

TESCİLSİZ İKTİSAPLAR YOLU İLE MAHDUD AYNİ HAKLAR VE ŞERH EDİLEBİLEN ŞAHSİ HAKLARIN EDİNİLMESİ

Asistan Kevork ACEMOĞLU

656/633, II, İsviçre - Türk Hukukları için gayrimenkul mülkiyetinin tescilsiz edinilme yollarını sayarlar. Hukukî muameleye dayanan gayrimenkul mülkiyetinin edinilmesi yolu için büyük bir kesinliğe sahip olan mutlak tescil prensibi, Alman Medenî Kanunundan bu konuda ayrılan İsviçre - Türk MK. ları tarafından bir hayli yumuşatılmıştır¹. Şimdi, MK. nun bu konuda kabul ettiği kaideler acaba öbür mahdut aynî haklar için de tatbik edilebilir mi? Tapu kütüğüne şerh verme yolu ile aynî kuvvet kazandırılmış şahsî haklar konusunda da yürür mü? Ancak bu soruları ayrı ayrı incelemeye girişmeden önce şunu belirtmek gerekir ki, bu soruları yüzde yüz müsbet cevaplandırsak bile, mülkiyetten başka aynî haklar olsun, şerh ile aynî kuvvet kazandırılmış şahsî haklar olsun ancak mahiyetleri gayrimenkul mülkiyetinin tapu kütüğü dışında tescilsiz edinilmesi için konulmuş olan kaidelere uygun düştükleri ölçüde tescil gereksizsin edinilebilirler². Yoksa, meselâ sükna hakkının miras, şüf'a hakkının işgal yolu ile kazanılması söz konusu bile olamaz. Bunu biraz ilerde bütün durumlar için ayrı ayrı göstermeğe de çalışacağım.

I. İrtifaklar, intifa hakları ile gayrimenkul mükellefiyetlerinin tapu kütüğü dışında edinilip edinilemeyeceği hususunda kimsenin şüphesi yoktur. 731/704, 746/718, 783/755.³ maddeler bu hakların

[1] Kanun sadece bir noktada, hukukî muameleye dayanan gayrimenkul mülkiyetinin geçişinin de tapuya tescil edilmeden tamamlanabileceğini kabul etmiştir. Bu, evlilik mukavelesidir. Burada tescilsiz edinmenin kabul edilmesinin nedeni, aynî hak değişikliğinin daha önce bunlarla ilgili sicilde zaten açıklanmış olmasındandır.

[2] Leemann, 731-11, 12, 13, 764-14, 783-6; Liver, 731-9 ile sonrakiler; Wieland, 731, 3a, b, 746, 4a; Jeny, 94, 95; Üstündağ, 3.

[3] Üstündağ, 3 te, gayrimenkul mükellefiyeti için 755 yerine diğer irtifak haklarının sözünü eden 753 ü göstermiştir. Bir dizgi yanlışı olsa gerek.

edinilmesi için gayrimenkul mülkiyetinin edinilmesi hakkındaki 656/633. maddelere atıfta bulunduğu için, bu hakların mahiyeti, mülkiyet için konulmuş kaidelere uyduğu ölçüde tapu kütüğü dışında edinilebilirler. Kaynak ve inşaat hakları da irtifak haklarından olduklarından onlar için böyle bir atıf bulunmadığı halde yine tapu kütüğü dışında edinilebilirler⁴. Boşluk, bu yüzden de halli gereken mesele kendini gayrimenkul rehninde göstermektedir. 799/771, mülkiyet hakkının edinilmesi hakkındaki kaidelere atıfta bulunmamıştır.

Birçok yazarlar bu konuda artık mutlak tescil prensibinin tatbik edilmesi gerektiğini, tapu kütüğü dışında gayrimenkul rehninin edinilemeyeceğini söylemektedirler. Meselâ bunlara göre, 656/642 deki hâkim kararı, gayrimenkul rehnini kuramayacak, ayrıca bunun tapu kütüğüne tescili gerekecektir⁵. Bu, kanunun lâfzına sıkı sıkıya sarılmış, şekilci katı bir yorumdur.

