

NİSBE HAKLARIN GÜÇLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Rona SEROZAN

Malvarlığı hukukumuzun dokusundaki temel karşıtlık, mutlak aynı hak - nisbi alacak hakkı karşıtlığıdır. Kökeni Roma hukukunun «actio in rem» - «actio in personam» ayırımına dek uzanan keskin ve keskin bir kütuplaşmadır bu. Günümüzde, Medeni Kanunun «Aynı Haklar Kitabı» ile «Borçlar Kanunu» başlıklarıyla yarılışında en çarpıcı biçimiyle uç verir. Beraberinde de, a) borçlandırıcı sözleşme - aynı tasarruf sözleşmesi ayırımını, b) nisbi alacak haklarında alabildiğine geniş bir tip ve muhteva serbestliğine karşılık, mutlak aynı haklarda «kayıtlı sayı» (numerus clausus), tipe bağlılık, özellik (belirlilik) ve kamuya açıklık (aleniyet) ilkelerinin geçerliliğini ve de c) iyi niyetle hak kazanma olanağının nisbi alacak haklarında kapalı tutulmasına karşılık, mutlak aynı haklarda açık tutulması kuralını getirir.

Artık yerleşmiş sayılabilir bir tanımla ve bir «hukuki soyutlama» ile, «aynı hak», konusunu oluşturan eşya üzerinde dolaysız (vasıtasız) bir egemenlik (hâkimiyet) sağlayan ve herkese karşı etkili olan bir «mutlak» haktır. Başta mülkiyet aynı hakkı olmak üzere, sınırlı aynı haklardan irtifak ve rehin haklarını çağrıştırır (1).

Aynı hakkın tam karşısında yer alacak hakkı ise, salt «borçlu» sıfatını taşıyan ferden belirlenmiş bir kişinin aracılığı ile, onun iradesi ve davranışı ile gerçekleştirilebilen ve ancak bu borçlu-kişiyeye karşı etkili kalan «dolaylı» (vasıtalı) ve «nisbi» (görelî) bir haktır.

(1) Kişilik hakkı ve gayrimaddi mallar (fikri ve sınai değerler) üzerindeki haklar gibi «aynî» nitelik taşımayan «mutlak» haklar konumuzun dışında kalır.

Nisbî alacak hakkı sahibinin, borçlusunun ne şahsı ne de edim eylemi (davranışı) üzerinde herhangi bir iktidarı yoktur (2). Hatta alacak hakkının (edimin) konusu, bir eşyanın verilmesini isteme niteliği taşısa bile, bu hakkın sahibinin eşyaya ilişkin hiçbir egemenliği, eşyaya el uzatma önceliği söz konusu olamaz. Böyle bir durumda, eşya üzerindeki tekelci (inhisari) egemenlik, eşyayı elinde tutan borçlunundur. Nisbî alacak hakkının (edimin) konusuna veya bu edimin borçlusunun şahsına, sorumluluğu gerektirecek bir eylemle zarar veren üçüncü kişiden, haksız fiil zarar - giderimini, kural olarak, ancak, şahsı ve edim konusu üzerinde dolaysız bir egemenliği bulunan mutlak hak sahibi isteyebilir.

Nisbî alacak hakkından söz edilince, akla hemen alıcının satın almış bulunduğu malın teslimini isteme hakkı ile kiracının kiralandıktan yararlanma hakkı gelir. İşaret edeyim ki, nisbî alacak haklarındaki tip ve muhteva serbestliği karşısında, bu hakların, aynı haklarda olduğu gibi, tam bir listesini çıkarmak olanak dışıdır.

Salt belirli bir kişiye karşı ileri sürülebilecek «nisbî hak» denince, akla yalnız alacak hakları gelmemelidir. Romalı hukukçular tarafından bilinmeyip pandekt hukukçularının bir buluşu olan «yenilik doğurucu (inşai) haklar» da salt nisbî güç taşıyan haklardır. Öyle ki, geri alma, fasih, dönme, iptal, önalm; alım ve geri alım soyundan bir yenilik doğurucu hakkın, sahibine sağladığı yetki de, sadece hukukî ilişkinin böyle bir yenilik doğuran hakka bağımlı (tabi) bulunan edilgen öznesine (pasif süjesine) karşı etki doğurabilecek, sadece ona karşı kullanılacak bir yetkidir.

Yenilik doğurucu hakkın alacak hakkından farklı gücü, kendisini, hukukî ilişkinin edilgen öznesine karşı söz konusu olan etkinliğinde gösterir. Şöyle ki, yenilik doğuran bir hakkın muhatabı, adeta bir «bizzat ihkakı hak» ayrıcalığı ile silâhlanmış sayılabilecek olan yenilik doğurucu hakkın sahibi karşısında, eli kolu bağlı, bağımlı bir kişi olur. O, yenilik doğurucu hakkın sahibinin tek yanlı bir irade bildirimi sonucunda bir hukukî ilişkinin kurulmasına, değişmesine ya da tasfiyesine katlanacak, boyun eğecektir. Hak sahibi tarafından istenen hukukî sonucun doğmasında, onun iradesine,

(2) Bu nedenle, «nisbî haklara», hakkın konusunun «şahıs» olduğu izlenimini yaratacak yolda «şahsî (kişisel) hak» demek de doğru görülmemektedir. Nisbî hakkın konusu ne «aymı»dır (nesnedir) ne de «şahıs»tır (kişidir).

kabulüne, herhangi bir davranışına hiç yer yoktur. Yenilik doğuran hak muhatabının gerçekleştirecek herhangi bir borcu mevcut olmayıp, sadece kabulleneceği (sinesine çekeceği) bir yeni hukukî ilişki vardır.

Alacak hakkı ile yenilik doğuran hakkın bizi asıl ilgilendiren değişmez ortak özelliği, vurgulayarak yineleyelim, bu hakların salt hukukî ilişkinin ferden belirlenmiş «yanına», edilgen öznesine karşı ileri sürülebilmeleridir. Alacak hakkı sadece borçluya, yenilik doğuran hak da sadece hukukî ilişkinin bağlı - bağımlı kişisine yöneltilebilecektir «nisbî» güçte bir hukukî silâhtir; hukukî ilişkinin dışında kalan üçüncü kişileri hiç ilgilendirmez, tedirgin etmez.

Bu hukukî gerçekliğin, istisnasız bütün hukukî olgular gibi, toplumun maddî, ekonomik yaşamında yatan köklü bir nedeni vardır: Eğer alacak hakları da aynı mülkiyet hakkı gibi herkese karşı etkili bir hak sayılsaydı, o zaman bireysel, özel mülkiyet kurumu ile birlikte meta üretimi de yitip giderdi. Öte yandan, iki kişi arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklanan hakkın, bu hukukî ilişkinin dışında kalan üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi (nisbilik ilkesi), tıpkı aynı tasarruf sözleşmelerinin borçlandırıcı sözleşmelerden (objektif causa'dan) soyutluğu ilkesi gibi, alışveriş hayatının kararlılık ve güvenlik içerisinde işlemesine hizmet eder; üçüncü kişileri bilinmedik ve beklenmedik istemlere boy hedefi olmaktan uzak tutar.

∴

Alacak haklarıyla yenilik doğuran haklara egemen temel ilke «nisbilik» olmakla birlikte, hukukumuzda, bu nisbî hakların güçlendirildiği, üçüncü kişilere karşı da etkili kılınıp, adeta «aynıleştirildiği» haller de vardır (3).

