

**Gayrimenkul mülkiyet hakkının adi zaman aşımıyla
iktisabı üzerinde bir inceleme (1)**

Yazan : Doçent Dr. Jale Gürol

Giriş

1 — Mülkiyet Hakkının iktisap şekillerini iki gurup etrafında toplamak ötedenberi adettir. Bunlardan birincisine asli iktisap, diğerine de fer'i iktisap şekilleri denir.

Asli iktisap şekilleri o ana kadar kimsenin mülkiyetine dahil olmayan sahipsiz addedilen gayri menküllerle mâliki tarafından mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması kastiyle terk edilen (derelictio) mallar üzerinde bir başkasının yeni bir mülkiyet hakkı tesisini temin eder. Böyle bir gayri menkûlü malik olmak kast ve niyetiyle fiili hâkimiyetine geçiren şahıs o şey üzerinde zilliyetliğini tesisetmekle ya hemen ve yahut-

(1) Bibliğrafya: Arık: gayrimenkul satış vaatları, ad. der. 1942, s. 780 vd, Aubry - Rau: cours de droit civil français, 6. ed. t. 2, Belgesay: sahte tapu kaydına müstenit tasarrufla gayrimenkul iktisap edilirmi? Iz. bar der. 1945, S. 145 vd, Bo-vay: acti translatif de propriété et condition, Lausanne 1938, Colin Capitant: cours élémentaire de droit civil français, 947, t. I, Curti: kanunu medeni serhi, c. 2, Damcı: transfert de la propriété rurale en droit suisse et en droit ture, Lausanne 1949, Des-queyrat: propriété, Paris 1939, Erman: harici alım satımla ele geçirilen topraklarda zamanlaşımı cereyan eder mi, ad. der. 1945, s. 1302 Erman: tapulu arazi zamanlaşımıyla iktisap edilebilirmi, ad. der. 1946, s. 1212 Erman: gayrimenkul ile ilgili davalarda zamanlaşımı yorumu, ad. der. 1947, s. 85 Erman: toprak davaları, Zonguldak 1945, Erman: medeni kanunumuzdan evvel arazi intikali, ad. der. 1942, s. 68 vd. Ferit, Z. taşısız mallarda iktisabi mururu zaman, Iz. bar. 1935, s. 459 vd, Gonvers - Sallaz: promesse de vente, JDT 1935, S. 238 Gonvers - Sallaz: régistre foncier, Göktürk: aynı haklar, Ankara 1949, Hamdi Halim: tapu sicil nizamnamesinin 19. maddesi, İst. bar. der. 1931, s. 2665, Hamdi Halim: katibi adil senediyle gayrimenkul satılabilir mi, İst. bar. der. 1928 s. 11018, Homberger, ter. Bertan: zilyetlik ve tapu sicili, Ankara 1950, Kanık istihkak davaları: ad. der. 1951, s. 558, Karaçay: kanunu medeni karşısında gayrimenkul mülkiyet hakları, Karafakih, I, Hakkı: gayrimenkul satışlarında bedelin eksik veya fazla gösterilmesi hasebiyle satışın butlanı, bar. 1953, s. 246, Kayaoğlu: gayrimenkul davalarımız ve uygulamalarımız ad. der. 1948 s. 178, Kayaoğlu: gayrimenkul beyi vaadi ve hukuki neticeleri, İst. bar. der. 1943, s. 566 vd, Karaçay: mülkiyet hakları, Ankara 1936, Köprülü, B: gayrimenkul iktisabında hüsünîyetin rolü, sos. huk. 1951 s. 139, Letourneau; l'évolution de la propriété Paris 1889, Mardin: 1515 no. lu kanun hakkında, İst. huk. fak. der. 1944, sayı, 1-4, s. 423, Mardin: toprak hukuku İstanbul 1947, Oyman: gayrimenkul mülkiyetinin iktisap tariklerinden mururu zaman ve senetsiz tasarruflar, ad. der. 1952, s. 1337, Öktem: tapu kaydına

ta muayyen bir müddetin geçmesinden sonra şeyin mülkiyet hakkını iktisap etmiş olur. Buradaki şeyin bir gayri menkûl olması kendisine zilyetlik mülkiyete karinedir diyen MK 898 in tatbikine bir mani teşkil etmez. Bu şekilde aslı bir iktisabın belli başlı misalini MK 635 de zikredilen işgal müessesesiyle MK 641 delâletiyle Tapu Kanununun mulga 6 ncı maddesinde tanzim edilen ihya müessesesi verir. MK 639 da düzenlenen fevkalâde zaman aşımı da bir aslı iktisap nevidir. Bu iktisap neveleri şu bakımdan aslıdır ki buradaki mülkiyet, temellük kastiyle zilyetliğin şey üzerinde tesiriyle beraber kanundan ötürü başka bir muameleye lüzum kalmadan doğar. MK 633/1.

Mülkiyetin tessüsü bir selefin hakkiyle asla alakadar değildir (2). Yani asli iktisapta sadece ve münhasıran şey üzerindeki hakimiyet, zilyetlik, mülkiyetini kazanılmasının en mühim ve hatta tek şartıdır, tescilin bile ancak bildirici bir mahiyeti vardır. Mamafî bu söylediğimiz tapu kanununun mulga 6 ve sonraki maddeleri karşısında ancak işgal ve fevkalâde zaman aşımı hakkında doğrudur.

Sahipsiz arazinin ihya suretiyle mülkiyet hakkı ancak tapu kanununun 6vd. maddeleri gereğince tescil yapıldıktan sonra iktisap edilir. Yani kanaatimizce bu halde tescilin yapıcı bir mahiyeti vardır. Halen Türk hukukunda mülkiyetin asli iktisap şekilleri yok denecek kadar azdır. Bir kere tapuda mukayyet bir gayri menkûlün MK 635 anlamında sahipsiz bir hale gelebilmesi ancak çok nazari bir ihtimaldir. Bu gün için iktisadi bakımdan gayri menkûl kıymetleri gittikçe artmaktadır, binaenaleyh bir gayri menkûl malikin tapuda namına mukayyet bir menkûlü terketmesi ve kaydinin tapudan terkinini istemesi çok ender görü-

istinatla iktisap, huk. der. 1944, sayı, 9, s. 7 vd, Önder: gayrimenkullerde iktisabi zaman aşımı ve tescil davaları, ad. der. 1948, s. 948 vd, Özdemir: gayrimenkul davalarında uygulanan ve yaşanan hükümler, İstanbul 1945, Postacıoğlu: sahte vekaletnameye müsteniden gayri menkul satışı sakatlığının hukuki mahiyeti, İst. huk. fak. mec. 1947 s. 369, Postacıoğlu: mükerrer tapulu malların satışı, sge, 1953, s. 1210, Raviart: traité théorique des actions possessoires et du bornage, Paris, 1948, Rossel, Rothe: de l'existence de la propriété, Tabbah: propriété privé et registre foncier, Tahaoğlu: gayrimenkul satış vaatleri, huk. der. 1946, sayı 27, s. 28 vd, von TUHR: İsviçre hukukuna göre mülkiyetin nakli: ter Ayıter, Ank. huk. fak. der, c, III, sayı 2, 4, Tuor: le code civil suisse, Velidedeoğlu - Esmer: gayrimenkul tasarrufları, İstanbul, Wieland ter. Karafaki: aynı haklar, Zénouzi: la promesse unilatérale de vente immobilière en droit français, 1946 Gênéve, Ziya S. eski ve yeni türk rejiminde aynı haklar, Ankara 1932, Ülger: medeni kanun karşısında tapu sicili.

(2) Göktürk s. 870.

lecek bir hadisedir (3). Nadirde olsa böyle bir durumla karşılaşacağı kabul edilse bile yine böyle bir araziye el koyanın bu arazi üzerinde zilyetliğinin tesiriyle beraber mülkiyet hakkını nasıl iktisap edeceği anlaşmaz. Bunun MK 635/II de kullanılmış olan yanlış bir terim neticesinde MK 641 e göre kabil olmaması icap ederdi. Çünkü : MK 635 / II müsec-cel olmayan bir arzdan bahseder ; bu demektir ki mevzuu bahis gayri menkûl tapuda kayıtlıdır, fakat ya sahibi tarafından terk edilmiştir, yahutta sahibinin kim olduğunu tapu sicilinden anlayamamaktadır. Birinci halde o, bu ikinci fıkra delaletiyle ve MK 641 gereğince Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır ve 641/II ye göre üzerinde yeniden mülkiyet hakkının tesisi işgal suretiyle değil fakat “bunların işgal ve ihrazı hakkındaki ahkâmı mahsusa” gereğince olacaktır. İkinci vaziyette ise ancak MK 639/II mucibince fevkalâde zaman aşımı ile mülkiyet hakkının iktisabı mümkündür. Lâkin burada yerinde olmayarak kullanılmış olan müsec-cel terimini teknik manasında değilde aslındaki “immatriculé” tabirinin tekabül eylediği mukayyet (4) manasında anlasak o zaman mesele kendiliğinden bir dereceye kadar halledilmiş olur. Çünkü MK 641 ancak tapuya hiç kayıtlı edilmemiş gayri menkuller hakkında cari olur (5) ; mülkiyet hakkı terk edilmiş olanlar ise MK 635/I gereğince işgal yoluyla iktisap edilir.

Asli iktisap şeklinin diğer bir nevi olan ihya müessesesi çiftçiyi topraklandırma kanuniyle hemen tamamıyla tatbikat sahasından kaldırılmıştır.

II — Gayri menkûl mülkiyetinin iktisabında bilhassa önemli olan fer'i iktisap şekli olarak tavsif ettiğimiz mülkiyet hakkının devri yani bu hakkının bir şahıstan diğerinin nakil suretiyle intikâlidir. Mülkiyet hakkının bu suretle devredilebilmesi için mutlaka bu devir muamelesinin istinat ettiği bir hukuki sebebinin mevcudiyeti ve bunun tapuya tescili lâzımdır. Mülkiyet prensip olarak ancak tescil anında intikal eder, yani fer'i şekliyle mülkiyet hakkının intikalinde tescilin yapıcı bir ma-

(3) Terkinin nasıl yapılacağı hakkında bak MK 923 maddenin tercümesi aslına uygun olmadığı gibi ifade ettiği mana bakımından da yanlış neticelere bizi sevkedecek mahiyettedir. Aslına nazaran şöyle olması gerekirdi: “Tapu sicilinde vaki olacak terkin ve tâdiller ancak tescilin kendisine bir hak bahsettiği kimselerin yazılı bir beyan üzerine icra edilir. Hak sahiplerinin yevmiye defterine vazedecekleri imza bu beyan yerine geçer”, tapu sicil nizam madde 67 vd, ayrıca Velidedeoğlu - Esmer s. 40 4 vd.

(4) Netekim bu, MK, 639/1 de yerinde olarak “Tapuda mukayyet olmayan” şeklinde ifade edilmiştir.

(5) MK 635/1 ile 639/11 arasındaki münasebet ve farklar için bak J. Gural “Tapuya kayıtlı olmayan gayri menkullerin Hukukî Rejimi...” Ank, Huk, Fak, Derg, sayı: 3-4, 1952, s. 40 vd.

hiyeti vardır. Mamafih bu da mutlak değildir. MK 642/II bunun istisnalarını sayar.

O halde mülkiyetin fer'i şekilde intikali birbirinden farklı iki hukuki muamelenin yapılmasına bağlıdır. Bu muamelenin birincisi mülkiyetin naklinin hukuki sebebini teşkil eder ve ekseri hallerde tarafların iradesine müstenit olan bir hukuki muamele mahiyetini arz eder MK 634 den de bu anlaşılır. Mamafih bazan hukuki sebebin kanuna müstenit olması (Kanunî tevarüste olduğu gibi) veya kazaî bir karardan neşet etmesi (mahkeme ilamı ve cebri icrada olduğu gibi) mümkündür. Hatta bazen idari bir muamelenin mülkiyetin nakli için bir sebep teşkil ettiği de vaki dirki istimlâk bunun başlıca misalini teşkil eder. Bu sonuncularla mülkiyetin devrini tazammun eden hukuki muameleler arasında çok mühim olan şöyle bir fark mevcuttur: miras, cebri icra, mahkeme ilamları ve istimlâk mülkiyetin devrinin sadece bir hukuki sebebini teşkil etmekle kalmazlar lâkin aynı zamanda bizzat bu muamelelerin yapılmasıyla beraber mülkiyetinde karşı tarafa intikalini sağlarlar. Yani bunların mülkiyeti naklettirici bir vasıfları da vardır. Yani âdetâ bir tasarruf muamelesi mahiyetindedirler. Halbuki MK 634 (7) anlamında mülkiyetin devrini tazammun eden nakitler daha doğru bir ifade ile hukuki muameleler borçluya mülkiyeti devir vecibesini tahmil eden iltizamı (taahhüt) muameleleridir. Alacaklıya MK 642 (8) gereğince tescil muamelesinin icrasını talep selahiyetini bahşetmekten daha ileriye gidemezler. Mülkiyet ancak tapuya tescil ile birlikte alacaklıya intikâl etmiş olur; şu halde tescil bir tasarruf muamelisidir.

Mamafih bu mutlak kaideye yine bir istisna zikretmek icap eder: Akdî mal rejimlerine müteallik mukavelelerle mirasçı naspına dair olan ölüme bağlı tasarruflar. Mal rejimlerinde MK 237 den bu açıkça anlaşılır bunun ehemmiyeti bilhassa mal ortaklığı rejimindedir. Çünkü: Mal ortaklığı mukavelesinin aktiyle birlikte ortaklığa giren mallar üzerinde karı koca arasında iştirak halinde mülkiyet esasına müstenit bir kolektif mülkiyet teessüs eder ve bu tapuya ve hatta notere tescil ve ilan edilmedende taraflar arasında hüküm ifade eder. Mirasçı masrafına müte-

(6) Bu hususta bak sge ve orada yapılan atıflar. Ayrıca Çiftçiyi topraklandırma Kanunu, geçici madde, tapulama kanunu mad, 52; bataklıkların kurutulması hakkındaki kanun mad. 1, 12.

(7) Madde Kanunumuza yanlış tercüme edilmiştir. Bu hususta bak J. Güral Sge. s. 44 n. 7

(8) Bu madde de aslına nazaran manasını daraltacak bir şekilde yanlış tercüme edilmiştir İMK nin buna tekabül eden fransızca 665 inci maddesi umumi olarak "fiktisap sebebinden, titre d'acquisitiondan" 642 inci madde ise bağışlama gibi bir sebepten bahseder.

allik ölüme bağlı tasarruflarda da mülkiyet ölüm anında tescilden evvel intikal eder mirasçı naspının mahiyeti ile MK 539, 633 icabıdır.

