

TÜRK HUKUKUNDA TAPUYA KAYITLI OLMİYAN GAYRİ MENKULLERİN HUKUKİ REJİMİ VE MK 639/1 (1).

Doçent Dr. Jale Güral

G İ R İ Ő :

Türk - İsviçre Hukuk sisteminde gayrimenkuller üzerinde aynı hakların doğumu esas itibariyle ancak tapu siciline tescil ile olur: MK 929, 930; İMK 971, 972. Bu hukuk sisteminde aynı hakların doğum ve sönüşü

(1) Bibliografya : Ali Haydar: Şerhi cedit kanunu arazi, İstanbul, 1311; Arda Sadık tapuda kayıtlı olmiyan gayrimenkullerin satışı, Huh. derg. 1947, say. 35-39; Akin Zeki: Osmanlı kanunlarına göre miri arazinin hukukî durumu ve intikali, Ad. derg. 1950, s. 136. Artus Amil, Zilyetlik: İst. bar. derg. 1943, s. 329 vd; Atif bey: erazi kanunameyi humayunu; 1319 İstanbul: Atif. MK. nun 639 cu maddesi, Huk. derg 1929 s. 1578 vd. Barkan O. Lutfu: Türk Toprak hukuku tarihinde Tanzimat ve 1274 tarihli arazi kanunamesi, Tazminat, s. 321 vd; Belgesay: gayrı menkullerin fevkalâde zamanasını ile iktisabı hakkında yargıtay kararları analizi: İst. Huh. fak. mec. 1951, c 7, say. 3-4, s. 910 vd; Berki A. H. Vakıflar, İstanbul, 1946; Collin - Capitant: traité élémentaire de droit civil,, t I, 1947; Curti - Forrer, medenî kanun şerhi, c. 11; Damcı Adnan: transfert de la propriété en droit Suisse et en droit Turc, tez, Lausanne 1949; Ebul'ula: arazi notları: İstanbul 1336 - 1337; Elbir H. Kemal: gayrimenkul ferağına dair tevhidî içtihat kararları marifetiyle vaz' edilen prensipler, ay. bas. İst. 1950; Elbir H. K. tapulama kanunu ve medenî kanunla arzettiği bir ahenksizlik, Sos. huk. 1950 s. 422; Erman Sabri, harici alim satımıla ele geçirilen topraklarda zamanasını cereyan eder mi, Ad. derg. 1945, s. 1302; Erman, gayrı menkul mülkiyeti ile ilgili davalarda zaman aşımı yorumu: Ad. derg. 1947, s. 85, Erman: medenî kanundan evvele ait tapu senetleri üzerinde bir inceleme Ad. derg. 1950, s. 1280 vd; Erman toprak davaları ve çiftçiyi topraklandırma kanunu Zonguldak 1945. F. J. S. Fuat Hulusî: İktisabî zaman aşımına mütferri meselelerden, Huk. bilg. 1929 s. 1444 vd. Karayalçın Yaşar: tapuya kayıtlı olmiyan gayrı menkuller hakkındaki son tevhidî içtihat, Huk. derg. 1948 eylül s. 21 vd; Köprülü Bülent: gayrı menkulün iktisabında hüsnüniyetin rolü: Sos. huk. 1951 ocak, s. 139; Gücün Cevat: hukuk davaları, C. 1 İst. 1944; Göktürk: aynı haklar; Göktürk: eski ve yeni mülkiyet hukukumuzla toprak kanunu tasarısı ana prensipleri arasında münasebet: Konf. 1945, Ank.; Guisan FR: de l'introduction du régime foncier et du régime juridique des territoires sans registre foncier, JDT 1937, s. 172; Guisan: registre foncier, not, JDT 1937, s. 172; Gülümser İsmet: Fevkalâde iktisabı mururu zaman ve hakkın intikali meselesi: Sos. huk. 1950, say. 25. Güner A. : gayrı menkule tecavüzün def'i hakkında 5917 sayılı kanun ve zilyetlik Ad. derg. 1952, s. 9994 vd. 1093 vd; Günter: Senetsiz tasarruf hakkında bazı düşünceler: İst. Bar. mec. 1938 s. 570; Gür A. MK 639 hakkında, Ad. derg. 1947, s. 268 vd; Halis Eşref: külliyyat şerhi kanunu arazi ,1315 Dersaadet; Ham-

bakımından tescil prensibi hakimdir (2). Medenî kanun aynı hakların türlü nevilerini tanzim vesilesile de bu prensibi tekrarları: MK 633/I (3), 704, 755, 771 (4)

Esas itibariyle diyoruz çünkü kanun sarahaten tasrih ettiği bu prensibe bazı istisnalarda getirmiştir, bunların adedi bilhassa gayrimenkul mülkiyetinin iktisabı bakımından oldukça kabarıktır. MK 633 istisnaların nelerden ibaret olduğunu saymaktadır; kanaatimce buraya fevkalâde za-

di Halim: gayrimenkulde iktisabî mururu zaman ve 1515 no. lı kanun, İst. bar. derg. 1931. s. 2713 vd; Hırş: zilyetliği gasp ve ona tecavüzden doğan tazminat talepleri: ay. bas. İst. 1943; Homberger - Bertan: zilyetlik: Ank. 1951; Hüseyin Hüsnü: arazi kanunu şerhi, İst. 1324. Korur Ahmet: eski tapu kayıtları ve medenî kanunumuz; Siyasî il. 1945, s. 169 vd.; Korur: Kadastro ve memleketimizdeki tatbikatı: Siyasî il. 1945, s. 74 vd.; Kut K. H.; tescil davaları ve hazinenin hukuku, Huk. ve iç. derg. 1951, say. 35, S. I vd.; Mardin İktisabî mururu zaman, İst. huk. fak. derg. 1945. c. 10, say. 3-4, S. 868 vd; Mardin: 1515 no. lu kanun hakkında, sge. 1944, Rossel - Mentha: droit civil, t. II; Planiol Ripert: Droite élémentaire de droit civile t II; Postacıoğlu: gayrimenkullerin ferâğına müteallik akitlerde şekle riayet mecburiyeti: tez, İst. 1945; Önder Akil: gayrimenkul zilyetliği ve müdahalenin men'i: Ad. derg. 1944, s. 1014 vd.; Önder: gayrimenkul mallarda iktisabî zaman aşımı ve tescil davaları, sge. 1948, s. 998 vd.; Özkent : tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkullerin taksimi, Ad. derg. 1950. S. 487, Salâhattin : gayrimenkullerin senetsiz tasarruf ve hakkı karar muamelelerin sebebi vuku Huk. bilg. 1928 s. 1069 vd; Onaran: gayrimenkul zilyetliği: Ad. derg. 1944; Tarhan Mümtaz: tapu sicilleri kadastro zarureti, tapulama tasarısı üzerinde incelemeler, Maliye mec. 1946, say. 39-40, S. 54 vd; Tuncer: ihya ve imar, Ad. derg. 1952 s. 511; Tuor: CCS, ed. 4; Ülgenalp: eski hukukumuzda gayrimenkul tasarruf belgeleri, Ad. derg. 1949, s. 365 vd, 514 vd, 848 vd; Veldet: kanunlaşma hareketleri ve tanzimat, Tanzimat s. 180 vd; Velidedeoğlu - Esmer: gayrimenkul tasarrufları, 1950; Z. T. tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkuller hakkında, Sos. huk. 1948, s. 184; Yasasever F. tescil davaları, Huk. ve içt. derg. 1952 say. 4, s. 105; Wiland - Karafakı: aynı haklar

(2) Alman Hukuk sistemi hakkında da aynı şey söylenebilir. Fransız hukukunda durum başkadır. Orada hakim olan transcription sistemi hakkında bak Planiol - Ripert t I. s. 1048 vd.

(3) Bu maddede bir terim hatası mevcuttur. Kanun «..... tapu siciline kayıttan» bahsetmektedir. Halbuki «Kayıt (Immatriculation)» ancak gayrimenkuller hakkında kullanılmalıdır. Bilindiği gibi gayrimenkuller tapuya kaydedilir MK 911; aynı haklar tescil edilir; kanunen tayin edilmiş olan muayen bazı şahsi haklarda MK 919; tapuya şerh verilmek suretile takviye edilerek herkese karşı dermeyeran edilebilir bir mahiyet iktisap eder. Yani bu üç tabirin her birinin kendisine has teknik bir manası olup birinin diğeri yerine kullanılması iltibaslara meydan verebilir, onun için bundan kaçınmak gerektir. 633/1 de Mülkiyet hakkının iktibası mevzu bahis olduğuna göre «tapu siciline tescil şarttır» denilmesi lâzımdır. Nitekim Fransızca metin doğru olarak tescilden (inscription) dan bahseder; JMK 656).

(4) Aynı husus bu madde hakkında da varittir.

man aşımını da sokmak gerekir. Kanundan doğan bazı rehin haklarının da tescilsiz iktisabı mümkündür ki bu gibi rehin haklarına doğrudan doğruya kanundan doğan rehin hakları denir: MK 780/II, 782/II,

Medeni kanunun kabul ettiği bu sisteme göre hususi mülkiyete mevzu teşkil edebilecek bütün gayrimenkullerin tapu siciline kayıt edilmiş olması icap eder. Kanun nelerin teknik manada gayrimenkul telâk-ki edildiğini ve bu sıfatla tapuya kaydedileceğini MK 632 ve 911 de zikreder. Zaten MK 912 de hususi mülkiyete mevzu teşkil etmiyecek olan arazi parçalarının tapuya kayıtları gerekmediğini bildirir. MK 641 inci madde de tasrih edilen sahipsiz arazinin de tapuya kaydı iktiza etmez. Bu kabil arazi mahiyeti icabı hususi mülkiyete salih olmıyan toprak parçalarıdır. İki kısımdan teşekkül eder.

a : Menfaati umuma ait olan Devletin hususî mülkiyetine dahil olmıyan arazi

b : Ziraata elverişli olmıyan arazi. Bunlar MK 641/I mucibince kimsenin mülkiyetine dahil olmayıp devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunlar Devletin hususi mülkiyetine de dahil değildir. Ancak Devlet haiz olduğu hükümrânlık hakkı dolayısıyla bu kabil arazi üzerinde de dilediği gibi tasarruf selâhiyetini haizdir. Bu husus MK 641/II de sarihaten tasrih edilmiştir. Maddede bahis edilen hususi ahkâm bilhassa 2644 sayılı tapu ve 4753 sayılı Çiftçiye topraklandırma kanunlarıyla vazedilmiştir.

c : Kimsenin mülkiyetinde olmaması dolayısıyla MK 635/II anlamında tapuya kayıtlı olmıyan arazi ki bunlar da sahipsiz arazi mahiyetinde olup MK 641 in hükmüne tabidir (5).

(5) 2644 sayılı tapu kanununun 6 ncı ve sonraki maddelerinde sahipsiz arazinin ihrazının ancak ihya suretile olacağı yazılıdır. Bu hükümlerle eski arazi kanunnamesinin 103 vd. maddelerindeki ihya müessesesi canlandırılmıştı; zaten medeni kanunun sahipsiz şeyler olarak tavsif eylediği verimsiz ve ziraate salih olmıyan arazi eski arazi kanunnamesinin 103 vd. ile mecellenin 1270 vd. maddelerinde mevzu bahis edilen «Araziyi mevada» az çok tekabül eder. İhya hakkında 2613 sayılı kadaströ ve tapu tahriri kanunu ile bu kanun hakkındaki 2/3542 sayılı kadaströ ve tapu tahrir nizamnamesinde de hükümler vardır: mad. 25,

Tapu kanununun 6/II maddesi hatta bazı hallerde Devletin özel mülkiyetinde

Hülâsa olarak diyebiliriz ki medenî kanunun anladığı manada aynı haklar ancak tapu siciline kayıt edilmiş olan gayrimenkuller üzerinde tesis edilebilir. Vardığımız bu neticeyi rehni hakları münasebetile teyyit eden 768 inci madde «bir gayrimenkulun rehni ancak tapuda müseccel olmasına bağlıdır» der. Bu husus aynı maddeye tekabül İMK 696/I de kanaatimizce daha açık olarak «gayrimenkul rehni ancak tapu siciline kayıtlı olan gayri menkuller üzerinde tesis edilir» şeklinde ifade edilmiştir (6).

Bu söylediklerimiz teknik ve nazari bakımlardan doğrudur ve mükemmel ve muntazam bir suretle tesis edilen ve aynı suretle işleyen bir tapu sicil sisteminin mevcudiyetini icap ettirir. Memleketimizin realiteleri ise bundan tamamıyla farklıdır, çünkü maateessüf bugün henüz muntazam, medenî kanunun anladığı manada bir tapu teşkilâtının varlığı iddia edilemez. Selâhiyetli kimselerin söylediklerine göre Türkiye'de toprakla-

okup ta amme hizmetlerine tahsis edilmemiş arazinin ihya suretiyle mülkiyetinin iktisabına da müsaade etmiştir. B. M. M. 242 sayılı ve 8.5.1944 tarihli bir tefsir kararıyla bu maddenin belediye sınırları içindeki topraklara şamil olmadığını kabul etmişti. Yargıtay 24.1.1945 tarihli bir İç. Bk. ile tefsir kararının münhasıran 6/1 hakkında sadır olduğundan bahisle belediye sınırları içindeki Devletin tapulu arazisinin dahi ihya suretile iktisap edilebileceğini öngörmüştür: İç. Bk. 1930-47, s. 186 vd. Halen memleketin içtimai ve hukukî büyük dertlerinden birini teşkil eden gece kondular meselesinin nüvelerinden birini de bu madde ile bu içtihatları birleştirme kararında aramak lâzımdır; gece kondular hakkında ayrıca bakınız «Ankara Belediyesi arsa ve arazisinden belli bir kısmını mesken yapacakları 2490 sayılı kanunun hükümlerine bağlı olmaksızın ve muayyen şartlarla tahsis ve temlik yetkisi verilmesi hakkında 5218 sayılı ve 22.6.1948 tarihli kanunun bilhassa 2, 4, 8, 9 uncu maddeleri: Sic. k. 1948, C 29 s. 186.» 4753 sayılı Çiftçiyi topraklandırma kanununun 64 üncü maddesi tapu kanununun ihya hakkındaki 6 ncı maddesi hükmünü ilga etmiş olduğundan halen Türk hukukunda sahihsiz arazinin fertler tarafından ihrazı kabil değildir. Bundan böyle bu kabil arazinin özel şahıslara tevhibi münhasıran çiftçiyi topraklandırma kanunu hükümlerine tabidir. İhya müessesesini muayyen bir müddetle mukayyet olarak kabul eden bu kanunun geçici maddesi hükmünün de bu gün için artık bir kıymeti kalmamıştır. Vaziyet bu merkezde iken son çıkarılan 5602 sayılı tapulama kanununun 52 inci maddesi çiftçiyi topraklandırma kanununun «yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapılmış olan ihyalar mezkûr kanunun geçici maddelerinde yazılı müracaata bakılmaksızın ihya edenler veya mirasçıları adlarına tapulanacağını» derpiş etmiştir. Aynı suretle 1950 de yürürlüğe giren «Bataklıkların kurutulması ve bundan elde edilecek topraklar hakkındaki» 5516 sayılı kanunda bir dereceye kadar hiç olmazsa bataklık arazi hakkında ihya hükümlerini yeniden benimsenmiştir. Bütün bu hususlarda daha fazla izahat için Göktürk aynı haklar S. 875 vd. Velidedeoğlu - Esmer: s. 297 vd. S. Tunçer: ad. derg. 1952 s. 511 vd.

(6) Bu madde hakkında bak. Wiland - Karafakı C II s. 550.

rın büyük bir kısmının kadastro yapılmak şöyle dursun hususî mülkiyet mevzuu teşkil eden ve bu suretle şahısların uhdcyi tasarrufların da bulunan arazinin büyük bir kısmı henüz tapu kütüklerine mukayyet bile değildir. Vaziyet böyle iken tapuya kayıtlı olmıyan bu gayrı menkuller pek alâ elden ele tedavül etmekte ve miras yoluyla babadan evlada intikal edip durmaktadır.

Memleketimizde gayrimenkuller üzerindeki tasarruflar - ki bununla münhasıran gayrimenkulün devir ve ferağına yani mülkiyetin iktisap ve temlikine mütedair muameleleri kasdediyoruz - iki hatta üç grupta toplamak kabildir:

I — : Gayrimenkul tapuda kayıtlıdır; mülkiyetin devrini mutazammun muamele iltizam (taahhüt) muameleside MK 634 (7) uyarınca resmî şekilde ve tapu kanunun 26 ncı maddesi gereğince tapu memuru önünde yapılmış ve tapuya da tescil olunmuştur. Yani bu guruba dahil muamelelerle mülkiyet kanununun istediği ve aradığı surette tam ve mu-teber bir şekilde devir edilmiştir.

2 — : Hukukumuzda «mülkiyetin haricen devri» şeklinde adlandırılan muamelelerde ise, mülkiyeti devir edilecek gayrimenkul tapuda borçlu yani satıcı namına mukayyettir. Fakat taraflar mülkiyetin devrini tazammun eden hukukî muameleyi kanunun aradığı şekilde yapmamaktadırlar. Ya iltizam muamelesi adı senetle yapılmıştır, veyahutta bizde ötedenberi adet olduğu üzere noter senediyle yapılmıştır. Her iki vaziyette de tapuya tescil vaki olmamıştır. Eğer tescil yapılmış olsaydı alacaklının adı müruru zamanın şartları mevcut olan hallerde gayrimenkulün mülkiyetini iktisap imkânı olacaktı: MK 638

(7) MK 634 üçüncü madde ifade bakımından sakattır ve lafzıyla alındığı takdirde mülkiyetin devri hakkındaki Türk Hukuk sistemine tamamiyle muhalif bir mana ifade eder ve adeta bu bakımdan Fransız Hukuk sistemine yaklaşır. Hakikatten 1 inci fıkra «mülkiyeti nakleden akitlerden» bahsetmektedir. Halbuki bilindiği gibi Türk hukukunda gerek menkul ve gerekse gayrimenkul mülkiyetinin devri illetli muamelelerdendir ve kanunun mevzuu bahis eylediği resmi şekilde yapılması gereken iltizam muamelesiyle mülkiyet nakledilmiş olmaz. Bu muamele ile ancak mülkiyetin devri vecibesini doğar ve borçluya sonradan bir tasarruf muamelesi mahiyetinde olan alacaklı lehine tescilî yaptırmak borcunu yükler. Bu muameleler mülkiyetin devrinin hukukî sebebinin teşkil ederler. Bu sebeple maddeyi; İMK'nın buna tekabül eden 657 inci maddesinde olduğu gibi «mevzuu mülkiyetin devrini tazammun eden akitler» şeklinde anlamak lâzım gelir.

Mülkiyet ancak Fransız hukukunda mukavelenin akti ile beraber intikal eder. Fr. MK 1138 bu prensibi umumî bir şekilde vaz'eder, 938 ve 1583 üçüncü maddeler de aynı prensibi hibe ve satış akdi münasebeti ile tekrarlar. Bununla beraber bu prensibin bir çok istisnaları vardır. Daha fazla izahat için Ripert - Planiol s. 982

Gayrimenkullerin haricen satışı neticesinde fiili vaziyetle hukukî durum arasında tam bir ahenksizlik vardır. Tapuda gayrimenkulün hakiki maliki olarak gözükenlerle gayrimenkule fiilen zilyet olanlar başka başka kimselerdir ve bu yüzden de arada bir çok ihtilaflar meydana gelmektedir. Kanun vaz'ı bu vaziyete bir son vermek hukukî durumunu fiili vaziyete uydurmak maksadile tetbirler almaktan geri kalmamıştır. Bu mevzuda «Tapu kayıtlarından hukukî kıymetlerini kaybetmiş olanların tasfiyesi hakkında» meşhur 1515 sayılı kanunu isdar ettiği (8) gibi kanunlar içine koyduğu hükümlerle de tapuda mukayyet gayrimenkullerin mülkiyet hakkını hakiki zilyetleri namına tescilini sağlamaya çalışmıştır (9).

Haricen satışların memleketimizin hayatında büyük bir yer işgal etmesine rağmen temyiz mahkemesi ilk zamanlarda bu realiteye, tamamen yabancı kalarak gayet sert bir şekilde klâsik hükümsüzlük kaidelerini tatbik ediyor ve alım satımlara her hangi bir hukukî kıymet izafe etmiyordu (10). Daha sonraları hayat zaruretlerinin tepkisi Yargıtayı içtihatları birleştirme kararlarıyla haricen vaki satışların da bazı hükümler tevhit edebileceğini kabul mecburiyeti karşısında bıraktı (11).

(8) Sic. Ka. 1930 C. 5 s. 840 ve kanunun sureti tatbiki hakkında 9331 sayılı nizamname ile bunun bazı maddelerini tadil eden 10.4.1932 tarih ve 12498 sayılı kararname. Bu kanunun sadece idarî bir mahiyeti mi haiz olduğu yoksa mahkemeler tarafından da nazarı itibare alınarak tatbik edilip edilmeyeceği Yargıtay I inci Hukuk Dairesile III üncü Hukuk Dairesi arasında epey ihtilafları mucip olmuştu. Nihayet Yargıtay 9.2.1944 tarih ve 4/8 sayılı bir İç. BK. ile (icthatları birleştirme kararları 1930 - 47 s. 139 vd.) çok yerinde olarak bu kanunun mahkemeler tarafından da tatbik edilebileceğine karar vererek meseleyi halletmiştir. Bu kararın müzakerelerine ait bir çok bakımdan enteresan olan zabıt ad. derg. 1944 s. 145 vd. de aynen neşredilmiştir. Daha sonra çıkarılan 1515 numaralı kanuna ek adını taşıyan 25/1/1950 tarih ve 5519 numaralı kanunla 1515 numaralı kanunun tatbiki tamamile mahkemelere bırakılmıştır.

(9) 5.12.1935 tarih ve 3186 sayılı «Kadastro ve tapu tahriri nizamnamesi» mad. 20, sic. Ka. 1935, s. 656; 22.3.1950 tarih ve 5602 sayılı «Tapulama Kanunu» mad. 13 C ve Ç bendi.

