

MUKAVELELERİN ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARA KARŞI İSPAT ŞEKLİ *

Doçent Dr. İlhan E. Postacıoğlu

Mevzuumuza doğrudan doğruya girmeden önce bir noktayı tazyih etmekliğimiz icap ediyor. Esas itibariyle mukaveleler yalnız bunlara taraf olmuş kimseler yani âkitler arasında netice husule getirir. Mukaveleler, âkitlerden gayri şahıslar hakkında müessir bulunmuyor ve hüküm ifade etmiyorlarsa buna sebep mukavelelerin yalnız şahsî mahiyette haklar tevhit etmesidir. Herkese karşı hüküm ifade eden hukukî vaziyetler ise aynı hak şeklinde tecelli etmektedir. Binaenaleyh şahsî mahiyette, yani alacaklı ile borçlu arasında netice tevhit eden mukaveleler, üçüncü şahıslara sari olamayacağına göre, onlara karşı da ispat edilmesi bahis mevzuu olmamak icap eder.

Fakat böyle bir netice, fazla acele verilmiş bir hüküm mahiyetini haiz bulunur. Filhakika bir yandan taraflar ve diğer yandan bunlara tamamen yabancı olan ve bu itibarla tam mânasiyle üçüncü şahıs telâkki edilmesi icap eden şahıslar arasında yer alan bir kategori mevcuttur ki bu kategorideki şahıslar esas itibariyle âkitler arasında münakit bulunmuş mukavelelerin hüküm ve tesirinden büsbütün azade kalmamaktadırlar. Üçüncü şahıslarla bizzat taraflar arasında yer alan bu kimselere Fransız hukukunda *ayant - cause* denilmektedir ki bu tâbir hukuk dilimize *hukukî halef* olarak intikal etmiş bulunmaktadır.

İşte mukavelelerin üçüncü şahıslara karşı tesir ve ispatı denildiği vakit anlaşılması icap eden şey bunların hukukî haleflere karşı tesir ve ispat şeklidir. Ancak hukukî halefler içinde de ayrıca muhtelif kategoriler görmek ve gözetmek imkânı vardır. Evvelâ doğrudan doğruya aktin tarafları ile şahsî vahit şeklinde görülen ve böylece mutalâası zarurî olan hukukî halefler ki mirasçılardır. Bunlar taraflarla üçüncü şahıs arasında kalan sahada yer almaktan ziyade taraf mefhumuna dahil

*) İzmir Barosunda 19 Şubat 1953 tarihinde verilen konferansın genişletilmiş metnidir.

bulunurlar. Fakat bunların dışındaki hukukî halefler hiç olmazsa mevzuumuz bakımından daha ziyade üçüncü şahıs mefhumuna yaklaşmaktadır ki bunlar *hususî bir sebebe mebni hukukî haleflerle*, küllî hukukî halefler içinde yer alan *alacaklılardır*. Esasen, mevzuumuzun tetkikini bu iki mefhum zaviyesinde ele almaktayız. Evvelâ hususî bir sebebe mebni hukukî haleflere karşı mukavelelerin ispat şekli ne gibi hususiyetler arzedecektir. Saniyen alacaklılara karşı mukavelelerin ispatında ne gibi hususiyetlerle karşılaşmak imkânı vardır. İşte tetkikimizin istinat edeceği başlıca iki temel bu saydıklarımız olacaktır. Görülecektir ki tamamen hukuk tekniğini alâkadar eden bu sahada dahi hukukî hayat içtimaî hayatın ihtiyaç ve tesirinden âzade kalamamış ve çerçevesini teşkil eden kanunî metinler aynı kaldığı halde bu ihtiyaçlarla muvazi olarak ivicaçlar ve tahavvüller kaydeylemiştir. Ancak bunu peşin bir hüküm olarak ifade etmekten ziyade tetkikatımızın sonunda nihaî bir müşahede olarak tespit etmekteyiz daha yerinde olacaktır.

I

Mevzuumuzun ilk kısmında kendimize sormaklığımız icap eden sual şu olmalıdır. Hususî sebebe mebni hukukî halef ne demektir? Muayyen ve müşahhas bir hakkı bir diğerinden iktisap eden şahıs bu hakkı kendisine devreden şahıs hukukî halefidir. Müşterile bayi, mevhubunlehle vahip (bağışlananla bağışlayan), alacağı temellük edenle temlik eden halef selef vaziyetindedirler. Buradaki halefiyet muayyen bir hakka taallük ettiği ve satış, hibe, alacağın temliki gibi muayyen bir muameleye mebni tahakkuk eylediği için hususî sebebe mebni halefiyet mevzuubahis olmaktadır.

İmdi hususî hukukî halefin haiz olduğu hakkın şümulü bizzat selefinin haiz olduğu hakkın şümulüne ve muhtevasına muadildir. (Kimse hakkından fazlasını devredemez) tarzında ifadesi mümkün olan hukukî vecize de hususî hukukî halefler hakkında bilhassa hüküm ifade etmektedir. Ancak yine bilindiği üzere aynı hak sahasında kanunumuz zilyetlik ve tapu sicili durumuna hüsnüniyetle istinat etmiş olan müktesipler lehine mühim istisnalar vazeylemiştir. Ve esasen aynı hak menkullerde zilyedliğin devri ve gayrimenkullerde tapuya tescil ile iktisap edileceğinden bu şartların mükerrer olarak muhtelif şahıslar lehine tahakkuku ise kaideten bahis mevzuu olamadığı cihetle aynı hak mevzuunda muhtelif hususî haleflerle karşılaşmak ihtimali bundan böyle bertaraf edilmiş bulunmaktadır.

Şahsî haklar mevzuunda ise zilyetlik esas itibariyle bahis mevzuu olamayacağına göre burada kıstas şahsî hakkı daha evvel kim iktisap etmiş ise hakkın onun lehine sübut bulacağıdır. Fakat iki hususî halef arasında kimin daha önce hakkı iktisap etmiş olduğu ne şekilde sübut bulacaktır? İşte bu suali vazetmekle mevzuumuzun tâbir caizse kalbgâhına gelmiş oluyoruz.

Sualimizin cevabını H. U. M. K. nun 299 uncu maddesi vermektedir. (İmzası ikrar veya mahkemece onun olduğuna hükmolunan gayri resmî senet tarihi imza edenle *mirasçılar hakkında muteber olup üçüncü kimseler hakkında hüküm ifade etmez.*

Bir senedin kendisine ibraz olunduğu kâtibi âdil (Noter) veya selâhiyettar memur tarafından alelusul tasdik edilmiş ise ibraz tarihi veyahut imza edenlerden birinin vefatı tarihi veya imza etmesine imkânı maddiyi selbeden bir hâdisenin vukuu tarihi veya o senedin bir muameleyi resmiyeye esas ittihaz kılındığı tarih üçüncü şahıslar hakkında da muteber addolunur. Bu nevi senetlerde bahsolunan sair senetlerin tarihleri üçüncü şahıslar hakkında ancak son senet tarihinin musaddak addolunduğu tarihten itibar olunur.)

H. U. M. K. nun 300 üncü maddesi de ibra ve kabzı mutazammın senedatin tarihi ile tüccarların muamelâtı ticariyelerinden dolayı verdikleri senet tarihlerini bu hükümden müstesna tutmaktadır.

Evvelâ tasrih edelim ki senet denilince sadece bir tarafın borç ikrarlarını ihtiva eden beyanlar değil, fakat herhangi bir hukukî muameleyi ezcümle bir mukaveleyi tespit sadedinde tanzim edilmiş vesikaları anlamak lâzımdır. Nitekim Fransız Kanununun bu maddeye tekabül eden maddesi (*Acte*) demektir ki herhangi bir hukukî muamelenin yazılı olduğu vesika demektir ¹.

