

## RAPORUN GÖRÜŞÜLMESİ

(Ses alma makinasıyla tele alınan görüşmelerdir.)

### Prof. İsmail Hakkı KARAFAKİH

«(Konuşmanın baş tarafının bulunduğu şerit, bozulmuştur.) ... (Gayrimenkul mülkiyetinin naklinde) aynı mukavele kullanılmaktadır. Binaenaleyh iltizamî muameleyi temlik olarak, tasarrufî muameleyi ferağ olarak görmek lâzımdır. Nitekim bir aynî hakkın intikali için aynı zamanda «contrat réel» denilen aynî mukavele lâzımdır ki, bu da tapuda tahrir ile olur. Bu itibarla, beynelnas ferağ tahriri dendiği zaman, yani «Gayrimenkulün üzerindeki aynî hakkın intikaline muvafakat ediyorum» şeklinde tatbikatta olduğu gibi bir beyan lâzımdır ki, bu beyan olmadıkça gayrimenkul intikal etmez. Binaenaleyh bugün bir vekâletnamede, kendi âciz kanaatime göre, «ferağa mezun kıldım» dediğim zaman, satışa mezun kıldım mânası çıkmamalıdır. Belki eğer tam olmak için «temlike ve temlikin neticelerini ifaya» veyahut «temlik ve ferağa» demek daha doğru olur.

Bir de temyiz içtihadından bahsettiler. 944 senesinde, 946 senesinde bu içtihat çıktı. Sonra 946 senesinde çıkan bu içtihadı saik, bugün adını hürmetle yâd edeceğim, merhum Şemsettin Beyefendi dedi ki... Refik Beyefendi bilirler. Hakikaten 946 içtihadından sonra ortalıkta bir vahamet görüldü. Buyurdukları şekilde arazinin belki yüzde 60 ı veyahut yüzde 80 i hâlâ tapusuzdur ve bugün Medenî Kanuna göre bunların kadastrounu yapmak imkân haricindedir. ... şerhinde «İsviçre'nin kadastrounun yapılması 75 sene ister» diyor. Belki bizde 750 sene desek kâfidir, bunun için Tapulama Kanunu çıkmıştır. Ve 946 tevhid-i içtihadı çıktıktan sonra ben bir tenkid yapmıştım. Merhum Şemsettin Bey işitmiş, bu daima espri yapar, meşhurdur. Ve geldi dedi ki «Hakkı Bey» dedi, «Ben» dedi, «fıraklı adama sarık sardırılmışım» dedi, falan... Müna-kaşa ettik ve bu bir ihtiyacın karşılığıdır. Sonradan temas buyurdukları veçhile Temyiz Mahkemesi zilyedliği bir aynî hak olarak kabul ediyor. Binaenaleyh aynî hakkın devri, yani mülkten, ayından müstakil olarak

bir formun devrini bir menkul mahiyetinde addediyor ve bu içtihat hakikaten memlekette bir çok şeylere, ihtiyaca cevap vermiş ve dedikoduların önünü almıştır, buyurdular ve bir de kendileri teklif ettiler. Bu teklifi ben anlayamadım. Netice itibariyle bu teklif İsmet Beyefendinin mülâhazalarına istinad ediyor. Yani zilyed, 20 sene sonra kendiliğinden malik olur. Fakat bu 20 sene sonra malik olmak hususunda tereddüdüm var. Bir defa Medenî Kanununun 639 ncu maddesinde «20 sene sonra tescil talebinde bulunabilir» diyor. Binaenaleyh şu «talebinde bulunabilir» kelimesini imal etmemiz lâzımdır. Yahut ihmal edersek doğrudan doğruya bu netice çıkar. Fakat imal etmek lâzımdır. Kaldı ki, 633 ncü maddenin III. fıkrasında tescilden evvel iktisap halleri zikredilmiş, burada 639 a işaret edilmemiştir. Bundan başka, müelliflere göre 638 nci madde bir defa olarak ileri sürülebiliyor da 639 ncu madde bir defa olarak sürülüyor. Yani 638 nci maddeye göre iktisap eden, dâva eden tarafa «Ben doğrudan doğruya malikim» diye bir defide bulunabiliyor, fakat 639 bir defa olarak sürülüyor. Çünkü malik bulunmuyor. Binaenaleyh Selâhattin Beyefendiden benim ricam, kendilerinin teklif ettiği şeyi daha ziyade izah etmeleridir.»

### Doç. Dr. İsmet SUNGURBEY

«Efendim, önce Selâhattin Bey arkadaşımıza teşekkür ederiz, çok önemli bir konuya dokundular. Bu konunun önemi şundan da anlaşılıyor ki, ilkin bendeniz, sonra da yalnız bu salonda bulunan üç arkadaş, Muin Bey, Senâî Bey, Selâhattin Bey bu konu üzerinde uzun uzadıya durduk ve uğraştık. Onun için söylenecek sözler çoktur, fakat vaktimiz dar. Onun için kısa konuşmak zaruretindeyiz. Yoksa bunun üzerinde gerek adlarını andığım arkadaşlar, gerek hepimiz hiç şüphesiz ne kadar konuşsak doyamayız.

Önce, benden önce konuşan Profesör Karafakih Beyefendi'ye cevap vermek istiyorum. Çünkü bana da dokundular, iliştiler. Fakat daha önce ben kendilerine bir iki tenkidde bulunacağım. Buyurdular ki, iltizamî muameleyi temlik diye analım, tasarrufî muameleyi de ferağ diye analım, eğer yanlış anlamadımsa. Ve vekile vekâlet verirken de «Temlik ve ferağa yetkilidir» diyelim. Halbuki temlik, adı üstünde, mülk kılma, mâlik kılma demektir, yâni mülkiyetin geçirilmesi demektir. İltizamî muamele ise borçlanma muamelesi, borçlandırıcı muamele demektir. İmdi, sadece borca sokan bir muameleyi nasıl olur da temlik diye adlandırabiliriz? Onun için kanaatimce iltizamî muameleye, meselâ satım muamelesine, bağışlama muamelesine hiçbir zaman temlik adını veremeyiz.

Temlik, mülkiyeti geçirme demektir ki bu da tasarrufa verilecek adın ta kendisidir.

Sonra «Tasarrufa da ferağ diyelim» buyurdular. Kanaatımca, ferağ sözünü yeni hukuktan artık atmamız ve bunu sadece bizim eski arazi hukukuna has teknik bir tâbir olarak, yani tarihî bir müessese, tarihî bir terim olarak saklamamız. Bugünkü hukukta ferağ sözünü kullanmaktan çekinmeliyiz. Bunun yerine türkçe «geçirme» veya arapça «devir» diyebiliriz. Çünkü ferağ sadece eski arazi hukukunda ve bir de icariteynli vakıflarda mirî arazinin ve icariteynli vakıftaki tasarruf hakkını, her ikisinin de tasarruf hakkını geçiren bir tasarruf işlemiydi, bir tasarruf muamelesiydi. Ben, «Verfügungsgeschaefte» e, daha açık olarak «harcama işlemi» diyorum. Bunu, «temlikî tasarruf» diye çevirmişlerdi, doğru bulmuyorum.