Buna karşı kanunun gayesinden hareket eden bir kaç yazar, gayrimenkul rehninin de tapu kütüğü dışında tescil gerekmeksizin doğabilmesine hiçbir engel görmemektedirler⁶. Federal Mahkeme de oldukça yeni bir kararında bu görüşü desteklemektedir⁷.

Önce bu meselenin kanunun bazı maddelerde mülkiyet kaidelerine yaptığı atıftan doğduğunu belirtmek gerek. Yoksa çeşitleri bile kanunda sayılanlarla tahdid edilmiş olmayan⁸ tapu kütüğü dışında hak edinme durumları sadece mülkiyet hakkına hasretmek kimsenin

[4] BGE. 78 I 447.

[5] Wieland, 799, 1 ile 2; Auer, 85 not 1; Leemann, 799-15; von Tuhr/Siegwart, 67 not 27; Jenny, 92; Üstündağ, 3; Leemann, birinci cildinde hem 656-32, hem de 665-11 de öbür görüşü ilk defa ortaya atmış olmasına rağmen, ikinci ciltte rehin hakkını serhederken gelip bu yazarlara katılmıştır.

[6] Bu görüşü önce Leemann gerekçesiz olarak ortaya atmıştır, 656-32, 665-11. Sonradan Homberger'de 963-31 de bazı gerekçelerle bu görüşü doğrulamaya çalışmıştır. Homberger'in bu görüşü doğrulamak için gösterdiği SJZ 20 132 dek) karar tam aksi görüşü savunmaktadır. Ama tapu kütüğü dışında edinilmiş olan bir gayrimenkul üzerinde icra hukuku bakımından hak kazanmaya (Haab, 656-34; Meier-Hayoz, 656-71 kıyasen rehnin de tescil gerekmeksizin doğabileceğini söylemek oldukça zorlayıcı bir yorum olur. Yine, İsviçre Tapu Kütüğü Tüzüğü 19-1 in de bu konu için gerekli usûf temin edebildiğini sanmıyoruz. Meier-Hayoz, 665, 656-5 ile Aybay, 3 not 43 te aynı görüş daha düzgün gerekçelerle savunulmaktadır.

[7] BGE. 78 I 446.

[8] Wieland, 656-2; Gloor, 16; Haab, 656-15; Jenny, 94; Sungurbey, 73; Üstündağ, 1 not 4; Meier-Hayoz, 656-3 ile 75, BGE 76 I 6A8.

ISTANBUL UNIVERSİTESİ
DEVLETLER HUKUKU ENSTİTÜSÜ

aklına gelmiyecektir ^{8a}. Hukukî muameleye dayanan mülkiyet geçişleri dışında, tescil ile sağlanacağı umulan âleniyet eğer başka bir yoldan elde edilmişse, bu durum 656/633 de sayılmış olmasa bile, mülkiyetin artık geçtiği kabul edilmekte artık tescil aranmamaktadır. Bunun için kanunda buna bir dayanak gösterilmesi yeter⁹. Meselâ, kanunda hiçbir açık kaide olmamasına rağmen fevkalâde zamanasını ile mülkiyetin tapu kütüğü dışında edinilebileceği, Sungurbeyden sonra artık çoğunlukça da kabul edilmeğe başlanmıştır ¹⁰. Böyle olunca, mahdut aynı haklardaki hak değişikliği, o hakkın mahiyetinden doğan bir engelle karşılaşmadan, tapu kütüğü dışında, şu ya da bu yolla açıklanabildi mi artık tescilin gerekli olmadığı da kabulü gerekir. Bu yüzden de kanun bazı mahdut aynı hakların kazanılmasını düzenleyen maddeler mülkiyetin edinilmesi hakkındaki kaidelere atıfta bulunmasaydı, bütün mülkiyetten başka aynı hakların da tapu kütüğü dışında kazanılabilmesi tabii görünecekti.

İmdi, acaba birkaç mahdut aynı hak için mülkiyet kaidelerine atıfta bulunulmasına rağmen, gayrimenkul rehninin edinilmesini düzenleyen maddede böyle bir atfın bulunmayışı bu konuda mutlak tescil prensibinin kabul edilmiş olduğunu *tek başına* ispat etmeye yeter mi? Bence hayır. Eğer bunun yanında gayrimenkul rehninin mahiyetinden doğan bir engel gösteremezsek çok katı bir yorum yoluna sapmış oluruz. Kanunları, noktalar, virgüller, dilbilgisi kaideleri mefhumu-muhaliflerle yorumlama artık günü geçmiş, gerekse menfaatler durumuna her zaman uymayan yollardır. Bu gibi deliller, ancak kanunun bütünlüğü ile amacına uygun düştükleri ölçüde kullanılabilir.

