

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ

A. MEDENİ HUKUK

Haksız tescile dayanan gayrimenkul ferağları ve hak sahibinin dâva hakları

T.C.

Y A R G I T A Y

BİRİNCİ HUKUK DAİRESİ

Esas No. : 3564

Karar No.: 5543

Tarih : 24.6.1954

«Halil aleyhine mübadil Mehmet Turna mirasçuları Hasan Turna ve ailesi efradının haklı bir sebep olmaksızın namlarına tesciline muvaffak oldukları Maltepe Hisar mevkiinde 132 ada, 16 parsel sayısında kayıtlı ve üzerinde Bayındırlık Vekâleti Karayollarına ait bina ve tesisler ve imalâthaneler bulunan 26392 metre mürabbaı sahada Hazineye ait arsanın 16.442/26.392 hissesini dâvalı yolsuz tescilli bildiği halde suiniyetle satın almış olduğundan 66.168 lira kıymetinde olan işbu hisselerin dâvalı uhdesindeki tapu kaydının iptaline müvekkili Hazineye tescilli hakkında açtığı davadan dolayı cari muhakeme sonunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 186 ncı maddesine göre dâvacılar Aynı gayrimenkul hakkında aynı sahipler aleyhine Kadıköy Asliye Mahkemesine tazminat dâvası açmış olduklarından aynı mevzu hakkında tekraren aynı dâvası açılmasına kanunen mesâğ bulunmadığından dâvanın reddine dair verilen ilâmın duruşmalı olarak temyizden tetkiki dâvacı Hazine namına vekili tarafından istenilmistir.

KARAR: Dâvacı evvelce gayrimenkulü âhara devreden kimse aleyhine tazminat dâvası açmıştır. Bu dâva intaç olunup dâvacının zararı tazmin edilmiştir. Bilâhare aynı takibine matuf olan dâvayı Hazine ikame eylemiştir. Bu dâvanın kazanılabilmesi için dâvalının 931 inci maddeden istifade edemeyeceğini dâvacının ispat eylemesi iktiza eder. Gayrimenkul Hazinesin elinden çıkması itibarıyla düçar olduğu zarar halen tazmin olunmamıştır. Aynı istirdadına matuf dâvanın reddi halinde gayrimenkulü hile ile namına tescil ettirdiği iddia olunan kimseye karşı Hazinesin baiz olduğu tazminat dâvası baki kâbr. Ancak aynı mütedair dâva neticesinde istihsal ve infaz edilen hükümle dâvacının zararı iffa edildiği takdirde tazminat dâvasının zarar temin edilmesi bakımından mevzuu

[*] Türkmen - Ünsev - Erten - Yüksel - Kazancı, Türk Gayrimenkul Hukuku, cilt: 2, 1958, s. 52-53

kalmaz. Ve bu sebeple dâva reddolunur. Evvelce açılmış bulunan tazminat dâvası intac edilip gayrimenkulün yedinden çıkması itibariyle Hazinenin düçar olduğu zarar da itfa edilir. İşte bu dâva da artık mevzuu kalmadığından reddolunur.

Tazmine ve istirdada mütedair dâvalar müstakillen açıldıkları takdirde mahiyetleri itibariyle içtima ederler. Bu kabil dâvalar ayrı ayrı açıldıkları takdirde mümasili bir dâva açılmıştır diye reddolunamaz. Ancak ilk dâvanın neticesi tahkik olunarak zarar itfa olunmuşsa mevzuu kalmaması sebebiyle ikinci bir dâvanın reddi icap eder. Suiniyetle gayrimenkulü iktisap eden kimse ile evvelâ hile ile aynı gayrimenkulü namına tescil ettirip âhara temlik eden şahıs ika ettikleri zarardan dolayı haksız fiil esaslarına göre hakikî mal sahibine karşı müteselsilen mes'uldürler. Bu cihetler nazara alınmadan noksan tetkikat müsteniden yazılı şekilde karar ittihazi yolsuzdur.»

1. Karar, en kısa bir özetle, bir gayrimenkulü haksız olarak uhdesine geçiren kimse ile ondan kötü niyetle iktisapta bulunan üçüncü şahsa karşı, hak sahibi olan asıl mâlikin dermeyan edebileceği talep hakları ile ilgilidir.

Olayda dâvacı (A), gayrimenkulünü hile ile üzerine tescil ettiren ve sonra da başkasına satıp temlik eden (B) aleyhinde tazminat dâvası açmıştı. Keza dâvacı, bu dâva devam ederken müktesip üçüncü şahıs (Ü) aleyhine de, gayrimenkulü kötüniyetle iktisap ettiğini ileri sürerek tapu sicil kaydının tashihi dâvası açmıştır. Karardan pek iyi anlaşılacakla beraber, ilk açılan tazminat dâvasında müktesip üçüncü şahıs (Ü) nün de, gayrimenkulü ona haksız olarak temlik eden (B) ile birlikte hasım gösterildiğini zannediyoruz. Zira, Asliye Mahkemesinin kararı özetlenirken «... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 186. (187. olacak!) maddesine göre dâvacılar aynı gayrimenkul hakkında aynı şahıslar aleyhine Kadıköy Asliye Mahkemesine tazminat dâvası açmış olduklarından aynı mevzu hakkında tekraren aynı dâvası (aynı dâvası olacak!) açılmasına kanunen mesâğ bulunmadığından.....» denmektedir.