Türk — İsviçre hukukunda mülkiyetin rizai anlaşmaya müstenit ihtikali şu halde illetli bir muameledir; yani mülkiyetin fer'an iktisabı ancak muteber bir hukuki sebebe müstenit bir tescil ile olur.

Ne fransız hukukunda olduğu gibi sadece bir teahhüt (iltizam) muamelesi Fr. MK 711,938,1138,1583 (9) nede alman hukukunda olduğu gibi hukuki bir sebebi olmayan bir tescil BGB 313 (10) bu neticeyi sağlayamaz. Türk — İsviçre hukukunda gayri menkûl mülkiyetinin illete bağlı bir muamele olduğu MK 633/1 vd ile MK 929 vd. hükümlerinden de açıkça anlaşılır.

Muteber bir iktisap sebebi kanununun amir kaidelerine riayetle yapılmış bir hukuki muamele demektir. Bu kaidelere muhalefetle yapılmış

(9) Fransız Hukukunda ki transcription müessesesiyle bizim hukuktaki tescil müessesesi arasında esaslı ve mühim farklar vardır. 1855, 1889, 1921 ve 1935 tarihli kanunlarla kurulmuş olan transcription sistemi gayri menküller üzerindeki tarafların anlaşmalarından doğmuş olan aynı hakların ve bunlar arasında bilhassa mülkiyet hakkının aleniyetini temin maksadiyle düzenlenmiş bir müessesedir. Yani mülkiyetin nakline müteallik bir hukuki muamele transcription defterine kaydedilmede bütün aynı neticelerini husule getirir. Transcription yapılmadan da muamele taraflar arasında müteberdir, taraflar için transcription yaptırmak mecburiyeti yoktur. Transcription'un bütün ehemmiyeti üçüncü şahıslar hakkında tevlit ettiği hükümlerde görülür. Transcription'u yapılmamış bir hukuki muamele onlara karşı hükümlerini husule getirmez, onlar nazarında eski malik yani satıcı satılan gayri menkul üzerindeki yere mülkiyet hakkını yine haiz telakki edilir. Bunun ehemmiyeti kendini bilhassa mütevali satışlarda gösterir, meselâ: A'nın B'ye sattığı bir gayri menkule müteallik satış aktininin B tarafından Transcription'u icra ettirilmeden evvel A bunu C'ye satar ve C de bu satış aktininin Transcription'unu yaptırırsa burada gayri menkule C mâlik olur (cass. 4/11/1930, S. 1931. I. 27) fakat bu satış akti A ile B arasında muteberliğini muhafaza ettiğinden B ancak A dan ademi ifa dolayısıyla tazminat isteyebilir.

Transcriptionun yapılmamış olduğunu dermayen edebilmek için esas itibariyle hüsniniyette şart değildir. Bunun istisnaları hakkında: Ripert, III s. 664.

Transcription'un yapılmamış olan bir muamelenin kimlere karşı hüküm ifade etmeyeceğini 1855 tarihli kanununun 3 üncü maddesi söyler. Maddeye göre böyle bir muamele gayri menkûl üzerinde bir hak iktisap etmiş ve bu hakkını kanunlara uygun olarak muhafaza etmiş olanlara karşı dermayan edilemez, yani transcription'un yapılmamış olduğunu ancak hak sahibinin cüz'i halefleri birbirine dermayan edebilir. Başka bir ifade ile "1855 tarihli kanunun himaye etmek istediği üçüncü şahıslar malikle hukuki münasebete giriştikten sonra kendilerine aynı malik tarafından yapılmış fakat aleniyet iktisap etmemiş tasarruf muameleleri dermayan edilen kimselerdir" Ripert t. III, s. 661" bütün bu hususlarda daha fazla bilgi ve ne gibi muamelelerin transcription usulüne tabi tutulduğu hakkında Ripert Sge S. 652 vd, 662 vd C. Capitant I 1947 S. 1035 vd, 1040 vd.

(10) v. Tuhr, S. 635.

bir iktisap sebebine müsteniden icra edilen tescilin hukuki mahiyeti nedir? Tescilin illi bir muamele oluşu onun da hükümsüz telâkki edilmesini mi icap ettirir, ve hükümsüzlük müeyyidesinin mahiyeti icabı her alakadara bu tescilin hükümsüzlüğünü dermeyeran etme selahiyeti tanınır mı?

Tapu sicilinin hususi mahiyeti ve bilhassa bu sicillerin âmmenin itimadı prensibinden istifade eden sicillerden bulunuşu kanun vazisini bazı hususi hükümler koymaya sevketmiştir: Kanun koyucu “yolsuz (MK 932), veya “haklı bir sebep olmasızın yapılan bir tescil (MK 933) olarak tavsif eylediği böyle bir tescilden doğan neticelere atfettiği hükümleri iki gurup etrafında toplamak kabildir:

a — : Bu tescilin sebebini teşkil eden iktisap sebebinin tarafları bakımından olan hükümleri.

b — : Böyle bir tescilin üçüncü şahıslar bakımından olan hükümleri.

Yolsuz bir tescilin, bu tescile mesnet teşkil eden hukuki sebepte taraf olanlar arasındaki hükümlerini adi iktisap zaman aşımı müessesesi içinde derli toplu bir şekilde tetkik etmek kabildirki MK bunu 638 ince maddesiyle düzenlemiştir.

Bu tescilin üçüncü şahıslar bakımından olan hükümleri ise MK 931 ve 932 de tanzim edilmiştir.

I — Kısım: Adi iktisap zaman aşımı mefhumu ve bunun unsurları:

I — Bölüm: Adi iktisap zaman aşımı mefhumu

§ I — İstihlâk meselesi:

Umumi manasiyle zaman aşımı hakkın doğumundan itibaren muayyen bir müddetin geçmesinden sonra artık onun âmme gücü vasıtasıyla yerine getirilmesine mani olan bir müesseseyi ifade eder. Zaman aşımı bizzat hakkı değil fakat hakkın devlet istihsalini temin eden dava hakkını ortadan kaldırır, daha doğrusu bu hususta karşı tarafta yani dava olunana davacının talep ettiği hakkın ifasından kaçınmak maksadiyle bir def'i dermeyeran etmek selahiyetini bahşeder. Burada üzerinde durduğumuz adi iktisap zaman aşımı müessesesinin ise bundan büsbütün farklı bir mahiyeti ve manası vardır. Bu iki müessese arasındaki farkı belirtmek için yabancı bazı dillerde farklı terimler istimal edilir (11). Türk hukukunda da aradaki bu farkı göstermek maksadiyle birincisine iskati

(11) Meselâ fransız hukukunda birinci manadaki zaman aşımı “prescription” ikinci manadaki ise Ususcapın terimiyle ifade edilirse de bu manadaki zaman aşımına ekseriyetle “prescription acquisitive” de denir. Alman hukuk dilinde de birinci manadaki zaman aşımı “Vervahrung”, diğeri ise “Ersitzung” olarak tavsif edilir. Hukuk lûgata S. 258.

zaman aşımı, ikincisine ise iktisabı zamanı aşımı denir (12). Mamafih bunların ifade ettiği manalar bu iki nevi zaman aşımının hukuki mahiyetini izah edemediği gibi bilakis yanlış bir anlayışta sevk eder. Çünkü iskatî zaman aşımıyla BK 125 vd. de tanzim edilen müesseseye ifade edilir. Fakat iskatî kelimesinin ifade etmek istediği gibi bu zaman aşımı bizzat hakkı ortadan kaldıran sündüren bir mahiyeti haiz değildir. O ancak dava olunana hakkın tevhit ettiği mükellefiyeti yerine getirmekten kurtulmak imkanını veren ve mahkeme önünde istimal edilip edilmemesi temamiyle kendisine bırakılmış olan bir def'i hakkı bahşeder. Bu def'i dermeyan etmekle dava olunan mevkiinde bulunan borçlu ancak davacının talebinin devlet gücüyle izhafını önlemiş olur.

Aradan ne kadar zaman geçmiş olursa olsun kendi rızası ile vecibesini yerine getirdikten sonra bunun sebepsiz bir ifa olduğundan bahisle istirdadı talebinde bulunamaz BK 62/II.

İktisabı zaman aşımı istilâhının da müessesenin mahiyetine uygun olmuyarak ifade ettiği gibi her hangi bir hakkın aradan uzun bir zaman geçmesi neticesinde kazanılması mevzuu bahis değildir, iktisabı zaman aşımı müessesesine müsteniden bir hakkın - ki bu hak daima aynı bir hak olacaktır - iktisabı için esas itibarıyla bu zaman unsuruna diğer bazı unsurların ve bilhassa şey üzerinde fiili hâkimiyet unsurunun inzımanı mutlaka lâzımdır. Bu gerek adi zaman aşımı hakkında MK 638 den ve gerekse fevkalâde zaman aşımı hakkında MK 639 dan sarahaten anlaşılır. Zaten menşeyini Roma hukukundan alan bu müessesenin tarihi tekâ mülûde bunu icab ettirir (13). Bir çok lisanlarla kullanılan Ususcapio teriminden zilliyetlik mefhumu açıkça anlaşılır.

O halde herhangi bir iltibasa ve yanlış anlamaya meydan vermemek maksadiyle belki MK 125 vd de tanzim edilen müesseseyi sadece zaman aşımıyla ve MK 638 vd. dekini ise Prof. Göktürkün yaptığı gibi "Yıllanma" terimiyle ifade etmek daha yerinde olur (14).

Mamafih bu iki müesseseye arasında mahiyet bakımından olan bu esaslı fark bir tarafa bırakılırsa tabii tutuldukları hükümler bakımından bazı benzerlikler yok değildir "Çünkü her iki zaman aşımını haklı gösteren sebepler aynı olduğu gibi onların tabii oldukları rejimde bir çok noktalardan müşabehet arzeder; müddetlerin hesabı, zaman aşımının kesilmesi ve durması sebeplerinde olduğu gibi,, (15). MK 640 sarıh olarak

(12) Bu hususta Dr. Z. Çandarlı "Borçlar hukukunda mururi zaman" Ankara 1945 S. 12 vd. ye de bakın.

(13) Bu hususta bak Koschaker S. 136 vd.

(14) Aynı haklar S. 881

(15) Colini Capitanti II S. 956

bütün bu hususlarda "alacak müruru zamanında cari olan hükümler tatbik olunur,, demek suretiyle bunu teyyit eder.

§ II: Adi iktisap zaman aşımı kavramı:

Adi iktisap zaman aşımı gayri menkul mülkiyet hakkın iktisap şekillerinden biridir. Bu uzun bir zaman nizasız ve fasılasız devam eden bir zilliyetliğe müsteniden tapu sicilinde malik olarak tescil edilmiş olan şahsa mülkiyet hakkını kazandırır.

İlk bakışta böyle bir müessesenin Türk - İsviçre hukuk sisteminde yeri olmaması icap eder. Çünkü bu sicil sisteminde gayri menkul mülkiyeti ancak bir iktisap sebebine müsteniden yapılan bir tescil ile intikah eder, diğer taraftan tapu sicilleri ammenin itimadına mashar sicillerdir. Bu prensiplerden mantıki olarak "hiç kimsenin tapuda müseccel malike karşı zaman aşımı iddiasında (16) bulunamayacağı neticesine varılmak icabederdi. Zaten hakikatte durum böyledir. Burada zaman aşımı iddiasında bulunan ve bu suretle malik olduğunu iddia eden bizzat tapuya malik olarak kaydedilmiş olan şahıstır.

Türk - İsviçre hukukunda gayri menkul mülkiyetinin nakli illetli bir muameledir, yani Alman hukukunda olduğu gibi sadece usulüne uygun olarak yapılmış bir tescil değildir, bundan başka olarak tescilin muteber bir hukuki sebebi de olmalıdır. İşte adi iktisap zaman aşımı müesseseleri hukukumuzda gayri menkul mülkiyetinin nakli hakkındaki prensiplere muhalif olmak şöyle dursun bilâkis onları teyyit eden daha doğrusu onların bütün hükümlerini husule getirmelerini temine yarayan bir mahiyet arzeder. Bir kere o, mülkiyetin iktisabı için sadece tescilin kâfi gelmediği hakkındaki prensibi tamamlar (17). Çünkü hükümsüz olan iktisap sebebi ne istinatla yapılan tescil neticesinde mülkiyet hakkı da muteber bir şekilde karşı tarafa intikal etmiş olmaz ve mülkiyeti devreden her zaman için hükümsüzlük müeyyidesinin tatbikiyle tapu kaydının tashihi talebinde bulunabilir: MK 933 (18). Fakat devredenin uzun zaman ses çıkarmaması ve malik olarak tapuya tescil edilen aleyhine tashihi dâvası ikame etmemesi onun bir zamanlar mülkiyet hakkını devretmek gayesiyle

(16) Rossel t. II S. 37; "başkasının tapulu yerine mururu zaman müddetince vaziyet etmek tasarruf hakkı bahşetmez." 1 Hukuk, 14/4/1943, 3254/1118, Tepeci-den 1949 S. 60

(17) Rossel, İbid.

(18) Tadil ve tashihi arasındaki farklar için bak Velidedeoğlu - Esmer S. 413. Tapu sicil nizamnamesi; kayıtların kanuni sebebe istinat etmediğinden veya hukuki kıymetini kaybettiğinden dolayı tadil veya terkin edilebilmelerini MK 933 ve 934 hükümlerine tabi tutar; mad. 67.

hareket ettiğine bir karine teşkil eder, hele karşı tarafın hüsnüniyetli olması halinde onun bu kadar zaman sonra harekete geçmesi adeta hakkın bir suiistimali gibi görünebilir ve bu sebeple de zaten MK 2 karşısında himaye edilmemesi gerekir. İşte kanun koyucu MK 638 le böyle bir durumu önlemek istemiş (19). ve muteber olmayan bir iktisap sebebine müsteniden tapu siciline malik olarak tescil edilmiş kimsenin bu gayri menkulü on sene müddetle nizasız fasılsız ve hüsnüniyetle zilyet olarak yedinde bulundurması neticesinde artık “o gayri menkul üzerindeki hakkına itiraz olunmayacağı” öngörmüştür.

§ III : Adi iktisap zaman aşımının mahiyeti:

Adi iktisap zaman aşımı muayyen bir müddet devam etmiş olan bir zilyetliğe müstenit bir iktisapşeklidir diye tarif edilir (20).

Fakat bizim hukukumuzda tapuya bir başkası adına kayıtlı bir gayri menkulün zaman aşımıyla iktisabı esas itibariyle imkânsızdır. Kanun koyucu buna tek bir halde yer vermiştir.: o da gayri menkul tapuya kayıtlı olmakla beraber, tapu sicilinden sahibinin kim olduğu anlaşılmasında halidir. Yani MK 639/II deki durumlarda bu istisnaen kabul olunur. Bu ihtimallerde böyle bir gayri menkul belki de artık az çok MK 635/I anlamında sahipsiz bir hale gelmiştir de denebilir.