İstitraten şu noktaya da temas edeyim: Medenî Kanun çevrileli 30 yıl olmuştur, biz hiçbir zaman 30 yıl önceki medenî hukuk ilminin, medenî hukukçuların kanunu çevirirken kullandıkları sözlerle, terimlerle bağlı değiliz. Nitekim onlar «temlikî tasarruf» demişler «acte de disposition» yerine, «Verfügungsgeschaefte» yerine. Biz, onun yerine Türk dilindeki «Borç ettim, harç ettim» deyimlerinden yararlanıp hem türkçe, hem de daha açık olarak «Verpflichtungsgeschaefte» e «borçlanma işlemi», «Verfügungsgeschaefte» e de «harcama işlemi» diyebiliriz. Meselâ bir şey satın aldım, değil mi efendim, on lira borçlandım; bu, borçlanma işlemidir. Sonra da cebimden bu on lirayı çıkardım verdim, bu on lirayı «harcadım»; bu da harcama işlemidir. Zaten «Verpflichtungsgeschaefte» pasifi çoğaltan, «Verfügungsgeschaefte» ise aktifi eksilten işlem demektir ki bu sonuncusunu en güzel «harcama işlemi» terimi anlatmaktadır. Evet, ben derslerde de böyle anlattım, bu yıl.

Bir de contrat réel'den bahsettiler. Gayrimenkuller konuşuluyordu. Halbuki bizim hukukumuzda contrat réel yoktur, gayrimenkullerde. Yani İsviçre-Türk hukuk sisteminde aynî akit, contrat réel yoktur. Bu, kanunumuzun bir özelliğidir. Contrat réel, ancak Alman hukukunda var, bir de belki eski hukukta vardır. Halbuki bizim hukukumuzda gayrimenkullerde tasarruf, tek yanlı bir hukukî işlemle olur. Bunun da adı, talep veya beyan'dır. Ondan sonra Yargıtayın kararlarını, içtihatlarını beğendiler. Fıraklı adama, yani MK. a sarık mı sardırılmış, ne yapmış, bir eski hukukçumuz, Bay Şemsettin Temizer. Bu, hiç de doğru bir şey değil. Medenî Kanuna sarık sardırarak altı kaval, üstü şişhane şeklinde içtihatla bulunamayız. Nitekim bu içtihadın yanlışlığını gösterdim. İlhan Postacıoğlu hocamız, «Lüzumsuz bir izahat» diyorlar. Çünkü kendileri de bu içtihadı mütemayildirler, yani tapusuz gayrimenkulleri menkul hüküm-

lerine kıyas ediyorlardı. Onun için tenkidlerimi hoş karşılamıyorlar. Ama hoşlarına gitmiyor diye susacak değilim.

Prof. Karafakih, son olarak da, benim fevkalâde zaman aşımı ile iktisap hususundaki görüşümü çürütmek için dediler ki: «Nasıl olur da fevkalâde müruru zamanla bir gayrimenkul kendi kendine iktisap edilir, 20 senenin sonucunda?» ve bunun için de 633, 2 ye dayandılar. «Çünkü» dediler, «633, 2 tescilsiz iktisap hallerini göstermiştir ve bu tahdidîdir.» Ne yapalım ki hiç de tahdidî değil. Eğer Gloor'un bu konuda yazdığı monografiye bir göz atarlarsa, hattâ Wieland'dan kendilerinin çevirdiği şerhe bir göz atarlarsa, bu hükmün tahdidî olmadığını, kanunda 633, 2 de zikredilmeyen başka tescilsiz iktisap olayları da bulunduğunu göreceklere. Misâl: Bu maddeden hemen iki madde önceki yeni arazi teşekkülü, bu arazinin tescile hacet kalmadan devletin özel mülküne, İsviçre'de kantonun özel mülküne geçişi. Bu da 633, 2 de zikredilmemiştir. Buna rağmen tescilsiz bir iktisap olayıdır. Mamafih bu yanlışa İsviçre Federal Mahkemesi de düşmüştür. Yani, o da 633, 2 yi tahdidî saymış, bundan dolayı da «Fevkalâde müruru zamanla tescilsiz olarak kazanılamaz» demiştir. Ama onu bendeniz «İsviçre-Türk hukukuna göre iktisabî müruru zaman» (İstanbul 1956) adlı doktora tezimde (s. 73, not 308/310) çürütmüştüm.

Sonra bir de yine bu görüşü, kendiliğinden iktisap görüşünü çürütmek için, «638, yani adî müruru zaman, defi yoluyla ileri sürülebilir. Halbuki 639, fevkalâde müruru zaman, defi yoluyla ileri sürülemez» dediler. Defi sözü, öyle sanıyorum ki, teknik anlamda kullanılmadı. Buna defi değil, bir hak değişikliği söz konusu olduğuna göre, itiraz demek lâzımdı. İşte bu görüşün de bence isabeti pek şüphelidir. Fevkalâde iktisabî müruru zamanın da gerek dâva yoluyla, gerekse itiraz yoluyla bir savunma olarak da ileri sürülmesine hiçbir engel yoktur. Belki de Journal des Tribunaux'da geçen yıl çıkan bir Federal Mahkeme kararına dayandılar. O da zayıf bir karar. Ben, bu kararın dayandığı düşünceleri de yukarıda andığım tezimde (§ 2, II, 4, not 107) çürütmüştüm. (Ayrıca bakınız : Ataay/Kocayusufpaşaoğlu/Sungurbey/Kaniti, İsviçre Federal Mahkemesi ile kanton mahkemelerinin medenî hukuk kararları, yıl 1955/56, cilt 1/2, Nesnelere Tôresi, sayı 81, not 8.)

Şimdi Selâhattin Bey arkadaşımızın görüşlerine geçiyorum. Mesele şu idi: Tapusuz gayrimenkullerin başkalarına devri muteber midir? Bunları muteber sayabilecek miyiz? İşte vaktiyle «Muteber değildir» dendi. Ondan sonra «Muteberdir» dendi. Ben, övünmek gibi olmasın, ilk defa diyeceğim, bir yazı yazdım. Ve dedim ki: «Bakalım, tapuda kayıtlı ol-

mıyan gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkı var mı? Varsa, bu bir mülkiyetin devri vaadidir. Mülkiyetin devri vaadi ise resmî senetle olur ve mülkiyet de tapuya tescil ile geçer.» dedim. «Yok, böyle değil de gayrimenkul tapuda kayıtlı olmadığı gibi mülkiyet hakkı da doğmamışsa, sadece zilyedlik söz konusudur. Ve Postacıoğlu hocamızın dediği gibi, zilyedliğin devri vaadi olarak ta muteberdir.» dedim.

