

EŞYA HUKUKU İLE İLGİLİ İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI (1961 — 1965)*

Asistan Dr. Mustafa DURAL

.....Bu durumda mahkeme için, objektif ilişkilere ve özellikle uzun zamandan beri itiraz edilmeden iyi niyete göre kullanma şekline bakarak, geçit hakkının gerçek muhtevasını tesbitten başka yapacak bir şey kalmamıştır (İMK., mad. 738/TMK., mad. 711) (87)** ...

Katlandıran taşınmazın (hâkim gayrimenkulün) ihtiyaçlarındaki değişiklik, genel olarak hayat alışkanlıklarına uygun ise de, eğer irtifak hakkının kurulması zamanında böyle bir değişikliği tarafların hesaplamış olduğu sonucuna varılamaz ise, o zaman bu yeni ihtiyaçlar, İMK., mad. 739 (TMK., mad. 712) ye rağmen, katlanan taşınmazın (hâdim gayrumenkulün) maliki zararına karşılanamaz. (89) ...

BGE 87 II 85; ta. : 4 Nisan 1961

.....Bir alacak veya diğer bir hakkın rehinli olduğunu bilen borçlunun, rehnedene, sadece rehinli alacaklının rızası ile ödeme yapabileceğine dair, İMK., mad. 906/2 (TMK., mad. 875/c. 2) deki hüküm, bir miras payının rehnedilmesine, ne doğrudan ne de örnekseme yolu ile uygulanabilir. Nasıl ki, bir miras payının üçüncü kişiye devri, sadece devredene paylaşmadan düşen şeylerin devri için bir kişisel istem doğurmakta ise (1), rehinli alacaklı da, rehnetme ile, rehnedene karşı, sadece söz konusu şeyler üzerinde, bir rehin hakkının kurulması için bir kişisel istem elde eder (aynı anlamda **Tuor**, İMK., mad. 635/TMK., mad. 612, N. 17 ve **Escher**, 3. bası, İMK., mad. 635/TMK., mad. 612, N. 23). Rehnedenin birlikte mirasçıları ve vasiyeti tenfiz memuru, paylaşmada böyle bir istemi gözönünde bulundurmamak zorunda değildirler (228, 229).

Davacı, **Oftinger**'e dayanmaktadır (İMK., mad. 906/TMK., mad. 875, N. 21 ve mad. 899/mad. 868, N. 56). Bu yazara, İMK., mad.

* Kararlardan sadece Almanca olanlar çevrilmiştir.

** Parantez içindeki sayılar, BGE ciltlerindeki sayfeleri göstermektedir.

1. Bkz., MHUAD, yeni seri, yıl 1, No. 2, s. 225-226

906/2 (TMK., mad. 875/c. 2) nin öngördüğü bildirim etkisini, sadece gerçek anlamdaki alacak haklarının değil de, aynı zamanda, mad. 900/3 (mad. 869/2) ün öngördüğü ve -örneğin temettü dağıtımını gibi- bir borçlunun ödemesine eşit görülmesi gereken, üçüncü kişilere ifayı temin eden «diğer hakların» rehnedilmesinde de göstereceğini belirttiği daha önceki İMK., mad 900 (TMK., mad 869), N. 68 deki açıklamaları da gözönünde tutularak katılabilir.

Belirttiğimiz gibi, bir miras payının rehninde, tıpkı, nasıl bir payın devri, gerçek anlamda bir devir değil ise -bu hali ile devredilemeyen- pay haklarının bağlı olduğu özel düzenleme şekli dolayısıyla, gerçek anlamda bir rehnetme sözkonusu olmayıp, açıkladığımız gibi bununla, sadece rehnedene karşı, onun payına düşecek olan şeyler üzerinde bir rehin hakkının kurulması için kişisel bir istem elde edilmiş olur ki, bunun erine getirilmesini temin etmek, rehnedenin birlikte mirasçuları veya vasiyeti tenfiz memurunun ödevi değildir. Bu yüzden İMK., mad. 899 (TMK., mad. 868) N. 6 da «alacaklıya, tereke mallarının rehnedene verilmesi için, her halde rehnin birlikte mirasçı veya diğer ilgililere bildirilmesini» tavsiye eden **Homberger'e** katılmaya imkân yoktur. (mad. 906/2 mad. 875/c. 2 nin örneksenmesi) (229).

BGE 87 II 218; ta. : 6 Temmuz 1961

Taşınır mülkiyeti: Zilyedliğin hükmen teslimi yoluyla mülkiyetin kazanılması. Teslimi meşrut rehinle ilgili hükümlerin dolanıldığı, ancak bu gayenin her iki tarafla, özellikle kazananda da bulunması halinde kabul edilebilir.