(10) I. inci Hukuk 29.11.1938 ve 575/2070 sayılı kararı: tem. kararları 1938 s. 122, aynı dairenin 27.11.1938 ve 610/1974 sayılı kararı sge. s. 93; 4 üncü Hukuk 21.5.1938 ve 5733/4771 sayılı kar. sge. s. 259; Aynı dairenin 26.9.1938 ve 9061/7448 sayılı kararı sge. s. 269;

Federal mahkemenin 27.2.1923 tarihli kararı Jdt 1923 s. 522

(11) 30/4/1940 tarih ve 47 sayılı, 10/7/1940 tarih ve 77 sayılı Harici satışlarda da MK 650 inci maddesinin tatbik edileceğine müteaddit 5/7/1944 tarih ve 26 sayılı İctihatları Birleştirme kararları: 1930 - 47: s. 43 67, 177; V. inci Hukuk 5/10/1950 tarih ve 3368/ 3204 sayılı karar ad. derg. 1951 s. 452; VI üncü Hukuk 11/4/1951 tarih ve 3416/2828 sayılı karar: İct. derg. 1/12/1951, s. 1474

3 — : Gayrimenkul tapuya kayıtlı değildir, fakat zilyedi tarafından üzerinde tasarruf edilmekte ve böyle bir gayrimenkul adı senetle veya resmî (noter) senediyle memleketimizde çok görüldüğü üzere mütemadiyen el değiştirilmektedir. İşte elinde tapu senedi ve tapu kütüğünde kaydı olmayan bir gayrimenkul üzerinde yapılan temlikî muameleleri doktrin ve tatbikat senetsiz tasarruf olarak adlandırır (12). Bunları gayrimenkullerin harici satışı müessese ile karıştırmamak icabeder; ikisi arasında mühim farklar vardır. Birinci de gayrimenkulün tapuda hiç bir suretle kaydı mevcut değildir. Halbuki harici satışta tekrar ediyoruz, gayrimenkul tapuda mukayyet olmakla beraber bunun devri ferağı tapu haricinde yapılmıştır. Senetsiz tasarruflar tarihi olaylar neticesinde bugün bir içtimai vaka olarak karşımızda durmakta ve bir çok ihtilâflara ve arazi anlaşmazlıklarına sebebiyet vermektedir. Hakikaten bir çok kimseler adı senetle veya şifahi bir sözleşmeler ile ahare devrettikleri bu kabil arazilerini bilhassa harpten sonra görülen arazi kıymetlerinin artmasından istifade için bu mukavelelerin hükümsüz olduğundan bahisle geri almağa kalkışmaktadırlar. Acaba bu ihtilaf nasıl halledilmeli, alıcı ve satıcıdan hangisine hak vermelidir? bir kelime ile bu senetsiz tasarrufların hukukî mahiyeti nedir?

Tapuda mukayyet olmıyan ve senetsiz tasarruf edilen gayrimenkuller üzerinde yapılan temlikî tasarruflar muteber midir? Bu gayrimenkulleri elinde bulunduranların hukukî durumu nedir? bu kabil gayrimenkullerin fiilen mutasarrıfları durumunda olanlar bunların hakiki maliki gibi telâkki edilirler mi, edilmezlerse ne zaman ve ne suretle mülkiyet iktisap edebilirler?

Bunların tapu siciline kaydı ile üzerlerinde teknik manada mülkiyet tesisi nasıl ve ne gibi şartlar altında kabildir. Yani a) Bu gayrı menkullerin tabi olduğu hukukî rejim nedir. b) bu gayrimenkuller üzerinde teknik ve hakiki manasiyle mülkiyet ne şekilde iktisap edebilir c) bunların tapuya kaydı ne suretle vaki olur.

İşte biz bu yazımızda mümkün olduğu nisbette bunları ve bilhassa tapuya mukayyet olmıyan gayrı menkullerin mülkiyetinin iktisabında büyük bir ehemmiyet arz eden fevkalâde zaman aşımı müessesesini MK 639/I incelemeye çalışacağız. Bunu yaparken etüdümüzü iki kısma ayırıyoruz. Birinci kısımda Türkiyede halen tapuya kayıtlı olmıyan gayrı

(12) Velidedeoğlu - Esmer s. 343; Selâhattin s. 1069; Gücün s. 122; Mardin İst. Hrk. Fak. Mec. 1944 C. 10, s. 423

menkul mikdarının fazlalığının ve senetsiz tasarrufların büyük bir rağbet görmesinin tarihi sebeplerini araştırmaya çalışacağız; bu vesile ile de eski arazi hukukumıza kısa da olsa temas edeceğiz. İkinci kısım da ise doğrudan doğruya bu kabil gayri menkullerin halen tabi olduğu hukuki rejimle MK 639/I inceliyeceğiz.

I. KISIM

OSMANLI İMPARATORLUĞUNUN ARAZİ TAKSİMATI VE TAPU TEŞKİLÂTINA KISA BİR BAKIŞ

Türkiye topraklarının büyük bir kısmı tapuya raptedilmiş değildir. Bunun içtimai ve tarihi sebeplerini kanaatımızca Osmanlı İmparatorluğunun arazi hakkındaki hukuk rejiminde ve hukuki manasiyle tapu teşkilâtının memleketimizde nisbeten yakın tarihlerde hicrî 1263 (1847) de tesise başlanmış olmasında aramak lâzımdır. Bu sebeptendir ki bugün memleketimizin büyük içtimai ve hatta iktisadî dertlerinden birini teşkil eden tapusuz gayrimenkullerin hukuku durumunu incelemeden evvel osmanlı imparatorluğunun toprak rejimi ve tapu teşkilâtı üzerinde kısada olsa bir az durmayı faydalı bulduk.

§ - 1 : Osmanlı İmparatorluğunda arazi taksimatı:

Osmanlı İmparatorluğunda arazinin beş kısma ayrıldığı söylenir, nitekim 1274 tarihli arazi kanunnamesinin 1 inci maddesinde bu açıkça tasrih edilmiştir. Bu arazi nev'ileri şunlardır:

Arazii memluke, araziye emiriye, araziye mevkufe, araziye metruke ve arazii mevat.

Mamafih kanaatımızca bu beş nev'i araziye bilhassa tabi oldukları hukuki hükümler bakımından ana hatları itibarile iki kısımda toplamak kabildir (1). a) çünkü arazinin üçüncü nev'ini teşkil ettiği kabul edilen vakıf arazi kanununun 4 üncü maddesinde de söylendiği üzere iki kısımdan ibrettir:

Araziye mevkufeyi sahiha (sahi mevkuf arazi) ve araziye mevkufeyi

(1) A. Gücün İslâm'da arazinin ikiye ayrıldığını söyleyerek araziye mevat ve metrukeyi araziye miriye içine dahil etmiştir: 1515 numaralı kanuna müteallik tev-hidi içtihat müzakerelerinden: Ad. derg. 1944 s. 166; Halis Eşerf s. 73

Bizim burada yaptığımız taksimat ve verdiğimiz izahat bilhassa tanzimattan sonraki 1274 tarihli arazi kanunnameyi hümayununa müstenittir. Bundan evvelki arazi hukuku bilhassa mir'i arazi hakkında geniş izahat için: Barkan s. 323 vd.

gayrı sahiha (gayrı sahi mevkuף arazi). Birinci kategori vakıf arazi, araziyi memlukeden ayrılarak «şer'i şerife tevfikân vakfolunan» (2) arazidirki «bunun rakabesi bilcümle hukuku tasarrufiyesi canibi vakfa» (3) aittir. Yani bunlar tıpkı araziyi memluke gibi bugünkü manada hususi mülkiyete mevzu teşkil ederler ve arazi kanununun hükümlerine değil fakat «şartı vakfa» tabi olurlar.

Arazi mevkuףeyi gayrı sahiha mirî araziden «hükümdar ve hükümdarın izniyle aharları tarafından vakfolunan arazidirki bu kabil arazının vakfiyeti yalnız aşar ve rusumatı gibi menafii emiriyesinin veya yalnız hukuku tasarrufiyesinin veya hukuku tasarrufiyesiyle menafii emiriyesinin bir cihete tahsisinden ibarettir» (4). Bu kabil arazinin tabi olduğu hukuki rejim mirî arazinininkine müşabihdir ve bu arazi sahih vakıf arazi hilâfına olarak arazi kanunnamesi hükümlerine tabidir: arz. Ka. 4

b) Arazi kanunnamesinin 5 inci maddesinde tarif edilen ve menfaati yani istimali umuma terk edilmiş olan araziyle bir veya müteaddit köy halkının müşterek suretle tasarruf ve intifama bırakılmış olup, hususî şahısların mülki olmıyan araziye metruke ile 6 ncı madde tanzim edilen ve «kimsenin tasarrufunda olmıyan ve dolayısıyla Devlete ait bulunması lâzım gelen ölü (mevat) araziye de hukukî bir takım inceliklerden sarfı nazar edilecek olursa mirî araziye idhal etmek imkânı vardır» (6). Arazi Kanununun 91 vd hükümleri ve bilhassa 103 üncü madde bu görüşü teyit eder mahiyettedir.

A — Araziyi memluke, araziye miriye

1 — : Araziyi memluke mülk arazi: bu gün anladığımız manada mülkiyet mevzuu olabilen arazi parçalarıdır. Eski bir ifade ile bu kabil arazi mülki rakabe ile milki menfaate şamildir. Arazi kanunnamesinin 2

(2) Halis Eşref s. 101

(3) İbid, ayrıca bu hususta bak. Hüseyin Hüsnü s. 25, Atıf bey s. 16 vd. Himmet Berki

(4) H. Berki s. 18; Aşağı yukarı aynı manada olmak üzere Ali Haydar s. 35 Halis Eşref s. 103,

(5) Araziyi metrukeyi MK 641 de zikredilen menfaati umume ait olup devletin hüküm ve tasarrufu altında olan araziye müşabih olarak telâkkî etmek kabildir sanırız. Araziyi mevat ise kanaatımızca yine bu maddede sayılan sahihsiz şeylere benzer. Bunlar da Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu husus mevat arazi hakkındaki Arz. Ka. nun 103 üncü maddesiyle sahihsiz şeylerin mülkiyetinin ihrası hakkındaki tapu kanununun 26 ıcı maddesinden de anlaşılabilir.

(6) Prof. Barkan s. 371, bu iki nevi arazi ve bunların tabi olduğu hükümler hakkında ayrıca H. Eşref s. 109 vd, 518 vd; Ali Haydar 343 vd; Atıf bey 308 vd; Gücün s. 111; H. Berki s. 17

inci maddesi mülk araziyi tarif etmeksizin nevilerinden bahseder ve onu hükümlerinin şumulü haricinde bırakır.

Bu nevi arazi üzerinde «cereyan edecek ahkâm ve muamelât kitabı fikriyede beyan olunduğu cihetle işbu kanunname araziye memluke ahkâmından bahsolumıyacaktır» der. Mülk arazi teşekkülü ve tabii olduğu vergi bakımından dört kısma ayrılır, fakat bunlar arasında hususî hukuk bakımından bir fark yoktur (7). Biz burada sadece mülk arazinin bu dört nevi hakkında çok kısa bir izahat vermekle iktifa edeceğiz (8).

a — : Sükna ve tetinmeyi sükna arsalar :

Kariye ve kasabat (yani köy ve şehirler) dahilindeki arsalarla bunların kenarlarında kuyu kazmak, araba çekmek ve odun koymak gibi hususular için lüzumlu olan nihayet 1/2 dönüm mikdarlarındaki yerler.

b — : Sahihem memluk olan arazi: Padişah tarafından efrada meccanen veya bir bedel mukabilinde miri araziden temlik olan kısımlar.

c — : Araziyi üşüriye: fethedilen araziden ganimet olarak tevzi ve temlik edilen kısımlar

d — : Eraziyi haraciye: Fethedilen araziden yerlilerin elinden alınarak gayri müslim olan eski asıl sahiplerine maktu bir vergi yani haraç mukabilinde bırakılanlar.

B — : Araziye emiriye (araziye miriye - miri arazi): (9)

«Rakabesi beytulmale ait olmak üzere tarafı hükümetten eşhası muayyeneye teviz olunan yerler ki muasarrıf kanunun tayin eylediği kayıt ve şart dairesinde intifa ve tasarruf eder» (10). Arazi kanununun 3 üncü maddesi bu nevi araziye tayin ve tarif etmektedir. Araziye emiriye mülk arazi hilâfına olarak sahibine mülkiyet hakkının mümeyyiz hassalarından olan intifa, istimal ve tasarruftan sadece ilk iki selâhiyeti bahşeder. Çünkü bu arazinin bugünkü hukuk diliyle izahı lâzım gelirse kuru mülkiyeti yani rakabesi devlette ait olup Devlet sadece bunun «hakkı

(7) «Envai erbai mezkure işbu maddenin (2 inci maddenin) fıkrası salisesinde işaret olunduğu veçhile ahkâmı umumiyesinde müttehit iselerde bazı ahkâmı hususiyetleri itibariyle birbirine mugayyır olduğundan ayrı ayrı nev'i addedilmiştir». Atif Bey s. 14

(8) Daha fazla izahat için Halis Eşref s. 51 vd; Ebul'ula s. 5 vd; Veldet tanzimatta kanunlaştırma hareketleri s. 182. Mardin, toprak hukuku, 1947, s. 5. vd.

(9) Bu nevi araziye araziye gayri memluke, araziye memleket ve araziye havza dahi denir.

(10) Ebul'ula s. 16; aynı şekilde tarifler için H. Eşref s. 54; Atif bey s. 27 vd.

tasarrufu» denilen istimal ve intifa salahiyetini ihtiyacı olan şahısların muayyen bir bedel mukabilinde müddetsiz olarak devrederdi (11). Bu devir yapıldı ken hükümet «peşin bir para alır ki ona tapu yani muaccele denir bir de senevi üşür hamus gibi hisseyi hasılat veya icareyi zemin bedeli üşürü mukataa namlarile muayyen miktar meblâğ alınır ki buna müeccele itlak olunur» (12).

Şu halde mirî arazi mutasarrıflarının bu arazi üzerindeki hakları tam ve hakiki manasiyle bir mülkiyet hakkı olmadığı gibi bir intifa hakkı da değildir, çünkü bu hak kendilerine intifa sahibinin haiz olduğundan çok daha geniş fakat mülkiyet hakkından daha mahdud salahiyetler bahsetmekte idi. Gerek eski arazi kanunu şarihleri ve gerekse bu kanun hakkında etüdler yapmış olan daha yeni hukukçularımız mutasarrıfın hukukî durumunu bir müstecirin hukukî vaziyetine müşabih olarak mütalâa ettikleri gibi Devletle efrat arasındaki bu tevhih muamelesini de müddetsiz bir kira akdi olarak tavsif ederler (13).

Mirî araziye Devlet namına fertlere ihale selâhiyeti tanzimatta yani 1255 (1839) tarihine kadar sahibi arz denilen «has, timar ve zeamet erbabına» ve bu tarihte bu taksimatın ilgasından sonra arazi kanununun neşri tarihi olan 1274 e kadar mültezim ve musillere, arazi kanunuyla beraber bu hususda tavsif edilen mal memurlarına ve 1290 tarihinde defterihakamı yani tapu idaresinin tesiriyle beraber tapu memurlarına aitti (14).

(11) «Araziye izafetle rakabe» arazinin zatiyet ve mülkiyeti «ve hakkı tasarruf» müstercilerin (yani kendilerine böyle bir arazinin intifa ve istimal selâhiyeti devredilmiş olanların) malı mecurdaki bidünülrakabe hakkı istifayı menfaati gibi arazinin yalnız hakkı intifa» demektir: Halis Eşref s. 80; Bu hususta ayrıca bak Baran 324, 379, Velidedeoğlu - Esmer s. 329; Ülgenalp Ad. derg. 1949 s. 367

(12) Ebul'ula s. 16

(13) Halis Eşref s. 75 vd, 81; Ali Haydar s. 32, 33; Atıf Bey s. 32, 138; Ebul'ula s. 18 N. Ülgenalp s. 372; Barkan s. 324, 382; Velidedeoğlu - Esmer s. 329. Lâkin Devlet ile arazi mutasarrıfları arasında bir nevi kira akti olarak tavsif edilen bu muamele ile mecelenin kira hakkındaki hükümleri arasında bazı mühim farklar mevcuttur. Meselâ arazi icarında kira müddetinin tayini lâzımdır: Mecelle 454 bu şekilde aktedilmeyen bir icarın hükümleri de Mec. 460. tanzim edilmiştir. Bu farklar hakkında Postacıoğlu s. 19 vd. Halis Eşref 89 vd. Mardin toprak hukuku s. 15 vd.

(14) Ahalîye ihale edilen bu arazi bilhassa has, timar ve zeamet teşkilâtının iyi işlediği ve adeta Devletin arazi siyasetinin bir mihrakını teşkil ettiği devrelerde çok rasyonel bir şekilde yapıldı. Köylüye ihale edilecek toprağın umumiyetle bir çift öküzle işlenebilecek ve bir çiftçi ailesinin geçinmesine müsait şekilde olmasına çok itina edilir ve bu arazi parçalarına çift denirdi: daha fazla malumat için L. Barkan s. 324 vd. 4753 sayılı çiftçiyi topraklandırma kanunuyla da arazi dağıtımında bu çift esasına riayet edilmektedir mad. I, 39,

Mirî arazi mutasarrıfları mülk arazi maliklerinin haiz olduğu selâhiyetlerin bir çoğuna sahip değillerdi. Çünkü yukarda da işaret ettiğimiz gibi onların hukukî durumu hakiki bir maliklik olmakatan ziyade bir kiracınıninkine muşahitti. Arazi kanunnamesindeki bir çok hükümler de onların bu hukukî durumlarıyla izah edilebilir. Kendilerine tevhez edilen araziye parçalara ayırmak Ar. k 17; üzerinde dilenilen şekilde tasarrufta bulunmak, istenilen şekilde istimal etmek Ar. K. 25, 29, 31, 33; ahara temlik etmek Ar. K. 36, 39; yetkisini mutasarrıflar kayıtsız şartsız haiz değillerdi. Bu kabil tasarrufların çoğunu ancak sahibi arz mevkiinde bulunan memurun izniyle yapılabiliyorlardı. Bazı tasarrufların yapılması ise tamamiyle memnu idi. Meselâ bu nevi arazide şüfa hakkı cereyan etmediği gibi Ar. Ka. 16 mirî arazi mutasarrıfının borcu için haczedilemezdi: Ar. K. 115. Burada «araziye mirîye borç ödemez» kaidesi cari olurdu (15). Mirî arazi Arz. Kanun, 116 ncı maddesi gereğince rehinle de takyit edilemez (16), ancak bu maddede tasrih edilen manada yani «borcunu ödediği takdirde arazisini istirdat etmek hakkı bakı kalmak üzere borçluluşuna» ferağ bilvef» suretile devronulabilirdi (17). 5 cemaziulevvel 1275 tarihli tapu nizamnamesinin 25 - 30 uncu maddelerinde de bu hususta sarahat vardı (18). Mamafi bu memnuiyet 1328 tarihli kanunun 1 ve 1329 tarihli kanunun 5 inci maddelerile kaldırılmıştır (19).

Mirî arazinin miras yoluyla intikalide arazinin fazla parçalanmasını önlemek maksadile mülk arazi gibi feraiz kaidelerine değil arazi kanunundaki hususi hükümlere tabidir: M 54 vd, 108 vd. (20). Arazi ka-

(15) Eşref s. 646, bu madde 1 rebuulevvel 1286 tarihli «emvali gayrı menkulenin furuhtu hakkındaki kanunla muaddeldir, maddenin tedili şekline göre mirî arazi yine haczedilmemekte ise de alacaklı borçlusunu mutasarrıf olduğu araziye ahara ferağa cebretmek ve ferağ bedelinden alacağını almak selâhiyetini haizdir.

(16) Çünkü mecellenin 709 uncu maddesi gereğince «merhumun satılmağa salih bir şey olması şarttır»

(17) Daha fazla izahat için Atıf Bey s. 368 vd; Ali Haydar s. 404 vd; H. Eşref s. 655 vd. L. Baran s. 388 vd.

(18) Tahşiyeli kavanin C II s. 317 vd; ayrıca 23 ramazan 1286 tarihli nizamnameye bakın

(19) 25.2.1328 tarihli «emvali gayrı menkullerin deyin mukabilinde teminat iraesine dair kanunun muvakkat» tahşiyeli kavanin C II s; 471 vd, 30. mart 329 tarihli «emvali gayrı menkulenin tasarrufu hakkında kanunu muvakkat» sge s. 479 vd. 30.3.1929 tarihli «emvali gayrı menkulenin tasarrufu hakkında kanun, sge, s. 479.

(20): Arazi kanununa göre mirî arazi mutasarrıfının ölümü halinde erkek ve kız farkı gözetilmeksizin evlâtlarına, evladı yoksa babasına, babası yoksa anasına intikal ederdi. Mirî arazinin intikalini tanzim eden bu hükümler âdeta Medenî kanunumuzun miras hakkındaki hükümlerine yaklaşıp. Çünkü 54 uncu maddede de sayılan mirasçılar arasında tıpkı parantel sisteminde olduğu gibi mirasa birlikte iştirak

nununun bu hükümleri soradan 1284 ve 1288 sayılı iki kanunla (21) «teshîli muameleât ile emri ziraat ve ticaret ve o cihetle servet ve mamuriyeti devletin bir kat daha tezyit ve tevsii» (22) maksadile değiştirilerek mirî arazide miras hakkı olanlar tevsi edilerek dereceleri sekize çıkarıldı. Mamafi sonradan 21. 2. 1328 tarihli bir muvakkat kanunla bu dereceler daha rasyonel bir şekle sokularak furuğun tıpkı medenî kanunumuzda da olduğu gibi ana ve babalarını temsil edeceği ve sağ kalan eşin her derece ile iştirak edeceği prensibi kabul olundu (23).

Araziyi miriye hakkında arazi kanunuyla tanzim edilmiş olan bu hukuki rejim sonradan çıkarılan «emvali gayrı menkulenin tasarrufu hakkındaki kanunu muvakkat» ile bir çok bakımlardan tadil edilmiştir. (24). Bu suretle mirî arazi ile mülk arazi mümkün olduğu nisbette

yoktur. İlk gelen diğer derecedekileri mirastan hariç bırakır. Kadın ve erkeklerin miras hisseleri de feraiz hükümlerinden farklı olarak yekdiğerine müsavidir. Bu hususta daha fazla izahat için Ç. Uçok Ank. Huk. Fak. Derg. C VIII. Sayı: 1-2 s; 368 vd. Baran s. 393 vd. H. Eşref s. 354 vd. Ali Haydar s. 274 vd, Arazi bu intikal hakkı sahiplerine bila bedel intikal ederdi. 54 üncü maddede sayılan dereceden mirasçısı olmayanın «tasarrufunda bulunan arazi malûl addedilerek hazineye avdet ve sahibi arz tarafından evvela ve tercihan 59 uncu maddede sayılanlara bir bedel mukabilinde (tapuyu misliyle) tevhibi gerekirdi ki bunlara mustahakkı tapu» denirdi. Bu kimselerin maddede tayin edilen müddetler zarfında da arazinin kendilerine tevhibini istemek hakları vardı: Daha fazla izahat için H. Eşref s. 391 vd, 411 vd.

(21): Araziyi emiyye ve mevkufenin tevsii intikali hakkındaki 17 Muharrem 1284 tarihli kanunla bu kanunna zeyil 10 zilhicce 1288 tarihli Kanun: Düstur, 1, Tertip, C. I s. 223; Tahşiyeli Kavanin C. II. s. 209 Bu Kanunlarla değiştirilen 54 ve 55 inci maddelere göre mirî arazi

- 1) Kız ve Erkek evlatlara
- 2) Evlat yoksa torunlara
- 3) Onlarda yoksa baba ve anaya
- 4) Ana baba bir ve baba bir erkek kardeşlere,
- 5) Ana baba bir ve baba bir kız kardeşlere
- 6) Ana bir erkek kardeşe
- 7) Ana bir kız kardeşe
- 8) Sağ kalan eşe düşerdi.

