

Hakemli

**ÖZEL HUKUK SORUNLARININ ÇÖZÜMÜNDE
ROMA HUKUKUNA DAYANAN TEMELLERDEN
UZAKLAŞILMASININ SONUÇLARI**

*Consequences of Digressing from the Principles that Based on Roman
Law in the Solution of Private Law Problems*

İpek Sevda SÖĞÜT*

ÖZET

Bu çalışma ile, özel hukuk sorunlarının çözümünde, temeli Roma Hukukuna dayanan ve günümüzde de geçerli olan hukuki prensiplerden uzaklaşıldığında, yargı kararlarında nasıl hatalı sonuçlar doğurabileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda ele alınan özel hukuk sorununun çözümünde etkili olan olan, borçlandırıcı hukuki muamele ve tasarruf muamelesi ayırımı ve bu ayırımı bağlanan hukuki sonuçlar, nisbi hak-aynı hak ayırımını ortaya koyan ve kökenini Roma Hukukunda bulan özel hukukun temel yapı taşıdır ve Kara Avrupası hukuk sisteminde yer alan tüm hukuklar açısından halen geçerli hukuki müesseselerdir. Bu ayırımın önemini tekrar ortaya koyma ihtiyacı; Yargıtay'ın vermiş olduğu «Birden Fazla Satış Vaadinde Tarih Sırası» başlıklı kararı ile bu yönde vermiş olduğu diğer kararlarında, ilgili hukuki muamele ayırımını, bu ayırımı bağlanan hukuki sonuçları ve borç ilişkisinin nisbiligi prensibini, esaslı şekilde yanlış değerlendirmesinden kaynaklanmıştır. Konuya ilişkin olarak; Yargıtay'ın kararına konu olan özel hukuk sorunu, mülkiyetin devrini konu alan sözleşmelerde, tasarruf muamelesi ve borçlandırıcı muamele ayırımının

Makalenin Geliş Tarihi: 09.12.2019, **Makalenin Kabul Tarihi:** 28.02.2020

* Dr. Öğretim Üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Ana Bilim Dalı, ipekss@khas.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3501-6593

- Bu makale, 3-4 Mayıs 2018 tarihlerinde, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından gerçekleştirilen “Taşınmaz Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu”nda bildiri olarak sunulmuştur.

önemi, borçlandırıcı hukuki muamelenin tasarruf muamelesinin geçerliliğine etkisi, tasarruf muamelesinin borçlandırıcı hukuki muamelenin geçerliliğine etkisi, her iki hukuki muamele arasındaki farklar ve son olarak, borç ilişkisinin nisbiliği prensibi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tasarruf Muamelesi, Borçlandırıcı Muamele, Satış Vaadi Sözleşmesi, Borç İlişkisinin Nisbiliği, Hukuki Muamele, Taşınmaz, Roma Hukuku.

ABSTRACT

In this study, when we digress from the legal principles, which are based on Roman Law and still valid today, in the solution of private law problems, it will be tried to put forward how it may cause wrong results in judicial decisions. The distinction between promissory transactions and act of disposal, which is effective in the solution of the private law problem discussed in this context, and the legal consequences attached to this distinction, are essential issues of private law which establishes the distinction of personal rights and real rights which originates in Roman law and still valid legal institutions, in terms of civil law. The need to demonstrate the importance of this distinction; The decision of the Court of Appeals entitled «The Date Order of More Than One Preliminary Contracts of Sales» and other decisions taken in this direction, stemmed from the fundamental misinterpretation of the distinction of legal transactions and its' legal consequences and the relativity principle of obligatio. Regarding the subject; the issue of private law subject to the decision of the Supreme Court of Appeals, the importance of the distinction between promissory transactions and act of disposal in the contracts concerning transfer of property, the effect of promissory transactions on the validity of act of disposal, the effect of act of disposal on the validity of promissory transactions and finally, the differences between these two legal transactions and the relativity principle of obligatio will be emphasized.

Keywords: Act of Disposal, Promissory Transactions, Preliminary Contracts for Sale, Relativity Principle of Obligatio, Transactions, Immovables, Roman Law.

I. Yargıtay'ın «Birden Fazla Satış Vaadinde Tarih Sırası» Kararına Konu Olan

Özel Hukuk Sorunu

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin, 13.10.1988 tarih ve 1987/4244 E., 1988/6494K. sayılı kararı¹ şu şekildedir: “Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde, geçersiz olmadıkça veya münfesihi hale gelmedikçe, ilk defa yapılan sözleşmeye öncelik verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, Medeni Kanun'un 919/2 maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermehan olunabilir. Olayda böyle bir durum bulunmamaktadır. Davacı Süleyman'a yapılan sözleşme tarihi 28.11.1978 olup, asli müdahil ve davacı durumunda olan İbrahim'e yapılan satış ise, bundan daha öncesine ait ve 1978 gününü taşımaktadır. Şu hali ile İbrahim'e yapılan satışa değer vermek gerekirken, aksine görüş ve düşünce ile Süleyman'ın davasının kabulü isabetli görülmemiştir.”. Yargıtay'ın bu kararı, kişinin güvenli bir tapu elde edebilmesi için; Türkiye'de bulunan bütün noterleri tek tek dolaşarak, bütün işlemlerin yevmiye inceleyerek, söz konusu taşınmaz ile ilgili bir satış vaadi sözleşmesi yapıp yapılmadığını araştırmak zorunluluğu yaratması ve Roma Hukukundan gelen, hukuki muamelelere ilişkin temel prensipleri, değiştirmeye yönelik içtihat oluşturduğu yönlerinden, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir².

¹ Yargıtay 14. HD. E.1987/4244 K.1988/6494 T.13.10.1988. *Özet:* Bir taşınmazın, birden çok kişilere satışının vaad edilmesi durumunda, geçersiz olmadıkça veya bozulmuş (münfesihi) duruma gelmedikçe ilk yapılan sözleşme geçerlidir. *Dava :* Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 14.10.1985 gününde verilen dilekçe ile satış vaadine dayalı tescil istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda, davanın kabulüne dair verilen 17.9.1986 günlü hükmün Yargıtay'ca incelenmesi müdahil İbrahim tarafından istenilmekle; süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek düşünüldü: *Karar:* Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesihi hale gelmedikçe, ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, Medeni Kanun'un 919/2. maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermehan olunabilir. Olayda böyle bir durum bulunmamaktadır. Davacı Süleyman'a yapılan sözleşme tarihi 28.11.1978 olup asli müdahil ve davacı durumunda olan İbrahim'e yapılan satış ise bundan daha öncesine ait ve 6.3.1978 gününü taşımaktadır. Şu hali ile İbrahim'e yapılan satışa değer vermek gerekirken aksine görüş ve düşünce ile Süleyman'ın davasının kabulü isabetli görülmemiştir. *Sonuç:* Temyiz itirazlarının yukarıda gösterilen nedenlerle kabulü ile hükmün (Bozulmasına), temyiz harcının istek halinde iadesine, 13.10.1988 gününde oybirliği ile karar verildi. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

² ÖZMEN, Etem Sabâ/ YÜCE, Melek: “Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler”, Prof.Dr.Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001, s. 952-988.

Şarta veya vadeye bağlı işlemleri, diğer bir ifade ile, taşınmaz devrini tapuda borçlanamayan kişiler, bu isteklerini, sözleşme yapma vaatleri ile karşılamaktadırlar³. Satış vaadi sözleşmesi hukuki dayanağını, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 29/1 fıkrasından almaktadır: “*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir*”. Anılan bu madde uyarınca, satış vaadi sözleşmesi bir ön sözleşmedir. Satış yapma vaatleri, bu bakımdan, bir sözleşme yapma vaadi olmasına rağmen, uygulamada, mahkemelerin satış vaadine bağlı olarak tescilsiz iktisap yaratan kararları doğrultusunda, sözleşme niteliğinde bir hukuki muamele olarak kabul edilmektedir: “*İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden biri de, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleridir. Kaynağını Borçlar Kanunu'nun 22. maddesinden alan⁴, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanunu'nun 213.maddesi ile, Türk Medeni Kanunu'nun 706 ve Noterlik Kanunu'nun 89. maddelerinde öngörülen hükümler uyarınca, noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla, geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan, edim yerine getirilmediğinde, Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi uyarınca açacağı, tapu iptali ve tescil davasında, borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir...*”⁵.

Yargıtay, ilgili taşınmaz satış vaatlerinin resmi şekilde yapılmasından⁶ ve Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 7.maddesinde karşılığını bulan, aksi

³ Satış vaadi sözleşmesi, şartları henüz gerçekleşmediği için kurulması imkansız olan asıl satış sözleşmesinin görevini yerine getirmesi, tapu işlemlerinin gerektirdiği uzun ve bıkırtıcı şekle ilişkin merasimlerden uzak oluşu ve bu halin gerektirdiği kolaylık gibi meziyetlere ek olarak, belli bir oranda, özellikle cezai şart ve cayma akçesi gibi, başka hukuki müesseselerce de desteklenerek, halkın güven ihtiyacına cevap vermiş, taşınmaz satış vaadinin sevilip benimsenmesini sağlamıştır. SAPANOĞLU, Süleyman: Tapu İptali ve Tescil Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 545-546.

⁴ 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren, 6098 sayılı TBK öncesinde, ilgili düzenleme 22.maddeyi karşılamaktaydı.

⁵ Yargıtay 14.HD. 25.09.2012 T., 2012/10228E., 2012/10992K., (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). İlgili kısım, karar metninden aynen alıntılanmış, kanun kısaltmaları kullanılmamıştır.

⁶ Tarafların gelecekte yapacakları asıl sözleşme, bir şekle tabi tutulmuşsa, ön sözleşmenin de, kanunun öngördüğü şekilde yapılması gerekir. TMK. md.706'ya göre, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmelerine bağlıdır. Bu nedenle, taşınmaz satımına ilişkin sözleşme vaadinin de resmi şekilde yapılması gerekir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60/3 maddesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini yapma yetkisini Noterlere vermiştir. Tapu sicil müdürü veya memurunun, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenleyip düzenleyemeyeceği ise, ilk olarak, 24.04.1978 tarih ve 3-4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında

ispat edilinceye kadar belgelenen olgunun geçerlilik taşımasından hareketle; satış yapma vaadinde bulunulan tarafa, kendisinden sonra yapılmış tapu tescillerine karşı, tapu iptal davaları açma imkânı getirmektedir⁷.

Sözleşme yapma vaadi bir sözleşmedir ki, onunla taraflardan biri veya her ikisi, diğer bir sözleşmeyi, yani, “esas sözleşme”yi yapmayı taahhüt ederler. Bir sözleşme yapma vaadinden bahsedebilmek için, ileride yapılması taahhüt edilen sözleşmenin, borç doğuran bir sözleşme olması yani yine borçlandırıcı işlem/borçlandırıcı hukuki muamele⁸ olması gerekmektedir. Adı sözleşme yapma vaadi olsa bile, ileride yapılması borçlanılan işlem bir tasarruf işlemi ise, bu artık bir sözleşme yapma vaadi değil, asıl sözleşmedir⁹. Taşınmaz satış vaadini, doktrinde bir ön sözleşme olarak kabul edilen görüşler bulunmakla birlikte; ön sözleşmenin taşınmazlarda uygulama bulmasının nedeni, tapu dairelerinin Roma Hukukundaki aynı akitler¹⁰ de (*contractus realis*) olduğu gibi, taşınmaz satışını ve tescili talep beyanını, aynı imza ile resmi senet altında yapmalarıdır. İşte bu fiili durum nedeni ile, taşınmaz satımında, borçlandırıcı muamele ve tasarruf muamelesi ayırımını yapamamak, taşınmaz satımında borçlandırıcı muamelenin, taşınmaz satış vaadi ile de yapılabileceği ve hukuken bu vaadin aslında bir satış sözleşmesi olduğu, tapu kütüğünde eş zamanlı yapılsa dahi, tescil işleminin bir başka

ele alınmış ve tapu sicil müdürlüğünün satış vaadi düzenleme yetkisi, bu kararın sonuç kısmında kabul edilmiştir. Ancak uygulamada, yukarıda (bkz. dn.3) anılan nedenlerle de, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterler tarafından düzenlenmesi tercih edilmektedir. SAPANOĞLU, s. 566-568.

⁷ ÖZMEN/YÜCE, s. 952-953.

⁸ Makalenin tamamında terim birliği dikkate alınmakla birlikte, konunun özellikle Roma Hukuku ile ilişkilendirildiği kısımlarda, hukuki muamele; Modern Hukuktaki durumun ortaya konulmaya çalışıldığı kısımlarda ise, hukuki işlem terimi edilmiştir.

⁹ VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukuku 1-2, (çev. EDEGE, Cevat), Gözden geçirilmiş 2.Bası, Ankara 1983, s. 261.