İmdi 299. maddede üçüncü şahıs tâbirinden anlaşılması icap eden mefhum işte hususî sebebe müsteniden hukukî halef dediğimiz şahıslardır. Daha doğrusu hususî bir sebebe müsteniden diğerinin hukukî halefi mevkiinde bulunan şahıs, kendi hukukî selefinin âkitlerine nazaran üçüncü şahıs mevkiindedir. Öyle ki müşterek selefi hukukîleri olan hukukî halefler birbirlerine karşı üçüncü şahıs durumundadırlar. Ve onların hukukunu siyanet edecek hüküm de biraz evvel bahsettiğimiz 299 uncu maddedir. Onların hukukunu siyanet edecek diyoruz. Çünkü müşterek hukukî selefi olan hukukî haleflerden birinin diğerine tercih edilmesi

1) 299 uncu maddenin mukabili olan 1328 inci maddenin iki taraflı anlaşmaları tespit eden senetlere de kabili tatbik olduğu hakkında Fransız müelliflerinde şüphe yoktur. Bk. ezcümle Baudry - Lacantinerie, Obligations, cilt IV, no. 2376.

hangisinin diğere mukaddem olduğunun tespitine mütevakıftır. Böylelikle hukukî halefler bir ispat meselesi karşısında kalmakta ve onların hakkı bu ispatın neticesine muallâk bulunmaktadır. Bu ispat tarzının arzedeceği tehlikeler doğrudan doğruya onların hukukî durumunu tehdit etmektedir. Bu tehlikenin ciddiyetini bazı memleketlerin mevzuatı kabul etmiş, diğere bazı memleket mevzuatı ise burada umumî ispat kaidelerinden ve delil serbestisinden ayrılmayı icap ettirir bir sebep görmemiştir. Umumî hükümlerden ayrılmaya mahal görmiyen memleket mevzuatı içinde Alman Medenî Kanunu ile İsviçre Federal Medenî mevzuatını zikretmek mümkündür. Buna mukabil hukukî halefleri hususî ispat kaideleriyle birbirine karşı korumak lüzum ve ihtiyacını duyan memleketler başında Fransayı zikretmek lâzımdır. Biz de Medenî Kanunumuzu İsviçreden iktibas etmiş olmamıza rağmen bu hususta Fransız sistemine dahil bulunmaktayız. Filhakika biraz evvel zikrettiğimiz 299 uncu maddemiz Fransız Medenî Kanununun 1328 inci maddesinden ufak tefek bazı farklarla alınmıştır.

Fark bilhassa şurada toplanıyor ki Fransız kanunu imzanın Noterlikçe tasdikli olmadığı takdirde ancak imza sahibinin ölümü ile senedin kespi kat'iyet ettiğini kabul ettiği ve buna mukabil imza atmak kabiliyetinin ziyai vaziyetini meselâ ellerin bir kaza neticesinde kesilmiş olması durumunu senet tarihinin kat'iyet peyda etmesi için kâfi saymadığı halde Türk kanunu daha az şekilperest davranarak imza vaz'ına imkânı maddiyi selbeden bir hâdiseyi imza tarihinin kesbi kat'iyet etmesi bakımından kâfi görmektedir.

İşte mahiyetini bu suretle açıkladığımız 299 uncu maddenin aynı selefın muhtelif ve müteakip hukukî haleflerini birbirlerine karşı nasıl koruyacağını, bu fonksiyonu ne tarzda ifa edeceği meselesine gelirsek burada bazı müşahhas misaller üzerinde durmamız icap edecektir. Bu suretle aynı zamanda modern ihtiyaçlar karşısında 299 uncu maddenin tefsirine ne gibi yeni unsurlar getirildiğini de görmek kabil olacaktır sanırız.

Üzerinde kısaca duracağımız ilk misal matlûbun devri mevzuu olacaktır. Bir alacağın alacaklısı tarafından iki şahsa A ve B ye ayrı ayrı devredilmiş olduğunu farz edelim. Aynı alacağı devralan A ve B arasında tercihi nasıl yapacağız? Yani hangisine yapılmış olan devir muamelesi muteberdir. Buna karşı von Turh'un cevabı açıktır. Alacağı ilk defa kim devir almış ise ona yapılan temlik muteber, muahharan yapılmış olan temlik ise gayri muteberdir. İsviçre ve Türk sisteminin suale verdiği cevap budur. Ancak A ya mı yoksa B ye mi yapılan temlikin daha önce olduğu nasıl ispat olunacaktır sualine geldiğimiz vakit Türk huku-

kunun İsviçre sisteminden ayrılmakta olduğunu görüyoruz. İsviçrede temliklerden hangisinin daha önce yapılmış olduğu her türlü delillerle ispat olunabileceği halde Türk sisteminde ticarî olmıyan mevzularda böyle bir delil serbestisi vaziyetine yer verilmemiştir. Filhakika bu mevzu da delil serbestisini bertaraf eden hüküm işte üzerinde durmakta olduğumuz 299 uncu maddedir. A ile B arasında yapılacak tercihe temliklerin hakikî tarihleri esas olmıyacak bu husustaki kıstas ve ölçü 299 uncu madde mucibince kesbi kat'iyet etmiş olan tarih olacaktır. Eğer B kendisine bilâhare temlik vaki olmakla beraber temlik senedini Notere tasdik ettirmiş, bilâkis A bu formaliteyi yerine getirmemişse A böyle bir şıkta B'ye karşı kendisine vaki temlikle ihticaç edemeyecektir. Gerçekten bu durumda A'ya yapılmış olan temlikin hakikatta daha önce yapılmış olması haizi ehemmiyet değildir. Galebeyi çalacak taraf kanunî formaliteyi daha önce yerine getirmiş bulunan kimse olacaktır. Zira kanunî faraziye icabı onun hakkının mukaddem olduğu kabul edilecektir.

İlâve edelim ki şimdi yaptığımız tahlili Borçlar Kanununda cerh edecek bir hüküm de yoktur. Borçlar Kanunu yalnız devredilen alacağın borçlusu bakımından hususî bir hüküm sevketmiştir ki o da alacağı hüsnü niyetle ödendiği taktirde tediyesile borçtan kurtulacağıdır. Binaenaleyh A ile B den her kim temlik edilen alacağın borçlusu C'ye müracaat ederek alacağı tahsil ederse C diğer temlikten haberdar olmadığı müddetçe muteber bir surette tediye de bulunmuş olacaktır. Borçlar Kanununun C'ye temin ettiği bu hukukî vaziyet H. U. M. K. nun esaslarıyla de sarsılmış değildir. Çünkü H. U. M. K. C'yi, A ile B'ye karşı tediyesini tarihi musaddak senetle ispata mecbur etmemiştir. Zira 300 üncü madde mucibince makbuzlar 299 uncu maddenin hükmünden müstesna tutulmuştur. Fakat diğer cihetten bu durum A ile B arasındaki ihtilâfın kaydettiğimiz kıstaslara göre yani 299 uncu maddedeki hükümler dairesinde halline mâni değildir. Filhakika Borçlar Kanunu hüsnüniyetle tediye faraziyesinde tediye de bulunmuş şahsı, belirttiğimiz üzere, himaye etmiş olmakla beraber aynı alacağı ayrı ayrı muamelelerle aynı şahıstan devir almış olan şahıslar beyninde mevcut olabilecek tercih sebeplerini ayrıca mahfuz tutmuştur (B. K. m. 165). Daha açık söylemek lâzım gelirse hüsnüniyetle tediye yalnız tediye de bulunanı himaye etmekte yoksa aynı tediye hüsnüniyetle kabul etmiş olan şahsın aynı alacak üzerinde tercih sebebi olabilecek bir diğerine tercih edilmesini icap ve intaç eylememektedir.