(22): Atıf Bey s. 193

(23): «Emvali gayrı menkule intikalat kanunu muvakkatı»: Tahşiyeli kavanin C II, s. 435 vd. Buna göre mirasçılar şunlardır; 1) Furuğ, 2) Ana ve baba musaveten, bunlardan biri ölmüşse yerine birinci derecedeki furuğ kaim olur. Ölenin furuğu yoksa arazinin tamamı sağ kalana intikal eder; ana ve babadan her ikisi de ölmüşse hisseleri kendi furuğlarına 3) Her iki taraftan olan büyük ana ve büyük babalar. Sağ kalan eş her üç derece ile de mirasa iştirak edebilmekte ve mirasçı bırakmadan ölenin mirî arazisi tamamen sağ kalan eşine intikal etmektedir.

(24); Tahşiyeli kavanin C II s. 478 vd.

birbirine yaklaşmış mamafi mirî arazinin rakabesi yine Devlete (beytul-male) ait olarak kalmakta devam etmiştir. Muvakkat kanunun bilhassa 5, 7, 8, 15 inci maddelerinden bu söylediklerimiz sarahatan anlaşılır. (25).

Bu gün mülk ve mirî arazi taksimatının ve bunlara müteallik hükümlerin artık tamamıyla tarihi bir kıymeti vardır. Medenî Kanunla arazi kanunnamesinin ilga edilip edilmediği hususundaki münakaşalarda ancak nazari ve akademik değer arzeder, bilhassa Meclis'in 501 sayılı tefsir kararıyla (26) Tapu kanunu hakkındaki adalet Komisyonu mazbatasında kullanılan ifadelerden sonra artık bu meseleye avdet kanaatımızca yersizdir : Çünkü medenî kanunun mer'iyete girmesiyle beraber bu kanunun mülkiyet anlayışına tamamıyla zıt bir mülkiyet kavramından hareket eden «arzin rakabesiyle arzdan tasarruf hak'arını» yekdiğerinden ayıran bir mülkiyet görüşüne müstenit bir kanun hükümlerinin mer'iyete kalabileceği tabiidir ki kabul olunamazdı (27). Onun için biz 27. 1. 1943 tarihli içtihatları birleşme kararında kullanılan; «arazi kanunu medenî kanunun mer'iyete girdiği tarihten önce bir kısım aynı hakları ihtiva eden bir kanun idi. Yeni medenî kanunumuzda mevcut aynı haklara müteallik hükümler mer'iyete girdikten sonra yeni hükümlere muhal f olan evvelki kanundaki hükümlerin mer'iyetten kalkması tabii ve zarurî olduğu gibi medenî kanunun mer'iyet ve tatbik şekli hakkındaki 864 no. 1 kanunun 43 üncü maddesi hükmü iktizasındandır (28)» diyen ifadeyi şayanı tenkit buluyoruz. Bu kararda iki kanun arasındaki sistem farkı kabul olunduktan sonra sarahatan bütün arazi kanunu mülğadır denilmek icap ederdi. Mamafi kararın lafzı değilse bile ruhu böyle bir mana çıkarılmağa müsaittir.

§ II — Eski Hukuk hükümlerine göre mülk ve mirî arazinin devri temliki :

(25) : Cumhuriyetten sonra arazi kanununun bazı maddelerinin ilgasına dair olan 12. 6. 1926 tarih ve 837 sayılı kanunda, arazi kanununun mirî arazinin rakabesinin devlete ait olduğuna mütedair hükmüne dokunulmayarak sadece 68 vd maddelerini mer'iyetten kaldırmıştır. S K, C II. s. 675.

(26) : Kararın metni için bak. Velidedeoğlu Esmer s. 345 Not 2

(27) : Aynı manada Barkan s. 419; Göktürk aynı haklar s. 743; ayrıca iki kanun arasındaki sistem farkı için Göktürk «eski ve yeni mülkiyet hukukumuz» bilhassa s. 7 vd. Damci s. 60 vd; A. Gücün arazi kanununun adedi pek mahdut olan bazı maddelerinin halen mer'î olduğu kanaatındadır. s. 747 vd. A. Korur s. 3

(28) : İç. BK. kararları 1930 - 47 s. 111 vd; temyiz içtihadı zaten eskiden beri bu merkezde idi : 3 üncü Hukuk 18. 6. 1930 tarih ve 7638 sayılı karar : Temyiz Ka. 1930, s. 620

Bu, mevzuumuzu bilhassa ilgilendiren bir meseledir. Memleketimizde gayrı menkullerin haricen alımı ve satımı ve tapuya kayıt edilmemiş gayrı menkullerin oldukça fazla oluşunun tarihi ve içtimai sebeplerini eski hukukun arazinin devri temlik hakkındaki hükümlerinde aramak icap eder kanaatindeyiz. Memlekette muntazam ve hakiki manasiyle bir tapu teşkilâtının ancak çok yakın zamanlarda kurulmuş olmasının da bundaki tesiri pek çok olmuştur.

A — : Osmanlı İmparatorluğunun tapu teşkilâtına kısa bir bakış

Türkiye’de arazi kayıtlarına ilk olarak hicri 950 (1534) senesinde başlanmıştır denilebilir, bundan evvelde bazı kayıtların yapıldığı kabul edilebilirse de bu hususta elde henüz kat’i vesikalar yoktur. Kanunî Sultan Süleyman’ın emriyle hicri 950 de ilk olarak yapılan bu kayıtları muhtevi defterlere kuyudu hakkaniye veya kuyudu kadime denir. Bunlar halen tapu ve kadastro Umum Müdürlüğünde mahfuzdur. Bu defterler mufassal, içmal, vakıf, derdest ve ruzmança namıyla muhtelif kısımlardan terekkep eder. Erazi kayıtlarının tanziminde bilhassa vergi mülahazalarıyla hareket edilmiş olduğundan buralara sadece mirî arazi ve bunların vergi ile mükellef olan mutasarrıfları yazılmıştı (29).

1274 tarihinde yani Arazi kanunnamesine kadar sahibi arz sıfatile mirî araziye idare edenler mirî arazi mutasarrıflarına, tasarruflarını nakıt bir takım senetler verirlerdi ki bunların hepsine birden atık senetler, tapu temessüğü senetleri denir (30). Maalesef bu senetlerin hiç birinin tapu idarelerinde kayıtları mevcut olmadığı gibi bu hususta sahibi arzların tutmuş oldukları defterlerde mevcut değildir. (31). Bununla beraber bu senetler, bu gün dahi kıymetlerini muhafaza etmekte ve 1515 numaralı kanunun tatbikinde büyük ehemmiyet arz etmektedir: Bu kanunun sureti tatbiki hakkındaki nizamname Mad. I. 1263 tarihli tapu hakkında icra olunacak nizamname adlı bir nizamname ile dirki memlekette hakiki manasiyle tapu sicili teşkilâtı kurulmağa bağlanmıştır (32).

Filhakika bu, bugünkü manada bir tapu sicili ihdas etmemekle be-

(29): Mirî arazi ve bunların vergi ile mükellef mutasarrıfları muvassal defterlerinde, Has zeamet ve timar sahiplerinin adlarıyla bunların vaziteye başladıkları tarihler ruznamçe defterlerine kaydedilirdi.

(30): Bu senetler hakkında bak A. Gücün Ad. Derg. 1944 s. 166

(31): Bu temessüklerin doğru olup olmadığı ruznamçe defterlerinin tetkikiyle anlaşılmaktadır. M. Tarhan s. 58. Yani bu senetlerde mühürleri bulunan sahibi arzların o tarihlerde has, timar ve zeamet sahibi olup olmadığının bu defterden tesbiti suretiyle, Bu hususta ayrıca T. Ülger «Medenî Kanun karşısında Tapu Sicilli» ne de bakın: Ankara 1944 s. 273 vd.

(32): Tahşiyeli Kavanin C II, s. 307 vd.

raber gayrı menkuller üzerinde ve hasseten mirî arazi üzerindeki tasarruf kayıtlarının de'li toplu bir şekilde tesisi hakkında ilk adımı teşkil eder mad. 3 (33). Aynı madde ayrıca bundan böyle mirî arazi mutasarrıflarına turalı tapu senedi verilmesi lâzım geldiği prensibini de vâzetmiştir. Bu hususta arazi kanununun 3 üncü maddesinde de sarahat vardır.

Aynı mahiyetteki hükümler sonradan çıkarılan 1275 tarihli «Tapu nizamnamesi» 1276 tarihli «tapu senedatı hakkındaki talimat» aynı tarihli «tarifname» ve «vilâyattaki tapu mesalılı hakkında» ki 1284 tarihli talimat ile de daha mufassal surette tanzim edilmiştir. 1275 tarihli nizamnamenin 22 inci maddesi «her kaza için bir arazi defterinin tutularak ferağ ve intikallerin buraya kaydedileceği» 4 üncü madde turalı tapu senetlerin defteri hakkını tarafından verileceği, 21 inci maddede de İstanbul'dan tapu senedi gelinceye kadar muteber olmak üzere mahallinde mühürlü bir ilmuhaber verileceği tasrih edilmektedir (34). Tapu senetleri hakkındaki talimatın 1 inci maddesi eski temessuh senetlerinin turağlı tapu senetleriyle tebdilini de mecburî kılmıştır, bu hususta ayrıca mad. 9 da da hüküm vardır.

1284 tarihli «Tapu mesaili hakkındaki talimat» ın 3 üncü maddesiyle «her kazada olan kariyeler arazisinin birer birer yoklamasıyla tev'iz olunacak ve satılacak ve senet verilecek arazinin» meydana çıkarılması lâzım geldiğini öngörmüş ve tahririn ne şekilde yapılacağını da sonraki maddeleriyle düzenlenmiştir. Nihayet 1288 tarihinde yapılan 88 yoklaması diye anılan bir yoklama ile bütün gayrı menkullerin yazımı sağlanmıştır. 1329 tarihli «emvali gayrı menkulenin tasarrufu hakkındaki muvakkat kanunun» 1 inci maddesi ««araziye emiriye ve mevkufenin tasarrufuna dair bilcümle muamelât munhasıran defteri hakkani idarelerinde icra ve mutasarrıflarına senedi hakani ita olunur.» prensibini bir kere daha teyyit etmiş ve bu hükmün «her türlü emlak ile evkaftada» cari olacağını öngörmüştür. Zaten 1290 tarihli emlaki sırf nizamnamesiyle mülk arazinin tapuya kaydı ve maliklerine de defterhaneden tapu senedi verilmesi kabul edilmişti (35). Ayrıca emvali gayrı menkulenin tahdit ve tahriri hakkında 1328 sayılı kanunu muvakkatla (36) «memaliki osmanide kain bilcümle emvali gayrı menkulenin» tahdit ve tahrir

(33): Aynı manede Ülgenalp s. 366

(34): S g e . s. 317 vd.

(35): Bütün bu hususlar hakkında daha fazla bilgi için Ülgenalp s. 529. Gök-türk aynı haklar s. 803 vd.; M. Tarhan s. 55 vd., 58; Hüseyin Hüsnü s. 20, Atif bey s. 29 vd. Ali Haydar s. 20 vd. E. Erman Toprak davaları s. 14 vd.

edilmesi kararlaştırılmış ve bu suretle de ilk olarak Türkiye'de bir kadaströ idaresi kurulmağa teşebbüs edilmişti. Mad. 3, 10/11.

Bununla beraber bu kanunlarla memleketimizde medenî kanunun anladığı ve aradığı manada bir tapu sicili teşkil edilmiş olduğu zannedilmesin. Bu mevzuda, medenî kanun tarafından tesis edilen sicillerin adedi ve bunların tutuluşu arasındaki fark bir tarafa bırakılsa bile (37). her ikisi arasında mühim sistem farkı vardır. Medenî kanunun tapu sicilli hakkındaki sistemi aynıdır. Bu sistemde gayrı menkuller adeta şahsileştirilerek tapu kütüğünde her birine ayrı bir sahife tahsis edilir ve sonradan bu gayrı menkuller üzerinde onun leh ve aleyhine tesis edilen bütün aynı haklar bu sahifede işlenir. Halbuki eski hukukumuzda gayrı menkuller kronolojik olarak «sahiplerinin adına uygun olarak tapu kayıtlarına geçirdi, gayri menkulün aslı, bir defterin bir sahifelik kısmında kayıtlı olduğu halde sonradan doğan haklar ve mükellefiyetler başka başka sahifelerde ve bazan başka başka ciltlerde başka sahifelerde» (38.) Bu sebeple de bir gayrı menkulün tapuya kayıtlı olup olmadığını bilebilmek bile başlı başına bir mesele teşkil eder. Çünkü gayrı menkulü bulmak için sahibini aramak lâzımdır. Bundan dolayıdır ki tapuya kayıtlı olarak gözükmeyen gayrı menkullerin çoğu şahısların tasarrufu altındadır.

B — : a) Mülk arazinin devri temlik :

Mülk arazi hukuki bakımdan mecellenin çıkarılmasına kadar şer'i hükümlere ve bundan sonra da mecelle hükümlerine tabi idi. Mecelle mad. 125. Mecellenin 167 inci maddesine göre bey'i şekle tabi bir akit değildi. Mecellede gayrı menkul satışı hakkında hususi hükümler de yoktu. Bu sebeple gayrı menkul mülkiyetinin devri de şifaen veya adi senetle yapıldı. Mamafî umumiyetle herkes «mübayaalarını mehakimi şer'îye hüccetiyle tevsik ettirirdi» (39). Bu vaziyet 1290 tarihine kadar devam etti. Bu tarihte çıkarılan «emlakî sırfa nizamnamesinin» 1

(36) : Takşiyeli Kavanin C II, s. 403 vd.

(37) : Medenî kanunla aranılan defterler ve bunların nasıl tutulacağı hususî MK 910 gereğince 268 No. 1 tapu nizamnamesinin 1 vd. maddeleriyle tayin edilmiştir. Eski mevzuatta ne gibi defterlerin arandığı gösterilmemiş olduğu gibi bunların nasıl tutulacağı hakkında da etraflı hükümler yoktu : Bu hususta 1275 tarihli Tapu nizamnamesi mad. 22. Daha fazla bilgi için A. Korur s. 5 M. Tarhan s. 56 vd, 58, Tapu senedi hakkında talimatname bent I vd, bent 12.

(38) : A. Korur s. 6. Eski ve yeni Türk rejiminde aynı haklar: Lozan üniversitesinde verilen iki konf. Ter. Ş. Ziya, 1932 s. 23

(39) : Gücün Ad. der 1944, s. 167

inci maddesiyle harici satışlar menedildiği gibi 11 inci maddesi de mülk arazi satışlarının memurlar huzurunda nasıl cereyan edeceğini tanzim ediyordu. Nizamnamenin birinci maddesindeki sarahat karşısında artık bundan böyle mülk arazinin devri temlikinin de resmî şekle tabi olduğunu kabul icap ederdi. Lâkin mülk arazinin şekilsiz devri hakkında memlekette teessüs etmiş olan örf ve adetın kuvvetli baskısı eski durumu 1318 senesine kadar devam ettirmiştir. Zaten bu nizamnamenin hukuki mahiyeti de münakaşalıdır. Hukukçuların çoğu nizamnamenin şekil hakkında âmir bir hüküm yazetmemiş olduğu görüşündendir (40). Mecelle cemiyeti de 1307 tarihli mütaleasında bu kanaatta olduğunu belirtti (41). Temyizin kararları da bu merkezde idi (42). Nihayet 1318 tarihli bir iradeyi seniye mülk gayrı menkullerin harici alım ve satımını kat'i olarak menettiği gibi (43), bu cihet 1329 tarihli muvakkat kanunun 1 inci maddesinde «senetsiz tasarruf memnu olduğu gibi kanunu ceddit mucibince tahrir ve tahdit icra olunan mahallerde senedi hakkani ibraz edilmeyen yerler için mehakimi şer'îye ve nizamiyede dava istimal ve devairi hükümette bir güne muamele icrası dahi memnudur» şeklinde kat'i bir hükme bağlandı.

b) Mirî arazinin devri temliki:

Mirî arazinin hukukî mahiyeti nazarı itibare alınırsa bunun mutasarrıfı tarafından ahare devri temlikinin teknik bakımından hakiki manasiyle mülkiyetin devri demek olamayacağı kolaylıkla anlaşılır. Umumiyetle bu ferağ ikinci bir kira akdi (sous-location) mahiyetinde telâki edilir (44).

Mirî arazi mutasarrıflarının toprak üzerindeki sair bir çok tasarrufları gibi araziye ferağ edebilmeleri de bazı hususî hükümlere tabi tutulmuştur. Daha arazi kanunnamesinden evvelde mirî arazinin devri ancak sahibi arzın izniyle yapılabilirdi ve bu izinde her hangi bir şekle tabi değildi, arazi kanunu da 36 ncı maddesiyle aynı prensibe sadık kalmış

(40): Berki; Ad. der 1944, s. 156; Halif Eşref s. 372

(41): Bu mütalea için bak: H. Eşref s. 273;

(42): H. Eşref ibid, Postacioğlu s. 33

(43): Aynı mahiyetteki hükümler için 17. 7. 1323 tarihli defteri hakanı idarelerinin teşkilâtı hakkındaki nizamnamenin 13, 14 ve 19 uncu maddelerine de bakın.

(44): Hüseyin Hüsnü s. 92, H. Eşref dahi bu ferağ esas itibariyle biri devletle ferağ edilen diğeri de ferağ edenle ferağ edilen arasında yapılan iki icar aktinden terekkep ettiği reyindedir.s.265; Ali Haydar s. 163 vd.

ve «memurunun izin ve marifeti munzam olmadıkça alelumum araziye mihriyenin ferağı muteber değildir (45)» demiştir (46).

Bu hükmün 1276 tarihli tapu senetleri hakkındaki talimatın I inci maddesinden de anlaşılır.

İzin ferağ muamelesinden evvel veya sonrada verilebilirdi. (47). İzin verilmesi bir şekli mahsusa tabi olmadığı gibi yazılı olması da şart değildi (48) - sahibi arzın mirî arazi mutasarrıflarına Ar. K. 3. gereğince vermekte oldukları senetlerinde aktin muteberliği üzerine bir tesciri yoktu, bu ancak ferağ muamelesinin bir delilini teşkil ederdi. Arazi kanununun 37 inci maddesinde bu husus açık olarak yazılıdır. (49). Bu «... elyevm tapu senedi olmıyan arazi emiriye mutasarrıfları turalı senet almağa» mecburdur diyen 1276 tarihli tapu senetleri hakkındaki talimatın I. maddesinde de anlaşılır. Her ne kadar bu talimatın I nci bendinde «bundan böyle her ne suretle olursa olsun asla kimseye senetsiz araziye mirîye tasarruf ettirilmeyecektir» diye bir hüküm varsa da bu; tapu senetlerinin bu tarihten sonra mirî arazinin ferağında bir şekil şartı kıymetini iktisap ettiğini gösterecek mahiyette değildir. Zaten maddenin sair hükümleri bu söylediklerimizi teyyit eder. Bu hüküm bütün araziye mirîye sahiplerine turalı tapu senedi verilmesini ve eskilerin yenileriyle değiştirilmesini ve ellerinde senedi olmıyanlara senet verilmesini temin maksadiyle öngörülmüştür. Bunula aynı zamanda bir beyyine hükümde konulmuş oluyordu, yani bundan böyle artık arazının feragına müteallik ihtilâfların şahitle ispatı imkânları kalmıyordu. (50).

(45): İzin vermeğe selâhiyetli memurlar hakkında bak. yuk, ayrıca arazi kanunnamesinin 36 ncı maddesi altındaki not: Tahşiyeli kavanin C II s. 163. «Sahibi arzın izin ve muvaffakatinin istihsali için devletçe bir kaideyi mahsusa ittihaz edilmiştir buna «Tahrir» denir: Halis Eşref sa. 267, Ferağ muamelesinin ne suretle icra olunacağı hakkında 1275 tarihli tapu nizamnamesi mad. 1, 3 vd.

(46): 1 inci hukuk 20.12.1930 tarih ve 425 sayılı karar Tem. Ka. 1930; 3 üncü Hukuk 16. 6. 1930 tarih ve 7383 sayılı karar s g e: s. 619; I inci Hukuk 29. 9. 1939 tarih ve 286/1917 sayılı karar s g e: 1939-40 s. 121.

(47): Atıf bey. s. 142

(48): H. Berki. Ad. Derg. 1944, s. 157

(49): Aksi bir görüş A. Gücün s g e s. 169. her ne kadar müellif bu husustaki fikrini 1267 tarihli talimatla Ar. K. 3 üncü maddesine istfınat ettiriyorsa da aynı Kanunun «..... Erazıyı miriyezin teferruunda mücerret memurun izni kâti olmakla bir kimse arazisini memurun izniyle ahara farığ olduktan sonra meğruğunleh tapu senedi olmaksızın farığ bulunan kimse fevt olsa ferağı mezkûr muteber olmakla ol araziye malul nazariyle bakılmaz» diyen 37 inci maddenin açık ifadesi karşısında bu görüş bize şüpheli görünmektedir.

(50): Beyyine kuvvetini haiz olabilecek senetler hakkında bak. A. Gücün s g e s. 168.

Hulâsa olarak diyebilirizki : — : Mülk arazidir devri esas itibariyle şekle tabi değildi. Ancak 1318 tarihli iradeyi seniye ve 1329 tarihli muvakkat kanunlardır ki devri temlik muamelesinin tapu önünde yapılması mecburiyeti kabul olunmuştur. Mamafî yazılı hukuktan daha kuvvetli olan örfü adet karşısında bu mevzuatta fiili vaziyeti değiştirmemiştir. Gayri menkullerin harici satışı medenî kanuna kadar devam etmiş ve maalesef halende memleketin bir derdi olarak devam edip gelmektedir.

2 — : Mirî arazinin ferağı ise sadece sahibi arzın iznine bağlıdır. Yani resmi memur (tapu) önünde yapılması mecburi idi. Bazı Hukukçular bu iznin bilhassa ilk zamanlarda ferağ muamelesinden sonra verilebileceğini kabul etmekte oldukları gibi (51), bazıları burada bir şekil meselesinden ziyade bir salahiyet şartının mevzuu bahis olduğunu söylerler. (52). Osmanlı İmparatorluğunun ilk zamanlarında has zaamet ve saire teşkilâtının iyi işlediği ve halkla sahibi arz mevkiinde olan has zaamet ve timar sahiplerinin temaslarının kolay olduğu devirlerde bu izin meselesi hiç bir zorluk göstermemiştir. Lâkin sonraları bu teşkilâtın lağvedilerek izin verme işinin resmî memurlara bırakılması halkla onlar arasında teması güçleştirmiş ve mirî arazi üzerinde izinsiz tasarruflar yani harici satışlar gittikçe artmağa başlamıştır. Bilhassa ne mirî arazinin bu şekilde tasarrufuna mani olmak maksadiyle çıkarılan mevzuat ve ne de harici satışları kat'i olarak menne mütedair olan 1329 tarihli kanun tapu haricinde adî senetle yapılan gayri menkul satışlarını önleyebilmiştir. (53).

(51): Atif bey s. 142

(52): Postacıoğlu s. 31

(53): Bu hususta enteresan malûmat için 1515 numaralı kanun hakkındaki içtihatları birleştirme kararı müzakerelerine bakın, Ad. der. 1944 s. 147 vd.