¹⁰ Roma Hukukunda aynı akitlerin oluşması için, tarafların karşılıklı, birbirine uygun rızaları yeterli değildir. Rızadan başka bir şeyin verilmesi veya bir işin yapılması gerekir. Ancak o zaman diğer taraf borç altına girmiş olur. Burada verilen veya yapılan şey, bir *res* olduğundan, *re contrahitur*, aynı akit denilmektedir. O halde burada *contractus* olabilmesi için, doğal olarak, *consensus* fakat artı *res* lazım gelmektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki, *res*, mutlaka bir malın mülkiyetinin nakli olmadığı gibi, mutlaka bir mal de değildir. Bir malın mülkiyetinin, zilyetliğinin veya *detentio*’ (elde bulundurma) sunun nakli olabileceği gibi, bir işin yapılması da yine *res*’tir. *Ius civile*’nin kabul ettiği aynı akitler; *mutuum* (karz), *commodatum* (ariyet), *depositum* (vedia) ve *pignus* (rehin akdi) olup, aynı akitlerin sayısı, zamanla daha da genişlemiş ve “isimsiz akitler” başlığı altında oluşan bir grup da, aynı akitlere dahil edilmiştir. UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, (Ders Notları), İstanbul 2010, s. 336.

hukuki muamele olarak, tasarruf muamelesi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir¹¹.

Böylelikle, her ne kadar yukarıda değinilen kararda Yargıtay, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ne olduğunu açıklarken, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan bir sözleşme türü olduğunu ortaya koymuş olsa da, kişisel yani nisbi hak doğuran bu hukuki muamelenin, hukuki muamele ayırımları bakımından borçlandırıcı bir hukuki muamele olduğunu ve bu ayırıma bağlanan hukuki sonuçları, «*Birden Fazla Satış Vaadinde Tarih Sırası*» başlıklı kararında göz ardı etmiştir.

Borçlandırıcı muamele ve tasarruf muamelesi ayırımı; Kara Avrupası hukuk sisteminde yer alan tüm hukuklar ve elbette bu sistemin bir parçası olan Türk Hukuku açısından, nisbi hak-ayni hak ayırımını ortaya koyan ve kökenini Roma Hukukunda bulan, özel hukukun temel yapı taşıdır. Bu ayırımın önemini tekrar ortaya koyma ihtiyacı; Yargıtay'ın vermiş olduğu yukarıda bahsi geçen «*Birden Fazla Satış Vaadinde Tarih Sırası*» başlıklı kararı ile bu yönde vermiş olduğu diğer kararlarında¹², borçlandırıcı muamele kavramını ve bu kavrama bağlanan hukuki sonuçları ile borç ilişkisinin nisbiliği prensibini esaslı şekilde yanlış değerlendirmesinden kaynaklanmıştır.

II. Mülkiyetin Devrini Konu Alan Sözleşmelerde Tasarruf Muamelesi ve

Borçlandırıcı Muamele Ayırımının Önemi

Hukuki muameleler, malvarlığına yaptığı etki yönünden borçlandırıcı (iltizami) muamele, tasarruf muamelesi ve kazandırıcı hukuki muamele olarak ayrılmaktadır. Roma Hukukunda, borçlandırıcı hukuki muamele ve tasarruf muamelesi farkı, teorik yönden belirtilmiş değildir¹³. Romalılar, hukuki

¹¹ ÖZMEN/YÜCE, s. 17.

¹² Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay HGK. 06.02.1991 T., 1990/632E., 1991/41 K.; Yargıtay HGK. 07.02.1989 T., 1989/8129 E., 1989/ 1227 K., (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³ Roma Hukukunda teorik olarak, hukuki muamele mefhumunun bulunmadığı, malvarlığı hukuku içinde akitlerin ya borç ilişkisi meydana getirdiği ya da mevcut bir malvarlığı hakkının değiştirilmesini sağladığı ve tasarruf muameleleri denilen hukuki muamelelerin teorik olarak ortaya konulmadığı yönünde bkz. AYİTER, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No:28-10, Ankara 1953, s. 79. Romalılar formüle etmemekle birlikte, hukuki muamelelerin belirli durumlarda kategorilere ayrılmasını tanımaktaydılar. Hukuki muamelelerin bir veya birden fazla irade açıklamasını içermesine göre, bunlar tek veya çok taraflı kategorilere ayrılmaktaydılar. Çok taraflı hukuki muamelelerden, akitler (sözleşmeler) ortaya çıkmaktaydı. Hukuki işlemlerin sağlar arası veya

muamele konusunda genel bir öğreti kurmamışlardır. Nitekim, kaynaklarda hukuki muamele kavramını karşılayan bir terime de rastlanmamaktadır. Her ne kadar kaynaklarda, “*negotium*” dan bahsedildiği görülse de, bu terimin teknik hukuki anlamda, hukuki işlemi değil, ekonomik anlamda iş/faaliyeti belirtmek için kullanıldığı ifade edilmektedir. Teorik olarak hukuki muamele, Romalı hukukçuların eseri değilse de, bu hukukçular tek tek, hukuki muamele türlerinin geçerlilik şartlarını, özelliklerini inceleyip saptarken, bütün bu hukuki muamelelerde ortak olan hususları da belirleyip, ayrıntılı olarak işlemişlerdir¹⁴. Böylelikle, hukuki muamele kavramını kuramsal olarak değil, uygulama yolu ile yerleştirmişler ve Kara Avrupası Kanunları ve öğretisi, kökenine kaynaklık eden Roma Hukukunun bu konudaki dağınık kurallarından faydalanarak, hukuki muameleye ilişkin bu önemli ayırımı (borçlandırıcı-tasarruf), Medeni Hukukunun adeta temeli haline getirmiştir¹⁵.

Esasen hukuki muameleler, üst başlıkta, doğrudukları hukuki sonuçların malvarlığı üzerindeki etkilerine göre; malvarlığını azaltan/eksilten ve malvarlığını çoğaltan şeklinde ayrılmaktadır. Kazandırıcı hukuki muameleler, malvarlığını çoğaltan hukuki muamelelerdir ve esasen, bir kişinin malvarlığından diğerinin malvarlığı yararına, bir malvarlığı değerinin sağlanması fiilidir. Nitekim, borçlandırıcı hukuki muamele ve tasarruf muamelesi arasındaki ilişki de, kazandırmaya olan etkileri yönünden gerçekleşmektedir¹⁶. Bu bakımdan, kazandırıcı hukuki muamele; kazandıran taraf bakımından bir borçlandırıcı ya da tasarruf muamelesi olabilir. Her iki durumda da, kazandırılan tarafın malvarlığında bir artma, diğer bir ifade ile, aktif kısmında bir çoğalma söz konusu olur. Malvarlığını azaltan hukuki muameleler ise, borçlandırıcı hukuki muamele ve tasarruf muamelesi olarak

ölüme bağlı (*mortis causa*, örneğin vasiyetname, vasiyetname eki, ölüme bağlı bağışlama) şeklinde kategorilere ayrılması, Roma Hukuku kaynaklarında çok az da olsa yer almaktaydı. Kaynaklarda açıkça ifade edilmemelerine rağmen, mülkiyetin nakledilmesi veya bu hakkın sınırlandırılması (eşya hukuku anlamında, kölelerin azat edilmesi, borcun ifasının kabulü (talep hakkını sona erdiren), taleplerden vazgeçme, borcun yenilenmesi gibi işlemler büyük öneme sahipti. Eşya hukukuna ilişkin tasarruf muameleleri (devirler, yükümlendirici işlemler) aynı işlemler diye ifade edilirdi. Romalıların kuramcı olmaktan çok, uygulayıcı olmalarına rağmen, yine de, tek tek hukuki muamele türlerinin geçerlilik şartlarını ve özelliklerini inceleyip belirledikleri görülmektedir. ÜÇER, Mehmet: Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 25.

¹⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, (Roma Hukuku), Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 181.

¹⁵ TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2018, s. 160.

¹⁶ ANTALYA, O. Gökhan: Eşya Hukuku, Giriş-Temel Kavramlar-Genel İlkeler, Cilt 1, Legal Yayınevi, İstanbul 2018, s. 136-137.

ikiye ayrılmaktadır. Borçlandırıcı hukuki muameleler, borç ilişkisine taraf olanlardan en az birini borç altına sokan, onu belirli bir davranışta bulunmaya zorlayan, borç ilişkisinin konusunu (edimi) ifa etmeyi öngören işlemlerdir. Tasarruf muameleleri ise, hak durumunda doğrudan doğruya değişiklik meydana getiren işlemlerdir. Bunlar, bir hakkın devri (mülkiyet hakkı gibi), bir hakkın sona erdirilmesi (kölenin azat edilmesi, alacağın ifasının kabulü) veya bir külfet yüklenmesi (bir taşınmaz üzerinde irtifak tesisi, rehin hakkı kurulması gibi) şeklinde olabilir¹⁷.

Bütün borçlandırıcı hukuki muameleler, esasen, aynı zamanda kazandırıcı iken; tasarruf muamelelerinin bir kısmı kazandırıcı, bir kısmı ise malvarlığını azaltıcı olabilir¹⁸. Hatta tasarruf muamelesinin bu kapsama giren bütün türleri için ortak özelliği, eksiltici olmasıdır. Yine bütün kazandırıcı işlemlerde ise, ortak özellik, aynı zamanda eksiltici olmalarıdır. Ancak borçlandırıcı hukuki muameleler, karşı tarafa bir alacak hakkı da kazandırdıkları için, borçlunun malvarlığında borçlanmanın etkisine değil; alacaklının malvarlığındaki etkisine bakıldığında, borçlandırıcı muamelelerin tümünün, aynı zamanda kazandırıcı hukuki muamele olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Tasarruf muamelelerinin ise, tek taraflı olanlarının malvarlığını eksiltici etkisi olmaktadır¹⁹. Oysa kazandırıcı ve sağlararası nitelikteki

¹⁷ Mülkiyetin nakli ve alacağın temliki, hakkı devreden; bir taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı kurulması, mülkiyet hakkını sınırlayan; bir borç ilişkisinde borçluya yeni bir süre verilmesi, alacağı değiştiren, bir ayni haktan veya yenilik doğuran haktan feragat, hakkı sona erdiren tasarruf işlemlerine örnek olarak gösterilebilir. OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Yayınevi, İstanbul 2018, s. 183. Hatemi, tasarruf muamelesi kavramının kapsamına sadece hakkı etkileyen işlemlerin girip girmediği yönünde tartışma olduğunu belirtmektedir. HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, (Yazar: HAMAMCIOĞLU VARDAR, Gülşah), Sunuş Yazısı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. VII. Doktrinde tasarruf işlemi tanımı yapılırken, birçok yazar sadece dar anlamda tasarruf işlemi tanımı yapmış ve tanımı hakkın etkilenmesi unsuru ile sınırlı tutmuştur. Geniş anlamda tasarruf işleminin konusu ise, hak veya hukuki ilişkidir. 1919 yılında Von Tuhr tarafından kaleme alınan makalede yapılan ve o tarihten bu yana değişmeyen tanıma göre, geniş anlamda tasarruf işlemi, “.. var olan bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan etkileyerek, devreden, sınırlayan, sona erdiren veya onun içeriği değiştiren hukuki işlemidir”. HAMAMCIOĞLU VARDAR, Gülşah: Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 86.

¹⁸ Kazandırıcı işlem, kazandırmada bulunan açısından bir tasarruf işlemi veya bir borçlandırıcı işlem niteliği taşır. Şöyle ki, bir kimse diğer bir kişiye menfaat sağlarsa, kazandırıcı işlem, bu kazandırmada bulunan kişi açısından bir tasarruf işlemi teşkil eder. Mesela mülkiyetin devri, alacağın temliki, bir irtifak hakkı kurulması, ibra yoluyla borçlunun borcundan kurtulması gibi. Buna karşılık bir kimse, borç altına girerek başka bir kişiye alacak hakkı sağlınca, kazandırıcı işlem, kazandırmada bulunan kişi açısından bir borçlanma işlemi niteliği taşır. OĞUZMAN/BARLAS, s. 185-186.

¹⁹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, s. 198-199; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 160; HATEMİ, Sunuş Yazısı, s. VII.

borçlanma ve tasarruf işlemleri, tek taraflı olamazlar. Zira lehine kazandırma yapılan tarafın, yani kazandırmayı alanın da, kazandırmayı kabul etmesi gerekir. Buna karşılık, tasarruf işlemlerinden kazandırıcı olmayanları, bir hakkın ortadan kaldırılmasına yol açanları, tek taraflı da olabilir. Borçtan kurtarma (ibra) tasarruf işlemi, borçlunun kabulünü gerektirip, tek taraflı olamazken; bir aynı haktan vazgeçme işlemleri ise, tek taraflı olabilmektedir²⁰.