Sadece bu konuda bir atfın yokluğu bizi gayrimenkul rehninin tapu kütüğü dışında edinilmesinin reddi gerektiği sonucuna ulaştırıyorsa, 799/771 in böyle bir atıfta bulunmamasının sebeplerini araştırmaya çalışalım.

Burada belirtilmesi gereken, yukarda, ileri sürdüğü gerekçelerin çoğunu yetersiz bulduğum Homberger'in bunların yanında meselenin en önemli noktasını — gerekçe vermese bile — görmüş olmasıdır. Gerçekten, Homberger kanunun gâyesinden hareket eden bir yorumun

[8a] Üstündağ'ın, «... mahdut aynı hakların iktisabında da özel maddelerce yapılan atıflar sebebi ile uygulanır» demesi bu yüzden yanlıştır.

[9] Gloör, 16; Sungurbey, (Şüf'ada halefiyet) 52; Üstündağ, 1 not 4.

[10] Sungurbey, 77; Üstündağ, 4; Saymen/Elbir, 329; Lâver, 731/101-102; Meier-Hayoz, 661-22. Başka görüş, Velidedeoğlu/Esmér, 268.

tapu kütüğü dışında da bir gayrimenkul rehninin edinilebilmesini haklı göstereceğini söylerken, bunun hiç değilse gayrimenkul ipoteği için böyle olması gerektiğini savunuyor ¹¹. Bence meselenin çözümüne giden yol budur. Tapu kütüğü dışında hak edinmelerde, kanunun tescilin varmak istediği gâyeye başka yollarla ulaşılması durumunda artık kurucu tescilin aranmadığını söylemiştir. Ama, edinilecek bazı hakların mahiyeti bakımından öyle durumlar olabilir ki, öbür aynı haklardan farklı olarak daha büyük bir âleniyet gerekir. Tapu kütüğü dışındaki vakıa'nın (Meselâ, işgal, zamanaşımı, hâkim kararı) kendisinde varsayılan âleniyet bunlardaki hak değişikliğini açıklayabilmek için yetmez, buna ille de kurucu bir tescilin de eklenmesi aranır. Çünkü bu vakıalar, âleniyeti ne kadar sağlayabilirlerse sağlarlar, hiçbir zaman gayrimenkul ile ilgili kişilerin en önce ve en kolay araştırabilecekleri hattâ araştırmakla mükellef buldukları tapu kütüğü kadar açık ve kesin olarak hak değişikliğini açıklayamazlar. İşte, ipotekli borç senedi ile irad senedi bu yüzden doğabilmek için ille de kurucu tescile muhtaçtırlar.

Tapu kütüğü dışı aynı hak edinmelerinin kabul edilip edilmemesinin tescile tanınan değer ile sıkı sıkıya ilgili olduğunu gözden kaçıramayız. Tescilin muteberiyetini, dayandığı temel hukukî münasebetin muteberiyetine bağlayan Meşrutiyet prensibi (Legalitaetsprinzip) ¹², ise tescilin önemini geniş ölçüde sarsan bir prensiptir. Çünkü, aynı hak durumuna yüzde yüz tercüman olması gereken tescil böylece bu vasfını temel münasebetle olan uygunluğuna borçlu olmaktadır. Kanun bu prensibi bile kabul etmeyecek kadar tescile mutlak bir kuvvet tanıdı mı, kurucu tescile bile muhtaç olmadan mülkiyetin ya da başka bir aynı hakkın doğması anlamına gelen tescilsiz iktisapları da kabul etmemesi hem mantıkî hem de tutarsızlığa düşmemek için gerekli olur. Bu yüzden meşruiyet prensibini kabul etmemiş olan Alman Medenî Kanunu tescilsiz hak edinmeleri İsviçre - Türk Medenî Kanunlarına nazaran çok dar bir çevrede mantıkî bir zorunluluk arzettikleri ölçüde (mirasın geçişi gibi) kabul etmiştir. Meşruiyet prensibini ana kaide olarak kabul etmiş olan İsviçre - Türk hukuku ise, ipotekli borç senedi ile irad senedi konularında bu prensipten ayrılmış, bunların sıhhatinin kendilerine temel olan hukukî münasebetten bağımsız olduğunu kabul etmiş-

[11] *Homburger*, 963-31. Bu konuda andığı kararları, yurdumuzda ZGBR dizileri tam olarak bulunmadığı için inceleyemedim.