Tahlilimize mevzu teşkil eden 299 uncu maddenin tatbik olunabileceği diğer bir mevzu da kiradır. Gerek aynı yer hakkında muhtelif kira akitlerinin yapılmış olması bakımından gerek yeni mal sahibi ile eski kiracılar arasındaki münasebetler noktasından 299 uncu madde geniş bir tatbik sahasına kavuşacak bir mahiyet ve istidattadır. Fakat itiraf etmek lâzımdır ki Türk mahkeme içtihatları 299 uncu maddeye lâyık olduğu ehemmiyeti vermemişlerdir. Bu bapta içtihatları tetkik edersek belki aynı zamanda 299 uncu maddenin hudutlarını ve bu madde hükmüne, kanunun başkaca maddelerine istinat etmek suretiyle getirilmesi melhuz istisnaların nelerden ibaret olabileceğini görmek fırsatını da elde edeceğiz. Fakat daha önce maddemizin tatbiki behemehal lâzım geldiği halde bu lâzime riayet ihtiyacını duymamış olan içtihatlar üzerinde durmaklığımız yerinde olacaktır.

Bilindiği üzere Borçlar Kanunu hükümleri yeni mal sahibini, eski malik tarafından yapılmış kira aktile, ancak feshi ihbar müddeti için mülzem tutmakta, buna mukabil Millî Korunma Kanunu da eski malik tarafından yapılmış olan kira aktini yeni malike karşı tamamen kabili dermeyan görmektedir. Fakat bunun için, noktai nazarımızca tahakkuku icap eden bir şart vardır ki o da kira aktinin eski malik tarafından henüz gayrimenkulün uhdesinden çıkmadığı bir tarihte yapılmış olduğunun 299 uncu madde hükümleri dahilinde sabit olmasıdır. Demek ki eski malikin akdettiği kira aktinin tarihi, Noterin tasdikine iktiran etmiş olmadıkça eski kiracının yeni malike karşı eski kira aktiyle ihticaç etmesi caiz değildir. Bu bakımdan, kiracı iddia ettiği kira akti hükümlerini eski malikin bilâhare vaki olabilecek beyanı ile de hiçbir suretle ispat edemez. Bu esaslara muhalefet etmiş olması itibariyle Temyiz Mahkemesi III. Dairesinin 20.5.1949 tarihinde müttefikane ittihaz etmiş olduğu kararı üzerinde durmaklığımız faydadan hali olmıyacaktır². Hâdisede kiracı mecuru eski mal sahibiyle yaptığı yazılı mukavele şartları mucibince sadece mesken olarak istimal etmesi lâzımgelirken aynı mahalde kızkardeşine terzilik yaptırmakta olduğundan yeni sahip tarafından kendisine karşı akte muhalefet sebebiyle tahliye dâvası açılmıştı. Dâvalı yazılı mukavele hükümlerini inkâr etmemekle beraber bilâhare eski mal sahibinin mecurda terzilik icrasına muvafakat eylemiş olduğunu bildirmiş ve müdafasını eski sahibin şهادetiyle ispata kalkışmıştır. Mahkeme eski mal sahibini dinlemiş ve onun da bu iddiayı teyit etmesi üzerine tahliye dâvasını reddeylemiştir. Temyizin kararı da aynen şu mealde olmuştur:

2) Tatbikatta Yargıtay Kararları 1950 .Sayı 19, sayfa 545.

«Âkit olan eski malikin mahkemedeki açık ifadesine göre kiralananda kiracının hemşiresinin terzilik yapmasına muvafakat eylediği cihetle olayda şarta riayetsizlik bahis konusu olamayacağına mebni temyiz olunan hükmünönanmasına oybirliğiyle».

Bu kararın arzelmekte olduğumuz hukukî esaslara ve doğrudan doğruya kanunun metnine aykırı olduğu şüphe götürmez. Temyiz mahkemesi âkit olan eski malik diyor fakat unutuyor ki yeni sahibin eski malikin tasarruflariyle mülzem olması için bu tasarrufların ferağdan önceki tarihte yapılmış olduğunun noter tasdikiyle sübut bulması lâzımdır. Zira yeni malik eski malikin hususî sebebe müsteniden hukukî halefi olmak itibariyle 299 uncu madde anlamı mucibince üçüncü şahıs mevkiinde bulunmaktadır. Binaenaleyh Yüksek Mahkememizin bu kararında kabul edilen hal tarzı açıkça kanuna muhalif sayılmak iktiza eder.

Yalnız şu var ki eğer dâvacı, hâdisede eski malikin dinlenmesine muvafakat etmişse bu takdirde, ve yalnız bu takdirde, Yüksek Mahkememizin kararını tenkit etmekten sarfınazar edebiliriz. Zira 299 uncu madde, hususî hukukî haleflerin menfaatlerini korumak onları sümmettedarik elde edilebilecek uydurma delillerin tehikesine karşı vikaye etmek maksadına matuf olduğundan bu bapta menfaati himaye edilmek istenilen şahısların açık feragati halinde bertaraf edilebilir. Fakat böyle bir feragat tahakkuk etmedikçe 299 uncu maddenin bertaraf edilmesi kanun metninin ihmali ve hattâ ihlâli mânasını taşıyacak vebundan böyle şayanı tenkid görölmek lâzım gelecektir.

İzahatımızın bu noktasına gelince 299 uncu maddenin meşru yollarla başka suretle bertaraf edilmesinin caiz olup olmadığının araştırılması yerinde olur. Bunun için de biraz evvelki misal üzerinde durabiliriz. Evet eski malikin muvafakati şahadetle veya onun mahkeme önünde beyaniyle ispat edilemeyecektir. Daha doğrusu onun muvafakati bu delillerle ispat edilmiş oldukça yeni maliki ilzam edecek mahiyette bulunmıyacaktır. Fakat yeni mal sahibinin, mevzuubahis muvafakate mülzem olması için acaba kendisinin ferağ tarihinde böyle bir muvafakate muttali olduğu isbat edilemez mi? Tâbiri ahırla onun mevzuubahis muvafakata ittilâi ispat olunduğu taktirde kendisinin ilzamı cihetine gidilmesi yerinde olmayacak mıdır?

Doğrusu Temyiz Mahkemesi alelittlâk muvafakatın ispatına gidecek yerde mezkûr muvafakate yeni malikin ittilâmının ispatı cihetine gitseydi verdiği karar kanuna aşırı bir tarzda aykırı düşmiyecekti. Filhakika üçüncü şahsın kendi hakkına taallûk eden mevzu üzerinde yapılmış mukaddem anlaşmaya vukufunun o anlaşmayı kendisine karşı kabili dermeyan hale getirip getirmediği münakaşaya değer bir mesele teşkil eder.

Her ne kadar hüsnüniyet kaidesi hususî hukukî halefin vukuf peyda ettiği mukavele hükümleriyle mülzem olmasını yerinde gösterebilirse de itiraf etmek gerektir ki hususî haleflerin serbest delil şekillerine karşı himayesi maksadına matuf olan 299 uncu madde hükmü buna cevaz göstermez. Zira mevcudiyet ve tarihi üçüncü şahıslara karşı noterin tasdikiyle sabit olacak mukavele hükümlerinin bu üçüncü şahıslar tarafından bilinmekte olduğu şahadetle ispat edilmek suretiyle onlara karşı kabili ihticaç bir mahiyet alacağı tecviz edilirse 299 uncu maddenin sağlayacağı himayenin nakıs kalmasından ürkmek yerinde olur. Nitekim maddemizin vatani olan Fransada 299 uncu maddenin böyle bilvasıta hırpalanmasına sureti umumiyede cevaz verilmemektedir³.