Roma Hukukunda teorik olarak borçlandırıcı ve tasarruf muamelesi ayırımı bulunmamakla birlikte; ilk defa bu ayırım, hukuki muamelelerin içeriğinde fiilen yapılmış ve buna dayanan hukuki düşünce yapısı Roma Hukukçularının görüşlerine hakim olmuştur. Sonrasında ise, ilgili ayırım, Pandekt Hukuku tarafından geniş şekilde işlenmiş ve bugünkü hukuki düşüncemizin temel kavramlarından biri haline getirilmiştir²¹. Von Tuhr tarafından, “Alman Yurttaşlar Yasasının (Medeni Kanununun) Genel Bölümü” ve “İsviçre Yurttaşlar Yasasının Genel Bölümü” adlı eserlerinde; borçlandırıcı ve tasarruf muamelesine dair ayırım ve taşınmaz satımında da bu iki işlemin ayrı olduğuna dair görüşü şu şekilde ifade edilmiştir: “... *Borçlanma-harcama (iltizam-tasarruf) ayırımı, bizim özel hukuk yapımızın temelidir*. Kaldı ki, ‘harcama’ kavramı, başlıca, Roma hukuku ile Pandekt hukukundaki geçirim’in (ferag’ın, alienatio’nun) genişletilmesiyle, genelleştirilmesiyle ortaya konmuştur. Öyleyken, üstelik en önemli bir işlem de olan tam da bu taşınmaz satımında borçlanma işlemiyle harcama işleminin birlikte bulunduğu ileri süren bu görüşün doğru sayılamacağı açıktır! (...) Gerçekte ise, Roma hukukunun traditio’suna uygun olarak Alman, İsviçre-Türk hukuk sistemleri, tam bir hukukî çözümlemeyle, mülkiyeti geçirmeyi borçlanma isteği (işlemi) ile mülkiyeti geçirme isteğini (işlemine) birbirinden ayırt etmişlerdir ki, bu ayırım özellikle çabucak yerine getirilmeyen satım sözleşmelerinde açıkça göze çarpmaktadır.”²².

Gerçekten de, borçlandırıcı hukuki muamele ile tasarruf muamelesi ayırımının kesin bir biçimde ortaya koyulduğu en açık örnek; satış sözleşmesi ve mülkiyetin naklidir. Bu, iki hukuki muamele, gerek bizim hukukumuzda, gerek Roma Hukukunda, çok kesin bir biçimde birbirinden ayrılmaktadırlar. Satış sözleşmesi, borçlandırıcı hukuki muamelelerin başında gelir. Bu sözleşme ile, bir taraftan satıcı, sattığı malın mülkiyetini temin etmek, diğer

²⁰ HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku-Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 10-11.

²¹ AYİTER, s. 161.

²² SUNGURBEY, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, İstanbul 1963, s. 20.

tarafından alıcı, satış bedelini vermek taahhüdü altına girmişlerdir. Bu bakımdan, mülkiyetin devrinin taahhüt edildiği bir sözleşmedir. Satış sözleşmesi yapıldığı sırada, satılan mal üzerindeki mülkiyet hakkı bakımından, hiçbir değişiklik meydana gelmiş olmaz. Tarafların anlaşması, satış bedelinin/semenin ve malın mülkiyetinin devrinin borçlanılmasını içermektedir.

Roma Hukukunda taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılması sonucunu doğuran tasarruf muameleleri; *mancipatio*, *in iure cessio* ve *traditio* (teslim) idi²³.

Mancipatio, Klasik Hukuk döneminde, *res mancipi*²⁴ malların mülkiyetinin devrini sağlayan bir tasarruf işlemi idi. Bu işlem, bir maden külçesi ve terazi ile (*per aes et libram*) yapılan, Roma'nın en eski geleneklerini yansıtan hukuki muamele idi. *Mancipatio*'nun mülkiyeti nakletmesi için; sekiz kişinin katıldığı, merasimli, sözlü bu muamelenin icra edilmesi gerekiyordu. Malı devreden, malı devralan, bir terazi tutan ve en az beş ergen Roma vatandaşı birlikte hareket ederek, bu işlemi gerçekleştirirlerdi. Malı devralacak olan kimse, "*Quirites Hukukuna göre bu malın benim olduğumu iddia ediyorum, bu mal bu bakır külçesi ve terazi ile bana satılmış olsun*" dedikten sonra bakır parçası ile teraziye dokunur ve mülkiyetine geçirdiği mal karşılığında, maden parçasını malı devredene verirdi. Henüz basılmış paranın bulunmadığı devirlerde, kuvvetle muhtemeldir ki, terazi ile bakır külçesi tartılmakta ve mal ile bakır külçesi değiştirilmekteydi. Basılmış para tedavüle çıktıktan sonra ise, mal karşılığında

²³ KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:39, İzmir 1993, s. 135-137; UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Eşya Hukuku-Ayni Haklar, (Eşya), Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s.71; ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Eşya Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul 2018, s. 57. Mülkiyetin devren kazanılması, mülkiyetin bir başka kişiden, o kişinin mülkiyet hakkına dayanılarak elde edilmesidir. Iustinianus Döneminde, bir çeşit cüz'i halefiyet (*successio singularis*) olarak kabul edilen, bu devren kazanmada söz konusu olan mülkiyet hakkının devridir. Oysa daha önceki dönemlerde Romalı Hukukçular, malların tek tek devrinde, bunlar üzerindeki hakların değil, malların el değiştirdiğini düşünüyorlardı. KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Eşya Hukuku, (Eşya), Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 160.

²⁴ *Res mancipi*: Eski ve Klasik Hukuk döneminde, eşyanın en önemli tasnifi içinde, iktisadi ve içtimai açıdan daha önemli sayılan mallar grubu: Ziraat ile uğraşan küçük bir kavmin önemli saydığı ve tasrih ettiği bu mallar; Cumhuriyet devrinin sonlarında, İtalya'daki araziler, arsalar ve binalar, köleler, fil ve deve hariç yük ve çeki hayvanları, bunlardan başka eski köy gayrimenkul irtilifakları idi. Bu malların mülkiyetinin devri, *mancipatio* veya *in iure cessio* ile mümkündü. UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügati, (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 185.

para veriliyordu. Bu sebeple, *mancipatio*, eski devirlerde peşin alım-satımlarda mülkiyetin naklini sağlayan tasarruf işlemi idi²⁵. Esasen beş Roma vatandaşı, bu muamele ile, mülkiyetin devrine tanıklık ederlerdi. Zira, mülkiyeti nakil muamelelerinde gerekli olan aleniyet ve açıklık, böylelikle sağlanmış oluyordu. Ayrıca *mancipatio*, şart veya vadeye bağlanamayan bir hukuki muamele idi. Zamanla *mancipatio* peşin alım-satımlar dışında da, başta mülkiyetin naklini sağlamak üzere, çeşitli amaçlarla kullanılan (kredili alım-satım, bağışlama, malların cihaz olarak verilmesi gibi) bir tasarruf muamelesi haline geldi²⁶.

Res mancipi'lerin mülkiyetinin nakli için başvurulması mümkün olan ikinci şekil ise, yine iki taraflı ve hayali bir muamele olan *in iure cessio*'dur²⁷.

Gaius Institutiones'inde (Gai.I. 2.24) bu muameleyi şu şekilde anlatmaktadır: “*Malın mülkiyetini nakledecek olanla iktisap edecek olan, birlikte, magistra'nın huzuruna çıkarlar. Bu magistra Roma'da praetor, eyaletlerde ise, validir. Malı iktisap edecek olan, legis actio Sacramento in rem'de davacı mevkiinde bulunan kimse gibi hareket eder; mala dokunarak «bu malın Quirites hukukuna göre bana ait olduğunu beyan ediyorum» der ve istihkakını ileri sürerdi. Magistra diğer tarafa, mukabele etmek isteyip istemediğini sorar, davalı mevkiinde bulunan kimse cevap vermeyeceğini söyler veya susarsa (cessio: çekilme, terk etme), magistra malı davalı yerinde bulunana verir, o da bu suretle malın ex iure Quiritium maliki durumuna gelmiş olur, aynı anda tabiatıyla, diğer taraf mülkiyeti kaybetmiş olurdu*²⁸”.

Mülkiyetin devrinde aranan aleniyet, bu muamelede, hukuki işleme *magistra*'nın katılmasıyla sağlanıyordu. *In iure cessio* tasarruf muamelesi de, *mancipatio* gibi, soyut bir işlemde ve yapılırken mülkiyet hakkının hangi sebebe dayanarak geçirildiği ortaya konulmamaktaydı. Yine, bu hukuki muamele de, *mancipatio*'da olduğu gibi şart ve vadeye bağlı yapılamıyordu²⁹.

²⁵ Genel kabul *mancipatio*'nun peşin satış işlemi olmasına rağmen, Koschaker bunun aksini savunmaktadır. Yazara göre bu işlem daha çok alıcının mal üzerindeki zilyetliği kazandığı, satıcının pasif durumda kaldığı bir işlem olması sebebi ile, daha çok zilyetliğin tek taraflı hukuki işlem yolu ile kazanılmasına benzetilmektedir. Bkz. KOSCHAKER/AYİTER, s. 136-137.

²⁶ UMUR, Eşya, s. 68; KOSCHAKER/AYİTER, s. 134; ERDOĞMUŞ, s. 59-60; OĞUZ, Arzu: “Roma Hukuku'nda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*)”, AÜHFD, 47(1-4), 1998, s. 49; BERKİ, Şakir: “Roma'da Ayni Haklar”, AÜHFD, 5(1-4), 1948, s. 351 vd.

²⁷ UMUR, Eşya, s. 71; ERDOĞMUŞ, s. 62; KOSCHAKER/AYİTER, s. 138; BERKİ, s. 353.

²⁸ UMUR, Eşya, s. 71.

²⁹ ERDOĞMUŞ, s. 62; KOSCHAKER/AYİTER, s. 138-139; OĞUZ, s. 50.

Mülkiyetin naklini sağlayan bir diğer tasarruf muamelesi olan *traditio* (teslim) ise, *mancipatio* ve *in iure cessio*'dan farklı olarak, *ius civile*'ye dahil olmayan bir *ius gentium* muamelesi idi ve şarta ya da vadeye bağlanması mümkündü. *Traditio*, mülkiyete konu olamayan eyalet arazileri ve *res nec Mancipi*³⁰ mallar üzerindeki mülkiyet hakkının ve *ius civile* mülkiyetini kazanmaya hakkı olmayan yabancıların mülkiyet kazanılmasını sağlayan bir hukuki muamele idi. Iustinianus Döneminde, taşınır –taşınmaz mal ayrımının ortaya çıkışı ile birlikte *res Mancipi- res nec Mancipi* mal ayrımı önemini yitirdikten sonra, *traditio*, taşınır ve taşınmaz tüm malların mülkiyetinin devrini sağlayan bir hukuki işlem haline geldi. *Traditio*, malın şekilsiz olarak devri, yani teslim geçerli bir hukuki sebeple ve mülkiyeti nakil gayesi ile yapıldığı zaman, zilyetliği elde eden kimseyi malik haline getiren tasarruf muamelesi idi ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla mülkiyetin devrini sağlardı. *Traditio* ile mülkiyetin geçmesi için; teslim edilen mal, teslim edenin mülkiyetinde olmalı, malı teslim eden ve alan, mülkiyeti devretmeye ve devralmaya ehil bulunmalı idi. Bundan başka, malın mülkiyetinin, devreden tarafından devralana maddi olarak terk edilmesi (*corpus tradendi*) gerekiyordu. Bir diğer ifade ile, bu işlemin yapılabilmesi için, kişinin malının maliki olmasının yanında, zilyedi de olması şarttı. Bu bakımdan *traditio*; malik olup, zilyed olmama durumunda yapılabilen *mancipatio* ve *in iure cessio*'dan ayrılmaktaydı³¹.

Traditio ile mülkiyetin geçmesi için son şart ise, teslim edenle teslim alanın, mülkiyetin devredileceği konusunda irade birliğine varmış olması idi. Bu durum, Roma Hukuku'nda tarafların, mülkiyetin geçmesini hukuka uygun kılan bir hukuki sebep üzerinde anlaşmalarını ifade ederdi. Ancak bu şart; müşterek hukukta ve bazı Medeni Kanunlarda, taraflar arasında mülkiyetin geçmesi için borçlandırıcı muamele yanında, mülkiyetin nakil ve

³⁰ *Res nec Mancipi*: *Res Mancipi* olmayan bütün mallar, bunların mülkiyeti şekilsiz bir muamele olan *traditio* (teslim) ile nakledilebilmekteydi. *Res Mancipi* ve *res nec Mancipi* mal ayrımı, Iustinianus Hukukunda tamamen kalkmıştı. UMUR, Lügat, s. 185.

³¹ UMUR, Eşya, s. 72-73; BERKİ, s. 356; ERDOĞMUŞ, s. 63.

devralındığına ilişkin, modern hukuk doktrinindeki anlamı ile, aynı sözleşme³² yapılmasının arandığı anlamına gelmemektedir³³.

