

K R O N İ K

MAHKEME KARARLARI ARASINDA

Yazan: Prof. Dr. K. Fikret ARIK

I. KIRA BEDELİNİN ÖDENME YERİ. POSTAYA TEVDİ KAFI MIDIR?. MAHKEMECE TEVDİ MAHALLİ TAYINI MECBURİYETİ.

T. C.

Yargıtay

Üçüncü Hukuk Dairesi

Tarih 31/12/1951

Esas No. 51/16293

Karar No. 13011

Kira. İcar bedelinin ödenmemesi. İhtardan sonra postaya ödeme kâfi değildir. Mucirin ikametgâhında ödeme lâzımdır, temerrüt ederse hâkime tevdi mahalli tayin ettirip oraya tevdi lâzımdır.

(BK. 260, 90, 91, 73).

Haralambus Cufas tarafından Ahmet Kasım Kurt aleyhine açılan ve davalının müsteciren ikamet etmekte olduğu gayrimenkulün kira bedellerini ihtarname tebliğine rağmen ödemediğinden tahliyesi ve müterakim 288 lira kira bedelinin tahsili istemine mütedair bulunan davanın yapılan yargılaması sonunda: Davalı tarafından mübrez posta makbuzunun ihtiva ettiği tarihe nazaran istenilen icar bedellerinin ihtarname ile verilen mehilden evvel posta ücreti hariç olmak üzere ödendiği anlaşılmasına binaen sabit olmayan davanın reddine dair Beyoğlu birinci sulh hukuk yargıçlığından verilen 13/11/951 günlü ve 851/866-984 sayılı hükmün temyizden incelenmesi davacı Haralambus vekili tarafından istenilmekle bittetik temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği düşünüldü.

(Taraflar mecurun aylık kira bedelinin 9 lira olduğunda ittifak etmişlerdir. 32 aylık kira bedelinin ödenmediğinden dolayı davacı Borçlar Ka-

nununun 260. maddesi uyarınca akdin feshi zımında müsteciri mütemerit hale koymak için 1/7/951 tarihinde ihtarname keşide etmiş ve davalı ise 24/7/951 tarihinde ihtarnamenin keşidesinden bir ay geçmeden parayı postaya tevdi etmiştir. BK. 73 mucibince kira bedellerinden doğan borcu müstecirin mucirin ikametgâhında eda etmesi icap eder. İkametgâh ile postaya para yatırma arasında alacaklının alacağını tahsil bakımından bir fark mevcuttur. İkametgâhda ödeme yerine postahaneye tevdi halinde parayı gidip almak alacaklı için fazla bir külfeti tazammun eder. Bu bakımdan alacaklının posta ile gönderilen parayı usulüne uygun bir eda telâkki etmemesi muhik bir sebebe müstenittir. Postaya paranın yatırılması borcun itfasını mucip olamaz. BK. 73 maddesine uygun bir teklife rağmen davacının kira bedellerini almakta temerrüt göstermesi halinde ise BK. 90 ve 91. maddelerinde mütemerit alacaklıya karşı borçlunun ne şekilde borçtan halas olacağı gösterilmiştir. Bu şekillere riayet etmemiş bulunan müstecirin borcunun muteber bir şekilde alacaklısına eda etmediğinin kabul olunması iktiza eder. Bu sebeplere binaen ihtarnameye rağmen müstecirin usulü dairesinde borcunu eda etmediği göz önünde tutularak akdin feshi gerekli iken aksi iltizam olunarak yazılı şekilde davanın reddi yolsuz ve temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına 31/12/1951 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

(YGT. 3. H. Esas 51/16293, karar 13011).

Metnini yukarıda aynen dercettiğim Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinin kararı, bir kaç bakımdan âlâka vericidir. İhtiva ettiği esaslar ise, kira borcunun ifa mahalli, postaya tevdi keyfiyetinin borçtan kurtarıp kurtarmadığı nihayet alacaklının temerrüdü halinde mahkemeye müracaatla bir tevdi mahalli tayini zarureti konularında ötedenberi mevcut karışıklık, hatta -açıkca söylemek lâzım gelirse- yanlış telâkki ve içtihadı son vermesi itibarıyla memnurlukla karşılanacak bir isabet ve vuzuh taşımaktadır. Kararın temas ve kısmen hallettiği meseleleri sıralayalım:

1 — Kira bedelinin ödenme yeri:

Borçlar Kanunumuzun kira akdi faslında kira bedelinin ödeneceği mahal ayrıca gösterilmemiştir. Şu halde taraflar kira mukavelesinde kira bedelinin ödeme mahallini ayrıca göstermemişlerse Borçlar Kanununun 73. maddesinde yazılı umumî kaide tatbik edilmek icap eder. Yukarıda aynen dercettiğim Yargıtay Kararı da bu hususu teyit ediyor: (BK. Madde 73 mucibince kira bedellerinden doğan borcu müstecirin mucirin ikametgâhında eda etmesi icap eder). Mucirin ikametgâhından maksat Medeni Kanunun 19. maddesine göre yerleşmek niyeti ile oturduğu yerdir.

Kiracı, kira borcunu mucirin ikametgâhında ödemelidir. Bu ikametgâh, mucirin verme zamanında mukim bulunduğu ikametgâhtır (Mad. 73 bend 1: Borç bir miktar paradan ibaret ise tediye alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vukubulur). Fakat kira mukavelesi yapıldıktan sonra mucir ikametgâhını değiştirmiş ve bu yüzden borcun ifası ehemmiyetli bir surette güçleşmiş ise borç mucirin evvelki ikametgâhında ifa olunabilir (bakınız mad. 73 fıkra III: Alacaklının ikametgâhında tediye edilmesi lâzım gelen bir borcun ifası borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgâhını değiştirmesi sebebiyle ehemmiyetli bir surette güçleşmiş ise borç alacaklının evvelki ikametgâhında ifa olunabilir.) Misal: mucir kira mukavelesinin akdinden sonra ikametgâhını meselâ Ankara'dan yabancı memlekete nakletmiştir, bu sebepten paranın gönderilmesi daha masraflı bir hal almıştır, yahut mucir para gönderilmesi daha tehlikeli bir mahalle yerleşmiştir (Bak. **Von Tuhr - Thilo**, cilt II sh. 443 No. 23). Fakat mucirin ikametgâh tebdilinden doğan ehemmiyetsiz mahzurlara kiracı katlanmak zorundadır, mamafih bu durumdan doğan ilâve yollama masraflarını kira bedelinden indirmek suretiyle mucirin hesabına geçirmeğe hakkı vardır (bakınız: **Von Tuhr - Thilo**: cilt II sh. 443 No. 25; **Oser - Schönerberger**, mad. 74, No. 11: bu müellife göre, kiracının böyle ehemmiyetsiz masraflar ihtiyarile parayı alacaklının yeni ikametgâhına göndermesi kabilken borcun doğumu esnasında mevcut ikametgâhın bulunduğu yerde tevdie teşebbüs etmesi hüsnüniyete aykırı düşer). Alman medeni kanunu 270. maddesinin III. fıkrası bu durumu açık bir surette tanzim etmiştir: «Borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgâhını veya sınaî veya ticarî ikametgâhını değiştirmesi yüzünden gönderme masrafları veya rizikosu artarsa alacaklı ziyade masrafları veya tehlikeyi tahammül etmek zorundadır». Mucir kira alacağını başkasına temlik etse veya vefat etmiş olduğu zaman da aynı esas tatbik edilmelidir (bak. **Von Tuhr - Thilo** cilt II sh. 443 No. 26).

Kira borcunun doğduğu tarihte mucir kiralanan yerin bulunduğu yerden başka bir yerde ikamet etmekte ise kiracı kira bedelini mucirin ikametgâhına göndermekle mükelleftir. Gönderme masraf ve hasarı kiracıya aittir. Şu halde kiracı gönderme masraflarını kira bedelinden indiremez (**Dr. Max Brunner**, Mietrecht, 2 auflage sh. 237); Mamafi mucir kendi ikametgâhında ödenmesi icap eden paraları muntazaman kiracının ikametgâhında tahsil ettiriyorsa, kiracı hilâfı kendisine ihbar edilinceye kadar, alacaklının kendi nezdine gelerek veya adamını göndererek kira bedelini alacağını kabulde haklıdır ve parayı alacaklının ikametgâhına götürmediği için mütemerrit duruma düşmez (von Tuhr, cilt II sh. 443 No. 22). Bilfarz, büyük bir apartmanın sahibi, kira mukavelesinde bir sarahat olmadığı halde kapı-

cısı vasıtasile her ay başı kiralari toplatiyorsa kiraci, ev sahibinin adamini beklemekte haklidir.

2 — Posta vasıtasile kira bedelini ödeme:

Yukarıda verilen izahata göre, kiracı kira bedelini kira mukavelesinde muayyen zamanda ev sahibine ikametgâhında ödemekle mükelleftir. Bu ödeme her halde mucirin ikametgâhında olmak lâzımdır. Şu halde kiracı, mucirin evinde ödenmek şartı ile kira bedelini posta ile gönderebilir. Fakat ev sahibinin evinde ödenmek kaydını havi olmayan ve ev sahibini postahaneye kadar gitmeğe mecbur eden bir posta havalesini ev sahibi kabul etmeğe mecbur değildir. Yargıtay Üçüncü Dairesinin yukarıya aldığımız kararı bu noktayı şu suretle açıklamıştır: (Ikametgâh ile postaya para yatırma arasında bir fark mevcuttur. Ikametgâhda ödeme yerine postahaneye tevdi halinde parayı gidip almak alacaklı için fazla bir külfeti tazammun eder. Bu bakımdan alacaklının posta ile gönderilen parayı usulüne uygun bir eda telâkki etmemesi muhik bir sebebe müstenittir).

3 — Posta vasıtasıyla tediye ödeme ne zaman vaki olmuştur?.

Posta ile ödeme mucirin ikametgâhında yapılmak ve ancak bu şart ile muteber olur. Ancak Posta vasıtasıyla ev sahibinin ikametgâhında yapılan bu tediyeinin de **ifa zamanında** yapılması lâzımdır. Şu halde kiracı tarafından paranın mücerret postahaneye yatırılmış olması ifanın zamanında yapıldığını asla tazammun etmez. Zira kararda haklı olarak belirtildiği gibi **(paranın postaya yatırılması borcun ıtfasını mucip olamaz)**. Borç, muayyen zamanda posta memuru vasıtasıyla ev sahibinin ikametgâhında tediye edilmelidir. Postada vaki gecikmede kiracının hiç bir kusuru olmasa dahi bu gecikmeden mütevellit mesuliyet yine kiracıya racidir. Zira para borcu alacaklının ikametgâhında ödenmesi gerekli bir borçtur **(Oser - Schönnenberger: mad. 74 No. 9; Von Tuhr - Thilo, cilt II şh. 445: Şu halde borçlu parayı, en geç, ifa için tesbit edilmiş günde alacaklıya vasıl olacak şekilde erken göndermekle mükelleftir; nakil daha uzun müddet devam etmişse mütemerrit olur)**.

4 — Mucirin akde uygun bir şekilde teklif edilen kira bedelini kabul etmemesi halinde müstecir kira bedelini kendiliğinden postahaneye tevdi edebilir mi?

Yukarıda verilen izahlardan anlaşılacağı gibi, kiracı mukavelede muayyen olan zamanda bizzat veya bir adamı veya posta vasıtasıyla kira bedelini mucirin ikametgâhında tediye amade bulundurmalıdır. Mucir hiç bir makbul sebep yok iken ifayı kabul etmezse müstecir bedeli postaya yatır-

makla borçdan kurtulamaz. Çünkü Posta Kanununda her hangi bir borcun postahaneye yatırılmakla ifa edilmiş sayılacağı hakkında hususî bir hüküm yoktur. Noter kanununun 46. maddesinde noterlerin tevdi edilen eşyayı ve parayı muhafaza edeceği yazılı ise de böyle bir tevdiin borcu ıskat edeceğine dair bir hüküm yoktur.

