

İSVİÇRE - TÜRK HUKUKUNA GÖRE

İKTİSABİ MÜRURU ZAMAN

(Devam)

Dr. İsmet Gülümser

§ 4. Zaman aşımı

I. 1) Her iktisabî müruru zamanın en aslî diğeri bir unsuru zaman aşımıdır. Fevkalâde iktisabî müruru zaman hâdisesi için malik sıfatile zilyedliğin kanunda tayin edilen müddet nizasız devam etmesi lâzımdır. Bu müddet, ZGB. 662 ye göre 30, TMK. 639 a göre 20 senedir¹⁸².

182) 5602 sayılı Tapulama K. m. 13, bent D ye göre: «Tapuda kaydı olmayıp da en az on yıldanberi malik sıfatile, fasılasız ve nizasız zilyedliği belgelerle veya bilirkişi sözlerle sabit olan gayrimenkuller zilyed adına tesbit ve tescil olunur.» Tesbiti, kadastro teknisyeni yapar. Bu hükümlerle, kadastro yapılan yerlerde, MK. 639, I yetki ve süre bakımından tadil edilmiştir. Öyle ki mahalli mahkemede açılan fevkalâde iktisabî müruru zamana binaen tescil dâvası, gereken müddet bulunmadığı için redde uğramak üzere iken o bölgede arazi kadastrosunun başlaması üzerine kadastro yargıcına devrolunan ve bu kanuna göre incelenen (m. 35) dâva neticesinde zilyed adına tescille karar verilir. Zilyed, belge veya kanunun bilirkişi dediği, köy derneklerince seçilmiş en aşağı üç şahitle iddiasını kadastro teknisyeni önünde tevsik edebilirse adına tescil edilir, kadastro yargıcına gitmeye de lüzum yoktur. Tapulama K. nun uygulanacağı yerlerde MK. 639, f. I deki müddeti 10 sene indirdikten sonra f. II deki müddeti bundan müstesna tutmak için sebep yoktu. Kadastro başlayan yerlerde mahkemelerdeki kesinleşmemiş davalar kadastro yargıcına devredilir, kadastro yargıcı bunlara da *bu kanuna göre* bakar (m. 35). Kadastro işlerinin bir bölgede bitmesinden 6 ay sonraya kadar hükme bağlanmamış davalar mahalli asliye mahkemesine devrolunur, mahalli mahkemeler de *bu kanun uyarınca* bu dâvaları görürler (m. 36). m. 35 ve 36 dan açıkça anlaşıldığı üzere, Tapulama K. hükümleri kaideten ancak gezici kadastro mahkemelerinde veya kadastro teknisyeni görevindeki işlerde tatbik edilebilir, yoksa mahalli mahkemeler bu kanun hükümlerini tatbik edemezler. Mahalli mahkemelerin Tapulama K. na göre hüküm verebilmeleri ancak m. 36 daki istisnai halde kabil olur. (Bk. İ. Gülümser, *İst. Baro Dergisi*, Ağustos 1951, S. 458, 461; aksi fikir: İhan E. Postacıoğlu, aynı dergi S. 462 v. d.)

İktisabî müruru zaman süresinin mukaveleyle uzatılması, iktisabî müruru zaman müessesesiyle güdülen nizaların ilânihaye sürüp gitmesinin önünü kestirmek ve tasfiye etmek ve mahkemeleri bunlardan kurtarmak gayelerine aykırı olacağı cihetle kabul edilemez. Bundan dolayı iptidaen iktisabî müruru zamandan da feragat bâtil olduğu gibi, (BK. 139, I) meselâ kanunda kabul edilmeyen durma ve kesilme sebepleri ihdasile iktisabî müruru zamanın güçleştirilmesine matuf mukaveleler de gayri-muteberdir¹⁸³. Lâkin kısaltılmasına¹⁸⁴ imkân olup olmadığı düşünmeğe değer. BK. 127, yalnız üçüncü babdaki müruru zaman sürelerinin mukaveleyle değiştirilemeyeceğini tesbit etmiştir. Bundan başka, ZGB. 663 yalnız sürelerin hesabı, kesilme ve durmasında BK. na atıf yapar. Üstelik, iktisabî müruru zaman müessesesinde, devamlı zilyedin hak iktisabına mukabil, eski malik sukutu hakka maruz kalmakla beraber, kanun ıskatî müruru zamandaki gibi kesilme ve durma imkânını da kabul etmiştir. Bununla beraber, fikrimizce, emredici hükümlerle tayin edilmiş olan fevkalâde iktisabî müruru zaman süresinin mukaveleyle kısaltılması da kabul edilemez. Aksi takdirde, taraflar kısa süreler tayinile MK. 634 ve 633 deki gayrimenkullerin ferağında resmî şekil ve tescil lüzumundan sıyrılmış olurlardı¹⁸⁵.

2, a) Fevkalâde iktisabî müruru zaman, tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerde malik sıfatile zilyedliğin iktisabı ile başlar. Gayrimenkul tapuda kayıtlı ise iktisabî müruru zamanın cereyana başlayabilmesi için malik sıfatile zilyedliğin iktisabı yetmeyip ayrıca MK. 639, II deki menfî şartların da tahakkuku lâzımdır; yani tapuda kayıtlı malikin ölümünden veya gayıplığından önceki malik sıfatile zilyedlik süresi hesaba katılmaz¹⁸⁶.

b) İktisabî müruru zaman süresi, eski malikin hakkını takip edemeyeceği tatil günleri atlanmaksızın devamlı olarak (tempus continuum) hesap edilir, yalnız iktisabî müruru zamanı durduran haller müstesnadır¹⁸⁷. En küçük birim, gün'dür. BK. 130, II ye göre ifa bahsindeki sürelerin hesabına dair kaideler, müruru zamanda da tatbik edilir. Buna göre, süre BK. 76, bent 3 de gösterildiği üzere, sürenin sonu, son ayın sayısı ile

183) von Tuhr, OR. S. 606.

184) Fevkalâde iktisabî müruru zaman süresinin kısaltılması yolundaki mukavele, fevkalâde iktisabî müruru zamanda şart olmayan hüsnüniyetin bulunmadığını gösterir. Bundan dolayı, sicil ve menkul iktisap müruru zamanlarında düşünülemez. Lâkin devralanın malik sıfatile zilyed olmasına mâni olmaz.

185) Bk. aşağıda § 5, not 328.

186) Bk. yukarıda § 2, not 109.

187) Leemann, 661, N. 12; Oser-Schönenberger, 77, N. 2; von Tuhr, OR. S. 437.

iktisabî müruru zamanın başlangıcına uyan gününe ve sürenin son ayında bu gün eksikse bu ayın son gününe gelmek suretile hesaplanır. Misal: 15 Mayıs 1930 - 15 Mayıs 1950 ve 29 Şubat 1924 - 28 Şubat 1944. Şu kadar ki, BK. 130, I de beyan edildiği üzere müruru zaman sürelerinin hesabında müruru zamanın başladığı gün nazara alınmaz ve müruru zaman ancak sürenin son günü kullanılmaksızın geçtiği surette vaki olmuş sayılır: Dies a quo non computatur in termino. (Frs. Cd. Cv. 2260.) Demek ki malik, dâva açmak veya zilyedin bu husustaki hareketlerinden (ikrar, zilyedliğin kaybı) faydalanmak suretile son gün dahi iktisabî müruru zamanı kesebilmek imkânını haiz olmalıdır. İktisabî müruru zamana da tatbiki gereken BK. 77 ye göre, bir pazara veya kanunen tatil kabul edilen diğer bir güne rastlayan vade kendiliğinden bu günü takip eden ilk çalışma gününe geçer.

3) *Accessio Possessionis* (*Accessio Temporis*) = *Zilyedliğin eklenmesi*. Bütün iktisabî müruru zaman süresini, müruru zamanla iktisap edenin şahsen geçirmiş olması şart değildir; kanunun iktisabî müruru zaman hükümlerini tamamlayan MK. 909 a göre, iktisabî müruru zamandan faydalanabilen zilyed, selefının iktisabî müruru zamana elverişli bulunan zilyetlik süresini kendininkine ekleyebilir. *Accessio possessionis* = *Zilyetliğin eklenmesi*'nin şartlarını şöyle gösterebiliriz:

a) Gerek yeni zilyedin, gerek evvelki zilyedin zilyedlikleri iktisabî müruru zamana elverişli olmalıdır. *Binaenaleyh*, evvelki zilyedin mahdut zilyedlik veya müseccel malikin henüz sağlığı veya kaybolmadığı zamandaki malik sıfatıyla zilyedlik süresi müruru zamanla iktisap edeninkine eklenemez¹⁸⁸. Bunun gibi, MK. 639, II de müseccel kimsenin mirasçılardan çok defa haricî satışla malik sıfatıyla zilyedliği devralanlar, iktisabî müruru zaman süresi mevzuubahs olmayan mirasçılardan zilyedlik süresini ekleyemezler¹⁸⁹. Diğer taraftan, yeni zilyedin arada muvakkat bir zaman

188) Curti-Forrer'in alelûmum selefte hüsnüniyetli zilyedliği şart koşması (1941, N. 1.) fevkalâde iktisabî müruru zaman bakımından kabul edilemez.

189) Bu zilyedlik süresi eklenemeyince tamamlanamayan iktisabî müruru zaman vakıası objektif ve mutlak olarak herkese karşı eksik kalmış olur; bundan dolayı Yargıtayın mirasçının zilyedlik süresinden zilyedliği devralan kimsenin üçüncü şahıslara karşı istifadesini mümkün görür mahiyetteki şu kararı yanlıştır: «1320 de ölen babası İbrahim adına kayıtlı gayrimenkulü Nurinin 1934 de dâvalılara haricen satışı muteber olmadığı gibi Nurinin 1320 den 1934 e kadar süren zilyedliği sebebiyle iktisap ettiği haklardan dâvacıların ancak üçüncü şahıslara karşı istifade etmeleri mümkün olup bu haklarını fariğleri Nuri veya annesi baleflerine tevcih eylemeleri mümkün bulunmamış ve şu suretle hâdisede fariğliğin zilyedlik müddetinden istifade imkânına malik bulunmayan dâvacıların zilyedliklerinin bilfiil başladığı 1934 yılından dâva tarihine kadar iktisap zaman aşımına balığ 20 senelik süre de geçmemiş... HGK. 29.4.953, 1/116-65, Ad. D., 953, S. 1216.»

için iktisabî müruru zaman şartlarını kaybetmesi, meselâ mahdut zilyedliği de yine selefının süresini eklemek imkânını kaldırır.

b) Ancak eski zilyedin *zilyedlikte halefi* olan yeni zilyed lehine, selefının zilyedlik süresi hesaba katılır. Yani acc. poss. den faydalanmak ve evvelki zilyetlik süresini hesaba katmak için *zilyedlikte halefiyet rabıtası* şarttır; yeni zilyed, evvelkinin zilyedlikte halefi olmadığı surette bütün iktisabî müruru zaman süresini tamamlamak icab eder. Bu husus, BGB. § 943 de tasrih edilmiştir. Mehzın 941 inci maddesinin «Vorgänger; auteur» kelimeleri de zilyed kılan bir selef'e delâlet ederek halefiyet rabıtası lüzumunu göstermektedir¹⁹⁰. Ancak halefiyettir ki evvelki zilyede ait bir imkândan şimdiği zilyedi faydalandırabilir. Halefiyet olmaksızın neden dolayı müruru zamanla iktisap edenin evvelki zilyede ait menfaatleri elde edebildiği anlaşılmaz. BGB. nin Motiv'inde bu hususta şöyle denilmektedir: «İktisabî müruru zaman durumu, henüz iktisap edilmiş bir hak değil ise de, bir *hukukî durum*'dur ki mülkiyet gibi cüz'î veya küllî halefiyetle intikal eder.»¹⁹¹. Meseleye temas eden İsviçreli müelliflerce¹⁹², İsviçre hukuku için de kabul edilen halefiyetin lüzumu kaldesi, Yargıtayın 9.10.946 gün ve 12 sayılı içtihat birleştirme kararında ifadesini bulmuştur: «MK. 909, menkul ve gayrimenkullerde zamanaşımı yoluyla ileride mülkiyet iktisabını sağlayan kanun hükümlerini tamamlar ve onlara daha geniş bir uygulama yeri ve imkânı verir. Madde hükmü veçhile, eski ve yeni zilyedliklerin birbirine katılabilmesi için bunlar arasında *hukukî bir bağın ve bitişikliğin (ittisal)* bulunması gerektir. Eğer evvelki ve sonraki zilyedlikler arasında hukukî bir bitişiklik bulunmazsa bunlara ait müddetlerin birbirine eklenmesine imkân ve cevaz olmaz. Bu halde zilyedliğin terki hükmü yürür ve yeni zilyed için mülkiyet iktisabını sağlayan kanunî sürenin yeni baştan geçirilmiş olması gerekir. Hukukî bitişikliğin mahiyeti, muris ile varis, bağışlayan ile bağış alan, satıcı ile alıcı gibi kimseler arasındaki *kanunî veya akdî münasebetler* ile izah olunur.»¹⁹³.

Son zilyed, yalnız birinin değil, aralarında halefiyet rabıtası bulunmak şartile, bütün seleflerin zilyedlik sürelerinden faydalanabilir¹⁹⁴.

190) Pfister, S. 82 de ZGB. 941; bu hususta sâkil bulur.

191) Motiv, III, S. 353; Staudinger-Kober, § 943, N. 1 de zikredilir; Köhler, Lehrbuch, I, § 52.

192) Pfister, S. 82; Hamberger, 941, N. 1.

193) İct. bir. kararları, Ankara, 1948, S. 242 v. d.; evvelki hukukumuzdaki durum için bk. aşağıda § 13, not 701.

194) Curti-Forrer, 941, N. 2; Pfister, S. 413; Hamberger, 941, N. 1.

aa) Malik sıfatile zilyedliğin küllî halefiyetle iktisabı: Müşterek hukuktan farklı olarak, BGB. gibi ZGB de malik sıfatile zilyedlikteki halefiyette küllî ve cüz'î halefiyetleri tefrik etmeyip her iki halefe sadece *accessio possessionis* (zilyedliğin eklenmesi) imkânını verir, yoksa müşterek hukukun *successio in usucapionem* esasını kabul edilmemiştir¹⁹⁵. Gerek cüz'î, gerek küllî halefler evvelki zilyedin iktisabî müruru zamanını *devam ettirmeyip* kendileri yeni ve kısalmış bir iktisabî müruru zamana *başlarlar*. Binaenaleyh, halefin ancak yeni bir iktisabî müruru zamanın bütün şartlarını haiz olması şartile iktisabî müruru zaman durumuna geçebileceği kabul edilebilir. Demek ki gerek muriste, gerek mirasçılarda iktisabî müruru zamanın bütün şartları bulunmak icab eder¹⁹⁶. Murisin zilyedliği, mirasçılara muristeki halile geçmiş olur (MK. 539).

bb) Malik sıfatile zilyedliğin cüz'î halefiyetle (devren) iktisabı: Bir kimsenin haiz olduğu iktisabî müruru zaman durumu, mirasçılara küllî halefiyetle geçebileceği gibi, cüz'î halefiyetle devredilebilir de. Ancak, evvelki zilyedin haiz olduğu iktisabî müruru zaman durumunu, ne mücerret mukaveleyle¹⁹⁷, ne de mücerret malik sıfatile zilyedliğin tek taraflı iktisabile yeni zilyed elde edemez ve böylece *acc. poss.* den faydalanamaz; bunun için evvelki zilyedin iradesiyle malik sıfatile zilyedliği elde etmiş olması şarttır¹⁹⁸. Diğer taraftan, tarafların sadece malik sıfatile zilyedliğin devren iktisabını gerçekleştirmeleri kâfidir; malik sıfatile zilyedliğin devri esnasında *acc. poss. i* kastetmemiş, hattâ düşünmemiş olsalar dahi yeni zilyed bundan faydalanır.

Malik sıfatile zilyedlik için hususî bir irade unsuru arayanlara göre, malik sıfatile zilyedlik, bu vasfile ferağın mevzuunu teşkil edemez. Yalnız zilyedlik kabili devirdir. Şeye kendine ait olarak sahip olma iradesi daima ancak aslî, yeniden doğmuş olarak halefin şahsında meydana gelebilir ve ancak bundan itibaren devredilen zilyedlik malik sıfatile zilyedlik olur¹⁹⁹. Bizce, devralanda başkasının üstün bir zilyedliğine (aslî veya malik sıfatile) veya mülkiyetine riayet yolunda hususî bir irade

195) Biermann, § 943, I; Staudinger-Kober, § 943, 1; Wolff, S. 227; Pfister, S. 112.

196) Biermann, § 943, 1; Staudinger-Kober, § 943, N. 4.

197) Kohler, l. c.; Pfister, S. 82, not 52.

198) Bununla beraber, alacaklının cebri icra yoluyla zilyedin zilyedlikle (müruru zamanla) iktisap hak ve yetkisini haciz ettirmesi halinde bu yetkiyi ve malik sıfatile zilyedliği iktisap eden üçüncü şahıs da, borçlunun zilyedlikte halefi olur ve *acc. poss.* den faydalanır. Şu var ki cebri icra yolu, çok kere malikin harekete geçerek iktisabî müruru zamanı kesmesi neticesini vereceğinden bu ihtimal sadece nazari bir ehemmiyet arzeder. Buradaki gibi: Belgesay, Ist. HFM. XVII, S. 920

199) Pfister, S. 82, not 53'de zikredilen Naendrup.

veya fikrî tasavvur mevcut olmadıkça iktisap edilen zilyedlik, malik sıfatile zilyedliktir.

Acc. poss. = zilyedliğin eklenmesi için sadece *zilyedlikte* halefiyet şarttır, bunun için de *zilyedliğin devren iktisabı* kâfidir. Zilyedliğin devren iktisabı, MK. 890, 1'deki fi'li teslim yoluyla vukubulduğu takdirde, kendisine esas teşkil eden sebep (causa) muamelesinden yani satım, bağışlama veya zilyedliğin devri vaadi'nden mücerrettir; bu muameleler muteber olmasa dahi zilyedlik, fi'li teslim ile intikal etmiş olur. Burada *devren zilyedlik iktisabı* ve *zilyedlikte halefiyet* tahakkuk eder; zilyedliğin eklenmesi = acc. poss. de mümkün olur²⁰⁰. Causa bâtil ve hak devredilmemiş olsa bile, zilyedliğin devri gelecekte müruru zamanla iktisap imkânını verdiği gibi, zilyedlik haliyle ve eskiliğiyle devredildiğinden zilyedliğin bünyesinde saklı bulunan geçmişte müterakim zilyedlik süresinin de zilyedliğin bünyesine ait hukukî bir semere olarak intikalini mucip olur. Demek ki *zilyedlikte* halefiyet, acc. poss. için kâfidir. Yargıtayın yukarıya dere olunan içt. bir. kararındaki temhidatından ise, zilyedliğin eklenmesi için muteber bir hukukî bitişiklik ve akit aradığı intibayı hasıl olmaktadır.

Buna mukabil, zilyedliğin teknik mânada irade izharı ve hukukî muameleyle nakil yolu olan MK. 890, II'ye göre devri, causa'nın muteber olmasına bağlı (illi) sayıldığı takdirde²⁰¹, zilyedliğin devrine esas teşkil eden muamele muteber olmadığı surette zilyedliğin *devren* iktisabı da gerçekleşmiş olmaz. Gerek bu safhada, gerek mefrugünlehin tek taraflı olarak (aslen) fi'li hâkimiyeti ele geçirmesi halinde zilyedlikte halefiyeti temin edecek devren iktisap bulunmadığı için yeni zilyed, acc. poss. den faydalanamaz. Bunun gibi, zilyedliğin devren iktisabını temin eden fi'li teslim için, evvelki zilyedin devir iradesi şarttır. Bu irade için gerekli temyiz kudreti bulunmadığı surette zilyedlikte devren iktisap ve halefiyetten bahsedilemez; fi'li hâkimiyeti elde eden yeni zilyed, zilyedliği aslen iktisap etmiş sayılır ve selefin zilyedlik süresi eklenmez²⁰².

Yukarıda zikri geçen Yargıtay içt. bir. kararında uzun uzadıya belirtildiği veçhile, iktisabî müruru zaman durumunun devri ve ileride müruru zamanla iktisabı temin edecek olan malik sıfatile *zilyedliğin devri vaadi*'ni kanun gayrimenkullerde de bir şekle bağlı tutmamıştır. Hakkatte zilyedliğin devrinden ibaret olan bir tasarrufu, tarafların mülkiyetin devri ve vaadini de satış sanmaları nazara alınmaz; şekilsiz de olsa vaad (akit) ve ifa (zilyedliğin devri tasarrufu) muteber kalır.