Esasen, borçlandırıcı hukuki muamele olan satış sözleşmesi, borçlanılan edimin konusu olan hakkın (mülkiyet hakkının) devrine yönelik tasarruf muamelesinin yapılması sözünün verildiği işlemidir. Bu borçlandırıcı hukuki muamele ile alıcı, sadece bir alacak hakkının sahibi olur, satıcının (borçlunun)

³² Tasarruf işleminde soyutluk ilkesi ilk defa kendisini aynı haklar alanında gösterdiği için, aynı sözleşme yerine soyut tasarruf işlemi teriminin de kullanıldığı görülmektedir. Bkz. AYİTER, s. 33. Türk Hukukundaki aynı sözleşme kavramı ile Roma Hukukundaki real sözleşme (*contractus realis*) kavramı aynı değildir. Aynı sözleşme kavramındaki “*consensus+res*” formülü, Roma Hukuku’nun salt borçlandırıcı etkili “*contractus realis*”ini çağırırsa bile, aynı etkisi dolayısı ile ayrımlıdır. SEROZAN, Rona: “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, Prof.Dr.Tahir Çağa’nın anısına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 397. “*Contractus*” (akit) terimi; Roma Hukukunda, Fransız ve İngiliz Hukuklarında, sadece borçlanma işlemleri için kullanılırken, Alman Hukukunda, İsviçre-Türk Hukuklarında, kazandırıcı tasarruf işlemleri, aynı hak kazandıran işlemler için de, “aynı akit” terimi kullanılabilir. Fransız hukuk dilinde ise, “aynı akit” dendiğinde de akla Roma Hukukunun bazı akitler için (karz, ariyet, vedia ve rehin akitleri) vurguladığı, “*consensus+res*” formülü gelir. Nitekim Türkiye’de Roma Hukuku derslerinde, “aynı akit” kavramı bu anlamda “*contrat réel*” karşılığı olarak kullanılmaktadır. Kavram ve terim karmaşasını önlemek için, Türk hukukunda ilk defa Prof. Dr. Kocayusufpaşaoğlu tarafından, Alman hukuk dilinden aktarılarak, “*consensus+res*” gerektiren akitler için “real akit” teriminin kullanımının önerildiği ifade edilmektedir. Dolayısı ile, bu ayırım gözetilmesi ve “aynı akit” teriminin sadece tasarruf işlemleri için kullanılması yerindedir. “Real akit” yerine “nesnel akit”, “réel akit” yerine “aynı akit” denilebileceği belirtilerek, Fransızca’da reel ve real ayırımı bulunmamasından kaynaklanan ve real kelimesi yerine, her iki anlamda da aynı ayırımı kullanılması karmaşasına son verilebileceği ileri sürülmektedir. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 12-13. Roma Hukukunda real sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması için tarafların birbirine uygun irade beyanları yeterli değildir. Bu unsura tamamlayıcı bir unsurun yani eşyanın tesliminin eklenmesi gerekmektedir. Oysa aynı sözleşme, sadece bir tasarruf işlemidir. Bu sözleşmeler, taşınırlarda mülkiyetin devri ya da bir diğer aynı hakkın kurulması için gerekli olan zilyetliğin devri ile birlikte tasarruf işlemi oluştururlar. Aynı sözleşmeler aynı sonuçlar doğurduğu halde, real sözleşmeler nisbi sonuçlar doğurmaktadır. BÜYÜKAY, Yusuf: Roma Borçlar Hukukunda Hata, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 36, dn. 65. Türk Hukukunda real sözleşmeler, istisnai durumlarda kabul edilmişti. Eski Türk Ticaret Kanunu (TTK)’nda md. 76/1’in real sözleşme olduğu savunulmaktaydı. Eski hükümde taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, muvafakatleri ve eşyanın taşıyıcıya teslim edilmesi ile sözleşmenin kurulacağı hükmü yer almaktaydı. Ancak TTK. md.856/2 düzenlemesinde, taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesinin kurulduğu, eşyanın taşıyıcıya teslim edilmesinin taşıma sözleşmesinin varlığına karine olduğu kabul edilmiştir.

³³ ERDOĞMUŞ, s. 64-66; s. 65, dn. 47. Zira Alman Pandekt Hukuk ilmi, taraf iradelerinin bu uyuşmasına aynı sözleşme nazarıyla bakmış ve Medeni Kanunlarında yer alan mülkiyetin devrini, bu esasa dayandırmışlardır. Ancak Roma kaynaklarında, aynı sözleşme gibi bir kavrama işaret edilmediği savunulmaktadır. KOSCHAKER/AYİTER, s. 140; OĞUZ, s. 57.

malvarlığı üzerinde herhangi bir aynı hakkın sahibi olmaz. Böylelikle, borçlanan tarafın/ tarafların pasifinde bir borç oluşurken, hukuki muamelelerin karşısındaki tarafın/ tarafların aktifine bir nisbi hak girmektedir³⁴.

Tasarruf ve borçlandırıcı hukuki muamelelerinin birleştiği peşin alım satımlarda da, bir borçlandırıcı hukuki muamele olduğu ve tasarruf muamelesinin onu derhal takip ettiği görülmektedir. Tarafların satış bedeli/semen ve malın değiş tokuşu hususunda anlaşmış olmaları yeterlidir. Borçlandırıcı hukuki muamele bu şekilde tamamlanmış olur. Bu satış sözleşmesi, adeta, mülkiyetin devri muamelesini hazırlamaktadır. Bu satış sözleşmesinden sonra da, satıcı, mal üzerinde eskisi gibi tasarruf edebilir. Hatta, daha da ileri giderek, satıcı sattığı malın maliki dahi olmayabilir. Bu mümkündür ve satış sözleşmesi bu sebepten dolayı hükümsüz olmaz. Ancak, satıcı, teminini vaat ettiği tasarruf muamelesini yapmazsa, alıcıya tazminat ödemek durumunda kalır³⁵.

III. Hukuki Sebebi Olan Borçlandırıcı Hukuki Muamelelerin Geçerliliğinin

Tasarruf Muamelesi Üzerindeki Etkisi

Borçlandırıcı hukuki muamelelerin bir diğer fonksiyonu ise, tasarruf işleminin hukuki sebebini oluşturmasıdır. Ancak borçlandırıcı hukuki muamelelerin hukuki sebebini oluşturması ile³⁶, tasarruf muamelesinin geçerliliğinin bu hukuki sebebe bağlı olması farklı kavramlardır.

Borçlandırıcı hukuki muamele, tasarruf muamelesinin sebebini oluşturursa da, hukuki geçerliliği, her zaman tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemez. Bütün tasarruf işlemleri için geçerli, genel bir esas mevcut olmamakla birlikte; bu durum, birçok tasarruf muamelesinin sebepten soyut (mücerret) olma niteliği ile ilgilidir. Herhangi bir sebepten dolayı, borçlandırıcı hukuki muamelelerin geçerli olmaması halinde, aksi açıkça belirtilmiş olmadıkça³⁷, tasarruf işlemi geçerli kalır. Borçlandırıcı ve tasarruf muamelelerin irade bozukluğu sebebi ile malul olması halinde ise; bu iki muamelelerin birbirine

³⁴ HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 50.

³⁵ KOSCHAKER /AYİTER, s. 55-56.

³⁶ Her türlü tasarruf muamelesi, borçlandırıcı muamele şeklinde bir hukuki sebebe de ihtiyaç duymayabilir. Örneğin, mülkiyet hakkından feragat edilmesinin, borçlanma işlemi şeklinde ortaya çıkan bir hukuki sebebi yoktur. HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 53.

³⁷ İsviçre-Türk Medeni Hukuku açısından, taşınmaz mülkiyetinin devri (TMK.md.1024/2) sebebe bağlı (illi) iken, taşınır mülkiyetinin devrinin ve alacağın temlikinin sebebe bağlı veya sebepten soyut olduğu tartışmalıdır. TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, s. 166, dn. 94.

etkisi meselesi, tasarruf muamelesinin sebebe bağlı olup olmaması durumu ile ilgilidir³⁸.

Tasarruf muamelesinde, sebebe bağlılık ve soyutluk tartışmaları, esasen, Roma Hukuku'ndaki *causa* tartışmalarına dayanmaktadır. Roma Hukukunda mülkiyetin naklini sağlayan tasarruf muamelelerinden *mancipatio* ve *in iure cessio*, yukarıda bahsi geçtiği gibi, sebepten soyut kabul edilirken; *traditio* (teslim) tasarruf muamelesi Klasik Dönemde, sebebe bağlı kabul edilmekteydi³⁹.

Klasik ve hatta Klasik öncesi dönemlerde, *traditio* mülkiyetin şekilsiz devir işlemini ifade etmek üzere iki olguyu içerir şekilde kullanılırdı: bir fiil olarak zilyetliğin devri ve hukuki bir işlem olarak mülkiyetin devri. Bu noktada, *traditio*'ya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken, bu tasarruf işlemini mümkün kılan ve onu haklı gösteren bir hukuki sebebe (*iusta causa traditionis*) ihtiyaç duyup, duymadığı idi. Roma Hukukuna göre teslim; ifa sebebi (*causa solvendi*), bağış sebebi (*causa donandi*), karz sebebi (*causa credendi*) ve cihaz sebebi (*causa dotis*) gibi, çeşitli sebeplerle yapılmaktaydı. Anlaşıldığı üzere, *causa* bir borçlandırıcı hukuki muamele/taahhüt işlemi olabilirdi. Ancak *traditio* ise, kesinlikle, kendinden önceki taahhüdü yerine getiren bir tasarruf işlemi idi⁴⁰.

Hukuki sebep (*iusta causa*), teslim işlemi ile aynı anda ve bir arada mevcut olmalı idi⁴¹.

D. 41.1.31.pr. (*Paulus libro 31 ad edictum*):

“*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*”

“Bununla beraber sadece teslim mülkiyeti nakletmez, daha önce satım veya başka bir hukuki sebep mevcut olmalıdır ki, buna istinaden sonradan teslim yapılınsın⁴²”.

³⁸ AYİTER, s. 90-91.

³⁹ ERDOĞMUŞ, s. 66. *Mancipatio*, mülkiyeti nakleden soyut bir hukuki işleme dönüşmüştür. Zira Gaius'un ifadesine göre, (Gai.I. 1.113), farazi, varsayıli, simgesel alım-satım (*imaginaria venditio*) haline gelmiştir. Çünkü *mancipatio*, ilk zamanlarda bağlı olduğu alım-satımın hukuki sebebinden ayrılarak, mülkiyetin nakline yönelik birçok hukuki sebep için kullanılma olanağına kavuştu. Böylelikle *mancipatio*, bir alım-satım akdi olmaktan çıkmıştı. KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 162.

⁴⁰ OĞUZ, s. 51.

⁴¹ ERDOĞMUŞ, s. 66; UMUR, Eşya, s. 75-76; KOSCHAKER/AYİTER, s. 141-142; BERKİ, s. 355; OĞUZ, s. 52.

⁴² İlgili metnin Türkçe çevirisi ERDOĞMUŞ, s. 67, dn. 45'ten alıntılanmıştır.

D. 41.1.36 (*Julianus libro 13 digestorum*):

“*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.*”

“Bizim teslimin konusu hakkında uyuşma halinde olduğumuz, ancak, bunun nedeni hakkında uyuşma halinde olmadığımız zaman, teslimin neden hükümsüz olması gerektiğini anlayamıyorum. Örneğin, bir vasiyetnameden dolayı, sana bir taşınmazı devretmem gerektiğine inanıyorum, sen ise bunu bir *stipulatio*’dan dolayı yaptığımı sanıyorsun. Zira, bilindiği gibi, ben sana bağış amacıyla bir para veriyorum, sen bunu ödünç olarak verdiğimi sanıyorsun. Bu durumda da mülkiyet sana geçmekte, bizim verme ve almanın nedenleri hakkında farklı farklı düşüncelere sahip olmamız buna engel olmamaktadır⁴³”.

Bu *Digesta* metinlerinden ilki *traditio*’yu sebebe bağlı (illi) kabul ederken, diğeri, sebepten soyut (mücerret) kabul etmektedir. Her iki metnin de, hitabet sanatına uygun bir biçimde kaleme alınmış olmasından dolayı, *interpolatio* geçirmiş oldukları kabul edilmektedir. D. 41.1.36’daki ifadelerden, Romalıların, hukuki işlemlerin sebebe bağlı olmasındansa, soyut olmasını, daha çok tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Teslimin soyut olması yönündeki bu tercih, mülkiyetin devredilmesi konusunda *animus* (niyet), *mens* (düşünce) veya *voluntas* (istek)’e değinen ve bu bağlamda *causa*’dan söz etmeyen, *interpolatio* geçirmiş diğeri metinlerde de gözlenmektedir. Bir başka görüşe göre ise, mülkiyetin devredilmesini amaçlayan *traditio* dışında, sebebe bağlı (illi) anlaşma (*consensus*) yeterlidir ve sebebe bağlı hukuki işlem önemli dahi olmayabilir. Burada bahsi geçen, *traditio*’da, mülkiyetin devrine yönelmiş aynı bir anlaşmadır. Bir diğeri görüşe göre ise, illi aynı anlaşma düşünce biçimi, yukarıda değinildiği üzere, Romalı hukukçulara yabancı idi. Bu görüş kapsamında, *causa*’nın, *traditio*’nun bir gereği olarak, hakimin araştırması gereken bir vakıa olduğunu kabul etmek gerektiği ileri sürülmekte ve esasen, *causa traditionis*’i mülkiyetin devrini amaçlayan, *traditio*’yu mülkiyetin devrini sağlayan bir hukuki işlem yapmak için gerekli olan hukuki ilişkiler grubu olarak kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴. Bu bağlamda *iusta causa traditionis*; teslim edenle teslim alanın, işlem sırasında bir hukuki

⁴³ İlgili metnin Türkçe çevirisi OĞUZ, s. 55’ten alıntılanmıştır.

⁴⁴ OĞUZ, s. 55-57; s. 80.

ilişki kurması ve buna dayanarak *traditio* yapması durumunda, teslim sırasında meydana gelen işte bu işlemdeki hukuki sebep idi⁴⁵.