Borçlunun kurtulmasını mucip olan tevdiin şekil ve şartları ancak Borçlar Kanunu 91. Maddesinde gösterilmiştir: (Borçlu mütemerret olduğu takdirde borçlu hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere vereceği şeyi tevdi ederek borcundan beraat edebilir. Tevdi edilecek yeri, tediye yerindeki hâkim tayin eder. Fakat ticarî eşya hâkimin kararı olmaksızın dahi ardiyeye tevdi edilebilir).

Bu madde, borçluyu borcun mevzuu olan şeyi istediği yere tevdi ederek borçdan kurtulma yetkisini vermemiştir. Kanunun metni sarih olduğu gibi müellifler de bu hususda müttefikdir. (**Von Tuhr- Thilo**, sh. 478.: Kendisine tevdi yapılacak kimse bir resmî sandık veya bir banka veya ifa mahalli hâkimin emin sayacağı her hangi bir kimse olabilir. Meğer ki alacaklı tevdi edilen şeyi kabul ettiğini beyan etsin) diyor. Mamefi bu müellif İsviçre Borçlar Kanunu 1911 yılında tadil edilirken tevdi yerinin mahkemeye tayinine dair hükmün tayedilmemesini doğru bulmuyor. Bu müellifin kanaatine göre, mahkemeye gelmeden kantonlarda mevcut emanet ve tevdi bürolarına yapılacak bir tevdi kâfi sayılmaydı. (sh. 478 no. 10).

Şârih Becker (ikinci basım mad. 92 no. 14) şu beyanda bulunuyor: (Tevdi mahalli, ardiyeye tevdi hali müstesna, ifa mahalli hâkimi tarafından tayin edilmelidir. Aksi takdirde tevdi ile borçlu borcundan kurtulmuş olmaz).

Funk da aynı kanaattedir: (Tevdi yerini hâkim tayin eder. Bu hususta selâhiyettar olan hâkim ifa mahallindeki hâkimdir (mad. 74); hakim burada sadece tevdi ve emanet yerini tayin edip tevdiin caiz olup olmadığını tetkik edemez (Funk mad. 92 No. 3) **Martin** (Türkçe tercümesi sh. 116) mevzuu bahis olan borç paradan ibaret ise hakime müracaat ihtiyacı olduğunu ifade etmekle beraber, ticarî eşyanın ardiyeye tevdi için de buna ihtiyaç gösterilmemesine teessüf ediyor. Yalnız **Guhl** (Fransızca tercüme sh. 176) kanunun derpiş ettiği gibi tevdi için hakimden izin alınmasını füzulî buluyor. Alman MK. 374 (matlup yerden başka yere tevdi muteberdir, borçlu zamin olur) der.

Müellifler ayrıca, tevdi karar verecek mahkemenin, borçlunun tevdi hakkı olup olmadığını araştırmaya selâhiyeti olmadığı kanatindedirler. (bak. **von Tuhr - Thilo** sh. 478 No. 12; **Funk**, mad. 92 No. 3; **Gücün**, Hukuk davaları cilt 2 sh. 390; **Rossel**, No. 197; Yargıtay Ticaret Dairesi, 28/11/932, 1630/2285 (Tepeci sh. 213 den naklen).

Yargıtay 4. hukuk dairesinin bir kararına göre 91 ve sonraki maddelere göre verilen kararlar tetbir kabilinden olduğundan temyiz kabiliyeti yoktur (9/4/939. **Gücün**, sh. 390 den naklen).

Hülâsa, kira bedelini bilâsebep kabul etmeyen mucir karşısında kiracı kira bedelini postahaneye yatırmakla borcundan kurtulmuş olmaz, kira bedelini ödememiş durumunu muhafaza eder. Netekim 3. Hukuk dairesi de aynen: (BK. 78 e uygun bir şekilde bir teklife rağmen davacının kira bedellerini almakta temerrüt göstermesi halinde işe BK. 90 ve 91 maddelerinde mütemerrit alacaklıya karşı borçlunun ne şekilde borcundan halas olacağı gösterilmiştir. Bu şekillere riayet etmemiş bulunan müstecirin borcunun muteber bir şekilde alacaklısına eda etmediğinin kabul olunması iktiza eder.) demek suretile bu nazarı esası içtihaden de teyit etmiştir.

5 — Mucir eskidenberi kira bedelinin posta ile yollanmasını kabul etmiş ve bundan böyle posta ile gönderilmeyip ikametgâhında ödenmesi için bir ihtarda da bulunmamış olsa, mücerret postahaneye yatırma ile borç eda edilmiş olur mu? Yoksa tevdiin alacaklıya ihbarı mı lâzımdır?

Bu noktaya kararda temas edilmemiştir. Zira bahis mevzuu olan fiili hadisede bu mesele taraflarca ortaya atılmamıştır.

Tevdiin hüküm hasıl edebilmesi ve borçluyu borçtan kurtarabilmesi için keyfiyetin alacaklıya ihbarı icap edip etmediği hususunda nazariyatta iki görüş vardır:

a) **Rossel**'in fikrine göre, tevdi ile borçlunun borçtan kurtulabilmesi için keyfiyetin alacaklıya ihbarı lâzımdır (Borçlar Kanunu nazariyeleri No. 197). Rahmetli Yargıtay Başkanlarından **C. A. Gücün** de aynı fikirdedir. (Malî ve Nazarî Hukuk Davaları cilt II sh. 390).

b) Alman Medeni Kanununun 374. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: Borçlu, tevdi keyfiyetini alacaklıya gecikmeksizin ihbar etmekle mükelleftir; bunu yapmadığı takdirde hasıl olacak zarar ve ziyânı tazminle borçludur. Faydasız olan hallerde ihbara hacet yoktur). Görülüyor ki Alman medenî kanunu ihbar borcunu yüklemekle beraber tevdiin muteberiyetini bu ihbar keyfiyetine bağlamıyor. Ihbarın yapılmaması borçluya sadece yükler. **Von Tuhr - Thilo** da bu fikirdedir. **V. Rossel**'i fikrinde çok ileri gitmekle tenkid eder. **Von Tuhr**'a göre tevdi alacaklıya ihbar hususunda borçluya terettüp eden borç kanundan değil, lâkin objektif hüsnüniyet esasından doğar, yani dürüstlük icabıdır (sh. 478 No. 3). Ancak ihbar vazifesinin yerine getirilmemesi halinde tevdi hükmünü yine hasıl eder, (yani borçlu borcundan kurtulur), fa-

kat tevdiiden haberi olmayan alacaklının - meselâ alacağı tahsil için yaptığı - masrafları borçlu tazminle mükellef olur. **Funk** (mad. 92 No. 2): (Tevdi alacaklıya ihbar edilmelidir. Bu yapılmadığı takdirde tevdi şüphesiz yine muteberdir, fakat borçlu tevdiin bildirilmemiş olmasından doğacak zararı tediye ile mükellef tutulur). **Becker** (ikinci basım 1942 mad. 92/94 No. 16) aynı fikirdedir.

Oser - Schöneberger (mad. 92 No. 4) bu hususta şu mütalâayı serdedir: (Kanun tevdi usulü hakkında hiç bir şey söylemiyor. Bu hususta - Hukuk Muhakeme usulünün bir cüz'ü olmak itibarile - hükümler koymak yetkisinin kantonlara ait olduğunu kabul eylemek icap eder. Bu itibarla tevdiiden önce bir ihtai vukuu yahut hiç olmazsa tevdiiden sonra bir tebliğ vukuu imkânsız değildir, karşılaştırınız **Schneider** mad. 107 mülâhaza 1; v. **Tuhr** (66 No. 14) ihbar mükellefiyetinin objektif hüsnüniyet kaidesinden doğduğu ve bu mükellefiyete riayet edilmemesi halinde borçlu için tazminat mükellefiyeti hasıl olacağı düşüncesindedir. **Rossel** (sh. 143) federal hukuk bakımından tevdiinin hüküm hasıl etmesinin - Borçlar Kanununun sakit olmasına rağmen - borçlunun alacaklıya tevdiin ihbar edilmesi işlemine bağlamak ve bu hususu kanton hukukuna bırakmak istemez. İsviçrede federal mahkeme dahi bizim fikrimizdedir, BGE 34 s. 305).

Prof. Dr. F. H. Saymen, Rossel ve von Tuhr tarafından ileri sürülen fikirleri kaydettikten sonra şu mütalâayı ileri sürüyor: (Fihhakika Medeni Kanununun 2. maddesine göre borçlar hüsnüniyetle ifa edilmek lâzım gelir. Mafih kanunda bu hususa dair bir sarahat yoktur. Ticarî beyide böyle bir ihbara lüzum vardır TK. mad. 712).

Memleketimizde kiracı için sulh mahkemesine bir dilekçe vermek ve buna kira konturatosunu eklemek suretile - bir taraflı olarak ve mucirin malûmatı olmaksızın - tevdi kararı almak mümkündür. Bu bakımdan V. Tuhr'un fikirleri gereğince tazminat müeyyidesi altında tevdi ihbar mecburiyetini kabul etmek yerinde olur. Ancak tevdiin hükmünü ihbara bağlamak doğru olmaz. Bir kere böyle bir şart kanunda mevcut değildir. Sonra, mütemerrit alacaklıyı bu derece himaye için bir sebep yoktur. İfa mahal ve zamanında teklif edilen ifayı kabul etmemekle borçluyu güç duruma düşürmüştür. Bu güç durumu uzatmasına cevaz vermemelidir.

KİRA - TAHLİYE. İKİ HAKLI İHTAR

T. C.

Yargıtay

Üçüncü Hukuk Dairesi

Tarihi 3/1/1952

Esas No. 87

Karar 24

Yargıtay Kararı

(.....Davanın konusu, bir kira süresi içinde iki haklı ihtara sebebiyet verdiğinden me'cürun tahliyesi talebinden ibaret bulunmasına ve mahkemece kabul edildiği veçhile birinci ihtar haklı olduğu gibi her ne kadar ikinci ihtarın taallük ettiği mart 1951 kirası ve ihtarnamenin tebliği tarihi olan 21/3/951 tarihinden bir gün evvel yani 20/3/951 tarihinde tediye edilmişse de davalı peşin ödemekte olduğu kirayı 21 Mart 1951 tarihine kadar geciktirmek suretile ihtar sebebiyet vermiş ve bu suretle ikinci ihtar da haklı bulunmuş olmasına binaen tahliyeye karar vermek gerekli iken aksine karar verilmesi yolsuzdur.)

5020 sayılı kanununun 30 maddesinin V. bölümünün b. kısmınının 5. bendine göre kira süresi içinde kira bedelinin vaktinde ödenmemiş olmasından dolayı iki haklı ihtar mecbur kalan mucir, kira süresinin sonunda tahliye davası açabilir.

1 — Milli Korunma Kanununa göre (haklı ihtar) nedir?

Millî Korunma Kanunu bu mefhumu tarif etmemiştir. Fakat 5020 sayılı kanun ile vaki tadilin gerekçesinden anlıyoruz ki maksat kiracının akdî ve kanunî vazifelerini yerine getirmemesinden dolayı kiralayanın kira bedelinin ödenmesi bakımından çekmeğe mecbur olduğu bir ihtardır. Bu ciheti 5020 sayılı kanunun gerekçesinde şu satırlarla ifade edilmiş görüyoruz: (...Bir çok kimseler kiralayanı münhasıran ızrar maksadı ile her defasında ihtar bulunmağa ve bu sebeple masraflar ve külfetler ihtiyarına mecbur kılmakta ve ihtar müddeti bitmeden boçlarını eda etmektedir. Bir hakkın suiistimali kanunlarla himaye görmeyeceğinden bu gibi hallerin kesin bir suretle önlenmesi için bir yıl zarfında haklı olarak mal sahibini iki defa ihtar bulunmağa mecbur kılan kiracıların... tahliyesi esası kabul edilmiştir).