Ancak, 299 uncu maddenin bertaraf edilmesini intaç edecek başka konstrük siyonlar bahis mevzuu olmayacak mıdır? Bu suale cevabı yine kira mevzuunda arayacağız. Evvelki misalimizde mukaddem kira şartlarının yeni malike karşı ispatında 299 uncu maddenin mer'î olması icap edeceğini söylemiş ve bu hususta bir istisnaya yer verilemeyeceğini tebarüz ettirmiştik. Şimdi eski kiracının herhangi hususî hükümlerle ihticaç etmeyip sadece kiracı vasfı ile ihticaç etmekte olduğunu farz edelim. Yeni malik mecurun şagiline karşı füzulî işgal dâvası açmak isteyince bu şahıs gayrimenkulü sahibi evvelden kiralamış olduğunu ve gayrimenkule ferağ tarihinden evvel yerleşmiş bulunduğunu şahitle ispat edebilecek midir?

299 uncu madde sisteminde bu سوالin cevabı bir hayırdan ibarettir. Fakat eğer şagil ferağ tarihinden önce ve sonra gayrimenkulde bulunuyorsa onun bu durumu zilyetlik vaziyeti hasebiyle kâfi derecede açıklanmış telâkki olunamaz mı? Zilyetlik suretiyle aleniyete kavuşmuş bir durumla yeni mal sahibine karşı ihticaç edilmesi tabiiati eşyaya uygun düşmez mi?

Böylelikle 299 uncu maddenin kurduğu kanunî delil sistemiyle realist diyeceğimiz tezin karşılaştığını ve çarpıştığını müşahede etmekteyiz. Bu bapta münteşir karara tesadüf etmemekle beraber bildiğimize göre Türk hukuk tatbikatı tercihini daima realist tez lehine yapmıştır.

3) Aubry ve Rau, Cours de Droit Civil français, XII cilt, 5 inci tabı, § 756, not 138; Planiol - Ripert, Praité de Droit Ciciel cilt VII, Gabolde tarafından No. 1485; — Muhalif kanaatta Baudry - Lacantinerie Obligations cilt IV, no. 2374. Ancak alelâde vukufu kâfi görmeyip ekseriyeti teşkil eden müellifler üçüncü şahsın hukukî selefle hileli bir surette anlaşarak yani hile ve teşvikile ilk mukavlee hükümlerinin ihlâline bu tarzda sebebiyet vermesi halinde 1328 inci maddenin (bizim 299 uncu maddenin) himayesinden istifade edemeyeceğini ayrıca kaydediyorlar (Ezcümle Aubry ve Rau, op. cit. not 137).

Fransada da içtihatlar uzun müddet 299 uncu maddenin sistemine sadık kaldıkları halde son senelerde realist noktai nazara meyletmekte bulunmuşlardır. Mesele aynı mecurun müteakip kiracılara verilmesi halinde mevzuubahis olmuştur. Hâdisede ilk kiracı gayrimenkule yerleştirilmiş fakat onunla yapılan akit notere tasdik ettirilmediğinden üçüncü şahıslara yani muhtemel hukukî haleflere karşı kabili dermeyeran bir mahiyet almamıştı. Aynı yer hakkında ikinci kiracı ile akit yapılmış ve bu ikinci icar aktine resmî tarih verilmişti. İki kiracı arasında tahaddüs eden ihtilâfta Fransız Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi 14 Şubat 1950 tarihli kararında fiilî işgal durumunu resmî tarihe üstün tutmuş ve muahhar kiracının kira akti resmî tarihi haiz olmasına rağmen mukaddem fakat aynı zamanda zilyetliğe müntehi olmuş şifahî kira akti karşısında hüküm ifade etmemiştir⁴.

Şimdi Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından 299 uncu maddemize indirilen bu darbe acaba nasıl izah olunabilir?

Bu hususta muhtelif izah şekillerile karşılaşmak kabildir. Evvelâ bizzat Fransız Temyiz Mahkemesinin benimsediği hukukî mesnedi görelim. Yüksek Mahkeme mevzuubahs kararına varmak için mukavelelerin nisbî tesirini nazarı itibare almıştır. Bu fikre göre ikinci kiracı mal sahibiyle yaptığı kira aktine resmî tarih vermiş olsa bile bu kira akti kendisine nihayet mal sahibine karşı mecuru teslim dâvasını açmak hakkını bahşetmekte, yoksa mecurda daha evvel yerleşmiş başka bir şahsa karşı aynı kira aktine müsteniden bir mutalebede bulunmasına imkân bırakmamaktadır. Bu mucip sebepler müteakip kira vaziyetlerinde galebenin dâvalı mevkiinde bulunan şahsa bırakılması neticesine müncer olmaktadır. Demek oluyor ki bu sistem dahilinde galebe mecura yerleşmiş olan zilyede kalacaktır. Fakat dikkat edilsin, mecura ilk yerleşmiş olan kiracının diğer kiracile arasında tahaddüs edecek ihtilâftan muzaffer çıkması için arada zilyetliğine şu veya bu suretle nihayet verilmemiş, ve binaenaleyh kendisinin müddei mevkiine geçmeğe mecbur bırakılmamış olması lâzımdır. Demek oluyor ki, Fransız Temyiz Mahkemesinin gerekçeleri mecuru elinde tutan kiracıyı zilyet olarak korumaktan ziyade, zilyede karşı harekete geçen diğer kiracının ancak şahsî bir hakla ihticaç etmesi ve üçüncü şahıslara karşı nafiz olacak bir hukukî sebep dermeyeran eylememesi dolayısıyla ondan kanunî himayenin esirgenmesi mânasını tazammun ediyor.

Buna mukabil Poitiers Hukuk Fakültesi Dekanı Profesör Carbonnier binayı işgal etmiş kiracıyı haklı görmekle beraber aynı hal tarzına vasıl

4) Revue trimestrielle de Droit Civil 1950, sah. 371.

olmak için farklı gerekçelere istinat eylemiştir⁴. Profesöre göre, Temyiz Mahkemesinin vermiş olduğu hal tarzı şagilin kiracılık sıfatının diğerine karşı tanınmış olması fikrini bizzarure tazammun eder. Zira bu kabul edilmediği taktirde müddeaaaleyhin müdafaası mesnetsiz kalacaktır.

Binaenaleyh şagil ikinci kiracıya tercih ediliyorsa buna sebep işgaline mesnet teşkil eden ilk kiranın daha önce yapılmış olması ve bu cihetin de mecuru tesellüm eylemiş olması itibariyle sübut bulmasıdır. Zira Carbonnier'ye göre mecurun tesellüm tarihini 299 uncu maddedeki formalitelere göre ispat mecburiyeti belki de yoktur. Şu bakımdan ki mecurun teslimini tediye teşbih etmek caizdir. Tediye tevsik eden makbuz ise, tarihine resmiyet verilmese bile üçüncü şahıslara karşı kabili dermeyandır. Şu halde ilk kiracı mecuru işgal etmiş olmakla kendi kira aktinin bu işgal tarihine nazaran ikinci ve resmî kira aktinden mukaddem olduğunu ispat edebilecektir.

Poitiers Fakültesi Dekanının bu muhakeme silsilesi Fransız Temyizinin mucip sebeplerine nazaran bizi farklı nitcelere isal edebilecek bir mahiyettedir. Evvelâ bu sistemde şagilin haklı çıkması için işgal tarihinin resmî kira aktinden önceki bir tarihe rastlaması lâzımdır. Halbuki Temyiz Mahkemesinin sisteminde ikinci kiracı sırf müddei mevkiinde bulunduğu için haksız çıkmış olduğundan mukavelesi diğerinin işgalinden önce resmiyete kavuşmuş bulursa dahi dâva müddeaaaleyh lehine hallolunmak icap edecektir. Saniyen Prof. Carbonnier'nin hal tarzı ilk kiracının işgali inkıtaa uğrasa dahi onun ikinci kiracıya karşı ilk kira aktiyle ihticaç edebilmesi imkânını kendisi için mahfuz tutmaktadır. Yani resmî tarihi haiz olan kira aktinin kiracısı fiilî bir vaziyet ihdas ederek ilk kiracının işgaline nihayet verdiği taktirde ilk kiracı müddei mevkiine geçmekle beraber kendisine evvelce vaki olmuş teslim keyfiyetiyle ihticaç edebilecek ve ikinci kiracıya karşı zafer elde edebilecektir. Halbuki Fransız Temyizinin gerekçeleri mecuru tesellüm eylemiş ve fakat ondan bilâhare uzaklaştırılmış olan kiracı için böyle bir imkânı mahfuz tutmuş gözükmemektedir.