(3) Üyelik ilişkilerinden doğan üyelik hakları ile modern hukuk anlayışına göre nisbî hak olarak karşılanan velâyet hakkı ve evlilik birliğinden kaynaklanan evlilik hakları soyundan özel nitelik taşıyan nisbî hakların güçlendirilmesi ve sözgelimi «evliliğe tecavüz dâvası» (Ehestörungsklage)nın evlilik bağının dışında kalan üçüncü kişiye karşı açılabilip açılmayacağı sorunu inceleme konumuz dışında tutulacaktır. (Alman hukukunda son derece tartışmalı olan bu sorun üstüne bk. LEHMANN/HEINRICH, Deutsches Familienrecht, Berlin, 1967, s. 75; BEITZKE, Familienrecht, München, 1968, s. 55; BOEHMER, AcP 155, 181; LÖWISCH, Der Deliktsschutz relativer Rechte, Berlin, 1970, s. 173 i.s.)

1) Nisbi hakları güçlendiren, onları borç ilişkisinin dışında kalan yabancı üçüncü kişilere karşı da etkili kılan hukukî araçların başında «zilyetlik» gelir.

Bir kere, nisbi alacak hakkı sahibi, taşınır veya taşınmaz eşyanın zilyetliğini elde ettiği andan itibaren, kimden gelirse gelsin, zilyetliğindeki eşyaya yönelik bütün «gasp» ve «tecavüz» fiillerine karşı kuvvet kullanabilir. Hatta soyut (mücerret) zilyetliğini koruyan dava (possessorium) aracılığı ile, zilyetliğine yönelik bir tecavüzün kaldırılmasını (ref'ini) veya gasp yoluyla zilyetliğinden çıkarılmış eşyanın iadesini sağlayabilir. (MK 894 i.s.)

Şu var ki üçüncü kişilere karşı da etkili olan bu himaye, başvurma şartları ve süresi yönünden pek sınırlı ve istisnai bir himayedir; pratik önemi gözde büyütülmemelidir.

2) Nisbi alacak hakkının üçüncü kişilere karşı zilyetlik aracılığı ile çok daha etkili bir yoldan korunması, MK 902/904 kurallarında öngörülmüş «zilyetliğe haklılık» (menkul) davası (petitorium) sayesinde mümkün olur (4). Şöyle ki, nisbi güçte bir alacak hakkına sahibolan kişi, üzerinde zilyet bulunduğu taşınır eşya, rızası dışında elinden çıkacak olsa ya da gönül rızasıyla elinden çıkmış olmakla beraber devreden tasarruf yetkisizliğine ilişkin bir kötü niyeti bulunan üçüncü bir kişinin eline geçecek olsa, sözü geçen taşınır eşyayı MK 902/904 kuralları sayesinde haksız zilyedenden geri isteyebilir.

3) Türk hukuk öğretisinde şimdilik azınlıkta kalan hukukçular tarafından savunulan son derecede dikkate değer bir görüş, zilyetliğe, aynen Alman hukukundaki gibi, hiç değilse savunma planında, nisbi hakkı güçlendirici daha da kapsamlı bir etki bağlamaktadır. Bu görüş çerçevesinde, şimdiye dek yalnız aynı hak sahibi zilyet tarafından kullanılabilir bir «talep püskürtücüsü» olarak karşılanan MK 892 III kuralından, nisbi alacak hakkı sahipleri de yararlandırılır. Onlar da, zilyetliği havale edene karşı hangi nedenlerden dolayı teslimden kaçınabiliyorlarsa, aynı nedenlerden

(4) Bu nedenle, zilyetliğin nisbi hakkı güçlendirici işlevini salt «soyut zilyetliğin korunması» (MK 894 i.s.) çerçevesinde ele alan KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU'nun (tamamlanmamış Borçlar Hukuku Dersleri, s. 28'deki) açıklamaları vahim bir boşluk taşımaktadır.

dolayı, zilyetliğin havalesi yoluyla aynı hak kazanmış (üçüncü) kişiye karşı da teslimden kaçınabilirler (5).

İşaret etmek gerekir ki taşınmazlarda kamuya açıklık ve hak karinesi, «şey zilyetliği»ne değil de tapu kütüğündeki «sicil zilyetliği»ne bağlandığı için, taşınmazlarla ilgili nisbi haklara sahip bulunan alacaklılar, ne MK 902/904 kurallarının (adı üstünde) «menkul» davasından ne de MK 892 III kuralının talep püskürtücü silâhından yararlanamayacaklardır (6).

Özellikle nisbi alacak hakkı sahibi taşınmaz kiracıları için kendisini bu eksiklik yüzünden şiddetle duyuran ihtiyaç, BK 254 II kuralı eliyle kısmen, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun mad. 7 bent d kuralı eliyle de tamamen karşılanır.

4) BK 254 II kuralı olsun, 6570 sayılı Kira Kanunu mad. 7 bent d kuralı olsun, taşınmaz üzerinde kiracılık hakkına sahip bulunan kişiye, bu nisbi hakkını sadece kira sözleşmesinin borçlusu (tarafı) sıfatını taşıyan taşınmaz malikine karşı değil, fakat taşınmazın el değiştirmesi durumunda, kira ilişkisine yabancı «üçüncü kişi» sıfatını taşır yeni malike karşı da ileri sürme olanağının kapısını açmaktadır.

BK 254 II'ye göre, «kiralanan şey bir gayrimenkul olduğu takdirde, akit daha evvel feshe müsait olmadıkça, kanunen ihbar caiz olan miada kadar üçüncü şahıs kiraya riayet etmekle mükellef tutulur.»

Bu alanda daha da ileri giden 6570 sayılı Kira Kanununun 7 nci maddesinin d bendine göre ise, «gayrimenkulü Medeni Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimse», kiracıyı ancak bu gayrimenkulü «mesken» veya «işyeri» olarak «kullanma ihtiyacı»nda bulun-

(5) Bk. TEKİNAY, Eşya Hukuku, İstanbul, 1967/68, s. 59/60; ACEMOĞLU, Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul, 1970, s. 7'deki dipnotu 15.

(6) Netekim MK 905'e göre, «tapu siciline kaydedilmiş olan gayrimenkuller için hak karinesine istinat etmek selâhiyeti ancak kendi lehine tescil vaki olan kimseye ait olur.» Ayrıca bk. DULCKEIT, Die Verdinglichung Obligatorischer Rechte, Tübingen, 1951, s. 20; krş. ama OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1974, s. 71.

Tapuya kayıtlı bulunmayan taşınmazlarla ilgili özel görüş ve öneriler saklıdır. Krş. ACEMOĞLU, Türk hukukunda tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkullerin hukuki durumu, s. 103; TEKİNAY, Eşya Hukuku, İstanbul, 1967/68, s. 119/20.

duğu takdirde ve bu halde bile, ancak «iktisap tarihinden itibaren 1 ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihtarname ile haberdar etmek şartıyla, altı ay sonra» tahliye ettirebilir.

Taşınmazlarla ilgili nisbî alacak hakkı sahipleri için kendisini duyuran etki güçlenmesi ihtiyacının nisbî hakların tapu kütüğüne serhedilmesi suretiyle daha köktenci (radikal) bir yoldan nasıl karşılandığı, ileride özel olarak ele alınacaktır.

5) Nisbî alacak hakkını güçlendiren, bu hakkı borç ilişkisinin dışındaki üçüncü kişiye karşı da etkili kılan bir hukuki araç da BK 41 II kuralında saklı bulunmaktadır.

Gerçekten de «ahlâka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek (kasden) sebebiyet veren şahıs (keza-lik) o zararı tazmine mecburdur» yolunda bir hüküm içeren BK 41 II kuralı, bir mutlak egemenlik hakkına tecavüzün varlığını gerektirdiği kabul edilegelen ve en azından, her çeşit nisbî hak ihlâllerine haksız fiil sorumluluğunu bağlama amacı gütmeyen kesinlikle söylenebilecek olan BK 41 I kuralının haksız fiile ilişkin eksik himayesini tamamlamakta, nisbî alacak haklarına da yaydırmaktadır (7).