Bir şeyin, özel bir hukukî ilişki sonucu, devredende kalması halinde, eğer bununla üçüncü kişilere zarar verme veya teslimi meşrut rehin hükümlerinin dolanılması gayesi güdülmekte ise, o zaman, İMK., mad. 717/1 (TMK., mad. 690) a göre, mülkiyetin devri üçüncü kişilere karşı geçersizdir. Buna, yargıç, İMK., mad. 717/2 (TMK., mad. 690/c. 2) ye göre takdir yetkisini kullanarak karar verir (77). Üçüncü kişilere karşı mülkiyetin geçersiz olması, ancak eğer dolanma gayesi her iki tarafta, fakat özellikle kazananda var ise, sözkonusu olur (krş. **Oftinger**, İMK., mad. 884/TMK., mad. 853, N. 228; **Scherer**, İMK., mad. 717/TMK., mad. 690 N. 60). Akti yapanların bu yönde belirli bir açıklamaları yok ise, bu gayenin var olduğu sonucuna, İMK., mad. 717/2 (TMK., mad. 690/c. 2) ye göre halin icabı gözönünde bulundurularak da varılabilir (BGE 78 II 211) (78).

Temyiz edenin delilleri ikna edici gözükmemektedir. İlk bakışta, BGE 87 II 211 vd. daki açıklamalar tabii davacının lehinde gözük-

mektedirler. Orada, yalın olarak, o hallerden hiç birisi sözkonusu olmaksızın, şartların var olması halinde, İMK., mad. 717 (TMK., mad. 690) da öngörülen şekilde bir dolanma işleminin bulunabileceği varsayımlar sayılmıştır, genel olarak (79):

— eğer taraflar mülkiyetin, teslimsiz devrinde, mülkiyetin geçmesini gerçekten istemekte, fakat bununla elde edilmek istenen ekonomik gaye, kazananın bir alacağını teminat altına almak ise. Yani, alıcı için satılan şeyin önemi yoktur, o, şeyi sadece, semen olarak ödemiş olduğu miktarın, taraflarca kabul edildiği gibi, geri verilmesine kadar, teminatı olarak elinde bulundurmamak istemekte ve böylece, alım-satım kendi gayesi olan mal değişimine hizmet etmeyip, teslimi meşrut rehin ile teminat altına alınan bir karz vermenin, iktisadî sonucunun, şeyin devri olmaksızın doğmasına sebep olmaktadır ve özellikle;

— eğer satılan şey, bir kira aktine dayanılarak belirli bir zaman için satıcıda bırakılmakta ve aynı zamanda, satıcının kira müddetinin sonunda, semeni geri ödeyerek, satılan şeyi geri alacağı üzerinde anlaşılmış ise veya;

— eğer kira akti belirli bir zaman için (periodik bir kira bedeli üzerinde anlaşma yapılarak) yapılmış ve satıcıya yine zaman yönünden sınırsız bir geri alma ve alıcıya, şeyin ödenen semen karşılığında geri verilmesi hakkı tanınmış veya;

— eğer belirsiz müddetle yapılan kira aktinde, satıcıya, hiç olmaz ise, satımdan geri dönmesi için sınırsız bir hak tanınmış ise, veya;

— satıcının kira veya geri alma hakkı müddetsiz olmamakla beraber, uzun bir zaman için kabul edilmiş ise.

Bu varsayımlardan biri bütün şartları ile var olsa bile, İMK., mad. 717 (TMK., mad. 690) anlamında bir dolanma işleminin varlığına, ancak, diğer bütün durumlar aksini göstermemekte ise varılabilir (İMK., mad. 717/2; TMK., mad. 690/c. 2) (80)...

BGE 88 II 73; ta. : 22 Mart 1961

Oturma (sükna) hakkı (İMK., mad. 776-778/TMK., 748-750). Aynı taşınmaz üzerinde, oturduğu evden çok az bir uzaklıkta plânlanmış olan yeni bir binanın yapılmasına oturma (sükna) hakkı sahibinin itirazı.

Taşınmazın maliki ile, taşınmazdaki irtifak hakkı sahibi arasındaki çekişmenin, komşuluk hukukuna göre değil de, sözkonusu olan irtifaka hâkim normlara göre çözülmesi gerekir...

Oturma (sükna) hakkından doğan istemler. İMK., mad. 745/2 (TMK., mad. 717/c. 2) ve prensip olarak, mad. 730 vd. (703 vd.) nın da, fakat özellikle, mad. 737/3 (mad. 710/2) gibi, kira hukuk normlarının da uygulanması.

Oturma (sükna) hakkı, sadece, üzerinde kuurlmuş olduğu yerin kullanılmasından ibaret değildir. Oturma (sükna) hakkı sahibi, bunun dışında, hakkın kurulduğu zamanda evde bulunan ve hayatının sonuna kadar da var olarak kalacağını iyi niyet kurallarına göre garanti edilmiş olarak bakabileceği belirli istifadeleri sağlayan oturmadan faydalanmanın, önemli ölçüde daraltılmamasını da istiyebilir...