Şimdi buiki noktai nazar arasında bir tercih yapmak lâzım gelirse bunun nazik bir iş olduğunu teslim ve itiraf ederiz. Fakat belki de bu mevzuda mukavelelerin nisbî tesirine mübalâğalı bir ehemmiyet vermekten çekinmelidir.

Evvelâ Carbonnier'nin tebarüz ettirdiği vehçile kiracıların himayesine matuf mevzuat kira aktine bir nevi aynî vasıf izafe etmiştir. Sonra bu ârizî sebebin yanında bir de kanaatimizce nazarı itibare alınabilecek şu nokta vardır ki şahsî bir alacak mahiyetini haiz olan bir hakkın devri muamelesini belki sadece tarafeyne münhasır

görmek doğru değildir. Çünkü bu devir dolayısıyla devredenin mamelekinden çıkmış olan mezkûr kıymeti muteber bir surette ikinci bir devir muamelesine mevzu yapmak mümkün olmamak iktiza eder. Bundan böyle mukavelelerin nisbî tesiri belki aynı hak şeklinde tasarrufu mevzuubahs olan haklar üzerinde girişilmiş ve bir taraflı satış vaatleri gibi henüz şahsî mahiyette kalmış olan taahhütlerde kendisini daha ziyade göstermektedir. Halbuki kiracılık hakları mahiyeti itibariyle şahsî hak safhasında kalacağı için bu hakların devrinde tarafeynin çerçevesini aşan bir şümül görmek imkânı belki de vardır. Bahusus ki kira aktinden mütevellit vecibeler ifa olunduğu vakit zilyetlik durumuna müntehi olmakta; zilyetlik durumu ise mahiyeti icabı üçüncü şahıslara karşı kabili dermeyan bir veçhe arz etmektedir. Hattâ bazı Fransız içtihatları kiracının muzaaf mahiyette bir hakkı olduğunu kendi mal sahibine karşı şahsî mahiyette bir mütalebe hakkını haiz bulunduğunu bilâkis üçüncü şahıslara ve ezcümle mal sahibinden aynı mecuru kiralamış olabilecek diğer müstecirlere karşı bunların müdahale ve tecavüzlerine mukabele olarak aynı bir hakla mücehhez olduğunu kabul etmişlerdir⁵. İşte bu sebeplerle Prof. Carbonnier'nin tediye ile teslim mefhumları arasında tesis ettiği benzerliğin biraz sun'î kalmasına rağmen ileri sürdüğü görüş mukavelenin icrasiyle mecurun tesellümü fikrine dayandığından binnetice zilyetlik mefhumuna yer vermekte ve bu itibarla Fransız Temyiz Mahkemesinin gerekçelerine üstün tutulmak iktiza etmektedir.

Esasen iki tez arasında tercih zorluğu daha ziyade kiracıya zilyet vasfını tanımak istemeyen Fransız hukuku bakımından varit bulunuyor. Türk hukuku kiracıya fer'î zilyet vasfını tanıdığına ve ona zilyetliğin himayesi hususunda dâva hakkını bahşeylediğine göre zilyetlik mefhumuna kıymet veren hal tarzının üstünlüğü Türk hukukunda bundan böyle daha kolay kabul edilebilecektir. Zaten ayrıca şayanı dikkattir ki İcra ve İflâs Kanunumuz yalnız icra sahasına münhasır kalmak üzere olsa da bu bapta zilyetlik kıstasını kabul etmiştir. Filhakika 276 ncı madde, üçüncü şahsın icra tetkik merciine ibraz olunmuş mukavele tarihinden önce mecuru işgal etmekte olduğu anlaşıldığı takdirde icra tetkik merciinin tahliye hakkında kararının infaz olunmayacağını beyan etmiştir. Diğer cihetten mahkemece verilmiş tahliye kararlarının icrasına müteallik olmak üzere sevk edilmiş 29 uncu maddenin derpiş etmediği haller için tatbikatımızda 276 ncı maddenin tatbikine gidilmekte ve bu

5) Seine Mahkemesinin 20 Haziran 1901 tarihli kararı (D. P. 1902.2.379) (Colin ve Capitant tarafından zikrolunmuş, Cours élémentaire de Droit Civil français, 8 inci tabı, No. 643, sah. 584, cilt II.).

suretle bahis konusu ettiğimiz 276 ncı madde şümulü bir tatbik sahasına kavuşmuş bulunmaktadır. Binaenaleyh 299 uncu maddenin tetkiki dolayısıyla şu nihaî müşahedeyi yapmak icap ediyor ki, kira münasebetlerinden doğan vaziyetlerde zilyetlik kıstası bu maddenin şümulünü daraltmaktadır. 299 uncu maddeye getirilen bu takyit bir dereceye kadar eşyanın tabiatından münbahis olduğu kadar biraz önce işaret edildiği üzere kanunlarımızda da ayrıca bir mesnet bulmuyor değildir.

II

299 uncu maddenin hususî sebebe mebni hukukî halefler hakkında tatbik şeklini gördükten sonra küllî haleflere tatbik kabiliyeti olup olmadığını araştırmamız icap eder. Fransada klâsik doktrin 299 uncu madde de bahis konusu edilen üçüncü şahıs mefhumuna küllî haleflerin dahil olmadığı tarzındadır. Şüphesiz mirasçılar bakımından bu görüş gayri kabili münakaşadır. Nitekim bizim kanunumuz mirasçıların bu bakımdan üçüncü şahıs olmadığını pek açık bir şekilde tasrih etmiştir. Ancak münakaşaya tahammülü olan cihet küllî halefler kategorisi içinde mütalâası kabil olan alacaklıların 299 uncu madde muvacehesinde üçüncü şahıs sayılıp sayılamıyacağıdır.

Fransada alacaklılar bakımından da sureti umumiyede verilen cevap bunların mirasçılar gibi üçüncü şahıs olmadığıdır. Fakat mirasçılardan farklı olarak bu hususta bir takım istisnalar kabul edilmektedir. Yalnız bu istisnaların ne olacağı hususunda müellifler veya mahkeme içtihatları arasında tam denilebilecek bir ittifak yoktur. Umumiyetle kabul edilen fikir, alacaklının, borçlusuna teb'an olmayıp müstakilen bir hak iddia ettiği vakit üçüncü şahıs sayılacağıdır. Burada göz önünde tutulan kıstas şudur ki, borçlu yaptığı muameleleri kendi namına yapmakla beraber, bu muamelelerde aynı zamanda alacaklılarını temsilen hareket ettiği farz olunabilecek durumda ise, alacaklılar o zaman üçüncü şahıs mevkiinde bulunmıyacaklardır. Bilâkis alacaklıların mevzuubahs muamelelerde temsil edilmiş oldukları farz edilemeyecek ahvalde — meselâ borçlu tarafından alacaklılarının haklarını ihlâl maksadiyle girişilen muamelelerde — alacaklılar üçüncü şahıs sayılacaklardır. Keza alacaklılar borçlularına teb'an değil de bizzat kendilerine kanunun bahşettiği salâhiyetlere müsteniden hak iktisap ettikleri taktirde bu hakkın mevzuunu teşkil eden şey ve kıymetlere müteallik borçlu tarafından girişilecek muamelelere nazaran alacaklılar yine üçüncü şahıs olarak mütalâa edileceklerdir⁶.

6) Bu hususta bakınız Baudry - Lacantinerie Obligations, Cilt IV, No. 2358-2362.