Haksız fiil sorumluluğunun çerçevesini genişleten BK 41 II kuralını harekete getirebilecek olgulara şöyle bir örnek verilebilir: Bir Hukuk Fakültesi öğrencisi, ertesi gün gireceği önemli bir sınav

(7) Haksız fiilin «hukuka aykırılık» ögesini, «mutlak hakkın hukuka uygunluk nedeni mevcut bulunmaksızın ihlâli» soyut, nesnel olgusu ile yetinmeyip, öznel (sübjektif), düzgüsel (normatif) ve ereksel (gai) bir açıdan değerlendiren modern görüşe göre, belirleyici kriter olarak yasanın korumayı amaçladığı menfaatler ile failin eylemindeki irade ön plâna geçer. Özel olarak, yasa içinde korunmaya «muhtaç» ve «lâyık» menfaatler, giderilecek zararın kalemlerini ve bu arada mahsubedilecek kalemleri, zarar-giderimin alacaklısını ve eylem ile zarar arasındaki nedensellik (illiyet) ve hukuka aykırılık bağlantısını belirlediği gibi, hukuka aykırılık ögesini de belirler. (Normzwecklehre, Theorie der Normrelevanz, Theorie der Schadenszurechnung; bk. FİKENTSCHER, Das Schuldrecht, § 49 III).

İşte bu modern bakış açısından da, nisbî alacak haklarının hodbehod haksız fiil hükümlerinin himayesi altına alınamayacağı, yasanın sorumluluk hukukunda büttüğü amaçlara, zarara uğrayanın korunma ihtiyacının bulunmayışına ve sorumluluk hukuku sistemi ile malvarlığı hukuku sisteminin bölümlü, ikici yapısına dayanılarak kabul edilir.

için kendisi indinde hayatı bir değer taşıyan ve hiçbir yerde bulunamayan ders notlarını bir arkadaşından satın alıyor. Aslında, Hukuk Fakültesi öğrencisinin, arkadaşı ile kendisi arasında kurulmuş bulunan borçlandırıcı satım sözleşmesinden doğmuş alacak hakkı, salt satıcı arkadaşına karşı ileri sürülebilecek bir nisbi haktır. İmdi, o, ders notlarının kendisine teslimini ve eğer teslimden kaçınılırsa bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini ancak satıcı arkadaşından isteyebilecektir. Gelgelelim, bir üçüncü öğrenci, adı geçen alıcı öğrenciye karşı beslediği özel bir kinin ya da kıskançlığın etkisi altında kalarak, sırf bu öğrenci arkadaşının sınavda başarısızlığa mahkûm edilmesini sağlamak amacıyla, doğrudan doğruya onun alacak hakkını hedef alan (kasdi) bir eylemle satıcının elindeki ders notlarını daha yüksek bir fiyat önerip satın ve teslim alacak veya bu ders notlarının zamanında teslimini başka yollardan engelleyecek olursa, o zaman, alıcı öğrenci, BK 41 II kuralına dayanarak, satıcı ile kendisi arasındaki sözleşme ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişiye karşı da, alacak hakkının «ahlâka mugayir bir fiil ile ihlâl edilip kasden zarara uğratılması»ndan ötürü bir «nakden» ve (çok daha önemlisi:) «aynen» tazminat talebine sahip kılınabilecektir (8).

İtiraf etmelidir ki BK 41 II hükmünün olağanüstü ağırlıktaki özel, nitelikli sübjektif şartı pek ender gerçekleşebilecek, gerçekleşse bile, bu sübjektif şartın varlığını ispat etmek hemen hemen olanaksız bulunacaktır. Bu nedenle, BK 41 II kuralının nisbi alacak haklarını güçlendirici işlevini gözde pek fazla büyütmemek yerinde olur.

Şu da var ki, BK 41 II kuralının bu pek dar çerçevesini Prusya hukukunun «ius ad rem» (eşyaya hak) kurumu eliyle genişletmek de hukuk sistemimizde mümkün görülmemektedir. «Ius ad rem», alacaklının, borçlusunun belirli bir eşyayı verme edimine ilişkin nisbi alacak hakkının, anılan hakkın varlığını bildiği halde, söz konusu eşyayı devralan kötü niyetli üçüncü kişiye karşı da etkili kı-

(8) Alman hukuku için krş. özellikle DUBİSCHER, JuS 1970, s. 6 i.s. BK 41 II (§ 826 BGB) hükmünün özel bir tezahürüne İş Kanununun 15 inci maddesinde rastlamaktayız. Anılan kurala göre, bir işçiyi ayartarak işvereninden ayıran ve kendi işyerine çeken bir işveren, eski işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisinin nisbi etki alanı dışında kalan bir «üçüncü kişi» sıfatını taşıdığı halde, ayarttığı işçinin hizmet edimi alacaklısının zararını gidermekle yükümlü olur.

lınmasını sağlayan bir haktır. Bu hak sayesinde, alacaklı, satın aldığı halde teslim almamış bulunduğu eşyayı, kötü niyetli kişiden de isteyebilmektedir (9).

Dikkat edilirse, burada, artık BK 41 II kuralındaki gibi özel ağırlıkta bir zarar verme kasdı aranmamakta, fakat sadece, üçüncü kişinin, alacaklının nisbî hakkının varlığını bilmesi şartı ile yetinilmektedir.

Alacaklı yararına Prusya hukukunda tanınmış olan bu olanak, modern hukuklarda nisbî alacak hakkını alışılmamış boyutlara kavuşturduğu ve son derece önemli ekonomik, maddî gereksinimleri karşılayan nisbî hak - mutlak hak ayırımını sulandırıp bu ayırım üzerine bina edilmiş bütün ilkelerle birlikte malvarlığı hukuku sistemimizi altüst edeceği için benimsenmemiştir. Bugün geçerli hukukumuzda, nisbî alacak hakkının üçüncü kişinin tecavüzüne karşı himayesi için, üçüncü kişinin sadece «kötü niyetli» olması yetmeyip, onun, fazladan, adeta «bozuk niyetle» (ahlâksızca) davranmış olması şartı aranmaktadır.

Bir sürü taahhüt işlemine girişmiş bir borçluyu, onun kişi varlığına veya malvarlığına tecavüz etmek suretiyle borçlarını yerine getiremez duruma düşüren üçüncü kişinin, vasıtasız - mutlak ege-menliğine tecavüz ettiği borçlu dışında, bu tecavüz yüzünden alacaklarından yoksun kalıp (salt dolaylı olarak zarara uğramış) sayısı onları, hatta yüzleri bulabilecek nisbî alacak hakkı sahiplerinin zararını gidermekle yükümlü tutulması, sorumluluk hukukumuzda tasavvuru olanaksız bir şeydir (10).

(9) Bk. SUNGURBEY, Kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi, İstanbul, 1963, s. 89/90; DUBİSCHAR, JuS 1970, s. 9 i.s.; NÖWİSCH, Der Deliktsschutz relativer Rechte, s. 109 i.s.

(10) Alacaklının alacak hakkını ihlâl eden üçüncü kişiye karşı BK 41 II'nin özel afırlıktaki şartları aranmaksızın, doğrudan doğruya BK 41 I'in (§ 823 BGB'nin) haksız fiil hükümleri çerçevesinde başvurabileceği yolunda daha ileri giden bir görüş için krş. ama HECK, Grundriss des Schuldrechts, § 150, s. 458'de anılan COSACK; ayrıca bk. GROSSEN, Mélanges en l'honneur de Schöenenberger, Fribourg, 1968, s. 121 i.s.; KOZIOL, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Wien und New York, 1967; LÖWİSCH, Der Deliktsschutz relativer Rechte, Berlin, 1970.

