

## Yedinci Rapor

### TAPUSUZ GAYRİMENKULLERİN FERAĞI

Doç. Dr. Selâhattin Sulhi TEKİNAY

PLÂN : 1 — Eski hukuk ve M. K., 2 — Tatbikattaki güçlük, 3 — Tapusuz gayrimenkullerin tasnifi, 4 — Tapusuz gayrimenkulün âdi satışının hükmü: Doktrinde, 5 — Mahkeme içtihatlarında, 6 — Yukarıdaki görüşlerin ve bilhassa tahvil fikrinin tenkidi ve meselenin hal tarzına dair noktai nazarımız, 7 — Tapusuz gayrimenkulün batıl satışına binaen vaki teslimin hükmü, 8 — Hüsniyet kaidesi, 9 — Tapusuz gayrimenkulün Noterde satışı vadedildikten sonra vadeden uhdesinde tapuya kaydedilmesi, 10 — Satıcının malik olması ile bu husustaki şartları henüz haiz bulunmaması arasında fark var mıdır? 11 — Tapusuz gayrimenkulün emin sıfatile zilyed tarafından ahara satılması ve teslim edilmesi.

1 — Memleketimizde İsviçre Medenî Kanununun iktibası hâdisesi, hususî hukukumuzun diğer bir çok sahalarından farklı olarak, gayrimenkullerin ferağına müteallik hukukî rejimimizde âni ve kat'î bir inkılâp hareketi vücuda getirmiş sayılamaz. Filhakika burada Medenî Kanun radikal bir değişiklik yapmaktan ziyade, tapu sicili sistemine mütedair 1263 (1848) tarihinde başlıyan ıslatahın (1) seyrine hiç de yabancı düşmeyen bir inkişaf merhalesi tesis etmiştir.

Medenî Kanunun kabulünden evvelki devre kısa bir göz atacak olursak, bir taraftan gayrimenkullerin tapu siciline raptı, diğer taraftan da bunların tapuda yapılmayan ferağlarının hükümsüz sayılması yolunda devamlı ve hattâ ısrarlı bir teşriî ve idarî faaliyet tablosu görülecektir. O halde aynî hakların doğumunu prensip itibarile tapu siciline yapılacak tescile tâbi kılan Medenî Kanun hükümlerinin bu sahadaki tesiri «révolutif» değil, belki «évolutif» bir mahiyet arz etmektedir.

(1) «Tapu hakkında icra olunacak nizamat» 1263 tarihinde ısdar olunmuştu.

Diğer bir söyleyişle, İsviçreden aldığımız Medenî Kanun, muayyen bazı istisnalar hariç olmak üzere, aynî hakların doğumunu tapu siciline yapılacak tescile bağlarken hukukî hayatımıza yepyeni bir prensip getirmiş olmuyordu; zira mülkiyetin nakline matuf hukukî muamelelerin, daha doğrusu bu gayeye müteveccih akitlerin tapuda ve resmî şekiller altında cereyan etmesi lüzumu Medenî Kanundan önceki mevzuatça da kabul edilmişti. Ezcümle 1274 tarihli Arazi Kanununun 36 ncı maddesi ile mirî arazinin, 1318 tarihli bir iradei seniye ile de mülk gayrimenkullerin tapuda yapılmayan satışları hükümsüz addedilmişti. Buna rağmen, tapuda kayıtlı olan veya olmıyan gayrimenkullerin sureti hususiyede devir ve temliklerine devam edilegelmiş ve henüz Medenî Kanun kabul edilmeden önce de tapusuz gayrimenkuller ve bunların hususî surette tedavülleri memleketimizin başlıca hukukî - sosyal dertlerinden biri olmuştur.

Kısaca, Medenî Kanun, bütün icaplarıyla birlikte tapu sicili rejimini getirmiş olmakla, tatbikatımızın tanımadığı yeni güçlükler ihdas etmiş değildi. Hattâ, biraz sonra teklif edeceğim ve isabetini isbata çalışacağım izah tarzı kabul edilirse, Medenî Kanunun bu hususta yeni yeni güçlükler ihdas etmesi şöyle dursun, evvelce mevcut müşkülleri hafifletmeğe medar olacak bir mekanizmayı da birlikte getirdiği teslim edilmek gerekecektir.

2 — Medenî Kanun bir taraftan 663. maddesinde «agryrimenkul mülkiyetini iktisap için tapu siciline kayıt şarttır.» (2), 929. maddesinde de «teessüsü için kanunen tapu siciline tescili lâzım gelen her hak , bu tescil olmadıkça bir aynî hak olarak mevcut olmaz.» kaidelerini koyarken diğer taraftan da 634. maddesinde «mülkiyeti nakleden akitler resmî şekilde yapılmadıkça muteber (3)» olmıyacaklarını tasrih etmiş ve bu son

(1) 633. maddede «kayıt» ve «tescil» mefhumları birbirine karıştırılmıştır. «Kayıt» 911. maddeden de anlaşılacağı veçhile almanca metindeki «Aufnahme» ve fransızca metindeki «immatriculation» mukabili olup, yalnız gayrimenkuller için kullanılmak lâzımdır. (Mehaz kanununun 943. maddesine bakınız.) Tescil ise gayrimenkul üzerindeki haklar için istimal edilir; ve mehaz kanununun almanca metnindeki «Eintragung», fransızca metnindeki «inscription» karşılığıdır. Bu sebeple 633. maddede «kayıt» yerine «tescil» denmeliydi. Bu noktayı sayın Jale Güralın da aşağıda temas edeceğimiz enteresan makalesinde belirttiğini memnuniyetle gördük.

(3) 634. maddede kullanılan «mülkiyeti nakleden akitler» ibaresi iltibasa mahal veriyor. Mehaz kanununun almanca metninde «Der Vertrag auf Eigentumsübertragung», fransızca metninde de «les contrats ayant pour objet le

hükmü tamamlayan Tapu Kanununun 26. maddesi de bahis mevzuu akitlerin tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından yapılmaları lüzumunu âmir bulunmuştur.

Fakat bütün bu esasların tatbikat sahasına intikal ettirilebilmeleri için ilk şart, hususî mülkiyete mevzu teşkil eden bütün gayrimenkullerin tapuya kaydedilmiş olmasıdır. Halbuki selâhiyetli kimselerin beyanlarına göre, memleketimizde şahısların tasarrufu altındaki gayrimenkullerin % 50 sinden fazlası henüz tapuda kayıtlı değildir. Yüz küsur senedir sarfedilen bütün gayretlere rağmen tapu teşkilâtının, hususî tasarruf altındaki bütün gayrimenkulleri tapu kaydına bağliyabilmesi için, öyle görünüyor ki, daha uzun seneler beklemek icap edecektir.

Bu gerçek karşısında, tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkullerin, tapu sicili sisteminin emrettiği resmî şekle riayet edilmeksizin, tıpkı menkul-ler gibi elden ele tedavül edegelmesi hukukumuzun belki en çetin ve ihtilâflı zeminini hazırlamış, kanunumuzun asıl vatani İsviçre için bahis mevzuu olmıyan «senetsiz tasarruflar» problemini ortaya çıkarmıştır. İşte «senetsiz tasarruf» deyince, tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkullerin hususî surette vâki ferağlarına müteallik muameleler anlaşılır.

3 — Medenî Kanunumuz, hususî mülkiyete mevzu teşkil eden gayrimenkullerin tapuya bağlanmaması hâdisesini pek istisnaî bir hal saydığı için bu türlü gayrimenkullerin ferağları hakkında hususî hükümler ihtiva etmez. Kanun tapusuz gayrimenkullerden açıkça yalnız bir maddesinde bahsediyor; o da 639. maddenin ilk fıkrasıdır. Bu fıkra hükmüne göre «Tapu sicilinde mukayyet olmıyan bir gayrimenkulü nizasız ve fasılasız 20 sene müddetle ve malik sıfatiyle yedinde bulundurmuş olan kimse, o gayrimenkulün kendi mülkü olmak üzere tescili talebinde bulunabilir.»

