

YARGITAY KARARLARININ TAHLILI

Yazan: Ord. Profesör
Sabri Şakir ANSAY

Adalet Dergisinin Temmuz 1948 tarihli ve 7 sayılı nüshasında (Sahife 1083 ve sonraki) Yargıtay içtihadı birleştirme genel kurulunun bir kararı yayınlanmıştır (keza Ankara Barosu Hukuk Dergisi Mayıs 1949 sayı 61). Bu karar 1949 - 1950 adalet yılının açılış töreninde başkan tarafından verilen nutukta da bahis konusu edilmiştir (Ulus Gazetesi 7 Eylül 1949 nüshası; Adalet Dergisi Ekim 1949 sayı 10). Nutukta daha başkaları arasında zikredilen bu karar, denildiğine göre geçen adli yıl içinde yargıtayca tesbit ve teyit edilmiş bir prensibe taallûk etmektedir ve bizzat nutuktaki sözlerle "bir çok bakımdan üzerinde durulması gerekli bir karardır". Burada bu kararı gözden geçirmek istiyoruz. Gölülecektir ki karar, bir prensip tesbit etmiş olmaktan uzaktır; bilâkis hukukçulara yanlış istikametler vermeğe çok müsaittir.

Birinci, üçüncü ve beşinci hukuk daireleri ile genel kurul kararları arasındaki içtihat ayrılıklarını birleştirmek için verilmiş olan ve Medenî Kanununun 639 uncu maddesinin tatbikına taallûk eden 1.12.1948 tarihli bu kararda aynen: "Tescil dâvalarında hasım gösterilmesi ve bu dâvanın incelenmesinden önce behemehal ilânın yargıçlıkça yaptırılması lâzım geldiğine dair kanunî bir hüküm mevcut olmadığı ve bilâkis Medenî Kanununun 639 uncu maddesinde yazılı talep ve emir kelimelerinin biliktiza delâlet ettiği üzere olayın nizasız kaza suretiyle incelenmesi gerektiği, zira hukuk ıstılahunca talep kelimesi tek taraflı ve hasım gösterilmeksizin yargıçtan bir şeyin yapılması isteminden ibaret ve bununla beraber maddenin son cümlesinde yazılı "tescil ancak hakimin emriyle olur" ibaresinin tazammun ettiği mana dahi emir, hüküm gibi hasımlı olan dâvaların gayrisine ait meselelerde müstamel ve olayın tek taraflı olarak bakılmasını gerektirmekte olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü emir, hüküm gibi hasımlı olan dâvaların gayrisine ait meselelerde müstâmel ve emir ile hüküm arasında bariz bir farkın mevcut bulunduğu da Borçlar Kanununun 136 ncı maddesinde gösterilmekle beraber tapuda kayıtlı olmayan veya tapu sicilinde maliki kim olduğu anlaşılamiyan veya 20 sene evvel vefat etmiş yahut gayipliğine hüküm verilmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyet olan bir gayrimenkulü nizasız ve fasılasız 20 sene müddetle ve malik sıfatı ile yedinde bulunduran kimsenin bu hususu tek taraflı olarak isbat edebileceği müelliflerce kabul olunmaktadır. Bu bakımlardan tescil dâvalarında hasım gösterilmesi tescil taleplerinin sıhaht unsurlarından olmadığı gibi tescil için kanun koyanın gösterdiği şart ve unsurların olayda bulunup bulunmadığının tahkiki dahi hukuk usulî muhakemeleri kanununun ikinci babının dördüncü faslında yazılı hükümler dairesinde yargıca bırakılmış olup bu yönden tescil dâvalarında ilânın behemehal yapılması dahi tescil dâvalarının sıhat unsurlarından değildir. Gerçi İsviçre medenî kanununun 662 nci maddesinde "tescil ancak resmen vaki bir ilân ile tayin edilecek müddet içinde hiç bir itiraz vaki olmadığı, yahut vaki itiraz reddedildiği takdirde hakimin emriyle yapılır" fıkrası

mevcut isede Medeni Kanunumuzun 639 uncu maddesinin vazı ve tayininde bu fikranın tay edilmiş olması ilânın lâzım ve zarurî olmadığını ifham etmektedir. Bu mucip sebeplere göre tescil dâvalarında ne hasmın gösterilmesi ve ne de ilânın yapılması kanunen meşrut değildir" denilmektedir.