Nisbî hakların haksız fiil hükümleri elliyle korunmasına ilişkin 1970 tarihli bir doçentlik tezinde LÖWİSCH, bu çekişmeli konuda ilginç bir görüş savunur :

Kimi hukukçular, nisbi alacak haklarının borçlu ile alacaklı arasındaki nisbi ilişkinin dışına çıkarılıp temlik edildiği, intifa ya da rehin hakkına konu yapıldığı ve böylece alışverişe sokulduğu anda, artık farklı bir ağırlık, nitelikli bir güç kazandığını belirtmektedirler. Bu hukukçulara göre, böyle bir olasılıkta, alacaklının, borçlusunun şahsı ve edimi üzerinde olmasa bile, doğrudan doğruya «alacak hakkı» üzerinde, «bu hak yalnız benimdir, bana aittir» dediten «aitlik hakkı» (Zugehörigkeit, Rechtszuständigkeit, rechtliche Zuordnung) herkese karşı olmasa bile, hiç değilse, alacağı «haksız» ama «geçerli» olarak tahsil eden üçüncü kişiye karşı, mutlak aitlik haklarını koruma amacıyla öngörüldüğü söylenegelen haksız fiil hükümlerinin koruyucu kanatları altına alınır (11).

Alman sorumluluk hukukundaki yeni gelişmelere uygun yolda (krş. dipnotu 7) hukuka aykırılığı, hukuka uygunluk nedenlerinin mevcut bulunmadığı soyut, genel ve nesnel bir «zarar verme» (ihlâl) olgusu ile değil de, yasanın korumayı amaçladığı menfaatlere ve fallin somut zarar verme eylemine (davranışına) ilişkin öznel, düzgüsel, ereksel bir değer yargısı ile belirleyen yazara göre, çeşitli tipteki hakların herbirinin bu özgül anlamda hukuka aykırı olarak ihlâl edilip edilmediğini saptayabilmek için, yasanın söz konusu hak çerçevesinde, sahibine sağladığı ve onun yararına korumayı amaçladığı yetkilere ve de fallin eylemindeki amaca bakmak gerekir. İmdi, sahibine en geniş yetkileri sağlayan mülkiyet hakkının ihlallerinde hukuka aykırılığın ve buna bağlı olarak da haksız fiil sorumluluğunun kapsamı alabildiğine geniş olacak (bütün dolaylı veya dolaysız, «ihmalî» veya «kasdî» ihlâl fiilleri hukuka aykırı sayılacak), buna karşılık, sahibine daha kayıtlı yetkiler sağlayan sınırlı aynı hakların ve kişilik haklarının ihlallerinde hukuka aykırılık ve sorumluluk kapsamı biraz daralacak ve nihayet salt «edimi ele geçirme, hak üzerinde tasarruf etme ve edimi ele geçirdikten sonra da elde tutma» yetkisini veren nisbi alacak haklarının ihlallerinde bu kapsam büsbütün daralacak, sadece doğrudan doğruya hak sahibinin anılan yetkilerini hedef alan (kasdî) bir eylem (ddaysız, gaf bir ihlâl) haksız fiil hükümlerinin işlerliğini gerektirecek biçimde hukuka aykırı sayılabilecektir.

Bu özgül görüş ışığında, BK 41 I (§ 823 BGB) hükmünün nisbi alacak hakkının ihlâlindeki uygulanma alanı da genişleyecek ve BK 41 II (§ 826 BGB) kuralının özel ağırlıktaki şartları pratik önemlerini geniş ölçüde yitirerek, sadece, üçüncü kişilerin, borçluyu alacaklı ile arasındaki sözleşme ilişkisini hukuka uygun dönme veya fesih işlemleriyle tasfiyeye itelemesi olgularına uygulanacaktır. (Bk. LÖWISCH, s. 47 i.s. ve s. 138 i.s.)

(11) Bk. LEONHARD, Allgemeines Schuldrecht, s. 60 i.s.; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, § 2 II, s. 15; FIKENTSCHER, Das Schuldrecht, § 1 II 2, s. 4.

Bir hakkın herkese karşı etkinliğini kamuya açıklık (aleniyet) olgusunun bir sonucu olarak gören DULCKEIT'a göre, nisbi alacak hakları

Bu kadarcık bir açıklamayla karanlıkta kalmaya mahkûm gözüken bu özgün görüşü şöyle bir örnekle aydınlatmaya çalışayım:

Borçlu B'den 1000 lira alacağı bulunan alacaklı A1, bu alacağını A2'ye temlik ediyor. İşte böyle bir temlik ile, artık A2'nin, alacak hakkı üzerinde, onun alacağını düşürebilecek üçüncü kişilere karşı korunması olanaklı ve gerekli bir «alacaklılık» (Gläubigerschaft) konumu, bir «aitlik» Zugehörigkeit) kazandığı kabul ediliyor.

İmdi, eski alacaklı A1, alacağın A2'ye temlik edildiğinden habersiz bulunan borçlu B'den 1000 lirayı tahsil edip de iyi niyetli borçluyu koruyan BK 165 kuralı çerçevesinde, borçlunun borcunu ve onunla birlikte A2'nin alacak hakkını da düşürecek olursa, A2, alacak üzerindeki aitliğini, bu «haksız» ama «geçerli» tahsilâtı ile ihlâl eden A1'e karşı haksız fiil hükümlerini harekete geçirebilecektir. Bunun için de, BK 41 II'nin özel ağırlıktaki şartlarının varlığını ispat etmek gerekmez. BK 41 II yerine doğrudan doğruya BK 41 I (Alman hukukunda Par. 823 BGB) uygulanacağı için, «ihmal» derecesinde kalan bir kusur bile, A1'i haksız fiilden ötürü sorumlu kılmaya yetecektir.

Aynı çözüm, alacak hakkı üzerinde bir intifa hakkı ya da bir rehin hakkı kurulup da (bk. MK 745 i.s. ve MK 868 i.s.) böyle bir hakkın kurulduğundan habersiz olan borçlunun alacaklıya geçerli bir ödemede bulunması ve bu yoldan intifa ve rehin haklarını düşürmesi olasılığında da söz konusu olur (12).

Bunun gibi, «aynî ikame» (dingliche Surrogation) ilkesi (MK 722, 794 ve Ticarî İşletme Rehni Kanunu mad. 9 III) uyarınca, intifa hakkının, taşınmaz rehninin ve ticarî işletme rehninin konusunu oluşturan eşyanın yerini alan (kaim) kamulaştırma bedeli alacağı ile tazminat alacağı hakkının da iyi niyetli borçlunun tahsilâtını kabul eden alacaklı aleyhine BK 41 I çerçevesinde bir haksız fiil so-

üzerindeki «nisbî aitlik», bu haklar dış alemde tanınabilir hale geldiklerinde bir «mutlak aitlik» gibi korunabilir. (Bk. DULCKEIT, s. 11 i.s., 49 i.s., 60/61).

(12) Alacak üzerindeki intifa ve rehin haklarının, bu hakların konusunu oluşturan alacak hakkı ile aynı öz ve nitelikte haklar oldukları görüşü için bk. KÖPRÜLÜ/KANETİ, Sınırlı aynî haklar, İstanbul, 1972/73, s. 74 ile s. 380; DULCKEIT, s. 53 i.s.; von TUHR/SIEGWART, § 98, s. 821/22; WOLFF/RAISER, § 120 I, s. 482; § 175 I, s. 717/18.

rumluluğunun himayesi altında bulunduğu kabul edilebilir. Çünkü aynı ikame ilkesinin uygulandığı ölçüde, alacak hakları üzerinde doğrudan doğruya yasadan doğan bir intifa ya da rehin hakkı söz konusu olur (13).