Yargıtayın, o Şemsettin Beyin ve Postacıoğlu hocamızın düşüncü hilâfına, tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkuller üzerinde de pek âlâ mülkiyet hakkının bulunabileceğini gösterdim; ilkin Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuasındaki bir yazımda (bakınız: İsmet Gülümser (Sungurbey), Tapusuz gayrimenkul tasarrufunun ve haricen satımının hukukî mahiyeti, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, 1950, s. 72/74), sonra da yukarıda adı geçen doktora tezimde bir dip notunda (s. 81, not 328) bunlar istikra edilmiştir: Başta, aziz kardeşimiz ve ağabeyimiz de herhalde bana dayanarak söylediler, eski hukuktan gelen mülkiyet hakkı. Çünkü Mecelle'ye göre bey' akdi hiç bir şekil gerekmeden mülkiyeti geçiriyordu ve buna dayanarak yapılan satımlar sonunda da mülkiyet, tescilsiz olarak iktisap ediliyordu. Bu noktada şuraya da işaret edeyim. Buyurdular ki, yeni hukukun resmî şekli getirmesi pek önemli olmamıştır. Çünkü eskiden de o 1318 tarihli irade-i seniyyeyle zaten şekil mecburiyeti konmuştu. Ancak şunu belirtelim ki, eskiler çok titizdiler, ana kanunlara dokunmamak hususunda saygı gösterirlerdi. Onun için bu şekil mecburiyetine kendi cinsinden — aziz üstadımız Ebul'ulâ Bey hocamızın deyişleriyle — «kendi cinsinden» bir müeyyide bağlamadılar. Yani bey akdi tapuda yapılmazsa bâtıl olmuyor, sadece devair-i resmîyede muamele görülmüyor, işte birtakım para cezaları alınıyor, mahkemelerde dâva dinlenmiyordu. Böylece âdeta tabiî bir borç gibi, eksik bir borç gibi oluyordu. Böylece yine Mecelle'nin «Bey-i mün'akidin hükmü mülkiyettir» prensibi ve «Bey, icab ve kabul ile mün'akit olur» prensibi muhafaza edilmişti. Evet, işte tapuda kayıtlı olmamakla beraber, bir ke-re eski hukukta bu şekilde doğan mülkiyet hakları.. Ondan sonra, mirî arazideki tasarruf hakları, bunlar da tebahhur etmemişlerdir, yeni kanunun kabulünde bütün bu haklar, Tatbikat Kanunu gereğince saklı tutulmuşlardır. Yeni hukuk devrinde de işgal, ihya yoluyla, yeni arazi teşekkülü yoluyla, iktisap zaman aşımı yoluyla, tapuda kayıtlı olmadığı halde doğan mülkiyet hakları vardır ve bunların devri için benim kanaatimce resmî şekil gereklidir. Nitekim Haab da, «Gayrimenkulün resmî senetle satımının şart oluşunda, gayrimenkulün büyüklüğüne bakılmayacağı gibi, tapuda kayıtlı olup olmadığına da bakılmaz» demektedir. O da yine

aynı notumda (not 328) anılmıştır, benim. Ve son defa aziz hocamız Postacıoğlu da bizim fakülte Annales'inde yazdıkları bir yazıda, eski görüşlerinden zımnen rücu ederek, iktisaden tapuda kayıtlı olanlardan hiç de farklı olmayan böyle gayrimenkullerin ferağını muteber tutmayı garip bulduklarını beyan etmişlerdir. Yani bunlarda da resmî senet ve tescil şekli aranmasının uygun olacağı mânasını çıkarmıştım, yanlış anlamadıysam. Herhalde, tezi yazarken okuduğum için, pek de yanlış anlamadığımı sanmıyorum.

Şimdi, tapuda kayıtlı olmıyan bir gayrimenkulde böylece henüz mülkiyet hakkı yoksa bunun devri muteber midir? meselesine geliyoruz. Selâhaddin Bey ağabeyimizin deminki sözlerinden farklı olarak, Postacıoğlu hocamızla aramızda bu bakımdan şu münasebet var.. Postacıoğlu hocamız şöyle diyorlar: «Tapusuz bir gayrimenkul üzerinde henüz mülkiyet hakkı doğmamışsa, Borçlar Kanununun 18 nci maddesince tarafların hakikî maksatlarına, yani eskilerin deyişiyle «makasıt ve maaniye» itibar ederek biz bunu zilyedliğin devri vaadi akdi olarak muteber tutarız.» Bendeniz de bunu tamamlıyorum demin andığım eserimde. Zaten kendileri de öyle demişlerdi: «Seninki, benimkini tamamlıyor.» Bendeniz diyorum ki: «Hâdiselerin büyük ekseriyetinde taraflar bilmezler haklarının sadece zilyedlikten ibaret olduğunu. Yani onların hakikî maksatları da mülkiyetin devridir. Onun için burada onlar çok defa hakikaten de mülkiyeti kastederler. Hele hukukçu olmayanlar ,bu tefriki bilmezler, mülkiyetin devrini kastederler. Fakat mülkiyetin varlığına inanan, mülkiyetin devrini kasteden bu kimse, resmî şekle uymamak yüzünden satım akdinin batıl olduğunu bilseydi, herhalde bunun üzerinde ne hakkı varsa onu, meselâ 17 yıllık zilyedse 17 yıllık zilyetlik durumunu ötekine devretmek ve bu borç altına girmek isteyecekti. İşte bundan dolayı ben, demin izah buyrulan tahvil müessesesiyle bu akdi kurtarabiliriz.» diyordum.

Şunu da söyleyeyim ki, Selâhattin Bey 946 tevhid-i içtihadından bahsederken «Bu tevhid-i içtihat, tapuda kayıtlı olmayanların devrini alelittlak muteber kılmıştır, yani bu devir vaadinde bulunanların teslim icbar edileceğini de kabul etmiştir.» buyurdular. Öyle sanıyorum ki, bu karardaki hâdisede teslim vuku bulmuştu. Onun için 946 tevhid-i içtihat kararı teslim icbar edilip edilemeyeceği meselesine dokunmamıştır. Onun için bu kadar mutlak olarak muteber saymamıştır. Ondan sonraki kararlar bu konuya iliştiler ve Roma hukukundaki «aynî akitler» gibi «Ancak teslim varsa muteberdir.» dediler.

Evet, işte ben tahvil müessesesiyle bu çeşit akitleri kurtarmak isti-

yorum. Şimdi bu meseleye gelelim. Bu tahvil tenkid edilebilir mi? Buyurdular ki...

(Burada ses alma makinasının şeridi bitmiştir. Bundan dolayı, gerek bu raporun, gerekse gelecek raporların bundan sonraki görüşmelerinde söz alanlardan konuşmalarını yazılı olarak verenlerin konuşmaları aynen dercolunmuş, ayrıca bu raporla onuncu raporun görüşülmesinde pek kısa olarak tutulmuş olmakla birlikte zabıtlardan da yararlanmıştı.)

Buyurdular ki, burada ben, tapuda kayıtlı olmıyan ve üzerinde mülkiyet hakkı da bulunmıyan gayrimenkullerin şekilsizlik yüzünden batıl olan satış akdini, zaten kendi içinde bulunan zilyedliğin devri vaadine tahvil etmekle, bu akde ait ifa mükellefiyetini devam ettiriyormuşum ve bu gerçekte tahvil değilmiş. — Çünkü tahvil, akdin butlanına rağmen ifa mükellefiyetini devam ettirmek olmayıp bu akdi benzer gaye ve sonuçları olan diğer bir akde çevirmekmiş; yazılı şekilde olmıyan alacağın devrinin tahsil yetkisine, gereken şekilde yapılmayan evlenme mukavelesinin miras mukavelesine, noter önünde yapılan satış akdinin satış vaadine tahvili gibi. — Batıl satış akdini zilyedliğin devri vaadine tahvil ediyorum derken gerçekte yaptığım iş, akdi sebebinden tecrit etmek, onu mücerret hale getirmekmiş; çünkü zilyedliğin devri vaadinin sebebi akitte «satış» diye gösterilmişken, sırf işlemi muteber kılmak için böyle sun'î bir tecrit yapmağa hakkım yokmuş. — Yoksa, şekilsizlik yüzünden batıl olan bütün akitleri muteber kılmanın yolu bulunurmuş. Örneğin, bir piyanoyu sözlü bağışlama vaadi de zilyedliğin devri vaadine tahvil edilerek vaade eden teslime zorlanabilirmiş. — Öte yandan, menkullerde olsun, gayrimenkullerde olsun zilyedliğin nakli illî bir işlem olduğu için, sebep işleminin yani satışın batıl olması, zarurî olarak zilyedliğin devri işlemini de batıl kılarmış, böylece tahvil fikri bizi çıkmaza sürüklermiş.