İlâve etmek icab eder ki bu madde ve ona ait gerekçe B.M.M. de teşkil edilen karma komisyonda ilâve edilmiştir. Esasen ikinci Cihan Harbinin fiilen sona ermesini takip eden kısa ümit devrinde Millî Korunma Kanununun yunusatılması ihtiyacı şiddetle ileri sürülmüştü. Bu kanun tadili o devrin izlerini kuvvetle aksettiren bir teşriî metindir.

Bu tadile göre kanun vâzii maksadını açıkca ifade etmişti: Mer'î Borçlar Kanununun 260. maddesi, kiranın zamanında ödenmemesi hasebile tahliye hakkını ancak **muayyen bir müddete riayet etmek şartile yapılacak bir ihtar** bağlamaktadır. İsviçre Borçlar Kanununun tadil edildiği 1911 yıllarında iktisaden daha zayıf durumda bulunan kiracıyı korumak için âmir bir hüküm olarak kanuna konmuş olan bu hüküm Millî Korunma Kanununun kiracıyı sıkı sıkı koruyan hükümleri yanında pek hafif kalmaktadır. Filhakika M. K. K. kira akdinin feshedilmezliği esasını kabul eden bir kanun hüviyetini taşır.

Ancak kiracının bu himayesi de makul hadler içinde tutulmak lâzımdı. Zira Yargıtay Millî Korunma Kanunu cari olduğu zaman da kira bedelinin bir defa zamanında ödenmemesi hasebile akdin feshini dava edebilmek için BK. 260 maddede yazılı müddetlere riayet etmek icab ettiği kanaatini müstakar içtihat haline getirmişti. Bu durum karşısında ve kiracı ile ev sahibi arasında müzminleşen ihtilâflar tesiri ile, kiracılar kira bedellerini ancak ihtar ile tayin edilen müddet içinde ödemeği bir müziç âdet haline getirmişlerdi. 5020 sayılı kanun ile yapılan tadil bu durumu bertaraf etmek maksadını gütmektedir.

Dikkate lâyıktır ki elimizdeki kararda ikinci ihtarın tarihi ile ödeme tarihi, ihtarın haklılığı hususunda esas ittihaz edilmiştir. Karara göre, mücerret ay başında ödenmesi icap eden kira bedelinin 20 gün gecikmesi ihtarın haklılığı için kâfidir. Bu kadar zaman bekleyen kiralayan, iharda bulunmak hakkını kazanmıştır. Kiracı bundan sonra ödese bile ihtar yapılabilir ve bu ihtar haklı olur. İtiraf edelim ki bu noktada Yargıtay ile aynı fikri paylaşmak imkânını bulamıyoruz. Çünkü kiralayan gecikmiş, hem de haksız olarak gecikmiş kirayı kabul etmiştir, artık bundan sonra ödeme hususunda ihtar hakkı da sakıt olmuştur. Çünkü ihtarın hedefi, ödemeyi temin etmektir. Ödeme vaki ve kendisi tarafından kabul edilmiş olmasına göre ihtarın veçhi kalmamıştır. Bilhassa postahaneye tevdi artık haklı olarak borçdan kurtarıcı tesiri haiz sayılmadığına göre...

Medenî Kanununun 444. maddesinin I. fıkrası ile sağ kalan eşe tanılan seçimlik hakkın hukukî mahiyeti. — Tercihden rücu caiz değildir. — Rücu için hissedarların muvafakatı lâzımdır. — Rücu için fesat ve hatanın sübutu lâzımdır. — Sükûtle mülkiyet hakkı tercih edilmiş olur mu?

T. C.

Yargıtay

2. Hukuk Dairesi

Esas No. 3486

Karar No. 5338

Tarihi 3/11/49

DAVA: Kocası Mahirin veraseti hakkında açmış olduğu davada mirasdan intifa hakkını tercih eylediğini beyan etmesi üzerine bu yolda karar verilmişse de bu beyanda hata eylediğini anlamış olduğundan bahisle mirasda milkiyet hakkının verilmesi istenmiştir.

HÜKÜM: Davacı evvelce intifa hakkını tercih eylemiş ve hataya düştüğü hakkındaki iddiası samimî görülmemiş olduğundan davanın reddine karar verilmiştir.

YARGITAY KARARI: Mahkemede izhar edilmiş irade beyanından sehipsiz rücu mahal olmayıp davacının sureti iddiasına nazaran hadisede hata da bahis mevzuu olamayacağına mebni hükmün onanmasına 3/11/949 tarihinde karar verilmiştir.

T. C.

Yargıtay

2. Hukuk Dairesi

Esas: 4767

Karar: 501

Tarihi: 17/2/939

(Davacı mukaddemmi cereyan eden veraset tahkikatı esnasında milkiyet hakkını tercih ettiğini beyan etmiş ve hükme medarı ittihaz edilen rapor mumaileyhanın izhar ettiği rıza ve ihtiyarın fesat ve hükümsüzlüğünü mucip bir hal ve hastalığı muhtevi bulunmamış olduğu halde mezkûr rapora binaen mevcut olan mallar hakkında talebin kabulü ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna muhaliftir).

T. C.

Yargıtay

2. Hukuk Dairesi

Esas: 1267

Karar: 3508

Tarih: 8/6/948

Davalılardan Fatmanın intifa hakkını tercih ettikten sonra diğer varislerin muvafakatı olmaksızın bundan rücu ile milkiyet hakkını istemesine cevaz olmadığına mebni hükmün onanmasına karar verilmiştir.

I — Medeni Kanununun 444. maddesinin 1. fıkrası ile sağ kalan eşe verilen hakkı hıyarın hukukî mahiyeti.

Medeni Kanununun 444. maddesinin 1 fıkrası sağ kalan eş müteveffanın fûruu ile içtima ettiği zaman terekeden yarısının intifa hakkını, veya dörtte birinin mülkiyet hakkını seçmekte bir hakkı hıyara malik kabul ediyor. Konumuzun iyice anlaşılabilmesi ve salim bir karara varılabilmesi için bu hakkın mahiyetinin gereği gibi açıklanması lâzımdır.

Sağ kalan eşin haiz olduğu hak nazariyatta (inşai hak: Droit formateur, Gestaltungsrecht) denilen haklardandır. Müellif von **Tuhr**'un ifadesine göre inşai haklar öyle bir takım selâhiyetler, enfusî haklardır ki hak sahibi bunları bir taraflı olarak ve ayrıca mahkeme kararına hacet olmaksızın kullanabilir ve bu suretle bir hukukî durum veya bir sübjektif hak ya değiştirilir, yahut ortadan kaldırılır, yahut ihdas edilir. (**Von Tuhr**, Partie générale du Code fédéral des obligations s. 20 et s.).

İmdi sağ kalan eşin fûru ile içtima halinde haiz olduğu hakkı hıyarın inşai haklar zümresinden (**değiştirici inşai haklar**: aendernde Gestaltungsrechte) zümresine dahildir. Zira, bu hakkın istimali ile sağ kalan eşin miras hakkının mevzu ve muhtevası taayyün eder, diğer mirascılar ile mevcut irsî münasebet yeni bir durum alır, bu bakımdan durum tıpkı alternatif = seçimlik = hakkı hıyarlı borçlarda borçlu veya alacaklının seçimlik hakkını kullanması ile olan hukukî durumun aynıdır. Bu nokta bu gün artık münakaşa edilmeyen bir malûm teşkil etmektedir.

II — Bu hakkı hıyarın istimali nasıl olur?

Diğer inşai haklar gibi, sağ kalan eşin hakkı hıyarı dahi onun **bir taraflı beyanı** ile istimal edilir. Şu halde diğer mirascıların veya bir mahkeme kararının lahik olması asla şart değildir. Esasen inşai hakların asıl hususiyeti de, fert iradesine tanıdığı bu büyük iktidardadır. Netekim bu sebepten bu çeşit haklara **iktidari selâhiyetler** (Machtbefugnise) adı da verilmektedir. Şu halde bu gibi hakların istimali için mahkemede dava açmağa, veya her hangi bir şekilde mahkemeden karar almağa asla hacet yoktur. Bir ihtilaf vukuunda mahkemenin verdiği karar sadece durumu, yani bu hakkın istimali ile hasıl olan yeni hukukî durumu tesbit ve izhar etmekten başka bir şey yapmaz; çünkü netice hukukiye esasen ve daha evvelce hasıl olmuştur. (Bak Yargıtay 2 H.D. E. 2, K. 3657, tarih 5/1/939; mezburenin intifa hakkını tercih ettikten sonra haricen bu hakkı istimal ve terekeden intifa ettiği iddia edildiğinden bu idiaya dair beyyine talebi lâzımdır). (Kendisine usulen tebligat yapıldığı halde davacı, milkiyet veya intifa hakkını tercih eylediği hakkında bir beyanda bulunmamış ve bir mazeret de ileri sürme-

miş olmasına göre mülkiyeti seçmiş sayılır. (Ygt. 2 HD. E. 2073 K. 3720 15/5/951 - Komürcüoğlu No. 29). — Müteveffanın iki karısı olup bunlardan biri intifa diğeri de mülkiyet tercih ederse tashihi neseb imkânsızlığı nazara alınarak mülkiyet üzerinden hesap yapılır (2 H. E. 675, K. 29/3, 21/5/949. Kömürçü Sh. 29).

III — Bu hakkı hıyarın istimali bir şekli mahsusa tabi midir?

İsviçre miras hukukunun en selâhiyetli şârihlerinden olan prof. **Tuor** bu konuda aynen şöyle beyanı mütalâa ediyor:

Sağ kalan eşin hakkı hıyarını kullanması **hiç bir şekle tabi değildir**. Bu itibarla sarîh bir beyanla veya **iradeyi açıklayıcı hareketlerle** (Konkludende Handlung) ile kullanılabilir:

a) iradeyi belirtici hareketler:

Sağ kalan eş; kendi zatî parasiyle tereke borçlarını öder, resmî defter tutulmasını veya resmî tasfiyeyi talep eder, miras sebeble istihkak veya taksim davası açar, miras şirketinin bir üyesi olmak itibarile hareket eder ve bilfarz şirkete bir mümessil tayini için resmî makama müracaatta bulunur (IMK. 602), **mirasçı sıfatı ile kendisine terettüp eden veraset ve intikal vergisi dolayısı ile beyanda bulur veya bu vergiyi öderse** bu hareketleri mülkiyet hakkını seçtiğini gösterir.

b) irade beyanı.

irade beyanı yazılı veya şifahî olarak yapılır. Bu beyanın hukukan mümeyyiz vasfı, bir taraflı ve vüsulü muktazı (empfangsdedürftig) bir muamele olmasıdır (bak. **Pescatore**, Wahlschuldverhaeltnisse s. 175; **Leonhard** s. 33, **Oser**, s. 271)

IV. Seçim hakkının tesiri makable şamil midir?

(Seçim hakkı bir taraflı olarak kullanıldıktan sonra makable şamil olur. Seçim hakkı bir kere kullanıldıktan sonra **bundan rücu edilemez**. Ancak bütün diğeri mirascıların muvafakatile bundan inhiraf caizdir. Bir hukukî muamele olması itibarla hakkı hıyar aleyhine ancak nisbî butlan sebepleri ileri sürülebilir.) s. 70/74 (**Tuor** Kommentar zum ZGB. s. 70/74).