Sayın Doç. Dr. İsmet Gülümser Sungurbey'in «İsviçre-Türk Hukukuna göre iktisabî müruru zaman» adlı tezinde tatminkâr delillerle ispat edildiği veçhile, bu hüküm gereğince mülkiyet, diğer şartlarla birlikte mücerret yirmi senenin bitmesile tahakkuk eder. Ne 6333 sayılı kanuna tevfiikan ilân edilen itiraz süresinin geçmesi, ne de mahkeme kararı mülkiyetin iktisabının şartı değildir (4).

---

transfert de la propriété» tâbirleri kullanılmıştır. Fransız ve Anglo-Sakson hukukundan farklı olarak hukukumuzda akit, mülkiyeti nakle kifayet etmiyeceği için mehzada olduğu gibi, 634. maddede «mülkiyeti nakle matuf akitler» denmeliydi.

(4) Doç. Dr. İsmet Gülümser, Sungurbey, İsviçre - Türk hukukuna göre iktisabî müruru zaman, 1956, İstanbul, s. 72 ve müt.

Fakat, tapusuz bir gayrimenkulün maliki sayılmanın tek yolu fevkalâde iktisabî müruru zaman dediğimiz bu müesseseden ibaret değildir. Kanunu Medenînin sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun 38. maddesi tapuya tescil edilmemiş aynî hakların Medenî Kanununun mer'iyetinden sonra dahi mahfuziyet ve muteberiyetini kabul etmiş, böylece tapu kaydına el'an bağlanmamış olan arazii memlûkenin Medenî Kanundan sonra dahi hususî mülkiyete mevzu teşkil etmekte devam edeceği şüpheden vareste bulunmuştur.

Üzerinde fevkalâde iktisabî müruru zaman yolile mülkiyet hakkı iktisap edilen veya zaten eski mevzuata göre hususî mülkiyet altında bulunduğu kabul edilen tapusuz gayrimenkuller dışında, öyle gayrimenkuller vardır ki, bunlar yine tapusuz olmalarına ve henüz bir mülkiyet hakkının mevzuunu teşkil etmemelerine rağmen hususî kanunlarının bahsettiği imkânlardan istifade ederek şahısların (bilhassa zilyed olanların) tahtı mülkiyetinde olmak üzere tapuya kaydedilebilirler: 2644 sayılı Tapu Kanununun, denizden doldurulmak suretiyle meydana getirilen yerlerin iktisabına ait, 5602 sayılı Tapulama Kanununun zilyedliğe müstenit tasfiye esasına dayanan, 5516 sayılı bataklıkların kurutulması ve bunlardan elde edilecek topraklar hakkındaki kanunun bataklıkları kurutanlar uhdesine tescil imkânını veren hükümleri bu meyanda zikredilebilir.

Tapusuz gayrimenkullerin üçüncü kategorisi, henüz sicil harici bir mülkiyet hakkına mevzu teşkil etmediği gibi, hususî kanunlara göre de - yine henüz - zilyedlerin, mülkiyetini talep etmesi mümkün olmıyan gayrimenkullerden müteşekkildir.

Âmme emlâkinden madut olup da M. K. nun 912. maddesine göre zaten kayda tâbi olmıyan gayrimenkullere gelince, bunlar mevzuumuz haricinde kalmaktadır.

4 — Şimdi, tetkik mevzuumuza dahil olan başlıca mesele şudur : (A) elinde bulunan tapusuz gayrimenkulü (B) ye gayri resmî surette - zaten resmî satış bahis mevzuu değildir - meselâ âdi bir senetle satıyor ve satış bedelini de tahsil ediyor. Acaba (B) satın aldığı bu gayrimenkulün kendisine teslimini isteyebilir mi?

Yalnız, meselenin tetkikine girişmeden önce, etüdümüzün başlığındaki «ferâğ» kelimesinden ne anlaşılacak icap ettiğini tavih etmekte fayda görüyoruz. Malûm olduğu veçhile «ferâğ» tâbiri esas itibariyle eski hukukumuzda aittir, ve bir kimsenin gayrimenkuldeki tasarruf hakkını ahara tefviz ve terketmesi mânasına gelir. Maamafih eski hukukumuzda iltizamî ve tasarrufî muamele bugünkü hukukumuzda olduğu gi-

bi az çok kesin hatlarla birbirinden tefrik edilmediği ve menkullerde olduğu veçhile gayrimenkullerde de «... inşası ile icrası birbirinden ayrılmıyan ve bir kül teşkil eden satışlar yapmak mümkün...» (5) olduğu cihetle «ferag» tabirinin eskiden yalnız tasarrufî muamele, yani doğrudan doğruya gayrimenkul mülkiyetinin nakli için istimal edildiği ve taahhüt muamelesinin bu mefhumun şümülünden hariç kaldığı söylene-  
mez. Bu günkü hukukumuzda ise akdin inşası ile icrası safhaları birbirinden ayrılmış ve bu iki nev'i muamele için yekdiğeri muvacehesinde kabili tahdit mefhumlara sahip olmuştur: iltizamî muamele 1 tasarrufî muamele, bey - temlik, satış - tescil gibi. Binaenaleyh, eğer ferag tabirini kullanmakta devam edeceksek akdin icrasını ifadeye salih mefhumlara zaten sahip bulunduğumuza göre, bu kelimeye gerek iltizamî, gerekse tasarrufî muameleyi aynı zamanda içine alan bir vüs'at vermek kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

Bu küçük istıdrattan sonra mevzuumuza dönelim: Hâdisemizde yalnız iltizamî muamele yapılmıştır. Ve mesele şudur: alıcı (B), satıcı (A) yı tasarrufî muamelenin icrasına, yani - tapu kaydı olmadığına nazaran - gayrimenkulün teslimine icbar edebilir mi?

Bir görüşe göre: (A) ile (B) arasındaki bu muamele satış akdi olarak batıldır. Çünkü muayyen bir malın muteber olarak satılabilmesi için bayiin o mal üzerindeki mülkiyet hakkını haiz olması lâzım gelmektedir. Halbuki tapuya raptolunmamış gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkı carî olmaz. Çünkü mülkiyet hakkının doğumu ve mevcudiyeti bu hakkın tapuda tecessüm etmesine bağlıdır. Bütün aynî haklar tescil ile doğar. Bundan dolayı Tapu kütüğüne geçmemiş gayrimenkuller üzerinde mülkiyet hakkından bahsetmeğe imkân yoktur. Binnetice tapuya kaydedilmemiş gayrimenkuller üzerinde mülkiyet hakkı cereyan etmediğinden mülkiyetin nakli vecibesi demek olan satışın da mevzuubahis olamayacağı tabiidir. Bununla beraber bu gayrimenkullerin satışı, hakikatı halde bir zilyedliğin devri taahhüdünden ibaret sayılıp muteber kılınabilir. Zira, zilyedliğin devri taahhüdünü kanunumuz hiçbir şekle tâbi tutmamıştır. Tarafların böyle bir gayrimenkul hakkında yaptıkları anlaşmayı satış olarak tavsif etmeleri onun batıl bir akit olmasını icap ettirmez. Borçlar Kanununun 18. maddesi gereğince tarafların müşterek ve haki-kî niyeti, haddizatında zilyedliğin devrini tazammun eden bir muamele

---

(5) Dr. İlhan E. Postacıoğlu, Gayrimenkullerin feragına müteallik akitlerde şekre riayet mecburiyeti, 1945, İstanbul, s. 38.

üzerinde anlaşmak olmuştur. Bu görüş sayın Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na aittir (6).