Anlaşıyor ki yargıtay bizde nizasız kaza adıyla bir usulün mevcudiyetini kabul ederek bahis mevzuu edilen tescilin bu kaza alanına ait bir iş olduğunu beyan etmiştir. Fakat müsbet hukukumuzda yer almış veya yargıtay içtihat ve teamülle-riye tesbit edilmiş böyle bir kaza usulünden hiç bir hukukçu haberdar değildir. Çünkü bu adla bir kaza usulünden hiç bir konumuzda bahsedilmemiş ve bu bapta bir kanuni hüküm konmamıştır. Ve esasen konmuş olsaydı bizzat yargıtay daireleri ve genel kurul heyeti kararları arasında belki bu gibi ihtilâflar olmaz, içtihadı birleştirme kararın da görülen yanlışlara mahal kalmazdı. Şu halde hâdiseyi nizasız kaza suretiyle incelemesi emredilen yargıç ne suretle hareket edecektir. Şüphesiz yargıtay kararında tescil işinin nizasız kaza suretiyle incelenmesi gerektiği söylenmesine göre bu kazanın hukuk yargılama kanununda gösterilen yargı usullerinden başka bir şey olması lâzım gelmektedir.

Gerçi eskiden hasım şer'i muvacehesinde olmayarak şer'îye mahkemelerinin yaptıkları bir takım işler ve bunlara ait muayyen formüller, sakler, adeta teamül ile takarrür etmiş usuller mevcut idiyse de bunlara nizasız kaza diye bir isim verilmiş olmadığı gibi bugün bir atıfda bulunulması da mutasavver değildir. Bazı yabancı memleketler kanunlarında nizasız yargı adıyla vâsi tayini, terekeyi mühürleme gibi mahkemelere verilmiş bir çok işlere ve bunlardaki tahkiklerin ve alınacak tedbirlerin nasıl yapılacağına ve yargıcın tedbir ve kararlarına karşı başvurulacak yollara ve mercilere dair ayrı kanunlar konmuş ise de bizim usul knunumuz Nenehâtel kanunundan tercume edilirken o kanunda "yabancı mahkemelerden verilen ilamların sureti tenfizi" bahsi ile başlayan dokuzuncu babın başlığındaki "nizasız yargı işlerine dair ahkâm" sözü ve yine Neuchâtel'in diğer kanunlarında mevcut bu baptaki ikmali hükümler kanunumuza girmemiştir. Adalet Bakanlığının son zamanda Büyük Millet Meclisine takdim ettiği lâyhada mahkeme tatilinde görülecek işler arasında "ihtilâfsız kazaya tâbi işler" den bahsedilmiş ise de (lâyiha madde 219 numara 3) ihtilâfsız, yani yargıtay'ın niza'sız dediği kazanın ne olduğu ve bu kazaya hangi işlerin tabi bulunduğu hakkında hiç hüküm ve sarahat yoktur. Gariptir ki yargıtay, tescil işinin hukuk yargılama kanunundaki nizalı kaza usullerinden başka bir usul ile yapılacağını yukarıda naklettiğimiz üzere kabul ve işaret ettikten sonra yine aynı kararında "tescil için kanun koyanın gösterdiği şart ve unsurların hâdisede bulunup bulunmadığının tahkiki dahi hukuk usuli muhakemeleri kanununun ikinci babının dördüncü faslında yazılı hükümler dairesinde yargıca bırakılmış olup bu yönden tescil dâvalarında ilânın behemehal yapılması dahi tescil dâvalarının sıhhat unsurlarından değildir" demektedir. Bu ifadede bir gerekçe görmek mümkün müdür? Tahkikin yargıca ait olmasından ilânın lüzumsuz olduğu veya yargıtay'ın ifadesiyle tescil işinin sıhhat unsurlarından bulunmadığı neticesine nasıl varılabilir. Hususiyle bahsedilen dördüncü fasıl, dâvanın her halinde yargıcın iki tarafı veya vekillerini davetle yekdiğeri muvacehesinde dâvanın mesaili maddiyesi hakkında ifadelerini istima... ve isticvab'ı hakkındadır; yani tam mana-sıyla bir davada, nizabı işlerde yapılacak tahkik usullerine dairdir; Yargıtay ise görüldüğü üzere kararında, tescil işinin nizasız kaza usulüne tabi olduğunu söylemiştir. Bunları okuyan yargıç işin içinden nasıl çıkabilir? Her hangi bir hukukçu bütün bu sözlerden ne anlayabilir?

