

Ağustos 1929 Sene 3

No 12-36

HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI

Her ayın on beşinde neşrolunur

Kanunu medeni

639 uncu maddenin manası

Yazan: Atıf

Kanunü medeninin 639 uncu maddesi şöyle diyor: “ Tapu sicilinde mukayyet olmayan bir gayri menkulü nizasız ve fasılasız yirmi sene müddetle ve malik sıfatile yedinde bulundurmuş olan kimse o gayri menkulü kendi milki olmak üzere tescili talebinde buluna bilir..”

“ Tapu sicillinden maliki kim olduğu anlaşılmayan ve ya yirmi sene evvel vefat etmiş yahut gaipligine hüküm verilmiş bir kimsenin uhtesinde mukayyet olan bir gayri menkulün milki olmak üzere tescilini talep edebilir. Tescil ancak hakimnin emrile olur. ”

Bazı hukuk şınaslar bu maddenin birinci fıkrasını tapu siciline mukayyet olmayan bir gayri menkulü tescil ettirmek için mutlaka hakimnin emri lâzımdır şeklinde anlıyorlar.

Halbuki kanunu medeni mahiyet ve ahkâmı umumiyesi itibarile bilhassa maddelerin yekdiglerinin mana ve ahkâmına tesiri nazari dikkate alınarak tetkik ve tettebbü olunursa bu maddeye mana vermeğe imkân kalmaz, Kanunu medeni öyle bir küldürki onun her bir cüzünün varlığı ve mahiyeti heyeti umumiyesinin çizdiği şeklü şeraite tabidir. Bunun için kanunun her maddesinin hakkile künhüne nufuz etmek için bu maddenin kanunun heyeti umumiyesile bilhassa onun taallük ettiği diger maddelerde olan münasebetini tetkik etmek lâzımdır.

İşte bu şarta riayet edilmeden 639 uncu maddenin birinci fıkrasına zahiri bir mana vermek istendiği zaman yokarıda zikr ettiğimiz yanlış manayı vermek ihtimali pek kuvvetlidir. biz burada arz ettiğimiz şerait dairesinde maddenin hakiki manasını ne suretle elde ettiğimizi göstereceğiz, ve bu vesile ile kanundan ahkâm istintac ederken maddelerin yekdiglerine olan tesiratını nazari dikkata almak hususundaki lüzumu filen ibraz edeceğiz. Hukuki fikirler o kadar ince, hassas, ve syıydırki bu hu-

susta maddeler değil kelimeler dahi deruhte ettikleri temsil vazifesini hakkile ifadan acizdirler: bunun içindirki İsviçre kanunu medenisini anlamak için şarihler (bu kanun yekdiğerinden tercüme olmamak üzere alman, fransız ve italyan lisanlarında federal meclisinde müzakere ve maddeler ayrı ayrı ve *resen bu üç lisan*da kaleme alındığı için) bu lisanlara ait kelimelerin manalarında ayrı ayrı istimdat etmekten müstagni kalamıyorlar; Bundan başka kanunu medeninin aynı haklar bahsini anlamak için bu ahkâmın sicilli emlak ile olan münasebeti mütekabilesini tetkik etmek zarureti vardır, çünkü aynı hakların çoğu sicilli emläke istinat eder. İsviçre kanunu medenisi 1907 tarihinde tastik edilmiş ve 1912 Kânunu sanisinde mevkii meriyete girmiştir, İsviçre sicilli emlak nizamnamesi 1910 tarihinde, tanzim edilmiş ve oda kanunu medeni ile aynı tarihte mevkii meriyete geçmiştir, hatta kanunu medeninin meriyeti tarihinden aktem bazı maddeleri meri olduğu takdirde sicil nizamnamesinin dahi o tarihte meri olacağı şartı derc edilmiştir.

Buda kanunu medeninin sicilli emlak ile olan sıkı münasebetini vazihan gösterir.

Kezalik kanunu medeni ahkâmını ihata için tatbikat kanununun ona olan tesirini nazarı dikkate almak lâzımdır. Çünkü kanunu medeniden evvel bu mevzua müteallik başka kanunlar mevcut idi ve bu kanunlara istinaden tahakkuk etmiş haklar vardı, binaen aleyh memlekette müesses ve muktesep haklara hürmet edilmeden tetvin edilecek kanunu medeni menafii ammeyi temin değil teşviş ve intizam ammeyi de selp ederdi. Ve bu zaruretle eski ve yeni vaziyetleri sarsıntısız surette telif etmek lâzım gelirdi. İşte tatbikatın kanunu medeni üzerinde müessir bir vaziyeti vardır.