Şu var ki, anılan bütün bu durumlarda, nisbi alacak hakkını ve böyle bir alacak hakkı üzerinde aynı nitelikteki intifa ve rehin haklarını yitiren hak sahibinin doğrudan doğruya bu hakkın yitirilmesine yol açan kişi ile kendisi arasındaki temel borç ilişkisine (sözleşme ilişkisine), «gerçek olmayan vekillsiz iş görme» ya da «haksız zenginleşme» hükümlerine dayanan ve genellikle çok daha elverişli sayılabilecek olan talepleri, onun, alacak hakkı üzerindeki aitlik hakkının ihlâlinden ötürü BK 41 I kuralı çerçevesinde haksız fiil zarar - giderimi istemesini gereksiz kılmakta ve bu özgün eğilimin pratik önemini azaltmaktadır.

Gerçekten de, alacağın temliki ile ilgili örnekte, alacağı A1'den temellük eden A2, durumdan habersiz iyi niyetli borçlunun ödemesini kabul ederek alacak hakkını düşüren, bu hakkı ihlâl eden kusurlu A1'e karşı pekâlâ «akdin müsbet ihlâli»nden (culpa post pactum perfectum'dan) ötürü bir «akdi tazminat» alacağına sahip sayılabilecektir.

Öte yandan, alacak hakkı üzerinde intifa veya rehin hakkı sahibi bulunan kişi de, bu hakların düşmesine yol açan alacaklıya karşı, intifa ve rehin sözleşmelerinden kaynaklanan «akdi tazminat talepleri»ne sahip bulunacaktır. Gerçek olmayan vekillsiz iş görmeden ve haksız zenginleşmeden doğma talepler ayrıca saklı kalır.

Bu gerçeklik karşısında, alacaklılık sıfatını ve alacak hakkını «haksız» ama «geçerli» bir tahsilât ile düşüren bir kimseye karşı

(13) Ticari İşletme Rehin Kanunu mad. 9 IV kuralına göre, borçlu, borcunu bile bile (kötü niyetle) işletme sahibine öderse, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olur. Bu kural, neresinden ele alınırsa alınsın, hukuk dogmatığı ve menfaatler durumu yönünden tutarsız ve başarısız kalmış kanunun hukuk dogmatığı açısından belki de en tutarsız hükümlerinden bir tanesidir. Çünkü böyle bir ödeme, zaten borcu sona erdiren bir geçerli ödeme sayılamaz. Böyle bir ödeme ile borcundan kurtulmuş sayılamayacak olan borçlu, ikinci bir ödemede daha bulunacak (qui pale mal pale deux fois), böyle olunca da rehin hakkı sahibi herhangi bir zarara uğramış sayılamayacaktır.

BK 41 I kuralına dayanan haksız fiil tazminatının sadece gölgede ve yedekte kalacağını itiraf etmek kaçınılmazdır (14).

6) Nisbi hakların güçlenmesi denince, akla zilyetlik kurumundan ve BK 41 II kuralından da önce gelen bir kavram vardır: «Eşyaya bağlı borç» kavramı.

Eşyaya bağlı borç ilişkilerinden kaynaklanan haklar, özleri itibariyle «nisbi hak», ama bu özün çevresine geçirilen kabuğu itibariyle «aynî hak» niteliği taşıyan haklardır.

Bunlar öyle nisbi haklardır ki, sadece belirli bir hukuki ilişkinin edilgen öznesine karşı değil, fakat bunun dışında, nisbi hakkın ilgili bulunduğu eşyanın her yeni sahibine karşı da ileri sürülebilirler.

Şöyle ki, eşyaya bağlı borç ilişkilerinde, bağlılık ve borçluluk sıfatı, nisbi hakla ilgili nesne üzerindeki aynî hakka (genellikle mülkiyet hakkına) subjektif - aynî yoldan düğümlenip bağlanır, yapışır. Eşdeyişle, alacak hakkı s a d e c e eşya üzerinde aynî hak sahibi bulunan kişiye, fakat aynı zamanda eşya üzerinde aynî hak sahibi olan h e r kişiye karşı ileri sürülebilir. Böylece, nisbi hak, aynî taleplere özgü bir «takip yetkisi» (Sukzessionsschutz, droit de suite) ile güçlenmiş olur.

Eşya üzerinde aynî hak sahibi olan kişi, bir sözleşme ilişkisi kurduğu için değil de, sırf aynî hak sahibi durumunda bulunduğu için, birtakım olumlu edimleri yerine getirmek ya da birtakım yenilik doğurucu hakların kullanılmasını kabullenmek, buna katlanmak, boyun eğmek zorunda kalır.

Eşyanın aynî hakkını bir başkasına geçiren kişi bakımından sona eren nisbi bağlılık ve borçluluk, eşyanın aynî hakkını devralanın şahsında yeniden doğuverir. Değişik bir anlatımla, borç ilişkisinin edilgen öznesi ile hakkın nesnesi (objesi) arasındaki aynî hak ilişkisi, özneler (süjeler) arasındaki borç ilişkisini de ardından, kuyruğundan sürükler.

Roma hukukunun «actio in rem scripta»sından devşirilip türe-

(14) Netekim krş. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, § 2 II, s. 15'de dipnotu 2; HECK, Grundriss des Schuldrechts, § 150, s. 459; EMMERICH, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, s. 301; OTTE, Juristenzeitung 1969, s. 253 i.s.

tilmiş olan ve «obligatio in rem scripta», «obligatio propter rem», «Realobligation» deyimleri ile açıklanan bu tip «durum borçlarının» (Zustandsobligationen) en belirgin örneğine «gayrimenkul mükellefiyeti»nde rastlanır. Bilindiği gibi, «gayrimenkul mükellefiyeti, bir gayrimenkul malikinin, mülkü dolayısıyla diğer bir kimse lehine bir şey yapmağa veya vermeğe mecbur tutulmasıdır». (MK 754).

Niteliği gereği, sadece borçlu «gayrimenkul mükellefi»ne karşı ileri sürülebilecek olan «nisbi» bir edim talebi karşısında bulunduğumuz halde, «takyidedilen gayrimenkulün maliki değiştiği takdirde, yeni malik, başka bir muameleye hacet kalmaksızın gayrimenkul mükellefiyetinin mevzuuna dahil şeylerle borçlu olur.» (MK 764).

Dikkat edilirse, burada söz konusu olan hak, nisbi alacak hakkının bütün özelliklerini bünyesinde toplamaktadır. Hakkın konusu, taşınmaz malikinin olumlu, belli bir edimi (obligation active personnelle) olup, bu edimin gerçekleştirilmesi, ancak taşınmaz maliki borçlunun iradesi ve eylemiyle olanaklı bulunmaktadır. Alacaklının edime ilişkin hakkı, ne verme ediminin konusu olan eşya, ne hakkın konusu olan edim, ne de borçlunun iradesi üzerinde dolaysız bir egemenlik hakkı vermemekte, mutlaka borçlunun aracılığını, onun edim eylemlerinde bulunmasını gerektirmektedir. Gerçi, edim eylemi borçlu tarafından yerine getirilmediğinde, taşınmaza el atıp onu değerlendirme, paraya çevirme olanağı mevcuttur ama, bu, sadece borcun yerine getirilmesinin bir güvencesi (teminatu) olarak arka plânda kalır; taşınmaz, bir «hak objesi»nden ziyade bir «sorumluluk objesi» niteliği taşır.