Asliye Mahkemesi her iki dâvanın konu ve taraflar bakımından aynı olduğu mucip sebeble Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187. maddesinin 4. bendini tatbik etmiştir. Bu hükme göre «ikame olunan dâvanın diğer bir mahkemede derdesti rü'yet bulunduğu iddiası» iptidai bir itiraz olarak telâkki edilmiştir. Demek oluyor ki Asliye Mahkemesi her iki dâvanın konu, taraflar ve hukukî sebep bakımından aynı olduğu kanısındadır. Hiç değilse Asliye Mahkemesi ancak her iki dâvanın konu, taraflar ve hukukî sebep bakımından aynı olması halinde uygulanacak hükme uymuş ve ikinci dâvayı reddetmiştir.

Tazminat dâvası yürürken aynı hasım (müktesip üçüncü şahıs) aleyhinde bir de tapu sicil kaydının tashihi dâvasının açılmış olması HUMK. nun 187. maddesinin uygulanmasını gerektirmeyeceğine göre Asliye Mahkemesinin kararında isabet olmadığı muhakkaktır. Tatbikattaki kararsızlıklar ve dalgalanmalar ne olursa olsun, bir dâvada aynı maddî vakıya dayanarak bir birinden farklı netice talepleri dermeyan etmek ve hâkimden bunların biri olmazsa ötekine hükmedilmesini istemek Usul Hukuku bakımından caiz ve mümkündür. Bu bir kademeli dâva şeklidir. Durum böyle olunca aynı maddî vakıyadan doğan farklı netice talepleri ayrı ayrı dâvalarla dermeyan etmekte de bir beis olmamak gerekir.

Böyle olmakla beraber bir dâvalıya karşı gerek kademeli olarak aynı dâvada, gerekse birbirinden müstakil dâvalarda dermeyan edilen netice taleplerden herbirinin sâbit görülerek hüküm altına alınması ve böylece dâvalının aynı vakıya dolayısıyla birden fazla edimlere mahkûm edilmesi ihtimalini bertaraf etmek lüzumu da meydandadır.

2. Asliye Mahkemesinin kararı, her şeyden önce (A) nın (Ü) ye karşı olan talep hakkının neden ibaret olduğu meselesinin aydınlatılmasını gerekli kılmaktadır. (A), şüphe yok ki, (Ü) nün kötü niyetli olması halinde ondan tapu sicil kaydının düzeltilmesini talep ve dâva edebilir. Bu dâva Medenî Kanununun 932 ve 933. maddelerine dayanır. Fakat acaba (A), (Ü) ye karşı böyle bir «tashihi dâvası» açacak yerde doğrudan doğruya tazminat dâvası açabilir mi? Yani diyebilir mi ki «(Ü) nün bana ait gayrimenkulü kötüniyetle iktisap etmesi haksız bir fiildir. Ve ben artık ondan gayrimenkulün aynı yerine tazminat istiyorum!» Gayrimenkul (Ü) nün üzerinde kayıtlı oldukça böyle bir dâvaya prensip olarak cevaz vermemek icap eder. Zira, kötüniyetli (Ü) nün gayrimenkulü muteber bir şekilde iktisap etmesi mümkün olmadığına göre tapuda (Ü) lehine tesis edilen kayıt tamamen şeklidir. Ve böyle bir kayıtlı (A) nın zarara uğramadığını ifade eder. Haksız fiil mes'uliyetinin şekli duruma rağmen mülkiyetin (A) ya ait olması onun malvarlığında bir azalmanın vukubulmadığını, daha açık bir söyleyişle (A) nın nazara uğramadığını ifade eder. Haksız fiil mes'uliyetinin temel unsurlarından biri ise bir «zararın» mevcudiyetidir. Nitekim von Tuhr mülkinin, ancak aynı bir dâva açılmadığı takdirde (meselâ malın tahribi veya uhdesindeki imkânsızlık hallerinde), bir zarara

uğramış olacağını ve sadece böyle durumlarda haksız fiil sebeble tazminat istenebileceğini kaydetmektedir¹.

Alman Medeni Kanununun 249. maddesi malın iadesini tazminat gibi telâkki etmeğe müsait olduğu için von Tuhr bu madde hükmünü tenkit etmekte ve aynı taleple tazminat hakkı arasında husule gelen böyle bir karışıklığın İsviçre Borçlar Kanununa intikal etmemesi lüzumuna işaret etmektedir².

Tabiatile mâlikin maldan, daha doğrusu malın zilyedliğinden yoksun bırakıldığı süre içinde uğradığı menfaat kayıpları başlı başına ve her halde tazmin talebine konu olabilir ki bu nokta tamamen konumuz dışında kalmaktadır. Binaenaleyh biz sadece malın mülkiyetinin kaybından doğan veya malın kıymetine tekabül eden tazminatla meşgul olmaktadır.

Olayda haksız fiil şartlarının gerçekleştiği kabul edilebilse bile doğru bir hukuk anlayışı, kanunun özel olarak düzenlediği hükümler varken genel kuralların tatbikini reddeder. O halde bir gayrimenkulün kötüniyetle iktisabı, genel bir hukuk kaidesi olan Borçlar Kanununun 41. maddesi hükmünün değil, Medeni Kanununun doğru- dan doğruya olaya uyan 932 ve 933. m. nin tercihen uygulanmasının gerektirir. Kaldı ki (Ü) aleyhinde aynı bir dâva olan «tashih dâvası» yerine haksız fiile dayanan bir tazminat dâvasının ikamesi mümkün olsa dahi Borçlar Kanununun 43. maddesi gereğince hâkim esas itibariyle aynen tazminata karar verecektir; zira «hâlin özel icapları» zararın bu yolda tazminine fazlasile elverişli bulunmaktadır. Öyleyse tashih dâvası yerine, neticede yine gayrimenkulün dâvacıya iadesini sağlayacak zayıf bir şahsî hak (tazminat) dâvasının ikamesinde genel olarak pratik bir fayda da yoktur.