Şimdi gelem 639 uncu maddenin birinci fıkrasının manasına: Bu maddenin mevzuu ve gayesi nedir? Bu madde bir gayri menkulün sureti umumiyede ilk defa olarak Tapu sicilline ne suretle ve ne gibi şeraitle tescil edileceğini gösteriyor? yoksa sicille geçmemiş bir mal üzerinde müruru zamana müstenit bir işgalin ne zaman ve ne gibi şeraitle hak bahş edeceğini? tayin ediyor?.

İşgalin sellemehüsselâm bir hak temin ettiği devre belki kurunu vusta da yaşamıştır; Kanunu medeni gibi binnefis hak mefhumuna istinat eden bu kanunda kuvvetin fili ifadesi olan işgal için hak sebebi tanınması tasavvur edilemez; Hatta Türkiyenin bundan evvelki kanunları da hak için böyle bir esbap tanımamıştır; esasen fi'len mevcut bir milk üzerinde işgal hakkı tanımak kurunu vustanın tegallüp zihniyetine hukuk sahasında hayat ve kiymet vermek demektir. 639 zuncu maddeye zahiri bir mana verecek olursak yirmi senelik bir işgalin emri hakimle hak temin ettiğini istintaç etmekteyiz lâzım gelir.

Kanunu medeni sarahaten değilse de hükmen gayri menkulleri ikiye ayırmıştır; birincisi mülkiyeti hususiyeye girebilen ve girmesi gayri menkulun mahiyeti icabından olan mallar, ziraata, imara salih arazi parçaları arsalar ve S. gibi. İkincisi milkiyeti hususiyeye girmeyen ve Devletin nezareti Aliyesi altında bulunan gayri menkuller kayalar, dağlar ve ziraata gayri salih arazi gibi. 641 inci madde şöyle diyor:

“Sahipsiz şeyler ile menfeati umuma ait olan mallar devletin hükmü tasarrufu altındadır. Hilafı sabit olmadıkça menfeati umuma ait olan sular ile ziraata elverişli olmayan kayalar, tepeler, dağlar ve onlardan çıkan sular kimsenin milki değildir. Sahipsiz şeylerin ihraz ve işgali, yollar ve meydanlar, akar sular ile yatakları gibi menfeati umuma ait malların işlenmesi ve istimali hakkında ahkâmı mahsusa vaz olunur.” Bu madde sahipsiz şeyler ile menfeati umuma ait malları devlete bırakıyor, ancak menfeati umuma ait olan mallar için (yollar, meydanlar, akar sular gibi) gerek devlete gerek efrada hiç bir suretle temellük hakkı kabul etmiyor. Kezalik sahipsiz şeyler için efrada devletin tetvin edeceği şerait altında ihraz ve işgal hakkı kabul ediyorsa da menfeati umuma ait mallar için efrada (kendi tayin edeceği şerait dairesinde) yalnız işletmek ve istimal hakkı kabul ediyor. Yukarıda gayri menkulleri mülkiyeti hususiyeye girebilen ve giremeyen olmak üzere ikiye ayırmıştık. Bu madde bize gayri menkullerin sahipli ve sahipsiz olmak üzere tekrar iki nevi olduğunu gösteriyor; sahipli

mallar ferdin ve gerek devletin tahtı temellüküne girmiş olanlardır.

Sahipsiz mallar ise isminden de anlaşılacağı vechile ne fertler tarafından ne de devlet tarafından henüz temellük edilmiş olmayan yerlerdir. Sahipsiz şeyleri daha iyi anlamak için kanunu tamik etsek görürüz ki iki şekilde sahipsiz şey vardır. Ya o mal vaziyetinden mütevellit bir hal ile sahipsizdir; yahutta sicille nazaran sahipsizdir. İsviçrede kanunu medeni ile sicilli emlakın aynı zamanda tatbik edildiğini zikr etmiştik, sicil tatbik edilmiş demek bütün gayri menkul parçalar ve ziraata salih arazi sicilli emlak defterine geçmiş demektir. Bir gayri menkulun Tapu siciline kayıt edilmesi demek ise (Immatriciation) onun hukukî vaziyetinin bilhassa sahibinin kütükte tayin ve tesbit edilmiş olması demektir. İsviçrede kanun medeni meriyete girerken bilumum gayri menkul parçaları ve ziraata salih arazi sicilli emlakâ geçmiş ve bittabi sahipleri tayin ve tesbit edilmiştir? Bu vaziyet karşısında tabiatile şu sual varit olur: Madamki İsviçrede bütün emlak tescil ve sahipleri tesbit edilmiştir; Şu halde 639 uncu maddenin aslı olan 662 ici madde: (Celuiqui a possede pendant trente ans sans interruption, paisiblement et comme propriétaire, un immeuble non immatriculé, pont en repuérir l'inscription à titre de propriétaire.) fıkrasının söylediği vechile sicille kayıt edilmiş malın ne manası kalır? bihakkın varit olan bu sualin cevabı budur: İsviçre kanunu medenisinin sicille geçmeyen gayri menkul dediği şey sicillin hini tanziminde henüz mevcut değilken tebettulâtı meyahiye ve tahavvulâtı arziye sebeble sonradan tekevvün eden ve kuvvei inbatıyeyi haiz olan yerlerdir.