Vaziyeti 639. maddenin birinci fıkrası zaviyesinden mütalâa eden diğer bir görüşe göre, tapuda kaydı olmıyan ve üzerinde iktisabî müruru zaman süreleri dolmamış bulunan gayrimenkullerdeki hukukî durum mülkiyet değil, sadece zilyedlikten ibaret sayılabilirse de, eğer bu süre tamamlanmışsa, gayrimenkul tapuya tescil edilmemiş bulunsa dahi üzerinde mülkiyet hakkı teessüs etmiştir. İşte, gayrimenkul üzerinde henüz zilyed lehine mülkiyet hakkının teessüs etmediği ve hukukî durumun mülkiyet değil, sadece zilyedlikten ibaret bulunduğu devrede gayrimenkul zilyed tarafından satılırsa, bu satış, doğrudan doğruya muteber olmazsa da, şekli mahsusa tâbi olmıyan zilyedliğin devri vaadi olarak muteberdir. Ve satıcı bu suretle yapılan bir tahvil (conversion) ameliyesi neticesinde alıcı tarafından teslim icbar edilebilir. Halbuki iktisabî müruru zaman tamamlandıktan ve böylece mülkiyet hakkı tapuya tescil lüzumu olmaksızın tahakkuk ettikten sonra (A), (B) ile yaptığı şekilsiz bir akde binaen tescile icbar edilemez. Yani bu takdirde satışın muteber olması için mutlaka tapuda yapılması gereken resmî şekle ihtiyaç vardır; yoksa batıl olan haricî satışa binaen gayrimenkul teslim edilse dahi bu satış muteber olmaz. Çünkü Türk hukukunda ifa şekil noksanını tasahih edemez. Ve fariğ, gayrimenkulü teslim ederek zilyedliğin nakli borcunu yerine getirebilirse de tescille gerçekleşen mülkiyeti nakil borcunu ifa etmiş olmaz. Bu görüş, sayın Doç. Dr. İsmet Gülümser, Sungurbey tarafından müdafaa edilmiştir (7).

Demek oluyor ki, Sungurbey, Postacıoğlu'nun umumiyetle bütün gayrimenkullerin ferağı hakkında beyan ettiği mütalâaya, üzerinde zilyedin iktisabî müruruzaman müddeti henüz dolmamış gayrimenkuller bakımından iştirâk etmekte; fakat iktisabî zaman aşımı dolunca mülkiyet hakkının kendiliğinden tahakkuk etmesi esastan hareket etmek suretiyle, bu türlü gayrimenkullerde resmî şekilde yapılmıyan satışların tahvil (conversion) yolile de olsa teslim icbar salâhiyetini vermiyeceğini belirtmektedir.

Sayın Doç. Dr. Jale Güral, tapuya kayıtlı olmıyan gayrimenkuller üzerindeki zilyedliğin hiçbir şekle tâbi olmadan devredilebileceğini, tapuya kaydedilmemiş gayrimenkullerde de zilyedliğin bir hak karinesi olduğu kabul edilmek icap edeceğinden fevkalâde zaman aşımı dolduktan ve zilyed mülkiyet hakkını elde ettikten sonra dahi bu hakkın tıpkı

(6) Postacıoğlu, aynı eser, s. 79-82.

menkullerde olduğu gibi, zilyedliğin devri ve gayrimenkulün teslimi suretile nakledileceğini ileri sürüyor (8). Fakat Güral'ın bu fikri Sungurbey tarafından tenkit edilmiş ve sicil dışı gayrimenkullerde zilyedliğin mülkiyete karine olamayacağına ve hakkı alenileştiremeyeceğine göre zilyedliğin devri mülkiyetin naklini temin etmez, denmiştir (9).

5 — Tapusuz gayrimenkule mütellik satış akdinin değeri ve bahusus alıcının böyle bir akde tevfikân satıcıyı teslimine icbar edemeyeceği hakkında doktrinde hâkim olan belli başlı görüşleri böylece hülâsa ettikten sonra, şimdi mahkeme içtihatlarını gözden geçirelim :

22.11.1944 tarih ve 32 sayılı tevhidî içtihat kararına göre: Tapusuz gayrimenkulün, zilyedi tarafından haricî devir ve mübadelesi kanun nazarında muteber olmadığı gibi, zilyedliğin mülkiyetten ve tasarruf haklarından mücerret olarak başkasına devir ve nakli taahhüdü de hükümsüzdür (10).

Fakat, Temyiz Mahkemesi bu karardan 9.10.1946 tarih ve 12 numaralı ikinci bir tevhidî içtihat kararı ile rücu etmiştir (11). Bu son karar Postacıoğlu'nun görüşüne uygun olarak tapusuz gayrimenkulün zilyedinin kanun önünde henüz maliki olmadığı gayrimenkulü başkasına satmasını ve teslim etmesini zilyedliği devre mahmul telâkki etmekte ve bu muameleyi resmî şekle lüzum görmeden muteber saymaktadır. Demek ki, bu karar dahi tapusuz gayrimenkulün zilyedi tarafından yapılan satışını batıl addedip, bunu zilyedliğin devri taahhüdüne tahvil ederek muteber telâkki etmektedir. Fakat bilâhare tatbikat bu kararı şöyle tefsir etmiştir: Her ne kadar tapusuz gayrimenkulün satışı üzerine, vâki zilyedliğin nakli muteberse de, fariğ böyle bir satış üzerine gayrimenkulü teslimden imtina ederse, onu teslimine icbar etmek mümkün değildir. Halbuki satıcı gayrimenkulü teslim etseydi; bu teslim muteber olacağından artık satıcı gayrimenkulü istirdat edemezdi (12). Binnetice iş döne dolaşa şu formülde

(7) Sungurbet, aynı eser, s. 72, 82 - 83.

(8) Dr. Jale Güral, Türk hukukunda tapuya kayıtlı olmıyan gayrimenkullerin hukukî rejimi ve M.K. 639/I, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1952, Cilt IX, sayı: 3 - 4, S. 95.

(9) Sungurbey, aynı eser, s. 84.

(10) İçtihadı Birleştirme kararları, Ankara, 1948 (Adalet Bakanlığı yayınlarından), s. 183.

(11) İçtihadı Bir. Kar., s. 242.

(12) Temyiz 7. Hukuk Dairesinin 24.6.1955 t. ve 3185/7078 sayılı kararı: «... gayrimenkuller tapuda kayıtlı olmadığında ve haricî satış ancak teslim ile tekemmül edeceğine ve teslim de vâki olmadığına, mücerret satış akdine istinaden satıcı

karar kıldı: Tapusuz gayrimenkulün satışı teslim edilmek şartıyla muteberdir; teslim vâki olmamışsa satış da muteber değildir. Bu gün Temyiz içtihatlarında hep bu formülün kullanıldığı görülüyor. Halbuki 1946 tarihli son tevhide içtihat kararı, tapusuz gayrimenkul satışını zilyedliğin devri taahhüdüne tahvil ederek muteber saymakta ve bu taahhüdün muteberiyeti için teslim muamelesinin inzımamına hiç de lüzum görmemekte idi (13).

6 — Yukarıdaki görüşlerin ve bilhassa tahvil fikrinin tenkidi ve meselenin hal tarzına dair noktai nazarımız:

Tetkik ettiğimiz hâdise hakkında doktrinde ve jürisprüdansta hâkim olan görüşleri izah ettikten sonra bu husustaki şahsî kanaatımızı açıklayabiliriz :

Sayın Postacıoğlu'nun ve onu hemen hemen aynen takip eden son tevhide içtihat kararının ifade ettikleri esas düşünceye iştirak edemiyecemiz. Evvelâ bu düşünce tapusuz gayrimenkuller üzerinde mülkiyet hakkı cereyan etmediğini kabul etmekte ve bir kimse malik olmadığı bir malı satarsa bu satış muteber olmayacağından tapusuz gayrimenkullerin zilyedleri tarafından satışını batıl addetmektedir. Halbuki tapusuz gayrimenkullerin satışını batıl kılan husus zilyedin malik olmaması değildir. Çünkü bir kimse malik olmadığı bir malı satarsa Borçlar Kanununun umumî prensipleri muvacehesinde bu satış batıl addetmeğe imkân yoktur. Bey akdinin sıhhati için bayiin sattığı malın mutlaka maliki olması kat'iyen lüzumlu değildir. Mülkiyet hakkının bulunmaması yalnız tasarruf salâhiyetini nez'eder; o kadar. Yoksa iltizamî muamele bütün kıymet ve kuvvetini muhafaza edecektir. Aksi takdirde ticarî hayatta sık sık vuku bulan sürekli teslimatı mutazammın satışların, satıcısının henüz malik olmadığı şeyleri sattığı ileri sürülerek batıl oldukları kabul edilebilirdi. Bu ise imkânsızdır. Diğer taraftan Medenî Kanununun 901,

teslime icbar edilemeyeceğine göre ...» Türk Gayrimenkul Hukuku, Türkmen - Kazancı - Yüksek - Ünsev - Erten 1956, cilt I, 292.