Binaenaleyh adi zaman aşımıyla bir aynı hakkın ve dolayısıyla mülkiyet hakkının iktisap edilmemesi için zilliyetten gayri diğer bir hususun daha inzımanı lâzımdır ki oda tapu siciline tescildir. Türk hukukunda tescile mutlak pozitif bir kuvvet tanınmamıştır, tescil muteber bir hukuki sebebe müstenit olmaz veya haksız olursa tescile rağmen mülkiyet hakkı müktesip mevkiinde bulunan ve tapuya malik olarak kaydedilmiş olana intikal etmez. Daha doğrusu hükümsüzlük hakkındaki modern nazariyenin anlayışınada uygun olarak muteber bir şekilde intikâl etmez (21). İşte MK 638 deki zaman aşımı tescilin illetini, sebebini teşkil eden hukukî muameledeki fesadın ifakat bulmasını temin etmek suretiyle (22). tescilli hükümsüzlük müeyyidesine tabi olmaktan kurtarır ve bu suretle o zamana kadar muteber olmayan mülkiyet hakkının intikalini de muteberleştirir. Wieland'a göre ise “zaman aşımı doğrudan doğruya iktisap sebebinin noksanı yerine kaim olur” (23). yani Klâsik hükümsüzlük an-

(19) Bu hususta JDT 1924, S; 641 e de bakın

(20) Wieland C. I, S. 141 C. I, S. 1052.

(21) Aksi bir görüş Haab, muharrir “haksız bir tescil hiç bir hak yaratmaz, kabili itiraz (Anfechtbarness) bir hak dahi yaratmaz” der S. 278.

(22) Homberger FJS No 310 S. 9. .

(23) C. I. S. 143.

layışına göre kanun âmir hükümlerine muhalefetinden dolayı mutlak butlanla mualelî ve bu sebeplede zaten hukuki bir mevcudiyeti olmayan iktisap sebebinin yerine kaim olarak tescilin hukuki illetini teşkil eder. Bundan böyle tapuda malik olarak kaydedilen kimse aleyhine ne tescilin tashihi dâvası ve nede istihkak dâvası artık ikame edilemez.

Şu halde bu mahiyeti itibariyle adi zaman aşımı gayri menkûl mülkiyetinin bir iktisap şekli olmaktan ziyade muteber bir surette iktisap edilmemiş olan mülkiyet hakkını sağlamlaştırmanın hususi bazı şartları haiz olması gereken bir zilyetliğe müsteniden sonra sıhhat kazanmasını temin eden bir müessesedir (24).

Wieland'ın ifadesiyle "bu, bir hukuk işlemiyle mülkiyetin iktisabının esaslı bir mütemmem cüzünü teşkil eder" (25). O halde onun bazılarının iddiası veçhile asli bir iktisap şekli olarak telâkki etmeye kanaatımızca (26) imkân yoktur. Bu belki de Wieland'ın klâsik hükümsüzlük nazariyesine müstenit görüşü (27) benimsenirse doğru olabilir.

Bu izah ettiğimiz şekli ile adi iktisap zaman aşımının çift bir mahiyeti olduğu meydana çıkar. O, bir taraftan muteber bir iktisap sebebine müstenit olmadan gayrimenkulünü devretmiş olanın haiz olduğu tapu sicilindeki kaydın tashihi dâvasını zaman aşımına uğratar (28) bu mahiyetlede bir def'i karakterini arz eder. Diğer taraftan da tapuya malik olarak kaydedilmiş olanın muteber olmayan bir şekilde iktisap etmiş olduğu mülkiyet hakkını muteberleştirmek suretiyle ona karşı yapılabilecek olan bütün hükümsüzlük itirazlarının tesirsiz kalmasını intaç eder, yani mülkiyetin nakline mütedair olan muamelenin tamamıyla muteberleşmiş olmasıyla mülkiyet hakkının eski malik tarafından kat'i surette kaydedilmesi neticesini doğurur. Onun bu son mahiyeti hâkim tarafından resen nazarı itibara alınmamasını gerektirir mi? kanaatımızca bu sual müsbet şekilde cevaplandırılmalıdır yani MK 933 e müsteniden açılan bir tashih dâvasında hâkim MK 638 deki şartların mevcudiyetine ittilâ kesbettiği takdirde bunları resen nazarı itibara alarak davayı reddedebilmelidir.

II Bölümün adi iktisap zaman aşımının şartları:

"Muhik bir sebep yok iken tapu sicilinde uhdesinde mâlik sıfatıyla mukayyet bulunan bir gayri menkûlü fasılasız ve nizasız on sene müd-

(24) Aynı manada Aubry - Rau C. II S. 443

(25) C. I. S. 141

(26) Tuor S. 463. Koschekar S. 135

(27) Wieland C. I. S. 143

(28) JDT 1924 S. 461

detle ve hüsnüniyetle yedinde bulunduran kimsenin o gayrimenkûlün üzerindeki hakkına itiraz olunamaz diyen MK 638 e göre adi iktisap zaman aşımıyle mülkiyetin intikalinde tapu sicili yine mühim bir mevki haizdir. Bu suretle ancak tapu siciline malik olarak kaydedilmiş kimse iktisapta bulunabilir (29).

Adi zaman aşımının şartlarını MK 638 den de anlaşılacağı üzere üçe irca etmek kabildir: a) Hakkı bir hukuki sebebe müstenit olmayan bir tescil, b) şeyi muayyen bir müddet zarfında bu tescile müsteniden malik gibi yedinde bulundurmak, c) bütün bu müddetin devamı boyunca şeyi yedinde bulunduranın hüsnüniyetli olması, yani tescilin muhik ve hukuka uygun olmıyan bir sebebe müstenit veya sebepsiz bulunduğunu görülebilecek bir hataya müsteniden bilmemek.

§ I : Muhik bir sebep olmadan yapılan tescil:

Gayri menkul mülkiyeti ancak tapu siciline vaki tescil neticesinde intikâl eder, tescil yapılmadıkça tapuya kayıtlı gayri menkûller üzerinde esas itibariyle her hangi bir hakkın tesisi kabil değildir (30). Fakat tescil illete bağı bir muamele olduğundan mülkiyetin intikalini tek başına temin etmiye kâfi gelmez buna diğer bazı şartların ve bilhassa muteber bir iktisap sebebinin inzâmını zarttır (31). O halde gayri menkûl mülkiyetinin muteber bir şekilde devredilmemesi için evvelâ taraflar arasında devir vecibesini doğuran bir iltizam muamelesinin yapılmış olması lâzımdır, ondan sonra bunun ifası mahiyetinde bulunan bir tasarruf muamelesi olan tescilin yapılması gerekir:

I — Tescilin dayandığı hukuki sebep:

a — : Bu sebep ekseri hallerde borçluyla mülkiyeti devir vecibesini tahmil eden bir taahhüt (iltizam) muamelesidir, taraflar arasındaki bir akittir. Mamafih bunun bazen ölüme bağı bir tasarrufla yani gerek miras mukavelesi ve gerekse vasiyetname ile yapılmış bir vasiyet veya bir mirasçı naspı olmasında mümkündür (32). Şüf'a; Vefa, ve iştirâ muka-

(29) Homberger FJS No: 310 S. 9

(30) E. Huber, Expo des motifs, C. III S, 319

(31) Wieland C. II S. 917

(32) Mirasçı naspına müteallik ölüme bağı tasarruflar hakiki bir tasarruf muamelesi mahiyetindedir. Şu manadaki ölümlerle beraber tıpkı kanuni tevaruste olduğu gibi mülkiyetin intikalini sağlarlar. Kanaatımızca miras taksimi mukavelelerinin de mahiyeti böyledir. Bu hususta bak Postacıoğlu Tez S. 140, J. Güral Ankara Barosu dergisi 1953 sayı 2, S. 125.

velelerinde bazılarının iddiası hilâfına bu anlamda birer taahhüt (ilzam) muameleleri mahiyetinde olmak üzere zikredilebilir çünkü kanaatimizce bu mukavelelerle kendisine bahşedilen yenilik doğuran hakkı kullanmak suretiyle alacaklı kendisiyle borçlu arasında sadece borçluya gayri menkul mülkiyetinin devri vecibesini yükleyen bir hukuki muameleye vücut verir yoksa bu yenilik doğuran hakkın istimali ile birlikte mülkiyet kendisine intikal etmiş olmaz (33).

Tescilin hukuki sebebinin teşkil eden taahhüt muamelesi acaba BK 17 anlamında illetten mücerret bir muamele de olabilir mi? Meselâ A hiç bir sebep göstermeden tapuda mukayyit bir gayrimenkûlünü B ye devredeceğini taahhüt etse B buna müsteniden taahhüdün yerine getirilmesini ondan isteyebilir mi? BK 17 de bir tefrik yapılmadan umumi olarak mücerret hukuki muamelelere yer verilmiş olduğundan MK 5 delâletiyile bunun Medeni kanuna ve hususiyile üzerinde durduğumuz meseleye tatbikinde hukuki bir mani tasavvur edilemez (34). Borçlu taahhüt muameleleriyle yüklenmiş olduğu mülkiyeti nakil vecibesini tescili yaptırmak suretiyle yerine getirmek mecburiyetindedir. Eğer tescil talebinde bulunmassa; türk hukuk tatbikatında çok kullanılan bir ifade ile “ferâğa, takrir vermeğe,, yanasmazsa; alacaklı akdın ifası dâvasını açabilir. Bu dâva neticesinde verilen kararın tamamen yapıcı yenilik doğuran inşa’i bir mahiyeti vardır. Çünkü bu karar borçlunun iradesi yerine kaim olarak bizzat alacaklıya tescili talep selâhiyetini tanımaktan daha ileriye giden neticefer husule getirir. MK 633/II gereğince mahkemenin kararıyle beraber mülkiyet alacaklıya intikal etmiş olur. Yani alacaklı tescilden evvel mülkiyet hakkını kazanmış olur.

b — : MK 634 (35) ve BK 213 mucibince gayri menkûl mülkiyetinin devrini tazammun eden akitler muteber olmak için resmi şekilde yapılmış olmalıdır. Resmi şekilden ne anlaşılması lâzım geldiğini tapu kanununun 26 ncı maddesi tavzih ederek bu husustaki mukavelelerin tapu memurlarınca tanzim edileceğini öngöür (36). Mamafih MK 634, BK 213 ve tapu kanunundaki bu şekil şartına müteallik kaide’in istisnaları vardır. Eu

(33) Aksi görüş Prof. Mardin ve Belgesay, Sebükten “Şüf’a vefa ve iştirâ hakları” İstanbul 1951 S. 95

(34) Aynı manada V. Tuhr: İsviçre Hukukuna göre mülkiyetin devri Ank. Hukuk Fakültesi dergisi C. III sayı 2-4, s. 640

(35) Maddedeki “mülkiyeti nakleden den akitler” ifadesi yanlıştır. Çünkü Türk hukukunda mülkiyetin vecibevî mahiyetteki bir akitle nakli esas itibariyle mümkün değildir. Bu hususta daha fazla izahat için J. Güral ibid.

(36) Tapu Kanununun neşrine kadar bu kabil mukavelelerin noter veya tapu memuru önündemi yapılacağı gerek mahkemeler tatbikatında ve gerekse doktrinde çok ihtilâf idi.

istisnaları miras taksim mukaveleleriyle şuf'a akdinde yazılı şekli kâfi gören MK 612 (37) ile BK 213/II, Vef'a ve iştirak aktiyle, satış vadiinde sadece resmi şekil arayan yine BK 213/I (38) ve ölünceye kadar bakma mukavelelerinin tapu memurlarının önünde olduğu kadar Sulh mahkemesi ve noterler tarafından muteber bir şekilde yapılabileceğini kabul eden bir tevhidî içtihat kararı vermektedir (39). Miras taksim mukavelelerinde sadece yazılı şeklin kâfi olduğu hakkındaki görüş mahiyeti itibariyle hak sujesinin değişmesini derpiş etmiyen ancak kollektif mülkiyete son veren "ve müsterek malların tevziine mütedair bulunan taksim mukavelelerinde" teşmil edilmelidir (40).

Şekle riayet mecburietini akdin yalnız mülkiyetin nakli taahhüdüne mütedair olan kısmına değil lâkin bütün esaslî unsurlarına da şamilidir (41). Ayrıca resmi şekle her müşahhas hâdisede taraflarca esaslî telâkki edilen unsurlar hakkında da riayet edilmelidir (42).

II — : Tescil :

Gayri menkul mülkiyetinin nakli için kanunun aradığı resmi şekle uygun olarak yapılmış bir anlaşma kâfi gelmez. Bu sadece taraflara mülkiyetin devri vecibesini yükler mülkiyetin intikali için bunun mutlaka tapuya tescili lâzımdır (43). Tescil mülkiyeti nakil vecibesini yük-

(37) MK 612 in açık ifadesine rağmen bu mesele Türk hukukunda şüpheli idi. Nihayet Temyiz mahkemesi 10/12/1952 tarih ve E2/K nolu bir içtihatları birleştirme kararıyla ihtilafı kesin olarak bu şekilde halletmiştir: Rg No 8358 FMK R047, II. 254 nda görüşü bu merkezdedir. Zaten miras taksimi mukavelelerinin mülkiyeti nakil bir mahiyetini olduğu yoksa sadece MK 634 anlamında bunun naklinin hukuki bir sebebinin mi teşkil ettiği hususu da ihtilâflı bir konudur. Bu hususta bak J. Gural Sge S.*122 vd Postacıoğlu tez, JDT 1923, S. 507

(38) Noter Kanunu madde 44.