200) Aynı fikirde: Homberger, 941, N. 1.

201) Ostertag, 922, N. 7; Rossel, No. 1712; Homberger, 922, N. 15.

202) Bk. yukarıda § 3, not 157.

Acc. poss. için zilyedlikte hukukî halefiyet aranacağı kaidesinin müstesnasını²⁰³ BGB. § 944 de görmekteyiz: «Terike zilyedi lehine geçen iktisabî müruru zaman süresinden mirasçı faydalanır.». Diğer bir deyişle, bu paragraf, acc. poss. hükmünü zilyedlikte hukukî halefiyetin mevcut olmadığı bir hale de işlemiştir; çünkü mirasçı, terike zilyedinin halefi değildir. Leemann ve Pfister, aynı hal tarzını böyle bir sarih hüküm ihtiva etmeyen İsviçre hukuku için de kabul ederler²⁰⁴. Böylece terike zilyedi, iktisabî müruru zamanla mirası azaltmadığı halde²⁰⁵ çoğaltabilecektir. Kendini mirasçı ve başkasının malını murise ait telâkki eden terike zilyedi lehine geçen iktisabî müruru zaman süresinden gerçek mirasçı faydalanır; terike zilyedinin — tek başına veya murisin süresini ekleyerek — iktisabî müruru zamanı tamamlaması ile gerçek mirasçı derhal ve doğrudan doğruya mülkiyet iktisap etmiş olur. Bundan dolayı, terike zilyedi, gerçek mirasçının henüz müruru zamana uğramamış miras sebebiyle istihkak dâvasına karşı bu malı müruru zamanla kendisinin iktisap ettiğini ileri süremez²⁰⁶. Halbuki üçüncü şahıslara ve bilhassa evvelki malikin âdî istihkak dâvasına karşı müruru zamanla mirasçının mülkiyet iktisap etmesi dolayısıyla dâvacının mülkiyet hakkının sukut etmiş bulunduğunu ileri sürebilir. Bu söylediklerimizle, gerçek mirasçının mülkiyet iktisabile tezdad teşkil edecek surette bir de terike zilyedi için üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebildiği halde mirasçıya karşı ileri sürülemez bir mülkiyet mefhumunu kabule müncer olmayan bir izah yaptığımızı sanıyoruz. Mirasçı, miras sebebiyle istihkak dâvasını müruru zamana uğratmakla terike zilyedi lehine geçen iktisabî müruru zamandan faydalanmak imkânını kaybeder; bu andan sonra terike zilyedi, gerek mirasçıya, gerek üçüncü şahsa — bilhassa ilk malike — karşı iktisabî müruru zamana dayanabilir. Yalnız, terike zilyedi, murisin halefi olmadığından, ancak tek başına başlayıp tamamladığı bir iktisabî müruru zamana dayanabilir, yoksa murisinkini ekleyemez²⁰⁷.

II. Fevkalâde iktisabî müruru zamanın *durması*. ZGB. 663, alacak müruru zamanının durmasına dair hükümlerin iktisabî müruru zamana da uygun surette tatbik edileceğini söylemekle, gerçek hak sahibinin iktisabî müruru zaman sonunda mülkiyetini kaybetmeden önce müruru

203) Ayrıca bk. aşağıda § 10, not 562.

204) Leemann, 728, N. 19; Pfister, S. 113.

205) Bk. yukarıda § 2, not 94.

206) Bk. yukarıda § 2, not 89.

207) Karş. Leemann, 1. c.; Pfister, 1. c.; Escher, 599, N. 25, 600, N. 8; Wolff, S. 228 ve not 13/14; Biermann, § 900, 2 c., 927, 1 a, 944; Staudinger-Kober, § 900, 1 c, 927, 2 b, 944.

zamanı durduran sebepler bulunduğu takdirde korunması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre BK. 132, bent 1 - 4 ve 6 daki²⁰⁸ vakıalar buldukça iktisabî müruru zaman başlayamaz veya başlamışsa bu sebepler ortadan kalkıncaya kadar durur; durduran sebepler ortadan kalkınca müruru zaman tekrar yürümeye başlar ve durmasından önceki süre hesaba katılır. (BK. 132, II.) BK. 132, bent 1 - 4 deki sebeplerin iktisabî müruru zamanda da kabulü, hak sahibi ile zilyed arasındaki şahsî münasebetler neticesinde hak sahibi için dâva açmanın fi'len imkânsız derecede güç olması ve arzu edilmemesi mülâhazasına dayanır. Burada müruru zamanın durmasından faydalanmak sırf şahsî duruma bağlı olduğundan (meselâ tapusuz) gayrimenkulün bir üçüncü şahsa devri halinde iktisabî müruru zaman cereyana başlayabilir²⁰⁹ ise de yeni hak sahibini belirtir şekilde tapuya bir tescil yapıldığı takdirde gayrimenkul, fevkalâde iktisabî müruru zamana elverişli olmaktan çıkar. Şahsî münasebetlere dayanan durma halleri şunlardır: (BK. 132, bent 1/4.)

1) Velâyet devam ettiği müddetçe baba ve ana, çocuklarının,

2) Vesayet devam ettikçe vasi veya vesayet makamları vesayet altında bulunanların gayrimenkullerini müruru zamanla iktisap edemezler. Gerçi, MK., ana babanın çocuklar tarafından takip edilmesini dahi men etmemiştir²¹⁰. Bu hallerde MK. 376 ya göre tayin edilecek bir kayyum tarafından mahkemede de mülkiyet hakkı MK. 618, 2 ye göre ileri sürülebilir ve iktisabî müruru zaman (kesilerek) önlenebilir. Lâkin bir çok hallerde fi'li sebepler dolayısıyla çocuk bu yola başvuramadığından ve hattâ velâyet veya vesayeti haiz olanlara karşı bir mütalebesi bulunduğundan bile haberdar olmadığından kanun müruru zamanı durdurmakla kendisini korumuştur. Buna mukabil, veli veya vasinin gayrimenkullerinde çocuğa karşı ve çocuğun gayrimenkulünde velâyet hakkı nez'edilen ana babaya karşı müruru zaman durmaz²¹¹.

3) Evlilik devam ettikçe karı kocadan biri diğerinin gayrimenkulünü müruru zamanla iktisap edemez. Eşler arasında cebri icra yasağının (MK. 165, I) dâva ikamesine şümulü yok²¹² ise de yine ailenin sükûn ve

208) B.K. 132 bent 5, iktisabî müruru zamanda mevzu bahis olamaz. Pfister, S. 115/116; Haab, 661/663, N. 14; karşı. Leemann, 663, N. 3; Wieland, 663; Rossel, No. 1242.

209) Becker, OR. 134, N. 4.

210) Egger, 334, N. 6, 272, N. 1.

211) von Tuhr, OR. S. 612.

212) Karş. Curti-Forrer, 173, N. 2. Pfister'e göre eşlerden biri hüsnüniyet aranan iktisabî müruru zamanlarda (MK. 638 ve 701 de) gerediği açıklayarak diğeri-

huzuru namına dâva ikamesi de arzu edilmediği ve üstelik fi'len güç olduğu için, evliliğin mevcudiyeti eşler arasında müruru zamanı durduran bir sebep olarak kabul edilmiştir.

4) Hizmet münasebeti devam ettikçe hizmetçilerin gayrimenkullerini istihdam edenler müruru zamanla iktisap edemezler. Burada da iktisabî müruru zamanın durması aynı âmiller dolayısıyla kabul edilir. BK. 132, bent 6 da ise objektif ve umumî bir durma sebebi derpiş olunmuştur:

5) Bir Türk mahkemesi önünde mülkiyet dâvası ikame edilemedikçe iktisabî müruru zaman durur. Bu hüküm, mahkeme faaliyetindeki umumî durma yüzünden hakkın ileri sürülebilmesi imkânsız olduğu takdirde tatbik yeri bulur²¹³. Fakat iktisabî müruru zamana maruz kalanın şahsında mücbir kuvvet neticesi (anî hastalık gibi) husule gelen ve vaktında dâva ikamesine mani olan diğer haller, BK. 132 de zikredilmemişlerdir²¹⁴; buna göre müruru zaman kaidelerinin pozitif mahiyeti icabı, durma sebebi olarak kabul edilemezler²¹⁵. Mücbir sebepten başka dâva ikamesine mâni olan hile, tehdit gibi sadece fi'li sebepler müruru zamanın durmasına sebep teşkil etmezler; fakat hile veya tehdit yüzünden dâva açmadan müddet sona ermişse, aldanma veya korkunun zevalinden sonra hak sahibinin halin icap ve şartlarına göre dâva açması mümkün olan bir müddet için daha müruru zaman süresi uzar²¹⁶. Durma sebepleri tahdidî olmakla beraber, OR. 134 ün kanunumuza alınmayan III. fıkrasında İcra İflâs K. (m. 194 ve 289) için zikredildiği üzere, durma sebebi olarak kanunen tayin edilen haller mahfuzdur²¹⁷.

III. Fevkalâde iktisabî müruru zamanın *kesilmesi* halinde, kesilinceye kadar geçen süre hesaba katılmaz, fevt olur. BK. 135/136 daki ıskatî müruru zamanın kesilmesinden farklı olarak, iktisabî müruru zamanın

nin hüsnüniyetini ortadan kaldırıp iktisabî müruru zamanı kesebilir, fakat bu da kendisinin gerçeği bilmesine bağlıdır. Yoksa «aile sükûnu namına şüphesiz mülkiyet talebini diğer eşe karşı evlilik esnasında mahkeme yoluyla ileri süremez: ZGB. 173.» (Pfister, S. 116.) Bizce ZGB. 173, karı koca arasında yalnız icra takibini menetmiş olup mahkemede dâva ikamesini menetmemiştir.

213) Becker, 134, N. 6; v. Tuhr, OR. S. 614; Pfister, S. 117.

214) BGB. § 203 e göre, sürenin son altı ayında hâdis olduğu takdirde mücbir kuvvet neticesi müruru zaman durur.

215) v. Tuhr, OR. S. 614, not 105; Oser, 134, IV; Pfister, S. 117; Saymen, Borçlar H., S. 610; Birsen, Borçlar H., 1947, No. 681. Aksi fikirde: Becker, 134, 6 ve orada zikredilen yazısında Fick.

216) Bk. § 5, not 280.

217) Becker, 134, N. 2; von Tuhr, OR. S. 614.

kesilmesinden sonra mihanikî bir surette yeniden iktisabî müruru zaman işlemez. Kesilmeden sonra, ancak iktisabî müruru zamanın bütün unsurları tekrar gerçekleştiği takdirdedir ki yeni bir iktisabî müruru zaman cereyana başlayabilir. (Hüsnüniyet aranmayan fevkalâde iktisabî müruru zamanda ise bu güç değildir.) Çünkü iktisabî müruru zamanın unsurlarından birinin ortadan kalkması kesilmeyi mucib olur²¹⁸. İktisabî müruru zamanın tekrar cereyanı için bu unsurun yerine gelmesi lâzımdır. Buna göre, kesilme, yalnız MK. 640 ve BK. 133 v. d. na göre nizasızlık unsurunun kalkmasıyla değil, fakat iktisabî müruru zamanın diğer herhangi bir unsurunun zevaliyle de vukubulur.

1. a) Malik sıfatile zilyedliğin kaybı. Bunun iktisabî müruru zamanın kesilmesi neticesini doğuracağı yani o zamana kadar geçen sürenin hesaba katılmayacağı yukarıda § 3, not 137 de izah edilmiştir²¹⁹. Malik sıfatile zilyedlik bu vasfını zilyedin hak sahibine riayet yolunda hususi bir iradeyi taşımağa başlamasıyla (meselâ gayrimenkul için kira vermeğe başlıyor) kaybedebileceği gibi²²⁰, fi'li hâkimiyetin MK. 889 daki geçici mahiyette olmayarak terki veya bir engele uğramasıyla tamamen ortadan kalkar. Buna mukabil, malik sıfatile zilyedlik, corpussuz asli zilyedliğe dönerek de devam edebilir. İktisabî müruru zamanın tamamlanmasından sonra malik sıfatile zilyedliğin kaybı, müruru zamanla iktisap vakiasını artık ortadan kaldıramaz. Yargıtay ise fevkalâde müruru zamanla mülkiyet iktisabının tescil ile tamamlanacağı yolundaki telâkkisine uygun olarak, müruru zaman *süresinin tamamlanmış* olmasını nazara almadan, tescilden önceki herhangi zilyedlik kaybının, iktisabî müruru zamanı keseceğini kabul etmiştir: «Zilyedliğin tescil tarihine kadar aralıksız

218) Wolff, § 71, III, 1; Pfister, S. 118, 123; Haab, 661/663, N. 15.

219) «Bir tarlanın, teamül vechile, bir sene ekilip bir sene ekilmemiş olması ekilmeyen senelerin zaman aşımı süresinden indirilmesini mucib olmaz. 7. HD. 25.12. 952, 4467-4951, Son İct. 953, S. 1703.» Elverir ki zilyedlik devam etmiş olsun. Aksi halde Yargıtayın dediği gibi süreden indirme değil, kesilme olacaktır. «Dâvacıların ne zamandanberi ve ne sebeple nizalı gayrimenkul ile ilgilenmedikleri, dâvacıların yaşları vesair ahval ve serail zilyedliğin terk edildiğini kabule müsaat olup olmadığı hususları incelenerek sonucuna göre karar verilmek lâzımgelirken... 7. HD. 17.9.953. 9261-53/4559, Son İct. 954, S. 1820.» Fakat yaşlılığın ve maddî kuvvetsizliğin hele müesses zilyedliğin zevalini (binnetice iktisabî müruru zamanın kesilmesini) mucib sebepler arasında sayılması doğru olmayıp gayrimenkulün etrafca bilinen ve riayet olunan bir hâkimiyet iradesine tâbi tutulmasındaki manevî bağlılık da zilyedlik için yeter. (Ostertag, 919, N. 9; Wieland, 919, 1 c; Homberger, 919, N. 1, 5.)

220) Malik sıfatile zilyedlikte hususi irade unsuru arayanlara göre, malik sıfatile zilyedin gayrimenkule kendine ait olarak zilyed olmak iradesini terk etmesiyle. Bk. Staudinger-Köber, § 872, N. 9; Pfister, S. 118.

devamı şart olup bu şart olmadan yapılan tescilin hükmü yoktur. 5. HD. 7.10.950, 3335-3261, Tatbik, S. 107.» Halbuki süre sonunda mülkiyet iktisabı kabul edilmese bile, iktisabî müruru zaman unsurlarından birinin (burada zilyedliğin) zevali, mevcut iktisabî müruru zaman vakiasına dayanan hakkı ortadan kaldırmamalıydı. Neyse ki HGK., 11.6.952 gün. 77/78 sayılı kararile «20 seneden fazla bir müddet nizasız fasılasız tasarrufun tahakkukundan sonra bazen iktisabî müruru zamanı tamamlayan dâvacının, bazen de dâvalının ziraat etmesi halinde dâvacının men'i müdahale dâvasını kabul eden ısrar kararını ona» yarak bu içtihadı düzeltmiştir. (Son İçt. 953, S. 1445/1446.)

b) *İkrarın* müruru zamanı kesme sebebi olabilmesi için akde lüzum yoktur, zilyedin tek taraflı fiili kâfi gelir. Bu fiille zilyed, iktisabî müruru zamanın kesilmesini istememiş, hattâ bilmemiş olsa da, kanun buna müruru zamanın kesilmesi hukukî neticesini bağladığından bir hukukî muamele sayılamaz; bir fikir, tasavvur izharı veya hukukî muamele benzeri fiildir ve her ikisi de ikrar edenin kullanma ehliyetine lüzum gösterir ²²¹.

İkrarın alacak müruru zamanını kesebilmesi için alacaklıya karşı yapılması lâzım gelip alacaklının bundan bir üçüncü şahıs vasıtasile tesadüfen haberdar olması müruru zamanı kesmez ²²². İktisabî müruru zamanın kesilmesi içinse, malik sıfatile zilyedliğin — ezcümle mahdut zilyedliğe dönmekle — kaybı kâfidir. Buna göre malike tevcih edilmeyen veya vasıl olmayan mücerret bir riayet iradesi veya fikrî tasavvuru da iktisabî müruru zamanı keser bir sebep olarak ispat edilebilir.

Pfister'e göre, gerçek malike karşı mahdut zilyedliğin ikrarı, OR. 135, 1e göre alacak ikrarına eşit tutulabilir ²²³. Fikrimizce, ikrarın müruru zamanı kesebilmesi için malikin mülkiyetine riayeti kabul eder mahiyette olması yani malik sıfatile zilyedliğin mahdut zilyedliğe dönmesi şart değildir. Zilyed, başkasının mülkiyet hakkını ikrar etmişse, bu hakka riayet fikrinde olmadığını yani malik sıfatile zilyed olmakta devam edeceğini ilâveten ifade etmiş olsa bile kesilme tahakkuk etmiştir. Çünkü gerçek hak durumunun açıklanmış olması da kesilmeyi haklı gösterir;

221) v. Tuhr, OR. S. 614/615, not 5, S. 153, not 12, S. 184/185; Oser, 135, 3a. Becker, 135, N. 2 de burada mevzu bahis olan ikrarı, borçlunun (zilyedin) bununla hukukî durumun faydalarından (hak sahibinin ihmallye kazanmakta olduğu şanslardan) feragat ettiği bir irade izharı muamelesi sayarak, kullanma ehliyeti arar.

222) von Tuhr, OR. S. 615, not 7; Becker, 135, N. 2.

223) Pfister, S. 120.

ikrarın müruru zamanı kesmesi için malikin ikrar dolayısıyla harekete geçmemekte mazur olması şart değildir²²⁴.

İktisabî müruru zaman süresinin tamamlanmasından sonra yapılan ikrar, vâki müruru zamanı artık ortadan kaldıramaz²²⁵.

2) Malikin fevkalâde iktisabî müruru zamanı kesen hareketleri. (Malik sıfatile zilyedliğin nizasızlık vasfının kaybı.)

a) BK. 133, bent 2'ye uygun olarak, hak sahibinin «dâva veya müdafaa zımında mahkemeye veya hakeme müracaatla veya icraî takibat (İcra İ. K., 26 v. d., 272 v. d.) yahut iflâs masasına müdabele (İ. İ. K. 219, 2) ile hakkını talep eylediği takdirde» iktisabî müruru zamanın kesileceği kabul edilmelidir. Malikin ancak bu kabil adli muameleleridir ki malik sıfatile zilyedin zilyedliğinde bulunması gereken «nizasızlık» unsurunu ortadan kaldırır ve iktisabî müruru zamanı keser²²⁶. Burada bilhassa mahkemede dâva ikamesi pratik önemi haizdir²²⁷. HUMK. 178 ve 475 dâva ikame tarihini tayin eder. Dâvanın devamınca iki tarafın mahkemeye müteallik her muamelesi ve hakimin her emir ve hükmü müruru zamanı yeniden keser (BK. 136). 60 günlük munzam müddet veren BK. 137 iktisabî müruru zamanda da tatbik edilir.

BGB. § 941'deki sarîh hükme göre, mahkemede ileri sürülen *mülkiyet talebi* iktisabî müruru zamanı keser. Bundan dolayı Alman hukukunda zilyedlik dâvalarının iktisabî müruru zamanı kesmeyeceği kabul edilir²²⁸. İsviçreli müellifler, aynı hal tarzını İsviçre hukuku için de kabul ederek ancak ZGB. 641, II - TMK. 618, 2'ye dayanan mülkiyet dâvasının iktisabî müruru zamanı kesebileceğini müdafaa ederler²²⁹. Kanaatimizce, BGB. deki bu hükümden farklı olarak, ZGB. - TMK. da iktisabî müruru zamanın kesilmesi için *mülkiyet talebinin* mahkemede ileri sürülmesi şart

224) Kars. von Tuhr, OR. S. 615.

225) «MK. 639'daki sürenin geçmesinden sonra tanzim olunan ve esasen müruru zamanla iktisap edene hile ile imza ettirilmiş olan fuzulî isgali nâtik vesika ve ecrimisil ödemesi, vâki iktisabî müruru zamana binaen tescilli talep hakkını bertaraf etmez. HGK. 29.9.950, 3/150-55, 51, Son İct. S. 1475 v. d.» Keza: II. H. 952, S. 1430; TYK. 952, S. 895.

226) Sicil ve menkul iktisap müruru zamanlarında şart olarak aranan hüsnüniyet ise, sadece ihtar ile de icabında ortadan kaldırılabilir ve iktisabî müruru zaman kesilmiş olur.