Oysaki ben, tapuda kayıtlı olmıyan ve üzerinde mülkiyet hakkı da bulunmıyan gayrimenkullerin şekilsizlik yüzünden batıl olan satış akdini zilyedliğin devri vaadine tahvil etmekle bu akde ait ifa mükellefiyetini, daha açığı bu akitten doğan borcu devam ettirmiş değilim. Çünkü satım akdinden başlıca iki borç doğar: mülkiyeti devir borcu ile zilyedliği devir borcu. Ben, buradaki şekilsizlik yüzünden batıl satım akdini mülkiyetin değil de yalnızca zilyedliğin devri vaadine tahvil ettiğime göre, satım akdinden doğan mülkiyeti devir borcunu da devam ettirmiş değilim. — Satım akdinden doğan başlıca iki borçtan birinin, bu akde en

çok benzer amaç ve sonucu olan diğer bir akitten, zilyedliğin devri vaadi akdinden doğan borcun eşi olması da tahvile engel sayılamaz. Nitekim kendilerinin dayandığı İsviçre Yargıtay kararında da, doğuracağı borçlardan biri mülkiyeti geçirme borcu olan evlenme mukavelesi de, yalnızca bu borcun eşini doğuran miras mukavelesine tahvil edilmektedir. — Şunu da belirtmek isterim ki gerek «İsviçre-Türk hukukuna göre iktisabî müruru zaman» adlı eserimde (§ 6, not 353 a), gerekse «Borç ikrarı ve borç vaadi» adlı eserimde (İstanbul 1957, § 5, not 41) gösterdiğim üzere, baskın görüşün tersine olarak bence Noterlik Kanunu, 44 gereğince noterlerin senetleyebileceği «gayrimenkul satış vaadi», bu kanunun gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı gibi, eski hukukumuzun etkisiyle satış akdinin mülkiyeti geçirdiği sanılarak böyle yazıldığından gerçekte önakit değil, borçlanma işlemi yani asıl akit anlamındadır. Bundan dolayı da, sayın doçent Tekinay'ın ve dayandığı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun düşündüklerinin tersine olarak, bence noter önünde yapılan bir satış akdinin satış vaadine, yani önakde tahviline ne lüzum, ne de imkân vardır. — Zilyedliğin devri vaadinin sebebi akitte «satış» diye gösterilmişken, batıl satış akdini zilyedliğin devri vaadi akdine tahvil ederken gerçekte akdi sebebinden tecrit etmiş, onu mücerret hale getirmiş de değilim: Zilyedliğin devri vaadi gene bedel alacağı iktisap sebebine, işbu causa acquirendi'ye bağlı, yani illî kalmaktadır. (Bakınız: Sungurbey, Borç ikrarı ve borç vaadi, § 1, II 2, § 2, I 1.) — Tahvil görüşü kabul edilirse şekilsizlik yüzünden batıl olan bütün akitleri muteber kılmanın yolu bulunacağı, bu arada bir piyanoyu sözle bağışlama vaadinin de zilyedliğin devri vaadine tahvil edilerek vaad edenin teslimine zorlanabileceği düşüncesi de doğru değildir: Çünkü ben, tapusuz gayrimenkullerin yalnız üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayanlarının şekilsizlik yüzünden batıl olan satışları, zilyedliğin devri vaadine tahvil edilebilir, dedim; yoksa, aşağıda da tekrar temas edeceğim gibi, üzerinde mülkiyet hakkı bulunanların şekilsizlikten batıl olan satışlarını ise, zilyedliğin devri vaadine tahvil ederek muteber tutmak, kanunun gayrimenkul **malikini** korumak amacını güden şekil hükümlerinin, yani MK. 634, Tapu K. 26, Noterlik K. 44 ün bu amacına aykırı olacağından şüphesiz kabul edilemez. Görülüyor ki verilen örnekte piyanosunu sözle bağışlama vaadinde bulunan **malikin** bu vaadi de zilyedliğin devri vaadine tahvil edilip malik teslimine zorlanamayacaktır. — Menkulde olsun, gayrimenkulde olsun zilyedliğin naklinin illî bir işlem olduğu için sebep işleminin yani satışın batıl olmasının, zarurî olarak zilyedliğin devri işlemini de batıl kılacağı düşüncesinin doğru olmadığı ise açıktır: Satış akdi batıl olsa bile, MK. 890, 1



deki bir maddî fiil (Realakt, Tathandlung) olan fi'lî teslim sonuç doğurur ve alıcı zilyed olur. Ancak MK. 890, 2 deki bir hukukî işlem mahiyetinde olan zilyedlik sözleşmesinin muteberliğinin, sebep veya satım sözleşmesinin muteberliğine bağlı olup olmadığı düşünülebilir ki İsviçre - Türk hukukunda bu da tartışmalıdır. — Sonuç olarak, benim tapuda kayıtlı olmıyan ve üzerinde mülkiyet hakkı da bulunmıyan gayrimenkullerin şekilsizlik yüzünden batıl olan satış akitlerinin zilyedliğin devri vaadine tahvil edilebileceği yolundaki görüşüme karşı sayın doçent Tekinay'ın ileri sürdüğü tenkitler doğru değildir.

Şimdi gelelim sayın Tekinay'ın kendi görüşlerine. Sayın Tekinay, — üzerinde mülkiyet hakkı olsun, olmasın — tapusuz gayrimenkullerin resmî şekle uyulmadan satılıp teslim edildikten sonra geri alınamıyacağını desteklemek için MK. 909 daki zilyedliğin eklenmesine, accessio possessionis'e dayanıyorlar. Diyorlar ki: «909 ncu madde, müruru zamandan istifade hakkına malik olan zilyede, bu haktan istifade hakkına malik olan evvelki zilyedin zilyedlik müddetini kendi müddetine eklemek yetkisini tanıyor; öyleyse tapusuz gayrimenkullerin şekilsizlik yüzünden batıl olan satışına dayanarak teslimine bir sonuç bağlamış, bu iktisabı himaye etmiş ve gayrimenkulün fariğ tarafından artık geri alınamıyacağını farzetmiştir. Bu 909 ncu maddenin, satıcının gayrimenkülü geri almasına engel olamıyacağı kabul edilirse, maddedeki «müruru zamandan istifade hakkına malikiyet» in mânası kalmazdı, olsa olsa fi'lî istifadeden bahsedilebilirdi.»