(39) 10/12/1952 tarih ve F 4/K 5, Rg No 8358

(40) Aynı görüş Postacıoğlu tez S. 140, yazar bu hususta birde neşredilmemiş temyiz kararı zikretmektedir. Tic. D. 16/1/1941 tarihli kararı, FMK aksi bir görüştedir JDT 1923. S. 507

(41) Bu hususta 1. Huk. satış vaidine müteallik olan 2/4/1951, 1025/4703 tarihli kararına da bakın: Tepeci 1952, S. 209, JDT 1953 S. 223. Cons. 2

(42) YDT 1943, S. 75, 1953, 362

(43) Maalesef Türk hukukunda bu gün bile tapuya kayıtlı gayrimenkullerin sadece yazılı veya noter önünde yapılmış mukavelelerle müsteniden sözde devredildiğine şahit olmaktayız. Bunlara gerek tatbikatta ve gerekse hukuk doktrininde naklin tapu haricinde yapılmış olduğunu göstermek maksadiyle gayri menkullerin harici satışları denir. Bunun sebebinin bir taraftan tarihi olaylarla (Bu hususta bak J. Gural

lenmiş olan tarafın yani gayri menkûlün temlik eden durumunda eski malikçe (44) yapılan yazılı bir tescil talebi üzerine tapu memuru tarafından tapu kütüğüne düşürülen bir kayıttır: Tapu sicil nizamnamesi mad. 26, 27, 32 (45). Tescilin mülkiyet hakkının doğumu ve intikali için zaruri olduğu hallerde tescil talebi eski malikten sadır olmalıdır. Mülkiyet hakkının tescilsiz olarak intikal ettiği yerlerde bu talep mülkiyeti evvelden iktisap etmiş olan kimse tarafından yapılmalıdır. Bu vaziyetlerde tescilin gayesi, tapu sicilini fiili duruma intibak ettirmek başka bir şekilde meydana gelmiş mülkiyet hakkının tapu siciline aksettirmek (46) suretiyle tapu sicillerinde h;kim olan ammenin itimadı prensibini temin etmektedir. Bu sebeptir ki X tarafından sadır olması kâfidir. Bu vaziyetlerde

Ank. Huk. Fak. Derg. C, IX, S, 40 vd; A, Gücün S, 117, 1515 nolu kanuna müteallik tevhidî içtihat kararı müzakeresi zabıtları ad. der. 1944, S. 159 vd) Diğer taraftanda memleketimizdeki tapu teşkilâtının henüz muntazam bir şekilde işlememesinde ve bilhassa köylerle tapu dairelerinin bulunduğu kazalar arasındaki münakalat güçlüklerinde ve belkide tapu harçlarının fazla yüksek oluşunda aramak lazımdır (bu hususta bilhassa bakın Postacıoğlu Tez). Medeni kanundan evvel vaki olmuş bu gibi harici satışlardan doğan fiili vaziyet ile hukuki vaziyeti telif etmek ve tapu kayıtlarını gayri menkûllerin zilyetleri lehine düzeltmek maksadiyle 1515 nolu kanun çıkarılmıştır. Fakat o zamandan beride fiili vaziyette bir değişiklik olmuş değildir, halada temyiz mahkemesi kararları arasında bu harici satışlardan doğan ihtilaflar çok büyük bir yer işgal etmektedir. Temyiz mahkemesi önceleri bu kabil satışlara hiç bir hukuki kıymet izfe etmiyordu; I, huk, 29.11.1938 E, 575/K, 2070 Tem, Ka, 1938, S, 122, III, Huk, 26.9.1938, E 9061/K, 7448 Sge, s, 268, Bu hakkaniyet ve çok kerelerde hüsnüniyet kaidelerine muhalif neticelere müncer oluyordu. Bu sebeptirki içtihadını değiştirmek zorunda kalan yüksek mahkeme her ne kadar bu kabil satışları muteber telakki edecek kadar ileriye gitmemişse de bu satışlarda bilhassa satıcıya nazaran daha kötü durumda bulunan alıcıyı himaye edebilmek için MK nin sair hükümlerden istianelerde bulunmuştur. İç. BK 3/4/1940; 5/7/1944; 10.7.1940: İç. Bk 1930-47: S 67, 177, 43; I, huk, 22.5.1951, E 9497/K 2752; HUH, 18,3,1953, E 5/166-K 58, ad, der, 1953, s, 1070; 5, Huk, 5.10.1950, E 3368/K 3204, ad, der, 1951 s, 452, Bu suretle hukuk kaideleriyle realiteleri ve hakkaniyet mülahazalarını bir dereceye kadar telif edebilmiştir.

(44) Tescil talebi malik namına mümessili veya vekili tarafından da istenebilir. Gayri menkûl satışına müteallik olarak verilen vekaletnamelerin şekle tabi olup olmadığı hususu münakaşalıdır. FMK bu hususta vekaletname resmi şekle riayet edilmeden verilmiş olsa bile muteber olacağına mütemayil görünür JDT 1932, S. 409. Temyiz ise aksi bir görüştedir: I. Hukuk 21/1/1950 5706/341. Mamafi karar ekseriyettedir: Tepeci 1952, S. 210.

(45) Tescil taleplerinin ve tescilin nasıl yapılacağı hakkında Tapu sicil nizam mad. 12 vd, 26 vd, Velidedeoğlu - Esmer S. 378 vd.

(46) Homberger FSJ No 310, S, 4

tescil başka bir ifade ile bizzat mülkiyetin intikali muamelesidir (47). Tescil gayri menkul mülkiyetinin nakli vecibesini doğuran satış, hibe gibi akitlerin tek taraflı olarak ifasımânasına gelir ki, bundan onun aynı zamanda illete bağlı bir muamele olduğu meydana çıkar.

Tescil talebinde bulunan bu tescilin dayandığı hukuki sebebede bildirmek zorundadır hatta sadece bildirmek değil aynı zamanda onu tev-sik edici vesikalarında tapu memuruna vermekle mükelleftir: MK 924, tapu sicil nizamnamesi Madde 18, 27. Şu halde yapılan tescil ve dolayısıyla mülkiyetin nakli ancak tescilin hukukî sebebinin teşkil eden bir iktisap sebebine müstenit olmasına bağlıdır. Mülkiyet hakkının müteber bir surette intibakı için aynı zamanda bu hukuki sebebin kanunun âmir kaidelerine ve şekil şartlarına uygun bir iktisap sebebi, bir akid olması icap eder. Eğer bu iktisap sebebi hükümsüz ise buna müstenit olan tescilde müteber değildir. Kanunun ifadesiyle ortada muhik bir sebep yokken yapılan bir tescil (MK 638) yolsuz bir tescil (MK 932, 933) mevcuttur. Böyle bir tescile müsteniden mülkiyet müteber bir şekilde intikal edemiyeceğinden MK 933 e dayanılarak bu tescilin tashihi ve kanun neticesinde gayri menkulün istihkak dâvasıyla iadesi her zaman için bayi tarafından müşteriden talep edebilirdi. Fakat MK 638 de zikredilen bazı şartları nefsinde toplayan müşteri böyle bir dâvaya karşı muvaffakiyetle karşı koyacak bir vaziyettedir.

III Muhik bir sebep olmadan yapılan tescil:

Kanun MK 638 (48) de “muhik bir sebep yokken” yapılan tescilden 932 (49) in birinci cümlesinde “yolsuz olarak yapılan bir tescilden” 933 de de “hakkı bir sebep olmaksızın yapılan bir tescilden” bahseder. 932 nci maddenin ikinci cümlesinde de “yolsuz tescil haksız veya lüzum ifade etmeyen hukuki bir tasarruf mucibince yapılan tescil”dir, der. Bu hususta kullanılmış olan bu değişik ifade ve terimleri kanaatımızca muayyen mefhumlara irca etmek kabildir. MK 638 deki “muhik bir se-

(47) Postacıoğlu tez S. 40 Türk hukuk tatbikatında eskiden beri yerleşmiş olan bir ifade ile bu “ferâğ muamelesi” namıyla afindırılır. Tescilin talep edilmeside ekseri “Tahrir verilmesi” kelimeleriyle ifade edilir.

(48-49) Bu maddelere tekâbül eden İMK 661 de “sans Cause legitime - muhik (hakkı) bir sebep olmadan” İMK 974 te “inscription est faite indument, haksız tescilden” İMK 975 de “une inscription est faite sans cause legitime, muhik bir sebep olmadan yapılan tescilden” bahseder. İMK 974 un ikinci fıkrasına göre” hakkı bir sebebe istinat etmeyen (sans droit) veya lüzum ifade etmeyen (non Obligatoire) “bir hukuki muameleye müstenit olan bir tescil” haksız bir tescildir.

bep yokken" (50) ile MK 932 deki "Yolsuz tescil" terimleri ikisinde aynı kavramı hukuka muhalif olma kavramını ifade ederler. Hukuka muhalefetle yapılan bir tescilden ne kastedilmek istendiğini de MK. 932/II izah etmektedir. böyle bir tescil ya a) bizzat bir tasarruf muamelesi olan tescilin muteberliği hakkında konmuş olan kaidelerin ihlaliyle yapılan bir tescildir; yani bir sebebe müstenit olmıyan bir tescildir. Yahutta b) tescilin illetini teşkil eden hukuki muamele hükümsüzdür, yani lüzum ifade etmiyen bir muamele (hükümsüzlük müeyyidesine tabi bir muamele) olmasından dolayı tescil hukuka muhaliftir. Çünkü aynı bir hakkın muteber bir surette tescilin bir illetini teşkil eden iktisap sebebinin sahih ve muteber olmasına bağlıdır.

Gerek taahhüt (iltizam) ve gerekse tasarruf muameleleri muteber olabilmek için hukukun âmir kaidelerine riayetle teşekkül etmiş olmalıdır. Bu muamelelerden birinin bu kaidelere muhalefeti mülkiyetin muteber bir şekilde intikaline manidir (51), bilindiği üzere tek başına ne taahhüt muamelesi ve ne de tasarruf muamelesi mülkiyetin intikali için kâfi değildir. Mamafih mülkiyeti intikal ettirmek bakımından tasarruf muamelelerinin rolü ve mevkii daha ehemmiyetli görünür, çünkü sadece muteber bir şekilde intikal etmiş olan taahhüt mukavelesiyle mülkiyetin karşı tarafa intikalı ne taraflara ve nede üçüncü şahıslara karşı hiç bir hüküm ifade etmez. Hattâ gayri menkulün müşteriye teslim edilmesi ve bu teslim üzerinden on seneden fazla bir zaman geçmesi halinde de vaziyet

(50) "Gayri muhik" tabiri BK 20 de de İMK fransızca metindeki "illicite"e tekabül etmek üzere kullanılmıştır ki bu hukuka aykırı manasına gelir. Oser ter. C, I, S, 164, Funk ter. S. 33 Von Tuhr'ın Sge makalesini tercüme ederken Dr. K. Ayiter bunu "sebehsiz olarak" şeklinde tercüme etmişse kanaatımızca bu iltibaslara meydan verilebilir. Bu kerre BK 61 vd, anlamında bir muamelenin kastedildiği zahabını uyandırabilir. Nitekim V. Tuhr'da bu tehlikeye işaret etmiştir. Sge, S. 641. Bu şekilde bir tercüme bu sebeblede MK 932 'in şumulünü ve manasını daraltabilir. Karafakih bunu "haksız tescil" olarak çevirmiştir. C. II S, 926 halbuki hukuka muhalif şekilde yapılan bir tescilden bahsedilirse bundan bir tescilin muteber olması hususunda aranılan bütün amir kaidelere muhalefetle yapılmış bir tescilin mevzuu bahis olduğu kolayca anlaşılabilir. Nitekim MK 932/II den de gerek hukuki sebebin ve gerekse bizzat bir tasarruf muamelesi olan tescilin muteberiyeti için lüzumlu kaidelere riayet edilmeden yapılan bir tescilin mevzuubahis olduğu meydandadır.

(51) Tabii bütün söylediklerimiz mülkiyetin tescil anında intikal ettiği hallere münhasırdır. Tescilin bildirici bir mahiyet arzettiği vaziyetlerde sadece iktisap sebebi mahiyetinde olan hukuki muamelenin muteber olması kafidir. Fakat usulüne uygun olarak icra edilmemiş olan tescilin de tapu sicillerini hakiki vaziyete intibak ettirmek bakımından tashihi icap eder: bu hususta bak Homberger S. 425.

aynı iken (52) sadece tasarruf muamelesinin icra edilmiş olması halinde durumu tamamiyle başkadır. Tapu sicillerinden ammenin itimadına mazhar sicillerden bulunması bunlar üzerinede görülen tasarruf muamelelerinin (tescillerin) yolsuz tescillerden bulunması halinde bile bunlara itimat ile bir hak iktisap etmiş olan üçüncü şahısların (MK 931) ve hatta bazan tarafların (MK 638) korunmasını gerektirir. Üzerinde durmakta olduğumuz adi iktisap zaman aşımında bu bakımdan tarafların himayesi mülâhazasıyla tanzim edilmiş bir müesseseden başka bir şey değildir.

Şu halde yolsuz tescilleri (muhik bir sebep olmadan yapılan tescilleri) iki grupta tophyabiliriz:

A — : Muteber olmayan bir hukuki sebebe müstenit tesciller:

Tescilin illetli bir muamele oluşu muteber olmayan bir hukuki sebebe müsteniden yapılmış olan tescilin de hukuk nazarında sahih ve muteber olmaması neticesini doğurur. Burada bilhassa ehemmiyet arzeden taraflar arasındaki mülkiyeti nakil vecibesini doğuran anlaşmanın hukuken hükümsüzlük müeyyidesine tabi bir muamele oluşudur. Hukuki muamelelerin muteber olmamaları muhtelif sebeplerden ileri gelir:

a — Taraflardan birinin fiil ehliyetinin (medeni hakları istimal ehliyetini) haiz olmaması (MK 15) (53), aktin kanuna muhalif bir muhtevası olması (MK 20) (54) veya şekle uygun bulunmaması (55) ki gayri menkul mülkiyeti mevzuu bahis olunca şuf'a ve satış vaadi müstesna riyeti gerekli şekil hemende daima tapu memurları tarafından yapılması icabeden resmi şekildir. Bu kaideler âmir mahiyette olduğundan bunların ihlâli ile yapılan muamele mutlak butlan müeyyidesine tabi olur. Fakat bazı hallerde bu müeyyideyi dermeyan, hakkın bir suiistimali mahiyetinde olacağından butlan dâvasının reddedilmesi icabeder ve bunun neticesinde de artık bir yolsuz tescilden bahsedilmez. Meselâ şekle

(52) Bununla bizim bu vaziyetlerde klasik hükümsüzlük nazariyesinin anlaşığı manada bir yok hukuki muamelenin mevcudiyetini kabul ettiğimiz zannedilmesin, çünkü böyle hukuki muameleden de bazı hukuki neticeler meydana gelebilir bu hususta bak yuk: gayrimenkullerin haricen satışı.

(53) 1. Huk. 11.7.1950, 4750/3217, Tepeci 1952. S. 327.

(54) Mesela boşanmayı temin zammında bir gayri menkûle müteallik hibe aktını FMK hükümsüz addetmişti. RO. 55.11.302 Tepeciden C. III, S. 60; temyiz mahkemesi bir gayri menkûlün mütemim cüzilerini satıştan hariç bırakan bir anlaşmayı, batil addeder. 1 Huk. 19.10.1950, 2362/3858, Ad. der. 1950 S. 446; 1. Huk. 2/4/1951, 1025/4703 Tepeci'den.