II İNCİ KISIM

TAPUYA KAYITLI OLMİYAN GAYRİMENKULLERİN HUKUKİ

R E J İ M İ

§ I – Gayrı menkullerin tapuya kayıdı şekli:

Türkiye’de tapuya kayıtlı olmiyan gayrı menkullerin miktarı halen dahi büyük bir yekûn tutmaktadır. (1). Hele ilmi esaslar dahilinde kadastoralarının muntazam plânlara rapt edilmesi ancak 1328 tarihli kanunla öngörülmüş fakat bu kanunun akabinde çıkan harpler kanunun tatbiki imkânlarını selpetmiştir. Cumhuriyetin kurulmasından ve fakat medenî kanunun neşrinden evvel çıkarılan «bir kadastro teşkilâtının kurulması hakkındaki» 22. 4. 1341 tarihli kanunla kadastro işlerinin yeni baştan ele alınmasına uğraşılmış ve daha sonraları 15.12. 1934 tarihli kadastro ve tapu tahriri kanuniyle iş hızlandırılmak istenmiştir. Fakat bütün arazinin kadastrosunun yapılması hem çok emek ve hem de çok masrafı mucip olduğundan bu iş çok yavaş ilelemektedir. (2), (3).

Kadastro işlerinin bu çok ağır işleyişi şimdiye kadar tapuya kayıt edilmemiş olan ve bilhassa köylerde bulunan sahipli arazilerin yine tapu haricinde kalmasını mucip olmaktadır. Çünkü gayrı menkullerin tapuya kaydı bugünkü mevzuatımıza göre ya re’sen veyahutta ilgili’lerin mü-racatı üzerin mahkemece verilen bir karar vaki olmaktadır:

a – : Medenî kanundan evvelki mevzuata göre tescil edilmiş olan aynı haklar yeni «emvali gayrı menkule sicillerine resen tescil olunur» : Mer’iyet ka. 37, tapu sicil nizamnamesi 122.

(1): Bu hususta Bak. M. Tarhan s. 56 vd.

(2): Bu hususta bir fikir edinebilmek için İsviçre’nin kadastrosu hakkında bakın : Tuor s. 426 Türkiye’de kadastro çalışması yapılan yerler hakkında bak : Gök-türk, aynı haklar s. 798 Not 10

(3): Halbuki medenî kanunun anladığı manadaki tapu sicilleri kadastroya müstenit plânlı kütüklerdir. Mamafî tapu sicili hakkındaki hükümler gayrı menkullerin kadastrosu yapılmadan önce de tatbik edilebilir, nitekim bizde ve İsviçre’de kantonların bir kısmındaki durum halen böyledir : İsviçre mer’iyet kanunu 40 : Bizdeki tapu kütükleri ve bunları teşkil eden eski defterler hakkında M. Tarhan s. 56 vd ve bî’hasa 59.

b - : Arazi tapu kütüğüne resen kaydolunur : Tapu sicil nizam. 3 vd.

c - : Tapu tahrirleri yapıncaya kadar tahrir sahaları haricinde kalan sicillerdeki gayrı menkuller tapu kütüğüne resen naklolunur; tapu sicili nizam. 123.

d - : Kadastro ve tapu tahrirleri hakkındaki 2613 sayılı kanunun 22 inci maddesinin E bendinde gösterilen hallerle kadastro ve tapu nizamnamesinin 20 inci maddesi ve

e - : 5602 sayılı tapulama kanununun 13 üncü maddesinin D fıkrasındaki durumlarda da arazi resen tapuya kaydolunur.

İlgililerin mürcaatı üzerine gerek mahkeme kararıyla ve gerekse idareten gayrı menkullerin tapuya kaydını öngören kanun hükümleri de şunlardır. (4) :

1) : 19. Nisan. 1926 tarihli ve 810 sayılı «hakkı karar ve senetsiz tasarrufat ve tashihi kayıt muamelâtının sureti icrasına dair» kanunun birinci maddesi (5).

2) : Medenî kanunun 639/1 uncu maddesi.

3) : Mer'iyet kanununun 20 inci maddesi.

4) : Meclisin 510 numaralı tefsir kararının D fıkrası,

5) : Denizden doldurulmak suretiyle elde edilen arazi; tapu kanunu mad. 7 vd.

6) : Tapu kanununun mülga 6 inci maddesi ve çiftçiyi topraklandırma kanununun 64 üncü maddesindeki durumlarda

7) : «Bataklıkların kurutulması (6) ve bundan elde edilecek topraklar hakkında 5516 sayılı kanunun 1 inci maddesiyle derpiş edilen hallerde

8) : 5519 sayılı kanunun 1 inci maddesinde (7) ki vaziyette.

§II - : Tapuya kayıtlı olmayan gayrı menkullerin tabi olduğu hukuki rejimin üç devre içinde tetkiki gerektiği kanaatındayız.

(4) : Bu hususta aşağılarda daha fazla ızahat vereceğimizden şimdi sadece kanun maddelerine temasla yetineceğiz.

(5) : Bu kanun medenî kanunla ilga edilmiştir.

(6) : Sic Ka. sene 1950 s. 169

(7) : Sic ka. 1950 s. 192 kanun adı «Tapu kayıtlarından hukuki kıymetlerini kaybetmiş olanların tasfiyesi hakkındaki 1515 sayılı kanuna ek kanun.

a — : Arazi kanunundan 16. 4. 1926 tarihli kanunun neşrine kadar olan devre

b — : Bu kanunla medenî kanunun mer'iyete girmesine kadar olan devre

c — : Medenî kanunun neşrinden sonraki devre.

I İNCİ BÖLÜM

1 inci devre 1854 (1274) ile 1926 arasındaki devre :

A — : Mirî arazi : Mirî arazinin devlet tarafından fertlere tevhibi memuru mahsus tarafından yapıldığı gibi, bu arazinin mutasarrıfları tarafından ahara devri temlikide yine ancak memurun izniyle olurdu. Memurun izni alınmadan yapılan ferağ muamelesiyle temelluk eden arazi üzerinde tasarruf hakkını kazanamazdı, Arz. K. 36. Bununla beraber arazi kanunu gerek mutasarrıfı tarafından özürsüz olarak terk edilen ve gerekse malul olan mirî arazinin işgal suretiyle muayyen bir müddet zarfında bir kimsenin elinde bulundurmasını bir tasarruf sebebi telakki ederdi. Mad. 20 ve 78. Eski hukukumuzun muayyen bir müddetin geçmesiyle mirî arazinin hakkı tasarrufunun memurun izni olmadan fertlerin uhdesine geçmesini sağlayan bu müesseseye hakkı karar denirdi (8).

Hakkı Karar :

Mirî arazinin hakkı tasarrufunu iktisaba salih bir hakkı kanunidir. (9). Kanunun tesbit ettiği müddet dolunca «araziye miriyenin hukukî tasarrufiyesi munkatı olarak zilyede geçer.» (10).

Hakkı karar iki şekilde tecelli ederdi :

1) : Bir kimsenin tasarrufu altında bulunan mirî arazinin tarafın-

(8): Hakkı karar doğrudan doğruya mirî arazideki tasarruf sebeplerinden birini teşkil eder. Kanunda öngörülen muayyen bir müddetin geçmesi sadece bu arazinin hakkı tasarrufunu elde etmek imkânını bahşeder. Devletin mülkiyet hakkını iskat etmez «Rakkabeyi arza müteallik davalar ancak mecelledeki umumî kaideye tevfikân 36 senelik bir zaman aşımına tabi olduğu kabul olunurdu» Gücün Ad. der. 1944 s. 174; H. Eşref s. 195; 22. 11. 1298 tarihli iradeyi seniye ve 1329 tarihli kanunu mad. 15

(9): H. Eşref s. 467; Ebul'ula s 58; I inci Hukuk 16. 2. 1930 tarih ve 847 sayılı karar temyiz kararları 1930 s. 430

(10): Ebulula İbid; 3 üncü Hukuk dairesi 27. 1. 1938 tarih ve 1066/863 sayılı karar Temyiz kararlara 1938 s. 252

dan bila özür terk edilmesi ve bir başkası tarafından «bila niza» on sene müddetle tasarruf olunması halinde arazi kanununun 20 inci maddesi gereğince artık ilk mutasarrıfın bu husustaki davası istima olunamazdı (11).

İlk mutasarrıfın bu on senelik müddet içindeki sükutunu aynı madde de yazılan «uzak bir yerde» bulunmak, küçüklük ve temyiz kudretini haiz olmamak» gibi bir sebepten ileri gelmemiş olması lâzımdı. Çünkü bu sükutun ancak «özürü şer'iyeyi mutebereden» ileri gelmesi zaman aşımının tahakkukuna mani teşkil ederdi. (12).

2) : Devlet tarafından her hangi bir şahsa tevfiz edilmemiş olan bir arazi üzerinde on sene müddetle ziraat ve tasarruf eden kimsenin de hakkı kararı sabit olur ve bu kimseye arazi tevfiz olunarak yeddine senet verilirdi; Arz. Mad. 78 (13). Bu maddedeki hakkı karara müsteniden bir kimseye malul olan mirî arazinin tevhibi «bir adamın Ziraat ve harasetine münhasır olmak şartile meşrut olup yoksa bir adamın hiç ekip biçmediği ve sürmediği veyahutta yalnız bir defa zer ederek sair vakit muattal bıraktığı araziye hakkı tasarrufu on seneden ziyade bile olsa hakkı karar kazanamazdı» (14). Bunun çok enteresan ve memleketin kalkınması ve iktisadiyatı bakımından ehemmiyeti bir hüküm olduğuna işaret etmeden geçemeyeceğiz. Malul bir arazinin on sene müddetle ve fasilasız ve nizasız bir şekilde elde bulundurmakla iktifa olunmayıp aynı zamanda onu işlemiş olmayı da aramak halkı dolayısıyla çalışmağa ve ziraate teşvike yarayacak mahiyette olduğu gibi arazinin daha ziyade ehli eline geçmesini temine yarayacak bir mahiyetide haizdir.

Hakkı kararın her iki halde de sabit olabilmesi için on sene nizasız tasarruf ve ikinci halde «ziraat» kâfi olup «ayrıca tevfiz ve intikal gibi bir tasarruf sebebinin mevcudiyeti» lâzım değildi. (15). Fakat 1276 ta-

(11): Maddede tapulu araziden bahsedilmektedir. Bununla hakkı kararın mevcut olabilmesi için o araziye tapu ile tasarruf olunması lâzım geldiği söylenmek istenmiş değildir; bundan maksat fertlere tevhibi kabil olmayan araziye mevat ve metrukede hakkı kararın cereyan etmiyeceğini göstermektir; Atıf bey s. 107.

(12): Aynı manada I inci Hukuk 14. 3. 1945 tarih ve 4190-1492 tarihli karar. Tepeci s. 65

(13): Ayrıca 28 recep 1276 tarihli tapu senedatı hakkındaki talimatın 8 inci bendi I. inci Hukuk 3. 12. 1936 tarih ve 946 sayılı karar Tepeci s. 67

(14): H. Eşref s. 468, Ali Haydar s. 78

(15): Atıf Bey s. 284; 318

rihli tapu senedatı hakkındaki talimattan sonra bu şüphelidir. (16). Çünkü bazıları bu talimatın «... intikal veya bir başkasından teferruğ veya toprağın tevhit ve ihalesine mezun olanlardan tevfevvüz cihetlerinden bir ciheti tasarrufiyeye dayanarak on sene nizasız tasarruf ile hak kazanmış olup ta elinde senedi bulunmayanlara yeniden senet verilecektir» diyen 8 inci maddesine dayanarak hakkı kararın ancak müteber bir tasarruf sebebine müstenit olmasını aramaktadır (17). Bazıları ise eski durumun değişmediği ve hakkı kararın tasarruf sebeplerinden birine istinat etmesi lâzım gelmediği fikrindedirler (18). Arazi kanununun 78 inci maddesinin sarîh ve kat'i ifadesinde uygun olan bu görüş gayri menkullerin tapuya kaydını da kolaylaştıracak mahiyettedir.

Hakkı kararda hüsnüniyet mevzuu bahis olmazdı. Bununla beraber «muddeaalay yeddinde bulunan araziye fuzulen zabt ve işgal etmiş olduğunu ikrar ve itiraf ederse bu surette müruru zamana ve tasarrufa itibar» olunmazdı Arz K. Mad. 20, 78. Fakat muddaaaleyhin o araziye muddein müruru zaman müddetinden evvel kendisine ferâğ etmiş olduğuna dair olan iddiası da davanın reddine bir sebep teşkil ederdi (19). Yani mülk arazide olduğu gibi bunun isbatı kendisinden istenmezdi.

Hakkı karar müessesesini bugünkü hukukumuzdaki iktisap zaman aşımı müessesesine benzetmek kabildir, sanırız. (20).

(16): Çünkü «bazıları mahlulen hükümete kalan araziye zabt ederek on sene mürur eylediğini ispat ederek mücedeleden tapu senedi istihsaline başladılar. Bunun üzerine 1276 tarihli tapu senetleri talimatının 8 inci bendine, 78 inci maddenin iktizasına göre hakkı kararın subutu esbabı tasarrufiyeden birine istinat eylemesi lüzumuna dair hüküm ilâve edilmiştir» Salahattin s. 1069. Temyiz de bu tarihten sonra «hakkı karar iddiasının esbabı sülûseyi tasarrufiyeden birine isnadı lâzımdır» diyordu. 9. 9. 1328; 29. 4. 1330; 22. 7. 1331 tarihli kararlar Tahşiyeli kavanin c II s. 224, H U H 23. 1. 1929 tarih ve 2729 sayılı karar temyiz kararları 1930 s. 338; I inci Hukuk 27. 10. 1930 tarih ve 3849 sayılı kararı sge s. 485, H U H 19. 1. 1930 tarihli karar sge s. 74; Aynı dairesinin 22. 1. 1930 tarih ve 5 sayılı kararı sge s. 347. Bu hususta daha etraflı malûmat için Atıf Bey s. 101 vd, 207, 284 vd; H. Eşref s. 192 vd. 466 vd., Ebul'ula s. 58 vd.

(17): Erman. Ad. Derg. 1945, s. 1304; Devlet şurasının 30. 12. 1322 tarihli mütaleası Ermandan toprak hukuku s. 24

(18): Ygık 31. 1. 1941 tarihli karar Ermandan sge s. 23, Ali Haydar s. 396 sge den s. 25.

(19): Ali Haydar s. 36; Atıf bey s. 109; H. Eşref s. 204; Devlet şurasının 29 zilhece 1311 tarihli mutalâası, Erman sge s. 29

(20) : Aynı manada Gücin Ad der. 1944, S. 175; Ebuluda'da «araziye miriye için müruru zaman adeta hukuki garbiyenin kabul ettiği tarzda tekevvün eder. Şu halde hakkı karar miri arazide bir sebebi tasarruf telâkki edilmesinden dolayı hukuki garbiye ile birleşiyor» demektedir. S. 58; F. Hulusi, Huk. Bil. 1445; 3 üncü Hukuk 11. 1. 1945 tarih ve 193 sayılı karar : R. Köprülü s. 50

B – Mülk arazi. Mülk arazide hakkı karar cereyan etmezdi (21 - 22) çünkü mecellenin 1284 üncü maddesinde nelerin bir «espabı temlikiye» teşkil edeceği açık olarak beyan edilmişti. Bununla beraber mülk arazide yine mecellenin 1660 ıncı maddesindeki hükme tabi olan bir dava zaman aşımı cereyan ederdi ki bu da on beş sene idi (23).

Bunun hakkı karardan bariz farkı bilhassa şunda mündemiçtir; Mirî arazide dava olunanın esas itibarile aleyhine açılan davaya karşı burasını nizasız bir surette on seneden beri tasarruf eylediğini beyan etmesi kâfi idi, ayrıca bu tasarrufunun sebebini bildirmesi lâzım gelmezdi (24). Halbuki mülk arazide dava olunanın sadece uzun bir müddetten beri arazinin zilyedi olduğunu söylemesiyle dava reddedilemezdi, çünkü mecellenin 1248 inci maddesine göre zaman aşımı bir iktisap sebebi olamaz. Muddaa aleyhin bu on beş senelik zilyetliğini üç iktisap sebebinden birine müstenit olduğunu dermeyer ve bunu ispat etmesiyledir ki ancak müddeinin davası reddedilirdi (25). Fakat dava olunan elinde lehine olan şöyle bir müdafaa vasıtası vardır ki o da bu mülkteki tasarruf sebebini hiç beyan etmeden davaya karşı doğrudan doğruya burasının kendi mülki olduğunu beyan etmesidir, çünkü mecellenin 1627 inci maddesi gereğince «müddeabih ayin olduğu takdirde sebebi mülkiyet beyan olunmak lâzım gelmeyip belki bu mal benimdir dese mülkü mutlak davası sahi olur.» (26). Yani her ne kadar mülk arazi zaman aşımı ile iktisap edilemezse de «uzun müddet bir şahsın elinde bulunması o şahsın mülkiyet hakkına bir karine teşkil eder. Anlaşmamazlık zuhurunda bu şahı iktisap sebeplerini ispata zorlanmazdı» (27).

(21): H U H 19. 1. 1930 tarihli karar Temyiz kararları 1930 s. 74; I inci Hukuk 16. 2. 1930 tarih ve 847 sayılı karar s g e s. 430; H U H 17. 6. 1937 tarihli Tepeci s. 69. E. Mardin İst. Huk. Fak. Mec. C 10, 1944 s. 423

(22) Mülk arazinin hiç olmazsa 1318 tarihine kadar haricen satışı muteber idi.

(23): Ali Haydar S. 88

(24): Aynı manada I inci Hukuk 2. 7. 1939 tarih ve 3160/1556 sayılı karar : Tepeci s. 65; Aynı dairenin 8. 12. 936 ve 3040 tarihli kararı sge s. 68

(25): H. Hüsnü s. 57; Atıf s. 109; H. Eşref s. 204 mamafi daha aşağılarda aksi bir görüşte olduğu kanaatını veriyor.

(26): Ali Haydar s. 89

(27): Erman : Toprak davaları s. 18

II İNCİ BÖLÜM

II inci devre : 810 numaralı 16.4.1926 tarihli kanunla medenî kanunu meriyete girmesi arasında geçen devre (28):

Ne arazi kanunu ve 1318 tarihli irade ve ne de 1329 tarihli kanunun hükümleri memleketimizde bir taammül halinde yerleşmiş olan gayri menkullerin harici satışıyla senetsiz tasarrufları önleyememişti. İşte 810 tarihli kanun memleketteki bu fiilî vaziyeti düzeltmek maksadiyle çıkarılmıştı. Bu kanunun mevzuumuzu ilgilendiren 1 inci ve 4 üncü maddeleriyle «..... hakkı karardan ve senetsiz tasarrufattan bulunmasına mebnî tapu senedine raptı talep olunan emvali gayri menkulenin» tapuya kaydiyle zilyedi namına tescili işi tapu idarelerine verilmişti. Yani bir mahkeme kararına lüzum olmaksızın idarî bir kararla gayri menkullerin tapuya raptı bu suretle kolaylaştırılmış oluyordu. Ancak tapu Komisyonu tarafından verilen bu karara razı olmıyan ilgililere mahkemeye müracaat selâhiyeti de tanınıyordu.

Medenî kanun bu kanunun neşrinden az sonra mer'iyete girdi ve ortaya 810 No. lu kanunun medenî kanun tarafından ilga edilip edilmediği meselesi çıktı. Tatbikattaki tereddüdün halli için Meclisten bir tefsir kararı istendi. 501 No. lu ve 929 tarihli olan bu tefsir kararıyla bu kanunun, medenî kanun tarafından ilga edildiği kabul edilmiş olmakla beraber medenî kanunun mer'iyeti tarihine kadar sebketmiş olan «hakkı karar, senetsiz tasarrufat ve kayıt tashihleri hakkında» ne şekilde muamele icra edilmesi lâzım geldiği etraflıca tanzim edildi. (29).

Bu kararın senetsiz tasarruflara mutedair olan C bendi «arazi kanununun carî olduğu zamanlarda sebkeden tasarruflarına istinaden hakkı karar sebebiyle tapu isteyenlerin kanunu medeninın tatbikine dair olan kanunun maddeî mahsusası hükmüne göre müktesep olan bu hakları kabul edilmiş olduğundan bu takdirde dahi mahkeme hükmüne ihtiyaç yoktur. Ancak kanunu medeninın mevkii tatbiki vazından evvel iktisap edilmiş bir hakkı karar olmadığı halde kanunî medeninın iktisabı mürru zaman hükümlerine müracaat zarurî olur.» demektedir. Yani bu bend

(28): Kanunun adı «Hakkı karar ve senetsiz tasarrufat ve tashihi kayıt muamelâtının sureti icrasına dair kanun» sic. K. C. II S, 467.

(29): Biz bu karardan böyle bir mana anlıyoruz. Kararın mevzuumuzla ilgili olan B C ve D fıkralarına bakın. Kararın metni için 14. 5. 1929 tarih ve 1192 sayılı Rg. veya Velidedeoğlu — Esmer s. 345 Not 2.

hükmüne göre doğrudan doğruya ilgililerin müracaatı üzerine gayri menkulün tapuya kaydıyla mülkiyet hakkının tescili kabul oluyordu. Bu; müktesep haklara riayet edileceğini öngören mer'iyet kanununun 4 üncü maddesine de uygundur. Lâkin kanaatımızca aynı mevzua müteallik olan D bendinde ileri sürülen mütaleanın haklı olduğu kabul edilemez. Buna göre «mesnetsiz olarak eşhasın tasarrufu altında bulunan yerlere gelince; bu gibi yerlerin tapuda kayıtları yoksa bunlara bir mahkeme kararına hacet olmaksızın tapu dairelerinin usulü dairesinde senet vermelerine hiç bir mani yoktur.»

Bu hükmün anlaşılması oldukça zordur. Bir kere öyle sanıyoruz ki «senetsiz olarak eşhasın tasarrufu altında bulunan» ifadesiyle hem teknik manadaki senetsiz tasarruflar ve hem de harici satışlar kastedilmiştir. C bendinin ikinci fıkrasından bu husus daha kuvvetle tebarüz eder. Sonra bu gibi yerlerin tapuda kayıtları yoksa tapu daireleri bunlar hakkında usulü dairesinde senet verebilir deniyor. Ne ifade etmek istediği pek kolaylıkla anlaşılamiyan bu hükümle her halde bu kabil yerlerin ilgililerin müracaatı üzerine tapuya kayıt ve namlarına mülkiyet hakkının tescil edileceği söylenmek istenmiştir. Fakat bu işin doğrudan doğruya tapu dairelerine bırakılması Medenî kanunun hükümlerine muhalif olduğu gibi bir çok yeni ihtilâfların doğumunu mucip olabilecek mahiyettedir, ve bunu müktesep haklar prensibi de haklı gösteremez. Bilhassa memleketimiz gibi arazisinin büyük bir kısmı tapuya kayıtlı olmayan bir yerde, bu kabil araziye ellerinde bulunduranlar namına kayıt ve tescilini hiç bir kayıt ve şarta tabi tutmamak ne dereceye kadar doğru olabilir. di. (30). Zaten bilindiği gibi eski mevzuatımıza göre mülk arazi üzerinde mülkiyetin muteber bir surette tesisi bir iktisap sebebinin mevcudiyetine, mirî arazide ise memurun iznine bağlı idi. Bunların mevcut olup olmadığı ancak bir mahkeme kararıyla sübut bulduktan sonra kayıt ve tescilin yapılabileceği öngörülmüş olsaydı hem sonradan doğabilecek olan bir çok ihtilâflar önlenmiş olur ve hem de bu, medenî kanunun sistemine de uygun düşerdi.