Şunu ehemiyetle kaydetmek icap eder ki bu noktada bütün müellifler ittifak halindedir. Ezcümle Lausanne hukuk fakültesi medeni hukuk profesörü **Guisan** 1936/7 senesi miras hukuku notlarının 16, sahifesinde hakkı hıyarın bir takım hareketlerden zımnen kullanılabileceğini, bunun gayrı kabili rücu olduğunu, ancak bütün alâkahıların ittifakı ile geri alınabileceğini sarahaten beyan etmiştir. Bu hususta sayın **Ali Himmət Berki**'nin eserinde de şu satırlara rastlıyoruz. (Hakkı hıyar kullanıldıktan sonra hiyle veya ha-

ta gibi kanunî bir sebep olmadıkça rücu edilemez.. Karı veya kocaya bu haklardan hangisini seçtiği sorulurken bu hakların mahiyeti iyice anlatılmalıdır) (bak: Miras ve Tatbikatı s. 190/195).

Ebul'ula Mardın Miras Hukuku 1932 s. 43, **Samim Gönensay:** Miras Hukuku 1938 s. 30: **Rossel - Mentha** c. II s. 21 not I.

Aynen Tuor'u teyit ediyorlar.

IV — Tapu kanununun 5. maddesindeki hükmün manası:

Tapu Kanununun 5. maddesi veraset senedi alınırken hakkı hıyarını henüz kullanmamış olan eşi bu hakkı istimalle mecbur etmek, kullanmadığı takdirde bir kanunî karine koymaktan ibarettir. Yoksa eş daha önce kanunen muteber sayılacak bir surette hakkı kullanmışsa artık hukukî münasebet kesin olarak taayyün etmiş, mahkeme önünde bir defa daha beyana lüzum kalmamıştır. **Hatta daha evvelce yapılan beyan veya hareket ile bu hakkı kullanılmışsa, veraset senedi alınırken bundan rücu edilmesi de asla mümkün değildir.** Zira hak bir kere kullanılmış, artık eşin bu bapta bir hakkı kalmamıştır. Ancak hâkim önünde, taraflar tercihindен rücu eden eş tasvip ettiklerini sarahaten beyan ederler ve bu cihet kararda açıkca zikredilirse o zaman bir rücu bahis konusu olabilir. (Kocasının veraseti hakkında ilâm istihsali için dava arzuhalinde intifa hakkını ihtiyar eden müteveffiyenin ilâm olmaksızın ölümü bu irade ızzarını hükümsüz kılmaz. 2 H. E. 1259. K. 2539. 10/5/945).

Netice:

Sağ kalan eşin kendi rızası ile ve diğer mirasçılarla birlikte maliyeye verdiği beyanname ve noter marifetile verdiği vekâletname ve hakkını sarahaten mülkiyet lehine kullandığını gösterir. Bu bakımdan veraset senedi diğer bakımlardan doğru olsa bile bu bakımdan hakikate uygun değildir. Çünkü daha evvelce seçilmiş olan mülkiyet hakkı isbat edilmekle hilâfı isbat edilmiş oluyor, bu bakımdan her halde iptali gerekir.

ZİLYEDİN EKDİĞİ MAHSUL KİME AİT OLUR?

T. C.

Yargıtay

3. Hukuk Dairesi

Esas: 1723

Karar: 1326

Tarihi 11/2/952

(Taraflar tarlanın kendilerine ait olduğunu iddia etmişlerdir. Bu vaz-

yette olayda Medeni Kanununun 906-908. maddelerinin gözönünde tutulması icap eder. Bunun için tarlayı hangi tarafın ekmeğe hakkı bulunduğunun tesbiti ve bu suretle davalının mahsulü söktüğü zaman hüsnüniyet veya suinüyetli mi zilyed olduğunun araştırılması ve ondan sonra tohumun tarlanın mütemmim cüz'ü olduğu ve mahsulün de zemini hüsnüniyetle elinde buldurana ait olduğu göz önünde tutularak mahsul üzerinde hak sahibi bulunanın tayini ve o suretle ihtilâfın halli iktiza ederken hilâfına mütalâa serdile yazılı olduğu üzere karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları bu itibarla yerinde bulunmuş olduğundan kabulü ile hükmün yazılı sebepten dolayı bozulmasına 11/2/1952 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.) (Bak. Hukuk - İçtihatlar (Konya) Dergisi 1952 sayı: 1-2 No. 28).

Yukarıda yazılı temyiz mahkemesi kararı, mahsul ve semerelerin hukukî mahiyetini tayin etmesi ve bunların tarla sahibi ile zilyetten hangisine ait olacağı hususunda kıymetli açıklamaları ihtiva etmesi bakımından dikkate değer. Bu kararda temas edilen mesleler hakkında doktrinde kabul edilen esasları hatırlatmak yerinde olur.

1 — Semerenin hukukî mahiyeti hakkında mukayeseli hukukda durum:

Bir takım şeylerin, kendi varlıklarına halel gelmeden bir takım parçalar meydana getirdiği, bunlar kendisinden zaman zaman ayrıldığı ve buna rağmen şeyin varlığını esas itibarile muhafaza ettiğini görüyoruz. Bir koyunun yünü bir ağacın meyveleri, bir çayırın otları gibi. Medeni kanunumuzun 62. maddesi (bir şeyin muayyen zamanlarda hasıl ettiği ve örfün o şeyden sureti tahsisine göre istihsalini tecviz eylediği mahsüller, o şeyin tabii semereleridir). Tabiatın serbestce bahşettiği semerelere **tabii semere**, insanların plânlı çalışmalarına da bağlı olan semerelere **emek mahsulü semereler**: fruits industriels adı veriliyor. Nihayet bir şeyden hukukî bir münasebet gereğince elde edilen hasılatı, hakların maddî olmayan hasılatına da **medeni semere** adı verilir (bak. Haab IMK. 643 No. 1).

Roma Hukukuna göre semere mütemmim cüz' (pars fundi) dir, bu bakımdan esas şeyden ayrılmadığı müddetçe ayrı bir aynî hakkın mevzuu olamazdı.

Cermen Hukuku, semereyi yaratan asıl şeye bağlamaz, daha ziyade istihsal esasına kıymet verir: kim ekerse o biçer, tarladan sürgüyü geçiren mahsule hak kazanır! Wer saet, der maeht). Bu hukuka göre semer henüz esas şeyden ayrılmadığı - yani Roma Hukukuna göre henüz mütemmim cüz bulunduğu zaman bile - müstakil bir mevcudiyete ve ayrı bir malike sahip olabilir. Semere otomatik olarak asıl şeyin malikine ait değildir.

Kendisini istihsal için emek ve masraf etmiş olana aittir.

2 — **Bizim hukukumuzda:** Cüz'ü mütemmim nazariyesi yani Roma Hukuku görüşü hâkimdir (bak. madde 620). Fakat Cermen hukukunun izlerini taşıyan hükümler de vardır. Meselâ 728. madde (malın intifa müddeti içinde kemale eren tabii semereleri intifa hakkı sahibindedir. **Zer'iyatı icra eden malik veya intifa hakkı sahibi, mahsulü alan kimseden, mahsulün kıymetini tecavüz etmemek üzere münasip tazminat isteyebilir**).

Bu halde bizim Medeni Kanunumuza göre tabii semereler ayrılincaya kadar mütemmim cüzüdür. Bu itibarla ayrıca bir hükme hacet kalmaksızın esas şey üzerindeki aynı haklar mütemmim cüzülere de saridir. Bu itibarla, bir kimse hasılat kirasına verdiği bir gayrı menkulün semereleri ki toplarsa hırsızlık yapmış olmaz, kiracının semere almak hakkını ihlâl etmiş olur. Diğer taraftan asıl şeyden henüz ayrılmamış olan semere müstakil aynı hak mevzuu olamaz. Lâkin bunlar müstakbel şey sıfatile terhin veya temlik edilebilir.

Ayrılmamış semere henüz mütemmim cüzüdür kaidesinin neticesi şudur: Hak sahibi ancak semereleri alma hakkını veren hukukî münasebetin (intifa hakkı, hasılat kirası) devamınca tefrik olunan semereleri iktisap edebilir; bu hukukî münasebetin sona erdiği zamanda henüz ayrılmamış semereler malike ait olur. Lâkin Medenî Kanunumuz istifade müddeti içinde mevcut fakat henüz tefrik edilmemiş semereleri intifa hakkı sahibinin mülkü olarak kabul etmiyor, lâkin bu müddet içinde olgunlaşan semereleri temellük hakkını veriyor.

3 — Semerelerin iktisabına gelince:

Bu hususta asıl şeyin malikinin semereleri iktisabile üçüncü şahısların semereleri nasıl iktisap edeceği meselesini birbirinden ayırmak lâzımdır:

a) **Asıl şeyin sahibi,** ayrılma ile semerelerin de maliki olur. Lâkin bazı istisnai hallerde semereler asıl şeyin malikine değil başkasına ait olur. Meselâ her hangi bir hukukî münasebet hasebile semereleri almak hakkını haiz olan bir kimse asıl şeyin zilyedi ise, asıl şeyde hakkı olmayan lâkin hüsnüniyetli olan bir kimse zilyet ise, bu kimseler semereleri esas şeyden ayrıldığı zaman iktisap ederler.

Asıl şey üzerinde mülkiyet hakkı ayrılmamış olan semere üzerinde - asıl şeyin mütemmim cüzü olması hasebile - devam eder. Ancak tefrikten sonra semere üzerinde gayrı menkul mülkiyeti devam edemez, menkul mülkiyeti doğar ve bu mülkiyet mahiyeti itibarile asıl şey üzerinde mevcut gayrı menkul mülkiyetinin devamı değildir.

b) Üçüncü şahısların semereleri iktisabı:

Semere üzerinde mülkiyeti iktisap edebilecek üçüncü şahıslar ya aynı

hakka yahut alacak hakkına sahiptirler. Intifa hakkı sahibi, istifade hakkını haiz irtifak hakkı sahipleri (mad. 753) aynı bir hak mucibince semereleri iktisap hakkını haizdir. Hasılat kiracısı, tefrik edilmemiş semereleri satın alan kimse şahsî bir hak mucibince semereleri iktisap hakkını haizdir. Bir hakka sahip olmamakla beraber hüsnüniyetli zilyet de semereleri iktisap hakkına maliktir (mad. 906). (bak. HAAB. 643 şerhi).

Kararın tahlili:

Üçüncü hukuk dairesinin kararı yukarıda tesbit edilen nazari esaslara uygundur. Hadisede mülkiyeti münazaalı bir tarlaya ekin ekmiş olan bir kimse aleyhine mahsullerin mülkiyeti bakımından açılan bir dava bahis mevzuu olduğu anlaşılıyor. Yargıtay bu hususta tohumun, tarlanın mütemmim cüzü olduğunu kabul ediyor. Ancak mahsulün söküldüğü zamanda tefrik edilmiş mahsul üzerinde kimin aynı hakkı olduğunu konusunu hal için, tarlayı ekme hakkını esas tutuyor. Eğer böyle bir hak tesbit edilmişse tarlayı eken ve mahsulü toplayanın hüsnüniyet veya suiniyetli olmasını ön plâna alıyor. Hüsnüniyetli ise mahsulün onun mülkiyetine geçeceğini, suiniyetli ise mahsul kendi tarafından dikilmiş ve toplanmış olmasına rağmen mülkiyetin arz sahibine ait olacağını ifade etmek istiyor.