Komşuluk hukuku, bir taşınmaz malikinin, taşınmazda bir aynı hak sahibi olan kimseyle ilişkilerine asla uygulanamaz, zira, bu halde bir komşuluk hukuku ilişkisi sözkonusu değildir. Aksine, taşınmaz maliki ile, aynı taşınmazdaki irtifak hakkı sahibi arasındaki çekişmelerde, irtifak hakkı sahasında kalınarak karar verilmek gerekir (krş. **Liver**, İMK., mad. 737/TMK., mad. 710, N. 119). Bunun dışında, Federal Mahkemenin bir çok defa karar verdiği gibi, sadece bir yapının varlığı, hiç bir zaman komşuluk hukukunun (İMK., mad. 684/TMK., mad. 661) öngördüğü etkiyi yaratmaz (BGE 88 II 363 vd.) (334-335)... Hukukî sebep olarak kabul edilmesi gereken, akit (İMK., mad. 971/TMK., mad. 929/c. 2) «bedelsiz olarak hayat boyunca oturma (sükna) hakkının» muhtevasını gereği kadar açıklamamaktadır. Bu yüzden, oturma (sükna) hakkının, İMK., mad. 776/777 (TMK., mad. 748/749) daki kanuni tanımından (Legaldefinition) hareket etmek gerekir (335)...

Yeni bina, plânlandığı şekli ile, davâliya, oturma (sükna) hakkı ile tanınmış olan hak sahasına bir tecavüz teşkil etmektedir. Temyiz edilen karar, bu hakkın kapsamını ve bundan çıkan, taşınmaz malikinin faaliyet sahasının sınırlarını değerlendirememektedir (336). Doğru olmayarak, İMK., mad. 679 (TMK., mad. 751) e yollama yapılmış ve plânlanan binaya rağmen, davâlinin oturduğu ev var olmakta devam ettiği için, oturma (sükna) hakkının gerçek konusu olan şey davâlinin elinden alınmadığından, oturma (sükna) hakkının ihlal edildiği kabul edilmemiştir (337).

Kural olarak, intifa hakkı hükümlerine göre değerlendirilmesi gereken, oturma (sükna) hakkı (İMK., mad. 776/2; TMK., mad. 748/2), oturma ile sınırlanmış olan kullanma yetkisine uygun olarak, tam bir faydalanma verir (krş. İMK., mad. 745/2; TMK., mad. 717)

(338). Bundan başka, «İntifa hakkı ve diğer irtifak hakları» ile ilgili faslın (İMK., mad. 745 ve 781/TMK., mad. 717 ve 753 arası), bir genel bölümü olmadığı için, mad. 781 (mad 753) de, sadece diğer irtifak haklarına uygulanacağı belirtilmiş olan hüküm, aynî irtifaklara da uygulanır; ancak bu rada intifa ve oturma (sükna) hakkının (inşaat ve kaynak haklarından farklı olarak) bir aynî irtifak hakkının konusu olamayacağı gözden uzak tutulmamalıdır (krş. **Liver**, İMK., mad. 730 ile 744/TMK., mad. 703 ile 716 ya ilk düşünceler, N. 18). Özellikle 3 (2). fıkrasına göre, yükümlünün, irtifak hakkının kullanılmasını engelleyecek veya zorlaştıracak olan bir harekette bulunamayacağı belirtilmiş olan İMK., mad. 737 (TMK., mad. 710), bütün irtifaklara uygulanır (krş. **Liver**, İMK.'nun 21. başlığına (babına) giriş, N. 17, ayrıca N. 76).

Yeni binanın, Kanton Mahkemesi tarafından tesbit edilen etkileri, esasında, oturma (sükna) hakkının kapsamına giren yerlerin kullanılmasını bu hali ile ne zorlaştırmakta ne de engellemektedir. Ne varki, bu etkiler, davâlının, aktin yapıldığı zaman kendi hayat şartlarına ve yöresel duruma göre beklediği ve bu yüzden hâlâ da bekleyebileceği oturma (sükna) hakkından doğan faydalanmayı, önemli, beklenmeyecek ölçüde azaltacaktır. Burada, davâcının da bildiği gibi, davâlı için, hayatının son günlerini, o zamanlar oturduğu evde geçirmesi önemlidir. Oturmadan faydalanma için ise, önemli olan, sadece evin içindeki hayatın rahatlığı olmayıp, aynı zamanda -fizikî ve ruhi sağlık için- evin yakın civarındadır da. Güney yöndeki bir odasının penceresinin 1,5 metre yakınına gelen ve bir barikat olarak yükselen bina duvarına, oturma (sükna) hakkı sahibi katlanmak zorunda değildir (339)... Buna yeni binanın sebep olacağı akustik etkilerle birlikte, yapım zamanının gürültü ve tozunun da eklenmesi gerekir. Kaldı ki, Kanton Mahkemesinin kararı haklı olarak, davâlının konutunun bina değerinin de zarara uğrayacağını belirtmektedir. Konuttan faydalanmanın bu şekilde daraltılmasına davâlı, tıpkı bir kiracı gibi, katlanmak zorunda değildir. Kira hakkı ile oturma (sükna) hakkı arasındaki fark, birincisinin bir kişisel, ikincisinin ise bir nesnel ilişkiye dayanmasıdır (krş. **Leemann**, İMK., mad. 77/TMK., mad. 748, N. 9). Bunlar sahiplerine aynı ölçüde faydalanma hakkı verirler ki, bu hakkın kullanılması, sadece oturmaya yarıyan oda ve yerlerden faydalanmayı temin etmeyip, aynı zamanda ışık ve görüş imkânını, civardan gelecek zararlı etkilere karşı muafiyeti ve konutta bulunan bazı fayda ve konforu da kapsar. (340)...