Kanaatimce, sayın Tekinay'ın md. 909 un selefin zilyedlik süresini ekleme yetkisi vermesinden, resmî şekle uyulmadan devredilen tapusuz gayrimenkulün geri alınamıyacağı sonucunu çıkarması doğru değildir, dayanaksızdır, bu ikisi arasında hiçbir bağlılık yoktur. Bunun gibi, satıcının resmî şekle uymadan sattığı gayrimenkülü geri alabileceğinin, yoksa böyle hükümsüz bir satışın alıcıya gayrimenkulde zilyed olma hakkını vermeyeceğinin kabul edilmesi de maddedeki «müruru zamandan istifade etmek hakkına malik olan zilyed», ZGB. 941 in daha doğru ifadesiyle «iktisabî müruru zamana yetkili olan zilyed» sözlerini anlamsız bırakmaz. «İktisabî müruru zamana yetkili zilyed» sözlerinin anlamı, ZGB. 941 in son kısmından da anlaşılacağı üzere «zilyedliği iktisabî müruru zamana elverişli olan zilyed» demektir, yani malik gibi, nizasız, fasılasız zilyed demektir; yoksa tapusuz gayrimenkülü resmî şekle uymadan alan kimsenin, iktisabî müruru zaman süresi doluncaya dek gayrimenkulde kalabileceği demek değildir. Gerçekte bu maddeyi şöyle anlamak gere-

kir: «Malik tarafından şey geri alınmadıkça, iktisabî müruru zaman zilyedi (yani zilyedliği iktisabî müruru zamana elverişli zilyed), selefinin iktisabî müruru zaman zilyedliği süresini, kendi süresine ekliyebilir.» Fakat malik tarafından şeyin geri alınıp alınamayacağını bu madde çözmez, bu iş bu maddenin görev ve amacı, yani gayesi dışında kalır. Bu maddenin gayesi, zaman aşımından faydalanan zilyedi, seleflerinin zilyedlik sürelerinden de faydalandırmaktır. Bu, Roma hukukunda olduğu gibi bizim eski hukukumuzda da (bak. Sungurbey, İsviçre-Türk hukukuna göre iktisabî müruru zaman, İstanbul 1956, § 13, not 701) zaten kabul edilen bir prensiptir. MK. 909 un da bunun dışında başkaca bir görev ve gayesi yoktur. Görülüyor ki sayın Tekinay, maddeye, maddenin görev ve gayesini aşan başka bir görev ve gaye daha yükletmektedir ki böyle bir yorum doğru değildir.

Bence, tapuda kayıtlı olmıyan ve üzerinde mülkiyet hakkı da bulunmıyan gayrimenkullerde zilyedliğin devri vaadi akdi dediğimiz bu akdin caiz ve mümkün olduğu, Borçlar Kanunu, md. 19 dan pek âlâ çıkarılabilir. Bu, akit serbestliği prensibinin bir sonucudur. Kanunda yasak edilmiş olmadıkça bizde her türlü akit yapılabilir, yani aslolan akit serbestliğidir. Bizde belli akit tipleri sistemi yoktur, akitler «numerus clausus» değildir. İşte bu çeşit akitler, yasak edilmiş olmadıkları içindir ki muteberdir ve tapuda kayıtlı olmayıp üzerinde mülkiyet hakkı bulunmıyan bir gayrimenkulün satış akdinin de işbu zilyedliğin devri vaadi aktine tahvili de - yukarıda gösterildiği üzere - mümkündür.

Son olarak, sayın Tekinay'ın raporlarındaki asıl tenkidi gereken görüşe geliyorum. Ben, demin andığım yazımda (Tapusuz gayrimenkul tasarrufunun ve satışının hukukî mahiyeti, Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, 1950, s. 72/74) ve eserimde (İsviçre-Türk hukukuna göre iktisabî müruru zaman, § 5, not 328 ile 304) diyorum ki, tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkuller üzerinde **mülkiyet hakkı varsa** bunlarda mülkiyetin (tabii zilyedliğin de) devri vaadi söz konusudur; gayrimenkul mülkiyetinin devri vaadi ise MK. 634, Tapu K. 26, Noterlik K. 44 gereğince ancak resmî senetle olur ve mülkiyet te MK. 633, I ve 929/930 gereğince ancak tapuya tescil ile geçebilir. Böyle değil de tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkul üzerinde **mülkiyet hakkı da doğmamışsa**, yalnızca zilyedlik söz konusudur ve tarafların gerçek amaçları gözönünde tutularak ya da tahvil yoluyla zilyedliğin devri vaadi olarak muteberdir, diyorum. Sayın Tekinay ise buna karşı, benim tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkullerden üzerinde mülkiyet hakkı olanlarla olmıyanlar arasında böyle fark gözet-

memi doğru bulmuyor ve tahvili mümkün gördüğüme göre, bu müessese bilhassa şekil noksanlığını gidermeğe yaradığı için bunu üzerinde mülkiyet hakkı doğmuş olan gayrimenkullerin şekilsizce yapılan satışında da hattâ daha kolaylıkla uygulamam gerektiğini söylüyorlar; örnek diye aldıkları fevkalâde iktisabî müruru zamanla malik olmadan önce gayrimenkulün devrini muteber saydığım halde, malik olduktan ve hukukî durum daha kuvvetlendikten sonra ne gayrimenkulün iktisadî değerinde, ne de işlemin şekle bağlanmasını gerektiren düşüncelerde bir değişiklik olmamasına rağmen gayrimenkulün devrini hükümsüz saymam, tatmin edici değildir, adalete aykırıdır, buna sebep yoktur, diyorlar. — Bundan, benim üzerlerinde mülkiyet hakkı bulunmayan tapusuz gayrimenkul satışlarının butlanını sayın Prof. Postacıoğlu gibi malik olunmayan bir şeyin satışının hükümsüzlüğüne dayandırdığını çıkarıyorlar. — Tapu Sicili Nizamnamesi, md. 16 gereğince satıcının tasarruf yetkisi aranacağından tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkullerin tapu memuru önünde resmî satışının yapılamıyacağını, bu yüzden de böyle gayrimenkullerin ister istemez resmî olmıyan şekilde yapılacak satımlarının batıl olacağını söylüyorlar. — En son olarak da açıkça, tapusuz gayrimenkul malikinin zilyedliği devretmekle mülkiyeti de devredebileceğini, gerçi ben bu düşüncenin MK. 633, II ye aykırı olacağını söylüyorsam da bu maddenin me'hazında ifade edildiği gibi sicil dışı müktesibin ancak «tapu sicilinde tasarruf edemiyeceğini», öyleyse tapu sicili dışında tasarrufta bulunabileceğini söylüyorlar.