Yargıtay Hukuk dairesinin 28/6/948 tarih ve 3082 esas 3865 karar sayılı ilâmı da şu mahiyettedir: (münazaalı olan ve tohum ekilen yerin, dava edilene ait olduğunu yargılama safhalarından ve evvelce verilmiş olan karardan anlaşılmasına ve bu yere davacı tarafından atılan tohum, arzın mütemmim cüzü olup dava edilene ait olacağına ve davacının ancak tohum bedelile ekme masraflarını istemek selâhiyeti bulunmaktadır) (bakınız: Kahraman Koç: Ecri misil davalarında zamnaşımı; Konyada çıkan Hukuk - İctihadlar Dergisi 1952 sayı 1 - 2 sh. 18).

Sayın Kâkim Kahraman Koç adı geçen yazısında 4. Hukuk Dairesinin değişmez içtihadı (mahsulü eken kaldırır, gayrimenkul sahibi tazminat isteyebilir) maaliinde olduğuna işaretle tevhibi içtihad zaruretini haklı olarak kaydediyor.

Hülâsa:

Memleketimizde en çok rastlanan durum şudur: Bir kimse başkasının tarlasına müdahale ederek tohum atan bir kimsenin hasıl olan mahsul üzerinde bir hakkı var mıdır?

Bu suale cevap vermek için mahsulü yetiştiren kimsenin hüsnüniyetli veya suiniyetli olup olmadığını tahkiki şarttır. Eğer hüsnüniyetli olduğu tahakkuk ederse mahsul kendisine ait olur (Madeni Kanun 906). Suiniyetli ise, ekdiği tohum semere halini almakla arzın mütemmim cüzü olur; topra-

ğın sahibi ona da malik olur. Bu semereler ayrıldığı zaman da mal sahibinin onlar üzerinde aynı hakkı vardır (Bak. Ostertag ve Hömberger 940. madde şerhi).

Acaba haksız müdahalede bulunan daha doğrusu suiniyetli zilyed tohum ekim masraflarının tazminini isteyebilir mi? 908. madde suiniyetli zilyede ancak zaruri masrafların istirdadı hakkını vermiştir. Faydalı masrafların istirdadı hakkını vermez. Halbuki 65. maddeye göre suiniyetli müktesip faydalı masraflarını dahi isteyebilir. Acaba BK. 65. hükmünü burada kıyasen tatbik etmek imkânı var mıdır? Homberger ve Ostertag (bak. Mad. 940) buna cevaz vermiyorlar. **Wieland** ise aksi fikirdedir.

İKTİSABİ ZAMAN AŞIMI. İRTIFAK HAKLARININ ZAMAN AŞIMI İLE İKTİSABİ.

Yargıtay

5. Hukuk Dairesi

Esas: 952/2

Karar: 1652

Tarih: 25/4/952

Dâva: Tapuca kayıtlı olmayıp Murisi Musadan intikal ederek verese arasında yapılan taksimde kendisine bırakılan iki gözden ibaret evin arsa ve yolun davalının müdahale etmekte olduğundan bahsile vaki müdahalenin önlenmesine karar verilmesi istenmektedir.

Karar: Bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonunda; tafsilâtı tutanak ve ilâmında yazılı olduğu üzere; dava konusu arsanın altındaki damın aslen Nuri Kurt adındaki şahsa ecdadından kalarak onbeş sene evvel davalıya satılmış olduğu gerek bayiin ve gerek davalının zilyetliklerinin yüz seneden fazla devam etmiş bulunduğu ve davacının murisinin kırk sene evvel bu damın bitişiğine ev yaptırdığı, evin umumî bir kapısı mevcut olup ayrıca nizalı arsaya bir kapı açtığı ve kırk senedenberi arasına buradan yani davalının damı üzerinden gelip geçmekte olduğu mahallinde ve dinlenen tanıkların beyanları ile anlaşılmiş ve altı davalının anbarı olan bu yerde inşaatı olmayan davacının bir hak iddiasına kanunen hakkı bulunmamış olmasına ve 40 sene gibi mebdei belli olan bir zamandanberi yol olarak kullanılması davacıya bir hak bahşedemiyeceğine ve 40 senelik bir zaman kadim sayılamıyacağına ve davacının ayrıca yolu bulunmasına mebni davanın redine karar verilmiştir.

Yargıtay kararı:

Altında davalının anbarı bulunan yerde davacıya ait evin bir yolu bulunduğu ve 40 senedenberi bu yolun davacı ve miras bırakanı tarafından

kullanıldığı şahadetle anlaşıldığında ve mahkemece de fiili durum o şekilde sabit görüldüğüne ve davalı kendi ambarı hakkında tapuya dayanmadığına ve ambar üzerinde davalıya ait hak zilyetlikden ibaret bulunduğuna davalı bu zilyetlikden ancak ötedenberi devam edegeldiği şekilde faydalanabileceğine ve nizalı yer üzerinde davacının ileri sürdüğü hak bir irtifak hakkından ibaret bulunduğuna ve Medeni Kanununun 704. maddesi uyarınca irtifak hakkının tesis olunduğu yani davalıya ait gayrimenkulün zaman aşımı ile iktisabı ne gibi şeraite tabi ise irtifak hakkı dahi o şerait dairesinde iktisap olunabileceğine ve olayda davalıya ait gayrimenkulün tapuda kayıtlı bulunmadığına göre Medeni Kanununun 639/1 maddesi uyarınca zaman aşımı ile iktisap olunabilecek durumda bulunmasına ve bu itibarla bu gayrimenkul üzerinde irtifak hakkını da zaman aşımı ile iktisap olunabileceğine, davacı ve miras bırakanı nizalı yeri olağanüstü zaman aşımı süresince yol olarak kullanmış bulunmalarına ve şu suretle irtifak hakkı iktisap edilmiş bulunduğundan taraflar arasındaki niza bu esaslar dahilinde çözülmek gerekirken davacıya ait hakkın kadim sayılmıyacağından vesairenden bahisle yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz olduğundan bozulmasına ittifakla karar verildi).

T. C.

Yargıtay

5. Hukuk Dairesi

Esas 7472

Karar 1554

Tarih 18/4/952

Dava: Koçakuru mevkiinde yirmi senedenberi mutasarrıf bulunduğu tarlanın içinde çıkmakta olan kaynak suyundan rızasile davalı istifade etmekte ise de bu yerin kendisine lüzumu bulunduğundan bahsile davalının vaki fuzuli müdahalesinin önlenmesine karar verilmesi istenmiştir.

Karar: Tafsilatı ilâmında yazılı olduğu üzere dava konusu suyun çıkmakta olduğu tarlanın tapuca kayıtlı olmayıp ancak davacının zilyetliği altında bulunmakta olduğu ve sudan davalının 25-30 senedenberi istifade etmekte bulunduğu mahallinde bilirkişi marifetile yapılan inceleme ve dinlenen savunma tanıklarının beyanları ile anlaşılmış olmasına mebni davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay kararı: Tarafların iddia ve savunmalarına, savunma tanıklarının takdir olunan şahadetine ve davacı nizalı suyun kaynadiğı hakkında tapu kaydına dayanmayıp zilyetliğe dayanmış olduğuna ve sudan iktisap zaman aşımı süresince davalının faydalandığı şahadetle tesbit edildiğine göre

Medeni Kanunun 704. maddesinin son fıkrası hükmüne göre yerinde olmayan tenyiz itirazlarının reddile hükmün onanmasına oybirliği ile karar verildi.

Kararların tahlili: Yukarıda yazılı iki karar memleketimiz ziraî hukukunu şiddetle alâkadar eden bir meseleye temas etmektedir: tapuya kaydedilmemiş topraklar üzerinde su alma veya geçit hakkı gibi irtifak hakları iktisabî zaman aşımı ile kazanılabilir mi? Bunun şartları nedir?

Yargıtay 5. hukuk dairesi gayet isabetli bir muhakeme tarzı ile Medeni Kanunun 704. maddesini bu gibi ahvalde tatbik etmekten çekinmiyor. Halbuki bazı mahallî mahkemelerde bu gibi ahvalde kadimden beri mevcut irtifak haklarının mevcudiyeti veya ademi mevcudiyeti hususu tahkik ediliyor ve eğer kadimden beri böyle bir hak mevcut değilse irtifak hakkının mevcudiyeti kabul edilmiyor. Bu görüş tarzı eski hukuk zamanında kazanılmış irtifak hakları için varit olabilir. Fakat Medeni Kanunun yürürlükte bulunduğu veya o tarihten evvel mebdעי malûm bir zamandanberi istifade halinde yanlış kararlar verildiği görülmektedir.

Yargıtay 5. hukuk dairesinin bu isabetli kararı Medeni Kanunun biraz unutulmuş bir maddesine pratik sahada pek büyük bir önem vermektedir. Bu madde 704 maddedir. İsviçrede 731. maddeye tekabül eden bu maddenin o memlekette pratik önemi gayet azdır. Zira o memlekette tapuya kaydedilmemiş topraklar yok denecek kadar azdır. Halbuki bizde bu kabil topraklar ekseriyeti teşkil ediyor. Bu maddenin kanunun ruhuna ve nazariyata uygun bir şekilde tatbiki, Medeni Kanun zamanında dahi bir takım irtifak haklarının iktisabî zaman aşımı ile iktisap edileceği neticesini doğurmaktadır.

Madde malûmdur: İrtifak hakkının tesisi: mad. 704: İrtifak hakkının tesisi için tapu sicilline kayıt lâzımdır. **Hilâfına sarahat bulunmadıkça mülkiyet hakkındaki hükümler** irtifak hakkının iktisap ve tescilinde dahi caridir. **İrtifak hakkının tesis olduğu gayrimenkulün müruru zaman ile iktisabı ne gibi şeraite tabi ise irtifak hakkı dahi o şerait dairesinde ktsap olunur.**

Yargıtay 5. Hukuk dairesi birinci kararında bu madde gereğince tapuda kayıtlı olmayan bir gayrimenkul üzerinde irtifak hakkının olağanüstü zaman aşımı süresince zilyetlikle iktisap olunabileceği neticesine varmıştır. (Aynı maalde olmak üzere bakınız: **Leemann**, Bern şerhi mad. 731, Bern 1924).

Aynı daire ikinci kararında; bir şahsın zaman aşımı ile iktisap eylediği ve fakat tapuda kayıtlı bulunmayan tarla içinden kaynakayan sudan diğer bir şahıs olağanüstü zamanaşımı süresince faydalanmış ise Medeni Kanunun 704. madesi uyarınca o şahsın faydalanmasına itiraz olunamaz, neticesine varmıştır.

VASIYETCİNİN ELYAZISI İLE VASIYETİ

1 - Ölümüne bağlı tasarrufun tefsirinde mühim olan cihet, kullanılan kelimeler değil, beyanı yapanın hakikî iradesidir.

2 - Bir kâğıdda yazılı irade beyanının bir ölümüne bağlı hibe değil, fakat bir vasiyet (legs) teşkil ettiği bu kâğıt dışındaki unsurlarla isbat edilebilir. mi?.

3 - Şeklen muteber olmayan ölümüne bağlı bir hibe vadi, elyazılı vasiyetin şekil şartlarını haiz ise böyle bir vasiyet olarak muteber olur mu?.

4 - Muayyen bir malın vasiyetinin (legs) muteber olması için vasiyet muhtevasının muayyen veya hiç olmazsa kabili tayin olması lâzımdır.

5 - Vasiyetcinin teberruu, vasiyet edilen şeyin vasiyet yapıldığı gündeki değil, vasiyetcinin ölüm günündeki haline şamildir.