BGE 88 II 331; ta. : 20 Eylül 1962

Umuma mahsus sulardaki eski hukuka göre kurulmuş olan su hakları. Bunlar irtifak hakkı sayılırlar. Muhtevalarının, kural olarak, yeni hukuka göre değerlendirilmesi gerekir...

Eski su hakları, umuma mahsus sular üzerinde kurulmuş olan özel hukuk haklarıdır (krş. BGE 39 II 76; 60 II 483, 3 numaralı mülahaza; Leemann, 2. bası, İMK., mad. 6664/TMK., mad. 641, N. 62; Haab, mad. 664/641, N. 17, 23 ve 27; P. Liver, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in der Festschrift für Paul Gieseke, s. 226/27) (502)...

Davâcının eski hukuka göre kurulmuş olan su hakkı, tabii artık yürürlükte olmayan bir hukuk düzeninden doğmaktadır. Ancak, bunların kapsadığı yetkiler, bir irtifakın özelliklerini göstermektedir. Şu halde bunlar, bu gün yürürlükte olan, Eşya Hukuku düzeninde de temellerini bulabilecekleri bir hak olarak gözükmektedirler ve bu yüzden irtifak haklarına dahil edilmeleri gerekir (krş. Mutzner, 2. bası, İMK., son hükümler, mad. 17/2/Tatbikat kanunu, mad. 18, N. 13; Liver, a.g.e., s. 244 ve ZSR, NF, 71, I, s. 339... (BGE 63 I 10). Bunun sonucu olarak muhtevalarının, İMK., mad. 737 vd. (TMK., mad. 710 vd.) na göre tesbit edilmesi gerekir (krş. İMK., son hükümler, mad. 17/2/Tatbikat Kanunu, mad. 18; BGE 85 II 180/81j 86 II 247 vd.). Ancak, eski hukuktan gelen irtifakların, müşahhas muhtevalarının tesbit edilmesi için, bazan önceki hukukun kavram ve normlarına başvurmak gerekir (krş., yukarıda söz edilen kararlar ve Liver, İMK., mad. 737/TMK., mad. 710, N. 227) (503)...

BGE 88 II 498; ta. : 29 Kasım 1962

Sonraki (muahhar) rehnin, İMK., mad. 886 (TMK., mad. 855) e göre ihbarının, eğer rehnedilen şey, rehinli alacaklıda değilse, zilyedliği, gerek onun (rehinli alacaklı) gerek malik adına kullanan bir üçüncü şahısta (mutemet, Pfandhalter) bulunmakta ise, bu üçüncü şahsa yapılması gerekir.

....Sonraki rehnin, rehinli alacak hakkı sahibine ihbarının hukukî önemi hakkında farklı görüşler vardır. Leemann, (İMK., mad. 886/TMK., mad. 855, N. 1-3), bu normun, menkul rehninde genel kural olan teslimi meşrut rehin prensibini (İMK., mad. 884/TMK., mad. 853) ihlal ettiğini ileri sürmekte ve sonraki (muahhar) rehinde bir teslimsiz menkul rehni, menkul ipoteği görmektedir. Fakat haklı olarak, hâkim olan fikir, İMK., mad. 886 (TMK., mad. 855) da öngörülen

ihbarda, teslimi meşrut rehin prensibinin bir özel uygulama şeklini görmektedir, yâni bir zilyedliğin havalesi (krş. **Wieland**, İMK., mad. 886/TMK., mad. 855, Bem. 1 ve **Oftinger**, İMK., mad. 886/TMK., mad. 855, N. 3 ve sistematik kısımda N. 43; **Haffter**, Das Faustpfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte, tez, 1928, s. 44/45; **Homberger und Marti**, Schweiz. Jur. Karthotek, Nr. 672, s. 5.) (199). Federal Mahkeme bu fikre katılmış ve ihbarın gayesinin, rehnedilen şeyi normal olarak elinde bulunduran önceki rehin hakkı sahibini, sonraki (muahhar) rehin hakkı sahibinin mutemedi (Pfandhalter) yapmak olduğunu açıklamıştır (BGE 72 II 355). «Vasıtasız zilyedlik, bir müddet için önceki rehinli alacaklıda kalırken», sonraki rehinli alacaklı rehnedenin vasıtalı zilyedliğinden türeyen, yine bir vasıtalı zilyedlik kazanır (BGE 81 II 342). Şu halde niteli bir rehin zilyedliğinin temin edilmesi şartıyla birlikte, eşya hukukundaki devir prensibi yürümektedir. Bu, sadece rehinli alacaklıya bizzat teslim ile meydana gelmeyip, aynı zamanda zilyedliğin havalesi yolu ile de olur, fakat, eşya üzerinde fiili tasarrufu devredende bırakacak olan hükmen teslim yoluyla kurulamaz. Sonraki (muahhar) rehinde, bu işlemin taraflarının karşısına, rehinli alacaklı, eğer çoğunlukla olduğu gibi, rehin zilyedliğini bizzat kullanmakta ise, üçüncü şahıs zilyed olarak çıkar.