Bir diğer ifade ile, bu teslimin geçerli olması için, bir hukuki sebebin bulunması ve de kural olarak, bunun geçerli olması (*iusta causa traditionis*) gerekiyordu. Bu durum *traditio*'nun, Klasik Dönemde sebebe bağlı olmasından kaynaklanıyordu. Örneğin, *sui iuris* olan, fakat baliğ olmayan küçük (*impubes sui iuris*), vasisinin *auctoritas*'ı olmadan karz vermişse, karz sözleşmesi *auctoritas* olmadan geçerli olmadığından, *traditio* mülkiyetin devrini sağlamazdı. Verilen misli mallar tüketilmişse, *rei vindicatio* (istihkak) ile geri istenebilirdi. Ancak *iusta causa traditionis* olarak, ifa sebebine (*iusta causa solutionis*) farklı bir açıdan yaklaşmış, geçerli olmayan bir sebebe dayanarak ifa eden; edimi geri almak için, *rei vindicatio* açamaz, verdiğini ancak *condictio* (sebepsiz iktisap davası) ile geri isteyebilirdi. Hukuki sebep üzerinde irade uyuşması yoksa, *traditio* ile mülkiyetin geçip geçmeyeceği hususunda, Klasik Dönem hukukçuları arasında fikir ayrılıkları mevcuttu⁴⁶.

D. 12.1.18.pr. (*Ulpianus libro septimo disputationum*):

“*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.*”

“Ben sana bağış amacıyla para veriyorsam, sen bunu ödünç olarak alıyorsan, Iulianus, bağışın gerçekleşmediğini, ancak, ödünçün gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiğini yazmaktadır. Ben, ödünçün de olmadığına ve daha çok paranın alıcının mülkiyetine geçmediğine inanıyorum. Çünkü, alıcı, bunu başka bir düşünceyle elde etmiştir. Bundan dolayı, alıcı, eğer parayı tüketmiş ise, sebepsiz zenginleşmeden dolayı sorumludur. Tabii ki, kötü niyetten doğan def iyi ileri sürebilir, çünkü, para, veren kişinin iradesi gereğince tüketilmiştir⁴⁷.”

⁴⁵ HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 162.

⁴⁶ ERDOĞMUŞ, s. 66. Taraflar hukuki sebep üzerinde anlaşmış oldukları halde, hukuki sebep objektif olarak mevcut değilse, istisnai hallerde teslim alanın iyiniyetli veya kötü niyetli olması önem kazanırdı. Teslim alan kötü niyetli ise, mülkiyetin geçmediği kabul ediliyordu. Buna karşılık teslim alan iyiniyetli ise, örneğin malı satın ve devraldığı kişinin hukuki işlem ehliyeti olmadığı halde, var zannetmişse, mülkiyet iktisabının geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır (D. 6.1.72; D. 41.4.2.15). Ehliyetsizlik sebebi ile geçersiz olan hukuki sebep teslim alanın iyi niyeti yüzünden mülkiyetin geçmesine engel olmamaktadır. Ancak bu halde *traditio* adeta mücerret hale gelmektedir. ERDOĞMUŞ, s. 69.

⁴⁷ İlgili metnin Türkçe çevirisi OĞUZ, s. 73'ten alıntılanmıştır.

Ulpianus bu metinde, parayı alanın mülkiyetini reddettiği halde; Iulianus, yukarıda bahsi geçen metinde (D. 41.1.36) bağışlamada bulunanın, belki de, karz vermeyi de kabul edeceği görüşünden hareketle, mülkiyetin geçtiğini savunmaktadır. Her iki metinde de ortak olan nokta, borçlandırıcı hukuki muamelenin irade uyumsuzluğu sebebi ile meydana gelmediğidir. Ancak Iulianus, *traditio*'yu sebepten soyut bir hukuki muamele olarak kabul ederek ve tarafların farazi iradesine üstünlük tanıyarak mülkiyetin geçtiğini kabul etmişken; Ulpianus, *traditio*'nun sebebe bağlı olduğu görüşüne bağlı kalarak, aksi görüşü benimsemektedir⁴⁸. D. 41.1.36 ve D. 12.1.18.pr. arasındaki çelişki, çeşitli yollarla telif edilmeye çalışılmakla birlikte, herkesi memnun edecek bir çözüme ulaşılamamıştır. Iulianus'tan yaklaşık yüz yıl kadar sonra yaşamış olan Ulpianus, *traditio*'nun sebebe bağlılığı kuralından ayrılmak istememektedir. D. 41.1.36'nın yer aldığı Iustinianus'un *Digesta*'sındaki fasıl, mülkiyetin kazanılmasına ilişkin olduğu halde, Ulpianus'a ait metnin yer aldığı fasıl, alacak haklarına ilişkindir. Buradan hareketle, Iulianus'un meseleye mülkiyetin nakli açısından baktığı ve *traditio*'nun hukuki sebebi üzerinde anlaşma olmasa dahi, iki tarafın da mülkiyetin naklini öngördükleri (bağışlama ve karz) sözleşmeler yaptıklarını kabul ettiği anlaşılmaktadır⁴⁹.

Postklasik Döneme gelindiğinde ise, hukuk kültürü düzeyinin düşmesi ve kavramların birbirine karışması sebepleri ile, borçlandırıcı muamele ve tasarruf muamelesi farkı ortadan kalkmış ve mülkiyet, alım-satım veya bağışlama gibi hukuki muamelelerin bizzat kendisi ile, derhal geçmeye başlamıştı. Diğer bir ifade ile, alım-satım, bağışlama gibi borçlandırıcı hukuki muameleler, *traditio*'yu hukuka uygun hale getiren sebepler olmaktan çıkmış, neredeyse tasarruf muameleleri haline gelmişti. Iustinianus ise, mümkün olduğu kadar, Klasik Dönemin anlayışını tekrar geri getirmeye çalışmış ve borçlandırıcı muamelelerle, mülkiyet hakkını devre yarayan *traditio*'yu birbirinden ayırma gayretinde olmuştur. Anca, Klasik Dönemden, kendi dönemine geçen ihtilafları çözme eğiliminde olmasına rağmen, Iustinianus, yukarıda bahsi geçen D. 12.1.18.pr. ile D. 41.1.36 arasındaki çelişkiyi olduğu gibi bırakmak sureti ile; sebepten soyut *traditio* konusundaki kararsızlık ve tutarsızlık göstererek, konuyu kesin bir biçimde çözmeyi tercih etmemiştir. Buna rağmen, Iustinianus'un hukuki düşünüşünde, soyut teslim anlayışının daha ağır bastığı gözlemlenmiştir⁵⁰.

⁴⁸ ERDOĞMUŞ, s. 67.

⁴⁹ ERDOĞMUŞ, Belgin/TAHİROĞLU, Bülent: Roma Hukuku Pratik Çalışmaları-Meseleleri, Der Yayınevi, İstanbul 2014, s. 234.

⁵⁰ ERDOĞMUŞ, s. 68; UMUR, Eşya, s. 79; OĞUZ, s. 80. Iustinianus Döneminde, *mancipatio* ve *in iure cessio* ortadan kalkıp, yerlerini *traditio*'ya bırakınca, *Corpus Iuris Civilis*'te

Pandekt Hukukunda (*Ius Pandectarum*), *traditio* sebepten soyut bir mülkiyeti devir işlemi olarak biçimlendirilmiştir. Bir anlamda, Iustinianus'un sebepten soyut *traditio*'sunu; tasarruf muamelesinin sıhhat ve geçerliliğini, dayandıkları sebebe bağlı muamelelerin sıhhat ve geçerliliğinden geniş ölçüde ayrı tutulma yönündeki eğilim devam ederek, müşterek Pandekt hukukunda açık bir şekilde yer aldıktan sonra, oradan Alman Medeni Kanunu'na (BGB) geçmiştir. Alman Medeni Kanunu'na göre, mülkiyetin nakli sebepten soyut bir tasarruf muamelesidir. Alman Hukukuna göre *traditio*'da önemli olan, tarafların mülkiyetin devri konusunda anlaşmalarıdır. Yani malı devreden, mülkiyeti devretmek, devralan da mülkiyeti kazanmak iradesine sahipse, artık bu devrin hukuki sebebinin geçerliliği üzerinde durulmaz. Burada sadece, taraflarının mülkiyetin devri ve iktisabı üzerinde anlaşmalarına dayanan bir "ayni sözleşme"nin varlığı kabul edilmektedir. Bu sebeple tarafların hukuki sebep üzerinde anlaşamamaları, yani hukuki sebebin var olmaması ya da geçersiz olması, ayni sözleşme ile mülkiyetin devrini etkilemez. Tarafların hukuki sebep üzerinde anlaşamaması, sebebin var olmaması ya da geçersiz olması, taraflara sadece Borçlar Hukuku alanına giren, şahsi bir talep hakkı yaratır⁵¹.

Bugün BGB md. 929 (taşınır mülkiyetinin kazanılmasını düzenler), md. 925 (taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin ayni sözleşmeyi düzenler) ve md.873'e (taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkının tasarruf işlemine konu olmasını düzenler) göre; mülkiyetin nakli için sebepten soyut, yani mülkiyetin dayandığı temel muameleden hiç bahsetmeyen, onun geçersizliğinden etkilenmeyen, tarafların mülkiyetin geçeceği hususunda anlaşmalarını gösteren bir ayni sözleşme gereklidir⁵².

Alman Eşya Hukukuna hakim ilkelerden biri olarak kabul edilen "soyutluk ilkesi" "*ayni sözleşmenin geçerliliğinin hukuki sebepten tamamen ayrılmış olması, sebebe bağlı işlem geçersiz olsa, hiç var olmasa veya iptal edilmiş olsa da, ayni sözleşmenin geçerliliğini koruması*" şeklinde tanımlanır. Alman Eşya Hukukunda soyutluk ilkesinin üç temel sonucu; borçlanma işlemi ile ayni hakta değişiklik yapılamaması, ayni hak değişikliğinin borçlanma

bunlarla ilgili kurallar da, *traditio*'ya mal edilmiştir. Bu durum, Iustinianus kaynaklarında, *traditio*'nun sebebe bağlı olduğu görüşü yanında, sebepten soyut olduğu görüşünün de savunulduğu metinlere rastlanılmasına yol açmıştır. Ancak *traditio*'nun soyut olduğu görüşünün savunulduğu metinlerin varlığı, zamanında *mancipatio* ya da *in iure cessio*'ya ilişkin oldukları görüşü ile gerektendirilmektedir. KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 174.

⁵¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 174-175.

⁵² ERDOĞMUŞ, s. 68; OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 742-743.

işleminin geçersizliğinden bağımsız oluşu ve aynı hakkın durumunun sonradan ortadan kalkan borçlanma işleminden etkilenmemesidir. Ancak, Alman Hukukunda soyutluk ilkesinin kabulü, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayırımının yapılmadığı anlamına gelmemektedir. Zira, aynı hakka ilişkin tasarruf işleminde, kesin olarak kabul edilen aynı sözleşmenin⁵³ etkisini doğurabilmesi için, birtakım işlemlerle tamamlanması gerekir. Taşınmaza ilişkin aynı sözleşmenin etkisini doğurması, tapuya tescil edilmesine bağlı iken; taşınırlarda ise, zilyetliğin devrine bağlıdır⁵⁴. Yukarıda açıklanmaya çalışılan nedenlerle; Alman Hukukunda, taşınır bir mal veya arazi üzerindeki mülkiyet, esas teşkil eden satış sözleşmesinin veya herhangi bir sebebe bağlı sözleşmenin, geçerliliğine bakılmaksızın, bundan ayrı olarak iktisap edene geçer⁵⁵.

İsviçre-Türk Kodifikasyonu bu eğilime aynı ölçüde uymamakla birlikte, birtakım tasarruf muamelelerinin sebepten soyut olduğu ve bu açıdan dayandıkları borçlandırıcı hukuki muamelenin geçerliliğinden etkilenmedikleri görülmektedir. Tasarruf işleminin sebepten bağımsız olması halinde, bu işlemin geçerliliği, daha önce ifade edildiği üzere, geçerli bir

⁵³ Taşınır eşyanın mülkiyetini geçiren aynı tasarruf işlemi (aynı akit/sözleşme), diğer tasarruf işlemlerinden ayrılır. Bu işlem, terk gibi tek taraflı bir işlem olmadığı gibi, çok yanlı alacak temlik tasarruf işlemi gibi kamuya açık olmayan bir işlemdir. Bu işlem, tasarrufi etkisi bir yana, borçlanma işlemlerinin genel kurallarına tabi tutulur. Temsil, irade bozukluğu ve ehliyet kuralları borçlanma işlemine olduğu kadar, tasarruf işlemine de uygulanır. Borçlanma işleminden ayrı olduğu noktalar ise; özellik ilkesine bağlılığı, hukuka ve ahlaka aykırılık açısından renksizliği, serbestçe geri alınabilirliği, taşınmaz eşyada olduğu ölçüde olmasa bile, şart düşmanlığı, üçüncü kişi yararına yapılamazlığı, tip sınırlılığı ve tasarruf yetkisini gerekliliğidir. SEROZAN, s. 398.