Oysaki yukarıda adı geçen yazı ve eserimde de belirttiğim üzere, tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkı varsa, bunların satışında mülkiyetin devri vaadi, mülkiyeti devir borcu söz konusu olduğundan bu denli önemli bir borca girecek satıcıyı MK. 634, Tapu K. 26, Noterlik K. 44 teki resmî şekille korumağa ihtiyaç vardır; sayın Tekinay'ın düşüncesinin tersine olarak, fevkalâde müruru zamanla malik olduktan sonra satıcının gayrimenkul üzerindeki hakkı zilyedlikten mülkiyete yükselmekte, bu yüzden de mülkiyeti devir borcuna girecek satıcıyı korumak için devir işlemini şekle bağlamak yolunda düşünceler de değişmektedir. — Resmî şekle uymadan yapıldığı için batıl olan gayrimenkul satışlarını, zilyedliğin devri vaadine tahvil edip muteber tutmak da, kanunun gayrimenkul malikini korumak amacını güden şekil hükümlerinin bu amacına aykırı olurdu, bu yoldan resmî şekil hükümlerinden sıyrılabilirdi. İşte bundan dolayıdır ki üzerinde mülkiyet hakkı bulunan tapusuz gayrimenkullerin şekilsizlik yüzünden batıl olan satışını,

zilyedliğin devri vaadine tahvil caiz değildir. — Sayın Tekinay'ın, benim bu görüşümden, Fransız hukuku etkisinde kalan sayın Postacıoğlu gibi benim de üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan tapusuz gayrimenkul satışlarının butlanını malik olunmayan bir şeyin satışının hükümsüzlüğüne dayandırdığım sonucunu çıkarması da doğru değildir; ben «İsviçre - Türk hukukuna göre iktisabî müruru zaman» adlı eserimde (s. 72, not 304 de) böyle gayrimenkullerin satışının yalnızca resmî şekle uymamak yüzünden batıl olacağından bahsediyor ve aynen şöyle diyorum: «Fikrimizce, zilyedliğin devri teahhüdünün muteberiyeti, tarafların gerçek maksadlarının bu yolda olmasına bağlı değildir. Çok defa mülkiyetin varlığına inanan tarafların gerçek maksatları satış (mülkiyetin de devri) olsa ve **resmî şekle riayetsizlik yüzünden** satım akdi batıl bulunsa dahi, bu anlaşma **şekil şartı aranmayan** zilyedliğin devri teahhüdüne tahvil edilerek muteber sayılabilir.» Bundan dolayı, söylemediğimi söyleterek yapılan tenkidi kabul edemem. — Şunu da söyleyeyim ki sayın Tekinay, Tapu Sicili Nizamnamesi, md. 16 gereğince satıcının tasarruf yetkisi aranacağından tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkullerin tapu memuru önünde resmî satışının yapılamıyacağını, bu yüzden de böyle gayrimenkullerin ister istemez resmî olmıyan şekilde yapılacak satımlarının batıl olacağını söylüyorlarsa da bence, Alman hukuk sisteminde olduğu gibi İsviçre-Türk hukuk sisteminde de satım akdi yalnızca bir borçlanma işlemi, yani iltizamî muamele olduğundan tapu memurunun yalnızca bu akdi senetlemek için tasarruf yetkisi araması gerekmez; bundan dolayı tapusuz gayrimenkullerin tapu memuru önünde de resmî şekilde satım akitleri yapılabilir. Bence, tapu memuru önündeki satım akdi, ancak Tapu Sicili Nizamnamesinin bundan bir önceki, yani 15 nci maddesinin son cümlesinde gösterildiği üzere bir tasarruf işlemi mahiyetinde olan tescil talebi'ni de ihtiva takdirdedir ki tapu memuru böylece talep'te de bulunan satıcının tasarruf yetkisini arıyacaktır. Tapu Sicili Nizamnamesi, md. 16, I hep talep'ten bahseden yerine ve bizim hukuk sistemimizin temel prensiplerine uygun bir yolda, onları bozmıyacak, onlara aykırı düşmiyecek bir yolda böylece yorumlanmak gerekir. — Son olarak ileri sürülen tapusuz gayrimenkul malikinin zilyedliği devretmekle mülkiyeti de devredebileceği düşüncesine gelince, İsviçre-Türk MK. larının temel prensiplerine aykırı olan bu düşünce, daha önce Ankara Hukuk Fakültesi doçentlerinden sayın Bayan Jale Güral (Akipek) tarafından da ileri sürülmüştü, ben bunu «İsviçre-Türk hukukuna göre iktisabî müruru zaman» adlı eserimde, s. 84/85, not 336 da çürütmüştüm. Daha sonra bunu Bay Safa (Oyman) Reisoğlu da ileri sürmüştü,

şimdi de sayın 'Tekinay'ın benimsediğini görüyoruz. Şunu belirtmek isterim ki ben eserimde bu düşüncenin yalnızca MK. 633, II ye, yani sicil dışı müktesibin açıklayıcı (izharî) tescilden önce tasarrufta bulunamayacağı yolundaki düzenleyici kurala değil, Medenî Kanunumuzun baş-prensiplerinden olan gerek MK. 634, Tapu K. 26, Noterlik K. 44 teki resmî şekil, gerekse MK. 633, I ile 929/930 daki tescil gereği prensiplerine aykırı olduğunu göstermiştim. (S. 81, not 328 ile S. 85, not 336 ya bakınız.) S. 85, not 336 da bu konudaki sözlerimi de aynen şöyle bitiriyordum : «Görülüyor ki, kanunkoyucu MK. 633, II deki yasakla sicilin intizamı bakımından izharî tescillerin de yaptırılmasını temin için dolayısıyla bir tazyik mekanizması kurmak isterken, bu telâkki ile yalnız sözü geçen mekanizma değil, MK. 633, I ve 929/930 daki tescilin lüzumu prensibi de yıkılmaktadır.» İsviçre-Türk Medenî Kanununun bu iki ana-prensibini bir yana bırakarak, çiğneyerek, MK. 633, II nin me'hazındaki sicil dışı müktesibin ancak «tapu sicilinde tasarruf edemiyeceği» ibaresinden, «öyleyse tapu sicili dışında tasarruf edebilir» sonucunu çıkarmak ise doğrusu şaşılacak bir yoruştur. Gerçi yukarıda andığım nottan bir öncekinde, yani not 335 te de Haab ile Gloor'a dayanarak belirttiğim üzere, sicil dışı müktesip yalnız tapuya tescil ile yapılabilen tasarrufları ilkin kendi mülkiyetini açıklayıcı tescil ettirmedikçe yapamaz; yoksa icra memuru tarafından cibrî icra ihalesi gibi tasarruf işleminin tapu sicili dışında yapılabileceği durumlarda ilkin sicil dışı malik adına açıklayıcı tescil yapılmadan da böyle tasarruflar yapılabilir. Ne var ki malik tarafından mülkiyetin nakli, tapu sicilinde yapılması gereken başlıca tasarruf olduğundan bu tasarruf için tapusuz gayrimenkulün önce MK. 633, II gereğince malik adına tapuya kayıt ve mülkiyet hakkını açıklayıcı tescil edilmesi, sonra da MK. 633, I ile 929/930 gereğince tapu sicilindeki malikin yazılı talebi üzerine müktesip adına ayrıca kurucu (ihdasî) bir tescilin yapılması gerekir. Bunda bütün yazarlar arasında tam bir görüş birliği vardır. (Adı geçen eserimde s. 85, not 336 ile orada anılan Wieland, Art. 656, 7 b, Leemann, Art. 656, N. 37, Gloor, S. 18, 23/25, Haab, Art. 656, N. 33 e bakınız.)