Eğer durum böyle değil de, rehnedilen şey, gerek rehnedeni (maliki) gerek rehinli alacaklıyı, mutavassıt olarak (Mittelsmann) zilyedlikte temsil eden bir üçüncü şahısta bulunmakta, yâni zilyedliği her ikis için kullanmakta ve şeyi, birine, ancak diğerinin rızası ile teslim edebilmekte ise (krş. **Homberger**, İMK., mad. 884/TMK., mad. 853, N. 216/17 ve **Leemann**, İMK., mad. 884/TMK., mad. 853, N. 68; **Homberger**, İMK., mad. 924/TMK., mad. 892, N. 9), o zaman İMK., mad. 886 (TMK., mad. 855) deki ihbar, zilyedliğin havalesine hâkim olan prensiplere uygun olarak, gerçek üçüncü şahıs zilyede yapılması gerekir. Bu kimse, rehinli alacaklı ve rehnedenden arasında, zilyedlikteki aracılık durumu (Besitzmittlerstellung) dolayısıyla, sonuncunun bağımsız fiili tasarrufu bertaraf edilmiş bir şekilde, rehinli alacaklıyı zilyedlikte temsil etmektedir (krş. **Oftinger**, İMK., mad. 884/TMK., mad. 853, N. 136) (200 - 201)

BGE 89 II 192, ta. : 25 Nisan 1963

İMK., mad. 975 (TMK., mad. 933) den doğan davâ :
Konusu, belirli şerhler ve hak doğurucu karakterdeki, beyanlar da olabilir.

...İMK., mad. 975 (TMK., mad. 933) e göre açılacak olan bir

davânın konusunun, sadece gerçek anlamıyla tescilin değil de, aynı zamanda İMK., mad. 975 (TMK., mad. 933) lafzının dışında, şerhlerin de, hiç olmaz ise belirli türlerinin, olabileceği doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmektedir (BGE 76 II 234; Wieland, İMK., mad. 975/TMK., mad. 933, Bem. 3f.; Ostertag, İMK., mad. 975/TMK., mad. 933, N. 8 ve Homberger, İMK., mad. 975/TMK., mad. 933, N. 12). — Tapu sicili yaprağının açıklayıcı kısmına giren (İTSN, mad. 78 vd./TTSN, mad. 85 vd.)— beyanlar için ise, bunların sadece açıklayıcı olduğu ileri sürülerek, İMK., mad. 975 (TMK., mad. 933) de öngörülen tapu sicilinin düzeltilmesi davâsının açılmayacağı kabul edilmektedir (krş. Homberger, İMK., mad. 975/TMK., mad. 933, N. 12; aynı şekilde, Schiller, Die Unrichtigkeit des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB, tez, 1927/28, s. 40 ve Harnisch, Die Grundbuchberichtigungsklage nach dem schweizerischen ZGB, tez, 1941, s. 28). Ancak bunun anlamı, hukukî duruma hiç veya artık uymayan yahut da konusuz kalmış olan beyanların yazılı olarak kalmak zorunda oldukları değildir. Aksine, eğer bunlar bir hak ile ilgili iseler, o zaman, çizimi (terkini) istemeye yetkili olan kimsenin, hakkını ortadan kalktığı beyanı üzerine veya bir mahkeme kararına dayanılarak çizilmeleri gerekir (krş. Homberger, İMK., mad. 946, N. 31). Ancak şüpheli olan husus, buradaki davânın, İMK., mad. 975/TMK., mad. 933 ün öngördüğü bir tapu sicilinin düzeltilmesi davâsının olup olmadığıdır. Buna, eğer, hukukî sebebin geçerli olmaması dolayısıyla iptal edilen beyanın hak doğurucu etkisi var ise ve bu sebeple İMK., mad. 971 (TMK., mad. 929) a göre tescil prensibine tâbi ise, olumlu cevap vermek gerekir. (209 - 210).