İzah edilen bu prensiplerin tatbiki cümlesinden olmak üzere, alacaklının haciz vazettirdiği mal üzerinde borçlunun girişebileceği muamelelerin hacizden mukaddem sayılabilmesi için bu muamelelere ait tarihlerin 1328 inci madde mucibince kesbi kat'iyet etmiş olması şartı aranmaktadır. Keza hacze mevzu teşkil eden bir alacak hakkında dahi aynı kaide cari bulunmak lâzım gelecektir. Çünkü (saisie-arrêt) ile alacaklı haczine mevzu teşkil eden alacak üzerinde müstakil bir hak iktisap etmiş bulunmaktadır. Ancak bazı müellifler (mal üzerinde haciz - saisie exécutoire) ile alacak üzerinde haczi ifade eden (saisie - arrêt) arasında bir mahiyet farkı görmekte, bu sonuncuyu icraî bir haciz telâkki etmiyerek alacaklının borçlusunun hakkında tab'an bir salâhiyet kullanmakta olduğunu ve binaenaleyh borçlusu tarafından o alacak hakkında girişilen muamelelerin tarihinin, noter tastikine hacet kalmaksızın haczi vazettirmiş alacaklıya müessir olacağını kabul etmektedirler. Bunu burada kaydetmekten maksadımız prensipler üzerindeki mutabakata rağmen teferrüatta görülebilecek tatbikat farklarına işaret etmektir.

Diğer cihetten müflisin muamelâtı bakımından da buna mümasil bir durum mevcuttur. Her ne kadar müflisin ticarî muamelâtı bakımından Fransız Medenî Kanununun 1328 inci maddesi (Türk H. U. M. K. 299) kabili tatbik değilse de, müflis tarafından yapılmış adî muamelât bakımından müflis alacaklılarının üçüncü şahıs sayılıp sayılmadığı Fransız hukukunda münazaalıdır. Bu bapta Fransada hâkim olan kanaat alacaklıların üçüncü şahıs sayılmaması icap ettiği merkezinde bulunmakla beraber muhalif görüşlere de rastlamak imkânsız değildir. Ezcümle Baudry - Lacantinerie iflâsın umumî haciz mânasına geleceği noktasından hareket ederek iflâs masasına dahil alacaklıların adî muameleler bakımından hâciz alacaklılar gibi üçüncü şahıs addolunması fikrine taraftardır⁷.

Nihayet alacaklılar borçlu tarafından kendilerinin haklarını ihlâl eden muameleler yapıldığını iddia ederek bunun iptaline tevessül ettikleri vakit, mevzuubahs muamelelerde borçluları tarafından temsil edilmiş sayılmıyacakları için üçüncü şahıslar gibi 1328 inci maddenin himayesinden müstefit olabileceklerdir⁷.

Görülüyor ki Fransada alacaklıların küllî halefler kategorisinde yer alıp almaması muhtelif faraziyelere göre mütalâa olunmakta ve bu bapta ayrıca ihtilâflar da eksik bulunmamaktadır. Bundan başka alacaklıların, 1328inci madde muvacehesinde daima üçüncü şahıs sayılması icap

7) Baudry - Lacantinerie, op. cit. No. 2360.

edeceği hakkında da ileri sürülmüş mütalâalar mevcuttur*. Bu mesele hakkında cephe almanın ehemmiyet arzedeceği diğer bir faraziyede muvazaalı temlikler dolayısıyla kendini göstermektedir. Faraziye bilhassa gayrimenkuller bakımından ayrıca hususiyet arzettiğinden üzerinde ehemmiyetle durulmak icap eder.

Bir gayrimenkulü iktisap etmiş olan şahsın alacaklısı mezkûr gayrimenkulü alacağı için haciz ettiği takdirde borçlu evvelce kendisine vaki temlikin muvazaaya müstenit olduğunu alacaklısına karşı alelâde bir senetle ispat edebilecek midir? Eğer müktesibin alacaklısı onun küllî halefi olmak dolayısıyla üçüncü şahıs değildir dersek taraflar arasında muvazaa ne yolda ispat edilirse ona karşı da aynı şekilde ispat edilebilecektir. Yani bu bapta tarafeyn beyninde tanzim edilmiş alelâde bir senet maksada kâfi gelecektir. Yok eğer müktesibin alacaklısını 299 uncu madde mânasında üçüncü şahıs telâkki ederseniz o zaman herhangi bir muvazaa senedinin kendisine karşı dermeyeran edilmesi bahis mevzuu olmayacak, muvazaayı tespit eden senedin dahî mevzuubahis ferağ tarihinde veya ferağdan sonra olsa bile hiç olmazsa alacaklının hakkının doğduğu tarihten önce tanzim edilmiş olduğunun 299 uncu maddedeki şartlar dahilinde ispat edilmesi lâzım gelecektir.

Fransada meselenin ehemmiyeti ikinci derecede kalmaktadır. Çünkü böyle bir durumda alacaklıları himaye eden 1321 inci madde vardır. Cidden enteresan bir mahiyet taşıyan 1321 inci madde muvazaayı tespit eden senetlerin üçüncü şahıslar aleyhine hüküm ifade edemeyeceğini bildirmektedir. Hemen söyliyelim ki alacaklılar 299 uncu maddemizin mukabili olan 1328 inci madde muvacehesinde küllî halef sayılmakla beraber 1321 inci madde muvacehesinde üçüncü şahıs olarak telâkki edilmekte ve 1321 inci madde hükümlerinden istifade ettirilmektedir. Dikkat edilsin muvazaayı tespit eden senetlerin üçüncü şahıslar hakkında hiç bir hüküm ifade etmiyeceği bildirilmiyor. Yalnız bunların üçüncü şahıslar aleyhine olmak üzere hüküm ifade etmiyeceği beyan olunmuştur. Demek oluyor ki üçüncü şahıslar yani alacaklılar menfaat gördükleri takdirde muvazaayı dermeyeran edebileceklerdir. Ezcümle fariğin alacaklıları bir başkasının üzerine zahiren geçirilmiş malı kendi borçlularına aittir diyerek haczedebilecekler, ve bunun içinde ferağın muvazaalı olduğunu ispat edebileceklerdir. Buna mukabil lehine ferağ yapılmış şahsın alacaklıları kendi alacakları için onun mamelekinde görülen malı haczettikleri takdirde borçlu bahis mevzuu olan ferağ muamelesinin muvazaaya

8) Laborde - Lacoste ve Bonnecase, Bk. Bonnecase, La condition juridique du créancier chirographaire, Revue trim. de Droit Civil, 1920, sah. 102 ve 150.

müstenit olduğunu onlara karşı dermeyan edemiyecektir. Çünkü işte 1321 inci madde burada alacaklıların imdadına koşacak, alacaklılar da bu maddeye sığınarak muvazayı tespit eden hususî senedin kendilerine karşı kabili dermeyan olmadığını muteber bir surette ileri sürebilecektir. Bu suretle 1321 inci maddenin hakikî bir ihtiyaca cevap verdiğinden şüphe edilmemelidir. Zira alacaklılar, borçlularına açacakları krediyi onların sahibi olduklarını gördükleri malların kıymetini nazarı itibare alarak ayarlarlar. Bir kimseyi muayyen bir gayri menkule sahip gördüğüm için kendisinden hususî bir teminat almak lüzumunu duymaksızın onun bu servet derecesini nazarı itibare alarak kendisine muayyen bir kredi açabilirim. Bilâhara sahip gözüktüğü malın kendisine ait olmadığı görünüşün aldatıcı olduğu anlaşılırsa bundan mutazarrır olacağım şüphesizdir. Halbuki cemiyet hayatında görünüşlere itimat ederek hareket etmiş olan kimseleri korumak bizzat umumî kredinin himaye ve inkişafı bakımından lâzımdır. İşte 1321 inci madde bu ihtiyaca cevap vermektedir. Ve bundan dolayı 1321 inci madde eski usulü hukukiyemizde yer almış olduğu halde halen mevzuatımıza alınmamış olmasını bir boşluk olarak telâkki etmek kabildir.