[12] *Meier-Hayoz*, Sistematik bölüm 42 ile sonrakiler, özellikle 44.

tir¹³. İpotekli borç senedi ile irad senedi hususunda ona güvenenleri ana kaide olarak kabul ettiği meşruiyet prensibinden ayrılacak ve tescile çok üstün bir değer tanıyacak kadar koruyan bir hukukun, bu hakların edinilmesi için de tapu kütüğü dışında şu ya da bu yolla gerçekleşeceği farzedilen bir âleniyetle yetinmeyip, kurucu tescilin sağlayacağı kesin bir âleniyeti araması, tutarlı ve mantıklı bir davranış olur. Yeni hak edinecekler çok kere tapu kütüğünün iyice incelenmesinden bile anlaşılabilir yolsuzlukları bile yüklemiyen kanun, onun niye tapu kütüğü dışında cereyan etmiş vakıalardan sorumlu tutsun?

Böylece tescilsiz edinmelerin gayrimenkul rehni için genel olarak tatbik edilememesini — ki bu mesele yukarda belirttiğimiz gibi, gayrimenkul rehninin edinilmesini düzenleyen maddenin mülkiyetin edinilmesi hakkındaki kaidelere atıfta bulunulmamasından doğmaktaydı — izah edebilecek bir sebep bulduğumu sanıyorum. Ama bu sebep, ancak irad senedi ile ipotekli borç senedi için haklı görülebilir. Yukarda anlatılan mahzurlar bu bakımdan gayrimenkul ipoteği için söz konusu değildir, bunun tapu kütüğü dışı yollarla da mahiyetinden çıkan bir engel bulunmadığı müddetçe edinilmesinde hiçbir mahzur yoktur.

Ancak bu söylediklerim sadece mukaveleden doğan gayrimenkul rehinleri içindir. Kanuni intifa hakkından farklı olarak kanuni ipotekler tescil bulunmaksızın tapu kütüğü dışında doğmayıp sadece tescili isteyebilmek hususunda bir talep hakkı verirler, hak ancak bu talebe uygun olarak yapılan tescil ile doğar¹⁴.

Şimdi artık yukardanberi sık sık sözünü ettiğim «o aynı hakkın mahiyetine uygun düştüğü ölçüde» cümlesini de teker teker bütün aynı haklar için izah etmek gerekir.

a) İrtifak hakları. Hemen hemen bu konuları inceleyen bütün yazarlar irtifak haklarının işgal yolu, ile kazanılamıyacağını söylemektedirler¹⁵. Onların bu müşterek yanılmalarının nedenini pek

[13] Leemann, 793-12 ile sonrakiler, özellikle 13. Tuor, 605 ile 607; Velidede-
oğlu/Esmer, 408.

[14] Reisoğlu, 57; Aybay, 25; Leemann, 837-2.

[15] Haab, 658-3; Meier-Hayoz, 658-4; Wieland, 731-3a ile b; Jenny, 94; Leemann, 731-10, 11, 12, 13. Son üç yazar işgal yolu ile irtifak edinilemeyeceğini açık olarak söylememekte, fakat irtifakın tapu kütüğü dışında doğabileceği durumları yukarda anılan yerlerde saydıklarına hasrettiklerinden aynı sonuç çıkmaktadır. Kars. Liver, Giriş, N. 24. Son yazar işgal ile edinmeyi kabul ediyor.

yakında çıkacak olan «İşgalin hukukumuzdaki yeri» adlı bir incelemede göstereceğim. Şimdilik, irtifakların da işgal ile kazanılmasına hiçbir engel olmadığını söylemek yeter. Sahipsiz olan komşu arazi-sini — tabii bu konudaki hususî kanunların müsaadesi şartıyla — işgal yolu ile edinebilecek olan bir kişi, bu araziyi mâlik olmak için değil de sadece bir geçit almak için isterse bu niye mümkün olmasın? «Çoğunu alabilen azını da alır».