Bununla beraber bazı istisnai hallerde (A) nın tashih dâvası yerine tazminat dâvası açmakta menfaati olabilir. Ezcümle portakal müstahsili olan (A) nın gayrimenkulü bir portakal bahçesi iken (Ü) nün elinde pamuk tarlası haline gelmişse, galip ihtimalle, (A) nın menfaati (Ü) den alacağı tazminatla başka bir portakal bahçesi edinmektedir; yoksa senelerce sürecek gayret ve emeklerle, pamuk tarlasını yeniden portakal bahçesi haline getirmekte değil!

İşte böyle «malın olduğu gibi elde edilebilmesi» imkânının mev-

[1] Von Tuhr, Borçlar Hukuku (Cevat Edege tercümesi), § 48, IV.

[2] Von Tuhr, a.g.e., § 12, not 36. — Von Tuhr'un eserini büyük bir dikkatle dilimize çeviren Cevat Edege bu noktada, her nedense, yukardaki fikri ifade eden ibareyi çevirisinde eksik bırakmıştır.

cediyetine rağmen bunun hak sahibine önemli külfetler yükleyeceği özel durumlarda (A) ya alternatif bir hak tanımak ve ona dilerse tazminat, dilerse tashih dâvası açmak hususunda bir imkân vermek herhalde hakkaniyete uygundur. Yeter ki dâvacıyı nakdî tazminat istemekte haklı kılan sebep sâbit olsun!³.

Diğer taraftan (Ü) kötü niyet iddiasını reddetmekle beraber kendisine karşı açılan tazminat dâvasının görülmesine muvafakat ederse, zannımızca hâkim dâvayı dinlemeğe ve esas hakkında karar vermeğe mecburdur. Zira bir aynın yerini tutan bedelin dâva edilebilmesini taraflar pekâlâ kararlaştırabilirler.

3. Yukardaki faraziyeler dışında, gayrimenkul (Ü) üzerinde kayıtlı oldukça (A) nın (Ü) aleyhinde tazminat dâvası açmasına cevaz vermemek gerekir⁴.

Bununla beraber (A), şayet (Ü) aleyhinde bir taraftan tazminat dâvası açmış, diğer taraftan da sözü geçen dâva görülürken bir de tapu sicil kaydının tashihini dâva etmişse acaba bu ikinci dâvanın âkibeti ne olacaktır?

Asliye Mahkemesi bu soruyu, ikinci dâvanın reddi lüzumunu beyan ederek cevaplandırmıştır. Zira Asliye Mahkemesine göre her iki dâvanın tarafları ve mevzuu aynıdır. Halbuki iki dâva arasında «aynıyet» ten bahsedebilmek için taraflarda, hukukî sebepte ve dâvalanan şeyde (müddeabihte) bir değişiklik olmaması gerekir.

[3] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, Belediyece istimlak edilmeksizin yola kalbedilen gayrimenkul üzerinde mülkin mülkiyet hakkı devam ettiği cihetle Belediye aleyhinde tazminat dâva edilemeyeceğine karar verdiği halde Genel Kurul, «yola kalbedilmek suretile umumun menfaatine tahsis edilmiş olan yere vâki müdahalenin men'ine dair istihsal edilecek ilâmin infazı kabil olmayacağından gayrimenkul sahiplerini netice alamıyacakları bir dâvanın ikamesine sevketmekte bir fayda mülâhaza edilemeyeceği mucip sebeble bedel dâvasını kabul eden ısrar kararını onamıştır (HGK. 17.11.1954 t. ve 4/126/183, Senai Olgaç, Türk Borçlar Kanunu, 1959, s. 41, no. 504). Gayrimenkulün aynen elde edilmesindeki imkânsızlık halinde zaten problem yoktur; bu takdirde bedel dâvasının açılması mukadderdir. Fakat kararda gayrimenkulün aynen elde edilmesine müteallik infaz imkânsızlığından bahsedilmesine rağmen biz daha ziyade aynen geri alınmasındaki «menfaat azalması» nın kastedildiğini sanıyo: ve Genel Kurul kararını bu bakımdan yerinde buluyoruz.

[4] Fransız Hukukunda da malı elinden alınan mâlike, ancak malın hasara uğramış olması veya bulunamaması hallerinde, tazminat dâvası açabilmek imkânı tanımakta ve genel olarak, istihkak dâvası ile malı geri almak mümkün iken tazminat dâvası ile yetinilmesi caiz sayılmamaktadır. Bak: *Planiol - Ripert - Boulanger, Traité de Droit Civil*, t: II, 1597, no: 927, s. 345).

İncelediğimiz olayda ise bahis konusu iki dâvada bu üç unsurdan yalnız birincisi yani «tarafklar» aynıdır. Hukukî sebepler farklıdır; çünkü ilk açılan dâva haksız fiile (Borçlar Kanununun 41. maddesine), ikincisi ise haksız tescilin terkinin lüzumuna (Medeni Kanunun 933. maddesine) dayanmaktadır. Dâvalanan şeyler başkadır; zira ilk dâvada tazminat, ikincisinde «kayıt tashihi» istenmektedir. O halde mahkemenin verdiği red kararının mucip sebebi aşikâr surette hatalıdır. Bununla beraber bu kararı verirken Asliye Hâkiminin dayandığını sandığımız esas düşünceyi de gözden kaçırmamalıdır. Öyle görünüyor ki hâkim, dâvalının aynı maddi vakadan dolayı birden fazla edimlere mahkûm edilmesi ve netice olarak hem elindeki malı iade etmek hem de onun bedelini ödemek gibi garip bir duruma düşürülmesi ihtimalinden endişe etmiştir. Bunun haklı bir endişe olduğundan şüphe edilemez.