Mevzuatımızdaki bu boşluğu nasıl dolduracağız? Birinci tedbir olarak hatıra gelen şey haciz vaz'ından sonra alacaklının Fransada olduğu gibi artık üçüncü şahıs sayılarak muvazaa senedinin bundan mukaddem tarihli olduğunun sübut bulabilmesi için 299 uncu maddedeki şartların tahakkukunu aramaktır. Hattâ daha ileri giderek Fransada akalliyetin kabul ettiği reye uygun olarak alacaklıyı haciz vaz'ından önce dahi üçüncü şahıs addetmek reyini iltizam eylemek yerinde bir tedbir olur. Bu suretle haciz sırasında ve henüz haczin tekemmülünden önce serdedilebilecek muvazaa iddialarile mücadele etmek kabil olacaktır. Diğer cihetten iflâs mevzuunda Fransada hissedilen tereddütler göz önünde tutulursa hacizden müstakil olarak alacaklıyı bu bakımdan üçüncü şahıs saymakta, bilhassa Fransız M. K. nun 1321 inci maddesinin mevzuatımıza alınmamış olmasından dolayı Türk hukuku için adeta zaruret vardır. Ancak itiraf etmek gerekir ki bu tedbir de her zaman için kâfi değildir. Çünkü muvazaalı temlikte bulunan şahısların muvazaa senedine resmî tarih verebilmeleri imkânı tabiatıyla mevcuttur.

Bu kaydettiğimiz faraziyede 299 uncu maddenin kifayetsizliği bu suretle tebeyyün edince ikinci bir çare düşünmek icap ediyor. O zaman, hiç olmazsagayrimenkuller bakımından şu mesele ile karşılaşyoruz. Tapu kayıtlarına hüsnüniyetle itimat etmiş üçüncü şahıslar aleyhine tapu kayıtlarının hilâfı hakikat olduğunun ispatına müsaade etmemek düşünülemez mi?

Malûm olduğu üzere tapu kaydına hüsnüniyetle istinat edip aynı bir hak iktisap etmiş olan şahsın iktisabını Medenî Kanununun 931 inci maddesi korumaktadır. Yani aynı hakkın iktisabı halinde 931 inci madde hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsa karşı tapu kaydının hilâfını ispata müsaade etmemektedir. Fakat 931 inci madde bunu ancak aynı hakkın iktisabı halinde derpiş etmiştir. Aynı hak iktisabına henüz müncer olmamış durumlarda aynı neticeyi sağlayacak şekilde tapu kayıtlarının hilâfının ispatına müsaade etmemek kanunu cüretli bir tefsire tâbi tutmak olmaz mı?

Şayanı dikkattir ki Türk Temyiz Mahkemesi hususî bir meselede bu ileri adımı atmaktan çekinmemiştir. Malûmdur ki, Temyiz Mahkememizin müstakar denilebilecek içtihadına nazaran, şuf'a dâvasına muhatap olan müşteri şefie karşı hakikî satış bedelinin tapuda mukayyet olan bedelden daha fazla olduğunu ispat salâhiyetini haiz değildir⁹. Bu hal tarzını izah için hukukçularımız müşkülât çekmektedirler. Hattâ bazıları bu hal tarzına iltihak eylememektedirler¹⁰. Bize kalırsa Yüksek Mahkememizin bu müstakar içtihadı bir çok ahvalde 299 uncu madde ile kabili izahtır. Zira hiçolmazsa şuf'a dâvası ikame olunduktan sonra şefi hissenin müşterisine karşı hususî sebebe mebni hukukî halef ve binaenaleyh 299 uncu madde mânasında üçüncü şahıs mevkiine girmektedir. Binaenaleyh fariğ ile müşteri arasında yapılmış satış aktine nazaran üçüncü şahıs durumunda olan şefie karşı tapudaki satışın veya satış bedelinin muvazaadan ibaret olduğu hakkında serdedilecek iddianın mesmu olması için muvazaa hakkındaki anlaşmanın, şuf'a dâvasına mukaddem olduğunun 299 uncu maddede şartlar dahilinde sübut bulması lâzımdır. Bu şart yerine gelmeyip hakikî anlaşmanın tarihi bu suretle kesbi kat'iyet etmedikçe fariğ ile müşteri mevzuubahs anlaşma hükümlerile şefie karşı ihticaç edemeyecekler, ve binaenaleyh şefie karşı durumlarının tapuya aksetmiş olan esaslara göre tanzim edilmesine boyun eğmek ızdırarında kalacaklardır.

Doğrusu bu izah tarzı bize ne kadar tatminkâr görünürse görünsün, Temyiz Mahkememizce benimsenmiş olduğuna dair elimizde delil yoktur. Hattâ Yüksek Mahkemenin izahına çalıştığımız hal tarzını, bizce musip

9) Gücün, Hukuk dâvaları, gayrimenkuller, sah. 184. (Temyiz Hukuk U. H. 18.3.1934 tarihli kararı; Tahir Sebük, Şuf'a, vefa, istira hakları, sah. 89.

10) I inci H. D. 1.6.1948 tarihli kararında Şefkati Özkutlu'nun muhalefet serhi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1950, sayı 1-2, Feyzi Feyzioğlu'nun makalesi, sah. 282-285; Tahir Sebük a. g. e. sah. 89. (Mamafih B. Sebük satış altında hibe yapılmış olduğu taktirde bunun şefie karşı dermeyan edilemeyeceğini şefi in zahiri satış aktine müsteniden hakkını istimal edebileceğini Vaucher'ye atfen kabul etmiş gözükmetedir. S. 88).

gözükün mucip sebeplere yabancı kalarak elde ettiği muhakkak gibidir. Çünkü, fariğ ile müşteri arasında tekarrür etmiş hakikî anlaşma şartları noter senedine raptedilmek suretiyle 299 uncu maddedeki şartlar dahilinde şefie karşı kabili dermeyan bir mahiyet aldığı taktirde dahi Temyiz Mahkemesi, müşterinin Tapu sicillindeki mukayyet bedelin hakikî bedelden noksan olduğunu noter senedile ispat edemeyeceğini, Asliye Mahkemesinin kararını tasdik etmek suretiyle ittihaz ettiği cidden enteresan bir kararında kabul etmiş bulunmaktadır¹¹. Mevzuubahis dâvada Asliye Mahkemesi bir yandan Tapu kaydına karşı noter senedile ihticaç edilemeyeceği noktasından hareket etmiş, diğer yandan da az harç vermek maksadiyle bu yolda hareket edilmiş olmasını hüsnüniyete aykırı bulmuş ve suiniyetin himaye edilemeyeceği noktasını muhakemesine basamak yaparak müşterinin tapudaki satış şartlarıyla ilzam edileceği neticesine varmıştır. Yüksek Mahkeme de başka gerekçe vermek lüzumunu duymaksızın bu görüşü benimsemiştir.