Öte yandan, verme veya yapma edimi yükümünün taşınmaz maliki «mükellef» tarafından ihlâli, bir aynı hakkın ihlâli sayılmayıp, salt nisbi bir alacak hakkının ihlâli anlamına gelir.

Ne var ki, sadece «gayrimenkul mükellefiyeti»ni kuran sözleşme ilişkisinin tarafları, yani bu ilişkinin alacaklısı ile borçlusu arasında etkili kalan bu nisbi hak, MK 764 kuralı ışığında bir «takip yetkisi» (Sukzessionsschutz, droit de suite) ile güçlenip, taşınmaz mülkiyeti el değiştirdiğinde, nisbi borç ilişkisine yabancı kalan yeni taşınmaz malikine karşı da ileri sürülebilmektedir.

Nisbi hakların «eşyaya bağlı borç» konstrüksiyonu ile güçlen-

diği durumların sayısı çok kabarıktır. Bunların ezici çoğunluğu, taşınmaz mülkiyetine ilişkin düzenlemede göze çarpar :

a) İrtifak hakkına katlanan taşınmaz malikine bir yan borç olarak yüklenen verme veya yapma edimi yükümü (MK 703 II).

b) Taşınmaz mülkiyetinin yasadan doğan dolaylı daraltımlarından «kanunî - zarurî irtifak haklarını» (taşkın yapı hakkını, zarurî geçit hakkını, zarurî suyu alma hakkını, mecra geçirme hakkını) kurma borçları (MK 651, 671/72, 668, 683).

c) Yine taşınmaz mülkiyetinin yasadan doğan dolaylı daraltımlarından arsa mülkiyetini geçirme ve ipotek kurma yükümleri (MK 650, 651, 807).

ç) Komşular arası ilişkilerde söz konusu olan ve yasadan doğan dolaylı mülkiyet daraltımlarından sınırı belirleme borcu (MK 646), toprağa barı (hail) koyma borcu (MK 673), komşuluk haklarının kullanılması için gerekli olan işleri, tesisleri yapma borcu (MK 674) (Ayrıca bk. MK 666, 667).

d) Paylı mülkiyette, paylı malikler (paydaşlar) arasındaki ilişkilerde söz konusu olan masrafları payları oranında ödeme borcu (MK 626), payı devralan yeni bir paydaşın öteki paydaşların yasal önalım hakkına bağımlılığı ve bu önalım hakkının kullanılması üzerine doğan payı devir borcu.

e) Kat mülkiyetinde, kat maliklerinin ortak masrafları arsa payları oranında ödeme borcu (Kat Mülkiyeti Kanunu mad. 20), bu borcun güvencesi (teminatı) olmak üzere ipotek hakkı kurma borcu (Kat Mülkiyeti Kanunu mad. 22) ve yönetim plânında öngörülmüş çeşitli borçlar (Kat Mülkiyeti Kanunu mad. 28 IV).

f) Kat irtifakında arsanın her ortak maliki için söz konusu olan yapının tamamlanması için gerekli edimlerde bulunma borcu (Kat Mülkiyeti Kanunu mad. 17 ve 26).

g) Taşınmaz malikinin, arsasına haksız inşaat yapmış olan levazım sahibine tazminat ödeme borcu (MK 649), intifa hakkı sahibinin yaptığı masrafları karşılama borcu (MK 725) ve haksız zilyet tarafından yapılmış masrafları karşılama borcu (MK 907).

h) Taşınmaz malikinin rehin hakkı sahibine karşı taşınmazın değerini koruma yolunda gerekli tedbirleri alma borcu (MK 780).

i) Kooperatifin rasyonel biçimde işlemlerini sağlamak üzere, ana sözleşmede saptanmak ve tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle bir taşınmaza malik olma durumuna bağlanan kooperatif üyeliği borçları (Kooperatifler Kanunu mad. 15 II) (15).

Bütün bu «eşyaya bağlı borçların» alacaklıları, (yasal önalım söz konusu olduğunda yenilik doğuran hak sahipleri) nisbi haklarını eşya üzerinde malik sıfatını kazanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürme olanak ve yetkisine kavuşturulmaktadır.

«Eşyaya bağlı borç» kurumunun çatısı altında nisbi hakların güçlendirilmesi düşüncesine damgasını basan tutarlı, gerçekçi, pratik düşünce, bir yandan sosyal açıdan güçlü taşınmaz maliklerinin egemenliklerine akılcı daraltımlar getirmek, öte yandan da nisbi alacak hakkı sahiplerini sağlam bir güvenceye kavuşturmaktadır. Gerçekten de, eşyaya bağlı borçlar, nitelikleri gereği, ancak taşınmaz mülkiyeti aracılığı ile yerine getirilebilecek edim yükümlerinin, özel bir himayeye lâyık nisbi hak sahipleri yararına aynen ifasını güvence altına almaktadır.

Yalnız şu var ki, hangi hukuki ilişkilerin eşyaya bağlı borçlara yol açabileceği konusunda öğretilerde tam bir görüş birliği sağlanabilmiş değildir. Bu alanda son derece hararetli tartışmalar sürüp gitmektedir. Özellikle yapı alacaklılarının kanuni ipoteğin tescilini isteme hakkı, haksız inşaat inşaat malzemesi sahibinin arsa mülkiyetinin geçirilmesini isteme hakkı, komşunun arsasına taşan bir yapı yapanın taşkın yapı irtifakının tescilini isteme hakkı ve hele masrafların karşılanması hakkı söz konusu olduğunda, bu tartışmaların ısısı doruk noktasına çıkmaktadır (16).

(15) Eşyaya bağlı borçlar üstüne ayrıntılı açıklamalar için bk. GUHL, *Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung*, Berner Festgabe für das Bundesgericht, Bern, 1924, s. 93 i.s.; JOST, *Die Realobligation*, Bern, 1956; DESCHENAUX, *Obligation propter rem, Jus et Lex*, Festgabe für Max Gutzwiller, Basel, 1959; LİVER, *Einleitung N 148 i.s.*; MEIER-HAYOZ, *Systematischer Teil, N 150 i.s.*

(16) Krş. KÖPRÜLÜ/KANETİ, *Sınırlı Ayni Haklar*, İstanbul, 1972/73, s. 225 i.s.; KANETİ, *İÜHF 50. Yıl Armağanı*, s. 319/20; SUNGURBEY, *İÜHF 50. Yıl Armağanı*, s. 303 i.s. (bk. ama aynı yazarın «...Notlar», İstanbul, 1971, s. 41/42'deki değişik eleştirisi); TEKİNAY, *MHAD Yıl 3 Sayı 4*, s. 133 i.s.

Yasal önalım hakkı bir kere kullanıldıktan ve böylece satım ilişkisi kurulduktan sonra, artık sonraki maliklerin herhangi bir isteme muhatab olamayacakları görüşü için bk. OĞUZMAN, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul 1965, sayfa 246/47; ayrıca krş. ileride dipnotu 19.

7) Taşınmazlara ilişkin nisbî hakların tapu kütüğüne şerh verdirilmek suretiyle güçlendirilmesine gelince :

Hukukumuzda yasaca öngörülen ve taşınmazlarla ilgili bulunan sayısı belli ve kayıtlı bazı nisbî hakları, tapu kütüğüne şerh verdirerek, bunları taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan üçüncü kişilere karşı da öne sürmek olanaklı kılınmıştır.

Sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım yenilik doğuran hakları, kiracılık hakkı, taşınmaz rehninde boşalan serbest rehin derecesine ilerleme hakkı, taşınmaz satım vaadi sözleşmesinden alıcı yararına doğan asıl sözleşmenin yapılmasını isteme hakkı, bu kapalı çerçeve içerisinde yer alan nisbî haklardır. (MK 919, 786 II, Tapu Kanunu 26) (17).