5. Hukuk Dairesinin 30.5.1955 tarih ve 1195/5945 sayılı kararında: «Tapulu olmıyan gayrimenkulün satışının tamam olması teslim edilmiş olmasına (zilyedliğin devrine) bağlıdır.», Senai Olgaç - Mustafa Karahasan, Gayrimenkullerin akit esasına dayanan iktisap ve tescilleri, İstanbul, 1956, s. 302, sıra No. 353.

(13) Kararda aynen şöyle deniyor: «Mülkiyet hakkı henüz iktisap edilmemiş olan bir gayrimenkulün hariçte satışı zilyedin, kendisine ilerde o malda mülkiyet iktisabını sağlayacak olan zilyedlik hakkını devre mahmul olur ki, bu hakkın devri için kanunda ne resmî bir şekil gösterilmiş, ne de bir yasak konmuştur. Kanunun açıkça resmî şekle tâbi tutmadığı bir akdin mutlak olarak sıhhati Borçlar Kanununun 11. ve Medenî Kanununun 5. maddeleri iktizasıdır.»

903 ve 931. maddeleri satıcının malik olmamasına rağmen yalnız bey akdinin değil, tasarrufî muamelenin dahi sıhhatini bazı hallerde kabul etmektedir.

Bir kimse başkasına ait bir malı satarsa, bu malı temin edip müşteriye teslim etmediği takdirde tazminatla mükellef olur. Halbuki batıl bir muamele ifa edilmezse bundan tazmin borcu doğmaz (14).

O halde tapusuz gayrimenkulün ahara satışı bir bey' akdi olarak batılsa bu butlanın sebebini fariğın henüz malik sayılmamasında aramamalıyız. Kaldı ki, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, Sungurbey 20 senelik fevkalâde zaman aşımını dolduran zilyedin tescilden ve hattâ mahkemenin tescile karar vermesinden çok önce, gayrimenkulün maliki olacağını ispat etmiştir. Bundan başka Medenî Kanunun sureti mer'iyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun 38. maddesi Medenî Kanundan evvel iktisap edilen ve tapu siciline tescil olunmayan mülkiyet haklarını mahfuz tutmuştur. Demek ki tapuda kaydı olmıyan gayrimenkul üzerinde mülkiyet hakkı cereyan etmiyeceği de söylenemez.

Bize göre tapusuz bir gayrimenkulün ahara satışını batıl kılan keyfiyet, fariğın henüz malik sayılmaması değil, Medenî Kanunun 634. ve Borçlar Kanununun 213. maddelerindeki sarahattir. Bilhassa Borçlar Kanununun 213. maddesi satış akdini tapu sicili sisteminden mücerret olarak mütalâa ettiği için daha tam bir kat'iyet ihtiva ediyor: «gayrimenkul satımı muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır.» Bu hükmün tapuya kayıtlı olan gayrimenkullere hasr ve tahdit edilmesine imkân yoktur.

Tapuda kaydı olmıyan gayrimenkulün ise resmî şekilde yani tapu memuru önünde satışı yapılamaz; binnetice bu kabîl gayrimenkullerin ister istemez hususî surette yapılacak satışları şekle riayetsizlik sebeble batıldır.

Gördük ki, Postacıoğlu, tapusuz gayrimenkulün satışı bir bey' akdi olarak batılsa da, bu satışı Borçlar Kanununun 18. maddesi mucibince tarafların hakikî maksadını gözönünde tutarak zilyedliğin devri taahhüdü şeklinde tefsir ve bu taahhüdü muteber kılmak fikrindedir. Gülümser Sungurbey de zilyed henüz fevkalâde zaman aşımını ikmal etmeden gayrimenkulü sattığı takdirde bu batıl satışı Borçlar Kanununun

(14) Nitekim Temyiz I. Hukuk Dairesi 19.4.1955 t. ve 2819/2231 No. lu kararında «bey' vaadi akdinin yapıldığı sırada mebiin henüz bayiin tasarrufunda bulunması akdin butlanını mucip olmaya...» çağını içtihat etmiştir. Senai Olgaç, Kazaî ve İlmî içtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, 1957, İstanbul, s. 135, sıra: 425.

18. maddesi yolile değil de (15), tahvil (conversion) müessesesinden istifade ederek ve satış taahhüdünü zilyedliğin nakli taahhüdüne tahvil etmek suretiyle muteber kılmak istiyor. Ve böylece münhasıran üzerinde iktisabî zaman aşımı tahakkuk etmiyen gayrimenkuller hususunda Postacıoğlu ile ve 1946 tarihli tevhidî içtihat kararı ile birleşiyor (16).

Sungurbey'in, iktisabî zaman aşımına ait şartlar tamamlanmadan yapılan hususî satışlarla bu şartlar tamamlandıktan sonra yapılan satışlar arasında fark gözetmesini ve birincileri zilyedliğin devri taahhüdüne tahvil ederek muteber addetmesine rağmen ikincileri — bunlar üzerinde mülkiyet hakkı tahakkuk ettiği için — ancak resmî şekilde kabili ferağ sayarak bunlar hakkındaki hususî satışın zilyedliğin devri taahhüdüne tahvil edilemeyeceği hakkındaki fikrine iltihak edemiyeceğiz. Acaba neden henüz malik olmadığım devrede yapılan satış zilyedliğin devri taahhüdüne tahvil edilerek muteber kılınıyor da, iktisabî müruruzaman şartlarını tamamlayıp malik olduktan sonra — fakat tapuda henüz bir kayıt mevcut olmaksızın — yaptığım satış tamamen şifasız ve gayri kabili ıslah surette batıl sayılıyor? Bir defa tahvilin yalnız birinci kategoriye giren gayrimenkuller için kabul edilip ikinci kategoriye girenler için reddedilmesi hukukî bir mesnede irca edilemez. Hattâ eğer tahvil müessesesi henüz malik olmadığım devre içinde yaptığım satış için kabili tatbik ise iktisabî zaman aşımı süresini doldurarak malik olduktan sonra daha kolaylıkla tatbik olunmak icap eder. Zira tahvil bilhassa şekil noksanlığını telâfi için kabul edilmiş bir müessesedir. Sungurbey ise şekil noksanlığından dolayı butlanı ikinci devreye (20 seneyi doldurduktan sonraki satışlara) hasretmekte ve öyle görünüyor ki, birinci devrede (yani 20 sene dolmadan) yapılan satışların butlanını tıpkı Postacıoğlu gibi, malik olunmıyan bir şeyin satışının muteber olamayacağı esasına istinat ettirmektedir. Bu son görüşe muarız olduğumuzu Postacıoğlu'nun fikrini münakaşa ederken açıklamış ve sebeplerini arzetmiştik. Fakat bir an için bu görüşün isabetine kani de olsak tahvilden birinci devrede

(15) Zira, Sungurbey'e göre — Bizce de haklı olarak — burada tarafların asıl maksadı satış olduğuna nazaran 18. maddeden istifade edilemez.

(16) İstidraten kaydedelim ki, bazı müellifler İsviçre Hukuku bakımından müstakil bir «tahvil» müessesesinin mevcut olmadığını iddia etmektedirler. Ezcümle Olivier Cornaz, İsviçre Kanununun bu hususta bir hüküm ihtiva etmediğini ve umumî prensiplerden de «tahvil» in kabulünü mümkün kılacak bir netice çıkarılamıyacağını ileri sürerek «tahvil» fikrini esasından reddetmektedir. Bu müellife göre «tarafların iradelerini tefsir» müessesesinden müstakil bir «tahvil» den bahsedilemez. Bak: O. Cornaz, La convention des actes juridiques, 1937, Lausanne, s. 80 ve müt., 99 ve müt., 104, 119.

istifade edip ikinci devrede bunu reddetmek mümkün görünmemektedir.