Bize kalırsa bu hal tarzını az ferağ harcı ödemek şeklinde tecelli etmiş ve binaenaleyh sadece Hazineye karşı müteveccih bulunmuş suiniyet fikriyle izah etmek her halde gayri kâfidir. Saniyen noter senediyle tapu kaydına karşı gelinmeyeceği düşüncesi ise fazla müphemdir. Hakikî anlaşma hükümleri noter senediyle değil de sadece yazılı bir delille tevsik edilmiş olduğu taktirde dahi tapu kaydına rağmen *tarafların kendi aralarında* hakikî anlaşma şartlarına göre birbirlerini ilzam edebilecekleri muhakkak olduğuna nazaran burada kastedilen mânanın *üçüncü şahıslar mevzu bahs olunca tapu kaydının üstün tutulması icap edeceği düşüncesidir*. Fakat bu düşüncenin dayanacağı sarîh bir kanun metni yoktur. Daha evvel arzettiğimiz üzere M. K. nun 931 inci maddesi aynî hakkın iktisabı halinde tapu kayıtlarına bu üstünlüğü tanımaktadır. Şefi, şuf'a dâvasını ikame etmekle tapuda yapılan satışla vaki olan bir nevi icabı kabul etmiş durumda olduğu için midir ki 931 inci maddenin bu tarzda bir teşmili bahis mevzuu olabiliyor. Fakat o zaman tapudaki bedelin yüksek gösterilmesi halinde şefiin hakikî bedeli ispat edememesi icap ederdi. Kaldı ki M. K. nun 658 inci maddesi şuf'a hakkının ilk satış bedelindeki şartlarla istimal edileceğini kabul ettiğine göre gerek şefiin gerek şuf'a dâvasına muhatap olan müşterinin hakikî satış bedelini ispat edebilmek hakkı bundan böyle mahfuz sayılmak icap eder. Eğer bu ispat imkânının yalnız şefi lehine işlemesine müsaade ediliyor ve bilâkis şefi aleyhine kullanılmasına cevaz verilmiyorsa bu gayri müsavi durumu izah

11) I inci H. D. 3217/3470 — 1.XI.1943 tarihli kararı, İzmir Barosu Dergisi, sayı 42, sah. 38.

için galiba üçüncü şahısların himayesi fikrine başvurmaktan başka bir çare yoktur, sanırız. Kanaatımızca Türk içtihatlarına şuf'a dâvaları dolaşısıyla tuttukları yol işte alelilâk üçüncü şahısların himayesi gibi kanunda sarahaten yer almamış bir fikirle kabili izahtır. Kanunî mevzuatın bu bakımdan arzettiği boşluğu Yüksek Mahkememiz şuf'a dâvaları münasebetiyle yaratıcı bir içtihat tesis eylemek suretiyle doldurmuş bulunmaktadır. Fakat acaba şefi zaviyesinden elde edilmiş bu hal tarzının alacaklılar bakımından daaynı şe kil ve surette kabul edilebilmesi imkânı var mıdır?

Bu hususta Temyiz Mahkememizin bir kararına tesadüf ettiğimizi hatırlamamaktayız. Buna mukabil bu hususta İsviçre Federal Mahkemesinin şayanı dikkat bir kararı ile karşılaşmaktayız. Federal Mahkemenin İcra ve İflâs dairesinin 17 Teşrinievvel 1946 tarihli kararına mevzu teşkil etmiş olan hâdisede (J. d. T. 1947. 2. 83.) şöyle bir durum mevcuttu:

1923 senesinde bir kadın tapudan 18.000 frank mukabilinde bir gayrimenkulünü Bucher isminde bir şahsa satmış ve satış bedelini tamamen kabzetmiş olduğu hakkında resmî senet tanzim ettirmişti. Bu resmî senede müsteniden de Bucher namına tapuda ferağ muamelesi icra kılınmıştı. Ancak resmî senedin tapuda tanzim edildiği aynı günde bu defa Noter önünde vücade getirilen resmî bir beyanname ile tarafeyn satışın muvazaadan ibaret olduğunu kabul ve ikrar ediyorlardı. Bundan iki sene sonra kadın ve Bucher evleniyorlar. 20 sene evli kalıyorlar. Ve bütün evlilik müddetince tapudaki kayıt kocası namına kalıyor. 1944 de koca ölüyor. Varisler mirası reddettiklerinden tereke iflâs kaidelerine tevfikân tasfiye ediliyor. Kadın Noterde tanzim edilmiş olan resmî senede müsteniden gayrimenkul üzerinde istihkak iddiasında bulununca İflâs idaresi kadının talebini reddettiğinden iş mahkemeye ve oradan da Federal Mahkemeye intikal ediyor. Federal Mahkeme de iflâs masasının görüşünü kadının iddiasına üstün tutmuştur.

Şayanı dikkattir ki Federal Mahkeme bu şıkta alacaklılar aleyhine muvazaanın dermeyan edilemeyeceği neticesine varmak için Medenî Kanununun 931 inci maddesiyle hiç bir suretle ihticaç etmiyor. Yüksek Mahkemenin ilham aldığı kaynak hüsnüniyet prensibidir. Senelerce borçluya ait olarak tapuda gözüken bir gayrimenkulü kadının bilâhara kendisine aidiyetini ileri sürmesi hüsnüniyet kaidesine aykırıdır. Federal Mahkeme Fransız hukukuna telmihte bulunmamakla beraber İngiliz hukukuna bir atfı nazar etmekten kendini geri alamıyor. İngiliz hukukunda müflisin muayyen bir mala malik olduğu maruf ve meşhur ise (reputed ownership) hakikatı hal bu merkezde olmasa bile o malın iflâs masasına dahil olması icap etmektedir. Federal Mahkeme İngiliz hukukunun bu

hususiyetini hatırlattıktan sonra şüphesiz İsviçre hukukunda aynı hususiyet cari değildir diyor. Yani prensip itibariyle muvazaanın alacaklılara karşı da kabili dermeyan olduğunu kabul ediyor. Fakat derhal ilâve ediyor ve diyor ki hâdisede olduğu üzere bu raddeye gelmiş bir durum alelâde bir muvazaa vaziyeti olmaktan çıkmıştır. Zira kadın kocasına kredi temini için onu sahip olarak göstermiş yalnız fiilî zilyetliği kendisine devretmekle kalmamış tapu kayıtlarını buna göre tanzim ettirmiştir. Bu suretle hakikî fonksiyonu ve vazifesi üçüncü şahısları gayrimenkullerin hukukî durumu hakkında tenvir etmek olan tapu sicili aslî vazifesi hilâfına bilâkis üçüncü şahısları aldatmağa alet edinmek istenmiştir. Bu suretle tapu kayıtlarının tesis ve idamesi tapu sicilinin suiistimal teşkil eden bir kullanma şekli sayılır ki kanun kadının bu tarzda hareketini himaye etmemek iztirarındadır. İşte bu sebeple muvazaa, alacaklılara karşı dermeyan edilemeyecek ve tapu sicilindeki durum hakikat olarak kabul edilmek lâzım gelecektir.

Görülüyor ki hüsnüniyet ve hakkın suiistimali mefhumlarından hareket eden Federal Mahkeme hiç olmazsa muvazaanın pek karakteristik bazı hallerinde Fransız hukukunun vasıl olduğu neticeye varmak zorunda kalmıştır. Gözden geçirmekte olduğumuz bu muhtelif hukukî vaziyetleri umumî bir neticeye raptetmek lâzım gelirse diyebiliriz ki nasıl zihayat varlıklarda fonksiyon ve vazife uzvu yaratırsa hukukî hayatta da hakikî ihtiyaçlar mahkemeleri buna benzer hamlelerle mevzuatın kifayetsizliğini doldurmağa ve gerekli hükmü adeta yaratmağa mecbur bırakmaktadır. İkinci müşahedemiz şu olacaktır ki üçüncü şahıs mefhumu gibi riyazî bir katiyetle tarifi iktiza eden mefhumların dahi içtimaî ihtiyaçların tazyiki altında zarurî tahavvüller geçirdiğidir. Bu suretle mevzuumuzun başında tahlilini yapmış olduğumuz 299 uncu madde gibi tamamen teknik mahiyette olan bir madde dahi içtimaî ihtiyaçların tesiri ile farklı tatbik şekillerine mazhar olmuştur. Böylelikle kanun metinleri aynı kaldığı halde hukukî hayat içtimaî hayatın ivicaçlarına kendisini intibak ettirecek şekil ve surette tekâmül edebilmektedir. Bu yazımız kendi mevzuu içinde bu umumî hakikati bir kere daha teyit etmiş oluyor.

İlhan E. Postacıoğlu