İrtifak haklarının istimlâk yolu ile edinilebileceği tartışmasız kabul edilmiştir¹⁶. Hâkim kararı bakımından da — tabii sadece yenilik doğuranlar¹⁷ — durum böyledir.

Ancak yukarda sözünü ettiğimiz yazarların, irtifak haklarının tapu kütüğü dışında doğabilecekleri durumları sayarken sadece bunlarla yetinmeleri bulaşıcı bir unutkanlık intibasını uyandırıyor. Meselâ evlilik mukavelesi de evlilik siciline tescil edilirse, irtifak hakları artık tapu kütüğünde tescil gerekmeksizin doğabilir. Üstündağ pek açık olmamakla birlikte Wieland, Jenny ile Leemann'dan farklı olarak bunu hatırlamıştır¹⁸. Evlilik mukavelesi bakımından irtifak haklarının mahiyetinden doğan başka bir engel düşünülebilir mi?

Başka bir unutkanlık da mirasın geçişi ile irtifak haklarının doğabileceğini gözden uzak tutmaktır. Bunu önce ikiye ayırarak incelemek gerekir. Gayrimenkul lehine kurulan irtifakların miras yolu ile, tescil gerekmeksizin mirasçıya geçmesi, irtifak haklarını tapu kütüğü dışında edinilebilmesinin değil, mirasçının hâkim gayrimenkulün mülkiyetini bu yolla edinmiş olmasının bir sonucudur. Kişi lehine kurulan irtifaklar ise, kaideten ölüm ile sona ererler. Ama kanun, karma irtifaklar adı altındaki bir grubun kişi lehine kurulabildiği halde, ölüm ile sona ermeyeceğini kabul etmiştir. Kat mülkiyetine esas teşkil eden irtifak hakları da Tapu K. 26 ya göre, mirasçılara geçer. Bütün bu durumlarda irtifak hakkı, tescilden önce mirasın geçişi ile doğacaktır.

İrtifaklar, kişi lehine kurulmuş olsun, gayrimenkul lehine kurulmuş olsun, zaman aşımı yolu ile edinilebilirler. O halde fevkalâde zamanaşımı süresi sonunda da irtifaklar tescil gerekmeksizin doğabilecektir¹⁹.

Bunun gibi, bütün tapu kütüğü dışında mülkiyetin edinilebileceği

[16] Wieland, 731-3a; Jenny, 94; Leemann, 731-11; Üstündağ, 3.

[17] Gloor, 92.

[18] Üstündağ, 6.

[19] Sungurbey, 151; Liver, 731-101; Üstündağ, 4.

vakıaları teker teker ele alırsak, göreceğiz ki, — tartışmalı olan işgal ve aynı mahiyette olan yeni arazi edinilmesi durumları dışında — irtifak haklarının mülkiyet hakkından pek büyük bir farkı yoktur ve onlar da aynı surette tescil gerekmeksizin edinilebilirler.

b) İntifa hakkı, irtifak hakkından farklı olarak bazı hususiyetlere sahiptir. Yukarda söylediklerimizden farklı olarak şahıs lehine bir irtifak hakkı olan intifa, miras ile geçmez MK. 748/720, II, bu yüzden de mirasın geçişi yolu ile tescilsiz edinilmesi söz konusu değildir. Fakat bunun yanında kanunî intifa hakları, kanun gereğince, tescil gerekmeksizin doğarlar, İsviçre - Türk MK. 747/719²⁰. Kanun, burada öbür tescilsiz edinmelerden ayrılmış ve tapu kütüğü dışında kanun gereğince doğan intifa haklarının, tescil edilmedikçe, onun varlığından haberdar olmayan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemediğini kabul etmiştir. Halbuki öbür tapu kütüğü dışı edinmelerde, doğan hak herkese karşı ileri sürülebiliyor²¹. Ancak söz konusu hak üzerinde tapu kütüğü ile ilgili tasarruflarda bulunulamıyordu²². Burada o intifa hakkının varlığından haberdar olup olmamasının hüsnüniyet - suiniyet çevresi içinde mi mütalâa edileceği de ayrı bir konudur^{22a}.

