ki, böyle bir sonucun hiçbir biçimde tatminkâr olmadığı apaçıktır.

Meier-Hayoz, öncelikle alım hakkının süresi içinde kullanılması durumunda geçirenin daha mülkiyetin geçirilmesinden önce ödenmesi gereken borçlarına aykırılıktan, mülkiyeti geçirmiş olmasına rağmen sorumlu olmakta devam edeceğini söyleyerek geçirenin sorumluluğunun devam edeceği borçların çevresini daraltmaya çabalamışsa da, geçirenin öncelikle alım sözleşmesinden doğan bütün borçları zaten öncelikle alım olayının gerçekleşmesi, başka deyişle satım sözleşmesinin kurulması üzerine, yani mülkiyetin üçüncü kişiye geçirilmesinden önce ödenmesi gerektiğinden, bu çabası da boşuna bir çaba olmuştur.

Bunun gibi, Meier-Hayoz'un İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, md. 681, II/658, II, 2 deki bildirim borcunun mülkiyetin geçirilmesinden önce doğduğu gerekçesiyle nesnel borç görüşünde de üçüncü kişiye geçmeyeceği yolundaki düşüncesi de kabul edilemez. Gerçekten de, bu düşünüş doğru olsaydı, öncelikle alım sözleşmesinden doğan bütün borçlar satım sözleşmesiyle, yani mülkiyetin geçirilmesinden önce doğduğundan, üçüncü kişiye geçmemek gerekirdi ki, bu da nesnel borç görüşünün ortadan kalkması demek olurdu. Aslında nesnel borç görüşü benimsendiğine göre, taşınmazın mülkiyetiyle birlikte

15) Meier-Hayoz, adı geçen yapıt, Art. 681, N. 213/214, 259.

öncelikle alım sözleşmesinin yasal (kanunî) bir sonucu olan bildirim borcunun, gerekse bu borca aykırılıktan doğan sorumluluğun da üçüncü kişiye geçtiğinin kabulü zorunluydu.

Görülüyor ki, Meier-Hayoz'un bir yandan nesnel borç görüşünü benimserken, öte yandan bu görüşün sakıncalarından sıyrılmak için öncelikle alım sözleşmesinden doğan bir takım borçlarda mülkiyetin geçirilmesinden sonra da geçirenin ikincil sorumluluğunun devam edeceği ya da öncelikle alım sözleşmesinin yasal sonucu olan bildirim borcunun üçüncü kişiye geçmeyeceği yolunda gösterdiği kanıtlar, gerçek ve yeterli olmaktan tamamiyle uzaktır.

Son olarak, Meier-Hayoz'un, geçiren öncelikle alım hakkı sahibine karşı vaktinde bildirim yapmaktan doğan zarardan sorumlu bulunduğundan, öncelikle alım hakkı sahibi her hangi bir nedenden dolayı üçüncü kişiden istemlerini (örneğin üçüncü kişinin ödeme güçsüzlüğü durumunda nesnedeki bozukluklardan dolayı sorumluluk istemlerini) tam olarak elde edemezse geçirenin geri kalan için sorumlu olacağı yolundaki düşüncesi de yanlıştır. Gerçekten de, yukarıda belirtildiği üzere, nesnel borç görüşü kabul edildiğine göre, aslında, öncelikle alım sözleşmesinin yasal sonucu olan bildirim borcuna aykırılıktan doğan sorumluluğun da taşınmazın mülkiyetiyle birlikte geçirenden üçüncü kişiye geçmiş olduğunun kabulü zorunluydu. İmdi, bu zorunluğa aykırı olarak geçirenin vaktinde bildirim yapmaktan doğan zarardan sorumluluğunun devam ettiği farz edilse dahi, geçiren, öncelikle alım hakkı sahibine karşı ancak vaktinde bildirim yapmaktan doğan zarardan, yani vaktinde bildirim yapmamasıyla nedensellik (illiyet) bağı bulunan zarardan sorumlu tutulabilir; yoksa öncelikle alım hakkı sahibinin böyle bir nedensellik bağı olmadan uğradığı başkaca zararlardan sorumlu tutulamaz. Öyle anlaşılıyor ki, Meier-Hayoz'un bu yanlış düşüncüsü, İsviçre-Türk Yurttaşlar Yasası, md. 681, II/658, II, 2 deki satıcının satımı öncelikle alım hakkı sahibine vaktinde bildirim borcuyla İsviçre-Türk Borçlar Yasası, md. 197/194 ile sonrakilerdeki satıcının satılan nesnedeki bozuklukları alıcıya bildirim borcunu birbirine karıştırmaktan ileri gelmiştir. Ayrıca, aslında nesnel borç görüşüyle bağdaşmaz bir yolda, geçirenin sorumluluğunun devam ettiği kabul edildiğine göre, bu sorumluluğun neden dolayı ikincil bir sorumluluk niteliğinde bulunduğu da açıklanamaz.