Temyiz Mahkemesi kararı bozarken bu noktaya asla ilişmemiş ve olayı, sanki (A) tazminat dâvasını yalnız (B) aleyhinde, yani gayrimenkulü (Ü) ye devreden kimse aleyhinde ikame etmiş de sonradan (Ü) ye karşı bir de tashih dâvası açmış gibi telâkki ve muhakeme etmiştir. Diğer söyleyişle, Temyiz Mahkemesi, (A) nın ilk olarak açtığı tazminat dâvasında (B) ile birlikte (Ü) yü de hasım göstermesinden doğacak özellikler üzerinde durmamış ve böylece Asliye Hâkiminin, hatalı kararına rağmen haklı bulduğumuz endişesini ortadan kaldıracak bir açıklama yapmamıştır.

Gerçekten, Temyizin bozma kararında sadece (B) ye karşı açılan tazminat dâvası ile daha sonra (Ü) ye yöneltilen tashih dâvasının telâhuk edeceklerinden ve (B) ile (Ü) nün (A) ya karşı müteselsilen mes'ul bulduklarından bahsedilmektedir. İhtimal Temyiz Mahkemesi (A) nın, (B) ile birlikte (Ü) yü de tazminat dâvasında hasım göstermesini önemli saymamış ve sonradan tashih dâvasının açılması ile (Ü) ye karşı evvelce ileri sürülen tazminat isteğinin konusu kalmıyacağını düşünmüştür.

İlave edelim ki, Temyiz Mahkemesince özetlenen Asliye Mahkemesi kararında ilk açılan tazminat dâvasının hem (B) hem de (Ü) aleyhine ikame edildiği beyan edilmekte bozma kararının metninde ise sadece «dâvacı evvelce gayrimenkulü âhara devreden kimse aleyhine tazminat dâvası açmıştır» denmektedir. Böylece tazminat dâvasında (B) nin ve (Ü) nün birlikte mi yoksa yalnız (B) nin mi hasım gösterildiği konusunda tereddüt hasıl olmaktadır. Birinci ihtimal, yani tazminat dâvasının her iki hasım aleyhine yöneltilmiş olması şıkkı tabiatile daha problematik bir mahiyet taşır. Bu

itibarla olayı Asliye Mahkemesinin takdim ettiği tarzda incelemek eidden enteresandır⁵.

Yukardaki açıklamalarımızla, (Ü) aleyhinde mücerret daha evvel açılmış bir tazminat dâvası vardır diye sonradan açılan tashih dâvasının reddine taraftar olmadığımızı ifade etmiş fakat her iki dâvanın ayrı koldan yürütülüp neticelendirilmesinin mahzurlarını da göstermiş bulunuyoruz. Gerçekten vereceğimiz hal tarzı (Ü) yü. iade ettiği malın bedelini de ödemek mecburiyetinde bırakmaya müncer olmamalıdır. Bunun için hâkim ya her iki dâva arasında irtibat görerek dâvaların birleştirilmesine karar verecek veyahut da ilk dâvayı ikincisi için bir meselei müstehire sayarak ikinci dâvanın intacını birincisinin neticesine talik edecektir. Tashih dâvalarında yetkili mahkeme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13. maddesine göre gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi olduğu ve evvelce tazminat dâvasının başka bir mahkemede açılmış bulunması halinde dâvaların birleştirilmesi — hiç değilse bugünkü tatbikat karşısında — mümkün olamayacağı için ilk dâvanın meselei müstehire teşkil ettiğine karar vermek daha uygun görünmektedir.

4. Dâvalar birleştirildiği takdirde hâkim her şeyden evvel gayrimenkulün mahiyet itibariyle bir değişikliğe uğrayıp uğramadığını inceliyecek ve dâvacının gayrimenkulü aynen elde etmekteki menfaatinin hissedilir şekilde azalıp azalmadığını tespitte çalışacaktır. Zira ancak bu takdirde dâvacıya alternatif bir hak tanımak ve ona dilerse gayrimenkul yerine bedelini isteyebilmek imkânını vermek mümkün olur. Ancak, burada «alternatif borç» deyimini kullanmadığımızı dikkat edilmelidir. Gerçekten (A) ya ait tazminat ve tashih taleplerinden biri şahsi diğeri aynı mahiyette olduğuna göre ortada tam mânasiyle — yalnız biri ifa edilecek olan — iki edimli bir borç münasebeti tasavvur etmek mümkün değildir. Bununla beraber olayda alternatif borca ait hükümlerin kıyas yolile

[5] Temyiz Mahkemesinin (Ü) aleyhinde birbirinden müstakil olarak açılan tazminat ve tashih dâvalarının iki ayrı koldan yürütülmesinde ve aynı hasma karşı gerek tazminat gerekse kayıt tashihine ilişkin iki ayrı ilâm elde edilmesinde bir beis görmediği de düşünülebilir. Böyle bir mantığın esası şu olmak gerekir: (A), (Ü) aleyhindeki tazminat ilâmını infaz ettirirse tashih talebi, tashih ilâmını infaz ettirdiği takdirde de tazmin talebi düşecektir. Fakat alternatif bir borcun konusunu teşkil eden edimlerden hangisinin isteneceğinin icra safhasına kadar borçluya meçhul kalmasındaki aşıkâr mahzur burada da vârit olduğundan böyle bir muhakemeye hak verilemezdi.

uygulanması, genel olarak aynı taleplerin de borçların ifası hakkındaki hükümlere bağlı tutulması ile izah edilebilir. Diğer taraftan «alternatif mes'uliyet» hakkındaki teşhisimize, aynıla onun yerini tutan tazminatın «asıl» ile «feri» arasındaki münasebet içinde buldukları ileri sürülerek itiraz edilebilir. Oysa açıkladığımız durumda, aynın verilmesi mümkün değilse tazminat istenmesi söz konusu değildir. Biz durumu, aynın verilmesini de mümkün sayarak muhakeme ettiğimize göre, alternatif borç teorisinden çıkarılan bu itiraz yersiz kalmaya mahkûmdur.