227) «MK. 639'da yazılı münazaa, mahkemeye başvurmak suretille yapılan münazaa olup... 1. HD. 18.12.950, 3591-4856, Ad. D., 951, S. 763.»

228) Planck/Brodmann-Strecker, § 941, 2 a.

229) Leemann, 663, N. 4; Wieland, 661, 3 d; Pfister, S. 121; Haab, 661/663, N. 15.

koşulmamıştır. Esasen, yine BGB. den farklı olarak²³⁰, İsviçre - Türk MK. unun iktisabî müruru zaman maddelerinde *zilyedliğin de* nizasız bulunmasının aranması, iktisabî müruru zamanın kesilmesi için nizanın mülkiyet hakkına taallükunun şarî koşulmadığını gösterir. Bundan dolayı, zilyedlik dâvasının da iktisabî müruru zamanı kesebileceği ve bu hal suretinin kanunun sarahatine olduğu kadar iktisabî müruru zaman müessesesinin ruhuna da uygun olacağı fikrindeyiz²³¹.

Malikin, malik sıfatile zilyede veya malik sıfatile zilyedin fer'i zilyedine karşı dâva açması gerekir ve yeter²³². İktisabî müruru zamanı kesen bu sebeplerin sırf nisbî bir tesiri vardır, yani ancak bu muamelelere girişen gerçek malik (veya hukukî halefi) lehine iktisabî müruru zaman kesilmiş olur. Buna göre kendini malik sanan bir kimsenin zilyed aleyhine dâva açması, iktisabî müruru zaman boyunca hareketsiz kalan gerçek malik lehine iktisabî müruru zamanı kesmez²³³. Buna mukabil, fikrimizce, müşterek maliklerden herbiri müşterek menfaatler için bütün şeyi temsil, yani *muhafaza ve ihtinam* edebileceğinden mülkiyet dâvası ikamesile malın tamamının bütün şeriklere iadesini temin edebileceği²³⁴ gibi, iktisabî müruru zamanı da bütün şeyde ve müşterek menfaatler için kesmiş ve böylece bütün malı hukukî bir tehlikeye karşı muhafaza eylemiş olur²³⁵. İktisabî müruru zamanın kesilmesi mahkeme hükmüne bağlı olmayıp dâva ikamesile tahakkuk edebildiğinden burada da hükmün

230) BGB. § 937, I: «Menkul bir şeyi 10 sene malik sıfatile zilyedliğinde bulunduran kimse, mülkiyeti iktisap eder.». Paragrafın ikinci fıkrası da hüsnüniyete daldır. BGB. § 900, 927 de de malik sıfatile *zilyedliğin* nizasız olmasından bahsedilmemiştir.

231) Önder'e göre, tapusuz gayrimenkulde zilyede karşı 2311 sayılı K. gereğince idarî makama müracaat edilmişse bu bir nizadır ve fevkalâde iktisabî müruru zamanı keser, zira gayrimenkul tapuda kayıtlı olmamasına göre zuhur edecek ihtilâf ancak zilyedliğin ihlâline müteallik bir ihtilâf olacaktır. (Ad. D., 948, S. 953/954.) Halbuki tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerde de mülkiyet hakkı mevcut olabilir (Bk. aşağıda § 5, not 328) ve yukarıda arzylediğimiz vechile tapusuz mülk gayrimenkullerde de 2311 (5917) sayılı K.a veya MK. 895/897 ye göre zilyedliğin himayesi için vaki münazaanın da iktisabî müruru zamanı keseceği kabul edilmelidir. Esasen eski mutasarrıfın hakkı zilyedlikten ibaret olsaydı, MK. 897 deki süre sonunda hiçbir hakkı kalmazdı, halbuki ancak 20 senelik fevkalâde müruru zaman süresi sonunda bu iktisaba mukabil sukut edebilen hak, onun mülkiyet hakkıdır.

232) BGB. § 941; Pfister, S. 121.

233) Gierke, II, S. 580; Biermann, § 941, 1; Wolff, § 71, III, 2; Staudinger-Kober; § 941, N. 1; Leemann, 663, N. 5; Pfister, S. 121; Haab, 661/663, N. 15.

234) Wieland, 648, 3; Leemann, 648, N. 13; Haab, 648, N. 2; 21.6.944 gün, 24 sayılı İeT. bir. kararı.

235) Alman hukuku için karşı. Planck/Brodmann-Strecker, § 941, 3; Alisî İkirde; Staudinger - Kober, § 941, N. 1.

sadece taraflar arasında hukuki tesirinin (nisbîliğinin) kabulü²³⁵ de ileri sürdüğümüz fikre mani olmaz.

Wieland (661, 3 d.), Curti - Forrer (661, N. 8.)' ve Leemann (661, N. 4, 728, N. 9.) a göre başarıyla neticelenmemiş niza, zilyedliğin nizasız vasfını kaldırmaz. Yani ancak zilyed aleyhine başarıyla sonuçlanan bir dâva iktisabî müruru zamanı kesebilir. Bizce, gerçek malik, açtığı dâvayı veya ona eşit tutulan muameleleri geri aldığı veya takibi ihmal ederek neticelendirmediği takdirde dahi evvelki muamelelerle vukubulan kesilme mahfuz kalır ve iktisabî müruru zaman yeniden cereyanına devam eder²³⁷. Malik, dâva ikamesile müruru zamanı kestigiine güvenmekte haklıdır, yeter ki dâva gerçek malik tarafından açılmış olsun. Yoksa, gerçekte malik olmayan biri tarafından açılan dâva iktisabî müruru zamanı kesmez, neticesiz kalmaya mahkûm olan böyle bir dâva sonunda dâvalı malik sıfatile zilyedin (herhangi bir surette) gayrimenkulü tahliyesi ve zilyedliği kaybetmesidir ki iktisabî müruru zamanı kesebilir, yoksa malikten başkasının ne dâva ikamesi, ne de mücerret dâvayı kazanması, hareketsiz kalan malik lehine iktisabî müruru zamanı kesmez. Görülüyor ki, dâvanın başarıyla sonuçlandırılmasına değil, fakat dâva ikamesine ve dâvayı ikame edene bakmalıdır.

İktisabî müruru zaman süresinin tamamlanmasından sonra çıkan niza, vâki iktisabî müruru zamanı ortadan kaldırmaz²³⁸.

b) MK. 921, bent 1 e göre, aynı bir hak iddiasında bulunarak tapuya muvakkat şerh verilmesi de iktisabî müruru zamanı kesen bir sebep olarak kabul edilmektedir²³⁹. Fikrimizce, hâkimin tayin edeceği (MK. 921, son c.) şerh süresince gerek tapu sicilindeki aleniyetsizliğin ihlâli, gerek şerhte tezahür eden aynı hak iddiası ile malik sıfatile zilyedliğin nizasızlık vasfını kaybetmesi, bunun fevkalâde iktisabî müruru zamanın kesilmesi sebebi sayılmasını haklı gösterebilir. Unsurlarını kaldıran bu neticeleri dolayısıyla muvakkat şerh, iktisabî müruru zamana karşı da

235) Wieland, 648, 3; Leemann, 648, N. 12/13; Haab, 648, N. 2.

237) von Tuhr, OR. S. 617, not 29; Oser, 139, 2 b; Pfister, S. 121. Lâhin siell ve menkul iktisap müruru zamanlarında aranan hüsnüniyet unsuru kalkmış olacağından onlarda artık yeniden başlaması da kaide olarak mümkün olmaz.

238) «... münazaa tarihine kadar dâvacının gayrimenkulü 20 sene kullanıp kullanmadığı hakkında karar verilmek gerekirken tarih göstermeksizin nizanın vukuundan bahsediferek, dâvanın reddedilmesi yolsuzdur. 1. HD. 18.12.950, 3591-4856, Ad. D., 951, S. 763.»

239) Wieland, 961, 5 f; Leemann, 663, N. 5; Pfister, S. 122; Haab, 661/663, N. 15; Harnisch, S. 61, 100; Wiederkehr, Die vorläufige Eintragung im Grundbuch nach dem schweizerischen ZGB., Diss. Zürich 1932, S. 32/33.

koruyucu bir tesiri haiz olur²⁴⁰. Hâkimin tayin edeceği şerh süresince malik sıfatı ile zilyedliğin nizasızlık vasfı ve tapu sicilinin aleniyetsizliğinin ihlâli devam eder ve şerhin sona erdiği son ana kadar iktisabî müruru zaman, mütemadî kesilmeye uğrar. Bu andan başlayarak yeni bir iktisabî müruru zaman yürüyebilir, çünkü muvakkat tescil hükmünü kaybetmiştir. Muvakkat şerh, ZGB. 662, III e göre yapılacak ilân muamelesinden ister — sonradan dâva ikame edilmemiş olsa da — daha önce, isterse ilân muamelesi üzerine verdirilmiş olsun²⁴¹, hâkimin muvakkat şerhte tezahür eden aynî hak iddiasının iktisabî müruru zamanının seyir ve cereyanına müessir olup olmadığının tahkiki için kâfi gelir. Esasen ilân muamelesinin gayesi de hak sahiplerini iddia ve itirazlarını bildirmeğe davet etmektir. Muvakkat şerh ise, gayrimenkulde aleniyet vasıtası olan tapu sicilinde kendini göstermektedir. Bununla hak sahibi hakkını ileri sürmüş ve iktisabî müruru zamanı kestğini herkesin malûmu kılarak bildirmiş sayılır. Dâva ikamesi gibi, muvakkat şerh te ancak malik lehine koydurulmuşsa iktisabî müruru zaman keser, malikten başkası adına muvakkat şerh, hareketsiz kalan malik lehine olarak iktisabî müruru zamanı kesemez. Kezalik, gerçek malik için konulsa bile, şerhin sona ermesinden sonra iktisabî müruru zaman şartları ile 20 sene daha geçmişse veya şerh iktisabî müruru zaman süresinin dolmasından sonra verilmişse, hâkim müruru zamanla iktisap eden lehine tescile karar verir.

3) Tapu sicilinin aleniyetsizlik vasfının zevali. a) 20 sene önce ölmüş veya kayıplığına karar verilmiş kimse adına tescil edilmiş gayrimenkulde iktisabî müruru zamanın cereyanı esnasında mirasçılar veya bir üçüncü şahıs adına tescil icrasını da gayrimenkuldeki hakkın aleniyete kavuşması ve kesilme sebebi olarak gösterebiliriz^{242 - 243}. Tescilden önce

240) BGB. § 927, III ıskat hükmünün muvakkat şerh verilene karşı müessir olmadığını kabul eder. Lâkin muvakkat şerh, malik sıfatı ile zilyedin malik olarak tesciline mani olmaz (Gierke, II, § 127, not 75, Biermann, § 927, 3; kars. Wolff, S. 192, not 6); tescil edilen muvakkat şerh verilene karşı dâva açar. Muvakkat şerh verilmenin gerçekten malik olduğu tahakkuk ederse ıskat hükmü maddi hukuk bakımından hükmünü kaybeder (Wolff, § 62, II.).

241) Başka fikirde: Wiederkehr, a. g. e., S. 33.

242) BGB. § 927, I ve III e göre, 30 senelik süre esnasında tapu sicilinde malikin rızasını gerektiren bir tescilin vukuu, tapu sicilinin 30 senelik sükütu (aleniyetsizliği) şartını eksik bırakır (Gierke, II, S. 460, not 72.) ve ıskat hükmünün ısdarından önce bir üçüncü şahsın malik olarak tescilli halinde bu karar, üçüncü şahsa tesir etmez, yani bu üçüncü şahıs gerçekten malik ise ıskat kararı maddi hukuk bakımından hükümsüz olur. (Wolff, S. 191, II.) İsviçre - Türk hukukunda sadece mahdut aynî hakkın tescilli hali için bk. aşağıda § 5, IV, 2.

243) Halbuki Yargıtay. su kararında bu hususu nazara almamıştır: «Haricen satılıp müsterisine teslim edilen tapusuz gayrimenkul için eski sahibi tarafından»

malik bulunan mirasçılar önce adlarına tescil ettirmeden MK. 633, II deki inzibatî ve talikî vasaâa riayetsizlikle gayrimenkulü üçüncü şahsa temlik ve tescil ettirirlerse muteber olan bu tescil²⁴⁴ iktisabî müruru zamanı kesmeye yeter. Buna mukabil, maddî hukuk bakımından yolsuz olan bir tescilin sicilî aleniyet görevini yerine getirmeyeceği ve fevkalâde iktisabî müruru zamanı kesmeyeceği kanaatindeyiz. Fevkalâde iktisabî müruru zamanın tamamlanmasından sonra gerçek hak sahiplerinin kendi adlarına tescil icra ettirmeleri, müruru zamanla iktisap olunan hakka tesir etmez²⁴⁵, şu kadar ki hüsnüniyetli üçüncü şahısların iktisabî MK. 931 e göre muteber kalır²⁴⁶.

b) Buna mukabil, daha ileri bir hal olan, MK. 31 e göre gayıplığına mahkemece karar verilenin veya MK. 30 daki ölüm karinesine binaen MK. 42 ye göre yerin en büyük mülkiye üstünün emrile veya mahkemece ölümü tesbit edilenin meydana çıkması veya kendisinden sağlam bilgi alınması halini de Pfister'in cereyan etmiş bir fevkalâde iktisabî müruru zamanın kesilmesi olarak tavsifi, fikrimizce doğru değildir. Bu hallerde gayıplık kararının hukukî hükmü ortadan kalkar²⁴⁷. Gayıbın ortaya çıkması halâ kendi adına devam eden tescilin de gerçek hak sahibini açıklamakta olduğu anlaşılır. Gayrimenkulün fevkalâde iktisabî müruru zamana esasen elverişli bulunmadığı anlaşılmıştır. Binaenaleyh o zamana kadar hakikatte fevkalâde iktisabî müruru zaman cereyan etmemiş sayılır. Bu neticenin doğumu için, ortaya çıkanın mülkiyet dâvası açmasına lüzum yoktur²⁴⁸. Hattâ bizce, malik fevkalâde iktisabî müruru zamanın tamamlanmasından sonra ortaya çıksa bile o zamana kadar geçmiş

senedsizden tapu istihsalî halinde müşterinin iddia ettiği iktisabî müruru zamanın hesabında senedsizden alınmış tapu tarihi nazara alınmayıp münazaanın başladığı tarihler nazara alınır. HGK. 23.5.951, 5-45/47, Tatbık, S. 116.».

244) Bk. yukarıda, § 2, not 105.

245) «Dâvacının dayandığı tapu kaydının geldisi 1288 tarihli olup kayıt sahibinin 320 senesinde öldüğü ve intikal muamelesinin 944 senesinde yapıldığı anlaşılmışına göre MK. 639, II ve Tatb. K. 20 gereğince zamanasımı olup olmadığının incelenmesi lâzımdır. HGK. 11.12.949, 1-238-168/123, Ad. D., yıl 41, S. 698.» «MK. 639, II unsurları tamamlandıktan sonra dâvacıların 948 yılında intikalden tapu istihsal etmeleri müstesna hakkı ihlâl etmez, 5. HD. 24.11.950, 4537-3968, Tatbık, S. 109; keza: S. 110.» Aynı mealde: Sen İct. 952, S. 1227; İct. Küll. No. 196; Hl. 952, No. 4; 951, No. 66.

246) «50-55 sene nizasız fasılasız zilyedlikle 1290 tarihli tapu kaydı 1515 sayılı K. ve MK. 639, II gereğince hukukî kaymetini kaybettikten sonra 1290 tarihli kayda, istinaden hüsnüniyetli olmayan bir başkasına satış, vâki iktisabî müruru zamana hâlel vermez. 1. HD. 17.3.950, 949/10154-1255, İct. Küll. No. 182.»

247) Egger, 38, N. 5.

248) Aynı fikirde: Pfister, S. 123.

sanılan fevkalâde iktisabî müruru zaman süresi nazara alınmaz, zira iktisabî müruru zaman için mefruz değil, gerçek unsurlar bulunmak lâzımdır. Bunun gibi malik, zilyed adına MK. 639 a göre tescil kararı ve tapuya tescilden sonra ortaya çıksa dahi, bunlara esas teşkil eden gayıplık hükmünü veya ölümü tesbit kararını fesh ettirerek²⁴⁹, zilyed adına tescil kararını da iptal ettirebilir, ki bunun için HMUK. 444, b. 3, 447 v. d. na göre burada mümkün bulunan iadei muhakeme yoluna başvurusu zarurî değildir²⁵⁰. Tescile esas teşkil eden kararın iptaliyle tescil yolsuzlaşacağından adına tashihi de isteyebilir. İşte bu neticeler karşısında gayıbın ortaya çıkması hâdisesini kesilme sebebi olarak tavsifin isabetli olmadığı anlaşılır; zira kesilme sebebi olsaydı, iktisabî müruru zamanın tamamlanmasından sonra meydana çıkması, vaki iktisabî müruru zamana hâle vermiyecekti.

Bu 3 a) ve b) şıklarında gayrimenkullerin tekrar fevkalâde iktisabî müruru zamana elverişli hale gelmesi (müseccel kalan malikin ölümü veya tekrar kayıplığına karar verilmesi), fevkalâde iktisabî müruru zaman yeniden cereyana başlayabilir.

§ 5. Fevkalâde iktisabî müruru zamanın neticeleri

I. Kanunumuza kısmen alınan ZGB. 662. III e göre: «Bununla beraber tescil ancak, resmen ilânla tayin edilen süre içinde hiçbir itiraz yapılmadığı veya vaki itiraz reddedildiği takdirde, hâkimin emrine binaen yapılabilir.» Görülüyor ki fevkalâde iktisabî müruru zamanı tamamlayan kimsenin gayrimenkulü tapuda adına tescil ettirebilmesi, bu hususta mahkemenin vereceği karara bağlıdır. Müruru zamanla iktisap eden, ilân muamelesi icrasını mahkemeden bir arzuhal ile ister. Burada da gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi, ve gayrimenkulün kıymeti bin liraya kadarsa sulh, fazlaysa asliye mahkemesi selâhiyetlidir²⁵¹. Bu talebin kabulü ve ilân muamelesinin icrası için ZGB. 662, I hallerinde gayrimenkulün tapu sicilinde kayıtlı olmadığına dair tapu sicil memurundan alınacak bir ilmühaberi tevdi etmelidir. Tapu sicilinde kayıtlı, fakat müseccel maliki iktisabî müruru zaman başında ölmüş veya kaybolmuş gayrimenkullerde müruru zamanla iktisap ileri sürülürse, gerek tapu, gerek ölüm sicillerinden çıkarılmış bir hülâsa arzedilmelidir. Nüfus sicilinde kayıt yoksa, herhangi delille ispat caizdir (MK. 28/30, 31/34,

249) Bk. MK. 44; Egger, 51, N. 3.

250) Bk. aşağıda, § 5. not 271.

251) Türk HUMK. m. 13, 8.

41/43, 926). Müruru zamanla iktisap edenin talebinin tapu sicilinden eski malikin anlaşılmasına dayanması halinde tapu sicilinin hiç olmazsa mülkiyet sütununun tasdikli suretini vermelidir. Mahkeme, ilân icrasına emir vermek için, bunlar dışında iktisabî müruru zaman vakiasının diğer unsurları olan malik sıfatile zilyedlik ve zamanasını hususunda işin mahiyeti icabı delil isteyemez; müruru zamanla iktisap edenin bu hususları inanılabilir (gerçeğe yakın) göstermesiyle iktifa edilmelidir. İktisabî müruru zaman süresinin geçmesinden sonra unsurlarından birinin veya bir kaçının zeval bulmuş olması, mevcut iktisabî müruru zaman vakiasından doğan hakkı ortadan kaldırmaz²⁵². Bu şartlar dairesinde mahkeme ilân teklifini kabul ederek ilânın icrası için emir verir. Kanton resmi gazetesinde veya başka bir neşir uzvunda kâfi sayıda tekrarlanacak ilânda gösterilen ve kanton hukukunun veya hâkimin tayin ettiği süre içinde itirazların yapılması beyan olunur²⁵³. Görülüyor ki hâkimin iktisabî müruru zaman şartlarının varlığını tesbit ve tahkik hususunda yapacağı işler ihtilâfsız kaza usulüyle görülmektedir²⁵⁴. Nitekim, HUMK. muzun alındığı yer olan Neuchâtel kantonunun MK. Tatb. K. m. 5 de ZGB. 662 ye göre karar verilmesinin ihtilâfsız kaza usulüyle olacağı tasrih olunmuştur. Mahkemeye iktisabî müruru zaman şartlarını tamamladığını tahkik ve tesbit ettirerek tescil kararı isteyen kimse başlangıçta bir hasımla ihtilâfa (nizaya) girecek değildir, bu itibarla ilân muamelesinin arzuhalinde bir hasım göstermesine ihtiyaç olmayacağı tabiidir. Esasen ilân muamelesile itiraza davet, malikin itiraz ederek hakkını müdafaa etmesini ve tahkikatın tamlığını sağlayabilecektir. Lâkin itiraz eden kimsenin hakimin tayin edeceği süre içinde açacağı mülkiyet dâvası, mütad ihtilâflı kaza usullerile görülecektir. Filhakika, ilânda gösterilen itiraz süresi içinde itiraz eden çıkarsa hâkim ona mülkiyet dâvası açması için bir süre tayin eder. Yani ilânda gösterilen itiraz süresi içinde usulen mülkiyet dâvası açmak şart olmayıp itiraz etmek yeter; ancak hâkimin mülkiyet dâvası açmak için tayin edeceği sürede mülkiyet dâvası açmak icab eder. Hâkim bu dâvayı kazanan adına tescile karar verecektir. İlân edilen itiraz süresi içinde hiçbir itiraz yapılmamış veya yapıp da itirazcı

252) Bk. yukarda, § 4, III.