İkinci vaziyette sahipsiz şey ise sicille nazaran sahipsiz olan şeydir. Sicille giren malın mutlaka yanında sahibi de gösterilmiş olması lâzimedden bulunduğundan 639 uncu maddenin ikinci fıkrasında (tapu sicillinden maliki kim olduğu anlaşılmayan) tabirinden maksat ne olabilir?

Sicil defterlerinin muntazam, temiz, mazbut tutulduğu göz önüne getirilirse bu ihtimal ancak şu vaziyette tahaddüs edebilir, birinin bir gayri menkulü vardır, ve kendi namına da sicilde mukayyettir, ancak bu malın

vergisi kendisine ağır geliyor, bu sebepten o gayri menkulün sahibi olmaktan kurtulmak istiyor, gidüp sicil memuruna müracaat ediyor, ve o gayri menkul sahifesinden malik olarak kaydedilmiş olan kendi ismini terkin ettiriyor, bu vaziyette bu gayri menkul secille nazaran sahipsiz kalıyor.

Bu izahattan anlaşılmıştır ki 639 uncu madde bize münhasıran sahipsiz şeylere ne suret ve şerait altında temellük edilebileceğinden bahsediyor, ve sahipsiz şeyleri ikiye tefrik ederek ya gayri menkul filvaki sahipsizdir ve bittabi sicilde mukayyet değildir, yahutta sicille geçmiş ve sahipli bulunmuş iken bilâhare sicille nazaran sahipsiz olmuştur, ve her iki vaziyete nazaran bir kimse bu mallere şu şerait altında malik olabilir, diyor. Maddei kavuniyenin manası budur, yoksa bazılarının anlamak istediği veçhile sicilde mukayyet olmayan bilumum gayri menkullerin şu şerait altında ve emri hâkim ile tescil edileceğini gösteriyor değildir. (Tapu sicilinin numunesi ve nasıl tutulacağı nizamnamei mahsus ile muayyendir. K. M. madde 910)

Yani gayri menkullerin tapu sicillerine ne suretle kayıt edileceğini nizamname tayin edecektir deyör. (Gayri menkuller tamamen ve kısmi azami itibarile kâin bulundukları mıntıkanın sicilline resen ve idareten kayıt olunur, gayri menkullerden maksat hudutları kâfi derecede tahtit edilmiş olan arz satırlarıdır. Milkiyeti hususiyede olmayan ve istimali ammeye yarayan gayri menkuller eğer üzerinde tescili lâzım aynı haklar varsa veya kanton kanunlarıyla tescilleri derpiş edilmiş ise ancak o zaman idareten tescil edilirler.)

Sicil nizamnamesinin bu maddesi gayri menkullerin ne zaman ve ne surette resen ve idareten (d'office) tescil edilebileceğini gösteriyor. Resen ve idareten deye terceme ettiğimiz (d'office)ne demek? Sahibinin müracaatına ve emri hâkime lüzum kalmadan doğrudan doğruya hükümet tarafından tescil demektir. Yani bu hakkı Hükûmete veriyor, Şu halde hangi haklar sahibinin müracaatına ve hangileride emri hakimle tescil edilecektir. Talep üzerine tescil edilecek aynı haklardır, Aynı hak tesis eden

tesciller ve tescil talepleri gayri menkulün büyük kısmının bulunduğu muntika sicilline kaydedilir. M. 915 - " tescil talebi „ kaydından da anlaşılıyor ki aynı haklar ancak talep üzerine kaydedilebiliyor, Kezâlik' madenlerdeki hakkı temellük de müddetle mukayyet bir nevi aynı hak olduğundan onlar da sahibinin müracaatı üzerine tescil olunabilirler, Kanunu medenimiz bu bapta aynı hak tabirini mülkiyetin gayri aynı hak manasında kullanmıştır.