Federal mahkeme geçen yıl verdiği bir kararda (bakınız «Journal des Tribunaux, 1950 sh. 200, FMK 75 II s. 184. Bu kararın tam tercümesi Adalet Dergisinde intişar edecektir»), vasiyet hukuku ile ilgili bazı esasları açıklamak fırsatını bulmuştur:

I — **OLAY:** Müteveffa F, ölümünde şöyle bir kâğıt bırakmıştır: **(Cenevre, on aralık bin dokuz yüz kırk dört. - Cüzdanım muhtevasını bayan Mürith'e bağışlıyorum. Arzum budur. İmza: F. Matmazel M., müteveffanın mirascısı olan iki çocuğu aleyhine, murisin vefat tarihinden itibaren % 5 faizi ile birlikte cüzdanın murisin vefat tarihindeki muhtevası olan 15 küsür bin frangın yarısını dava etmiştir (diğer yarısını davalılar kendiliklerinden ve davadan önce vermişlerdir).**

Davalılar, bu kadını sadece ölümüne bağlı bir hibe vadi teşkil ettiğini, bu bakımdan miras mukavelesi şeklinde tanzimi gerektiğini, bu şekle riayet edilmediği için de batıl olduğunu iddia etmişlerdir.

Federal mahkeme, bu yazının, vasiyetcinin el yazısı ile yaptığı bir vasiyet olduğunu, böyle bir vasiyetin şekil şartlarına cevap verdiğini, bu itibarla da muteber olduğuna karar vermiştir.

II — Federal mahkemenin bu kararda münakaşa ettiği hukukî meseleler şunlardır:

1 - **Bir irade beyanının tefsirinde mühim olan cihet, beyanı yapanın kullandığı kelimeler değil, onun hakikî maksadıdır.**

Şu halde irade beyanını yapan kimsenin (veriyorum, bağışlıyorum: je donne) ibarelerini kullanmasına rağmen hakikî maksadının (vasiyet ediyorum) demek olduğu anlaşılırsa, bu irade beyanı bir vasiyet telakki edilmelidir (bakınız: **Dalloz:** Répertoire, Testament kelimesi altında No. 11).

2 — Bir kâğıda yazılı iradenin bir hibe değil, lâkin vasiyete (legs) matuf olduğu kâğıt dışındaki unsurlara müracat suretile isbat edilebilir mi?

Federal mahkeme bunu kabul etmiştir (FMK. 55 II 169). Fakat bu hadisede bizzat kâğıt metninden iradenin bir vasiyete mahmul olduğunu gösteren deliller vardır; bu bakımdan vasiyetname dışında delil aramağa hacet yoktur.

Kâğıt metninde vasiyetname olduğunu gösteren delil:

a) (Cüzdan muhteviyatını hibe ediyorum) ibaresinden sonra gelen (arzum budur) ibaresidir. Bu ibare, bir mukavele akdi için değil, ancak ölümünden sonra mallarına el koyacaklara, yani mirasçılara talimat vermek için kullanılan bir ibaredir. Vasiyetçi bu ibarelerle cebindeki cüzdan muhtevasının kimе verileceğini bu cüzdanı bulanlara anlatmak istemiştir.

b) Bu iç delili kuvvetlendiren dış delil de şudur: Kâğıdı yazdığı sırada vasiyetçi hasta idi ve ölümünden sonra Bayan Mürith'e ne gibi bir muamele yapacaklarını oğlundan sormuştu. Demek ki bu konuşma neticesinde bir vasiyet yapmağı uygun görmüştü.

3 — Şeklen muteber olmayan bir hibe vadi, elyazılı vasiyetin şekil şartlarını haizse böyle bir vasiyet sayılır mı?

Bu meşhur tahvil (conversion) nazariyesi meslesidir. Taraflar yaptıkları muamelenin şeklen batıl olduğunu bilselerdi onun başka suretle idamesini isterler miydi? Bu suale müsbet şekilde cevap vermek mümkünse şekil şartı yerine gelmiş olan muamelenin mevcut ve cari olduğunu kabul etmek uygun olur. Alman Medeni Kanununun 140. cı maddesi bu nazariyeyi şu suretle ifade ve kabul ediyor: (Batıl bir hukukî muamele başka bir muamelenin şartlarına uygunsa, butlana vukuf halinde diğer muamelenin taraflarca istenilmiş olacağı farz ve kabul edilebilirse, bu ikinci muamele caridir). Prof. Schwarz (Borçlar Hukuku dersleri, 1948 sh. 372) bu nazariyenin bizim hukukumuzda da tatbik edilebileceğini kabul etmektedir. Misal olarak tapu dairesinde yapılması icap eden gayrimenkul satışının Noter kanununun değişik 44. maddesinin B bendinde yazılı şekle uygun olması hasebile muteber olduğunu ifade ediyor. Yargıtay I. Hukuk Dairesi gayri münteşir 22/2/1951 tarih ve 950/2288 esas ve 925 karar sayılı kararında noter senedile vaki gayrimenkul satışında bu nazariyeyi kabul ve teyit etmiştir.

Federal mahkeme bu hadisede bu nazariyeyi şu suretle teyit ediyor: (müteveffa bidayette hibe yapmak niyetini beslemiş, bunun için de mevhubunlehin hibeyi kabul etmesini düşünmüş olabilir. Fakat bu kabul olmasa bi-

le yaptığı tasarrufun hüküm hasıl etmesini arzu ettiği anlaşılırsa, hibe vadini ölüme bağlı tasarruf saymağa hiç bir mâni kalmaz. Bu muamele nasıl olsa tasarrufu yapanın ölümünden sonra hükmünü hasıl edeceğine göre müteveffanın ölüme bağlı bir hibe olarak tasavvur ettiği, fakat bu sıfatla kanunun aradığı şekle uygun olmaması hasebile hükümsüz olan bu muameleyi muayyen bir malın vasiyeti (legs) olarak telakki etmek mümkündür.

Fakat bu hadisede gerek senedin şekli, gerek yapıldığı zamanki şartlar ortada muayyen malın vasiyeti bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu itibarla Federal Mahkeme müteveffanın mefruz iradesine müracaata lüzum görmemiştir.

4 — Muayyen bir malın vasiyeti (legs) muteber olmak için, vasiyet muhtevasının muayyen hiç olmazsa tayini kabil olması lâzımdır.

Vasiyetin mevzuu vasiyet yapıldığı sırada vasiyetcinin mamelekinde bulunan bir mal olabildiği gibi bu mameleke daha sonra girecek olan bir mal da olabilir. Netekim bir mobilya içinde bulunan bir şeyin vasiyet edilmesinin muteber olduğu hakkında bir Federal mahkeme vardır (FMK. 47-II s. 37). Sırf tesadüften ileri gelen veya vasiyetcinin iradesine rağmen vuku bulan değişiklikler (vasiyetcinin artık temyiz kudretini kaybettiği bir anda menkul mal muhtevasını değiştirmesi de bu hallere kıyas edilmelidir) istisna edilirse vasiyetcinin teberruunu, ölümü gününde mevcut olan bütün vasiyet edilmiş eşyaya teşmil ettiği kabul edilmelidir. Vasiyetci bir cüzdan muhtevasını vasiyetinin mevzuu olarak gösterdiği zaman da böyle düşünmek gerekir.

5 — Vasiyetcinin teberruu, vasiyet edilmiş şeyin vasiyet yapıldığı günkü değil, ölüm günündeki haline şamildir.

Bu davada davalılar vasiyet mevzuunun, cüzdanın 10 aralık 1944 tarihindeki muhtevasından ibaret olduğunu iddia etmişlerdir. Eğer müteveffanın kullanmağa devam etmediği ve normal olarak muayyen bir yerde veya bir mobilye içinde muhafaza edilmesi gereken özel bir cüzdan bahis mevzuu olsaydı belki o zaman vasiyet muhtevasının, cüzdanın 10 aralık 1944 tarihinde ihtiva ettiği kıymetlerden ibaret olduğu kabul olunabilirdi. Halbuki bu cihet iddia edilmediği gibi dosya muhtevasından anlaşıldığına göre bahis mevzuu olan cüzdan, müteveffanın kullandığı ve mu'tad olarak üzerinde taşıdığı cüzdandır.

VASİYETCİNİN ELYAZISI İLE VASİYETİ. ŞEKİL NOKSANI.

Federal mahkeme Wick - Tanner ile Wick davasında verdiği 21 aralık

1949 tarihli kararda (bakınız Journal des Tribunaux 1950 sh. 357) şu meselelere temas etmiştir:

1 - Elyazısı ile vasiyetin tarihinin hakikî, doğru olması şart mıdır?.

2 - Yazılması bir kaç gün devam eden bir vasiyetnameye hangi tarih atılır?

3 - Elyazı ile vasiyete atılan tarihin yanlışlığı bir hata eseri olursa tashih imkânı var mıdır?

4 - Hataen yanlış yazılan bir tarihi, vasiyetname dışında kalan bazı karine ve âlametlere müracat suretile tashih imkânı var mıdır?

5 - Şekle müteallik hukukî hata mazur görülebilir mi?

Olay şudur:

Bir vasiyetçi 10 mayıs 1944 tarihinde kendi elyazısı ile tanzim ettiği vasiyete (1944 mayısında) şeklinde bir tarih atarak, mayıs ayının hangi gününde yapıldığını yazmamıştır. Ertesi gün yani 11 mayıs 1944 günü hatasını öğrenerek (mayısında) kelimesinde (sında) harflerini çizmiş, üzerine (10 mayıs) yazmış ve altını imzalamıştır.

1 - Elyazısı ile vasiyette tarihin hakikî, doğru olması şart mıdır?

Evet. Çünkü Kanunun maddesi elyazısı ile vasiyette vasiyetçiye vasiyetin **tanzim edildiği yıl**, ay ve günü kendi elyazısı ile yazdığı da emretmiştir. Şu halde bu gün, tarih attığım bir vasiyetnameye bile bile bu günün tarihini atmalıyım. Bile bile dünkü veya yarınki tarihi atamam. Atarsam, yanlış, yani yazıldığı güne uymayan bir tarih atmış olurum, ki bu da bir sekil noksanı teşkil eder ve iptal davasına hak verir. (Federal mahkeme kararları cilt 45 II 151; 54 II 138; JdT 1950 p. 351).

2 - Yazılması bir kaç gün devam eden bir vasiyetnameye hangi tarih atılacaktır?

Bittiği günkü tarihi. Her kısma, yazıldığı günün tarihini atmağa hacet yoktur (FMK. 56 II 248).

3 - Elyazısı ile vasiyete atılan tarihin yanlışlığı hata eseri olursa tashih imkânı var mıdır?

Meselâ, bu gün 15 Kasım 1951; hataen 19 Kasım 1951 yazıyorum. Bunu tashih imkânı var mıdır? Evet. Fakat yanlış tarih, zuhul veya bir kalem hatası olmalı, bir de asıl tanzim tarihinin yine vasiyetname metnindeki kayıtlardan anlaşılması şarttır (FMK. 45 II 153, 50 II 6-7, 67 II 153, 64 II 409).

4 - Yanlış yazılan bir tarihin yanlışlığını, vasiyetname dışında kalan bazı karine ve alâmetlere müracaat suretile ispat etmek imkânı var mıdır?

Tuor (şerh. mad. 505 N. 20) buna cevaz veriyor. Federal Mahkeme vasiyetnamenin tanzim mahallinin, bizzat vasiyetname metninde gösterilen mahalden başka bir mahal olduğunun her türlü delil ile ispatına imkân olduğunu kabul ediyor. Bu mütalâasını, resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığının her türlü delil ile isbat edilmesine müsait olan MK. mad. 7 hükmüne istinat ettirmektedir.

5 - Şekle müteallik hukukî hata mazur görülebilir mi?