Bundan başka intifa haklarının tapu kütüğüne tescil edilmeden kurulabildiği, sadece intifa haklarına has bir durum daha vardır. Haklar üzerinde de intifanın kurulması mümkündür. Üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan, bir gayrimenkulün mülkiyetinin geçirilmesi borcunu doğuran bir alacak hakkı ise, bu hak normal vetire sonunda tapu kütüğüne tescil edilip, sahibi lehine o gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkı doğunca, hâkim olan görüşe göre, hak üzerindeki intifa da tescil gerekmeksizin, gayrimenkul üzerinde de doğar²³. Üstündağın haklı olarak belirttiği gibi İsv. - Türk MK. 774/746, 2 gereken kanunî dayanağı sağlamaktadır²⁴. Bilhassa bunun tescilsiz

[20] Ancak, bu madde gereğince söz konusu olanlar, sadece mirastan doğan sağ kalan eşin ve dördüncü zümre mirasçılarının kanunî intifa hakkıdır (Leemann, 747-2). Alle hukukundan doğan intifa haklarının hiçbir aynı mahiyeti söz konusu değildir (Leemann, 745-18; Gmür, 201-5; Silbernagel/Waeber, 298-6).

[21] Meier-Hayoz, 656-67; Gloor, 18.

[22] Meier-Hayoz, 656-72; Gloor, 17.

[22a] Bz. Leemann, 747-5.

[23] Leemann, 774-58; Jenny, 97 not 2; Üstündağ, 5. Aksi Wieland, 774-7c.

[24] Üstündağ, 5.

edinmeleri çok dar ölçüde kabul etmiş bulunan Alman hukukunda bile kabul edilmiş olduğu²⁵ düşünülecek olursa^{25a}.

Yukarda irtifak hakları için belirttiğim nedenlerden dolayı Leemann'ın «intifa hakkı mahiyetinden ötürü, işgal ve cebri icra ihalesi ile tapu kütüğü dışında edinilemez»²⁶ yolundaki ifadesine katılmıyorum. Olsa olsa, intifa hakkının mahiyeti icabı istimlâk ile edinilmesi düşünülemez, ki andığım yazarlar bu noktada hiç tereddüt etmemekte, bu yol ile intifa hakkının edinilebileceğini söylemektedirler.

c) Yine yukardaki yazarlar niye olduğunu açıklamaksızın keyfi olarak sayıyorlar: gayrimenkul mükellefiyeti ancak, miras, cebri icra, hâkim kararı ve evlilik mukavelesi yolları ile tapu kütüğü dışında edinilebilir²⁷. Pekiyi, gayrimenkul mükellefiyetinin irtifaklardan hangi farkı, onun cebri icra ve mirasın geçişi yolları ile doğmasını haklı gösteriyor?

Burada da irtifak hakları için söylediklerimi tekrarla yetineceğim. Ancak gayrimenkul mükellefiyeti istimlâk yolu ile edinilemez.

d) Gayrimenkul ipoteğine gelince, Bunun işgal ve istimlâk yolları ile tapu kütüğü dışında doğması söz konusu değildir. İpoteğin gayrimenkulün sahibinin bir borcunu karşılamak üzere ihdas edilmesi onun işgal yolu ile edinilebilmesi imkânını ortadan kaldırır. Aynı neden yeni arazi teşekkülü için de söz konusudur. Hâkim kararı ile cebri icra ihalesinin ipotek hakkını tescil gerekmeksizin doğurabileceklerinden şüphe etmemek gerekir. Mirasın geçişi bakımından da durum aynıdır. Evlilik mukavelesi, şirketlerin birleşmesi vs. de ipoteği tapu kütüğü dışında kurabilirler. Burada karşımıza çözülmesi gerekli olan bir mesele zamanaşımının ipotekteki durumudur. Hemen hemen bütün yazarlar²⁸, ipoteğin zamanaşımı yolu ile hiç kazanıla-

[25] Planck-Brodmann-Strecker, 1075, 2; Wolf-Raiser, 486; Palandt, 1075, 1b.

[25a] Üstündağ, 5.