### Prof. Dr. İlhan POSTACIOĞLU

«Prof. Karafakih'in Şemsettin Temizer merhumun bir nüktelerini burada nakletmesi üzerine Doç. Sungurbey arkadaşımızın bunu münakaşa konusu yapmasını lüzumsuz buldum. Bu bizde oldukça yaygın bir hâlet-i ruhiyeye delâlet ettiği için bu tarz münakaşaların faydasızlığını belirtmek isterim. Medenî Kanunun İsviçre'den iktisabı ve İcra İflâs Ka-

nunun keza İsviçre'den alınması üzerine bu hareketlerin isabet derecesini tayin için, meselenin usta bir terzinin elinden çıkmış hazır elbise mi, yoksa acemi bir terziye diktirilecek ısmarlama elbisenin mi mürec-cah olduğu meselesi etrafında hararetli münâşakalar yapılmıştır. Sanki yabancı kanunların iktibası gibi hayatî meselelerin halli bu teşbihler üzerinde yapılan münakaşanın neticesine bağlı imiş gibi davranılmaktadır. Bu, tabiatıyla asla doğru değildir. Frenkçe bir darbu meselin dediği gibi «Comparaison n'est pas raison.» Onun için bu usullerden vaz geçelim.

Tekinay'ın exposé'sine gelince burada şimdiye kadar serdedilmemiş bir görüş müdafaa edilmektedir. Meseleye yeni bir ışık gönderilmiştir. Bunun henüz fikirlerimde bir tebeddül husule getirmiş olduğunu söyleyemem. Fakat üzerinde düşünmem ve tetkikler yapmam icabeden bir fikir karşısında olduğumu itiraf ederim. Bu bakımdan müellifi bu orijinal görüşünden dolayı tebrik ederim. Doç. Tekinay'ın tahlili tapuya raptedilmemiş gayrimenkullerin satışının bunlar üzerinde henüz mülkiyet teessüs etmemiş bulunduğu müddetçe «Vente de chose future» müstakbelde elde edilecek malların satışı mahiyetinde olduğunu ortaya koymağa müncer oluyor. Binaenaleyh Tekinay'ın sistemi içinde kalmak suretiyle kendisine şu suali tevcih etmek isterim: Tapuya raptedilmemiş bir gayrimenkule 20 sene müddetle zilyed bulunan şahıs lehine mülkiyetin tescilden önce tahakkuk ettiğini Tekinay kabul ediyor ve böyle bir gayrimenkul resmî senetle satıldığı takdirde bu satışın müşteriye tescilli istiyebilmek hakkını vereceği neticesini de aynı zamanda kabul etmiş oluyor. Tasavvur edelim ki zilyedliği 15 seneye baliğ olmuş bir şahıs bana gayri müseccel bulunan gayrimenkulünü resmî senetle satmış, fakat zilyedliğini bana devir ve teslim etmemiş olsun. Tekinay'a göre ben bu durumda âkidimden yalnız tazminat istiyebileceğim. Fakat ben bu tazminat talebini serdetmekte istical etmeyip hakkımı müruru zamana uğratmadan meselâ mukavele tarihinden itibaren 7 sene sonra gayrimenkulün namıma tescilini istiyemiyecek miyim? Çünkü 7 sene sonra dâva hakkımı kullanmak istediğim vakit müktakbel şey artık âkidimin mâmlekine dahil bulunmuştur. Bu cihet hakkında Tekinay'ın ne düşündüğünü bilmek isterim.»

### Doç. Dr. İsmet SUNGURBEY

«Eski Yargıtay başkanlarından Bay Şemsettin Temizer, Medenî Kanunu Mecelle anlayışıyla yorumlamış, bu yolda içtihatta bulunmuş, bunu anlatmak için de «Fıraklı adama (yani MK. a) sarık sardırdım.» demiş.

İşte ben, bu istiare ile — sayın Postacıoğlu buna «teşbih» diyorlarsa da gerçekte bu teşbih değil, «istiare» dir — anlatılmak istenen ve bizde on yıl önceye kadar sık rastlanan bu yanlış yorum ve uygulama metodunu tenkit ettim, tenkit etmeyi gerekli gördüm, gene de pek gerekli ve önemli görürüm. Çünkü İsviçre-Türk Medenî Kanununa uymıyan yanlış birçok Yargıtay kararları, hattâ içtihatları birleştirme kararları, bu yanlış metodun ürünleridir. «Fıraklı adama (MK. a) sarık sardırmak» istiaresine gelince, bunu ben değil, Bay Şemsettin Temizer yaptığına göre, sayın Postacıoğlu'nun itirazının muhatabı, hedefi de o olmak gerekirken bunu bana yöneltmelerini doğru bulmuyorum.»

### **Avukat Vahap BUCAK**

«Sayın Doçent Selâhattin Sulhi Tekinay, kanundaki «tapusuz yerler» kelimesinden hareket ediyor. Müeyyidesiz bir hak, hak değildir. Eğer tapusuz bir yeri ben satamıyacak isem, bunun üzerinde neden durayım. Müeyyidesi de yoktur.

Sonra bizde 1515 sayılı bir kanun vardır. Bundan ihtilâflar çıktı. Bundan bahsedilmedi.

Bir de Temyiz Mahkemesi «Zilyedlik bir aynî haktır.» diyor. Aynî haklar da tapuya geçeceklerdir. Niçin ben bu hakkımı mahkemeye müracaatla temin edemiyeyim?»

### **Asistan Dr. Kemal OĞUZMAN**

«Kıymetli arkadaşımız Selâhattin Sulhi Bey'den iki noktayı cevaplandırmasını rica edeceğim:

Birinci nokta şu: Arkadaşımıza göre tapusuz bir gayrimenkul üzerinde bir mülkiyet olabilir ki bu bizce de doğrudur. Gene arkadaşımıza göre bu mülkiyet tapu sicili dışında zilyedliğin devri yolu ile başkasına devredilebilir. İşte anlıyamadığımız nokta bu. Mülkiyetin tapu sicili dışındaki bu devri bir tescilsiz iktisap hali teşkil edeceğine göre bunun kanunî mesnedi nedir? Bize göre böyle bir intikal mümkün değildir, hukukî mesnedi yoktur.

İkinci noktaya gelince: Kıymetli arkadaşımıza göre tapusuz gayrimenkullerde zilyedliğin devrine muteberlik sağlayan hüküm Medenî Kanununun 909 uncu maddesidir. Kanaatimizce böyle bir düşünce bu maddeye tersine bir rol oynatmaya müncer olur. Zira 909 uncu madde zilyedliğin devrine muteberlik sağlayan bir hüküm değil, zilyedliğin devri muteber olduğu takdirde önceki zilyedliğin yeni zilyedin zilyedliğine ilâve edilebileceğini bildiren bir hükümdür. Yani bu madde muteber ol-

mıyan zilyedliğin devrini muteber kılacak bir hüküm değildir. O, sadece muteber devrin neticesini nizamlar. Neticeyi nizamlıyan hükme sebep rolü oynatmağa imkân yoktur.»