Vasiyetçi bir gün evvelki tarihi atarken kanunun emrine riayet ettiği kanaatindedir. Yani hukukî hataya düşmüştür. Fakat şekil hususunda hukukî hata, şekil noksanını bertaraf etmeğe kâfi gelmez (bak. Jdt. 1950 sh. 351; **Saleilles**: La forme du testament olographe, Revue trimestrielle du droit civil 1904 p. 89).

VATANDAŞLIK HUKUKUNA AIT KAZAI KARARLARA BİR BAKIŞ

Yazan: **Kemal Galip BALKAR**

Bugün memleketimizde Vatandaşlık hukukunu tanzim eden 1312 sayılı kanun, 15 inci maddesi ile 23 Mayıs 1927 tarihli ve 1041 numaralı kanun ahkâmı müstesna olmak üzere, kendisine muğayir bilcümle ahkâmı ilga etmiştir. Teşri organını geçmişin mevzuatını teker teker incelemekten kurtaran bu toptan ilga usulü zaman ve çalışmada tasarruf temin eder gibi görünürse de bunun doğru olmadığını hadiseler açıkça göstermektedir.

Biz bu yazımızla gerek 1312 numaralı kanun ve gerek 1041 numaralı kanun ile konmuş Vatandaşlıktan iskat müessesesini tetkik edeceğiz; yalnız 1312 numaralı kanuna taallük eden kısımda tatbikatta en çok rastlanan onuncu maddesinin son fıkrasını ele alacağız.

Bu tetkiki yaparken güttüğümüz gaye konuyu nazarî bakımdan değil, tatbikat itibariyle, bilhassa Danıştay kararlarına göre geçirdiği değişiklikler cihetinden ele almaktır. Şüphesiz vatandaşlık ferdin medenî hüviyeti bakımından son derece ehemmiyetli bir unsurdur. Her Devlet kendi anlayışına ve memleketinin ihtiyaçlarına göre kimlerin vatandaş sayılacağını, vatandaşlığın nasıl kazanılıp nasıl kaybedileceğini tayinde serbesttir: Ancak şunu da unutmamak lâzımgelir ki bu hükümleri tesbit ederken mevzuun önemini gözden kaçırmamak lâzımdır. Birleşmiş Milletler teşkilâtı kurulduktan sonra bu cihet büsbütün ehemiyet kazanmıştır.

Biz birinci kısımda 1041 numaralı kanunu -ki bir maddeden ibarettir- inceleyeceğiz, ikinci kısımda 1312 numaralı kanunun onuncu maddesinin son fıkrasını ele alacağız; bundan sonra üçüncü bir kısımda bu hükümlerin anlaşılmasında Danıştayın kazai kararlarının vücuda getirdiği değişimleri gözden geçireceğiz. Bu arada kanun hüküm ve kuvvetini haiz bulunan ve hadiselerin karşımıza çıkardığı bir talimatın bazı hükümlerine temas edeceğiz.

BİRİNCİ KISIM

1041 numaralı kanun 598 sayılı Resmî Gazetede neşredilmiştir; neşir tarihi 31 Mayıs 1927 dir, kanun neşri tarihinden muteberdir. Kanunun metni ne kadar kısa ise başlığı da o derece uzundur: «şeraiti muayyeneyi haiz olmayan Osmanlı tabaasının Türk Vatandaşlığından iskati hakkında kanun.» Sadece şu başlık kanunun bünyesinde mevcut hükümlerin normal zamanlara mahsus sakin bir hava içinde meriyet mevkiine konmuş olmadığını göstermeğe yeter. İncelemeleri kolaylaştırmak için kanunun Vatandaşlıktan

iskat kararı ittihazı selâhiyetini Bakanlar Kuruluna veren birinci maddesini aynen buraya nakledeyim: «İstiklâl muharebeleri esnasında Millî Mücadeleye iştirak etmeyerek Türkiye haricinde kalan ve 24 Temmuz 1923 tarihinden işbu kanunun neşrine kadar Türkiye'ye avdet etmemiş Osmanlı tebaasının Türk Vatandaşlığından iskatına İcra Vekilleri Hey'eti mezundur. Mer'i muahadat mucibince Türkiye lehine ihtiyari tabiiyet edenler bu hükümden müstestadır.»

Maddenin verdiği iskat kararı ittihazı selâhiyeti metinden açıkca anlaşıldığına göre mutlak değildir. Kanun Bakanlar Kurulunu bu ehemmiyetli kararı alırken bazı şartların mevcudiyetini araştırmaya davet etmiştir; bu şartlar selâhiyetin kullanılması için varlığı aranan unsurları teşkil etmektedir. Bu unsurları tesbit etmek için madde metnini dikkatle okumak kâfidir; bunları şöyle sıralayabiliriz: (1) İstiklâl Muharebeleri esnasında Millî Mücadeleye iştirak etmiyerek Türkiye haricinde kalmak, (2) 24 Temmuz 1923 tarihinden işbu kanunun neşrine kadar (yani 31 Mayıs 1927 tarihine kadar) Türkiye'ye avdet etmemiş Osmanlı tebaası bulunmak.

Bu unsurları tahlil ederken kanunun kullandığı tabirlere çok dikkat etmek lâzımdır. Meselâ kanun «Millî Mücadeleye iştirak etmeyerek» demektedir; burada etmeyerek tabiri üzerinde itina ile durmak icabeder; eğer hakkında karar itihaz edilecek Osmanlı tebaası iştirak etmemiş olmadığını yani bütün gayretini sarfettiği halde iştirake muvaffak olamadığını isbat ederse hakkında Vatandaşlıktan iskat kararı ittihaz edilemez. İkinci unsur tetkik ederken metindeki avdet kelimesi üzerinde durmak lâzımgelir. Hep bildiğimiz veçhiyle bir hadisede avdet mefhumunun bulunması için bir azimetin mevcut olması zaruridir. Bir Osmanlı tebaası tasavvur edelim ki Ecnebi memlekette evlenmiş bulunan ana ve babadan ecnebi memlekette dünyaya gelmiş bulunsun: Böyle bir kimsenin İstiklâl Muharebeleri esnasında Millî Mücadeleye iştirak etmediği ve Türkiye haricinde kaldığı sabit olsa ve 24 Temmuz 1924 tarihinden 31 Mayıs 1927 tarihine kadar Türkiye'ye gelmediği tesbit edilse dahi bu Osmanlı tebaası hakkında Vatandaşlıktan iskat kararı verilemez; çünkü kendisini Türkiye'ye avdet etmemiş saymak mümkün değildir.

İKİNCİ KISIM

1312 sayılı kanunun onuncu maddesinin son fıkrası şöyledir: «Ecnebi bir memlekette mukim oldukları halde beş seneden fazla bir müddet Türk Şehbenderhanelerinde kendilerini tescil ettirmemiş olan Türkleri Hükûmet isterse vatandaşlıktan iskat eder.» Burada da kanun görülüyor ki iskat kararını ittihaz selâhiyetini Bakanlar Kuruluna verirken hakkında karar itti-

haz edilecek Türk'ün iradesine dayanan bir hareketini, yani kendini tescil ettirmemiş olmasını aramıştır. Üçüncü kısımda işaret edeceğimiz veçhiyle bir takım mani sebeplerin zuhuru yüzünden bu tescil muamelesini yaptırılmamış Türk hakkında Bakanlar Kurulu bu iskat kararı verme yetkisini kullanamaz. Bu fıkradaki tescil kelimesi hususî ehemmiyeti haiz bir tabirdir. Üçüncü kısımda kanun hüküm ve kuvvetinde bulunan talimatı tetkik ederken bu kelime üzerinde duracağız, o zaman bunun haiz olduğu ehemmiyet meydana çıkacaktır.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Birinci Devre

Şimdi 1041 numaralı kanundan başlayarak Danıştayın bu Vatandaşlık hukukunun incelediğimiz hususlarla alakalı kararlarını gözden geçirelim: Danıştay'da 1041 numaralı kanuna göre ittihaz edilmiş Vatandaşlıktan iskat kararları aleyhine açılan dâvaların ilki 1937 tarihine tesadüf etmektedir. Beşinci Dairenin 37/1296 esas numarasına kaydedilen bu dâva 39/327 karar numarasını taşıyan kararla 3/3/1939 tarihinde nihayetlendirilmiştir. (Kararlar mecmuası No. 9 Eylül 1939 S. 65-67). İkinci dâva 1938 yılında açılmış ve dava daireleri umumî Hey'etinin 38/310 esas numarasına kaydolunmuştur. Bu dava aynı sene içinde 38/243 karar numarasını alan karar ile neticelenmiştir. (Aynı mecmua aynı sayı S. 63-65).

Bu ilk kararda Danıştay, kanunun meriyet mevkiine konduğu devirde esen siyasî havanın tesiri altında kalmış görünmektedir.

Her iki dava vazife noktasından red olunmuştur. Dava daireleri umumî heyetinin kararında aynen şöyle denilmektedir: «1041 sayılı kanun Türk Cumhuriyetinin siyasî mevcudiyetini korumak maksadiyle müesses istisnai bir mahiyet arzlediği cihetle bu kanunun tatbikatı hakkındaki Hükümet icraatı hükümet tasarrufları meyanına dahil olup idarî kazanın mürakabesinden azade bulunduğundan idarî dava mevzuu teşkil edemez. Bu itibarla reddine.»

Görülüyorki bu devrede Danıştay 1041 numaralı kanuna dayanarak ittihaz edilmiş kararların tahliline, kanun metninde yazılı unsurların bu kararlarda mevcut olup olmadığını araştırmaya gitmiyor; Hükümet tasarrufu nazariyesinin himayesine sığınarak açılan dâvaları esasa girmeden red ediyor; hatta «verilen arzuhalin vazife noktasından reddine» cümlesi kullanılmak suretiyle dava arzuhalinin dava ihdas edemediği ifade olunmuştur; o kadar cezrî bir şekilde 1041 numaralı kanun tatbikatından doğan ihtilâfların içine girmekten çekinilmiştir.

İkinci Devre

Bu devrede Danıştay hükümet tasarrufu telâkkisinden ayrılıyor. 22 numaralı kararlar mecmuasının 45-46 ncı sayfelerindeki dâva daireleri umumî heeytinin E 40/290 ve K 43/83 sayılı ichtihadı birleştirme kararından bu görüş değişikliğini anlıyoruz. Kararda şöyle denilmektedir: «1041 numaralı kanunun vekiller heyetine vermiş olduğu tabiiyetten iskat salâhiyetinin mahiyet itibariyle siyasî bir tasarruf olmayıp Devlet Şûrasının mürakabesine tabi idarî bir tasarruf bulunduğu hususunda içtihat istikrar bulmuş olduğundan içtihadın bu veçhile tevhiidine...» Bu karar ile içtihadın birleştirilmesinden sonra Kazaî mürakabenin 1041 numaralı kanun sahasına teşmili hususu tereddüde mahal vermeyecek şekilde tekarrür etmiş bulunuyor.

Üçüncü Devre

Bu devre tekâmül safhalarının sonuncusunu teşkil eylemekte ve Danıştay 1041 numaralı kanun üzerinde çalışmağa girişmiş bulunmaktadır. Danıştay dava daireleri genel kurulu E 46/46 ve K 47/136 sayılı kararında 1041 sayılı kanunun iradesine sahip reşid kimselere tatbik edilebileceğine hükmeylemiştir. (Kararlar Dergisi 38-39 S: 56-57). Hadise şöyle hülâsa edilebilir: Türk ana ve babadan ecnebi memlekette bir çocuk doğmuştur; Kanunun meriyete girdiği tarihte bu çocuğun 14 günlük mazisi vardır. Bu vakialara dayanarak Danıştay «1041 numaralı kanunun birinci maddesi henüz rüşdünü isbat etmemiş olan çocukları istihdaf etmediğini» beyan ederek «davacının bahsi geçen kanunun tayin ettiği müddet içinde çocuk bulunması itibariyle memlekete avdet etmediği beyaniyle tabiiyetten çıkarılması yolundaki tasarruf» u kanunun maksadına uygun bulmayarak iptal eylemektedir.