Tapusuz gayrimenkule henüz malik olmadığım devre içinde yaptığım tasarruflara daha yüksek bir nüfuz bahşedilmesi ve malik olduktan sonra, ne gayrimenkulün iktisadî değerinde, ne de muamelenin şekle bağlanmasına âmil olan esas mülâhazalarda bir değişiklik olmamasına rağmen tasarrufumun tesirsiz ve hükümsüz bırakılması tatmin edici bir netice değildir.

**Fakat asıl mühimmi, tapusuz gayrimenkul satışının zilyedliğin devri taahhüdüne tahvil edilerek muteber sayılması fikrimizce imkânsızdır.** Bu neticeye vasıl olmak için Hukukumuz bakımından tahvil müessesesinin mevcudiyetini reddeden görüşe iltihak lüzumunu duymuyoruz. Ve bu husustaki münakaşaları bir tarafa bırakarak, umumiyetle tahvile cevaz verilse dahi mevzuumuz bakımından bu müesseseye başvurulamıyacağı fikrini savunuyoruz.

Tahvil, hukukî muameleleri mümkün olduğu kadar kurtarmak için batıl bir mukaveleyi, şartlarını karşıladığı ve mümasil gaye ve neticele re müteveccih bulunan diğer bir muameleye çevirerek muteber kılmak demektir. Halbuki tapusuz gayrimenkulün satışı eğer batılsa — ki bunda şüphe yoktur — zilyedliğin devri taahhüdü zaten bu akdin mahiyetinde mündemiç bulunduğundan bu taahhüdün de batıl olması mukadderdir. Bu düşüncemizi biraz daha tavzih edelim:

Zilyedliğin devri, bizzat batıl sayılan satış akdinin son hedefidir. Zilyedliğin devri bir ifa muamelesidir. Nitekim Borçlar Kanununu gerek menkul gerekse gayrimenkul satışlarına şamil umumî hükümler ihtiva eden altıncı babının birinci faslının ilk maddesi, 182. madde, şu hükmü muhtevîdir: «Satım bir akittir ki, onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde **alıcıya teslim** ve mülkiyeti ona nakletmek borcunu tahammül eder.»

Demek ki, menkul veya gayrimenkul bir mal satan her satıcı sattığı şeyin zilyedliğini alıcıya devretmeğe mecburdur. Zira zilyedliğin devri akdin ifası cümlesindedir. Eğer akit batılsa bu mükellefiyet ortadan kalkar. İmdi, «tapusuz gayrimenkulün satışı batılsa da, bu satışı zilyedliğin devir taahhüdüne tahvil ederek muteber kılarız.» demek, akdin butlanını kabul ettiğimiz halde bu akde ait ifa mükellefiyetini idame ederiz, demektir. Halbuki tahvil, akdin butlanına rağmen ifa mükellefiyetini devam ettirmek demek olmayıp, bu akdi mümasil gaye ve neticelere sahip diğer bir akde çevirmek mânasına gelir. Von Tuhr'un verdiği tarife göre: «tarafarca istenilen muamele kanununun icaplarına uymamakla beraber mümasil gaye ve neticeye malik olan diğer bir muame-

lenin icaplarına uygun olduğu takdirde ... batıl bir hukukî muamelenin tahvilinden bahsolunur.» (17). Ezcümle yazılı şekilde olmadığı için hükümsüz olan bir alacak temliki, tahvil müessesesinden istifade olunarak tahsile vekâlet şeklinde telâkki olunabilir. Keza, malûm olduğu veçhile Noterler ancak gayrimenkule müteallik satış vaadi sözleşmelerini tanzim ederler. Fakat eğer taraflar noterde bey vaadi yerine doğrudan doğruya bey' akdi yapmış olurlarsa, esas itibariyle batıl olması gereken bu akit bey' vaadine tahvil edilerek muteber kılınabilir. Nitekim Temyiz Hukuk Hey'eti Umumiyesi 12.2.1953 tarih ve 1/115 - 1955/7 sayılı kararında bu yolda içtihat eylemiştir (18).

İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarında da bu esasın açıkça ifade edildiğini görüyoruz. Federal Mahkeme 16 Şubat 1950 tarihli kararında aynen şöyle diyor: «tahvil, ancak, batıl muamelenin yerine ikame edilen hukukî muamele batıl muameleninkine benzer bir gayeye sahip olduğu ve bir netice tevhit ettiği takdirde câizdir.» Böylece Federal Mahkemeye göre, şekil bakımından bir «evlenme mukavelesi» olarak batıl bulunan muamele, şartlarını hâiz olduğu «miras mukavelesi» ne tahvil edilerek muteber sayılabilir (19).

Federal Mahkeme 1 Şubat 1954 tarihli daha yeni bir kararında yine tahvilden istifade etmiş ve başlığında ÇEK kelimesini taşıyan vesika ihdas tarihini ihtiva etmez ve keşidecinin ismi yanında mahal adını taşımazsa bunun çek olarak batıl olduğuna, fakat umumiyetle şeklen batıl bir çekin «havale» olarak muteber kılınabileceğine karar vermiştir (20).

Görülüyor ki, tahvil için kanunun icaplarına uymıyan muameleden başka bir muameleye daha ihtiyaç vardır; öyle ki, her iki muamele mümasil gayeye müteveccih olsun; ve biri yerine diğeri ikame edilebilsin! Halbuki satış akdini zilyedliğin devri taahhüdü şeklinde alırsak, yaptığımız şey satış akdinin zilyedliğin devri taahhüdüne tahvili değildir. Çünkü zilyedliğin devri zaten bu satış akdinin gayesinden, onun tevhit ettiği bir neticeden, müteveccih bulunduğu bir ifa muamelesinden ibarettir. O halde batıl bir satış akdini zilyedliğin devri taahhüdüne tahvil ediyoruz, derken yaptığımız şey, haddizatında akdi sebebinden tecrit etmek, onu mücerret bir hale getirmekten başka birşey değildir. Zilyedliğin devri taahhüdünün sebebi akitte gösterilmiş ve bu bir «satış» ola-

(17) Von Tuhr, Borçlar Hukuku, Cilt: I, Ter.: Cevat Edege, s. 237.

(18) Senai Olgaç - Mustafa Karahasan, Gayrimenkullerin akit esasına dayanan iktisap ve tescilleri, s. 322, sıra: 448.

(19) Journal des tribunaux, 1950, I, s. 514, bilhassa 518.

(20) Journal des tribunaux, 1955, I, s. 319.

rak iafde edilmişken sırf muameleyi muteber kılmak için böyle sun'i bir tecrit yapmağa hakkımız yoktur. Aksi takdirde bütün batıl akitleri muteber kılmanın yolu bulunurdu. Ezcümle: (A) şifahen (B) ye bir piyano bağışlamayı taahhüt etmiştir. Borçlar Kanununun 238. maddesine göre tahrirî olmadığı için muteber olmıyan bu taahhüdü, piyano üzerindeki zilyedliğin (B) ye devri taahhüdüne tahvil ederek muteber kılmak mümkün olsa ve bu yoldan gidilerek ortada yazılı bir bağışlama taahhüdü bulunmamasına rağmen (A) piyanoyu (B) ye teslim etmeğe icbar olunabilseydi, kanunun koyduğu bütün şekil kaideleri bertaraf edilmiş olurdu. Diğer taraftan menkullerde olsun, gayrimenkullerde olsun zilyedliğin nakli illî bir muamele olduğu için sebebe ait muamelenin yani satışın batıl olması zarurî olarak zilyedliğin devri muamelesini de batıl kılacak, böylece tahvil fikri bizi bir çıkmaza sürüklemiş olacaktır.

O halde tapusuz gayrimenkulün gayri resmî kalmaya mahkûm olan satışını hükümsüz addetmeğe ve böyle bir akde istinaden alıcının hiçbir veçhile teslim talebinde bulunamayacağını kabule mecburuz. Fakat şayet satıcı tapusuz gayrimenkülü alıcıya teslim ederse, aşağıda arzedeceğimiz gibi, bu keyfiyetin hâdisemize mühim bir hususiyet getireceğine de kani bulunuyoruz.