253) Leemann, 662, N. 16/18; Wieland, 662 3; Haab, 661/663, N. 22; Gloor, S. 113 v. d.; Pfister, S. 129 v. d.; S. Ş. Ansay, Ankara HFM. 949, sayı 2/4, S. 427.

254) Pfister, S. 129, not 12; Gloor, S. 114; Velidedeoğlu - Esmer, S. 166; Belge-say, Adliye Hukuku, 944, I, S. 57 v. d.; Ansay, Hukuk yargılama usulleri, 950; S. 22; 1.12.948 gün, E. 2-8, K. 9 sayılı içt. bir. kar.

hâkimin kendisine tayin ettiği sürede mülkiyet dâvası açmamışsa, hâkim fevkalâde iktisabî müruru zamana dayanarak tescil isteyen²⁵⁵ kimse adına kolayca tescil kararı verir²⁵⁶. Memleketimizde ilânla itiraz süresi tayin edilmeyen tescil taleplerine karşı, doğrudan doğruya mülkiyet iddiasını mutazammın dâvalar açılmaktadır²⁵⁷. Gerek ilân üzerine tescil talebine karşı itirazdan sonra hâkimin tayin edeceği sürede mülkiyet dâvası açılsın, gerek tescil talebine karşı doğrudan doğruya mülkiyet dâvası açılsın, bu mülkiyet dâvasını açan şahsın iki taraf arasındaki bir dâvaya ve iki taraftan birine yardım için iltihak etmediği yani HUMK. 53 deki mânasile bir müdahalesi bahis konusu olmadığı ve HUMK. 53 v. d. hükümlerinin tatbik edilemeyeceği açıktır. Ancak tescil talebine karşı mülkiyet dâvası açılmasından sonra dâvaya müdahale düşünülebilir²⁵⁸.

Fikrimizce, ilân ve tescil talebinde bulunan kimsenin — şart olmakla beraber — arzuhalinde hasım göstermesi değil, hasımın mülkiyet iddiası, işi ihtilâfsız kaza mahiyetinden çıkarır. Hasım gösterilmesi, talebinin reddi için de sebep teşkil etmez, ancak hasım gösterildi, diye

255) MK. 639, II deki hallerde müruru zamanla iktisap edenin kendi adına tescil dâvasında eski tescilin terkinin talebi de mündemice bulunduğundan ayrıca «eski tescilin iptalini istemek mecburiyetli olmadığı» yolundaki 2. HD. nin 10.5.951 gün. 3275-3598 sayılı kararını S. Tuncer'in tenkit ve mükerrer kayıtları önlemek için bu mecburiyetin tahmini gerektiğini iddia etmesi (S. Tuncer, Tapu kaydı ve müruru zaman, Ad. D. 953, S. 709 v. d.) isabetsizdir.

256) Wieland, 662, 3; Pfister, S. 130; Haab, 661/663, N. 22; Ansay, a. g. e., S. 22/23; Adalet Bakanlığının 1927 tarihli hukuki mütaleası (Tepeci, S. 69 da.).

257) «MK. 639 gereğince açılan hasımsız tescil dâvasına itiraz edilerek mahkemeye dilekçe verilmiş olduğuna göre mahkemece bunun bir asli müdahale yani asli bir dâva sayılıp harcı alındıktan sonra karar verilmek ve asli dâva sayılmadığı takdirde dahi mülkiyet dâvası için itiraz edene süre verilmek, bu süre içinde dâva açıldığında mülkiyet dâvasıyla tescil dâvası birlikte incelenmek gerekirken yazılı olduğu üzere itirazın reddine karar verilmesi yolsuzdur. 1. HD., 6.1.1950, 8428-99, TYK. 440.» «MK. 639 a göre tescil dâvasına müdahalesinin kabulünü ve dâvanın reddini isteyen Hazine vekilinin bu dilekçesi *müstakil bir dâva* dilekçesi olduğundan harcı ödetilerek ve tescil dâvasıyla birleştirilerek yargılama yapılmak gerekirken reddedilmesi yolsuzdur. 5. HD. 29.3.951, 1681-2202, Hİ. 951, No. 161.»

258) Sıtkı Akyazan, Ad. D., 951, S. 20/25; Kayaoğlu, Ad. D., 948, S. 200; Yargıtayın şu kararlarında da iktisabî müruru zamana binaen tescil taleplerine «müdahale» bahis konusu olamayacağı belirtilmiştir: Hİ. 952, No. 30; Tatbik, s. 112, 115; Son İct. 953, S. 1701 ve 1703; Buna mukabil, F. Yasasever pek ileri giderek, iktisabî müruru zamana dayanan tescil taleplerine karşı muhakemenin devamı sırasında itiraz yoluyla da hasım olarak girmeye ve dâvaya itiraza cevaz olmadığını, ancak hakkı haleldar olanların sonradan tescilin iptalini dâva edebileceklerini iddia eder. (Hİ. 952, S. 106, 108). HGK., 9.11.952 gün, 5-203/102 sayılı ilâmında bu yoldaki ısrar kararının yolsuz olduğunu beyan etmiştir (Hİ. Ocak-Nisan 953, S. 13/14).

İlân muamelesinden vazgeçilemez; gerçek haksahibine itiraz ve müdafaa imkânı vermek için ilânın yine icrası lâzımdır. Wieland'a göre dâva tapu sicil memuru yani kantona karşı açılır. Gücün'e göre de bu dâvalarda tapu idaresi ve onu temsilen Hazine hasım ittihaz olunabilir²⁵⁹. Hazine'nin tescil dâvası ile ilgili olduğu haller, ezcümle şu hükümlerden zâhir olur: tapu sicilinden maliki anlaşılamayan gayrimenkulü MK. 639, II ye göre fevkalâde müruru zamanla iktisap eden kendi adına tescilini isteyebileceği gibi, diğer taraftan bu gayrimenkulün maliki sicil dışından da bulunamıyorsa 2613 sayılı K. 22 ve 4753 sayılı K. 8, c ve 10 a göre Hazine kendi adına tescil ettirmek hakkını haiz olduğundan tescil dâvası ile ilgisi ve iktisabî müruru zaman unsurlarının henüz mevcut olmadığı yolunda itiraz hakkı açıktır²⁶⁰. Bundan başka Hazinenin müseccel malikin son mirasçısı olduğu veya diğer bir yoldan tescilsiz haksahibi bulunduğu hallerde de bu ilgi mevcuttur²⁶¹. Fakat tapu sicilinde hiç kaydı bulunmayan ve belli bir kişiye veya müseccel malikin mirasçılara ait gayrimenkuldeki iktisabî müruru zaman iddiasında olduğu gibi, Hazinenin ilgisi bulunmayan hallerde Hazinenin hasım gösterilmesi mâna ifade etmez²⁶², lâkin ilân ve tescil talebinin reddine de sebep olmaz.

Türk MK. 639, son c. ye itiraz süresi tayini ve ilânı lüzumuna dair hüküm alınmadığından kanunumuzda tescil kararı için ilân muamelesine riayet bir şart olarak görülmemektedir. Yargıtayın 1.12.948 gün, E. 2-8, K. 9 sayılı içtihat birleştirme kararına göre: «MK. 639 da kullanılan tek taraflı ve yargıçtan hasım gösterilmeksizin bir şeyin isteminden ibaret *talep* kelimesi ve hükümden farklı olarak hasımsız dâvalarda kullanılan *emir* kelimesi tescil dâvalarının nizasız kaza usulüyle inceleneceğini, hasım gösterilmesine lüzum olmadığını ve müruru zamanla iktisap edenin bunu tek taraflı olarak ispat edebileceğini gösterir. MK. 639 un vaz' ve takninde ilânla itiraz süresi tayini fıkrasının tay' edilmiş olması da ilânın lüzumlu olmadığını ifham eder.»²⁶³ MK. da bu şartın zikredilme-

259) Wieland, 662, 2 e: Gücün, I, S. 629.

260) Daha sümüllü olan 5602 sayılı K. m. 13, bent F ye de bk.

261) Ayrıca bk. K. H. Kut, Hf. sayı 35, S. 3/3; Önder, Ad. D. 948, S. 960.

262) «Tescil dâvasında hazinenin hasım gösterilmesi hususunda bir mecburiyet yoksa da dâvacı Hazineyi hasım göstermiş ve Hazine de bu hususu kabul etmişse onun huzurle dâvaya bakılarak karar verilmek lâzımdır. 3 HD. 10.10.949, 11541-9500, İçt. Küll. No. 184.»

263) Velidedeoğlu - Esmer, S. 166, not 32. Bu kararın tenkidi ve ilânın lüzum veya faydası için bk. Ansay, Ankara HFM. 949, sayı 2/4, S. 423 v. d.; Belgesay, İst. HFM., cilt XVII, S. 912; Velidedeoğlu - Esmer, S. 167, Ansay ve Mardin (Ad. D. 948, S. 299), ilânın lüzumuna dair mehzadaki fıkranın bilhizam değil, zuhulen tercüme edilmediğine işaret ederler.

mesi karşısında mehzazın hükümleri nazara alınarak şu yolda hareket, bize münasip gibi görünmüştür: ilân iktisabî müruru zaman iddiasına ve tescil ihtimaline karşı itiraz imkânı verir ve tahkikatın tamliğini temin eder. İlândan sarfınazar edilebilmesi, ancak mahkeme kararının tesir edeceği tapuda hiç kaydı bulunmayan gayrimenkulün eski malikinin veya müseccel malikin gerçek mirasçılarının veya Hazinesin²⁶⁴ müdafaa ve itirazda bulunmağa davet olunması halinde caiz görülebilir. İlân ile güdülen gaye bu takdirde gerçekleşmiş sayılır. Fakat bu kimseleri itiraz için hiçbir şekilde haberdar etmeden ve haklarını müdafaa imkânını vermeden, eksik bir tahkikatla verilecek tescil kararının mehzazın ve medenî usul hukukunun prensipleri karşısında usule uygun sayılamıyacağı açıktır. Nitekim, Tapu Umum Md. lüğünün şu tamiminde bu mahzur ve tehlike belirtilmiştir: «Mahkemelerin hasımsız ve ilânsız bir taraflı müracaatları kabul ile karara bağlaması, Hazine ile ilgili olan yerlerin müdafaa edilmemesi yüzünden Hazine elinden çıkması tehlikesini doğurabileceğinden bunu önlemek için MK. 639 a göre verilmiş kararların infazı ile birlikte MK. 927 ye dayanarak kararın mahiyetinin ve tescil keyfiyetinin Hazine mümessiline bildirilmesine lüzum gösterilmiştir.»²⁶⁵. Fikrimizce, ilânsız ve davetsiz tescil kararlarında sadece yukarıda arzettiğimiz Hazineyle ilgili yerler değil, fakat fertlere ait yerler de müdafaa ve itiraz edilmemek yüzünden hak sahiplerinin elinden çıkmak tehlikesine maruz olup bunun da önlenmesi icab eder. İlândan sarfınazarın caiz görülebileceği mahkemenin eski haksahiplerini itiraz ve müdafaa için davet etmesi hali, tescil talebinde hasım gösterilmesine ve taraf teşkiline değil, fakat bu kimselerin kesin olarak bilinmesine bağlıdır. Eski hak sahiplerinin belli olmaması halinde ilân muamelesile itiraza davet zarurî olur.

İsviçrede, ZGB. 662, III deki sarahate binaen behemahal itiraz süresi tayinile ilân muamelesinin icrası şart olup hâkimin ilân muamelesi yapmadığını öğrenen tapu sicil memuru tescil talebini²⁶⁶ redde salâhiyetlidir²⁶⁷. Buna mukabil, tesbiti mahkemeye ait olan iktisabî müruru zaman unsurlarının varlığını tetkike mecbur ve salâhiyetli değildir²⁶⁸.

264) Hazinesin ilgisi yukarıda not 260/261 de belirtilmiştir.

265) Velidedeoğlu - Esmer, S. 166/167, not 33.

266) Mehaza ve MK. 639, son c. nin ifadesine rağmen, bizzat müruru zamanla iktisap eden tescil kararını tevdi etmekle beraber, tescil talebinde de bulunmalıdır. (Rossel, No. 1241; Velidedeoğlu - Esmer, S. 167.) Mamafih, Freiburg Tatb. K. 205 e göre sulh hâkimi tescil talebi için teşebbüste bulunur. Zürich Usul K., § 398 e göre de ihtilâfsız kaza işlerinde tek hâkim tescilli emreder (Gloor, S. 114).

267) Leemann, 662, N. 15; Haab, 661/663, N. 23; Gloor, S. 114; Pfister, S. 132.

268) Haab, 661/663, N. 23.

25.1.1950 gün, 5519 sayılı K. a göre tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerin tescili için gereken yargıç kararlarına tapu fen memurluğu olan yerlerde, bu memurlara, olmayan yerlerde bu işi yapmağa yetkili fen memurlarına veya mühendislere yaptırılacak harita veya krokiler eklenir (m. 2). Yargıtay, tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerin MK. 639 gereğince verilen tescil kararlarına işbu m. 2 gereğince sözügeçen harita veya krokilerin eklenmemiş olmasını, tescil kararının bozulması sebebi saymaktadır²⁶⁹.

İhtilâfsız kaza sahasında verilen kararlar kaziyei muhkeme (kesin hüküm) teşkil etmez: kaide olarak bu kararlar yeni icaplara veya sonradan elde edilen delillere göre yeni bir kararla değiştirilebilir²⁷⁰. İşte ihtilâfsız kazaya giren iktisabî müruru zamana binaen verilmiş tescil kararının da, bu cümleden olarak, değiştirilmesi ve buna dayanan tescilin iptal ve tashihi hususunda bir karar verilmesi imkânı İsviçre-Türk hukukunda müştereken kabul edilmektedir; gerçek hak sahibinin bunları istemeye hakkı vardır²⁷¹. Şu kadar ki fevkalâde veya alelâde iktisabî müruru zamanın şartları tamamlanmışsa²⁷² veya MK. 931 e göre hüsnüniyetli üçüncü şahıs iktisap etmişse artık mevcut tescilin iptali istenemez. İşte bu yol, bilhassa ilân muamelesi mecburî sayılmadığı için fevkalâde iktisabî müruru zaman şartları bulunmaksızın tescil kararları verilebilmek ihtimalleri çok olan memleketimiz için bu kabil kararlara ve yapılan tescillere karşı gerçek maliklerin haklarını korumakta pek faydalı olacaktır. Bittabi, ilân veya kendisine tebligat yapıldığı halde itiraz etmemiş gerçek hak sahiplerinin de, hasım taraf ve ihtilâflı kaza durumuna girmemiş olduklarına göre, fevkalâde iktisabî müruru zaman şartları bulunmadan tescile karar verildiğini ispatlayarak kararın değiştirilmesini ve tescilin iptal ve tashihi isteyebilmek hakları mahfuzdur²⁷³.

269) 5 HD. 28.11.1950, 4705-4116, II. H., S. 1231. Keza: Son İct. 952, S. 1136; Tatbık, S. 104, 120.

270) Belgesay, Adliye Hukuku, I, 944, S. 60; Ansay, Hukuk yargılama usulleri, 950, S. 24.

271) S. Akyazan, Ad. D. 951, S. 25; Belgesay, İst. HFM. XVII, S. 914; K. H. Kul. Hİ. sayı 35, S. 3; F. Yasasever, Hİ. 952, S. 108.

272) Bk. yukarda § 2, II, 4. 1515 sayılı K. m. 1, I gereğince tapu dairesince yapılacak tescillere karşı mahkemede açılacak iptal ve tashih dâvasını, bu maddenin II. fıkrası, tescilden itibaren başlayan 3 senelik bir müddete tâbi tutmuştu. Bk. aşağıda § 13, not 755.

273) Belgesay ise: «tescil dâvası mahkemece usulen ilân edilip bütün alâkâhların müracaatine imkân verilmiş, herhalde mahallinde muvakkaten de olsa fer'an ziyed görünen kimseye bildirilmiş ise herkese karşı verilmiş bir karar sayılarak (iptal) dâvasının reddi icab edecektir. Şu kadar ki kararı alan tarafın hilesi dolayısıyla tadel muhakeme yoluna başvurulabilir» fikrindedirler (İst. HFM, XVII, S. 915).

Nitekim, İsviçrede Aargau kantonu yüksek mahkemesi, hak sahiplerinin ZGB. 975 e göre açtıkları tapu sicilinin tashihi dâvasını, dâvalının iktisabî müruru zamana binaen vâki tescil kararının kaziyeye muhkemeliğine dayanmasına rağmen, kabul etmiştir: «Çünkü esasında ilân muamelesi, *iktisap olunmuş hakların korunmasına yarar ve hukukî mahiyeti itibarile bir nizasız kaza işidir.* (Komm. Stein, II aufl. Vorbem. III zu § 946, DZPO.) ... ilân süresinin geçmesinden sonra ne müstedinin nizasız kalmış haklarının varlığı, ne de ileri sürülen itirazlar hâkimin tetkikine girmez. Bilâkis, bu tetkik, sadece ya itiraz bulunmadığından müstedinin iddia ettiği hakkında tasarruf edebileceğini (meselâ onu mülkü olarak tescil ettirebileceğini) veya itirazcının iddialarile beraber mütad dâva yoluna gönderileceğini tesbit eder. Muamelenin bu mahiyetinden ZGB. 662 ye göre ilânın bizatihi hiçbir hak bahşetmediği, hiçbir iktisap sebebi arzemediği, bilâkis maddî hukuka ait bir iktisap sebebinin (burada iktisabî müruru zaman) şart koştuğu ve asla onun yerine geçemediği anlaşılır. ... (Olayda ise) dâvalının mülkiyet iddiasını dayandıracığı *sebepe* mevcut değildi, ZGB. 662 ye göre fevkalâde iktisabî müruru zamanın şartları eksik idiler ve buna göre mahallî mahkeme (ilânen) tahkike muvafakat etmemeliydi. Böylece bizzat tahkik caiz bulunmayınca, dâvalının bundan ileri gelen iktisabî da hukukan gayrimuteberdi ve iddia olunan hukukî sebebin eksikliğinden dolayı tescil maddî bakımdan yolsuzdur... Yolsuz tescil, bununla aynı hakları ihlâl edilen herkes tarafından ZGB. 975 e göre taarruz olunabilir.»²⁷⁴. Aşağıdaki Yargıtay kararlarından da iktisabî müruru zamana binaen verilen tescil kararlarına dayanan tescillerin iptalini istemek hakkının mahfuz bulunduğu anlaşılmaktadır: «MK. 639 a göre tescil dâvalarında mutlaka bir hasım bulunmak lâzım gelmediği ve *Vakıflar İdaresinin iptal dâvası açmak hakkı mahfuz olduğu gözönüne alınmayarak Evkaf adına müseccel gayrimenkul için Maliye Hazinesi aleyhine açılan iktisabî müruru zamana binaen tescil dâvasının husumet noktasından reddi yolsuzdur.*»²⁷⁵. «İktisabî müruru zamana dayanarak tescil dâvasına müdahil sıfatile dahil olarak câri muhakeme sonunda müdahale talebi reddedilen kimse, usulü dairesinde ve tarifesi gereğince harcını vererek dâva açmamış olduğuna ve Usul Kanunu gereğince *her vakit dâva açarak dâvacının aldığı tescil ilânının iptalini isteyebileceğine göre*, kararın onanmasına.»²⁷⁶.

274) 28 Ekim 921 tarihli karar, Schweizerische Juristen - Zeitung, 18, S. 329 v. d., No. 71.

275) 1 HD. 4.11.949, 5929-4462, İct. Kull. No. 185.