(55) JDT 1726 S. 343 vd.

riayet etmeden yapılan bir mukaveleye müsteniden tescilin icra edilmesinden ve gayri menkulün karşı tarafa teslim edilmesinden çok zaman sonra hükümsüzlüğün dermayen edilmesi (56) veya gayri menkul satış aktinde bedelin tamamıyla gösterilmesine rağmen aktin tescil ve ifa edilmiş olması (57) gibi. Aynı surette biz B. Tuhr'un fikri hilâfına olarak (58) satış akti yapıldığı sırada fiil ehliyetini haiz olmayan bir satıcının bu ehliyeti iktisap ettikten sonra tescil talebinde bulunmasının o ana kadar hükümsüz olan satış aktinin tasvibi (Confirmation) manâsında telâkki edileceğine ve böyle bir muamelenin bu suretle artık muteberleşmiş olduğundan ona müstenit tescilinde yolsuz addedilmeyeceği kanaatindeyiz.

b — Müvazaalı bir hukuki muamele de hükümsüzdür. Gayri menkulün satışlarında müvazaa ekseri satış bedeli üzerinde yapılır (59). Bu bilhassa yüksek olan tapu harçlarından kurtulmak maksadiyle hakiki bedelden daha eksik bir bedel göstermek suretiyle olur. Böyle bir anlaşma muvazaalı olması itibariyle prensip olarak hükümsüzdür. Fakat bir müşahhas hâdisenin bu bakımdan muvazaalı olduğunu söyliyerek ona hükümsüzlük müeyyidesinin tatbiki fiiliyatta çok kere bununla temin edilmek istenilen gayelere muhalif neticelere bizi sevkeder.

1 — : Taraflar hakikatte sözlü veya yazılı olarak daha yüksek bir fiyat kararlaştırmışlar ve müşteri tarafından bunun bir kısmı ödendikten sonra yapılan resmi senette satış bedelini harçlardan kaçınmak maksadiyle kalan mütebaki kısma hasretmişlerse artık burada muvazaadan bahsedilmemelidir. Çünkü resmi surette gösterilmiş olan senedin yapıldığı andaki tarafların hakiki iradelerine tam manasiyle tekabül etmektedir, resmi şekil haricinde tekarrür etmiş olan bedel ile senette gösterilen bedel arasındaki fark senet yapıldığı zaman zaten ödenmiş olduğundan, senetteki bedel objektif olarak tâyin edilecek olan bedeli hakikaten göstermektedir (60). Bunda başka muvazaalı bir muamelede taraflardan birinin üzerinde durduğumuz vaziyette olduğu gibi kendilerinin hakiki iradelerine uygun olarak icra edilmiş bir muameleyi bilhassa bu muamele tamamıyla ifa edildikten sonra hükümsüzlüğünü dermayan

(56) JDT 1953 S. 233 V. Tuhr. sge S. 644

(57) JDT 1924, S. 436, bilhassa 438.

(58) Sge, S. 645.

(59) 30/3/1929 tarihli emvali gayri menkulenin tasarrufu hakkındaki kanunun 4 üncü maddesi mucibince muvazaa ve namı mustear davaları mesmu değildir. Bu hususta ayrıca temyizin 8/5/1941 tarihli ve 2915 İç. Bk. Tepeci Borçlar S. 38, fakat medeni kanunun meriyete girmesinden sonra BK 18 inci umumi hükmü karşısında artık bu hükmün kabiliyeti tatbikiyesi kalmamıştır. Aynı manada olmak üzere 5.2.1947 ve 20/6 İç. Bk. Tepeci Sge S. 37.

(60) JDT 1924, S. 436

edeceğinin kabulü hüsnüniyet kaidelerine muhalif olduğu gibi bu müeyyide ile ihlâli önlenmek istenen hükmün gayesine de muhalif düşer ve bu müeyyideyi kanunun maksadından gayri maksatlara alet etmek olur (61). Böyle bir durumda tarafların harca müteallik hükümleri bertaraf etmek maksadiyle hareket etmiş olmalarının satış aktinin müteberiyeti üzerinde bir tesiri olmamalıdır (62). Bu görüş 5887 numaralı harçlar kanununun (63) 74 üncü maddesine de muhalif değildir. Maddedeki şartların mevcudiyetinin kanaatımızca hukuki muamelenin müteberliği üzerine bir tesiri yoktur. Bu olsa olsa tarafların maddede söylendiği üzere cezaî nakiyle mahkumiyetini mucip olabilir, yoksa tapu memuru kanaatımızca ne iktisap sebebini teşkil eden hukuki muamelenin hükümsüzlüğünü dermeyana ve ne de ferağ muamelesini durdurmaya selâhiyetli değildir. 2644 nolu tapu kanununun "..... bedelde ketim dolaşısıyla muamele geri bırakılmaz, diyen 29 uncu maddesinin harçlar kanunuyla kaldırılmasının bunun üzerine bir tesiri yoktur. Harçlar kanununun 72 inci maddesi sadece "mahkemelerle diğer resmî dairelere rayiç bedelden aşağı olarak yapıldığına muttali oldukları gayri menkul satış muamelesini,, mahallin en büyük mal memurluğuna bildirme mecburiyetini yükler (64).

2 — : Taraflar resmi senette satış bedelinin sadece bir kısmını göstermişler ve mütebaki kısımda henüz ödenmemişse bu takdirde senette gösterilen bedel tarafların aralarında kararlaştırmış oldukları hakiki bedele tetabük etmemektedir. Onlar hakiki iradelerini gizlemek ve bilhassa daha ağır olan harçlardan kaçınmak maksadiyle bu şekilde hareket ettiklerinden bu takdirde hakikaten bir muvazaalı muamele mevcuttur (65). Tarafların her ikisinde bunu dermeyan edebilmelidir. Her ne kadar doktirinde muvazaanın müeyyidesini mutlak butlan olduğu söylenerek bunu herkesin dermeyan edeceği ileri sürülürse de kanaatımızca hükümsüzlüğü kimlerin dermeyan edeceği hususu bilhassa ihlal edilen hükmün gayesine uygun olarak tesbit edilmelidir. Kanun koyucu gayri menkul satışlarını resmi şekle tabi tutarken bilhassa tarafları himaye etmek ve onların düşüncesiz hareketlerine mani olmak istemiştir. Bu sebeple dirki buradada tapu memurunun muamelenin müvazaalı olduğuna istinat etmek selâhiyeti yoktur. Biz Prof. Karafakih'in "kaçırılan harç mik-

(61) Sgk S. 438, Jat 1953 S. 233 cor. 1

(62) JDT 1924, S. 101; 1. Huk. 20/9/1951, 153/3773.

(63) 29/2/1952 tarihli, sicilli kavanin 1952, S. 37. vd.

(64) Bu bildirme üzerine maddenin 2 inci fıkrası gereğince mal memurları satış muamelelerine mevzu olan gayri menküller hakkında rayiç bedel taktirini yaptırırlar.

(65) JDT 1926, S. 340.

tarı 500 liradan fazla olma unsurları bulunduğu takdirde taraflar bir suç işlemiş olacaklarından (harçlar kanunu madde 74) muamele BK 20 ye göre batıldır, hakim resen butlan kararı verebilir” demesini doğru bulmuyoruz (66). Çünkü bu 74 üncü maddede emredici bir hukuk kaidesi değil fakat bir memnuiyet normu mevzuu bahistir ve böyle “normların ihlâli için ceza müeyyidesi vaz etmek aklâ yakındır. Emredici kaidenin ihlali halinde olduğu gibi memnuniyete mugayyir aktın ayrıca batıl sayılıp sayılmıyacağı bahis mevzuu olan mahiyet ve gayesine göre mütalâa edilmek gerekir. Muhtevası hukuka mugayyir olan akitleri batıl sayan BK 20/I deki umumi hükmün bu nevi memnuniyete mugayyir akitlere istinasız şamil bulunduğu kabul edilmez,, (67) ki üzerinde durduğumuz bu 74 üncü maddedeki hükmün gayesi bu bakımdan kendisini ihlâl ederek yapılan muameleye BK 20 nin tatbikine muhaliftir. Bunun kabulü hükümsüzlük müeyyidesinin gayesinede muhalif olurdu. Bu vaziyette müvazaanın bilhassa üçüncü şahısların - ki buradaki üçüncü şahıs eksik harç verilmek suretiyle maddi menfaati ihlâl edilen Devlettir-menfaatlarını ihlâl ettiğinden onların tapu memurunun - muamelenin hükümsüzlüğünü dermeyeran hakları olduğuda iddia edilemez. Çünkü kanun vazii bu hususta onların menfaatlarını başka yoldan himaye edecek tedbirler almıştır : Harçlar kanunu 74.

3 — : Bazan da müvazaa taraflardan birine üçüncü şahıslardan bazı menfaatler temin etmesini sağlamak maksadiyle satış bedelinin hakiki bedelden daha fazla gösterilmesi suretiyle yapılabilir. Bu vaziyette müvazaayı gerek taraflar gerekse menfaatları ihlâl edilen üçüncü şahıslar dermeyeran ederek gayri menkûl satış aktinin hükümsüzlüğünü isteyebilmelidirler (68).

C — : İrade fesadiyle muallel veya gabinli olan bir muamelede kanunun ifadesiyle lüzum ifade etmeyen bir muameledir. Fakat bu kabil akitlerin müeyyidesi ya tek taraflı bağlamazlık veya gabin halinde ona yaklaşan bir hükümsüzlük derecesi olduğundan muayyen bir müddetin geçmesinden sonra artık hükümsüzlük müeyyidesine istinat edilmez. Zaten böyle bir anlaşma tasvib edilebilir, kanunun ifadesiyle icazet verebilir: BK 31. Binaenaleyh bir kimsenin irade fesadına muttali olarak tescil talebinde bulunması veya gabinli aktin, tarihinden bir sene sonra tescil edilmesi halinde artık ortada yolsuz br tescil var denemez.

B — : Tasarruf muamelesi (tescil) kanunun âmir hükümlerine muhaliftir.

(66) Ankara Bar. Der. 1953, Sayı 3 s. 249.

(67) Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri 1948, s. 338.

(68) Bu hususta bak Karafakih sge.

Bu da türlü sebeplerden ileri gelir:

1 — : Tescil talebi ancak malik tarafından yani gayri menkul üzerinde tasarruf selâhiyetini haiz olmayan biri tarafından talep edilmelidir: MK 924/II. Tasarruf selâhiyetine haiz olmayan biri tarafından vaki talep üzerine icra edilen tescil yolsuz bir tescil mahiyetindedir (69) Eğer tescilin illetini teşkil eden muamele tasarruf selâhiyetini haiz olmayan bir kimse tarafından yapılmış fakat tescil bu selâhiyeti haiz olanın talebine müsteniden icra edilmişse onun tescili talep ile birlikte muameleye zımnen icazeti lahik olmuş demektir. Bu sebeblede tescil artık yolsuz telâkki edilemez. Tasarruf selâhiyetine haiz olmayan şahsın tescilden sonra bu selâhiyeti kazanmasıyla da tescil yolsuz olmaktan çıkar (70).

2 — : Fiil ehliyeti (medeni hakları istimal ehliyetini) bulunmayan birinin talebine müsteniden yapılan tescillerde böyle bir mahiyeti haizdir. Tescilin illetini teşkil eden hukukî muamele yapıldığı esnada fiil ehliyetinin bulunması kâfi değildir. Bir tasarruf muamelesi olan tescilin talep edildiği anda da bu ehliyetin mevcudiyeti şarttır.

3 — : Tescilin yapılabilmesi için mülkiyeti nakledenin tescile muvafakat ettiğine dair yazılı bir beyanı lâzımdır (71) : MK 922, 923. Buna tescil talebi denir, tapu sicil nizamnamesi madde 12 vd, 14. Mülkiyetin nakli vecibesini yükliyen mukavelenin mevcudiyetinden sonra ayrıca yazılı bir tescile muvafakat beyanının aranması yersiz gibi görünebilir (72). "Şüphesiz bir aynı hak ihdas etmek rızası daha hukuki sebebin beyanı sırasında zahirdir Bununla beraber hukuki sebepte tezahür eden nakil arzusu mülkiyetin intikali için kâfi değildir mülkiyeti teslim etmek rızasının tescil zamanında da mevcut olması lâzımdır. İşte bunun içindirki tescile muvafakata lüzum vardır Bundan başka hukuki sebep tesis eden bağış ihdas edilecek aynı hakkın muhtevasını ancak genel surette tâyin eder. Bunlar daha vazıh olarak tescile muvafakat sırasında tâyin olunur. Nihayet bu hususiyle mülkiyetin nakli rızasıyla yapılan temlik sözleşmesinde şarta ve ihtirazi kayıtlara bağli olarak ifade olunur. İMK ya göre böyle bir şarta bağli rıza beyanı ne tescil ne de aynı hakkın tesisi için kâfi değildir. Binnetice mülkiyetin nakli arzusu aynı netice tevliit etmek için şartsız ve kayıtsız beyan edildiği tescile muvafakat suretiyle olur. Netice itibariyle tescile muvafakat malikin tesis sırasında tabi tutulduğu şartların icra edildiğine şahadet

(69) JDT 1926, s. 331

(70) Aynı manada Homberger, zilyetlik s. 425

(71) Velidedeoğlu - Esmer s. 378

(72) Netekim V. Tuhr bilhassa satış akti münasebetiyle buna işaret eder; sge s. 158 vd.

eylediğine ve kayıtsız ve şartsız olarak tescile muvafakat ettiği ne dair beyanından ibarettir” (73). Buna temellük edecek olanın iştiraki veya muvafakati mevzu bahis değildir, tescil ona rağmen yapılabilir. Fakat mülkiyeti nakil taahhüdünde bulunanın muvafakati olmadan yapılan tescil kanaatımızca haksız olduğundan buna müstenit tescil kaydının tashihini talep edebilir

3 — : Hukuki bir sebebe dayanmadan yapılan tesciller başka bir ifade ile temlik edenle temellük eden arasında bir mülkiyeti nakil taahhüdünün yokluğuna rağmen yapılmış olan tesciller: bunlar muhtelif şekillerde tezahür eder:

a) — : Tapu memuru sehven iktisap sebebi olan mukavelede gösterilenden başka bir gayrimenkulü ihtiva eden sicil sahifesine tescil kaydını düşürmüş olabilir.

b — : Yapılan tescil illetsizdir, yani kendisine mesnet teşkil edecek kelimenin hakiki manâsiyle bir akit taraflar arasında mevcut değildir.

c) — : Nibayet taraflar arasındaki mukavele tescilden evvel tescil talebinin tapu kütüğüne kaydından evvel feshedilmiştir.