Eğer bu kararla memleketteki fiili durum nazara itibara alınarak bunun tasviyesi isteniyordiyse sonraları pek çok kereler yapıldığı gibi bu hususta hususî ve istisnai bir kanunla meselenin halli cihetine gidilmesi hukuk tekniğine daha uygun olurdu. Nitekim birbirini takip eden harici satışlar neticesinde tapu kayıtlarının hukukî kıymetlerini kaybedenlerin tasviye-

(30): Sonradan bütün bu mahzurları nazara alan kanun koyucu 1515 numaralı kanun ve bilhassa buna ek 5516 No. lu kanunla bunları bertaraf edici hükümler koymuştur.

si için böyle bir kanun, 1515 sayılı kanun çıkarılmıştır. Sonradan bu kanun hükmü tapuda mukayyet olmıyan gayrı menkullere de (31) bu kanun hakkındaki 30/6/1932 tarihli nizamnameye eklenen bir madde ile teşmil edilmiştir. Bu müzeyyel madde «sahipleri olduğu halde tapu siciline geçmemiş olan gayrı menkul malların tescilinde de bu nizamnamenin 6 ncı ve 11 inci maddeleri ahkâmı tatbik olunur» der. Bu Madde de kasdedilen sahipli olupta tapu siciline kaydedilmemiş olan gayrı menkullerin hangi gayrimenkuller olduğu ve bunların tapuya kaydı için ne gibi bir şeraiti haiz olmaları lâzım geldiği gösterilmemiştir. Aca bu madde hükmü münhasıran medenî kanunun mer'iyete girmesinden evvel senetsiz tasarruf edilen gayrı menkullere mi şamildir; Yoksa medenî kanundan sonra tapuya kayıtlı olmıyan gayrı menkulleri ellerinde bulunduranlara da bu hükümü tatbik edilecektir?. Nizamnamenin mevzu bahis 6 ve 11 inci maddeleri tapu komisyonlarının kimlerden müteşekkil olacağına ve bu komisyon kararlarına ne şekilde itiraz edileceğine mütedairdir. Gerek 1515 No. lu kanunda ve gerekse bu nizamnamenin 2 inci maddesinde medenî kanunun mer'iyet tarihine kadar musakkaf (üstü örtülü olan yerler) ve emsalinde onbeş ve diğer arazide de on sene müddetle hüsnüniyetle zilyet bulunmak şartı mevcuttur. Bu hususlarda müzeyyel maddede sarahat bulunmamasına rağmen senetsiz tasarrufa müsteniden elde bulundurulan gayrı menkuller de bu şartları nefsinde toplayanlar olmalıdır. Yani bizce bu kanun ancak medenî kanunun mer'iyetinden evvel yukarda saydığımız şekilde tapuya kayıtlı olmayan gayrı menkul zilyetleri hakkında uygulanmalıdır. Zaten hem istisnai bir kanun mahiyetini arzeden 1515 numaralı kanun hakkındaki nizamnameye bu hükmün ilâve edilmiş olmasından ve hem de 5516 numaralı kanundan zımnen böyle bir mana çıkar. Aynı zamanda maddenin bu şekilde anlaşılması bugünkü hukuk sistemimizin icabıdır. Aksi takdirde MK. 639/I tamamiyle lüzumsuz bir hüküm haline girerdi. 501 sayılı kararın mevzuumuzla ilgili olan hükümleri şimdi saydığımız mevzuat karşısında bütün kıymetini gaip etmiş olmak ve mer'iyetten kalkmış olmak gerekir (32).

(31): 1515 numaralı kanun tescillerin tapu idarelerince yapılacağını derpiş etmişken bu kanuna ek 5519 sayılı kanunla yapılacak tescillerin ve tapuya kayıtlı olmıyan gayrı menkullerin tapuya kaydı işinin hakim kararıyla olacağı öngörülmüştür. Sic. K. 1950, s. 192

(32): Her ne kadar 5602 sayılı tapulama kanunu 38 inci maddesinde «henüz arazi kadastroına başlanmamış olan mahallerde arazi kadastroına başlanıncaya kadar 1515 sayılı kanunla 501 sayılı kararın tatbikine devam olunur» demektedir isede bununla kararın «mubadil mutegayyip ve menkul eşnastan metruk yerlerle» hudut itibariyle mikdarın tashihine dair olan A ve E bendi hükümleri kastedilmiş olmalıdır.

III. ÜNCÜ BÖLÜM

III. üncü devre : Medenî kanunla başlayan devre

Bu devreyi iki kısma ayırmak lâzımdır :

a) Münhasıran medenî kanun hükümlerinin tatbik edildiği devre, biz burada fevkalâde zaman aşımını inceliyeceğiz.

b) Memleketteki tapulama işlerini hızlandırmak ve bütün gayrı menkulleri tapuya kayıtlarını kolaylaştırmak maksadiyle 1950 tarihinde mer'iyete giren tapulama kanununun uygulanmakta olduğu devre.

I — Tapuya kaydedilmemiş gayrı menkuller hakkında MK hükümleri ve fevkalâde zaman aşımı :

Medenî kanun tapu siciline kaydedilmemiş gayrı menkullerin hukukî durumuna tek bir maddesiyle temas etmiştir. Bu, bu kabil gayrı menkullerin mülkiyet hakkının iktisabını tanzim eden 639 uncu maddedir.

§ I — : Fevkalâde zaman aşımı :

Gayrı menkullerin fevkalâde zaman aşımıyla iktisabına mütedair olan bu hükümde kanun koyucu iki ihtimal öngörmektedir :

a — : Gayrı menkul tapuda mukayyettir, fakat tapu sicilinden malikin kim olduğu anlaşılamamaktadır. 639/II. Böyle bir vaziyet ya tapu siciline nazaran malik olarak tescil edilen kimsenin, şahsının sicilden açık olarak anlaşılmamasıyla meydana gelir: Mesele sicilde gayrı menkul maliki olarak gözüken kimsenin sadece küçük adı mevcuttur yahutta asıl malik hiç mirascı bırakmadan ölmüştür veya mirascı olduklarını iddia edenler bu sıfatlarını tevsik edememektedirler (1). Yahutta tapu siciline nazaran malik olarak gözüken şahıs uzun zamandanberi gaiptir ve hakkında gaiplik kararı verilmiş olmasına rağmen 526 vd. gereğince her hangi bir mirascısı zuhur etmemiştir. Nihayet bu gayrı menkulün maliki durumunda bulunan hükmü şahıs kanuni her hangi bir sebeple sona ermiş-

(1) : 1 inci Hukuk 15. 6. 1951 tarihve 4114/4545 sayılı karar : Fakülteye gönderilen kararlardan, ayrıca mirascılar arasında da fevkalâde zaman aşımı cereyan edeceğine dair 27. 4. 1949 tarih ve 7/12 sayılı iç BK. Rg. 7331. Halbuki temyizin içtihadı eskiden bunun aksine idi : HUH 29. 9. 1929 tarih ve 97 sayılı karar : Tem. Ka. 1930 : s. 24

tir. İşte bütün bu vaziyetlerde böyle bir gayrı menkulu nizasız ve fasılasız 20 sene müddetle yedinde bulunduran kimse namına mülkiyet hakkının tescili için hakime müracaat edebilir. Üzerinde durduğumuz son iki şıkta 639/II büyük bir ehemmiyet arzetmez. Çünkü mirasçı bırakmadan ölen bir murisin terekesi MK 448 gereğince Devlete intikal eder, veraset iddia edenler bu haklarını miras sebebiyle istihkak davasıyla haklı gösteremiyorsa devlet bu gayrı menkulün maliki olarak kalmakta devam eder. Mamafih kanunun 639/II ile bu prensibe bir istisna kaymak istediği belkide iddia edilebilir ve bu takdirde gayrı menkulün hazineye intikalinin gayrı menkul üzerinde iktisabı zaman aşımının cereyanına mani olmadığı söylenebilir (2). Diğer taraftan hazinenin yani Devletin 530 uncu maddede tasrih edilen bazı unsurların mevcudiyeti halinde gaibin mallarının kendisine intikalın talep selâhiyeti de vardır.

639/II in hükümleriyle işgal hakkındaki MK 635/I arasında da bu bakımdan bir tenakuz yok mudur? İlk nazarda 635/I de de 639/II deki gibi bir durumun bahse konu olduğu zehabını verir; çünkü 635/I ancak tapu siciline nazaran sahipsiz bir şey haline geldiği anlaşılan bir gayrı iktisap edileceğinden bahseder. 639/II de öngörülen vaziyetlerde de gayrı menkulün işgal yoluyla mülkiyetinin iktisap edeceğinden bahseder. 639/II de öngörülen vaziyetlerde de gayrı menkulün sahipsiz olduğu söylenemez mi? Kanaatımızca hayır, fiilen olmasa bile gayrı menkulün hiç olmazsa hukuken bir sahibi mevcuttur, gaibin kendisi bir müddet sonra çıkıp gelebileceği gibi M K 258 vd. de sayılan kimselerin de onun malları üzerinde hakları vardır

Ölmüş olan malikin mirasçıları meydana çıkabilir; bunlar haberleri olmasa bile ölümle beraber kanundan ötürü murislerinin bütün haklarına halef olmuşlardır. Binaenaleyh bu kabil gayrı menkuller hukuken sahipsiz sayılmazlar. Bu sebebledir ki kanun hiç olmazsa hukuken mevcut telâkki eylediği maliklerin haklarını korumak maksadıyla mülkiyetin zaman aşımı yoluyla ancak muayyen bir müddetin geçmesinden sonra iktisap edilebileceğini kabul eder.

Halbuki işgal suretiyle mülkiyetin iktisabı için tapu sicilinden gayrı menkulün kat'i bir suretle fiilen ve hukuken sahipsiz bir hale geldiği anlaşılmalıdır. Yani malikin sarîh olarak mülkiyet hakkından vazgeçmiş olduğu belirmelidir ki bu da ancak onun sicilden ismini sildirmiş olmasıyla tahakkuk eder. Yani menkullerdeki derelictioya (terke) müşabih bir vaziyet meydana gelmiş olmalıdır.

Tatbıkatta malikin kendi rızasıyla mülkiyet hakkından feragatine bir misal bulmak zordur, çünkü tapudan ismini terkin ettireceğine bu gayrı

(2): Bu hususta bak. İ. Gülümser: Sos, Hukuk 1950 sa. 25, s. 45

menkulü satmak veya hibe etmek pek alâ elindedir. Zaten umumiyetele buna pek nazârî olan şöyle bir misal zikredilir : Çok verimsiz buna mukabil vergileri çok ağır olan bir gayrı menkulü sahibinin sırf bu ağır mükellefyetlerden kurtulmak kasdiyle tapudan terkin ettirmesi. (3).

b — : Bizi asıl ilgilendiren hüküm 639 uncu maddenin birinci fıkrasındadır : «Tapu siciline mukayyet olmayan bir gayrı menkulü nizasız ve fasılasız 20 sene müddetle malik sıfatıyla yedinde bulundurmuş olan kimse o gayrı menkulün kendi mülkü olmak üzere tescili talebinde bulunabilir.

Tescil hakimın hükmüyle olur.»

Böyle bir talep üzerine verilecek karardan iki hukuku netice meydana gelir :

Bir kere bu kararla gayrı menkulün tapuya kaydı sağlanacak diğer taraftan da bu gayrı menkulü 20 seneden beri uhdesinde bulundurmuş olan şahıs tapu kütüğüne malik olarak tescil edilecektir. Tatbikatta bilhassa bizim memleketimizde 639/I fevkalâde zaman aşımının en fazla uygulanan şeklidir (4).

§ II — : Fevkalâde zaman aşımı ve MK 635/II de mevzuu bahis olan işgal :

MK 635/II de «müseccel olmayan bir arazinin» işgal suretiyle mülkiyetinin iktisabından bahsetmekte ve böyle bir gayrı menkulün işgalinin sahipsiz şeyler hakkındaki hükümlere yani M K 641 e tabi olduğunu öngörmektedir. Acaba bu hükümle M K 639/I deki hükmü nasıl telif etmeli? 641 inci madde sahipsiz şeylerin devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu prensibi vazettikten sonra bunların ihraz ve işgali hakkında hususi hükümler konacağını söyler. (5). Bu hüküm karşısında 639/I lüzumsuz bir hale girer gibi görünür. Hakikaten bu iki maddenin yekdiğeri karşısındaki yerini tayin oldukça güçtür. Mamafi her ikisinin de tatbik alanını tayin hususunda şöyle bir kıstas kabul olunabilir :

1) — : 635/II de bahse konu edilen müseccel olmayan gayrı menkuller hususi mülkiyette mevzuu teşkil etmiyecek mesele, ziraata veya her hangi bir suretle intifaa salih olmaması dolayısıyla zaten M K 912 gereğince tapu siciline kayıt mecburiyetine tabi tutulmamış olan gayrı

(3) : Rossel - Manthe C II, s. 35; Curti C. II s. 328; Fjs. no. 318 s. 9

(4) : Bu hususta ayrıca bak Velidedeoğlu - Esmer s. 294 vd.

(5) : Bu husustaki hükümler hakkında bak. Yuk. giriş c.

menkullerle, (6) arazinin tapu ve kadastro yapılrken kimsenin tasarrufu altında olmaması dolayısıyla tapuya kayıt edilmemiş olan ve zaten de bu sebeple kaydı da lâzım gelmeyen arazi parçalarıdır.

2) — : M K 639 da mevzuubahis edilen ve muayyen bir müddet tasarruftan sonra mülkiyeti iktisap edilebilecek gayrı menkuller ise birincilerden farklıdır. Bunlar hususi mülkiyete konu teşkil edebilen ve zaten sahipli olması dolayısıyla tapuya kaydı lâzım gelirken tapu sicillerinin tesisi sırasında ya sehven kayıt edilmemiş, veyahutta bilhassa memleketimizin Tapu ve Kadatro bakımından arzettiği hususiyetler dolayısıyla bu kütüklerin henüz muntazam bir şekilde tesis edilmemiş olmasından dolayı müseccel olmıyan gayrı menkullerdir (7). Yani tapuya kaydı lâzım gelen ve fakat her nasılsa hataen kaydı unutulmuş bir gayrı menkul mevzuu bahis olmalıdır. Tapu teşkilâtının mükemmel ve muntazam bir surette tesis edilmiş olduğu yerlerde hiç olmazsa nazari bakımdan bu kabil gayrı menkullerin mevcut bulunmaması gerekir. Çünkü bütün sahipli arazi tapu sicilinde bir kimse namına kayıtlıdır, yahutta arazinin kimsenin mülkiyetinde olmaması dolayısıyla tapuda böyle bir kaydı yoktur. Ve o zaman M K 641 inci maddesine göre Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (8) ve dolayısıyla işgal müessesesine mevzuu teşkil eder. Yani medeni kanun hükümlerine göre tapu siciline kaydı lâzım gelmeyen bir gayrı menkulün mülkiyetinin ancak M K 635/II ye göre işgal yoluyla iktisabı mümkündür. Yani medeni kanunun tapu sicilli hakkında hükümlerinin muntazaman bir şekilde tatbik edildiği bir memlekette M K 639/I nci hiç bir uygulama sahası kalmaz. Bunun içinde tabii muntazam tapu sicillerini mükemmel bir surette işlemesi gerekir. Mamafî şunuda itiraf etmek lâzımdır ki kanunda bu iki hükmün yanyana bulunması daimi surette bir itilaf konusu teşkil edecektir. Çünkü memleketimizde sahipsiz gibi görünen araziden büyük bir kısmı fiilen şahısların uhdei tasarrufundadır. Meselâ şöyle bir durumla karşılaşmak her zaman kabildir: A kimsenin zilyetliğinde bulunmayan hali bir arazinin M K 635/II müsteniden mülkiyetini işgal yoluyla iktisap etmiş ve tapuyada üzerine kayıt ve tescilini yaptırmıştır; lâkin bu arazinin mülkiyetini daha evvel fevkalâde zaman aşımıyla iktisap etmiş olduğunu B

(6) : Homberger s. 322; Tuor s. 464.

(7): Velidedeoğlu - Esmer S. 295

(8) : Curti C II s. 328, Homberger ibid, Tuor 647. Göktürk s. 882. Ayrıca I inci Hukuk 21. 2. 1945 tarih ve 7062 tarihli karar : Yarg. Ka. 1946, s. 95. Aynı dairenin 20. 9. 1951 tarih ve 153/3773 tarihli kararı :

iddia ederse ne olacaktır? Biz 639/I müsteniden mülkiyetin kanunî şartların tahakkukuyla beraber iktisap edileceği kanaatında olduğumuzdan B'nin A aleyhine tapu kaydının tashihi ve istihkak davası açabileceği kanaatındayız. Şunu da ilâve etmek lâzımdır ki bugünkü pozitif hukukumuzun hükümleri karşısında M K 635/II'nin tatbik sahası kalmamıştır (9).

Şu halde tapu siciline kaydı zarurî iken her nasılsa bunun yerine getirilmesinden gayrı müseccel kalan bir arazinin fevkalâde zaman aşımıyla iktisabı kabildir. Tapuya kaydedilmemiş gayrı menkullerin esas itibariyle ancak yirmi sene müddetle yedinde bulundurmak suretiyle mülkiyetlerinin iktisap olunacağı hakkındaki hüküm bilhassa memleketimizin fiili duruma da uygun düşer (10). Çünkü bir çok kereler tekrarladığımız gibi «bizde tapu siciline kaydedilmediği için sahipsiz görülen gayrimenkullerden mühim bir kısmı fertlerin tescilsiz ve senetsiz olarak tasarrufu altındadır. Bu itibarlada bir arzun sahipli veya sahipsiz olduğunu tesbit etmek çok güçtür. Hatta bir gayrı menkulün tapuda müseccel olup olmadığını tayin ve tesbit etmek dahi çok defa bir meseledir» (11).

§ III — Fevkalâde zaman aşımının şartları:

I — Tapu siciline kaydı lâzım gelen ve fakat her nasılsa bunun yapılması unutulmuş bir gayrı menkul mevzuu bahis olmalıdır. Yani bu gayrı menkul menafii umuma mahsus, Devlet malı olmamalı ve hususî mülkiyete konu teşkil edebilecek neviden olmalıdır (12).

II — : Gayrı menkulün muayyen bir müddet zarfında bir şahsın yedinde bulunmuş olması lâzımdır.

a — : Medeni kanun bu hususta yirmi senelik bir müddet (13) aranmakta halbuki buna tekabül eden İ M K 662 de bu 30 sene olarak tespit edilmektedir. Kanunun hiç bir gerekçe göstermeksizin aslından yaptığı bu inhiraf 639/I ile diğer bazı maddeler arasındaki ahengi bozarak tatbikata karışıklıklara sebebiyet verebilir. Bu bilhassa miras sebebiyle is-

(9) : Bu hususta daha fazla bilgi için yuk. Giriş c.

(10) : Bu hususta daha fazla bilgi için Yuk. s. Tapulama kanunu hükümleri de bu işgal müessesesinin tatbiki imkânlarına bir başka bakımdan son vermiş ve «bu kanun hükümlerine göre zilyetliği tevsik edilemeyen gayrı menkuller Devlet adına» tesbit ve tescil olunur demiştir. Mad. 15 bend E.

(11) : Velidedeoğlu - Esmer s. 295.

(12) : K. H Kut, Huk ve içt. derg. 1951 sayı 35, s. 3; I. hukuk 4.10.1940 750/2161, tem, Ke: 1939 - 40, s. 159

(13) : I inci Hukuk 4. 2. 1946 tarih ve 7132 sayılı karar, Tepeci s. 68

istihkak davasında kendini gösterir. Bu dava MK 579 gereğince suiniyet sahibi zilyede karşı ancak otuz senede zaman aşımına uğrar ve 778 mucibince de miras sebebiyle istihkak davasında «hasım iktisabı zaman aşımı definde bulunamaz». İsviçre'de bu iki madde yekdiğerine uygun olarak her iki vaziyette de otuz senelik bir zaman aşımı müddeti kabul ettiğinden MK 578 (İMK 599) inci maddenin sadece menkuller hakkında uygulanacağı ileri sürülür (14). Acaba hukukumuz bakımından da aynı hal tarzı müdafaa edilebilir mi? Kanaatımızca hayır (15). Çünkü 578 inci maddedeki bu hükmü koymakla İsviçre kanun vazı mümkün olduğu nisbette hakiki mirasçı durumunda olanı himaye etmek istemiş ve buna muvazı olarakta gayrı menkuller hakkındaki otuz senelik bir iktisap zaman aşımı müddeti kabul etmiştir. Türk kanun koyucusu da 579 uncu maddeyi aynen iktisap etmekle bunu benimsemiş, lâkin hiç bir sebep olmadan ve gerekçede göstermeden 639/I deki müddeti lüzumsuz yere ve memleketimizin fiili durumunu da nazara almadan yirmi seneye indirmiştir. Miras sebebiyle istihkak davasında gayrı menkuller hakkında iktisap zaman aşımı definde bulunacağının kabulü kanunun hakiki mirasçıyı himaye hususundaki gayesini ihlâl eder. Zaten 578 inci madde menkul ile gayrimenkul arasında hiç bir fark gözetmeksizin «iktisap zaman aşımından» bahseder. Kanun maddeleri tefsir edilirken kanunun tatbik edileceği çevrede menfaat ihtilâflarını daima göz önünde tutmak gerekir. 578 inci maddenin bu hükmünü sadece menkullere tatbik etmek kanaatımızca hiç bir sebep yok iken hüsnüniyetli mirasçı lehine kanunun tesis etmek istediği menfaatlar muvazenesini ihlâl etmek olur (16). Hele temyiz mahkemesinin 639 uncu maddesinin tatbikinde ilanın şart olmadığı hakkındaki içtihatları birleştirme kararından sonra (17) iktisabı zaman aşımı itirazında bulunacağının kabulü gerek kanuna gerekse menfaatlar muvazenesine tamamiyle muhalif düşer.

b — : Zaman aşımından istifade hakkını haiz olan zilyet; zilyetliğini haklı bir sebebe müsteniden ahardan devr almışsa evvelki zilyetlerin, zilyetlik sürelerinde kendisinkine ilâve etmek hakkını haizdir. Medenî kanunun mer'iyetinden evvel işlemiş olan zilyetlikte mer'iyet kanununun 20 inci maddesindeki şartlar dahilinde zilyetlik süresinin hesabında nazara alı-

(14): FjS No. 783, s. 3

(15): Aksi görüş A. Refik Gür, Ad. derg 1947 s. 270,

(16): 27. 4. 1947 tarih ve 7/12 sayılı İç. BK. dan da böyle bir mana çıkabilir. Rg. 7264. Yüksek mahkeme bu kariyle «mirasçılık hususunda aralarında bir ihtilâf bulunmayan mirasçılardan yekdiğeri aleyhine açacakları «adi istihkak davalarında iktisap zaman aşımı definde bulunulabileceğine» karar vermiştir.