276) 1 HD. 12.4.951, 950-9801/1935, YHI, s. 913

Alman hukukundan²⁷⁷ mülhem olan İsviçre doktrini²⁷⁸, borçlunun hile veya tehdit ile alacaklının müruru zaman sona erene kadar dâva ikamesini geciktirmesine sebebiyet vermesi halinde, bu fiiller BK. 41 e göre tazminat borcu doğurduğuna ve zarar da müruru zaman süresinin geçirilmesinde bulunduğuna göre, müruru zaman definin alacaklının bir mukabil defi (replicatio) ile bertaraf edilerek zararın en basit şekilde tazmin edilmiş olacağını kabul eder. Borçlunun kötü niyetle olmasa bile kendi fiiliyle, meselâ ihtilâflı talep üzerinde müzakerelere girişerek, alacaklıda dâva ikamesinin fuzulî olduğu kanaatini uyandırdıktan sonra vakî müruru zaman define dayanması da MK. 2 mânasında hakkın suistimali olarak reddedilir. Kanaatimce, bu hallerde müruru zamanın tamamlanmadığını, binaenaleyh borçlu için müruru zaman defi hakkının doğmadığını kabul ederek alacaklının zarar görmesini daha baştan önlemek daha tabii, kat'i ve terciha şayan bir düşünce tarzı olacaktır. (Defi, refiden evlâdır.) Bizzat BK. 154 deki sarih hükme kıyasen, objektif hüsnüniyete aykırı olarak tahakkuk ettirilen şart gerçekleşmemiş sayılıp dürüstlüğe aykırı fiilin neticeleri tazminattan daha iyi şekilde bertaraf edilebildiği gibi hile, tehdit veya yaratılmış itimatla süresi geçirtilen müruru zaman da tamamlanmamış sayılabilir. Hukuka aykırı hile veya tehdit yüzünden süresi geçirilen müruru zamanın tamamlanmadığını itiraz mahiyetinde olarak dermeyan, BGB. de olduğu gibi hile veya tehdit halinde alacağın doğumunu kabul ederek fesih hakkı yanında bu zarardan dolayı talep ve defi hakkı vermek sistemini değil de, akdin aldatılan veya korkutulanı bağlamadığı, alacağın doğmadığı itirazını²⁷⁹ vererek

277) Planck, § 222, 5; Staudinger, § 222, N. 12; Oertmann, Vorb. z. § 194, C; v. Tuhr, Allg. Teil, § 91, VIII; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 218, II, 3.

278) v. Tuhr, OR, § 81, III; Becker, 141, N. 5; Oser-Schönenberger, 142, N. 3; Guhl, OR, § 39, III; Egger, 2, N. 30.

279) İsviçre-Türk hukukunda irade noksanları, akit yanılanı, aldatılanı veya korkutulanı bağlamadığı ve alacak doğurmadığından hakkın doğumuna mâni vakıalar olarak itiraz teşkil ederler (v. Tuhr, OR, § 39, not 55); yoksa doğmuş alacak hakkına mukabil ifadan imtina hakkı demek olan defi değil. (v. Tuhr, Allg. Teil, § 17, not 1 a. OR, § 3, IV; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 207, I, 3.) İrade noksanlarını hakim re'sen nazara alamaması da onlara defi mahiyeti vermez. Bundan dolayı K. Oğuzman'ın v. Tuhr'u tenkit ve hakim re'sen nazara alamadığından bunların defi olduklarını iddia etmesine (İst. Baro D. 953, S. 188, not 31) itiraz edemiyorum. Mamafih, BK. 31, I deki 1 yıllık sürenin geçmesiyle akit düzellep ilzam edile hale gelerek aldatılan veya korkutulanın itirazı ortadan kalktığı anda kendisine BK. 60, III gereğince bu borcu ifadan imtina hakkı yılanmaz şekilde sabit olur ki iste bu bir defidir. Görülüyor ki 1 yılın geçmesiyle BK. 31, I e göre mevcut farz edilen icazet, BK. 60, III deki defin doğumu için şart olup mânil değildir (Becker,

zararın doğumunu önleyen İsviçre - Türk hukukunun basit ve kesin sistemine ve ruhuna da uygun olacaktır. Nihayet, müruru zamanın tamamlandığını kabul etmekle beraber mukabil defî (replik) veren telâkki sukutu hak ve iktisabî müruru zamanda bilhassa tatmin etmemektedir; mezkûr telâkkinin bu sürelerle tatbiki, sâkit olan hakkın yeniden ihdası veya müruru zamanla iktisap edilen mülkiyetin mukabil defide bulunan kimseye karşı tesirsiz kalması gibi sun'î ve karışık sonuçlar verecekti. Bu sebeplerden dolayı hile, tehdit veya borçlunun kötü niyetle olmasa da fiili yüzünden dâva açmadan sürenin geçirilmesi halinde müruru zamanı ileri süren kimseye karşı hak sahibi müruru zamanın henüz tamamlanmadığı yolunda bir *itirazda* bulunabilmelidir.

Lâkin dâva ikamesindeki sadece fi'li mânilerin müruru zamanın durmasına sebep teşkil edememeleri kaide olup hile, tehdit veya borçlunun başka bir fiili yüzünden dâva açmamak, müruru zamanın tahdidi ve pozitif hükümle tayin edilen durma hallerinden bulunmadığından²⁸⁰ BK. 132, son fıkradaki hesap tarzı *hodbegod* buraya tatbik edilemez; dâva ikamesine mâni olan hile, tehdit gibi fiiller müruru zamanın herhangi bir devresine münhasır oldukları takdirde değil, ancak sürenin nihayet bulmasına sebep olmuşlarsa nazara alınır ve BK. 130, II ile atıf yapılan BK. 77 dekine benzer şekilde, aldanma, korku veya itimadın zevalinden sonra hak sahibinin halin icap ve şartlarına göre dâva açması mümkün ve lâzım olan bir müddet için daha²⁸¹ müruru zaman süresi uzar²⁸². Şu hale nazaran, von Tuhr ve Egger'in bu hallerde müruru zaman (ve sukutu hak) süresinin «uzaması» ndan bahsetmeleri²⁸³ düşünce tarzımıza ve işin mahiyetine uygun tâbirlerdir.

31, N. 9; Oser-Schönenberger, 60, N. 16; v. Tuhr, § 39, not 54; Grisel, Ad. D. 953, S. 803 v. d. Başka fıkırde: K. Oğuzman, zikredilen yazı, not 32. Grisel, S. 789 da v. Tuhr'un BK. 60, III deki hakkı defiden başka saydığıı söylüyorsa da v. Tuhr'un sadece akif ilzam etmediği müddetçe bir itirazın mevzuubahs olacağını ifade ettiğinde şüphe yoktur.) Buna mukabil, hakikî icazet halinde defin doğumu kabul edilemez. (v. Tuhr, OR. § 39, not 54; Grisel, z. yazı, S. 805.)

280) Bk. § 4, not 216.

281) Buradaki gibi: Alman Yargıtayının Staudinger, § 222, N. 12 de zikredilen kararı.

282) İngiliz hukukundaki «undue influence» (haksız tesir ve nüfuz) müessesesini andıran yeni bir butlan sebebinin öncesi için ihdas ettiğinden 14.12.953 gün, 6195 sayılı kanun, m. 6, II de müruru zamanın nazara alınmayacağını tasrih etmiştir. Bu hususta borçlar hukukunda mevcut ikrah hükümlerine dayanılsaydı, yukarıda metinde işaret olunandan daha ileri giderek ikrahın zevalinden sonraki müddeti de tamamlanan müruru zamanı kanunun makale sâmil hükmile tamamen bertaraf etmesi bahis konusu olurdu.

283) v. Tuhr, OR. § 81, not 43, § 74, not 14; Egger, 308; N. 8.

II. Fevkalâde iktisabî müruru zamanı tamamlayan kimsenin hangi an ve safhada mülkiyet iktisap etmiş olduğu münakaşalıdır. Bu hususta çeşitli konstrüksiyonlar mevcuttur:

1) Bunlardan birincisine göre, iktisabî müruru zaman zilyedi ancak tescil anında malik sıfatını iktisap edebilir; bu muameleden önce sadece zilyedlik himayelerinden faydalanabilir²⁸⁴. BGB. § 927 de sarîh hükmiyle mülkiyet iktisabını tescile bağlamıştır. Yargıtay 3 HD., 22.5.936 gün, 5691-4624 sayılı kararla tapuda müseccel olmayan bir gayrimenkul üzerindeki tasarrufun zilyedlik olduğunu kabul etmişti²⁸⁵. 1945 tarihli doktora tezlerinde sayın Doç. Postacıoğlu, tapu kütüğüne geçmemiş gayrimenkullerde mülkiyet hakkından bahsetmeye imkân olmayıp ancak zilyedlik mevzu bahis olabileceği fikrini müdafaa etmişlerdir. «Çünkü mülkiyet hakkının doğumu ve mevcudiyeti bu hakkın tapuda tecessüm etmesine bağlıdır, esasen bütün aynı haklar ancak tescil ile doğmaktadır (MK. 633 ve 930). Bundan dolayı tapuya geçmemiş gayrimenkullerde mülkiyet hakkından bahse imkân yoktur. Bundan başka, MK. muzun müseccel olmayan gayrimenkuller hakkında vazettiği m. 639 da tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkuller üzerindeki hakkın mülkiyet olmadığını ispat eder mahiyettedir. Çünkü 20 sene muayyen şartlarla yedinde tutanlar *tescil yolu* ile mülkiyeti iktisap etmekte, müseccel olmayan araziye mücerret tasarruf. mülkiyet ifade etmemektedir. MK. 639 «yedinde bulundurmak» tâbirini kullanmış olmakla tapusuz gayrimenkuller üzerinde ancak zilyedliğin mevzu bahs olacağını ortaya koymaktadır.»²⁸⁶. Bilhassa tapu sicilinde kayıtlı olmayan gayrimenkullerin haricen (Tapu sicili dışında) ferağı meselesini çözmek isteyen 9.10.946 gün ve 12 sayılı içt. bir. kararı da umumî olarak tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerde ancak zilyedlik hakkı bulunduğu esastan hareket etmiş, yani mülkiyet hakkını gayrimenkulün tapuda kayıtlı olmasına bağlamıştır. İmdi, kararın bir çok yerlerinde tapuda kayıtlı olan ve olmayan gayrimenkuller tefriki yapılmakta ve bu hareket mebdesine göre mülkiyet hakkı veya zilyedlikten, malik veya zilyeden bahsedilmektedir: «Bir gayrimenkulü 20 sene MK. 639 daki şartlarla elinde bulunduran kimse, o gayrimenkule

284) Curti-Forrer, 662, N. 7; Belgesay, 639, 3; Ist. HFM. XVII, S. 910; Wieland, 661, I. 963, 6, bb (Mamafih, Wieland, mülkiyet iktisabının hüküm anında olacağını da söylemektedir. Aşağıda not 291'e bak.).

285) Velidedeoğlu - Esmer, S. 347, not 3. Aynı dalrenin 4.12.944 gün, 10161 sayılı kararında da: «ikame olunan dâvada tapu kaydı bulunmamasına göre, mülkiyete müstenil bir dâva nazarile bakılamıyacağı gibi...» deniyordu. (Hukuk 944-45, No. 16.)

286) Postacıoğlu, No. 49 v. d.

«malik olmak hakkını» kazanır ve gayrimenkulün namına tescilini isteyebilir.» «Tapu sicilinde kayıtlı olan bir gayrimenkul *malikin*in temlik tasarrufu kanunî şekle tâbi olur. Fakat tapu sicilinde kayıtlı olmayan gayrimenkul *zilyedin*in zilyedliğini başkasına terk ve devretmesi böyle bir şekle tâbi bulunmaz.» «*Tapuda kayıtlı olmayan* bir gayrimenkulün ancak zilyedliğinin devrine mahmul olan ve şekle tâbi bulunmayan satış muamelesi...» «Bir kimsenin kanunlar uyarınca henüz malik olmadığı²⁸⁷ *tapuda kayıtlı olmayan* bir gayrimenkulü başkasına satıp teslim etmesi, ileride mülkiyet iktisabına yarayan o mal üzerindeki fi'li tasarruf hakkını, zilyedliğini devre mahmul olduğu ve aynı bir hak olan zilyedliğin her hak gibi devri caiz ve muteber olup resmî şekle tâbi bulunmadığı cihetle bu muamelenin *tapulu gayrimenkullerin* haricî satışlarına kıyas suretile kendiliğinden hükümsüz sayılamıyacağına...»²⁸⁸. Nitekim bu içt. bir. kararından bir sene önceki 28.2.945 gün, 5 sayılı başka bir içt. bir. kararında da: «Gayrimenkul hakkında mülkiyete dayanarak aynı dâva açmak yetkisi, esas olarak, MK. 618 ve 905'e göre tapu sahiplerine aittir. İşgal, miras, istimlâk, cebri icra ve ilâm gibi hallerde... istihkak dâvası açılabilmesi ise kanunun verdiği yetkiye dayandığı ve asıl kaideye bunlar da ilhak olunduğu içindir ki... aynı dâva ve müstehik terimleri bu fertler hakkında da uygulanır. Senetsiz tasarruflara gelince, bunların hukukî durumu da kanunlarda belirtilmiş olup gerek 2644 sayılı Tapu K. 6 ya göre ihya ve gerek MK. 639'a göre iktisabî müruru zaman hallerinde bunlar ancak tescilden sonra o gayrimenkullerin maliki olabilirler. Tescilden evvelki durumları MK. hükümlerine göre zilyedlikten ileri geçemez. Bundan ötürüdür ki bu gibi kimselerin açacakları dâvalara kanun bakımından istihkak dâvası denemez...» mütaleasında bulunmuştur²⁸⁹.

287) Gerçi bu kararda miras, işgal, istimlâk, mahkeme ilâmı gibi tescilsiz mülkiyet iktisabı yollarından da bahis varsa da işgal ve fevkâlâde iktisabî müruru zaman müesseseleri birbirine karıştırılmıştır. Bk. yukarıda § 2, not 58.

288) İctihadı birleştirme kararları, 948, S. 242 v. d. Bununla beraber, bu kararın bir yerinde, zilyedliğin devrine matuf akdın herhangi bir sebeple feshi ve geri alma dâvasına karşı ileri sürülebilecek zamanasımı ve hak düşüren sürelerden bahsedildikten sonra: «dâva edilenin, dâvalı gayrimenkulün mülkiyetini iktisaba yarar, MK. 639'a uygun 20 senelik bir işgali vaki ve sabit ise dâvanın reddinden önce bu *mülkiyet hakkına* istinat olunur.» denilmektedir. Fakat kararda hâkim olan fikir ve bıraktığı umumî intiba, mülkiyet hakkını iktisabî müruru zaman süresine dolmasına değil, gayrimenkulün tapuda kayıtlı olmasına bağlamaktır. Nitekim, ferağlarını zilyedliğin devrine hamlettiği tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerden iktisabî müruru zaman süresi dolmuş olanları, bu mufassal karar ayırmış değildir.

289) İctihadı birleştirme kararları, 948, S. 194 v. d. Mamafih, Yargıtayın bu telâkkiden ayrılan kararlarına da tesadüf ve bunlara aşağıda işaret olunmuştur.

İsviçre Federal Mahkemesi de son günlerde verdiği bir kararda, aşağıda arzedeceğimiz evvelki içtihadını değiştirerek, bu telâkkiyi kabul etmiştir: «Extra tabulas (sicil dışı) müruru zamanın şartları CC. 662 maddesince tanzim olunmuştur. Müracaatçı, kanton mahkemesinin indi olarak onları yerine getirilmiş saymasına itiraz ediyor. Hakkı var. Gerçekten, 30 yıl esnasında fasılasız ve nizasız zilyedlik, mülkiyeti bahşetmeye yetmez. O yalnız malik sıfatı ile tescili istemeye imkân verir. Bu tescildir ki mülkiyetin doğurucusudur. (m. 656, fıkra 1; bk. f. 2, ki, müstesnalar arasında, iktisabî müruru zamanı zikretmez.) İmdi, tescil ancak hâkimin emri üzerine ve resmen ilânla tesbit edilmiş bir süre esnasında hiçbir itiraz vukubulmadığı veya itirazlar reddedildiği takdirde yapılır. (m. 662, f. 3.) Aynı şey, irtifakların iktisabında da mevzuubahistir. (m. 731, 2.) Hâdisede, (dâvalı) komün, hâkimi ileri sürdüğü irtifakın tescilini emretmeye davet etmemiştir, bir halde ki m. 662, f. 3 de derpiş olunan itiraz usulü açılmamıştır. Orsières (komünü) nün dâva konusu yolda bir geçit hakkından faydalanacağı muhakkak olmakla beraber câri muhakeme bu hükme tamamen aykırıdır.»²⁹⁰

2) Bu telâkkiye göre, ancak mahkemenin mülkiyeti tafviz eden ihdasî kararile ZGB. 656, II - MK. 633, 2 deki mânasile tapu sicili dışında iktisabî müruru zaman zilyedi mülkiyet iktisap ve evvelki malikin mülkiyeti sukut eder. ZGB. nin ilk tasarısı m. 665 de iktisabî müruru zamandan dolayı mahkemece mülkiyetin tafvizinin talep edilebileceğini tasrih ederek bu hal tarzını kabul etmiş ve Erläuterungen, II, S. 84 de de iktisabî müruru zamanın gerçek bir mülkiyet iktisabı değil, sadece tafvize matuf bir kanunî talep olduğu beyan olunmuştur. İşte bu telâkki taraftarları fikirlerini buna dayandırmaktadırlar²⁹¹. Aşağıdaki içtihadiyle Yargıtayın da bu esası kabul ettiği görülmektedir: «Bir kimsenin tapuda uhdesinde kayıtlı olmayan gayrimenkule 20 sene fasılasız ve nizasız tasarruf ettiği takdirde hüküm anında mülkiyetini iktisap edeceği MK. 639 un sarîh hükmü iktizasındandır. Dâvalının bu mülkiyet hakkı gerçekleştikten sonra dâvacının açtığı dâvanın mesnedi kalmaz. Çünkü dâvalının iktisap müruru zamanı ile bunun mülkiyetini iktisap ettiğine dair hüküm aldıktan sonra dâvacının aldığı tapunun hükmü kalmamış olur.»²⁹²

290) Federal Mahkemenin 12 Ekim 1950 tarihli kararından, Journal des Tribunaux, 951, S. 69/70.

291) Wieland, 662, 3; Leemann, 662, N. 19/21; Rossel, No. 1240/1241; Homberger, Das Schweizerische ZGB, S. 123 (serhinde fikrini değiştirmiştir, bk. aşağıda 4); Tuor, S. 489/490; Gloor, S. 112 v. d.; Schiller, S. 49, 51; F. Jenny, S. 93, not 5, S. 98; Saymen, S. 213.

292) 1. HD. 4.2.946, E. 6902; Hİ. 946, No. 11.

Görülüyor ki itiraz süresinin hitamı anından ihdasî tevcih ve tafviz kararının verilmesine kadar mülkiyet halâ evvelki hak sahibinde bulunur. Eğer o, aradaki bu devre içinde meydana çıkar ve mülkiyet talebini ileri sürerse, kendisine karşı taleplerini sükûtu dolayısıyla artık haiz olamadığı yolunda ZGB. 662 den doğan bir müdafaa yapılabilir. Fakat *bizzat hakkı* ancak müruru zamanla iktisap edene mülkiyetin tevcih ve tefvizile sukut eder ²⁹³.

3) Başka bir telâkkiye göre de, ancak mahkemenin mülkiyeti tevcih eden ihdasî kararile mülkiyet iktisap olunur. Fakat iktisabî müruru zamana maruz kalanın *bizzat hakkını* kaybetmesi daha önce sükût (susma, Verschweigung) neticesi vukubulur. Verschweigung = susma neticesinde hakkın sukut ettiğini esas almakla beraber müruru zamanla iktisap eden cephesinden aynı anda hak iktisabını reddeden bu nazariye ile BGB. § 927 dekine benzer bir sonuca varılır. Verschweigung BGB. § 927 deki ıskat hükmünün, mülkiyeti kazandıran mahkeme kararı da BGB. § 927 deki tescilin yerine konulmuştur. Mülkiyetin müruru zamanla iktisabında gayri-menkul evvelemirde sahipsiz hale gelir; müruru zamanla iktisap eden fevkalâde iktisabî müruru zaman şartlarına ve itiraz süresinin faydasız geçmesine dayanarak hâkimden mülkiyetin tevcihini isteyebilir. Bu tevcih talebi, mahiyeti itibarile sırasını doğum anına göre alan (hâdisede itiraz süresinin hitamı) aynı tesiri haiz bir işgal (ihraz) hakkı olduğundan sahipsizliğin devamı esnasında bir üçüncü şahıs tarafından vaki ihraz (işgal) müruru zamanla iktisap edene karşı hükümsüzdür ²⁹⁴.