[26] Leemann, 746-144.

[27] Leemann, 783-6; Jenny, 96 not 1; Üstündağ, 4. Wieland, 783, 2 de hiç değilse cebri icra ile edinmeyi hariç tuttuğu için biraz daha tutarlıdır.

[28] Haab, 661-663, 3; Leemann, 799-12; Wieland, 799, 1; Sungurbey, 144 not 615; Üstündağ, 4. Ancak bütün bu yazarlar farklı gerekçeler ileri sürmektedirler. Wieland Roma hukukunun etkisi altında alacaklının zilyed olmadığını, Leemann ise burada 919-887 gereğince hak zilyedliğinin kabul edilmediğini sebep olarak göstermektedir. Bu gerekçelere katılmayan Sungurbey ise neden olduğunu söylemeksizin, alacaklının zilyed olsaydı bile zaman aşımından faydalanamayacağını söylemektedir.

mıyacağı düşüncesindedirler. Böyle olunca tabii artık tescil gerek-meksizin edinilebilip edinilemeyeceğini düşünmek gereksiz kalır.

Yukarda da belirttiğim gibi kanunî intifa haklarından farklı olarak kanunî rehin hakları tapu kütüğü dışı bir varlığa sahip değil-lerdir, ancak tescili talep hususunda bir hak verirler. Bunun için çok az önem taşıyan istisnalarına âmme hukukundan doğan rehinler için rastlamak mümkündür²⁹.

II. Aynı hak kuvveti kazandırılmış şahsî hakların da tapu kütüğü dışında şerh gerekmezsin bu kuvveti kazanılabılıp kazana-mıyacakları da tartışmalıdır. Çoğunluk 656/633-II nin kıyasen uygu-lanacağını ve meselâ hâkimin kararı ile şahsî hakkın aynı tesirini elde edebileceğini söylemektedir³⁰. Buna karşı bu tip hakların tapu kütüğü dışında bir varlığa sahip olmayacaklarını savunan bir görüş de vardır³¹. Her iki görüş te fazla gerekçelendirilmiş değildir.

Önce, kuvvetlendirilmiş şahsî hakların tapu kütüğüne rağmen varolamayacakları iddiasına katılamıyacağım. Tapu kütüğüne şerh edilerek aynı kuvvet kazandırılmış bir şahsî hakkın artık bu şerh silinse bile kuvvetini kaybetmeyeceğinden şüphe etmemek gerekir. Bu çözümün tapu kütüğündeki kayıtlara çok üstün bir değer tanımış olan Alman hukukunda bile son yıllarda ittifakla benimsenmiş olması tek başına bizim hukuklarımız için de uygulanmasına yeter bir delil teşkil eder³². Bunun yanında tapu kütüğündeki yolsuz bir kaydın aynı bir hak üzerinde olduğu gibi, aynı hak kuvveti kazandırılmış şahsî haklar üzerinde de hiçbir tesir yaratamaz. Aksini kabul, yolsuz kayda bir hüküm izafe etmek mânasına gelir.

Fakat belirtilmesi gereken, aynı kuvvet kazandırılmış şahsî hakların henüz tapu kütüğüne onlara bu tesiri verebilecek şerh yapılmaksızın, tapu kütüğü dışında aynı hakların doğumuna sebep

[29] Leemann, 799-13, 14, 837-1.

[30] Wieland, 799, 3bb; Leemann, 656-32; Meier-Hayoz, 656-6; Heer, 117 not 2; Pfeifer, 95, 96.

[31] Harnisch'in 22 ile 24. teki fikri sanıyorum ki Kocayusufpaşaoğlunun (193 not 29) hareket noktasını teşkil etmektedir. Şöyle ki aksi görüşte olan bazı yazarları andıktan sonra, Kocayusufpaşaoğlu gerekçe vermeksizin ve başkaca refe-ransta bulunmaksızın yukarda sözünü ettiğim fikri ileri sürmektedir. Ayrıca «bak.» dediği not 39 da bu konuda gerekli ışığı getirememektedir. Üstündağ da sonradan Harnisch'in fikrine katılmıştır (68-9).