BGE 89 II 203; ta. : 14 Mart 1963

Bir önalım hakkından sonra tapuya şerh edilen alım hakkı, önalım hakkının kullanılması sonucu mülkiyetin devri sonunda, alım hakkı ile ilgili şerh silinmeyip, tapu sicilinde var olarak kalsa dahi, İMK., mad. 959/2 (TMK., mad. 919/2) nin öngördüğü eşyaya bağlı hak karakterini kaybeder.

.....İMK., mad. 959/2 (TMK., mad. 919/2) ye göre, kanunda öngörülmüş olmaları şartı ile, kişisel haklar şerh edilmekle, sonradan kazanılan her hakka karşı ileri sürülürler. Önümüzdeki olayda bunun anlamı şudur ki, temyiz edenin alım hakkı, önalım hakkı sahibinin, önalım hakkından sonra tapuya şerh edildiği için, mülkiyetin geçmesi ile birlikte, ona (önalıcıya) karşı etkisiz hale gelmiştir, yâni eşyaya bağlı borç karakterini kaybetmiş ve sadece satıcıya karşı, kuvvet-

lendirilmiş etkisi olmayan âdi bir alacak hakkı olarak devam etmektedir (Hombberger, İMK., mad. 959/TMK., mad. 919 N. 30 ve N. 41 vd.; Haab, İMK, mad. 681/82/TMK., mad. 658/59 N. 8 ve 46). Bu suretle, alım hakkının tapudaki şerhi yolsuz hale gelmiştir. Buna göre, önalım hakkı sahibi ve onun halefleri, her zaman çizimi (terkini) isteyebilirler ve alım hakkı sahibinin buna karşı koyması halinde, İMK., mad. 975/TMK., mad. 933 de öngörülen, tapu kütüğünün düzeltilmesi davâsını açabilirler (krş. Hombberger, İMK., mad. 959/TMK., mad. 919, N. 30) (399)...

Bir def'a taşınmaz, önalım hakkı sahibi tarafından kazanıldıktan sonra, alım hakkının yolsuzluğu tesbit edilince, zamanın geçmesi durumunda bir değişiklik yapmaz; zira, tapu sicilinin maddî duruma uydurulmasına yönelen istemler zaman aşımına uğramazlar. Ancak buna karşı, iyi niyetli üçüncü kişilerin kazanması, bozukluğun sonradan düzelmesi veya kazandırıcı zaman aşımı ileri sürülebilir. Bütün bu üç itiraz burada söz konusu olmamaktadır. Temyiz eden tabii iyi niyetine dayanmakta, alım hakkının 9 yıl itiraz edilmeksizin kütükte şerh edilmiş olarak kaldığını ileri sürmektedir. Ancak, İMK., mad. 973 (TMK., mad. 931) deki iyi niyetin korunmasının, kişisel haklara uygulanamayacağı bir tarafa, sadece üçüncü şahıs mükte-siplere uygulanır (Hombberger, İMK., mad. 973/TMK., mad. 931, N. 17) (401-402)...

BGE 90 II 393; ta. : 19 Kasım 1964

Tapu kütüğünün kilitlenmesi denince, bundan, genel olarak, belirli bir kütük sahifesinde, yeni bir talimata kadar veya belirli bir zaman içinde veya belirli bir olayın meydana gelmesine kadar, ya hiç tescil yapılmamasını (tapu kütüğünün tam kapanması; Kanzleisperre) veya bir veya belirli bir türden olan istemlerin, ana kütüğe tescil edilmemesini öngören, doğrudan doğruya tapu sicil memurluğuna yönelmiş bir mahkeme kararı anlaşılır. Tapu kütüğünün tam olarak kilitlenmesi Federal Medenî Hukuka yabancıdır; buna karşılık, özel bazı hallerde kısmî bir tapu kütüğünün kilitlenmesini Medenî Kanun kabul etmektedir (Hombberger, İMK., mad. 960/TMK., mad. 920 N. 2 vd ve oradaki, mad. 841/mad. 811 deki özel hükme yapılan yollama). Bu şekildeki kanunî istisnalar bir yana bırakılacak olur ise, İMK (TMK), tapu kütüğü tasarruflarına karşı, üçüncü şahsa sadece, mad. 959-961 (mad. 919-921) deki şerhler yolu ile bir korunma imkânı vermektedir. Şerh, tapu kütüğünü kilitlemez, fakat, söz konusu olan kişisel haklar ve bu suretle teminat altına alınmış olan harcama sınırlandırmalarına «sonradan kazanılan her hakka karşı ileri sürülebilme

imkânını» (İMK., mad. 959/2 ve 960/2/TMK., mad. 919/2 ve 920/2) ve muvakkat tescil ise, «hakkın sonradan kabul edilmesi halinde, muvakkat tescilin yapıldığı andan itibaren, aynı hüküm kazanmasını» temin eder (İMK., mad. 961/2/TMK., mad. 921/3) (418-419)...
kfG...mm ,ülkpinıszlığ... ELAÖINDRSOTU CMFHYP ELAÖIN...