4) Son bir görüş, itiraz süresinin faydasız sona erdiği anda gerçek haksahibinin resmî davete rağmen hakkını «*bildirmemek*» neticesi olarak kayb ettiğini kabul eder. Haksahibi susmuştur (Verschweigung). Aynı zamanda müruru zamanla iktisab edenin şahsında tapu sicili haricinde kendisince talep edilen hak doğar. Böylece susma, yalnız susup hareketsiz kalan için yok edici olarak değil, fakat bununla birlikte müruru zamanla iktisap eden için ihdas edici olarak da tesir eder. Bir tarafın hak kaybı, diğer tarafın hak iktisabı neticesini doğurur ²⁹⁵. 30 yıllık nizasız fasılasız zilyedlik ve ilân muamelesindeki susma ile evvelki haksahibinin hakkının sukutu, müruru zamanla iktisap edenin şahsında hakkın doğumunu sağlar. İktisabî müruru zamanın şartlarını tesbit bakımından zarurî olan hâkim kararı, bu ihtimalde sadece izharî mahiyettedir. Pfister, kendisine bu

293) Pfister, S. 131, cc) de zikredilmiştir.

294) Pfister, S. 131 de müdafil gösterilmeksizin zikredilmiştir. Ayrıca bk, aşağıda not 312.

295) Immerwahr, Die Verschweigung im Deutschen Recht, 1895, S. 2 ve 35; Pfister, S. 130, not 14 de zikredilmiştir.

konstrüksiyonun doğru görüldüğünü ve Millî Meclis müzakerelerinde: «ancak resmî ilândan sonra ve buna dayanarak hâkim tarafından bir tetkikat iera edildiği takdirde iktisabî müruru zamanın *tanındığı* ve müruru zamanla iktisap edenin malik olarak tescil edileceği» (Stenogr. Bull. 1906, S. 529) izahında bulunan Komisyonun Cermen raportörü tarafından müdafaa edildiğini söyler²⁹⁶. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de sicil dışı iktisabî müruru zamanın «ZGB. 662 ye göre 30 senenin geçmesinden sonra ve ancak gerçek malik *ıskat muamelesinde kendini bildirmediği* (arzi vücut etmediği) takdirde mülkiyet iktisabına götürdüğü» beyan etmiştir²⁹⁷. Buna göre mülkiyet değişikliğinin, ilân süresinin faydasız hitamı veya itirazın reddi anında gerçekleştiği kabul edilir. Zürih Yüksek Mahkemesinin 10.12.1928 tarihli yayınlanmamış bir kararında da aynı noktayı nazarda olduğu ilâve olunmaktadır²⁹⁸. Haab da bu telâkinin daha makul görüldüğünü söyler²⁹⁹. Das Schweizerische ZGB., S. 123 deki fevkalâde müruru zamanla mülkiyet iktisabının hâkimin tevcihile vukubulduğu yolundaki eski fikrini şerhinde değiştiren Homberger, hâkim kararının izharî mahiyette bulunduğu kanaatinde olduğunu söyleyerek ve yukarıda zikredilen Federal Mahkeme kararına ve müelliflere atıfta bulunarak bu telâkkiye iştirak eder³⁰⁰.

Bütün şartlarile ve nekadardaki uzun müddet geçmiş olursa olsun fevkalâde iktisabî müruru zaman neticesinde mülkiyet iktisabını kabul etmeyen bütün bu telâkkilere göre, kabul edilen mülkiyet iktisabı anı (tescil mahkeme kararı veya ilân süresinin sonu) ndan evvel müruru zamanla iktisap edenin durumu bir zilyedlikten ibarettir ve ancak zilyedlik himayelerinden (MK. 894/897 ve 905, 2) faydalanabilir³⁰¹. Meğer ki sicil dışı bir iktisap vakıasına dayanmış olsun; ancak bu halde mülkiyet dâvasını haiz olur³⁰². Zilyed, gayrimenkulü iade mecburiyetinde kaldığı

296) Pfister, S. 131 v. d.

297) BGE. 50, II, S. 122.

298) Pfister, S. 132.

299) Haab, 661/663, N. 23.

300) Homberger, 263, N. 36.

301) Leemann, 662, N. 24; Wieland, 662, 4; Curti-Forrer, 662, N. 7; Gloor; S. 114; Pfister, S. 134; Haab, 661/663, N. 24; Postacıoğlu, No. 49 v. d. ve yukarıda 1) deki Yargıtay kararları.

302) Kars. Wieland, 662, 4; Gloor, S. 114. Bu müelliflere göre tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerde zilyed, malik sayılmakla beraber (ki Pfister, S. 134 e göre bu MK. 905, 1 in muhalif mefhumundan anlaşılır), tescilsiz bir iktisap sebebine dayandığı takdirde acacağı mülkiyet dâvasında bunu ispat etmesi lâzımgelir; yani mülkiyet karinesinden faydalanamaz. Bu izah, bize tezatlı gibi görünmektedir. Bk. aşağıda not 336.

takdirde, mesuliyeti MK. 906/908'deki umumî kaidelere göre tayin edilir³⁰³.

Bu telâkkilerin diğeri bir neticesi de, iktisabî müruru zaman süresini tamamlayan kimsenin gayrimenkulünü satması veya bağışlamasının da, daha halâ mülkiyet iktisap edilmiş sayılmadığı için, hakikatte mülkiyetin nakli vaadini de ihtiva eden satış veya bağış değil, sadece zilyedliğin devri vaadi (akdi) nden ibaret görülmesidir. Zilyedliğin devri vaadini ise MK. gayrimenkullerde de şekle tâbi tutmamıştır. Yukarıda 1) de anılan müelliflerden sayın Postacioğlu, bu neticeyi şöyle belirtmektedirler: «Tescil edilmemiş gayrimenkullerde mülkiyet hakkı cereyan etmediğinden mülkiyetin nakli vecibesi demek olan satışın da mevzuu bahs olamayacağı tabiidir. Binaenaleyh, bu gibi gayrimenkullerin satışı hakikati halde bir zilyedliğin devri taahhüdünden ibarettir. Zilyedliğin devri taahhüdü ise kanunumuz tarafından hiçbir şekle tâbi tutulmamıştır. Tarafların böyle bir gayrimenkul hakkında yaptıkları anlaşmayı satış olarak tavsif etmeleri onun bâtil bir satış olmasını icab ettirmez. BK. 18 mucibince tarafların müşterek ve hakikî niyeti, haddi zatında zilyedliğin devrini tazammun eden bir muamele üzerinde anlaşmak olmuştur»³⁰⁴. Yukarıda bahsigeçen 9.10.946 gün, 12 sayılı içt. bir kararının da tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerin haricen ferağı meselesini, bu konstrüksiyonu benimseyerek çözmek istediği anlaşılmaktadır: «... tapuda kayıtlı olan bir gayrimenkulün *malikinin* temlikî tasarrufu kanunî şekle tâbi olur... Fakat tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkul *zilyedinin* zilyedliğini başkasına terk ve devretmesi böyle bir şekle tâbi bulunmaz... Bu açıklamalara göre tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulün ancak zilyedliğinin devrine mahmul olan ve şekle tâbi olmayan satış muamelesini, tapuda kayıtlı olan bir gayrimenkulün haricî satışına kıyas ederek muteber saymamak ve devredenin bu malı geri almaya hakkı olduğunu kabul etmek doğru olmaz.»³⁰⁵.

III. *Şahsî kanaatimiz*. Müruru zamanla iktisabın ne şekilde ve hangi anda tamamlanacağı hususunda kanunun tam bir vuzuhdan mahrum sayılması³⁰⁶, bu husustaki çeşitli konstrüksiyonlara imkân vermektedir.

303) Leemann, 662, N. 24; Gloor, S. 114; Pfister, S. 134.

304) Postacioğlu, No. 51. Fikrimizce zilyedliğin devri taahhüdünün muteberiyeti, tarafların gerçek maksatlarının bu yolda olmasına bağlı değildir. Çok defa mülkiyetin varlığına inanan tarafların gerçek maksatları satış (mülkiyetin de devri) olsa ve resmî şekle riayetsizlik yüzünden satım akdi bâtil bulunsa dahi, bu anlaşma şekil şartı aranmayan zilyedliğin devri taahhüdüne *tahvil* edilerek muteber sayılabilir.

305) İçtihadî birleştirme kararları, 948, S. 242 v. d.

306) Pfister, S. 130; Gloor, S. 112.

Doğru bir görüşe varabilmek için fevkalâde iktisabî müruru zaman müessesesinin geçirdiği istihaleye bakmak, EGB. § 927 hükümlerile karşılaştırmak ve kabul edilecek esasın doğuracağı neticeler de kanunun diğer prensiplerini mahfuz tutacak şekilde tatminkâr bulunmak lâzımdır.

Yukarıda arzedilen bütün fikirlerin üzerinde birleştikleri nokta, fevkalâde iktisabî müruru zamanın doğrudan doğruya mülkiyet iktisabını temin etmeyeceğidir; iktisabî müruru zamana zamimeten ya itiraz süresinin de geçmesine, ya mahkeme hükmüne veya tescile ihtiyaç vardır. 1) deki telâkki, fevkalâde müruru zamanla mülkiyet iktisabının tescil anına kadar gerçekleşemediğini iddia ile mülkiyet iktisabının mümkün olabileceği bir çok safhaları gözden kaçırarak bunu en ileriye atmıştır. Mülkiyet iktisabı bakımından mahkeme ilâmındaki izharî veya ihdasî kudreti ihmale herhalde imkân yoktur³⁰⁷. İsviçrede de hakim olan fikre göre, fevkalâde iktisabî müruru zamanın bir tescilsiz iktisap yolu olduğunda şüphe yoktur. İsviçre Federal Mahkemesinin yeni içtihadındaki iddiası hilâfına³⁰⁸, tescilsiz iktisap yollarını tâdat eden ZGB. 656, II (MK. 633, 2) de fevkalâde iktisabî müruru zamanın sayılmamış olması da, fevkalâde müruru zamanla iktisabın tescil anında vukubulacağını ispata yetmez; çünkü bu hüküm tahdidî olmayıp tescilsiz iktisap halleri bu fıkrada sayılanlardan ibaret değildir³⁰⁹. Konuya yakın bir misal: fevkalâde iktisabî müruru zamandan iki madde önce gelen ZGB. 659 - TMK. 636 daki yeni teşekkül eden arazinin tescilsiz Devletin (kantonun) özel mülkiyetine girmesi hali de bu hükümde sayılmış değildir³¹⁰.

2) ve 3) altında arzedilen telâkkilere göre, fevkalâde iktisabî müruru zaman zilyedi mahkemeden mülkiyetin kendisine tevcih ve tafviz edilmesini istemek hakkını kazanır ve mahkeme kararı mülkiyet hakkını ihdasî olarak doğurur. Filhakika ZGB. nin ilk tasarısında fevkalâde iktisabî müruru zamana dair olan m. 665 bu yolda bir hüküm ihtiva ediyordu: «... bu takdirde iktisabî müruru zamandan dolayı kendisine mahkemece mülkiyetin tevcih edilmesini isteyebilir.» Lâkin tasarıdan bu hüküm çıkarılmış olup artık mülkiyetin mahkeme kararile tevcih ve tafvizi bahis konusu değildir. Bu değişikliğe ve kanunda mahkeme kararına göstereceğimiz başka bir fonksiyon verilmiş olmasına rağmen, nasıl olup da maddenin hâlâ eskisi gibi durduğunu farz ederek mülkiyetin mahkeme kararile tevcihi neticesine varıldığını anlamak güçtür. Yapılan

307) Bk. İ. Gülümser, Sosy. HİM., sayı 25, S. 74.

308) J. d. T., 1951, S. 69.

309) Wieland, 656, 2 e; Leemann, 656, N. 15 v. d.; Gloor, S. 16; Haab, 656, N. 35

310) Diğer misaller için not 309 daki müelliflere bk.

değişiklik, mahkeme ilâmları için MK. 633, 2 ile kabul edilen mülkiyet bahş edici kudreti burada redde hamlolunamayacağına göre, bununla mülkiyet iktisabının daha sonraki tescil safhasında değil, fakat daha önceki bir safhada meydana geleceği kabul edilmiş demektir.

Fevkalâde iktisabî müruru zamanda mülkiyetin sukut ve iktisabını mahkeme kararına veya 4) de olduğu gibi itiraz süresinin geçmesine bağlı saymak, ZGB. 662'deki itiraz süresini Cermen hukuku ve BGB. § 927'deki ilân muamelesi ve süresi mahiyetinde görmekten ileri gelmektedir³¹¹. Filhakika BGB. § 927, I e göre 30 senedenberi başkasının malik sıfatile zilyedliğinde bulunan bir gayrimenkul malikinın mülkiyeti *ilân muamelesi yoluyla* ıskat edilebilir³¹². Alman Hukuk Usul K. § 981 e göre, ilânda şimdiki malik hakkını engeç ilân süresi sonuna kadar *bildirmeye* davet edilerek aksi halde ıskatının vuku bulacağı beyan olunur. Mahkeme bir ilân süresi tayin ve ıskat neticesi tehdidi ile mülkiyeti bildirmeye alenen davet eder. Hiç kimse mülkiyetini bildirmezse ıskata karar verilir. Mülkiyetini bildiren olursa, bildirilen hakkın ıskat kararında mahfuz tutulması halinde ıskat neticesi bildirene tesir etmez; eğer bu şahıs gerçek malik ise ıskat kararı maddî hukuk bakımından hükümsüzdür³¹³. Görülüyor ki BGB. ye göre ancak ilân muamelesi sonundaki *mahkeme kararile* mülkiyet hakkı ıskat olunabilir (ortadan kaldırılabilir)³¹⁴; bu ana kadar mülkiyet hakkı devam eden malik, mülkiyetini bildirerek ıskatı önleyebilir ve mülkiyet hakkını muhafaza edebilir. Mülkiyetin bildirilmesinin ıskat kararını önlemeye yetmesi, 30 senelik malik sıfatile zilyedliğe rağmen malikin mülkiyet hakkını hâlâ muhafaza etmesinin bir neticesidir.

İşte 4) altındaki Federal Mahkeme kararının ve İsviçreli müelliflerin de ZGB. 662 ye böyle bir mahiyet izafe eylediklerini görüyoruz. Federal Mahkemenin sözügeçen kararına göre sicil dışı iktisabî müruru zaman, ZGB. 662 ye göre ancak 30 sene sonra ve gerçek malik ıskat muamelesin-

311) Bk. yukarıda § 1, II, IV.

312) İskat kararını alan kimse bununla mülkiyeti iktisap etmiş olmaz. Bu kararlar gayrimenkul evveleminde sahihsiz hale gelir (Glerke, II, S. 460; Staudinger-Kober, § 927, N. 4; Wolff, § 62, II; Planck/Brodmann-Strecker, § 927, 4 a.) ve kararı alan, gayrimenkulü tescille *ıskal hakkını* kazanır. Mülkiyet iktisabı ise ancak tescil ile olur: BGB. § 927, II. Yalnız, Glerke'ye göre, tapu sicilinde kayıtlı olmayan gayrimenkullerde zilyed, ıskat kararının verilmesiyle mülkiyet iktisap eder. (Glerke, II, § 127, not 73.). Görülüyor ki burada mülkiyet, *ıskal yoluyla* iktisap edilmektedir. (BGB. § 928, II'deki prensibe göre Hazineye hasredilmiş bulunan ıskal yoluyla mülkiyet iktisabı için de tescil şarttır.)

313) Wolff, § 62, II; Staudinger-Kober, § 927, N. 3/4; Biermann, § 927, 2; Planck/Brodmann-Strecker, § 927, 5 b.

314) Glerke, II, S. 460; Wolff, I. c.; Staudinger-Kober, § 927, N. 4.

de kendini bildirmedeği takdirde mülkiyeti temin eder. İsviçreli müellifler de bu yolda bir telâkkiye müdafaa eylemişlerdir: Roma hukukunun iktibasî neticesinde iktisabî müruru zaman, Cermen hukukundaki *Verschweigung* (*rechte Gewere*) (susma ile haklı *Gewere*'nin doğumu) müessesesine galip gelmekle beraber bu *Verschweigung* fikrini tamamen bertaraf edememiştir. Tapu sicilinin yanında veya dışında cereyan eden fevkalâde iktisabî müruru zamanda müruru zamanla iktisap eden ancak bir ilân muamelesinin icrasından sonra hakim kararına dayanarak tescil olunabilir. Buna göre, sicil dışı iktisap zamanlaşımının bu tanzim tarzında kanun, Romanın iktisabî müruru zaman hukukunu Cermen hukukunun *Verschweigung* fikri ile terkip etmiştir³¹⁵. 30 senelik zilyedlik ve ilân muamelesindeki *Verschweigung* yani resmî davete rağmen susup kendini bildirmemek, hakkın sukut ve iktisabını mucip olur³¹⁶. Gerçek haksahibini, hakkını kaybetmeden önce imkân nisbetinde tahkike matuf cehitte, kanun tapu sicilinin durumu ve uzun müddet nizasız fasılasız zilyedlik şartlarıyla iktifa etmemiş, bundan başka *BGB. § 927 ye uygun olarak* bir ıskat muamelesi derpiş eylemiştir. Buna göre, iktisabî müruru zamandan faydalanan, iktisabî müruru zaman süresinin cereyanından sonra hâkime ilân muamelesinin icrası için bir istida verecektir³¹⁷. Mahkemenin tescil kararı, ancak hususî bir ilân ve ıskat muamelesinde gerçek malik kendini bildirmedeği (meydana çıkmadığı) takdirde verilebilir³¹⁸. İcra edilecek ilân muamelesi, gerçek malike hakkını kaybetmeden önce bir kere daha ileri sürmek fırsat ve imkânını verir. Bunu yapmadığı takdirde zilyed, bu hakkı iktisap eder³¹⁹.

Kanaatimce, ZGB. 662 ye göre eski malikin meydana çıkması ve mülkiyet hakkını bildirmesi, tescil kararını önlemeğe kâfi değildir. Malik ancak «*itiraz*» da bulunabilir, yani iktisabî müruru zaman unsurlarının mevcut olmadığını ileri sürebilir. Bu unsurlar tamamlanmışsa, mülkiyetini bildirmesi tescil kararı verilmesine manî teşkil etmez. Tescil kararına ancak «*itiraz*» ı manî sayan ZGB. 662, III ün tek ve açık mânası budur. Görülüyor ki itiraz süresinde İsviçre Medenî Kanununun erdiği kendine has tanzim tarzı, tamamen Cermen Hukuku ve *BGB. § 927* deki (*Verschweigung*) hükümlere irca ve bunlarla izah olunamaz.

Madem ki itiraz süresinin ilânı üzerine malikin meydana çıkması ve mülkiyetini bildirmesi tescil kararını önlemeğe yetmiyor, öyleyse itiraz

315) Haab, 661/663, N. 1, S. 271/272, N. 3.

316) Pfister, S. 130, 132; Haab, 661/663, N. 23.

317) Haab, 661/663, N. 22.

318) Tuor, S. 490.

319) Pfister, S. 85.

süresinden daha önce müruru zamanla iktisap neticesinde mülkiyet hakkı sukut etmiş demektir. Yoksa, mülkiyet hakkının iktisap ve sukutunu temin eden, ilân edilen itiraz süresinin de geçmesi değildir. İtiraz süresi içinde ortaya çıkarak kendini bildiren ve mülkiyet talebinde bulunan eski malike müruru zamanla iktisap edenin karşı durabilmesi, eski malikin gayrimenkulü geri alamaması ve müruru zamanla iktisap eden adına tescil kararını önleyememesi, mülkiyet değişikliğinden başka suretle izah edilemez. Bunlar, eski malikin mülkiyetinin fevkalâde müruru zamanla iktisap yoluyla sukut ettiğini gösteren tabîi ve kat'î netice ve işaretlerdir³²⁰. Eski malikin tescil kararını önlemek için ancak iktisabî müruru zaman unsurlarının eksikliği itirazında bulunabileceğini kabul eden İsviçre MK. nun bu mühim hususiyetini tesbite muvaffak olan İsviçreli müellifler³²¹ de, mülkiyetin sukut ve iktisabını iktisabî müruru zaman süresinden sonraki mahkeme kararı veya tescile bağlamakla tenakuza düşmüşlerdir.