7 — Burada, karşısında bulunduğumuz hâdise şudur: (A), (B) ve tapusuz gayrimenkulünü satmış ve teslim etmiştir. Fakat bilâhare işbu satışın butlarını ileri sürerek gayrimenkulün istirdadını talep ve dâva etmektedir. (A) nın bu talebi acaba haklı mıdır? Zannımızca mevzuumuzun en çetin suali budur.

Bu sual karşısında şahsen alacağımız vaziyeti derhal arzedelim: Kanaatımızca gayrimenkulün şekil noksanı yüzünden batıl olan satışı, zilyedliğin devri taahhüdüne tahvil olunarak muteber kılınamaz ve böyle bir satışa istinaden satıcı bu gayrimenkülü teslime icbar edilemezse de, eğer satıcı bu gayrimenkülü kendiliğinden alıcıya teslim etmiş olursa, artık onu şekil yüzünden butlanı ileri sürerek geri alamaz.

Fakat biz bu mütalâamızla Temyiz Mahkememizin son senelerdeki malûm formülünü tasvip etmiş ve tıpkı Roma'daki aynî akitler gibi «tapusuz gayrimenkulün satışı teslim suretiyle muteberdir.» tarzında bir kanaat ifade etmiş olmuyoruz. Hukukî izah ve mesnedimiz tamamen başka olacaktır. Keza, sayın Dr. Safa Reisoğlu'nun, fariğ tapusuz gayrimenkulün maliki değilse iade talebine mesnet olacak bir aynî hakkın mevcut bulunmadığı hakkındaki noktai nazarını da paylaşamıyacağız (21).

(21) Safa Reisoğlu, La prescription extraordinaire et le transfert des immeubles non immatriculés en droit suisse et en droit turc, s. 110.

Zira, bu mütalâa sebepsiz iktisap müessesesinin işlemesine mâni olmaz. Nitekim Von Tuhr'a göre: (A) hukukî bir sebep olmaksızın kendine ait olmayan bir şeyin mülkiyetini değil, sadece zilyedliğini devretmiş ise, yalnızca zilyedliğin iadesini istiyebilir. Bu takdirde bahis mevzuu şeyin mülkiyetinin (A) ya ait olmadığı itirazın dermeyan olunmak suretiyle zilyedliğin iadesinden imtina olunamaz. Binaenaleyh dâvacı, hukukî sebep olmaksızın devredilen bir şeyin zilyedliğini yeniden elde etmek için mülkiyet hakkını ispat etmek mecburiyetinde değildir (22).

Bizce, evvelâ Medenî Kanununun 639. maddesinin 909. madde ile birlikte mütalâa edilmesi tefsirimizin doğruluğunu tespiti imkân verecektir. 639 uncu maddeye göre, tapu sicilinde mukayyet olmayan bir gayrimenkule nizasız ve fasılasız yirmi sene müddetle ve malik sıfatiyle yedinde bulundurmuş olan kimse, o gayrimenkulün kendi mülkü olmak üzere tescilini talep edebilir. İşte, 909. madde, böyle bir gayrimenkulün müruru zamandan istifade etmek hakkına sahip olan zilyedine, aynı haktan istifade salâhiyetine sahip bulunan evvelki zilyedin zilyedlik müddetini kendi müddetine zam edebilmek salâhiyetini tanıyor. Bu madde hükmünün tatbik edilebilmesi için evvelki zilyedin rızasile tahakkuk eden bir halefiyet lâzım ve kâfidir. Yukarıda gördüğümüz 1946 tarihli Tevhidi içtihat kararında aynen beyan edildiği veçhile: «Madde hükmü (909. madde hükmü) veçhile eski ve yeni zilyedliklerin birbirine katılabilmesi için bunlar arasında hukukî bir bağın ve bitişikliğin (ittisalin) bulunması gerekir. Eğer evvelki ve sonraki zilyedliklerin arasında hukukî bir bitişiklik bulunmazsa bunlara ait müddetlerin birbirine eklenmesine imkân ve cevaz olmaz ... hukukî bitişikliğin mahiyeti, muris ile varis, bağışlıyan ile bağış alan, satıcı ile alıcı gibi kimseler arasındaki kanunî veya akdi münasebetler ile izah olunur.»

Demek ki, evvelki zilyedin, zilyedliğini devre matuf rızasını şekil noksanile malûl bir akit (satış, hibe, trampa) zımında beyan etmesi pek tabiî görülmek lâzım gelir. Zira, 909. madde sevk edilirken her halde tapusuz gayrimenkulün tıpkı tapuya merbut gayrimenkuller misillü ve onlara mahsus resmî şekiller altında satılması veya hibe edilmesi derpiş edilmiş olmazdı. Doktrinin görüşü de bu merkezdedir (23). İmdi, görülmüyor ki, 909. madde, esasında muteber olmıyan bir akdin ifasına, yani tapusuz bir gayrimenkulün hususî — binaenaleyh batıl — bir satışa binaen **teslimine** hukukî bir hüküm terettüp ettirmekte ve bu ifadan do-

(22) Von Tuhr, aynı eser, s. 445-446.

(23) Sungurbey, aynı eser; s. 47 ve orada anılan müellifler.

ğan iktisabı gayri muteber saymak şöyle dursun, onu himaye eylemektedir. 909. madde hükmünün satıcının gayri muteber bir akde istinaden verdiği şeyi istirdat etmesine mâni olamayacağı söylenemez. Aksi takdirde madde metnindeki «müruru zamandan istifade hakkına malikiyet» in mânası kalmazdı. Kanun vazı bu maddeyi sevkederken, hukukî bir ittisale binaen teslim edilen tapusuz bir gayrimenkulün fariğ tarafından artık geri alınamayacağını farzetmiştir. Eğer fariğ için sattığı ve teslim ettiği gayrimenkülü istirdat edebilmek hakkı (20 senenin hitamına kadar) açık bulundurulsaydı ,alıcının «müruru zamandan istifade etmek hakkına sahip olması» ndan değil, olsa olsa fiilî istifadesinden bahsedilebilirdi.

Bu izahatın bizi isal ettiği netice şudur: Eğer bir kimse elindeki tapusuz gayrimenkulünü bir başkasına satarsa, bu satış hükümsüz olduğu cihetle alıcı tarafından teslime icbar edilemez. Fakat satıcı gayrimenkülü kendi rızasile teslim ederse artık akdin hükümsüzlüğünden bahsederek onu istirdat etmesi mümkün değildir. Öyleyse burada, dâvası kabil olmamakla beraber ifası mümkün bir edim, tabiî borçlara benzer bir durum karşısında bulunduğumuz ileri sürülebilir. Ancak, bu son noktada itirazlarla karşılaşacağımızı tahmin ediyoruz. Ezcümle denecektir ki, tabiî borçların, daha doğrusu eksik borç münasebetlerinin mümeyyiz vasfı, evvelemirde bir borcun mevcudiyeti, ancak hukuk nizamının bu borcun ifası için kendi cebir vasıtalarını alacaklarının emrine amade kılmamasıdır. Tapusuz gayrimenkulün satışı ise batıl bir muamele olarak tavsif edildiğine göre, burada eksik bir borç münasebeti mevcut olamaz. Halbuki meselâ Borçlar Kanununun 504. maddesinde kumar ve bahis'in de alacak hakkı tevlit etmiyeceği açıkça yazılıdır. Ve bu keyfiyet kumar borcunun ifasını muteber saymaya mâni değildir. Esasen bütün nakıs borçların hep aynı tip ve evsafta buldukları söylenemez. «Bu haller, gerek kanun vazını bu noksanlığa sevkeden sebepler ve gerekse hukukî mahiyetleri itibariyle birbirinden pek farklıdırlar» (24).