Yargıtay hâdiseye tatbik edilecek olan Medenî Kanununun 639 uncu maddesindeki "talep" ve "emir" sözlere istinatla tescil işinin nizasız kaza işlerinden olduğunu istidlâl etmektedir. Bu madde aynen şöyledir: "Tapu sicilinde mukayyed olmayan bir gayrimenkulü nizasız ve fasulasız yirmi sene müddetle ve malık sıfatı ile yadinde bulundurmuş olan kimse o gayrimenkulün kendi mülkü olmak üzere tescili talebinde bulunabilir.

Tapu sicilinden maliki kim olduğu anlaşılamiyan veya yirmi sene evvel vefat etmiş yahut kayıplığına hüküm verilmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyed olan bir gayrimenkulü aynı şerait altında yedinde bulunduran kimse dahî o gayrimenkulün, mülkü olmak üzere tescilini talep edebilir.

Tescil, ancak hakimin emri ile olur."

Bu maddenin son fıkrası İsviçre kanununun aynı degildir. İsviçre kanununun 662 nci maddesi son fıkrası "tescil, ancak resmi ilân ile tayin edilen bir müddet içinde hiç bir itiraz yapılmamış veya yapıp da reddedilmiş olduğu takdirde, hakimin emriyle olur" tarzındadır. İsviçredeki aslından başka olduğunu gördüğümüz bu metin, İstanbul'da medenî kanunu tercüme eden komisyon tarafından kaleme alınmıştır; yani tercümede ilân şartından bahsedilmemiştir.

Şimdi bu "talep" ve "emir" kelimeleri üzerinde duralım. Her şeyden önce söyleyeyim ki kanunlarımızda umumiyetle istilâh hususunda bir vahdet ve muayyeniyet yoktur; bilâkis genişçe bir kayıtsızlık ve intizamsızlık görülür; talep sözü esasen bir istilâh olarak tanınmış değildir; şu manadaki talep sözü nizasız kaza işlerinde ve dâva sözü nizalı işlerde kullanılır bir istilâh olmamıştır. Ne kanunlarda, ne mahkeme içtihatlarında ve ne doktrinde böyle bir istilâh kabul edilmiştir. Kabul edilseydi iyi bir şey olurdu. İşte meselâ Borçlar Kanununda 48, 64, 74, 97, 106, 108, 111, 133, 136, 137 ve daha başka maddelerinde tam manasiyle bir dâva mevzuu olan alacaklar için talep sözü kullanılmış, Medenî Kanun 24 f. 1, 25, 139, 140, 335, 466, 490, 515, 530 ve daha başka maddelerinde de böyle yapılmıştır. Öbür taraftan Medenî Kanunun 250 nci maddesinde nesebin tashihi isteyecek olan kimse hakkında "dâvacı" denilmiştir. Halbuki bu, nizasız yargı işlerinden olmak lâzım gelir (Egger No. 3). Yine Medenî Kanununun 297 ve 316 nci maddelerinde talep ve dâva sözlerinin aynı maddede, aynı mevzu hakkında kullanılmış olması bunların başka başka sahalara taallük eden, iki ayrı kazaya muhtass tabirler olarak kabul edilmediğini açıkça göstermektedir. Talep sözü alelade lûgat manasında yani ister nizalı, ister nizasız kazaya dahil bir iş olsun yargıca müracaatı gösterir bir söz olarak kullanılmıştır. Borçlar Kanunu 133 üncü madde 2 nci numarasındaki "alacaklı dâva veya defi zımında mahkemeye veya hakeme müracaatle veya icrai takibat yahut iflâs masasına müracaat ile hakkını talep eylediği halde" sözlerinde bu, daha açık surette görülebilir. Nitekim bir çok kanun maddelerinde "ister", "isteyebilir" sözlerine rastlanır. Bu hallerde nizalı kaza mı yoksa nizasız kaza mı vardır denecektir? Şunu da ilâve edelimki talep sözü doktrinde çok kere iddia (Anspuruch) terimi karşılığı olarak kullanılmaktadır.