(17): 1. 12. 1948 tarih ve 2/8 sayılı İç. BK Rg no. 7177

III — : Yirmi senelik süre zarfında gayrı menkulü malik sıfatıyla elde bulundurmak :

Kanunun bu ifadesi yerinde değildir. Mülkiyet hakkı ancak yirmi senenin sonunda tahakkuk edecektir. Gayrı menkulü bu yirmi senelik süre içinde elinde bulunduran henüz mülkiyet hakkını iktisap etmiş değildir ki «malik sıfatını» haiz olsun. Mevaz kanununun fransızca metninde bu maddeye tekabül eden 662/I daha doğru olarak «malik gibi» elde bulundurmak tan bahseder. Bundan maksat gayrı menkulü yedinde bulunduranın şeyin mülkiyetini iktisap etmek kast ve gayesiyle hareket etmesi, şeyi kendi nam ve hesabına ve kendisi için elinde bulundurmasıdır. Bir kelime ile doğrudan doğruya şey üzerinde her hangi başka bir şahsın fiili hakimiyet ve kudretine istinat etmeksizin şeyi aslı zilyet sıfatıyla malik olmak kasdiyle malik gibi elinde tutmasıdır. Bu zilyetlik icar iare gibi bir gayrı menkulün sadece kullanılmasını temin eden ve onu kullanana fer'i zilyetlik bahşeden bir akte müstenit de olmamalıdır (18). Bu zilyetliğin, adi zaman aşımıyla iktisabın hilafına olarak eyi veya kötü niyetli olmanın bir ehemmiyeti yoktur.

IV -- : Bu elde bulundurma keyfiyeti bütün zilyetliğin devamı müddetince «nizasız ve fasılasız» bir şekilde devam etmiş olmalıdır.

a — : Yirmi senelik zilyetlik nisasız devam etmelidir (19). Nizasız mefhumuyla kanun koyucu ne söylemek istemiştir? Acaba niza sade taraflar arasında teknik manada bir davanın zuhuru haline mi münhasır olmalıdır, yoksa zilyede ihtarname, protesto göndermek veya zilyet aleyhine zilyetliğin idarî yolda himayesini talep etmek bu mefhumda dahil midir. Bu hususlar doktrin ve tatbikatta münakaşalıdır.

I — : Bir kere zilyede sadece bir protesto ihtarname göndermek niza olarak kabul edilmemelidir. Böyle vaziyetlerde taraflar hakiki manasiyle ihtilaf haline düşmüşlerdir denemez (20). Kimse kendi kendisine hak elde edemez prensibi bunu âmiridir. Aksini kabul lüzumsuz yere ihtilâfların armasını mucip olur ve bilhassa zaman aşımı makânizmasını te-sirsiz hale sokar.

Mamafi doktrinde aksi kanaati müdafaa edenler de vardır. Prof. Belgesay «nizalı bir araziye tasarruf edenler arazi fiilen dava konusu olmamış olsa bile zaman aşımı ile onu iktisap edemezler. Ancak son niza tarihinden

(18) : Bu hususta daha fazla izahat için bak aş.

(19) : M. R. Belgesay İst. Hukuk. Fak. Mec. 1951 sayı 3-4 s. 917

(20) : A. Önder Ad. der. 1948 s. 1951

itibaren zaman aşımı müddeti geçmekle iktisap edebilirler» demek (21) ve bu hususta bir de Yargıtay kararı zikretmekte isede bu kararın bu mesele ile ilgisinin ne olduğunu biz anlayamadık. Çünkü kararda «evvelce taraflar arasında geçen dava tarihinin tesbit edilerek iktisabı müruru zamanın mevcut olup olmadığına bakılmaksızın davanın reddi yolsuz» olduğundan bahsedilmektedir (22).

2 — : Gayrı menkulle vaki tecavüzlerin idarî yoldan önlenmesine müteallik idarî kararlar da zaman aşımıyla iktisaba mani anlamda bir niza telâkki edilebilir mi? Bu kararlar doğrudan doğruya cemiyet içindeki sükun ve asayişin idame ve temine matuf kararlardır. Binaenaleyh haklı ve haksız tefriki yapılmadan münhasıran fiili durumun iadesi için verilirler. bu sebeplede idarî makama müracaat niza mefhumu dahilolamaz. Çünkü nizanın gerçek haklı olan bir kimse tarafından ihdas edilmiş olması lâzımdır. İş mahkeme marifetiyle hal edilmiş olmadıkça gerçekten hak sahibinin kim olduğu anlaşılamaz. Bu sebeplede ortada hakiki manasiyle bir niza mevcut değildir diye bir mülahaza belkide ileri sürülebilir. 5917 sayılı (23) kanun idarî bir kararla tevavüzü defedilen zilyede bu karara rağmen mahkemeye müracaatla hakiki zilyet olduğunu ispat selâhiyetini bahşetmiştir. Onun bu hakkını kullanmaması karşı tarafın nizasını kabul etmiş gibi telâkki edilmesine bir delil olarak ileri sürülebilir ve böyle bir idarî kararın mevcudiyeti zilyetliğin nizasız olarak devam etmesi hakkındaki kanun hükmüne muhalif olur (24). Ancak zilyet bu karardan sonra tekrardan aynı yeri yirmi sene MK 639/I deki şartlar dahilinde işgal etmekle yeniden bir zaman aşımının cereyanını temin edebilir.

3 — : Şu halde niza ancak hakiki hak sahibi olanlar tarafından zilyet aleyhine bir dava açılmış olmasıyla tahaddüs eder (26), yalnız muvaffakiyet ile neticelenmiş bir dava fevkalâde zaman aşımının hüküm-

(22) : sge s. 917

(23) : İbid

(24) : Gayrı menkule tecavüzün def'i hakkında 16. 4. 1952 tarihli Kanun: Rg. No. 8093

(25) : Aynı manada Yarg. 5 inci Hukuk 31. 12. 1948 tarih ve 480/786 tarihli karar : Fakülteye gönderilen kararlardan ilâmdaki asliye mahkemesi kararından mevzu bahis gayrı menkullere davacının müdahalesinin evvelce idareten menedilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca A. Önder Ad. der. 1948, s. 953

(26) : Temyiz mahkemeside «nizasız tasarruf, davasız tasarruf demek» olduğunu kabul ediyor : 1 inci Hukuk 15. 9. 1945 tarihli 2636 - 3557 No. lu karar Tpeci s. 57; 1 inci Hukuk 18. 12. 1950, Ad. derg. 1951, s. 763.

lerini husule getirmesine bir mani teşkil eder (27), eğer böyle bir niza mevcut değilse mütemadi bir zilyetliğin vücudu kabul olunur (28).

Bütün bu söylediklerimizden zaman aşımının durmasının ve kesilmesinde kabil olduğu neticesi çıkar. Hakikaten medenî kanun da bunu MK 640 öngörmüş ve bu hususlarda borçlar kanununun zaman aşımı hakkındaki hükümlerinin uygulanacağını söylemiştir. Yani işlemekte olan zaman aşımı BK 132 133 de gösterilen hallerden birinin mevcudiyeti halinde durur veya kesilir. BK 133 de gösterilen sebeplerden birinin zaman aşımını kesebilmesi için madde de sayılan kanunî yollara hakikaten gerçek haklı olan tarafından müracaat edilmiş (29) ve neticede muvaffakiyetle elde edilmiş olmalıdır (30). Yani zilyet aleyhine açılmış olan mesele men'i müdahale davası muddei lehine neticelenmelidir. Aksi halde sonradan bu sebeple zaman aşımının kesilmiş olduğu ileri sürülemeyeceği gibi böyle bir dava esnasında zaten zaman aşımı da zilyet lehine işlemekte devam eder (31). Yani davanın reddi ile beraber zaman aşımı hiç kesilmemiş ve dava tarihinden beri zilyet lehine işlemekte devam eylemiş telâkki olunur.

Burada şunu da belirtmek icap eder. Zaman aşımının gerek durması ve gerek kesilmesi hakkındaki hükümleri tanzim eden BK 132 ve 133 bilhassa olacak haklarına müteallik talep haklarını düzenlemek gayesiyle vaz edilmiştir. Bu sebeplede bu maddelerde sayılan hallerden bir çoğu iktisap zaman aşımının mahiyetine uygun düşmez, ve onun hakkında tatbik edilemez. Mesele kanaatımızca zaman aşımını durduran sebeplerden BK 132 no 4, 5, 6 bu meyanda olduğu gibi onun kesilmesine mütedair olan BK 13 no I ikrardan gayrı olan hususlarda böyle olmak lâzım gelir.

b — : Yirmi senelik zilyetlik fasılasız ve sürekli şekilde devam etmiş olmalıdır:

Zilyet, bu süre içinde gayrı menkulü terk veya ahara devri temlik ederse (32) müruru zamanla gayrı menkulü iktisap edemez. Fakat zilyet-

(27): Wiland C I. S. 146, 144; Curti C II s. 332; Gücün C I s. 709; Haab c 3 s. 276 vd.

(28): Wiland ibid.

(29): Haab c 3, No. 12 s. 276

(30): Bu hususta V. Tuhr C II s. 618

(31): Arzebük Borçlar 1950 s. 922, ayrıca Ppert - Planiol, Traité 1952 s. 728 vd

(32): I inci Hukuk 7. X. 1950 tarih ve 3335/3241 sayılı karar Ad. derg. 1951 s. 935.

liğin muvakkaten ziyayı böyle bir netice doğurmaz. Meselâ zilyetliğin bir gasp ve tecavüz neticesi olarak inkıtai halinde, zilyetin MK 894 vd. ile kendisine bahşedilen müdafaa vasıtalarına müracaat ile zilyetliği tekrar elde ederse kanunun aradığı fasılasız işgal mevcuttur (33).

Zilyedin elinde bulundurduğu gayrı menkulü kiraya vermesi veya bir başkasına iare etmesi de aynı neticeyi doğurur.

Fakat şey üzerindeki tasarruf imkânlarının gerek fiilen (34) gerekse hukukan (35) tamamen bertaraf olmasıyla kanunun aradığı fasılasız devam şartı ihlal edilmiş olur. Meselâ bir gasp ve tecavüz karşısında zilyet MK 897 de gösterilen müddetler zarfında harekete geçmediği veya idari yollardan tecavüzü defettirmedeği hallerde vaziyet böyledir (36). Yani o zamana kadar işlemiş olan zaman aşımına itibar olunmaz, ancak zilyet şeyi tekrardan her hangi bir suretle eline geçirebildiği takdirde bu andan itibaren kendi lehine yeni bir zaman aşımı cereyana başlar.

V — : Kanunun aradığı şartlar dahilinde bir gayrı menkulü yirmi sene süre ile yedinde bulundurmamak bu süre sonunda ilgiliye doğrudan doğruya tapu memuruna müracaatla o gayrı menkulu tapuya kayıt ettirmek selâhiyetini vermez. Bu hususta hakimın bir kararına lüzum vardır MK 639/III. İşte zaman aşımı müddetince tasarruf sebebiyle bir gayrı menkulün tapuya kaydı ile mülkiyet hakkının tescili için hakimden karar istenmesine tescil davası denmektedir (37 - 38). Hakim bu talebin müruru zaman yoluyla iktisap için kanunda öngörülen şartlara uygun olup olmadığının inceler ve tescil kararını ondan sonra verir.

(33) : Bu görüşü teyyit eder mahiyette 5 inci Hukuk 5.10.1950 tarih ve 3215/3203 tarihli karar : Ad. Derg. 1951 s. 451.

(34) : 1 inci Hukuk 6. 11. 1944 tarih ve 5584/3411 sayılı karar Tepeci s. 62

(35) : 5 inci Hukuk 30. 11. 1950 tarih ve 4846/4248 tarihli karar : Belgesaydan İst. Huk. Fak. 1951. Sayı 3 - 4, s. 918. Mahkeme hadisede tescili istenen gayrı menkulün davacı tarafından başkasına satıldığını ve başkasının tasarrufu altında bulunduğunu kabul ederek tescil talebini reddetmişti.

(36) : Bu manada Yargıtay K. 5/100 - 62/101 sayılı ve 19. 12. 1951 tarihli karar Ad. Derg. 1952 s. 692, ayrıca 1 inci Hukuk 11. 12. 1950 tarih ve 3059/4778 sayılı karar Ad. Derg. 1951 s. 762; 5 inci Hukuk 5. X. 1950 tarih 3215/3203 sayılı karar Ad. Derg. 1951 s. 451 : hadisede davacı «iki tarlaya davalının fiizulen müdahale ettiğinden bahisle müdahalenin önlenmesini istemişti». Mahkeme dava konusu yerin tapuca kayıtlı olmayıp on seneden fazla bir zamandan beri davalının zilyetliğinde bulunduğundan bahisle davayı ret etmiş ve kararda «..... davacının iddia eylediği zilyetliğin inkıtai uğradığından» bahisle tasdik edilmmişti; ayrıca Planiol - Pipert, sge S. 726.

(37) : Belgesay : İst. Huk. Fak. 1951, sayı 3 - 4 s. 910

(38) : Bu davanın mahiyeti hakkında bakın 1. 12. 1948 tarihli ve 2/8-9 sayılı İç Bk Rg. No. 7/77; Ş. Ansay : Ank. Huk. Fak. Derg. 1949 C VI; s. 423 vd.

a — : Tescil talebi üzerine hakimın ne şekilde karar vereceğini İM K 662/III gayet etraflı ve bu müessesenin mahiyetine uygun bir şekilde tanzim eder. Ne yazıkki bunlar her halde bir zuhul eseri olarak kanunumuza alınmamıştır. 639/III sadece «tescil ancak hakimın hükmüyle» olur demekle iktifa etmiştir. Halbuki İMK 662/III (39) Hakimın evvelâ resmen bir ilân yaptıracağını ve bu ilân neticesinde hiç bir itiraz yapılmadığı veya yapılan itiraz reddedildiği takdirde karar vereceğini öngörür. Bu menfaatler vaziyetine çok uygun düşen bir hükümdür, çünkü bu vaziyetlerde ekseri alâkahılar evvelden bilinmediği gibi bunları tahrik için ilân zarureti vardır. Nitekim İsviçre kanun vazı ilânı hakiki hak sahibinin mümkün olduğu nispette hukukunun ziyanına meydan vermemek ve sonradan boş yere yeni ihtilaf konularının ve davaların meydana çıkmasını önlemek maksadıyla koymuştur. Memleketimizdeki gayrı menkullerin durumu tapu kayıtların karışıklığı ve ekseri sahipli gayrı menkullerin tapuya mukayyet olmaması karşısında böyle bir ilân zarureti ne kadar muhtaç olduğumuz meydandadır. Kanunda bunun aksini emreden bir hükümde yoktur. Netekim ekseri hakimler haklı olarak böyle bir ilâna baş vuruyordu. Temyiz mahkemesi I inci hukuk dairesi de ekseriye ilânın yapılmamış olmasını bir bozma sebebi telâkki ediyordu. Doktrinin kanaati da bu merkez de olduğu gibi adliye Bakanlığında bu fikrî terviç eden bir mütaleası vardı (40).

Fakat yeni bir içtihatları birleştirme kararıyla Yargıtay memleketimizin realitelerine muhalif düşecek bir şekilde «ilân yapılmasının davanın bir şartı olmadığı» (41) kabul etti. Yargıtay bu kararıyla daha eski bir içtihatların birleştirme kararıyla benimsemiş olduğu modern tefsir görüşüne muhalefet etmiş olduğu gibi «kendi maddelerimizi yorumlarken asıl metne de müracaat lâzım geldiği hakkındaki» sözü geçen kararının hilâfına bir yol tutmuştur (42).

(39) : Bu fıkranın tercümesi şöyledir «Bununla beraber tescil; ancak resmen vaki olan bir ilân ile tâyin edilecek müddet içinde hiç bir itiraz vaki olmadığı yahut vaki itiraz reddedildiği takdirde hakimın emriyle yapılan» Karafakı terc. Wiland C. I s. 145.

(40) — : S. Ş. Ansay, Ank. Huk. Fak. Derg. 1949 C VI S. 427, Göktürk s. 883 Velidedeoğlu - Esmer s. 166; Belgesay: aynı haklar s. 66 F. Hulusi; Huk. bilg. s. 1446. 1927 tarihli mütalea, Tepeci s. 69

(41) — : 1.12.1948 tarihli ve 2/8, 9 sayılı İç BK. Rg No 7177. Bu kararın çok yerinde ve güzel bir tenkidi için Prof. S. Ş. Ansay: sge. s. 433 vd. bilhassa 427; ayrıca; Yarg. GK: 10/11/1951 tarih ve 1/235 - 120/97 sayılı karar ad. der. 1951 s. 760

(42) : Mevzuu bahis karar 28.11.1945 ve 15 tarih ve 15 sayılı İç BK dır: İç. Bk. 1930 - 47 s. 224 vd.

b — : Hakim, gayri menkulün tapuya kaydıyla mülkiyetinin zilyet namına tesciline ancak zilyedin talebi üzerine karar verebilir. Zilyedin böyle bir talepte bulunmak için hakime vaki müracaatında bir hasım göstermesi gerekli midir? Kanunda bu hususta sarahat yoktur (43), fevkalâde zaman aşımı müessesesinin hukukî mahiyeti düşünülürse buna lüzum olmadığı anlaşılr (44). Çünkü bu müessese ekseri hallerde sahipsiz olan veyahutta sahibinin kim olduğu tapu sicilinden anlaşılamıyan gayri menkuller hakkında uygulanır. Binaenaleyh hasım olarak gösterilecek kimse zilyedin meçhulüdür. Buna rağmen bu kabil arazinin devletin hüküm ve tasarrufu altında olması veya tevarus gibi bir sebepten dolayı tescilsiz olarak devletin hususi mülkiyetinedahil olmasında kabildir. Temyiz Mahkemesi belkide bu sebeplerle olacak uzun zamanlar tescil davalarında tapu idarsi veya onu temsilen hazinenin hasım olarak gösterilmesini arıyor ve bunu bir bozma sebebi yapıyordu (45) 1948 tarihli bu mevzudaki son içtihatları birleştirme kararıyla artık bu görüşünü terk etti Zaten hele İsviçre'deki gibi alâkadarlara bir ilân yapılacağı ve onlar tarafından bu kayıt ve tescil talebine itiraz edilebileceği yüksek mahkemenin içtihatı hilâfına kabul edilirse bu davada bir hasım göstermek mecburiyetine lüzum olmadığı kendiliğinden anlaşılabılır. Ancak bir itiraz vaki olduğu zaman taraf teşkil olunarak bu itiraz hal ve fasolunur ve itirazın reddi halinde gayri menkulün mülkiyetinin müddei üzerine tesciline karar verilir. Eğer hiç bir itiraz vaki olmamışsa hakim kanunun şartlarının mevcudiyeti halinde yine tescile müsade eder.

C — : Bu kararın üçüncü şahıslara tesiri:

Ekseri Mahkeme kararlarında da olduğu gibi bu husustaki kararın esas itibariyle nispi bir kesin hüküm mahiyeti vardır. Üçüncü şahıslara karşı bir tesiri yoktur. Tescil taleplerinde hasımı gösterilmesi mecburiyeti de olmadığı kabul edildikten sonra bu tescil kararının üçüncü şahıslara kabili dermeyan olmadığı daha kolaylıkla meydana çıkar. Bu, bilhassa bizim hukukumuz bakımından doğrudur. Çünkü İsviçre maddesinde ön-

(43): İsviçre'de Mahkeme usulünün kanton hukukuyla tayin edileceği kabul olunur Curti C. II s. 334;

(44): Aynı manada F. Hulusi Huk. Bilg. s. 1446, Wiland aksi bir kanaata olduğu zehabını vermektedir, çünkü davanın «tapu sicili muhafızı yani katon aleyhine» açılacağını söyler.

(45): H U H 8/1/1931 tarih ve 21 sayılı karar Tem. K: 1930 s. 10; I. Hukuk 28.1.1930 tarih ve 545 sayılı karar sge s. 425; 3 üncü Hukuk 16.5.1939 tarih ve 5217/4399 sayılı karar: Tepeci s. 63 Mamafih buna muhalif olan münferit bazı kararları da vardır: HUH 6.2.1935 tarih ve 87/8 sayılı karar Tepeci s. 66 1.12.1948 tarih ve 2/8-9 sayılı karar.

görülen ilânla bütün alakadarlar vaziyetten haberdar edilmekte ve onlara haklarını aramak için bir müddet verilmektedir. Halbuki Türkiyede yargıtayın son içtihatları birleştirme kararı ile ilgilileri vaziyetten haberdar etmek imkanı artık kalmadığından verilen tescil kararının bu sebeplede onlara karşı bir hükmü olmadığının kabulü icap eder. Binaenaleyh bu talepten hakkı haleldar olan ve hakiki hak sahibi olduğunu iddia eden kimse her an bu karara müsteniden yapılan tescilin tasihi davasını ikame edebilir (46) Eğer daha tescil yapılmamışsa öyle zannediyoruzki elinde böyle bir ilâm mevcut olan aleyhine men'i müdahale ve hatta istihkak davası da ikame edilebilir.