Diğer taraftan mezkûr itiraz borç münasebeti hakkındaki düalist teoriden yani borçla mesuliyeti kat'î surette tefrik ve bunları ayrı iki kategori addeden telâkkiden kuvvet alacaktır ki, bu teorinin isabeti fevkalâde şüphelidir. Nitekim Jean Palet «La théorie dualiste de l'obligation et son application au Droit Suisse» adlı tezinde borç ve mesuliyet mefhumlarının birbirinden ayrı hukukî kategoriler teşkil ettiğini reddetmekte ve nakıs borçlarda borcun mevcudiyetini kabul etmekle beraber

(24) Von Tuhr, aynı eser, s. 292.

mes'uliyetin bulunmadığını müdafaa eden düalist teoriye karşı cephe almaktadır. Bu müellife göre nakıs borçlarda mes'uliyet bulunmadığı gibi borç da yoktur. Burada kullanılan alacaklı ve borçlu kelimeleri teknik ve hukukî mânasında istimal edilmiş sayılamaz. Nakıs borçlarda bahis mevzuu olan, ifaya esas olan ve onu muteber kılan fiilî bir durumun mevcudiyetinden ibarettir (25).

Maamafih biz noktai nazarımızın isabetini ispat için mutlaka düalist nazariyeyi reddeden telâkiye dayanmak mecburiyetinde değiliz. 909. maddenin tefsiri bizi maksadımıza götürmek için kâfidir.

8 — İsviçre Jurisprudansında, sureti umumiyede şekle tâbi olup da şekil noksanlığı ile malûl bulunan akdi ifa etmenin hüsnüniyet kaidelelerine göre himayesini ve muteberiyetini mümkün kılan bir temayül belirmişti ki hâkimin bu esasa göre, şekil noksanlığı ile malûl bir satışın ve bunun ifasının hukuken hüküm ifade ettiğine karar verebilmesi de belki şayanı tavsiyedir. Nitekim Temyiz Mahkememiz son zamanlarda bilhassa şekil şartlarını ihtiva etmeksizin yapılan ölünceye kadar bakma akitlerinin ifa safhasına geçtikten sonra artık iptal edilemeyeceklerine, zira bu haldeki iptal talebinin hüsnüniyete aykırı olacağı yolunda kararlar vermektedir.

Fakat tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkullerin batıl satışlara binaen teslim edilegeldikleri memleketimizde satışın feshini ve gayrimenkulün istirdadını istemenin ne zaman suiniyete ve ne zaman hüsnüniyete dayandığını aramağa bizce mahal yoktur. Bu kadar yüksek iktisadî kıymetlerin tedavülünü daha emin hukukî esaslara bağlamak ve sürekli bir şekilde yapılan bu türlü satışlara binaen vâki teslimleri ya tamamen muteber yahut da yine tamamen gayri muteber telâkki etmek muamelâtta carî olması gereken istikrar namına zarurîdir.

9 — Şimdi de şöyle bir durumu tetkik edelim: (A) nın, elindeki tapusuz gayrimenkulün noter senedi ile (B) ye satışını vadetmiş olması ve bilâhare senetsizden aldığı bir tapu senedi ile bu gayrimenkul üzerindeki mülkiyetini tapu sicilinde alenîleştirmiş bulunması halinde (B) resmî satışın ve tescilin icrasına (A) yı icbar edebilir mi?

Evvelâ şu noktayı tesbit edelim ki tapusuz gayrimenkulün âdiyen satılması ile noterden yapılacak bir senetle satışının vaadedilmesi arasında esas itibariyle fark vardır. Âdi senetle satış M. K. nun 634 ve B. K.

(25) Jean Palet, La théorie dualiste de l'obligation et son application au droit suisse, s. 92.

nun 213. maddeleri muvacehesinde resmî şekle riayetsizlikten dolayı hükümsüzlükle malûdür.

Noterde yapılan satış vaadinin de muteber bir akde müncer olmasındaki imkânsızlık yüzünden hükümsüz olacağı akla gelebilir. Çünkü evvelâ satış vaadi tapu memuru huzurunda resmî satışın yapılmasına matuftur. Tapuda kayıtlı olmıyan bir gayrimenkul içinse tapu memuru huzurunda resmî satış yapılamaz. Zira, tapu sicili Nizamnamesinin 16. maddesinde sarahaten yazılı olduğu veçhile tapu memuru resmî senedi tanzim ederken âkitlerin medenî haklarını istimal ehliyetinden başka tassarruf salâhiyetini de tahkik eder. Binnetice satıcının tapu sicilinde doğmuş bir aynî hakkının mevcudiyetini görmezse resmî senet tanziminden imtina eyler. Öyleyse tapusuz bir gayrimenkulün satışını vaadeden kimse, bu yoldan akit yapmağa icbar edilemez.

Böyle olmakla beraber bu imkânsızlık, akdin butlanını mucip objektif bir imkânsızlık mahiyetinde olmayıp tamamen arızî ve sübjektif imkânsızlıktır. Satıcı bahis mevzuu gayrimenkulü tapuda namına kaydettirmek ve sonra da müşteriye temlik etmek imkânına objektif bakımdan sahip olabilirdi. Zaten bundan dolayıdır ki, yukarıda gördüğümüz veçhile bir kimsenin kendisine ait olmıyan bir malı başkasına satmasını veya satışını vaadetmesini doktrin muteber saymış ve bu türlü satışlar bayie ait olmıyan mebiin müşteriye teslimindeki imkânsızlık dolayısıyla batıl addedilememiştir. Şayet satış vaadinde bulunan, gayrimenkul tapuda kayıtlı olmadığı için resmî satış akdini yapmağa icbar edilemiyorsa satış vaadinin muhtevası tazmin borcuna inkılâp eder. O halde akit yapma vaadi hükümsüz değildir.

Diğer taraftan böyle bir satış vaadine istinaden tapusuz gayrimenkulün sahibi zilyedliğin devri yolile ifaya matuf olmak üzere gayriresmî bir akit yapmağa da icbar edilemez. Zira böyle bir akit baştanberi arzettiğimiz gibi hükümsüzdür.

Bu izahattan şu netice çıkıyor ki, noterde yapılan satış vaadinin muteberiyetine rağmen (B) böyle bir vaade dayanarak (A) ya müracaatla satışını vaadedilen gayrimenkulün kendisine teslimini istiyemez. Fakat (A) satışını vaad ettiği ve bidayette tapuya kayıtlı olmıyan gayrimenkulü senetsizden aldığı bir tapu senedi ile uhdesine kaydettirmiş, yani bu gayrimenkulü kendi namına olmak üzere tapuya bağlatmışsa artık (B) nin bu gayrimenkulün kendisine temlikini temin maksadile tapu memuru huzurunda resmî satış yapılmasını talep etmesine bir mani kalmaz. Fakat bu takdirde açılacak dâva, gayrimenkulün teslimi dâvası değil, resmî akdin yapılmasına ve bundan imtina eden satıcının iradesi ye-

rine hâkimin iradesinin kaim olması suretile gayrimenkulün ferağ ve tesciline matuf bir dâva olmalıdır.

Temyiz Mahkemesi tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkuller hakkında noterde yapılan satış vaadlerinin, bilâhare tapuya kayıt halinde alıcıya dâva hakkı verdiğini kabul etmektedir. Keza Temyiz Mahkemesi, satış vaadine istinad edilerek satıcı zilyedliğin devrine icbar edilemeyeceği gibi, ondan tescil talebinde dahi bulunulamıyacağına karar vermiştir. (Olgaç - Karahasan, s. 327 ve 328 deki kararlara bak.)

10 — Satıcı (A) nın tapusuz gayrimenkulün maliki olması ile bu husustaki şartları henüz haiz bulunmaması arasında mevzuumuz bakımından bir fark var mıdır?

Teslim veya zilyedliğin devri suretile vâki ifa muamelesi satış akdinin hükmsüzlüğüne rağmen muteber olacağından, (A), (B) den bu gayrimenkulün iadesini talep edemez. O halde (A) nın meselâ 20 seneyi doldurduğu için malik addedilmesi ile bu müddet henüz geçmediğinden dolayı mülkiyet sıfatını ihraz etmemiş bulunması arasında (A) ile (B) nin birbirleri karşısındaki hukukî durumlarına müessir bir fark yoktur.