«Bu haklar, tapuya şerh verilmekle o gayrimenkul üzerinde sonradan iktisap edilen hak sahiplerine karşı dermeyan olunabilirler» (MK 919 II).

Şerh aracılığı ile borç ilişkisi dışındaki üçüncü kişilere, özellikle şerhten sonra tescil edilen aynı haklara, şerhedilen başkaca kişisel haklara ve cebri icra hukukundan kaynaklanan el koyma haklarına (Beschlagrechte) karşı da etkili kılınıp güçlendiği hiç kuşkusuz bulunan bu haklarla ilgili asıl tartışma, bu nisbî hakların, biraz önce ele alınan «eşyaya bağlı borç» (Realobligation) ilişkisi ile açıklanabilip açıklanamayacağı noktasında toplanıp düğümlenmektedir.

Nisbî hakkın şerhinin, sadece, bu haktan doğan istemi aynı etkili kılıp üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale getirdiğini ama borç ilişkisinin edilgen öznesinin değişmeyip aynı kaldığını ileri sürenler bulunduğu gibi (18), şerhin çok daha ileri giden bir hukukî sonuç doğurduğunu ve taşınmazın her yeni malikinin doğ-

(17) BK mad. 242 II kuralı uyarınca tapu kütüğüne şerhedilebilecek olan «bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi bozucu şartı» gerçekleştiğinde söz konusu olacak iade talebi bir aynı hak niteliği taşıdığı için, burada şerhin gerçek anlamda «nisbî hakkı güçlendirici» bir etkisinden söz edilmemek gerekir. BK mad. 242 şerhinin görevi, daha çok, BK 150 III kuralı anlamında bir tasarruf daraltımının iyi niyetli üçüncü kişi tarafından etkisiz hale getirilmesini önlemektir.

(18) Bk. özellikle SUNGURBEY, Kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi, İstanbul, 1963, s. 102 i.s. ve buralarda anılanlar.

rudan doğruya borç ilişkisine «dahil» ve «taraf» olduğunu ileri sürerler de mevcuttur (19).

Evvelce ele alınan ve doğrudan doğruya yasadan doğan eşyaya bağlı borçlara paralel olarak, aynen orada olduğu gibi, burada da borçların ve bağlılıkların (yoksa sadece nisbi hakkın kullanılmasına katlanıp boyun eğme edilgen durumunun değil) tümüyle yeni malike geçtiğini kabul eden sonuncu görüş, menfaatler durumuna çok daha uygun olup, yalın, tutarlı ve pratik çözümleri beraberinde getirdiği için, fikrimce üstün tutulması gereken bir görüştür.

İsviçre hukuk öğretisinde ağır basan, Türk hukukçuları arasında da giderek ağırlık kazanan bu görüş çerçevesinde :

a) Şerhedilmiş kiracılık hakkı söz konusu olduğunda, taşınmazın mülkiyetini devralan üçüncü kişinin (yeni malikin) salt kiracının kiralanandan yararlanmasına katlanıp boyun eğme yükümü değil, fakat aynı zamanda bu yükümden ayrı düşünülemez olan bakım, onarım, aydınlatma, ısıtma gibi olumlu edim yükümleri de mevcut bulunacaktır. Çünkü yeni taşınmaz maliki, kira ilişkisinin «tarafı» olmuştur.

(19) Bk. GUHL, s. 168 İ.s.; LİVER, Einleitung N. 148 İ.s.; JOST, s. 86 İ.s. ve s. 159 İ.s.; DESCHENAUX, s. 735; MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 158; PIOTET, ZSR 1960, 401 İ.s. ve JdT 1963 I 570 İ.s.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Gayrimenkul satış vaadi, İstanbul, 1959, s. 198 İ.s.; TANDOGAN, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1969, s. 190 İ.s.; TEKİNAY, Eşya Hukuku, s. 430; GÜRİSOY, Zilyedlik ve Tapu Sicili, s. 334 İ.s.; OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, 1974, s. 191.

Yalnız, bu sonuncu görüşü benimseyenler arasında da bir ayırım yapmak gerekir. Şöyle ki, bazı hukukçulara göre, şerhedilmiş yenilik doğurucu hak, sadece kullanılıncaya kadar bir eşyaya bağlı borç ilişkisine yol açar. Buna karşılık, hak bir kere kullanıldıktan sonra, bu kullanma olgusu üzerine doğmuş bulunan edim istemi yönünden salt «şerhin munzam aynı tesiri» söz konusu olur. (Bk. özellikle OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri 1974, s. 191/92; LİVER, Einleitung N. 154; krş. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Gayrimenkul satış vaadi, s. 202/203.

Kimi hukukçulara göre, yasal önalım hakkında bu «munzam aynı tesir» bile söz konusu olmayıp, eşyaya bağlı borç ilişkisi bir kere doğar ve doğduğu kişide de donar. (Bk. OĞUZMAN, Eşya Hukuku Dersleri, 1965, s. 246/47).

Bana daha adaletli ve tutarlı gözükten değişik bir görüşe göreyse, yalnız yenilik doğuran hakka bağlılık ve bağımlılık değil, fakat aynı zamanda bu hakkın kullanılmasından sonra doğan edim yükümü de bir «eşyaya bağlı borç» olarak, sonraki maliklere geçer. (Bk. JOST, Die Realobligation, s. 159).

b) Yeni taşınmaz maliki, sadece eski malik borçlunun (selefinin) yükümlerini sırtlanmakla kalmamakta, fakat aynı zamanda «selefinin» haklarına, özellikle savunma haklarına da kavuşmaktadır. İmdi, taşınmaz maliki olmakla borç ilişkisine «taraf» sıfatıyla dahil olan üçüncü kişi, şerhedilmiş nisbî hak sahibinden, sözleşmede kararlaştırılmış karşı - edimi doğrudan doğruya kendisi isteyebilecek, bu edim yerine getirilmedikçe de kendi edim yükümüne uymaktan, BK mad. 81'e dayanarak kaçınabilecektir.

c) Şerhedilmiş bir yenilik doğuran hakkın sahibi, ilkin sözleştiği muhatabına karşı MK 642 uyarınca tescile zorlama davasını, ardından da, taşınmazı devralan yeni malike karşı MK 933 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma külfetinden kurtularak, doğrudan doğruya, borç ilişkisine taraf olmuş sayılan üçüncü kişiye karşı açabileceği tek bir «tescile zorlama» davasıyla hakkına kavuşabilecektir.

ç) Şerhedilmiş ön-alım hakkı sahibi, bu hakkını sadece taşınmazın ilk malikine karşı değil, fakat bu ilk satışı izleyen sonraki devirler ertesinde başkaca yeni maliklere karşı da kullanabilecektir. Çünkü o, sadece malike, ama «her» malike karşı nisbî hakkını ileri sürebilmektedir.

d) Borç ilişkisine taraf olmaktan çıkan eski malik, asli ve yan edim yükümlerinden büsbütün kurtulmakla birlikte, taşınmaz üzerinde malik sıfatıyla bu ilişkiye taraf bulunduğu sürece mevcut yükümlerine aykırılık etmiş olmaktan ötürü tazminat «talî edim yükümü» ile sorumlu kalmakta devam edecektir. Böylece, şerhedilmiş kişisel hak sahibi için, sözleşme ilişkisindeki edilgen öznenin kendi iradesi dışında borçtan kurtulması ve alacağın zayıflaması sakıncası da söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki, şerhedilmiş kişisel hak sahibi karşısına çıkan yeni kişi, ayağının altında koskoca bir taşınmaz mülkiyeti bulunan, taşınmazını elden çıkarmış eski borçludan çok daha güçlü bir kişi olacaktır.