### Yargıç Senâî OLGAÇ

«Sayın Doçent Doktor Selâhattin Sulhi Tekinay'ı, bu kıymetli raporlarından dolayı tebrik ederim. Buldukları hal şekli bana da uygun geldi. Hakikaten Medenî Kanununun 909 uncu maddesinin 639 uncu maddenin birinci fıkrası ile mukayesesinden, tapuda kaydı bulunmayan gayrimenkullerin zilyedliğinin bir satış suretile devrinin mümkün olduğu neticesine varılıyor. Bu husus Tevhidi İçtihat Genel Kurulunun 9/10/946 tarihli içtihadı birleştirme kararında dahi gözönünde tutulmuş ve aslî ve fer'î zilyedlikten hangisinin iktisap edildiği hususu naklin dayandığı hukukî münasebetlerin mahiyetine bakılarak hallolunacağı ve mülkiyetten mücerret zilyetliğin devrine cevaz olduğu, Medenî Kanununun 909 uncu maddesinde «Zaman aşımından faydalanmak hakkına mâlik olan zilyed, bu haktan faydalanma selâhiyetine mâlik evvelki zilyedin zilyedliğini kendi müddetine ekliyebilir.» hükmü ile gösterilmiştir. Zilyedlik müddetlerinin birbirlerine eklenebilmesi bunlar arasında hukukî bir ittisalin mevcudiyetini gösterir. Bu hukukî ittisalin mahiyeti, bağışlayan ile bağış alan, satıcı ile alıcı, muris ile varis gibi kimseler arasında kanunî veya akdî münasebetlerle izah olunur. Ancak, bu tevhidi içtihat kararında zilyedlik aynî bir hak olarak kabul edilmiştir. Zilyedlik, «menkul veya gayrimenkul bir malı, inhisarî bir şekilde elinde bulundurarak maddî bakımdan onu istimal veya ondan istifade etmekten ibarettir.» olarak yapılan tarifî kabul etmiş bulunduğuma göre, zilyedliği; bir şey'in üzerindeki fiilî hâkimiyet olarak sayıyor ve tevhidi içtihadın, o yöne dayanan esbabı mucibesinin doğru olamayacağı fikrinde bulunuyorum.»

### Doç. Dr. Halit Kemal ELBİR

«1946 tevhid-i içtihat kararı, zilyedlik için bir aynî haktır, diyor. Sayın Senâî Olgaç Bey, bunu fi'lî bir durum olarak tavsif ettiler. Ben de bu fikirdeyim. Türk doktrininde Doç. Zahit İmre «Samim Gönensay'a armağan» da çıkan bir etüdünde aynî hak temayülüne işaret eder. Alman hukukunda zilyedlik için: 1) Fi'lî bir durumdur; 2) Aynî haktır; 3) Sui generis bir haktır, deniyor ki, Zahit İmre'nin kanaati de bu sonuncusudur.»



### Prof. Dr. Kemal Tahir GÜRSOY

«Memlekette pek çok tapusuz gayrimenkul vardır. Sayın raportör, 909 uncu maddeye istinat ediyor. Bu doğru değildir. Görünüş buna uygun ise de, acaba satış akdi bahis mevzuu olabilir mi? Bu araştırılmalıdır.

Hukuk elbiseye benzer; memleketin ihtiyacına göre muayyen hal tarzı, şey ve mülkiyet mefhumlarını genişletip bünyemize uydurmaktır.

Temyiz Mahkemesi, 1946 tevhid-i içtihadı ile Medenî Kanununun 1 inci maddesini tatbik edebilmiştir. Bu boşluk artık doldurulmuştur.»

### Avukat Orhan ARSAL

«Muhterem meslekdaşım Salâhattin Sulhi'nin raporu, kendi ifadesiyle de teyit eylediği üzere, % 80 miktarında olduğunu tahmin eylediği «tapusuz gayrimenkullere tedavül kabiliyeti vermek» gayesini istihdaf etmektedir.

Saygı değer raportörün tapusuz gayrimenkule tedavül kabiliyeti verebilmek için öne sürdüğü çare ise, bâtil olduğunu kabul eylediği akdin «ifa» kısmını, Medenî Kanununun 909 uncu maddesine müsteniden, muteber saymaktır.

Bu suretle, tapusuz gayrimenkulünü satan kimse, bunu rızasıyla alıcıya teslim eylemiş ise akdin butlanına dayanarak istirdat edemiyecektir.

Bu görüş, kanunun açıkça bâtil addettiği bir muameleye sıhhat vermek arzusunu ifade eder ki, tahlilin sonu, korkarım, kanunun sarıh bir nehyini bertaraf etmeye, yani «kanuna karşı hileye» müncer olur.

Kaldı ki, bâtil akdin «ifa» kısmını muteber saymak sadece «teslim» şartının vukuuna tâlik edilemez. Zira «ifa» bir vecibe tazammun ettiğine göre, eğer muteber sayılacaksa, henüz «teslim» vâki olmamış bulunduğu hallerde de «ifaya icbar» hakkının da mevcudiyetini kabul mantikî bir zarurettir. Çünkü aksini mütalâa bir «contradictio in adjecto» olur.

Bana kalırsa, ne temyiz mahkemesinin zilyedliği bir aynî hak sayması doğrudur, ne de bir akitde meknuz «kasit» cüz'üne «hakikî maksat» rengi vererek «tahvil» müessesesinden istianeye cevaz vardır. Esasen İsmet Sungurbey'in görüşüne iltihak eden arkadaşlarımızın teklif ettikleri anlayışa, «kalp ve ifrağ» ihtiva etmediğine göre, tahvil değil ancak «tak-sir» sistemi denebilir ki biraz evvel arzettiğim neticeyi değiştirmez.

O halde yapılacak iş nedir? Nâçiz kanaatime göre zilyedliğin hüsnüniyetle iktisabı rizaen teslim hallerinde alıcıyı himaye için kâfi olduğu gibi Borçlar Kanununun 62 nci maddesi, bir bedel mukabilinde bir şeyi başkasına veren kimse hata iddiasında bulunamayacağına göre, is-

tirda da mânidir. Bu itibarla gayrimenkul zilyedliğini bir aynî hak telâki etmeyen anlayışın ışığı altında butlanın neticelerini mütalâa gerektir. Dikkat etmek lâzımdır ki bâtıl olan akit gayrimenkul mülkiyetinin devridir ve bu itibarla hiçbir hukukî netice tevhit etmez. Bu bâtıl akit zımında eğer iki taraf vecibelerini yerine getirmemişlerse her ikisi de birbirinden bir şey isteyemez. Taraflardan biri vecibesini yerine getirmişse diğerini borcunu edaya icbar edemez, ancak haklı bir sebep olmadığı için verdiği istirdat edebilir. Fakat her ikisi de vecibelerini yerine getirmiş iseler, bâtıl akit, hiçbir hukukî netice tevhit edemiyeceği için ifa edilmiş sayılamaz. Bilâkis bu bâtıl akit dışında ve ondan tamamen müstakil, bedelin kabzını takiben gayrimenkulün teslimi anında tekevvün eden, zilyedliğin satışından ibaret yeni bir hukukî «işlem» meydana gelmiştir ki taraflar elde ettiklerini hüsnüniyetle ve haklı bir sebebe müsteniden «kabz» ettikleri cihetle «muhafaza» ettikleri için mütekabilen «iade» etmekle mükellef değildirler. Çünkü bu «işlem» inkâr edilemez ki, bir «eksik borç» un edasından ibarettir.»

(Bundan sonra, raportör **Doç. Dr. Selâhattin Sulhi TEKİNAY**'ın, raporu üzerine konuşmuş olanları cevaplandırmasıyla raporun görüşülmesi sona ermiştir.)