Bununla beraber bütün bu hallerde hukuki noksan tescilden sonra tarafların şeklen muteber bir taahhüt muamelesi yapmalarıyla beraber tamamlanmış olur yani bu takdirde tescilin yeniden icrasına (74) ve MK 638 deki şartların tahakkukuna lüzum kalmadan bu muamelenin aktiyle beraber mülkiyet kütükte malik olarak görülen kimseye intikal etmiş olur. Şu halde adi iktisap zaman aşımının şartı buna istinat eden kimse- nin muhik bir sebep olmadan yapılan bir tescile yani haksız bir tescile müsteniden tapu siciline malik olarak kaydedilmiş olmasıdır. Zaten bu zaman aşımını MK 639 da tanzim edilen fevkalâde zaman aşımından ayıran mümeyiz vasıfların biride budur. Onun için bazan fevkalâde iktisap zaman aşımı “beyaza zaman aşımı veya tapu harici zaman aşımı” (75) diye adlandırmak suretiyle adi iktisap zaman aşımının ancak tapuda muteber olmayan bir tescile müsteniden malik olarak görünen lehine cereyan edeceğine işaret edilmek istenir.

Zaman aşımından istifade iddiasında bulunan kimse tapu kütüğünde tek başına malik olarak görülmelidir, (76) müşterek malik veya iştirak halinde malik olarak kaydedilmiş olanlardan biri diğerleri aleyhine olarak iktisap zaman aşımı iddiasında bulunamaz. Fakat öyle zannediyo-

(73) Wieland, C. II s. 889 vd.

(74) V. Tuhr sge s. 643.

(75) Göktürk s. 882

(76) JDT 1926 s. 322 vd.

ruzki mülkiyeti devr taahhüdünde bulunan aleyhine adi zaman aşımıyle gayri menkul üzerinde muayyen bir hissenin müşterek mülkiyet olarak iktisabı kabildir.

§. II. On sene müddetle gayri menkullü yedinde bulundurmak:

1 — : Muhik bir sebep olmadan yapılan tescile müsteniden tapu siciline malik olarak kaydedilmiş bulunmak kâfi değildir, aynı zamanda bu gayri menkûlün tapuda malik olarak gözüken kimseye teslim edilmiş olmasıda zaruridir. Gayri menkûl, zaman aşımıyle iktisap ettiğini iddia eden kimsenin on seneden beri münhasır fiili hakimiyetinde yani zilyetliğinde bulunmuş olmalıdır. Zilyetlik adi zaman aşımıyle iktisabın en mühim unsurlarından biridir. Çünkü bu zaman aşımının bütün gayesi uzun zamandanberi elde edilmiş olan zilyetliğe müstenit fiili durumun hukuki duruma tahvidir. (77). Her ne kadar MK 638 “on sene müddetle yedinde bulundurmaktan bahsedersede bu elinde bulundurmağa müstenid fiili durumda kâfi değildir. Bunun için tıpkı MK 639 da kanun tarafından sarahaten zikredilen şekilde bir zilyetlik yani mâlik gibi malik olmak kast ve iradesiyle zilyetlik lâzımdır. Başka bir ifade ile kendini mâlik zannederek ve münhasıran kendinin bu mevcudiyetine kani olduğu mülkiyet hakkına dayanan aslı bir zilyet olarak menkûlü yedinde bulundurmuş olmak gerekir. (78).

II — : On yıllık sürenin başlangıcı hangi andır? Bu hususta üç ihtimal hatıra gelebilir:

a — : Başlangıç ani gayri menkûlün fiili olarak müktesebin zilyetliğine geçtiği andır. Bu görüşü müdafaa edenlere göre adi zaman aşımıyla iktisapta en mühim unsur zilyetlik olduğundan sadece zilyetliğin On sene sürmüş olması kâfidir. “Zilyetlik On sene devam etmiş olmalıdır yoksa tescil değil, çünkü zilyet olmaksızın tescil zaman aşımını husule getirmez” (79). Fakat zilyetliğin hangi anda başlamış olduğu ihtilâfı ise bu takdirde tapuya tescil anı bilfiil zilyetliğinde başlangıç anı olarak kabul ve itibar edilir (80).

Kanaatımızca bu görüş medeni kanunun gayri menkûl mülkiyeti ve

(77) Haab s. 275

(78) JDt 1922 s. 328 Temyiz mahkemesi menkûl bir malın zaman aşımıyle iktisabından mütevellit bir ihtilâf münasebetiyle şöyle diyordu: “Merhun üzerine malik sıfatıyla zilyetlik bahis mevzuu olamaz.” HUH 16/2/1953, 3/186-37/K 36 Ad. Der. 1953 s. 502.

(79) Wieland C, I s. 143; Belgesay s. 63. Velidedeoğlu - Esemir s. 165.

(80) Velidedeoğlu-Esemir ibid

tapu sicili hakkındaki bir çok hükümleriyle tezat halindedir: 1) Tapuya kayıtlı gayri menküllerde zilyetlik mülkiyete bir karine teşkil etmez (MK 905), binaenaleyh şey üzerindeki zilyetlik bu vaziyetlerde MK 638 in aradığı üzere bir aslı zilyetlik mahiyetinde telâkki edilemez.

2) Tapuda bir başkası namına mücessel bir gayri menkulü ne kadar uzun bir zaman bir kimse elinde bulundurursa bulundursun zamanın geçmesiyle mülkiyet hakkını iktisaba imkân yoktur (81) aksini kabul tapu sicillerinin ammenin itimadına mazhar siciller olduğu hakkındaki prensibe muhalif olurdu.

3) MK 638 bilhassa tapu sicillerindeki aleniyet prensibini kuvvetlendirmek ve tapudaki hukuki durum ile fiili durum arasında bir ahenk sağlamak maksadını güder. Diğer taraftan bu müessese MK 633 deki “hakkı bir sebep olmaksızın yapılan bir tescil ile aynî hakları haleldar olan kimse kaydın terkinin veya tadilini isteyebilir” diyen prensibi tahdit etmek (82) ve bu hakkı hüsnüniyetli zilyet karşısında muayyen bir müddetle takyid etmek ister. Bütün bunlar ise ancak tapuda böyle bir tescilin mevcudiyetini icap ettirir. Öyle zannediyoruzki bu görüşün kabulü harici alım satımları da teşvik edecek mahiyettedir.

b — : Diğer bir görüş On senelik sürenin başlangıcı olarak tescilin yapıldığı anı nazarı alır ve tescilden itibaren On senenin geçmiş olmasını kâfi görür. (83). Kanaatımızca bu görüşde adi iktisap zaman aşımı müessesenin mahiyetine ve MK 638 e muhaliftir.

c — : Nihayet son bir görüş hem zilyetliğin ve hemde tescilin on sene devam etmiş olmasını ister. Hakikaten adi zaman aşımıyla kanun koyan her ne kadar gayri menkulü uzun zaman yedinde bulundurana himaye etmek ve korumak istersede o aynı zamanda herhangi bir zilyetliğide kâfi görmez mevsuf bir zilyetlik aslı bir zilyetlik arar, diğer taraftan kanun zilyedin bu iddiasını onun herkes nazarında tapuya malik olarak kaydedilmiş olmasının da haklı gösterdiği fikrinden de hareket eder. Ve tescile verdiği ehemmiyeti de belirtmek için her ikisini de adi zaman aşımının unsurları arasında birlikte sayar. Bu sebeple kanaatımızca ancak on senedenberi devam eden bir tescile müstenit on senelik bir zilyetlik neticesinde adi zaman aşımı tahakkuk etmiş sayılır (84).

Tapu siciline tescil anı MK 905 deki karineye müsteniden zilyetliğin

(81) I Hukuk 14/4/1943, 3254-1118 Tepeci s. 60

(82) JDt 1924 s. 461

(83) Haabin ifadelerinden bu görüşü benimsediği anlaşılmaktadır: s. 276; aksi görüş JDt 1926 s. 322 vd.

(84) Aynı manada Göktürk s. 882 I. hukuk 24/3/1942 3287-797 Tepeci s. 57. JDt 1924 s. 459, 461.

başlangıç anı olarakta kabul edilmelidir. Zilyetliğin tescilinden sonra iktisap ettiğini iddia eden bu iddiasını ispatla mükelleftir.

III — : Asli zilyetlik on sene müddetle nizasız ve fasılasız devam etmiş olmalıdır:

Nizasız mefhumunun burada fevkalâde zaman aşımındakinden farklı bir mahiyeti vardır. Buradaki nizaa, zilyetlik hakkından mütevellit ve MK 894 vd. maddelerine müstenit bir niza değildir Gayri menkûlü elinde bulunduranın zilyetlik haklarına vaki gasp ve tecavüzler zaman aşımıyla iktisabına mani olacak anlamda bir niza olarak telâkki edilemez. O bu hakkına vaki tecavüzleri bu maddelerde zikredilen müddetler zarfında açacağı zilyetlik davasıyla bertaraf ettirmek imkânlarına fiilhakika maliktir. Fakat bunları ikame etmesiyle bundan dolayı hakkını zayi etmez. Çünkü MK 905 deki karineye istinaden aynı zamanda aynı bir mahiyeti haiz olan istihkak dâvasını aşmak selâhiyetinide haizdir. O halde buradaki nizanın daha mevsuf bir mahiyeti vardır. Bu tapu sicilinde kayıtlı olmakla beraber hukuken hakiki malik sıfatını muhafaza etmekte olan tarafında zilyet aleyhine MK 933 deki gibi bir tescilin tashihi davası ikame edilmemiş olması veya açılan böyle bir davanın muvaffakiyetle neticelenmemiş olması demektir (86). Böyle bir dava mahiyetini haiz olmayan müracaatların işlemekte olan zaman aşımı üzerinde her hangi bir tesiri yoktur (87). Mesele hakiki malikin tesciinin müstenit olduğu hukuki sebebin hükümsüzlüğüne binaen açtığı butlan veya iptal davalarında kanaatimizce belki bu mahiyette bir dava ve binaenaleyh bir niza olarak telâkki edilemez amma o diğer taraftan iktisap edende bütün iktisap süresi içinde bulunması gerekli olan hüsnüniyeti ortadan kaldıracağından artık MK 638 e müsteniden iktisapta bulunabilmesi de kanaatimizce imkânsızlaşmış olur.

1 — : Davanın işlemekte olan zaman aşımını inkitaa uğratabilmesi yani kesebilmesi için usulüne uygun olarak ve hakiki hak sahibi tarafından ikame edilmesi gerekir (88). Açılan davanın zilyet aleyhine neticelenmesiyle beraber o zamana kadar işlemiş olan zaman aşımı temamiyle ortadan kalkar. Davanın esastan reddi halinde zaman aşımı kesilmiş ol-

(85) Planiol-Ripert III, s. 725.

(86) Haab s. 275; Gönensay s. 61 Oymanın Ad. Der. 1952, s. 1342.

(87) I. Hukuk 15/9/1945, 2636-3557 Tepeci s. 57

(88) Bu hususta daha fazla izahat için Ch. Rathger "l'action en Justice et l'Interruption de la prescription" Melange Guisan 1950 s. 237 vd. ayrıca J. Gural "Tapuya kayıtlı olmayan Gayri Menküllerin Hukuki rejimi" Ank. Huk. Fak. derg. C. IX, 1952, s. 76 vd. Davanın hangi anda açılmış telakki edileceği hakkında JDT 1923, s. 454

maz (89) ve dava sırasında zaman aşımı müktesip lehinde işlemekte devam eder, fakat dava şekle ait bazı noksanlardan meselâ mahkemenin selâhiyetsizliğinden veya vazifesizliğinden dolayı reddedilmişse öyle zannediyoruzki eski malik buradada yine BK deki munzam müddetten istifade edebilir.

Davacı kendi lehine aldığı bu tashihi ilâmını tapuya ibraz ederek kaydın tashihi taleb etmezse acaba bu tarihten itibaren işlemiye başlamış olan yani zaman aşımına müsteniden mülkiyet iktisap edebilir mi? Kanaatımızca bu mesele gayri menkûller üzerindeki aynı haklara müteallik ilâmların zaman aşımına uğrayıp uğramıyacağı (90) meselesinden müstakil olarak halledilmelidir. Çünkü aleyhne böyle bir hüküm sadır olan zilyet artık hüsnüniyetli telâkki edilemeyeceğinden hükmün verildiği tarihten itibaren MK 638 istinat etmek hakkını da kaybetmiştir.

BK 133 no 1 de mevzuu bahis olan ikrarda zilyet lehine işlemekte olan zaman aşımını keser. İktisap zaman aşımını kesecek mahiyetteki bir ikrar zilyedin tescilin yolsuzluğunu veya elinde bulundurduğu gayri menkûlün mülkiyet hakkının kendisine ait olmadığına mütedair eski malike karşı yapmış olduğu iradi bir beyandır. Böyle bir zilyet ekseriye suiniyetli bir zilyet demek olacağından MK 638 e müsteniden iktisapta bulunması zaten kabil değildir.

2 — : Zaman aşımını durduran sebeplerden öyle sanıyoruzki sadece BK 132 no 1-4 kadar 4 dahil olan iktisap zaman aşımını da durduracak mahiyettedir.

b) : On senelik zilyetlik süresi bağından sonuna kadar fasılasız ve devamlı olmalıdır. Buradaki fasılasız mefhumda MK 639 dakine nazaran bazı hususiyetler arzeder. Meselâ kanaatımızca zilyedin şeyi ahara devri halinde eğer üçüncü şahıs durumunda olan yeni müktesip hüsnüniyetli ise MK. 931 mucibince mükellefiyet hakkını iktisap edeceğinden zilyetliğin artık fasılasız devam edip etmemiş olması onun hakkında mevzubahis olmaz çünkü yeni müktesip artık MK 638 e değil lâkin MK 931 e müsteniden malik olmuş olur. Aynı suretle gayri menkulün suiniyetli bir üçüncü şahsa devredilmesi veya gayri menkûlün terk edilmek maksadıyla lehine zaman aşımı işlemekte olan şahıs tarafından isminin tapu sicilinden silinmesi halinde de (MK 635/I) yine zilyetliğin fasılasız olarak devamından bahsedilemez. Bunlar haricindeki zilyetliğin kanunun aradığı manâda fasılah olup olmadığı MK 889 vd. uygun olarak tâyin edilmelidir. Yani gayri menkûlün zilyedin iradesi hilâfına elinden çıkması-ki

(89) Arsebük, s. 922

(90) Temyiz mahkemesi bu kabil ilâmların zaman aşımına uğramıyacakları mütaalaasındadır: I. Hukuk, 4/2/1946 Tepeci s. 61

bu hal gayri menküllere üçüncü şahıslar tarafından yapılan tecavüzlerle tekabül eder - veya tarafından fer'i zilyetliğin ahara devredilmesi halinde kanunun aradığı manâda bir inkita mevcut değildir. Çünkü zilyet bütün bu vazifelerde asli zilyet olmak iradesini muhafaza etmektedir. Şeye vaki tecavüzler MK 898 vd. ye müsteniden bertaraf etmek imkânına maliktir. Ancak bu hususta muayyen olan müddetler zarfında harekete geçmemesi ondaki bu iradenin yokluğuna hiç olmazsa bir karine teşkil eder. Filhakika o zilyetlik davalarının tabi olduğu hak düğümü müddetleri zarfında kazai makamlara mürâcaat etmemekle gayri menkûl üzerindeki hakkını kaybetmez MK 905 istinaden her zaman için istihkak davası ikame etmek suretiyle şeyini geri alabilir; ama kanaatımızca bu takdirde zaman aşımının tahakkuku için kanunun aradığı manâda bir "fasılasızlığın" mevcudiyetini de iddia edemez.