[32] Planek-Brodmann-Strecker, 886, 1b; Wolf-Raiser, 48 not 42; Palandt 886 1b. Bizim hukukumuz için Homberger (975-17) ile Aybay, 21 bu görüşü savunmak-tadırlar.

olan vakıaların gerçekleşmesi ile aynı mahiyet kazanabilmelerinin tamamen başka bir mesele olduğudur. Aynı hakların tapu kütüğü dışında doğmalarının nedeni, yukarıda belirttiğimiz gibi bunların gayrimenkul üzerinde sağladıkları hâkimiyetin, şu ya da bu yolla (işgaldeki âleniyet, hâkim kararındaki resmîlik, mirastaki küllilik gibi) açıklanabilmesi, bu yüzden de hak değişikliklerinin belli olmasıdır. Halbuki, şerh ile aynı kuvvet kazandırılan şahsî haklar mahiyetleri gereği nesne üzerinde bir hâkimiyet sağlamazlar³³. Bu yüzden de nesne üzerindeki yeni hak durumunu tapu kütüğündeki kaydın yardımı olmaksızın açıklayabilmeleri söz konusu olamaz. Ayrıca, bunlarda o zamana kadar esasen varolan bir hakkın mahiyetinin değişmekte oluşu da başlıbaşına bu aynı tesirin doğabilmesi için şerhin varlığını aramayı gerektirir.

Bitirirken bir noktaya daha dokunmalıyım. Şerhin sağladığı aynı tesirin ancak şerhin tapu kütüğüne yazılması ile doğabileceğini kabul ettiğim halde, İsv. - Türk MK. 656/642 ye uygun olarak şerh alacaklısına bir «Realexecution» imkânını tanımak gerekir. Burada hâkimin kararı, mâlikin şerhe muvafakat beyanı yerine geçecek ve aynı tesir bu karara uygun olarak yapılacak şerh ile doğacaktır³⁴.

Asistan Kevork ACEMOĞLU

A N I L A N E S E R L E R

- AUER, Die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters nach Schweizerischem Recht, Diss. Bern 1932.
- AYBAY, Tapu sicilinde muvakkat tesell, İstanbul 1962.
- GLOOR, Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1929.
- GMÜR, Kommentar für Schweiz. Zivilrecht II, Bern 1923.
- HAAB, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Sachenrecht, Zürich, 1929.
- HARNISCH, Die Grundbuchberichtigungsklage nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Bern 1941.
- HEER, Die Wirkung der Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch, Diss. Bern 1930.
- HOMBERGER, (Cev. Bertan) Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1950.
- JENNY, Der öffentliche Glaube des Grunbuches nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Bern 1926.

[33] Meier-Hayoz, ZBJV, 302; Kocayusufpaşaoğlu, 194 not 30.

[34] Kocayusufpaşaoğlu, 193.

- KOCAYUSUFPASAĞLU, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, doktora tezi, İstanbul 1959.
- LEEMANN, Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, 1. Abteilung Bern 1920.
- LEEMAN, Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, 2. Abteilung Bern 1925.
- LIVER, Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, Zürich 1951-56.
- MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Sachenrecht, Das Eigentum, Bern 1961.
- MEIER-HAYOZ, Vom Vorkaufsrecht, ZBJV 92 297.
- PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, München ile Berlin 1959.
- PFEIFER, Die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch, Aurau 1910.
- PLANCK-BRODMANN-STRECKER, Kommentar zum BGB, Berlin
- REİSOĞLU, Türk ve İsviçre Hukuklarında Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara 1961.
- SAYMEN-ELBİR, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954.
- SILBERNAGEL-WÄBER, Kommentar für Schweiz. Zivilrecht II, Bern 1927.
- SUNGURBEY, Şüfada Halefiyet görüşünün tenkidi, MHAD, sayı 1.
- SUNGURBEY, İsviçre - Türk Hukukuna göre iktisabi müruruzaman, İstanbul 1956.
- TUOR, Das Schweizerisches ZGB, Zürich 1950.
- ÜSTÜNDAĞ, Tapu kütüğünün tashihi dâvası, İstanbul 1959.
- VELİDEDEOĞLU-ESMER, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili tatbikatı; İst. 1956.
- von TUHR-SIEGWART, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1942.
- WIELAND, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Sachenrecht, Zürich 1909.
- WOLF-RAISER, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Tübingen 1958.
-