Arzedilen hükümler, BGB. den farklı olarak, ilân edilen itiraz süresinin mülkiyet hakkını sukut ve iktisap ettirici bir fonksiyonu olmadığını göstermektedir. İtiraz süresinin faydasız geçmiş olması, fevkalâde müruru zamanla mülkiyet iktisabının bir unsuru, şartı, cüz'ü sayılamaz. İtiraz süresinin ilânına rağmen, müruru zamanla mülkiyet iktisabı ve sukutu objektif bakımdan ya vukubulmuş veya vukubulmamıştır. Fevkalâde müruru zaman süresi bütün unsurlarile tamamlanmış olduğu takdirde mülkiyet değişikliği meydana gelmiştir; bilâkis iktisabî müruru zaman unsurları eksik idiyse, mülkiyet iktisap olunamamış ve binnetice sukut da etmemiştir. İtiraz süresinin ilânıyla İsviçre Medenî Kanunu, 30 sene susmuş ve hareketsiz kalmış olan eski malike — sanıldığı gibi — son bir kere daha hakkını dermeyanla muhafaza imkânı vermek istemiş ve böylece itiraz süresinde de mülkiyetinin devamını kabul etmiş değildir. İtiraz süresinin ilânı, hakikatte başka bir fonksiyonu haizdir: bundan

320) Malikin daha ilân süresinde ancak iktisabî müruru zamana itiraz edebilip mülkiyet ihbar ve talebinde bulunamamasına rağmen, mülkiyetinin sukut etmeyip devamının mümkün olduğu heri sürülebilirse de bu, müruru zamanla talep ve dâva imkânını kaybeden, İsviçre MK. na yabancı bir mülkiyet mefhumu ortaya çıkaracağından kabul edilemez. Yukarıdaki 3) üncü nazariye, ancak ilân süresinin bitiminden sonra mülkiyet talep eden malike karşı susma neticesi taleplerini kaybettiği müdafaa yapılabileceğini, 2) nci nazariye de bizzat mülkiyet hakkını kaybettiğini kabul etmiş, fakat her ikisi de mülkiyet iktisabını ayırarak mahkeme kararına bağlamışlardır.

321) Leemann, 662, N. 20; Gloor, S. 113/114; Curti-Forrer, 662, N. 16; Rossel, No. 1241; keza: Belgesay, 639, 3.

maksat, hakkı iktisabî müruru zamana maruz kaldığı iddia edilen malikin, icabında iktisabî müruru zaman unsurlarının bulunmadığını itiraz olarak ortaya koyup hakkını müdafaa ve muhafaza imkânını vermek, bu suretle aynı zamanda müruru zamanla mülkiyet iktisabının gerçekleşip gerçekleşmediğinin de sihatli bir usulle tahkikini temin eylemektir. Görülüyor ki mahkemece itiraz süresi tayin ve ilânı, hakkın doğum ve kaybına müessir olmayıp, hakkı müdafaayı ve sihatli tahkikatı sağlayan bir tedbir ve muameledir. Mülkiyetin iktisap edilip edilmediğini tahkik, tesbit ve izhara matuf olan ne bu tedbir ve muamelenin, ne de mahkeme kararının müruru zamanla mülkiyet iktisabı *vakıası* üzerinde bir tesiri yoktur. Ancak mahkeme kararına esas teşkil eden tahkikat, bu *usule* riayetle yapılmak icab eder. «Bununla beraber, tescil ancak resmen ilânla tayin edilen süre içinde hiçbir itiraz yapılmadığı veya yapılan itiraz reddedildiği takdirde hâkimin kararı üzerine yapılabilir.» (ZGB. 662, III.) Bu hükümden bizim anladığımıza göre, ilân edilen itiraz süresinin netice vermeden geçmesi, müruru zamanla mülkiyet iktisabının şart ve unsuru olmayıp, ancak itiraz süresi tayin ve ilânı, tahkikatta riyeti gereken bir usul ve tedbir ve bu sürenin faydasız geçmesi de mahkeme kararının mukaddem şartıdır.

ZGB. 665, II - TMK. 642, II ye göre diğer tescilsiz iktisap yollarında müktesip doğrudan doğruya kendisi tescil muamelesini yaptırabilir. Müruru zamanla tescilsiz iktisapta ise — ki 4) altındaki telâkki de itiraz süresi sonunda tescilsiz iktisabı kabul eder — bu kaidenin tatbiki, tatminkâr bir şey olmayacaktı. Çünkü tapu sicil memuru idarî bir organ olduğundan, iktisabî müruru zaman şart ve unsurlarının varlığını mufassalan tahkik etmesi, onun görevini aşar ve tapu sicil organlarına ancak mahdut bir tahkik görevi vermek temayülü icabı, bu bir hakim işi olarak görünür³²². Bundan dolayı ZGB. 662, III, zikredilen kaideden ayrılarak tescil için mahkeme kararını, mahkeme kararı için de ilânen tahkik usulüne riyeti şart koşturmuştur. ZGB. 662, I veya II de sayılan şartlara binaen müruru zamanla doğrudan doğruya mülkiyet iktisap etmek değil, fakat sadece doğrudan doğruya tapudan tescilli talebe salâhiyetli olmak mahzur-ü görülebilir. Bundan dolayı, ilân usulüne riayet mahkeme kararının, mahkeme kararı da tescilin şartıdır. İşte ZGB. 662, III hükmünün mahiyeti ve söyledikleri de bundan ibarettir; yoksa ne ilân edilen itiraz süresinin geçmesi, ne de mahkeme kararı mülkiyetin sukut ve iktisabının şartı değildir. BGB. § 927 nin esasını teşkil eden ve daha ilk cümlesinde

322) Erl. II, S. 83/84; Gloor, S. 113; Pfister, S. 132; P. Wespí; Die Beschwerde in Grundbuchsachen, Diss. Zürich, 1937, S. 31 v. d., bilhassa 36, 41/42.

açıkça yer alan «ilân muamelesi yoluyla mülkiyet hakkının ıskatı» ve «ıskat hükmü» ne dair ZGB. 662 de hiç bir işaret bulunmadığı gibi, üstelik kanunun kenar başlıklarında fevkalâde iktisabî müruru zamanın bir «müruru zamanla iktisap» müessesesi ve «gayrimenkul mülkiyetinin iktisabı yollarından biri» olduğu belirtilmiştir. Eğer ilân muamelesinin rolü mülkiyet hakkının ıskatını temin olsaydı mülkiyetin iktisabî müruru zamana değil, fakat BGB. § 927 deki gibi sahipsiz hale getirilen gayrimenkulün *ihrazına* dayanacaktı³²³ ve kanun da matlâbında bir «iktisabî müruru zaman» dan bahsedemeyecekti; ZGB. 662, III e, yani ikinci plâna atılmış olan ilân muamelesi, hükmün merkezi sıkletini teşkil eder ve ehemmiyetle mütenasip olur surette başa alınmak ve matlâbda da iktisabî müruru zamandan değil, «ilân muamelesile mülkiyetin ıskatı» ndan bahsedilmek icab edecekti. Bütün bunlara rağmen, ZGB. 662, III deki itiraz süresinin ilânını BGB. § 927 deki hakkı düşüren ilân muamelesi mânasından anlamak, İsviçre Medenî Kanununun söylemek istediklerini hiç nazarı itibare almamaktır. Böyle bir tefsir tarzı, ZGB. 662 nin arzetmeğe çalıştığımız hususî bünyesini izahtan uzaktır. İtiraz süresinin ilânı muamelesinin mecburî mahiyetini kaybettiği Türk hukukunda³²⁴ mülkiyetin sukut ve iktisabını bu sürenin geçmesine bağlamak, hâdisesine göre mülkiyetin iktisap anını değiştireceği için evleviyetle tecviz ve tergib edilemez.

İktisabî müruru zaman süresi sonunda mülkiyet iktisabını kabul etmeyerek bunu ya ilân edilen itiraz süresinin geçmesine veya mahkeme kararına yahut da tescile bağlayan telâkkiler, doğuracakları neticeleri itibarile de bizi tatmin etmemiştir. Herşeyi yukarıki muamelelerden birine bağlı sayarak bunlar yapılmadıkça memleketimizin yarısından çoğu tapuda kayıtlı olmayan fertlerin tasarrufundaki gayrimenkullerde iktisabî müruru zaman süresini bizzat veya halefiyetle doldurmuş olan mutasarrıfların durumunun sadece zilyedlikten ibaret sayılması, bunları gereken hukukî himaye ve emniyetten mahrum eylemektedir. Çünkü bütün şartlarile iktisabî müruru zaman süresi boyunca tapusuz gayrimenkulleri tasarruflarında bulundurmuş olanlar zilyedliklerinin ihlâli (gasb veya tecavüz) halinde, ihlâli ve faili öğrenince derhal ve herhalde ihlâlden itibaren 1 yıl içinde dâva açmazlarsa dâvaları dinlenmeyecektir³²⁵. Görülüyor ki, bu telâkkilere göre esas itibarile memleketimizde

323) Bk. yukarıda not 312.

324) Bk. yukarıda I.

325) Fevkalâde müruru zaman süresi sonunda mülkiyet iktisabını kabul etmeyen Yargıtayın HGK. ve S. Tuncer, iktisabî müruru zamanı tamamlayan zilyedin tescil dâvasının zilyedliğin bitiminden itibaren BK. 125 deki on yıllık umumî dâva müruru zamanına tâbi olduğunu beyan ederler. (S. Tuncer, Ad. D. 953, S. 715 ve

büyük çoğunluğu teşkil eden tapusuz gayrimenkul mutasarrıflarının gayrimenkullerile ilişiği pamuk ipliğile bağlıdır ve bir iktisabı müruru zaman müessesesile güdülen uzun yıllar boyunca zilyedliği devam etmiş olanların bu durumunu himaye ve takviye gayesi de gereği gibi gerçekleşmekten uzak kalmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yeni bir içtihadile, fevkalâde iktisabı müruru zaman süresini tamamlayan kimsenin yalnız zilyedliğe dayanarak değil, fakat MK. 618 uyarınca müdahelenin men'ini isteyebileceğini söyleyerek, gayrimenkulü *iktisap* etmiş olduğunu kabul cylemiştir. 5. HD. nin MK. 618 e göre müdahelenin men'ini ancak malik isteyebilip tapuda kayıtlı olmayan bu yerde zilyed durumunda bulunan dâvacının isteyemeyeceği gibi olayda zilyedliğine de tecavüz bulunmadığı gerekçelerile bozduğu hükmü HGK.: «tapuda kayıtlı bulunmayan ve MK. 639 şartları dairesinde zamanaşımı sebebe *iktisap* olunan gayrimenkule fuzulî müdahalelerin MK. 618 uyarınca önlenmesi istenebileceğinden dolayı» onamıştır^{326, 327}.

oradaki HGK. 21.2.951 gün, 1/97-35; 31 sayılı karar.) Fikrimizce, bu telâkkiye göre fevkalâde müruru zamanla sabit olan hak nisbi olup sadece malike karşı ileri sürülebileceğinden iktisabı müruru zamanı tamamlayan zilyed, zilyedliğini ihlâl eden üçüncü şahıslara karşı MK. 897'deki kısa süreler içinde zilyedliğin korunması dâvası açmazsa hâkim kararı veya tescil ile mülkiyet iktisap etmedikçe himayesiz kalacaktır; kezalık, müruru zamanı tamamlayanın tescil talebi veren nisbi hakkını bilmek suiniyet sayılamayacağından vaki müruru zamanı bilerek tapusuz malikten veya müseccel malikin mirasçılarında iktisapta bulunan üçüncü şahıslardan da gayrimenkulü geri alamayacaktır. S. Tuncer ise, aksi fikirde görünmektedir. (a. g. yazı, S. 715, 714).

326) HGK. 23.1.952, 5-58-3/18, II. H., 952, S. 1434. Bunun gibi: Son içt. 953, S. 1445/1446.

327) Ahiren bu tezin basımı esnasında yayınlanan makalesinde sayın Doç. Dr. Jale Güral, İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıda II, 4)deki kararına ve Haab, Homberger gibi müelliflere dayanarak ve ayrıca fevkalâde iktisabı müruru zamanı bir bakıma isgal mahiyetinde görüp MK. 633, c. 2 de tescilsiz iktisap yolu diye tasrih olunan isgal mefhumu içine ithale çalışarak fevkalâde müruru zamanla 20 sene sonunda kanun icabı mülkiyetin iktisap edildiğini kabul etmektedir. (Güral, Türk hukukunda tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerin hukuki rejimi ve MK. 639/I, Ankara HFD, 1952, sayı 3/4, S. 82/83, 94/95.) Fakat yukarıda II, 4) altında arzettiğimiz üzere, bu kararında Federal Mahkeme ve Haab ve Homberger, sanıldığı gibi fevkalâde müruru zaman süresi sonunda değil, fakat bundan başka neticesiz kalan itiraz süresinin ilân muamelesi sonunda mülkiyet hakkının sukut ve iktisabının vukubulacağı fikrini müdafaa etmişlerdir. Haab'dan tercüme edilen «Müddetin hitamile mülkiyet iktisap edilmiş olur, ilân ve sair merasim bir formaliteden ibarettir.» yolundaki cümle (Güral, a. g. yazı, not 51) Haab'ın hiç bir yerinde mevcut değildir. Bilâkis, aynen: «Halbuki Pfister tarafından müdafaa ve BGE. 50, II, S. 122 de ifade edilen 30 senelik zilyedlik ve ilân muamelesindeki sukûtun hak iktisap ve hak kaybını doğurduğu ve böylece hakimin kararının sadece izhari mâna ifade ettiği yolundaki telâkki daha mâkul görünür.» demektedir. (Haab, 661/663, N. 23.) Aşağıda not 330 a ve § 2 de not 58 e de bk.

Bundan başka, iktisabî müruru zaman süresini bütün şartlarla tamamlamış bir kimsenin hiçbir şekle tâbi olmadan yapacağı gayrimenkulünü ferağ taahhüdüne ilzam edici kuvvet tanınarak teslim mecbur olması da müruru zamanla iktisap edeni, mülkiyetin devri hakkında bilhassa fariği koruyucu şekil hükümlerinin himayesinden mahrum bırakacaktır³²⁸. Nitekim, iktisabî müruru zaman süresinin tamamlanmasına rağmen henüz tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulün ferağını zilyedliğin devri taahhüdü olarak muteber telâkki eden sayın Postacıoğlu dahi son defa böyle bir netice veren hal suretinin pratik kıymetinin münakaşa olunabileceğini söyleyerek, yüksek satış kıymetini haiz ve iktisaden tapu sicilinde kayıtlı olanlara pekalâ benzetilebilen tapusuz gayrimenkullerde de âkitleri resmî şeklin düşündürerek himayesinden mahrum bırakmanın garabetini beyan etmişlerdir³²⁹. Bunun gibi, Bay E. S. Erman: «MK. 639 uyarınca tæssüs etmiş mülkiyet hakkını henüz tapu kütüğüne geçirilmedi diye farklı muameleye tâbi tutmak... mevzuatımıza uygun düşmemektedir.» mütaleasındadır³³⁰. Bay E. Özkunt ta: «Yargıtayın şu

328) Fevkalâde iktisabî müruru zaman süresi sonunda doğrudan doğruya mülkiyet iktisabını kabul etmeyen telâkkiler doğru sayılsa bile, fertler uhdesindeki tapuda kayıtlı olmayan bütün gayrimenkullerde hukuki durumun zilyedlikten ibaret olduğu ve binnetice ferağlarında resmî şekle ihtiyac bulunmadığı söylenemez: Mecelle'ye göre bey' akdi icab ve kabul ile şekle tâbi olmadan muteberdi ve gayrimenkul mülkiyetini de gecirirdi. (Bk. § 13, IV, 1-2.) İste evvelki hukuk devrinde böyle bir akde binaen iktisap olunan gayrimenkul mülkiyeti, Tatb. K. 18, I e göre tescil edilmiş olmamakla beraber mahfuz kalır. Nitekim Mutzner, maddenin mehazını şerh ederken tam bu hâdiseye şöyle temas eder: «Evvelki kanunlara göre gayrimenkul mülkiyeti sadece akitle muteber surette ferağ olunabiliyor idise, eski hukuk nizamı devrinde malik olan kimse, tapu sicilinde tescil edilmiş olmasa bile, bundan sonra da malik olarak tanınır.» (Mutzner, 17, N. 23.) Buna göre, tescilsiz mahfuz kalan mülkiyetin devri vaadi ve devri, yeni hukukun mer'iyetinden itibaren resmî şekil ve tescille lüzum gösterir. (Mutzner, 17, N. 42.) Bu kabil tapusuz gayrimenkullerden başka, yeni hukukun yürürlüğünde tescilsiz iktisap yollarından bilhassa işgal ve ihya ile mülkiyeti iktisap olunan tapuda kayıtsız gayrimenkullerin de devri resmî şekil ve tescille tâbidir. (Bk. I. Gülümser, Sosy. HİM. sayı 26, S. 73/74, III, V.) Haab da gayrimenkul mülkiyetinin nakline matuf akitlelerdeki resmî şekil mecburiyetinin tatbikinde gayrimenkulün kıymet ve büyüklüğüne bakılmayacağı gibi akdin in'ikadı zamanında tapuya kayd edilmiş veya edilmemiş olmasına da bakılmayacağını tasrih etmektedir. (Haab, 657, N. 3.) Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkul ferağını zilyedliğin devrinden ibaret sayan yukarıda incelenmiş 9.10.946 gün, 12 sayılı uzun içt. bir. kar. nda bu noktalar gereği gibi açıklanmış değildir.

329) Postacıoğlu, La forme du contrat de vente de l'immeuble non inscrit au Registre Foncier, (Annales de la faculté de droit d'Istanbul, No. 1, 1951 de içtihat notu, S. 201.).

330) E. S. Erman, Ad. D. 1947, S. 89; bununla beraber, bu fikirlerinin fevkalâde müruru zamanla mülkiyet iktisabını, MK. 633, II ve 635'e göre tescilsiz başka

veya bu gerekçe ile zilyedlik müessesesini gayrimenkul mülkiyeti aleyhine genişletmek yolundaki temayülü, fertleri hukukî münasebetlerinde tereddüte uğratmış ve bir müphemiyet içinde bırakmıştır.» demektedir³³¹. Yargıtay da sonradan verdiği kararlarile tapusuz gayrimenkullerin haricen satışının muteber olması için zilyedliğin devrinin şart olduğunu kabul etmiştir: «*Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkulün âdi şekilde satışı hüküm ifade edebilmesi için teslim ile o gayrimenkul üzerindeki zilyedliğin dahi devir ve nakil olunması gerektiğine ve olayda dâvacı yalnız bir sene önce yapılan satış akdinden bahsetmesine ve zilyedliğin devri ve gayrimenkulün teslimi hakkında tanık gösterilmemiş olmasına göre bu hususlarda taraflardan izahat alınmak ve anlaşmazlık halinde keyfiyet dâvacıya ispat ettirilmek lâzımgelirken bunda zuhul edilerek ve satış akdinin muteber bulunduğundan bahisle yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz görüldüğünden hükmün bozulmasına»³³². Esasen sözü geçen 9.10.946 gün, 12 sayılı içt. bir. kararında, tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkulünü bir kimsenin satıp teslim etmiş olması hali ve bu halde bu kimsenin sonradan satışın muteber olmadığını ileri sürerek gayrimenkulü geri alamıyacağı hususu incelenmişti ve bundan dolayı, haricen satış muteber sayılmakla beraber, fariğin şekilsiz devir taahhüdü ile ilzam ve teslim icbar edilmesinde şekil hükümlerinin himayesinden mahrum kaldığı pek göze çarpmıyordu. Yüksek Mahkemenin bu yoldaki içtihatlarla, tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkulün haricen satışının yani şekilsiz devir taahhüdünün muteber sayılması neticesine karşı fariği himaye ihtiyacını hissettiği ve akdin sıhhatini teslim bağladığı anlaşılıyor. Ancak, kanaatimce, buna rağmen bu içtihat meselenin hukukî bir*

bir mülkiyet iktisap yolu olan «işgal» müessesesile karıştırmaktan ileri geldiği, yukarıkilerin gerekçesi olan, şu sözlerinden anlaşılmaktadır: «*İşgal ve tasarrufu belirli şartlar içinde ve iktisabî müruru zamanı doldurur derecede devam etmekte olan kişi, aslen zilyedi bulunduğu malı sırf bu sebeple temellük etmiş sayılır. MK. 633 ve 635 uyarınca tapuya tescilden evvel dahi malik sıfatını kazanır. Binaenaleyh, MK. 639 uyarınca teessüs etmiş mülkiyet hakkı...*» (Ad. D. 947, S. 89.) Yukarıda not 327 de zikredilen Gural'da da böyledir.