Zilyetliklerin birbirine ilâve edileceğine dair olan MK 909 adı zaman aşımıyla iktisap müessesesinde büyük bir ehemmiyeti haiz değildir, Çünkü: MK 638 e istinada hakkı olan on seneden evvel gayri menkûlü üçüncü bir şahsa devrederse yeni müktesibe bu gayri menkul üzerindeki mülkiyet hakkı hüsnüniyet olması şartıyla tescil anında doğrudan doğruya ve kat'i olarak int'kal eder (MK 931). Eğer suiniyetle ise MK 932 maddince gayri menkûl üzerinden bir hak iktisap etmesi imkânsızdır. Onun suiniyeti MK 638 e de istinat etmesine bir mani teşkil eder ve o her zaman için hakiki malikin sicilini tashih talebine maruz kahr. Binaenaleyh bu iki vaziyette de evvelki zilyedin zilyetlik süresinin ilâvesi mevzubahis olamaz. Bu hüküm MK 539 olmasaydı belkide külli tevarus halinde ehemmiyetli olabilirdi, lâkin zaten bu madde gereğince külli varisler ölümle beraber zilliyetlikte dahil olmak üzere murisin bütün haklarına iktisap ederler.

§ III : Zilyet Hüsnüniyetli olmalıdır :

1 — : Zilyet bütün zaman aşımının devamı boyunca şeyi hüsnüniyetle yedinde bulundurmuş olmalıdır. Buradaki hüsnüniyet zilyedin tescile rağmen gayri menkûl mülkiyetinin kendisine intikalinin hukukî bir nakiseyle muallal olduğunu kendisine affedilebilecek bir kusura müstenit olmayan bilgisizliğidir. Başka bir ifade ile hüsnüniyet mülkiyet hakkının yolsuz bir tescil neticesinde iktisap edildiğinin makûl bir sebeple zilyetce bilinmemesidir. Yani buradaki bilgisizlik ya iktisap sebebinin muteber bir sebep olmadığına (91) veya tescilin bu husustaki amir kaidelere muhalefetle icra edildiği hususuna müteallik olabilir.

(91) I. Hukuk 7/3/1942, 2979-617 Tepeci S. 57. HUK 10/1/1951; 25/13 Tepeci 1952 s. 213; JDT 1924 s. 439; "Mülkiyeti münazaah olduğunu bildiği bir araziye satın alan iyi niyetli olamaz" HUH, 21/1/1951 3/19-3, K 29 Volkan - Arvas'tan s. 40

Hüsnüniyet adı iktisap zaman aşımının belli başlı unsurlarından birisidir (92) ve fevkalâde zaman aşımıyla arasındaki esaslı farklardan birini de teşkil eder. Tapu sicillerinin aleniliği ve ammenin itimatına mazhar sicillerinden olması hüsnüniyetin tayininde ehemmiyetli bir mevki işgal eder. Tapu sicilleri hakkında bu prensipler oradaki bir kaydı bilmediğini iddia eden kimsenin hüsnüniyetini bertaraf eder, meselâ tapu kütüğünde malik olarak gözüken başka bir kimseden gayri menkûlü satın aldığını iddia eden şahıs o başkasının kütükte malik olarak kayıtlı bulunan vekili veya mümessili olarak hareket etmiş olduğunu ispat etmedikçe hüsnüniyetli addedilemez. Fakat vekilin vekâletnamesinin sahte olması da kanaatımızca o kimsenin hüsnüniyetine tesir icra edecek mahiyette değildir, eğer kendi kusuru olmadan bunu bilmediğini ve bilmeside lâzım gelmediğini ispat ederse. Böyle sahte bir vekâletnameye müsteniden yapılan bir satış aktine hakiki malik şekle tâbi olmadan icazet verebileceğinden (93) bu taktirde hukuki sebebin sonradan muteberleşmesiyle beraber mülkiyet hakkının intikali de muteberleşeceğinden artık MK 638 e müsteniden iktisapta bahse konu olamaz. Türk hukukunda mülkiyet ancak tescil anında intikal edeceğinden hüsnüniyetli olduğuna iddia eden kimsenin karşı tarafın kendi hakkıyla tezat teşkil edecek bazı taahhütlerinin (iltizam muamelelerinin) mevcudiyetini bilmesi halinde hüsnüniyet bertaraf olmaz. (94) Meselâ müşteri kendisine satılan gayri menkûl hakkında satıcının ebvelden bir üçüncü şahısla bir

(92) HUH 21/2/1951, 29/56, Tepeci s. 214

(93) HUH 12/4/1944, İst. Huk. s. 369. Bu karar altındaki İ. Postacıoğlunun notu.

(94) Wieland C II s. 228; mamafih yargıtayın bu kararından "HUH 18/10/1950, 3777-9 K 71, Arvas - Volkandan" aksi bir görüşte olduğu anlaşılıyor: "Hadisede davalı tarlasını davacıya 946 tarihli noter senediyle satışını vadetmiş, fakat ferağ muamelesi yapılmadan tarlayı diğer dava olunan Ahmete satmış olduğundan davacı kendisine satılan bu tarlanın namına tescil edilmesini istemektedir". Karardan tarlanın dava olunan Ahmet üzerine tescil edilmiş olduğu anlaşılıyor. Mahalli mahkeme kanaatımızca netice itibariyle haklı olarak "bir seneden beri müddeinin tescil yaptırmamış olmasından dolayı artık dava olunanın tescile icbar olunamayacağından bu senede dayanarak başkası üzerine naklolunan gayri menkûlün tescili talebini reddetmişken Temyiz mahkemesi haksız olarak "Tapu siciline müsteniden gayri menkûlü satın almış olan Ahmedin bu iktisabında kötü niyetli olup olmadığının araştırılmaması yersizdir" diyor. Buradaki kötü niyetle yüksek mahkemenin neyi kastedtiğide pek anlaşıl-mıyor. Acaba bununla onun diğer dava olunanla davacı arasında bir satış varlık aktinin mevcudiyetini bilip bilmediğinin araştırılmasını isteniyor. O, bunun mevcudiyetini bilmiş olsaydı bile satış vaidleri tapuya serh verilemeyeceğinden onu sününiyetli addetmek kanaatımızca kabil olmazdı, onun bunu bilmiş olmasının da meseleye bir tesiri bulunmazdı.

satış vaadi mukavelesi aktetmiş olduğunu bilse bile yine MK 638 e istinat edebilir.

Bazı hukuki muamelelerin bizzat kendileri muktesibin hüsnüniyetini bertaraf eder. Tescile mesnet olan muameleler bu kâbilden muamelelerse kanaatımızca artık bu vaziyetlerde adi iktisap zaman aşımı da mevzuu bahis olmaz: Mesela muvazaalı akitlerle gerek alıcı ve gerekse satıcının ahlaka muhalif bir gayenin istihsali maksadiyle yapmış oldukları mülkiyetin devrine müteallik mukaveleler (95) bu meyanda olarak zikredilebilir. Hem bu vaziyette müşterinin durumu şu bakımdanda kötü olacaktır ki o her zaman satıcının tescilin tashihi ve dolayısıyla istihkak talebine maruz kalmasına mukabil BK 65 gereğince verdiği semeni istirdat edemeyecektir.

II: Hüsnüniyetli olmak dolayısıyla bilinmeyen hususlar fiili veya hukuki vakalar olabilir. (96) Zaten hususi hukuk sahasında “Kanunu bilmemek özür sayılmaz” kaidesi olduğu gibi bütün sertliğiyle tatbik edilemez. Her müşahhas hadisede tarafların içtimai ve kültürel seviyesi incelenerek hukuki hataya istinat edenenin hüsnüniyetli telakki edilip edilemeyeceğini hakim taktir hakkını kullanmak suretiyle hal etmek zorundadır.

III : Hüsnüniyet devamlı olmalıdır. Sadece ilk anda yani tescil yapılırken hüsnüniyetli olmak kafi değildir. On senelik süre boyunca muhik bir sebep olmadan tapuya malik olarak tescil edilmiş olan gerek iktisap sebebinin gerekse bizzat tescil muamelesinin nakiselerini bilmemeli ve bu bilgisizliği de mazur görülebilme vasfını muhafaza etmelidir. Her hangi bir anda bu nakisenin öğrenilmesi MK 638 istinat imkanlarını ortadan kaldırır, biz A. Önderin “Böyle bir ittila zaman aşımını keser” (97) şeklindeki ifadesini doğru bulmuyoruz. İttılama zaman zaman aşımının kesilmesi üzerinde bir tesiri yoktur. Çünkü nelerin işlemiş olan zaman aşımını keseceği BK 133 de sayılmıştır. Bu MK 638 de aranan şartlardan birisinin tahakkukuna mani olmak suretile zaman aşımıyla iktisabı imkansız kılmak suretile daha zecri bir tesir husule getirir.

Zaman aşımıyla iktisap iddiasında bulunan hangi andan itibaren hüsnüniyetli olmalıdır Wieland'a göre “Hüsnüniyeti tayin eden an iktisap eden kimsenin yevmiyeye geçirildiği andır” (98). Çünkü her ne kadar tescil esas itibariyle tapu kütüğüne kayıt düşürülmesiyle tahakkuk

(95) Bu mesele ile dolayısıyla alakalı olmak üzere İÇ BK 14/1/1948, t. 30/K 2 İst. Huk. Fak. 1949 sayı 4, s. 1288.

(96) Haab s. 276.

(97) Ad. Derg. 1948, s. 948

(98) C II s. 929.

edersede iktisap ani yevmiyeye bir hakkın geçirildiği tarihe icra olunur. MK 930 (99).

Külli tevarüste kanaatımızca murisin hüsnüniyetli bulunmaması MK 909 gereğince onun lehine işlemiş olan zaman aşımını külli varislerin kendi zaman aşımına ilâvesine bir mani teşkil eder (100). Fakat bu, intikal tarihinden itibaren on sene geçmek ve bu müddet içinde de zilyedin yani külli varislerin gayri menkûlü hüsnüniyetle ellerinde bulundurmaları halinde zaman aşımıyla iktisaplarına mani değildir. Bunun aksine olarak eğer külli halefler suiniyetli ise kanaatımızca bu onların zaman aşımıyla iktisap iddiasında bulunmalarına bir mani teşkil eder.

IV — : Hüsnüniyet bir karinedir: MK 3/I, yani kanunen hüsnüniyetin şart kılındığı hallerde mevcudiyeti asıldır. Binaenaleyh MK 638 e istinat eden kimsede bu hükme müsteniden mevcudiyeti kabul olunur. Ancak onun hüsnüniyetli olmadığını iddia eden kimse bu iddiasını ispatla mükellef tutulur (101).

III : Bölüm Adi Zaman Aşımının Hükümleri

§ I : Adi zaman aşımında mülkiyet hangi anda ve ne suretle iktisap edilir:

Prensip olarak Medeni kanunda mülkiyet muteber bir şekilde yapılan bir tescil ile intikal eder. Fakat MK 638 bu prensibe bir istisna getirmişse benzer. Çünkü madde mülkiyet hakkının naklini temin edemeyecek olan yolsuz bir tescile rağmen şeyi hüsnüniyetle ve On sene müddetle yerinde bulundurmanın o ana kadar muteber olmayan mülkiyet hakkının bu intikalini muteberleştğini öngörür, ve bu suretle tescilin tashihi talebinde bulunulmasına mani olur. MK 638 bu mahiyetle maddede zikredilen şartları nefsinde toplayan kimseler lehine olarak MK 933/I deki tashih davasının da bir zaman aşımını teşkil eder. O halde mantiken adi iktisap zaman aşımıyla mülkiyetin iktisap edildiği an On senelik müddetin sonu olmak lâzım gelirdi (102).

Fakat iktisabın bu anda vaki olduğu ve hükümlerini de bundan sonra husule getirmeye başlayacağı kabul edilirse bu gerek müessesenin

(99) Maddedeki noksan tercüme-yede işaret edelim. 2 inci fıkra sonunun şu şekilde olması gerekirdi"... şartıyla tescilin hükmü yevmiye defterine kayıt tarihine icra olunur".

(100) Aynı manada Haab s. 279.

(101) I Hukuk 9/11/1939, 921-2329 Tepeci s. 58

(102) Göktürk s. 882, Tuor s. 467

gayesine ve gerekse menfaatler muvazenesine muhalif olurdu. Çünkü On sene müddetle ve hüsnüniyetle malik olduğuna kani olan tarafından bu gayri menkul hakkında yapılmış tasarruf muamelelerinin muteber olmasını icap ettirirdi (103).

Gerek kanunun ifadesi ve gerekse adi zaman aşımının mahiyeti başka türlü bir anlayış imkânına müsaittir sanırız MK 638 “..... kimsenin o gayri menkûl üzerindeki hakkına itiraz olunamaz” demek suretiyle hakkın daha evveldenberi mevcut olduğunu göstermek istere benzer. Yani zaman aşımı tescilin yolsuzluğunu bertaraf etmek suretiyle mülkiyetin iktisabını tescil anına iera etmiş olur (104). Daha doğru bir ifade ile o ana kadar muteber olmayan bu intikâl artık muteberleşir belkide bunu ifade etmek maksadiyledir ki Rossel zaman aşımıyle iktisabın makable şamil hükümler husule getirdiğini söyler (105).

On senelik müddetin sonunda iktisap kendiliğinden Ipso Jure husule gelir. Bu hususta ne fevkalâde zaman aşımında olduğu gibi mahkemeden bir hüküm istihsaline ve ne de zilyet namına yeniden bir tescil yapılmasına lüzum yoktur. İktisap on sene evvel yapılmış olan yolsuz tescile müsteniddir, buda zaman - aşımının hükümleri makable şamildir demek suretiyle ifade edilir.