Emri hakimle tescile gelince : İşte bunu tespit ve temin eden 639 - uncu maddedir, Yukarıda sahipsiz şeylerde menfaat umuma ait olmayanların ihraz ve işğali Devletçe vazedilecek ahkâmı mahsusa mucibince olacağını söylemiştik, " K. M. madde: 641 „ Bizde kanunu medeniden evvel bu kabil yerlere arazi kanununun ihya ahkâmı ile efradın tahtı tasarrufuna geçirdi. Yani sahipsiz şeylerden olan arazi ve mevat hükümetten izin alınmak suretiyle ihya edilirse bilâ bedel izinsiz olursa bedeli misille muh-yisinin malı olurdu. Kanunu Medenin neşriyle bu hüküm sakıt olmuş fakat bu hususta henüz yeni ahkâm da konmamıştır. Eger bu kabil sahipsiz şeylerin işgal ve ihraz tarzı hakkında Devletçe ahkâm vazedilmiş olsaydı bu mevzuda bu kanun hükmü cari olurdu. Şimdi ise cari olacak münhasıren 630 uncu maddenin ilk fıkrasıdır. 739 uncu maddenin muhtacı tavzih olan noktalarından biri de " Tapu sicilinde mukayyet olmayan kayıdır. „ Tapu sicilinde bir mal nasıl olurda mukayyet olmaz? Bu İsviçrede olduğu gibi bütün gayri menkuller sicillere geçtikten sonra tebeddülâtı arzye ve meyhaye tesirile yeni bir arz parçası meydana gelir. Ve Hükümetçe görülmeyerek kayda geçmemiş olur. Yahutta bizde olduğu gibi tescili umumî yapılmaması hasebiyle geçmemiş olmağa beraber esasen ne Devlet ve efrat tarafından ihraz ve işgal edilmemiş bulunur. İşte bu kabilden hiç kimsenin mülku olmayan ve menfaati umuma ait bulunmayan sahipsiz bir gayri menkulün nizasız ve fasılasız yirmi sene müddetle ve malik sıfatıyla yedinde bulundurmuş olan kimse o gayri menkulün kendi mülkü olmak üzere tescili talebinde bulunabilir. Dikkat

edilirse görülür ki adi müruru zamandan bahseden 638 inci madde "muhik bir sebep yok iken Tapu sicilinde uhdesine malik sıfatıyla mukayyet bulunan bir gayri menkulü fasılasız ve nizasız on sene müddetle ve hüsnü niyetle yedinde bulunduran kimsenin o gayri mekulün üzerindeki hakkına itiraz olunmaz. Bu madde demektir ki bir kimsenin uhdesine Tapu kaydıyla fakat haksız olarak bir mal geçmiş ve o adam malik sıfatıyla o malı bilâ niza on sene tasarruf etmiş, fakat hüsnü niyetle yani malın kendi uhdesine haksız olarak geçirildiğine katiyyen muttali olmayarak 639 uncu maddedeki vaziyette ise hüsnü niyet şart değildir. esasen nasıl şart olabilir. Çünkü bu fevkalâde müruru zamanın istinadı işgaldır. Fakat bu işgal başkasının esasen sahipli fakat her nasılsa metruk emvalini zabıt ve işgale benzemez. Bu işgal bir nevi keşfe müstenit ihrazdan ibarettir. Bir ihraz ki malik sıfatıyla üzerinden yirmi sene geçtimi artık onun malı oluyor ve emri hakimle tescili talep edebiliyor. Bizde tescil edilmemiş kuvvei inbatiyeyi haiz yani arazi mevattan bir çok yerler vardır. Bunlar Devlet namına tescil ettirilmemekte devam edilirse yirmi sene müddet sonra bilâ bedel şağillerinin uhdesine geçecektir.

Sahipsiz şeylerin manasını eyice anlamak için şu noktayı da nazari dikkate almalıdır, K. M. inin 635 inci maddesi - müseccel olmayan bir arzın işgali sahipsiz şeylere dair olan hükümlere tâbidir.