⁵⁴ HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 71, dn. 175; s. 115. Doktrinde aynı sözleşme olarak ifade edilen ve taşınır mülkiyetinin geçmesi konusundaki bu anlaşmaya TMK. md. 763'te değinilmemiştir. Durum İsviçre Medeni Kanunu açısından da aynıdır. Buna rağmen gerek doktrin, gerek İsviçre Federal Mahkemesi, bu anlaşmayı aramakta, fakat buna kanuni bir dayanak gösterememektedir. TMK'da bu anlaşmadan söz edilmemesinin sebebinin, rızalarda uyuşma unsurunun esasen zilyetliğin devrinde yer alması olduğu ileri sürülmektedir. Zira zilyetlik devredilmeden, mülkiyetin geçmesi anlaşması (aynı sözleşme) bir anlam taşımayacaktır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 742-743. Taşınır mülkiyetinin geçmesi sadece tasarrufi sözleşme ile değil, aynı sözleşmeye eklenecek ve hukuken maddi fiil olan şey üzerindeki fiili hakimiyetin sağlanması (zilyetliğin devri) ile tamamlanacaktır. ANTALYA, s. 149.

Aksi görüş için bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 309. İsviçre-Türk Hukuk'larında, aynı hakka ilişkin tasarruf işleminde aynı sözleşme kavramına ihtiyaç olup olmadığı tartışmalı bir konu olup, ilgili görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 172 vd; s. 250 vd.

⁵⁵ SCHWARZ, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, (çev. DAVRAN, Bülent), 1.Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 345, Hukuk Fakültesi No: 75, İstanbul 1948, s. 166.

borçlanma işlemine dayanmasına bağlı değildir. Bu halde, borçlanma işleminin hiç mevcut olmaması veya geçersiz sayılması, tasarruf işleminin geçerliliğine etkili değildir. Mesela, alacağın temliki⁵⁶ veya borçtan ibra gibi hukuki muameleler, kendilerine esas teşkil eden, borçlandırıcı hukuki muamelelerin geçersizliğinden etkilenmezler. Ancak bu gibi hallerde, sebepsiz zenginleşme durumu meydana geleceğinden, tasarrufu yapan kimse, kazandırıcı muamelenin muhatabına karşı, sebepsiz zenginleşme elde edilenin iadesine yönelik talebini ileri sürebilmektedir⁵⁷.

Tasarruf işleminin geçerliliğinin, buna temel teşkil eden borçlandırıcı hukuki muamelenin geçerliliğine bağlı olup olmaması, “*tasarruf işleminin sebebe bağlı veya sebepten soyut sayılıp sayılmamasına bağlıdır*” şeklinde ifade edilen ve Fransız Hukukundan⁵⁸ etkilenen bu sonuca “*sebebe bağlılık prensibi*” denilmektedir. Eğer söz konusu işlem, sebebe bağlı ise, tasarruf işleminin sebebi olan borçlandırıcı işlem geçersiz olduğunda tasarruf işlemi de, hiçbir ek koşula bağlanmadan geçersiz olacaktır. Yukarıda bahsi geçtiği üzere, İsviçre-Türk Medeni Hukuku’nda taşınmazlara ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğu tartışmasıdır. Zira, TMK.md. 1024/2, “*Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.*” hükmünü içermektedir⁵⁹.

Böylelikle, taşınmaz mallar bakımından TMK. md. 1024/2 iyiniyetli olmayan üçüncü kişilere karşı, bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescili yolsuz kabul ederek, böyle bir tescil yüzünden aynı hakkı zedelenen kimseye, tescilin yolsuz olduğunu iyi niyetli olmayan üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya ileri sürme hakkı tanıyarak, taşınmazlarda mülkiyetin naklini sağlayan tapu kütüğüne tescil tasarruf muamelesinin geçerliliğini, dayanağı olan borçlandırıcı hukuki muamelenin geçerliliğine bağlamaktadır⁶⁰.

⁵⁶ Alacağın temlikinin sebepten soyut mu, yoksa sebebe bağlı mı olduğu konusunun tartışmalı olduğu dn. 22’de ifade edilmiştir. Bu soruna ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz. HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 228 vd.

⁵⁷ SCHWARZ, s. 166; OĞUZMAN /BARLAS, s. 183-184.

⁵⁸ Alman Eşya Hukuku’nda, eşya mülkiyetinin transferinde geçerli iki aşamalı “ayrılık sistemi” kabul edilmişken, Fransız Hukuku’nda ise, “birlik sistemi” kabul edilmiştir. Dolayısı ile mülkiyeti satış sözleşmesi kazandırır. SEROZAN, s. 398.

⁵⁹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 184. Taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından TMK. açıkça tasarruf işleminin geçerli bir kazanma sebebine dayanması gerektiğini, tescilin dayandığı borç ilişkisindeki sakatlığın mülkiyetin geçmesine engel olacağını kabul etmiştir. Buna “tescilin sebebe bağlılığı” veya “illilik” prensibi denir. Sakat bir borç ilişkisine dayanılarak yapılan tescil, yolsuz tescil olur ve böyle bir tescil mülkiyeti geçirmez. Hala malik olan kişi, açacağı tapu kaydının düzeltilmesi davası ile bu yolsuz tescili düzeltirebilir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 743.

⁶⁰ HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 164.

Taşınır hukukunda söz konusu tasarruf işlemi, zilyedliğin geçirilmesi (TMK. md.977 vd.) şeklinde gerçekleşir. TMK, taşınmazların devrinin, devre temel olan hukuki işleme, bir başka deyişle sebebe bağlı olduğunu m. 1024/2 hükmünde açıkça ifade etmesine karşın, taşınırın devrinin sebebe bağlı olup olmadığı hususunda bir hüküm içermemektedir ve bu sebeple taşınır mülkiyetinin devrinde sebebe bağlılık-soyutluk tartışmaları halen devam etmektedir⁶¹. Esasen hangi görüşün kabul edildiğine bağlı olarak; taşınır mülkiyetinin devrinde de, sebebe bağlılık prensibi geçerli olursa ve mülkiyetin devri işlemi geçerli bir kazanma sebebine dayanmıyorsa, devri yapan hala malik kalmaya devam edecek ve malın zilyedine karşı istihkak davası açma imkanına sahip olacaktır. Fakat soyutluk prensibi geçerli olursa, mülkiyetin devri geçerli bir hukuki sebebe dayanmasa bile, mülkiyet kazanan kimseye geçecek ve devralanın bu kazanması bir sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. Bu durumda da, aynı dava olan istihkak davası herhangi bir zamanaşımına tabi değilken, şahsi bir dava olan sebepsiz zenginleşme davası TBK. md. 82'deki zamanaşımına tabi olacaktır. Borç ilişkisini sakatlayan, irade sakatlıkları ve ehliyetsizlik, çoğu zaman somut olayda, devir işlemi sırasında da devam ettiği için, devir işleminin kendisi de sakatlanmış olarak, mülkiyetin geçişini sağlayamayacağından, bu hallerde soyutluk prensibinin kabulü bir önem arz etmeyecektir⁶².

⁶¹ Taşınır mülkiyetinin devri bakımından, taşınmazlardakine benzer bir hüküm TMK'da bulunmamaktadır. Bu sebeple, taşınır mülkiyetinin devrinde, devir işleminin buna sebep teşkil eden borç ilişkisine bağlı olup olmadığı, borç ilişkisindeki sakatlığın, devir işleminin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği, doktrinde ve mahkeme içtihatlarında tartışma konusu olmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, 1929 yılına kadar taşınır mülkiyetinin devrinde mücerretlik/soyutluk prensibini benimsemişken; 1929 yılındaki bir kararında sebebe bağlılık prensibinin geçerli olduğunu kabul etmiştir ve halen bu görüşünü korumaktadır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 129; ANTALYA, s. 149. Ancak doktrinde, İsviçre'de, Andreas von Tuhr taşınır mülkiyetinin devri tasarrufunun soyut olduğunu kabul etmiştir. Yazarın ilgili görüşünü dile getirdiği çalışmasının Türkçe tercümesi için, bkz. VON TUHR, Andreas/AYİTER, Kudret (çev.): "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Devri", AÜHFD, 3, 1948, s. 633 vd.; VON TUHR, Andreas/AYİTER, Kudret (çev.): "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Devri", AÜHFD, 4, 1948, s. 154 vd. Bu tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 228 vd.

⁶² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 746; ANTALYA, s. 152 vd. Soyutluk ilkesinin somut olay adaletine ters düştüğü durumlarda, bu ilkeyi aşmanın yolları her zaman açıktır. Birinci yol, özellikle ehliyetsizlikte, irade bozukluklarında, hukuka ve ahlaka aykırılıkta, aynı tasarruf sözleşmesinin de borçlanma sözleşmesindeki hukuki eksikliğin ve aksaklığın etkisi altında kalacağını, yani "geçersizlik özdeşliği"ni kabul etmektir. Geçersizlik özdeşliğinde, borçlanma sözleşmesindeki çürüklük hukuki sebebe bağlılık ilkesi bağlamında söz konusu olduğu gibi tasarruf sözleşmesine bulaşmayıp, borçlanma

IV. Tasarruf Muamelesinin Geçerliliğinin Borçlandırıcı Hukuki Muamele

Üzerindeki Etkisi

Geçerli bir tasarrufta bulunabilmek için, bir kimsenin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Yani o kimse ile hak arasında öyle bir ilişki ve izafiyet bulunmalıdır ki, buna dayanarak o kimse hak üzerinde tasarrufa yetkili olmalıdır. Normal olarak hak sahibi hakkı üzerinde tasarruf yetkisini haizdir⁶³.

Tasarruf yetkisinin bulunmaması, borçlandırıcı hukuki muamelenin hükümsüz olmasını gerektirmez. Borçlandırıcı hukuku muameleden sonra yapılması gereken tasarruf muamelesinin hiç yapılmaması mümkündür. Mesela, bir kimse, borçlandırıcı hukuki muamele ile, maliki olmadığı bir şeyin mülkiyetini devredeceği taahhüdü altına girmiş olabilir. Burada, borçlandırıcı hukuki muamele ile tasarruf muamelesinin bağımsızlığından bahsedilir. Bu esasa göre, tasarruf yetkisi olmadan taahhütte bulunan, bu taahhüde istinaden tasarruf muamelesi yapamayacağı için, ancak kendisinden, geçerli olarak kurulmuş borçlandırıcı hukuki muameleye dayanarak, borca aykırı hareketinden dolayı tazminat talep edilebilmektedir⁶⁴.

Roma Hukukuna göre bir kimsenin mülkiyeti devren kazanabilmesi için, devreden bu hakka aynı içerikle sahip olması gerekirdi. Aksi halde mülkiyet, devralan iyi niyetli olsa dahi, devralana geçmezdi. Roma hukukunda ‘hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez’ (*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*) şeklinde ifadesini bulan hukuk kuralı (*regula iuris*), iyi niyetli devralanın korunmasındansa, malikin korunmasının tercih etmekteydi⁶⁵. Dolayısı ile, üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan bir malı satıp, geçerli bir şekilde devreden satıcının bu tasarrufu karşısında, gerçek malik, istihkak davası (*rei vindicatio*) açarak, malını geri alabilirdi. Zira yapılan tasarruf muamelesi, hükümsüz olduğundan, malı devralanı malik yapmamaktaydı. Ayrıca, bu durumda, söz konusu mülkiyet hakkının kazanımında, bir hukuki ayıp olduğu da ortaya çıkardı⁶⁶.

sözleşmesindeki çürüklük, ayrıca bir kez de tasarruf sözleşmesinde patlak vermektedir. Soyutluk ilkesini geçersizlik özdeşliği kavramı dışında delmenin bir başka aracı da, aynı tasarruf sözleşmesinin geçerliliğinin, borçlanma sözleşmesinin geçerliliği “şartına”, “zımnen” bağlanmış olduğunu varsaymaktır. Bu yola özellikle self servis alışverişlerinde başvurulur. Soyutluk ilkesinin yararlarının bilincinde bir hukukçunun, bu ilkenin geçersizlik özdeşliği ve zımnî şart kavramları ile her fırsatta dolanılması girişimlerine dair uyanık olması gerektiği ileri sürülmektedir. SEROZAN, s. 404-405.

⁶³ SCHWARZ, s. 164.

⁶⁴ AYİTER, s. 91.

⁶⁵ ERDOĞMUŞ, s. 57-58.

⁶⁶ Hukuki ayıp, satış sözleşmesinin yerine getirilmesi için satıcı tarafından alıcıya geçirilen hakkın, objektif bir hukuk kuralından ötürü sakatlanmış bulunması satılanın objektif bir

Modern Hukuk açısından da, normal olarak hak sahibi, hakkı üzerinde tasarruf yetkisini haiz bulunmakla birlikte; tasarruf sınırlandırmaları dolayısı ile hakkı veya malvarlığı üzerinde tasarruf edememesi (TMK. md. 1010: Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında) söz konusu olabildiği gibi; başkasının hakkı veya başkasının malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin varlığını ifade eden haller de mevcut olabilmektedir. (rehin hakkına dayanan tasarruf yetkisi, vasiyeti tenfiz memur ya da iflas idaresinin tasarruf yetkisi gibi)⁶⁷.

Roma Hukuku bakımından, hak sahibinin hakkı ya da malvarlığı üzerinde tasarruf edememesi veya başkasının malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin varlığına dair, bahsi geçen bu iki ihtimal, Gai. I. II.62'de, şu şekilde ifadesini bulur:

Gai.I. II. 62: “*Accidit aliquendo, ut qui dominus sit, alienendae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit*”.