Uzaklara gitmeğe ne hacet. Yargıtay, Medenî Kanununun 639 uncu maddesinde talep ve emir sözlerinin kullanılmış olmasından dolayı tescilin nizasız kaza alanına girdiğini söyler dururken bir taraftan da buna tescil dâvası diyor. Nitekim daha önceki yargıtay kararlarında da hep dâva sözünü görüyoruz (Yargıtay kararları 6.2.1935, Adliye Ceridesi Temmuz 1936 sayı 19. s. 180; 26.2.1935, Adliye Ceridesi Ağustos 1936 sayı 20 s. 218; Adalet Dergisi Temmuz 1945 sayı 7 s. 134; Adalet Der-

gisi Haziran 1946 sayı 6 s. 95, 96). "Bu bakımlardan tescil dâvalarında hasım gösterilmesi tescil taleplerinin sıhhat unsurlarından... ilâh" sözü gösteriyorki yargıtay bizzat tereddüt içindedir; bir cümle içinde hem tescil davası, hem tescil talebi demiştir. Yargıtayın başka kararında da göreceğiz ki yargıtay hiç bir vakit böyle bir ıstılah tanımış değildir; işte bir dâva olmayan ve terk halindeki boşanmadan önce alınacak bir tedbirden ibaret olan ihtar talebine yargıtay ihtar dâvası demekte adeta ısrar etmektedir (Temyiz kararları 1939 - 1940, s. 182, 169)).

639 uncu maddedeki "emir" kelimesine gelince, bu tabir de taallük ettiği işin bir nizasız kaza işi olduğunu kabule kâfi gelmez; çünkü dediğimiz gibi kanunlarımızda böyle bir ıstılah titizliği yoktur. Emir kelimesi, meselâ Medenî Kanununun 813 üncü maddesinde de kullanılmıştır (Keza Ticaret Kanunu 56). Yargıtay, kararını verirken bütün kanunlarımızda talep ve emir kelimelerinin kendilerine izafe ettiği has manalarla kullanılıp kullanılmadığını araştırmış olmasa gerektir. Bizzat Medenî Kanunda bazan "hükmeder", bazan "karar verir" tâbirleri vardır. İşte 31 inci maddede "hakim gayipliğe karar verebilir" (keza m. 34). 42 nci maddede "hakim tarafından hükmedilmesini talep edebilir" denilmiştir. Gayiplik kararı ise nizasız işlerden olmak icap eder. Yine meselâ Borçlar Kanunu 47 nci maddesindeki tazminat bir dâva mevzuu olduğu halde "karar verebilir" sözü kullanılmıştır.

Yargıtayın, Borçlar Kanunu 136 nci maddesinde hüküm ile emir kelimesi arasında bariz bir fark gözetildiği hakkındaki sözleri de yerinde olmasa gerektir; yani burada hüküm, nizalı kazaya ve emir, nizasız kazaya mahsus bir tâbir olarak kullanılmış değildir. Bilâkis emir kelimesi bir dâvada (nizalı, bir işte) müddeaya aleyhin celseye daveti, şahitlerin dinlenmesi, bilirkişi tayini gibi emirleri tazammun eder; yani bu gibi emirlerle de müruri zamanın yeniden cereyana başlayacağı ifade edilmiştir (Meselâ hukuk yargılama usulü kanunu 477 f. 3 ve 486 f. 3; Ticaret Kanunu 77). Yargıtay meselâ "sulh teşebbüsünün akametine dair olan hüküm", "ilâm" sözlerini kullanmakla (1931 temyiz kararları s. 136 No. 76) da hüküm, ilâm sözlerinin nizalı kaza işlerine mahsus bir ıstılah olabileceğini tanımamıştır. Hakikaten Yargıtayın, tescilli nizasız kazaya tabi bir muamele saymak için nizalı yargı işlerinde, davalarda, bahis mevzuu olabilen Bk. 136 nci maddesine nasıl olup ta istinad ve bu madde ile istişhad ettiği sorulmağa layıktır. Tescil işinde bir müruri zamanı tasavvur edilmiştir; yani tescil işi bir müruri zamanı tabidir? Böyle bir müruri zaman düşünülebilir mi?

Bütün bu izahlardan anlaşılabilir ki gerekçe olarak gösterilen hususlarda isabet edilememiş ve kanaatmca sakat sözler söylenmiştir. Şüphesiz birinci hukuk dairesinin 21.2.1945 tarihli kararında (Adalet Dergisi Haziran 1946, s. 95) "Medenî kanunun 639 uncu maddesi gereğince kimsenin namına tapuda kayıtlı olmayan ve sahipsiz bulunan gayrimenkuller hazinenin hüküm ve tasarrufu altında olup" sözü de isabetli sayılamaz. Tescil talebinde muayyen bir müddaaaleyh yoktur. İsviçre hukuku tescil için müracaatı bir nizasız kaza işine müteallik sayar (Neuchâtel Mk. tatbik k. m. 3 No. 3); fakat bu, kanunda talep ve emir kelimeleri kullanıldığından ve bu sözlerin biliktiza delâletinden dolayı değil, tescil işinin mahiyeti icabıdır. Biliktiza delâlet ne demektir? Usulî fıkıh ile medenî kanun tefsir edilebilir mi?