a) Gayrimenkulün evvelce (A) nın uhdesinde kayıtlı bulunduğu devre içinde (A) için haiz olduğu iktisadî fonksiyonu ifa etmesi bariz surette güçleşmiş olsa bile, (A) gayrimenkulünü aynen elde etmeyi tercih edebilir. (Yukardaki portakal bahçesi misaline bakınız.) İşte böyle bir durumda tazminat dâvasının açılması yenilik doğuran bir hakkın, *seçim hakkının* kullanılmasını ifade edeceğinden artık tashih dâvasına mesağ görülmiyecek ve bu dâvanın reddi gerekecektir⁶.

İlk dâva ile dâvacının seçimlik hakkını kullanmış olduğu kabul edilebiliyorsa artık tazminat dâvasının ıslah yolu ile tashih dâvasına kalbi de faydasız kalmaya mahkûmdur. Zira, tazminat dâvası açmakla (A), tashih talebinden feragat etmiş sayılacak ve artık aynı hakkı düşmüş olacaktır.

b) Şayet, gayrimenkulün eski halini muhafaza etmesi dolayısıyla (A) nın ilk açtığı tazminat dâvasına zaten mesağ yok idiye o takdirde tazminat dâvası reddedilerek tashih dâvasına devam edilecektir. O halde ikinci dâvanın açılması ilk dâvanın ıslahına benzer netice husule getiriyor demektir. Gerçekten (A), bu sıktaki İaraziye içinde, tazminat dâvası yürürken bir de tashih dâvası açacak yerde ilk açtığı dâvayı ıslah etseydi bu belki de kendi menfaatlerine daha uygun olurdu. Böylece (A), tashih dâvası için yeni harç vermez, ilk dâva ile kesilen müruruzamandan istifade eder⁷ ve — Temyiz Mahkememizin uygulamalarına göre — dâvalıya

[6] Bununla beraber (A) nın ilk olarak tazminat dâvası açmış bulunması, bedelli ayına tercih ettiği hakkında kesin bir delil sayılmamalıdır. (A) nın bu hareketli hukukî bir hatadan ileri gelmiş olabilir. Bu sebeple bedel dâvasını seçim iradesine sadece bir karine saymak ve bunun aksini isbata cevaz vermek hakkaniyete daha uygun düşecektir.

[7] Bilhassa dâvacının murisi üzerinde kayıtlı gayrimenkulün kötü niyetle iktisabı olayında müktesibin 20 senelik kazandırıcı zamanaşımından faydalanmak üzere olduğu hallerde bu nokta önemlidir.

ıslahtan evvel tebliğ ettirdiği gıyap kararı ıslahtan sonra da hükmünü muhafaza edeceğinden yeniden gıyap kararı tebliğine lüzum kalmazdı⁸. Keza ıslahtan sonra dahi dâvacı evvelce yapılan diğer bazı usulî muameleleri tekrar etmek külfetinden kurtulmak imkânını bulurdu (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 87, cümle 2).

Esasen birinci dâva yürürken bir de tashih dâvasının açılmış olmasını, dâvayı ıslah maksadına yormak genel olarak mümkündür. Nitekim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 88. maddesi ıslah yolu ile yeni bir dâva ikamesine cevaz vermektedir. Ne var ki usul prensipleri, mücerret yeni bir dâvanın açılmış olması halinde ıslah hükümlerinin otomatik olarak uygulanmasına müsaîit değildir. Böyle olmakla beraber kanaatimizce dâvacı, tashih dâvasını açtıktan sonra dahi ilk dâvanın ıslahına taallük eden usul muamelelerini yapmak ve böylece tazminat talebini tashih talebine çevirmek imkânına sahiptir. Zira Usul Kanununun 88. maddesi gereğince yeni bir dâvanın ıslahı tazammun ettiğini kabul edebilmek için evveleminde ıslah iradesinin ilk dâvayı gören mahkemeye beyan edilmesi ve ancak ıslah dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edildikten veya ıslah iradesi diğer tarafın hazır bulunduğu celsede mahkemeye bildirildikten sonra başlayacak üç günlük müddet içinde işbu yeni dâvanın açılması gerektiğini kat'î bir prensip olarak ortaya koymaya imkân yoktur. Esasen böyle bir iddia aşırı formalizm ve metincilik olurdu. O halde yeni dâva açıldıktan sonra da ilk dâvanın ıslahına dair olan dilekçeyi mahkemeye vermek veya Usul Kanununun 85. maddesi gereğince diğer tarafın hazır bulunduğu celsede bu hususta beyanda bulunmak ve ilk dâvada mahkûm olmuş gibi bu tarihe kadar olan dâva masrafı ile diğer taraf için takdir olunacak zarar ve ziyânı derhal mahkeme veznesine ödemek, açılan ikinci dâvanın ıslah hükümlerine göre görülmesini sağlamaya yetecektir. Hattâ bu takdirde dâvacının, ikinci dâvayı açmak için ödediği harcı (zira bu dâva açılırken henüz ilk dâvanın ıslahı bahiskonusu değildi!) geri almak hakkına sahip olup olmadığı dahi tartışılabilir. Fakat harç iddiaya göre ve dâva anındaki durum gözönünde tutularak alınmak gerekeceğinden, bir defa ödenmiş olan harcın sonradan başvuru ile ıslah hükümlerine dayanılarak geri alınabileceğini sanmıyoruz.