“Malik olanın şeyi ferağa mezun olmaması ve malik olmayanın buna rağmen ferağ edebilmesi bazen vaki olur”⁶⁸.

Roma Hukukunda hak sahibinin malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlanması, *Principatus* döneminden itibaren görülmeye başlanmıştı. Bu sınırlandırmalar, kanundan, *magistra*'nın emrinden veya hukuki muamelelerden doğabiliyordu. Örneğin, *lex Aelia Sentia* ve *Fufia Caninia* ile kölelerin azat edilmesi sınırlandırılmıştı. Yine *lex Iulia*'ya göre, kadının evliliğe cihaz olarak getirdiği arazileri, koca elden çıkaramıyordu. Vasisi de, vesayeti altındaki küçüğün mallarını *oratio Severi*'den itibaren devredemiyordu. Aynı şekilde, üzerinde ihtilaf olan bir mal satılamıyordu. Alıcı satın almış olduğu malı talep ederse, kendisine bir def'i ileri sürülebiliyordu. Ayrıca böyle bir tasarruf cezalandırılıyordu. Sağlararasında yapılan bir hukuki muamele ile, bir kimsenin bir mal üzerindeki tasarruf imkânı kısıtlanmışsa, bu ancak tarafları arasında hüküm ifade ediyor ve sadece tazminat istenebiliyordu. Ölüme bağlı bir tasarruf ile miras bırakan; vasiyet ettiği malın satılması halinde, satıcı ile alıcı arasında bu malın üçüncü kişilere

hukuk kuralı nedeniyle öngörülen amaca hizmet edememesidir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, hukuki ayıp durumunda, malda maddi anlamda bir eksiklik veya hata söz konusu değildir; fakat, satılanın değerine ve kendisinden beklenen yarara etki eden, objektif hukukun koyduğu birtakım sınırlama ve yasaklardan doğan eksiklikler söz konusudur. KARAOSMANOĞLU CANBAZ, Ayşe Tuba: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Alım Satım Aktinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Roma Hukuku) Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Programı, Ankara 2008, s. 48.

⁶⁷ SCHWARZ, s. 164.

⁶⁸ İlgili metnin çevirisi SCHWARZ s. 164, dn. 6'dan alıntılanmıştır.

devredilemeyeceği konusunda bir anlaşma yapılmasını şart koşabiliyordu. Post-Klasik Dönemde, bu tip sınırlandırmalar artmış ve bu sınırlandırmalara rağmen yapılan devir muamelelerinin geçersiz olacağı kabul edilmişti⁶⁹.

Başkasının malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin var olduğu ve “hiç kimse, sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez” kuralının istisnası olan durum; rehin hakkı sahibinin, rehin hakkına konu olan malı satma ve mülkiyeti geçerli olarak alıcıya geçirebilmesi idi⁷⁰. Bu istisnayı açıklamak için, alacaklının malı satın mülkiyetini devretmesine imkân veren, malikle bu konuda yapılan bir satış anlaşması (*ius distrahendi*)’nin varlığı ileri sürülür⁷¹. Gai. I. 2.64’te, rehin veren kimsenin rehin vermekle malın satılmasına muvafakat ettiği görüşündedir. Bu görüşe uygun olarak, böyle bir anlaşma bulunmasa dahi, rehinin teminat fonksiyonu itibari ile, alacaklının rehin konusu malı satma yetkisinin, rehin hakkının içeriğine dahil olduğu kabul edilmiştir⁷².

İsviçre-Türk Hukuklarında, yukarıda bahsi geçen bağımsızlık/ayrılık ilkesine⁷³ ilişkin genel nitelikli bir hüküm yer almasa da, bu ilkenin benimsenmiş olduğu çeşitli hükümlerden anlaşılabilir. Borçlandırıcı hukuki muamele niteliğindeki işlemlerin düzenlenmesinin TBK’ununa, bunun ifası niteliğindeki hukuki muamelelerin ise, TMK’ununa bırakıldığı görülmektedir. Mesela, satış sözleşmesi, bir borçlandırıcı hukuki muamele olarak, Borçlar Hukuku alanında düzenlenirken, bu sözleşmenin ifası amacı ile yapılan tasarruf işlemi, Eşya Hukuku alanında düzenlenmiştir. Sadece borçlandırıcı hukuki muamelenin yapılması, hakkın devri sonucunu doğurmadığından, borçlanma işleminden ayrı olarak tasarruf işlemi yapılması zorunlu hale getirilmiştir⁷⁴.

⁶⁹ ERDOĞMUŞ, s. 52.

⁷⁰ Rehinli mal *res Mancipi* ise, malı satın ve teslim alan *praetor* mülkiyetini iktisap ediyor, *ius civile* mülkiyetini ise, zamanaşımı yolu ile elde ediyordu. *Res nec Mancipi*’ler rehin hakkında istinaden satılmışsa, *ius civile* mülkiyetinin derhal kazanılacağı belirtilmektedir. ERDOĞMUŞ, s. 128; UMUR, Eşya, s. 163.

⁷¹ UMUR, Eşya, s. 163.

⁷² ERDOĞMUŞ, s. 128.

⁷³ Ayrılık ilkesinde, borçlandırıcı etki gösteren irade uyuşması, tasarrufun sonuçlarını göstermemekte, tasarrufun gerçekleşebilmesi için aynı sözleşme olarak ifade edilen, borçlandırıcı işlemten sonra, tasarrufi etki gösterecek ikinci bir hukuki işlemin yapılması gerekli görülmektedir. İşlemden ayrılık görüşünde, taşınmazlarda ikinci tasarruf işleminin bir tasarruf sözleşmesi mi yoksa tek taraflı hukuki işlem mi olduğu tartışılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, s. 144 vd.

⁷⁴ HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 65.

V. Borçlandırıcı Hukuki Muamele ve Tasarruf Muamelesi Arasındaki Farklar

Borçlandırıcı hukuki muamelelerin aksine, tasarruf işlemlerini yapabilmek bakımından, tasarruf konusu şeyde, hakka doğrudan doğruya etki yapma gücünün, yani, tasarruf yetkisinin bulunması gerekmektedir. Bu yetkinin de temelinde; “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*” şeklinde ifade edilen, Roma Hukukundan bu yana gelen, “hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez” ilkesi yatmaktadır. İyi niyetle hak iktisabının korunduğu, taşınırlarda emin sıfatı ile zilyetten iktisap ve tapu siciline güven ilkesi sonucu iktisap hallerinin varlığı, kuralın değiştiği anlamına gelmez⁷⁵. Bu bağlamda; tasarruf muamelesi, yeni bir tasarruf muamelesi yapılması imkanını ortadan kaldırmakla birlikte, yeni bir borçlandırıcı muamele yapılmasına engel değildir. Borçlandırıcı muamele, aynı konuda, ne yeni bir tasarruf ne de borçlandırıcı muamele yapılmasına engel değildir⁷⁶.

Kişi, malvarlığının aktif kısmında yer alan kalemlere dokunmaksızın, sadece pasifini, borçlarını arttıran bir işlem yaparsa, buna “borçlandırıcı işlem” denildiği ifade edilmişti. Borçlandırıcı işlemler genellikle karşımıza borçlandırıcı sözleşme olarak çıkarlar. Borçlandırıcı işlemler, borçlanılan edim konusu hakkı devir, sınırlama, değiştirme veya ortadan kaldırma taahhüdünü içerirler. Borçlandırıcı işlem, edimi teşkil eden şeyin mülkiyetine etkisi olmadığından, diğer bir ifade ile, malikin tasarruf hak ve yetkisini sınırlandırmadığından, aynı şey birden fazla işlemin konusunu teşkil edebilir. Edim konusu şeyin, borçlanıldığı anda, borçlunun malvarlığında bulunmasına da gerek yoktur. Aynı şeyi konu alan sözleşmeler, doğum tarihleri yönünden de bir öncelik hakkına sahip değildir⁷⁷.

Tasarruf muamelesi, genelde borçlandırıcı işlemi ifa eden işlem olarak karşımıza çıkmakta ve borçlandırıcı işlemle aynı anda yapılan, taşınırların elden satışı ve bağışlaması dışında, tasarruf işlemi zamansal olarak, borçlandırıcı hukuki muameleden sonra yapılır⁷⁸. Tasarruf muamelelerinde ise, ilk yapılan tasarruf geçerlidir. Zaten ilk tasarruf muamelesi, takip eden tasarrufları imkânsız hale getirir ve yetkisiz tasarruf olmasını sonuçlar. Borçlandırıcı muamelelerde ise, birinci taahhüdü ihlal edecek yeni bir taahhüt yapmak mümkündür. Borçlandırıcı muameleler hukuk süjesine bağlıdır.

⁷⁵ ÖZMEN/YÜCE, s. 8.

⁷⁶ AYİTER, s. 92.

⁷⁷ ANTALYA, s. 140-141.

⁷⁸ ANTALYA, s. 143.

Taahhütlerin meydana geldiği zaman önemli değildir. Bütün borçlandırıcı muameleler aynı derecededir. Hiçbiri diğerinden önce gelmemektedir⁷⁹.

Tasarruf muameleleri yapıldıktan sonra değiştirilemez, şayet değiştirilmek istenirse, yeni bir tasarruf muamelesinin yapılması gerekir. Tasarruf işlemine ilişkin bu özellik, borçlanma işleminden dönmenin aynı etkili olmadığına da kanıttır. Zira, borçlandırıcı muamele değiştirilmek istenirse, yeni bir muamele yapılmasına gerek olmadan, taraflar, hukuki işlem üzerinde değişiklik yapıp, yapılan bu değişikliği geriye etkili dahi kararlaştırabilirler⁸⁰. Tasarruf muamelelerinde ise, geriye etki imkânı yoktur. Kimse temlik ettiği bir hakkın, daha önce temlik edilmiş addedilmesini temin edemez. Hak, o anda intikal etmektedir⁸¹.

Her iki işlemin ayrılık prensibi uyarınca geçerlilik unsurları, özellikle şekli farklı olabilir. Borçlanma işlemi her zaman sözleşme şeklinde, tasarruf işlemi ise, hem tek taraflı işlem hem de sözleşme şeklinde olabilir⁸².

Bağımsızlık ilkesinin bir uzantısı olarak, borçlandırıcı ve tasarruf muameleleri farklı şekil kurallarına bağlanmıştır ve tasarruf işlemine eklenen diğer gereklilikler, borçlanma işleminde aranmaz. Örneğin; borçlanma işlemi niteliğindeki alacağın devri sözü hiçbir şekle bağlı değilken, tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın devri yazılı şekle bağlanmıştır. Belirlilik ve aleniyet ilkeleri de, tasarruf işlemlerini borçlandırıcı işlemlerden ayırır⁸³.

Bir hukuki muamelenin borçlandırıcı ya da tasarruf muamelesi olduğu konusunda şüphe edilebilecek hallerden biri olarak; kira ve hasılat kirasında, kiralanan malın tesliminde, tapu siciline verilen şerhlerin, tasarruf işlemi mi yoksa borçlandırıcı işlem olduğu konusunda tereddüt edilmektedir⁸⁴. Mülkiyet hakkına sahip olmayan bir kimsenin, tapu siciline bu işlemi yapmasının mümkün olmaması dolayısı ile, şerh verme işleminin bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, kiralanan teslimi ile kiracının elde ettiği haklar, aynı haklara yaklaşan yetkiler temin etmesi bakımından, doktrinde bazı görüşlerce aynı hak addedilmekle birlikte, esasen kuvvetlendirilmiş bir nisbi hak (alacak hakkı) söz konusudur. Aynı şekilde tapu siciline verilen şerhlerin niteliği de şüphelidir. Bu şerhler takip eden tasarruflar bakımından, taşınmazın devrinde aynı hakkın 3. kişilere karşı ileri

⁷⁹ AYİTER, s. 93.

⁸⁰ HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 61, dn. 151.

⁸¹ AYİTER, s. 94.

⁸² HAMAMCIOĞLU VARDAR, s. 63.

⁸³ ANTALYA, s. 144.

⁸⁴ AYİTER, s. 81.

sürülebilirlik gibi aynı bir etki sağlarlar. (TMK. md. 1009: Şerhler: Kişisel Haklarda) Ancak unutulmaması gereken; bu şerhin, alacak hakkını maruz bulunduğu tehlikelerden kurtarmak için yapılmış olduğu ve alacak hakkının verilen şerh sebebi ile aynı hakka dönüşmediği, alacak hakkı şeklinde kaldığı ve iflas, borçlanılan şeyin başkasına devri gibi sebeplerle tehlikeye girmediği hususudur⁸⁵.