Burada müseccel olmayan tabirinden maksat nedir? müseccel olmayan tabirinin mutlak olarak alacak olursak o zaman her müseccel olmayan gayri menkulü sahipsiz şey addetmemiz lâzım gelecektir, Halbuki her müseccel olmayan gayri menkulü sahipsiz şey telâkkı edebilecekmiz? edecek olur isek 641 inci madde sahipsiz şeyleri Devletin hükmü tasarrufu altına koyduğundan ve memleketimizde ise efradın hakkı temellükünde olupta henüz tescil edilmemiş milyonlarca parça gayri menkul bulunduğundan bu içtihatla efradın emlakini devlete vermiş olmak gibi mantık, hah ve nizamı içtimai ile kabili telif olmayan müşevveş bir vaziyet meydana gelir; Kanunu medeni ahkâmından ise böyle bir netice bek-

lenemeyeceği için burada müseccel olmayan bir arzdan maksat, İsviçrede bütün sahipli yerlerin müseccel olmasına nazaran, kimsenin milkiyetinde bulunmaması hasebile müseccel olmayan demektir ki bunlar hakkında sahipsiz şeyler ahkâmı cari olması pek tabiidir. 639 uncu maddeyi gayrı menkullerin ne suretle Tapuya teşcil edileceğini gösteren bir hüküm tarzında anlarsak bir garip netice daha tevellüt eder:

Sicilli emläki tesis ile mükellef olan Hükümet, tescil emri hâkim ile olmasına, ve mahkemelere milyonlarca gayrı menkulün teşcili için imkân kabul etsek bile efradın emläkini teşcil için mahâkime mürreaata bir güna mecburiyeti kanuniyeleri olmadığından, sicilli emläk tesisi imkânsız bir hale girer.

639 uncu madde “ teşcil ancak hakimın emrile olur diyor. „ Yani ihraz ve işgal tarıkile iktisap edilen sahipsiz şey gerek birinci fıkra muçibince sicille nazaran sahipsiz bulunsun, bu vaziyet ve şerait taayyün edince teşcil emri hakimile olacaktır.

Ancak burada “ teşcil emri hâkim olacaktır „ cümlesi muhtacı izahtır. Bu cümleden maksat hâkim bir gayrı menkulün filân nama teşcilini Tapu memuruna emir etti mi diyecektir ? Hayır. Teşcil ancak hakimın emrile olur kaydından maksat, hâkim filânın o milk üzerinde usulü daire-sinde işgalden mütevellit iktisap sebebini haiz olduğuna karar verir demektir. Böyle bir kararı hâkimden alan malik Tapu memuruna müracaat ederek doğrudan doğruya tescil yaptırır. Bunun aksi bir tarzı muamele varit olmaz. Çünkü, bilumum gayrı menkul muamelatında teşcili talep etmek hakkı farige, Ancak ihraz ve işgal, intikal, istimlak, cebri icra ve mahkeme ilâmile bir gayrı menkulün mülkiyetini iktisap eden kimse doğrudan doğruya tescil muamelesini yaptırabilir. K. M. 642 Bu maddenin tarzı tahririne nazaren işgalin bir sebebi iktisap teşkiline dair bir hüküm olacağında şüphe yoktur.

Hâkim bu hükmü ne suretle verecektir. „ Yani muhakeme neticesinde bir hükmü yoksa bir karar idarimi alarak ? Bu bapta 639 uncu mad-

dede sarahat yoktur. Madenin muadili olan L, K, M 662 inci maddesinin son fıkrası bu hususta şu yolda hüküm vaz ediyor [Toutefois l'inscription n'a lieu que sur l'ordre du juge et si aucune opposition ne s'est produite pendant un délai fixé par sommation officielle, aussi les oppositions ont été écartées.]

Yani Hakim evvela resmi bir ilan yaparak mevzu bahis mal üzerinde kimsenin itirazı olup olmadığını tahkike tevessül edecek, eğer ilanda tespit edilen müddet zarfında bir müddei çıkmaz veya çıkarda itiraz bertaraf edilirse hakim kararı idari halinde emrini verecektir.

M. Atif

Tapu ve Kadastro Umum Müdürü

Federal mahkemesi kararlarından

Nakili: N. Kohen

Memur kefaleti-Memur istihdam edenlerin işe nazaret hususundaki vazifeleri-Vezaifinin temamiyi icrasını temin için bir banka veznedarı tarafından verilen kefalet - Veznedarın hileli muamelatı - Bankanın kefil aleyhinde davası - Tediye-den imtina - Müstahtemi üzerinde istihdam eden tarafından icrası lâzım gelen nezaret ve teftişteki ihmal keyfiyetine kefilin istinat eylemesi - Mezûr sebebin kanton mahkemelerinden ret ve Federel mahkemesince kabul edilmesi:

Borçlar kanunu, Madde 500, fıkra 2 -

1 - Bu maddenin ikinci fıkrasında vazedilen prensip yalnız resmi memurların verdikleri kefalete şamil olmayup, hukuku hususiyeden münbeis bir hizmet münasebetile istihdam edenle bağı olan bütün müstahtemlerin kefaletine de şamildir.

2 - İstihdam edenin müstahtemine karşı ifasına mecbur olduğu nezareti ifa