§ II — Adi iktisap zaman aşımı süresi içinde gayri menkûlü yedinde bulunduranın hukuki durumu:

Kanun onun hukuki durumunun ne olduğundan bahsetmez bu hususta zaten ayrı bir sarahâta lüzum yoktur. O, malik olarak tapu siciline tescil edilmiş olduğuna göre esas itibariyle MK 905 deki hak kari nesinden istifade eder. Yani herkes nazarında bilhassa hüsnüniyetli üçüncü şahıslar karşısında tam ve hakiki manâsiyle malik addedilir (106). Bu sıfatlarda malik gibi hukuki himayeden istifade eder, bir malığın bütün hak ve mükellefiyetlerini de haiz olur. Bununla beraber onun hukuki durumu kendisine şeyin mülkiyetin nakletmiş olan hakiki malik ve onun külli halefleriyle sair üçüncü şahıslara karşı farklı bir mahiyet arzeder :

1 — : Hakiki malik ve onun halefleri karşısındaki durumu: mahiyet azeder:

Türk hukukunda ne sadece tescil ve nede muteber bir iktisap sebe-

(103) JDT 1924 s. 439

(104) Aynı manada Homberger, Fjs, s. 10

(105) I II s. 38

(106) Aynı manada Homberger Fjs, No: s. 10.

bi mülkiyetin intikali için kâfi değildir. Ancak muteber bir hukuki muameleye müsteniden aslı ve şekli şartlara uygun olarak yapılan bir tescil böyle bir neticeyi sağlayabileceğinden o kendisine devredilen mülkiyet hakkını muteber bir şekilde iktisap etmemiştir. Binaenaleyh her zaman için hakiki halğin hükümsüzlük müeyyidesinin tatbikini istemesi talebine maruzdur. Hakiki malik bunu tapu kaydının tashihi davasıyla veya istihkak davasıyla yapılabildiği her iki davada da iktisap sebebinin hükümsüzlüğü bir ön mesele teşkil eder.

İstihkak davasıyla beraber sicilin tashihide talep edilmiş olmak lâzım gelir. Gayri menkûlü uhdesinde bulunduran kimse MK 905 deki hak karinesinden istifade ettiğinden bu karineyi çürütmek hakiki malike düşer, oda bunu tescilin yolsuz olduğunu ispat suretiyle yapabilir.

Tapuda mukayyet malik, hakiki malikin zilyetliğine vâki her türlü tecavüz fiillerine de karşı koyabilmek ve hakkını MK 905 istinatla derhal isbat edebilmek imkânına sahiptir. Buna mukabil tapuya kayıtlı olmayan hakiki malik diğerinin gayri menkûle vâki tecavüz müdahalelerini bertaraf etmek için zilyetlik davası ikame edemez. Bu onun açacağı zilyetlik davalarında hak kazanamayacağını söylemektir. Hak kazanabilmesi için onu bu davalarla beraber tescilin tahsihi davasının da ikame etmiş olması icap eder.

Şu halde tapuda kayıtlı olan kimse hakiki malik karşısında bile çok fazla himaye edilmiştir, onun karşısındaki durumu alelade bir zilyedinkinden çok daha kuvvetlidir. Öyle zannediyoruzki bu, tescile kanunumuz tarafından verilen ehemmiyet bir neticesi olduğu kadar hükümsüz muamelelerin iptal edilinceye kadar bütün hüküm ve neticelerini husule getireceklerine dair olan modern hükümsüzlük nazariyesinin de icaplarındandır.

2 — : Üçüncü şahıslar karşısındaki durumu: ise tam manasiyle bir malikin hukuki durumu gibidir. Onlar tarafından onun şey üzerindeki hakkına hiç bir suretle itiraz ve tecavüz edilemez. Böyle bir tecavüz karşısında kaldığı takdirde zilyetlik davalarına (MK 894, 896) olduğu kadar aynı bir dava olan istihkak davasıyla tecavüzün men'ini ve şeyin kendisine iadesini talep edebilir.

§ III — İktisap zaman aşımı süresi içinde şeyi yedinde bulunduranın yaptığı hukuki muamelelerin hükmü:

Mülkiyet hakkı sahibine şey üzerinde dilediği gibi hukuki ve fiili muameleler yapmak selâhiyetini verir. Bütün iktisap süresinin devamı boyunca şeyi yedinde bulunduran kimse MK 905 gereğın malik addedi-

leceğinden gayri menkûl üzerinde her türlü tasarruf ve taahhüt (iltizamı) muamelelerinde bulunabilir.

a — : Bir kimsenin bir gayri menkul üzerinde taahhüt (iltizamı) muamelelerinde bulunabilmesi için onun mutlaka şeyin maliki olması icabetmez; malik olmayan bir kimse böyle bir muamele yapabilir BK 189 vd. 253 den de bu açık olarak anlaşılabilir. Asıl malik'in buna icazat vermemesi veya üzerinde durduğumuz vaziyette olduğu gibi malikin açacağı tashih davasını kazanması neticesinde gayri menkulü yedinde bulunduran böyle bir mukâveleden doğan taahhüdünü yerine getiremezse veya asıl malik şeyi zabıt ederse o, alacaklısına karşı akdî vecibesini yerine getirememesinden dolayı BK 96 vd ve zabıt halinde de satış aktinde BK 217 delâletiyle BK 189 vd, hibe aktinde BK 243 vd ve kira aktinde BK 253 hükümleri dairesinde mes'ul olur.

b — : Tasarruf muameleleri (temlik) bahise konu olunca durum başkalaşır. Esas itibariyle ancak tapu sicilinden malik olduğu anlaşılan kimse şey üzerinde tasarruf muameleleri yapabilir. Yani haiz olduğu mülkiyet hakkın başkasına devredeceği gibi şeyi sair aynı hakarlada takyit edebilir. Tapu sicili aleni olduğundan ve bu sicil ammenin itimatına mazhar sicillerden bulunduğundan hiç bir şahıs tapudaki bir kayıdibilmediğini iddia edemez. Şu halde tapudaki bir tescile istinatla herhangi bir aynı hak iktisap edenin prensip olarak bu iktisabı korunur MK 933. Fakat tapu sicili en nihayet bir şekil bir hukukî kalıptır. Kanun vazı onun hakiki fiili durumu tam manasiyle aksettirmesi gösterebilmesi için çok uğraşmış bu hususta bir çok hükümler sevkettirmiştir.: MK 633/II, MK 638, 922 Vd, 925, 927, 929 ve nihayet haklı bir sebep olmaksızın yapılan tescillerin her zaman için tashih talep edebileceğine dair olan MK 933 buna birer misal olarak gösterilebilir. Ayrıca bu hususta 1515 No lu kanunu da zikretmek icap eder. Bütün bunlara rağmen hakiki veya fiili durumun tapu kayıtlarına tetabuk etmemesi veya yapılmış olan tescilin muteber olmaması kabildir. Bu takdirde de yine tapu sicillerinin her şeye rağmen hüküm ifade edeceğini iddia etmek hukukun başlıca gayelerinden biri olan hakiki hayata intibak vazifesini inkâr ederek çok fazla bir şekilciliğe sapanmak olurdu. Nitekim kanunumuzda bu şekilde hareket etmemiştir. O halde gayri menkulü yedinde bulundurmanın zaman aşımının devamı esnasında yaptığı muamelelerin akibetini tâyin ederken yine bir tefrik yapmak icap edecektir:

1 — : Kendisiyle muameleye girilen başka bir ifade ile lehine bir aynı hak tesis edilen kimse suiniyetlidir. Yani tescilin doğru olmadığını bilen veya bilmesi lâzım gelen biridir. O halde o, MK 932 gereğince tescile istinat edemiyeceğinden bu hakkında muteber bir şekilde iktisap et

memiş demektir (107). Onun suiniyeti "hakkı kendisine temlik edenlerin tescillerinin müstenit bulunduğu olayların doğru olmadığını" (108) bilmesinde veya kusuru ile bunu öğrenmemiş olmasında mündemiçtir. On senelik zaman aşımı süresinin devamı esnasında açmış olduğu tashih davasını kazanan malik, bu aynı hakların terkininide talep edebilir; MK 932 veya doğrudan doğruya tescilin yolsuzluğunu iddia ederek onun aleyhine MK 933 deki tashih davasını ikame edebilir.

Zaman aşımı süresinin sonunda mülkiyet hakkının iktisabının muteberleşmesiyle beraber zaman aşımıyla iktisap edenin bu süre içinde gayri menkul üzerinde tesis etmiş olduğu aynı haklarda kat'i bir mahiyet kazanır, "zaman aşımı bunlar üzerinde de şifa verici bir tesir husule getirir" (109). Zaman aşımıyla iktisapta bulunanın ise ne bu sürenin devamı sırasında ve ne de on senelik müddetin dolmasından sonra karşı tarafın suiniyetli olduğundan bahisle aynı hakların terkinini talep selâhiyeti yoktur. Çünkü MK 933 deki hükmün gayesi bunu amir olduğu gibi bu hakların tesisine bizzat kendisi muvafakat göstermiştir. O ancak akitlerin fesih veya hükümsüzlüğü hakkındaki sebepler mevcutsa (BK 19 vd, 23, 96 vd) onlara istinat edebilir.

Sürenin devamı sırasında MK 933 e istinatla böyle bir talepte bulunması kendisinin suiniyetli olduğunu gösterir ve bu sebeple de onun MK 638 den istifadesine bir mani teşkil eder. Zaten bu hüküm hakları haleldar olan hakiki malikleri himaye maksadiyle konulmuştur. Zilyetin ise böyle himaye edilecek bir hakkı mevzuu bahis olmadığı gibi onunla diğerleri arasındaki tescil zaman aşımının dolmasıyla beraber yolsuz olma vasfında kaybetmiştir.

2 — : Lehine aynı bir hak tesis edilen kimse hüsnüniyetli ise MK 931 gereğince bu iktisabı muteber ve kat'idir. Eğer hüsnüniyetli üçüncü şahsa devredilen mülkiyet hakkı ise, hakiki malik onun aleyhine MK 975 müsteniden tapu sicilinin tashihi davasını ikame edemez, eğer onun iktisap ettiği mahdut bir aynı hak ise sicilin tashihi davasını kazanan malik gayri menkûlünü bu aynı hakla yüklü olarak istirdat eder; hüsnüniyetli üçüncü şahsın bu iktisabına her hangi bir itirazda bulunamaz

§ III — **Adi zaman aşımıyla iktisapla, hüsnüniyetle (MK 931) iktisap arasındaki farklar:**

MK 638 e müsteniden mülkiyetin iktisabı ile MK 931 de tanzim edilmiş olan hüsnüniyetle iktisap müessesesini birbirinden ayırmak gerekir.

(107) JDT 1924 s. 439.

(108) Wieland C II s. 926.

(109) Haab, s. 278.

Her ne kadar her iki maddede de hüsnüniyetli şahıslar himaye edilmek ve tapu sicillerine olan ammenin itimatı kuvvetlendirilmek istenmişse de bu iki müessesese arasında gerek mahiyet ve gerekse hüküm bakımından ayrılıklar mevcuttur.

1 — : MK 931 de tapu sicillerine hüsnüniyetle itimat ederek orada malik olarak görünenden aynı bir hak iktisap eden üçüncü bir şahıs mevcuttur (110).

Yani burada himaye edilen, tapuya yolsuz bir tescil neticesinde malik olarak tescil edilmiş kimse ile bu tescile itimat ederek münasebette bulunandır. Başka ifade ile "haksız tescili mucip olan muameleye taraf olarak iştirak etmemiş bulunan kimse üçüncü şahıstır" (111). O, tapudaki tescilin yolsuz bir tescil olduğunu bilmediği nisbette bu iktisabında korunur. Ne hakiki malik ve nede yolsuz olarak tapuya tescil edilmiş olan tarafından aleyhine ne istihkak davası ve nede sicilin tashihi davası ikame edilemez. "Zaman aşımıyle iktisapta ise üçüncü bir şahıs mevzuubahis değildir... Burada mülkiyet hakkının bizzat tapuya haksız olarak malik gibi tescil edilmiş olan tarafından iktisabı mevzuu bahistir" (112)

2 — : Gerek MK 931 gerekse 638 e müsteniden iktisabın en esaslı unsurlarından biri olan hüsnüniyetin şumulü bakımından da fark vardır. MK 931 de aranılan hüsnüniyet mülkiyet hakkını kendisine temlik edenlerin tescillerinin müstenit bulunduğu olayların doğru olmadığını bilmek veya öğrenebilecek durumda bulunmamaktadır (113). Buradaki hüsnüniyet münhasıran tapu sicilinden zahir olan hususlara şamildir. "Aynı haklar tesis edenin şahsi taahhütlerinin bilinmesi iktisap eden kimseyi suiniyet sahibi addettiremez... İktisap eden kimse tapu siciline tescil edilmeden aynı bir mahiyet alan ve kendi hakkına muhalif bulunan bir hakkın mevcudiyetini biliyorsa durum başkadır (114)" yani o, suiniyetlidir.

Binaenaleyh üçüncü şahıs kendisine mülkiyet hakkını devredenin fiil ehliyetini, tasarruf ehliyetin haiz olmadığı hallerde hüsnüniyetli olduğunu iddia ederek iktisabının MK 931 gereğince muteber olduğunu ile-

(110) Mükerrer tapu kayıtlarının mevcudiyeti halinde 931 unun tatbik edilip edilemeyeceği hakkında Sak I. Hukuk 584/3707 Ad. Der. 1951, s. 205. Temyiz bu kararıyla edilemeyeceği fikrini müdafaa etmektedir. Bu hususta aksi ve kanaatımızca daha yerinde bir görüş için İ. Postacıoğlu, İst. Huk. Fak. Mec. C 18, s. 3-4, S. 1210 vd. ve bilhassa 1214 vd.

(111) Homberger s. 412

(112) JDT 1922 s. 328

(113) Wieland C II s. 926

(114) İbid.

ri süremez. Çünkü kanunun bu maddesiyle sadece ammenin itimadına mazhar olan sicillere olan güveni himaye edilmek istenmiştir. Halbuki adi iktisap zaman aşımındaki hüsnüniyet hukuki sebebi muallel kılan nakislere de şamildir.

3 — : Zaten MK 931 gereğince vaki iktisapla adi zaman aşımıyla iktisap arasındaki diğer ve esaslı bir fark: hüsnüniyetli iktisapta yani tapu siciline itimat ederek hak sahibi olmayan bir kimseden devrolunan aynı bir hakkın sebebinin mevcudiyeti şarttır. Halbuki adi zaman aşımında böyle bir şart yoktur ve zaman aşımı muteber olmayan iktisap sebebinde muteberleşmesi neticesini doğurur.

4 — : Hüsnüniyetli iktisapta mülkiyet muteber bir surette tescilin yevmiye defterine yazıldığı anda intikal eder, halbuki adi zaman aşımında hakkın intikali ancak On senenin sonunda muteberleşmiş olur.