İMK., mad. 960/1 (TMK., mad. 920/1) konusu söz konusu olan taşınmazları göz önünde tutmaktadır: Özellikle, mülkiyetin devri, irtifak hakkı veya taşınmaz mükellefiyeti kurma, İMK., mad. 959 (TMK., mad. 919) a göre kişisel hakların tapuya şerhi istemlerini; yâni, eğer nihai olarak tanınacak olurlarsa, tapu siciline etki yapacak istemler. Sırf kişisel nitelikteki, faydalanma ve kullanma hakları, özellikle, mad. 959 (mad. 919) a göre, şerh edilecekleri kararlaştırılmamış olan bayağı ve ürün kirası, nihai olarak kabul edilseler dahi tapu kütüğünde etki yapmazlar ve bu sebeple de söz konusu olamazlar (Hombberger, İMK., mad. 960/TMK., mad. 920 N. 11). Önümüzdeki olayda da söz konusu olan bundan başka bir şey değildir. Karıya, kocaya ait olan ev üzerinde, kullanma ve faydalanma için, sadece bir şahsi hak tanınmıştır. Malikten, satım, intifa hakkı kurma veya rehinle takyit etmesi gibi, tasarruflarda bulunmamasını isteme hakkı yoktur (Bu şekildeki bir istem, aynı oturma (sükna) hakkında dahi söz konusu olamazdı) (423)...

BGE 91 II 412; ta.: 10 Aralık 1965

Kantonun, kendi hüküm ve tasarrufu altında bulunan umuma ait suların taşmasından doğan sorumluluğu. İMK., mad. 664 ve 679 (TMK., mad. 641 ve 656), İBK., mad. 58 (TBK., mad. 58)

Devletin hükümranlık hakkı (umuma mahsus suların sahipsiz eşya sayıldığı hallerde de), İMK., mad. 679 (TMK., mad. 656) (ve aynı şekilde, İBK., mad. 58/TBK., mad. 58 in de) uygulanmasını haklı gösteren, bir bağımsız mülkiyete benzer, bir eşya üzerinde hakimiyet verir (krş. BGE 70 II 131; Meier-Hayoz, İMK., mad. 679/TMK., mad. 656, N. 69; L'Huillier, La responsabilité du propriétaire foncier selon l'art 679 du CCS, ZSR NF 71/1952, 84a/85a (479)

Bu sorumluluktan davacı, sırf mülkiyetini inkâr etmek suretiyle kurtulamaz. Aksine, İMK., mad. 664/2 (TMK., mad. 641/c. 2) ye göre, kanal çukurunun mülkiyetinin özel şahıslara ait olduğunu isbat etmesi gerekir (479)...

İMK., mad. 679 (TMK., mad. 656) ve İBK., mad. 58 (İBK., mad. 58) in uygulanması için esas olan kanal çukurunun bir umumî su olması yeterlidir. Yoksa, bunun sahipsiz bir mal olarak mı devletin

hükümranlığında olduğunun veya kantonun bunun üzerinde mülkiyet hakkının mı bulunduğu önemi yoktur. İsviçre Medenî Kanununun yapılması esnasında, umumî sular sahipsiz eşyadan sayılmıştı. Fakat, Medenî Kanunu uygulama kanunlarında bu hususun tesbit edilmediği kantonlarda, sular üzerindeki hâkimiyetin, hukuk düzeninin sınırları içinde cevaz verilmiş olan bütün hukukî yetkileri kapsadığı fikri, gittikçe daha fazla kabul edilmeye başlanmıştır; böylece kamu hukukundan doğan özel yetkilerden başka, bir malikin haklarını da kapsamaktadır. Bu görüş, doktrin tarafından da kabul edilmekte ve (bazı noktalarda ayrılınmakla beraber) kanton uygulamalarında da yürütmektedir (Liver, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren ZSR, NF, 71, I, s. 330-332). Bu suretle kanal çukurunda, Zürih kantonunun mülkiyetinde olan umuma ait su niteliğinin bulunduğu görülmektedir (482)...

Fakat söz konusu olan olayda, kantonun, İMK., mad. 679 (TMK., mad. 656) ya göre sorumlu olması için şartlar yerine gelmiş değildir. Zarar, davâcının mülkiyet hakkını aşmış sayılacak bir hareket tarzından doğmuş değildir; aksine, zarar, bir tabiat olayı, beklenmeyecek derecede çok fazla yağmur yağmasından doğmuştur. Bir tabiat olayının zararlı sonuçlarını engellemek için tedbir almamış olan bir malik, mad. 679 (mad. 656) ya göre sorumlu tutulamaz (484)...