[8] Hukuk Genel Kurulunun 25.1.1950 tarih ve 1-226/19 sayılı kararı Bak: Öztekin - Kazancı, Nazari ve Tatbiki İctihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1957, no: 442, s. 99.

Demek ki bu durumda dâvacı sadece ıslahın yeniden harç ödememek dışında kalan diğer avantajlarından faydalanabilecektir ki bunlar da, yerine göre, büyük önem taşıyabilir.

5. Yukardaki izahlardan sonra, şimdi de (Û) aleyhinde açılan tashih dâvasının (B) aleyhinde yürütülmekte olan tazminat dâvasına olan etkisini inceliyelim.

Önce şu soruya bir cevap arıyalım: Acaba (B) nin (Û) ye yaptığı temlik meselâ (Û) nün kötüniyetli olması yüzünden hükümsüzse ve sonuç olarak da (Û) lehindeki tapu kaydına rağmen (A) gayrimenkulün mâliki olarak kalmakta devam ediyorsa yine de (A), (B) den gayrimenkul bedelini esas tutarak tazminat dâva edebilir mi? Böyle bir dâvaya karşı (B) mülkiyetin halen (A) da bulunduğunu, o halde (A) nın bir zarara uğramadığına göre kendisinden tazminat istenemeyeceğini ileri sürebilir mi? Bu meseleyi de iki ihtimale göre ele almak gerekir:

a) (A), (B) aleyhinde tazminat dâvası açmış olmakla beraber henüz (Û) ye karşı tashih dâvası açmış değilse: Bu durumda (B) nin, elindeki delillere dayanarak, şekli sicil kaydına rağmen mülkiyetin halen (A) da olduğunu, bu sebeple, (Û) ye karşı tashih dâvası açması mümkün olan (A) nın gayrimenkul mülkiyetinin kaybından dolayı bir zarara uğramadığını ileri sürmesi teknik hukuk bakımından mümkün görünmektedir. Fakat böyle bir iddia zannımızca hakkın kötüye kullanılması olurdu. Nitekim von Tuhr: «kendi kusuru ile bir şeyin üçüncü şahsın eline geçmesine sebep olan borçlu üçüncü şahsa karşı dâva açmak külfetini mâlike yükliyemez» demektir (von Tuhr, Edege tercümesi § 15, No. 36).

b) (A), (B) aleyhine tazminat dâvası, (Û) ye karşı da tashih dâvası açmışsa:

İşte tahlil etmekte olduğumuz Yargıtay kararında bu hal göz-önünde tutulmuştur. Yargıtay'a göre:

«Tazmine ve ıstırdada mütedair dâvalar müstakilen açıldıkları takdirde mahiyetleri itibarile ıctima ederler. Bu kabil dâvalar ayrı ayrı açıldığı takdirde mümasili bir dâva evvelce açılmıştır, diye reddolunamaz... Ancak ilk dâvanın neticesi tahkik olunarak zarar itfa olunmuşsa mevzuu kalmaması sebebiyle ikinci bir dâvanın reddi icap eder. Suiniyetle gayrimenkulü ıktisap eden kimse ile evvelâ hile ile aynı gayrimenkulü namına tescil ettirip âhara temlik eden şahıs ika ettikleri zarardan dolayı haksız fiil esaslarına göre mal sahibine karşı müteselsilen mes'uldürler.»

Demek oluyor ki Yargıtayın anlayışına göre (B), bu durumda dahi «zararın gerçekleşmediği» savunmasını yapamıyacaktır. Yüksek Mahkeme (A) nın, hem (B) hem de (Ü) aleyhlerinde ayrı ayrı açtığı tazminat ve tashih dâvalarını sonuna kadar götürmesinde bir sakınca görmemekte ve bu düşüncesini (B) ile (Ü) arasında, aynı haksız fiili birlikte işlemiş olmaktan doğan müteselsil sorumluluk esasına dayandırmaktadır. Yargıtay (B) ile (Ü) nün birlikte bir haksız fiil işlediklerini kabul etmiş ve böylece olayda (A) nın mülkiyeti elden çıkarmış olmamasındaki özelliğe hiçbir önem vermemiştir. Oysa, (Ü) nün lehindeki kayda rağmen, mülkiyet (A) da kalmışsa mülkiyetin kaybından doğan bir zarar yoktur ki buna sebebiyet verenlerden (B) ye karşı bir tazminat dâvası açılabilin! Yukarda, eğer (A), (Ü) aleyhinde tashih dâvası açmamışsa zararın gerçekleşmediği yolunda (B) ye bir savunma hakkı tanımayı reddetmiş ve bu düşüncemizi hakkın kötüye kullanılması esasına dayatmıştık. (A), (Ü) ye karşı tashih dâvası açmışsa, artık zannımızca (B) ye böyle bir savunma tanımamak için sebep yoktur. Zira bu son şıkta (B), (A) yı, bir üçüncü şahsı yâni (Ü) yü dâva etmeye zorlamamakta, aksine (A) bu dâvayı kendi gönül rızasıyla zaten açmış bulunmaktadır. (A), (Ü) aleyhinde tashih dâvası açmakla açıkça şu iddiada bulunmuş demektir: «(B) nin (Ü) ye yaptığı temlike rağmen gayrimenkul üzerindeki mülkiyet bende kalmıştır! Bu gayrimenkul benim mamelekimden çıkmamıştır; ve ben bu yüzden bir zarara uğramış değilim!».