331) E. Özkunt, Tapusuz gayrimenkullerin taksimi, Ad. D. 1930, S. 490.

332) 5 HD. 10.4.950, 1709-1348, Ad. D. yıl 41, S. 1404; Yargıtay 5 HD. r'nin henüz yayınlanmamış olup İst. Mukayeseli Hukuk Enstitüsü İctihatlar Arşivindeki araştırmalarımız esnasında elde ettiğimiz şu kararlarında da tapusuz gayrimenkullerin satışının muteber olabilmesi için zilyedliğin devrinin şart olduğu, zilyedik devredilmiş olmadıkça alıcının teslimi isteyemeyeceği ve satıcının teslim icbar olunamayacağı kabul edilmektedir: 7.11.950, 4242-3732, Arşiv No. 39; 10.11.950, 3658-3774, Arşiv No. 66; 30.11.950, 4736-4208, Arşiv No. 201. Sonradan yayınlanan şu kararlar da aynı mealdedir: Son İct. 953, S. 1699; Ad. D. 953, S. 151.

izahını yapmış olmaktan uzaktır: Bir kere, henüz iktisabî müruru zaman süresi dolmamış gayrimenkullerdeki hukukî durum zilyedlik olduğundan bunların satış veya hibesi kanunen gayrimenkullerde de şekli mahsusa bağlanmamış olan sadece zilyedliğin devri vaadi olarak muteberdir; bu hususî ve isimsiz *akdîn* ilzam edici kuvvetini inkâr etmek ve işi — Roma hukukundaki mânasile — aynı akit izahına bağlamak, borçlar hukuku prensiplerine aykırıdır. İktisabî müruru zaman süresi tamamlanmış gayrimenkullere gelince, bunlarda henüz mülkiyetin iktisab edildiği kabul edilmezse, yine sözügeçen akdîn bağlayıcılığı neticesine bizzarur düşülecek ve zilyedliğin devretmemiş olan fariğ de teslim icbar olunabilecektir. Ancak müruru zamanla mülkiyetin iktisabı kabul edilmek suretileidir ki fariğ mülkiyetin devrine matuf akdîn tâbi olduğu şekil hükümlerinin himayesinden faydalanabilir ve şekilsiz akde binaen teslim icbar tehlikesinden kurtulabilir. Lâkin mülkiyet iktisabının vukuu kabul edildiği takdirde mülkiyetin devri vaadi yani satış veya hibenin muteber olması için mutlaka tapuda resmî şekle ihtiyaç vardır; yoksa bâtil olan haricî satışa binaen gayrimenkulün teslimi ile muteber olmaz. Çünkü Türk hukukunda ifa şekil noksanını tashih etmediği gibi³³³, gayrimenkulü teslimle fariğ zilyedliğin devri borcunu yerine getirebilirse de, tescil ile gerçekleşen mülkiyeti nakil borcunu ifa etmiş olmaz³³⁴. Görülüyor ki bu içtihadın kıymeti, tapusuz gayrimenkullerin şekle hacet görülmeyen ferağlarında fariği bir dereceye kadar himaye ihtiyacının teslim edildiğini ifade etmesidir; yoksa bununla hukukî bir izaha erişilmiş değildir. Fikrimizce, iktisabî müruru zamanı tamamlayan kimselerle herhangi alelâde zilyedler arasında himaye bakımından fark gözetmek, ihmal edilemez bir ihtiyaçtır ve karşılanması da müruru zamanla mülkiyet iktisabının kabulüne bağlıdır³³⁵.

333) Bk. § 6, not 357.

334) Bk. İ. Gulumser, İst. Baro Dergisi, Ağustos 1951, S. 455.

335) İc. İf. K. 94, II ye göre alacaklı, borçlusunun tescilsiz iktisabının tapuya tescilli muamelesini tapuda ve icabında mahkemede takip etmek ve yaptırabilmek için icra dairesinden yetki isteyebilir; «Dâva, İHK. 94 e göre tapuya kayıtsız gayrimenkulün borçlu adına tescilli isteminden ibaret olmasına ve 5519 sayılı K. gereğince tapuda kayıtsız gayrimenkuller yargıç kararıyla tapuya tescil olunacağına göre işbu dâvanın açılmasına icra dairesine yetki verildiğini gösterir belge aranarak ibrazı halinde dâvaya bakılmak gerekli iken... 5 HD. 24.11.1950, 4493 - 3888, İst. HFM. XVII, S. 920.». Belgesay, bu hükmü borçlusunun tescilsiz iktisap ettiği gayrimenkullerin satışı istenebilmek için MK. 633, II gereğince önce tapuya tescil yapılması zaruretile izah eder. (Belgesay, İcra İfâs Kanunu serhi, İst. 1948, No. 582, İst. 1950, S. 110 ve orada zikredilen Yargıtay kararı.) Halbuki İc. İf. K. daki mahcuz malları muhafaza tedbirlerinden olarak sayılan önce borçlu adına tescil, sicilde malik gibi görünen kimsenin gayrimenkulü hüsnüniyetli üçüncü şahıslara devri tehlikesini önler ve

IV. Fevkalâde müruru zamanla iktisap, makabline şamil olarak, yani müruru zamanla iktisap edilen mülkiyet daha müruru zamanın başında iktisap edilmiş farz edilerek hüküm doğurur. Kanunda tasrih

haczin, sicile şerhini mümkün kılarsa da cebri satış ve ihalenin yapılması için zaruri değildir. Çünkü sicil dışı müktesip yalnız tapuya tescil ile yapılabilen tasarrufları önce kendi mülkiyetini izhari tescil ettirmedikçe yapamaz; yoksa tasarruf muamelesinin tapu sicili dışında yapılabileceği hallerde önce sicil dışı malik adına izhari tescil yapılmadan da bu kabil tasarruflar mümkün bulunduğundan (Haab, 656, N. 33; Gloor, S. 17/18) fevkalâde müruru zamanla mülkiyeti iktisap edilen gayrimenkulün cebri icra yoluyla satışında icra memuru önce borçlu adına tescil yapılmadan ihale tasarrufunda bulunabilir. Lâkin İsviçre hukukunda icra dairesi ihale edillene mülkiyetin intikalini tapu dairesine ihbar ile birlikte sicil dışı malikin mukaddem tescilini de ister. (Leemann, 656, N. 28; Gloor, S. 28; Haab, 656, N. 62.) Bizde de, alacaklı gayrimenkulün tescilini yaptırmamışsa, bu hususta alacaklıya verebileceği izhari tescilli talep yetkisini icra dairesi kendisi kullanabilir. Fevkalâde müruru zaman sonunda mülkiyet iktisabını kabul etmeyen fikre göre, alacaklı borçlunun gayrimenkulde zilyedlikten ibaret olan hakkında cebri icra yoluyla devir ve tasarrufta bulunabilir. (Belgesay, Ist. HFM, XVII, S. 920.)

336) 20 sene sonunda mülkiyetin iktisap edildiğini kabul eden Gural, bu tefâkinin mantıklı ve zaruri neticesini ve asıl hizmet edeceğini beklediğimiz gayeyi ihmal ederek, tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerde zilyedlik ikinci bir nevi mülkiyete menkullerdeki gibi karine olduğundan zilyedliğin devriyle mülkiyetin nakledilebileceğini, yalnız mahdüt ayni hak tesis edilemeyeceğini, MK. 633, II'deki yasağın isgal müstesna gayrimenkul zaten tapuda kayıtlı bulunduğundan tapuya kaydını temin maksadıyla değil, harici satışları önlemek için konulduğunu, binaenaleyh MK. 633, I'e göre iktisap edilen tapusuz gayrimenkullere tatbik edilemeyeceğini ileri sürer. (Gural, adı geçen makale, S. 84 v. d., 94/95.) Halbuki sicil dışında iktisap edilmiş mülkiyet hakkı da tapulu gayrimenkullerdeki tescil edilmiş mülkiyet hakkından nevi mahiyeti itibarıyla başka bir mülkiyet hakkı değildir. ZGB'nin ilk projesinde sicil dışı müktesiplerin tescilden önceki hukuki durumu hakkında tereddüte mahal veren hükümler de değiştirildikten sonra bu husus ZGB, 656, II - TMK. 633, c. 2 ile açıkça ifade olunmuştur. (Kars. Erl. II, S. 80/81; Gloor, S. 13, 17.) Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerde de zilyedlik mülkiyet karinesi olamaz. MK. 905'in «tapuya kayıtlı olan gayrimenkullerde tescilden bahsetmesi tabii ve ancak tapuya kayıtlı gayrimenkullerdeki hakların tescil edilebileceğinden»dir; yoksa Gural'ın dayandığı Hirs'in zanni hükmüne bu ibareden tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerde başka bir şeyin mülkiyet karinesi olacağı çıkarılamayacağı gibi bu başka şeyin — karineliliğinin menkullere münhasır bulunduğu MK. 898 v. d. daki mükerrer sarîh tahditlerden anlaşılabilen — zilyedlik olacağı mânası da çıkarılamaz (Bk. Homberger, 937, N. 2.) MK. 642, II gereğince gayrimenkulün tapuya kaydını ve mülkiyetlerinin tescilini isteyen zilyedlerin sicil dışı iktisap sebebinin isbata mecbur olmaları, zilyediklerinin tescil gibi bir mülkiyet karinesi olmadığını gösterir; zilyedlik mülkiyet karinesi olsaydı, iktisap sebebinin ayrıca isbatı gerekmiyecekti. (Wieland'ın fikri için bk. yukarıda not 302). Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerdeki zilyedliğin sayanı himaye olması mülkiyete karine olması birbirine karıştırılmamalıdır. Tapusuz gayrimenkullerdeki zilyedlik mülkiyete karine olmadığı gibi, yine menkullerdekinden farklı olarak

edilmemekle beraber bu netice, iktisabî müruru zaman müessesesinin zilyedlikle açıklanan fi'li durum, hukukî görünüş ile gerçek hak arasındaki uygunluğun tesisine ve uzun seneler nizasız fasılasız malik sıfatıyla zilyedlik sonunda müruru zamanla iktisap eden kimseye kat'î, emin,

mülkiyet hakkını yeter derecede alenileştiremeyeceğinden dolayı tapu sicilli müessesesine lüzum görülmüştür; tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerde zilyedlik mülkiyeti alenileştirmeye yetseydi tapu sicilli müessesesine de hacet kalmazdı. Bu sebeplerden dolayı, sicil dışı gayrimenkulde mülkiyet hakkına karine olamayan ve bu hakkı alenileştiremeyen zilyedliğin devri, mülkiyetin nakline de yetmez. Tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkulde mahdut aynı hak tesisine yetmeyeceği teslim edilen zilyedliğin devrinin öte yandan mülkiyetin nakli için nasıl kâfi sayıldığı izah edilemez. MK. 633, II'deki yasağın hem tapuda kayıtsız gayrimenkullerin tapuya kaydına ve hakkın tesciline, hem de tapuda kayıtlı gayrimenkulde sicil dışı iktisapların tesciline müktesipleri dolayısıyla icbar maksadile konulduğunda hiç şüphe olmayıp hâricem satışları bu hüküm değil, MK. 634, I, BK. 213 ve Tapu K. 26 men eder. Binaenaleyh tapu sicilinde hiç kayıtlı olmayan bir gayrimenkulü iktisap edenin de gayrimenkul üzerinde tapu sicilinde tasarrufla bulunabilmesi için önce gayrimenkulü tapuya kayıt ve hakkını tescil ettirmesi lâzımdır. Bu izharî tescilden sonra da, mülkiyetin nakli ve mahdut aynı hak tesisi tapu sicilinde yapılması gereken başlıca tasarrufları teşkil ettiklerinden malikin yazılı beyanı üzerine müktesip adına ayrıca ihdasî bir tescille icrası MK. 633, I ve 929/930'a göre şarttır. (Wieland, 656, 7 b; Leemann, 656, N. 37; Gloor, S. 18, 23/25; Haab, 656, N. 33.) Görülüyor ki, kanun koyucu MK. 633, II'deki yasakla sicilin intizamı bakımından izharî tescillerin de yaptırılmasını temin için dolayısıyla bir tazyik mekanizması kurmak isterken, bu telâkki ile yalnız sözü geçen mekanizma değil, MK. 633, I ve 929/930'daki tescilin lüzumu prensibi de yıkılmaktadır. - Yargıtay daha ileri giderek tapusuz bir gayrimenkulü haksahibi olmayan zilyedinden hüsnüniyetle teslim alan üçüncü şahsın iktisabının da, emanet menkullere münhasır olan MK. 901'e kıyasen, hattâ tapusuz gayrimenkulleri «menkul hükmünde» sayarak, muteber olduğunu kabul etmiştir. «Tapuda kayıtlı olmayan evin maliki ödünç aldığı paraya mukabil evi muhafaza etmek üzere zilyedliğini alacaklıya devretmiş olduğu takdirde alacaklı evsahibinin emini bulunduğundan iyiniyet sahibi üçüncü şahsın zilyedliği bundan devr almak suretiyle iktisabî muteberdir. 1 HD. 2.11.951, 4702 - 7079, Ad. D. 953, S. 153 ve Tatbik, S. 144.»; «Dâva konusu gayrimenkullerin tapuda kaydı olmadığına göre menkul hükmünde bulunduğu cihetle MK. 901 göz önünde tutularak bu yerleri hüsnüniyetle zilyed olan sahibinden satın aldıkları tahakkuk ederse bu zilyedlikleri kabul edilmek, suiniyetle satın aldıkları tahakkuk ederse müdahalelerinin önlenmesine karar verilmek gerekli iken... 1 HD. 11.12.950, 3059 - 4778, Ad. D. 951, S. 762 ve Ad. D. 953, S. 154'de tekrar intisar.» Yargıtayın bu hal tarzını doğru bulanlar: Z. Akgün, Ad. D. 953, S. 153, 154; A. Yılmaz, Ad. D. 953, S. 476/477; aşağıda § 6, not 408 in sonu ile karşı. Halbuki bu hallerde gayrimenkul mülkiyetinin nakli resmi şekil ve tescil şartlarından mahrum bulunduğu tekevvün edemediği gibi (bk. yuk. not 328), gayrimenkullerde ancak tapu sicilindeki tescil ile açıklanan hukukî görünüşe itimad edenin hüsnüniyeti himayeye sayan olup (bk. aş. IV, 1 ve § 6, not 378) tapusuz gayrimenkullerde de mülkiyet karinesiyle bu hakkın kâfi aleniyet vasıtası olamayan zilyedliğe hüsnüniyetle itimadî himayeye de imkân yoktur.

müstakar ve sarsılmaz bir hukukî durum teminine matuf ruh ve gayesinden anlaşılır³³⁷. Bundan dolayı, fevkalâde müruru zamanla iktisap eden suiniyetli zilyed eski malike karşı MK. 908 gereğince mes'ul tutulacağı tazminat, semere ve Türk hukukunda ecri misil denilen kullanma menfaati karşılığı borçlarından kurtulur. Görülüyor ki Yargıtay 3 HD. nin fevkalâde müruru zamana binaen tescil kararı alan kimsenin de iktisabî müruru zaman zilyedliği suiniyetle vâki idiyse, tescil kararının makable şamil olmadığını ve ecri misil dediği kullanma karşılığı ödemekle mükellef bulunduğunu kabul eden 15.1.952 gün, 373/400 sayılı içtihadı yanlıştır³³⁸. Aksi halde fevkalâde müruru zamanla iktisap eden suiniyetli zilyede gayrimenkulün kıymetine eşit olabilen, belki de aşan on senelik ecrimislini ödetmek mümkün olacaktı. Sicil ve menkul müruru zamanlarla iktisap için hüsnüniyeti şart olan zilyed, MK. 906 ya göre bu borçlarla zaten mes'ul tutulamayacağından makable şümül, suiniyetli zilyed için de mümkün bulunan fevkalâde iktisabî müruru zamanda büyük pratik önem taşır.

Fevkalâde müruru zamanla mülkiyet iktisabı ile, gayrimenkulde evvelce tesis edilmiş bulunan mahdut aynî haklar sukut etmeyip devam ederler. Bu mutlak hakların sahibi, onları müruru zamanla mülkiyetin iktisabından önce evvelki malike, bundan sonra da müruru zamanla mülkiyet iktisap edene dermeyeran edebilir³³⁹. Burada bir tefrik yapmamız faydalıdır:

1) Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkullerde: Evvelki hukuk devrinde tescilsiz müesses olup Tatb. K. 18, 1 ve 22 ye göre mahfuz bulunan ve devam eden hakların durumu halledilmelidir. Fikrimizce, fevkalâde müruru zamanla mülkiyet iktisap eden, bu haklar hususunda hüsnüniyet sahibi olarak gayrimenkulü adına tescil ettirse bile, bu haklar kendisine karşı dermeyeran olunabilir; Tatb. K. nun zikredilen hükümlerine göre hüsnüniyeti korunmaz. Gerçi BGB. § 892 den farklı olarak, tapu siciline hüsnüniyetle güvenin korunması, hukukî muamele ile vâki iktisap hallerine münhasır değildir³⁴⁰. Lâkin ancak tapu siciline güvenen kimsenin

337) Karş. aşağıda § 9. not 538 de zikredilen İsviçreli müellifler; Planiol-Ripert, No. 3217; Collin-Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 1934, t. I, No. 879.

338) Bk. İ. Gülümser, İktisabî müruru zaman ve ecri misil, İst. Baro Dergisi, Mayıs 953, S. 263 v. d., ve ayrı bası.

339) Leemann, 662, N. 23; Staudinger - Kober, § 927, N. 6; Biermann, § 927, 3, § 928, 2; Wolff, § 62, III.

340) Ostertag, 973, N. 14; Homberger, 973, N. 8; Hegetschweller, S. 63; F. Jenny, S. 29 v. d.; karşı Wieland, 973/974, 5.

hüsnüniyeti korunur, yani hüsnüniyetin korunması için tapu sicilindeki tescillerin umumî güveni haiz olması, bunun için de bir kere gayrimenkulün tapu sicilinde kaydı bulunması lâzımdır³⁴¹. Burada ise umumun güvenmesine âmil olan tapu kaydı mevcut olmadığından hüsnüniyetin korunması için gereken bu şart eksiktir ve himayeye lüzum da yoktur. Tatb. K. 18, 1'deki takyid, tapu siciline umumî güvenin korunmasına dayandığı gibi, 22'nci maddesinin hakikî mânası da m. 18'deki prensibin tatbikından ibarettir³⁴². Yoksa, tapu siciline güvenden müstakil olarak hüsnüniyet korunmaz.

2) Tapuda kayıtlı, fakat MK. 639, II'deki durumda bulunan gayrimenkullerde: Murisin sağlığında tesis ettiği mahdut aynî haklar, müruru zamanla iktisap edene karşı da ileri sürülebilirler. Mirasçılardan tasarrufi muamele mahiyetini arzeden mahdut aynî hak tesis edebilmeleri için evvelemirde MK. 633, 2'ye göre gayrimenkulü kendi adlarına tescil ettirmeleri şarttır. Bu ise, gayrimenkulü fevkalâde iktisabî müruru zamana elverişli olmaktan çıkarır³⁴³. Bununla beraber, MK. 633, II'ye riayet etmeden yaptıkları mahdut aynî hakların tescili muteber kalır³⁴⁴. İmdi, mahdut aynî hak, muhtelif anlarda tescil edilmiş olabilir:

a) İktisabî müruru zamanın başlangıcından önce yapılan tescil ile tesis edilen mahdut aynî haklar, müruru zamanla iktisaptan sonra da mahfuz kalır.

b) İktisabî müruru zaman süresi esnasında tescil edilen mahdut aynî haklar için de durum böyledir³⁴⁵. İktisabî müruru zamanın makabline şümulünden dolayı, müruru zamanla iktisap edilen mülkiyet, bu hakların tesisinden önce iktisap edilmiş sayılır.

c) Müruru zamanla mülkiyet iktisabından sonra, fakat henüz müruru zamanla iktisap eden adına tescilden önce: burada da tescil muris adına olmakla beraber, MK. 931 hükümleri dairesinde üçüncü şahıslar tarafından hüsnüniyetle iktisap olunan mahdut aynî hakların mahfuz kalacağı müdafaa edilebilir.

Dr. İsmet Gülümser

341) Ostertag, 973, N. 3; Wieland, 973/974, 1.a, bb; Hegetschweiler, S. 55; F. Jenny, S. 14; Homberger, 973, N. 1, 3, 4, 19.

342) Mutzner, 17, N. 36/41; 21, N. 2/3.

343) Bk. yukarıda § 4, III, 3 a.

344) Bk. yukarıda § 4, not 244.

345) İsviçre - Türk hukukunda mülkiyetin tescilli ve Alman hukukundaki durum için bk. yukarıda § 4, not 242.