BGE 61 II 323 de, özel olarak s. 326 da, İBK., mad. 58 (TBK., mad. 58) in, İMK., mad. 679 (TMK., mad. 656) karşısındaki uygulama alanını şu şekilde sınırlandırmıştır: İBK., mad. 58 (TBK., mad. 58) söz konusu olan yapıt (Werk) (örneğin bir caddenin kullanılmasında cadde) ile temas eden kişinin veya taşınır eşyanın zarar uğramasına hasredilmiştir; «buna karşılık, bir caddenin varlığından veya kullanılmasından, komşu taşınmazların zarar uğraması halinde uygulanmaz». İBK., mad. 58 (TBK., mad. 58) bu şekilde dar olarak yorumlanacak olur ise, o zaman taşınmaz mülkiyeti zarara uğramış olan davâcı, bu hükme dayanamayacak, sadece yukarıda açıkladığımız gibi (bu olayda davâlının sorumluluğuna esas teşkil edemeyecek olan), İMK., mad. 679 (TMK., mad. 656) yı ileri sürebilecektir... Buna gerekçe olarak, taşınmaz mülkiyeti zarara uğrayan kimsenin, Borçlar Hukukuna değil de, Eşya Hukuku normlarına, yani komşuluk hukuku ve buna ilişkin İMK., mad. 679 (TMK., mad. 656) daki sorumluluk hükümlerine dayanması gerekecektir (485)...

Ancak bu ayırım kabul edilemez. Bizzat Federal Mahkeme (hatta, BGE 61 II 323 vd. deki kararı veren dairesi), bundan 28 Mart 1944 tarihli kararında geri dönmüş, bir yapı noksanı sonucu davâcı-

nın taşınmazının zarar uğramasına sebep olan davâlıyı, İBK., mad. 58 (TBK., mad. 58) e dayanarak zararın tazminine mahkum etmiştir. Ayrıca, bir çok yazar, sorumluluğun yapı noksanı ile sınırlandırılmasına itiraz etmişlerdir (Oftinger, Haftpflichtrecht, II, s. 16, dn. 38; Liver, Die nachbarrechtliche Haftung des Gemeinwesens, ZBJV, 99, s. 247, dn. 1; Stark, Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, s. 225)... Fakat, yapı noksanının, eğer bir komşu taşınmaz zarar görmekte ise, doğrudan doğruya, İBK. mad. 58 (TBK., mad. 58) e göre bir sorumluluk sebebi olarak göz önüne alınması doğrudur. Şu halde, eğer, bu iki sorumluluk sebebinin varlığını kabul etmekte ise, zarar gören, İMK., mad. 679 (TMK., mad. 656) nın yanında, İBK., mad. 58 (TBK., mad. 58) e de birlikte, veya, eğer, bir tek sebebine hasretmek istiyor ise, bir veya diğer kanun normuna dayanmakta serbesttir. Bir komşu taşınmazın, kötü yapılmış veya kötü bakılmış bir yapıdan dolayı zarar uğraması halinde, hassaten İMK., mad. 679 (TMK., mad. 656) ya dayanmaya ve eğer bunun şartları yok ise, İBK., mad. 58 (TBK., mad. 58) in sadece kişi veya taşınır malların zarara uğraması halinde uygulanabileceğini kabul ederek, zararın tazmini talebini redetmeye hiç bir şey zorlamamaktadır (486) Yapıt sahibinin sadece kişilere verilen zararlardan değil de, eşyaya verilen zararlardan da sorumlu olacağını, İBK., mad. 58 (TMK., mad. 58) in ruhunda bulunduğu şüphesizdir. Fakat, taşınmazlara verilen zararların, neden bundan istisna edilmesi gerektiği anlaşılammamaktadır. Sadece, bu şekildeki zarar hallerinde, çoğunlukla, İMK., mad. 679 (TMK., mad. 656) nın uygulanması daha yakın gözüktür ve bu hükümlere göre tazminat istemi kabul edilince, o zaman, İBK., mad. 58 (TBK., mad. 58) e göre bir istemin şartlarının da varlığının ayrıca incelenmesine lüzum kalmaz. Fakat, bir istemlerin yarışması (Anspurchskonkurrenz) vardır ve İBK., mad. 58 (TBK., mad. 58) in uygulanması mülkiyet hakkının aşılması ve yapıt noksanının aynı zamanda değil de, ikinci sorumluluk sebebinin tek başına var olması halinde, özellikle söz konusu olur (487).

BGE 91 II 474; ta.: 14 Temmuz 1965

KISALTMALAR:

a.g.e. = Adı geçen eser. — Bem. = Bemerkung — BGE = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. — bkz. = Bakınız. — c. = Cümle. — İBK. = İsviçre Borçlar Kanunu. — İMK. = İsviçre Medeni Kanunu. — İTSN. = İsviçre Tapu Sicil Nizamnamesi. — krş. = karşılaştırınız. — Mad. = Madde. — MHUAD. = Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. — N. = Randnote. — NF. = Neue Folge. — s. = Sahife. — ta. = Tarih. — TBK. = Türk Borçlar Kanunu. — TMK. = Türk Medeni Kanunu. — TTSN. = Türk Tapu Sicili Nizamnamesi. — ZBJV. = Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. — ZSR. = Zeitschrift des schweizerischen Rechts.