VI. Borç İlişkisinin Nisbiliği Prensibinin Önemi

Yargıtay'ın şerh edilmemiş satış vaadi sözleşmesine konu alacak hakkı sahibine, borçlu taşınmaz malikinin taşınmaz mülkiyetini üçüncü kişiye tescille devri halinde, tapu iptali, tescile zorlama davası açma olanağı tanıyan ilgili kararı, borç ilişkisinin nisbiliği temel prensibini de ihlal etmektedir. Borçlar Hukukuna hakim olan ve Roma Hukukunda temellerini bulan prensiplerden biri, "Borç İlişkisinin Nisbiliği (Göreceliliği) Prensibi"dir. Borç ilişkisinin, sadece alacaklı ile borçlu arasında bir bağ teşkil etmesi ve üçüncü şahısları etkilememesi, borç ilişkisinin nisbi olduğunu ifade eder ve bu sebeple de alacak hakkının, nisbi hak olduğundan söz edilir. Herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hakların hilafına olarak, bu hak yalnız borçluya karşı mevcuttur ve borçlunun sorumluluğu da nisbidir ve yalnızca alacaklıya karşıdır. Alacak hakkı esas itibari ile yalnız borçluya karşı dermeyer edilebilir, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bununla birlikte nisbi hakları kuvvetlendirmek için, bazı kayıt ve şartlar altında, üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edecek bir hale getirildiği görülmektedir. Bu ihtiyacı, özellikle taşınmaz hukukunda, şerh müessesesi temin etmektedir⁸⁶.

D. 44.7.3.pr. (*Paulus libro secundo institutionum*):

«*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*»

«Borç ilişkilerinin özü, bunların bize bir şey üzerinde mülkiyet veya ittifak hakkı sağlamalarında değil, fakat başka bir kişiye bize bir şey vermeye veya yapmaya veya bir şey temin etmeye yetkili kılmada görülür»⁸⁷.

Bu metin borç ilişkilerinin niteliğini tanımlarken, aynı zamanda aynı haklarla, nisbi haklar arasındaki farkları ortaya koyarken, esasen borç ilişkisinin nisbiliğini de göstermektedir. Aynı haklar kanunla, hukuk düzeni

⁸⁵ AYİTER, s. 81, dn. 10.

⁸⁶ SCHWARZ, s. 67-68.

⁸⁷ İlgili metnin çevirisi, TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 13'ten alıntılanmıştır.

tarafından sayılmıştır. Fertler hukuk düzeni tarafından öngörülmemiş bir aynı hak tipi belirleyemezler. Nisbi haklar ise, hukuk düzeninin öngördüklerinden ibaret değildir. Fertler hukuk düzeninde mevcut akit serbestisi çerçevesinde, yeni nisbi haklar oluşturabilirler. Roma Hukukunda akitler hususunda, tipe bağlılık prensibi hakim olduğundan, kişiler ancak bu tiplere uygun, nisbi haklar ve borçlar meydana getirebilirlerdi. Aynı haklar, herkese karşı ileri sürülebilirken, nisbi haklar ise, yalnız belli bir borçluya karşı ileri sürülebilir. Aynı haklar herkes tarafından ihlal edilebilir, nisbi hakların ihlali ise, yalnız belirli bir borçluya karşı ileri sürülebilir. Aynı hakların ihlalinde, *actio in rem*, nisbi hakların ihlalinde ise *actio in personam* açılabilirdi⁸⁸.

Tekrar, tapuya şerh⁸⁹ verilmiş nisbi hakların özelliğine dönecek olursak; bugün çoğunlukla, kanunen tapu siciline şerh verilmesi imkânı öngörülen nisbi hakların, şerh verilmeyle niteliklerinin değişmeyeceği, fakat etki alanlarının genişleyeceği kabul edilmektedir. Bu hususta görüşler birleşmekle beraber, şerhin etkisinin izahında az veya çok farklılıklar bulunmaktadır. Şerhin iki etkisi vardır; Birincisi, borç ilişkisini eşyaya bağlı borç durumuna koyan etkidir. Buna göre şerhten sonra gayrimenkulün her maliki, kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla mükellef olur. Şerhin bu etkisi şerh edilebilen her şahsi hak için kanunlarda ayrı ayrı belirtilmiştir. (TMK m. 735, 736, 871; TBK m. 292, 312; Tapu K. m. 26). Bu etkinin, “borç ilişkisinin

⁸⁸ TAHİROĞLU, s. 15-16.

⁸⁹ Tapu kütüğünün şerhler hanesi, kişisel haklarla ilgilidir. Bazı şahsi (nisbi) hakların, kuvvetlendirilmesi veya kazanılmış ya da kazanılmak üzere olan aynı hakların korunması ve malikin tasarruf yetkisinin sınırlandırmak amacı ile, tapu kütüğüne şerh edilmeleri mümkündür. Hangi şahsi hakların şerh edilebileceği, kanunlarda belirtilmiştir. TMK. md. 1009’da, tapu kütüğüne şerh edilecek haklar kısmen sayılmıştır. Bu düzenleme sınırlayıcı nitelikte değildir. Anılan maddede: “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, geriatım sözleşmelerinden doğan ile, şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar, tapu kütüğüne şerh edilebilir*” denilmiştir. Kanunlarda açıklık bulunmayan hallerde, nisbi hak tapuya şerh edilemez. Bu zorunluluk, TMK. md. 1009’da ayrıca belirtilmiştir. Medeni Kanunumuza göre, bazı şahsi hakların tapu kütüğüne şerh vermek sureti ile kuvvetlendirilmesi yani bunlara aynı hakka benzer bir etki verilmesi mümkündür. Şu noktayı özellikle belirtmek gerekir ki, bütün akitlerde değil, ancak kanunda açıkça beyan edilen akitlerden doğan şahsi haklar (nisbi haklar), tapu kütüğüne şerh verilebilir. Diğer bir ifade ile, tıpkı aynı haklar gibi, tapuya şerhi mümkün olan şahsi haklar da, sınırlı sayı prensibine (*numerus clausus*) tabidirler. Şerhin etkisi de, TMK. md. 1009’un son fıkrasında belirtilmiştir: “Bunlar şerh verilmeyle, o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir”. Aynı haklar herkese karşı ileri sürülebildikleri halde, tapu kütüğüne şerh edilen kişisel haklar ancak, o taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı ileri sürülebilirler. Tapu kütüğüne şerh edilmekle kişisel hakkın niteliği ve mahiyeti değişmemekte, tasarrufu konu alan taşınmaz üzerinde, daha sonra aynı veya kişisel hak kazanan kimselere karşı ileri sürme yetkisini vermektedir. Bu şekilde kişisel haklar, kısmen kuvvetlendirilmiş olmaktadır. SAPANOĞLU, s. 1023-1024.

nisbiliği” prensibine istisna teşkil eden bir yönü yoktur. Malik kendi mülkiyeti döneminde doğan borcun borçlusu durumundadır. Özellik, şerh verilen hakka ilişkin sözleşmenin tarafı olmayan yeni malikin mülkiyet hakkı sebebiyle bir borçla yükümlü olmasındadır. Şahsi hakkın şerh verilmiş olmasının ikinci etkisi, şerhten sonra taşınmazda hak iktisap etmiş olanlardan borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlar. Buna “*şerhin munzam (ek) etkisi*” veya “*aynı etkisi*” denilir. Bu etki TMK m. 1009/f. 2’de şöyle ifade edilmiştir; “*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.*” Bu yönü ile şerh, şerh verilen şahsi haklarda borç ilişkisini üçüncü şahıslara etkili kılmakta, şerhten sonra gayrimenkulde hak iktisap eden üçüncü şahıslara, borcun ifasına katlanma yükümlülüğü yüklemektedir⁹⁰.

Nisbi bir hakka dayanan bir talep hakkının kazanılmasına ve geçerliliğine, şerhin bir etkisi olamaz. Borç ilişkisinden doğan nisbi bir hakkın kazanılması olgusu ile, bir nisbi hakkın şerh sonrası kazandığı hukuki boyut, tamamen farklı konulardır. Şerh edilmekle kendisine kıdeme itibar ilkesince üstünlük tanınmış olan nisbi hakkın, ileride kendisi ile çelişecek, talep hakkı veren borçlandırıcı hukuki muamelelerle ilgisi olamaz.⁹¹

SONUÇ

Sonuç olarak; Yargıtay’ın «*Birden Fazla Satış Vaadinde Tarih Sırası*» başlıklı kararına ilişkin değerlendirme konusu yapılan özel hukuk sorunu; mülkiyetin devrini konu alan sözleşmelerde, tasarruf muamelesi ve borçlandırıcı muamele ayırımının önemi, bu her iki muamelenin birbirlerinin geçerliliğine etkileri ve her iki muamelenin birbirinden farkları hususlarına dayanmaktadır. “*Bir taşınmazın birden çok kişilere satış vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça ve müfeseh hale gelmedikçe, ilk defa yapılan sözleşmeye değeri verilir.*” cümlesi ile 14.HD.si; Roma Hukukunda temelini bulan ve günümüze değin gelen, hemen hemen tüm kıta Avrupası hukuk sistemlerinin temeli olan, borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri konusundaki ilkelere tamamen yabancı olduğunu göstermektedir. Alım-satım akdinden sonra satıcı mal üzerinde eskisi gibi tasarruf edebilir. Alım-satım akdi, bu tasarruf muamelelerini sınırlandırmaz. Buna mukabil satıcı sattığı malın maliki de olmayabilir. Bu mümkündür ve alım-satım akdi bu sebepten dolayı hükümsüz olmaz. Teminini vaat ettiği tasarrufu yapmazsa, tazminat vermeye mecbur olur. Bütün borçlandırıcı muameleler aynı derecededir. Hiçbiri diğerinden önce gelmemektedir. 14. HD.si, «*Birden Fazla Satış Vaadinde*

⁹⁰ ÖZMEN/YÜCE s. 22.

⁹¹ ÖZMEN/YÜCE, s. 42.

Tarih Sırası» başlıklı kararında, borçlandırıcı işlemler arasında tarih sıralaması getirerek, aynı haklardaki kıdeme itibar ilkesine benzer bir yeni ilke oluşturmaktadır. Konusu aynı, fakat her biri geçerli birden fazla borçlandırıcı işlem arasında, bir tarih önceliği yaratmak, birini diğerine tarih önceliği nedeni ile üstün tutmak, diğerlerine ifa için talep hakkı vermemek sonucunu doğurur. Bu sonuç ise, her birinin ayrı ayrı geçerli olması ile bağdaşmaz.

Ayrıca, önceki tarihli başka bir taşınmaz satış vaaadinin tarafı olan nisbi hak sahibi olan kişi, yine temeli Roma Hukukuna dayanan “Borç İlişkisinin Nisbiliği/Göreceliliği” prensibi gereği, ilgili satış vaaadinden doğan haklarını ancak satış vaaadinin karşı tarafına ileri sürebilecektir. Davaya konu olan olayda, tasarruf işlemi için dava açmış olan, başka bir borç ilişkisinin alacaklısının davasına katılarak taraf olması da, esasen ilgili kişinin satış vaaadinden doğan alacak hakkının (nisbi hakkının), Yargıtay tarafından “ilk defa yapılan sözleşmeye değer” verilerek, aynı hak olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Zira, bu şekilde davaya müdahil olmak, ancak, aynı hak sahibi olmakla mümkündür.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, O. Gökhan: Eşya Hukuku, Giriş-Temel Kavramlar-Genel İlkeler, Cilt 1, Legal Yayınevi, İstanbul 2018.
- AYİTER, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No: 28-10, Ankara 1953.
- BERKİ, Şakir: “Roma’da Aynı Haklar”, AÜHFD, 5(1-4), 1948, s. 321-375.
- BÜYÜKAY, Yusuf: Roma Borçlar Hukukunda Hata, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Eşya Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul 2018.
- ERDOĞMUŞ, Belgin/TAHİROĞLU, Bülent: Roma Hukuku Pratik Çalışmaları – Meseleleri, Der Yayınevi, İstanbul 2014.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.
- HAMAMCIOĞLU VARDAR, Gülşah: Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, (Yazar: HAMAMCIOĞLU VARDAR, Gülşah), Sunuş Yazısı, (Yazar: HAMAMCIOĞLU VARDAR, Gülşah), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku-Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Eşya Hukuku, (Eşya), Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, (Roma Hukuku), Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KARAOSMANOĞLU CANBAZ, Ayşe Tuba: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Alım Satım Aktinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Roma Hukuku) Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Programı, Ankara 2008.
- KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdülkadir: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:39, İzmir 1993.
- OĞUZ, Arzu: “Roma Hukuku’nda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio’nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*)”, AÜHFİD, 47(1-4), 1998, s. 49-83.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Yayınevi, İstanbul 2018.
- ÖZMEN, Etem Sabâ/ YÜCE, Melek: “Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler”, Prof.Dr.Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001, s. 952-988.
- SAPANOĞLU, Süleyman: Tapu İptali ve Tescil Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- SCHWARZ, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, (çev. DAVRAN, Bülent), 1.Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 345, Hukuk Fakültesi No: 75, İstanbul 1948.
- SEROZAN, Rona: “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, Prof.Dr.Tahir Çağa’nın anısına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 397-413.
- SUNGURBEY, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, İstanbul 1963.

TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2016.

TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2018.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, (Ders Notları), İstanbul 2010.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Eşya Hukuku-Ayni Haklar, (Eşya), Filiz Kitabevi, İstanbul 1983.

ÜÇER, Mehmet: Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukuku 1-2, (çev. EDEGE, Cevat), Gözden geçirilmiş 2.Bası, Ankara 1983.

VON TUHR, Andreas: "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Devri", (çev. AYİTER, Kudret), AÜHFD, 3, 1948, s. 633-646.

VON TUHR, Andreas: "İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Devri", (çev. AYİTER, Kudret), AÜHFD, 4, 1948, s. 154-166.