Fakat eğer (A) mülkiyet sıfatını haiz olsaydı, kanaatimizce, zilyedliğini devreder etmez (B) dahi malik olurdu (26). Sungurbey bu mütalâanın 633. maddesinin 2. fıkrası ile bağdaşamıyacağını söylüyor (27). Filhakika bu maddeye göre bir gayrimenkule malûm yollarla tescilden önce malik olan kimse tescil merasimi ikmal edilmedikçe temlikî tasarruflarda bulunamaz. Fakat me haz kanununun, 633. maddemize tekabül eden 656. maddesinde sarahatle ifade edildiği gibi bu madde tapuda yapılan temlikî tasarrufları derpiş ediyor: «... mais il n'en peut disposer dans le registre foncier...» ibaresi bu hususta tereddüde mahal bırakmamaktadır. Meselâ mirasçı, murisi ölünce ona ait gayrimenkulün maliki olur amma, tapuda muris namına kayıtlı bulunan bu gayrimenkülü veraset ilâmı istihsal ederek kendi uhdesine kaydettirmedikçe başkasına temlik edemez.

Buna mukabil (A) tapuda hiç kaydı olmıyan gayrimenkülü zilyedlik esasına istinaden iktisap etmiş, fakat henüz namına tescil ettirmeden (B) ye satarak zilyedliğini ona devretmişse o zaman iş değişir. Vaziyeti şöyle muhakeme edelim: (A) nın bu tapusuz gayrimenkülü mürru zamanla iktisap etmesine, yani diğer şartlarla birlikte yirmi seneyi doldurmasına farzedelim ki iki gün kala (A) bu gayrimenkülü âdi bir

(26) Safa Reisoğlu, aynı eser, s. 110.

(27) Sungurbey, aynı eser, s. 307, sıra: 379.

senetle (B) ye satmış ve zilyedliğini de devreylemiştir. Bu takdirde (B) 909. maddeden istifade ederek zilyedliğin kendisine naklini müteakip iki gün geçince bu gayrimenkulün maliki olacaktır. Çünkü 909. madde (B) ye, selefi olan (A) nın 639. maddeye göre zaman bakımından katettiği yolu bizzat katetmiş nazarile bakıyor. Fakat (A), 20 senelik müddeti bizzat ikmal ettikten sonra bu gayrimenkulü satar ve zilyedliğini naklederse bu takdirde de (B) nin işbu yirmi senelik müddeti bizzat ikmal etmiş sayılmasını pek tabii bulmak lâzımdır. Aksi takdirde 20 seneyi doldurmadığı için henüz mülkiyeti iktisap etmiyen (A) nın müddetin dolmasından iki gün evvel zilyedliği (B) ye devrederek iki gün içinde (B) yi malik durumuna getirmesi kabil olduğu halde, (A) yirmi seneyi ikmal ettikten ve binnetice mülkiyet hakkına kavuşması dolayısıyla hukukî durumu daha da kuvvetli hale geldikten sonra (B) ye devrettiği zilyedliğin bir yirmi sene daha geçmedikçe ona mülkiyeti temin edememesi hem adalet hislerini örselemekte, hem de aradan pek uzun seneler geçmesine rağmen (A) nın bu gayrimenkulü mülkiyet hakkına dayanarak (B) den talep edebilmesi gibi bizim tasvip edemiyeceğimiz bir neticenin kabulüne yol açmaktadır. Zaten kanun «evvelki zilyedin zilyedlik müddetinin» zammedilebileceğini mutlak olarak beyan etmiştir. Yeter ki evvelki zilyed dahi zaman aşımından istifade hakkına sahip bulunsun. İmdi evvelki zilyedin 20 seneyi doldurmuş bulunması onu zaman aşımından istifade hakkına sahip olmaktan çıkarmamakta; bilâkis bu istifadeyi emniyet ve garanti altına koymaktadır.

11 — Eğer tapusuz gayrimenkulü (B) ye satan (A) o gayrimenkulün meselâ emin sıfatı ile zilyedi, hakikî malik de (C) ise, (C), (A) tarafından (B) ye teslim edilen gayrimenkul üzerinde (B) ye karşı istihkak iddiasında bulunabilir mi?

Temyiz Mahkemesi burada, bizce haksız olarak Medenî Kanununun 901. maddesi hükmünü kıyasen tatbik ediyor. Temyiz I. Hukuk Dairesinin 2.11.1951 tarih ve 1073/1702 sayılı kararı şöyledir: «tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkulün maliki, istikraz ettiği paraya mukabil evi muhafaza etmek üzere, zilyedliğini alacaklıya terketmiş bulunduğu takdirde alacaklı ev sahibinin emini durumunda bulunacağından iyi niyet sahibi üçüncü şahsın zilyedliği bundan devralmak suretile iktisabı muteber olur» (28).

Kararda nazarı dikkati çeken en mühim ibare «tapuda kayıtlı olmıyan gayrimenkulün maliki» ibaresidir. Zira Temyiz Mahkemesi Sungur-

(28) Olgaç - Karahasan, aynı eser, s. 307, sıra: 379.

bey'in müdafaa ettiği noktai nazarı kabul etmediği ve mücerret 20 senenin dolması ile mülkiyetin tahakkuk edeceği içtihadında bulunmadığı için Yüksek Mahkemenin «malik olmak» tabirini zilyedlik mânasında alabiliriz. Fakat bu takdirde (C), 20 senelik iktisabî zaman aşımını doldurmuş ve bize göre malik olmuş bulunsa dahi 901. maddenin tatbiki imkânı kabul edilmiş olur ki kanaatimizce buna imkân yoktur. Aksi takdirde ciddiden garip bir durum husule gelecektir: (C), gayrimenkulünü elde edemeyecek, fakat (B) dahi (C) tarafından ihdas edilen niza sebebiyle — 639. maddenin şartları tamam olamayacağından — iktisabî zaman aşımından istifade edemeyecektir. Esasen menkul mallarda hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsın iktisabını himaye eden 901. maddenin gayrimenkuller için tatbik edilebilmesi için bu hususta bir hüküm bulunmaması lâzımdır. Halbuki, kanaatimizce 639. madde böyle bir hususî hüküm ihtiva etmektedir. Filhakika bu madde tapusuz gayrimenkulün zilyedlik esasına müstenid iktisabı için işbu zilyedliğin nizasız ve fasılasız 20 yıl devam etmesini şart koşuyor. Derpiş ettiğimiz faraziyede ise (B) bu gayrimenkulün zilyedliğini iktisap ettikten sonra hakikî hak sahibi olan (C) nin muarzasına (dâvasına) maruz kalırsa niza çıkmış ve binnetice (B) nin iktisabî zaman aşımı yolile bu gayrimenkulü ileride iktisap etmesine imkân bırakılmamış olur. Esasen kanunun, menkullerden farklı olarak, tapusuz gayrimenkuller üzerinde mülkiyeti iktisabın şartlarını bu kadar ağırlaştırması, hakikî hak sahiplerinin hukukî durumlarını ihlâl etmemek endişesine dayanmaz mı?

Hattâ biz daha ileri giderek (C) nin henüz malik olmadığı, sadece zilyed bulunduğu devre içinde elindeki tapusuz gayrimenkulü (A) ya emaneten bırakması ve (A) nın da bu gayrimenkulü (B) ye satması ve temlis etmesi halinde dahi 901. maddenin kıyasen tatbikine ve (B) nin iktisabının himayesine imkân görmüyoruz. Zira 901. madde «emin sıfatıyla zilyed olan kimseden mülkiyeti veya aynî bir hakkı» iktisap eden kimsenin iktisabını himaye ediyor. (B) ise — 1946 tarihli Tevhidi İctihat kararından ifade edilen noktai nazar hilâfına olarak — aynî bir hak iktisap etmiş olmadığından onun hüsnüniyetinin kıyas yolile de olsa himayesine imkân kalmaz.

Böyle bir halde (C) nin mukaddem zilyedliğine müsteniden (B) aleyhinde dâva ikame etmesine 905. madde hükmünün mâni olup olmayacağı düşünülebilirse de bu madde yalnız tapuda kayıtlı gayrimenkuller için vazedilmiş olduğundan hâdisemize müessir bir veçhesi yoktur.