§ IV — : Fevkalâde zaman aşımının hükümleri

I — : Fevkalâde zaman aşımında mülkiyet hangi anda iktisap edilir :

Medeni kanunda prensip mülkiyetin tescil anında doğmasıdır. Bununla beraber MK 633 de sayılan bazı iktisap sebeplerinde mülkiyet hakkı tescilden evvel dahi kazanılır. Acaba fevkalâde zaman aşımıyla mülkiyetin iktisabı meselesi de umumi prensibe göre mi halledilmeli yoksa istisnalar meyanına mı dahil olmalıdır? Bu husustaki görüşler muhteliftir:

a — : Yargıtayın da bazı kararlarıyla benimser görüldüğü bir fikre göre «gayrı menkule tescilden evvel dahi malik olmak halleri MK 633 üncü madde beyan edilmiş ve bunların haricinde bir gayrı menkulü iktisap eden kimsenin tescilden evvel ona malikiyeti» (47) mümkün değildir. Prof. Belgesay da bu mütaaladadır (48).

b — : Ekseriyetin katılmış olduğu diğer bir noktai nazara göre «mülkiyetin iktisabı hüküm anında tekemmül» eder (49). Yani bu kanaatta olanlar MK 633 daki mahkeme kararıyle mülkiyetin iktisap edileceği hak-

(46): Aynı manada 5 inci Hukuk 2.3.1950 tarihli karar ve Belgesay. Belgesaydan İst. Huk. Fak. Mec. 1951, Sayı 3-4 s. 914; aynı haklar s. 69

(47): 1 inci Hukuk 26.1.1940 tarih ve 1627 - 164 sayılı karar Tepeci s. 44; 28.2.1945 tarih ve 5 sayılı bir İç BK gerekçesinde de aynı görüş ve bu sefer MK 639/I hakkında açık olarak tekrarlanmıştır: İç BK 1930 - 47 s. 194 ve bilhassa 197, Mamafi Yargıtay daha yeni bir kararında bu kararından dönmüştür: 5 inci hukuk 20.11.1950 ve 3856/4382 sayılı karar: Belgesaydan İst. Huk. Fak. Mec. 1950 sayı 3-4 s. 911

(48): Belgesay aynı haklar s. 65. İst. Huk. Fak. Mec. 1951, sayı 3-4, s. 910; Curti C II s. 333

(49): Wiland C I s. 147; Tuor s. 467; Göktürk aynı haklar s. 883, E. Huber gerekçedeki mütaalelerinden da kendisinin bu görüşte olduğu anlaşılıyor: exposé de molif: c III. S. 65

kındaki nükmü fevkalâde zaman aşımı yoluyla da iktisaba teşmil etmiş oluyorlar. Demekki kanunî şerait dairesinde bir gayrı menkulü elinde bulundurmak yirminci sene sonunda «zilyede mülkiyetin tanınmasını ve mülkiyetin tapu siciline tescilini istemeye hak kazandırır» (50) ve mülkiyet hakkı ancak hakimın 639/III deki kararından sonra doğar. Yani hakimın bu husustaki kararları yenilik doğuran (inşai - constitutif) bir mahiyeti haizdir, mülkiyet hakkı ancak bu kararla tesis edilir.

c — : Kanaatımızca bu iki görüşte iktisap zaman aşımının mahiyetine uygun değildir. Müessesenin karakterinden de anlaşılacağı üzere kanun istisnai bazı hallerde muayyen şartların tahakkukuyla beraber gayrı menkulün mülkiyetinin iktisap edilmiş olduğunu öngörür. Yani bu şartların tahakkukuyla beraber tabir caiz ise tıpkı işgal müessesesinde de olduğu gibi mülkiyet kanunundan ötürü iktisap edilmiş olur. Haab'da «müddetin hitamıyla mülkiyet iktisap edilmiş olur ilân ve sair merasim bir formaliteden ibarettir. mahkeme kararı tescilde bir hukukî sebep olarak tapuya ibraz edilir» (51) demektedir. Federal mahkemenin (52) ve

(50): Wiland C I. s. 146

(51): C 3 No. 20 s. 280

(52): Jdt 1924 s. 460 ve bilhassa 461: Hadisede Aeshineen gölünün mülkiyeti bahse konu idi. Bu gölün bulunduğu Kandersteg kadaströ kayıtları ayıklanırken (épuratıon du catestre) bu gölün mülkiyeti davada müddealeyh mevkiinde bulunan üç tüzel kişı namına tescil edilmişti: bunlar gölün civarını hatırlanamıyacak kadar uzun bir zamandan beri ellerinde bulunduyorlardı. Ayıklanmış kanton tapu sicili 1.8.1912 de federal tapu sicilide 1.8.1922 de Kandersteg kantonunda mer'iyete girdiler. Federal sicildeki gölün mülkiyeti hakkındaki kayıt kanton siciline uygundur. Bern Devleti bu tescilin hilâfına olarak bu göl üzerindeki mülkiyet hakkını 1400 senesinde satın almış olduğunu beyan ederek mülkiyetin kendisine ait olduğunu iddia etti ve 3.7.1922 de FMK 961/I c müsteniden buranın mülkiyetinin kendi üzerine muvakkat bir tescilini yaptırtarak kendi mülkiyet hakkının tanınması hakkında mahkemeye müracaat etti ve davayı kazandı. Muddealeyhler mahkemede 10 senelik adi zaman aşımına istinat etmişlerdi. FMK kararında şöyle diyordu: Zaman aşımı meselesi menfi şekilde hal edilmelidir. Çünkü müddealeyhlerin tapuya tescillerinin mer'iyete girdiği 1.8.1912 ile muhtemelen işlemekte olan zaman aşımına geçen 3.7.1922 tarihli mahkeme kararı arasında 10 senelik bir müddet geçmemiştir... Bu husustaki kanun hükümlerinin mana ve gayesinden on senelik sürenin tescilden itibaren devam etmesi aranmalıdır.

..... Hadisede de olduğu gibi istisnaen evvelki malikin tapu siciline tescil edilmemiş olması halinde onun ileri süreceği itiraz hakikatte iktisap zaman aşımının zilyetlik anından cereyana başlamıyacağı hususu değil fakat bu zaman aşımının sicile müstenit olmadığı keyfiyettir; ve bu mülkiyetin otuz senelik bir sürenin geçmesiyle iktisabına müncer olur. Bu suretle iktisap ancak hakiki malikin tescil davası (procedure d'oppositim) sırasında mahkemeye kendini bidirmemesiyle kabildir...».

yargıtay beşinci Hukuk dairesinin (53) bu görüşü benimser mahiyette kararları da vardır. Fevkalâde zaman aşımı bir bakıma işgal mahiyetini haizdir. Onda kanun tarafından hususî bir surette tanzim edilmiş bazı kayıt ve şartlarla tabi adeta mefsuf mahiyetli bir işgal karakteri görülebilir. Bu mahiyetiyle o; MK 633 deki işgal mefhumu içine girebilir. Şu halde mülkiyet gerek hakimın tescil kararından ve gerekse tapu siciline gayrı menkulün kayıt ve tescilinden evvel iktisap edilir (54). Hakim kararında sadece bunu tesbitle iktifa eder, yani kararın bildirici (izharî - declaratif) bir mahiyeti vardır (55).

Tescil kararının yenilik doğuran veya bildirici bir mahiyeti haiz olup olmaması şu bakımdan mühimdir. Eğer hüküm sadece evvelden mevcut bir mülkiyet hakkını tesbit ediyorsa tescil tarihi, bu hakkın teşekkül ettiği tarihtir, eğer hüküm yeni bir mülkiyet hakkı tesis ediyorsa bu hak tapu kütüğüne hükmün kabili icra olduğu tarih ile tescil olunur» (56). Bundan çıkan diğer mühim bir neticede şudur ki kanunî şartların tahakkukuyla beraber mülkiyeti iktisap eden kimse tescil kararının yokluğuna ve tescilin henüz yapılmamış olmasına rağmen malik durumunu iktisap eder. Ve bu sıfatla da kendisine karşı yönelecek istihkak iddialarına iktisap zaman aşımı def'inde bulunabileceği gibi teknik manada istihkak davası da ikame edebilir.

Burada karşımıza yine ihtilâf konusu teşkil edebilecek bir mesele çıkar. Acaba fevkalâde zaman aşımıyla mülkiyet hakkını iktisap den MK 633 de öngörüldüğü gibi tescilden evvel temliki tasarruflarda bulunamaz mı? Kanaatımızca, bu gayrı menkul üzerinde mahdut ayni haklar tesis etmek suretiyle temliki tasarruflarda bulunmasına imkân yoktur. Çünkü yukarlarda da söylediğimiz gibi bu haklar ancak tapuya kayıtlı gayrı menkuller üzerinde kurulabilir (57). Bundan mantıken ayni haklar içinde en kuvvetli ve onların en esaslarından birini teşkil eden mülkiyet hakkı içinde ayni neticeye varmak gerekirdi. Lâkin ne yazıkki sosyal ihtiyaçlar ile mantığın çok kere beraber yürümesi kabil olmuyor. Her ne kadar kanun mümkün olduğu nisbette kendi kurduğu sistem ve mantıkla ahenk halinde

(53): 20.11.1950 tarih ve 3856/4386 sayılı karar Belgesay İst. Huk. Fak. Mec. 1951 sayı 3-4 s. 911; aynı dairenin 25.3.1948 tarih ve 334/786 sayılı kararı Ad. derg. 1948 s. 1176

(54): FJS no 318, s. 8 vd; Homberger s. 326; Velidedeoğlu - Esinerin s. 166 daki ifadelerinden de böyle bir mana çıkabilir.

(55): FJS No. 318 S. 10

(56): Wiland c I s. 119

(57): Yuk : giriş

kalmalı ise de her şeyden evvel tatbik edildiği muhitteki ihtiyaçları ve menfaat ihtilâflarını o muhitin icaplarına ve sosyal ve ferdi menfaatlara uygun olarak tanzim etmek zorundadır. İşte bu mülâhazalarla olacaktır ki kanun vazı tescil prensibinin bütün neticelerine sadık kalmamıştır; ve işte yine bu sebeplerledir ki bilhassa gayrı menkuller mevzuunda medenî kanunda adeta iki nevi mülkiyetin mevcudiyeti kanunda sarahatan olmasa bile zımnen kabul edilmiştir denebilir MK 905. Tapuya kayıtlı gayrı menkuller üzerindeki mülkiyet hakkı tapıya kayıtlı olmayan gayrı menkuller üzerindeki mülkiyet hakkı. Bu iki nev'i mülkiyet arasında tabi oldukları hükümler bakımından da az çok fark vardır: Meselâ tapuya kayıtlı olmayan gayrı menkullerde zilyetlik, mülkiyete bir karine teşkil eder (58), Bunlar üzerinde kanaatiniz mülkiyetten gayri temlik tasarruflarda bulunamaz MK 633 (59). Kanundaki bu son hüküm öyle zannediyoruz ki mülkiyete mevzu teşkil eden gayrı menkullerin hepsinin tapıya kaydını temin maksadıyla vazedilmiştir. Lâkin acaba bu hükmü fevkalâde zaman aşımıyla iktisaba teşmil imkânı varmıdır? Yargıtay buna mevzu teşkil eden gayrı menkuller üzerindeki zilyetlik hakkının şekle tabi olmadan devredebileceğini kabul eder; yirmi sene nihayetinde mülkiyet hakkının istisabından sonra da aynı vaziyet devam edecektir, zilyetlik hakka bir karine teşkil edeceğine göre mülkiyet hakkıda zilyetliğin devri suretiyle temlik edilmiş olacaktır.

II — : İktisap zaman aşımı süresi içinde gayrı menkulü yedinde bulunduranın hukuki durumu :

Tapu siciline kayıtlı olmayan gayrı menkulleri ellerinde bulunduranların hukuki sıfatı hakkında kanunda herhangi bir hüküm mevcut değildir. Kanun vazı bu hususta sarıh bir hüküm koymamış olmakla beraber bunu muayyen bir müddetin geçmesiyle mülkiyet hakkının iktisabına bir sebep olarak telâkki etmiştir. Böyle bir kimse o gayrı menkul üzerinde fiilen tasarruf etmekte onu fiili tasarruf ve hakimiyeti altında bulundurmaktadır. Medenî Hukuk bakımından bir şahsın şey üzerinde haiz olduğu kudret ve fiili hakimiyet zilyetlik olarak tavsif edilir MK 887. O halde fevkalâde zaman aşımı süresi boyunca o gayrı menkulü elinde bulunduran kimseyi onun zilyedi olarak tavsif etmek icap eder, « tapu siciline kaydedilmemiş mallar hakkında zilyetlik » esas tutulmak gerekir (60). Zilyetlik esas itibarıyla şey üzerinde ancak fiili bir tasarruf selâhiyeti bahşeder.

(58): Bu hususta etraflı izahat için bak aş.

(59): Bu hususta Wieland C I S. 119

(60): Artus s. 336; Wieland C II s. 11, s. 833

Mamafi kanun tarafından öyle kuvvetli bir himayeye mazhar olmuş bir fiili tasarruf ki (MK 894 vd, gayrı menkullere tecavüzün define dair kanun mad. I, 2) ona bahşedilen bu kuvvetli himaye karşısında artık onun bir hak mı yoksa bir hukukî durumu olduğu münakaşası bütün kıymetini kaybeder. Zaten Yargıtay hiç olmazsa Türk hukuku bakımından münakaşayı onun bir hak olduğunu tesbit suretiyle halletmiştir (61).

Zilyetlik sadece menkuller hakkında değil aynı zamanda gayrı menkuller hakkında da mevzuu bahis olur (62). Bu bilhassa medenî kanunun zilyetliğin himayesine dair olan hükümleriyle; - 894 vd 905 son cümle, - zilyetliğin iadesine dair olan maddelerinden; - 906 vd - ve iktisabı zaman aşımı hakkındaki kaidelerden - 639, 909 - açıkça anlaşılır.

Kanun bütün iktisap zaman aşımı süresince gayrı menkulü bir malik sıfatıyla daha doğrusu bir malik gibi, zilyedin yedinde bulundurmasını şart koşuyor. Zilyet mali kendi için fiili tasarruf ve kudreti altında bulunduracak yani kısaca başkasının kudret ve tasarrufuna müsteniden başkasının bir hakkına istinatla tasarruf etmiyecektir. Şu halde demekki onun bütün zaman aşımı süresi içinde ki hukuki vaziyeti zilyetlik elle hemde aslî bir zilyetlik mahiyetindedir. Temyiz mahkemesi açık olarak tescilden evvelki durumları-Yüksek Mahkeme MK 639/I e müsteniden mülkiyetin ancak tescilden sonra iktisap edileceğini kabul ettiği için böyle diyordu - medenî kanun hükümlerine göre «zilyetlikten ileri geçemez» demek suretiyle görüşümüzü teyyit ediyor. (63). Hakikaten bir şeyin zilyedi onun gerçek maliki olabileceği gibi henüz mülkiyetini iktisap etmemiş kimse de olabilir (64).

Bundan zilyet lehine olarak şu netice çıkar:

İşgali altındaki gayrı menkule karşı yapılmış bütün gasp ve tecavüz fiillerini kuvvet kullanarak def'edebileceği gibi MK 894, 5917 numaralı kanun hükümlerinden istifade edecek (65) ve ayrıca MK 895 ve 896 ya istinaden gaspı aleyhine men'i müdahale daha doğru bir ifade ile tecavüzün men'i davası da ikame edebilecektir. Yargıtay bunu kabul etmekte ve bu vaziyetlerde hakiki zilyedin aranması lâzımdır demektedir (66).

(61): 9.10.1946 tarih ve 12 sayılı İç. BK, İç BK 1930 - 1947 s. 246

(62): Eugène Huber expoé de motifs S III 289; Wieland C II s. 779 821; Rossel C III s. 611, Hamburger gayri haklar s. 129.

(63): 28.2.1945 tarih ve 5 sayılı İç BK sge s. 197

(64): 9.10.1946 tarih ve 12 sayılı İç BK. sge s. 245

(65): Gayrı menkule tecavüzün def'i hakkında 16.4.1952 tarihli kanun Rg. 8093

Bu kararlarda zikri geçen hakiki zilyetten maksat nedir?

a : Üzerinde durduğumuz konu bakımından hakiki zilyetin her zaman için aslî zilyet olması lâzım gelir. Çünkü kanun «gayrı menkulün bir malik sıfatıyla yeddinde» bulundurmaktan bahseder.

b - : Fakat her iki tarafta münazaalı yeri asli zilyet olarak işgal eylediklerini iddia ederlerse mesele nasıl hal edilmelidir? Bu vaziyette halen zilyet olan lehine 898 deki gibi bir karinenin mevcudiyeti kabul edilecektir? MK 905 karşısında her ne kadar Homberger gibi bazı hukukçular gayrı menkullerde zilyetliğin böyle bir karine tevliğine müsait olmadığını iddia ederlerse de (67) bu madde dikkatle okunursa içinde sadece tapuya kayıtlı gayrı menkullerdeki hak karinesinden bahsedildiği görülür. Kanun sarahaten ve açık olarak «tapu siciline kaydedilmiş olan gayrı menkuller için hak karisiyle istinat etmek ancak kendi lehine tescil vaki olan kimseye ait olur» demektedir tapuya mukayyet olmıyanlardan hiç bahsetmemektedir. Bu; medeni kanunumuzun İsviçre'den alınmış olduğu düşünülürse tabii görülür. Çünkü orada «tapu sicili aşağı yukarı her yerde eskiden beri mevcuttur» (68). Halbuki memleketimizin bu bakımdan durumu malûmdur (69). Kanunda bu hususta hiç bir hükmün mevcut olmaması memleketin fiili durumu bakımından büyük mahzurlar doğurur. Demek ki tapuya kayıtlı olmıyan gayrı menkullerdeki hak karinesi bakımından kanun sakıttır, o halde bu boşluğu MK I in bahsettiği selâhiyete uygun olarak doldurmak hakime düşer, İsviçre'de Wieland (70), Wolf ve Türkiye'de Prof. Hırş (71) kanunun bu boşluğunun tapu siciline tescil edilmemiş gayrı menkullerde fiili zilyetliğin mülkiyete karine olacağına kabul suretiyle doldurulması fikrinde dirler.

Prof. Hırş bu hususta şöyle demektedir : «fikrimizce tapu siciline mukayyet gayrı menkuller hakkındaki karine zilyetlik karinesine naza-

(66) : Yarg GK 5.7.1935 tarih ve 64 sayılı karar Tepeci C II s. 245; aynı kurulun 5.3.1941 tarih ve 23-21 sayılı kararı ibid; aynı kurulun 29.5.1940 tarihli bir başka kararı ibid. I inci Hukuk 17.6.1939 tarih ve 2958 sayılı karar sge s. 245 Ayrıca sge in 258 inci sahifesinde zikredilen kararlar.

(67) : Aynı haklar s. 140. Mamafi muharrir FjS de fikrini değiştirmişe benziyor çünkü «Zilyetlik ispat edildiği takdirde T M K 930 (T H K 898) gereğince malik olduğu karine ile kabul edilir» diyor. No. 318 s. 10

(68) : Hırş S. 791

(69) : Bu hususta bak. yuk. K. I, §. II.

(70) : C. II s. 833, Aynı manada Curti C. II s. 614

(71) : s. 791

ran bir istisna mahiyetinde olduğundan, tescil edilmemiş gayrı menkul-ler bu istisnanın haricinde kalmak ve asıl kaideye tabi olmak suretiyle, menfaatlar vaziyeti de daha iyi korunmuş olur. Bundan dolayı tapu siciline kayıtlı olmıyan bir gayrı menkulün zilyedi, onun maliki addolunur Şu kadar ki bu karineyi zilyet o şeyi kendisine vermiş olana karşı kullanamaz.» (72).

Bu görüş Kanunun kullandığı ifadelerle de uygundur. Çünkü kanun vazı burada «malik gibi» (malik sıfatıyla) demek suretiyle zilyedin durumunun bir hak karinesi teşkil ettiğini göstermek ister.

Homberg'i her ne kadar «zilyetlik fiili hakimiyet münasebeti olması itibariyle kıyasen gayrı menkullerde aynı neticeleri haiz olamaz; zira burada aynı hakkın birinci derecede haricen görünüşünü temin eden tapu sicilli nizamı dahilinde tapu siciline tescildir.» demekle ise de (73) mevzuumuzu teşkil eden gayrı menkullerde böyle bir aleniyetin tapu ile temini imkânsız olduğundan bu bakımdan da onları menkullere müşabih tutmakta her halde fayda vardır. (74). Bu yapılırken de medenî kanunun sistemi her hangi bir şekilde sarsılmış olmaz. Çünkü biz böyle bir karineden sadece tapuya mukayyet olmıyan gayrı menkul zilyetlerinin istifade edeceğini iddia ediyoruz ki bunların adedi de maalesef memleketimizde epeyce kabarıktır.

Bundan şu netice çıkar ki taraflardan biri halen zilyet olduğunu ispat ettikten sonra onun zilyetliği diğerininkine tercih edilerek kendisi hakiki zilyet telâkki edilir. Halen zilyet olandan zilyetliğini meşruh ve haklı gösterecek deliller aramaz. Lâkin bu çürütülmesi kabil bir karine olmaktan daha ileriye de gidemez ve bu karineyi ortadan kaldırmakta diğer tarafa düşer. O ancak halen zilyet olanın hakiki ve aslî zilyet sıfatını haiz olamayacağını mesele şeyi bir gasp veya bir tecavüz neticesinde elde etmiş olduğunu veyahutta bir kiracı durumunda bulunduğunu veya aslî zilyetliğinin mesnedi olan satış veya hibe aktinin hükümsüz olduğunu ispat suretiyle kendisinin hakiki zilyetlik durumunu tevsik veya diğer tarafın zilyetliğinin MK 639/I in aradığı şerait dahilinde olmadığını ispat edebilirse hak kazanır. (75) Yani kendisinin tercihe şayan bir hakkı olduğunu ispat suretiyle (76). Hele kanunca tayin edilen sürenin biti-

(72): Sge s. 791 vd.

(73): Sge. s. 139

(74): Aynı manada 1 inci Hukuk 11.12.1950 tarih ve 3059/4778 sayılı karar Ad. derg. 1951 s. 762

(75): Bu manada Homberger FjS. No. 318 s. 1 a

(76): 5 inci Hukuk 30.11.1950 tarih ve 4680/4048 sayılı karar Ad. Derg. 1951 s. 1849

miyle mülkiyetinde iktisap edildiği kabul edilirse, artık zilyetlik tam manasiyle mülkiyete bir karine teşkil eder.

Hakiki zilyedi bütün bunlar nazarı itibare alarak tayin etmek gerekir, yoksa yargıtayın bir kararında belirttiği gibi sadece «müddeaaaleyhin muddeabih gayrı menkuldeki yedi muddein yedinden mukaddem (77)» olması onun «zilyedi hakiki» olarak kabulü için bir sebep teşkil etmemelidir. Nitekim yüksek mahkeme yeni bazı kararlarıyla bu görüşümüze iltihak etmiş (78) ve «davalının tercihe şayan bir hakkı olduğu ispat edilmedikçe davacının tapuda kayıtlı olmıyan gayrı menkuldeki zilyetliğine itibar olunur» demiştir (79).

III — : İktisap zaman aşımı süresi içinde zilyet ne gibi muamelelerde bulunabilir :

Zilyetliğin en mühim fonksiyonlarından biri de şey üzerinde sahibine bilfiil ondan istifade imkânını temin etmesi, mülkiyetin naklini lüzumlu kılmadan şey üzerinde, sadece zilyetliğin devri suretiyle, bir takım aynı - infa hakkı, sukna hakkı - veya şahsı hakların - kira aktı, arıyet aktı - mevzuu yapabilmek imkânlarını sağlamasıdır. Şu halde iktisap zaman aşımı süresi içindeki durumu bir aslı zilyedinkinden farklı olmıyan kimsede acaba bu selâhiyetleri haiz midir?

A — : Zilyet şey üzerinde gerek iktisap süresi içinde ve gerekse bu müddetin geçmesiyle mülkiyet hakkını kazandıktan sonra mahdut aynı haklar tesisine matuf temlik tasarruflar yapamaz. (80).

B — : Şey üzerinde daha henüz mülkiyet hakkını haiz olmadığından bu hakkın devride tabiatıyla mevzuu bahis olamaz. Fakat acaba o muayyen bir müddetin cereyanından sonra kendisine mülkiyet hakkını kazandıracak olan şey üzerindeki bu fiili hakimiyet ve tasarruf selâhiyetini hukuki muamelelerine mevzu yapabilir mi? yapabilirse bu muamelelerin mahiyeti nedir?

Yargıtay yakın zamanlara kadar şey üzerindeki bu fiili tasarruf ve selâhiyetin yani zilyetliğin ivaz mukabilinde devrini bir satış akti olarak tavsif ediyor ve BK 213 ile MK 634 de kıyasen bu akitleri batıl addediyordu (81). Bu görüşünü haklı göstermek için de kanaatımızca doğru olmıyan bilhassa şu iki gerekçeye istinat ediyordu :

(77): Yhgk. 27.12.1933 tarih ve 165/162 sayılı karar Tepceden s. 244

(78): Yhgk. 19.12.1950 tarih ve 3/246-113 sayılı karar Son İceti: 1952 s. 1260.