Usulî fıkıhda lâfız, kendisiyle manaya vukuf itibarıyla dörde ayrılır: Ya ibaresiyle, ya işaretiyle, ya delâletiyle veya iktizasıyla manaya delâlet eden sözler vardır. Yargıtay, hüküm ve emir sözlerine, sonuncusu ile mana vermek istiyor ki usulî fıkıh kitaplarında yazılı izahlara da uygun görünmemektedir.

Mantık ve hukuk ilminde kabul edildiği üzere mefhumî muhalif ile istidlâl aksi ile kanıt), makbul ve sağlam bir delil değildir. Modern hukuk kelimelere yapışmak suretiyle bir tefsiri reddeder. Yalnız ukudda değil, nususda da böyledir. Tefsir, gaye, netice, elde edilecek hal suretinin makuliyeti, işe yararlığı, faydaları gözönünde tutularak yapılır. İsviçre kanunundaki ilân hükmünün bizim kanunumuzda görülmemesi, acaba tartılarak, düşünülerek lüzumsuzluktan dolayı alınmaması neticesi midir? Komisyon tercümesinin İsviçre kanunundan farklı olması bunu isbata kâfi midir? Bilhassa pek kısa zamanda terciğe edilen ve kül halinde kabul edilen medenî kanunumuzun bir çok yerlerinde İsviçre kanununa ve kendi sistem ve prensiplerine karşı ayrılıklar görülmektedir. Bütün bunlarda, yanlış ve eksik olduğu anlaşılan hükümlerde, bizim kanunumuz böyledirmi diyeceğiz. Bizzat yargıtay, meselâ medenî kanunun 481, 482 nci maddeleri ve icra ve iflâs kanununun 134 üncü maddesi hakkındaki içtihadı birleştirme kararlarında kanunlarımızın metnine itibar etmemiştir (Adalet Bakanlığı, içtihadı birleştirme kararları 1948 yılı sahife 21, 224 bakınız). İsviçre kanunu, ilânı neden lüzumlu görmüştür (Haab, m. 662, not 23 bak.). İlân, hakikî hak sahibinin mümkün olduğu kadar hukukunun ziyana meydan vermemek için emredilmiştir. Yirmi yıl fasılasız, nizasız tasarruf ile, tapu sicilinde kayıt bulunmamak gibi şartlarla iktifa etmiyerek bir ilâna da lüzum görülmüştür. Nitekim Alman medenî kanunu (927) de böyle yapmıştır. İsviçre hukukuna göre muayyen yıllar gayrimenkule fasılasız, nizasız zilyet olan kimse salâhiyetli yargıca müracaatla bu bapta bir ilân yapılmasını talep edebilir. Bunun için gayrimenkulün sicilde kayıtlı bulunmadığına veya tescilli gayrimenkul malikinin ölmüş, gayipliğine karar verilmiş olduğuna dair tapudan ve nüfus kütüğünden bir vesika ibraz eder. Yargıç müracaatın doğruluğu hakkında muhtemel bir kanaat hasıl edince ilânı yapar; çünkü burada kat'î bir isbat, işin mahiyeti icabı mümkün değildir.

Fikrimizde, Yargıtay arzettiğimiz ilân sebebi üzerinde hakkiyle durmuş olsaydı ilânın lüzumsuzluğuna değil, her halde faydasına, tescilin emniyetine ve tahkikatın tamlığına yarar bir iş olacağını teslim eder, teslim etmesi lâzım gelirdi. Yirmi yıl yapılamayan bir tescil biriki aylık ilân ilne gecikmiş olmaz; ilân ile elde edilecek faydalara nazaran böyle bir gecikmenin hiç bir mahzuzu olamayacağı şüphesiz derhal takdir edilirdi. Bunda yapılacak ufak bir masraf da boş ve heba sayılamaz. İşte gayiplik kararı için Medenî Kanunda (m. 32), hisse senetlerinin, tahvilâtın ve ticaret senetlerinin ziyayı halinde iptal için Ticaret Kanununda (m. 437 ve sonrakiler, 638 ve sonrakiler) ilân şarttır. Ne bu endişe ile ilândan vaz geçilmiş ve ne de nizalı işlere mahsus olan yargılama usulünün 2 nci kitabının 4 üncü faslı mucibince yargıcın, işi tahakkik edeceği ve bunun kâfi geleceği düşünülmüştür.