Böyle açık bir iddiaya rağmen nasıl olur da (A), diğer taraftan (B) ye gider ve bu defa gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının sona erdiğini kabule müncer olan bir talep için yargıçtan karar isteyebilir? (A), (Ü) ye karşı malvarlığında azalma olmadığını (B) ye karşı ise bu azalmanın vukubulduğunu ileri sürerek iki ayrı dâvayı yürütmek isterse B, zararın isbatı dâvacıya ait olduğu, oysa (A) nın, (Ü) ye karşı açtığı dâvada böyle bir zararın gerçekleşmediğini ikrar etmiş sayılması gerektiği yolundaki savunmasını az çok başarı ile yapabilecektir. «Az çok» dememizin sebebi şudur: (A), (Ü) aleyhinde açtığı tashih dâvasını kaydederse «zarar» sabit olmuş sayılacağından (B), artık kesin surette tazminatla sorumlu olacaktır. Şu halde bu durumda zararın vukuku ancak (Ü) aleyhindeki dâvanın reddi ile subut bulacaktır. Böyle olunca da (B) aleyhindeki dâva tashih dâvasının sonuna kadar bekletilmelidir. Yargıç, mücerret tashih dâvası açılmıştır diye tazminat dâvasını reddedemez.

Çünkü tazminat dâvasında konumuz bakımından halli gereken nokta geçmişte (dâva açılmadan önce) bir zararın vukubulup bulmadığını tesbitten ibarettir. Bunun için de tashih dâvasının neticelenmesine ihtiyaç vardır. Gerçi yukarda tashih dâvasının açılmış olmasını zararın yokluğu hakkında dâvacının yaptığı bir ikrar gibi telâkki etmiştik; fakat açıktır ki bu ikrarın netice doğurabilmesi, tashih dâvasının kazanılması şartına bağlı bulunmaktadır.

Bu açıklamaların özü şudur: (A), (B) ye karşı açtığı tazminat dâvası görülürken, (Ü) aleyhinde tashih dâvası açmışsa, bu sonuncusu neticelenmedikçe mahkeme tazminata hükmetmemelidir. Böyle olunca da (B) ile (Ü) arasında müteselsil sorumluluk ilgisi gören Yargıtayın düşünce tarzına katılmak mümkün olmaz. Çünkü müteselsil sorumluluğun en önemli özelliklerinden biri borçlulardan birine karşı ileri sürülen talebin diğerlerinden bağımsız olması, diğer söyleyişle taleplerden birinin hakkında karar verebilmek için diğerinin sonucunu beklemek zorunluğunun bulunmamasıdır.

6. Yargıtayın (B) ile (Ü) arasında müteselsil sorumluluk ilgisi görmesi başka bakımlardan da tenkit konusu yapılabilir:

a) Evvelâ birden ziyade kimselerin müteselsil sorumlulukları tek bir hukukî sebebe dayanmak gerekir. Olayda ise (B) ye karşı açılan dâva Borçlar Kanununun 41. maddesine, (Ü) aleyhindeki dâva ise Medenî Kanununun 932 ve 933. maddelerine, yâni tamamen farklı hukukî müesseselere ve sebeplere dayanmaktadır. Gerçi Borçlar Kanunumuzun 51. maddesine göre birbirinden farklı hukukî sebepler dolayısıyla sorumlu olanlar arasında «eksik teselsül» denen bir nevi teselsül münasebeti tasavvur edilebilir; fakat aşağıda arzedeceğimiz gibi olayda böyle bir münasebetin varlığı da kabul edilemez.

b) Eğer her iki dâvalı, (A) ya karşı müteselsilen sorumlu olsaydı, (B) tazminat ödemekle (Ü) ye karşı olan tashih talebini sukut ettirmiş olurdu. Nitekim Yargıtay, bozma kararında bu hal tarzını açıkca benimsemiştir.

Şimdi, farzedelim ki (A), (B) ye karşı açtığı tazminat dâvasını kazanmış ve hattâ bu husustaki mahkeme ilâmını infaz ettirerek hükmedilen tazminatı da almıştır. Bu durumda, Yargıtayın anlayışı kabul edilirse, artık (Ü), kötü niyetli olsa bile, gayrimenkulün mülkiyetini kesin olarak kazanmış olacak ve ona karşı bundan böyle tashih dâvası açılmıyacaktır. Oysa (A) nın, kötü niyetli (Ü) ye

karşı Medeni Kanununun 932 ve 933. maddelerine dayanan ve sicil kaydının düzeltilmesini hedef tutan talebi bir «aynî talep» tir. (B) ye karşı olan tazminat talebi ise tamamen şahsî mahiyettedir. Borçlar Kanunumuzun sadece şahsî talepler açısından ve birden fazla «borçlunun» varlığını farzederek koyduğu «müteselsil sorumluluk» hükümleri hodbehod aynî taleplere de uygulanamaz. Gerçekten (Ü) nün (A) ya karşı alelâde bir borcu değil, aynı bir mükellefiyeti bahis konusudur; bu sebeple (B) nin tazminat ödemesi (Ü) ye karşı olan aynı talebi düşüremez. Aksi takdirde hırsız, malını çaldığı kimseye tazminat ödeyerek, âdeta suç ortağı olan kötü niyetli müktesip - üçüncü şahsın artık dokunulmaz bir mülkiyet hakkı kazanmasını sağlamış olurdu ki buna asla cevaz verilemez; zira böyle bir netice, hileli tertiplere açıkça prim vermek demektir. (A) nın — iktisap ânında — (Ü) nün kötü niyetli olduğunu henüz tespit edemediği için (B) den tazminat isteyip aldığı takdirde — daha sonra (Ü) nün kötü niyetine ait deliller elde etse bile — ona karşı tashih dâvası açmak imkânını kaybetmiş bulunması adalete uygun bir çözüm şekli olmaktan çok uzaktır. (B) nin, ihtimal maksatlı olarak, tazminat ödemekte isticlal göstermesi ile, (A) nın, bir daha tamir ve telâfisi mümkün olmıyan bir olup bitti karşısında bırakılmasını kabule esas olacak bir hukuk prensibi yoktur.

c) Kaldı ki Borçlar Kanununun 141. maddesinde açıkça ifadesini bulan bir kaideye göre, teselsül ya kanundan veyahut da akitten doğar. Taraflar arasında akitle kurulmıyan teselsül münasebeti, kanunda açıklık olmadıkça, mevcut farzedilemez. Yukarıda, (a) şıkında, (B) ve (Ü) nün haksız fiil esasına göre müşterek sorumluluklarını reddettiğimiz için olayda Borçlar Kanununun 50. maddesi hükmü de uygulanamıyacağından ortada kanunî bir teselsül hali yoktur.