(79): 5 inci Hukuk 30.11.1950 tarih ve 4680/4048 sayılı karar : Ad. derg. 1951 s. 1349

(80): Bu hususta bak yuk. Giriş

(81): 22.11.1944 tarih ve 32 numaralı İç BK. İç BK 1930-947, s. 183 vd.

1 - : «Zilyetliğin mülkiyetten ve tasarruf haklarından mücerret olarak başkasına devir ve nakli hukukan muteber değildir» (82). Yargıtay kararında bunun hukuki mesnetlerini göstermiyordu. Halbuki medenî kanunda zilyetliğin devredebileceğini gösterir hükümler vardır. Bilhassa MK 890, MK 909 bu mahiyettedir. Zilyetliğin mülkiyet hakkından mücerret olarak devrinin kabil olmadığı iddiası karşısında zaten bu 909 uncu madde bir ölü hüküm haline girer. Çünkü «müruru zamandan istifade etmek hakkına malik olan zilyedin bu haktan istifade selâhiyetine malik olan evvelki zilyedin zilyetliği müddetini» kendi zilyetliğine ne suretle zammı ve ilâve edebileceği anlaşılamaz. Bu takdirde ancak mirasçıların durumu hatıra gelebilir ki, bu zaten miras hukukunun umumî prensipleri ve MK 581 in icabatındandır. Binaenaleyh kanun MK 909 ile sadece mirasçıları kastelemek istediği ileri sürülemez. Lâkin yargı-cayın bu görüşü kabul edilmiş olsaydı gayrı menkullere müteallik bir çok hukuki muamelelerin ve kira aktinin izahı da mümkün olamazdı. Çünkü bu vaziyetlerde gayrı menkulün muvakkat bir zaman için dahi olsa fer'i zilyetliğinin devri mevzuu bahistir. Homberger 909 inci madde münasebetiyle «her iki zilyedin iktisabı müruru zamanla iktisap etmek için mat-lup şartları haz olmaları lâzımdır» selefin «zilyetliğinin müddetin hesa-bında nazara alınabilmesi için mevcut olan zilyetliğin selefin zilyetliğinden müştak olması yani miras veya evvelki zilyet tarafından malın devri (İMK 922 - MK 890) yani hukuki muameleye müsteniden iktisap edilmiş olması lâzımdır bu madde gayrı menkullerde de (İMK 661 - 663; MK 638 - 640; İMK 781/III, 746; MK 704/III, 718) tatbik sahası bulur» der (83).

2 - : «Tapusuz gayrı menkulün zilyedi tarafından yapılan bu muamele zilyetlik hakkının başkasına devir ve intikali olmayıp gayrı menkulün harici alım ve satımından ibarettir.» (84). «Mevzuatımıza ve tev-hidi içtihat kararlarına göre gayrı menkulün harici satış ve mübadelesi batıldır.» (85). Kanaatımızca yüksek mahkemenin böyle bir muameleyi bir satış akti olarak tavsif etmesi ve bunu tapuda kayıtlı gayrı menkulle-rin tapu kanununun 26, BK 213, MK 634 e muhalif olarak yapılan satış-larına yani harici satışa kıyas ederek hükümsüz addeylemesi yanlıştır.

a - : Bu bir satış akti olamaz. Çünkü BK 182 gereğince «satım bir akittir ki onunla satıcı satılan malı alıcıya teslim ve mülkiyeti ona

(82): Sge kurardan s. 184

(83): s. 161

(84): Sg. K. s. 184

(85): Sg K. s. 185

nakleylemek borcunu tahammül eder». Halbuki üzerinde durduğumuz meselede satıcının henüz şey üzerinde bir mülkiyet hakkı yoktur, bu hakkı ancak MK 639/I deki şartların ve muayyen bir müddetinin geçmesinden sonra iktisap edecektir, o halen ancak şeyin asli zilyedi durumundadır ve bu sıfatla da şeyi fiili tasarrufu altında bulundurmaktadır. Binaenaleyh bu akit bir satış akti olarak tavsif edilemez. (86).

b — : Bu akit bir satış akti olarak tavsif edilemeyince bu muamelelere tapuda kayıtlı gayrı menkullerin satışına mütedair olan hükümlerde kıyasen tatbik edilemez. (87). Çünkü kanun bu maddelerinde münhasıran tapuya kayıtlı gayrı menkuller hakkında hüküm koymuştur, tapuya kayıtlı olmayanlar hakkında yine bir kanun boşluğu vardır ve bu MK I e uygun olarak doldurulmalıdır.

Şu halde bütün bu söylediklerimizle şunu belirtmek istiyoruz ki, zilyet tarafından yapılan tatbikatta ekseriya taraflar arasında sözde satış olarak adlandıran bu muamelenin hukuki mahiyeti hakiki bir satış olamaz. Çünkü şey üzerinde satıcı denilen zilyet henüz mülkiyet hakkını iktisap etmiş değildir, bu MK 639/I den de anlaşılır. Bunu ancak zilyetliğin devrini tazammun eden bir akit olarak tavsif etmek gerekir. Zilyetliğin Yargıtayın bu kararındaki mütalaası hilafına olarak; pek ala mülkiyetten ayrı olarak devri kabildir, zaten kanunun bir çok hükümlerile de bu öngörülmüştür. Bununla zilyet şey üzerindeki fiili hakimiyet ve kudretini ve kendisine muayyen bir müddetin geçmesiyle mülkiyet hakkını kazandıracak olan selâhiyetini ivazlı veya ivazsız bir surette devretmiş oluyor (88). Böyle bir akit tipinin mevcudiyetini kabule mevzuatımızda herhangi bir mani de yoktur. Çünkü borçlar kanununun şahıslar arasındaki bütün münasebetleri tanzim eylediği iddia edilemez ve «hali hazırda borçların mahdud adedi (veya belli sayısı) yoktur» (89) Modern hususi hukuka temel teşkil eden akit serbestisi BK 19 ve 20 ye muhalif olmamak şartıyla fertlerin diledikleri gibi hukuki münasebetlere girişmelerini mümkün kılar.

Taraflarca kullanılan «satım, satış» tabirlerine rağmen BK 18 gereğince onların mefruz ve hakiki maksatlarını aramak ve onu meydana çıkarmak gerekir. Yani mesele en nihayet tarafların iradelerinin bir yorumuna müncer olur.

(86): Aynı manada Postacıoğlu s. 79

(87): 9.10.1946 tarih ve 12 sayılı İç BK. gerekçesinden, İç. BK 1930-47, s. 243

(88): Aynı manada Artus s. 338

(89): Schwarz : Borçlar hukuku dersleri 1948 s. 31

Nitekim yüksek mahkeme 1944 tarihli içtihadını değiştirirken aynı gerekçelere istinat etmiş ve 1946 tarihli yeni içtihatları birleştirme kararıyla memleketin realitelerine uygun bir durum sağlamıştır. (90).

Kanaamızca tapuya kayıtlı olmayan gayri menkuller hakkında yapılan ve sözde trampa, hibe olarak adlandırılan akitlere de aynı hükümler uygulanmalıdır. Bunlar zilyetliğin ivazsız olarak devri zilyetliğin mübadelesi şeklinde tavsif edilerek bu akitlerle tarafların şey üzerinde kendilerine muayyen şartlar altında ve muayyen bir müddetten sonra mülkiyet hakkını kazandıracak olan fiili hakimiyetin devredilmek istediği kabul edilmelidir. (91).

c — : Tapusuz gayri menkullerin zilyetliğinin devri olarak tavsif ettiğiniz bu akitler şekilsiz surette yapılabilecekmidir?

Bunların devrine medenî kanunun tapuya mukayyet gayri menkuller hakkındaki hükümleri tatbik edilmemelidir. Çünkü bir çok defalarda belirttiğimiz gibi medenî kanunun bütün tanzim tarzı tapuya müstenit olanlar hakkındadır. Tapuya kayıtlı olmayan gayri menkuller hakkında sadece iki maddenin birer fıkrasında hüküm vardır oda üzerinde durduğunuz 639/I ile 635/II ve bir dereceye kadar 909 dur. Mamafi maddelerde bu hususta sakıttı. Zilyetliğin devrini tanzim eden MK 890 vd bu hususta her hangi bir şekil şartı öngörmez, ve bu maddeler gayri menkul zilyetliğinin devri hakkında da tatbik edilebilir. Gerek medenî kanunun bu hükmü ve gerekse MK 5 delâletıyla medenî Hukuk sahasında da tatbik edilen BK 11 mucibince bu muameleleri her hangi bir şekil şartına tatbik kılmak lâzım gelmez. BK 11 açık olarak «akdin sıhhati kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir» der, Nitekim temyiz mahkemesi de haklı olarak bu neticeye varmıştı. (92).

(90): 12 sayılı bu karar ve bir çok bakımlardan enteresan olan gerekçesi için İç BK 1930 - 47 s. 242 vd. Bu karar hakkında Velidedeoğlu - Esmer s. 347 vd. Karayalçın s. 27 vd. Ayrıca 5 inci Hukuk 17.10.1950 tarih ve 3514/3346 sayılı karar son İçti. 1952 s. 1501, aynı dairenin 19.10.1950 tarih ve 3716/3365 sayılı başka bir kararı ibid, aynı dairenin 16.6.1951 tarih ve 4188/4533 sayılı kararı sge. s. 1134.

(91): Nitekim yargıtay haklı olarak tapuya kayıtlı olmayan gayri menkullerin mirasçılar arasında şekilsiz olarak devrini muteber saymış ve bunu zilyetliğin devri mahiyetinde kabul etmişti: Yhgk 6/12/1950 tarih ve 2/166/83 sayılı karar: Huk. ve İç. derg. Ocak, Şubat 1951 s. 33. Bu karar aleyhinde bak. Özkent: Ad. derg. 1950 s. 490

(92): 946 ve 12 sayılı İç BK Sge s. 249 aksi bir görüş Karayalçın.

Burada belki de zilyetliğin ivazsız olarak devrini vaadedeni hafif meşrepçe hareketlerden korumak maksadiyle bu vaadi BK 288 e kıyasen yazılı şekle tabi tutmak düşünülebilir.

Netice olarak diyebiliriz ki zilyetliğin devrini tazammun eden bu kabil mukaveleler tarafların karşılıklı idarelerinin uygunluğuyla beraber hiç bir şekle tabi olmadan intikat eder ve zilyetliğin nakli şeyin «evvelki zilyedinin rızasıyla iktisap edenin iktidarına geçmesiyle» tamam olur: MK 890. Bu suretle in'ikat etmiş bir zilyetliğin devri mukavelesine de ancak hukuki muamelelerin hükümsüzlük - BK 20, 21, 23 vd, MK 15 - veya fesih sebeplerinden birinin mevcudiyeti halinde kanunda bu hususta muayyen olan şerait dahilinde saldırılabilir. (93).

Burada son bir noktaya temas etmeden geçemiyeceğiz. 1946 tarihli bu içtihadı birleşme kararı bilhassa «ilgilileri tapuya kayıtlı olmıyan gayrı menkulleri sicile kaydettirmeye - dolayısıyla icbar edemediği için - tapu sicili esasını kuvvetli bir şekilde sarstığından» bahisle tenkit edilmekte ve bu hususta «tapuya kayıtlı olmıyan gayrı menkullerin resmi olmıyan bir akitle başka bir kimseye devrinin batıl olduğu esasının» yine içtihat yoluyla kabulü istenmektedir. (94).

Bu içtihadın tapuya kayıtlı olmıyan gayrı menkullerin tapuya kaydını teşvik eder mahiyette olmadığı muhakkaktır. Lâkin bu çok realist ve kanaatımızca MK nın zilyetlik hakkındaki hükümlerine de uygun olan içtihatları birleştirme kararından ziyade MK 639 ve 909 un bir neticesidir. Bu kabil gayrı menkullerin devrinin resmî şekilde yapılmasının kabulü ile meselenin halledilmiş olacağını da zannetmiyoruz; hatta resmî şekil ile tapuya kayıtlı gayrı menkuller hakkındaki tapu kanunun 26 ıncı maddesi anlamında tapu memuru huzurunda yapılacak bir akit kasdedilmiş olsa bile bununla gayrı menkullerin tapuya kaydı işi daha kolaylıkla temin edilmiş olmayacaktır. Çünkü tapu memuru ancak zilyetliğin devrini tazammun eden senedi tanzimle mükellef olacak ne resen ve ne de ilgililerin talebiyle MK 639/III karşısında gayrı menkulü tapuya kaydedilebilecektir. Zaten Karayalçın'da makalesinin daha aşağılarında bir içtihat değişikliği ile her şeyin halledilmiş olamayacağını yazmakta ve haklı olarak «tapuya kayıtlı olmıyan gayrı menkullerin tapu siciline bir an evvel kaydedilmemesinin başlıca sebebinin medeni kanunun müruru zaman hakkındaki hükümlerinde aramak lâzım geldiğini» (95) söylemektedir. Şu halde bu kabil gayrı menkullerin bir an

(93): Sge iç BK ile de aynı hal tarzı kabul olunmuştur.

(94): Bu bilhassa Y. Karayalçın tarafından müdafaa edilmektedir. s. 26 ve 29.

(95): Ibid.

evvel kaydı işini tekemmül ettirebilmenin en kolay ve kestirme yolu yeni bir kanunla fevkalâde zaman aşımı hakkındaki MK hükümlerini tadil etmektir. Nitekim bu tapulama kanunuyla bir dereceye kadar sağlanmış oldu.

II — : Tapulama Kanunu Hükümleri :

1515 numaralı kanun ile buna ek 5516 sayılı kanun tapusuz arazinin tapuya raptı hususlarını gerçekleştirmeye kâfi gelmemiştir. İşte bu durumu göz önüne alan kanun koyucu hem eski tapu kayıtlarının yenilenmesi, hem de tapusuz arazinin tapuya bağlanması ve bu işle birlikte kadastro nun tamamlanması gayeleriyle tapulama kanununu çıkarmıştır. (96). Bu kanunun 13 üncü maddesinin D bendi mevzuumuzu yakından ilgilendirir. 13 üncü bentte kadastro nunun yapılmağa başlanan yerlerdeki tapuya kayıtlı olmayan arazinin ne suretle tapuya kaydedileceği tanzim edilmiştir. Bu hükme göre «tapuda kaydı olmayıpta en az on yıldan beri mülk sıfatıyla fasılasız ve nizasız zilyetliği belgelerle veya bilirkşi sözleriyle sabit olan gayri menkuller» zilyedi adına kayıt olunur. On sene müddetle zilyetlik sabit olmadığı takdirde aynı maddenin F fıkrası gereğince o gayri menkul devlet adına kayıt olunur.

5602 sayılı kanun medenî kanunundaki fevkalâde zaman aşımının bazı şartlarını tadil daha doğrusu tahfif etmiştir. Bir kere yirmi senelik müddeti on seneye indirmiş ve kayıt ve tescil içinde bir mahkeme kararına lüzum göstermemiştir, lakin alâkadarlara bir nevi ilân yapılmasını şart koşmuş, mad. 11 olduğu gibi ilgililere bu şekilde hazırlanan tutanaklara 30 gün içinde itiraz hakkı da tanımıştır; mad, 26 - 27. Bu yüzden çıkacak ihtilâflar yine bu kanunla tesis edilmiş olan gezici kadastro hakimleri, (mad. 4); tarafından hallolunur. mad. 31 vd.

Medenî kanunla bu kanun arasında müddet bakımından büyük bir ahenksizlik vardır. Bilhassa bu kanun hükümlerini sadece kadastro su yapılmğa başlanan yerlerde tatbik edileceği düşünülürse memlekette adeta bir ikilik yaratacağı söylenebilir. mad. 6; Mevzuat bir kül teşkil eylediğinden bu ahenksizliğin giderilmesinde her halde fayda mülhaza olunmalıdır; memleketteki bütün kadastro işleri tamamlanmaya kadar mer'iyette kalacak olan bu kanunla MK 639/I deki müddetin tadil edilmiş olduğu kabul edilebilir. Bu suretle henüz kadastro su yapılmğa başlanmamış olan yerlerdeki tapusuz gayri menkullerinde bir an evvel tapuya kaydı imkânları sağlanmış olur ki buna da ancak içtihat yoluyla varılabilir, Yargıtay pek ala böyle bir içtihat tesis edebilir. Bu yapılmadığı takdirde o vakit kanun yoluna müracaat gerekir.

N E T İ C E :

Memleketimizde tapuya kayıtlı olmıyan arazi büyük bir yekûn tutar. Bu arazi medenî kanunun anladığı manada sahihsiz değil üzerinde bilfiil şahıslar tarafından senetsiz olarak tasarruf edilegelmekte olan nevidendir, Yani fiilen şahısların tasarrufu altındadır. Bununla beraber memleketimiz için çok mühim bir mesele teşkil eden bu arazinin hukuki rejimi kanunlara tanzim edilmiş değildir. Tapusuz arazinin bu kadar fazla oluşunun sebeplerini tarihi olaylarda aramak lâzımdır. (1). Fevkalâde zaman aşımı hakkındaki hükümler de bunların tapuya kaydını teşvik edecek mahiyette değildir. Filhakika kanun koruyucu bunların tapuya kaydını te nim maksadiyle bazı istisna tedbirlerde almıştır. Meselâ 5519 sayılı kanunla medenî kanunun mer'iyeti tarihine kadar senetsiz tasarruf edilen gayrı menkullerden 1515 No. lu kanundaki şartları haiz olanların hakimîn hükmüyle tapuya kayıt edileceğini öngörmüştür. Medenî kanunun mer'iyete girdiği tarihte bu şeraiti haiz olmıyanların tapuya kaydı ise ancak sürekli nizasız ve yirmi sene devam eden zilyetlikten sonra yani MK 639/I ve III deki kayıt ve şartlar dahilinde mümkündür. Tapuya kayıtlı olmıyan gayrı menkuller üzerinde fevkalâde müruru zaman hükümlerine göre mülkiyet hakkı yukarda da izah ettiğiniz sebepler dolayısıyla kanaati nızca kanundaki şartların tamam olmasıyla birlikte iktisap edilir; (2) hakimîn hükmü ve tescilin ancak bildirici (izharî - déclaratif) bir mahiyeti vardır. Zâten kanunda tescilsiz olarak mülkiyetin iktisap edildiği haller pek çoktur. Belki de MK 633 ünde de sayılan hallerde kanun koyucu tescilsiz olarak mülkiyeti iktisap etmiş olanların gayrı menkullerini bir an evvel tapuya kaydettirilmelerini sağlamak maksadiyle tescilden evvel temlikî tasarruflarda bulunulmasını men neder. Lâkin bu hükmü vazze derken kanun koyucunun böyle bir maksatla hareket ettiğini söylemekte ne dereceye kadar doğrudur. Çünkü işgal müstesna 633 de sayılan bütün hallerde gayrı menkul zaten tapuda mukayyettir. MK 633/II in işgal müessesesine kabili tatbik olup olmadığı münakaşa götürür olmakla beraber zaten bu müessesenin bu gün gayrı menkul mülkiyetinin iktisabındaki yeri daha ziyade nazari olmaktan ileri gidemez. 633/II deki bu memnuiyet 639/I e müsteniden iktisap edilen gayrı menkuller hakkında da tatbik edilebilir mi? sanmıyoruz. Kanun vazı bu hükmü vazederken her halde maddede sayılan bütün iktisap hallerinde gayrı menkulün ta-

(1): Bu hususta bak. yuk. I. K.

(2): III. Bölüm, § IV rak. I.

puya mukayyet olduğunu nazarı itibare alarak, daha ziyade harici satışları önlemek istemiş olmalıdır. Fevkalâde zaman aşımının süresi içinde gayri menkulü elinde bulunduranın hukuku durumu bir zilyetliktir. Zilyetlik MK 887 vd. hükümleri gereğince hiç bir şekle tabi olmadan devredilebilir. Böyle bir mukavele ile taraflar şey üzerinde kendilerine muayyen bir müddetin geçmesinden sonra mülkiyet hakkını iktisap ettirecek olan salâhiyetlerini devretmiş olurlar. Tapuya kaydedilmemiş gayri menkullerde zilyetlik umumi kaideye tabi olarak hakka da bir karine teşkil eder, (3) hatta Temyiz mahkemesi bu gayri menkulleri bir dereceye kadar menkullere de müşabih tutar (4). O halde bundan şu neticeye varılır ki yirmi senenin sonunda mülkiyet hakkı iktisap edildikten sonra dahi bu hakkın; tıpkı menkullerde olduğu gibi zilyetliğin devri ve gayri menkulün teslimi suretiyle nakli kabil olur. Malik şeyi üzerinde mülkiyetin devri şeklindeki temlik tasarrufları yapmak selâhiyetini de haiz olunca şeyi tapuya kaydettirmek mecburiyetini de kendinde hissetmez.

İşte medenî kanunun fevkalâde zaman aşımı müessesesine ve Yargıtayın 1946 tarihli içtihadına yapılabilecek en büyük itiraz budur. Fakat bu devri bir şekle tabi tutmakla dahi onların tapuya kayıtlarının bir dereceye kadar sağlanmış olacağını zannetmiyoruz. Belki de bunu temin için içtihat yoluyla fevkalâde zaman aşımı süresi içinde ve daha sonra tapuya kayıt ve tescil yapılmadan bu gayri menkullerin devri temlik edilemeyeceği ve hatta zilyetliğin dahi naklinin muteber olmayacağı kabul olunabilirdi. Yargıtay eski içtihatıyla böyle bir yol tutmak istemiştir denilebilir. Mamafî biz medenî kanunun zilyetlik hakkındaki sistemiyle olduğu kadar hayat icaplarına ve hatta medenî kanundaki akit serbesti prensibine muhalif düşecek böyle bir hal tarzına taraftar değiliz. Zaten bununla istenilen gayenin elde edileceği de çok şüphelidir, çünkü hayat zaruret ve tepkileri karşısında fertler kaçamaklı yollara sapmak zorunda kalacaklardı. Nitekim Temyizin eski İctihadı zamanında bu kabil gayri menkullerin devri ve bunlar hakkında yapılan sözde satış akitleri azalmış değildi : Bunun en bariz delili Yargıtayın iki sene içinde görüşünü değiştirmek mecburiyetini hissetmiş olmasıdır.

Bu hususta tutulacak en faydalı ve isabetli yol bütün memlekete şamil olmak üzere fevkalâde zaman aşımıyla iktisap müddetini kanun yoluyla kısaltmak (5), Tapuya kayıtlı olmayan sahipli gayri menkullerin re-

(3) : Bu hususta bak. III. Bölüm, § IV rak II

(4) : I inci Hukuk 11/12/1950 tarih 3059-4778 sayılı karar, Ad. derg. 1951 s. 762

(5) : Bu hususta Karayalçın'ın enteresan mütealeaları için bakın s. 30

sen kaydını sağlamak suretiyle olur. Bununla beraber ilgililerin muhtemel haklarını korumak maksadiyle kayıttan evvel ilân yapmak ve çıkan ihtilâfların Mahkeme marifetiyle halli imkânlarını ve sonradan bu kayda da yine mahkemede umumî hükümlere uygun olarak itiraz hakkını tanımak suretiyle temin edilebilir.

Son tapulama kanunuyla bir dereceye kadar bu imkânlar da sağlanmış oluyor.