Bundan sonra idarenin bir kimseyi, usulü dairesinde vaki müracatına rağmen, memlekete sokmaması halinde doğan bir dava tedkik edilmiştir. E 46/78, K 47/176 sayı ile yine dava daireleri genel kurulundan çıkan bu kararda şöyle denilmektedir: Her ne kadar davacı bu müddet (yani 1041 numaralı kanunun tesbit eylediği müddet) içinde memlekete dönmemiş ise de onun bu hareketi kendi iradesi dahilinde vuku bulmuş olmayıp İstanbul İkinci Noterliğinden tasdikli ve suretleri dosyada mevcut 21/12/1925 tarihli arzuhalde ve buna konsoloslukca verilen cevaptan anlaşılacağı üzere memlekete dönmek için yetkili makamlarca izin verilmemiş olmasından ileri geldiği ve davacıya isnadi mümkün olmayan bir sebepten dolayı Vatandaşlıktan iskatını tazammun eden kararın kanunun maksadına uygunsuz-

luğu zahir bulunduğu cihetle..» Görülüyor ki Danıştay kanununun maksadına uygun görmediği kararları bozmakta tereddüt etmemektedir. (Kararlar Dergisi 38-39 S. 68-69).

Üçüncü hadise rüşd bakımından birinciye benzemektedir; aralarındaki fark birinci hadisede davacının ecnebi memlekette doğmuş bulunması bunda ise davacının çocuk iken anası ve babası refakatinde memleketimizden ayrılmış bulunmasıdır. Danıştay yine bu hadisede de davacının Vatandaşlıktan iskatına dair verilmiş olan kararı 1041 numaralı knunun maksadına aykırı bularak iptal eylemiştir. (Kararlar dergisi 40 E 46/59 K 48/39 S. 43-44)

Bu hadiselerin dayandığı hukukî esası araştırırsak bunu, hakkında iskat kararı ittihaz edilen Vatandaşın iradesi ile hareket etmiş olması halinde buluruz.

Şimdi 1312 numaralı Vatandaşlık Kanununun 10 uncu maddesinin son fıkrasına göre verilmiş kararlar itetik edelim. Tetkiklerimizi kolaylaştırmak için bu fıkrayı aynen buraya nakledeyim: «Ecnebi bir memlekette mukim oldukları halde beş seneden fazla bir müddet Türk şehbenderhanelerine kendilerini tescil ettirmemiş olan Türkleri hükümet isterse vatandaşlıktan iskat eder.» Her şeyden önce fıkranın ibaresindeki **tescil ettirmemiş** kelimeleri dikkati çekmektedir; Kanun tescil ettirememiş demiyor, tescil ettirmemiş diyor. Burada da bu tescil muamelesinin ifa edilmemesini bir iradenin mahsulü olduğu takdirde nazara alıyor. Bu hususta dava daireleri genel kurulunun ittihaz ettiği E 48/110 ve K 49/34 numaralı karar Danıştay Kararlar Dergisinin 43-44 sayılı nüshasında neşredilmiştir. Bu kararda aynen şöyle denilmektedir: Bahsi geçen kanunun onuncu maddesinin son fıkrası (ecnebi bir memlekette mukim oldukları halde beş seneden fazla bir müddet Türk şehbenderhanelerinde kendilerini tescil ettirmemiş olan Türkleri hükümet isterse Vatandaşlıktan iskat eder.) şeklinde olup (ecnebi memlekette mukim) sözünden ve beş sene içinde kayıt ve tescilin yapılması şart kılınmış olmasından kanun vazininin bu madde ile memleket dışına çıkan bir vatandaşın yabancı memlekette ikameti müddetince azami beşer senelik müddet içinde bulunduğu yer şehbenderhanesine kendisini kaydettirmesini ve beş senelik müddet geçtiği halde kaydını yenilememiş olan vatandaşı hükümetin isterse tabiiyetten çıkarabilmesi hükmünü istihdaf ettiği ve her sene kaydın tecdiâi lüzumuna ve yapılmadığı takdirde iki mecdiyeden altı mecdiyeye kadar cezayı nakdi alınacağına dair 1300 tarihli şehbenderlik talimatnamesi hükmünün beş senelik mühlet içindeki senelik kayıtlara matuf olup bu kanunun koyduğu azami beş senelik müddete sari olmadığı anlaşıldığı cihetle davacının bu noktaya matuf iddiasının varit olmadığı ekseriyetle kararlaştırıldıktan sonra davacının ileri sür-

düğü mücbir sebep ve mazeret konusuna geçilerek Vatandaşlık Kanununun vatandaşlıktan iskat sebepleri başlığı altında tedvin edilmiş bulunan maddeleri muhtevasına göre kanun vazii iskat cezasını ihtiyar ve arzu ile yapılmış olan hal ve sebeplere hasır ve onları istihdaf etmiş olup davacının kaydını yenileyemediği müddet Fransa'nın işgaline tekaddüm eden ve işgalinden sonraki en buhranlı zamanına rastlamakla beraber davacının vatanî ve kanunî mükellefiyetlerini imkân elverdiği sırada yerine getirmiş ve bağlılığını göstermiş bulunduğu cihetle bahis mevzuu olan müddet içinde kaydını yenileyememiş olmasının mücbir sebepten ileri geldiği kanaatini verdiğinden bu sebeple hakkında tatbik olunan ve kanun ve adalete uygun görülmiyen tabiiyetten iskat muamelesinin kaldırılmasına.» Görülüyor ki Danıştay kaydın yenilenmemesinin mücbir sebepten ileri geldiği anlaşıldığı için davacı hakkında ittihaz olunan karar iptal eylemiştir. Kanun metninde yalnız tescil kelimesi kullanılmış iken kararda tescilin önüne tescilin müteradifi imiş gibi bir de kayıt kelimesinin ilâve edilmiş bulunması istilâhlara kâfi derecede ehemiyet verilmediğini göstermekle beraber hadisemizde bu noktanın hususî bir ehemmiyeti haiz olduğundan buna ait görüşümüzü kayıt yenileme muamelesi ile alâkalı başka bir karar münasebetiyle arzedeceğiz. Burada dava daireleri genel kurulunun kayıt yenileme muamelesinde bizim görüşümüzden farklı bir düşünceyi benimsemiş olduğuna işaret eylemekle iktifa edeceğiz.

Danıştay dava daireleri genel kurulunun 46/117 esas numarasını taşıyan bir dava vardır; bu davada maddî hadiseler şöyle sıralanmaktadır: Davacı 1930 yılında muntazam pasaport ile memleketimizden ayrılıp Yunanistana gitmiş ve 1931 yılında kendisini Selânikte usulü dairesinde Konsolosluğumuza tescil ettirmiştir. 1932 yılında Yunan vatandaşı bir kimse ile evlenen bayan Katin Agoroğlu 1939 yılının son ayına kadar Konsoloshaneye müracaat etmemiştir. 12/12/1939 tarihinde müracaat etmiş ve Konsolosluk defterine aynı günde 1181 numaraya kaydedilen beyanname üzerine Konsolosluktan 10/10/1946 tarihinde 29 sayılı yazı ile 1931 senesinden 1939 yılına kadar kaydını yenilememesi sebebiyle Vatandaşlık Kanununun 10 üncü maddesi gereğince vatandaşlıktan çıkarıldığı kendisine bildirilmiştir. İşte dava bu iskat kararının iptali talebi ile açılmıştır. Tarafların iddia ve müdafaalarını burada uzun uzadıya hülâsa etmiyeceğim. Bunları Dava Daireleri Genel Kurulunun E 46/117 ve K 47/1 sayılı kararında görmek kabildir. Bu karar ile genel kurul davayı red etmiştir. Kararın tashihi talebi de red ile neticelenmiştir. Bu davada dikkati çeken hususiyet 1312 numaralı kanunun onuncu maddesinde tescilden bahsedildiği ve bu kelime 1300 tarihli şebkenderlik talimatının elibeşinci bendindeki kayıt kelimesine tekabül eylediği hâldde aynı bentteki tecdidî kayıt muamelesini karşılayacak surette onuncu maddenin son fıkrası

sına bir ibare eklenmemiş olmasından doğuyor. 1312 numaralı kanunun 15 inci maddesi «23 Mayıs 1927 tarihli ve 1041 numaralı kanun ahkâmı müstesna olmak üzere işbu kanuna mugayir bilcümle ahkâm mülğadır» dediğine göre 1300 tarihli talimatın tecdidi kayıt hükmünün mülga olmadığı zahirdir. Esasen genel kurul da bu talimatın meriyetini kabul eylemektedir. Ancak 48/110 esas ve 49/34 karar sayılı ve Kararlar Dergisinin 43 - 44 numaralı nüshasında neşredilmiş bulunan kararında bunu hiç bir metne istinad etmeden beş senelik müddetle takyid eylemektedir. Yukarıda kısmen naklettiğimiz kararda vatandaşlıktan iskat keyfiyetinin cezai mahiyeti haiz olduğunu kabul eden Dava Daireleri Genel Kurulu 1312 numaralı kanunun 10 uncu maddesinin son fıkrasındaki tescil kelimesinin mânasını beş senelik müddetle takyit eylemek suretiyle ceza sahasında metinlerin tahdidi şekilde tabiki lâzım geldiği esasına muhalefet eylemekte ve aynı zamanda kanun hüküm ve kuvvetini haiz bulunan şebhenderler hakkındaki talimat (1) tarafından mevzu bulunan tecdidi kayıt hükmünü gene metinsiz aslından dar bir mânaya hamleyeylemektedir.

Kanaatimizce bu gibi meselelerde ne tevsi ne de tahdit cihetine gidilemez. Çünkü şebhenderler talimatının koyduğu hükümlerle 1312 numaralı kanunur onuncu maddesinin son fıkrasını karşılaştırınca görüyoruz ki talimatın ihtiva ettiği bir çok hükümlerin yaşaması zaruridir. 1312 numaralı kanun beş sene içinde müracaat etmeyenlerin vatandaşlıktan iskati için Bakanlar Kuruluna karar ittihazi selâhiyetini vermekle beraber, kanaatimizce talimatın 61 inci bendi hükmüne dokunmamıştır. Bu bende göre bir şebhenderin bulunduğu mahalde ikamet arzusunda bulunan her tebaa vusulü tarihinden itibaren altı ay zarfında şebhenderhaneye gidip ismini kaydettirmeye ve bir kıt'a tabiiyet ilmühaberi almağa mecburdur. Talimatın altmış ikinci bendinde bu hükmün iki müeyyidesi gösterilmiştir. Birinci müeyyide şebhenderin himayeden imtinaında görülür. İkinci müeyyide iki mecediyeden altı mecediyeye kadar (2) cezayî nakdî alınmasıdır. Talimatın altmış üçüncü bendi tabiiyet ilmühaberini her sene tecdit ettirmek mükellefiyetini koyan elli beşinci bendin müeyyidesini ihtiva etmektedir. Bu bende göre tabiiyet ilmühaberini tecdit ettirmemiş olan tebaa hakkında ilmühaberi bulunmayanlara edilecek muamele olunur.

Görülüyor ki bu hükümlerden hiç biri 1312 numaralı kanunun hükümlerine aykırı değildir ve bu sebeple mezkûr kanunun 15 inci maddesi bu hükümleri ilga etmiş sayılamaz.

(1) Birinci Tertip Düsturlar zeyli cilt 4 S. 51.

(2) Bir mecediye yirmi kuruştur.