7. Yukarıda sıraladığımız sebepler (B) ile (Ü) arasında müteselsil bir borç ilgisi gören Yargıtayın bu kanısına katılmaktan bizi alıkoymaktadır. O halde (A), (B) den tazminatı almasına rağmen (Ü) aleyhinde tapu sicil kaydının tashihini dâva edebilme-lidir. Şüphe yok ki (A), tashih dâvasında başarıya ulaşırsa evvelce (B) den aldığı tazminatı, Borçlar Kanununun 61 ve devamı maddelerinde düzenlenen sebepsiz iktisap esasına göre vermek zorunda kalacaktır.

8. Bu konuda son olarak, her yönden hatalı bulduğumuz Yargıtay kararının bir noktada Türk tatbikatına, müsbet ve önemli bir görüş getirdiğini de kaydetmeliyiz. Gerçekten kararda, mahiyetleri birbirinden farklı edimlerin bir müteselsil borç münasebetine aynı zamanda konu teşkil edebilecekleri görüşü benimsemiş bulunuyor ki Fransız Medenî Kanununda reddedilen bu hal tarzının İsviçre - Türk Hukuku bakımından isabetini bazı hukukçular tereddütle karşılamaktadırlar.

Roma Hukukundan miras kalan bir anlayışa göre, müteselsil borcun ayırıcı vasfı, bütün borçluların aynı şeyi borçlu olmalarıdır⁹. Fransız Medenî Kanununun 1200. maddesinde bu esas şöyle ifade edilmiştir: «Borçlulardan her biri borcun tamamı ile mükellef kılınabilecek surette AYNI ŞEYİ borçlu oldukları ve yalnız biri tarafından yapılan tediye alacaklıya karşı diğerlerini borçtan kurtardığı ahvalde borçlular arasında teselsül vardır.»

Fransız hukukçuları da bu metne dayanarak müteselsil borçlarda alacaklının karşısında hepsi AYNI ŞEYLE mükellef olan müteaddit borçlular bulunduğunu beyan etmektedirler¹⁰.

Bazı müellifler «müteselsil borçların mevzuunda vahdet» bu prensibin İsviçre-Türk Hukuku için de yürürlükte olduğunu kabul eder görünüyorlar¹¹. Oysa Borçlar Kanunumuzun teselsülle ilgili hükümleri içinde müteselsil borçluların aynı şeyi borçlu olmaları lüzumunu emreden bir kurala rastlanamaz. Borçlar Kanununun 141. maddesi «borcun mecmuundan mes'ul olmayı iltizam» dan bahseden hükmünden, müteselsil borçluların mutlaka aynı şeyi taahhüt etmeleri gerektiği sonucu çıkarılamaz. «Borcun mecmuu» veya «borcun tamamı» deyimi, içlerinden yalnız birinin ifası ile yetinilecek olan farklı mahiyetteki edimlerden her birinin tamamını da ifade edebilir. Nitekim Alman Medenî Kanununun müteselsil borçlara ait 421. maddesinde «borcun mecmuunun ifası» ndan bahsedilmiş olduğu halde Enneccerus-Lehman müteselsil borçlarda borçlulardan her

[9] Paul Hovelin, Cours élémentaire de droit romain, Paris 1929, s. 335.

[10] Josserand, Cours de droit civil positif français, cilt: 2, Paris 1939, s. 476. — Aubry et Rau, Cours de droit civil français, cilt: 4, Paris 1942, s. 40-41. — Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, cilt: 2, Paris 1948, s. 472.

[11] Martin, Théorie des Obligations, Genève 1919, s. 206. — Sarmen, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1950, s. 521.

birinin diğerklerinden farklı mahiyette bir edim taahhüt edebileceğini açıkça beyan etmektedirler¹². Von Tuhr, Funk, Hacı Âdil gibi hukukçular İsviçre - Türk Hukuku için de aynı görüşü savunmuşlardır¹³.

İşte Yargıtay da incelediğimiz kararında bu doğru görüşü benimsemiştir. Fakat bizce kararın müsübet yönü bundan ibaret kalmakta ve doğrudan doğruya olayın çözümüne ait diğerk noktalarda yukarıdaki açıklamalarımızın gösterdiği gibi karar, hatalı bir hukuk anlayışını yansıtmaktadır.

Doc. Dr. Selâhattin Sulhi TERİNAY

İSTANBUL UNİVERSİTESİ
DEVLETLER HUKUKU ENSTİTÜSÜ

[12] Enneccerus - Lehman, Lehrbuch des Bürgerlichen Recht, Marburg 1930, s. 308.

[13] Von Tuhr, a.g.e., § 90, I. — Funk, Commentaire du Code Fédéral des Obligations, Neuchâtel 1930, m. 143, not: 2 (Almancadan tercüme: Porret et perregaut - Türkçe tercümesi: H. V. ve C. H. Selek). — Hacı Âdil, Borçlar Kanunu Serhi, cilt: 2, İstanbul 1929, s. 714.