Görüldüğü gibi, tapu kütüğüne şerhedilmiş nisbî haklar alanında, eşyaya bağlı borç ilişkisinin varlığını bütün sonuçlarıyla birlikte kabul etmek, hukuki çözümlerde yalınlığı, tutarlılığı ve adaleti sağlayıp gerçekleştirme yönünden bir sürü üstünlüğü bünyesinde taşımaktadır.

Bütün bu yararlı çözümlerin «eşyaya bağlı borç» kuramına sırt çevrilerek de kabul edilebileceğini savunanlar, bu uğurda ister iste-

mez bir takım mantık zorlamalarına, «salto mortale»lere başvurmak ve çözümleri tekdüzende, yalınlıktan, inandırıcılıktan alabildiğine uzaklaştırmak zorunda kalacaklardır.



Hukukumuzda nisbî hakların güçlendirildiği haller sadece bunlardan ibaret değildir. Örneğin, defî ve takas hakları da, bütün yenilik doğurucu haklar gibi, sadece nisbî güç taşıyan haklar oldukları halde, alacağı temellük eden (üçüncü) kişiye karşı da yöneltilebilirler. (BK mad. 167). Alacaklı, nisbî haklarını, borçlusundan bir malvarlığı veya ticarî işletme devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir. (BK mad. 179) Aynı olanaktan, daha sağlığında malvarlığını mirasçılara devreden mirasbırakanın alacaklıları da yararlandırılır (20). Alacaklı, bazı özel koşullar altında, borçlusunun üçüncü kişiye yaptığı kazandırmayı üçüncü kişinin elinden çekip aldirarak kendi yararına cebri icra alanına sokturabilir. (İcra ve İflâs Kanunu mad. 277 i.s.)

Bu arada, yasa üstü, yasa ötesi (praeter legem) güçlendirilen nisbî haklar da vardır. Örneğin, haksız zenginleşmeden doğan nisbî iade talebinin, zenginleşme konusu nesneyi karşılıksız (ivazsız) yoldan eline geçirmiş bulunan üçüncü kişiye karşı da yöneltilebileceği genellikle kabul edilmektedir (21). Buna paralel olarak, tenkis davasına eklenen, bu davayı tamamlayan ve «aynî» güçte olmayıp salt «nisbî» güç taşıdığı kabul edilmek gereken kendine özgü edim davasının da, kazandırma lehdarından hiçbir şey elde edilemeyecek nitelikli durumlarda, kazandırma konusu değeri eline geçiren üçüncü kişiye karşı da yöneltilebileceği kabul edilebilir (22).

(20) Bu konu ile ve miras paylarının temlikinde BK mad. 179 kuralının uygulanması ile ilgili tartışmalar için bk. ACEMOĞLU, Malvarlığı veya ticarî işletmenin devri, İstanbul, 1971, s. 28 i.s.

(21) Bk. von TUHR/SIEGWART, § 54 II 1, s. 429/30. Yazarın dayandığı § 822 BGB kuralı şöyledir: «Zenginleşen kişi, eline geçen nesneyi karşılıksız olarak üçüncü kişiye kazandıracak olursa, üçüncü kişi de, bu nesneyi doğrudan doğruya alacaklıdan haksız bir nedenle almışçasına, iade ile yükümlü olur.»

(22) Özellikle iade borcunun mahfuz hisseye tecavüz oranında belirlendiği gerçekliği ve iade borçlusunun MK 506 çerçevesindeki tercih hakkı karşısında, TUOR'un bence üstün tutulması gereken görüşüne göre, adı geçen edim davası, her durumda salt «nisbî» güç taşır. Ne var ki,

Bir tüzel kişiden alacaklı bulunan kişinin, bazı özel, nitelikli durumlarda, bu nisbi alacağını, tüzel kişilik perdesini kaldırarak, bu perdenin arkasına sinen, tüzel kişiden apayrı, bağımsız bir kişi durumundaki tüzel kişi üyesi «gerçek kişi»den isteyebilmesi yolundaki öneri de bu arada anılmaya değer (23).



Hukukumuzda, nisbi hakların güçlendirilip, borç ilişkisinin ferden belirlenmiş edilgen öznesi dışında «üçüncü kişi» diye nitelenen kimselere karşı da etkili kılınmasında gözlenen yasa içi ve yasa ötesi gelişmelere ilişkin bütün bu açıklamaların önümüze serdiği önemli olgu şu oluyor: Toplumların maddi yaşamında giderek hız kazanan büyük diyalektik gelişmeler, ortaya çıkan yeni yeni maddi gereksinmeler, yüzyılların en sert biçimde çimentolaştırdığı sanılan en katı dogmatik kavramları, ödün (taviz) kabul etmez bilinen en kesin ayırımları kökünden sarsmakta, en uzlaşmaz görünen uçları bile birbirine yaklaştırabilmekte, aşılmaz diye bellenen en büyük uçurumlar üzerine göze batıcı köprüler kurabilmektedir.

Ta Roma hukukundan beri hukuk dogmatigine sökülmez bir biçimde kök salmış olan nisbi hak - mutlak hak ayırımı da, hiç kuşkusuz, bu akıbetin dışında kalacak değildi.

Bu yazı boyunca dökümü yapılan nisbi hakların güçlenmesi olgularına bir de borç ilişkilerine yabancı üçüncü kişilerin bir alacak hakkına ve yenilik doğuran hakka kavuşturulduğu olguların listesi eklenecek olursa, nisbi hak - mutlak hak ayırmacılığı ile birlikte, borç ilişkisinin nisbiligi ilkesinin de aynı alın yazısını taşıdığı en çarpıcı biçimiyle göze batar.

Şuracıkta, sadece, üçüncü kişi yararına sözleşmeyi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı ile üçüncü kişinin zararının tazmini (Drittschadensliquidation) kuramını, üçüncü kişinin doğ-

boşluk doldurma yoluyla, üçüncü kişilere karşı da yöneltilebilir. (Bk. TUOR, ZGB 528 N 3 ve N 16) Krş. ama EREN, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, 1973, s. 175 i.s.; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, (tamamlanmamış) Miras Hukukuna Giriş, s. 412 ve s. 417/18.

(23) Krş. HOMBURGER, SJZ 1971, s. 249 i.s.; SCHMİDT, Juristenzeitung 1970, 688/89; SOERGEL/SIEBERT, Vorbemerkungen zu § 21 EGB N 16 i.s.; ayrıca krş. Ticaret Kanunu mad. 180.

rudan doğruya alacak hakkı sahibi kılındığı alacakları (özellikle bazı sigorta alacaklarını), eşyaya bağlı hakları ve borcu üstlenenin eski borçlunun defilerini ileri sürme hakkını anmakla yetineyim (24).

Bütün bu önemli gelişmeleri, aynı tasarruf sözleşmelerinin hukukî sebepten soyutluğu ilkesi ile aynı haklardaki kayıtlı sayı (numerus clausus) ilkesinin giderek ufalanışı ve aşılışından ve de sorumluluk hukukundaki modern eğilimlerden soyut olarak görmek mümkün değildir.

Hiç kuşkumuz olmasın, bu sosyo-ekonomik gelişim doğrultusunda, özel hukukun ibresi, ekonomik işlevini yitirmeye mahkûm «aynî hak» tan «aynileştirilmiş nisbî hakka» doğru tırmanmaya devam edecektir.

(24) «Aynî hakkın nisbileştirilmesi» üstüne bk. MK 578/son cümle, MK 690, MK 892 II.